

# ZH\_OBERGERICHT LA200037 vom 12. Mai 2021

ZH Obergericht, 2021-05-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA200037](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA200037)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA200037 du 12 mai 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT LA200037 del 12 maggio 2021

## Erwägungen

### E. 1

Bei der Beklagten, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten (fortan Beklagte) handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt zur Hauptsache die Vermietung von ... sowie das Erbringen von Chauffeur-Dienstleistungen. Der Kläger, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungskläger (fortan Kläger) arbeitete seit dem 20. Januar 2014 als Chauffeur festem Teilzeitverhältnis bei der Beklagten. Im schriftlichen Arbeitsvertrag wurde festgehalten, dass sich die Arbeitszeit nach den Weisungen der Arbeitgeberin richtet (Urk. 5/4). Nachdem es im Januar 2019 beim Einsatz des Klägers am WEF zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien gekommen war, konfrontierte der Kläger C.\_\_\_\_\_ (Verwaltungsratsmitglied der Beklagten) am 5. April 2019 mündlich und zusätzlich mit Schreiben vom 1. Juli 2019 (Urk. 18/5) mit umfassenden Forderungen, welche ihm seiner Ansicht nach aus dem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zustanden (Prot. I S. 5 f.). Mit Schreiben vom 23. August 2019 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis per 31. Oktober 2019 mit der Begründung, dass er seit der Geltendmachung seiner berechtigten Ansprüche fast keine Arbeit mehr von der Beklagten erhalten habe (Urk. 5/5).

- 6 -

### E. 1.1

Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, angesichts der Häufigkeit der Arbeitseinsätze während der Dauer von mehr als fünf Jahren und der Tatsache, dass es zwischen den Einsätzen nie einen eigentlichen Unterbruch gegeben habe, habe es sich beim Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht um Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit, sondern um ein andauerndes, festes Arbeitsverhältnis und somit um (uneigentliche) Teilzeitarbeit im Sinne von Art. 319 Abs. 2 OR gehandelt (Urk. 36 S. 10 ff.). Das Arbeitspensum und die Arbeitszeiten des Klägers seien je nach Arbeitsanfall durch Abruf von Seiten der Beklagten festgelegt worden. Da jedoch weder der schriftliche Arbeitsvertrag eine Befolgungspflicht vorsehe (Urk. 5/4), noch eine solche aus den eingereichten SMS-Konversationen hervorgehe (Urk. 21/4), liege Arbeit auf Abruf ohne Befolgungspflicht (auch unechte Arbeit auf Abruf genannt) vor. Das Ablehnungsrecht des Klägers ändere indes nichts daran, dass zwischen den Parteien ein fortdauerndes Teilzeitarbeitsverhältnis im Sinne von Art. 319 Abs. 2 OR bestanden habe. Ferner erwog sie, Arbeit auf Abruf sei nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig, allerdings seien die zwingenden gesetzlichen Normen – so insbesondere auch die zwingenden Kündigungsfristen gemäss Art. 335c OR – auch bei dieser Arbeitsform zu beachten (vgl. Art. 361 und 362 OR). Der Arbeitnehmer habe deshalb einen Anspruch darauf, dass ihm während der Kündigungsfrist die übliche Arbeit zugewiesen werde und, wenn er die Arbeit gehörig anbiete, einen Anspruch auf Lohnzahlung (BGE 125 III 65). Der Kläger

behaupte, er habe von der Beklagten weniger Arbeit bekommen, nachdem er sie am 5. April 2019 mit umfassenden Forderungen konfrontiert habe. In gleicher Weise, wie es das Bundesgericht als nicht zulässig erachte, dass ein Arbeitgeber dem Arbeitnehmer durch die drastische Reduktion

- 10 - der Arbeitseinsätze faktisch die Kündigungsfrist i.S.v. Art. 335c ff. OR entziehe oder das gemäss Art. 324 Abs. 1 OR eigentlich vom Arbeitgeber zu tragende Geschäftsrisiko auf den Arbeitnehmer abwälze, könne es auch nicht angehen, dass ein Arbeitgeber durch dieselbe Vorgehensweise den sachlichen Kündigungsschutz i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR umgehen könne, indem er dem Arbeitnehmer zwar nicht kündige, dessen Einsätze jedoch derart reduziere, dass sich der Arbeitnehmer mangels ausreichendem Verdienst selbst zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses gezwungen sehe. Eine solche Vorgehensweise wäre als treuwidrige Umgehung des zwingenden sachlichen Kündigungsschutzes zu qualifizieren (Urk. 36 S. 12 f.).

