



|                           |                                    |
|---------------------------|------------------------------------|
| <b>Fall-Nr.:</b>          | BZ.2006.103                        |
| <b>Stelle:</b>            | Kantonsgericht                     |
| <b>Rubrik:</b>            | Zivilkammern (inkl. Einzelrichter) |
| <b>Publikationsdatum:</b> | 23.07.2007                         |
| <b>Entscheiddatum:</b>    | 23.07.2007                         |

### **Entscheid Kantonsgericht, 23.07.2007**

**Art. 1, 320 Abs. 2 und 322 Abs. 1 OR; Art. 101 ZPO. Der beklagte Gastrobetrieb suchte die Stelle eines Kochs neu zu besetzen. Der Kläger meldete sich, arbeitete nach einer Einführung während rund einer Woche bei der Beklagten und wurde im Anschluss krank. In der Meinung, mit der Beklagten einen unbefristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen zu haben, klagte er Lohn und Krankentaggeld ein. Aufgrund der gesamten Umstände konnte der Abschluss eines Arbeitsvertrags nicht bewiesen werden. Die Beklagte wurde aber gestützt auf Art. 320 Abs. 2 OR verpflichtet, dem Kläger für die geleisteten Arbeitseinsätze den branchenüblichen Lohn auszurichten (Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 23. Juli 2007, BZ.2006.103).**

#### Erwägungen

I.

1. Der Kläger trat mit der Beklagten im Hinblick auf eine Anstellung als Koch in deren Betrieb, dem Hotel X, in Kontakt. Der Kläger arbeitete daraufhin unbestrittenermassen zumindest am 1., 5. und 13. September 2005 im Hotel X (Berufung, 6; Klageantwort, Beilage, 2; kläg. act. 21). Am 13. September 2005 besprachen sich die Parteien über den Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrags mit rückwirkendem Beginn per 5. September 2005. Ob das dabei aufgesetzte Vertragsdokument (kläg. act. 2 bzw. kläg. act. 19 bzw. bekl. act. 2) durch beidseitige Unterzeichnung und Austausch der entsprechenden Erklärungen Wirksamkeit erlangte, ist umstritten. Der Kläger wurde in der Folge am 15. September 2005 per 13. September 2005 nachmittags bis Ende 2005 zu 100% ärztlich krankgeschrieben (kläg. act. 3-6).



## St.Galler Gerichte

In der Meinung, zwischen den Parteien bestehe ein Arbeitsvertrag, verlangte dann der Kläger von der Beklagten die Auszahlung von Lohn und Krankentaggeld (kläg. act. 8-10). Die Beklagte bestritt diese Ansprüche. Der Kläger habe nur zur Probe in ihrem Betrieb gearbeitet. Das von ihr unterzeichnete Vertragsdokument habe er seinerseits nie unterschrieben zurückgegeben (kläg. act. 11). Für den Fall, dass dennoch das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zu bejahen sei, kündigte sie dieses mit Schreiben vom 1. Dezember 2005 innerhalb der Probezeit per 5. Dezember 2005 (kläg. act. 21).

2. Mit Eingabe vom 8. März 2006 machte der Kläger seine Ansprüche mit den eingangs erwähnten Anträgen beim Arbeitsgericht geltend. Das angerufene Gericht nahm in der Sache eine Zeugenbefragung vor (vi-act. 7 [Beweisbeschluss vom 24.4.06]; vi-act. 27 und 28 [Zeugeneinvernahmen A und B vom 19.9.06]) und wies die Klage mit Urteil vom 19. September 2006 ab.

3. Am 18. Dezember 2006 erhob der Kläger gegen dieses Urteil unter Beibehaltung seines erstinstanzlichen Rechtsbegehrens Berufung (B/1). Die Beklagte beantragt ihrerseits mit Berufungsantwort vom 26. Januar 2007 die Abweisung der Berufung (B/9).

Die Verfahrensleitung fragte in der Folge beim Kläger (B/12) und dann auf Zustimmung der Parteien hin (B/13 und B/15) mit Schreiben vom 23. April 2007 auch bei der als zuständige Stelle in Frage kommenden Arbeitslosenkasse nach, ob der Kläger in der fraglichen Periode vom 1. September 2005 bis 5. Dezember 2005 Arbeitslosengelder bezogen habe (B/16). Die Arbeitslosenkasse erstattete ihre Antwort am 24. April 2007 (B/17). Den Parteien wurde daraufhin am 25. April 2007 Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt (B/18), welche der Kläger mit Eingabe vom 7. Mai 2007 wahrnahm (B/19).

