

3357

Arbeitsvertrag. Arbeit auf Abruf. Rückvergütungspflicht für Minusstunden bei fristloser Kündigung durch Arbeitgeber (Art. 319, 322 OR).

Mit Wirkung ab 1997 hatten die Parteien monatlich fixe Lohnzahlungen von (jeweils brutto) ursprünglich Fr. 3'000.--, später dann Fr. 3'050.-- und schliesslich Fr. 3'080.50 auf der Basis von 150 Arbeitsstunden pro Monat (bei 11 Arbeitsmonaten pro Jahr) vereinbart. Über die Arbeitseinsätze der Klägerin entschied allein die Beklagte, indem ihr Vertreter der Klägerin per Telefon oder auch persönlich mitteilte, es habe wieder Arbeit für sie. Die Klägerin hatte den Aufgeboten Folge zu leisten.

Es liegt in casu der klassische Fall von Arbeit auf Abruf vor, kombiniert hier mit einer Monatsarbeitszeit. In Lehre und Rechtsprechung herrscht mehrheitlich die Auffassung, Arbeit auf Abruf stelle eine zulässige Beschäftigungsform dar (vgl. etwa die Bemerkungen von C. Senti in AJP 1998, S. 1241ff, zu BGE 124 III 249ff; T. Geiser, Grundlagen und Schranken flexibler Arbeitszeiten im Einzelarbeitsvertragsrecht, AJP 1997, S. 1327ff; G. Roncoroni, Arbeit auf Abruf und Gelegenheitsarbeit, AJP 1998, S. 1410ff; anderer Ansicht wohl C. Häberli, Arbeit auf Abruf: Schlechte Noten für das Bundesgericht, Plädoyer 6/1998, S. 24f.). Auch die Verknüpfung mit einer Monatsarbeitszeit ist zulässig (T. Geiser, a.a.O., S. 1334 Ziffer 2.32).

Es steht unbestrittenermassen fest, dass die Klägerin in der Zeit vom 1.1.1997 bis Ende Januar 2000 gegenüber der vereinbarten Soll-Arbeitszeit insgesamt rund 340 Stunden zu wenig gearbeitet hat. Es kann die Frage offengelassen werden, ob der Klägerin für die gesamte Soll-Arbeitszeit ein Lohnanspruch zusteht unabhängig davon, ob sie gearbeitet hat oder nicht (so wohl BGE 124 III 249). Denn die Klägerin hat dadurch, dass sie das Arbeitsverhältnis nicht mit der ordentlichen Kündigungsfrist, sondern fristlos kündigte, der Beklagten verbaut, der Klägerin den Abtrag der Minusstunden zu ermöglichen. Aufgrund der übereinstimmenden Parteiwillen - wie sie anlässlich der Befragung an Schranken ermittelt wurden - stand aber diese Art der Bereinigung der Abweichungen von der vereinbarten Monatsarbeitszeit im Vordergrund. Analog der Regelung bei zuviel bezogenen Ferien (*Streiff/v.Kaenel*, a.a.O., N. 10 zu Art. 329a) ist deshalb seitens der Klägerin eine Rückvergütung geschuldet (für Januar 2000) bzw. besteht kein

Anspruch der Klägerin auf Auszahlung (1997 bis 1999). Demgemäss ist die Klage abzuweisen, die Widerklage hingegen zu schützen.

Bezüglich der Widerklage hat die Klägerin in quantitativer Hinsicht keine Einwände erhoben. Solche ergeben sich auch nicht aus den Akten. Somit ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten Franken 1'538.15 zu bezahlen.

KGP 5.6.2000

3358

Arbeitsvertrag. Anspruch auf "pro-rata" Ausrichtung einer Gratifikation bejaht (Art. 322d OR).

Unter dem Titel "Gratifikationsanteil Januar bis Mai 2000" macht der Kläger eine Forderung von Fr. 2'475.-- geltend.

Die Beklagte bestreitet diesen Anspruch mit der Begründung, sie habe jeweils bei der Auszahlung der Gratifikation vor Weihnachten einen ausdrücklichen Vorbehalt angebracht, weshalb kein Rechtsanspruch auf eine Gratifikation entstanden sei. Zwischen den Parteien besteht immerhin Einigkeit darüber, dass sie keine ausdrückliche Abrede über den Gratifikationsanspruch getroffen haben (vgl. Art. 322d Abs. 1 OR). Nach der Gerichtspraxis kann ein Anspruch aber auch dann entstehen, wenn Gratifikationen regelmässig, ununterbrochen und vorbehaltlos (dazu etwa ZR 89 Nr. 27) ausgerichtet werden (*Streiff/von Kaenel*, Arbeitsvertrag, Zürich 1993, N. 4 zu Art. 322d). In Anlehnung an die deutsche Praxis wird üblicherweise regelmässige Ausrichtung während mindestens dreier Jahre verlangt (*Staehelein*, Zürcher Kommentar, N. 9 zu Art. 322d OR; vgl. auch *J. Reh binder*, Berner Kommentar, N. 7 zu Art. 322d OR, und JAR 1992, S. 135 Nr. 3). Aufgrund der Akten steht unzweifelhaft fest, dass dem Kläger in den Jahren 1993 bis 1998 jeweils im Dezember ein zusätzlicher Monatslohn ausgerichtet worden ist. Im Dezember 1999 erhielt der Kläger zusätzliche Fr. 5'710.--. In den Akten finden sich jedoch keine Angaben, wie hoch der ordentliche Monatslohn 1999 gewesen ist. Da 1998 Fr. 5'700.-- und 2000 Fr. 5'940.-- ausbezahlt worden sind, ist davon auszugehen, dass die Fr. 5'710.-- wiederum einem Monatslohn entsprechen haben. Für ihre Behauptung, sie habe die eben aufgeführten