



Fall-Nr.:	BZ.2004.32
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	30.08.2004
Entscheiddatum:	30.08.2004

Entscheid Kantonsgericht, 30.08.2004

Art. 230 Abs. 1 lit. a ZPO; Art. 63 ZPO; Art. 334 Abs. 1 OR und Art. 341 OR, Art. 101 ZPO und Art. 343 Abs. 4 OR. Ermittlung des Rechtsbegehrens einer Berufungsschrift ohne formellen Antrag; teilweise fehlendes Rechtsschutzinteresse mangels Beschwer; gültige Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag; Beweis geleisteter Überstunden (Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 30. August 2004, BZ.2004.32).

Erwägungen

I.

1. Die Klägerin, wohnhaft in Österreich, trat am 1. Juni 2003 auf der Grundlage eines mündlichen Vertrages eine Saisonstelle als Serviceangestellte im Restaurant X, dem Betrieb des Beklagten in der Schweiz an. Die Anstellung war ursprünglich unbestrittenermassen bis Ende Oktober 2003 befristet (Urteil, 4). Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde zwar in der Folge den Behörden im Zusammenhang mit der Arbeitsbewilligung eingereicht, dieser trägt aber nur die auf den 20. Juni 2003 datierte Unterschrift vom Beklagten. Nach diesem Vertrag wäre eine Kündigungsfrist von 30 Tagen vorgesehen gewesen (Urteil, 4; bekl. act. 4; kläg. act. 8=bekl. act. 1). Die Klägerin war in den Monaten Juni und Juli wie vorgesehen für den Beklagten tätig. Nachher arbeitete sie effektiv noch bis zum 5. August 2003 und war dann ab dem 11. August 2003 krank gemeldet (Klage, 3 und 6; bekl. act. 3; Urteil, 4). Die Angestellte nahm die Arbeit nachher nicht mehr auf. Zum Ende des Monats hin setzten sich die Parteien auseinander. Die Klägerin kam am 28. August 2003 nochmals im Betrieb



vorbei, um in ihrem Personalzimmer zurückgelassene persönliche Sachen abzuholen. Gleichzeitig wurde über den Lohn für den Monat August abgerechnet (vgl. Urteil, 4). Heute ist umstritten, ob der Beklagte unzulässigerweise kündigte oder ob sich die Parteien einvernehmlich auf die Auflösung des Vertrages einigten. Für die ersten beiden Dienstmonate gelangte im übrigen ein Lohn von Fr. 1'800.– netto zur Auszahlung (kläg. act. 3 und 4), für den Monat August betrug der Lohn Fr. 1'200.– netto. Gemäss Lohnabrechnung für August wurden damit "15 Arbeitstage (inkl. 8 Freitage)" und "5 Krankheitstage" abgegolten. Im Gegensatz zu den Abrechnungen für die Vormonate enthält die August-Abrechnung auch die von der Klägerin unterzeichnete Wendung "Betrag dankend erhalten per Saldo aller Ansprüche" (kläg. act. 2). In den Abzügen war dabei ein Anteil für Kost und Logis enthalten.

2. Der Beklagte stellte der Klägerin kurz darauf eine Arbeitsbescheinigung zuhanden der österreichischen Arbeitslosenbehörde aus. Gemäss den darin gemachten Angaben wurde das Arbeitsverhältnis am 9. August 2003 durch Zeitablauf beendet (kläg. act. 5). Mit Schreiben vom 12. September 2003 widersprach die Klägerin dieser Darstellung. Die Beschäftigung sei nicht am 9., sondern am 31. August 2003 beendet worden. Laut Arbeitsrecht sei eine Kündigung bei Krankheit nicht zulässig. Sie sei aber bis am 26. August krankgeschrieben gewesen und habe dann noch vier Ferientage zugute gehabt. So komme sie auf den 31. August 2003 als massgebendes Datum. Sie verlangte daher auch eine Lohnnachzahlung (bekl. act. 5). Mit Datum vom 23. September 2003 stellte der Beklagte für die schweizerische Arbeitslosenversicherung eine weitere Arbeitgeberbescheinigung aus. Darin gab er unter anderem an, dass der Bruttolohn vor Abzug der Sozialversicherungsbeiträge im Juni und Juli je Fr. 2'880.– betragen und er in diesen zwei Monaten je Fr. 840.– für Kost und Logis abgezogen hatte. Weiter war danach das Arbeitsverhältnis am 17. Juli 2003 per 31. Juli 2003 "gegenseitig gekündigt" und Lohn bis am 20. August 2003 bezahlt worden (kläg. act. 6). Am 7. Oktober 2003 wandte sich die Klägerin erneut schriftlich an den Beklagten. Einerseits verlangte sie nochmals die Zustellung der angemahnten Arbeitgeberbescheinigung. Andererseits formulierte sie weitere Ansprüche. An erster Stelle stellte sie sich auf den Standpunkt, der Beklagte habe ihr, als sie sich nach der Genesung wieder zur Arbeit gemeldet habe, gesagt, er habe bereits eine neue Angestellte und brauche sie daher nicht mehr. Damit sei sie fristlos weggewiesen und für die restliche Dauer des Vertrages freigestellt worden. Mit dieser Argumentation verlangte sie eine weitere



Lohnzahlung für September und Oktober im Umfang des gesamtarbeitsvertraglichen Mindestlohnes von Fr. 3'100.– brutto. Weiter beanstandete sie überhöhte Abzüge für Kost und Logis sowie ausstehende Überstunden- und Ferienentschädigung. In seinem Antwortschreiben vom 14. Oktober 2003 wies der Beklagte die von der Klägerin formulierten Ansprüche zurück (kläg. act. 8).

