

# GR\_GERICHTE ZF 2005 46 vom 31. Oktober 2005

GR Gerichte, 2005-10-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZF 2005 46](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZF_2005_46)

FR: GR\_GERICHTE ZF 2005 46 du 31 octobre 2005

IT: GR\_GERICHTE ZF 2005 46 del 31 ottobre 2005

## Regeste

Forderung aus Arbeitsvertrag | OR Arbeitsvertrag

## Erwägungen

### E. 2

Unter vollumfänglicher gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7.6% MWSt zu Lasten der Beklagten.“ Die Beklagte hielt in ihrer Prozessantwort vom 19. Januar 2005 am vermittelten Rechtsbegehren unverändert fest. Mit Schreiben vom 26. Januar 2005 verzichtete die Klägerin auf das Einreichen einer Stellungnahme nach Art. 87 Abs. 2 ZPO, beantragte indes, die Klägerin gerichtlich zu befragen bzw. zur Beweisaussage zuzulassen. C. Die Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Prättigau/Davos fand am 19. Mai 2005 statt. Mit Urteil vom 19. Mai 2005, mitgeteilt am 6. Juli 2005, erkannte das Bezirksgericht Prättigau/Davos, wie folgt:

### E. 3

Die C. und D., Kollektivgesellschaft, wird verpflichtet, N. ausseramtlich mit Fr. 6'542.60 (inkl. Spesen, Interessenwertzuschlag und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

### E. 4

(Rechtsmittelbelehrung)

### E. 5

b. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob zwischen N. und der Kollektivgesellschaft C. und D. unzulässige Kettenarbeitsverträge geschlossen wurden sowie sich allenfalls daraus ergebende Lohnforderungen von N. c. Da es sich im vorliegenden Fall um ein Anstellungsverhältnis im Gastgewerbe handelt, sind vorliegend neben den vertraglichen Abmachungen zwischen den Parteien die Bestimmungen des Landes-Gesamtarbeitsvertrages des Gastgewerbes 1998 (L-GAV 98, im Folgenden nur noch L-GAV genannt) und ergänzend - sofern dem L-GAV keine Regel entnommen werden kann - die Bestimmungen des OR über den Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR) zu beachten (vgl. Ziff. 11 der jeweiligen Arbeitsverträge [kläg. act. 3a-3e] sowie Art. 37 Abs. 1 L-GAV). 2.a. Gemäss Art. 226 ZPO können die Parteien verlangen, dass Beweismittel, welche vor erster Instanz fristgemäss angemeldet, aber nicht abgenommen worden sind, erhoben werden, sofern sie für die Beurteilung der Streitfrage von wesentlicher Bedeutung sein können (Abs. 1). Ferner kann das Kantonsgericht von sich aus Sachverständigengutachten einholen, Augenscheine durchführen und die Parteien zur Beweisaussage zulassen (Abs. 2). Die Berufungsklägerin stellte in der Berufungserklärung verschiedene Beweisansprüche, über welche vorweg zu entscheiden ist. b.aa. Zunächst beantragte die Berufungsklägerin, C. und D., Gesellschafter der Berufungsklägerin, zur

Beweisaussage zuzulassen. Nach Art. 201 Abs. 1 ZPO kann das Gericht Haupt- und Nebenparteien von Amtes wegen oder auf Parteiantrag zur Beweisaussage anhalten, wenn dies nach dem Ergebnis der formfreien Befragung und des übrigen Beweisverfahrens geboten ist und die zu befragende Person unverdächtig erscheint. Das Beweismittel der Beweisaussage ist subsidiär und kommt daher - nebst Erfüllung der weiteren Voraussetzungen - nur in Frage, wenn der gleiche Sachverhalt nicht mit anderen Beweismitteln bewiesen werden kann (Art. 201 ZPO; PKG 1988 Nr. 15, 1971 Nr. 17 und Nr. 18; BGE 112 Ia 369 f.). Die von der Berufungsklägerin beantragte Beweisaussage zielt primär auf die Klärung der Frage ab, worin die objektiven Bedürfnisse eines Hotels mit reinem Saisonbetrieb bestehen, sowie darauf, welche konkreten unternehmerischen Disposi-

## **E. 6**

tionen im Frühling 2004 dazu geführt haben, dass mit der Berufungsbeklagten kein neuer Arbeitsvertrag geschlossen wurde. Aus dem vorinstanzlichen Urteil geht hervor, dass die Berufungsklägerin und damalige Beklagte den Antrag, sie sei zur Beweisaussage bzw. zur formfreien richterlichen Befragung zuzulassen, anlässlich der Hauptverhandlung vor erster Instanz fallen liess. Es stellt sich unter diesen Umständen die Frage, ob es sich beim Antrag auf Beweisaussage nicht um einen neuen und damit im Berufungsverfahren unzulässigen Beweisantrag handelt. Nach Art. 343 Abs. 4 OR gilt in arbeitsrechtlichen Verfahren zwar die Untersuchungsmaxime, was bedeutet, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (Art. 343 Abs. 4 OR). Allerdings gilt dies nur für das erstinstanzliche Verfahren, während im Berufungsverfahren das Novenverbot des Art. 226 Abs. 1 ZPO gilt (PKG 1994 Nr. 10). Die Frage kann indes offen gelassen werden, da der Antrag auf Beweisaussage bereits aus anderen Gründen abzulehnen ist. Zunächst kann festgestellt werden, dass die objektiven Bedürfnisse der Saison-Hotellerie als gerichtsnotorisch zu gelten haben. Sodann stehen die Behauptungen der Berufungsklägerin, die mit der Beweisaussage bestätigt werden sollen, mit dem übrigen Beweisergebnis im Widerspruch. Insbesondere aus dem bekl. act. 8, einem Schreiben von C. an die Syna vom 3. April 2004, geht deutlich hervor, dass für die fragliche Sommersaison 2004 grundsätzlich Zimmermädchen benötigt wurden, und dass in erster Linie die aufgrund der Schwangerschaft verminderte Einsatzfähigkeit der Berufungsbeklagten den Ausschlag dafür gab, sie nicht mehr weiter zu beschäftigen (vgl. dazu auch Erwägung 3c/cc nachfolgend). Sofern die Berufungsklägerin Aussagen zur Arbeitsqualität der Berufungsbeklagten deponieren möchte, ist festzuhalten, dass diesem Aspekt im vorliegenden Zusammenhang aus rechtlicher Sicht nur eine beschränkte Relevanz zukommt. Entscheidet das Gericht nämlich auf die Zulässigkeit einer fortdauernden Vertragsbefristung, hätte das Arbeitsverhältnis ohne besondere Begründung per Ende Saison beendet werden können. Schliesst man dagegen auf eine unzulässige fortdauernde Vertragsbefristung, ist von einem einheitlichen Arbeitsverhältnis auszugehen. Hierbei würde mangelnde Arbeitsqualität zwar einen Kündigungsgrund darstellen; dieser würde im vorliegenden Zusammenhang aufgrund der im relevanten Zeitpunkt bestehenden Schwangerschaft der Berufungsbeklagten und der damit verbundenen Anwendung der Sperrfrist von Art. 336c OR indes nicht näher interessieren. Zusammenfassend ist daher nicht ersichtlich, inwiefern die Beweisaussage von D. oder von C. zu wesentlich neuen, entscheiderelevanten Erkenntnissen führen könnte. Der Antrag auf Zulassung zur Beweisaussage ist daher abzuweisen.