## **E. 1.2**

Die rechtliche Einordnung des Arbeitsverhältnisses als unechte Arbeit auf Abruf beanstandet die Beklagte nicht, doch macht sie im Wesentlichen geltend, ein Lohnfortzahlungsanspruch infolge ungenügenden Abrufs falle bei unechter Arbeit auf Abruf ausser Betracht. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass sich das Arbeitsverhältnis vom einzelnen Abrufvertrag in ein Dauerschuldverhältnis umgewandelt habe – das Grundprinzip, das Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers, bleibe das Gleiche. Die Vorinstanz habe ihrem Urteil die Rechtsprechung und Lehre zur echten Arbeit auf Abruf zugrunde gelegt, welche jedoch bei Vorliegen unechter Arbeit auf Abruf nicht massgeblich sei. Damit habe sie das Recht falsch angewandt (Urk. 35 S. 6 ff.). 1.3.1. Bei der sogenannten echten Arbeit auf Abruf behält sich der Arbeitgeber vertraglich das Recht vor, die Arbeitskraft des Arbeitnehmers je nach Arbeitsanfall in Anspruch zu nehmen, wobei den Arbeitnehmer eine Einsatzpflicht nach Weisung des Arbeitgebers trifft. Unechte Arbeit auf Abruf liegt dagegen vor, wenn den Arbeitnehmer keine Einsatzpflicht trifft und ihm freisteht, das wechselnde Arbeitsangebot des Arbeitgebers anzunehmen (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321 N 19; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362, Zürich 2012, Art. 319 N 18). In letzterem Fall liegt den einzelnen Einsätzen häufig ein Rahmenvertrag zugrunde. Ein solcher Rahmenvertrag regelt zwar die Arbeitsbedingungen einheitlich, stellt jedoch selbst noch keinen Arbeitsvertrag dar, da sich der Arbeitnehmer darin nicht zur Leistung von Arbeit verpflichtet (BGer

- 11 - 4A\_334/2017 vom 4. Oktober 2017, E. 2.2; BGer 4A\_509/2009 vom 7. Januar 2010, E. 2.3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 18). 1.3.2. Ein Teil der Lehre – insofern ist der Beklagten beizupflichten – vertritt die Auffassung, dass die vom Bundesgericht im Zusammenhang mit echter Arbeit auf Abruf aufgestellte Argumentation, wonach infolge des zwingenden Charakters von Art. 335c OR während der Kündigungsfrist mindestens das durchschnittliche Arbeitsaufkommen zuzuweisen sei, auf die unechte Abrufarbeit nicht übertragbar sei (BSK OR-Portmann/Rudolph, Art. 321 N 19; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 OR N 18). Dies mit der Begründung, dass dadurch ein nicht zu rechtfertigendes Ungleichgewicht entstünde, indem der Arbeitgeber Arbeit zuweisen, der Arbeitnehmer jedoch nicht arbeiten müsse. Insbesondere stelle aber der unechte Abrufvertrag vor der konkreten Einsatzvereinbarung noch keinen Arbeitsvertrag dar, da sich der Arbeitnehmer nicht zur Leistung von Arbeit verpflichtet habe (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 OR N 18). Einhergehend mit einer anderen Lehrmeinung

ist jedoch davon auszugehen, dass unabhängig vom Vorliegen einer Befolgungspflicht nach einer gewissen Dauer des Arbeitsverhältnisses und einer gewissen Regelmässigkeit der Einsätze von einem vertraglichen Grundpensum ausgegangen werden muss und eine massive Reduktion der Ab- rufhäufigkeit aufgrund des Vertrauensschutzes nur unter Einhaltung der Kündi- gungsfrist zulässig ist (Brugger, Die Arbeitsverhinderung bei Teilzeiterwerbstäti- gen und Mehrfachbeschäftigten, Diss. 2017, N 187; Roncoroni, Arbeit auf Abruf und Gelegenheitsarbeit, in: AJP 1998, 1410 ff., 1413; Hans-Peter Egli, Neue Tendenzen bei der Teilzeitarbeit, SJZ 96 [2000], 205 ff., S. 209 unter Berufung auf AGer ZH in JAR 1986 S. 68; OGer ZH LA200009 vom 29. Oktober 2020, E. III. 2.4.3; OGer ZH LA020029 vom 10. Juni 2003, E. 2d, in JAR 2004 S. 587 ff., S. 590)). Dieser Auffassung steht entgegen der Ansicht der Beklagten (vgl. Urk. 35 Rz. 16) auch die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht entgegen: Dem von der Beklagten zitierten Entscheid BGer 4A\_509/2009 lag der Sachver- halt zugrunde, dass eine Teilzeitlehrerin die ihrerseits bereits abgegebene Offerte relativ kurzfristig vor Semesterbeginn auf wenige Stunden reduzierte. Das Bun- desgericht kam zum Schluss, dass die Arbeitnehmerin, die für sich in Anspruch genommen habe, ihre Einsatzwünsche beliebig ändern zu können, nicht habe er-

