

OW_GERICHTE AbR 2004/05 Nr. 5 vom 26. November 2015

OW Obergericht, 2015-11-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_2004_05 Nr. 5](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_2004_05_Nr.5)

FR: OW_GERICHTE AbR 2004/05 Nr. 5 du 26 novembre 2015

IT: OW_GERICHTE AbR 2004/05 Nr. 5 del 26 novembre 2015

Regeste

AbR 2004/05 Nr. 5, S. 55: Art. 194 Abs. 1 ZPO; Art. 343 Abs. 4 OR Unzulässigkeit der Ausdehnung der Klagebegehren im Rekursverfahren. Tragweite der richterlichen Aufklärungspflicht im Anwendungsbereich der sozialen Untersuchungsmaxime (E.

Volltext

AbR 2004/05 Nr. 5, S. 55: Art. 194 Abs. 1 ZPO; Art. 343 Abs. 4 OR Unzulässigkeit der Ausdehnung der Klagebegehren im Rekursverfahren. Tragweite der richterlichen Aufklärungspflicht im Anwendungsbereich der sozialen Untersuchungsmaxime (E. 1). Art. 319 und Art. 333 Abs. 1 OR Abgrenzung der Teilzeitarbeit (mit festem Stundenplan oder auf Abruf) von der Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit. Übergang des Teilzeitarbeitsverhältnisses als Folge einer Betriebsübernahme (E. 2-4). Art. 324 Abs. 1 OR Lohnanspruch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Annahmeverzug des Arbeitgebers (E. 5). Entscheid der Obergerichtskommission vom 14. November 2005 Aus den Erwägungen: 1.a) Die Rekursgegnerin hatte vor der Vorinstanz den Betrag von Fr. 4'000.-- als Lohn für die Zeit vom März bis Ende Juni 2004 eingeklagt. Der Kantonsgerichtspräsident II erwog, die Rekursgegnerin hätte grundsätzlich Anspruch auf Lohn bis Ende Juli 2004 gehabt. Über die Anträge der Klägerin dürfe der Richter nicht hinausgehen, weshalb er die Klage nur für den Lohn bis Ende Juni 2004 und im Betrag von Fr. 4'000.-- guthies (obwohl der bis Ende Juni 2004 errechnete Lohnanspruch nach Abzügen Fr. 4'584.20 betragen hätte). In der Rekursantwort beantragt die Rekursgegnerin nun neu, es sei ihr als Lohn für die Zeit bis Ende Juli 2004 ein Betrag von Fr. 5'500.-- zuzusprechen. Es stellt sich vorab die Frage, ob auf diesen Antrag überhaupt eingetreten werden kann. b) Nach der auch in arbeitsvertragsrechtlichen Streitigkeiten geltenden Dispositionsmaxime (Art. 194 Abs. 1 ZPO) bestimmt der Rechtsmittelkläger mit seinen Anträgen, in welchem Umfang das vorinstanzliche Urteil abgeändert werden soll und darf. Darüber hinaus darf die Rechtsmittelinstanz nicht gehen. Insbesondere darf sie das Urteil (abgesehen vom Anwendungsbereich der vollen Offizialmaxime) nicht zu seinen Ungunsten abändern (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 2001, 13 N. 65). Da die Rekursgegnerin gegen das Urteil des Kantonsgerichtspräsidenten II vom 9. September 2004 nicht selber Rekurs erhoben hat, käme es schon aus diesem Grund nicht in Frage, das Urteil zu Ungunsten des Rekurrenten abzuändern. Die Zivilprozessordnung des Kantons Obwalden sieht sodann im Rekursverfahren (im Gegensatz zum Appellationsverfahren) auch keine Möglichkeit zur Ergreifung eines Anschlussrekurses vor, sodass der Antrag der Rekursgegnerin auch nicht in diesem Rahmen behandelt werden könnte. Hierbei wäre überdies fraglich, ob die Rekursgegnerin zur Ergreifung eines (Anschluss-) Rechtsmittels überhaupt genügend beschwert wäre, wurde doch im vorinstanzlichen Urteil ihre Klage vollumfänglich gutgeheissen. Im Übrigen wäre eine Klageänderung im Rekursverfahren (abgesehen etwa von Scheidungs- und Trennungsverfahren) gemäss obwaldnerischer

