

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA200009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. S. Janssen und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Urteil vom 29. Oktober 2020

in Sachen

A. _____,

Klägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____,

gegen

B. _____ **Maschinen AG,**

Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren
am Arbeitsgericht Hinwil vom 21. Oktober 2019 (AN190001-E)**

Rechtsbegehren:

A. Der Klägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 19 S. 1 f.):

- "1. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin für nicht ausbezahlten Lohn der Monate Dezember 2017 (CHF 562.35 brutto Lohnausstand), Januar 2018 (CHF 1'447.35 brutto Lohnausstand), Februar 2018 (CHF 1'447.35 brutto Lohnausstand), März 2018 (CHF 1'252.35 brutto Lohnausstand), April 2018 (CHF 987.35 brutto Lohnausstand), Mai 2018 (CHF 1'137.35 brutto Lohnausstand), Juni 2018 (CHF 1'227.35 brutto Lohnausstand), Juli 2018 (CHF 1'157.35 brutto Lohnausstand), August 2018 (CHF 1'232.35), September 2018 (CHF 1'132.35 brutto Lohnausstand), für Oktober 2018 (CHF 1'132.35 brutto Lohnausstand), für November 2018 (CHF 1'242.35 Lohnausstand), für Dezember 2018 (CHF 1'447.35 brutto Lohnausstand), Januar 2019 (CHF 732.35 brutto Lohnausstand), Februar 2019 (CHF 1'217.35 brutto Lohnausstand), März 2019 (CHF 1'077.35 brutto Lohnausstand), April 2019 (CHF 1'447.35 brutto Lohnausstand), Mai 2019 (CHF 1'262.35 brutto Lohnausstand), Juni 2019 (CHF 1'307.35 brutto Lohnausstand), Juli 2019 (CHF 1'447.35 brutto Lohnausstand) sowie August 2019 (CHF 1'222.35 brutto Lohnausstand) einen Betrag von mindestens CHF 25'119.35 brutto, abzüglich die zwingend vorzunehmenden Sozialabzüge, nebst 5 % Zins seit wann rechtens, zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin unter dem Titel Bonus 2014 einen Betrag von CHF 1'450.00 zu bezahlen, zzgl. Zins zu 5 % seit wann rechtens.
3. Die Beklagte sei anzuweisen, die von der Bruttolohnnachzahlung in Abzug zu bringenden Sozialleistungen ordentlich zu entrichten sowie die Arbeitgeberbeiträge auf dem nachzuzahlenden Bruttolohn der Klägerin einzubezahlen, der Klägerin diese Transaktionen urkundlich nachzuweisen, der Klägerin korrigierte Lohnausweise 2017 sowie 2018 und der Klägerin entsprechend korrekte Lohnabrechnungen für die Monate Dezember 2017 bis und mit August 2019 auszustellen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

B. Der Beklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin (Urk. 22 S. 1):

- "1. Die Klage sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inklusive Barauslagen) zu Lasten der Klägerin."

Urteil des Arbeitsgerichts Hinwil vom 21. Oktober 2019:

(Urk. 32 S. 16 f.)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 562.35 brutto zzgl. Zins zu 5 % seit 1. Januar 2018 (Lohnnachzahlung für Dezember 2017), Fr. 1'447.35 brutto zzgl. Zins zu 5 % seit 1. Februar 2018 (Lohnnachzahlung für Januar 2018), Fr. 1'447.35 brutto zzgl. Zins zu 5 % seit 1. März 2018 (Lohnnachzahlung für Februar 2018) und Fr. 1'252.35 brutto zzgl. Zins zu 5 % seit 1. April 2018 (Lohnnachzahlung für März 2018) zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 1'450.– (Bonus 2014) zzgl. Zins zu 5% seit 1. Mai 2015 zu bezahlen.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, die gesetzlichen sowie vertraglichen Sozialversicherungsabzüge (Arbeitnehmer- sowie Arbeitgeberbeiträge) abzuführen.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Es werden keine Kosten erhoben.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'300.– (inkl. Barauslagen, zzgl. MwSt.) zu bezahlen.
7. (Schriftliche Mitteilung)
8. (Beschwerde)

Berufungsanträge:

A. Der Klägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten:

In der Berufungsbegründung (Urk. 31 S. 2 und Urk. 40 S. 2 f.):