- 12 - warten dürfen, dass die Arbeitgeberin diese Wünsche ohne Weiteres zu berücksichtigen habe. Die Ablehnung eines sich im bisherigen Rahmen haltenden Ein- satzangebots der Arbeitnehmerin liege nicht vor. Deshalb sei die Arbeitgeberin nicht in Annahmeverzug geraten, indem sie für das Schuljahr 2008/2009 wegen der stark reduzierten Verfügbarkeit der Beschwerdeführerin auf deren Einsatz verzichtet habe (BGer 4A\_509/2009 vom 7. Januar 2010, E. 2.3). Daraus lässt sich nicht ableiten, dass eine Lohnfortzahlungspflicht bei einem unechten Vertrag auf Abruf generell ausser Betracht fällt. Vielmehr liegt diesem Ergebnis die Über- legung zugrunde, dass die Parteien nach Treu und Glauben über die Zeit davon ausgehen durften, dass sich das Einsatzangebot in einem bestimmten Rahmen bewegen werde, weshalb sich in diesem Fall der Arbeitgeber eine abrupte Reduk- tion der angebotenen Stunden seitens der Arbeitnehmerin nicht gefallen lassen musste.

#### **E. 1.4**

Vorliegend war der Kläger gemäss unbestritten gebliebener vorinstanzlicher Feststellung in den Jahren 2014 bis 2018 im Durchschnitt ca. 125 bis 170 Stun- den pro Monat für die Beklagte tätig, was auf die Woche gerechnet einer Arbeits- tätigkeit von ca. 28 bis 39 Stunden entspricht (Urk. 36 S. 10 f.). Aus der einge- reichten SMS-Konversation zwischen dem Kläger und C.\_\_\_\_\_ geht hervor, dass der Kläger von rund 20 über diesen Kanal angebotenen Aufträgen lediglich einen Auftrag am 29. Dezember 2018 ablehnte (vgl. Urk. 21/4). Ebenfalls ersichtlich ist, dass der Kläger immer relativ kurzfristig – häufig erst am Vorabend für den nächs- ten Tag – für einen Einsatz angefragt wurde und dennoch verfügbar war. Auf- grund dessen konnte die Beklagte nach Ablauf einer gewissen Zeit darauf ver- trauen, dass der Kläger sich grundsätzlich für allfällige Aufträge der Beklagten be- reit hielt. Daran ändert auch nichts, dass der Kläger – wie jedenfalls die Beklagte behauptet – jeweils am Montagabend wegen eines Tanzkurses und oft am Wo- chenende wegen privater Aktivitäten frei haben wollte (Urk. 35 Rz. 26 und 29; Urk. 19 S. 5; vgl. auch Urk. 21/5), zumal dies ebenfalls auf eine Regelmässigkeit und damit Planbarkeit für die Beklagte schliessen lässt. Insgesamt betrachtet er- scheint es bei vorliegender Konstellation verfehlt, von einem Ungleichgewicht der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen auszugehen. Vielmehr hat sich über die Zeit ein Arbeitsverhältnis entwickelt, bei welchem

die Beklagte damit rechnen

- 13 - konnte, dass der Kläger Einsatzangebote regelmässig annahm, währenddem der Kläger aufgrund der über mehrere Jahre anhaltenden konstanten Abrufhäufigkeit darauf vertrauen durfte, dass sein Pensum nicht ohne Vorwarnung bzw. Möglichkeit, sich bei vorerst gesichertem Einkommen eine neue Stelle zu suchen, erheblich reduziert würde.