3. Die Klägerin klagte ihre Ansprüche am 10. November 2003 beim Arbeitsgericht ein (vi-act. 1). Die Forderung setzte sich teilweise aus bereits im Vorfeld eingeforderten Positionen zusammen (Fr. 567.– für überhöhte Abzüge an Kost und Logis in den Monaten Juni und Juli, Fr. 600.– Nachzahlung auf den Nettolohn für den Monat August, Fr. 6'200.– Lohn für September und Oktober, Fr. 6'625.– für Überstunden in den Monaten Juni bis August). Daneben machte sie weiter für die Monate Juni und Juli je Fr. 220.– geltend, indem sie davon ausging, der vom Beklagten in der obenerwähnten Bescheinigung angeführte Lohn von Fr. 2'880.– liege um diesen Betrag unter dem vom Landes-Gesamtarbeitsvertrag für das Gastgewerbe (L-GAV) vorgesehenen Mindestlohn von Fr. 3'100.– brutto. Weiter rechnete sie auf den von ihr anders als für die Monate Juni und Juli für den Monat August akzeptierten Nettolohn von 1'800.– unter dem Titel nicht bezogener Kost und Logis einen Betrag von Fr. 600.– auf. Schliesslich forderte sie einen dreifachen Monatslohn, somit ausgehend vom Bruttomindestlohn gemäss L-GAV von Fr. 3'100.– effektiv eine Summe von Fr. 9'300.–, als Schadenersatz.

In seiner Klageantwort vom 17. November 2003 (vi-act. 3) bestritt der Beklagte die eingeklagte Forderung vollumfänglich. Er machte insbesondere geltend, die Klägerin selber habe am 17. Juli 2003 per Ende Juli 2003 gekündigt, sei anschliessend noch temporär im Einsatz gewesen und dann am 28. August 2003 zur Schlussabrechnung erschienen. Sie habe an diesem Tag selber erklärt, sie könne aus persönlichen Gründen vorderhand keine Arbeit mehr annehmen. Zur vorgelegten August-Lohnabrechnung mit Saldoklausel habe sie keine Einwände gemacht und diese eigenhändig unterzeichnet. Weiter bestritt der Beklagte ausdrücklich den von der Klägerin für Überstunden eingeklagten Forderungsbetrag.

Das Arbeitsgericht fasste an der Verhandlung vom 16. Dezember 2003 einen Beweisbeschluss zur Frage der geltend gemachten Überstunden sowie der Auszahlung



des Mindestlohnes. Namentlich wurde beschlossen, die Lebenspartnerin des Beklagten zu diesen Themen einzuvernehmen (vi-act. 9). In seinem Urteil vom 26. Februar 2004 kommt das Gericht zum Schluss, dass die Parteien das Arbeitsverhältnis per 31. August 2003 einvernehmlich aufhoben (Urteil, 5 und 8f.). Der Lohnanspruch für die Monate September und Oktober wäre nach Auffassung der Vorinstanz aber auch nicht geschuldet, weil die Klägerin die Arbeit nach der Krankheit nicht mehr angeboten habe. Die weitere, von der Klägerin als Schadenersatz bezeichnete Position betrachtete sie als eine wegen fristloser Entlassung geltend gemachte Strafzahlung. Eine fristlose Entlassung sei aber von der Klägerin nicht einmal behauptet worden (Urteil, 6). Die von der Klägerin eingeklagten Überstunden sah das Arbeitsgericht als nicht erwiesen an (Urteil, 6-8). Die im Zusammenhang mit dem Mindestlohn erhobenen Ansprüche handelte das Gericht ab, indem es zunächst den Brutto Lohnanspruch für die drei Monate unter Einschluss von in Geld zu entschädigenden Ferienansprüchen ermittelte, davon die Sozialversicherungsbeiträge sowie die Quellensteuern abzog, die gemäss L-GAV zulässigen Kosten für Kost und Logis berücksichtigte und schliesslich dem Ergebnis die effektiv geleisteten Zahlungen gegenüberstellte (Urteil, 8-10). Das Arbeitsgericht schützte so die Forderung im Betrag von Fr. 1'775.10.

4. Die Klägerin erhob gegen diesen Entscheid am 23. April 2004 Berufung (B/4). Die Berufungsantwort datiert vom 7. Juni 2004 (B/13). Am 17. Juni 2004 nahm die Klägerin Einsicht in die Verfahrensakten (B/17). Mit Schreiben vom 24. Juni 2004 reichte sie weiter eine nachträgliche Eingabe ein (B/18), deren Berücksichtigung der Beklagte mit Eingabe vom 30. Juni 2004 ablehnte (B/21).

II.

1. a) Nach Art. 230 Abs. 1 lit. a ZPO muss die Berufungsschrift unter anderem die Änderungsbegehren enthalten. Damit wird angegeben, inwiefern der angefochtene Entscheid geändert werden oder gegebenenfalls in Rechtskraft erwachsen soll. Ist das Rechtsbegehren unklar, muss die Partei zur Klarstellung aufgerufen werden. Fehlt ein eigentliches Begehren, wird aus der ganzen Eingabe aber klar, dass der Berufungskläger an seinen erstinstanzlichen Anträgen festhalten will, so ist davon



auszugehen, dass sich die Berufung auf das ganze erstinstanzliche Urteil bezieht, soweit in diesem den ursprünglichen Anträgen des Berufungsklägers nicht entsprochen wurde (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 2 zu Art. 230 ZPO). Im allgemeinen sind unklare Rechtsbegehren nach Treu und Glauben auszulegen. Abzustellen ist nicht nur auf den Wortlaut, sondern auch auf die übrigen Vorbringen der Partei (LEUENBERGER/UFFER, a.a.O., N 7 zu Art. 65 ZPO; zur Geltung dieser Grundsätze im Berufungsverfahren vgl. Art. 235 ZPO).

b) Die Berufungseingabe der Klägerin enthält keinen formellen Antrag. Bei einer objektiven Betrachtung nach Treu und Glauben ergibt sich aber, dass sie sich im Rahmen der Begründung auf bestimmte Punkte beschränkt:

