



Fall-Nr.:	BE.2017.30
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	09.03.2018
Entscheiddatum:	09.03.2018

Entscheid Kantonsgericht, 09.03.2018

Art. 319 OR (SR 220): Abgrenzung echte und unechte Arbeit auf Abruf.Art. 324 Abs. 1 OR (SR 220): Berechnung des Lohnes bei Arbeitgeberverzug und Teilzeitarbeit. Das Abstellen auf einen Durchschnittslohn während einer gewissen Zeitspanne erweist sich nicht immer als zielführend.Art. 107 ZPO (SR 272): Festsetzen der Gerichtskosten nach Ermessen (Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 9. März 2018, BE.2017.30).

Sachverhalt:

A. (Kläger) und die B. AG (Beklagte) schlossen am 1. März 2016 einen Arbeitsvertrag. Das Arbeitsverhältnis begann gleichentags und wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Die Parteien vereinbarten ein Arbeitspensum von ca. 60%, wobei sich die Arbeitszeiten nach den Kundenbedürfnissen und dem Arbeitsanfall richteten. Die Entlohnung erfolgte je nach ausgeführter Tätigkeit nach einer im Arbeitsvertrag enthaltenen Auflistung des Brutto-Stundenlohns. Die Beklagte erstellte für die Arbeitseinsätze ihrer Arbeitnehmenden jeweils für einen Monat gültige Arbeitspläne monatlich im Voraus. In den Monaten März bis Juli 2016 arbeitete der Kläger in sehr unterschiedlichem Ausmass. Nachdem es Ende Juli 2016 zwischen den Parteien zu Unstimmigkeiten über die Arbeitszuteilung an den Kläger gekommen war, kündigte ihm die Beklagte mit E-Mail vom 26. Juli 2016 auf den 31. August 2016 bzw. per 31. Juli 2016 bei Einverständnis des Klägers, wobei dieser nicht einwilligte. Die Beklagte teilte dem Kläger für August 2016 keine Arbeit mehr zu, weshalb der Kläger für diesen Zeitraum nun eine offene Lohnforderung in Höhe von Fr. 4'571.55 geltend macht.

Aus den Erwägungen:

III.



1. Strittig ist zunächst, ob das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien als echte oder als unechte Arbeit auf Abruf zu qualifizieren ist.

a) Die echte wie auch die unechte Arbeit auf Abruf sind Formen der (uneigentlichen) Teilzeitarbeit. Sie unterscheiden sich dadurch, dass den Arbeitnehmer bei der echten Arbeit auf Abruf eine Einsatzpflicht nach Weisung des Arbeitgebers trifft (einseitiger Abruf durch den Arbeitgeber), wohingegen der Arbeitnehmer bei der unechten Arbeit auf Abruf keine Einsatzpflicht hat und ein Einsatz erst aufgrund einer gegenseitigen Vereinbarung zustande kommt. Bei der unechten Arbeit auf Abruf liegt den einzelnen Einsätzen oftmals ein Rahmenvertrag zugrunde. Ein solcher Rahmenvertrag regelt die Arbeitsbedingungen zwar einheitlich, stellt jedoch selbst noch keinen Arbeitsvertrag dar, da sich der Arbeitnehmer darin nicht zur Leistung von Arbeit verpflichtet (vgl. BGer 4A_509/2009 E. 2.3, 4A_334/2017 E. 2.2; BGE 124 III 249 E. 2.a; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Art. 319 N 18, S. 111, 116; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321 N 19; CHK-Emmel, N 6 zu Art. 321 OR; ZK-Staehelin, Art. 319 OR N 58; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, Art. 319 N 11, S. 32; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 319 OR N 35, wobei Letztere bei einem Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers nicht von Arbeit auf Abruf, sondern von Gelegenheitsarbeit ausgehen). Von der Arbeit auf Abruf ist die eigentliche Teilzeitarbeit zu unterscheiden. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass der reduzierte Arbeitseinsatz wiederholt und mit im Voraus bestimmten – wenn auch möglicherweise unregelmässigen – Arbeitszeiten erfolgt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 18, S. 110).

b) Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht als unechte Arbeit auf Abruf zu qualifizieren sei, weshalb der Kläger einen grundsätzlichen Lohnanspruch während der Kündigungsfrist habe. Ob es sich dabei um Teilzeitarbeit mit Mindestanspruch (60%) oder um (Teilzeit-)Arbeit auf Abruf mit Befolgungspflicht handle, liess sie offen. Sie erwog, dass im Arbeitsvertrag vom 1. März 2016 das Arbeitsverhältnis mit Beginn am 1. März 2016 und mit Abschluss auf unbestimmte Zeit beschrieben werde, weiter die gesetzlichen Kündigungsfristen gelten würden und das sich nach den Kundenbedürfnissen und dem Arbeitsanfall richtende Pensum mit ca. 60% festgelegt worden sei. Die einzelnen Bestimmungen, auch in ihrer kombinierten Form, sprächen klar gegen den Abschluss eines Rahmenvertrages; sie



ergäben keinen Sinn, wenn die Vorstellung bestanden hätte, dass von Monat zu Monat ein neuer Vertragsabschluss hätte erfolgen sollen. Daran ändere nichts, dass die jeweiligen Arbeitseinsätze jeden Monat neu eingeteilt worden seien und sich unterschiedlich gestaltet hätten. Der Kläger habe zwar Freitage etc. wünschen können, doch lägen keinerlei Umstände vor, die darauf hinweisen würden, es habe nachträglich, nach Erstellung des Einsatzplans, keine Befolgungspflicht für ihn bestanden.

Schliesslich spreche auch das Verhalten der Beklagten, die dem Kläger auf Ende August 2016 gekündigt habe, gegen ihre eigene Interpretation des Arbeitsvertrages. Die Vorinstanz erachtete den von der Beklagten ins Feld geführten Entscheid des Bundesgerichts BGer 4A_509/2009 für nicht anwendbar, da im vorliegenden Fall das Arbeitspensum jeweils nicht neu bestimmt worden, sondern grundsätzlich (bereits) im Arbeitsvertrag mit 60% enthalten sei und der Kläger nur seine Freitage habe bekanntgeben, nicht aber sein Pensum bzw. seine Arbeitseinsätze bezüglich Anzahl und Dauer habe offerieren können. Es sei auch nicht belegt und gar nicht konkret behauptet, dass der Kläger nicht zur Befolgung des Arbeitsplanes verpflichtet gewesen sei.

c) Die Beklagte ist der Ansicht, dass es sich bei dem Arbeitsverhältnis mit dem Kläger um unechte Arbeit auf Abruf gehandelt habe. Sie hätten im Vertrag vom 1. März 2016 nur die allgemeinen Grundsätze des Arbeitsverhältnisses vereinbart, weshalb dieser einen Rahmenarbeitsvertrag darstelle. Die einzelnen Einsätze, insbesondere die konkret auszuführenden Arbeitstätigkeiten, die Anzahl Stunden, während derer der Kläger diese Tätigkeiten pro Tag, Woche oder Monat auszuführen hatte, sowie die Zeitpunkte, an denen die Tätigkeiten zu erbringen waren, hätten zwingend durch eine zusätzliche monatliche Parteivereinbarung geregelt werden müssen, ansonsten kein Arbeitsvertrag zustande gekommen sei. Die Beklagte sieht eine offensichtlich falsche vorinstanzliche Feststellung des Sachverhalts darin, dass die Vorinstanz die Monat für Monat von den Parteien abzuschliessenden Einsatzvereinbarungen verneint habe. In diesem Umstand erblickt sie ausserdem eine unrichtige Anwendung von Art. 319, Art. 322 und Art. 324 OR, weil die Vorinstanz die Notwendigkeit von monatlichen Parteivereinbarungen für eine arbeitsvertragliche Bindung verneint und von (echter) Arbeit auf Abruf mit Befolgungspflicht bzw. von Teilzeitarbeit mit Mindestanspruch (60%) anstatt von unechter Arbeit auf Abruf ausgegangen sei. Ferner macht die Beklagte eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz



geltend, da diese ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen sei. So habe die Vorinstanz ohne weitere Begründung festgestellt, dass die einzelnen Bestimmungen des Vertrages vom 1. März 2016 auch in ihrer Kombination klar gegen den Abschluss eines Rahmenvertrages sprächen.