## **E. 2**

Mit Eingabe vom 18. November 2019 (Darum Poststempel: 19. November 2019) reichte der Kläger unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichtersamts D.\_\_\_\_\_ vom 30. Oktober 2019 bei der Vorinstanz die vorliegende arbeitsrechtliche Klage mit den eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren ein (Urk. 1 und 2). Der weitere Prozessverlauf kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 36 S. 3). Am 17. September 2020 erliess die Vorinstanz das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil (Urk. 36 S. 50 f.).

### **E. 2.1**

Mit Blick auf die Pensumsreduktion erwog die Vorinstanz, Rückgänge der Einsätze, welche auf den Verlust des Führerscheins B1 für das Führen eines Busses mit 16 Fahrplätzen im September 2018 zurückzuführen seien, habe der Kläger selber zu vertreten, da er sich geweigert habe, an zwei erforderlichen Weiterbildungskursen teilzunehmen. Beide Parteien hätten in guten Treuen davon ausgehen müssen, dass das Pensum des Klägers nach dem Verlust des Führerscheins um diesen Teil einbrechen würde. In dieser Hinsicht handle es sich weder um eine abrupte oder plötzliche Pensumsreduktion, noch sei der Rückgang der Abrufe in Folge einer Abwälzung des Geschäftsrisikos auf den Kläger oder in Umgehung von Kündigungsvorschriften erfolgt. Das Pensum ab April 2019 sei demnach entgegen der Ansicht des Klägers nicht mit dem durchschnittlichen Pensum des gesamten bisherigen Arbeitsverhältnisses (Jahre 2014 bis 2018), sondern mit dem Pensum von Oktober 2018 bis März 2019 zu vergleichen, als die Busaufträge bereits weggefallen seien. Dieser Vergleich ergebe, dass die geleisteten Stunden in den Monaten April 2019 (30 Stunden mit vierwöchiger unfallbedingter Abwesenheit), Mai 2019 (91 Stunden) sowie Juni 2019 (55 Stunden) sich noch im Rahmen des Üblichen bewegt hätten. Indes sei der Kläger im Juli und August 2019 nur während 16.75 bzw. 12.5 Stunden eingesetzt worden (Urk. 5/1 S. 2). Dies stelle eine drastische und abrupte Pensumsreduktion dar, welche sich mit den von der Beklagten vorgebrachten Gründen nicht erklären lasse. Der Busführerschein des Klägers sei unbestrittenermassen bereits im September 2018 abgelaufen, was auch zu einer gewissen und vorliegend bereits als zulässig berücksichtigten Pensumsreduktion geführt habe. Für die erneute, deutliche Pensumsreduktion könne der abgelaufene Führerschein damit nicht verantwortlich gemacht werden. Die Beklagte mache weiter geltend, der Kläger habe ihm angebotene Aufträge abgelehnt, bringe jedoch keine konkreten, in die betreffende Zeitspanne (ab April 2019) fallenden Aufträge vor, welche der Kläger abgelehnt

- 14 - hätte. Auch den zu dieser Behauptung eingereichten Unterlagen lasse sich nicht entnehmen, dass der Kläger in der vorstehend interessierenden Zeitspanne einen Auftrag abgelehnt hätte (Urk. 21/4). Weiter erkläre die Beklagte, der Kläger habe verschiedene Kunden mit seinem Verhalten vergrault. Auch diesbezüglich habe sie keine spezifischen Kunden genannt oder substantiiert ausgeführt, wann und für welche Einsätze diese Kunden einen anderen Fahrer als den Kläger verlangt hätten bzw. welche Aufträge dieser Kunden der Kläger wann hätte übernehmen können, hätte er sie nicht vergrault. Den von der

Beklagten zu dieser Behauptung eingereichten Unterlagen lasse sich sodann entnehmen, dass drei der sechs aufgeführten Reklamationen in den Jahren 2016 bzw. 2017 und somit lange vor dem Pensumseinbruch ab Juli 2019 erfolgt seien. Weitere der zwei schriftlich belegten Reklamationen seien im Januar 2020 sowie im Oktober 2019 erfolgt und könnten somit für den genannten Pensumseinbruch im Juli 2019 ebenfalls nicht kausal sein. Da die Pensumsreduktion in einem klaren zeitlichen Zusammenhang mit den am 5. April 2019 mündlich bzw. am 1. Juli 2019 schriftlich geltend gemachten Forderungen durch den Kläger stehe, stelle sie eine Umgehung der Kündigungsschutzvorschriften im Sinne von Art. 336 OR dar. Der Kläger müsse diese Pensumsreduktion nicht hinnehmen und habe entsprechend für die Monate Juli und August 2019 einen Lohnanspruch, der aufgrund des Durchschnitts des Lohnes während einer angemessenen Zeitspanne zu bemessen sei (Urk. 36 S. 15 ff.).