- "1. Ziffer 1 und 4 des Urteils des Bezirksgerichts Hinwil, Arbeitsgericht, Bezirksrichterin Mattle, Arbeitsrichterinnen Bruttin und Eichenberger, vom 21. Oktober 2019 in Sachen AN190001-E / U02 sei, soweit die Klage im Mehrbetrag d.h. für die von der Berufungsklägerin eingeklagten Lohnnachzahlungen der Monate April 2018 bis und mit August 2019 abgewiesen wurde, aufzuheben und es sei die Berufungsbeklagte zu verurteilen, der Berufungsklägerin für nicht ausbezahlten Lohn der Monate April 2018 (CHF 987.35 brutto Lohnausstand), Mai 2018 (CHF 1'137.35 brutto Lohnausstand), Juni 2018 (CHF 1'227.35 brutto Lohnausstand), Juli 2018 (CHF 1'157.35 brutto Lohnausstand), August 2018 (CHF 1'232.35), September 2018 (CHF 1'132.35 brutto Lohnausstand), für Oktober 2018 (CHF 1'132.35 brutto Lohnausstand), für November 2018 (CHF 1'242.35 Lohnausstand), für

Dezember 2018 (CHF 1'447.35 brutto Lohnausstand), Januar 2019 (CHF 732.35 brutto Lohnausstand), Februar 2019 (CHF 1'217.35 brutto Lohnausstand), März 2019 (CHF 1'077.35 brutto Lohnausstand), April 2019 (CHF 1'447.35 brutto Lohnausstand), Mai 2019 (CHF 1'262.35 brutto Lohnausstand), Juni 2019 (CHF 1'307.35 brutto Lohnausstand), Juli 2019 (CHF 1'447.35 brutto Lohnausstand) sowie August 2019 (CHF 1'222.35 brutto Lohnausstand) einen Betrag von CHF 20'409.95 brutto, abzüglich die zwingend vorzunehmenden Sozialabzüge, nebst 5% Zins seit wann rechtens, zu bezahlen.

2. Ziffer 6 des Urteils des Bezirksgerichts Hinwil, Arbeitsgericht, Bezirksrichterin Mattle, Arbeitsrichterinnen Bruttin und Eichenberger, vom 21. Oktober 2019 in Sachen AN190001-E / U02 sei vollumfänglich aufzuheben und es sei die Berufungsbeklagte zu verurteilen, der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung gemäss nachzureichender Kostennote eventualiter im Betrag von CHF 4'623.00 (zuzüglich MWST) für das vorinstanzliche Verfahren AN190001-E / U02 zu bezahlen.
3. Die Berufungsbeklagte sei zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Berufungsbeklagte [recte: Berufungsklägerin] für die Aufwendungen des mit vorliegender Berufung eingeleiteten Verfahrens gemäss nachzureichender Kostennote zu verurteilen."

In der Anschlussberufungsantwort (Urk. 40 S. 2):

- "1. Die Anschlussberufung (Ziffer 2, 3 und 4 der Rechtsbegehren der Eingabe der Berufungsbeklagten / Anschlussberufungsklägerin vom 19. Mai 2020) seien vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Berufungsbeklagte / Anschlussberufungsklägerin sei zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Berufungsklägerin / Anschlussberufungsbeklagte für die Aufwendungen des vorliegenden Berufungsverfahrens nachzureichender Kostennote zu verurteilen."

B. Der Beklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin:

In der Berufungsantwort (Urk. 38 S. 1 f.):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.
2. ...
3. ...
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Spesen / Auslagen zu Lasten der Klägerin / Berufungsklägerin."

In der Anschlussberufungsbegründung (Urk. 38 S. 1 f.):

- "2. In Gutheissung der Anschlussberufung sei der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und die Klage der Klägerin / Berufungsklägerin mit entsprechender Anpassung der Kostenfolgen vollumfänglich abzuweisen.
3. Eventuell sei in Gutheissung der Anschlussberufung der Entscheid der Vorinstanz mit entsprechender Anpassung der Kostenfolgen aufzuheben, soweit die Vorinstanz der Klägerin / Berufungsklägerin eine Lohnnachzahlung von CHF 1.252,35 brutto zzgl. Zins zu 5% seit 1. April 2018 (Lohnnachzahlung März 2018) zugesprochen hat.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Spesen / Auslagen zu Lasten der Klägerin / Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1. Bei der Beklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin (fortan Beklagte) handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____. Sie bezweckt unter anderem die Herstellung von und den Handel mit Maschinen und Industrieprodukten aller Art, insbesondere im Bereich ...-maschinen und ...-anlagen (Urk. 4/31). Die Klägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte (fortan Klägerin) arbeitete seit dem 1. August 2008 als Instruktorin auf Abruf bei der Beklagten. Im schriftlichen Anstellungsvertrag wurde vereinbart, dass die Klägerin frei ist, den von der Beklagten angebotenen Einzeleinsatz abzulehnen, und dass diese ausserhalb des jeweils vereinbarten Einzeleinsatzes nicht verpflichtet ist, der Klägerin Arbeit zuzuweisen (Urk. 4/4 S. 1). Bis zum 5. September 2017 bot die Beklagte ihren Kunden Instruktionen zu erworbenen Geräten kostenlos an. Ab diesem Zeitpunkt stellte sie dafür Fr. 35.– in Rechnung (Urk. 4/12), worauf die Nachfrage nach solchen Instruktionen massiv zurückging (Urk. 2 S. 4 f.; Urk. 22 S. 6 Rz. 16).
2. Am 27. März 2019 reichte die Klägerin unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C.____ vom 20. Dezember 2018 bei der Vorinstanz die vorliegende arbeitsrechtliche Klage mit den eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren ein (Urk. 1 und 2). Der weitere Prozessverlauf kann dem ange-

fochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 32 S. 3). Am 21. Oktober 2019 erliess die Vorinstanz das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil, zunächst in unbegründeter Form (Urk. 25) und danach auf Begehren der Klägerin in begründeter Form (Urk. 29 = Urk. 32).

