



<b>Fall-Nr.:</b>	BZ.2007.62
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	19.02.2008
<b>Entscheiddatum:</b>	19.02.2008

### Entscheid Kantonsgericht, 19.02.2008

**Art. 319 und 343 OR (SR 220); Art. 228 ZPO (sGS 961.2). Die erstinstanzlich totalsäumige Partei ist im Rechtsmittelverfahren mit Tatsachenbehauptungen und Beweisanträgen, deren Vorbringen schon im erstinstanzlichen Verfahren zumutbar gewesen wären, nicht zuzulassen. Diese kantonalrechtliche Einschränkung der bundesrechtlichen Untersuchungsmaxime durch das Novenrecht für das Rechtsmittelverfahren ist zulässig. Für das Zustandekommen des Arbeitsvertrags genügt es, wenn Entgeltlichkeit vereinbart wird. Die Lohnhöhe kann durch die Übung oder das richterliche Ermessen nachträglich bestimmt werden. Ein solches Eingreifen in die Parteiautonomie rechtfertigt sich jedoch erst, wenn feststeht, dass sich die Parteien definitiv (auch nachträglich) nicht über die Lohnhöhe einigen können (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 19. Februar 2008, BZ.2007.62).**

#### Erwägungen

I.

1. a) Mit Verfügung Nr. X1 (kläg. act. I/1) hiess das RAV 1 ein Gesuch für ein Berufspraktikum des Klägers beim Beklagten teilweise gut. Das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum (nachfolgend RAV) 1 verfügte ein Praktikum vom 1. Januar 2004 bis zum 29. Februar 2004, wobei sich der Beklagte mit 25% am Bruttotaggeld zu beteiligen hatte. Mit Verfügung Nr. X2 (kläg. act. II/3), welche die Verfügung Nr. X1 (kläg. act. I/1) ersetzte, verfügte das RAV 1 eine Praktikumsdauer vom 1. Januar 2004 bis zum 16. Januar 2004. Dem Kläger wurde mitgeteilt, weil seine Taggelder der Rahmenfrist 1. April 2002 bis 31. März 2004 am 16. Januar 2004 erschöpft seien,



könnten ab 17. Januar 2004 keine weiteren Taggelder mehr ausgerichtet werden. Ansonsten ist die Verfügung Nr. X1 vom 27. November 2003 (kläg. act. I/1) mit Ausnahme der Gliederung der Absätze und eines wohl durch die "copy&paste"-Funktion des Textverarbeitungssystems verursachten Fehlers auf der zweiten Seite oben mit der Verfügung Nr. X1 (kläg. act. I/1) identisch.

Am 22. März 2004 unterzeichneten die Parteien ein "Übernahmeprotokoll des Fahrzeuges Y" (kläg. act. II/7). Gemäss diesem wurde dem Kläger das Fahrzeug für den Aussendienstesatz übergeben. Der Kläger war schliesslich bis Ende März 2004 beim Beklagten tätig (kläg. act. I/4 und I/5, Ziff. 1). Eine schriftliche Vereinbarung bezüglich des Arbeitsverhältnisses liegt nicht vor (kläg. act. I/3).

b) Mit Verfügung vom 7. Februar 2006 lehnte die Kantonale Arbeitslosenkasse den Anspruch des Klägers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 12. September 2005 ab. Dies wurde damit begründet, dass er nur 11.633 Monate Beitragszeit nachweisen könne. Das Berufspraktikum vom 1. Januar 2004 bis zum 29. Februar 2004 beim Beklagten gelte nicht als Beitragszeit (kläg. act. I/5, Ziff. 1). Gegen diese Verfügung erhob der Kläger am 7. März 2006 Einsprache. Er machte geltend, noch bis Ende März 2004 beim Beklagten beschäftigt gewesen zu sein. Dieser habe die Bezahlung der AHV-Beiträge irrtümlich vergessen, werde das aber noch nachholen (kläg. act. I/5, Ziff. 1).

2. a) Der Kläger reichte am 9. März 2007 (Postaufgabe; vi-act. 1) beim Arbeitsgericht das Klageformular für das Arbeitsgericht ein (vi-act. 1). Darin verlangt er Lohnnachzahlung ab dem 17. Januar 2004 anhand des versicherten Verdienstes mit Verrechnung des Autos unter Berücksichtigung des Zeitwerts und AHV-Nachzahlung. Der Kläger begründete dies damit, dass er nach Beendigung des Berufspraktikums ohne Vertrag weitergearbeitet habe. Dabei seien ihm Fr. 1'000.- bis Fr. 1'200.- bar ausbezahlt worden. Nach Ansicht des Klägers sollte aber der gleiche Ansatz wie beim RAV angewendet werden. Weiter führte der Kläger aus, die Verrechnung des Fahrzeuges (ca. Fr. 2'000.-) sei als AHV-pflichtiger Lohn zu qualifizieren (vi-act. 1, Rückseite). Innert erstreckter Frist reichte der Kläger am 11. Mai 2007 in einer Klageergänzung die Begründung für seine Klage ein. Darin führte er aus, der total



## St.Galler Gerichte

geschuldete Bruttolohn betrage Fr. 10'549.30. Diese Forderung setzt sich folgendermassen zusammen (vi-act. 10, S. 2):

<b>Spalte 1</b>	<b>Spalte 2</b>
(i) Lohn 24. Januar bis 31. Januar 2004 (6*Fr. 150.-)	900.-
(ii) Lohn Februar 2004	4'500.-
(iii) Lohn März 2004	4'500.-
<b>Zwischentotal</b>	<b>9'900.-</b>
(iv) Ferienanspruch (8.33 %)	824.65
(v) 13. Monatslohn (8.33 %)	824.65
<b>Zwischentotal</b>	<b>11'549.30</b>
./. Abzüge	
(vi) Auto	500.-
(vii) Barzahlung an den Kläger	500.-
<b>Total geschuldeter Bruttolohn</b>	<b>10'549.30</b>

b) Am 15. Mai 2007 wurde der Beklagte aufgefordert, eine Klageantwort einzureichen (vi-act. 12). Der Beklagte wurde im selben Schreiben darauf aufmerksam gemacht, dass das Verfahren fortgeführt werde, wenn er innert der angesetzten Frist die Klageantwort nicht einreiche. Der Beklagte holte die eingeschriebene Sendung nicht auf der Post ab. Mit Schreiben vom 25. Mai 2007 wurde es ihm mit A-Post nochmals zugesandt. Dabei wurde der Beklagte auf die Zustellungsfiktion bei nicht abgeholt



eingeschriebenen Sendungen aufmerksam gemacht (vi-act. 13). Der Beklagte reichte keine Klageantwort ein.