## **E. 7**

bb. Im Weiteren stellte die Berufungsklägerin den Antrag, die Berufungs- beklagte N. zur Beweisaussage zuzulassen. Auch dieser Antrag ist abzulehnen, da nicht ersichtlich ist, inwiefern sich durch die Befragung von N. neue, entscheidende Erkenntnisse ergeben sollten. cc. Der Beweisantrag der Berufungsklägerin, E. als Zeugin einzuvernehmen, wurde anlässlich der Berufungsverhandlung zurückgezogen, so dass sich hierzu weitere Ausführungen erübrigen. dd. Schliesslich beantragte die Berufungsklägerin, es sei von der Einwohnerkontrolle der Gemeinde B. eine schriftliche Auskunft über die Umstände der Verlängerung/Neuerteilung der L-Bewilligung für die Berufungsbeklagte im Oktober 2003 einzuholen bzw. eventualiter die zuständige Sachbearbeiterin als Zeugin einzuvernehmen. Wie sich aus der Prozessantwort sowie der Berufungserklärung ergibt, soll damit bewiesen werden, warum im Herbst 2003 für die damaligen Einsätze der Berufungsbeklagten in der Zwischensaison auf eine Verlängerung der bestehenden L-Bewilligung des Sommers 2003 verzichtet und direkt die Erteilung einer neuen L-Bewilligung bis zum Ende der Wintersaison 03/04 beantragt wurde, obwohl es sich bei den Arbeitseinsätzen der Berufungsbeklagten im Herbst 2003 faktisch um eine Verlängerung der Sommersaison 2003 gehandelt habe und danach ein Unterbruch der Arbeitstätigkeit bis zum Beginn der Wintersaison 2003/2004 erfolgt sei. Aus dem am 6. Oktober 2003 von der Berufungsklägerin gestellten Gesuch um eine Ausländerbewilligung EG/EFTA (bekl. act. 7) ergibt sich, dass in jenem Zeitpunkt eine Verlängerung der für die Sommersaison 2003 bestehenden L-Bewilligung für die Wintersaison 03/04 beantragt worden war. Die Verlängerung der bestehenden Bewilligung wurde notwendig, weil die Berufungsbeklagte im Herbst 2003 über das vertraglich vereinbarte Saisonende hinaus den ganzen Oktober sowie rund drei Wochen im November arbeitete, indem sie für eine abwesende Jahresangestellte einsprang. Danach kam es zu einem etwa 30-tägigen Arbeitsunterbruch bis zum Beginn der Wintersaison 2003/2004. Aus den vorhandenen Akten ergibt sich klar, welche Verträge den jeweiligen Bewilligungsanträgen an die Fremdenpolizei zu Grunde lagen sowie an welchen Tagen die Berufungsbeklagte im Herbst 2003 effektiv arbeitete und ob bzw. inwiefern es daher zu einem Unterbruch der Arbeitstätigkeit kam. Dass in fremdenpolizeilicher Hinsicht nicht die Bewilligung für die Sommersaison verlängert und nach dem genannten Arbeitsunterbruch eine neue Bewilligung für die Wintersaison ausgestellt wurde, sondern trotz des Unter-

## **E. 8**

bruchs eine nahtlose und ab dem 15. Oktober 2003 durchgehende Verlängerung der L-Bewilligung erteilt wurde, ist im vorliegenden Zusammenhang nur von beschränkter Relevanz. Weitergehende Aufschlüsse sind von einer schriftlichen Auskunft bei der Einwohnerkontrolle nicht zu erwarten, so dass der entsprechende Beweisantrag ebenfalls abzulehnen ist. Beim Antrag, H. als Zeugin zu befragen, handelt es sich im Übrigen um einen neuen und damit im Berufungsverfahren unzulässigen Beweisantrag. 3.a.aa. Nach Art. 334 Abs. 1 OR endet ein befristetes Arbeitsverhältnis ohne Kündigung. Wird ein befristetes Arbeitsverhältnis nach Ablauf der vereinbarten Dauer stillschweigend fortgesetzt, so gilt es gemäss Art. 334 Abs. 2 OR als unbefristetes Arbeitsverhältnis. Da Art. 334 Abs. 2 OR indes dispositiver Natur ist, kann ein befristetes Arbeitsverhältnis mittels Parteivereinbarung auch durch ein weiteres befristetes Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden. Sich ablösende, aneinander gereihte befristete Arbeitsverträge werden Kettenarbeitsverträge genannt. Im Grundsatz sind derartige Kettenarbeitsverhältnisse zulässig (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N 6 zu Art. 334 OR; Manfred Rehbin- der, Berner Kommentar zum OR, Der Arbeitsvertrag, Art.

319-362 OR, Kommentar zu den Art. 331-355 OR, Bern 1992, N 12 zu Art. 334 OR). Die Grenze der Zulässigkeit eines Kettenarbeitsverhältnisses liegt im Verbot der Gesetzesumgehung. Demnach ist der Abschluss von Kettenverträgen missbräuchlich, wenn damit bezweckt wird, die Anwendung der Kündigungsschutzbestimmungen (Art. 336-336d OR) oder die gesetzlichen Sozialleistungen (z.B. Art. 324a, Art. 339b OR) zu umgehen bzw. die Entstehung gesetzlicher Ansprüche zu verhindern, die von einer gewissen Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses abhängen (BGE 119 V 48; Brühwiler, a.a.O., N 6 zu Art. 334 OR; Reh binder, a.a.O., N 12 zu Art. 334 OR; Botschaft zum neuen Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht, BBl 1984 II S. 594). Erforderlich ist, dass im konkreten Fall eine Umgehungsabsicht vorliegt. Diese Absicht als innere Tatsache ist schwierig zu beweisen, weshalb es in der Praxis ausreichen muss, aufgrund objektiver äusserer Umstände mit Überzeugung auf eine Umgehungsabsicht zu schliessen. In der Arbeitsrechtslehre wird daher das subjektive Element der Gesetzesumgehung durch das Prinzip der sachlichen Rechtfertigung objektiviert, so dass auf eine Gesetzesumgehung zu erkennen ist, wenn kein vernünftiger wirtschaftlicher Grund und auch kein sonstiges schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers an der Befristung des Arbeitsvertrags bestanden haben (Brühwiler, a.a.O., N 6 zu Art. 334 OR; Manfred Reh binder/Wolfgang Portmann, Basler Kommentar zum OR I, 3. Aufl., Basel 2003, N 8 zu Art. 334 OR; Reh binder, a.a.O., N 12 zu Art. 334 OR). Die Zulässigkeit ist entsprechend nur gegeben,

## **E. 9**

wenn besondere wirtschaftliche oder soziale Gründe den wiederholten Neuabschluss von Einzelarbeitsverträgen als gerechtfertigt erscheinen lassen; so etwa bei der Anstellung von Künstlern, Gelegenheitsarbeitern bzw. Aushilfen, Tagelöhnern, Berufssportlern oder Studenten, wo auch der Arbeitnehmer nur an einer kurzfristigen Beschäftigung interessiert ist und sich für die Zukunft alle Freiheit bewahren will, ferner bei semesterweise oder pro Schuljahr erteilten Lehraufträgen an Lehrkräfte (Stahelin/Vischer, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Zürich 1996, N 5 zu Art. 334 OR, m.w.H.). Ein sachlicher Grund liegt auch in der Befristung wegen Wegfalls oder Veränderung des Arbeitsplatzes, da der Entscheid über den Arbeitsplatz dem unternehmerischen Ermessen des Arbeitgebers unterliegt (Reh binder, a.a.O., N 13 zu Art. 334 OR), in der Unsicherheit über die Aufrechterhaltung eines Arbeitsplatzes (JAR 2004, S. 538), nicht aber bereits in einer unsicheren Auftragslage (Entscheid des Bundesgerichts vom 27. Juni 2000, 4C.22/2000, E. 2). In Anwendung der genannten Grundsätze entschied das Bundesgericht am 20. Juli 1999, dass sich kaum objektive Motive dafür finden liessen, vier aufeinander folgende Arbeitsverträge mit demselben Arbeitgeber und über die gleiche Arbeit in knapp zwei Jahren zu vereinbaren, weshalb es auf einen unzulässigen Kettenarbeitsvertrag schloss (Entscheid des Bundesgerichts vom 20. Juli 1999, publiziert in JAR 2000, 105 ff.). Das Gericht muss im Einzelfall entscheiden, ob der Abschluss von Kettenarbeitsverträgen sachlich gerechtfertigt ist oder der Umgehung des Gesetzes dient.

bb. Liegen zwischen einzelnen befristeten Arbeitsverträgen derselben Vertragspartner mehr oder weniger grosse Unterbrüche, ist zu prüfen, ob es sich um einzelne, in sich geschlossene Verträge handelt, oder ob ein einheitliches Arbeitsverhältnis vorliegt. Dabei ist jeweils auf die Vereinbarung über die Begründung des neuen Arbeitsverhältnisses und auf die Dauer des Unterbruchs zu achten (Reh binder, a.a.O., N 12 zu Art. 334 OR). Insbesondere bei nur sehr kurzer Dauer des Unterbruchs kann nach den zu den Kettenarbeitsverträgen entwickelten Kriterien eine Gesetzesumgehung vorliegen (Brühwiler, a.a.O., N 7 zu Art.

