

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA120010-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn
und Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

Urteil vom 6. Dezember 2012

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

1. **B._____,**

2. **I._____ Arbeitslosenkasse,**

Kläger und Berufungsbeklagte

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des 5. Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren
am Bezirksgericht Uster vom 22. Dezember 2011 (FO100152)**

Rechtsbegehren:

Des Klägers 1 (Urk. 14 S. 2, sinngemäss):

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger 1 CHF 2'276.25 brutto, abzüglich die auf CHF 4'800.– zu leistenden Sozialabzüge, und CHF 9'800.– netto, je nebst Zins zu 5% seit 1. Mai 2010 zu bezahlen.
2. Unter Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten der Beklagten.

Der Klägerin 2 (Urk. 8 S. 1):

" Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin 2 den Betrag von CHF 2'523.75 zu bezahlen, unter Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Uster:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 1 zu bezahlen:
 - Fr. 2'276.25 brutto, wobei sich dieser Betrag um die von der Beklagten auf Fr. 4'800.– (Fr. 2'276.25 zuzüglich Fr. 2'523.75 gemäss Dispositivziffer 2) zu leistenden Sozialabzüge reduziert, soweit die Beklagte nachweist, dass sie diese an die zuständigen Instanzen abgeliefert hat,
 - Fr. 100.– netto,
 - Fr. 9'800.– netto,
 - je zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Mai 2010.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin 2 Fr. 2'523.75 netto zu bezahlen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin 1 eine Prozessentschädigung von Fr. 3'800.– zuzüglich Fr. 293.10 Mehrwertsteuer (7,6% auf Fr. 2'726.– und 8% auf Fr. 1'074.–) zu bezahlen.

5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin 2 eine Prozessentschädigung von Fr. 250.– zu bezahlen
6. (Mitteilung)
7. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

Der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 41):

- " 1. Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventuell: Es sei die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzügl. 8% MWSt. zu Lasten der Berufungsbeklagten unter solidarischer Haftung."

Des Klägers 1 und Berufungsbeklagten 1 (Urk. 46):

- " 1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Berufungsklägerin auch für das zweitinstanzliche Verfahren."

Der Klägerin 2 und Berufungsbeklagten 2 (Urk. 48):

- " 1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Berufungsklägerin auch für das zweitinstanzliche Verfahren."

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger 1 und Berufungsbeklagte 1 (nachfolgend: Kläger 1) stand seit dem 6. Juli 2006 als Hauswart in einem Arbeitsverhältnis zu der Beklagten und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte), nachdem er bereits zuvor aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrages vom 20. April 2006 für die Beklagte tätig gewesen war (Urk. 4/2 und 3). Am Morgen des 27. Januars 2010 fand in den Räumlichkeiten der Beklagten eine Besprechung zwischen dem Kläger 1, dem Regionen-Leiter und Geschäftsleitungsmitglied C._____ sowie dem Einsatzleiter D._____ statt. Der Kläger 1 hatte im Vorgang zu dieser Besprechung Kritik an der Einsatzplanung der Beklagten geübt und sein Arbeitspensum als zu hoch gerügt. Mit gleichentags aufgesetztem Schreiben bestätigte der Personaldienst der Beklagten die (angeblich) durch den Kläger 1 im Rahmen der Besprechung ausgesprochene mündliche Kündigung per 31. März 2010 (Urk. 15/1). Der Kläger 1 bestreitet, eine solche Kündigung ausgesprochen zu haben, und unterstellt der Beklagten, ihm diese hinterhältig zu unterschieben.

2. Am 21. Oktober 2010 reichte der Kläger 1 unter Beilage der Weisung vom 13. September 2010 bei der Vorinstanz die vorliegende arbeitsrechtliche Klage ein (Urk. 1 und 2), mit welcher er eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geltend macht. Zudem verlangt er die Auszahlung des Monatslohnes April 2010, da er während der Kündigungsfrist einen Unfall erlitten und sich das Arbeitsverhältnis entsprechend bis zum 30. April 2010 verlängert habe. Mit Verfügung vom 19. November 2010 (Urk. 11) wurde der Prozesseintritt der I._____ Arbeitslosenkasse als Klägerin 2 vorgemerkt. Die Vorinstanz erliess in der Folge nach Durchführung der Hauptverhandlung und des Beweisverfahrens den eingangs zitierten Entscheid (Urk. 42).

3. Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob die Beklagte innert Frist schriftlich und begründet Berufung (Urk. 41). Die Berufungsantworten der Kläger 1 und 2 datieren vom 6. September 2012 (Urk. 46) bzw. vom 9. September 2012 (Urk. 48) und wurden der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 49).

II.

1. Vorbemerkungen

1.1 Am 1. Januar 2011 trat die schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der ZPO rechtshängige Verfahren bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz das bisherige Verfahrensrecht. Die vorliegende Berufung wurde nach Inkrafttreten dieses Gesetzes bei der Kammer anhängig gemacht (Urk. 41). Sie richtet sich demnach nach den Bestimmungen der schweizerischen ZPO sowie deren kantonalem Ausführungsgesetz (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 [GOG]) und der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV). Demgegenüber waren auf das Verfahren vor Vorinstanz, welches noch vor Inkrafttreten der schweizerischen ZPO eingeleitet worden war, die zürcherische Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) sowie das Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 (GVG/ZH) und die Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GerGebV) anwendbar.

1.2 Gegenstand des vorliegenden arbeitsrechtlichen Verfahrens bilden Lohn- und Entschädigungsforderungen des Arbeitnehmers auf der Grundlage des sachlichen und zeitlichen Kündigungsschutzes. Gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO gilt in arbeitsrechtlichen Verfahren mit einem Streitwert von nicht mehr als Fr. 30'000.– der Untersuchungsgrundsatz, d.h. das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest. In diesem Zusammenhang ist jedoch daran zu erinnern, dass die klagende Partei das sogenannte Klagefundament, d.h. die die Klage begründenden Tatsachen im Hauptverfahren zu behaupten hat. Dieser Grundsatz bleibt von der in arbeitsrechtlichen Verfahren geltenden Untersuchungsmaxime

unberührt; ungeachtet der dem Richter überbundenen Sachverhaltsermittlung sind die Parteien auch hier von der Behauptungs- und Substantiierungspflicht nicht entbunden. Dies gilt sowohl im Anwendungsbereich des eidgenössischen wie auch des kantonalzürcherischen Zivilprozessrechts (vgl. ZR 97 Nr. 96; DIKE-Komm-ZPO, Art. 247 N 9; Hauck, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 247 N 33; Frank/Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, § 113 N 3). Aufgrund der geltenden Dispositionsmaxime ist das Gericht sodann an die Rechtsbegehren der Parteien gebunden und darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (§ 54 Abs. 2 ZPO/ZH bzw. Art. 58 Abs. 1 ZPO). An eine unzutreffende rechtliche Begründung einer Partei ist das Gericht indes nicht gebunden, sondern hat vor dem Hintergrund des Grundsatzes "iura novit curia" (Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an.) zu prüfen, ob die verlangte Leistung aus einem anderen Rechtsgrund zugesprochen oder verweigert werden muss (BGE 99 II 76 Erw. 4).

1.3 Weiter ist in prozessualer Hinsicht zu beachten, dass neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch zu berücksichtigen sind, wenn sie - kumulativ - ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Tatsache, dass im vorliegenden arbeitsrechtlichen Verfahren mit einem Streitwert von nicht über Fr. 30'000.– gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO der Untersuchungsgrundsatz gilt, ändert daran nichts. Die entscheidende Kammer hat sich bereits mehrfach mit dieser Problematik auseinandergesetzt und entschieden, dass in zweiter Instanz Noven nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind, dies auch dann, wenn der Sachverhalt wie im vorliegenden Fall im Sinne des sozialen Untersuchungsgrundsatzes von Amtes wegen festzustellen ist (vgl. dazu insb. ZR 110 Nr. 96, m.w.H., insb. den dortigen Hinweis auf BGE 107 II 233 Erw. 3 und BGE 118 II 50 Erw. 2a, sowie ZR 111 Nr. 35; BGE 4A_228/2012, E. 2.2).

1.4 Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

2. Prozesshintergrund und Parteivorbringen

2.1 Der Kläger 1 machte vor Vorinstanz eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung in der Höhe von zwei Monatslöhnen (Fr. 9'800.–) geltend (sachlicher Kündigungsschutz) und verlangte sodann den Bruttolohn für den Monat April 2010 von Fr. 4'800.– zuzüglich Fixspesen von Fr. 100.–, abzüglich der späteren Zahlung der Klägerin 2 (Fr. 2'523.75), da sich aufgrund eines Unfalls in der Kündigungsfrist das Arbeitsverhältnis bis 30. April 2010 verlängert habe (zeitlicher Kündigungsschutz).

Die Klägerin 2 verlangte vor Vorinstanz von der Beklagten den Betrag von Fr. 2'523.75, da sie dem Kläger 1 am 4. November 2010 für den Monat April 2010 Taggeldleistungen von brutto Fr. 2'747.20 bzw. netto Fr. 2'523.75 ausgerichtet habe (Urk. 9/15 S. 4) und diese Forderung aufgrund von Art. 29 AVIG i.V.m. Art. 11 Abs. 3 AVIG auf die Klägerin 2 übergegangen sei (Urk. 8).