Weiter wurden dem Kläger am 26. Juni 2006 seinem Antrag entsprechend (Berufung, 5) die Aufnahmen sowie die Protokolle der vorinstanzlichen Zeugenbefragung zur Einsicht zugestellt (B/22).

II.



Der Kläger war vor dem behaupteten Stellenantritt arbeitslos gemeldet und wurde vom Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) betreut (vgl. vi-act. 16 [Amtsauskunft RAV]. Nach Art. 29 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG; SR 837.0) richtet die zuständige Arbeitslosenkasse auch Taggelder aus, wenn begründete Zweifel darüber bestehen, ob für die Zeit des Arbeitsausfalls Ansprüche gegenüber einem Arbeitgeber bestehen. Diese Ansprüche gehen im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigung auf die Arbeitslosenkasse über. Die Kasse kann diese Ansprüche im Prozess zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Rahmen eines Parteiwechsels nach Art. 53 Abs. 2 ZPO geltend machen (GVP 1994 Nr. 52). Aus diesem Grund wurde bei der als zuständige Stelle in Frage kommenden (vgl. bekl. act. 6) Arbeitslosenkasse nachgefragt, ob der Kläger in der Zeit vom 1. September bis 5. Dezember 2005 Leistungen aus Arbeitslosenversicherung bezogen habe (B/16). Die angefragte Arbeitslosenkasse bestätigte ihre Zuständigkeit, verneinte aber, dass in der fraglichen Zeit Leistungen ausgerichtet wurden.

Soweit im vorliegenden Prozess Lohnansprüche des Klägers bejaht werden, ist der Kläger damit auch aktivlegitimiert.

### III.

1. Der Kläger ist der Auffassung, für den ersten, von ihm als Schnuppertag bezeichneten Arbeitseinsatz vom 1. September 2005 einen Lohnanspruch zu haben (Klage, 8). Er geht weiter auf der Grundlage verschiedener rechtlicher Argumente davon aus, dass die Parteien vom 5. September bis 5. Dezember 2005 in einem Arbeitsverhältnis standen und daher in dieser Zeit Anspruch auf Lohnzahlung und Krankentaggeld bestand. Vorerst sollen die Parteien bereits am 1. September 2005 mündlich einen Arbeitsvertrag mit Arbeitsbeginn am 5. September 2005 geschlossen haben (Klage, 4; Berufung, 6). In der Klage (7), auf welche auch in der Berufung (5) verwiesen wird, behauptet er weiter, mit der Beklagten im Anschluss daran am 13. September 2005 rückwirkend per 5. September 2005 einen schriftlichen Arbeitsvertrag geschlossen zu haben, welcher den mündlichen Vertrag hinsichtlich des Gehalts (Fr. 4'300.- statt Fr. 4'500.- brutto) modifiziert habe. Daneben wird vorgebracht, aufgrund



der Umstände liege jedenfalls ein konkludenter Vertragsschluss (Klage, 10) bzw. ein faktisches Vertragsverhältnis vor (Berufung, 6-8). Die Beklagte bestreitet das Vorliegen eines mündlichen oder schriftlichen Vertragsschlusses. Der Kläger habe auf seinen Wunsch kostenlos zweieinhalb Tage zur Probe bei ihr gearbeitet und dann die von ihr vorgelegte schriftliche Vertragsofferte nicht angenommen, sondern sich anschliessend krankgemeldet (Klageantwort, Beilage).

Nachfolgend wird an erster Stelle geprüft, ob dem Kläger für die Zeit vom 5. September 2005 bis 5. Dezember 2005 Ansprüche auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags zukommen. Vor dem Hintergrund dieser Beurteilung wird dann zu erörtern sein, ob für den Einsatz vom 1. September 2005, und - bei Verneinung des Vorliegens eines Arbeitsvertrags im Sinn des Klägers - für die weiteren Arbeitseinsätze dennoch ein Lohnanspruch besteht.