Der Kläger liess sich im Beschwerdeverfahren nicht mehr vernehmen, doch hatte er sich vor Vorinstanz auf ein Arbeitspensum von ca. 60% gestützt und ausgeführt, dass das Pensum schon in den Vormonaten recht stark reduziert worden sei, zuvor habe er 100% gearbeitet. Nach der Kündigung Ende Juli 2016 sei ihm für August keine Arbeit mehr zugewiesen worden.

d) Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen. In erster Linie ist demnach der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien entscheidend (empirische oder subjektive Auslegung) und in zweiter Linie, falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips (normative oder objektivierte Auslegung). Die Übergänge zwischen der subjektiven und der objektivierten Auslegung sind dabei häufig fliessend (BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 14). Bei der Auslegung ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck massgebend, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste. Tatfrage, und damit im Beschwerdeverfahren nur auf Willkür überprüfbar, ist, was die Parteien beim Vertragsabschluss gewusst, gewollt oder tatsächlich verstanden haben (subjektive Vertragsauslegung); Rechtsfrage ist dagegen die objektive Vertragsauslegung nach Vertrauensprinzip (vgl. BGE 142 III 671 E. 3.3, 141 V 675 E. 3.5.2; BGer 2C_1055/2012 E. 2.3).

Nachfolgend ist demnach zu prüfen, wie die Parteien ihre rechtsgeschäftlichen Erklärungen tatsächlich verstanden bzw. allenfalls verstehen durften und mussten (lit. f), wobei vorab auf die Rüge der Beklagten einzugehen ist, die Vorinstanz habe bei



St.Galler Gerichte

ihren diesbezüglichen Erwägungen die Begründungspflicht verletzt bzw. den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt (lit. e).

e/aa) Eine Verletzung der Begründungspflicht, wie sie die Beklagte geltend macht, ist nicht ersichtlich. Die aus dem rechtlichen Gehör fliessende Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV) verlangt, dass im Entscheid wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden müssen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf welche sich der Entscheid stützt (BGer 5A_47/2017 E. 3.1 mit weiteren Hinweisen). Diesen Anforderungen ist die Vorinstanz nachgekommen. So hat sie – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht ohne jede Begründung festgestellt, dass die einzelnen Bestimmungen des Arbeitsvertrages auch in ihrer Kombination klar gegen den Abschluss eines Rahmenvertrages sprächen. Vielmehr stellt diese Feststellung eine Schlussfolgerung der unmittelbar davor gemachten Ausführungen zu den einzelnen Vertragsbestimmungen dar.

bb) Ebenso ist eine offensichtlich unrichtige – also willkürliche – Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz zu verneinen:

aaa) Soweit die Beklagte eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts darin erblickt, dass die Vorinstanz den monatlichen Abschluss von Einsatzvereinbarungen verneint habe, widerspricht dies den Erwägungen der Vorinstanz. Diese ging nämlich sehr wohl davon aus, dass die Parteien die konkreten Arbeitseinsätze des Klägers jeweils monatlich mit Einsatzplänen bestimmt hätten.

bbb) Die Beklagte ist weiter der Ansicht, der Kläger habe, indem er ihr jeweils seine Freitage angemeldet habe, implizit seine Arbeitsleistung an den übrigen Tagen des Monats angeboten und ihr damit ein Angebot bezüglich seiner Arbeitseinsätze gemacht. Der Kläger hätte nach Zustellung des Arbeitsplanentwurfs diesen annehmen, ablehnen oder ein Gegenangebot einreichen können. Sie, die Beklagte, sei jedenfalls nicht berechtigt gewesen, dem Kläger Weisungen zu erteilen. Die Beklagte widerspricht damit der Erwägung der Vorinstanz, der Kläger habe nicht die Möglichkeit gehabt, seine Arbeitstage bzw. sein Pensum und die Anzahl und Dauer der Arbeitseinsätze frei zu offerieren, sondern habe lediglich die von ihm gewünschten Freitage im Voraus anmelden können.



Aus den Vorbringen der Beklagten und den im Recht liegenden E-Mails geht hervor, dass die Arbeitnehmenden der Beklagten dieser bis zu einem gewissen Datum – ab Juni jeweils bis zum 10. eines Monats – die gewünschten Freitage melden konnten. Die Beklagte erarbeitete daraufhin einen Arbeitsplanentwurf und stellte diesen den Arbeitnehmenden für allfällige "Rückmeldungen" zu. Der Kläger seinerseits informierte die Beklagte über seine gewünschten Freitage und bestätigte z.B. den Plan für Juni 2016. Dass der Kläger, wie die Beklagte behauptet, in seiner Offertstellung wie auch in der Annahme oder Ablehnung des Arbeitsplanentwurfs frei war, ergibt sich aus der vorliegenden E-Mailkorrespondenz jedoch nicht. Vielmehr spricht die Formulierung der Beklagten, die um "Rückmeldungen" hinsichtlich der zugestellten Arbeitsplanentwürfe bat, gerade gegen ein freies Annehmen oder Ablehnen durch den Beklagten. Über eigentliche Feinjustierungen des Plans hinaus gehende Rückmeldungen dürfte die Beklagte ohnehin nicht erwartet haben, da eine vernünftige Arbeitsplanung kaum mehr möglich wäre, könnten sämtliche Mitarbeiter den Plan frei annehmen oder ablehnen. Ebensovien lässt sich aus dem Arbeitsvertrag vom 1. März 2016 etwas zu Gunsten der Beklagten ableiten, da sich dieser weder dazu äussert, wie die einzelnen Arbeitseinsätze festgesetzt werden, noch den Kläger einer Befolgungspflicht unterstellt oder ihm ein "Nichtbefolgungsrecht" einräumt.

