

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LA100036-O/U

I. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur.
M. Spahn und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie der
Gerichtsschreiber lic. iur. R. Kokotek

Beschluss vom 29. April 2011

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Appellantin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ GmbH,

Beklagte und Appellatin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der Einzelrichterin am Arbeitsgericht Zürich,
1. Abteilung, vom 1. Dezember 2010 (AN100588)**

Rechtsbegehren:

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 10'353.15 netto zu bezahlen;
2. Unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 1. Dezember 2010:

- "1. Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 2'453.00 zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein.
5. Berufung: 10 Tage; Frist steht nicht still."

Berufungsanträge:

Der Klägerin (Urk. 17 S. 2):

- "1. In Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils sei die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) zu verpflichten, der Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) Fr. 10'353.15 netto zu bezahlen;
2. Unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Der Beklagten (Urk. 19 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin/Berufungsklägerin."

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1. Mit Klage vom 20. Juli 2010 beantragte die Appellantin und Klägerin (nachfolgend: die Klägerin) dem Arbeitsgericht Zürich, die Appellatin und Beklagte (nachfolgend: die Beklagte) zur Zahlung von Fr. 10'353.15 zu verpflichten. Bei diesem Betrag handelt es sich um die Löhne für die Monate Februar und März 2010 von je Fr. 7'564.15 netto, abzüglich der Leistungen der Arbeitslosenversicherung für die Monate Februar 2010 von Fr. 2'261.95 und März 2010 von Fr. 2'513.20 (Urk. 1).
2. Am 26. August 2010 wurde vor Arbeitsgericht Zürich die mündliche Hauptverhandlung durchgeführt (Prot. S. 3 ff.). Die bei dieser Gelegenheit durchgeführten Vergleichsgespräche scheiterten (Prot. S. 10).
3. Am 1. Dezember 2010 fällte das Arbeitsgericht Zürich das oben erwähnte Urteil.
4. Am 17. Dezember 2010 erklärte die Klägerin rechtzeitig Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich (Urk. 13).
5. Am 2. Februar 2011 reichte die Klägerin die Berufungsbegründung mit den obgenannten Anträgen ein (Urk. 17).
6. Am 18. Februar 2011 erstattete die Beklagte die Berufungsantwort mit den obgenannten Anträgen (Urk. 19).
7. Auf Anfrage des Referenten erklärten sich die Parteien interessiert daran, nach Berufungsbegründung und -antwort eine Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung durchzuführen (Urk. 20-23). In der Folge wurden die Parteien zur Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung auf den 13. April 2011 vorgeladen (Urk. 24).
8. Die an der Referentenaudienz vom 13. April 2011 geführten Vergleichsgespräche blieben ohne Erfolg (Prot. S. 4).

9. Mit Verfügung vom 13. April 2011 wurde festgehalten, dass der Schriftenwechsel abgeschlossen ist (Urk. 25).

2. Sachverhalt

1. Die Klägerin arbeitete seit dem 16. Juli 2007 als Account Supervisor bei der Beklagten.
2. Am Freitag 20. November 2009 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin. Da die Klägerin an diesem Tag krankheitshalber zu Hause weilte, wurde ihr die Kündigung sowohl mündlich (wohl per Telefon) mitgeteilt als auch per Mail mit dem angehängtem Kündigungsschreiben "Notice of termination of employment" auf die private Mail-Adresse zugestellt. Da die Klägerin annahm, dass sie am darauf folgenden Montag wieder zur Arbeit erscheinen werde, druckte sie gleichentags am 20. November 2009 das dem Mail angehängte Kündigungsschreiben aus und bestätigte darauf dessen Empfang ("Receipt of this notice confirmed: ... [Wohnort der Klägerin], 20. Nov. 2009, Unterschrift" [Urk. 3/5]) (Urk. 9 S. 2).
3. Am Montag 23. November 2009 erschien die Klägerin wieder am Arbeitsplatz und legte ihrem Vorgesetzten C._____ die von ihr zu Hause am 20. November 2009 ausgedruckte und unterschriebene "Notice of termination of employment" auf den Tisch.
4. Obwohl C._____ an diesem Montag den ganzen Tag abwesend war, erfuhr er im Verlauf des Tages, dass eine während der Krankheit eines Arbeitnehmers ausgesprochenen Kündigung nichtig ist. Aus diesem Grund forderte er die Klägerin am Dienstag 24. November 2009 per Mail auf, den Empfang des Kündigungsschreibens zu bestätigen, diese Bestätigung zu scannen und per E-Mail an ihn zurück zu schicken.
5. Im Verfahren vor Arbeitsgericht war in tatsächlicher Hinsicht umstritten, ob C._____ dieses Mail mit angehängter Kündigung verschickt hatte, weil nur auf der an die D._____ AG gesandten Mail-Kopie das Dokument "A._____"

20-11-09.doc" als Anhang aufgeführt ist (Urk. 8/1), während auf dem Mail-Ausdruck der Klägerin ein solcher Anhang nicht ersichtlich ist (Urk. 3/8).