2. Das Vorliegen eines gültigen schriftlichen Arbeitsvertrages wurde von der Vorinstanz verneint. Bei dieser Beurteilung stützte sie sich massgeblich auf den Umstand, dass das vom Kläger angerufene Vertragsdokument in drei Versionen existiert (Original lediglich mit Unterschrift der Beklagten [bekl. act. 2]; Fotokopie mit Originalunterschrift des Klägers und kopierter Unterschrift der Beklagten [kläg. act. 19, eingereicht aufgrund Beweisbeschluss]; Fotokopie mit kopierten Unterschriften beider Parteien [kläg. act. 2, eingereicht mit Klage]), keines dieser Dokumente aber die Originalunterschriften beider Parteien enthält. Die Vorinstanz schloss aus diesem Sachverhalt, dass die Beklagte selber den Vertrag am 13. September 2005 unterschrieb, der Kläger seinerseits noch keine sofortige Zustimmung geben wollte und die Beklagte daher dem Kläger vorderhand eine Kopie des nur von ihr unterzeichneten Originals mitgab. Der Kläger soll danach diese Kopie selber unterzeichnet und daraufhin nochmals fotokopiert haben, um den Eindruck eines gültigen Vertrags zu erwecken. Daraus folgte die Vorinstanz dann, dass der Kläger nicht nachweisen kann, dass er seine zustimmende Willenserklärung der Beklagten effektiv zukommen liess (Urteil, 5 f.). Diese Ausführungen überzeugen und werden auch vom Kläger in der Berufung nicht in Frage gestellt. Es ist daher im Einzelnen voll darauf zu verweisen.

3. Nach Meinung der Vorinstanz kann der beweisbelastete Kläger auch das Vorliegen eines vorgängigen, mündlichen Vertragsschlusses nicht belegen. Zunächst hat danach



die Befragung der anerbundenen relevanten Zeugen keinen direkten Beweis erbracht (Urteil, 5). Daneben liegen nach dem Urteil auch keine Indizien vor, welche auf einen ausdrücklichen mündlichen oder einen stillschweigenden Vertragsschluss hindeuten würden (sinngemäss Urteil, 8; mit Bezug auf die Frage eines faktischen Arbeitsverhältnisses Urteil, 7 f.). In seiner Berufung wendet sich der Kläger lediglich gegen die Verneinung des Indizienbeweises und verlangt zu diesem Thema eine zusätzliche Beweisabnahme (Berufung, 4 und 6-8).

Der Beweis muss grundsätzlich zur vollen Überzeugung des Gerichts erbracht werden. Das trifft zu, wenn ein so hoher Grad an Wahrscheinlichkeit besteht, dass vernünftigerweise nicht mehr mit der Möglichkeit des Gegenteils zu rechnen ist. Wird der Beweis mit Indizien geführt, genügt es, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit auf die nicht direkt bewiesene Tatsache geschlossen werden kann, so dass diese als bewiesen gelten kann. Es besteht dann eine natürliche Vermutung für das Bestehen der nicht direkt bewiesenen Tatsache, welche die Gegenpartei im Rahmen des Gegenbeweises durch Hervorrufen von Zweifeln erschüttern kann (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, 4b und 4f zu Art. 101 ZPO).

a) Dass kein direkter Beweis für den behaupteten mündlichen Vertragsschluss zu erbringen ist, braucht nicht weiter erörtert zu werden. Diesbezüglich kann grundsätzlich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu den Zeugenaussagen verwiesen werden (vgl. Urteil, 5). Beizufügen bleibt lediglich, dass eine Beweisabnahme von Amtes wegen (Art. 343 Abs. 3 OR) - in Frage käme hier das Beweismittel der Parteibefragung - unterbleiben kann. Das Gericht ist lediglich gehalten, von sich aus tätig zu werden, wenn Zweifel über die Vollständigkeit der Beweisanträge bestehen (BGE 125 III 231 E. 4a S. 239). Diese Verpflichtung gilt aber grundsätzlich nur bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien (BGer 4C.395 vom 1.3.06, E. 4.3). Der Kläger ist anwaltlich vertreten. Es besteht damit kein Anlass, ohne seinen Antrag eine Parteieinvernahme durchzuführen. Es war angesichts des erstinstanzlichen Urteils auch klar ersichtlich, dass mit dem Beweismittel der Zeugenbefragung vorliegend kein direkter Beweis zu erbringen ist.



b) Zu prüfen ist weiter, ob für die Annahme eines ausdrücklichen mündlichen Vertragsschlusses am 1. September 2005 genügende Indizien vorliegen oder ob sich solche aufgrund einer weiteren Beweisabnahme ergeben könnten.

aa) Ein erstes Indiz dafür wäre gegeben, wenn der Kläger entsprechend seiner Behauptung (Klage, 4; Berufung, 6) effektiv vom 5. bis 13. September 2005 regelmässig bei der Beklagten gearbeitet hätte. Es ist aber zum Vorneherein zu berücksichtigen, dass damit noch nicht notwendig auf eine mündliche Vereinbarung zwischen den Parteien zu schliessen ist. Die Vorinstanz kommt im Rahmen ihrer Ausführungen zum Vorliegen eines faktischen Arbeitsverhältnisses auf der Grundlage der Befragung der Zeugin B (vi-act. 28) und einer antizipierten Beweiswürdigung zum Schluss, dem Kläger gelinge dieser Beweis nicht.