c) Am 7. Juni 2007 wurden die Parteien unter Hinweis auf die Folgen bei Nichterscheinen zur Verhandlung vom 22. Juni 2007 vorgeladen (vi-act. 14). Am 22. Juni 2007 fand die Verhandlung statt. Der Beklagte blieb der Verhandlung unentschuldigt fern. Diese wurde durchgeführt, nachdem der Beklagte auch innert einer Wartefrist von 30 Minuten nicht erschien (Urteil, 2 Ziff. 1/2).

d) Die Vorinstanz erwog, der Kläger sei für den Monat Januar 2004 von der Arbeitslosenkasse voll entschädigt worden, weshalb der Anspruch (i) abzuweisen sei (Urteil, 3 Ziff. 1). Weiter stellte die Vorinstanz fest, die Parteien hätten keine schriftliche Lohnvereinbarung getroffen, dem Kläger sei jedoch nicht der von ihm geltend gemachte ortsübliche Bruttolohn, sondern der auf dem Klageformular geltend gemachte versicherte Verdienst zuzusprechen. Dementsprechend sprach die Vorinstanz dem Kläger für die Ansprüche (ii) und (iii) je Fr. 3'466.- zu und wies sie im Mehrbetrag ab (Urteil, 3 Ziff. 2). Den Ferienlohnanspruch (iv) wies die Vorinstanz mit der Begründung ab, der Kläger habe nach eigenen Aussagen an der Verhandlung noch bis Anfang Juli 2004 beim Beklagten gearbeitet, weshalb der Ferienlohnanspruch nicht in Geld abgegolten werden könne (Urteil, 3 Ziff. 3a). Den Anspruch auf einen anteiligen 13. Monatslohn (v) wies die Vorinstanz mangels Verabredung ab (Urteil, 3 Ziff. 3b). Den Abzug für das Auto (vi) setzte die Vorinstanz auf Fr. 2'000.- fest, den Betrag welchen der Kläger im Klageformular angegeben hatte (Urteil, 3 Ziff. 4a). Den Abzug für Barauszahlungen (vii) setzte die Vorinstanz gestützt auf die Angaben des Klägers im Klageformular und eine Aktennotiz der Sozialen Dienste vom 10. August 2006 (Beilage zum Klageformular) auf monatlich Fr. 1'100.- fest (Urteil, 3 Ziff. 4b). Ferner stellte die Vorinstanz fest, der Beklagte sei verpflichtet, auf Fr. 6'932.- (entspricht der Summe der dem Kläger zugesprochenen Ansprüchen von Fr. 2'732.- plus den geleisteten Barzahlungen von Fr. 2'200.- plus Fr. 2'000.- für den Wert des dem Kläger überlassenen Autos Sozialleistungen zu entrichten (Urteil, 4 Ziff. 5).

Der Entscheid wurde am 22. Juni 2007 mündlich eröffnet (Urteil, 4), am 25. Juni 2007 versandt (Urteil, 5) und dem Beklagten am 26. Juni 2007 zugestellt (vi-act. 17).



## St.Galler Gerichte

e) Am 25. Juni 2007 telefonierte der Beklagte offenbar mit dem Präsidenten der Vorinstanz. Der Beklagte führte aus, er habe sich in seiner Agenda für die Verhandlung einen falschen Termin notiert (bekl. act. I/1). Mit Fax vom selben Tag (bekl. act. I/2) stellte er dem Präsidenten der Vorinstanz sodann die bekl. act. I/3 bis I/8 zu.

3. a) Am 24. Juli 2007 erhob der Beklagte Berufung beim Kantonsgericht und beantragte sinngemäss, der Entscheid der Vorinstanz sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen. Der Kläger beantragt mit seiner Berufungsantwort vom 1. September 2007 (Poststempel vom 3. September 2007, act. B9) die Abweisung der Berufung. Am 13. und 19. September reichten Beklagter und Kläger je eine nachträgliche Eingabe ein (act. B11 und B14).

b) Mit Beweisbeschluss vom 5. November 2007 (act. B17) beschloss die III. Zivilkammer vom Amt für Arbeit, Kantonale Arbeitslosenkasse, einen Amtsbericht zur Frage, bis wann der Kläger in den Monaten Januar und Februar 2004 Arbeitslosentaggelder ausbezahlt wurden und die Akten des Einspracheverfahrens und vom RAV 1 einen Amtsbericht zur Frage, wann der Beklagte die Änderung der Praktikumsdauer des Klägers bekannt gegeben wurde, einzuholen (vgl. auch act. B18 und B19). Das RAV 1 leitete diese Aufforderung dem RAV 2 zur Bearbeitung weiter, da im Zeitpunkt des Praktikums der Kläger bei dieser Zweigstelle angemeldet war (act. B20 erster Absatz).