2.2 a) Der Kläger 1 brachte bezüglich der Entschädigungsforderung wegen missbräuchlicher Kündigung (sachlicher Kündigungsschutz) vor Vorinstanz vor, es sei ihm von der Beklagten wahrheitswidrig unterstellt worden, dass er den Arbeitsvertrag am 27. Januar 2010 per 31. März 2010 mündlich gekündigt habe. Durch dieses Verhalten habe die Beklagte ihrerseits das Arbeitsverhältnis "hinterhältig" aufgelöst. Von der von ihm angeblich ausgesprochenen Kündigung habe der Kläger 1 erstmals durch ein per Post zugestelltes, als Kündigungsbestätigung betitelttes Schreiben der Beklagten vom 27. Januar 2010 erfahren (Urk. 15/1). Im Einzelnen habe sich der Ablauf der Ereignisse wie folgt gestaltet: Der Kläger 1 habe die Beklagte auf seine Arbeitsüberbelastung hingewiesen und insbesondere am 26. Januar 2010 gegenüber C. _____ mündlich gegen den neuen Einsatzplan protestiert. Am nächsten Tag sei er frühmorgens in den Räumlichkeiten der Beklagten in E. _____ von D. _____ aufgefordert worden, ins Büro zu kommen. Dort sei er von diesem und C. _____ auf seinen nun auch schriftlich formulierten Protest gegen den neuen Einsatzplan (Urk. 15/2) angesprochen worden. Dabei sei der Kläger 1 vorerst aufgefordert worden zu kündigen, wenn es ihm nicht passe. Das habe er jedoch nicht gewollt. Er habe aber auch daran festgehalten, dass die

von der Beklagten geplante Arbeit nicht zu schaffen sei. Daraufhin habe C. _____ gefragt, ob das eine mündliche Kündigung darstelle, worauf der Kläger 1 erklärt habe, er wolle keine Kündigung. Selbst falls er dabei gesagt habe, er könne so nicht weiter machen, habe er damit nicht eine Kündigung ausgesprochen. Trotzdem habe er als Nächstes das gleichentags aufgesetzte Schreiben des Personaldienstes der Beklagten vom 27. Januar 2010 erhalten, in dem ihm unterschoben worden sei, er habe mündlich gekündigt. Nach Erhalt der erwähnten "Kündigungsbestätigung" habe der Kläger 1 sofort schriftlich zum Ausdruck gebracht, dass er seine Arbeitsstelle keinesfalls aufgeben wolle (Urk. 14 Ziff. 3 ff.; VI-Prot. S. 4, 16 ff., 19).

Weiter wurde vom Kläger 1 geltend gemacht, er sei vom 11. bis 28. Februar 2010 aufgrund eines Unfalles gänzlich arbeitsunfähig gewesen, weshalb sich die Kündigungsfrist bis 30. April 2010 verlängert habe und entsprechend der Lohn inklusive Spesen für den Monat April 2010 geschuldet sei (zeitlicher Kündigungsschutz). Da die Klägerin 2 dem Kläger 1 für den Monat April 2010 Taggelder im Betrag von Fr. 2'523.75 netto ausgerichtet habe, reduziere sich die Forderung des Klägers 1 in diesem Umfang, während die Klägerin 2 ihrerseits den durch Subrogation auf sie übergegangenen Anspruch geltend mache (Urk. 14 Ziff. 2 und 9).

Die Klägerin 2 schloss sich den Ausführungen des Klägers 1 an (VI-Prot. S. 4 f.).

b) Die Beklagte brachte ihrerseits vor, dass der Kläger 1 am 26. Januar 2010 anlässlich eines Streits über die Arbeitsbelastung seinen Einsatzplan zerrissen und mit der Kündigung gedroht habe. Am frühen Morgen des 27. Januar 2010 habe der Kläger 1 dann anlässlich des Gesprächs mit C. _____ und D. _____ mündlich gekündigt. Der Kläger 1 habe gesagt, "dann könne er so nicht weitermachen" (aufgrund der Arbeitsbelastung), und das Arbeitsverhältnis gekündigt. Wenn sie auch den genauen vom Kläger 1 verwendeten Wortlaut nicht mehr wiedergeben könne, sei für sie doch klar, dass der Kläger 1 eine ordentliche, auf den 31. März 2010 wirksame Kündigung ausgesprochen habe. Sprachliche Verständigungsprobleme habe es nie gegeben (VI-Prot. S. 6, 10 ff., 18 f.). Den klägerischen Anspruch auf eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung so-

wie den Lohnanspruch für den Monat April 2010 wegen der verlängerten Kündigungsfrist verneinte die Beklagte, da beide Ansprüche nur im Falle einer Kündigung durch die Beklagte bestehen könnten. Vorliegend habe jedoch der Kläger 1 selber gekündigt. Da keine Kündigung seitens der Beklagten vorliege, sei auch eine missbräuchliche Kündigung ihrerseits ausgeschlossen und folglich auch keine Entschädigungssumme geschuldet (VI-Prot. S. 18 f.).

c) Die Vorinstanz wertete das von der Beklagten aufgesetzte Bestätigungsschreiben vom 27. Januar 2010 in Kombination mit der nachfolgenden Korrespondenz (Urk. 15/1-3 und /7-13) als missbräuchliche Kündigung und sprach dem Kläger 1 aufgrund dessen zwei Monatslöhne als Entschädigung sowie den Monatslohn für den April 2010 zu, da sich die Kündigungsfrist aufgrund der unbestrittenen Unfallabsenz des Klägers 1 im Februar 2010 bis Ende April 2010 verlängert habe. Sie erwog diesbezüglich Folgendes:

Zunächst auferlegte die Vorinstanz der Beklagten mit Verfügung vom 30. März 2011 den Hauptbeweis für die Behauptung, der Kläger 1 habe am frühen Morgen des 27. Januar 2010 während eines Gesprächs mit C._____ und D._____ das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten mündlich gekündigt, wobei den Klägern der Gegenbeweis dazu eröffnet wurde (Urk. 22). Die Vorinstanz begründete diese Beweislastverteilung im Endentscheid damit, dass zwar die Kläger im vorliegenden Prozess finanzielle Ansprüche geltend machen würden, doch würden diese darauf beruhen, dass die Beklagte dem Kläger 1 bösartig eine Kündigung unterstellt habe. Vor diesem Hintergrund sei vorab die Beklagte nach Art. 8 ZGB dafür beweispflichtig zu erklären, dass der Kläger 1 am 27. Januar 2010 gekündigt habe. Gelingen dieser Beweis, stünden den Klägern die eingeklagten Ansprüche nicht zu; gelinge er nicht, müsse in einem nächsten Schritt das Vorgehen der Beklagten gewürdigt werden (Urk. 42 S. 7).

Nach erfolgter Würdigung der beklagischen Beweismittel (Zeugenaussagen von C._____ und D._____ und sechs Beweisurkunden) erachtete die Vorinstanz den Nachweis, dass der Kläger 1 selber gekündigt hatte, als nicht erbracht. Vor diesem Hintergrund wurde auf die Abnahme der klägerischen Gegenbeweismittel verzichtet (Urk. 42 S. 12).

In einem nächsten Schritt wertete die Vorinstanz die durch die Beklagte abgefasste "Kündigungsbestätigung" vom 27. Januar 2010 in Kombination mit der nachfolgenden Korrespondenz als ordentliche Kündigung seitens der Beklagten. Die Beklagte habe im Schreiben vom 27. Januar 2010 unter dem Titel "Kündigungsbestätigung" kund getan, dass sie den Kläger 1 nicht über den 31. März 2010 hinaus beschäftigen wolle und habe an dieser Haltung auch mit Schreiben vom 5. Februar 2010 (Urk. 15/8) trotz ausdrücklich erklärter Arbeitsbereitschaft des Klägers 1 (vgl. Urk. 15/7) festgehalten. Dadurch habe die Beklagte unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie ab dem 1. April 2010 auf die Arbeitsleistung des Klägers 1 verzichte. Dies sei als Kündigung des Arbeitsverhältnisses unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zu werten (Urk. 42 S. 12 f.).

Sodann erwog die Vorinstanz, indem die Beklagte mit der Kündigungsbestätigung vom 27. Januar 2010 versucht habe, dem Kläger 1 wahrheitswidrig eine Kündigung zu unterschieben, sei die eigene Kündigung unter Berufung auf einen unzutreffenden Grund erfolgt. Das Ausnutzen eines eigenen rechtswidrigen Verhaltens bilde indes einen typischen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs und führe dazu, dass die Kündigung der Beklagten als missbräuchlich zu werten sei. Unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände sei eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung in der Höhe von zwei Monatslöhnen angemessen (Urk. 42 S. 15 ff.).

Aufgrund der Unfallabsenz des Klägers 1 sei es sodann zu einer Verlängerung der Kündigungsfrist bis (mindestens) 30. April 2010 gekommen, weshalb dem Kläger 1 der Bruttolohn für den Monat April 2010 zuzüglich Spesen zustehe.

d) Die Beklagte verlangt im Rahmen ihrer Berufung die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides, da diesem zum einen eine fehlerhafte Beweislastverteilung (nachstehend Erw. 3) wie auch eine fehlerhafte Beweiswürdigung (nachstehend Erw. 4) zugrunde liege. Weiter beanstandet die Beklagte die vorinstanzliche Qualifikation der "Kündigungsbestätigung" als eigene Kündigung (nachstehend Erw. 5) sowie die Beurteilung derselbigen als missbräuchliche Kündigung (nachstehend Erw. 6).

3. Beweislast

3.1 Die Beklagte rügt eine fehlerhafte Beweislastverteilung durch die Vorinstanz. Diese habe der Beklagten den Hauptbeweis dafür auferlegt, dass der Kläger 1 anlässlich einer Besprechung vom 27. Januar 2010 mit C._____ und D._____ das Arbeitsverhältnis mündlich gekündigt habe. Nach Art. 8 ZGB habe aber derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Der Kläger 1 habe im Hinblick auf seine Forderung aus Art. 336a OR wegen missbräuchlicher Kündigung seine als Klagefundament dienenden (und bestrittenen) Behauptungen zu beweisen. Namentlich habe er den Beweis dafür zu erbringen, dass die Beklagte den Arbeitsvertrag "auf eine ganz hinterhältige Art und Weise" aufgelöst habe, "indem sie ihm fälschlicherweise unterschob, er habe am 27. Januar 2010 mündlich per 31. März 2010 gekündigt" (Urk. 41 S. 4 f.).

