

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA170037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Urteil vom 3. April 2018

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic.iur. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 23. Oktober 2017 (AH160201-L)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 20'700.00 (3 Bruttolöhne à CHF 6'900.00) für die Monate Juni, Juli und August 2013, zuzüglich Zins zu 5% seit 1. September 2013, zu bezahlen;
2. unter Vorbehalt des Nachklagerechtes;
3. sowie unter Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung,
vom 23. Oktober 2017:**

(Urk. 39 S. 18)

1. Die Klage wird abgewiesen
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 3'977.-- zu bezahlen.
4. (Schriftliche Mitteilung)
5. (Berufung)

Berufungsanträge:

A. Der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 38 S. 2):

- "1. Das Urteil des Arbeitsgericht[s] Zürich vom 23. Oktober 2017 sei aufzuheben;
2. Der Prozess sei zur Durchführung der Zeugenbefragung von C._____ an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. Eventualiter sei die Beklagte – unter Vorbehalt des Nachklagerechtes – zu verpflichten, der Klägerin CHF 20'700.- (3 Bruttolöhne à CHF 6'900.-) für die Monate Juni, Juli und August 2013, zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. September 2013 zu bezahlen;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, zulasten der Beklagten."

B. Der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 45 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung abzuweisen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer, zulasten der Klägerin."

Erwägungen:

I.

1. Sachverhalt

1.1. Die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) wurde im März 2009 als "Kafi D._____ AG" mit dem Zweck des Führens eines Café-Restaurants mit Restaurationsmöglichkeit und Adresse an der E._____ -Strasse ... in Zürich ins Handelsregister eingetragen (Urk. 6/3). Motivation für die Gründung war ein gemeinnütziges Kaffee-Projekt, das Kafi D._____ an derselben Adresse (Urk. 12 S. 3, Urk. 14/1 und Urk. 17 S. 2). Mit Arbeitsvertrag vom 29. Oktober 2009 stellte die Beklagte die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) als Betriebsleiterin mit einem Monatslohn von Fr. 6'900.- brutto ein (Urk. 6/4). Die Beklagte geriet in der Folge wegen Unterschreitung der budgetierten Umsatzziele und Überschreitung der Ausgaben in eine finanzielle Schieflage (Urk. 17 S. 3 und Urk. 19/3). Laut Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung vom 6. Juli 2010 war geplant, die Beklagte in eine noch zu gründende Stiftung zu überführen (Urk. 19/4).

1.2. Im November 2010 wurde die "Stiftung D._____" mit Domizil bei der Beklagten gegründet. Sie bezweckte den nicht-wirtschaftlichen Betrieb eines oder mehrerer sozialer Projekte zur Hilfe von sozial benachteiligten, behinderten, ausgegrenzten Menschen (Urk. 6/5).

1.3. Im Juni 2011 wurde als Zweck der Beklagten neu die Führung von Gastronomiebetrieben sowie der Import und Export von Gütern aller Art definiert. Im Dezember 2011 wurde die Firma der Beklagten von "Kafi D._____ AG" in "B._____ AG" geändert (Urk. 6/3).

1.4. In der Folge geriet auch die Stiftung D._____ in eine finanzielle Schieflage (vgl. Revisionsberichte betreffend die Jahresrechnungen 2012, 2013 und 2014, Urk. 19/18-20). Mit Blick auf den gemeinnützigen Zweck des Kaffeebetriebs stellte die Klägerin ihre Lohnansprüche zurück; ab Juni 2013 verzichtete sie einstweilen auf Lohnauszahlungen (Urk. 1 S. 4, Urk. 12 S. 14 und Urk. 17 S. 4). Im November 2013 bestätigte die Stiftung D._____ der Klägerin offene Lohnforderungen per Ende Dezember 2012 in der Höhe von Fr. 76'853.30 (Urk. 12 S. 8 und Urk. 14/8). Im Oktober 2015 bestätigte ein Mitglied des Stiftungsrates der Stiftung D._____ der Klägerin offene Lohnforderungen per 31. Dezember 2014 in der Höhe von Fr. 154'721.20 (Urk. 14/10).