- a) Die Vorinstanz führte dazu im Wesentlichen aus, es sei technisch nicht möglich, dass bei einem an mehrere Empfänger gesandten Mail bei einem Teil (D. _____ AG) ein Anhang aufgeführt und bei einem anderen Teil (Klägerin) nicht mitgeschickt worden sei. Es sei daher davon auszugehen, dass mit dem E-Mail vom 24. November 2009 auch die Klägerin das angehängte Dokument - d.h. die "Notice of termination of employment" vom 20. November 2009 - erhalten habe (Urk. 12 S. 6).
 - b) Im Berufungsverfahren wird von der Klägerin nicht geltend gemacht, diese tatsächliche Annahme der Vorinstanz sei falsch. Vielmehr begnügt sie sich mit dem Hinweis, dass die Frage, ob es technisch möglich sei, dass der Anhang eines an zwei Empfänger gerichteten Mails nur bei einem Empfänger einging und beim anderen nicht, in einem Beweisverfahren hätte geklärt werden müssen (Urk. 17 S. 3 Rz. 5). Ein Beweisverfahren zu dieser Frage könne jedoch unterbleiben, weil die Klage ohnehin aus rechtlichen Gründen gutzuheissen sei (Urk. 17 S. 3 Rz. 6 ff.).
 - c) Da die Klägerin nicht beantragt, die Sache sei zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen, sondern im Gegenteil ausdrücklich unterstreicht, ein Beweisverfahren könne unterbleiben (Urk. 17 S. 3 Rz. 6), ist im Folgenden in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass auch der Klägerin am 24. November 2009 die Kündigung als Dokument "A. _____ 20-11-09.doc" zugestellt wurde.
6. Nach Erhalt dieses E-Mails, dem wie gesagt die Kündigung erneut angehängt war, behändigte die Klägerin im Büro ihres Vorgesetzten die Kündigung vom 20. November 2009, deren Erhalt sie schon am 20. November 2009 unterschriftlich bestätigt und die sie am 23. November 2009 im Büro des Vorgesetzten deponierte hatte, scannte dieses Dokument ein und

schickte es am Mittwoch 25. November 2009 per E-Mail an ihren Vorgesetzten zurück (Urk. 3/8).

7. Mit Schreiben vom 27. Januar 2010 kündigte die Beklagte nochmals für den Eventualfall, das die Kündigung vom 24. November 2009 ungültig sein sollte, per 31. März 2010.

3. Rechtliches

1. Im vorliegenden Fall ist umstritten, ob das Arbeitsverhältnis aufgrund des Mails vom **24. November 2009** per 31. Januar 2010 aufgelöst (so die Beklagte) oder aufgrund des Schreibens vom **27. Januar 2010** per 31. März 2010 gekündigt wurde (so die Klägerin).
2. Eine Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, mit der eine Partei ein rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht ausübt (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, N 2 zu Art. 335; Portmann, Basler Kommentar, 4. Auflage, Basel 2007, Rz 4 zu Art. 335 OR). Die Rechtswirkung des Kündigung tritt ein, sobald sie dem Gekündigten zugegangen ist bzw. von diesem zur Kenntnis genommen wurde, wobei eine Kündigung auch per Mail, Fax oder SMS zugestellt werden kann (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 335). Damit die Kündigung wirksam ist, hat sie ihrem Inhalt nach dem Erfordernis der Eindeutigkeit und Klarheit zu genügen. Sie muss somit den Willen zur Vertragsauflösung klar und unmissverständlich zum Ausdruck bringen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 2 zu Art. 335; Portmann, a.a.O., Rz 8 zu Art. 335). Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass sowohl die per Mail vom 20. November 2009 als auch die per Mail vom 24. November 2009 versandte "Notice of termination of employment" von der Klägerin entgegen und zur Kenntnis genommen wurde. Insoweit würde die Kündigungswirkung an sich eintreten.
3. Zu berücksichtigen ist nun jedoch, dass die Klägerin am 20. November 2009, als ihr die erste "Notice of termination of employment" per Mail zuge-

stellt wurde, krank war. Die Parteien sind sich darin einig, dass während der Krankheit eines Arbeitnehmers ein zeitlicher Kündigungsschutz gilt (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) und dass die am 20. November 2009 während der Krankheit der Klägerin ausgesprochene Kündigung nichtig ist.