3. Dagegen erhob die Klägerin am 19. Februar 2020 rechtzeitig (vgl. Urk. 30 S. 2) Berufung mit den oben erwähnten Anträgen (Urk. 31 S. 2). Am 19. Mai 2020 erstattete die Beklagte innert angesetzter Frist die Berufungsantwort und erhob Anschlussberufung (Urk. 38). Die Anschlussberufungsantwort datiert vom 29. Juni 2020 (Urk. 40) und wurde der Beklagten zur Kenntnis gebracht (Urk. 41). Mit Eingabe vom 17. Oktober 2020 reichte der Rechtsvertreter der Klägerin seine Honorarnote ein (Urk. 45). Diese ist der Beklagten mit dem vorliegenden Entscheid zur Kenntnis zu bringen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.H.; BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3). Die Berufungsantwort hat die gleichen Begründungsanforderungen zu erfüllen wie die Berufung. Die Berufungsbeklagte, die in erster Instanz (teilweise) obsiegt hat

und eine Gutheissung der Berufung befürchten muss, ist daher gehalten, eine allfällige unrichtige Rechtsanwendung sowie ihr nachteilige Sachverhaltsfeststellungen formgerecht zu rügen (vgl. hierzu BGer 4A_496/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 2.2.2 m.w.H.). Für die Anschlussberufungsbegründung sowie die Anschlussberufungsantwort gelten dieselben Anforderungen.

2. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; BGer 5A_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2). Art. 317 ZPO ist auch anwendbar bei Verfahren, die – wie das vorliegende – in den Anwendungsbereich der beschränkten Untersuchungsmaxime fallen (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO; BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-30).

4. Auf die Ausführungen der Parteien wird nachfolgend nur soweit für die Entscheidungsfindung notwendig eingegangen.

III.

1.1. Die Vorinstanz erwog, echte Arbeit auf Abruf liege nur vor, wenn der Arbeitnehmer dem Abruf des Arbeitgebers Folge zu leisten habe. Vorliegend habe die Klägerin sich aber nicht zur Verfügung der Beklagten halten müssen und habe auch um ihr Ablehnungsrecht (bei Anfragen der Beklagten für Instruktionseinsätze) gewusst. Zudem seien die Termine für Instruktionen jeweils im Voraus vereinbart worden. Allein der Umstand, dass die Klägerin keinen Einsatz abgelehnt und sich stets nach den Weisungen der Beklagten gerichtet habe, genüge nicht, um von echter Arbeit auf Abruf auszugehen. Im Übrigen lasse auch der Wortlaut der ursprünglich zwischen den Parteien schriftlich festgehaltenen Vereinbarung auf einen zeitlich unbeschränkten Rahmenvertrag und dementsprechend auf einen Vertrag bezüglich unechter Arbeit auf Abruf schliessen (Urk. 32 S. 7 ff.).

Weiter erwog sie, wenn die Arbeitnehmerin wie vorliegend über längere Zeit sowohl hinsichtlich der täglichen Arbeitszeit als auch bezüglich der monatlich geleisteten Stundenzahl regelmässig beschäftigt werde, dürfe diese grundsätzlich davon ausgehen, dass die Arbeit auf Abruf in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit umgewandelt werde, welches nur unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist beendet werden könne. Dies gelte selbst dann, wenn – wie vorliegend – im Arbeitsvertrag ein Anspruch auf Zuweisung von Arbeit in einem bestimmten Umfang wegbedungen worden sei. Die von der Klägerin vorgebrachte Regelmässigkeit der Beschäftigung sei von der Beklagten ebenso wenig bestritten worden wie der während der Jahre 2011 bis 2016 erzielte monatliche Durchschnittslohn von Fr. 1'447.35. Die Argumentation der Beklagten, der Wortlaut des schriftlichen Vertrags halte klar fest, dass keine Verpflichtung der Arbeitgeberin auf Zuweisung von Arbeit ausserhalb der vereinbarten Einzeleinsätze bestehe, verfange nicht. Angesichts der zwischen den Parteien effektiv gelebten Vertragsbeziehung während mehr als fünf Jahren sei davon auszugehen, dass sich aufgrund der gelebten Verhältnisse während dieser Zeitdauer der ursprüngliche Vertrag auf unechte Arbeit auf Abruf in ein unbefristetes Teilzeitarbeitsverhältnis umgewandelt habe. Deshalb sei das vorliegende Arbeitsverhältnis trotz des Schriftlichkeitsvorbehalts aufgrund der gelebten Verhältnisse im Zeitpunkt der Klage den Teilzeitarbeitsverhältnissen und nicht mehr der ursprünglich vereinbarten Arbeit auf Abruf zuzuordnen (Urk. 32 S. 11).