Zivilprozessordnung ausgeschlossen (vgl. Art. 133 Abs. 1 i.V.m. Art. 274 Abs. 1 und 2 ZPO). Bei einer Klageänderung im Rechtsmittelverfahren wäre auch die funktionelle Zuständigkeit nicht mehr gewahrt (Art. 133 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Thomas Soliva, Die Klageänderung nach zürcherischem Recht, Zürich 1992, 80). Unter diesen Umständen kann auf den Antrag der Rekursgegnerin nicht eingetreten werden. c) Zu keinem anderen Ergebnis führte die Prüfung der Frage, ob der Kantonsgerichtspräsident II die Rekursgegnerin als Klägerin hätte darauf aufmerksam machen müssen, dass sie unter Umständen Anspruch auf Lohn bis Ende Juli 2004 gehabt hätte. Anders nämlich als im Geltungsbereich der uneingeschränkten Offizialmaxime erstreckt sich die richterliche Aufklärungspflicht bei Verfahren, die wie vorliegend gestützt auf Art. 343 Abs. 4 OR der sozialen Untersuchungsmaxime unterliegen, nicht auch auf die rechtlichen Gesichtspunkte und die Rechtsbegehren der Parteien (Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N. 3 zu § 216, Martin Sarbach, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2003, 103 und 209; vgl. BGE 122 III 25 E. 4d, LGVE 1986 I Nr. 26). Entsprechende Hinweise wären zwar nicht grundsätzlich untersagt, sind aber aus Gründen der Rechtsgleichheit und der Fairness zurückhaltend zu handhaben. Da der Kantonsgerichtspräsident II nicht verpflichtet war, die heutige Rekursgegnerin auf die Möglichkeit einer Klageänderung aufmerksam zu machen, könnte sich die Rekursgegnerin für eine nachträgliche Klageänderung auch nicht auf das Unterlassen dieses Hinweises berufen. d) Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass auf das Begehren der Rekursgegnerin nicht eingetreten werden kann, soweit es über die Abweisung des Rekurses bzw. Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids hinausgeht. 2.a) Unumstritten ist, dass es sich beim Vertragsverhältnis zwischen den Parteien um einen Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR gehandelt hat. Streitig ist dagegen, ob von einer Abfolge einzelner, jeweils abgeschlossener und zeitlich begrenzter Arbeitsverhältnisse auszugehen ist, wie dies der Rekurrent behauptet, oder ob mit der Rekursgegnerin und dem Kantonsgerichtspräsidenten von einem fortgesetzten, zeitlich unbefristeten Teilzeitarbeitsverhältnis auszugehen ist. Dies gilt es im Folgenden zu prüfen. b) In Bezug auf die Beweislastverteilung ist festzuhalten, dass der Arbeitnehmer, der einen Lohnanspruch geltend macht, den Abschluss eines Arbeitsvertrages sowie die Höhe des Lohnes beweisen muss. Der Arbeitgeber dagegen, der sich der Bezahlung des Lohnes widersetzt, muss seinerseits den Untergang des Arbeitsvertrags beweisen, sei es durch eine korrekte Kündigung oder eine Aufhebungsvereinbarung, sei es durch Beweis von Umständen, die einen zeitlich befristeten Vertrag belegen (BGE 125 III 80 E. 3b m.H.). 3.a) Der Rekurrent rügt im Wesentlichen die rechtliche Einordnung des Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und der Rekursgegnerin durch die Vorinstanz. Wie schon vor der Vorinstanz macht der Rekurrent hauptsächlich geltend, die Rekursgegnerin habe für ihn Arbeit auf Abruf geleistet in dem Sinne, dass er sie bei schönem Wetter, wenn im Restaurant S. überdurchschnittlich viele Gäste zu bedienen seien, als Aushilfe im Service habe aufbieten können. Die Parteien hätten kein Teilzeitarbeitsverhältnis abgeschlossen, die Rekursgegnerin habe vielmehr für ihn Aushilfs- und Gelegenheitsarbeit geleistet. Die Rekursgegnerin habe nicht regelmässig gearbeitet. Ein genereller Rahmenvertrag bzw. eine Zusicherung wiederholter oder regelmässiger Beanspruchung der Arbeitskraft habe nicht bestanden. Die Rekursgegnerin habe nicht ständig abrufbereit sein müssen; sie habe das Recht gehabt, vom Rekurrenten vorgeschlagene Einsätze abzusagen, was sie auch mehrmals getan habe. Auch die Rekursgegnerin selber habe in der Klage das Vertragsverhältnis als Aushilfs- und Gelegenheitsarbeit qualifiziert. Es sei aufgrund all dieser Umstände von einer Mehrzahl von