334 OR). Daher lassen Unterbrüche durch kurze, unbezahlte Urlaube grundsätzlich ein einheitliches Arbeitsverhältnis entstehen (Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1993, N 8 zu Art. 334 OR; Entscheid des Kantonsgerichts Fribourg vom 24. Juni 1997, publiziert in JAR 1998, S. 119 ff.). Ob in einer länger dauernden Arbeitsunterbrechung eine förmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu erblicken ist, hängt entscheidend vom Parteiwillen ab, das heisst davon, wie die Vertragsparteien selber die Folgen der Abwesenheit aufgefasst haben. Entscheidend ist namentlich, ob der Arbeitgeber die Unterbrechung der Arbeitstätigkeit wirklich als

#### **E. 10**

definitive Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die Wiederaufnahme als Neubeginn und nicht als Fortführung des alten Arbeitsverhältnisses betrachtete, und ob es ebenso der Wille des Arbeitnehmers war, das Arbeitsverhältnis gänzlich aufzugeben und anderswo eine Anstellung zu suchen, das heisst mit der Wiederaufnahme ein neues Arbeitsverhältnis zu begründen. In diesem Sinne betrachtete das Bundesgericht Saisonarbeitsverhältnisse, die von Dezember bis Januar unterbrochen werden, als einheitliche Arbeitsverhältnisse (BGE 101 Ia 465; ebenso Streiff/Von Kaenel, a.a.O., N 8 zu Art. 334 OR). Das Kantonsgericht Fribourg entschied mit Urteil vom 25. Juni 1997, dass auf einen Fortsetzungswillen der Parteien geschlossen werden könne bei einem Saisonnier, der während vier Jahren jeweils für acht bis neun Monate für denselben Arbeitgeber gearbeitet hatte und bei dem der Arbeitgeber unmittelbar nach bzw. bereits vor der jeweiligen Abreise des Arbeitnehmers um Erneuerung der Bewilligung ersucht hatte. Selbst wenn der Wille des Arbeitgebers stattdessen auf den Abschluss aufeinander folgender befristeter Arbeitsverträge gerichtet gewesen sein sollte, sei dies mangels sachlicher Gründe als Gesetzesumgehung unbeachtlich (vgl. JAR 1998, S. 122 ff.). Das Arbeitsgericht Zürich betrachtete ferner in einem Urteil vom 25. März 1996 vier auf einen Monat befristete und durch einen arbeitsfreien Monat unterbrochene Arbeitsverträge für Juli, September, Oktober und November als ein einheitliches Arbeitsverhältnis (JAR 1999, S. 99). cc. Liegen keine sachlichen Gründe der genannten Art vor, sind Kettensarbeitsverhältnisse unzulässig und deren Befristung somit unbeachtlich. Sie werden in Einzelarbeitsverträge mit unbestimmter Vertragsdauer umgedeutet (Stahelin/Vischer, a.a.O., N 5 u. N 16 zu Art. 334 OR; Brühwiler, a.a.O., N 6 zu Art. 334 OR; Rehbinder, a.a.O., N 14 zu Art. 334 OR; Botschaft Kündigungsschutz, a.a.O., S. 594). b. N. war im Zeitraum vom 15. Dezember 2001 bis am 22. April 2004, also während beinahe 2 ½ Jahren, in derselben Funktion als Hausangestellte/Zimmermädchen für die Kollektivgesellschaft C. und D. tätig. Die Arbeitstätigkeit der Berufungsbeklagten wurde durch fünf, grundsätzlich auf die jeweilige Winter- bzw. Sommersaison befristete Arbeitsverträge geregelt. Dazwischen kam es zu vier saisonal bedingten Unterbrüchen von jeweils wenigen Wochen. Zu beachten ist, dass jedes Mal am Ende der Saison - noch während der Laufzeit des aktuellen Saisonvertrages - bereits ein neuer Vertrag für die nächste Saison geschlossen wurde. Im Detail handelt es sich um folgende Verträge:

#### **E. 11**

Vertragsabschluss	Arbeitsbeginn	Arbeitsende	Bruttolohn
13.09.2001	15.12.2001	20.04.2002	Fr. 2'700.00
15.04.2002	26.05.2002	18.10.2002	Fr. 3'000.75
15.10.2002	17.12.2002	24.04.2003	Fr. 3'000.75
21.04.2003	03.06.2003	15.10.2003	Fr. 3'022.40
08.10.2003	15.10.2003	22.04.2004	Fr. 3'022.40

Es wurden demnach zwischen den Parteien

fünf aufeinander folgende be- fristete Verträge abgeschlossen, so dass ein Kettenarbeitsverhältnis vorliegt. Die Frage ist nun, ob dieses als einheitliches Arbeitsverhältnis anzusehen ist bzw. ob das Kettenarbeitsverhältnis als rechtsmissbräuchlich zu beurteilen ist, was aufgrund der vorangegangenen Ausführungen massgeblich davon abhängt, ob der Wille zu einer Gesetzesumgehung besteht bzw. ob ein sachlicher Grund vorliegt, der den wiederholten Neuabschluss eines Einzelarbeitsvertrages als gerechtfertigt erscheinen lässt. Anzusetzen ist für die Beurteilung dieser Frage grundsätzlich im Zeitpunkt des Abschlusses der entsprechenden Verträge, insbesondere des fünften Vertrags. Sofern das nachfolgende Verhalten der Parteien indes Schlüsse auf den Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zulässt, kann auch dieses berücksichtigt werden. c.aa. Einleitend ist festzuhalten, dass es im Grundsatz als zulässig erscheint, in einem Saisonbetrieb mit einem Arbeitnehmer einen auf eine Saison befristeten Arbeitsvertrag abzuschliessen. Geschieht dies allerdings wie vorliegend für fünf aufeinander folgende Saisons, ist genauer zu prüfen, ob der Wille der Parteien nicht auf ein einheitliches Arbeitsverhältnis gerichtet war bzw. ob ein sachlicher Grund dafür fehlt, das Arbeitsverhältnis immer wieder neu durch befristete Verträge zu regeln und dies daher nur zum Zweck der Gesetzesumgehung geschah. bb. Betrachtet man das gesamte Vertragsverhältnis zwischen den Parteien, so deutet vieles darauf hin, dass ein einheitliches Arbeitsverhältnis vorliegt. Die Berufungsbeklagte war während fünf aufeinander folgender Saisons bzw. während rund 2 ½ Jahren Bestandteil des Personals der Berufungsklägerin. Jeweils vor Ende der laufenden Saison wurde bereits ein neuer Vertrag für die Folgesaison abgeschlossen. Die zwischen den fünf Verträgen stattfindenden Unterbrüche erscheinen im Gesamtzusammenhang als kurz. So betrug die arbeits- und entschädigungsfreie Zeit in der Zwischensaison im Frühling 2002 etwas mehr als einen Monat, in der Zwischensaison im Herbst 2002 acht Wochen und in der Zwischensaison im Frühling 2003 rund fünf Wochen. Im Herbst 2003 wurden die Arbeitsverträge