c) Das RAV 2 führt in seinem Amtsbericht aus, dass der genaue Sachverhalt nicht mehr nachvollzogen werden könne, da die Gesprächsprotokollnotizen drei Jahre nach Abmeldung des Stellensuchenden gelöscht würden, was auch im Fall des Klägers geschehen sei. Das physische Dossier liege jedoch noch vor. Laut diesen Akten sei der Arbeitgeber (=der Beklagte) am 15. März 2004 informiert worden (dass die Taggelder des Klägers am 16. Januar 2004 erschöpft waren und dieser deshalb ab dem 17. Januar 2004 keinen Anspruch mehr auf Taggeldleistungen habe, vgl. act. B21). Ob man bereits früher auf das Problem aufmerksam geworden sei, könne nicht mehr festgestellt werden. Das RAV 2 führt weiter aus, dass man in solchen seltenen Fällen (Einstellung der Taggeldzahlungen während einer Massnahme) den Versicherten in Kenntnis über die Situation setze und diesen auffordere, umgehend mit dem Arbeitgeber die Folgen zu besprechen und allenfalls mit sofortiger Wirkung die Arbeit



niederzulegen. Das RAV 2 ist der Ansicht, der Kläger hätte sich spätestens mit der Kenntnisnahme der ausbleibenden Zahlungen der Kantonalen Arbeitslosenkasse, also Anfang Februar 2004, mit einer der betroffenen Personen (Personalberater, Arbeitgeber) in Verbindung setzen müssen (act. B20).

Die Kantonale Arbeitslosenkasse nahm erstmals mit Schreiben vom 26. November 2007 (act. B25) und erneut mit Schreiben vom 12. Dezember 2007 (act. B29) Stellung. Die Kantonale Arbeitslosenkasse führte aus, dem Kläger seien im Januar noch 20.6 Taggelder ausbezahlt worden, danach sei der Taggeldsaldo des Klägers erschöpft gewesen. Der Kläger sei noch bis am 28. Januar 2004 voll entschädigt worden, am 29. Januar 2004 seien ihm noch 0.6 und im Februar 2004 keine Taggelder mehr ausbezahlt worden (act. B29). Zusammen mit dem zweiten Schreiben stellte die Kantonale Arbeitslosenkasse dem Kantonsgericht auch zwei Aktendossiers den Kläger betreffend integral zu (nachfolgend zitiert als *act. ALK I* und *act. ALK II*). Da der grösste Teil dieser Akten das vorliegende Verfahren nicht betrifft oder von den Parteien bereits eingereicht wurde und aufgrund der Tatsache, dass die Akten teilweise schützenswerte Personendaten enthalten, wurde den Parteien gestützt auf Art. 96 ZPO nur in Bezug auf die wesentlichen (den strittigen Anspruch betreffenden) Aktenstücke Akteneinsicht gewährt (vgl. act. B30).

d) Mit Schreiben vom 8. Januar 2008 wurde den Parteien Gelegenheit zur Einreichung einer Beweiswürdigungseingabe eingeräumt. Der Kläger nahm zu den erhobenen Beweisen mit Schreiben vom 18. Januar 2008 (act. B31), der Beklagte mit Schreiben vom 23. Januar 2008 (act. B33) Stellung.

II.

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen (Art. 79, 224 Abs. 1 lit. b, 225, 229 ZPO) ergibt, dass diese erfüllt sind. Zuständig ist die III. Zivilkammer (Art. 20 Abs. 1 lit. a ZPO; Art. 15 lit. d GO). Wie sich die Totalsäumnis des Beklagten im vorinstanzlichen Verfahren (Art. 228 ZPO) auf das Berufungsverfahren auswirkt, ist im Sachzusammenhang zu prüfen.



Auf die Berufung ist einzutreten.

2. Die Zulässigkeit der nachträglichen Eingaben kann offen bleiben, da diese keine neuen Vorbringen und Beweisanträge enthalten, die für den Ausgang des Prozesses relevant wären.

Der Beklagte macht in seiner nachträglichen Eingabe seine Forderung auf Kompensation geltend (act. B11, S. 2 unten). Unabhängig davon, ob man diese als Widerklage oder als blosser Verrechnungseinrede verstehen will, ist sie verspätet.

III.

1. Wie oben in E. I/2e erwähnt, telefonierte der Beklagte am 25. Juni 2007 mit dem Präsidenten der Vorinstanz, um sich für seine Säumnis an der Verhandlung vom 22. Juni 2007 zu entschuldigen (bekl. act. I/1). Dies wurde von der Vorinstanz nicht als Wiederherstellungsgesuch entgegengenommen, sondern das Urteil wurde noch gleichentags versandt und in der Rechtsmittelbelehrung auf die Möglichkeit der Wiederherstellung hingewiesen (Urteil, 5). Ein solches Wiederherstellungsgesuch stellte der Beklagte in der Folge nicht und auch in seiner Eingabe an das Kantonsgericht (act. B1) verlangt er keine vorgängige Behandlung seines Wiederherstellungsgesuchs. Die Vorinstanz hätte zudem einem Wiederherstellungsgesuch kaum stattgegeben, zumal von einem durchschnittlich sorgfältigen Adressaten einer gerichtlichen Vorladung zu erwarten ist, dass er sich der Wichtigkeit des Termins bewusst ist und beim Übertrag desselben in die Agenda so sorgfältig ist, dass keine Terminverwechslungen und Falscheintragungen vorkommen. Für das Berufungsverfahren ist davon auszugehen, dass der Beklagte sich am erstinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt hat (Totalsäumnis).

2. a) Gemäss Art. 228 ZPO wird mit Tatsachenbehauptungen und Beweisanträgen, deren Vorbringen im Verfahren vor der Vorinstanz zumutbar gewesen wären, nicht zugelassen, wer sich als Beklagter im Verfahren vor erster Instanz nicht geäussert hat. Dies gilt auch da, wo wie im vorliegenden arbeitsrechtlichen Prozess das Bundesrecht den Untersuchungsgrundsatz vorschreibt (Art. 343 Abs. 4 OR; Leuenberger/Uffer-



Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 228 N 1b). Art. 343 OR schreibt den Kantonen nicht vor, zwei Instanzen mit voller Kognition vorzusehen. Die kantonale rechtliche Einschränkung der Untersuchungsmaxime durch das Novenrecht für das Rechtsmittelverfahren ist nach Bundesgericht zulässig (BGE 107 II 233 E. 3 S. 237; Urteil des Bundesgerichts 4C.245/2002 vom 14. März 2003 E. 1.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2003 vom 5. November 2003 E. 3.1; Brönnimann, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss., Bern 1989, S. 52; Staehelin, Zürcher Kommentar, V2c, Zürich 1996, Art 343 N 35; Portmann, in Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, OR I, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 343 N 18; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 343 N 14; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Ergänzungsband, Zürich 2000, § 267 N 20 f.; a. M. Rehbinder, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/2, Bern 1992, Art. 343 N 23). Es ist nicht gerechtfertigt, der nachlässigen Partei einen Anspruch einzuräumen, das vor erster Instanz Versäumte im Rechtsmittelverfahren nachzuholen (Urteil des Bundesgerichts 4C.245/2002 vom 14. März 2003 E. 1.2).