3.2 Gemäss Art. 8 ZGB hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Auf die Verteilung der Parteirollen kommt es dabei nicht an. Die Festlegung des relevanten Beweisthemas setzt zunächst voraus, dass die entsprechenden Tatsachenbehauptungen genügend substantiiert in den Prozess eingeführt wurden. Der Beweis, der eine bestimmte Tatsachenbehauptung erhärten soll, wird Hauptbeweis genannt. Dieser Hauptbeweis ist Gegenstand der Beweislast, weil mit seinem Scheitern die Beweislosigkeit eintritt, welche sich zu Ungunsten der beweisbelasteten Partei auswirkt. Der Hauptbeweis ist unteilbar, weil ein geteiltes Beweisrisiko auch zu einer Teilung des davon abhängenden materiellen Anspruches führen können (BSK ZGB I-Schmid/Lardelli, Art. 8 N 34 f.).

Die Kläger leiten ihren Anspruch aus einer missbräuchlichen Kündigung seitens der Beklagten ab. Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht folgt dem Grundsatz der Kündigungsfreiheit (Art. 335 OR), d.h. es bedarf bei einer ordentlichen Kündigung keines besonderen Grundes. Art. 336 OR führt jedoch bestimmte "verpönte" Gründe aus, aufgrund derer nicht gekündigt werden darf. Entsprechend dem Grundsatz von Art. 8 ZGB obliegt dabei dem Gekündigten der Beweis, dass erstens eine Kündigung vorliegt, welche auf einem verpönten Kündigungs-

grund beruht, und zweitens dieser zur Kündigung führte, das heisst für die Kündigung kausal war (BGE 123 III 246 Erw. 4b; BGE 130 III 699 Erw. 4.1; BSK OR I-Portmann, Art. 336 N 31; Groner, Beweisrecht - Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011, S. 87). Die Kläger stellen diesbezüglich die Tatsachenbehauptung auf, die Beklagte habe dem Kläger 1 auf hinterlistige Art und Weise gekündigt, indem sie unter Berufung auf eine mündliche Kündigung durch den Kläger 1 eine Kündigungsbestätigung verfasst habe, ohne dass dieser jemals eine solche mündliche Kündigung ausgesprochen habe. Da die Kläger aus dieser Tatsachenbehauptung ihren Anspruch auf eine Lohn- sowie Entschädigungszahlung ableiten, tragen sie für sämtliche Elemente dieser Tatsachenbehauptung (Kündigung durch Beklagte, Berufung auf mündliche Kündigung durch den Kläger 1, fehlende mündliche Kündigung durch den Kläger 1, Missbräuchlichkeit dieser Verhaltensweise) die Beweislast. Dass es sich bei der Tatsachenbehauptung, der Kläger 1 habe nicht gekündigt, um ein sogenanntes Negativum handelt, ändert daran nichts. Der Grundsatz, wonach derjenige, welcher aus einer Tatsache Rechte ableitet, die Beweislast dafür trägt, gilt nämlich auch, wenn die Entstehung eines Rechtes an das Nichtvorhandensein einer Tatsache (sogenanntes Negativum) geknüpft ist. Nur in seltenen Ausnahmefällen ist der negative Beweis unzumutbar und dürfen die allgemeinen Voraussetzungen zur Beweislastverteilung durchbrochen werden (Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955, S. 51; BK-Walter, N 323 ff. zu Art. 8 ZGB). Die weitverbreitete Annahme, dass Negativa nicht zu beweisen seien, ist vor diesem Hintergrund falsch. Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts findet Art. 8 ZGB auch dann Anwendung, wenn es um den Beweis negativer Tatsachen geht. Wenn ein direkter Beweis des Negativen nicht möglich ist, ist er indirekt über positive Sachumstände zu führen (BSK ZGB I-Schmid/Lardelli, Art. 8 N 72; BGE 119 II 305). Vor diesem Hintergrund kann den Klägern der Beweis für die Tatsachenbehauptung, dass der Kläger 1 nicht gekündigt habe, auferlegt werden. Die vorinstanzliche Beweislastverteilung ist demnach unzutreffend. Richtigerweise hätte in der Beweisauflageverfügung vom 30. März 2011 den Klägern der Hauptbeweis dafür auferlegt werden müssen, dass die Beklagte eine Kündigung ausgesprochen hat, indem sie unter Berufung auf eine mündliche Kündigung seitens

des Klägers 1 eine Kündigungsbestätigung verfasst hat, obwohl der Kläger 1 nie eine solche Kündigungserklärung abgegeben hat, und dass dieses Verhalten aufgrund der hinterlistigen Art und Weise missbräuchlich ist. Der Beklagten als nicht beweisbelastete Partei wäre es sodann freigestanden, den Gegenbeweis zu führen. Der Gegenbeweis wird indes nur relevant, wenn der Hauptbeweis angetreten wird und nicht scheitert. Der Gegenbeweis ist schon geglückt, wenn er das Ergebnis des Hauptbeweises so erschüttert, dass zuungunsten des Beweisbelasteten zu entscheiden ist (BSK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 36; BGE 120 II 393 Erw. 4b). Gelingt der Gegenbeweis, dürfen die vom Beweisbelasteten behaupteten Tatsachen nicht als bewiesen - d.h. als überwiegend wahrscheinlich gemacht - anerkannt werden. Der Hauptbeweis ist vielmehr gescheitert. Damit hat es sein Bewenden, wie das Bundesgericht erst kürzlich festgehalten hat (zit. Urteil 5C.99/2002, E. 2.4).

3.3 Es stellt sich in einem nächsten Schritt die Frage nach der rechtlichen Folge einer falschen Beweislastverteilung. Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts ist die Frage der Beweislastverteilung gegenstandslos, wenn die Vorinstanz aufgrund eines Beweisverfahrens zum Ergebnis gelangt ist, bestimmte Tatsachenbehauptungen seien bewiesen oder widerlegt (BGE 114 II 291, Erw. 2a; 105 II 145, Erw. 6bb; BK-Walter, N 29 zu Art. 8 ZGB). Zu untersuchen ist demnach, ob die Vorinstanz aufgrund der erhobenen Beweise und den im Recht liegenden Akten berechtigterweise davon ausgehen durfte, dass der Kläger 1 einerseits keine mündliche Kündigung ausgesprochen hat (nachstehend Erw. 4) und andererseits eine Kündigung seitens der Beklagten vorlag, welche auf einem missbräuchlichen Grund beruhte (nachstehend Erw. 5 und 6).

4. Mündliche Kündigung durch den Kläger 1

4.1 Die Vorinstanz hat im Rahmen des Beweisverfahrens als Beweismittel die Zeugenaussagen von C. _____ und D. _____ (Urk. 36 und 37) sowie sechs Beweisurkunden (act. 28/1-6) gewürdigt und ist zum Schluss gelangt, eine durch den Kläger 1 anlässlich der Besprechung vom 27. Januar 2010 ausgesprochene Kündigung sei nicht erwiesen (Urk. 42 S. 7-12).

4.2 Die Beklagte moniert im Rahmen ihrer Berufung, die Vorinstanz habe sich an die von ihr selbst skizzierten Regeln bei der Beweiswürdigung nicht gehalten. Vorab könne es nicht angehen, den Zeugen C._____ und D._____ wegen ihrer Nähe zur Beklagten pauschal und ohne Vorliegen konkreter Indizien ein erhebliches eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens zu unterstellen. Beide Zeugen seien als Arbeitnehmer der Beklagten in ihren finanziellen Interessen nicht betroffen und Anzeichen für Nachteile im Betrieb bei wahrheitsgemäßer Aussage bestünden auch keine. Sodann würden keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Zeugen derart gewichtige Vorteile erwarten könnten, dass angesichts der Strafandrohung von Art. 307 StGB ein Anreiz für eine wissentlich falsche Aussage bestehen würde (Urk. 41 S. 6).

Weiter habe die Vorinstanz den Ungereimtheiten der beiden Zeugen bezüglich des zeitlichen Ablaufs und des Wochentags zu viel Beachtung geschenkt. Der Zeuge C._____ habe nämlich in Kenntnis der Akten ausgesagt, während sich der Zeuge D._____ auf sein Gedächtnis habe verlassen müssen. Dass sich der Zeuge D._____ vor diesem Hintergrund nach rund 17 Monaten nicht mehr an genaue Daten haben erinnern könne, erstaune dabei nicht. Aufgrund dessen habe der Zeuge D._____ auch ausdrücklich erklärt, er könne sich zwar an das Gespräch mit dem Zeugen C._____ und dem Kläger 1 erinnern, aber das genaue Datum nicht mehr sagen. Die Glaubwürdigkeit des Zeugen D._____ könne sodann auch nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass er irrtümlich angenommen habe, der Zeuge C._____ habe die Kündigungsbestätigung vom 27. Januar 2010 selber verfasst. Der Zeuge D._____ habe diesbezüglich offensichtlich keine eigene Wahrnehmung gehabt, sondern nur aufgrund einer Information vom Zeugen C._____ gewusst, dass eine solche Kündigungsbestätigung verfasst worden sei (Urk. 41 S. 6).

Bei der Würdigung der beiden Zeugenaussagen falle sodann auf, dass sich die Zeugen dort erinnern könnten, wo die Ereignisse ungewöhnlich gewesen und deshalb im Gedächtnis haften geblieben seien. So würden sich die Zeugen daran erinnern, dass zwei Gespräche stattgefunden hätten, dass der Kläger 1 seine Wochenpläne zerrissen habe, dass es im zweiten Gespräch um die Planung und

das Finden einer Lösung gegangen sei, dass der Kläger 1 eine Reduktion seines Pensums respektive eine permanente Unterstützung gewünscht habe, welche man ihm aber nicht habe gewähren können, dass der Kläger 1 daraufhin gekündigt habe und dies auch auf Nachfrage von Zeuge C. _____ bestätigt habe. Die Beklagte bringt vor, aus diesen Aussagen ergäbe sich unzweifelhaft, dass beide Zeugen die Aussagen des Klägers 1 als Kündigung und nicht etwa als blosser Kündigungsandrohung verstanden hätten (Urk. 41 S. 7).