### **E. 2.2**

Die Beklagte bestreitet grundsätzlich nicht, dass eine erhebliche Reduktion des Pensums in den Monaten Juli und August 2019 erfolgt ist. Indes macht sie (wie schon vor Vorinstanz) geltend, die Pensumsreduktion stehe nicht im Zusammenhang mit den vom Kläger geltend gemachten umfangreichen Forderungen, sondern sei auf das Verhalten des Klägers selber zurückzuführen. Die Vorinstanz habe die verschiedenen vorgebrachten Faktoren – abgelehnte Aufträge, unprofessionelles Verhalten, Verlust des Führerscheins für das Fahren von Mini-Bussen –, welche zur Pensumsreduktion geführt hätten, nicht berücksichtigt bzw. zu Unrecht deren Kausalität verneint. Ferner habe die Vorinstanz die verstärkte richterliche Fragepflicht verletzt, indem sie dem Kläger diverse Fragen gestellt habe, bei der Beklagten jedoch weitgehend darauf verzichtet habe, obwohl auch sie nicht anwaltlich vertreten gewesen sei. Das Prinzip der richterlichen Frage-

- 15 - pflicht greife auch bei juristischen Personen. Bei korrekter Ausübung der richterlichen Fragepflicht hätte sie etwa die durch den Kläger abgelehnten Aufträge betreffend die Monate Juli und August 2019 substantiiert behaupten können. Unzulässig sei auch, dass die Vorinstanz die Ausführungen der Beklagten teilweise als unsubstantiiert erachtet habe, ohne jedoch bereits während der Verhandlung darauf hinzuweisen oder nachzufragen (Urk. 35 S. 10 ff.).

### **E. 2.3**

Ob die Vorinstanz vorliegend die verstärkte richterliche Fragepflicht verletzt hat, kann offenbleiben, da die Beklagte weder hinsichtlich abgelehnter Aufträge noch der Kundenreklamationen eine Nachsubstantiierung vornimmt, welche bei Bejahung einer Verletzung der richterlichen Fragepflicht als Ausnahme von der Regelung in Art. 317 Abs. 1 ZPO (vgl. vorstehend E. II.2.2.) zu beachten wäre und zu einem anderen Ergebnis führen würde. In Bezug auf die abgelehnten Aufträge wiederholt sie hauptsächlich das bereits vor Vorinstanz Vorgetragene. Nach wie vor geht aus ihren Vorbringen aber nicht hervor, dass der Kläger im Juli und August 2019 mehr Aufträge abgelehnt hätte als zuvor. Im Gegenteil führt sie aus, der Kläger habe an gewissen Tagen – namentlich montags, aber auch häufig am Wochenende – Aufträge abgelehnt oder gar keine annehmen wollen. Diese allgemeinen Umstände würden auch für die Monate Juli und August 2019 gelten und seien unter anderem der Grund für die reduzierte Anzahl Stunden (vgl. Urk. 35 Rz. 29). Damit lässt sich aber gerade kein Einbruch des Pensums für die Monate Juli und August 2019 erklären, zumal diese allgemeinen Umstände auf alle Monate zutreffen. Nichts anderes

wird denn auch in den Schreiben des Sekretariats vom 31. Januar 2020 sowie vom 18. Januar 2020 (Urk. 21/5) bestätigt, weshalb auch nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz auf die Einvernahme dieser Sekretariatsmitarbeiterinnen verzichtet hat (vgl. Urk. 35 Rz. 27). Auch den vorinstanzlichen Erwägungen zu den Kundenreklamationen hat die Beklagte nichts Stichhaltiges entgegenzuhalten. Es ist ihr zwar insofern zuzustimmen, dass ältere Reklamationen aus den Jahren 2016, 2017 sowie des Frühjahrs 2019 grundsätzlich auch für künftige Fahraufträge dieser Kunden zu beachten sind (vgl. Urk. 35 Rz. 28), doch legt sie wiederum nicht näher dar, welche konkreten Aufträge dem Kläger in den Monaten Juli und August 2019 gestützt auf bestehende Kundenreklamationen nicht angeboten werden konnten. Sie bringt nicht einmal in