befristeten Vertragsverhältnissen auszugehen, weshalb für die Lohnforderung der Rekursgegnerin kein Raum bleibe. b) Grundsätzlich kann auf die unbestrittenen rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz zu den Begriffen der Teilzeitarbeit, Arbeit auf Abruf und Aushilfs- und Gelegenheitsarbeit verwiesen werden. aa) Es trifft zu, dass Teilzeitarbeit auf einem fortdauernden Arbeitsverhältnis beruht, welches durch eine gegenüber der betriebsüblichen vollen Arbeitszeit reduzierten Arbeitszeit gekennzeichnet ist. Nach heute herrschender Auffassung sind die regelmässig ausgeübte (eigentliche) Teilzeitarbeit und die unregelmässige (uneigentliche) Teilzeitarbeit gleich zu behandeln. Bei der eigentlichen Teilzeitarbeit ist ein fester Stundenplan im Voraus vereinbart, der nicht einseitig abgeändert werden darf. Bei der uneigentlichen Teilzeitarbeit fehlt ein fester Stundenplan, d.h. der Einsatz des Arbeitnehmers erfolgt nicht periodisch, sondern auf einseitigen Abruf durch den Arbeitgeber oder im Einverständnis beider Vertragsparteien. Die Arbeitseinsätze müssen nicht in regelmässigen Abständen, aber öfters vorkommen. Sie brauchen auch nicht immer gleich lang zu sein. Entscheidend ist, dass ein einziges fortgesetztes, d.h. auf Dauer angelegtes Arbeitsverhältnis beabsichtigt ist und vorliegt (Wolfgang Portmann, Individualarbeitsrecht, Zürich 2000, Rz. 1335 ff., Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2005, 41 f., Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage, Zürich 1992, N. 19 zu Art. 319 OR, Hans-Peter Egli, Neue Tendenzen bei der Teilzeitarbeit, SJZ 96 [2000], 206 ff.). Eine Ausprägung der (uneigentlichen) Teilzeitarbeit ist die Arbeit auf Abruf. Sie wird im Rahmen eines einheitlichen, andauernden (befristeten oder unbefristeten) Arbeitsverhältnisses geleistet und wird dadurch charakterisiert, dass Zeitpunkt und Dauer der Arbeitseinsätze durch Parteivereinbarung oder einseitig vom Arbeitgeber festgelegt werden. Der Einsatz kann mit einer gewissen Regelmässigkeit oder sporadisch verlangt werden. Da ein einheitliches Vertragsverhältnis vorliegt, sind die gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen einzuhalten und der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Lohn bis zum Ablauf der Kündigungsfrist (Vischer, a.a.O., 45 f., Egli, a.a.O., 208 ff., Giacomo Roncoroni, Arbeit auf Abruf und Gelegenheitsarbeit, AJP 1998, 1411). bb) Von den erwähnten Formen der Teilzeitarbeit zu unterscheiden ist die Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit. Dabei wird für jeden einzelnen Arbeitseinsatz jeweils ein neuer, in der Regel befristeter Arbeitsvertrag von kurzer Dauer abgeschlossen. Der wesentliche Unterschied zur Teilzeitarbeit besteht darin, dass kein einheitlicher Arbeitsvertrag vorliegt. Zweck der Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit ist es, einen vorübergehenden und ausserordentlichen, d.h. nicht im normalen Betriebsablauf begründeten Bedarf an Arbeitskräften zu decken, wie er sich etwa bei Krankheit oder Unfall von Mitarbeitern ergeben kann. Aushilfs- und Gelegenheitsarbeitsverträge sind von vornherein befristet und enden ohne Kündigung, was einerseits bedeutet, dass der Arbeitnehmer in der vertragslosen Zeit nicht abrufbar sein muss und die Beschäftigung ohne weiteres ablehnen kann, andererseits in dieser Zeit auch kein Sozialschutz und kein Anspruch auf Beschäftigung und Lohnzahlung besteht (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 19 zu Art. 319 OR, Egli, a.a.O., 211 f., Roncoroni, a.a.O., 1410 f.). cc) Bei sich wiederholenden Gelegenheitsbeschäftigungen stellt sich die Frage, ob eine Vielzahl kurz dauernder Arbeitsverhältnisse oder ein einheitliches und fortdauerndes Arbeitsverhältnis vorliegt, denn trotz der reduzierten Bindung tendieren selbst Aushilfs- und Gelegenheitsarbeitsverträge dazu, durch längere Dauer zu Teilzeitverträgen zu werden. Ob die Parteien die Arbeitsbedingungen tatsächlich bei jedem neuen Einsatz neu vereinbaren oder ob sich ein Rahmenvertrag im Sinne regelmässiger Bindung herausbildet, was auch stillschweigend geschehen kann, bestimmt sich einerseits nach den getroffenen