Die Klägerin macht auch in ihrer Berufung nach wie vor geltend, der Beklagte habe angesichts ihrer krankheitsbedingten Absenz und der grundsätzlichen Unkündbarkeit des befristeten Arbeitsvertrages unzulässigerweise gekündigt. Es könne entgegen der Vorinstanz nicht von einer einvernehmlichen Kündigung ausgegangen werden, da sie schon während der Krankheit auf die Unkündbarkeit hingewiesen habe. Zudem sei ihr Zimmer am 28. August 2003 bereits wieder belegt gewesen. Diese Handlung habe ihr gezeigt, dass sie nicht mehr als Serviertochter erwünscht gewesen sei. Schliesslich gelte ein befristeter Vertrag nach dem L-GAV mangels entsprechender schriftlicher Abrede als unkündbar. Damit behauptet sie lediglich eine Kündigung im Gegensatz zu einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Auf die Frage der fristlosen Entlassung geht sie nicht ein. Insbesondere behauptet sie nicht, die Feststellung der Vorinstanz, eine fristlose Entlassung sei nicht einmal behauptet worden, sei unzutreffend (Urteil, 6). Das entspricht im übrigen auch dem weiteren bei der Klägerin vorhandenen Verständnis. Sie geht durchwegs davon aus, dass ihre Lohnansprüche für den Monat August unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag herrühren (Klage, 3 und 6; Urteil, 4 unten; bekl. act. 5). Die Klägerin verlangt damit weiterhin Fr. 6'200.– für den Lohn in den Monaten September und Oktober, jedoch keine Strafzahlung aus fristloser Entlassung (Fr. 9'300.–). Sodann verlangt sie sinngemäss weiterhin eine Entschädigung von Fr. 6'625.– für Überstunden. Schliesslich rügt die Klägerin mit ihrer Bemerkung, dass für Kost und Logis ein Pauschalbetrag von Fr. 30.– einzusetzen sei, auch weiterhin sinngemäss, dass ihr in den Monaten Juni und Juli Fr. 567.– zuviel an Kost und Logis abgezogen wurden.



2. Auf ein Rechtsmittel kann nur eingetreten werden, wenn ein Rechtsschutzinteresse der Partei besteht, weil sie durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 4 zu Art. 63 ZPO). Die klägerische Beanstandung der betragsmässigen Berücksichtigung der Abzüge für Kost und Logis durch die Vorinstanz (Urteil, 9f.) entspricht diesen Erfordernissen nicht. Mit ihrer Kritik, es seien pauschal Fr. 30.– pro Tag zu berücksichtigen, knüpft sie an ihre Sachdarstellung im Schreiben vom 7. Oktober 2003 an (kläg. act. 7). Sie führte dort aus, es könnten bei einem möglichen Abzug von Fr. 30.– pro Tag und einer durchschnittlichen Anzahl Arbeitstage von 21.7 pro Monat maximal Fr. 651.– pro Monat abgezogen werden. Das Arbeitsgericht hat in seiner Berechnung, wie von Art. 29 Abs. 1 L-GAV verlangt, auf die Mindestansätze der eidgenössischen Steuerverwaltung für tatsächlich bezogene Leistungen abgestellt. Das entsprechende Merkblatt wurde vom Beklagten im Berufungsverfahren eingereicht (bekl. act. 12). Dieses Merkblatt sieht für volle Unterkunft und Verpflegung einen Tagesansatz von Fr. 30.– vor, dieser ist aber zur Berechnung für andere Verhältnisse aufgeschlüsselt in Beträge für Frühstück, Mittagessen, Abendessen und Unterkunft. Die Vorinstanz ist nach diesen Ansätzen vorgegangen und hat damit bei ihrer Lohnberechnung nur jene Kosten zum Abzug zugelassen, die dem Beklagten auch effektiv entstanden. Im Ergebnis resultierte damit ein tieferer Abzug, als die Klägerin mit ihrer eigenen Berechnung zugestanden hätte. Sie ist damit in diesem Punkt nicht beschwert, und ihre Kritik ist nicht nachvollziehbar.

3. Nach Art. 164 Abs. 1 ZPO ist eine nachträgliche Eingabe nur zulässig, wenn sie entweder (lit. a) erhebliche Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge enthält, die trotz zumutbarer Sorgfalt nicht früher vorgebracht werden konnten, oder (lit. b) das rechtliche Gehör es erfordert. Inwiefern die Vorbringen der Klägerin diesen Vorgaben genügen, braucht nicht geprüft zu werden, da sie, wie sich nachfolgend ergibt, nichts Wesentliches zur Entscheidungsfindung beitragen.

III.

1. An erster Stelle ist zu prüfen, ob die Klägerin berechtigterweise auf der Lohnzahlung für die Monate September und Oktober 2003 besteht. Die Klägerin wendet sich gegen



die Auffassung der Vorinstanz, wonach ein Aufhebungsvertrag geschlossen wurde. Aus ihrer Sicht kündigte der Beklagte unberechtigterweise, weil erstens der zugrunde liegende befristete Vertrag eine Kündigung nicht zulasse und weil sie zweitens im Zeitpunkt der Kündigung krank gewesen sei (B/4). Der Beklagte ist wie die Vorinstanz der Meinung, dass die Parteien das Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufhoben (B/13, 2-4).

a) Jedes laufende Arbeitsverhältnis kann von den beteiligten Parteien ungeachtet der für eine Kündigung geltenden Vorschriften und ohne Einhaltung von Formvorschriften im gegenseitigen Einvernehmen beendet werden (BSK-REHBINDER/PORTMANN, N 16 zu Art. 335 OR). Der Abschluss einer solchen, als Aufhebungsvertrag bezeichneten Vereinbarung darf allerdings nur mit Zurückhaltung angenommen werden. Es muss zweifelsfrei feststehen, dass die Parteien sich vom Arbeitsvertrag lösen wollen (BGer JAR 2001, 329; BGer 4C.339/2003 vom 19.2.04, E. 3.1). Darüber hinaus ist nach der Praxis das sog. Verzichtsverbot des Art. 341 OR zu beachten. Danach kann der Arbeitnehmer auf ihm zustehende Ansprüche während des Arbeitsverhältnisses und bis einen Monat nach dessen Beendigung nicht gültig verzichten. Ein Aufhebungsvertrag ist daher nur zulässig, wenn der Verzicht des Arbeitnehmers das Resultat eines echten Vergleichs ist, in welchem die Parteien gegenseitig auf Rechte verzichten (BGE 118 II 61 mit weiteren Hinweisen; BGer 4C.339/2003, a.a.O.). Dabei kann es aber nicht ausreichen, wenn der Arbeitnehmer auf die Lohnzahlung und der Arbeitgeber auf die Arbeitsleistung verzichtet (so aber BGer JAR 2001, a.a.O., BGer 4C.185/2001 vom 16.11.01, E. 3a). Der Arbeitnehmer muss ein eigenes vernünftiges Interesse an der vorzeitigen Aufgabe der Tätigkeit haben, weil er beispielsweise aus persönlichen Gründen seine Zeit sofort anderweitig verwenden will (W. PORTMANN, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, in: HARRER/PORTMANN/ZÄCH (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, 365f.).

