

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RA120012-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. M. Kriech und
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. E. Iseli

Urteil vom 15. Februar 2013

in Sachen

A. _____ AG,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ Arbeitslosenkasse,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Forderung (Arbeitsrecht)**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren
am Bezirksgericht Affoltern vom 21. August 2012 (FV110018)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 1)

" Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 3'574.35 netto zuzüglich 5% Zins ab 13. September 2011 zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten. Weitere Forderungen bleiben vorbehalten."

Urteil des Bezirksgerichts Affoltern, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 21. August 2012:

(Urk. 18)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 3'574.35 netto zuzüglich 5% Zins ab 13. September 2011 zu bezahlen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 600.– zu bezahlen.
3. [Mitteilung]
4. [Rechtsmittel]

Beschwerdeanträge:

der Beklagten und Beschwerdeführerin (Urk. 17 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 21. August 2012 sei aufzuheben und die Klage der Beschwerdegegnerin sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

der Klägerin und Beschwerdegegnerin (Urk. 23 S. 1):

- "1. Die Beschwerde vom 14. September 2012 sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 21. August 2012 soll bestätigt werden.
3. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin."

Erwägungen:

I.

1. C._____ (fortan: Versicherter oder Arbeitnehmer) war seit dem 11. Juli 2005 bei der Beklagten und Beschwerdeführerin (fortan: Beklagte) angestellt, wobei per 1. August 2006, per 1. Januar 2007 und per 1. Januar 2010 die jeweils alten durch neue unbefristete Arbeitsverträge ersetzt wurden (Urk. 4/23 S. 2 bis 5). Am 28. Mai 2010 kündigte die Beklagte dem Versicherten per 30. Juni 2010 (Urk. 4/1). Der Versicherte war wegen Unfalls am 9. Juni 2010 mit ärztlicher Bescheinigung bis am 19. Juli 2010 arbeitsunfähig (vgl. Urk. 4/3 und 4/6). Damit wurde der Ablauf der Kündigungsfrist unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 OR). Gestützt auf Art. 336c Abs. 3 OR verlängerte sich die fortgesetzte Kündigungsfrist von Gesetzes wegen bis zum 31. August 2010. In der Folge schlossen der Versicherte und die Beklagte am 26. Juli 2010 einen Aufhebungsvertrag per 31. Juli 2010 ab (Urk. 4/25). Am 27. August 2010 unterzeichneten die Beklagte und der Versicherte einen neuen unbefristeten Arbeitsvertrag (Urk. 4/23 S. 6). Dem Versicherten wurde in der Folge von der Beklagten am 8. Juni 2011 auf den 31. Juli 2011 gekündigt (Urk. 4/11).

2. Mit Klage vom 9. November 2011 verlangte die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Klägerin) von der Beklagten Fr. 3'574.35 nebst 5 % Zins seit 13. September 2011 (Urk. 1). Zur Begründung führte sie an, dem Versicherten für den August 2011 und somit während der Dauer der ordentlichen arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist Arbeitslosengelder bezahlt zu haben, weshalb die arbeitsvertraglichen Ansprüche des Versicherten auf die Klägerin übergegangen seien. Strittig ist zwischen den Parteien, ob zwischen dem per 30. Juni 2010 gekündigten Arbeitsverhältnis und dem neuen Arbeitsverhältnis per 27. August 2010 ein Unterbruch vorlag oder bis zur Kündigung am 8. Juni 2011 ein lückenloses Arbeitsverhältnis bestand. Von der Beurteilung dieser Frage hängt ab, ob sich der Versicherte im Zeitpunkt der Kündigung vom 8. Juni 2011 im ersten oder sechsten Dienstjahr befand und ob die Kündigungsfrist demnach gemäss dem massgeblichen Art. 6 des Gesamtarbeitsvertrags im Schweizer Gastgewerbe

(L-GAV) ein oder zwei Monate betrug, d.h. bis 31. Juli 2011 oder bis 31. August 2011 dauerte.

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass ein lückenloses Arbeitsverhältnis bestand und die Kündigungsfrist demnach zwei Monate betrug. Sie hiess die Forderung der Klägerin deshalb vollumfänglich gut und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin Fr. 3'574.35 netto zuzüglich 5 % Zins ab 13. September 2011 sowie eine Parteientschädigung von Fr. 600.– zu bezahlen.