Die Vorinstanz ist damit gerade nicht in Willkür verfallen, wenn sie festgestellt hat, dass der Kläger seine Freitage zwar – aber ohne sein Pensum hinsichtlich Anzahl und Dauer der Arbeitseinsätze frei offerieren zu können – haben wünschen können, jedoch keinerlei Umstände darauf hinweisen würden, dass der Kläger nicht zur Befolgung des Arbeitsplanes – gemeint wohl des Arbeitsplanentwurfes – verpflichtet gewesen wäre. Soweit die Beklagte behauptet, sie hätte dem Kläger gegenüber kein Weisungsrecht gehabt, übersieht sie sodann, dass Ziff. 13 des Arbeitsvertrages auf die gesetzlichen Bestimmungen des Obligationenrechts verweist und dieses in Art. 321d Abs. 2 OR eine generelle Pflicht zur Befolgung und Weisungen des Arbeitnehmers vorsieht.

ccc) Die Beklagte ist weiter der Ansicht, dass der vorliegende Fall praktisch dem vom Bundesgericht in BGer 4A_509/2009 beurteilten Sachverhalt entspreche, was die Vorinstanz verneinte. Mit der Vorinstanz, auf deren zutreffenden Ausführungen verwiesen werden kann, ist dies zu verneinen: Im Unterschied zum in BGer 4A_509/2009 beurteilten Sachverhalt ging hier der Kläger selbst nie davon aus, er könne der



Beklagten unterschiedliche Arbeitspensen anbieten. Vielmehr äusserte er Wünsche und stellte sich in der E-Mail vom 26. Juli 2016 ausdrücklich auf den Standpunkt, es sei ein 60% Pensum vertraglich vereinbart worden. Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Sachverhalt war im (Rahmen)-Vertrag dagegen gerade kein Arbeitspensum vereinbart worden und zeigt das Verhalten der klagenden Lehrerin anschaulich, dass nicht einmal sie selbst sich an das von ihr offerierte Pensum gebunden fühlte, weshalb auch der Arbeitgeber nicht an ein Pensum gebunden sein sollte. Der vorinstanzlichen Schlussfolgerung, dass der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt nicht mit jenem in BGer 4A_509/2009 verglichen werden könne, ist daher ohne Weiteres zu folgen.

f) Die Vorinstanz kam, ohne sich darauf festzulegen, ob sie von einem übereinstimmenden tatsächlichen Willen oder von einem normativen Konsens ausgehe, zum Schluss, dass der Arbeitsvertrag vom 1. März 2016 keinen Rahmenvertrag darstelle und daher keine unechte Arbeit auf Abruf vorliege. Dabei berücksichtigte sie sowohl die einzelnen Bestimmungen als auch das Gesamtbild des Vertrages (vgl. dazu im Einzelnen E. 1.b hiavor).

aa) Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitsvertrag vom 1. März 2016, der auch als solcher bezeichnet wurde. Der Kläger wurde demnach für die Positionen als "Masseur/Empfang/Service/Verkauf (Aushilfe Mitarbeiter Wellness)" angestellt (Ziff. 1). Das Arbeitsverhältnis begann laut Vertrag am 1. März 2016 und wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen (Ziff. 2). Hinsichtlich Arbeitszeit wurde vereinbart, dass sich diese nach den Kundenbedürfnissen und Arbeitsanfall richte, bei einem Arbeitspensum von ca. 60% (Ziff. 3). Die Entlohnung sollte je nach ausgeführter Tätigkeit nach einer im Arbeitsvertrag enthaltenen Auflistung des Brutto-Stundenlohns erfolgen (Ziff. 5). Ferner wurde u.a. die Probezeit (Ziff. 4) geregelt und vereinbart, dass die gesetzlichen Kündigungsfristen gelten sollten, die namentlich im ersten Jahr nach Ablauf der Probezeit mit 1 Monat aufgeführt wurde (Ziff. 12).