b) Vorab ist in diesem Zusammenhang auf den klägerischen Einwand der Unkündbarkeit des Vertrages einzugehen (B/4).

aa) Der ursprüngliche Arbeitsvertrag war angesichts der Vorgaben des hier geltenden L-GAV (Art. 357 OR; Art. 4 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung



St.Galler Gerichte

von Gesamtarbeitsverträgen [SR 221.215.311]; Art. 2 des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des Landes-Gesamtarbeitsvertrages des Gastgewerbes vom 19. November 1998 [BBI 1998 5535f.], verlängert durch Bundesratsbeschluss vom 8. Dezember 2003 [BBI 2003 8117f.]) nicht ordentlich kündbar. Er konnte somit während der befristeten Vertragsdauer nicht von einer Vertragspartei unter Einhaltung einer vertraglichen Kündigungsfrist auf einen bestimmten Termin hin einseitig aufgelöst werden. Art. 6 Abs. 3 L-GAV 1998 sieht in diesem Zusammenhang vor, dass die Kündbarkeit befristeter Verträge schriftlich vereinbart werden muss. Liegt keine schriftliche Abrede vor, gilt der Vertrag – unter Vorbehalt der zwingenden Regeln des Arbeitsrechts über die fristlose Kündigung (Art. 358 i.V.m. Art. 361 und Art. 337 OR) – als unkündbar.

Unbestrittenermassen hatten die Parteien zu keiner Zeit schriftlich die Kündbarkeit ihres befristeten Arbeitsverhältnisses vereinbart. Es konnte damit nicht durch eine ordentliche Kündigung aufgelöst werden. Gemäss den obigen Ausführungen bleibt dieser Umstand aber bedeutungslos, wenn ein Aufhebungsvertrag abgeschlossen wurde.

bb) Nach Art. 336c Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 336c Abs. 2 OR darf der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer während dessen Krankheit nicht ordentlich kündigen und ist eine gleichwohl erfolgte Kündigung nichtig (REHBINDER/PORTMANN, a.a.O., N 2 zu Art. 336c OR).

Vorliegend kann diese Bestimmung damit entgegen der Ansicht der Klägerin zum Vorneherein nicht zur Anwendung kommen; der Beklagte konnte den Vertrag gar nicht ordentlich kündigen. Es ist aber gleichwohl darauf hinzuweisen, dass auch ein während einer Krankheit geschlossener Aufhebungsvertrag die Geltung des Kündigungsschutzes ausschliessen würde, wenn die von der Praxis aufgestellten spezifischen Gültigkeitsvoraussetzungen eingehalten wären (REHBINDER/PORTMANN, a.a.O.). Es versteht sich, dass damit auch ein während einer krankheitsbedingten Abwesenheit von einem befristeten Arbeitsverhältnis geschlossener Aufhebungsvertrag gültig sein kann.



c) Der Beklagte behauptete in erster Instanz, die Klägerin habe am 17. Juli 2003 auf eigenen Wunsch mündlich gekündigt, dies unter Angabe persönlicher Gründe. Im gegenseitigen Einvernehmen habe man auf eine schriftliche Kündigung verzichtet. Die Klägerin habe im Anschluss daran noch eine vereinbarte Kündigungszeit von 14 Tagen absolviert. Anschliessend habe sie noch temporär gearbeitet (Klageantwort, 1; vgl. auch B/13, 2). Er behauptet mit anderen Worten sinngemäss, der ursprüngliche Arbeitsvertrag sei per Ende Juli 2003 einvernehmlich aufgehoben worden. Nachher habe es noch eine stundenweise Beschäftigung gegeben. Die Klägerin ihrerseits behauptet, Mitte Juli 2003 habe ihr der Beklagte zunächst zu verstehen gegeben, sie sei für ihn finanziell nicht mehr tragbar. Das sei für sie angesichts der sommerlichen Hitzeperiode und dem ihr bekannten Umsatz zu jenem Zeitpunkt auch verständlich gewesen. Er habe ihr dann eine neue Arbeitsstelle vermitteln wollen, die sie aber aufgrund des Lohnes nicht angenommen habe. In der Zwischenzeit hätten sich im Betrieb des Beklagten drei Interessentinnen vorgestellt, keine habe aber die Stelle angetreten. Der Beklagte sei aufgrund dieser Tatsache wieder auf sie zugekommen und habe ihr dann erklärt, dass er das Arbeitsverhältnis nun doch bis Ende Oktober aufrechterhalten wolle. Sie habe daher zunächst ohne Unterbrechung bis am Dienstag, 5. August 2003 weitergearbeitet, bevor sie krank geworden sei. Sie äusserte in diesem Zusammenhang weiter die Behauptung, der Beklagte habe ihr beim zweiten Telefongespräch, mit welchem sie sich etwa eine Woche nach dem ersten Tag der krankheitsbedingten Abwesenheit nochmals entschuldigt hatte, eröffnet, dass er jetzt doch eine neue Serviertochter habe. Da habe sie ihn auf die krankheitsbedingte Unkündbarkeit hingewiesen und gewusst, dass sie nicht mehr erwünscht sei (Klage, 3).