- 16 - genereller Weise vor, dass speziell in diesen beiden Monaten besonders viele Aufträge von Kunden zu vergeben gewesen wären, welche den Kläger nicht als Fahrer wünschten. Damit lassen sich, wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, die erheblich tieferen Stundenzahlen der Monate Juli und August 2019 im Vergleich zu anderen Monaten ebenfalls nicht erklären. Fehl geht auch der Einwand, die Vorinstanz habe unberücksichtigt gelassen, dass der Rückgang der Einsätze zu einem grossen Teil auf den Verlust des Führerscheins B1 des Klägers zurückzuführen sei (vgl. Urk. 35 Rz. 30). Die Vorinstanz hat diesem Umstand insofern Rechnung getragen, als sie das Pensum ab April 2019 mit jenem von Oktober 2018 bis März 2019 verglich, als die Busaufträge bereits weggefallen waren. Einhergehend mit der Vorinstanz kann die erneute, deutliche Pensumsreduktion nicht nochmal mit dem abgelaufenen Führerschein begründet werden, würde diesem Umstand ansonsten doppelt Rechnung getragen. Dass in den Monaten Juli und August 2019 im Vergleich zu den Monaten Oktober 2018 bis März 2019 ausserordentlich viele der zu vergebenden Aufträge Busaufträge gewesen seien, macht die Beklagte jedenfalls nicht geltend. Letztlich hat die Vorinstanz zu Recht einen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Pensumsreduktion im Juli und August 2019 und der Geltendmachung von Forderungen seitens des Klägers bejaht. An dieser Einschätzung ändert entgegen der Auffassung der Beklagten nichts, dass der Kläger mit seinen Forderungen unbestrittenermassen bereits am 5. April 2019 mündlich an das Verwaltungsratsmitglied C. \_\_\_\_\_ getreten war (vgl. Urk. 35 Rz. 30). Die Beklagte reagierte auf das Gespräch vom 5. April 2019 am 6. Mai 2019 mit einer schriftlichen Stellungnahme und Abmahnung des Klägers (Urk. 21/9). Hierauf wiederholte der Kläger seine Forderungen mit Schreiben vom 1. Juli 2019 (Urk. 18/5). Auch wenn in den Monaten April, Mai und Juni 2019 noch kein erheblicher Rückgang der Aufträge festgestellt werden konnte, kann der Pensumseinbruch im Juli und August 2019 angesichts dieses zeitlichen Ablaufs ohne Weiteres als Folge der Unstimmigkeiten in Zusammenhang mit den vom Kläger gestellten Forderungen betrachtet werden.

#### **E. 2.4**

Zusammenfassend erweist sich die Berufung der Beklagten als unbegründet und der Kläger hat bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bzw. vorliegend einer der Kündigungsfrist entsprechenden Übergangsfrist von zwei Monaten einen Lohnan-

- 17 - spruch. Die konkrete Berechnung der Lohndifferenz von Fr. 5'722.30 netto (entsprechend Fr. 6'261.75 brutto) wurde von der Beklagten nicht beanstandet, weshalb es damit sein Bewenden hat. Ob für die darüber hinausgehende Kündigungsfrist, welche erst durch die Kündigung des Klägers vom 23. August 2019 ausgelöst wurde, ebenfalls ein Lohnfortzahlungsanspruch besteht, kann offenbleiben, zumal auf den diesbezüglichen Anschlussberufungsantrag des Klägers, wie nachfolgend zu zeigen sein wird (vgl. E.