3. Mit Eingabe vom 14. September 2012 erhob die Beklagte rechtzeitig Beschwerde gegen das Urteil der Vorinstanz vom 21. August 2012 (Urk. 17). Die Beschwerdeantwort der Klägerin datiert vom 26. Oktober 2012 (Urk. 23), welche mit Präsidialverfügung vom 31. Oktober 2012 der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 24).

II.

1. Der Streitwert beträgt vorliegend weniger als Fr. 30'000.–, womit das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 1 ZPO). In arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO).

2. Die Vorinstanz erwog, bei der Vereinbarung vom 26. Juli 2010 handle es sich um einen Aufhebungsvertrag, welcher zudem eine Saldoerklärung der Parteien enthalte (Urk. 4/25 S. 2). Die Gültigkeit dieses Vertrages sei zu überprüfen, um den Anspruch der Klägerin beurteilen zu können. Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages sei im Arbeitsrecht unzulässig, wenn damit eine Umgehung zwingender Vorschriften bezweckt werde. Art. 341 Abs. 1 OR verbiete den Verzicht des Arbeitnehmers auf unabdingbare Vorschriften des Gesetzes. Die Umgehung des zwingenden Kündigungsschutzes sei demnach unzulässig (Art. 362 Abs. 1 OR). Das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Versicherten habe aufgrund der durch dessen Unfall verlängerten Kündigungsfrist bis 31. August 2010 gedauert. Die Beklagte wäre also von Gesetzes wegen verpflichtet gewesen, dem Arbeitnehmer den Lohn für den Monat August 2010 zu bezah-

len. Durch die "Vereinbarung" vom 26. Juli 2010 mit der Saldoerklärung habe der Arbeitnehmer auf die Lohnfortzahlung verzichtet. Dieser Verzicht sei nach Art. 341 Abs. 1 OR nichtig gewesen, ohne dass es dafür irgendwelcher Willensmängel bedurft habe (unter Hinweis auf BGE 110 II 168). Die Vereinbarung sei einseitig zugunsten der Beklagten, da sie keine Gegenleistung erbringe. Die Beklagte habe denn auch nicht substantiiert geltend gemacht, aus welchen Gründen die Vereinbarung in Wahrung gegenseitiger Interessen geschlossen worden wäre. Somit sei die Vereinbarung vom 26. Juli 2010 gestützt auf Art. 341 Abs. 1 OR und Art. 362 Abs. 1 OR ungültig. Das Arbeitsverhältnis habe bis am 31. August 2010 andauert. Mit der erneuten Anstellung des Versicherten per 27. August 2010 sei das Arbeitsverhältnis ineinander übergreifend fortgesetzt worden. Die von der Klägerin geltend gemachten Gründe für die jeweils neuen Arbeitsverträge seien unbestritten geblieben. Der Arbeitnehmer sei somit lückenlos bei der Beklagten angestellt gewesen. Da ein seit dem 11. Juli 2005 fortgesetztes, unbefristetes und unterbruchloses Arbeitsverhältnis vorgelegen habe, habe sich der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kündigung am 8. Juni 2011 im sechsten Arbeitsjahr befunden. Gemäss Art. 6 L-GAV und dem Arbeitsvertrag betrage die Kündigungsfrist im sechsten Arbeitsjahr zwei Monate. Die Kündigung der Beklagten am 8. Juni 2011 habe somit erst auf den 31. August 2011 Wirkung entfaltet. Der Arbeitnehmer habe seine Arbeitskraft unbestritten bis mindestens 31. August 2011 angeboten, so dass die Beklagte den Lohn für den Monat August 2011 schulde. Die Klägerin habe dem Versicherten berechtigterweise gemäss Art. 29 Abs. 1 AVIG den Monatslohn August 2011 ausbezahlt. Mit der Zahlung seien gemäss Art. 29 Abs. 2 AVIG alle Ansprüche der versicherten Person im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigung auf die Kasse übergegangen. Die Beklagte sei demnach zu verpflichten, der Klägerin Fr. 3'574.35 netto zuzüglich 5 % Zins ab 13. September 2011 zu bezahlen.