Aufgrund der übereinstimmenden Darstellung der Parteien muss angenommen werden, dass Mitte Juli 2003 über die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses diskutiert wurde. Der Beklagte geht dabei explizit von einem einvernehmlichen Vorgehen aus, dessen Auslöser persönliche Gründe bei der Klägerin gewesen sein sollen. Die Klägerin sieht den Grund bei finanziellen Erwägungen des Beklagten. Auch sie gibt aber sinngemäss zu verstehen, dass sie mit dem Vorgehen einverstanden gewesen sei. Es ist somit davon auszugehen, dass sich die Parteien über eine vorzeitige Beendigung im Grundsatz einig waren. Unterschiedlich sind jedoch die Behauptungen der Parteien zum Grund und der Motivation hierfür. Richtig erscheint diesbezüglich die Darstellung des Beklagten. Die Klägerin argumentiert in diesem



Zusammenhang nämlich widersprüchlich. Hätten tatsächlich einzig wirtschaftliche Erwägungen des Beklagten im Vordergrund gestanden, dann wäre nicht nach einer Nachfolgerin für die Klägerin gesucht worden. Dass aber eine Nachfolgerin eingestellt werden sollte, ist erwiesen. Die entsprechende Behauptung der Klägerin wurde von der Zeugin bestätigt (vi-act. 17, 4). Dieser Schluss ergibt sich aber auch aus dem Umstand, dass die Klägerin nach dem 31. Juli 2003 tatsächlich weiterarbeitete; das macht nur Sinn, wenn die Stelle weiter besetzt gehalten werden sollte. Schliesslich ist weder behauptet noch sonst ersichtlich, dass der Beklagte etwelche andere Gründe hatte, die Zusammenarbeit mit der Klägerin zu beenden. Konsequenterweise muss es die Klägerin gewesen sein, die das Arbeitsverhältnis vorzeitig beenden wollte.

Erwiesen ist daher auch gleichzeitig, dass sich die Parteien trotzdem auf eine weitere Zusammenarbeit einigten, weil innert nützlicher Frist keine Nachfolgerin gefunden werden konnte. Angesichts der Interessenlage – die Klägerin wollte zu arbeiten aufhören, der Beklagte suchte eine Nachfolgerin – erscheint dies als einzig mögliche Erklärung, weshalb nicht an der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses festgehalten wurde. Das muss auch heissen, dass in diesem Punkt der Zeugin nicht gefolgt werden kann, soweit sie etwas anderes vorbringt. Sie sagte zunächst

(vi-act. 17, 3), man habe die Klägerin während der angeblich vereinbarten Kündigungsfrist von 14 Tagen angefragt, ob sie bereit wäre, noch länger zu arbeiten. Eine solches Vorgehen ergibt nur einen Sinn, wenn nach einer Nachfolgerin gesucht, aber noch keine gefunden werden konnte. Im weiteren Verlauf der Einvernahme sagte sie dann aber aus, man habe erst bei der Abwesenheit der Klägerin nach einer Aushilfe gesucht (vi-act 17, 4). Insofern ist die Aussage insgesamt unklar. Nach dem Gesagten ergibt sich nur ein stimmiges Bild des Ablaufes, wenn die zunächst fehlgeschlagene Personalsuche der Grund war, weshalb die Klägerin noch länger blieb.

d) Erst vor dem so skizzierten Hintergrund stellt sich die Frage, welche Modalitäten die Parteien für ihre weitere Zusammenarbeit vereinbarten. Zu beurteilen ist damit, ob die Parteien bei dieser Gelegenheit den zeitlichen Horizont der Zusammenarbeit auf eine neue Grundlage stellen wollten. Der Beklagte bejaht dies. Seiner Ansicht nach wurde von der Befristung der Zusammenarbeit einvernehmlich abgesehen und fortan nur



noch auf Zusehen hin eine stundenweise Beschäftigung vereinbart. Die Klägerin dagegen geht von einem Festhalten an der ursprünglichen Befristung aus.

Die Auffassung des Beklagten ist in dieser Form nicht zu belegen. Zu berücksichtigen ist hier, wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausführt, dass der Beklagte der Klägerin im August ein Krankentaggeld ausrichtete (Urteil, 5). Bei der behaupteten stundenweisen Aushilfstätigkeit hätte dafür aber kein Anlass bestanden. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, dass der Beklagte klar zwischen der Situation vor und nach dem 31. Juli 2003 unterschied; die August-Lohnabrechnung 2003 enthält mit der Abgeltung von acht Freitagen und zwei zusätzlichen Arbeitstagen auch Bestandteile, die sich auf die Zeit vor dem 31. Juli 2003 bezogen haben müssen. Schliesslich ist auch erwiesen, dass die Klägerin in der Zeit vom 1. bis zum 5. August 2003 zeitlich in gleichem Umfang gearbeitet hatte wie vor dem 31. Juli 2003.

Allerdings kann auch der Darstellung der Klägerin nicht gefolgt werden. Sie selber geht zunächst davon aus, dass eine vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach dem Willen der Parteien hätte möglich sein sollen. Sie wendet sich nur dagegen, dass der Beklagte während der Krankheit gekündigt habe, nimmt also an, dass ansonsten eine vorzeitige Beendigungsmöglichkeit im Sinne der Parteien gewesen wäre. Bestätigt wird diese Interpretation des klägerischen Standpunkts durch das von ihr am 12. September 2003 dem Beklagten gesandte Schreiben (bekl. act. 5). Dort äusserte sie sich lediglich dahingehend, dass ihr aus der Zeit ihrer krankheitsbedingten Abwesenheit noch weitere Lohnansprüche zustehen würden. Gegen ihre Behauptung sprechen weiter die obengenannten Umstände. Wenn die Klägerin von sich aus das Arbeitsverhältnis beenden wollte und nur wegen des Fehlens von kurzfristig gesuchtem, anderweitigem Servicepersonal blieb, dann ist eine unveränderte Fortführung des Arbeitsverhältnisses unter den ursprünglichen Bedingungen nicht die naheliegende Lösung. Der weitere Verlauf der Ereignisse bestätigt diese Einschätzung. Es ist mangels weiterer Anhaltspunkte nicht wahrscheinlich, dass man erst wegen fehlender Alternativen ausdrücklich an der Fortdauer des Vertrages bis Ende Oktober 2003 festhielt und dann kaum zwei Wochen später bei abgesehen von einer durch eine Versicherung gedeckten Krankheitsabsenz gleichen Verhältnissen die eine Partei diese Vereinbarung einfach bricht.