Zu hören ist der Beklagte deswegen nur noch mit Bestreitungen und rechtlichen Erörterungen, welche jederzeit möglich sind (GVP 1998 Nr. 64). Grundsätzlich haben die Bestreitungen den allgemeinen Anforderungen zu genügen; soweit also der Kläger einzelne Tatsachen konkret behauptet hat, sind diese durch den Beklagten auch konkret zu bestreiten. Schreibt allerdings das Bundesrecht die Sachverhaltsfeststellung nach der Untersuchungsmaxime vor, hat das Gericht von Bundesrechts wegen den Sachverhalt unabhängig von den Tatsachenvorbringen der Parteien abzuklären; dadurch wird der Beklagte auch seiner Bestreitungs- und Substanziierungslast enthoben (Brönnimann, 104 und 175).

b) Die Berufung setzt sich mit Ausnahme des ersten Absatzes nach der kursiv gedruckten Einleitung (beginnend mit "Lohn,...") aus Tatsachenbehauptungen zusammen, welche schon vor der Vorinstanz möglich gewesen wären, was auch für eine mögliche Verrechnungseinrede bezüglich der USD 400.- gilt (Berufung, 2). Wie erwähnt kann der Beklagte nach Art. 228 ZPO damit nicht mehr zugelassen werden, zumal er weder behauptet noch es aus den vorliegenden Akten auch nur



andeutungsweise ersichtlich ist, dass ihm diese Behauptungen nicht schon vor der Vorinstanz zumutbar gewesen wären. Im ersten Absatz nach der kursiv gedruckten Einleitung (beginnend mit "Lohn,...") bestreitet der Beklagte die Höhe des vertraglich vereinbarten und von der Vorinstanz zugesprochenen Lohnes. Mit dieser Bestreitung ist der Beklagte zu hören.

Von den mit der Berufung eingereichten Akten datiert einzig die Anzeige der Forderungspfändung (bekl. act. II/14) von nach dem angefochtenen Urteil. Auch bei den nicht an den Beklagten adressierten oder nicht von ihm stammenden Aktenstücken ist davon auszugehen, dass dem Beklagten ein Einreichen schon vor der Vorinstanz ohne weiteres zumutbar gewesen wäre. Etwas anderes behauptet jedenfalls auch der Beklagte nicht. Als einziges Aktenstück ist somit die Anzeige der Forderungspfändung (bekl. act. II/14) zuzulassen, wobei nicht ersichtlich ist, was der Beklagte daraus für das vorliegende Verfahren ableiten will oder kann.

c) Nach dem Gesagten ist der Beklagte mit seiner Bestreitung bezüglich der Lohnhöhe zuzulassen. Es ist somit anhand der zulässigen Akten (sämtliche kläg. act. plus bekl. act. II/14 plus die den Parteien mit act. B30 zugestellten Akten des Beweisverfahrens) abzuklären, ob die Vorinstanz den vereinbarten Lohn tatsächlich zu hoch angesetzt hat. Aus dem Untersuchungsgrundsatz folgt nämlich nicht, dass das Gericht von einer Partei eingereichte Akten nur zu deren Gunsten berücksichtigen darf. Dies wäre mit dem Sinn von Art. 343 Abs. 4 OR nicht vereinbar. Das Gericht hat seinem Entscheid auch diejenigen ins Verfahren eingebrachten Tatsachen zu Grunde zu legen, auf die sich die Parteien nicht explizit zur Stützung ihrer Rechtsbegehren berufen (BGE 107 II 233 E. 2b S. 236; 130 III 102 E. 2.2 S. 107; Entscheid des Bundesgerichts 4C.36/2006 vom 29. März 2006 E. 3.2; GVP 1992 Nr. 47; BK-Rehbinder, Art. 343 N 22; ZK-Staehelin, Art. 343 N 31; BSK OR I-Portmann, Art. 343 N 17; Streiff/von Kaenel, Art. 343 N 14). Für den Entscheid des Gerichts kommt es nicht darauf an, von welcher Partei eine Tatsache in den Prozess eingeführt worden ist. Rechtshindernde, rechtsaufhebende und rechtshemmende Tatsachen können auch dann zu Gunsten des Beklagten berücksichtigt werden, wenn der Kläger sie vorgebracht hat, vorausgesetzt dass der Beklagte die entsprechende Tatsache nicht ausdrücklich bestreitet (Entscheid des Bundesgerichts 4C.36/2006 vom 29. März 2006 E. 3.1; Brönnimann, 37 f.).