Abmachungen und andererseits durch Auslegung des Vertrages (Egli, a.a.O., 212, Roncoroni, a.a.O., 1411, Vischer, a.a.O., 47, JAR 2004, 587 f.). Beabsichtigen die Parteien, eine regelmässige, d.h. einheitliche Bindung einzugehen, spricht dies für Teilzeitarbeit. Je häufiger die Einsätze erfolgen und je näher diese beim vorhergehenden liegen, desto eher ist auf Teilzeitarbeit zu schliessen. Wie erwähnt, ist auch unregelmässiger Arbeitseinsatz im Rahmen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses Teilzeitarbeit. Dies bedeutet, dass wenn ein Arbeitnehmer ca. vier bis fünf Tage unregelmässig über einen Monat verteilt arbeitet, nicht mehr Gelegenheitsarbeit vorliegt. Auf die Bezeichnung des Vertrages durch die Parteien kommt es jedenfalls nicht an. Im Zweifelsfall ist eher von einem Teilzeitarbeitsverhältnis auszugehen, was auch das Verbot von verpönten Kettenarbeitsverträgen gebietet. Von Kettenverträgen spricht man, wenn einzelne befristete Arbeitseinsätze (auch mit Unterbrüchen) aneinander gereiht werden. Dies ist dann missbräuchlich, wenn damit die gesetzlichen Schutzbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmer wie die Kündigungsvorschriften, die Lohnfortzahlungspflicht bei unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers und andere umgangen werden. Erfolgt der Abschluss der Kettenverträge ohne sachlichen Grund, ist ein unbefristetes Arbeitsverhältnis anzunehmen (Vischer, a.a.O., 47, Egli, a.a.O., 212, Roncoroni, a.a.O., 1412, Hans-Ueli Schürer, Arbeitsrecht in der Gerichtspraxis, Band I, Der Arbeitsvertrag, I/3.1, JAR 2004, 588 f.; vgl. auch AbR 2002/03, Nr. 6). 4.a) Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist somit für die Einordnung des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien als Teilzeitarbeit oder Aushilfs- und Gelegenheitsarbeit von vornherein nicht ausschlaggebend, wie die Rekursgegnerin selber, bei der es sich um einen juristischen Laien handelt, das Vertragsverhältnis in der Klageschrift qualifiziert hat, ebenso wenig dass die Arbeitseinsätze der Rekursgegnerin nicht regelmässig erfolgt sind und diese offenbar berechtigt war, einzelne Arbeitseinsätze abzulehnen (zu Letzterem JAR 2004, 589, wobei der Rekurrent auch nicht nachweist, dass und welche Arbeitseinsätze die Rekursgegnerin abgelehnt hätte). b)aa) Die Rekursgegnerin macht geltend, sie habe schon vor der Arbeit für den Beklagten während elf Jahren im Restaurant S. bei den vorherigen Mietern bzw. Wirten gearbeitet und zwar hauptsächlich an Wochenenden und Feiertagen, monatlich durchschnittlich 50 Stunden. Der Rekurrent widersprach dem insofern, als er geltend machte, die Rekursgegnerin habe für die vorherigen Mieter nicht regelmässig gearbeitet und sei auch bei den Mietvorgängern des Rekurrenten lediglich als Serviceaushilfe auf Abruf tätig gewesen. Wie bereits mehrfach ausgeführt, ist es jedoch für die Einordnung eines Arbeitsverhältnisses nicht ausschlaggebend, ob die Arbeit regelmässig geleistet wird. Nicht bestritten hat der Rekurrent dagegen, dass das durchschnittliche Arbeitspensum, welches die Rekursgegnerin bei ihm in den Monaten Dezember 2003 bis Februar 2004 absolviert hat, demjenigen entsprochen hat, welches sie in den vorangehenden elf Jahren im Restaurant S. geleistet hat, bzw. dass die Klägerin bereits vorher während elf Jahren jeweils durchschnittlich 50 Stunden pro Monat gearbeitet hat. Diese unbestrittene Behauptung der Rekursgegnerin lässt sich auch anhand der aufgelegten Akten nachvollziehen, weshalb dies als erwiesen gelten kann. Arbeitet jedoch jemand während elf Jahren monatlich durchschnittlich je 50 Stunden in einem Restaurant im Service (und sei es sechs Jahre für den ersten und fünf Jahre für den nachfolgenden Arbeitgeber), so lässt dies klarerweise keinen anderen Schluss zu, als dass es sich dabei um ein einheitliches, fortgesetztes (uneigentliches) Teilzeitarbeitsverhältnis gehandelt haben muss. Dass eine Aneinanderreihung von einzelnen Kettenarbeitsverträgen über einen Zeitraum von elf (sechs und fünf) Jahren missbräuchlich wäre und durch keine sachlichen Gründe