Die im Arbeitsvertrag aufgeführten Bestimmungen und Formulierungen weisen mit keinem Wort auf unechte Arbeit auf Abruf hin. Sie könnten sogar in einem Arbeitsvertrag, der eigentliche Teilzeitarbeit zum Inhalt hat, enthalten sein und sprechen gegen unechte Arbeit auf Abruf. Denn aus ihnen ergibt sich einerseits weder direkt noch indirekt, dass es sich bei diesem mit "Arbeitsvertrag" bezeichneten Vertrag



lediglich um einen Rahmenvertrag handle. Andererseits fehlen Hinweise darauf, dass über die einzelnen Einsätze zusätzliche Vereinbarungen abgeschlossen werden müssten und der Arbeitnehmer vor Abschluss einer solchen Vereinbarung nicht gebunden sein sollte, wobei die Formulierung in Ziff. 3, wonach sich die Arbeitszeiten nach den Kundenbedürfnissen und Arbeitsanfall richteten, vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass es sich bei der Arbeitgeberin um ein Fitnesszentrum mit Bad-, Freizeit- und Wellnessanlage handelt, das täglich von 06.00 bis 23.00 Uhr geöffnet hat. Die Arbeitnehmenden arbeiten denn auch in verschiedenen Schichten über den Tag verteilt, auch an den Wochenenden. Aus der Formulierung in Ziff. 3 kann daher nicht auf unechte Arbeit auf Abruf geschlossen werden. In Bezug auf die Bestimmung zur Kündigungsfrist ist der Beklagten zwar beizupflichten, dass eine solche auch bei einem Rahmenvertrag Sinn machen kann. Allerdings bezieht sich auch hier die Kündigungsbestimmung nicht auf einen Rahmenvertrag, sondern bleibt offen und entspricht zumindest für eine Kündigung im ersten und zweiten Dienstjahr der gesetzlichen Regelung und damit derjenigen zur Beendigung eines konkreten Einzelarbeitsvertrages. Wie die Kündigungsbestimmung spricht auch jene bezüglich der Probezeit (Ziff. 4) gegen unechte Arbeit auf Abruf, da beide Bestimmungen bei einem solchen Arbeitsverhältnis überflüssig sind, könnte der Arbeitgeber doch einfach auf einen weiteren Einsatz des Arbeitnehmers verzichten. Entgegenhalten muss sich die Beklagte schliesslich Ziff. 13 Abs. 1, wonach "im Übrigen [...] die gesetzlichen Bestimmungen des Obligationenrechts" gälten; ein solcher Verweis macht nur dann Sinn, wenn er die Regelung eines Einzelarbeitsvertrages im Auge hat. Die Vorinstanz hat daher zu Recht festgehalten, dass die Bestimmungen im Einzelnen wie auch im Gesamten gegen den blossen Abschluss eines Rahmenvertrages und damit auch gegen unechte Arbeit auf Abruf sprechen.

bb) Darüber hinaus kann auch aus dem tatsächlich gelebten Vertragsverhältnis und der Tatsache, dass die Arbeitseinsätze mittels entsprechender Pläne jeweils im Vormonat festgesetzt wurden, nicht auf unechte Arbeit auf Abruf geschlossen werden. Denn wie in E. 1.d/bb/bbb hiervor festgestellt, konnte der Kläger zwar seine Freitage wünschen, nicht aber seine Arbeitszeiten frei offerieren, und er unterlag einer Befolgungspflicht.