## **E. 12**

nahtlos aneinandergereiht; es erfolgte vor Beginn der Wintersaison aber dennoch ein Arbeitsunterbruch von rund 30 Tagen (vgl. bekl. act. 12). Zu den relativ kurzen Unterbrüchen der Arbeitstätigkeit kommt hinzu, dass das Arbeitsverhältnis nach dem Willen der Parteien - auf den es im vorliegenden Zusammenhang entscheidend ankommt - am Ende einer Saison nie definitiv beendet wurde. Vielmehr lag unzweifelhaft ein Fortsetzungswille vor, wurde vor Abschluss der Saison wie bereits erwähnt jeweils bereits ein neuer Arbeitsvertrag für die nächste Saison abgeschlossen und kam es daher nie vor, dass keine vertraglichen Bindungen zwischen den Parteien vorlagen. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses stand damit trotz den Unterbrüchen nicht in Frage. Weder lag bei der Beendigung der einzelnen Verträge nämlich die Absicht des Arbeitgebers vor, jemand anderen einzustellen, noch hegte die Arbeitnehmerin die Absicht, sich eine andere Tätigkeit zu suchen. Selbst wenn der Wille der Arbeitgeberin stattdessen auf den Abschluss aufeinander folgender befristeter Arbeitsverhältnisse gerichtet gewesen sein sollte, so wäre dies mangels sachlicher Gründe - wie noch aufzuzeigen sein wird - als Gesetzesumgehung unbeachtlich (vgl. das bereits zitierte Urteil in JAR 1998, S. 122 ff.). An dieser Sachlage vermag entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin auch die Tatsache nichts zu ändern, dass jeweils per Ende Saison ein formeller Austritt der Berufungsbeklagten aus dem Betrieb vorgenommen wurde und die Ferien-, Frei- und Feiertage definitiv und per Saldo aller Ansprüche abgerechnet wurden. Abgesehen davon, dass es sinnvoll erscheint, die während der Saison angesammelten Arbeitszeitguthaben am Ende der jeweiligen Saison

auszugleichen, lässt sich aus dem besagten Vorgehen einzig ableiten, dass hinsichtlich der Arbeitszeiten der jeweiligen Saison eine definitive Abrechnung erfolgte. Insbesondere im Hinblick auf die Tatsache, dass im Zeitpunkt der besagten Abrechnungen jeweils bereits ein Arbeitsvertrag für die nächste Saison vorlag, kann aber kaum ernsthaft behauptet werden, die Arbeitgeberin sowie die Arbeitnehmerin hätten eine definitive Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewollt und es liege kein Fortsetzungswille vor. cc. Neben den genannten Umständen, die dafür sprechen, dass der Wille der Parteien auf ein einheitliches Arbeitsverhältnis gerichtet war, ist festzustellen, dass ein sachlicher Grund dafür fehlte, das Arbeitsverhältnis immer wieder neu durch befristete Verträge zu regeln. Die Berufungsklägerin beruft sich zur Rechtfertigung ihres Vorgehens in erster Linie auf wirtschaftliche Gründe und argumentiert mit unternehmerischen Rah-

### **E. 13**

menbedingungen, insbesondere im Hinblick auf die beschränkten Arbeitsmöglichkeiten in einem Hotelbetrieb mit saisonal schwankendem Arbeitsanfall. Um weiterhin existieren zu können, müsse sie über eine weitgehende Flexibilität in der Personaldisposition verfügen. Zunächst ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass sich die Berufungsklägerin auf den ersten Blick zwar auf die besonderen Bedürfnisse der Saisonhotellerie beruft, dass deren Argumentation bei näherem Hinsehen indes auf eine allgemeine, vom Saisonbetrieb unabhängige Freiheit in der Personaldisposition abzielt. Dies ergibt sich bereits daraus, dass im vorliegenden Fall grundsätzlich gar keine Beschäftigung bzw. Entlohnung der Berufungsbeklagten in der Zwischensaison zur Diskussion steht, sondern eine solche während der Saison. Was die Tätigkeit der Berufungsbeklagten während der Saison betrifft, so fällt im Übrigen auf, dass sich die Berufungsklägerin zwar in allgemeiner Weise auf wirtschaftliche Gründe im Sinne einer Unsicherheit über den Fortbestand des Arbeitsplatzes beruft. Konkret machte sie aber nie geltend, es sei beim jeweiligen Abschluss der Verträge mit der Berufungsbeklagten eine Unsicherheit über das Weiterbestehen des Arbeitsplatzes der Berufungsbeklagten in der darauf folgenden Saison vorgelegen, sei dies im Hinblick auf den Wegfall bzw. auf eine Veränderung des Arbeitsplatzes oder auf einen begrenzten Arbeitsanfall. Dies gilt auch für den Zeitpunkt des Abschlusses des letzten Vertrages im Oktober 2003 für die Wintersaison 2003/2004, wo offensichtlich nicht fraglich war, dass auch für die Sommersaison 2004 ein Bedarf an Zimmermädchen bestand. Konkret brachte die Berufungsklägerin vielmehr vor, es habe für den Sommer 2004 aufgrund personeller Veränderungen - und damit weder saisonbedingt noch im Hinblick auf den Fortbestand des Arbeitsplatzes - betrieblich keinen Bedarf für eine erneute Anstellung der Berufungsbeklagten gegeben. So habe man einerseits in der Person von J. eine neue Hotelfach-Lehrlingstochter angestellt und andererseits K. im Etagedienst beschäftigt. Im Übrigen habe auch die Qualität des Arbeitseinsatzes der Berufungsbeklagten zu wünschen übrig gelassen (vgl. Prozessantwort, S. 6). Aus diesen Vorbringen sowie den von den Parteien eingereichten Akten wird klar, dass die Berufungsklägerin während der Saison generell und insbesondere auch für die Sommersaison 2004 Zimmermädchen benötigte. Entsprechend hielt C. in seinem Schreiben vom 3. April 2004 an die Syna (kläg. act. 8) ausdrücklich fest, dass der Hotelbetrieb ab dem 15. Juni 2004, dem Beginn der Sommersaison, einsatzfähige Zimmermädchen brauche. Am 7. April 2004 wurde mit K. ein Arbeitsvertrag für die Sommersaison 2004 unterzeichnet (bekl. act. 16.2). Die Genannte wird auf der Mitarbeiterliste für den Sommer 2004 (bekl. act. 11) mit „Etage Saison“ aufgeführt, somit mit derselben Funktion wie die Berufungsbeklagte