e) Im arbeitsrechtlichen Verfahren muss und darf das Gericht sein Urteil auf alle erheblichen, im Laufe des Verfahrens erstellten Tatsachen stützen, auch wenn sich die Parteien zur Begründung ihrer Anträge nicht darauf berufen haben (BGE 107 II 236). Die Zeugin führte in ihrer Befragung wie erwähnt aus, dass die Klägerin angefragt worden sei, ob sie entgegen der getroffenen Abmachung doch noch weiterarbeiten wolle. Angesichts des Fehlens einer Nachfolgerin lenkte die Klägerin ein. Es ist daher zu beurteilen, ob die Parteien im Rahmen ihrer Verhandlungen über die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses übereinkamen, dass das Arbeitsverhältnis nach dem 31. Juli 2003 unverändert weitergeführt werden sollte, bis sich eine andere Angestellte bzw. Aushilfe finden würde.

Die Parteien trafen eine solche Abrede. Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe ihr beim zweiten Telefongespräch, mit welchem sie sich etwa eine Woche nach dem ersten Tag der krankheitsbedingten Abwesenheit nochmals entschuldigt hatte, eröffnet, dass er jetzt doch eine neue Serviertochter habe. Da habe sie ihn auf die krankheitsbedingte Unkündbarkeit hingewiesen und gewusst, dass sie nicht mehr erwünscht sei (Klage, 3). Dass die beiden Telefongespräche mit einem Abstand von etwa einer Woche stattgefunden haben, ist erwiesen (kläg. act. 8=bekl. act. 1; vi-act. 17, 10). Ebenso steht fest, dass der Beklagte bereits nach dem zweiten Telefonat wusste, dass die Klägerin weiterhin krank sein würde (vi-act. 17, 10). Dieser von der Klägerin als Kündigung aufgefasste Gesprächsinhalt korrespondiert auffällig mit der vom Beklagten erstellten Lohnabrechnung für den Monat August 2003. Der Beklagte weist für diesen Monat 8 Freitage aus. Dabei kann es nur darum gegangen sein, zum Schluss des Arbeitsverhältnisses die entsprechenden, insgesamt nach Meinung des Beklagten aufgelaufenen Ansprüche der Klägerin abzugelten (so auch bekl. act. 1=kläg. act. 8). Der Beklagte verzeichnet für diesen Monat sodann effektiv 7 Arbeitstage. Fünf dieser Arbeitstage fallen auf den 1. bis 5. August 2003. Die Klägerin nahm ihre Arbeit nach dem 5. August 2003 nicht mehr auf. Die beiden weiteren vergüteten effektiven Arbeitstage können damit angesichts der nach dem betrieblichen Ruhetag vom 6. August 2003 am 7. und 8. August vorgenommenen Kompensation (vgl. dazu Klage, 2; vi-act. 17, 3f.) nur anderweitige Überstunden ohne ausdrückliche Bezeichnung als solche abgegolten haben oder auf einem Irrtum des Beklagten beruhen. In der Lohnabrechnung sind weiter 5 Krankheitstage verzeichnet. Plausibel erscheint einzig, diese 5 Tage zeitlich vom 11. bis 15. August 2003 anzusiedeln. Das Wochenende vom



9./10. August 2003 war als frei vorgesehen (Klage, 2, vi-act. 17, 3f.), der 7. und 8. August 2003 wurden nach dem Gesagten ausbezahlt oder wie verabredet für Kompensation eingesetzt. Für diese Einschätzung spricht schliesslich auch, dass der Beklagte nach dem zweiten Telefonat wusste, dass die Klägerin weiterhin krank sein würde (vi-act. 17, 10). Entscheidend ist nun aber, dass eine nachvollziehbare Begründung, weshalb der Kläger nur 5 Krankheitstage berücksichtigte, nur darin liegen kann, dass er im Verlauf des Monats und während der krankheitsbedingten Abwesenheit der Klägerin annahm, das Arbeitsverhältnis sei beendet. Andernfalls hätte er diese Abwesenheit bei der Lohnabrechnung voll berücksichtigt. Im Zusammenhang mit der von der Klägerin behaupteten Kündigung und deren Zeitpunkt – nach Angaben der Klägerin wurde diese ungefähr eine Woche nach dem ersten Tag der krankheitsbedingten Abwesenheit anlässlich des zweiten Telefonats ausgesprochen, die Zeugin bestätigte den zeitlichen Ablauf der Telefonate – muss das heissen, dass der Kläger von der Beendigung des Arbeitsvertrages zu diesem Zeitpunkt ausging. Angesichts der Gründe, welche entgegen der ursprünglichen Absicht der Parteien zu einer Verlängerung des Arbeitsverhältnisses geführt hatten, ist zu schliessen, dass der Beklagte so vorging, weil er nun offensichtlich in der Zwischenzeit einen Ersatz für die Klägerin gefunden hatte und damit das Vertragsverhältnis wie aus seiner Sicht vereinbart beendet werden konnte.

Die Klägerin verstand die im Juli 2003 getroffene Abrede entgegen ihrer heutigen Behauptungen wie der Beklagte. Dass dem so ist, ergibt sich zunächst aus jenen Argumenten, die schon gegen eine unveränderte Fortführung des ursprünglichen Vertrages angeführt wurden. Zweitens ist auf die von der Klägerin mit einer Saldoerklärung unterzeichnete Lohnabrechnung für August 2003 hinzuweisen. Wie gesehen ist dort klar ersichtlich, dass der Beklagte das Arbeitsverhältnis bereits vor dem 28. August 2003, dem Tag der Unterzeichnung des Dokuments, als abgeschlossen betrachtete. Er lokalisierte danach den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses angesichts der nur für 5 Tage ausgerichteten Krankheitsentschädigung während dieser krankheitsbedingten Abwesenheit. Bereits daraus ergibt sich auch, dass die Klägerin entgegen ihrer heutigen Behauptungen den Beklagten nicht auf eine krankheitsbedingte Unkündbarkeit hingewiesen haben kann, sondern mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einverstanden war. Diese Interpretation wird auch durch das Schreiben der Klägerin vom 12. September 2003