gerechtfertigt werden könnte, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Es ist daher davon auszugehen, dass die Rekursgegnerin bei den Vorgängern des Rekurrenten während elf Jahren in einem unbefristeten und einheitlichen Teilzeitarbeitsverhältnis in einem Pensum von jeweils ca. 50 Stunden pro Monat gearbeitet hat. bb) Gemäss Art. 333 Abs. 1 OR geht bei Übernahme eines Betriebs das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Für die Anwendbarkeit von Art. 333 OR ist erforderlich und hinreichend, dass der Betriebszweck, die Organisation und der individuelle Charakter des Betriebs im Wesentlichen gewahrt bleibt. Von entscheidender Bedeutung ist dabei, ob dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit vom neuen Inhaber tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird. Eine Rechtsbeziehung zwischen dem ursprünglichen und dem neuen Arbeitgeber ist nicht erforderlich. Art. 333 Abs. 1 OR bezweckt im Interesse der Arbeitnehmer eine "Besitzstandswahrung". Die im Zeitpunkt der Übertragung des Betriebes bestehenden Arbeitsverhältnisse gehen von Gesetzes wegen auf den Erwerber über, selbst wenn dies gegen dessen Willen geschehen sollte (BGE 129 III 335 E. 2.1, E. 5.1, 127 V 187 E. 4c, 4d, 123 III 466 E. 3a, 3b). Die Rekursgegnerin arbeitete unumstritten für die Vorgänger des Rekurrenten, welche unter der Einzelfirma "Bergrestaurant S., X." vom 11. Dezember 1998 bis 17. Dezember 2003 im Handelsregister des Kantons Obwalden eingetragen waren. Wie erwähnt, ist seit dem 13. Oktober 2003 der Rekurrent unter der Einzelfirma "Bergrestaurant S., Y." im Handelsregister des Kantons Obwalden eingetragen. Der Betrieb des Bergrestaurants S. wurde somit im November 2003 von X. auf den Rekurrenten übertragen. Es ist evident, dass mit dem Restaurantbetrieb die gleiche Geschäftstätigkeit weitergeführt wurde (vgl. dazu auch BGE 123 III 466). Keine Rolle spielt dabei, ob das Bergrestaurant allenfalls vom 8. bis 28. November 2003 geschlossen war, wie der Rekurrent behauptet, denn nach der zitierten Rechtsprechung reicht die Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit, die vorliegend auch innert kurzer Frist erfolgte, aus. Inwiefern unter diesen Umständen dennoch kein Betriebsübergang stattgefunden haben sollte, wie dies der Rekurrent geltend macht, ist nicht nachvollziehbar. cc) Folge des Betriebsübergangs im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR ist, dass das zwischen der Rekursgegnerin und X. bestehende Teilzeitarbeitsverhältnis automatisch und mit allen Rechten und Pflichten auf den Rekurrenten übergegangen ist, selbst wenn dieser dies gar nicht beabsichtigt hätte oder sogar ausdrücklich abgelehnt hätte. Der Rekurrent war schon aus diesem Grund verpflichtet, der Rekursgegnerin im Rahmen und Umfang des bisherigen Arbeitsverhältnisses Arbeit zuzuweisen. Eine ausdrückliche oder stillschweigende Änderung der bisherigen Arbeitsbedingungen - abgesehen vom gegenüber bisher um einen Franken auf Fr. 23.-- pro Std. erhöhten Lohn - wird von keiner Partei behauptet und ergibt sich auch nicht aus den Akten. Die Rekursgegnerin arbeitete vielmehr auch in den Monaten Dezember 2003 bis Februar 2004 durchschnittlich knapp 50 Stunden pro Monat. Wenn der Rekurrent also die Rekursgegnerin nicht mehr weiterbeschäftigen wollte, so hatte er ihr unter Einhaltung der entsprechenden Kündigungsfristen zu kündigen. Anzuführen ist noch, dass die Rekursgegnerin aufgrund der Umstände ihrer Weiterbeschäftigung auch nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen durfte, im selben Umfang weiterarbeiten zu können wie bisher. c) Selbst wenn die Einordnung des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien isoliert und unter Ausblendung des Betriebsübergangs zu beurteilen wäre, würde dies zu keinem anderen Ergebnis führen. Die Rekursgegnerin hat unumstritten während drei Monaten durchschnittlich knapp 50 Stunden pro Monat für den Rekurrenten gearbeitet, was knapp einem 30 %-Pensum entspricht. Auf Seiten der Rekursgegnerin ist aufgrund dieser

