

3520

Arbeitsvertrag. Zustandekommen bei Stillschweigen über die Frage der Entschädigung (Art. 320 Abs. 2 OR).

Sachverhalt:

Die Klägerin hat sich auf eine von der Beklagten ausgeschriebene Stelle (als Servicefachangestellte) beworben. Am 13. Mai 2008 war die Klägerin probetal bei der Beklagten. Nach dem Probetal erklärte die Klägerin ihr Desinteresse an der Stelle.

Erwägungen:

1.1 Die Klägerin macht geltend, sie habe am 13. Mai 2008 während mindestens 8 Stunden im Betrieb der Beklagten mitgearbeitet. Dafür beanspruche sie einen Lohn. Die Beklagte will für den Probetal – einer eigenen Praxis zufolge – nichts bezahlen. Zu klären ist somit, ob der Probetal von der Beklagten zu entschädigen ist und allenfalls wie hoch diese Entschädigung ist.

1.2 Ein Arbeitsvertrag kann nicht nur durch eine ausdrückliche Vereinbarung entstehen, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinen Diensten annimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (Art. 320 Abs. 2 OR; faktisches Vertragsverhältnis). Diese Annahme des Gesetzgebers greift einzig dann nicht Platz, wenn die Unentgeltlichkeit ausdrücklich vereinbart worden ist (*Streiff/v. Kaenel*, Arbeitsvertrag, Zürich/Basel/Genf 2006, N 6 zu Art. 320 OR). Eine solche Vereinbarung haben die Parteien gemäss ihren Angaben an Schranken nicht geschlossen, weder mündlich noch schriftlich.

Das Stillschweigen über die Frage der Entschädigung ist nun zunächst nicht so zu interpretieren, dass darin ein Verzicht auf die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts liegen würde: Art. 320 Abs. 2 OR kann auch dann herangezogen werden, wenn die Parteien sich etwas ganz anderes oder überhaupt nichts vorgestellt haben (Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 1989, S. 106). Massgebend sind deshalb die objektiven Umstände des Einzelfalles. Lohn kann somit auch verlangt werden, wenn das Entgelt kein Arbeitsmotiv gewesen ist (*Streiff/v. Kaenel*, a.a.O., N 6 zu Art. 320 OR).

Eine Entschädigung wäre dann nicht geschuldet, wenn die Klägerin ihre Arbeit der Beklagten unaufgefordert aufgedrängt hätte,

obwohl diese eine solche Leistung zu ihren Gunsten ausdrücklich zurückgewiesen hätte. Vorliegend ist dies nicht der Fall. Die Parteien haben sich über die Durchführung eines Probetages ausdrücklich geeinigt.

Die Klägerin hat ausgeführt, sie habe am 13. Mai 2008 nicht nur zugeschaut, sondern mitgearbeitet und verschiedenste Arbeiten erledigt, u.a. Gäste bzw. Patienten bedient und Staub gesaugt. Sie habe 10 Jahre Erfahrung im Service und müsse deshalb nicht mehr angelernt werden. Die Beklagte liess an Schranken vortragen, die Klägerin habe die Dienstverantwortlichen begleitet und nur vereinzelt Arbeiten erledigt. In ihrer Klageantwort hat sie zudem vorgebracht: "... Das Interesse an diesem Probetag war für K. (Jobaussicht) und die X. AG (Verhalten und Arbeitseinstellung) gleich gross. ... Die X. AG will an diesen Probetagen das Verhalten und die Arbeitseinstellung der Bewerber prüfen ...".

Aus diesen Ausführungen ergibt sich klar, dass es nicht nur im Interesse der Klägerin lag, den Probetag zu absolvieren, sondern dass auch die Beklagte Ziele damit verfolgte. Es kann nicht gesagt werden, das Interesse der Klägerin sei klar grösser als dasjenige der Beklagten. Das beidseitige Interesse führte denn auch zu einem Mix von Erklärungen seitens der Dienstverantwortlichen und eigener praktischer Tätigkeit der Klägerin. Unerheblich ist, welchen Umfang die von der Klägerin erledigten Arbeiten aufgewiesen haben. Solche Probearbeiten im Interesse des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers gehören klassischerweise zu einem Arbeitsverhältnis (JAR 1981, S. 222 f.; JAR 1990, S. 117; *Streiff/v. Kaenel*, a.a.O., N 7 zu Art. 320 OR und N 4 zu Art. 335b OR; vgl. auch die analoge Fragestellung bei Vorstellungskosten: *Manfred Reh binder*, Berner Kommentar, Bern 1992, N 7 zu Art. 320 OR, und JAR 1990, S. 228 f.) und sind deshalb zu entschädigen.

Ebenfalls unerheblich ist, dass die Parteien die Probephase ausdrücklich auf einen Tag befristet haben. Dies führt zwar dazu, dass nicht von einer eigentlichen Probezeit im Sinne des Art. 335b OR gesprochen werden kann. Es handelt sich dann vielmehr um eine befristete Probeanstellung (*Reh binder*, a.a.O., N 2 zu Art. 335b OR). Es ist deshalb von einer von den Parteien vorerst auf einen Tag befristeten Probeanstellung auszugehen. Ebenso ist die Entgeltlichkeit des Einsatzes zu bejahen.

1.3 Haben die Parteien keine Vereinbarung über den Lohn getroffen oder kann eine solche nicht nachgewiesen werden und ist auch – wie vorliegend – kein Gesamt- oder Normalarbeitsvertrag anwendbar, ist nach Art. 322 Abs. 1 OR der “übliche” Lohn zu entrichten (dazu *Streiff/v. Kaenel*, a.a.O., N 7 zu Art. 322 OR). Im Rahmen der Dispositionsmaxime ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin für einen mindestens achtstündigen Einsatz lediglich Fr. 100.-- verlangt hat, was umgerechnet einem Stundenlohn von Fr. 12.50 oder einem Monatslohn (bei einer 42 Stunden-Woche) von knapp Fr. 2'300.-- entspricht. Dies ist klar weniger, als etwa der Landes-Gesamtarbeitsvertrag für das Gastgewerbe in Art. 10 als Mindestlohn (Fr. 3'300.--, ohne Anteil des 13. Monatslohns) vorschreibt. Die Forderung der Klägerin hält sich somit offensichtlich an den von Art. 322 Abs. 1 OR gesteckten Rahmen.

1.4 Demgemäss ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin als Lohn Fr. 100.-- zu bezahlen. Es handelt sich dabei um den Bruttobetrag. Davon wären allfällige Sozialversicherungsbeiträge in Abzug zu bringen (*Streiff/v. Kaenel*, a.a.O., N 14 zu Art. 322 OR; *Christoph Senti*, Arbeitsrecht und SchKG, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht [ZZZ] 2007, S. 228 f.).

KGP, 09.07.2008

2.2. Strafrecht

3521

Fahren in fahrunfähigem Zustand. Beweiswürdigung. Schutzbehauptung (Art. 91 Abs. 1 Satz 1 StGB).

Sachverhalt:

Am 8. Dezember 2006, ca. 23.00 Uhr, ging bei der Notrufzentrale der Kantonspolizei in Trogen die Meldung ein, auf dem Parkplatz des Restaurants A. in X. befinde sich ein Motorfahrzeug, das mit laufendem Motor parkiert sei. Anlässlich der darauffolgenden Polizei-