Schliesslich spreche die Vorinstanz der von beiden Zeugen im Anschluss an das Gespräch verfassten und unterzeichneten Aktennotiz zu Unrecht jeden Beweiswert ab. Die Vorinstanz begründe dies damit, dass die Aktennotiz dem Beweisergebnis widerspreche, und verweise diesbezüglich auf das Schreiben des Klägers 1 vom 29. Januar 2010, worin dieser der Kündigungsbestätigung widerspreche. Darauf könne es aber bei der Beweismittelwürdigung gar nicht ankommen, da die Aktennotiz zeitlich vor dem klägerischen Schreiben vom 29. Januar 2010, nämlich gleich im Anschluss an das Gespräch vom 27. Januar 2010, verfasst worden sei. Die Tatsache ihrer Erstellung belege, dass beide Zeugen nach dem Gespräch der Auffassung gewesen seien, dass der Kläger 1 das Arbeitsverhältnis gekündigt habe, was der Geschäftsleitung zu rapportieren gewesen sei. Dass die Vorinstanz ein Beweismittel übergehe, bloss weil dieses dem ohne dessen Berücksichtigung festgestellten Beweisergebnis widerspreche, könne nicht angehen (Urk. 41 S. 7).

4.3 Das Gericht hat die Beweise nach freier Überzeugung zu würdigen (§ 148 ZPO/ZH; Art. 157 ZPO). Der Richter darf sich nicht als überzeugt erklären, wenn Zweifel für ihn bestehen. Die richterliche Überzeugung braucht aber andererseits auch keine absolute Gewissheit zu sein, denn mit Gewissheit lassen sich bestrittene Tatsachen aus der Vergangenheit kaum je feststellen. Die richterliche Überzeugung darf sich auf eine Wahrscheinlichkeit stützen, die zwar objektiv Zweifel nicht ausschliesst, diese aber subjektiv, d.h. nach Ansicht des Gerichtes als unbegründet erscheinen lässt. Es genügt, wenn das Gericht sich mit Bezug auf die Frage, ob sich die umstrittene Tatsache verwirklicht hat oder nicht, mit gutem Gewissen als überzeugt erklären kann. Als beweislos darf daher eine Tatsa-

che nur bezeichnet werden, wenn ein Zweifel bestehen bleibt, dem ein gewisses Gewicht zukommt, nicht aber dann, wenn schon eine lediglich theoretisch entfernte Möglichkeit besteht, dass der wirkliche Sachverhalt anders sein könnte, als er sich dem Gericht darbietet. Die Grenze zwischen Überzeugtsein und Nichtüberzeugtsein ist sodann fließend. Es gibt Überzeugungen, die sich mit Macht aufdrängen, und solche, die gewonnen werden, indem mögliche Zweifel unterdrückt werden (Guldener, a.a.O., S. 6 f.). Die zwei von der Beklagten angerufenen Zeugen sind beide Mitarbeiter der Beklagten (Urk. 36 S. 1 und Urk. 37 S. 1). Der Zeuge C. _____ ist sodann auch Mitglied der Geschäftsleitung und Partner bei der Beklagten (Urk. 36 S. 1). Es ist deshalb auf die alte Erfahrungstatsache hinzuweisen, dass freundschaftliche Beziehungen zu einer Partei oder ein Anstellungsverhältnis durchaus geeignet sind, die Aussagen in eine bestimmte Richtung zu lenken. Nehmen sie tatsächlich diesen Verlauf, so kann das als Indiz für die Unglaubwürdigkeit angesehen werden. Bekundet jedoch der Zeuge das Gegenteil von dessen, was seine Situation erwarten lässt, so darf darin ein besonderes Merkmal der Wahrheitsliebe erblickt werden (vgl. dazu R. Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Bern 1974, S. 314). Objektiv erscheinen Zeugenaussagen insbesondere auch dann, wenn Zeugen mit gleichem "Akzent" Umstände vortragen, die den Betroffenen nicht belasten, wie solche, mit denen belastende Momente vorgetragen werden. Eine neutrale Einstellung kann auch daraus hervorgehen, dass der Zeuge auch Einschränkungen und Berichtigungen zu Gunsten des Betroffenen macht (vgl. F. Arntzen, Psychologie der Zeugenaussage, 3. A., S. 92 f.).

Die von der Vorinstanz erhobenen Zeugenaussagen sind - samt der von der Beklagten eingereichten Korrespondenz (Urk. Urk. 15/1-3 und 7-13) - im Lichte dieser Vorgaben zu prüfen. Dabei ist insbesondere zu untersuchen, ob aus dem Gesamtbild der Aussagen die mündlich ausgesprochene Kündigung durch den Kläger 1 als erstellt gelten kann oder nicht.

4.3.1 Der Zeuge C. _____ ist Geschäftsleitungsmitglied bei der Beklagten. Er bezeichnete die Beziehung zum Kläger 1 während seiner Anstellungszeit bei der Beklagten als gut (Urk. 36 S. 1).

Zum besagten Gespräch am Morgen des 27. Januar 2010 zwischen dem Kläger 1, dem Zeugen D. _____ und ihm sei es gekommen, weil es am Vortag bereits ein Gespräch zwischen ihm und dem Kläger 1 gegeben habe, bei welchem der Kläger 1 seine Auftragspläne zerrissen und damit seine Arbeit verweigert habe. Das Ergebnis des Gesprächs vom 27. Januar 2010 sei sodann die Kündigung durch den Kläger 1 gewesen. Der Kläger 1 habe sich im Rahmen dieses Gesprächs über seine zu grossen Arbeitspensen beklagt und um nachhaltige Unterstützung in Form von zusätzlichen Ressourcen gebeten. Als er dem Kläger 1 geantwortet habe, die Beklagte könne ihm nicht nachhaltig eine zusätzliche Person zur Verfügung stellen, habe der Kläger 1 gesagt, dann müsse er kündigen. Er, der Zeuge C. _____, habe nachgefragt und der Kläger 1 habe gesagt, er würde bis zum letzten Arbeitstag zuverlässig arbeiten (Urk. 36 S. 2). Im Anschluss an das Gespräch habe er die Aktennotiz (Urk. 28/2) verfasst. Die Kündigungsbestätigung namens der Beklagten sei hingegen von der Personalleiterin, Frau F. _____, gestützt auf die von ihm erstellte Aktennotiz verfasst worden. Wenn der Kläger 1 in seinem Schreiben vom 29. Januar 2010 der Darstellung der Beklagten widerspreche, entspreche dies nicht den Tatsachen (Urk. 36 S. 3).

Auf Ergänzungsfrage der Kläger gab der Zeuge C. _____ bezüglich dem Gespräch vom Tag zuvor, dem 26. Januar 2010, sodann zu Protokoll, dieses habe am Morgen früh vor 07.00 Uhr stattgefunden. Der Kläger 1 habe dabei seine Wochenpläne zerrissen. Konkret sei es um zwei Objekte gegangen - die ... in G. _____ und den Bahnhof H. _____ - an welchen der Kläger 1 gemäss Wochenplan hätte Arbeiten ausführen sollen, worum er, der Zeuge C. _____, ihn gebeten habe. Der Kläger 1 habe gesagt, das mache er nicht, und sei daraufhin normal zur Arbeit gegangen (Urk. 36 S. 3). Angesprochen auf das klägerische Schreiben vom 27. Januar 2010 (in welchem der Kläger 1 gegen die steigende Arbeitsbelastung protestiert, Urk. 15/2), hielt der Zeuge C. _____ klar fest, dass darin von einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses von Seiten des Klägers 1 nichts stehe. Dies sei damit erklärt, dass der Kläger 1 ihm dieses Schreiben vor dem Gespräch am 27. Januar 2010 übergeben habe und im Anschluss im Rahmen des Gesprächs mündlich gekündigt habe (Urk. 36 S. 4). Die Frage, ob es richtig sei, "dass der Kläger 1 am 27. Januar 2010 gesagt habe, dann könne er so nicht weiterma-

chen", verneinte der Zeuge C._____ und gab zu Protokoll, es sei so, wie er zuvor bereits erwähnt habe (Urk. 36 S. 4).

Weiter gab der Zeuge C._____ an, es sei richtig, dass er den Zeugen D._____ aufgefordert habe, den Kläger 1 zu ihm ins Büro zu führen. Der Grund für die Anwesenheit des Zeugen D._____ bei diesem Gespräch sei darin zu erblicken, dass bei dem Gespräch eine Lösung betreffend die Überbelastung des Klägers 1 hätte gefunden werden sollen und der Zeuge D._____ als Objektverantwortlicher die Objekte und Arbeitsabläufe detailliert gekannt habe. Das Gespräch habe aber zwischen dem Kläger 1 und ihm stattgefunden; der Zeuge D._____ habe sich nur geäußert, als es um die Objektplanung gegangen sei (Urk. 36 S. 4 f.). Man habe nicht versucht, den Kläger 1 von einer Kündigung abzuhalten, sondern habe diese zur Kenntnis genommen. Der Kläger 1 habe zuvor bereits mehrmals erwähnt, er kündige, und bei diesem Mal habe man die Kündigung zur Kenntnis genommen. Dies sei auch der Grund, weshalb man auf das klägerische Schreiben vom 29. Januar 2010 ablehnend reagiert habe. Der Kläger 1 habe über längere Zeit gesagt, er höre auf und am 27. Januar 2010 sei der Zeitpunkt gekommen, um dies zu akzeptieren (Urk. 36 S. 5 f.).