d) Gemäss Verfügung Nr. X1 (kläg. act. I/1) verfügte das RAV 1 für den Kläger eine Praktikumsdauer vom 1. Januar 2004 bis zum 29. Februar 2004, wobei sich der Praktikumsbetrieb [=der Beklagte] mit 25% am Bruttotaggeld zu beteiligen hatte. Gemäss Verfügung Nr. X2 (kläg. act. II/3) verfügte das RAV 1 alsdann eine Praktikumsdauer vom 1. Januar 2004 bis zum 16. Januar 2004, wobei sich auch gemäss dieser Verfügung der Praktikumsbetrieb [=der Beklagte] mit 25% am Bruttotaggeld zu beteiligen hatte. Das RAV 1 sandte diese zweite Verfügung am 15. März 2004 an den Beklagten (act. B21). Aus der Abrechnung der Kantonalen Arbeitslosenkasse vom 5. Februar 2004 (kläg. act. I/2) geht hervor, dass dem Kläger für den Januar 2004 16.3 Taggelder ausbezahlt wurden. Gemäss Amtsbericht der Kantonalen Arbeitslosenkasse wurden dem Kläger im Januar 2004 noch 20.6 Taggelder ausbezahlt, mit der Auszahlung von 0.6 Taggeldern am 29. Januar 2004 sei der Taggeldsaldo des Klägers ausgeschöpft gewesen (act. B29). Für den Monat Februar 2004 wurden dem Kläger gemäss dem Amtsbericht der Kantonalen Arbeitslosenkasse keine Taggelder mehr ausbezahlt. Aufgrund dieser Angaben ist nicht klar, ob dem Kläger im Januar 2004 nun 16.3 Taggelder (wie aus der Abrechnung der Kantonalen Arbeitslosenkasse vom 5. Februar 2004 [kläg. act. I/2] geschlossen werden müsste) oder 20.6 Taggelder (wie dem Amtsbericht der Kantonalen Arbeitslosenkasse vom 12. Dezember 2007 [act. B29] entnommen werden kann) ausbezahlt wurden. Fest steht jedenfalls, dass dem Kläger im Februar 2004 keine Taggelder mehr ausbezahlt wurden (act. B29). Indessen ergibt sich aus den klägerischen Stellungnahmen, dass er für den Januar 2004 keine Ansprüche mehr hatte. Erstinstanzlich hatte er für den Januar 2004 noch Fr. 900.- verlangt. Die Vorinstanz wies diese Position ab, da der Kläger im Januar 2004 voll von der Arbeitslosenkasse entschädigt worden sei (Urteil, 3 Ziff. III/1). Der Kläger focht diese Teilabweisung weder selbständig an, noch bestritt er in der Berufungsantwort den von der Vorinstanz angenommenen Sachverhalt. Auch nachdem die Kantonale Arbeitslosenkasse in ihrem Amtsbericht im Beweisverfahren (act. B29) festgestellt hatte, der Kläger habe 20.6 Taggelder erhalten und damit seinen Saldo voll ausgeschöpft, bestritt er dies in seiner Beweiswürdigung (act. B31) nicht. Demzufolge ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass er im Januar 2004 voll von der Kantonalen Arbeitslosenkasse entschädigt wurde.

Der Beklagte muss dem Kläger nur dann den vollen Lohn bezahlen, wenn er diesen weiterbeschäftigt hat, obwohl er davon Kenntnis hatte, dass die Praktikumsdauer bis



zum 16. Januar 2004 verkürzt wurde und er infolgedessen den gesamten Lohn des Klägers (und nicht nur 25% des Bruttotaggelds) tragen müssen. Während der Dauer des Praktikums erfolgt nämlich keine Lohnzahlung durch den Praktikumsbetrieb; der Praktikant behält vielmehr seinen Taggeldanspruch gegenüber der Arbeitslosenkasse. Dies geht unmittelbar aus dem Gesetz hervor (Art. 59b i. V. m. Art. 64b Abs. 1 lit. b AVIG i. V. m. Art. 81b AVIV) und wird regelmässig in einer separaten Vereinbarung festgehalten. Gemäss Art. 97a AVIV beteiligt sich der Praktikumsbetrieb zwar mit 25 % (mindestens Fr. 500.- pro Monat) am Bruttotaggeld des Praktikanten. Diesen Betrag muss der Praktikumsbetrieb aber nicht dem Praktikanten auszahlen, sondern am Ende der Massnahme rechnet die Arbeitslosenkasse mit dem Praktikumsbetrieb ab (Art. 97a letzter Satz AVIV; vgl. dazu auch act. B21). Der Praktikumsbetrieb ist m. a. W. während der Dauer des Praktikums dem Praktikanten gegenüber nicht Schuldner einer geldwerten Leistung. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Beklagte dem Kläger gegenüber nur lohnzahlungspflichtig geworden wäre, wenn er den Kläger im Wissen um die Kürzung der ursprünglich verfügten Praktikumsdauer über das Ende der Praktikumsdauer hinaus weiterbeschäftigt hat. Ansonsten durfte er nach Treu und Glauben davon ausgehen, der Kläger werde durch die Arbeitslosenkasse entschädigt. Der Beklagte ist in seinem Vertrauen in die Richtigkeit der Verfügung des RAV 1 (kläg. act. I/1) und die sich für ihn daraus ergebenden Verpflichtungen zumindest solange zu schützen, als ihm kein Widerruf dieser Verfügung angezeigt wurde (dass der Beklagte die ursprüngliche Fehlerhaftigkeit der Verfügung nicht kannte oder kennen musste, kann ohne weiteres angenommen werden). Die Beweislast dafür, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde beziehungsweise das Vertrauen des Beklagten in die Gültigkeit der Verfügung des RAV 1 (kläg. act. I/1) zerstört wurde, liegt - da er daraus Rechte ableitet - nach der allgemeinen Beweislastregel des Art. 8 ZGB beim Kläger.