1.5. Im April 2016 wurde der Zweck der Beklagten auf den Import und Export von Gütern aller Art limitiert (Urk. 6/3 und Urk. 14/13).

1.6. Am 14. September 2016 wurde die "S'D._____ GmbH" ins Handelsregister eingetragen. Diese verfolgt – mit Ausnahme der Nicht-Wirtschaftlichkeit – denselben Zweck wie die Stiftung D._____ (Urk. 6/8). Am 26. September 2016 wurde der Konkurs über die Stiftung D._____ eröffnet (Urk. 6/5 und Urk. 6/7). Die Klägerin gab offene Lohnforderungen von Fr. 294'975.– im Konkurs der Stiftung D._____ ein, wobei sie den Vorbehalt anbrachte, dass sie entgegen der Behauptung der Beklagten immer noch deren Arbeitnehmerin sei (Urk. 12 S. 8, Urk. 14/11 und Urk. 19/24). Am 27. Oktober 2016 liess sie der Beklagten eine fristlose Kündigung unter Angabe eines Lohnrückstandes von über Fr. 250'000.– zukommen (Urk. 19/25). Mit Urteil vom 9. Januar 2017 wurde das Konkursverfahren betreffend die Stiftung D._____ mangels Aktiven eingestellt und die Stiftung schliesslich am 19. April 2017 aus dem Handelsregister gelöscht (www.zefix.ch).

2. Prozessgeschichte

2.1. Am 30. Dezember 2016 reichte die Klägerin unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich, Kreise ... + ..., vom 21. Dezember 2016 (Urk. 3) bei der Vorinstanz die vorliegende arbeitsrechtliche Klage mit den eingangs wiedergegebenen Begehren ein (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 39 S. 4). Mit

Urteil vom 23. Oktober 2017 wies die Vorinstanz die Klage ab (Urk. 36 = Urk. 39 S. 18; Dispositiv eingangs wiedergegeben).

2.2. Dagegen erhob die Klägerin am 29. November 2017 rechtzeitig (vgl. Urk. 37/1) Berufung mit den oben erwähnten Anträgen (Urk. 38 S. 2). Am 23. Januar 2018 erstattete die Beklagte innert angesetzter Frist die Berufungsantwort (Urk. 45). Sie wurde der Klägerin mit Verfügung vom 24. Januar 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 48). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

II.

1. Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO zu begründen. Es ist darzulegen, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft sein soll. Dazu sind in der Berufungsschrift die zur Begründung der Berufungsanträge wesentlichen Argumente vorzutragen. Dies setzt voraus, dass – unter Vorbehalt des Novenrechts – mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor Vorinstanz aufgezeigt wird, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden, und die Aktenstücke bezeichnet werden, auf denen die Kritik beruht. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und Rechtsschriften des vorinstanzlichen Verfahrens zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Den gesetzlichen Begründungsanforderungen ist weder durch eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch durch eine neuerliche Darstellung der Sach- und Rechtslage Genüge getan, welche nicht darauf eingeht, was vor Vorinstanz vorgebracht und von dieser erwogen worden ist (BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2., nicht publiziert in BGE 142 III 271; BGer 4A_382/2015 vom 4. Januar 2016, E. 11.3.1; BGer 4A_263/2015 vom 29. September 2015, E. 5.2.2). Wird eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt, ist aufzuzeigen, dass die Korrektur der Sachverhaltsfeststellung für den Ausgang des Verfahrens entscheidend ist. Hat die Vorinstanz tatsächliches Vorbringen oder zu berücksichtigende aktenkundige Tatsachen übersehen, ist in der Berufungsbegründung explizit darauf hinzuweisen, dass und wo die entsprechenden Umstände bereits vor Vorinstanz vorgebracht wurden (Hungerbühler/Bucher, Dike-Komm-ZPO,

Art. 311 N 34 ff.). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, ist – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht zu überprüfen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

2. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO können im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt werden, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 5A_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2; BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1).

III.