St.Galler Gerichte

(bekl. act. 5) bestätigt. Dessen Inhalt weist darauf hin, dass sie erst in diesem späteren Zeitpunkt dem Beklagten zu verstehen gab, dass eine wegen Krankheit unzulässige Kündigung vorliege, die ihrer Auffassung nach zeitlich nicht so wirken könne, wie der Beklagte meine.

f) Nach dem Gesagten beendigten die Parteien ihr Arbeitsverhältnis auf der Grundlage der Ende Juli 2003 getroffenen Abrede unmittelbar während der krankheitsbedingten Abwesenheit der Klägerin. Das geschah, als ihr der Beklagte telefonisch mitteilte, dass er jetzt doch eine neue Angestellte gefunden habe. Aus der Sicht des Beklagten muss es sich dabei um das Angebot gehandelt haben, das Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufzuheben. Das ergibt sich aus der Vereinbarung von Ende Juli 2003 sowie dem dort zugrunde liegenden Umstand, dass auch die Klägerin Gründe hatte, den Vertrag ursprünglich vorzeitig aufzulösen. Dass sich ihre Interessenlage in der Zwischenzeit geändert hätte, ist nicht ersichtlich. Dass der Beklagte andererseits einen Grund gehabt haben sollte, den Vertrag einseitig aufzulösen, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Die Klägerin stimmte dieser Offerte entgegen ihrer heutigen Äusserungen zu. Sie stellte sich erst nachträglich auf den Standpunkt, es liege eine unzulässige Kündigung vor (bekl. act. 5); vorher hatte sie noch eine Saldoquittung (bekl. act. 2) unterzeichnet. Dort hatte sie die frühere Beendigung des Vertragsverhältnisses bestätigt. Es kann daher angesichts der gesamten Umstände, welche nicht einfach nur die Saldoquittung vom 28. August 2003 berücksichtigen, sondern vor allem auch auf die Vereinbarung vom Juli 2003 und die dort zugrunde liegende Interessenlage abstellen, auf den Abschluss eines Aufhebungsvertrages geschlossen werden.

Dieser Aufhebungsvertrag – und daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Klägerin zwischenzeitlich krank geworden war – erscheint im Hinblick auf Art. 341 OR nicht als unzulässig. Die Beendigung des Vertragsverhältnisses war zumindest auch im Interesse der Klägerin. Nachdem sie bereits Ende Juli aufhören wollte und bis zum Finden eines Ersatzes blieb, konnte sie so mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung ihren Wunsch verwirklichen, die Arbeitsstelle zu verlassen. Indem der Beklagte eine neue Bedienung einstellte, lebte er lediglich der im Juli 2003 vor Beginn der Krankheit getroffenen Vereinbarung nach. Von einer Umgehung zwingender Kündigungsschutzbestimmungen (vgl. PORTMANN, a.a.O., 365) kann jedenfalls nicht die Rede sein.



g) Damit kann dem vorinstanzlichen Urteil insoweit nicht gefolgt werden, als dort zeitlich der Abschluss des Aufhebungsvertrages per 31. August 2003 angenommen wurde. Der Beklagte hat aber auf die Anfechtung des Urteils verzichtet. Die Korrektur bleibt damit im Ergebnis ohne Konsequenzen, wenn im übrigen der vorinstanzlichen Berechnung der Ansprüche der Klägerin zugestimmt werden kann. Das ist nachfolgend zu prüfen.

2. a) Die Klägerin wendet sich gegen die vorinstanzliche Einschätzung, wonach die von ihr geltend gemachten Überstunden nicht ausgewiesen sind. Sie begründet ihre Kritik mit zwei Argumenten. An erster Stelle verweist sie auf die Zeugeneinvernahme. Die Zeugin wurde dort im Zusammenhang mit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses über den 31. Juli 2003 hinaus mit der klägerischen Behauptung (vgl. Klage, 2) konfrontiert, sie selber habe ihr vor dem ohnehin als arbeitsfrei vorgesehenen Wochenende vom 8. bis 10. August 2003 gesagt, sie brauche auch am 7. August 2003 nicht arbeiten zu kommen, weil sie ja ohnehin zu viele Stunden habe. Diese Schilderung der Klägerin wurde von der Zeugin bestätigt (vi-act. 17, 3f.). Weiter verweist die Klägerin auf Art. 21 Abs. 3 L-GAV. Danach wird die persönliche Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Streitfall zum Beweis zugelassen, wenn der Arbeitgeber nicht wie von Art. 21 Abs. 2 L-GAV gefordert selber darüber Buch führt. Dazu gehört gemäss Art. 15 Abs. 7 L-GAV auch die monatliche unterschriebene Bestätigung dieser Aufstellung durch den Arbeitnehmer. Der Beklagte argumentiert zunächst, die Klägerin sei für den Nachweis der Überstunden beweisbelastet. Der von ihr angeführte Art. 21 Abs. 3 L-GAV konkretisiere lediglich den dabei nach Art. 103ff. ZPO vorgesehenen Urkundenbeweis. Die Bestimmung beinhaltet seiner Meinung nach weder eine von den ordentlichen Regeln abweichende Beweislastvereinbarung noch eine Beweisregel, die der Arbeitszeitkontrolle des Arbeitnehmers eine besondere Beweiskraft zuweisen würde. Weiter führt er aus, die Klägerin habe den ihr obliegenden Nachweis der geleisteten Überstunden nicht erbringen können, weil sie in diesem Zusammenhang nachweislich falsche und unglaubwürdige Behauptungen aufgestellt habe (B/13, 4f.).

b) aa) Art. 21 Abs. 3 L-GAV ist nicht in die bundesrätliche Allgemeinverbindlicherklärung aufgenommen worden ist. Nachdem weder eine Mitgliedschaft der Streitparteien bei den Vertragsparteien des L-GAV noch ihr