Die Aussagen des Zeugen C._____ wirken durchaus glaubwürdig. Vorweg ist festhalten, dass der Zeuge unter der Strafdrohung von Art. 307 StGB ausgesagt hat. Allein schon deshalb kann nicht leichtfertig angenommen werden, dass seine Angaben nicht zutreffend seien. So schildert der Zeuge die relevanten Vorfälle detailliert und widerspruchsfrei. Bei der Schilderung des Gespräches zwischen dem Kläger 1 und ihm am 26. Januar 2010 nimmt der Zeuge C._____ Bezug auf die Diskussion über zwei konkrete Objekte, die ... in G._____ und den Containerdienst in H._____, hinsichtlich derer der Kläger 1 die Arbeit verweigern wollte und deshalb seine Arbeitspläne zerriss (Urk. 36 S. 3). Als Folge davon hat ein weiteres Gespräch am nächsten Morgen, dem 27. Januar 2010, stattgefunden. Der detailreich geschilderte Ablauf der Geschehnisse wirkt nachvollziehbar, erscheint es doch sehr plausibel, dass ein Geschäftsleitungsmitglied die angeordnete Arbeitsverweigerung und das (unbestritten gebliebene) Zerreißen von Arbeitsplänen nicht so stehen lassen kann. Es leuchtet auch ein, dass der Objektlei-

ter D._____ an diesem zweiten Gespräch teilnehmen sollte, weil die Arbeitsbelastung des Klägers 1 Thema der Besprechung sein sollte und der Zeuge D._____ als Objektverantwortlicher die Arbeitsabläufe genau gekannt hat. Der Zeuge C._____ gab sodann zu Protokoll, der Kläger 1 habe versprochen, bis zum letzten Tag zuverlässig zu arbeiten, was dafür spricht, dass er den Kläger 1 nicht einfach schlecht machen wollte. Der weitere Ablauf der Geschehnisse - zweites Gespräch am 27. Januar 2010, Verfassen der Aktennotiz durch ihn und Verfassen der Kündigungsbestätigung durch die Personalleiterin - schilderte der Zeuge C._____ sodann konzis und einleuchtend. Dass eine wahrgenommene mündliche Kündigung schriftlich in einer Aktennotiz und sodann einer Kündigungsbestätigung festgehalten wird, dürfte dem normalen Ablauf in einer Unternehmung entsprechen. Bezüglich dem konkreten Ablauf der Geschehnisse fügen sich die Schilderungen des Zeugen C._____ zu einem stimmigen Ganzen und stützen die beklagte Darstellung.

Bezüglich der durch den Kläger 1 ausgesprochenen Kündigung blieben die Aussagen des Zeugen C._____ allerdings sehr vage. Zwar schildert der Zeuge detailreich, dass der Kläger 1 sich über die zu hohen Arbeitspensen beklagt und um nachhaltige Unterstützung in Form von zusätzlichen Ressourcen gebeten habe, was ihm nicht habe gewährt werden können. Wie genau und mit welchen Worten der Kläger 1 die Kündigung ausgesprochen hat, erklärte der Zeuge C._____ hingegen nicht. Er gab einzig an, der Kläger habe gesagt, "dann müsse er kündigen". Auf Nachfrage der Kläger, ob der Kläger 1 gesagt habe, "dann könne er so nicht weitermachen", gab der Kläger 1 weiter an, dies sei nicht richtig, es sei so, wie er zuvor bereits erwähnt habe. In diesem Aussageverhalten ist ein gewisser Strukturbruch zu erkennen, sind die Schilderungen des Zeugen C._____ doch durchwegs differenziert und detailreich, während ausgerechnet beim relevanten Punkt der mündlichen Kündigung eine präzise Schilderung ausbleibt und das Aussagenverhalten zurückhaltend und ungenau wirkt. Wie genau der Kläger 1 die Kündigung ausgesprochen haben soll, kann aus der Zeugenaussage nicht herausgelesen werden.

4.3.2 Der Zeuge D. _____ ist als Einsatzleiter bei der Beklagten angestellt und für die Arbeitsplanung zuständig. Der Zeuge C. _____ sei sein direkter Vorgesetzter, was auch am 27. Januar 2010 bereits so gewesen sei. Er bezeichnete das Verhältnis zum Kläger 1 als gut, wobei sich dieses auf das Berufliche beschränkt habe (Urk. 37 S. 2 und 6).

Zum besagten Gespräch am Morgen des 27. Januar 2010 befragt, gab der Zeuge D. _____ zu Protokoll, er möge sich an das Gespräch erinnern, könne aber das genaue Datum nicht mehr sagen. Grund für das Gespräch sei gewesen, dass der Kläger 1 mit der Arbeit nicht einverstanden gewesen sei und deshalb seine Arbeitspläne zerrissen habe. Das Gespräch müsse wohl an einem Freitag stattgefunden haben, da er die Arbeitspläne jeweils eine Woche zuvor mache und sie mit den Mitarbeitern dann bespreche. Das Gespräch habe wohl am Vormittag zwischen 08:00 Uhr und 09:00 Uhr stattgefunden. Auf Nachfrage führte der Zeuge D. _____ aus, er habe das genaue Datum nicht mehr im Kopf, das Ganze sei bereits eineinhalb Jahre her. Er habe es so in Erinnerung, dass das Gespräch an einem Freitag stattgefunden habe, aber genau könne er es nicht mehr sagen (Urk. 37 S. 2 f.). Im Rahmen des Gespräches habe der Kläger 1 um Unterstützung gebeten, welche die Beklagte ihm in diesem Umfang aber nicht habe geben können. Daraufhin habe der Kläger 1 gesagt, er kündige. Auf Nachfrage von Zeuge C. _____, ob er dies als Kündigung zur Kenntnis nehmen könne, habe der Kläger 1 geantwortet, ja, er könne dies als Kündigung zur Kenntnis nehmen. Die genaue Wortwahl könne er nicht wiedergeben. Der Kläger 1 habe gesagt, wenn die Beklagte ihm die gewünschte Unterstützung nicht geben könne, würde er gehen bzw. kündigen (Urk. 37 S. 3).

Bezüglich der im Anschluss an das Gespräch verfassten Aktennotiz gab der Zeuge D. _____ an, dass der Zeuge C. _____ diese verfasst habe, er aber nicht mehr sagen könne, wann dies gewesen sei (Urk. 37 S. 3). Weiter sei eine Kündigungsbestätigung verfasst worden. Auf entsprechende Frage führte der Zeuge D. _____ aus, die Kündigungsbestätigung sei vom Zeugen C. _____ aufgrund des Gesprächs vom 27. Januar 2010 verfasst worden, wobei er sich nicht mehr daran erinnern könne, wann die Kündigungsbestätigung verfasst worden sei. Auf Vorhalt

der Kündigungsbestätigung (Urk. 15/1) gab der Zeuge D._____ zu Protokoll, er habe die besagte Kündigungsbestätigung zuvor nie gesehen, sei aber der Meinung, dass es sich bei diesem Dokument um die Kündigungsbestätigung handeln müsse. Wer diese unterschrieben habe, wisse er nicht. Die Unterschrift auf dem Dokument sei jedenfalls nicht diejenige von Zeuge C._____ (Urk. 37 S. 3 f.). Wie der Kläger 1 auf die Kündigungsbestätigung reagiert habe, wisse er nicht. Auf Vorhalt des Schreibens vom 29. Januar 2010 (Urk. 15/7), in welchem der Kläger 1 die mündliche Kündigung bestreitet, erklärte der Zeuge D._____, von diesem Schreiben nichts zu wissen. Er könne nur sagen, dass sich der Sachverhalt so zugetragen habe, wie es in der Aktennotiz vom 27. Januar 2010 festgehalten worden sei. Der Kläger 1 habe mehrmals zuvor gesagt, dass er kündige und gehe, da er ein gutes Angebot bei einer anderen Firma habe (Urk. 37 S. 4 f.).

Auf Ergänzungsfrage der Beklagten erklärte der Zeuge D._____ sodann, es könne sein, dass der 27. Januar 2010 ein Montag gewesen sei, er wisse es aber nicht. In der Regel erfolge die Wochenplanung am Freitag, aber es sei möglich, dass der Kläger 1 ferienhalber abwesend gewesen sei und die Wochenplanung erst am Montag erhalten habe. Sodann gab der Zeuge D._____ auf die Frage, wie oft der Kläger 1 zuvor die Kündigung angedroht habe, an, dies sei unzählige Male geschehen, mit fünfzig Mal liege er sicher tief (Urk. 37 S. 5).

Auf Ergänzungsfrage der Kläger, wie er es sich erklären könne, dass der Kläger 1 zwei Tage nach dem 27. Januar 2010 geschrieben habe, er habe nicht gekündigt und wolle weiter für die Beklagte arbeiten, führte der Zeuge D._____ aus, dies widerspreche sicher dem, was passiert sei. Vielleicht habe der Kläger 1 unüberlegt oder impulsiv gehandelt (Urk. 37 S. 5). Auf die Kündigungsbestätigung angesprochen, gab der Zeuge D._____ an, er habe von der Kündigungsbestätigung Kenntnis erhalten, weil der Zeuge C._____ ihn darüber informiert habe, dass er die Kündigung schriftlich bestätigen werde (Urk. 37 S. 6). Ob der Kläger 1 am 27. Januar 2010 bereits eine neue Stelle gehabt habe, wisse er nicht. Ebenfalls wisse er nicht, auf welchen Zeitpunkt der Kläger 1 gekündigt habe. Gemäss Vertrag sei eine Kündigung auf den nächstmöglichen Termin möglich (Urk. 37 S. 6). Auf die Frage, ob der Kläger 1 am 27. Januar 2010 gesagt habe, ohne die Ent-

lastung könne er so nicht weitermachen, gab der Zeuge D._____ an, der Kläger 1 habe gesagt, er werde ohne Unterstützung nicht weiterarbeiten (Urk. 37 S. 6).