1.2. Die Beklagte rügt, die Parteien hätten den ursprünglichen Vertrag nie ändern wollen und hielten sich immer noch an diesen. Es sei daher nicht einzusehen, weshalb sich die Vertragsbeziehung zwischen ihnen ändern sollte bzw. weshalb die Vertragsbeziehung zwischen ihnen anders zu beurteilen sei. Die von der Vorinstanz vorgenommene Umwandlung des Vertragsverhältnisses von einem Vertrag auf unechte Arbeit auf Abruf in ein Teilzeitarbeitsverhältnis gegen den Willen der Vertragsparteien sei unzulässig und verstosse gegen Art. 1 und Art. 18 OR sowie den vertraglich vereinbarten Schriftlichkeitsvorbehalt. Ausserdem stelle die vertragliche (Rahmen-) Vereinbarung der Parteien vom 19. August 2008 noch keinen Arbeitsvertrag dar. Schliesslich habe keine Partei den Vertrag gekündigt. Vielmehr hätten beide das Vertragsverhältnis nach Bekanntgabe der geänderten

Modalitäten in Kenntnis der geringeren Auslastung während 2.5 Jahren weitergeführt. Insbesondere habe die Klägerin die von der Beklagten mitgeteilten Anpassungen der Modalitäten akzeptiert und das Vertragsverhältnis in Kenntnis der geänderten Modalitäten und deren Folgen fortgesetzt. Der Vertrag auf unechte Arbeit auf Zeit sei somit weder gekündigt noch umgewandelt worden, sondern bestehe unverändert weiter. Bei unechter Arbeit auf Abruf falle jedoch ein Lohnfortzahlungsanspruch infolge ungenügenden Abrufs ausser Betracht. In der Folge sei die Klage vollumfänglich abzuweisen (Urk. 38 S. 5 ff.).

1.3. Die Qualifikation eines Vertrages, d.h. die Subsumtion eines konkreten Vertrags unter die Legaldefinitionen der gesetzlichen Vertragstypen, stellt keine Tat-, sondern eine Rechtsfrage dar. Sie erfolgt unabhängig vom (selbst übereinstimmenden) Willen oder von der Vorstellung der Parteien und richtet sich einzig nach der typologischen Ausgestaltung resp. den konkreten Merkmalen des Vertrags und mithin nach objektiven Kriterien (BGE 143 II 297 E. 6.4.1; BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020, E. 5; BGer 4A_200/2015 vom 3. September 2015, E. 4.1.3). Ob sich die Parteien der entsprechenden Qualifikation bewusst waren oder einen entsprechenden Vertrag (-styp) abschliessen wollten, ist ohne Belang.

Echte wie unechte Arbeit auf Abruf sind Formen der uneigentlichen Teilzeitarbeit. Bei der sogenannten echten Arbeit auf Abruf behält sich der Arbeitgeber vertraglich das Recht vor, die Arbeitskraft des Arbeitnehmers je nach Arbeitsanfall in Anspruch zu nehmen, wobei den Arbeitnehmer eine Einsatzpflicht nach Weisung des Arbeitgebers trifft. Unechte Arbeit auf Abruf liegt dagegen vor, wenn den Arbeitnehmer keine Einsatzpflicht trifft und ihm freisteht, das wechselnde Arbeitsangebot des Arbeitgebers anzunehmen (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321 N 19; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362, Zürich 2012, Art. 319 N 18). In letzterem Fall liegt den einzelnen Einsätzen häufig ein Rahmenvertrag zugrunde. Ein solcher Rahmenvertrag regelt zwar die Arbeitsbedingungen einheitlich, stellt jedoch selbst noch keinen Arbeitsvertrag dar, da sich der Arbeitnehmer darin nicht zur Leistung von Arbeit verpflichtet (BGer 4A_334/2017 vom 4. Oktober 2017, E. 2.2; BGer 4A_509/2009 vom 7. Januar 2010, E. 2.3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 18).