3.1. Die Beklagte moniert, die Klägerin sei im Hinblick auf die Überprüfung des Aufhebungsvertrages vom 26. Juli 2010 nicht aktivlegitimiert gewesen, da dieser zwischen dem Versicherten und der Beklagten abgeschlossen worden sei, nicht zwischen der Klägerin und der Beklagten. Entsprechend hätte die Vorinstanz den Aufhebungsvertrag nicht überprüfen dürfen. Zu beanstanden sei ins-

besondere, dass die Vorinstanz nur und ausschliesslich gestützt auf Ausführungen der Klägerin auf Ungültigkeit der zwischen der Beklagten und dem Versicherten abgeschlossene Vereinbarung erkannt habe. Damit seien Beweislastregeln und der Anspruch auf rechtliches Gehör einer am Verfahren nicht beteiligten Partei verletzt worden (Urk. 17 S. 3 f., Ziff. 1 und 2).

Die Klägerin macht zusammenfassend geltend, soweit die Beklagte formelle Gründe vorbringe, um das in Frage stehende Urteil aufheben zu wollen, seien diese weder begründet noch stichhaltig, weshalb darauf nicht einzutreten sei (Urk. 23 S. 2).

Dem Standpunkt der Beklagten ist entgegenzuhalten, dass die Klägerin vor Vorinstanz geltend machte, die Forderung vom Versicherten abgetreten erhalten zu haben (Prot. I S. 4). Die Forderung sei gestützt auf Art. 29 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 166 OR mittels Legalzession auf sie übergegangen (Urk. 1 S. 2). Hat die Arbeitslosenkasse begründete Zweifel darüber, ob der Versicherte für die Zeit des Arbeitsausfalls gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche im Sinne von Art. 11 Abs. 3 AVIG hat oder ob sie erfüllt werden, so zahlt sie Arbeitslosenentschädigung aus (Art. 29 Abs. 1 AVIG). Mit der Zahlung gehen alle Ansprüche des Versicherten samt dem gesetzlichen Konkursprivileg im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigung auf die Kasse über. Diese darf auf die Geltendmachung nicht verzichten, es sei denn, das Konkursverfahren werde durch das Konkursgericht eingestellt (Art. 29 Abs. 2 AVIG). Die Anwendung von Art. 29 AVIG setzt eine arbeitsrechtliche Beurteilung voraus (Kupfer Bucher/Stauffer, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 3. Auflage, Zürich 2008, Art. 29 AVIG, S. 140). Damit liegt ein Fall von gesetzlicher Subrogation vor (d.h. ein Dritter, der den Gläubiger einer Forderung befriedigt, tritt in die Rechtsstellung dieses Gläubigers gegen den Schuldner ein; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2054). Die Wirkung einer Subrogation besteht darin, dass zwischen dem Schuldner und dem Dritten, der an seiner Stelle leistet, die gleiche Rechtslage besteht, wie sie zwischen diesem Schuldner und seinem ursprünglichen Gläubiger bestanden hat; d.h. alle Modalitäten der Schuld bleiben gleich (Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2064 f.; BSK

OR I-Zellweger-Gutknecht, Art. 110 N 1 und 29). Die Klägerin ist somit aktivlegitimiert, und das rechtliche Gehör des Versicherten wurde nicht verletzt, er war aufgrund der Subrogation weder Prozesspartei noch als Dritter am Prozess beteiligt.