1. Vorliegend ist im Wesentlichen strittig, ob die Klägerin nach 2010 noch in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten stand oder ob dieses im Rahmen einer Betriebsübertragung im Sinne von Art. 333 OR auf die (mittlerweile konkursite) Stiftung D._____ übergegangen war. Die Vorinstanz legte die diesbezüglich massgeblichen Rechtsgrundlagen zutreffend dar (Urk. 39 S. 9 ff. E. V/2.1), worauf verwiesen wird. Sie erwog, als Café-Restaurant mit Restaurationsmöglichkeit sei das Kafi D._____ eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, welche selbständig am Wirtschaftsleben teilnehme und somit einen Betrieb im Sinne von Art. 333 OR darstelle. Die wirtschaftliche Identität des Kafi D._____ sei gemäss Aktenlage seit der Gründung gewahrt worden. Insbesondere seien stets derselbe gemeinnützige Zweck verfolgt und keine wesentlichen Änderungen der Organisationsstruktur vorgenommen worden. Zudem sei es fortwährend in denselben Räumlichkeiten an der E._____ -Strasse ... in ... Zürich mit im Wesentlichen gleichbleibender Kundschaft geführt worden. Schliesslich sei die Klägerin ab Oktober 2009 bis Oktober 2016 die Betriebsleiterin des Cafés gewesen (Urk. 39 S. 12). Dies wurde von der Klägerin in ihrer Berufung nicht in Frage gestellt (vgl. Urk. 38).

2. Zur von der Beklagten behaupteten Betriebsübertragung erwog die Vorinstanz, die diesbezüglichen Behauptungen und Substantiierungen seien eher knapp ausgefallen. Dennoch ergäben sich aus den Akten, den Vorbringen der Parteien und den Handelsregistereinträgen hinreichend Indizien für eine Betriebsübertragung des Café-Restaurants Kafi D._____ von der Beklagten auf die Stiftung D._____ per Jahreswechsel 2010/2011. So habe die Klägerin selbst ausgeführt, die Beklagte habe das Kafi D._____ in eine gemeinnützige Stiftung eingebracht. Als Gründungsmitglied sei die Klägerin massgeblich an der Errichtung dieser Stiftung beteiligt gewesen. Deren Zweck sei so formuliert gewesen, dass die Führung des gleichnamigen Betriebs als gemeinnütziges, soziales Café und Restaurant davon erfasst worden sei. Das auch von der Klägerin mitgetragene Ziel sei offensichtlich eine Betriebsübertragung des Cafés in die zu diesem Zweck gegründete Stiftung D._____ gewesen. Daran vermöge auch das Vorbringen der Klägerin, es liege weder ein Übernahmevertrag noch ein entsprechender Stiftungsratsbeschluss vor, nichts zu ändern, da die Weiterführung des Betriebs durch einen neuen Inhaber genüge. Dass der Betrieb weitergeführt bzw. dass die Identität des Betriebes dabei gewahrt worden sei, sei erstellt. Zudem sei unbestritten geblieben, dass die Betriebsmittel, namentlich das Inventar des Café-Restaurants, der Stiftung D._____ unentgeltlich zur Verfügung gestellt worden seien. Keine Rolle spiele, ob der Mietvertrag erst zu Beginn des Jahres 2012 auf die Stiftung übertragen worden sei, da dieser die Räumlichkeiten bereits zuvor zur Verfügung gestellt worden seien. Weiter habe die Klägerin ihre Behauptung nicht belegen können, wonach auch nach dem bestrittenen Betriebsübergang nicht alle Löhne und Rechnungen durch oder zulasten der Stiftung D._____ bezahlt worden seien. So könne aus der E-Mail-Signatur von Frau F._____, welche unbestritten massen ehrenamtlich die Buchhaltung der Stiftung geführt habe, nicht abgeleitet werden, dass eine weitere Gesellschaft, die B1._____ AG, involviert gewesen sei. Aus der von der Klägerin eingereichten Ankündigung eines Kontrollbesuchs der Ausgleichskasse GastroSocial könne nichts abgeleitet werden, weil dieser die Zeit vor der Gründung der Stiftung betroffen habe. Gemäss den unbestritten gebliebenen Buchhaltungsauszügen der Beklagten habe diese im Jahr 2011 keinerlei Personalaufwand ausgewiesen. Die Lohnausweise der Klägerin für die Jahre