Die Zeugin B, nach eigenen Angaben voll bei der Beklagten im Service tätig, sagte aus, der Kläger habe zwei bis drei Tage bei der Beklagten gearbeitet. Am letzten Tag sei er am Nachmittag nicht mehr erschienen und habe telefonisch mitgeteilt, er sei zum Arzt gegangen (EV Zeugin B, 4 f. und 7 f.). Auf die Aussage dieser Zeugin kann nicht abgestellt werden. Relativierend zu berücksichtigen ist zunächst, dass diese Zeugin bei der Beklagten wie erwähnt als Serviertochter in einem Arbeitsverhältnis steht und den Geschäftsführer auch zum Teil vertritt (EV Zeugin B, 2). Darüber hinaus fällt auf, dass ihre Aussage insgesamt über weite Strecken unbestimmt und von Wissenslücken gekennzeichnet ist. Damit kontrastiert die Bestimmtheit, mit welcher sie die erwähnten Aussagen zur Tätigkeit des Klägers machte. Ferner machte sie im Vergleich zum Zeugen A, welcher aufgrund seiner detaillierten Aussage und dem distanzierteren Verhältnis zur Beklagten glaubwürdiger erscheint, auch widersprüchliche Angaben. Zeuge A, der als Koch bei der Beklagten arbeitete, sagte aus, dass eine Küchenhilfe vorhanden war (EV Zeuge A, 5). Die Zeugin B verneinte dies explizit (EV Zeugin B, 8). Die angeführten Umstände beeinträchtigen die Glaubhaftigkeit der Aussage entscheidend.

Der Zeuge A war zur fraglichen Zeit im Betrieb der Beklagten als Alleinkoch angestellt. Offensichtlich sollte er wegen einer bevorstehenden Operation durch einen Nachfolger ersetzt werden. Die Beklagte suchte somit aus diesem Grund Personal, worauf sich der Kläger bewarb (vgl. kläg. act. 17 und 18; EV Zeuge A, 4 und 8 f.; EV Zeugin B, 8). Der



Zeuge führte nach eigenen Angaben verschiedene Stellenbewerber, so auch den Kläger, in die Tätigkeit bei der Beklagten ein (EV Zeuge A, 4 und 11). Zeuge A gab in Bezug auf den Kläger an, er habe ihn an zwei aufeinanderfolgenden Probetagen in die Tätigkeit als Koch bei der Beklagten eingeführt. Nachher habe er ihn in der Küche nochmals besucht. Der Kläger habe dann gesagt, er könne so nicht arbeiten. Das sei ihm zuviel (EV Zeuge A, 4-6, 9 und 11). Der Zeuge sagte in diesem Zusammenhang weiter aus, der Kläger habe am zweiten Tag einen von der Beklagten bereits unterzeichneten schriftlichen Arbeitsvertrag erhalten und mitgenommen. Dabei habe er zu verstehen gegeben, dass er mit dem Lohn nicht zufrieden sei und er sich die Sache nochmals überlegen müsse, weshalb er auch nicht unterschrieben habe (EV Zeuge A, 6 f. und 12). Der Zeuge konnte aber weiter nicht angeben, ob der Kläger abgesehen davon noch mehr bei der Beklagten gearbeitet hatte. Er selber sei zu dieser Zeit bereits zu 100% arbeitsunfähig gewesen und habe sich einfach bereit erklärt, die Bewerber in die Arbeit einzuführen (EV Zeuge A, 4 f. und 8). Nachdem davon auszugehen ist, dass dem Kläger die schriftliche Vertragsofferte am 13. September 2005 übergeben wurde, muss das heissen, dass der Zeuge A den Kläger am 1. und 5. September 2005 einführt und der von ihm angesprochene Besuch beim Kläger an diesem 13. September 2005 stattfand.