Auch der Zeuge D._____ hat unter der Strafdrohung von Art. 307 StGB ausgesagt, weshalb schon deshalb nicht leichthin angenommen werden kann, dass seine Angaben nicht zutreffend seien. Die Aussagen des Zeugen D._____ wirken sodann glaubwürdig, erklärte er doch anlässlich seiner Einvernahme vom 5. Juli 2011 auch, dass er sich nicht mehr genau an das Datum der Vorfälle erinnern könne (Urk. 37 S. 2 und 3). Dies tut seiner Glaubwürdigkeit aber - entgegen der vorinstanzlichen Würdigung - keinesfalls Abbruch, erscheint es doch nachvollziehbar, dass nach 17 Monaten zwar das Gespräch selber im Gedächtnis bleibt, aber keine Erinnerung an das konkrete Datum besteht. Auch der Versuch des Zeugen, den massgebenden Wochentag mit Hilfe seines normalen Arbeitsablaufs zu erstellen, verleiht der Aussage des Zeugen trotz resultierendem falschem Wochentag keinesfalls einen Anschein von Unglaubwürdigkeit, sondern zeigt vielmehr auf, dass der Zeuge D._____ sich trotz Kenntnis der bevorstehenden Zeugeneinvernahme mit seinem Vorgesetzten - dem Zeugen C._____ - nicht abgesprochen hat. Dass das Gespräch zwischen dem Kläger 1, dem Zeugen C._____ und dem Zeugen D._____ tatsächlich stattgefunden hat, ist sodann unbestritten, weshalb der Frage, an welchem Wochentag das Gespräch stattgefunden hat, ohnehin kein Gewicht zukommt. Wenn die Vorinstanz im angefochtenen Urteil dem von den Zeugen widersprüchlich geschilderten zeitlichen Ablauf der Kündigung grosse Bedeutung zumisst, ist dem zu widersprechen. Das zentrale Kernerlebnis schilderte der Zeuge D._____ eingehend und frei von Widersprüchen. So gab er in Übereinstimmung mit den Aussagen des Zeugen C._____ an, der Kläger 1 habe um Unterstützung gebeten, welche ihm nicht habe gewährt werden können (Urk. 37 S. 2). Weiter vermochte sich der Zeuge daran erinnern, dass der Kläger 1 als Reaktion darauf gesagt habe, er kündige, und auch auf Nachfrage des Zeugen C._____ erklärt habe, dies könne als Kündigung zur Kenntnis genommen werden. Diese Aussagen decken sich mit denjenigen des Zeugen C._____ und die bezeugten Tatsachen können vor diesem Hintergrund grundsätzlich als erstellt erachtet werden.

Über die Kündigungsbestätigung vom 27. Januar 2010 konnte der Zeuge D._____ sodann keine eigenen Angaben machen. Er wusste zwar, dass eine solche ausgestellt wurde, gab aber zu Protokoll, das Dokument zuvor noch nie gesehen zu haben (Urk. 37 S. 4). Er wisse nur davon, weil der Zeuge C._____ ihm berichtet habe, er werde die Kündigung schriftlich bestätigen. Dies erklärt auch, weshalb der Zeuge D._____ davon ausgegangen war, dass der Zeuge C._____ die Kündigungsbestätigung verfasst hatte, sich auf Vorhalt des Dokumentes aber korrigieren musste (vgl. Urk. 37 S. 4). Über den Widerspruch des Klägers 1 gegen die Kündigungsbestätigung konnte der Zeuge D._____ nichts berichten (vgl. Urk. 37 S. 4). Aus diesem Aussageverhalten erscheint einmal mehr, dass die Aussagen der beiden Zeugen nicht abgesprochen worden sind. Obwohl der Zeuge D._____ Kenntnis vom Verfahren hatte und ihm die umstrittenen Punkte daher bekannt sein mussten, hielt er wiederholt fest, dass er von gewissen Ereignissen nichts wusste, und bestätigte damit die Sachdarstellung der Beklagten nicht unbesehen. Darin kann ein besonderes Merkmal zur Wahrheitsliebe erkannt werden, wäre doch zu erwarten, dass ein Angestellter aufgrund des Abhängigkeitsverhältnisses zur Arbeitgeberin versucht wäre, deren Angaben ohne Weiteres zu bestätigen.

Bezüglich der durch den Kläger 1 ausgesprochenen Kündigung blieben aber auch die Aussagen des Zeugen D._____ sehr vage. Den genauen Wortlaut konnte er nicht wiedergeben, aber der Kläger 1 habe gesagt, wenn ihm die gewünschte Unterstützung verwehrt bleibe, würde er gehen bzw. kündigen (Urk. 37 S. 3). Auf Nachfrage der Kläger bestätigte der Zeuge D._____ sodann, der Kläger 1 habe gesagt, er werde ohne Unterstützung nicht weiterarbeiten. Wie genau der Kläger 1 die Kündigung ausgesprochen haben soll, kann aus diesen Aussagen nicht herausgelesen werden.

4.4 Aus den Angaben der Zeugen geht klar hervor, dass der Kläger 1 sich über die Arbeitsbelastung beschwert und in diesem Zusammenhang seine Wochenpläne zerrissen hat. Anlässlich des Gesprächs vom 27. Januar 2010 hat der Kläger 1 sodann (erneut) um Unterstützung durch zusätzliche Ressourcen gebeten, was ihm nicht gewährt werden konnte. Daraufhin scheint der Kläger 1 sich

dahingehend geäussert zu haben, dass er ohne die Unterstützung nicht weitermachen könne bzw. dann gehen müsse oder dann kündigen müsse. Beide Zeugen schildern diesen Ablauf übereinstimmend und widerspruchsfrei, ohne dass sich die Aussagen in der Wortwahl deckungsgleich präsentieren, sodass eine vorgängige Absprache nicht anzunehmen ist. Was genau der Kläger 1 gesagt hat, kann anhand der unpräzisen und unbestimmten Angaben der beiden Zeugen aber nicht erstellt werden. Ausgerechnet zum für die Beklagte zentralen Punkt des Gespräches können die Zeugen ihre Wahrnehmung nicht klar wiedergeben. Klar erscheint indes, dass beide Zeugen die Äusserung des Klägers 1 eindeutig als Kündigung des Arbeitsverhältnisses verstanden haben. Dies erhellt auch aus der im Anschluss an das Gespräch verfassten Aktennotiz, welche von beiden Zeugen unterzeichnet wurde (Urk. 28/2). Die Vorinstanz äussert sich zum Beweiswert dieses Dokumentes nicht weiter. Jedenfalls unterstreicht die Aktennotiz aber die Aussage der Zeugen, dass sie die Äusserungen des Klägers 1 als Kündigung wahrgenommen haben. Es bestehen mithin keinerlei Anhaltspunkte, dass die beiden Zeugen mit ihrer Unterschrift wissentlich etwas Falsches bestätigt hätten. Nichtsdestotrotz bestehen aufgrund des vagen Aussageverhaltens der beiden Zeugen betreffend die genaue Willensäusserung des Klägers 1 Zweifel, ob dieser tatsächlich seinen Willen, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, unmissverständlich kundgetan hat. Genau darauf kommt es aber an, wenn die Frage beantwortet werden muss, ob der Kläger 1 das Arbeitsverhältnis mündlich aufgelöst hat. In Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen kann festgehalten werden, dass aufgrund der Zeugenaussagen offen bleibt, ob der Kläger 1 eine mögliche Kündigung lediglich angedroht oder angekündigt oder das Vertragsverhältnis effektiv durch unmissverständliche Willenserklärung aufgelöst hat. Gerade auch vor dem Hintergrund, dass der Kläger 1 gemäss den übereinstimmenden Aussagen der Zeugen C. _____ und D. _____ zuvor bereits etliche Male erwähnt hatte, er höre auf und gehe (vgl. Urk. 36 S. 5 und 6; Urk. 37 S. 5), und das Arbeitsverhältnis trotzdem weiterbestanden hat, erscheint eine gleichlautende Aussage im vorliegenden Kontext eher nicht als eindeutiger Willensausdruck für eine Kündigung. Durch das vorinstanzliche Beweisverfahren ist demnach - unabhängig einer falschen Beweislastverteilung - erstellt worden, dass der Kläger 1 anlässlich

der Besprechung vom 27. Januar 2010 nicht unmissverständlich seinen Willen kund getan hat, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Daran ist festzuhalten. Bei diesem Beweisergebnis ist es irrelevant, dass die Vorinstanz die von den Klägern anbotenen Beweismittel nicht abgenommen hat.

5. Kündigung durch die Beklagte

5.1 Die Vorinstanz qualifizierte die Äusserungen der Beklagten nach dem 27. Januar 2010 als ordentliche Kündigung. So habe die Beklagte in ihrem Schreiben vom 27. Januar 2010 unter dem Titel "Kündigungsbestätigung" kundgetan, dass sie den Kläger 1 nicht über den 31. März 2010 hinaus beschäftigen wolle. Sie habe darin nämlich die mündliche Kündigung des Klägers 1 bestätigt (welche aber, wie sich gezeigt habe, nicht rechtsgültig erfolgt sei) und habe darauf verwiesen, dass angesichts der Kündigungsfrist von zwei Monaten das Arbeitsverhältnis am 31. März 2010 enden würde. An dieser Haltung habe die Beklagte im Schreiben vom 5. Februar 2010 trotz der ausdrücklich erklärten Arbeitsbereitschaft des Klägers 1 (vgl. sein Schreiben vom 29. Januar 2010, Urk. 9/6) explizit festgehalten. Dadurch habe die Beklagte unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie ab dem 1. April 2010 auf die Arbeitsleistung des Klägers 1 verzichte. Dies sei als ordentliche Kündigung durch die Beklagte zu werten.