#### **E. 14**

in der Saison zuvor (vgl. bekl. act. 10). Daraus ist zu schliessen, dass die Berufungsklägerin für die Sommersaison 2004 an Stelle der Berufungsbeklagten K. einstellte. Die Frage, inwieweit die Gastronomiefachassistentin-Lehrtochter J. die Arbeit der Berufungsbeklagten wahrnahm, kann offen gelassen werden, da neben ihr offenbar das Bedürfnis nach einem voll angestellten Zimmermädchen bestand. Die Stelle der Berufungsbeklagten blieb somit unverändert und deren Fortbestand stand offenbar auch im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Oktober 2003 nicht in Frage, was von der Berufungsklägerin denn auch nicht geltend gemacht wird. Als Zwischenergebnis kann damit festgehalten werden, dass beim Abschluss der jeweiligen befristeten Verträge keine Unsicherheit über die Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes bestand, so dass dieser Umstand als sachliche Rechtfertigung für den Abschluss mehrerer aufeinander folgender befristeter Verträge entfällt. Im vorliegenden Fall führten aufgrund der Angaben der Berufungsklägerin vielmehr personelle Veränderungen, namentlich die Einstellung eines anderen Zimmermädchens an Stelle der Berufungsbeklagten, dazu, dass jene nicht mehr weiterbeschäftigt wurde. Die Rechtfertigung für dieses Vorgehen erachtet die Berufungsklägerin einerseits darin, dass die Qualität der Arbeit der Berufungsbeklagten nachgelassen habe, und andererseits im Umstand, dass der damalige Hilfskoch L. nur bereit gewesen sei, seine Stelle als Koch anzutreten, wenn seine Freundin K. gleichzeitig als Zimmermädchen angestellt würde. Für keine dieser beiden Behauptungen finden sich in den Akten irgendwelche Beweise. Überdies erscheint es einerseits unwahrscheinlich, dass ein Hilfskoch einem Arbeitgeber derartige Bedingungen für eine Anstellung vorgeben kann. Andererseits deutet die Tatsache, dass man die Berufungsbeklagte während fünf aufeinander folgender Saisons beschäftigte und sie vor der letzten Saison sogar noch in der Zwischensaison einsetzte, nicht auf eine mangelnde Arbeitsleistung hin. Die Darlegungen der Berufungsklägerin erscheinen vielmehr als Schutzbehauptung, um die wahren Gründe, die zur Nichtbeschäftigung der Berufungsbeklagten in der Sommersaison 2004 geführt haben, zu verbergen. An dieser Stelle kommt das Kantonsgericht nicht umhin, der Argumentation der Vorinstanz zu folgen und darauf zu schliessen, dass in erster Linie die Schwangerschaft der Berufungsbeklagten den Ausschlag gab, sie durch ein anderes Zimmermädchen zu ersetzen. Es ist unbestritten, dass die Berufungsklägerin im Frühjahr 2004 von der Schwangerschaft der Berufungsbeklagten wusste. Aus der Äusserung von C. im Schreiben vom 3. April 2004 an die Syna, der Hotelbetrieb benötige für die Sommersaison 2004 „einsatzfähige“ Zimmermädchen, wird deutlich, dass jener die Berufungsbeklagte infolge ihrer Schwangerschaft nicht mehr als einsatzfähig betrachtete und in erster Linie aus diesem Grund nicht mehr an einer

#### **E. 15**

Zusammenarbeit interessiert war. Weitere Gründe, die es aus betrieblicher Hinsicht aufgedrängt hätten, die Berufungsbeklagte nicht weiter zu beschäftigen, sind wie bereits erwähnt, weder ersichtlich noch nachgewiesen. Tatsache ist demnach, dass die Berufungsklägerin die schwangere Berufungsbeklagte in der Sommersaison 2004 ohne sachlichen Grund durch ein anderes Zimmermädchen ersetzte. Es ist der Berufungsklägerin insofern zuzustimmen, dass die Berufungsbeklagte im Zeitpunkt, als der letzte befristete Saisonvertrag geschlossen wurde, also im Herbst 2003, noch nicht schwanger war, so dass dieser Umstand nicht den Ausschlag dafür gab, bloss einen befristeten Vertrag abzuschliessen. Genausowenig waren in diesem Zeitpunkt indes die von der

Berufungsklägerin angeführten persönlichen Veränderungen auf die Sommersaison 2004 voraussehbar und konnten für die Vertragsbefristung daher ebenfalls nicht massgeblich sein. Aus dem im Frühjahr 2004 gezeigten Verhalten der Berufungsklägerin ergibt sich aber, dass sie sich die Befristung des Vertrages zunutze machte, um an Stelle der Berufungsbeklagten ohne sachlichen Grund eine andere Arbeitnehmerin anzustellen und sich den finanziellen Konsequenzen zu entziehen, die sich aus der schwangerschafts- und mutterschaftsbedingten Arbeitsunfähigkeit der Berufungsbeklagten ergeben hätten. Ihr Verhalten war unter diesen Umständen offensichtlich dadurch motiviert, den gesetzlichen Kündigungsschutz für Schwangere zu umgehen. Die von der Berufungsklägerin als sachlichen Grund für die fortlaufende Befristung angeführte Flexibilität in der Personaldisposition bzw. das geltend gemachte Bedürfnis, die verfügbaren Arbeitskräfte jederzeit optimal einsetzen zu können, besteht für die Berufungsklägerin mit anderen Worten darin, dass sie zu Beginn jeder Saison nach ihren aktuellen Bedürfnissen und ohne sich an die Kündigungsschutzbestimmungen, die in unbefristeten Verträgen zu beachten wären, zu halten, altes Personal durch neues Personal ersetzen kann. Eine so verstandene Freiheit in der Personaldisposition läuft auf eine beliebige Austauschbarkeit der Arbeitnehmer heraus und kann daher weder in dieser allgemeinen Formulierung noch in der von der Berufungsklägerin gelebten Art einen sachlichen Grund für das Aneinanderreihen mehrerer befristeter Arbeitsverträge darstellen. dd. Weitere sachliche Gründe, die es vorliegend rechtfertigen würden, das Arbeitsverhältnis mit derselben Arbeitnehmerin in derselben Funktion immer wieder neu durch einen befristeten Vertrag zu regeln, sind nicht ersichtlich. Insbesondere finden sich keine Beweise dafür, dass die Berufungsbeklagte selbst ein persönliches Interesse an der Befristung der Arbeitsverträge gehabt hätte und nach Ablauf der jeweiligen Verträge wieder frei von arbeitsvertraglichen Bindungen hätte sein

## **E. 16**

wollen. Jedenfalls willigte sie am Ende der jeweiligen Saison stets ein, eine weitere Saison bei der Berufungsklägerin tätig zu sein. Was den fremdenpolizeilichen Status der Berufungsbeklagten betrifft, so lassen sich auch daraus keine anderen Schlüsse ziehen. Es ist zu beachten, dass aus dem Bestehen befristeter Arbeits- und Aufenthaltsbewilligungen für den Arbeitnehmer allein nicht auf die Befristung des Arbeitsverhältnisses geschlossen werden darf. Zwar bildet bei Saisoniers die Befristung der Arbeitsbewilligung bis zum Ende der Saison für die erste Anstellung ein - indes wenig gewichtiges - Indiz für deren Befristung bis zum Ablauf der Bewilligung. Erneute Beschäftigung des Saisoniers in der kommenden Saison beim gleichen Arbeitgeber weist aber darauf hin, dass ein einheitliches unbefristetes Arbeitsverhältnis vorliegt (BGE 101 Ia 463 ff.; Staelin/Vischer, a.a.O., N 11 zu Art. 334 OR). Davon ist auch vorliegend auszugehen. Die Berufungsbeklagte war während fünf aufeinanderfolgender Saisons Teil des Saisonpersonals der Berufungsklägerin. Bis zur Schwangerschaft der Berufungsbeklagten war es offensichtlich nie fraglich, dass sie in der folgenden Saison wieder zur Berufungsklägerin kommen würde, auch wenn sie aus fremdenpolizeilichen Motiven zwischendurch auszureisen hatte. Als durch die neu eingeführte L-Bewilligung EG/EFTA die Pflicht zur Ausreise entfiel, nutzte die Berufungsklägerin diesen Umstand sogar, um die Berufungsbeklagte im Herbst 2003 auch in der Zwischensaison einzusetzen. Auch im fremdenpolizeilichen Status der Berufungsbeklagten ist aufgrund des Gesagten kein sachliches Motiv für eine fortlaufende Befristung der Arbeitsverträge zu erblicken. Fehlen sachliche Gründe für den Abschluss mehrerer aufeinanderfolgender befristeter Verträge, ist auch aus diesem Grund von einem

einheitlichen Arbeitsverhältnis auszugehen. ee. Die Berufungsklägerin bringt im Weiteren vor, im Bereich des L-GAV sei eine Gesetzesumgehung durch Kettenverträge gar nicht möglich. Einerseits enthalte Art. 32 L-GAV, was die Ansprüche, die an die Anstellungsdauer knüpfen, betreffe, eine eigentliche lex specialis zu den Kettenverträgen. Darin werde geregelt, dass einzelne Arbeitsperioden im gleichen Betrieb zusammengezählt werden. Andererseits werde die in casu zu beantwortende Frage der Rechtsfolgen des Auslaufens eines befristeten Arbeitsvertrags und damit die Frage der Verbindlichkeit einer Vertragsbefristung im L-GAV nicht beantwortet, was nur als qualifiziertes Schweben aufgefasst werden könne. Diesen Ausführungen kann sich das Kantonsgericht nicht anschliessen. Für den Kündigungsschutz bei Krankheit, Schwanger-