3.2. Die Beklagte stellt sich sodann auch im Beschwerdeverfahren auf den Standpunkt, die Parteien hätten mit der Vereinbarung vom 26. Juli 2010 das Arbeitsverhältnis in beidseitigem Einvernehmen und unter gegenseitigem Verzicht auf die Einhaltung der Kündigungsfrist per 31. Juli 2010 aufgelöst. Würden im Einzelfall zwingende Kündigungsschutzbestimmungen umgangen, sei der Aufhebungsvertrag nur dann als unzulässig zu betrachten, wenn kein Grund bestehe, der die Umgehung rechtfertige. Im vorliegenden Fall habe der Versicherte für August 2010 Ferien gebucht gehabt. Durch die am 28. Mai 2010 ausgesprochene Kündigung der Beklagten und die vom 9. Juni 2010 bis 19. Juli 2010 dauernde unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit hätte sich das Arbeitsverhältnis somit bis zum 31. August 2010 verlängert. Vor dem Hintergrund, dass der Versicherte per 31. Juli 2010 keinen Feriensaldo mehr gehabt habe, hätte ihm die Beklagte den Ferienbezug aufgrund der verlängerten Kündigungsfrist auch verbieten und ihn stattdessen zur Arbeit auffordern können. Der Versicherte habe im August 2010 die bereits gebuchten Ferien beziehen wollen. Die Vorinstanz habe bei der Prüfung der Gültigkeit des Aufhebungsvertrages unbeachtet gelassen, ob der Versicherte seine Arbeit im August 2010 angeboten hatte. Die Beklagte sei dem ausdrücklichen Wunsch des Versicherten nachgekommen, das Arbeitsverhältnis per 31. Juli 2010 zu beenden. Er habe im Hinblick auf allfällig anfallende Reise-Annulationskosten ein berechtigtes Interesse daran gehabt, die Arbeit im August 2010 nicht erbringen zu müssen und stattdessen die gebuchten Ferien in seinem Heimatland antreten zu können. Die Vereinbarung sei nicht einseitig zugunsten der Beklagten gewesen, da diese im Interesse des Versicherten auf dessen Arbeitsleistung verzichtet habe. Zu diesem Zeitpunkt habe weder der Versicherte und schon gar nicht die Beklagte gewusst, ob der Versicherte je wieder in die Schweiz zurückkehren würde. Es habe auch keine darauf gerichtete Abmachung der Parteien bestanden (Urk. 17 S. 4 f., Ziff. 3 und 4).

Die Klägerin bringt nebst dem bereits von der Vorinstanz Ausgeführten vor, der "Ferienunterbruch" müsse bei der Berechnung der Kündigungsfrist so oder so unberücksichtigt bleiben, weil gestützt auf Art. 335c OR Verträge mit demselben Arbeitgeber selbst bei kürzeren Unterbrüchen zusammenzurechnen seien (unter Hinweis auf Streiff/Von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 335c N 5; Urk. 23 S. 4).

Wenn die Beklagte beschwerdeweise geltend macht, sie sei dem ausdrücklichen Wunsch des Versicherten nach einer Vertragsauflösung nachgekommen, weiter seine Reise-Annulationskosten zu bedenken gibt und schliesslich anführt, zu diesem Zeitpunkt habe man nicht gewusst, ob der Versicherte je wieder in die Schweiz zurückkehren werde, so ist ihr entgegenzuhalten, dass es sich dabei um erstmals im Beschwerdeverfahren vorgebrachte Tatsachenbehauptungen handelt (vgl. Urk. 8 und Prot. I S. 5 f. und 9). Neue Tatsachenbehauptungen sind jedoch im Beschwerdeverfahren auch unter der vorliegend geltenden beschränkten Untersuchungsmaxime nicht zulässig (Art. 326 Abs. 1 ZPO; BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3). Im Übrigen widerspricht jedoch auch Urk. 4/5 dieser Darstellung. Der Versicherte gab dem RAV nämlich bereits am 14. Juli 2010 bekannt, dass er vom 11. bis 24. August 2010 ferienabwesend sei. Es kann demnach nicht die Rede davon sein, der Versicherte habe nicht gewusst, ob er je wieder in die Schweiz zurückkehren werde.

Die Parteien können den Arbeitsvertrag statt durch einseitige Kündigung auch durch zweiseitige Übereinkunft beenden (sog. Aufhebungsvertrag). Dabei besteht die Gefahr, dass dem Arbeitnehmer zwingender Sozialschutz wie etwa der Lohn oder Kündigungsschutz während einer Arbeitsverhinderung entzogen wird. Falls der Aufhebungsvertrag eine Gesetzesumgehung darstellt, werden die umgangeenen Schutzvorschriften trotzdem angewandt. Das Bundesgericht wendet die Art. 361 und 362 OR in Fällen echter gegenseitiger Zugeständnisse nicht an (BGer 4A_103/2010 vom 16. März 2010, E. 2.2 und 2.3; BGE 118 II 58 E. 2b). Es hat Vertragsaufhebungen ohne Einhaltung der Kündigungsfrist, bei denen der Arbeitgeber auf die Arbeitsleistung und der Arbeitnehmer auf den Lohn während der Kündigungsfrist verzichtete, verschiedentlich für zulässig erachtet (BGE 118 II 58