Teilzeitarbeit ist abzugrenzen von Gelegenheits- bzw. Aushilfsarbeit. Entscheidend ist, ob die Parteien mehrere Einsätze in Aussicht nehmen und für diese die Rahmenbedingungen einheitlich sein sollen oder ob die Arbeitsbedingungen bei jedem neuen Einsatz tatsächlich neu vereinbart werden. Selbst wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ausdrücklich keine minimale Arbeitszeit garantiert, sondern der Einsatz nur bei Bedarf erfolgen soll, kann ein Teilzeitarbeitsverhältnis vorliegen. Regelmässig wiederkehrende Beschäftigung bildet ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen eines andauernden Arbeitsverhältnisses (*OGer ZH LA140029 vom 16. Dezember 2014, E. II/3b*, in: JAR 2015, 652 ff., 655; *OGer ZH LA020029 vom 10. Juni 2003, E. II/2b*, in: JAR 2004, 587 ff. [vgl. auch den vorinstanzlichen Entscheid in JAR 2003, 158 ff.]; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 18; Geiser, Neue Arbeitsformen, in: AJP 1995, 557 ff., 558; ZK-Staehelin, Art. 319 OR N 52; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 319 OR N 28).

1.4. Vorliegend war der von den Parteien abgeschlossene Rahmenvertrag auf Dauer ausgerichtet (vgl. Kündigungsmodalitäten in Urk. 4/4 Ziffer 5) und bezweckte demnach eine über die einzelnen Arbeitseinsätze hinausgehende vertragliche Bindung. Die Einsätze der Klägerin für die Beklagte erfolgten sodann regelmässig während eines Zeitraums von mehr als zehn Jahren. Die beidseitige Abschlussfreiheit bezüglich der einzelnen Arbeitseinsätze ändert unter diesen Umständen nichts an der Dauerhaftigkeit der vertraglichen Bindung (vgl. *OGer ZH LA020029 vom 10. Juni 2003, E. II/2b*, in: JAR 2004, 587 ff.). Nach dem oben Ausgeführten ist daher von einem Teilzeitarbeitsverhältnis auszugehen, ohne dass es dazu einer Abänderung bzw. Umwandlung der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien bedurft hätte (so aber die Vorinstanz in Urk. 32 S. 11 E. IV/2.2). Im Ergebnis ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von einem Teilzeitarbeitsverhältnis zwischen den Parteien ausging, womit sich die gegenteilige Rüge der Beklagten als unbegründet erweist.

1.5. An diesem Ergebnis änderte nichts, wenn man mit der Beklagten davon ausginge, die Klägerin habe lediglich Gelegenheitsarbeit für die Beklagte geleistet, wobei für jeden Einsatz jeweils ein separater Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde (Urk. 22 S. 4 Rz. 10). Denn diesfalls wäre aufgrund der Dauer der Tätigkeit

der Klägerin für die Beklagte während mehr als zehn Jahren und damit einhergehend einer Vielzahl von aufeinander folgenden befristeten Arbeitsverhältnissen von einem verbotenen Kettenarbeitsverhältnis auszugehen, zumal weder dargelegt noch ersichtlich ist, dass dies durch objektive Gründe gerechtfertigt wäre (vgl. dazu Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 334 N 7). In der Folge wären die einzelnen Verträge wie ein einheitlicher unbefristeter Vertrag zu behandeln (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 334 N 8; Egli, Neue Tendenzen bei der Teilzeitarbeit, in: SJZ 96 [2000], 205 ff., 212; Roncoroni, Arbeit auf Abruf und Gelegenheitsarbeit, in: AJP 1998, 1410 ff., 1412).

2.1. Zur Dauer der Lohnfortzahlungspflicht erwog die Vorinstanz, die Klägerin habe selbst ausgeführt, dass sie ab Dezember 2017 ein deutlich geringeres Einkommen erzielt habe. Ab diesem Zeitpunkt habe ihr daher klar sein müssen, dass sie bei weitem nicht mehr im selben Umfang Arbeit leisten könne wie bisher. Sie wäre daher gehalten gewesen, sich nach einer anderen Verdienstmöglichkeit umzusehen. Dass sie den Vertrag trotz Kenntnis der neuen Vergabemodalitäten für Instruktionen nicht gekündigt habe und ihre Forderung darauf stütze, ihre Arbeitskraft stets angeboten und nie einen Einsatz abgelehnt zu haben, würde theoretisch eine unbefristete Lohnfortzahlungspflicht zur Folge haben. Dies erscheine jedoch unbillig und würde einer übermässigen Bindung der Beklagten gleichkommen, welche unter den gegebenen Umständen jeder Instruktorin, die mehrere Jahre Aufträge für sie ausgeführt habe, kündigen müsste, um nicht mehr zur Fortzahlung des Lohnes verpflichtet werden zu können. Kündige der Arbeitgeber wie vorliegend an, dass die bisherigen Stunden nicht mehr geleistet werden können, und wisse der Arbeitnehmer auch, in welchem Umfang die Stunden neu geleistet werden könnten, so sei es dem Arbeitnehmer zuzumuten, den Vertrag aufzulösen und sich anderweitig eine Arbeitsstelle zu suchen, bei welcher mehr Stunden geleistet werden könnten. Unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche während einer dreimonatigen Kündigungsfrist den Lohn in bisherigem Umfang zugesprochen hatte (BGer 8C_379/2010, E. 1.2), erscheine es vorliegend angemessen, die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Lohn in der Höhe des bisherigen Durchschnittslohns von Fr. 1'447.35 bis Ende März 2018 zu bezahlen (Urk. 32 S. 12 ff.).