4. Umstritten ist hingegen die Frage, ob mit dem Mail vom 24. November 2009 erneut - und diesmal rechtswirksam - auf den 31. Januar 2010 gekündigt wurde (Urk. 3/8).
 - a) Damit ist nur die Rechtsfrage zu prüfen, ob das Arbeitsverhältnis dadurch gültig per 31. Januar 2010 gekündigt wurde, dass die unbestritten nichtige Kündigung vom 20. November 2009 der Klägerin am 24. November 2009 erneut per Mail zugestellt wurde.
 - b) Wie erwähnt ist eine Kündigung nichtig, wenn sie während unverschuldeter Krankheit des Arbeitnehmers ausgesprochen wurde (Art. 336c Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Abs. 2 OR). Soll die Kündigung trotzdem wirksam werden, muss die zur Unzeit ausgesprochene Kündigung wiederholt werden, wobei keine neue Beschlussfassung erforderlich ist (BGE 128 III 212 E. 3a S. 217 ff.; Portmann, a.a.O., N. 10 zu Art. 336c). Allerdings muss neu gekündigt werden, und eine blosser Bestätigung der Kündigung reicht nicht aus (Streiff/von Känel, a.a.O., N. 10 zu Art. 336c OR; Staehelin, Zürcher Kommentar, Zürich 1996, N. 18 zu Art. 336c OR; SJZ 78/1982 S. 148 Ziff. 14; der von der Klägerin weiter angeführte Entscheid in JAR 1981 S. 151 bezieht sich nicht auf die hier interessierende Thematik; vielmehr wird darin nur ausgeführt, dass eine Kündigung während der Sperrfrist gemäss aArt. 336e Abs. 2 OR nichtig sei und nicht in eine Kündigung zum nächst zulässigen Termin umgedeutet werden könne).
 - c) Zu prüfen ist daher, ob mit dem Mail vom 24. November 2010 die "Bestätigung" einer nichtigen Kündigung oder eine "Neukündigung" verschickt wurde.

- Im vorliegenden Fall liegt entgegen der Auffassung der Klägerin nicht eine bloss "Bestätigung" der nichtigen Kündigung, sondern eine "Neukündigung" vor. Von einer *Bestätigung* wäre nur dann auszugehen, wenn in einem späteren Mail auf eine frühere Kündigung Bezug genommen würde, ohne dass mit dieser späteren Mitteilung nochmals eine selbständige Kündigung ausgesprochen würde (SJZ 78/1982 S. 148 Nr. 14). Von einer *Neukündigung* ist hingegen auszugehen, wenn in einem späteren Schreiben - bzw. wie im vorliegenden Fall in einem späteren Mail - die frühere Kündigung erneut beigelegt - bzw. angehängt - wird, wobei wie erwähnt nicht erforderlich ist, dass die Kündigung auf einer neuen Beschlussfassung basiert. Im vorliegenden Fall wurde im Mail vom 24. November 2009 nicht bloss Bezug genommen auf ein früheres Kündigungsschreiben, sondern die "Notice of termination of employment" vom 20. November 2009 eigens nochmals angehängt. Es ist daher von einer *Neukündigung* und nicht von einer *Bestätigung einer nichtigen Kündigung* auszugehen.
- Nicht überzeugend ist der Hinweis der Klägerin, im vorliegenden Fall sei von einer Bestätigung einer nichtigen Kündigung auszugehen, weil sich die Beklagte damit begnügt habe, in ihrem Mail vom 24. November 2009 das gleiche Kündigungsschreiben vom 20. November 2009 anzuhängen, das schon bei der nichtigen Kündigung vom 20. November 2009 verwendet wurde (Urk. 17 S. 4 Rz. 10 f.). Entgegen der Auffassung der Klägerin kann der Umstand, welches Datum das Kündigungsschreiben trägt, für die Wirksamkeit der Kündigung nicht massgebend sein. Da die Kündigung eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, die der zu kündigenden Partei zugehen muss, ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung für deren Wirksamkeit massgebend (BGE 113 II 259 E. 2a S. 261; Portmann, a.a.O., N. 10 zu Art. 336c OR; Streiff/von Känel, a.a.O., N 5 zu Art. 335). So ist ein Kündigungsschreiben, das an einem Krankheitstag des zu kündigenden Arbeitnehmers verfasst wird und daher dieses Datum trägt, dem zu kündigenden Arbeitnehmer aber erst nach seiner Genesung zugestellt wird, keineswegs nichtig. Mass-

gebender Stichtag ist das Datum der Zustellung und nicht das Datum der Entstehung des Kündigungsschreibens.