5.2 Die Beklagte moniert im Rahmen ihrer Berufung, die Vorinstanz habe zu Unrecht das beklagte Bestätigungsschreiben vom 27. Januar 2010 (Urk. 15/1) oder das Schreiben vom 5. Februar 2010 (Urk. 15/8) als Kündigung seitens der Beklagten qualifiziert. In diesen Schreiben werde lediglich die mündliche Kündigung des Klägers 1 bestätigt und in der Folge an dieser Auffassung festgehalten. Wenn die Vorinstanz davon ausgehen wolle, dass der Kläger 1 nicht mündlich gekündigt habe, könne die Bestätigung des von der Beklagten wahrgenommenen Vorgangs ihrerseits keine Kündigung darstellen (Urk. 41 S. 3 f.).

5.3 Eine Kündigung stellt eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung zur Vertragsauflösung und damit ein rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht dar. Inhaltlich erfordert eine Kündigung Bestimmtheit und Klarheit. Sie muss den

Kündigungswillen, d.h. den Willen, den Vertrag zu beenden, und den Zeitpunkt der Beendigung hinreichend klar und unmissverständlich zum Ausdruck bringen. Es dürfen keine Zweifel mit Bezug auf die Umgestaltung der Rechtslage bestehen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 335 N 2; ZK-Staehelin, Art. 335 N 4; Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Basel 1998, S. 28; BSK OR I-Portmann, Art. 335 N 8; Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2007, Rz 663).

Im vorliegenden Fall kann entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen nicht von einer Kündigung seitens der Beklagten ausgegangen werden. Das unter dem Titel "Kündigungsbestätigung" abgefasste Schreiben vom 27. Januar 2010 (Urk. 15/1) drückt nicht den Willen der Beklagten zur Vertragsauflösung aus, sondern nimmt Bezug auf das Gespräch mit dem Kläger 1 und hält dessen mündliche Kündigung fest. Die blosser Tatsache, dass im Rahmen des Beweisverfahrens keine mündliche Kündigung durch den Kläger 1 erstellt werden konnte, ändert nichts an der Tatsache, dass das beklagtische Schreiben vom 27. Januar 2010 lediglich den durch C._____ und D._____ wahrgenommenen Vorgang festhält. Der (anwaltlich vertretene) Kläger 1 selbst scheint dies auch so verstanden zu haben, hält er doch in seinem Antwortschreiben vom 29. Januar 2010 (Urk. 15/7) fest, dass das besagte beklagtische Schreiben keine schriftliche Kündigung seitens der Arbeitgeberin darstelle und falls in der Folge durch die Beklagte eine Kündigung ausgesprochen werden sollte, diese zu begründen wäre. Entsprechend geht der Kläger 1 am 29. Januar 2010 ausdrücklich davon aus, dass das Arbeitsverhältnis ohne anderslautenden Gegenbericht ungekündigt sei (vgl. Urk. 15/7 S. 2). Um das Verhalten der Beklagten als aktive Kündigung zu verstehen, hätte zumindest auf diese klägerische Aufforderung hin eine ausdrückliche Erklärung durch die Beklagte erfolgen müssen, wonach das Arbeitsverhältnis - wenn nicht durch den Kläger 1, dann durch sie - aufgelöst werde. Demgegenüber tat die Beklagte als Reaktion darauf nicht etwa ihren Willen kund, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, sondern wies mit Schreiben vom 5. Februar 2010 den Inhalt des klägerischen Schreibens zurück und hielt an der nach ihrer Auffassung erfolgten mündlichen Kündigung durch den Kläger 1 fest (Urk. 15/8). Diese Auffassung

brachte sie erneut im Schreiben vom 12. Februar 2010 zum Ausdruck (Urk. 15/10). Eine Erklärung, dass sie (die Arbeitgeberin) das Vertragsverhältnis auflöse, gab die Beklagte hingegen nie ab. Das blosses Festhalten an einem früheren Schreiben, welches für sich klarerweise keine Kündigung darstellt, kann unzweifelhaft nicht als ausdrückliche, unmissverständliche Willensäusserung zur Vertragsauflösung verstanden werden. Aufgrund dessen geht der Kläger 1 in seinem Schreiben vom 17. März 2010 auch davon aus, es mangle an einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses per Ende März 2010 (Urk. 15/12). Es scheint somit eindeutig, dass zwischen den Parteien zwar Uneinigkeit über die Frage der mündlichen Kündigung durch den Kläger 1 herrschte, aber beide Parteien übereinstimmend davon ausgingen, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt hatte. Vor diesem Hintergrund kann das Verhalten der Beklagten nicht als eindeutige, unmissverständliche Willensäusserung zur Vertragsauflösung gewertet werden. Wenn beim Kläger 1 der Massstab an eine ausdrückliche Willenserklärung zur Vertragsauflösung so hoch angesetzt wird, dass die Aussagen "dann gehe ich" oder "so kann ich nicht mehr weiter machen" nicht als unmissverständlicher Kündigungswillen gewertet werden dürfen, hat das Gleiche auch bei der Beklagten zu gelten und kann eine Kündigungsbestätigung, welche selbst der Kläger 1 nicht als Kündigung seitens der Beklagten verstanden hat, nicht nachträglich in eine solche umgedeutet werden.

Dies gilt umso mehr, als eine Kündigung aufgrund der zu beachtenden Kündigungsfristen zu einem konkreten Zeitpunkt erfolgen muss und nicht in über einen längeren Zeitraum getätigten Äusserungen erblickt werden kann. Es fällt dabei auf, dass sich der Kläger 1 weder vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren klar dazu äussert, welche der beklagten Handlungen oder Äusserungen seiner Ansicht nach die Kündigung des Arbeitsverhältnisses bewirkt haben könnte. Genau genommen äussert sich der Kläger 1 überhaupt nicht, worin eine beklagte Kündigung zu erblicken ist. Insofern mangelt es bereits an substantiierten Behauptungen zum wichtigsten Element seines Klagefundaments, der Kündigung durch die Beklagte. Wenn die Vorinstanz trotz fehlender entsprechender Behauptungen das Verhalten der Beklagten im Rahmen einer Gesamtbetrachtung als Kündigung beurteilt, ist diese Wertung - wie bereits ausgeführt - unzutreffend.

6. Missbräuchlichkeit der Kündigung

Aufgrund der Tatsache, dass seitens der Beklagten keine Kündigung vorliegt, erübrigen sich grundsätzlich weitere Ausführungen über die Missbräuchlichkeit, denn selbstredend kann ohne Kündigung auch keine missbräuchliche Kündigung vorliegen. Lediglich der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle aber dennoch angemerkt, dass selbst für den Fall, dass das Verhalten der Beklagten als Kündigung qualifiziert würde, darin alleine noch keine Missbräuchlichkeit begründet wäre. Die Kündigungsbestätigung könnte nämlich nur dann als missbräuchlich und damit gegen Treu und Glauben verstossend gewertet werden, wenn sie wider besseres Wissen erfolgt wäre. Alleine aus dem Umstand, dass im Beweisverfahren eine mündliche Kündigung des Klägers 1 nicht erstellt werden konnte, geht aber noch nicht hervor, dass die Beklagte die vom Kläger 1 gemachten Äusserungen (wenn auch fälschlicherweise) nicht tatsächlich als Kündigung verstanden hat. Ein Missverständnis, welches ein gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten von vornherein ausschliessen würde, kann mithin nicht ausgeschlossen werden. Dies umso mehr, als dass der Kläger 1 unbestrittenermassen bereits mehrere Male mit der Kündigung gedroht hatte und gemäss der Vorinstanz durch dieses Verhalten selbst die Ursache dafür gesetzt hatte, dass bei der Beklagten bei entsprechenden Äusserungen Missverständnisse hätten auftreten können.

7. Arbeitsvertragliche Lohnansprüche der Kläger

7.1 Im Lichte der gemachten Ausführungen kann festgehalten werden, dass eine durch die Beklagte zum Ausdruck gebrachte Kündigung weder genügend substantiiert behauptet noch aufgrund der Akten ersichtlich ist. Es ist demnach nicht von einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses auszugehen. In der Konsequenz bedeutet dies, dass eine Kündigung durch den Kläger 1 nicht erstellt werden kann und eine Kündigung durch die Beklagte nicht vorliegt. Entsprechend dauerte das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nach dem 27. Januar 2010 unverändert fort. Forderungen aus dem sachlichen wie auch aus dem zeitlichen Kündigungsschutz fallen vor diesem Hintergrund ausser Betracht. Ohne Kündigung durch die Beklagte bleibt naturgemäss auch kein Raum für eine Entschädigungsforderung wegen missbräuchlicher Kündigung oder für eine Verlängerung

einer Kündigungsfrist. Es stellt sich vor diesem Hintergrund aber die Frage, wann das Arbeitsverhältnis aufgelöst worden ist und ob dem Kläger 1 unter dem Titel der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers im Sinne von Art. 324 Abs. 1 OR Ansprüche zustehen.

7.2 Offenkundig gehen beide Parteien übereinstimmend davon aus, dass das Arbeitsverhältnis mittlerweile nicht mehr besteht. Der Zeitpunkt der Vertragsauflösung ist mangels anderweitiger Parteibehauptungen auf den 1. Mai 2010 festzusetzen, da der Kläger an diesem Tag eine neue Stelle angetreten hat (vgl. Urk. 30/2) und das Arbeitsverhältnis dadurch konkludent aufgehoben wurde (vgl. BGer 4C.402/2005 vom 19. Januar 2006, Erw. 2.6). Die Kläger machen entsprechend auch keine weitergehenden Lohnansprüche geltend.