Anschluss an diesen Vertrag ersichtlich ist, findet diese Bestimmung hier keine Anwendung (vgl. Art. 356 Abs. 1, 356b Abs. 1 und Art. 357 Abs. 1 OR; REHBINDER/PORTMANN, a.a.O., N 15ff. zu Art. 357 OR). Die klägerische Auffassung ist aber auch sonst unzutreffend. Sie schliesst offensichtlich, dass nach dieser Bestimmung die persönliche Arbeitszeitkontrolle des Arbeitnehmers im Fall des Nichtbefolgens der massgebenden Vorschriften seitens des Arbeitgebers unmittelbar den Beweis für die behaupteten Überstunden erbringen würde, d.h. ohne weiteres von den dort eingetragenen Zahlen auszugehen wäre. Eine solche Deutung schliesst bereits der klare Wortlaut der von der Klägerin ins Feld geführten Bestimmung aus. Diese spricht lediglich davon, dass den Aufzeichnungen des Arbeitnehmers in einer solchen Situation die Qualität eines Beweismittels zuzuerkennen sei. Davon, dass der Beweis dann nur so erbracht werden könne oder dass in diesem Fall die Aufzeichnungen des Arbeitnehmers verbindlich sein sollen, ist nicht die Rede.

bb) Das Vorbringen der Klägerin zur Zeugenaussage ist eine Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung. Das Arbeitsgericht stellte hier einleitend richtig fest, dass die Klägerin für die von ihr behaupteten Überstunden die Beweislast trifft (Urteil, 7). Mit anderen Worten könne der klägerische Anspruch nicht geschützt werden, wenn das vorhandene Tatsachenmaterial das Gericht nicht zur vollen Überzeugung bringen könne, dass der von der Klägerin geschilderte Sachverhalt zutreffend sei. Das Gericht listete in diesem Zusammenhang verschiedene Gründe auf, welche zum Schluss führten, dass nicht auf die von der Klägerin im Rahmen der Klagebegründung aufgeführten Stundenzahlen abgestellt werden könne. Erstens hatte die Klägerin wohl behauptet, die in der Klagebegründung verzeichnete Stundenaufstellung sei eine Reinschrift. Sie reichte aber trotz entsprechender Aufforderung die vom Gericht verlangten ursprünglichen Aufschriebe nicht ein. Nicht glaubhaft war weiter, dass in der Aufstellung der Klägerin auffallend regelmässige Arbeitszeiten angegeben sind, die zudem vor allem auch zeitlich mit den ordentlichen Schliesszeiten des Restaurants korrelieren. Ein anderer gegen die Klägerin sprechender Aspekt bestand darin, dass ein von der Klägerin zum Beweis vorgelegtes Bahnticket nach Auffassung des Gerichts eher die vom Beklagten geschilderte Darstellung stützte. Danach hörte die Klägerin vor dem Ruhetag vom Mittwoch jeweils bereits um 21 Uhr abends zu arbeiten auf, um den Zug zu ihrem Wohnort in Österreich zu erreichen. Schliesslich stellte das Gericht auch auf die Aussage der Zeugin ab. Diese führte aus, die Klägerin sei nach Arbeitsschluss



noch öfter im Restaurant verblieben, weil es ansonsten bei dem abgelegenen Restaurant nicht viel zu unternehmen gegeben habe. Bei dieser Gelegenheit habe sie dann und wann auch nach Arbeitsschluss Gäste bedient. Das Gericht zweifelte auf dieser Grundlage an den von der Klägerin für drei Abende ausgewiesenen, im Vergleich zu den Aufschrieben des Beklagten regelmässig längeren Arbeitszeiten.

Es ist richtig, dass die Vorinstanz die von der Klägerin angeführte Protokollpassage nicht in ihre Beweiswürdigung einbezog. Die dort gemachte Aussage liesse sich tatsächlich als Hinweis interpretieren, dass die Klägerin entgegen der Darstellung des Beklagten und den von ihm eingereichten Stundenaufschrieben Überstunden geleistet hatte. Immerhin hätte aufgrund der Aufschriebe des Beklagten kein Anlass bestanden, weitere Kompensationstage zu gewähren, da danach in jenem Zeitpunkt ein Minussaldo bestand. Auch die beiden in der Lohnabrechnung für den August zuviel aufgeführten effektiven Arbeitstage könnten nach dem Gesagten so gedeutet werden. Allerdings darf die Aussage der Zeugin auch nicht überbewertet werden. Sie machte diese Angaben in einem anderen Zusammenhang, nämlich in der Frage der Fortdauer der Anstellung über den 31. Juli 2003 hinaus. Dabei bestätigte sie lediglich die vom Gericht vorgetragene klägerische Behauptung. Entscheidend aber ist, dass mit dieser Aussage allein und der gegebenenfalls entsprechend interpretierten August-Lohnabrechnung der Beweis für die Klägerin nicht erbracht ist. Die kritischen Aspekte, die von der Vorinstanz zu Recht und schlüssig erörtert wurden, mögen damit etwas weniger gewichtig erscheinen, diese festgestellten Unstimmigkeiten werden damit aber für sich betrachtet nicht plausibel erklärt. Aber nur mit der klägerischen Aufstellung in der Klage – prozessual kein Beweis, sondern eine reine Behauptung –, der von der Klägerin angeführten Aussage der Zeugin und der angesprochenen Lohnabrechnung kann der Beweis für die geleisteten Überstunden nicht erbracht werden. Es bleibt auch dann offen, ob und wieviele Überstunden noch gegeben wären. Das gilt umso mehr, als der Beklagte die klägerische Aufstellung nicht einfach global bestritt, sondern seinen Standpunkt selber detailliert darstellte. Weil schliesslich von der Klägerin auch kein weiterer Beweis beantragt wurde und ein solcher sich im Übrigen aufgrund der Aktenlage auch nicht anbietet, bleibt es bei der vorinstanzlichen Beweiswürdigung.

3. Die vorinstanzliche Berechnung (Urteil, 8-10) der ausstehenden Lohnansprüche der Klägerin wird von dieser nicht weiter in Zweifel gezogen. Es ist auch nicht ersichtlich,



dass deren Beurteilung fehlerhaft sein könnte. Es erübrigt sich, darauf weiter einzugehen.

4. Soweit auf die die Berufung eingetreten werden kann, ist diese damit gesamthaft unbegründet und daher abzuweisen.