Das RAV 2 führt in seinem Amtsbericht aus, gestützt auf die noch vorhandenen Akten stehe fest, dass der Beklagte mit Schreiben vom 15. März 2004 durch das RAV 1 über die neue Verfügung betreffend der Praktikumsdauer informiert worden sei. Ob man überhaupt früher auf das Problem aufmerksam geworden sei, könne nicht mehr nachvollzogen werden (act. B20). Der Kläger führt in seiner Beweiswürdigungseingabe vom 18. Januar 2008 (act. B31) dazu aus, das Problem sei dem RAV sehr wohl bekannt



gewesen, was auch eine E-Mail vom 12. Februar 2004 zeige (Beilage zu act. B25). Der Kläger bestreitet sodann die Feststellung im Amtsbericht des RAV 2, er habe diesem mitgeteilt, er sei in der Firma des Beklagten fest angestellt worden (die Erklärung ist gemäss act. ALK I/70 tatsächlich ans RAV 1 adressiert und der Kläger behauptet darin wörtlich "mit meinem Arbeitgeber [=der Beklagte] habe ich [=der Kläger] dann abgesprochen, dass ich ab dem 1.03.2004 im Aussendienst tätig werden möchte" [Hervorhebung hinzugefügt]; auf S. 2 seiner Beweiswürdigungseingabe [act. B31] interpretiert der Kläger dies aber selber dahingehend, dass nicht nur der Abschluss eines Vertrags beabsichtigt worden sei, sondern ein solcher tatsächlich zustande kam). Der Kläger weist darauf hin, dass dem Amtsbericht des RAV 2 entnommen werden könne, dass in solchen Fällen (gemeint: Widerruf einer Verfügung) der die Verfügung erlassende Berater in der Regel mit dem Arbeitgeber Kontakt aufnehme. Der Kläger schliesst daraus, dass der Beklagte sicher in Kenntnis gesetzt worden sei. Auch die Kantonale Arbeitslosenkasse habe gemäss deren Amtsbericht vom 26. November 2007 (act. B25) vom Fall Kenntnis gehabt. Entgegen der Ansicht des Klägers kann diesem Amtsbericht aber nicht entnommen werden, dass der Beklagte tatsächlich informiert wurde. Der Kläger führt sodann aus, er habe den Berater beim RAV am 12. Februar 2004 telefonisch informiert und auf dessen Aufforderung schriftlich Stellung genommen (vgl. act. ALK I/70). Aus der Tatsache, dass er das RAV in diesem Schreiben darüber informierte, dass er mit dem Beklagten abgesprochen habe, ab dem 1. März 2004 im Aussendienst tätig zu werden, muss laut dem Kläger geschlossen werden, dass der Beklagte von der Kürzung des Praktikums wusste. Der Beklagte äussert sich in seiner Beweiswürdigungseingabe vom 23. Januar 2008 lediglich dahingehend, dass er es sich nicht vorstellen könne, dass das RAV einen Vertrag ausstelle (gemeint wohl: eine Verfügung erlasse), der im Nachhinein abgeändert werde (act. B33). Daraus kann jedenfalls nicht geschlossen werden, der Beklagte räume ein, schon vor Erhalt des Schreibens vom 15. März 2004 (act. B21) Kenntnis von der Änderung der Praktikumsverfügung erlangt zu haben.

Entgegen der vom Kläger in seiner Beweiswürdigungseingabe vom 18. Januar 2007 (act. B31) vertretenen Ansicht, kann aus den Amtsberichten und den vom RAV 2 und der Kantonalen Arbeitslosenkasse eingereichten Akten nicht geschlossen werden, dass der Beklagte vor Erhalt des Schreibens vom 15. März 2004 (act. B21) Kenntnis von der Änderung der Praktikumsverfügung erlangt hat. Ob eine der Amtsstellen den Beklagten



hätte informieren sollen oder müssen, ist für die vorliegende Streitigkeit ohne Bedeutung. Auch die Argumentation des Klägers, es könne doch nicht sein, dass er das RAV über eine Anstellung informiere, ohne dass der Beklagte gewusst habe, dass die Beitragszeit abgelaufen sei (act. B31, S. 2 Mitte), überzeugt nicht. In seinem Schreiben ans RAV 1 (act. ALK I/70) behauptet der Kläger lediglich, mit dem Beklagten sei abgesprochen gewesen, er werde ab dem 1. März 2004 - und somit nach Ablauf der ursprünglich verfügten Praktikumsdauer - im Aussendienst tätig werden. Warum ein Arbeitgeber eine solche Absprache nicht bereits während des Praktikums eingehen sollte, leuchtet nicht ein. Im Übrigen behauptet nicht einmal der Kläger selber in seinem Schreiben ans RAV 1 (act. ALK I/70), dass schon für die Zeit vor dem Ende der ursprünglich verfügten Praktikumsdauer (29. Februar 2004 gemäss kläg. act. I/1) ein Arbeitsvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen sei. Er behauptet dort lediglich, es sei mit dem Beklagten abgesprochen gewesen, er werde ab dem 1. März 2004 im Aussendienst tätig werden, also einen Vertrag mit diesem ab 1. März 2004. In diesem Schreiben ging er vielmehr gerade umgekehrt noch davon aus, es sei Sache des RAV, ihn für den Februar 2004 noch zu entschädigen. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Beklagte dem Kläger gegenüber für den Monat Februar 2004 nicht lohnzahlungspflichtig geworden ist, da weder bewiesen ist, dass er in diesem Zeitraum den Kläger im Wissen um die Kürzung der Praktikumsdauer weiterbeschäftigt hat, noch dass die Parteien einen Arbeitsvertrag mit Gültigkeit vor dem 1. März 2004 abgeschlossen haben. Vielmehr durfte der Beklagte auf die gesetzliche Regelung (vgl. vorne S. 11) und die ihm gegenüber abgegebene Zusicherung vertrauen, wonach er dem Kläger bis Ende Februar 2004 keinen Lohn schulde. Damit scheidet auch eine Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR aus. Ob der Kläger allenfalls einen Anspruch auf Ausrichtung von Taggeldern hätte, braucht hier nicht erörtert zu werden. Der Kläger verpflichtete sich zur Arbeitsleistung im Rahmen des Praktikums und erhielt die Zusage, ihm würden für diese Zeit Taggelder ausgerichtet. Ob diese Zusage einseitig widerrufen werden konnte, nachdem der Kläger seiner Verpflichtung erfüllt hatte, scheint zumindest fraglich.