2.2. Die Klägerin rügt eine Verletzung von Art. 324 OR. Dieser sehe bei Annahmeverzug des Arbeitgebers bei ungekündigten Arbeitsverhältnissen keine Beschränkung der Lohnfortzahlungspflicht vor. Diese bestehe selbst dann, wenn die Arbeitsleistung nach Vertragsschluss endgültig unmöglich werde und dies von niemandem verschuldet worden sei. Vorliegend habe die Beklagte den Annahmeverzug verschuldet und ihr den Durchschnittsverdienst von Fr. 1'447.35 brutto pro Monat auch in der Zeit ab April 2018 zu bezahlen, zumal sie sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGer 4A_534/2017 vom 27. August 2018) auf einen gewissen Beschäftigungsgrad während der gesamten Anstellung habe verlassen dürfen. Im Übrigen hätte die Beklagte entgegen der irrigen Annahme der Vorinstanz sehr wohl die Möglichkeit gehabt, den Annahmeverzug durch Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu beenden, habe davon aber keinen Gebrauch gemacht (Urk. 31 S. 5 ff.).

2.3. Die Beklagte hält dem entgegen, zwischen den Parteien gelte immer noch der Rahmenvertrag vom 19. August 2008. Damit entfielen die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche ganz grundsätzlich. Insbesondere falle bei unechter Arbeit auf Abruf ein Lohnfortzahlungsanspruch infolge ungenügenden Abrufs ausser Betracht; ebenso wenig habe sie in Annahmeverzug geraten können. Des Weiteren hätten die Parteien keine Mindestzahl für Instruktionen vereinbart, sie habe keine Angebotspflicht getroffen und sie habe auch nicht die Zuteilungskriterien zu Ungunsten der Klägerin verändert. Ausserdem sei die Klägerin anfangs September 2017 über die Änderung der Modalitäten betreffend Instruktionen informiert worden. Dennoch habe die Klägerin ihre Instruktionstätigkeit weitergeführt und offensichtlich die geänderten Verhältnisse und deren Auswirkungen auf den Umfang ihrer Einsätze bzw. ihr Einkommen akzeptiert. Sie mache zu Recht nicht geltend, sie sei für ihre Instruktionstätigkeit nicht bezahlt worden, denn sie habe immer die vertraglich vereinbarte Entschädigung für die von ihr erteilten Instruktionen erhalten. Somit mache sie eine Entschädigung geltend, ohne dafür eine Gegenleistung erbracht zu haben. Dies sei stossend und widerspreche den vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien. Unbehelflich sei schliesslich der Verweis der Klägerin auf den Bundesgerichtsentscheid 4A_534/2017, denn dieser Entscheid betreffe einen anderen Sachverhalt und einen anderen

Vertragstyp und sei daher nicht einschlägig. Entsprechend seien die von der Klägerin darauf abgestützten Ausführungen vorliegend unbeachtlich (Urk. 38 S. 13 ff.).

2.4.1. Nach der bundesrechtlichen Rechtsprechung sind Beschäftigungsformen, bei welchen der Arbeitgeber den Arbeitnehmer je nach Arbeitsanfall beansprucht, grundsätzlich auch im Rahmen eines fortdauernden Arbeitsverhältnisses zulässig, und zwar unabhängig davon, ob jeder Einsatz das Einverständnis des Arbeitnehmers voraussetzt oder ob der Arbeitgeber diesen einseitig abrufen kann (BGE 124 III 249 E. 2a). Erlaubt der so vereinbarte Arbeitsvertrag auf Abruf jedoch eine plötzliche und erhebliche Reduktion des monatlichen Arbeitspensums, so liegt darin eine Umgehung des Schutzes, der durch die zwingenden Kündigungsfristen von Art. 335c OR gewährleistet werden soll. Ebenso ist darin eine Überwälzung des Betriebsrisikos auf den Arbeitnehmer zu sehen, was unzulässig ist, da dieses gemäss Art. 324 Abs. 1 OR vom Arbeitgeber zu tragen ist (BGE 125 III 65 E. 4b/aa und E. 5 = Pra 88 [1999] Nr. 111).