#### **E. 17**

schaft/Mutterschaft, Unfall, Ferien und Militärdienst finden die zwingenden Vorschriften von Art. 336 ff. OR auch im Bereich des L-GAV Anwendung (vgl. den ausdrücklichen Verweis im Anhang zum Arbeitsvertrag vom 13. September 2001 [kläg. act. 3a, zu Ziffer 4] sowie im Kommentar zu Art. 5 L-GAV). Dies trifft zwar nur auf unbefristete Verträge zu, was aber gleichzeitig impliziert, dass diese Kündigungsschutzbestimmungen umgangen werden können, indem statt eines unbefristeten Arbeitsvertrages immer wieder neue befristete Verträge abgeschlossen werden. ff. Keine weitergehenden Schlüsse lassen sich vorliegend aus dem Umstand ableiten, dass der Berufungsbeklagten von Anfang an ein 13. Monatsgehalt ausgerichtet wurde. Grundsätzlich handelt es sich bei der Ausrichtung eines 13. Monatslohns nämlich um eine im L-GAV geregelte Pflicht des Arbeitgebers, die ab dem 6. Anstellungsmonat gilt (vgl. Art. 12 L-GAV). Selbst wenn ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer mehr als den minimal geschuldeten 13. Monatslohn ausrichtet, lässt sich daraus aber kein direkter Schluss ziehen, dass mit einer fortdauernden Vertragsbefristung kein Rechtsmissbrauch angestrebt war. Es kann daher auf detaillierte Berechnungen, inwiefern die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten mehr als den gesamtarbeitsvertraglich geschuldeten 13. Monatslohn bezahlt hat, verzichtet werden, zumal es sich um eher geringe Beträge handeln dürfte. Es ist allerdings in Übereinstimmung mit der Vorinstanz nicht zu übersehen, dass die Berufungsbeklagte insbesondere in den ersten Anstellungsmonaten - mit Ausnahme der ersten beiden Arbeitswochen im Dezember 2001 - nur mit dem 13. Monatslohn überhaupt auf den gesamtarbeitsvertraglichen Minimallohn für das Jahr 2002 im Betrag von Fr. 2'700.-- monatlich kam. So betrug ihr Festlohn in der ersten Winter-saison 2001/2002 Fr. 2'475.10 und der 13. Monatslohn Fr. 224.90, total demnach genau Fr. 2'700.-- gg. Das vom Rechtsvertreter der Berufungsklägerin ins Recht gelegte Urteil der Rekurskammer des Kantonsgerichts Waadt vom 25. September 1990, in dem in einer grundsätzlich ähnlichen Konstellation wie der vorliegenden auf die Zulässigkeit eines Kettenarbeitsverhältnisses geschlossen wurde, lässt sich nicht in allen Teilen mit dem vorliegenden Fall vergleichen. Zwar lagen dem Urteil ebenfalls fünf aufeinander folgende, auf eine oder zwei Saisons befristete Arbeitsverträge zu Grunde. Doch wurden die Verträge für die Folgesaison - mit einer Ausnahme - nicht wie vorliegend bereits am Ende der laufenden Saison geschlossen. Hinzu kommt, dass es zu einer definitiven Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit anschliessender Neubegründung kam, als die Arbeitnehmerin das Arbeitsverhältnis während der

#### **E. 18**

Dauer des zweiten Arbeitsvertrags von sich aus vorzeitig beendete und den Arbeitsort vor dem vertraglichen Endtermin verliess. Am Anfang der nächsten Saison kam es folglich zu

einer Neuaufnahme des Arbeitsverhältnisses. Es lag unter diesen Umständen nicht eine ununterbrochene Vertragskette und insbesondere nicht ein ununterbrochener Fortsetzungswille beider Parteien, wie es vorliegend der Fall ist, vor. Nicht zuletzt verlangte die Arbeitnehmerin im vorliegenden Entscheid auch eine Lohnzahlung für diejenigen Monate, in denen sie üblicherweise nicht arbeitete, was in casu grundsätzlich nicht zutrifft. hh. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass unter den konkreten Umständen der Wille der Vertragsparteien auf ein einheitliches Arbeitsverhältnis hinweist und sich keine sachlichen Gründe dafür finden lassen, das Arbeitsverhältnis zwischen der Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagten durch immer neue befristete Verträge zu regeln. Im konkreten Fall haben die einzelnen Saisonarbeitsverträge somit nicht für sich je separate und gesonderte Arbeitsverhältnisse begründet, sondern es liegt ein einheitliches Arbeitsverhältnis vor. Das vorinstanzliche Urteil ist in diesem Punkt nicht zu beanstanden. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin trifft es nicht zu, dass mit dem vorliegenden Urteil die besonderen Bedürfnisse und Rahmenbedingungen der Saison-Hotellerie gänzlich negiert werden. Abgesehen davon, dass das Urteil nur den konkreten Einzelfall betrifft, wird dadurch kein Arbeitgeber gezwungen, in der Saison oder gar in der Zwischensaison Leute zu beschäftigen, die er aus betriebswirtschaftlichen Gründen gar nicht benötigt. Es wird aber ausgeschlossen, dass die Aneinanderreihung von befristeten Saisonverträgen dazu führt, dass ein Arbeitgeber ohne sich an die Kündigungsschutzbestimmungen zu halten, mehr oder weniger nach Belieben über die Arbeitnehmer verfügen kann. Hinzu kommt, dass auch unbefristete Arbeitsverhältnisse gekündigt werden können, im Gastgewerbe sogar mit relativ kurzen Kündigungsfristen (vgl. Art. 6 L-GAV). Sollte eine Kündigung wegen Krankheit oder Schwangerschaft nicht möglich sein, so können längerfristige krankheits- oder schwangerschaftsbedingte Ausfälle über die im L-GAV zwingend vorgeschriebenen Taggeldversicherungen abgedeckt werden. Der unternehmerische Spielraum eines Arbeitgebers in der Saison-Hotellerie erweist sich daher nicht eingeschränkter als bei einem Arbeitgeber ausserhalb dieser Branche, so dass sich die vorliegend vertretene Betrachtungsweise weder im konkreten Einzelfall noch im Allgemeinen existenzbedrohend für die Saison-Tourismus-Wirtschaft auswirkt.