3. a) Das oben in E. 2d Ausgeführte gilt, da die ursprüngliche Verfügung (kläg. act. I/1) ein Praktikum bis zum 29. Februar 2004 bewilligte, für den Monat März 2004 nicht mehr. Dass der Kläger tatsächlich bis Ende März beim Beklagten tätig war, geht aus einem vom Kläger ins Recht gelegten Schreiben des Beklagten an die Kantonale



Arbeitslosenkasse vom 3. Februar 2006 (kläg. act. I/4) hervor. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag liegt nicht in den Akten und es ist auch nicht behauptet, dass ein solcher existiert. Ob ein bestimmter Lohn vereinbart wurde, ist unklar. Gemäss dem Kläger ist dies nicht der Fall, weshalb er vor der Vorinstanz den angeblich ortsüblichen Lohn einklagte (Urteil. 2 Ziff. II/1). Gemäss dem Beklagten erfolgte die Anstellung "auf reiner Provisionsbasis, zusätzlich zu einem Fixum" (Berufung, erster Abschnitt nach der kursiven Einleitung). Er belegt weder das angeblich vereinbarte Fixum noch die Berechnungsgrundlage der angeblich vereinbarten Provision. Der vom Kläger eingereichte, aber von keiner Partei unterzeichnete und mit dem 1. April 2004 datierte Anstellungsvertrag (kläg. act. II/4) kann nicht als Berechnungsgrundlage herangezogen werden.

Im Klageformular für das Arbeitsgericht (vi-act. 1) führte der Kläger aus, es seien ihm Fr. 1'000.- bis Fr. 1'200.- bar in die Hand gegeben worden. Es rechtfertigt sich deshalb, nachfolgend davon auszugehen, dass der Kläger den Mittelwert davon, Fr. 1'100.-, im Monat März 2004 bar vom Beklagten erhalten hat.

b) Im Schreiben des Beklagten an die Kantonale Arbeitslosenkasse vom 3. Februar 2006 (kläg. act. I/4) führt dieser aus, die vom Kläger erbrachten Leistungen seien mit der Überlassung des Autos per Saldo aller Ansprüche abgegolten worden. In einem Schreiben eines Vertreters des Klägers an den Beklagten vom 3. April 2007 (kläg. act. I/6) führt dieser aus was folgt: "Im Brief vom 3. Februar 2006 an Herrn C [=kläg. act. I/4] bestätigen Sie [=der Beklagte], dass Sie Herr A [= der Kläger] ein Auto anstelle der Lohnzahlung überliessen." In einer Stellungnahme vom 10. August 2004 führt der Kläger aus, "das Fahrzeug wurde mir [=dem Kläger] von Herrn B [=der Beklagte] für Fr. 2'000.- überlassen ..." (kläg. act. II/8). In seiner Berufungsantwort führt der Kläger aus, das Auto sei ihm als Lohn überlassen worden und in der Stellungnahme vom 10. August 2004 (kläg. act. II/8) sei dessen Wert festgelegt worden, was auch von der Vorinstanz berücksichtigt worden sei (Berufungsantwort, zu Abs. 4 f.).

Die Kantonale Arbeitslosenkasse übernahm in ihrer Verfügung vom 7. Februar 2006 (act. ALK II/32, S. 2 oben) die Darstellung des Beklagten aus seinem Schreiben vom 3. Februar 2006 (kläg. act. I/4). Die Kantonale Arbeitslosenkasse schloss aus der Darstellung des Beklagten, das Auto sei per Saldo aller Ansprüche übertragen worden,



dass "kein Lohn geflossen" sei und deswegen die Zeit bis zum 31. März 2004 dem Kläger nicht als Beitragszeit angerechnet werde. In seinem Schreiben an die Kantonale Arbeitslosenkasse vom 7. März 2006 (act. ALK II/35) führt der Kläger aus, die Aussage des Beklagten die Verrechnung des Autos betreffend sei korrekt. Das Fahrzeug sei "anstatt des ausstehenden Lohnes verrechnet" worden und sei als solcher anzurechnen. Der Beklagte habe ihm in einem Gespräch mitgeteilt, er werde die irrtümlich vergessenen AHV-Beiträge nachzahlen.

In seiner Beweiswürdigungseingabe vom 18. Januar 2008 (act. B31) führt der Kläger zu diesem Thema aus, der Beklagte habe ihm "das Auto als Lohnzahlung überlassen". Der Beklagte führt in seiner Beweiswürdigungseingabe vom 23. Januar 2008 (act. B33) aus, er habe mit der Übergabe des Autos den "Fall 'per Saldo aller Ansprüche' abschliessen" wollen.

c) Aufgrund der Ausführungen der Parteien und der Akten stellt sich die Frage, wann die Parteien was für eine Abrede die Vergütung betreffend abgeschlossen haben, namentlich ob die Parteien eine Saldoabrede getroffen haben. Würde dies zutreffen, könnte der Kläger vom Beklagten gestützt auf das Arbeitsverhältnis keine Ansprüche mehr geltend machen. Eine Saldoquittung gilt als negative Schuldanerkennung (BGE 127 III 444 E. 1a S. 444 f. m. w. H.). Die Lohnhöhe ist grundsätzlich Objekt freier Übereinkunft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Sie muss von den Parteien nicht zwingend schon zu Beginn des Arbeitsverhältnisses geregelt werden. Es genügt für das Zustandekommen eines Arbeitsvertrags, wenn die Entgeltlichkeit vereinbart wird. Beim Fehlen einer Vereinbarung die Lohnhöhe betreffend kann diese notfalls durch die Übung oder durch richterliches Ermessen bestimmt werden (BSK OR I-Portmann, Art. 319 N 13). Dadurch würde der jeden Tag anteilmässig entstandene Lohnanspruch nachträglich beziffert. Ein solches Eingreifen in die Parteiautonomie rechtfertigt sich jedoch erst, wenn feststeht, dass sich die Parteien des Arbeitsvertrags definitiv (auch nach Beginn des Arbeitsverhältnisses) nicht über die Lohnhöhe einigen können (oder allenfalls dann, wenn der nachträglich zwischen den Parteien vereinbarte Lohn derart gering ausfällt, dass Fragen des Lohnverzichts respektive der Sittenwidrigkeit aufgeworfen würden).