2011-2013 seien im Namen der Stiftung D._____ ausgestellt worden. Auch der Auszug aus dem Pensionskassenkonto der Klägerin bei der GastroSocial weise zum Jahresübergang 2010/2011 einen Wechsel aus. Hingegen könne dem Auszug aus dem individuellen Konto der Klägerin bei der Ausgleichskasse Zürcher Arbeitgeber nicht entnommen werden, wer die Beiträge in den massgebenden Jahren bezahlt habe, da als Arbeitgeber einzig "D._____ Zürich" angegeben werde. Aus dem Umstand, dass die Klägerin bzw. deren Treuhänder in der privaten Steuererklärung auch nach 2010 weiterhin die Kafi D._____ AG als Arbeitgeberin aufgeführt habe, könne mit Bezug auf die Betriebsübertragung ebenfalls nichts abgeleitet werden. Dem Vorbringen der Klägerin, es habe keine eigentliche Betriebsübertragung stattgefunden, weil sich die Gründer des Kaffeehausprojekts, die Eheleute G._____, undurchsichtiger Firmenkonstrukte bedient hätten, hielt die Vorinstanz entgegen, dass die Klägerin an der Umgestaltung der Betriebsstruktur mit Gründung einer Stiftung beteiligt gewesen sei und die Betriebsübertragung letztlich mitgestaltet und mitgetragen habe. Soweit die Klägerin erwähne, dass in der Bilanz der Stiftung noch im Januar 2015 ein "Verbindungskonto B._____ AG" existiert habe, das dann im Jahr 2016 im Hinblick auf den schon lange drohenden Konkurs der Stiftung flugs ausgebucht worden sei, und eine Querfinanzierung, Verschleierung und eine Selbstkontraktion zwischen der Beklagten und der Stiftung behaupte, sei sie als Adressatin der Berichte der Revisionsstelle betreffend die Geschäftsjahre 2011-2016 sowohl über die finanzielle Lage der Stiftung im Allgemeinen als auch über das Verbindungskonto jederzeit informiert gewesen. Zudem sei sie in ihrer Funktion als Stiftungsrätin mitverantwortlich für die Geschäftsbücher der Stiftung gewesen. Insbesondere sei ihr von Anfang an klar gewesen, dass das Kaffeehausprojekt bereits unter der Führung der Kafi D._____ AG und auch später unter derjenigen der Stiftung D._____ finanzielle Probleme gehabt habe. Sie habe von der Überschuldung gewusst und unter anderem mit ihrem einstweiligen Verzicht auf Lohnauszahlungen während mehrerer Jahre die Fortsetzung des Projekts ermöglicht. Ebenso habe sie sich über die Doppelstellung des Ehepaars G'._____s bewusst sein müssen. Aufgrund dieser Informationen habe sie jederzeit aussteigen und kündigen bzw. bereits zu Beginn den Übergang ihres Arbeitsvertrags im Rahmen der Betriebsübertragung ablehnen

können. Infolgedessen habe sie nicht gesondert über die Betriebsübertragung informiert werden müssen. Vielmehr sei ihr Arbeitsverhältnis mangels Ablehnung im Sinne von Art. 333 Abs. 2 OR auf die Stiftung D._____ übergegangen. Eine allfällige andere Absicht des verstorbenen Stiftungsratsmitglieds I._____ hätte am automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses der Klägerin nichts geändert, denn I._____ habe im Zeitpunkt der Betriebsübertragung keine Organstellung bei der Beklagten innegehabt, weshalb eine entsprechende Willensäußerung ohnehin nicht der Beklagten zugerechnet werden könnte. Es erübrige sich daher die Einvernahme der in diesem Zusammenhang als Zeugin genannten C._____. Im Übrigen liessen die von I._____ im Namen der Stiftung ausgestellten Lohnausweise für die Klägerin und Bescheinigungen offener Lohnforderungen der Klägerin gegenüber der Stiftung D._____ nicht auf eine ursprünglich andere Intention schliessen. Zudem spreche der Umstand, dass die Klägerin erstmals im November 2013 eine Bescheinigung offener Lohnforderungen gegenüber der Stiftung D._____ entgegen genommen und im September 2014 um eine weitere solche Bescheinigung ersucht habe, dafür, dass auch sie von einem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die Stiftung ausgegangen sei. Nachdem das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten im Dezember 2010/Januar 2011 auf die Stiftung D._____ übergegangen sei und die geltend gemachten Lohnforderungen mehr als zwei Jahre später fällig geworden seien, so dass eine solidarische Haftung der Beklagten nach Art. 333 Abs. 3 OR nicht in Betracht komme, sei die Klage abzuweisen (Urk. 39 S. 12 ff.).