In diesem Zusammenhang fällt aber entscheidend in Betracht, dass die vom Kläger nicht angenommene schriftliche Vertragsofferte vom 13. September 2005 einen Vertragsbeginn per 5. September 2005 vorsah. Das belegt, dass der Kläger nach dem zweiten Einführungstag vom 5. September 2005 wie behauptet effektiv für die Klägerin arbeitete. Es ist unwahrscheinlich, dass die Beklagte dem Kläger andernfalls dieses Angebot gemacht hätte. Bei Abschluss des Arbeitsvertrags hätte dies bedeutet, dass der Kläger gleich zu Beginn des Arbeitsverhältnisses eine grössere Anzahl von Freitagen bezogen hätte. Es mag Situationen geben, wo ein solches Vorgehen nachvollziehbar ist, beispielsweise bei gleich auf den Arbeitsantritt erfolgender dringender Abwesenheit des Arbeitnehmers. Solche Gegebenheiten sind aber vorliegend nicht erkennbar. Die vom Kläger beantragte weitere Beweisaufnahme (Berufung, 4 und 6) erweist sich somit als nicht notwendig.

bb) Zu prüfen ist, ob weitere Anhaltspunkte für einen mündlichen Vertragsschluss vorliegen. Zu berücksichtigen ist bei dieser Beurteilung einerseits, dass die Beklagte



wie erwähnt behauptet, sich mit dem Kläger nur auf einen unentgeltlichen probeweisen Einsatz geeinigt zu haben. Dieser Standpunkt bleibt beachtlich, auch wenn vorliegend entgegen der Auffassung der Beklagten ab dem 5. September 2005 eine Tätigkeit des Klägers in ihrem Betrieb angenommen wird. Andererseits ist auch in Betracht zu ziehen, dass die Beklagte den Arbeitsvertrag am 13. September 2005 in Erwartung des Vertragsschlusses unterschrieb, dieser schriftliche Vertrag dann aber mangels Zustimmung des Klägers nicht zustande kam. Schliesslich ist zu bedenken, dass ein als mögliches Indiz herausgestelltes eigenes Verhalten des Klägers bereits angesichts der Interessenlage nur zurückhaltend einbezogen werden kann.

Was zunächst die schriftliche Vertragsofferte vom 13. September 2005 anbelangt, stellt diese angesichts ihres Rückbezugs auf den 5. September 2005 an sich ein gewisses Indiz dafür dar, dass sich die Parteien schon in diesem Zeitpunkt als gebunden betrachtet haben könnten. Inwiefern diese Bindung aber auf eine ausdrückliche mündliche Vereinbarung zurückgeht, bleibt offen. Zu bedenken ist weiter, dass es auch nur um einen Vorschlag der Beklagten gegangen sein kann, rückwirkend eine vorher nicht bestehende vertragliche Bindung zu schaffen.

Weiter sind aber die vom Kläger betonten Kontakte der Parteien mit dem RAV, welches für den arbeitslos gemeldeten Kläger zuständig war, nicht entscheidend (vgl. zum Ganzen vi-act. 16 [Amtsauskunft RAV]; kläg. act. 15-17; bekl. act. 3-5; B/17, Beilage 1 [Auskunft angefragte Arbeitslosenkasse]). Soweit der Kläger gegenüber seinem Berater beim RAV am 6. September 2006 mitteilte, er habe mit Wirkung ab 5. September 2006 einen Zwischenverdienst bei der Beklagten, handelt es sich lediglich um die allfällige eigene Wahrnehmung des fraglichen Gesprächs mit der Beklagten vom 1. September 2005, welcher deren Standpunkt entgegensteht. Es ist darüber hinaus schon nicht sicher, dass sich der Kläger überhaupt auf dieses behauptete Gespräch bezog. Immerhin fand das Telefongespräch mit seinem Berater erst nach dem zweiten Einsatz vom 5. September 2005 statt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Arbeitslosenkasse eingereichten und vom RAV zuhanden des Klägers am 29. September 2005 per 2. September 2005 ausgestellten Abmeldebestätigung. Auch dort wird lediglich nachträglich festgehalten, dass der Kläger gemäss eigener Mitteilung eine Stelle gefunden habe, welche die Arbeitslosigkeit beende. In der seinem Berater gegenüber im Gespräch vom 13. September 2005 gemachte Äusserung, er werde bei