III.3.1.2.), nicht einzutreten ist. 3. Anschlussberufung 3.1.1. Der Kläger erhebt Anschlussberufung und beantragt in Antrag Ziffer 2, die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin sei auch für die Kündigungsfrist von zwei Monaten bzw. für September und Oktober 2019 zu bestätigen und die Beklagte zur Zahlung von Fr. 6'024.20 brutto zuzüglich Zins zu verpflichten (Urk. 42 S. 2). Ferner verlangt er einen pro rata Bonusanteil bis Ende Oktober 2019 von Fr. 2'500.– brutto (Antrag Ziffer 3; Urk. 42 S. 2) sowie Fr. 304.– brutto für den 1. August als bezahlten Feiertag (Antrag Ziffer 4, Urk. 42 S. 2). Dabei handelt es sich um eine Klageänderung in der Form einer Klageerweiterung, hatte der Kläger doch im erstinstanzlichen Verfahren seine Forderungen explizit auf die Zeit bis August 2019 beschränkt und ausgeführt, die Forderungen betreffend die anderen zwei Monate bis zum Ende der Kündigungsfrist sowie die Bonusforderung in einem separaten Verfahren geltend zu machen (Prot. I S. 6). 3.1.2. Grundsätzlich können im Rahmen einer im Berufungsverfahren nach Art. 317 Abs. 2 ZPO zulässigen Klageänderung auch vor der Rechtsmittelinstanz weitere, in der Zwischenzeit fällig gewordene Lohnforderungen gestellt werden (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 73). Im Berufungsverfahren ist eine Klageänderung jedoch nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO, also die Voraussetzungen der Klageänderung im erstinstanzlichen Verfahren vor der Hauptverhandlung, erfüllt sind und die Änderung zudem durch neue Tatsachen und Beweismittel veranlasst wird (Art. 317 Abs. 2 ZPO). Führt die Klageänderung dazu, dass der Streitwert im Gegensatz zum ursprünglichen Anspruch auf einen Wert von über Fr. 30'000.– ansteigt, so scheidet eine Klageänderung bereits am fehlenden Erfordernis der gleichen Verfahrensart (Art. 227

- 18 - Abs. 1 ZPO). Bei einer Klageerweiterung ist auf den Gesamtstreitwert abzustellen, wie er sich nach der Erhöhung des Streitwertes ergibt (BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N 38). Der Streitwert im vorinstanzlichen Verfahren betrug Fr. 24'790.– (vgl. Urk. 36 E. XIV.1). Mit den obgenannten Anträgen Ziffer 2-4 macht der Kläger eine Forderung von insgesamt Fr. 8'828.20 brutto geltend, womit die Klage die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.– für die Anwendung des vereinfachten Verfahrens übersteigt. Die Voraussetzungen für eine Klageänderung sind daher nicht gegeben, weshalb auf die Anträge Ziffer 2, 3 und 4 der Anschlussberufung nicht einzutreten ist. 3.2.1. Mit dem Antrag Ziffer 5 richtet sich der Kläger im Sinne einer eigentlichen Anschlussberufung gegen die Abweisung seiner Forderung unter dem Titel Verpflegung, reduziert diese jedoch von Fr. 1'635.– auf Fr. 1'015.– brutto (Antrag Ziffer 5; Urk. 42 S. 2). Vor Vorinstanz stellte sich der Kläger auf den Standpunkt, ihm stehe an Tagen, an welchen er mehr als fünf Stunden gearbeitet habe, eine Verpflegungspauschale von Fr. 35.– bzw. an Tagen, an welchen er mehr als 10 Stunden gearbeitet habe, eine solche von Fr. 55.– zu (vgl. Urk. 5/1, Prot. I S. 12). Die Vorinstanz verwarf diese Ansicht und erwog, der Kläger habe gestützt auf Art. 327a Abs. 1 OR unabhängig von der Arbeitsdauer nur dann einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für die Verpflegung, wenn er ausserhalb von Zürich und somit auswärts tätig gewesen sei. In dieser Hinsicht habe der Kläger erklärt, die seiner Forderung zugrunde liegenden Einsätze hätten auswärts, etwa in St. Moritz oder Bad [Ragaz] stattgefunden. Weiter substantiiert habe er diese Behauptung jedoch nicht, sondern lediglich auf ein mehrere dutzend Seiten langes Dossier von Monatsabrechnungen und Rapporten (Urk. 5/8) verwiesen. Damit habe der Kläger seiner Substantiierungspflicht nicht Genüge getan und es sei – auch im vereinfachten Verfahren – nicht Sache des Gerichts, sämtliche vom Kläger eingereichten Abrechnungen und Rapporte zu durchsuchen, um den Anspruch des Klägers nachzurechnen und herauszufinden, ob und

wann allenfalls der Kläger seine Arbeitsleistung auswärts erbracht und somit einen Anspruch auf eine allfällige Verpflegungspauschale habe (Urk. 36 S. 31 ff.).