- Nicht überzeugend ist ferner die Auffassung der Klägerin, aufgrund des Mails vom 24. November 2009 sei nicht klar und unmissverständlich eine neue Kündigung ausgesprochen worden (Urk. 17 S. 5 Rz. 18). Wie erwähnt ist in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass dem Mail vom 24. November 2009 als Beilage die "Notice of termination of employment" vom 20. November 2009 angehängt war (vgl. oben, Erw. 2/5). In diesem als "Notice of termination of employment" (Kündigung) betitelten Dokument wird ausgeführt, "we have decided to terminate your employment" (wir haben uns zur Beendigung der Anstellung entschieden). Diese Formulierung ist offenkundig klar und unmissverständlich, so dass auch die Klägerin davon ausgehen musste, dass mit diesem Mail das Arbeitsverhältnis gekündigt worden war.
 - Und schliesslich ist auch die Auffassung der Klägerin verfehlt, die Beklagte habe am 24. November 2009 nicht nochmals kündigen wollen, sondern nur darum ersucht, die bereits am 20. November 2009 unterschriebene Empfangsbestätigung zuzusenden (Urk. 17 S. 4 Rz. 11 und 12). Wenn es der Beklagten nur darum gegangen wäre, "den unterzeichneten Empfang der Kündigung vom 20. November 2004 zu sehen" - wie die Klägerin behauptet -, dann hätte kein Anlass bestanden, mit dem Mail vom 24. November 2009 nochmals die Kündigung im Anhang zuzustellen. Auch dies zeigt, dass das Mail vom 24. November 2009 als neue Kündigung zu verstehen war.
- d) Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass per Mail vom 24. November 2009 eine neue Kündigung ausgesprochen wurde. Damit erhielt die Klägerin die zweite Kündigung in einem Zeitpunkt, in welchem sie nicht mehr krank war. Das Arbeitsverhältnis wurde somit unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist wirksam per 31. Januar 2010 gekündigt. Für die Zeit ab 1. Februar 2010 ist daher kein Lohn geschuldet.

5. Aus diesen Gründen ist das Urteil der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Die Klage ist abzuweisen, und das Entschädigungsdispositiv ist zu bestätigen.
4. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren
 1. Der Streitwert beträgt Fr. 10'353.15.
 2. Für arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.00 sieht das Gesetz ein kostenloses Verfahren vor (Art. 343 Abs. 3 Halbsatz 1 aOR), wobei bei mutwilliger Prozessführung der fehlbaren Prozesspartei trotz grundsätzlicher Kostenlosigkeit die Gerichtskosten überbunden werden können (Art. 343 Abs. 3 Halbsatz 2 aOR). Obwohl die Berufung gegen das überzeugend begründete erstinstanzliche Urteil aufgrund des unbestrittenen Sachverhalts und der klaren Rechtslage als objektiv aussichtslos einzustufen ist, kann der Klägerin nicht gerade treuwidriges und damit mutwilliges Prozessieren vorgeworfen werden (vgl. zum Begriff der Mutwilligkeit BGE 127 III 178 E. 2a S. 179 m.w.H.). Das vorliegende Berufungsverfahren ist daher kostenlos.
 3. Hingegen ist auch im Berufungsverfahren eine volle Prozessentschädigung auszurichten. Zwar ist für das Rechtsmittelverfahren eine Reduktion der Grundgebühr vorgesehen (§ 12 AnwGebVO), doch ist für die Referentenaudienz ein Zuschlag geschuldet (§ 6 AnwGebVO), so dass insgesamt wie im erstinstanzlichen Verfahren eine volle Prozessentschädigung resultiert. Bei einem Streitwert von Fr. 10'353.15 beträgt die volle Prozessentschädigung Fr. 2'453.00. Eine Vergütung der Mehrwertsteuer wird nicht verlangt.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv-Ziffer 2 und 3) wird bestätigt.
3. Das Berufungsverfahren ist kostenlos.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'453.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'353.15.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Kokotek

versandt am: js