langjährig ausgeübten Teilzeitarbeit davon auszugehen, dass sie ihre Arbeit im Restaurant S. im bisherigen Umfang weiterführen wollte. Über eine Änderung des Arbeitsumfangs wurde offenbar nicht gesprochen. Dass sie sich gegenüber dem Rekurrenten in Bezug auf die Arbeitseinsätze nunmehr eine Abschlussfreiheit hätte ausbedingen wollen, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Den Lohnabrechnungen lassen sich auch keine längeren Unterbrüche zwischen den einzelnen Arbeitseinsätzen und keine grösseren Schwankungen des Umfangs einzelner Einsätze entnehmen. Nicht nachgewiesen ist auch, dass die Rekursgegnerin einzelne bzw. mehrere Arbeitseinsätze abgelehnt hätte. Die Rekursgegnerin absolvierte allein in der Zeit vom Dezember 2003 bis März 2004 26 Arbeitseinsätze, nämlich an sechs Arbeitstagen im Dezember 2003, neun Arbeitstagen im Januar 2004, 10 Arbeitstagen im Februar 2004 und einem Arbeitstag im März 2004. Wie bereits erwähnt, gilt es nicht mehr als Gelegenheitsarbeit, wenn ein Arbeitnehmer ca. vier bis fünf Tage unregelmässig über einen Monat verteilt arbeitet. Bereits aus diesem Grund ist von einem Teilzeitarbeitsverhältnis auszugehen. Sodann stellte sich die Frage, ob eine derartige Aneinanderreihung von Kettenarbeitsverträgen überhaupt zulässig wäre. Der für das Vorliegen von befristeten Arbeitsverhältnissen beweisbelastete Rekurrent vermag keine plausiblen sachlichen Gründe darzutun, weshalb die von ihm geltend gemachte Aneinanderreihung von einzelnen Arbeitsvertragsverhältnissen zulässig gewesen sein sollte. Allein schon der Zweck des Aushilfs- und Gelegenheitsarbeitsvertrags (nämlich die Deckung ausserordentlicher und vorübergehender Bedürfnisse des Betriebs) spricht im vorliegenden Fall gegen deren Zulässigkeit, was umso mehr gilt, wenn es zutreffen sollte, dass die Rekursgegnerin zu jener Zeit die einzige Serviceangestellte des Rekurrenten gewesen wäre. Dies käme einer unzulässigen Überwälzung des Betriebsrisikos auf die Rekursgegnerin gleich (vgl. auch Pra 90 [2001] 199 E. 2c). Lässt sich aber die Aneinanderreihung mehrerer befristeter Arbeitsverträge nicht rechtfertigen, so ist ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit allen Konsequenzen anzunehmen. d) Die Vorinstanz hat unter diesen Umständen das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zu Recht als (uneigentlichen) Teilzeitarbeitsvertrag im Sinne eines einheitlichen, fortdauernden Vertragsverhältnisses eingeordnet. In diesem Punkt ist der Rekurs unbegründet. 5.a) Auch bei der uneigentlichen Teilzeitarbeit (Arbeit auf Abruf) ist die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten. Eine plötzliche massive Verminderung des monatlichen Arbeitspensums oder gar ein gänzlicher Verzicht auf die Arbeitseinsätze des Arbeitnehmers kann nicht ohne Einhaltung der Kündigungsfrist mit dem damit verbundenen Schutz für den Arbeitnehmer erfolgen und der Arbeitnehmer kann nicht gültig zur Übernahme des Betriebsrisikos verpflichtet werden. Lehnt der Arbeitgeber, der nach Art. 324 Abs. 1 OR das Betriebsrisiko zu tragen hat, die Leistung des Arbeitnehmers, der sie gehörig anbietet, aus wirtschaftlichen Gründen ab, gerät er in Annahmeverzug und bleibt zur Lohnzahlung verpflichtet. Das Gesetz sieht bei der Anwendbarkeit von Art. 324 Abs. 1 OR keinerlei Ausnahme für die uneigentliche Teilzeitarbeit vor. Der Arbeitnehmer hat daher Anspruch auf seinen Lohn bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Dieser Lohn wird berechnet gestützt auf der Grundlage eines Durchschnittlohnes für eine Zeitspanne, die auf eine "angemessene Weise" zu bestimmen ist (BGE 125 III 65 E. 4 und 5, 124 III 346 E. 2a, JAR 2004, 589). b) Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass für die Berechnung der Kündigungsfrist im vorliegenden Fall aufgrund des Betriebsübergangs im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR von einem mehr als fünf Jahre dauernden Arbeitsverhältnis auszugehen ist. Da gemäss Art. 1 Abs. 3 L-GAV 98 für Teilzeitmitarbeiter die gleichen Kündigungsfristen gelten wie für Vollzeitmitarbeiter, betrug die Kündigungsfrist konkret zwei Monate (Art. 6 Abs. 1 L-GAV