cc) Aus der E-Mailkorrespondenz vom 26. Juli 2016 ergibt sich schliesslich, dass der Kläger von einem 60% Pensum bzw. nicht von Arbeit auf Abruf ausging (E-Mails von 18.45 Uhr und 19.27 Uhr). Demgegenüber stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt, die Arbeitseinteilung erfolge nach Arbeitsanfall und auf Stundenlohnbasis (E-Mail von 19.00 Uhr), was allenfalls auf ein tatsächliches Verständnis im Sinne unechter Arbeit auf Abruf schliessen liesse. Dieser Schlussfolgerung steht indessen, wie die Vorinstanz richtig feststellte, der Umstand entgegen, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis kündigte. Der Beklagten ist dabei zuzugestehen, dass D. als juristischem Laien, immerhin aber Präsident des Verwaltungsrates, die Bedeutung eines Rahmenvertrages bzw. einer Kündigung im Hinblick auf die Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien nicht unbedingt bewusst sein musste. Dies ändert aber nichts daran, dass er mit der E-Mail vom 26. Juli 2016, worin er dem Kläger "fristgerecht auf den 31. August 2016, oder wenn Du möchtest und im gegenseitigen Einverständnis, auf den 31. Juli 2016" kündigte, unmissverständlich zum Ausdruck brachte, dass (auch) nach seinem Verständnis eine Kündigung bzw. ein Aufhebungsvertrag nötig sei, andernfalls er den Kläger bis Ende August würde weiterbeschäftigen müssen. Wäre D. von einem Vertrag ausgegangen, bei dem es der Beklagten frei überlassen gewesen wäre, ob und in welchem Umfang sie den Kläger einsetzen wollte – eben unechte Arbeit auf Abruf –, hätte er dem Kläger lediglich mitteilen müssen, dass er in Zukunft nicht mehr eingesetzt werde. Stattdessen hat er aber in seiner Kündigungsmail den Kläger im letzten Satz aufgefordert, ihm mitzuteilen "was Dir lieber ist damit wir den Arbeitsplan ggf. rechtzeitig anpassen können". Das Verhalten der Beklagten im Zusammenhang mit der Kündigung spricht damit ebenfalls gegen unechte Arbeit auf Abruf.

g) Auf der Basis des von der Vorinstanz willkürfrei festgestellten Sachverhalts kann aufgrund des Wortlauts des Vertrages vom 1. März 2016 und des nachträglichen Verhaltens der Parteien, insbesondere auch des Umstands, dass die Beklagte das Vertragsverhältnis unter Einhaltung der den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden vereinbarten Kündigungsfrist kündigte, – zusammenfassend – geschlossen werden, dass die Parteien übereinstimmend den Willen hatten, nicht einen Rahmenvertrag und damit einen Vertrag über unechte Arbeit auf Abruf, sondern einen solchen über (eigentliche) Teilzeitarbeit oder über echte Arbeit auf Abruf – welche Form kann, wie nachfolgend zu zeigen ist, offenbleiben – abzuschliessen. Dies gälte auch



dann, wenn man einen übereinstimmenden tatsächlichen Willen als nicht nachgewiesen betrachten wollte. Denn dann könnte mangels anderer bei der Auslegung zu berücksichtigender Element ausschliesslich auf den Vertragswortlaut abgestellt werden, aus dem der Kläger, wie ausgeführt (lit. f hiervor), aber nach Treu und Glauben schliessen durfte, dass er unbefristet zu ca. 60% angestellt sei.

[...]

3.a) Liegt Arbeitgeberverzug vor, so bleibt der Arbeitgeber zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist (vgl. Art. 324 Abs. 1 OR). Geschuldet ist, was der Arbeitnehmer bei normaler Vertragsabwicklung erlangt hätte, also alle Bestandteile der geschuldeten Entlohnung inkl. Sozialversicherungsbeiträge (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324 N 11; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 324 OR N 18).

b) Die Beklagte moniert, die Vorinstanz sei von einem viel zu hohen Lohn für August ausgegangen, weshalb diese den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt und gegen Art. 324 OR verstossen habe. Sie möchte zur Berechnung des im August geschuldeten Lohnes auf die beiden arbeitsschwachen Monate Juni und Juli abstellen und kommt so auf einen Bruttolohn von Fr. 2'537.95 (exkl. Kinderzulagen). Demgegenüber errechnete die Vorinstanz gestützt auf eine Hochrechnung des Jahreslohnes auf der Basis von 9 "guten" und 3 "schwachen" Monaten einen Durchschnittsbruttolohn von Fr. 5'122.80 (exkl. Kinderzulagen) bzw. von Fr. 5'722.80 unter Berücksichtigung des bei der X. AG erzielten Nebenverdienstes von bisher ca. Fr. 500.00 bis Fr. 600.00.

c) Zwar ist richtig, dass grundsätzlich auf einen Durchschnittslohn während einer gewissen Zeitspanne abzustellen ist (vgl. BGE 125 III 65 E. 5 = Pra 88, 1999, Nr. 111; JAR 2004, S. 587 ff.; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 324 OR N 19). Allerdings erweist sich dieses Vorgehen im vorliegenden Fall aus den nachfolgenden Gründen als nicht zielführend:

aa) Bei der vom Kläger angewendeten Methode der Berechnung gestützt auf die tatsächliche Arbeitsdauer von März bis Juli ergäbe sich ein durchschnittlicher