E. 2.b; Streiff/Von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335 N 10 mit weiteren Hinweisen). Auch wurde mehrfach der Grundsatz bestätigt, wonach trotz laufender Sperrfristen im Sinne von Art. 336c OR (z.B. bei Krankheit) die Vertragsbeendigung durch Aufhebungsvertrag möglich bleibe, sofern damit nicht gerade die Umgehung des Kündigungsschutzes (oder anderer zwingender Gesetzesbestimmungen) bezweckt werde (BGer 8C_368/2011 vom 5. September 2011, E. 2.2; BGer 4A_187/2010 vom 6. September 2010, E. 2.5; BGE 115 V 437 E. 4b, 110 II 168 E. 3a). Das Bundesgericht stellt nebst beidseitigen Konzessionen (BGer 4A_103/2010 vom 16. März 2010, E. 2.2) darauf ab, ob der Arbeitnehmer ein eigenes Interesse am Aufhebungsvertrag hat (BGer 4C.230/2005 vom 1. September 2005, E. 2 mit weiteren Hinweisen; zum Ganzen: Streiff/Von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335 N 10). Es ist folglich stets zu prüfen, was der mutmassliche Verzicht des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer tatsächlich bedeutet. Im Einzelfall hat eine Interessenabwägung zu erfolgen, wobei zu beurteilen ist, ob die beidseitigen Ansprüche, auf die verzichtet wird, von ungefähr gleichem Wert sind (BGer 4A_563/2011 vom 19. Januar 2012, E. 4.1. unter Hinweis auf BGer 4C.37/2005 vom 17. Juni 2005, E. 2.2 und BGer 4C.27/2002 vom 19. April 2002 E. 3, in: SJ 2003 I S. 220). Verschiedene namhafte Autoren kritisieren die bundesgerichtliche Rechtsprechung als inkonsistent (Portmann: Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, in: *Besonderes Vertragsrecht – Aktuelle Probleme*, Festschrift für Heinrich Honsell, hrsg. von Harrer/Portmann/Zäch, Zürich 2002, S. 370; Streiff/Von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 341 N 5, lit. d) und als dogmatisch falsch, wenn das Bundesgericht auf das Verzichtsverbot des Art. 341 OR abstelle, da dieses den Verzicht auf bereits entstandene Ansprüche regle, während mit einem Aufhebungsvertrag stark überwiegend noch nicht entstandene Rechte aufgegeben würden, was nach den Kriterien der Gesetzesumgehung zu beurteilen sei (Streiff/Von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 341 N 5, lit. d; Müller, *Die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Diss., Bern 1991, S. 14; Portmann, a.a.O., S. 365). Eine Umgehung zwingender Kündigungsschutzbestimmungen sei nicht dann anzunehmen, wenn gegenseitige Zugeständnisse fehlen, sondern dann, wenn der Arbeitnehmer kein eigenes vernünftiges Interesse am Abschluss des Aufhebungsvertrages habe. Aufzugeben sei insbesondere der Gesichtspunkt des

gegenseitigen Verzichts auf Arbeit und Lohn (Portmann, a.a.O., S. 370). In der Folge wird deshalb der Aufhebungsvertrag unter dem Gesichtspunkt der gegenseitigen Eingeständnisse sowie unter demjenigen des eigenen vernünftigen Interesses des Arbeitnehmers am Vertragsschluss zu betrachten sein.