98). Die vom Rekurrenten mit Schreiben vom 27. Mai auf den 30. Juni 2004 vorsorglich ausgesprochene Kündigung konnte somit ihre Wirkung erst auf den 31. Juli 2004 entfalten. Dass das Arbeitsverhältnis vor Ablauf dieser Frist anderweitig beendet worden wäre, sei es durch eine fristlose Entlassung oder durch formlose Auflösung mittels Aufhebungsvertrag, macht der beweisbelastete Rekurrent nicht geltend. c) Der Rekurrent wendet in der Rekurschrift sinngemäss ein, der Arbeitgeberverzug sei nicht eingetreten und die Rekursgegnerin habe daher auch keinen Lohnanspruch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, da sie ihm ihre Arbeitskraft nach dem 14. März 2004 nie angeboten habe. Sie habe ihm lediglich Mitte April 2004 anlässlich eines Telefongesprächs erklärt, sie habe Anspruch auf Lohn. Dieses Vorbringen ist unbehelflich. Nachdem der Rekurrent an der Gerichtsverhandlung erklärt hat, er habe die Rekursgegnerin nicht mehr beschäftigt, weil das Geschäft schlecht gelaufen sei und er zudem durchblicken liess, dass auch ein von ihm angeblich bemerkter "Kassenbetrug" mit ein Grund war, die Rekursgegnerin nicht mehr zur Arbeit aufzubieten, lässt sich schliessen, dass er diese auch dann nicht mehr aufgeboten hätte, wenn sie ihre Arbeit angeboten hätte. Unter diesen Umständen verdient das Bestehen auf einem Arbeitsangebot der Rekursgegnerin als widersprüchliches Verhalten des Rekurrenten keinen Rechtsschutz. Im Übrigen aber hat die Vorinstanz zutreffend festgestellt, dass die Rekursgegnerin ihre Arbeit rechtsgenügend angeboten hat. Am 14. März 2004 wurde die Rekursgegnerin vom Rekurrenten letztmals telefonisch zur Arbeit aufgeboten. Gegen Ende März 2004 hat die Rekursgegnerin den Rekurrenten angerufen. Sie macht geltend, sie habe dabei eine Gelegenheit zum Arbeiten verlangt, das sei ihr Recht. Der Rekurrent habe gelacht und gesagt, sie hätte kein Recht auf Arbeit. Der Rekurrent dagegen bringt vor, die Rekursgegnerin habe ihn gefragt, was los sei, sie habe Anspruch auf Lohn. Auch wenn bezüglich der Aussage der Rekursgegnerin der Version des Rekurrenten zu folgen wäre, könnte daraus nach Treu und Glauben nichts Anderes geschlossen werden, als dass diese ihre Arbeit anbot. Mit der Frage "was los sei" ist zweifellos gemeint, weshalb sie nicht mehr zur Arbeit aufgeboten worden sei und die Forderung, sie wolle Lohn, beinhaltet selbstredend auch die Forderung nach Arbeit, denn ohne Arbeitseinsätze gab es keinen Lohn. Das Arbeitsangebot der Rekursgegnerin erfolgte auch rechtzeitig, wurde sie doch normalerweise vom Rekurrenten telefonisch aufgeboten und sind auch schon vorher arbeitsfreie Zeiten von zwei Wochen vorgekommen. Die Rekursgegnerin arbeitete überdies häufig an Sonntagen und auch der 14. März war ein Sonntag. Nachdem sie am Wochenende vom 20. bzw. 21. März 2004 nicht aufgeboten war, erfolgte ihr Arbeitsangebot am 27. März, d.h. am übernächsten Wochenende nach dem letzten Arbeitseinsatz, innert nützlicher Frist. d) Da somit sämtliche Voraussetzungen des Arbeitgeberverzugs im Sinne von Art. 324 Abs. 1 OR gegeben sind, hatte die Rekursgegnerin grundsätzlich Anspruch auf Lohn bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Ende Juli 2004. Weil sie aber nur Lohn bis Ende Juni 2004 im Betrag von insgesamt Fr. 4'000.-- eingeklagt hat, durfte der Kantonsgerichtspräsident aufgrund der Dispositionsmaxime (Art. 194 Abs. 1 ZPO) nicht über diesen Antrag hinausgehen. Der Kantonsgerichtspräsident ist sodann bei der Berechnung des Lohnanspruchs für die Zeit vom März 2004 bis und mit Juni 2004 zu Recht von einem Durchschnittspensum von 50 Stunden pro Monat ausgegangen, was einem durchschnittlichen Monatslohn von Fr. 1'175.-- netto entspricht, bzw. für vier volle Monate Fr. 4'700.--. Nach Abzug des ausbezahlten Märzlohns von Fr. 115.80 ergäbe dies einen Betrag von Fr. 4'584.20. Nachdem die Rekursgegnerin wie erwähnt im vorliegenden Verfahren ihre Klageanträge nicht mehr anpassen kann, bleibt es dabei, dass ihre Klage nur im Umfang der ursprünglich gestellten Anträge, d.h. im Betrag von Fr. 4'000.--