- 19 - 3.2.2. Bezugnehmend auf diese vorinstanzlichen Erwägungen reicht der Kläger neu eine Liste mit 29 Aufträgen des Jahres 2019 ausserhalb von Zürich (Urk. 44/16) ein, wobei er weder darlegt, weshalb ihm dies trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor Vorinstanz möglich war, noch geltend macht, die Vorinstanz habe ihre richterliche Fragepflicht verletzt, indem sie ihn nicht auf die mangelhafte Substantiierung hinwies. Selbst wenn diese Nachsubstantiierung sinngemäss als solche Rüge entgegengenommen würde, so kann dennoch offenbleiben, ob in dieser Hinsicht eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht vorliegt, da der Anspruch der Klägers, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, bereits aus einem anderen Grund nicht besteht. 3.2.3. Gemäss Art. 327a Abs. 2 OR muss eine pauschale Entschädigung für die Verpflegung schriftlich vereinbart werden. Dass eine schriftliche Vereinbarung vorliegen würde, macht der Kläger aber nicht geltend und geht auch aus dem Arbeitsvertrag nicht hervor (Urk. 5/4). Der Kläger verweist diesbezüglich lediglich auf einen Auszug aus der Website der Beklagten, in welcher sie gegenüber den potentiellen Kunden deklariert, welche Kosten nicht im Preis inbegriffen sind, wobei unter anderem die Verpflegungskosten des Chauffeurs von Fr. 35.– aufgelistet sind (Urk. 18/3). Auch der Umstand, dass teilweise während des WEF eine Verpflegungspauschale vergütet wurde (vgl. Prot. I S. 23), vermag eine schriftliche Abrede nicht zu ersetzen. Entsprechend hat der Kläger bei einer Tätigkeit an einem auswärtigen Arbeitsort grundsätzlich Anspruch auf Ersatz der effektiven Auslagen. Solche effektiven Auslagen hat der Kläger aber weder behauptet noch Beweise dazu offeriert. Die Parteien sind auch unter der Herrschaft der eingeschränkten Untersuchungsmaxime nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Das Gericht hat den Sachverhalt nicht von sich aus zu erforschen oder nicht vorgetragene Tatsachen nachzugehen (BGE 141 III 569 E. 2.3.1 S. 575 m.w.H.). Es ist denn auch angesichts der in den Arbeitsrapporten aufgeführten Einsatzzeiten keineswegs evident, dass dem Kläger effektive Verpflegungskosten entstanden sind, zumal er sehr häufig in einem Zeitrahmen unterwegs war, bei welchem vor oder nach dem Einsatz eine Verpflegung an seinem Wohn- oder grundsätzlichen Arbeitsort möglich war (so z.B. am 21. Februar

- 20 - 2019 in Zug, am 7. März 2019 und 3. April 2019 in Baar, am 13./14./15. Mai 2019 in Bad Ragaz, am 20./23. Juni 2019 in Altenrhein, am 28. Juni 2019 in Luzern, am 30. Juli 2019 in Freiburg im Breisgau sowie am 16. Mai, vgl. Sammelbeilage Urk. 44/16 [Liste inkl. Rapporte und Abrechnungen]). Entsprechend musste und muss dem Kläger auch nicht die Möglichkeit eingeräumt werden, effektive Auslagen nachträglich zu behaupten und zu belegen. Zurückhaltung ist vorliegend insbesondere auch deshalb geboten, weil auch die Beklagte vor Vorinstanz nicht anwaltlich vertreten war und demnach die verstärkte richterliche Fragepflicht nicht zur Bevorteilung der einen Partei führen darf. Im Ergebnis bleibt es damit bei der vorinstanzlichen Abweisung der Forderung betreffend Verpflegungsvergütung.

### **E. 3**

Dagegen erhob die Beklagte am 19. Oktober 2020 rechtzeitig (vgl. Urk. 32/2) Berufung mit den eingangs zitierten Anträgen (Urk. 35 S. 2). Am 14. Dezember 2020 erstattete der Kläger innert angesetzter Frist die Berufungsantwort und erhob Anschlussberufung (Urk. 42). Die Anschlussberufungsantwort datiert vom 12. Februar 2021 (Urk. 49) und wurde

dem Kläger zur Kenntnis gebracht (Urk. 50). Mit Beschluss vom 19. Februar 2021 wurde das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen (Urk. 50 S. 4). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht.

#### **E. 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.

#### **E. 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 arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 14'718.–.

- 22 - Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 12. Mai 2021 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. M. Kriech MLaw S. Meisel versandt am: Im

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