## **E. 19**

4.a. Ist das vorliegende Kettenarbeitsverhältnis als unzulässig zu betrachten, hat dies zur Folge, dass es in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis umgedeutet wird. Das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien wurde somit nicht automatisch per 22. April 2004 beendet, sondern musste durch Kündigung aufgehoben werden. Da es sich vorliegend um ein Arbeitsverhältnis im Gastgewerbe handelt, sind die Kündigungsbestimmungen des L-GAV - und nicht, wie von der Vorinstanz angenommen, diejenigen des OR - zu beachten. Nach Art. 6 Abs. 1 L-GAV ist ein Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit im ersten bis fünften Arbeitsjahr mit einer Frist von einem Monat je auf das Ende eines Monats kündbar. Hinsichtlich missbräuchlicher Kündigungen bzw. Kündigungen zur Unzeit gelangen hingegen die Bestimmungen des OR zur Anwendung (Art. 336 - 336d OR, vgl. den Verweis im Anhang zum Arbeitsvertrag vom 13. September 2001 [kläg. act. 3a, zu Ziffer 4] sowie den Kommentar zu Art. 5 L-GAV). Mit dem Schreiben vom 3. April 2004 an die Syna (kläg. act. 8) hat die Berufungsklägerin zum Ausdruck gebracht, dass sie das Arbeitsverhältnis mit der Berufungsbeklagten nicht fortsetzen möchte, so dass dieses Schreiben als Kündigung betrachtet werden kann. Zu beachten ist, dass die Berufungsbeklagte am 24. August 2004 einen Sohn zur Welt brachte (vgl. kläg. act. 10) und daher am 3. April 2004 schwanger war. Nach Art. 336c Abs. 1 lit. c OR kann ein

Arbeitsvertrag während der Schwangerschaft sowie während 16 Wochen nach der Geburt nicht gekündigt werden. Eine während dieser Sperrfrist ausgesprochene Kündigung ist nichtig (Art. 336c Abs. 2 OR). Unter diesen Umständen hätte die Berufungsklägerin den Arbeitsvertrag mit der Berufungsbeklagten frühestens am 14. Dezember 2004 per 31. Januar 2005 kündigen dürfen. Bis zu diesem Zeitpunkt hat das Arbeitsverhältnis weiter bestanden. b. Im Folgenden ist auf die Frage einzugehen, wie die Lohnansprüche der Berufungsbeklagten bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu berechnen sind. Die Kündigungsbeschränkung gemäss Art. 336c OR und die Lohnfortzahlungspflicht nach L-GAV gelten grundsätzlich unabhängig voneinander. Vorliegend ist zu beachten, dass die Berufungsbeklagte ihre Arbeitskraft unbestrittenermassen anbot (vgl. auch kläg. act. 7), die Arbeitgeberin ihre Arbeitsleistung aber zu Unrecht von vornherein ablehnte und der Berufungsbeklagten daher während der Kündigungsfrist keine Arbeit zuwies. Sie befand sich damit im Annahmeverzug nach Art. 324 OR (vgl. Rehbinder, Berner Kommentar zum OR, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330a OR, Bern 1985, N 15 zu Art. 324 OR). Der genannte Artikel bestimmt in Abs. 1, dass der Arbeitgeber zur

## **E. 20**

Entrichtung des Lohnes verpflichtet bleibt, wenn die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden kann oder dieser aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeit in Verzug gerät. Die Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten daher grundsätzlich den Lohn für die gesamte Kündigungsfrist zu leisten. Der Arbeitnehmer hat bei Annahmeverzug des Arbeitgebers Anspruch auf Lohn und Sozialzulagen, wie wenn er seine Arbeit tatsächlich geleistet hätte (Stahelin/Vischer, a.a.O., N 23 zu Art. 324 OR). c. In Übereinstimmung mit dem vorinstanzlichen Urteil ist für die Berechnung der Lohnansprüche der Berufungsbeklagten von vier Phasen auszugehen: aa. 1. Phase: 23. April 2004 bis 14. Juni 2004 Die Berufungsbeklagte arbeitete bis zum Ende der Wintersaison 2004 am 22. April 2004 und wurde bis zu diesem Zeitpunkt entlohnt. Unbestrittenermassen wäre das Hotel aufgrund des Saisonunterbruchs danach erst am 15. Juni 2004 wieder geöffnet worden. Daher entfällt vom 23. April 2004 bis zum 14. Juni 2004 eine Lohnzahlungspflicht. bb. 2. Phase: 15. Juni 2004 bis 24. August 2004 Ab dem 15. Juni 2004 hätte die Berufungsbeklagte grundsätzlich im Hotelbetrieb arbeiten können und wäre von der Berufungsklägerin daher der volle Lohn zu leisten gewesen. Die Berufungsbeklagte macht indes geltend, dass sie aufgrund ihrer Schwangerschaft sowie des ärztlich attestierten Niederkunftstermins vom 15. bis 18. August 2004 (vgl. kläg. act. 9) am 15. Juni 2004 nicht in der Lage gewesen wäre, ihre Arbeit wieder aufzunehmen (Prozesseingabe, S. 7), dass sie mit anderen Worten aus Gründen der Schwangerschaft medizinisch arbeitsunfähig gewesen wäre. Dies wird von der Berufungsklägerin nicht bestritten. Bei unverschuldeter Verhinderung des Mitarbeiters an der Arbeitsleistung infolge Krankheit, Unfall und Mutterschaft sieht der L-GAV die Pflicht des Arbeitgebers vor, die entsprechenden Lohnzahlungen mit einem Krankengeld zu versichern. Gemäss Art. 24 Abs. 1 L-GAV in der bis am 30. Juni 2005 gültigen Fassung richten sich die Leistungen, wenn eine Mitarbeiterin während der Schwangerschaft medizinisch als arbeitsunfähig erklärt wird, nach Art. 23 L-GAV, d.h. der Bestimmung über die Krankengeldversicherung. Art. 23 Abs. 1 L-GAV bestimmt seinerseits, dass der Arbeitgeber zu Gunsten des Mitarbeiters eine Krankengeldversicherung abzuschliessen hat, die während 720 von 900 aufeinanderfolgenden Tagen 80 % des Brut-

## E. 21

tolohns zahlt. Während einer Aufschubszeit von höchstens 60 Tagen hat der Arbeitgeber 88% des Bruttolohns zu zahlen. Im vorliegenden Fall führte die Berufungsklägerin die Taggeldversicherung für die Berufungsbeklagte nicht weiter, weil sie zu Unrecht davon ausging, das Arbeitsverhältnis sei am 22. April 2004 beendet worden. In diesem Fall hat die Berufungsklägerin die in Art. 23 L-GAV vorgeschriebenen Leistungen gemäss Art. 23 Abs. 4 L-GAV selbst zu erbringen. In der von der Berufungsklägerin für ihren Betrieb abgeschlossenen Krankengeldversicherung wird im Krankheitsfall ein Taggeld von 80 % des Bruttolohns während 730 Tagen ausgerichtet, abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen (vgl. bekl. act. 14). Hätte die Berufungsklägerin die Taggeldversicherung für die Berufungsbeklagte korrekt weitergeführt, so hätte die letztere demnach während der Aufschubszeit von 30 Tagen, d.h. vom 15. Juni 2004 bis am 14. Juli 2004, Anspruch auf 88 % des Bruttolohnes und danach während 41 Tagen, vom 15. Juli 2004 bis am 24. August 2004, d.h. dem Tag der Geburt des Kindes, Anspruch auf 80 % des Bruttolohnes gehabt. Da auf die Lohnfortzahlung des Arbeitgebers während der Aufschubszeit Sozialversicherungsbeiträge geschuldet sind, nicht aber auf die Versicherungsleistung, erhält die Berufungsbeklagte während der Aufschubszeit durch den Arbeitgeber und danach von der Versicherung im Ergebnis dieselben Leistungen, nämlich netto 80 % des Bruttolohnes (vgl. den Kommentar zu Art. 23 L-GAV). Der Bruttolohn der Berufungsbeklagten betrug zuletzt Fr. 3'022.50 inkl. 13. Monatslohn. Der Anspruch der Berufungsbeklagten vom 15. Juni 2004 bis 24. August 2004 beläuft sich somit auf Fr. 5'722.60.-- (80 % von Fr. 3'022.50 = Fr. 2'418.-- : 30 [vgl. Art. 8 Abs. 3 L-GAV] = Fr. 80.60 x 71 Tage = Fr. 5'722.60; der Zeitraum vom 15. Juni 2004 bis zum 24. August 2004 umfasst entgegen den Berechnungen der Vorinstanz 71 und nicht 70 Tage, wobei zu beachten ist, dass der Taggeldanspruch nach Art. 8 Abs. 3 L-GAV zwar dadurch ermittelt wird, dass der Bruttolohn eines Monats generell durch 30 geteilt wird, dass das Taggeld effektiv aber für jeden Kalendertag und nicht nur für 30 Tage im Monat ausgerichtet wird). Von dieser Summe ist die gemäss Arbeitsvertrag 5.98 % betragende Quellensteuer abzuziehen, so dass der Berufungsbeklagten netto Fr. 5'380.40 ausbezahlt sind. cc. 3. Phase: 25. August 2004 bis Ende Arbeitsverbot am 19. Oktober 2004 Gemäss Art. 24 Abs. 3 L-GAV in der bis am 30. Juni 2005 geltenden Fassung hat der Arbeitgeber eine Mutterschaftsversicherung abzuschliessen, die während mindestens 70 Tagen dieselben Leistungen wie die Krankengeldversicherung er-