Monatslohn von Fr. 4'605.83 (exkl. Kinderzulagen) bzw. auf der Basis von 186 Monatsarbeitsstunden und einem durchschnittlichen Stundenlohn von Fr. 28.50 (Berechnungsbasis: erzielter Bruttolohn exkl. Kinderzulagen [= Fr. 23'029.15] geteilt durch die gearbeiteten Stunden März bis Juli [= 811.45 Stunden]) bei einem 100% Pensum ein solcher von Fr. 5'301.00. Der durchschnittliche Monatslohn (Fr. 4'605.83) entspräche mit andern Worten einem Pensum von 87% und läge damit 27% über dem vereinbarten ungefähren Pensum von 60%, und dies, obwohl es sich beim fraglichen Monat August nachvollziehbar – im Unterschied zu anderen Betrieben, in denen der Arbeitsanfall nicht voraussehbar ist, ist es, wie dies auch im Einsatz des Klägers in den Monaten Juni und Juli zum Ausdruck kommt – für ein Fitnesscenter geradezu typisch, dass in den Sommermonaten (deutlich) weniger Kunden kommen und damit weniger Arbeit anfällt als in den Winter- und Übergangsmonaten – um einen eher schwächeren Monat gehandelt haben dürfte. Vor diesem Hintergrund fällt eine Berechnung auf der Basis der in den Vormonaten tatsächlich erbrachten Arbeitsleistungen offensichtlich ausser Betracht.

bb) Die Methode der Vorinstanz, die den zu entschädigenden Lohn für August gestützt auf 9 "gute" und 3 "schlechte" Monate berechnete, erweist sich im Vergleich zu der eben aufgezeigten Methode als noch weniger sachgerecht. Die Vorinstanz kam für August gestützt auf diese Berechnung auf einen Bruttolohn von Fr. 5'122.80, den sie um den Betrag von Fr. 600.00 erhöhte, den der Kläger ohnehin bei der X. AG in einer Nebenerwerbstätigkeit verdient hätte. Der daraus resultierende Lohn von Fr. 5'722.80 liegt derart deutlich über jenem Lohn, den der Kläger bei einem 60% Pensum verdient hätte (Fr. 3'192.00) und gar über jenem eines 100% Pensums, dass die Berechnungsmethode der Vorinstanz als nicht haltbar und damit willkürlich erscheint.

cc) Ein Abstellen auf den vom Kläger in den umsatzschwachen Monaten Juni und Juli erzielten Durchschnittslohns, wie dies die Beklagte vorschlägt, erscheint ebenfalls nicht sachgerecht. Geht man, wie ausgeführt (lit. aa hiervor), davon aus, dass ein 100% Pensum 186 Arbeitsstunden im Monat entspricht, hätte der Kläger im Juni lediglich mit einem Pensum von 51% und im Juli mit einem solchen von sogar nur 47% gearbeitet. Das brauchte er bei einem vereinbarten Pensum von ca. 60% nicht hinzunehmen, weshalb er dies denn auch, als er dem Arbeitsplan für August entnehmen konnte, dass



er wiederum für ein tieferes Pensum als 60% eingeteilt sei, gegenüber der Beklagten monierte.

dd) Damit bleibt, weil nicht bekannt ist, in welchem Arbeitspensum die Beklagte den Kläger im ursprünglichen Arbeitsplanentwurf für August tatsächlich einsetzen wollte, lediglich das Abstellen auf das vertraglich vereinbarte 60% Pensum. Diese Lösung erscheint auch deshalb als sachgerecht, weil einerseits das Pensum im Vergleich zu dem in den Monaten März bis Mai gearbeiteten Pensum angemessen herabgesetzt ist, was auch der tieferen Arbeitsauslastung des Fitnesscenters im August entspricht. Andererseits ist es höher als das dem Kläger in den Monaten Juni und Juli zugeteilte Arbeitspensum, das dieser als zu tief reklamiert hatte. Ausgehend von einem 60% Pensum hätte der Kläger somit einen Lohn von Fr. 3'192.00 brutto (exkl. Kinderzulagen) erzielen können, weshalb die Beklagte dem Kläger grundsätzlich den entsprechenden Ersatz schuldet.

[...]

IV.

1. Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 ZPO). Für arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.00 werden dabei keine Gerichtskosten erhoben (Art. 114 lit. c ZPO).