2.4.2. Vorliegend arbeitete die Klägerin seit dem 1. August 2008 für die Beklagte (vgl. Urk. 4/4), wobei sie von ihrem Ablehnungsrecht betreffend einzelne Einsätze nie Gebrauch machte (Urk. 2 S. 7; Urk. 22 S. 4 Rz. 11). In den Jahren 2011 bis 2017 erzielte sie jeweils ein jährliches Bruttoeinkommen zwischen Fr. 15'227.– und Fr. 20'727.– (Urk. 4/6 und Urk. 24/6). Auch wenn die vertragliche Grundlage immer noch die (Rahmen-) Vereinbarung der Parteien vom 19. August 2008 betreffend Arbeit auf Abruf ohne Befolgungspflicht (Urk. 4/4) war, hatte sich das Verhältnis der Parteien insofern weiterentwickelt, als dass die Bindungswirkung zwischen ihnen stärker wurde: So konnte die Beklagte damit rechnen, dass die Klägerin Einsatzangebote regelmässig annimmt (gemäss unbestritten [vgl. Urk. 22 S. 9 f.] gebliebener Darstellung hielt sich die Klägerin zwei bis drei Tage pro Woche für Einsätze für die Beklagte frei [Urk. 2 S. 8]), währenddem die Klägerin sich – trotz Wegbedingung einer Angebotspflicht – aufgrund der über mehrere Jahre anhaltend konstanten Abrufhäufigkeit darauf verlassen durfte, dass ihr Pensum nicht ohne Vorwarnung bzw. Möglichkeit, sich bei vorerst gesichertem Einkommen eine neue Stelle zu suchen, geändert würde. Andererseits konnte die

Klägerin aufgrund der schriftlich vereinbarten Wegbedingung einer Angebotspflicht der Beklagten nicht auf ein stets gleichbleibendes Pensum vertrauen.

2.4.3. Im Jahr 2018 reduzierte sich das Bruttoeinkommen der Klägerin auf Fr. 2'420.– (Urk. 24/7; vgl. auch Urk. 24/5). Eine solch massive Reduktion der Abruffrequenz nach einer über mehrere Jahre anhaltend konstanten Abrufhäufigkeit ist aufgrund des Vertrauensschutzes nur unter Einhaltung der Kündigungsfrist zulässig (Brugger, Die Arbeitsverhinderung bei Teilzeiterwerbstätigen und Mehrfachbeschäftigten, Diss. 2017, N 187; Roncoroni, a.a.O., S. 1413; vgl. auch BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 319 OR N 35; a.A. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 OR N 18). Hingegen bedurfte es dazu aufgrund der schriftlich vereinbarten Wegbedingung einer Angebotspflicht der Beklagten keiner Kündigung. Zusammenfassend war die Beklagte berechtigt, die Zusammenarbeit mit der Klägerin ohne Kündigung, jedoch unter Einhaltung einer der Kündigungsfrist entsprechenden Übergangsfrist zu reduzieren.

2.4.4. Es verbleibt, den Beginn der Übergangsfrist zu bestimmen. Zwar informierte die Beklagte die Klägerin mit E-Mail vom 5. September 2017, dass sie die Instruktionen ihren Kunden fortan nur noch kostenpflichtig anbiete. Zu den konkreten Auswirkungen äusserte sich jedoch nicht (Urk. 4/12). Diese wurden der Klägerin denn auch erst im Dezember 2017 bewusst, als sie deutlich weniger Instruktionseinsätze leisten konnte (vgl. Urk. 2 S. 4 f. und S. 8). Die Übergangsfrist begann demnach im Dezember 2017 zu laufen und endete – da sich die Klägerin zu diesem Zeitpunkt im zehnten Dienstjahr befand – Ende März 2018 (vgl. Art. 335c OR; siehe auch Urk. 4/4 Ziff. 5). Die Beklagte hatte der Klägerin demnach ab Dezember 2017 bis März 2018 weiterhin den Durchschnittsbruttolohn in Höhe von Fr. 1'447.35 pro Monat zu entrichten, zumal die Klägerin der Beklagten ihre Arbeit angeboten hatte (Urk. 2 S. 8, Prot. I S. 9; von der Beklagten in der Duplik [Prot. I S. 13] nicht mehr bestritten). Im Ergebnis entspricht dies der vorinstanzlichen Regelung (Urk. 32 S. 14 und S. 16 Dispositiv-Ziff. 1), weshalb in diesem Punkt sowohl die Berufung als auch die Anschlussberufung abzuweisen sind.

3.1. Bezüglich des von der Klägerin geltend gemachten Anspruchs auf einen Bonus für das Jahr 2014 erwog die Vorinstanz, es sei unbestritten, dass vertrag-

lich kein Bonus verabredet gewesen sei. Gemäss Ausführungen der Beklagten sollten nur Mitarbeiter – zu denen sie die Instruktorinnen nicht gezählt habe – einen Bonus erhalten. Da das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien von einem Vertrag auf unechte Arbeit auf Abruf zu einem Teilzeit-Arbeitsvertrag umgewandelt worden sei, sei die Klägerin aber ebenfalls als Mitarbeiterin zu qualifizieren. Entsprechend sei sie auch berechtigt, am Bonus zu partizipieren. Dessen Höhe sei unbestritten geblieben, weshalb die Beklagte zu verpflichten sei, der Klägerin Fr. 1'450.– zu bezahlen (Urk. 32 S. 15).