Vorliegend hat der Aufhebungsvertrag für den Versicherten einschneidende Folgen. Zwar verzichtete er auf Lohn für August 2010 und musste im Gegenzug dazu seine Arbeitsleistung nicht erbringen und konnte in die geplanten Ferien fahren. Obschon die Beklagte damit auf den ersten Blick auch ein Zugeständnis machte, hätte das gleiche Ergebnis auch mit unbezahltem Urlaub erreicht werden können (bei gleichzeitigem Beharren auf der Arbeitsleistung für den restlichen August 2010). Der Verzicht auf die Arbeit des Versicherten für den August 2010 ist insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Beklagte mit der Leistung des Versicherten nicht zufrieden gewesen zu sein schien (vgl. die Arbeitgeberbescheinigung zu Händen der Arbeitslosenversicherung, wo als Grund der Kündigung "fehlende Motivation, Unpünktlichkeit, Lustlosigkeit" angeführt ist; Urk. 4/2) und sie ihm zuvor gekündigt hatte, nicht als wirkliche Konzession ihrerseits zu werten. Hinzu kommt, dass durch die Gewährung von unbezahltem Urlaub der Versicherte für den Fall seiner Arbeitslosigkeit keine Verkürzung seines Anspruchs auf Arbeitslosengelder hätte hinnehmen müssen (vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG; BGer 4A_563/2011 vom 19. Januar 2012, E. 4.1). Insbesondere der Umstand aber, dass der Versicherte nach der Kündigung im fünften Dienstjahr die Arbeit bei der Beklagten bereits am 27. August 2010 wieder aufnahm, wirft die Frage auf, ob mit dem Aufhebungsvertrag nicht zwingende Kündigungsschutzbestimmungen umgangen wurden. Immerhin sieht der zur Anwendung gelangende GAV vor, dass das Arbeitsverhältnis im ersten bis fünften Arbeitsjahr mit einer Frist von einem Monat und ab dem sechsten Arbeitsjahr mit einer Frist von zwei Monaten gekündigt werden kann (Art. 6 Abs. 1 L-GAV). Zwar hat das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahr 2001 die Aufhebung des Arbeitsvertrages im gegenseitigen Einvernehmen für zulässig erachtet, weil es offensichtlich auch im Interesse des Arbeitnehmers – der jeweils zu Beginn des Ramadans in sein Heimatland fuhr, ohne dass festgelegt wurde, wann das Arbeitsverhältnis wieder aufgenommen werden sollte – gelegen habe, sich nicht festlegen zu müssen, wann und ob überhaupt

das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten wieder aufgenommen werden sollte (BGer 4C.62/2001 vom 8. Juni 2001, E. 3.a/c). Das Bundesgerichtsurteil ist jedoch mit dem vorliegenden Fall nur vordergründig vergleichbar. Im durch das Bundesgericht beurteilten Fall ging der Arbeitnehmer jedes Jahr mehrere Wochen in sein Heimatland zurück, ohne dass vereinbart wurde, ob und wann er seine Arbeit für den Arbeitgeber wieder aufnehmen sollte; einmal war der Arbeitnehmer nach seiner Rückkehr gar für einige Wochen bei einem anderen Arbeitgeber beschäftigt. Dem Arbeitnehmer war mit anderen Worten an einer möglichst flexiblen Arbeitsgestaltung gelegen. Dies ist jedoch für den vorliegend zu beurteilenden Fall nicht erstellt (die diesbezüglichen Behauptungen der Beklagten erweisen sich wie oben erwähnt als neu und damit verspätet). Die Konzessionen der Beklagten waren mithin gering, diejenigen des Versicherten angesichts der eben geschilderten Nachteile jedoch bedeutend grösser. Es ist aber auch kein eigenes vernünftiges Interesse des Versicherten – welcher im Übrigen über mangelhafte Sprachkenntnisse verfügte (Prot. I S. 8) – am Abschluss des Aufhebungsvertrages zu sehen. Damit ist der Aufhebungsvertrag sowohl unter dem Gesichtswinkel der gegenseitigen Eingeständnisse als auch des vernünftigen eigenen Interesses des Arbeitnehmers als unzulässig zu betrachten (bzw. die umgangenen Kündigungsschutzbestimmungen sind anwendbar), und das Arbeitsverhältnis bestand bis am 31. August 2010. Nachdem der Versicherte ab dem 27. August 2010 weiterbeschäftigt wurde, bestand seit dem Jahr 2005 ein lückenloses Arbeitsverhältnis.

Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber für die Dauer der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses nach Art. 336c Abs. 2 OR Arbeit anzubieten, wenn er für diese Zeit einen Lohnanspruch erheben will (BGE 115 V 437 E. 5 und 6). Der Versicherte hat für *August 2011* seine Arbeit unbestrittenermassen angeboten (Urk. 4/16, Urk. 18 S. 8 und Urk. 17). Der Versicherte musste seine Arbeit für den *August 2010* nicht anbieten, da vorliegend nicht der Lohn für August 2010, sondern derjenige für 2011 zur Debatte steht. Dementsprechend musste sich die Vorinstanz entgegen den Ausführungen der Beklagten auch nicht mit dieser Frage auseinandersetzen.