2.a) Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Bei Streitigkeiten mit einem Streitwert beurteilt sich dabei der Grad des Obsiegens in der Regel nach dem Verhältnis zwischen dem im Rechtsbegehren gestellten Antrag und dem schliesslich zugesprochenen Ergebnis (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 106 N 9; vgl. auch BK-Sterchi, Art. 106 ZPO N 4 und 7). Das Gericht kann von den klassischen Verteilungsregeln gemäss Art. 106 ZPO abweichen, wenn sich diese als "starr und ungerecht" erweisen (BBI 2016 7297), und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (vgl. Art. 107 ZPO). Der – nicht abschliessende – Katalog in Art. 107 Abs. 1 ZPO enthält in lit. a bis e typisierte Fallgruppen und schliesst mit dem Auffangtatbestand in lit. f. So



kommt eine Verteilung nach Ermessen gemäss lit. a in Betracht, wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig oder die Bezifferung des Anspruchs schwierig war. In Anwendung des Auffangtatbestands von lit. f kann das Gericht sodann von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (BBI 2016 7297; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 1). Bei der Ermessensausübung darf sich das Gericht nicht auf ein einzelnes Kriterium versteifen, sondern hat alle Kriterien zu berücksichtigen (BGer 5P.394/2005 E. 2.3; Jenny, ZPO Komm., Art. 107 N 4). Als Leitlinie dienen dem Gericht die Grundsätze der Billigkeit gemäss Art. 4 ZGB (BK-Sterchi, Art. 107 ZPO N 1). Der Auffangtatbestand in Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO dient als Grundlage für jene Fälle, in denen die Kostenverteilung nach dem Prozessergebnis geradezu als stossend empfunden werden müsste, wobei von ihm wegen seines unbestimmten Gehaltes und in Anbetracht der übrigen zur Verfügung stehenden Ausnahmetatbestände (nur) restriktiv Gebrauch zu machen ist (BGer 5A_482/2014 E. 6; BK-Sterchi, Art. 107 ZPO N 2, 21).

b) Da vorliegend die Beschwerde im Ergebnis gutgeheissen wird und damit die Beklagte obsiegt, wären nach dem Grundsatz in Art. 106 ZPO die Prozesskosten für das erstinstanzliche Verfahren wie auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren dem Kläger aufzuerlegen mit der Folge, dass er die Beklagte für deren Parteikosten in beiden Verfahren zu entschädigen hätte. Eine ermessensweise Verteilung der Prozesskosten gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, fällt vorliegend aufgrund der Guttheissung der Beschwerde und der damit verbundenen Abweisung der Klage ausser Betracht.

c) Anders verhält es sich unter dem Aspekt von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO:

Die Beklagte obsiegt zwar im Ergebnis, unterliegt aber in der von ihr selbst als zentral betrachteten rechtlichen Hauptfrage der Qualifikation des Arbeitsvertrages als echte oder unechte Arbeit auf Abruf. Aufgrund der Beantwortung dieser Hauptfrage stünde dem Kläger grundsätzlich ein Lohnanspruch zu. Dieser ist nur deshalb zu verneinen, weil der Kläger während der Kündigungsfrist, für die er Lohn von der Beklagten



verlangte, seiner Schadenminderungspflicht voll und ganz von sich aus nachgekommen war, indem er seine Nebentätigkeit kurzfristig aufstockte und einer weiteren Tätigkeit im Auftragsverhältnis nachging. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Beklagte vor Vorinstanz Vergleichsverhandlungen, zu denen der Kläger bereit gewesen wäre, mit der Begründung ablehnte, dass sie einen Präzedenzfall hinsichtlich der Qualifikation des Arbeitsvertrages wolle, und auch in der Beschwerdeschrift nochmals betont, dass es ihr um die Klärung der Frage bezüglich der Lohnfortzahlungspflicht auch in Bezug auf weitere Arbeitsverhältnisse gehe, was zwar grundsätzlich nachvollziehbar ist, sich aber nicht zu Lasten des Klägers auswirken darf, der gerade in dieser Frage obsiegt. Im Resultat wäre es deshalb geradezu stossend und höchst ungerecht, wenn der Kläger als juristischer Laie, der im Hauptpunkt rechtlich durchdringt, wohingegen die Beklagte in der für sie zu klärenden zentralen Frage der Vertragsqualifikation unterliegt, der Beklagten eine Parteientschädigung ausrichten müsste, weil er selbst seiner Schadenminderungspflicht nachgekommen ist, von der die Beklagte nun profitiert, zumal ein vergleichsweise Lösung am Verhalten der Beklagten scheiterte, während sich der Kläger vergleichsbereit gezeigt hatte.

Es erscheint daher gerechtfertigt, in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO die Parteikosten wettzuschlagen; jede Partei trägt ihre Kosten folglich selbst.