

Urteil

Arbeit auf Abruf: Berechnung einer Entschädigung

Bei der Arbeit auf Abruf hat der Arbeitnehmer ein Anrecht auf eine (reduzierte) Entschädigung – auch wenn er effektiv nicht zum Einsatz gekommen ist. Für die Festlegung der Höhe dieser Entschädigung ist zu beachten, inwiefern der Arbeitnehmer für den Abruf verfügbar sein muss und seine Zeit für arbeitsfremde Aktivitäten verwenden kann.

Sachverhalt

Ab 1. Juni 1998 war A. von Y. als Schneiderin im Stundenlohn angestellt worden. Der Stundenlohn betrug – im Dezember 2008 – brutto 23 Franken, zuzüglich Ferienentschädigung.

Mit Schreiben vom 20. November 2009, das A. am gleichen Tag zugestellt wurde, erhielt sie die Kündigung mit sofortiger Wirkung, mit der Begründung, dass «die Wirtschaftslage und die wenigen Auftragsgänge die Aufrechterhaltung dieser Stelle nicht mehr rechtfertigten».

Am 25. November 2009 erhob A. Einspruch gegen die Kündigung, indem sie sich bereit erklärte, «die letzten 3 Monate des Arbeitsverhältnisses im Laden zu arbeiten».

Y. ihrerseits drückte sich in einem Schreiben vom 3. Dezember 2009 gegenüber der Klägerin wie folgt aus:

«Auf Ihr Schreiben vom 25. November möchte ich wie folgt antworten:

Am 25. März 2009 sind Sie zum letzten Mal am Arbeitsplatz erschienen. Seit diesem Datum haben Sie kein Lebenszeichen von sich gegeben, und da sich die Lage bis heute nicht verändert hat, dachte ich, ich sollte Sie nicht noch länger hinhalten, sondern Ihnen die Möglichkeit geben, sich sofort nach einem anderen Arbeitsplatz umzusehen. Als ich Ihnen die Kündigung schickte, meinte ich, Ihnen einen Gefallen zu tun.»

Mit Klage vom 18. Februar 2010 verlangte A. einen Betrag von 6000 Franken, «der dem Lohn für die Zeit der Kündigungsfrist 1. 12. 2009/28. 2. 2010 entspricht». Y. lehnte die Forderung ab.

Aus den Erwägungen

1. Es ist unbestritten, dass die Parteien einen Einzelarbeitsvertrag gemäss Art. 319 OR abgeschlossen haben. Tatsäch-

lich begründet auch die regelmässige Arbeitsleistung in Teilzeit («Teilzeitarbeit») ein Arbeitsverhältnis (Art. 319 Abs. 2 OR).

Es ist belegt, dass A. regelmässig beschäftigt war, wenn auch in Teilzeit, und dies ohne Zweifel bis Ende des Jahres 2008.

2009 allerdings hat A. nur 27 Stunden im Monat März gearbeitet; danach wurde sie nicht mehr beschäftigt.

2. Nach Auffassung des erstinstanzlichen Richters hat sich der zwischen den hier beteiligten Parteien abgeschlossene Vertrag im Laufe der Zeit verändert.

In einer ersten Phase, nämlich ab 1. Januar 1998 und bis März 2009, konnte der Vertrag als «eigentlicher Teilzeitarbeitsvertrag» bezeichnet werden, mit einem im Voraus festgelegten Arbeitsplan («eigentliche Teilzeitarbeit, im Voraus feststehender Arbeitsplan»). In einer zweiten Phase, das heisst seit April 2009, ist es hingegen zu einer (durch konkludentes Handeln zumindest stillschweigenden) Einigung zwischen den Parteien auf eine Vertragsänderung gekommen. Das Arbeitsverhältnis wandelte sich zu einem Vertrag mit «uneigentlicher Teilzeitarbeit» (nicht feststehender Arbeitsplan), mit einseitiger Arbeitsverpflichtung des Arbeitnehmers aufgrund einer einseitigen Nachfrage durch den Arbeitgeber. Es handelt sich im Wesentlichen also um eine echte Arbeit auf Abruf (so genannte «kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit»), deren Zulässigkeit vom Bundesgericht anerkannt wurde.

Dass eine Abrede in konkludenter Form zwischen den Parteien bestand, in dem Sinne, dass eine Anstellung auf



Abruf vorlag, ist angesichts des Verhaltens beider Parteien in der Zeit zwischen April und November 2009 erwiesen. Übrigens wurde es durch A. selbst bestätigt, indem sie als Antwort erklärte: «Ab dem Monat April 2009 hat Y. A. nicht mehr aufgefordert, ihre Tätigkeit auszuüben, und A. hat sich nicht mehr an Y. gewandt. Tatsächlich hatten sich die Parteien darauf geeinigt, dass Y. anrufen sollte, wenn sie Arbeit für sie hätte».

3. Im Vertrag auf einseitigen Abruf («Arbeit auf einseitigen Abruf») werden der Zeitraum und die Dauer jeder Beschäftigung, wie er besagt, einseitig vom Arbeitgeber bestimmt. Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer bei solchen Verträgen diesem Abruf Folge zu leisten; dieser ist also verpflichtet, sich dem Arbeitgeber im Hinblick auf einen etwaigen Anruf zur Verfügung zu halten. Solche Verträge weisen eine gewisse Problematik auf, wegen der Tatsache, dass sie das so genannte «Unternehmerisiko» auf den Arbeitnehmer übertragen.

Gemäss der vorausgehenden Rechtslehre und Rechtsprechung wurde der Arbeitnehmer im Falle von Arbeitsverträgen auf einseitigen Abruf nur für die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden bezahlt.