3.2. Die Beklagte rügt, da der Vertrag auf unechte Arbeit auf Abruf weiterbestehe und nicht in einen Teilzeitarbeitsvertrag uminterpretiert werden dürfe und die Klägerin nicht als Mitarbeiterin zu qualifizieren sei, sei auch keine Bonuszahlung für das Jahr 2014 geschuldet (Urk. 38 S. 10 f.).

3.3. Die Klägerin verweist im Wesentlichen auf ihre Ausführungen vor Vorinstanz sowie deren Entscheid (Urk. 40 S. 5). Vor Vorinstanz hatte sie geltend gemacht, dass sie als Angestellte und somit mit allen anderen Angestellten gleich zu behandelnde Mitarbeiterin ebenfalls Anspruch auf Zahlung eines Bonus habe (Urk. 2 S. 10 f.).

3.4. Vorliegend ist unbestritten, dass kein vertraglicher Anspruch auf Ausrichtung eines Bonus bestand, es sich demnach um eine freiwillige Leistung der Beklagten handelte. Völlige Freiheit genoss die Beklagte indes nur in Bezug auf den Entschluss, überhaupt Leistungen an die Belegschaft auszurichten. Da sie sich zur Gewährung von Sondervergütungen entschloss, hatte sie das Diskriminierungsverbot zwischen Mann und Frau sowie den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz hinsichtlich der Arbeitnehmer zu beachten (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 4 f.; ZK-Staehelin, Art. 322d OR N 12 f.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gehört es allerdings zum Wesen der privatautonomen Vertragsfreiheit, selber zu bestimmen, welche Motive als sachgemäss anzusehen sind. Ein Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot liegt demnach nur vor, wenn in der Entscheidung der Arbeitgeberin eine die Arbeitnehmerin verletzende Geringschätzung ihrer Persönlichkeit zum Ausdruck kommt (BGE 129 III 276 E. 3.1). Die Beklagte hatte sich entschlossen, nur ihren

mit einem fixen Pensum angestellten Mitarbeitern einen Bonus auszurichten (vgl. Urk. 4/35). Dementsprechend erhielten sämtliche (nur auf Abruf eingesetzten) InstruktorInnen keinen Bonus (Urk. 22 S. 6 f. Rz. 20 und 21). Darin ist jedenfalls keine Geringschätzung der Persönlichkeit der Klägerin zu erblicken, weshalb die Klägerin keinen Anspruch auf einen Bonus für das Jahr 2014 hat. Insofern erweist sich die Anschlussberufung als begründet und die Dispositiv-Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids ist ersatzlos aufzuheben.

4. Zusammenfassend ist in teilweiser Gutheissung der Anschlussberufung die Dispositiv-Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids ersatzlos aufzuheben. Im Übrigen sind die Berufung und die Anschlussberufung abzuweisen.

5. Die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren ist nach Obsiegen und Unterliegen in der Hauptsache festzusetzen. Unter Berücksichtigung der sich aus dem vorliegenden Entscheid ergebenden Anpassungen obsiegt die Klägerin mit ihrer Klage zu rund einem Fünftel. Entsprechend ist sie zu verpflichten, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine auf drei Fünftel reduzierte Parteientschädigung, mithin Fr. 2'780.– (mangels Antrags ohne Mehrwertsteuerzuschlag), zu entrichten.

IV.

1. Wie schon das erstinstanzliche Verfahren ist auch das Berufungsverfahren aufgrund des Fr. 30'000.– unterschreitenden Streitwerts kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).

2. Das Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Berufungsverfahren entspricht demjenigen im erstinstanzlichen Verfahren. Ausgehend von einem Streitwert im Berufungsverfahren von Fr. 26'569.35 beläuft sich die volle Parteientschädigung für das Berufungsverfahren auf Fr. 3'080.– (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Die Klägerin ist daher zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine auf drei Fünftel reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'850.– (mangels Antrags ohne Mehrwertsteuerzuschlag) zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Anschlussberufung wird Dispositiv-Ziff. 2 des Urteils des Arbeitsgerichts Hinwil vom 21. Oktober 2019 ersatzlos aufgehoben. Im Übrigen werden die Berufung und die Anschlussberufung abgewiesen und die Dispositiv-Ziff. 1, 3, 4 und 5 des Urteils des Arbeitsgerichts Hinwil vom 21. Oktober 2019 werden bestätigt.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für beide Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 4'630.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 45, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit arbeitsrechtlicher Natur. Der Streitwert beträgt Fr. 26'569.35. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 29. Oktober 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. D. Scherrer

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
lb