der Beklagten angesichts der schlechten Arbeitsbedingungen nicht mehr weiter arbeiten, kann keine Stellungnahme zu einem mündlichen Vertragsschluss erblickt werden; entgegen der Auffassung des Klägers (Berufung, 7) kann sich diese Äusserung auch schlicht darauf bezogen haben, nach einem probeweisen Arbeitseinsatz keinen bindenden Arbeitsvertrag schliessen zu wollen. Zudem fällt hier auf, dass aufgrund der Angaben des RAV zum Gesprächsinhalt offenbar entgegen der Behauptung des Klägers nicht über das schriftliche Vertragsangebot der Beklagten vom gleichen Tag gesprochen wurde, welches einer früheren mündlichen Vereinbarung hinsichtlich der Lohnhöhe widersprochen hätte. Das ist insofern ein sogar gegen die Darstellung des Klägers sprechendes Indiz. Daran vermögen auch die Ausführungen des Zeugen A nichts zu ändern. Demzufolge sagte ihm der Kläger nach Vorlage des schriftlichen Vertragsangebots vom 13. September 2005, dass dieses hinsichtlich des Lohnes nicht mit dem mündlich Vereinbarten übereinstimme (vi-act. 29, 6 f.). Es bleibt auch so dabei, dass damit nur die Äusserung des Klägers belegt ist. Ferner ist hier auch offen, ob dessen Bezugnahme auf das vorher Vereinbarte sich effektiv auf einen mündlichen Vertragsschluss oder nur auf einen bei einem Gespräch vor Probearbeitseinsätzen für den Fall einer Anstellung in Aussicht gestellten Lohn bezog. Die vom Kläger weiter angesprochenen Kontakte der Beklagten mit dem RAV (Erkundigungen für Einarbeitungszuschüsse vom 7. September 2005 sowie entsprechendes Gesuch vom 13. September 2005 per 5. September 2006) bilden ebenfalls keine Anhaltspunkte zugunsten des Klägers. Es ist durchaus möglich, dass sich die Beklagte schon frühzeitig, d.h. vor einem beabsichtigten Vertragsschluss, erkundigen wollte, was die Anfrage vom 7. September 2005 erklären würde. Das Gesuch um Einarbeitungszuschüsse vom 13. September 2005 scheint weiter darauf zu basieren, dass eben die Beklagte an diesem Tag glaubte, mit dem Kläger einen schriftlichen Arbeitsvertrag per 5. September 2005 abzuschliessen. Der sodann vom Kläger erwähnte Kauf eines Monatsabonnements für die Strecke von E nach F vom 7. September 2005 (Klage, 10; Berufung, 7; kläg. act. 12) ist mit der eingereichten Quittung nur ungenügend dokumentiert. Abgesehen davon gilt auch hier, dass dies lediglich einen zudem vagen Hinweis auf die klägerische Wahrnehmung des Gesprächs vom 1. September 2006 bieten würde.

cc) Einen Hinweis auf eine vorbestehende Bindung zwischen den Parteien stellt damit zusammenfassend der Umstand dar, dass der Kläger im Anschluss an den ersten



Arbeitseinsatz bei der Beklagten vom 1. September 2005 nach Beendigung der Arbeitseinführung vom 5. September für die Beklagte während einer Woche tätig war. Einen weiteren Hinweis könnte der Umstand darstellen, dass sich die schriftliche Vertragsofferte der Beklagten vom 13. September 2005 auf den 5. September 2005 zurückbezog. Mit diesen Anhaltspunkten kann aber nicht belegt werden, dass sich die Parteien wie vom Kläger behauptet bereits am 1. September 2005 mündlich auf einen unbefristeten Arbeitsvertrag einigten. Im Übrigen genügen diese Indizien für sich aber auch darüber hinaus nicht, um den Standpunkt der Beklagten, es habe sich nur um einen probeweisen Arbeitseinsatz gehandelt, widerlegen zu können.

4. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich gleichzeitig, dass auch keine genügenden Hinweise für einen grundsätzlich möglichen stillschweigenden Abschluss eines unbefristeten Vertrags gegeben sind. Ein übereinstimmendes Verhalten der Parteien liegt im Wesentlichen und nur soweit bewiesenermassen vor, als der Kläger bei der Beklagten an zwei zeitlich auseinanderliegenden Tagen vom Stelleninhaber bei der Beklagten eingeführt wurde, er anschliessend während einer Woche für die Beklagte arbeitete, die Parteien den rückwirkenden Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrags ins Auge fassten und sie sich im Vorfeld dieses Vertragsschlusses beim RAV um finanzielle Unterstützung für die Einarbeitung bemühten. Gleichzeitig verhielt sich der Kläger dem RAV gegenüber nicht in einer Weise, die klar zeigen würde, dass er sich schon vor der schriftlichen Vertragsofferte definitiv gebunden fühlte. Wohl machte er eine Mitteilung, wonach er eine neue Stelle habe. Damit brachte er aber nur die eigene Einschätzung der Situation zum Ausdruck. Zudem beklagte er sich nach geleisteter Tätigkeit beim RAV nur über die Arbeitsbedingungen - nicht aber über den angeblich mündlich vereinbarten höheren Lohn - und schloss aus, im Betrieb der Beklagten weiter zu arbeiten. Das entspricht insofern auch der Aussage des Zeugen A. Das Verhalten des Klägers lässt sich damit auch dahingehend deuten, dass er sich angesichts der Arbeitsbedingungen nicht definitiv binden wollte und daher den Vertrag nicht unterschrieb. Insgesamt lässt sich aus den vorstehend beschriebenen Umständen nicht ableiten, dass sich die Parteien schon vor dem schliesslich nicht erfolgten Abschluss des schriftlichen Vertrags gebunden fühlten oder sich bei objektiver Betrachtung hätten gebunden fühlen müssen.