gutzuheissen ist. ... 6. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Rekurs vollumfänglich abzuweisen und der Entscheid des Kantonsgerichtspräsidenten II vom 9. September 2004 zu bestätigen ist. 7.a) Das Gerichtsverfahren bei arbeitsvertraglichen Streitigkeiten ist bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.-- kostenlos (Art. 219 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 343 Abs. 3 OR). Da den Parteien weder im vorinstanzlichen noch im Rekursverfahren mutwillige Prozessführung vorgeworfen werden kann, gehen die Verfahrenskosten vor beiden Instanzen zulasten des Staates. b) Bei arbeitsvertragsrechtlichen Streitigkeiten werden grundsätzlich keine Parteientschädigungen ausgerichtet (Art. 219 Abs. 2 ZPO), es sei denn, es liege ein begründeter Ausnahmefall vor, in welchem das Absehen von einer Parteientschädigung sich als stossend erweise (AbR 2002/03, Nr. 14 E. 4). Dem Rekurrenten kann schon aufgrund seines Unterliegens im vorinstanzlichen wie im Rekursverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen werden (Art. 93 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 275 Abs. 2 ZPO). Die Rekursgegnerin hat keine Parteientschädigung beantragt. Dies schadet jedoch nicht, ist darüber doch auch bei Fehlen eines entsprechenden Antrags von Amtes wegen zu entscheiden (AbR 2000/01 Nr. 17). Da indes kein begründeter Ausnahmefall im Sinne von Art. 219 Abs. 2 ZPO vorliegt, ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen. de| fr | it Schlagworte teilzeitarbeit lohn arbeitnehmer monat vorinstanz kündigungsfrist arbeit umstände arbeitsvertrag durchschnitt arbeitgeber frage lohnanspruch dauer klageänderung Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund OR: Art.319 Art.324 Art.333 Art.343 ZPO: Art.93 Art.133 Art.194 Art.219 Art.274 Art.275 LGVE 1986 I Nr.26 SJZ 9 S.6 Leitentscheide BGE 124-III-346 125-III-78 S.80 127-V-183 S.187 123-III-466 125-III-65 122-III-20 S.25 129-III-335 AbR 2000/01 Nr. 17 2004/05 Nr. 5 2002/03 Nr. 6 2002/03 Nr. 14

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