3.1. Die Klägerin rügt, es liege kein einziges Dokument vor, welches einen Betriebsübergang der Kafi D._____ AG auf die Stiftung D._____ belege. Es existiere auch kein entsprechender Stiftungsratsbeschluss. Ebenso wenig ergebe sich aus der Stiftungsurkunde vom 11. November 2010, dass die Stiftung den Betrieb der Beklagten übernehmen sollte oder wollte. Des Weiteren sei das Betriebsinventar (Maschinen, Apparate, Geschirr, Besteck etc.) nicht auf die Stiftung übertragen worden, sondern bei der Beklagten verblieben. Der Mietvertrag sei erst Anfang 2012 auf die Stiftung übertragen worden. Zudem sei die Beklagte nach wie vor finanziell präsent gewesen. So habe in der Bilanz der Stiftung ein Verbindungskon-

to zur Beklagten existiert. Von einer Betriebsübernahme nach Art. 333 OR könne daher keine Rede sein (Urk. 38 S. 7 f.).

3.2. Für eine Betriebsübertragung im Sinne von Art. 333 OR genügt, wenn die Leitungsmacht über den Betrieb von einem neuen Betriebsinhaber tatsächlich übernommen wird und zudem die Betriebsidentität gewahrt bleibt. Hingegen ist unerheblich, ob ein Rechtsverhältnis zwischen dem ersten und dem zweiten Betreiber besteht (*OGer ZH LA120021 vom 23. August 2013, E. II/2.4.1*; BGE 136 III 552 E. 2.1 = Pra 2011 Nr. 41; BGE 132 III 32 E. 4.1 = Pra 2006 Nr. 81; BGE 129 III 335 E. 2.1; BGE 123 III 466 E. 3a = Pra 1998 Nr. 55; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 7; a.M. Denzler, Zur Tragweite von Art. 333 OR, in: recht 1998, 66 ff., 70 f.). Vor diesem Hintergrund ist entgegen der Ansicht der Klägerin ohne Bedeutung, ob ein Übertragungsvertrag existiert. Entscheidend ist vielmehr, dass die Leitung des Betriebs des Kaffeehauses selbst nach ihrer Darstellung (Urk. 1 S. 4 Rz. 9; Urk. 17 S. 3 ff. Rz. 8, 13 und 24; Urk. 38 S. 4 ff. Rz. 16, 19, 26 und 34; vgl. auch Urk. 19/23) und im Übrigen auch mit Zustimmung der Beklagten (vgl. Urk. 19/3 und 19/4) von der Stiftung D._____ übernommen worden war. Dementsprechend wurde denn auch in einer von der Klägerin eingereichten Broschüre bzw. einem Ausdruck der Website des Kafi D._____ vom 6. Mai 2017 festgehalten, "Das Kafi wird von der Stiftung D._____ geführt, ..." (Urk. 19/1).

3.3. Soweit die Klägerin unter Verweis auf Streiff/Von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Art. 333 OR N 6, vorbringt, ein Betriebsübergang erfordere den Übergang von Infrastruktur und Betriebsmitteln, was jedoch nicht erfolgt sei, da die Räumlichkeiten und das Inventar der Stiftung bloss zur Verfügung gestellt worden seien (Urk. 38 S. 7 ff. Rz. 36, 40 f. und 73), lässt sie unberücksichtigt, dass die genannten Autoren in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 129 III 335 E. 2.1) bereits die blosser Übertragung von Nutzungsrechten an den Produktionsmitteln genügen lassen. Aus diesem Grund erweist sich auch das Argument der Klägerin, der Mietvertrag für die Kaffeehaus-Räumlichkeiten sei erst Anfang 2012 auf die Stiftung übertragen worden (Urk. 38 S. 8 Rz. 41), als unbehelflich, zumal sie die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz, die Räumlichkeiten seien der Stiftung bereits vor der

Mietvertragsübertragung zur Verfügung gestellt worden (Urk. 39 S. 13), nicht als unrichtig rügt.