5. Nach Art. 320 Abs. 2 OR gilt ein Arbeitsvertrag auch dann als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist. Insofern bleibt es hier bedeutungslos, ob nach allgemeinen Regeln ein stillschweigender Vertragsschluss zu bejahen wäre. Mit der angeführten Bestimmung hat das Gesetz eine unwiderlegbare Vermutung für den Abschluss eines Arbeitsvertrags geschaffen. Was sich die Parteien vorgestellt und was sie dabei gewollt haben, ist dabei belanglos. Massgebend ist nur das Vorliegen des objektiven Tatbestands (BGer 4C.307/2001 vom 14.3.02, E. 2a sowie weiter BGer JAR 2001, 136; ZK-STAEHELIN, 4. A., N 7 zu Art. 320 OR unter Verweis auf den Begriff des "faktischen Vertragsverhältnisses"). Das bedeutet praktisch, dass die gesetzlichen Typenmerkmale eines Arbeitsverhältnisses (Leistung von Arbeit auf Zeit, Subordination, Entgeltlichkeit) grundsätzlich vorliegen müssen. Eine fehlende Lohnvereinbarung wird aber durch objektive Umstände ersetzt, die auf Entgeltlichkeit schliessen lassen (ZK-STAEHELIN, N 10 zu Art. 320; BGer 4C.390/2005 vom 2.5.06, E. 2.6). Nur eine ausdrückliche Vereinbarung über die Unentgeltlichkeit schliesst die Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR zum Vorneherein aus (BSK-REHBINDER/PORTMANN, 4. A., N 19 zu Art. 320 OR; STREIFF/VON KAENEL, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. A., N 6 zu Art. 320; für prinzipielle Zulässigkeit eines stillschweigenden Verzichts ZK-STAEHELIN, N 11 zu Art. 320 OR). Soweit dies nicht der Fall ist, müssen alle Umstände des Einzelfalls miteinbezogen werden. Es genügt dabei, wenn das Entgelt eines unter mehreren Motiven für die Arbeitsleistung darstellt (BGer JAR 2000, 110 f.; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 6 zu Art. 320 OR). Unter diesen Voraussetzungen kann die Bestimmung insbesondere Anwendung finden, wenn Arbeit geleistet und entgegengenommen wird, obwohl sich die Parteien (noch) nicht über die wesentlichen Vertragsbedingungen geeinigt haben (BSK-REHBINDER/PORTMANN, N 19 zu Art. 320 OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 6 mit Verweis auf schwebende Vertragsverhandlungen oder Stillschweigen des Arbeitnehmers; ZK-STAEHELIN, N 8 zu Art. 320 OR).

a) Art. 320 Abs. 2 OR kann vor diesem Hintergrund nicht als Grundlage dafür dienen, dass die Parteien wie behauptet ab dem 5. September 2005 in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis standen. Die angesprochene unwiderlegbare gesetzliche Vermutung bezieht sich nur auf die Frage der Entgeltlichkeit, betrifft mit anderen Worten nicht die Frage der Arbeitsleistung. Nachdem aber mehr als nur die Vereinbarung probeweiser



## St.Galler Gerichte

Arbeitseinsätze nicht nachgewiesen ist, fällt das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses im Sinn des Klägers auch nach dieser Bestimmung ausser Betracht.

b) Zu prüfen bleibt aber, ob der Kläger gestützt auf Art. 320 Abs. 2 OR für die geleistete Arbeitszeit Lohnansprüche geltend machen kann.

Die Vorinstanz verneint solche Ansprüche. Es handle sich dabei um Schnuppertage, welche noch keinen Lohnanspruch begründen könnten. Derartige Eignungsabklärungen würden in der Praxis bei fortbestehendem Anspruch auf Arbeitslosentaggeld ja bis zu einer Woche unentgeltlich geleistet (Urteil, 8). Die Beklagte führt aus, der Kläger habe auf seinen Wunsch kostenlos zweieinhalb Tage bei ihr geschnuppert. Er habe ausdrücklich gesagt, er mache das von sich aus und brauche dafür auch keine Entschädigung, da er ja bereits in ausreichendem Masse zu Essen und Trinken kriege. Beweisen sollen dies die von der Vorinstanz befragten Zeugen A und Zeugin B (Klageantwort, Beilage).