In seinen Schreiben an die Kantonale Arbeitslosenkasse (act. ALK II/35) und an den Beklagten vom (kläg. act. I/6) bringt der Kläger beziehungsweise sein Vertreter zum Ausdruck, dass ihm das Auto "anstatt des ausstehenden Lohns" respektive "anstelle der Lohnzahlung" überlassen worden sei. Es stellt sich damit die Frage, ob dem Kläger das Auto an Erfüllung statt für seinen Lohnanspruch überlassen worden ist, ob m. a. W. sich die Parteien nachträglich betreffend der Lohnhöhe dahingehend verständigt haben, dass die Lohnforderung des Klägers für den Monat März 2004 dadurch (in Ergänzung zu den Fr. 1'100.- in bar; vgl. oben a) vollständig abgegolten war.

Dies ist zu bejahen. Schon die Ausführungen des Klägers, der Beklagte habe ihm "das Auto als Lohn überlassen" (Berufungsantwort, zu Abs. 4) respektive "das Auto anstelle der Lohnzahlung" überlassen (kläg. act. I/6) und das Fahrzeug sei "anstatt des Lohnes verrechnet" worden (act. ALK II/35) deuten klar darauf hin. Dafür, dass die Parteien im Zusammenhang mit der Übertragung des Wagens auf den Kläger gleich auch rückwirkend die Höhe des Lohnanspruchs des Klägers festgelegt haben, spricht weiter der Umstand, dass die Parteien andernfalls - wenn sie der Ansicht gewesen wären, der Lohnanspruch des Klägers für den Monat März 2004 sei höher als der Wert des Fahrzeugs und der Fr. 1'100.- in bar - sinnvollerweise den Lohnanspruch des Klägers eindeutig beziffert hätten. Nur so wäre es möglich gewesen, den noch ausstehenden Lohnanspruch nachträglich, z. B. nachdem der Kläger das ihm erfüllungshalber überlassene Auto verwertet und darüber abgerechnet hat, zu bestimmen. Auch das Verhalten des Klägers im Nachgang an die Übertragung des Autos spricht dafür, dass anlässlich derselben die Lohnhöhe für den März 2004 nachträglich vereinbart wurde. Er hat sich bis zur Einleitung seiner Klage nicht so verhalten, als würde ihm der Beklagte noch Lohn schulden. Zwar darf dem Gläubiger aus seinem Zuwarten bei der Durchsetzung seiner Ansprüche kein Nachteil erwachsen, doch ist es anhand der offensichtlich chronischen Geldknappheit des Klägers im vorliegenden Fall gänzlich unwahrscheinlich, dass er einen Anspruch, von dem er glaubt, dass er tatsächlich bestehe, nicht umgehend durchzusetzen versucht. Selbst in seinem Schreiben an die Kantonale Arbeitslosenkasse vom 7. März 2006 (act. ALK II/35) vertrat der Kläger nicht die Ansicht, der Beklagte schulde ihm noch Lohn, sondern lediglich, dieser habe die Beiträge an die AHV (sinngemäss: auf dem ausbezahlten Lohn) noch nicht bezahlt. Auch das Verhalten des Klägers spricht also dafür, dass sich die Parteien nachträglich



auf die Höhe des für den März 2004 geschuldeten Lohns geeinigt haben und dessen Höhe dem Wert des Wagens plus Fr. 1'100.- entsprechen hat.

Bei einer solchen Lohnhöhe, auszugehen ist von einem Wert des Autos von Fr. 2'000.- (vgl. vi-act. 1; kläg. act. II/8) und damit von einem dem Kläger ausbezahlten Lohn von netto Fr. 3'100.-, stellt sich die Frage der Sittenwidrigkeit von vornherein nicht. Die Lohnhöhe scheint angemessen. Ein Eingreifen des Gerichts in dem Sinne, dass es den Lohn nachträglich nach richterlichem Ermessen festlegen müsste, ist - nachdem sich die Parteien in einer Saldovereinbarung selber auf einen nicht sittenwidrigen Lohn geeinigt haben - nicht angezeigt.

4. Anzumerken bleibt, dass die den vorliegenden Rechtsstreit wohl (mit-)auslösende Folgerung der Kantonalen Arbeitslosenkasse, es sei wegen der Überlassung des Autos im Verhältnis zwischen dem Beklagten und dem Kläger kein Lohn geflossen (act. ALK II/32, S. 2 oben), offensichtlich falsch ist. Weder obligationen- noch sozialversicherungsrechtlich wird unter Lohn nur der Geldlohn verstanden. Je nach Leistungsobjekt handelt es sich um Geld- oder um Naturallohn (vgl. BSK OR I-Portmann, Art. 322 N 22 ff.). Art. 5 Abs. 2 AHVG und Art. 6 Abs. 1 AHVV bestimmen, dass Naturalleistungen zum massgebenden Lohn gehören respektive das erzielte Naturaleinkommen gehöre zum Erwerbseinkommen (Art. 3 Abs. 1 AVIG verweist für die Arbeitslosenversicherung auf diese Bestimmungen der AHV-Gesetzgebung). Der übertragene Wagen ist somit ohne weiteres unter das Erwerbseinkommen des Klägers zu subsumieren. Dazu kommt, dass dem Kläger weitere Fr. 1'100.- bar ausbezahlt wurden (was der Kantonalen Arbeitslosenkasse soweit ersichtlich nicht bekannt war). Entsprechend sind auf dem Wert des Autos (Fr. 2'000.-; vorbehältlich einer abweichenden Schätzung durch die Ausgleichskasse nach Art. 13 AHVV) und den Fr. 1'100.- Sozialversicherungsbeiträge geschuldet. Zu erheben ist der Beitrag beim Arbeitgeber (Art. 14 AHVG), im vorliegenden Fall also beim Beklagten. Auszugehen ist von einem Netto-Erwerbseinkommen des Klägers von Fr. 3'100.- für den Monat März 2004.

-----