## E. 22

bringt. Mindestens 6 Wochen (42 Tage) der Leistungen müssen auf die Zeit nach der Niederkunft entfallen. Falls der Arbeitgeber eine Mutterschaftsversicherung von 16 Wochen abschliesst, gehen krankheitsbedingte Ausfälle innerhalb der letzten 8 Wochen vor der Niederkunft zulasten der Mutterschaftsversicherung. Während der jeweiligen Aufschubszeiten hat der Arbeitgeber 88 % des Bruttolohnes zu bezahlen. Die von der Berufungsklägerin abgeschlossene Mutterschaftsversicherung - die ja vorliegend zur Anwendung gelangt wäre, wenn das Arbeitsverhältnis nicht zu Unrecht per 22. April 2004 beendet worden wäre - sieht bei Geburt ein Taggeld von 80 % des Bruttolohns während 112 Tagen, d.h. 16 Wochen, nach einer Wartefrist von 30 Tagen vor (bekl. act. 14). Da die Berufungsbeklagte innerhalb der letzten 8 Wochen vor der Niederkunft krankheitsbedingt ausgefallen wäre, gingen diese 8 Wochen zu Lasten der Mutterschaftsversicherung, so dass diese von der Niederkunft an noch während acht Wochen bzw. 56 Tagen bezahlt hätte,

d.h. vom 25. August 2004 bis und mit 19. Oktober 2004. Das gesetzliche Arbeitsverbot nach einer Niederkunft beträgt nach Art. 35a Abs. 3 ArG acht Wochen, so dass die Berufungsbe- klagte vorliegend während der Dauer des gesamten Arbeitsverbots entlohnt worden wäre. Bei einem Taggeldanspruch von Fr. 80.60 ergibt dies einen der Berufungsbe- klagten zustehenden Betrag von netto Fr. 4'513.60 (Fr. 80.60 x 56 Tage) bzw. nach Abzug der Quellensteuer von 5.98 % den Betrag von netto Fr. 4'243.70. Diese Be- rechnung wurde von der Berufungsklägerin in der Berufungsverhandlung aner- kannt. Die versicherungsmässigen Voraussetzungen wären bei korrekter Weiter- führung des Arbeitsverhältnisses soweit ersichtlich gegeben gewesen, da einerseits der Zeitpunkt der Niederkunft in das Arbeitsverhältnis gefallen wäre und andererseits die Berufungsbe- klagte in diesem Zeitpunkt für mehr als 270 Tage ohne einen Un- terbruch von mehr als 3 Monaten versichert gewesen wäre (vgl. dazu den Kommen- tar zum bis am 30. Juni 2005 gültig gewesenen Art. 24 L-GAV sowie das bekl. act. 14: Die Berufungsbe- klagte war vom 3. Juni 2003 bis am 13. November 2003 (164 Tage) und vom 13. Dezember 2003 bis am 22. April 2004 (132 Tage) tatsächlich versichert und hätte anschliessend spätestens ab dem 15. Juni 2004 weiter versi- chert werden müssen. Der Unterbruch betrug im November/Dezember 2003 vier Wochen und hätte im Frühjahr 2004 etwas weniger als acht Wochen betragen, ins- gesamt also weniger als drei Monate). dd. 4. Phase: 20. Oktober 2004 bis 30. November 2004

### **E. 23**

Ab dem 20. Oktober 2004 hätte die Berufungsbe- klagte grundsätzlich bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses voll arbeiten können und entsprechend Anspruch auf den vollen Lohn gehabt. Einerseits ist nun aber zu beachten, dass die Berufungs- be- klagte am 1. Dezember 2004 bei der M. AG in B. eine neue Vollzeitstelle antrat. Nach Art. 324 Abs. 2 OR muss sich der Arbeitnehmer bei Annahmeverzug des Ar- beitsgebers auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen der Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwer- ben absichtlich unterlassen hat. Da die Berufungsbe- klagte mit ihrer neuen Tätigkeit mehr verdiente als bei der Berufungsklägerin, nämlich brutto Fr. 3'100.-- (kläg. act. 11), ist jene ab dem 1. Dezember 2004 vollumfänglich von einer Lohnzahlungs- pflicht befreit und vorliegend daher nur der Zeitraum bis zum 30. November 2004 zu beurteilen. Andererseits kann sich die Berufungsklägerin nur im Annahmeverzug befinden und damit zur Lohnzahlung verpflichtet werden, wenn die Berufungsbe- klagte in die- ser Zeit auch tatsächlich gearbeitet hätte. Während die Vorinstanz und die Beru- fungsbe- klagte davon ausgehen, dass die letztere in dieser Zeit für die Berufungs- klägerin tätig gewesen wäre, bringt jene vor, dass es in dieser Zeit den üblichen Saisonunterbruch gegeben hätte und die Berufungsbe- klagte daher nicht beschäftigt worden wäre. Betrachtet man die Arbeitsperioden der Berufungsbe- klagten während ihrer Anstellung bei der Berufungsklägerin, so ergibt sich, dass sie in der Wintersai- son 2001/2002 ab dem 15. Dezember 2001 arbeitete. Die Sommersaison 2002 wurde am 18. Oktober 2002 beendet, worauf die Berufungsbe- klagte die Arbeit am 17. Dezember 2002 für die Wintersaison 2002/2003 wieder aufnahm. Im Herbst 2003 wurden zwar die Arbeitsverträge nahtlos aneinandergereiht. Die Berufungs- be- klagte arbeitete effektiv aber nur bis am 13. November 2003 und vom 20. bis am

### **E. 26**

schädigen. Dabei ist von der von der klägerischen Rechtsvertreterin im vorinstanz- lichen Verfahren eingereichten Honorarnote über Fr. 6'542.60 und somit von einer Entschädigung

von Fr. 3'271.30 auszugehen. Die genannte Honorarnote wurde weder im vorinstanzlichen noch im Berufungsverfahren beanstandet, und es sind keine Gründe ersichtlich, inwiefern der geltend gemachte Aufwand nicht angemessen sein sollte, was auch für den Interessenwertzuschlag gilt. Im Berufungsverfahren beantragte die Berufungsklägerin die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die vollumfängliche Abweisung der Klage, eventualiter die Zusprechung einer Summe von Fr. 7'611.60 an die Berufungsbeklagte. Diese beantragte die vollumfängliche Abweisung der Berufung. Die Berufungsklägerin drang mit ihrem Hauptbegehren somit auch im Berufungsverfahren nur zu  $\frac{1}{4}$  durch, im Eventualbegehren zu etwas mehr, doch kommt diesem geringeres Gewicht zu. Es rechtfertigt sich daher, auch im Berufungsverfahren von einem Obsiegen der Berufungsbeklagten im Umfang von rund  $\frac{3}{4}$  auszugehen, weshalb die Berufungsklägerin jene zu  $\frac{1}{2}$  ausseramtlich zu entschädigen hat. Die von der Rechtsvertreterin der Berufungsbeklagten geltend gemachten Kosten von Fr. 1'673.40 erscheinen angemessen, weshalb die Entschädigung auf Fr. 836.70 anzusetzen ist.

#### **E. 27**

Demnach erkennt die Zivilkammer :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.