3.3. Nachdem unter Ziff. 3.2 ausgeführt wurde, dass von 2005 bis 2011 ein lückenloses Arbeitsverhältnis bestand, braucht auf den von der Beklagten angerufenen Art. 32 L-GAV nicht eingegangen zu werden, wonach Dienstjahre für die Berechnung der Kündigungsfrist nicht zusammengezählt würden, sofern es sich um verschiedene, befristete Arbeitsverhältnisse handle (Urk. 17 S. 6, Ziff. 5).

3.4. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass infolge Unzulässigkeit des Aufhebungsvertrags ein unbefristetes Arbeitsverhältnis seit dem 11. Juli 2005 vorlag. Damit befand sich der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kündigung am 8. Juni 2011 im sechsten Arbeitsjahr. Gemäss Art. 6 L-GAV beträgt die Kündigungsfrist im sechsten Arbeitsjahr zwei Monate. Die Kündigung der Beklagten vom 8. Juni 2011 entfaltete somit erst auf den 31. August 2011 Wirkung. Der Versicherte bot seine Arbeitskraft bis zu diesem Zeitpunkt an, sodass die Beklagte den Lohn für den Monat August 2011 schuldet. Die Klägerin hat dem Versicherten den Monatslohn für August 2011 aufgrund von Art. 29 Abs. 1 AVIG berechtigterweise ausbezahlt. Mit der Zahlung gingen gemäss Art. 29 Abs. 2 AVIG die Ansprüche des Versicherten im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigungen auf die Klägerin über. Die Beklagte schuldet der Klägerin damit den Betrag von Fr. 3'574.35 netto zuzüglich 5 % Zins ab 13. September 2011. Die Beschwerde ist abzuweisen.

III.

1. Der Streitwert beträgt sowohl für das vorinstanzliche als auch für das Beschwerde-Verfahren Fr. 3'574.35. Beide Verfahren sind damit kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).

2. Für das erstinstanzliche Verfahren wurde die Beklagte verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung im Betrag von Fr. 600.– zu bezahlen. Diese blieb unbeanstandet, weshalb sie zu bestätigen ist. Im Beschwerdeverfahren unterliegt die Beklagte vollumfänglich. Die Klägerin beantragt Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten. Gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. a bis c ZPO gilt als Parteientschädigung der Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung und – in be-

gründeten Fällen – eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn die Partei nicht berufsmässig vertreten ist. Die Klägerin ist nicht im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO berufsmässig vertreten, entsprechend sind ihr diesbezüglich keine entschädigungsfähigen Kosten entstanden. Notwendige Auslagen im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO wurden weder behauptet noch belegt. Gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO besteht aber die Möglichkeit einer Partei, welche nicht berufsmässig vertreten ist, eine angemessene Umtriebsentschädigung auszurichten. Diese Bestimmung zielt vor allem auf Selbständigerwerbende, die aufgrund des Prozesses einen nachweisbaren Verdienstausschlag erleiden (Botschaft ZPO, S. 7293). Die Situation ist aber vergleichbar, mit jener eines Anwaltes, der in eigener Sache auftritt. Dieser ist nicht gemäss Anwaltstarif zu entschädigen; ihm ist vielmehr in analoger Anwendung von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO eine tiefere, ex aequo et bono bemessene Entschädigung zuzusprechen, schliesslich soll, wer sich mit Sachverstand einer Sache selber annimmt, nicht schlechter gestellt werden, als wer eine Fachperson beizieht und deren Kosten auf die Gegenpartei abwälzen kann (vgl. zum Ganzen: Sutter-Somm/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 95 N 41 f.). Es rechtfertigt sich daher, der Klägerin unter Berücksichtigung des Streitwertes, des Zeitaufwandes und der Schwierigkeit des Falles eine Umtriebsentschädigung in der Höhe von Fr. 400.– zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
1. Das Beschwerdeverfahren ist kostenlos.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 400.– zu bezahlen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Affoltern, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

4. 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. 3'574.35.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 15. Februar 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. E. Iseli

versandt am:

mc