3.4. Nach dem Gesagten ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, die Stiftung D._____ habe das Kafi D._____ von der Beklagten im Sinne von Art. 333 OR übernommen.

4.1. Für diesen Fall rügt die Klägerin, die Beklagte habe sie nie über den Betriebsübergang informiert, weshalb sie ihr Ablehnungsrecht im Sinne von Art. 333 OR nicht habe ausüben können. Die Frist zur Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses habe daher erst im Herbst 2016 zu laufen begonnen, als die Beklagte erstmals explizit geltend gemacht habe, das Arbeitsverhältnis sei auf die Stiftung übergegangen. Zudem habe ihr der Personalverantwortliche und spätere Verwaltungsrat der Beklagten Ende 2010 mündlich und schriftlich bestätigt, ihr Arbeitsverhältnis bestehe weiterhin mit der Beklagten. Als sie darüber hinaus im Gegensatz zu den übrigen Mitarbeitern keinen neuen Arbeitsvertrag habe unterzeichnen müssen, sei für sie klar gewesen, dass ihr Vertrag bei der Beklagten verbleibe. Aufgrund dieser Zusicherung habe sie sich nicht zu einer Ablehnung des Vertragsübergangs veranlasst gesehen. Die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, die Zusage des Personalverantwortlichen sei nicht massgeblich gewesen, und in der Folge wiederum zu Unrecht von der von ihr beantragten Zeugeneinvernahme ihrer Lebenspartnerin abgesehen, welche die Aussage des Personalverantwortlichen bestätigen könne (Urk. 38 S. 5 ff.).

4.2. Im Fall eines Betriebsübergangs gehen die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse automatisch auf den Erwerber über (BGE 136 III 552 E. 3.1 = Pra 2011 Nr. 41; BGE 132 III 32 E. 4.2.1 = Pra 2006 Nr. 81; BGE 123 III 466 E. 3b = Pra 1998 Nr. 55). Dies lässt sich nicht mit einer Vereinbarung zwischen dem bisherigen Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer umgehen. Soll das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber fortgeführt werden, muss der Arbeitnehmer vielmehr das bestehende, auf den Erwerber des Betriebs übergegangene Arbeitsverhältnis kündigen und mit dem bisherigen Arbeitgeber einen neuen Vertrag abschliessen (BGE 132 III 32 E. 4.2.2.2 und E. 4.2.2.4 = Pra 2006 Nr. 81). Die Vorinstanz kam daher zu Recht zum Schluss, eine allfällige andere