Aufgrund der Bundesgerichtsentscheide BGE 124 III 249 und 125 III 65 wurde festgestellt, dass die Zeit, in wel-



Illustration: Christine Ruf

cher der Arbeitnehmer sich in Erwartung eines Anrufs des Arbeitgebers zur Verfügung hält (es handelt sich um eine Art «Pikett»), zwar bezahlt werden muss, doch in geringerem Mass als bei einer vollen Tätigkeit.

Der Lohn wird im Allgemeinen aufgrund einer etwaigen Abrede zwischen den Parteien oder eines Gesamtarbeitsvertrags beziehungsweise gemäss der «üblichen Entlohnung» (Art. 322 Abs. 1 OR) und, falls diese nicht bestimmt werden kann, gemäss den Kriterien der Billigkeit festgesetzt.

Diese Billigkeit muss wegkommen von der Bewertung des betrieblichen Interesses des Arbeitgebers allein und sollte auch die Verfügbarkeit für den Abruf seitens des Arbeitgebers sowie die Freiheit und Intensität, mit welcher der Arbeitnehmer seine Zeit für arbeitsfremde Aktivitäten verwenden kann, berücksichtigen.

4. Im vorliegenden Fall hat sich A. in ihrer Klage vom 18. Februar 2010 darauf

beschränkt, die Ausrichtung des Lohnes während der Kündigungsfrist zu verlangen, nämlich vom 1. Dezember 2009 bis zum 28. Februar 2010.

5. Dass keine Gründe vorlagen, die eine Kündigung mit sofortiger Wirkung rechtfertigten (wie sie am 20. November 2009 von Y. ausgesprochen wurde), ist offensichtlich und nicht anfechtbar.

Der Mangel an Arbeit und eine schwierige Wirtschaftslage stellen höchstens gültige Gründe für eine ordentliche vertragliche Kündigung dar, nicht aber für die fristlose Entlassung, da die so genannten unternehmerischen und wirtschaftlichen Risiken beim Unternehmen liegen.

Die Kündigung des Vertrags hätte demnach mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten, auf Ende des Monats Februar 2010, erfolgen müssen.

Gemäss Art. 337c Abs. 1 OR hat der ohne wichtige Gründe mit sofortiger Wirkung entlassene Arbeitnehmer Anspruch auf den Lohn, den er verdient hätte, wenn die Arbeit bei Ablauf der Kündigungsfrist geendet hätte.

6. Im vorliegenden Fall ist die Berechnungsgrundlage, aufgrund derer sich ein Lohn während der Kündigungsfrist bestimmen liesse, nicht klar definiert. Wenn man davon ausgeht, wie es hier getan wurde, dass das Teilzeitarbeitsverhältnis von den Parteien – einvernehmlich – ab April 2009 in einen Vertrag auf Abruf umgewandelt wurde und dass es seit diesem Datum keine Arbeit mehr für die Arbeitnehmerin gegeben hat, müsste, wie es scheint, eingeräumt werden, dass diese während der Periode zwischen April und November 2009 Anspruch auf eine reduzierte Entlohnung hätte, die auf der Notwendigkeit für sie beruhen würde, sich auf Abruf verfüg-

bar zu halten («Rufbereitschaft»). Die eigentliche Teilzeitarbeit wurde einvernehmlich in einen Arbeitsvertrag auf Abruf umgewandelt.

Ferner trifft es zu, dass das Bundesgericht geurteilt hat, dass der Gesetzgeber dem Arbeitgeber nicht erlauben wollte, einseitig und allein aufgrund seiner Bedürfnisse die Arbeitsdauer und die Entlohnung des Arbeitnehmers zu bestimmen.

7. Dieser Richter hält dafür, dass letztgenannter These zu folgen ist, ohne es allerdings zu unterlassen, auf die daraus hervorgehende Inkohärenz hinzuweisen, in dem Sinne, dass in einem Fall wie dem vorliegenden der Arbeitnehmer Anspruch auf eine reduzierte Entlohnung für die Periode April bis November 2009 hätte (berechnet nach Billigkeit aufgrund der Notwendigkeit für den Arbeitnehmer, sich auf einen Anruf bereitzuhalten – der tatsächlich nie erfolgt ist) und für die drei Monate der Kündigungsfrist (Dezember 2009 bis Februar 2010) auf einen höheren Lohn (der aufgrund eines Durchschnitts dessen, was er im Vorjahr ab April 2009 verdient hat, bestimmt wird).

8. Aus den Akten geht hervor, dass A. während der Periode März 2008 bis März 2009 netto insgesamt 16 298.70 Franken verdient hat, was einem monatlichen Durchschnitt von netto 1358.22 Franken entspricht.

Der Betrag, der ihr für die Dauer der Kündigungsfrist von Dezember 2009 bis Februar 2010 zuerkannt werden kann, beläuft sich demnach auf 4074.65 Franken (1 358.22 Franken x 3).

Urteil des Arbeitsgerichts der Stadt Locarno, 17. August 2010 (Übersetzung aus dem Italienischen)

«Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheide 2010»

Kann ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmenden zu einem Vertrauensarzt schicken? Ist eine Videoüberwachung am Arbeitsplatz zulässig? Diese und weitere Fragen des Arbeitsrechts werden anhand konkreter Fälle in der neuen «Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheide 2010» des Schweizerischen Arbeitgeberverbands thematisiert. In neuer Gestaltung, aber mit derselben Qualität der Inhalte – ideal für Personalverantwortliche, die mit arbeitsrechtlichen Fragen konfrontiert sind. (Erscheinungsdatum: Ende Februar 2011)

Der Band 2010 sowie frühere Ausgaben (solange Vorrat) können bestellt werden bei:

Schweizerischer Arbeitgeberverband, Fax 044 421 17 18, secli@arbeitgeber.ch, www.arbeitgeber.ch → Service → Publikationen bestellen