aa) Belegt ist, dass die Beklagte für den infolge einer Operation ausfallenden Koch Zeuge A einen Ersatz suchte und sich der Kläger bei ihr bewarb. Erstellt ist weiter, dass die Beklagte mehrere Bewerber einlud und dem Kläger in diesem Zusammenhang vom scheidenden Koch die Tätigkeit im Sinne einer Einführung gezeigt wurde. Weiter hat sich ergeben, dass der Kläger in der Zeit vom 5. bis 13. September 2005 bei der Beklagten arbeitete. Eine Vereinbarung, wonach der Kläger kostenlos arbeiten sollte, wurde von den Zeugen nicht bestätigt. Der Kläger wurde offensichtlich im Hinblick auf eine mögliche Anstellung und somit auf ein Entgelt hin bei der Beklagten tätig. Diese fasste im Übrigen auf der Grundlage ihres schriftlichen Vertragsangebote selber ins Auge, den Kläger ab dem zweiten Probetag zu entschädigen. Sie hätte angesichts der an den Probearbeitstagen erfolgten Einführung bei einer nachherigen definitiven Anstellung auch den Vorteil gehabt, den Kläger bei Lohnzahlung von Anbeginn weg produktiv einsetzen zu können. Unter diesen Umständen ist die ganze vom Kläger geleistete Arbeit zu entschädigen (so auch BGE 133 V 161 E. 5.2.2 S. 167; AG Zürich JAR 1990, 117).

bb) In quantitativer Hinsicht macht der Kläger geltend, am 1. September 2005 8 Stunden und in der Zeit vom 5.-13. September 2005 an 49, 2 Stunden bei der



## St.Galler Gerichte

Beklagten gearbeitet zu haben (Klage, 8; kläg. act. 1 und 20). Gestützt auf die schriftliche Vertragsofferte der Beklagten vom 13. September 2005, wo ein Bruttolohn von Fr. 4'300.- sowie eine wöchentliche Arbeitszeit von 41 Stunden vorgesehen war, geht er dabei von einem Brutto-Stundenansatz von Fr. 26.22 aus. Das ergibt einen behaupteten Lohnanspruch von Fr. 1499.75 brutto.

Auf die vom Kläger behauptete und auf seine Aufschriebe gestützte Arbeitszeit kann abgestellt werden. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass die Aufschriebe unrichtig wären. Geht man wie vorliegend davon aus, dass der Kläger in der fraglichen Zeit voll bei der Beklagten arbeitete, ergibt sich denn auch eine ungefähr einer Vollzeitstellung entsprechende Arbeitsbelastung.

Was die Lohnhöhe anbelangt, so ist vorliegend mangels Vereinbarung die Bestimmung des Art. 322 Abs. 1 OR heranzuziehen. Danach hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bei fehlender Abrede den Lohn auszurichten, der üblich oder durch Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist. Die Beklagte hat mit ihrer Vertragsofferte manifestiert, dass sie einen Lohn von Fr. 4'300.- bei 41 Wochenarbeitsstunden als angemessen erachtet hätte. Der Kläger hat mit der vorstehenden Argumentation deutlich gemacht, dass er diese Einschätzung akzeptiert. Ein höherer gesamtarbeitsvertraglich geschuldeter Lohn wurde nicht behauptet und ist angesichts der Qualifikation des Klägers soweit ersichtlich auch nicht gegeben (vgl. Art. 10 [Mindestlöhne] und Art. 15 Abs. 1 [Arbeitszeit] L-GAV). Anhaltspunkte dafür, dass der offerierte Lohn dennoch nicht üblich wäre, sind nicht vorhanden. Es ist damit mit dem Kläger von einem Brutto-Stundenlohn von Fr. 26.22 auszugehen.

cc) Der Kläger hat damit für die bei der Beklagten absolvierten Probearbeitszeit einen Lohnanspruch von Fr. 1499.75 brutto. In diesem Umfang ist die Klage gutzuheissen. Der für diese Forderung geltend gemachte Verzugszins ist angesichts der am 8. Oktober 2005 gemahnten Zahlung des ausstehenden Lohns bis am 15. Oktober 2005 (kläg. act. 8) grundsätzlich ausgewiesen. Verzug trat aber erst mit Ablauf der Zahlungsfrist, somit am 16. Oktober 2005 ein.

6. Als unbegründet abzuweisen ist nach dem Gesagten jedoch die Klage betreffend die Krankentaggelder.

# Publikationsplattform

St.Galler Gerichte



.....