Absicht des verstorbenen I. _____ und der Klägerin, deren Vertrag bei der Beklagten zu belassen, habe den automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses der Klägerin nicht verhindern können (Urk. 39 S. 16). Selbst wenn man mit Wildhaber in Abweichung zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon ausginge, dass im Zusammenhang mit einem konkreten Betriebsübergang ein bestimmtes Arbeitsverhältnis vom automatischen Übergang ausgenommen und vereinbart werden kann, dass das Arbeitsverhältnis mit dem übertragenden Rechtsträger weitergeführt werden soll (Wildhaber, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Habil. 2011, S. 191), erforderte dies vorliegend eine Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten. Die Klägerin behauptet zwar eine entsprechende Absprache mit I. _____ Ende 2010 (Urk. 38 S. 5; vgl. auch Urk. 17 S. 8) und macht geltend, sie habe sich auf die Zusicherung des Personalverantwortlichen und späteren Verwaltungsrats der Beklagten verlassen dürfen (Urk. 38 S. 8, 10 und 14). Sie zeigt allerdings nicht auf, wo sie vor Vorinstanz dargelegt hätte, dass I. _____ nicht nur Personalverantwortlicher der Stiftung, sondern auch der Beklagten war. Es handelt sich daher um eine neue Behauptung, deren novenrechtliche Zulässigkeit weder dargetan noch ersichtlich ist (vgl. oben Ziff. II/2). Weiter hatte I. _____ im Zeitpunkt der Betriebsübertragung, wie die Klägerin in der Berufungsbegründung teilweise auch selber festhielt (Urk. 38 S. 9 Rz. 52, S. 10 Rz. 55, S. 11 Rz. 67 und S. 14 Rz. 81; demgegenüber unzutreffend Urk. 38 S. 5 Rz. 5 und S. 11 Rz. 65) keine Organstellung bei der Beklagten und war darüber hinaus selbst nach seiner Wahl zum Verwaltungsrat lediglich kollektiv zeichnungsberechtigt (Urk. 6/3). Er allein konnte daher nie eine für die Beklagte bindende Erklärung oder Zusicherung abgeben, zumal die Klägerin nicht darlegt, dass und wo sie im vorinstanzlichen Verfahren das Vorliegen einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht oder einer nachträglichen Genehmigung behauptet hätte. Die Vorinstanz hielt daher zu Recht fest, eine allfällige Willensäußerung von I. _____ bezüglich Weiterführung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin mit der Beklagten könne dieser nicht zugerechnet werden.

4.3. Soweit die Klägerin geltend macht, die Frist zur Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses habe erst im Herbst 2016 zu laufen begonnen (Urk. 38 S. 9), zeigt sie nicht auf, dass und wo sie vor Vorinstanz vorgebracht hätte, sie

habe in der Folge zeitnah eine entsprechende Erklärung abgegeben. Deshalb ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausging, das Arbeitsverhältnis der Klägerin sei mangels Ablehnung des Übergangs im Sinne von Art. 333 Abs. 2 OR per Anfang Januar 2011 auf die Stiftung D._____ übergegangen.

5. Schliesslich ist zum erneut vorgetragenen Vorwurf, das Ehepaar G._____ habe sich rechtsmissbräuchlich verhalten, indem es zur Führung des Kafi D._____ wiederholt und in intransparenter Weise die Rechtsträger gewechselt habe, einzig um die Gläubiger um ihre Ansprüche zu prellen und Schulden zu sanieren (Urk. 38 S. 10 f.), festzuhalten, dass die Klägerin sich mit diesem Vorbringen nicht rechtsgenügend mit den entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz auseinandersetzt, wonach sie von den finanziellen Problemen des Kaffeehausprojekts genau gewusst habe und an der Umgestaltung der Betriebsstruktur mit Gründung einer Stiftung beteiligt gewesen sei (Urk. 39 S. 15 und oben Ziff. 2). Insofern genügt die Klägerin ihrer Begründungspflicht nicht (vgl. dazu oben Ziff. II/1), weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

6. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung der Klägerin als unbegründet, weshalb sie abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid vollumfänglich zu bestätigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

IV.

1. Wie schon das erstinstanzliche Verfahren ist auch das Berufungsverfahren aufgrund des Fr. 30'000.– nicht übersteigenden Streitwerts kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).

2. Die Kostenfreiheit gemäss Art. 114 ZPO bezieht sich nur auf die Gerichtskosten. Die Zusprechung von Parteientschädigungen erfolgt demgegenüber nach den allgemeinen Regeln (Art. 105 ff. ZPO; BK ZPO I-Sterchi, Art. 113 und 114 N 5; Urwyler/Grütter, Dike-Komm-ZPO, Art. 114 N 2). Die im Berufungsverfahren vollumfänglich unterliegende Klägerin hat der anwaltlich vertretenen Beklagten deshalb eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO), deren Höhe bei einem Streitwert von Fr. 20'700.– (Urk. 47 S. 2) auf Fr. 2'150.– (ein-

schliesslich Mehrwertsteuer) festzusetzen ist (§ 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Dispositiv-Ziffern 1-3 des Urteils des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 23. Oktober 2017 werden bestätigt.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'150.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 vermögensrechtliche Angelegenheit arbeitsrechtlicher Natur. Der Streitwert beträgt Fr. 20'700.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 3. April 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
cm