7.3 Die Beklagte hat dem Kläger 1 anerkanntermassen den Lohn bis und mit Ende März 2010 ausbezahlt. Da das Anstellungsverhältnis indes - wie gezeigt - bis Ende April 2010 andauerte und der Kläger 1 im Schreiben vom 17. März 2010 (Urk. 15/12) seine Arbeitsleistung ausdrücklich angeboten hat und dies wörtlich "auch über März 2012 hinaus bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses" und die Beklagte das Leistungsangebot mit Schreiben vom 30. März 2010 (Urk. 15/13) implizit ablehnte, ist der Lohn für den Monat April 2010 aufgrund von Art. 324 Abs. 1 OR geschuldet. Die Tatsache, dass die Kläger den Lohnanspruch für den Monat April aus Art. 336c Abs. 2 OR (zeitlicher Kündigungsschutz) und nicht aus Art. 324 Abs. 1 OR (Lohnfortzahlungspflicht bei Verhinderung an der Arbeitsleistung) herleiten, ändert daran nichts, da das Gericht nur an die Rechtsbegehren der Parteien gebunden ist, nicht jedoch an deren rechtliche Begründung (vgl. Erw. 1.3 vorstehend). Da die Kläger in ihrem Rechtsbegehren den Monatslohn April 2010 ausdrücklich einfordern, kann dieser ohne Weiteres mit anderer rechtlicher Begründung zugesprochen werden. Entsprechend ist der Lohn für den Monat April im (unbestritten gebliebenen) Betrag von Fr. 4'800.- brutto plus Spesenentschädigung von Fr. 100.- geschuldet. Unter Berücksichtigung der von der Beklagten abzuliefernden Sozialabgaben (5.05% AHV-Abzug, 1% ALV-Abzug, 2.14% NBU-Abzug, 1% KK-Abzug) im Betrag von Fr. 441.10 entspricht dies einem Nettobetrag von Fr. 4'358.90 plus Fr. 100.- Spesenentschädigung.

Die Klägerin 2 teilte der Beklagten mit Subrogationsanzeige vom 4. November 2010 mit, dass sie den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung des Klägers 1 anerkenne und ihm gestützt auf Art. 29 AVIG ab dem 1. April 2010 Leistungen ausbezahle (Urk. 9/15). Entsprechend hat die Klägerin 2 dem Kläger 1 für den Monat April Fr. 2'523.75 netto entrichtet (Urk. 9/15 S. 4). In diesem Umfang sind damit gemäss Art. 29 Abs. 2 AVIG die Ansprüche des Klägers 1 gegenüber der Beklagten auf die Klägerin 2 übergegangen. Von dieser Subrogation sind grundsätzlich nicht nur die Nettoauszahlungen erfasst, sondern es werden auch die entsprechenden Brutto-Lohnansprüche erfasst, soweit auf der Arbeitslosenentschädigung Sozialabgaben vom Versicherten zu tragen sind und die Arbeitslosenkasse diese auch direkt an die Sozialversicherungsträger bezahlt. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin 2 aber ausdrücklich mitgeteilt, dass sie die ausbezahlten Taggelder nach erfolgter Rückerstattung durch die Beklagte wieder zurückbuchen werde und dass auf solchen "zurückgebuchten" bzw. "nicht ausbezahlten" Taggeldern keine Sozialversicherungsbeiträge zu Gunsten des Klägers 1 abgeführt würden (vgl. Urk. 17). Dies bedeutet nichts anderes, als dass auf den Monatslohn vom April 2010 bis anhin keine Sozialabgaben entrichtet wurden. Die Klägerin 2 verlangt entsprechend nur die Rückerstattung des von ihr effektiv ausbezahlten Nettobetrages, während der Kläger 1 seinerseits von der Beklagten die Abführung der Sozialabgaben auf dem Lohngesamtbetrag von Fr. 4'800.– verlangt.

Unter Berücksichtigung der Nettozahlung der Klägerin 2 resultiert auf Seiten des Klägers 1 somit ein Anspruch auf netto Fr. 1'835.15 plus Fr. 100.– Spesenentschädigung (Fr. 4'358.90 netto abzüglich Fr. 2'523.75 netto), was in Anbetracht der Sozialabgaben in Höhe von Fr. 441.10 einem Bruttobetrag von Fr. 2'276.25 plus Fr. 100.– Spesenentschädigung entspricht. Die Beklagte ist vor diesem Hintergrund zu verpflichten, dem Kläger 1 Fr. 2'276.25 brutto plus Fr. 100.– Spesenentschädigung zu bezahlen, wobei sich dieser Betrag um die von der Beklagten auf Fr. 4'800.– zu leistenden Sozialabzüge (Fr. 441.10) auf Fr. 1'835.15 netto plus Fr. 100.– Spesenentschädigung reduziert, soweit die Beklagte nachweist, dass sie diese an die zuständigen Instanzen abgeliefert hat. Mangels anderweitiger Abreden ist der Lohnanspruch des Klägers 1 Ende April

2010 fällig geworden (Art. 323 Abs. 1 OR), weshalb dem Kläger 1 auf seiner Lohnforderung Zinsen zu 5% (vgl. Art. 104 Abs. 1 OR) seit 1. Mai 2010 zuzusprechen sind. Sodann ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin 2 den Betrag von netto Fr. 2'523.75 zu bezahlen. Zinsen hat die Klägerin 2 keine geltend gemacht.

Die vorinstanzliche Berechnung der von der Beklagten den Klägern für den Monatslohn April 2010 geschuldeten Beträge ist somit korrekt.

8. Zusammenfassung

Mangels einer durch die Beklagte ausgesprochenen Kündigung liegt kein Fall einer missbräuchlichen Kündigung vor, weshalb dem Kläger 1 kein Anspruch auf eine Entschädigungszahlung im Sinne von Art. 336a OR zukommt. Dem entsprechenden Begehren des Klägers 1 um Zusprechung von zwei Monatslöhnen im Betrag von Fr. 9'800.– ist daher entgegen dem vorinstanzlichen Urteil nicht zu entsprechen. Die Berufung ist in diesem Umfang gutzuheissen und die Klage entsprechend abzuweisen.

Im Übrigen ist die Berufung abzuweisen, da aufgrund des andauernden Arbeitsverhältnisses und dem Leistungsangebot des Klägers 1 das vorinstanzliche Urteil, wonach die Beklagte zu verpflichten ist, dem Kläger 1 unter Berücksichtigung des von der Klägerin 2 bereits geleisteten Betrages von Fr. 2'523.75 den Monatslohn für den April 2010 im Betrag vom Fr. 2'276.25 brutto plus Fr. 100.– Spesenentschädigung zuzüglich 5% Zins seit 1. Mai 2010 zu bezahlen, wobei sich dieser Betrag um die von der Beklagten auf die Lohngesamtsumme von Fr. 4'800.– zu leistenden Sozialabzüge (Fr. 441.10) auf Fr. 1'835.15 netto plus Fr. 100.– Spesenentschädigung zuzüglich 5% Zins seit 1. Mai 2010 reduziert, soweit die Beklagte nachweist, dass sie diese an die zuständigen Instanzen abgeliefert hat, zu bestätigen ist. Ebenfalls ist Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils, wonach der Klägerin 2 der ausgerichtete Betrag von Fr. 2'523.75 durch die Beklagte zu ersetzen ist, zu bestätigen.

III.

1. Vor Vorinstanz wie auch im Berufungsverfahren betrug der Streitwert Fr. 14'700.–. Beide Verfahren sind aufgrund des Fr. 30'000.– nicht übersteigenden Streitwertes kostenlos (Art. 343 Abs. 2 aOR bzw. Art. 114 lit. c ZPO).

2. Nach erfolgter Korrektur des angefochtenen Urteils unterliegt die Beklagte mit Bezug auf die Forderung des Klägers 1 von gesamthaft Fr. 12'176.25 im Umfang von Fr. 2'276.25 und somit zu rund 1/5. Ausgangsgemäss und von Amtes wegen (ZR 80 Nr. 99) ist der Kläger 1 zu verpflichten, der nicht anwaltlich vertretenen Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine auf 3/5 reduzierte Umtriebsentschädigung von Fr. 150.– zu bezahlen (§ 68 ZPO/ZH; § 3 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 lit. b der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006).

Mit Bezug auf die Forderung der Klägerin 2 im Betrag von Fr. 2'523.75 unterliegt die Beklagte vollumfänglich, weshalb die erstinstanzlich zugesprochene Entschädigung (Dispositiv Ziffer 5) zu bestätigen ist.

3. Im Berufungsverfahren unterliegt die Beklagte mit Bezug auf die Forderung des Klägers 1 von gesamthaft Fr. 12'176.25 im Umfang von Fr. 2'276.25 und somit zu rund 1/5. Der Kläger 1 ist zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine auf 3/5 reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'650.– zu bezahlen (Art. 106 ZPO; § 4 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 3 und 22 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010). Mangels eines entsprechenden Antrages ist zur Entschädigung kein Mehrwertsteuersatz zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts vom 17. Mai 2006).

Mit Bezug auf die Forderung der Klägerin 2 im Betrag von Fr. 2'523.75 unterliegt die Beklagte im Berufungsverfahren vollumfänglich. Sie ist zu verpflichten, der Klägerin die Auslagen für die Berufungsantwort (Porto Fr. 5.–) zu ersetzen (Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO). Die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Um-

triebsentschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO sind demgegenüber nicht erfüllt.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 1 zu bezahlen:
 - Fr. 2'276.25 brutto, wobei sich dieser Betrag um die von der Beklagten auf Fr. 4'800.– zu leistenden Sozialabzüge im Betrag von Fr. 441.10 auf Fr. 1'835.15 netto reduziert, soweit die Beklagte nachweist, dass sie diese an die zuständigen Instanzen abgeliefert hat,
 - Fr. 100.– netto,
 - je zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Mai 2010.

Im Mehrbetrag wird die Klage des Klägers 1 abgewiesen.

2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin 2 Fr. 2'523.75 zu bezahlen.
3. Das erst- und zweitinstanzliche Verfahren ist kostenlos.
4. a) Der Kläger 1 wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Umtriebsentschädigung von Fr. 150.– zu bezahlen.
b) Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin 2 für das erstinstanzliche Verfahren eine Umtriebsentschädigung von Fr. 250.– zu bezahlen.
5. a) Der Kläger 1 wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'650.– zu bezahlen.
b) Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin 2 für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 14'700.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 6. Dezember 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:
js