



**Kantonsgericht von Graubünden
Dretgira chantunala dal Grischun
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:
ZK2 09 44

Chur, 23. Februar 2010

Schriftlich mitgeteilt am:

Urteil

II. Zivilkammer

Vorsitz	Präsident Brunner
RichterInnen	Vizepräsident Schlenker und Kantonsrichter Hubert
Redaktion	Aktuarin ad hoc Bäder Federspiel

—————
In der zivilrechtlichen Berufung

des X., Kläger und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Ylenia Baretta, Reichsgasse 65, Postfach 474, 7002 Chur,

gegen

das Urteil des Bezirksgerichts Plessur vom 23. Juni 2009, mitgeteilt am 31. Juli 2009, in Sachen des Klägers und Berufungsklägers gegen Y., Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Diego Quinter, Goldgasse 11, Postfach 553, 7002 Chur,

betreffend Forderung aus Arbeitsvertrag.

hat die II. Zivilkammer im Verfahren nach Art. 121 Abs. 2 der Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden (ZPO), wonach das Gericht ein Urteil im Dispositiv ohne Begründung oder mit einer Kurzbegründung mitteilen kann, sowie aufgrund folgender

Erwägungen (Kurzbegründung):

1a. Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet zunächst die Restlohnforderung von X. für die Sommersaison 2007. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz kann davon ausgegangen werden, dass der Berufungskläger in der erwähnten Saison Arbeiten im Hotel A. verrichtete, deren Leistung gemäss Art. 320 Abs. 2 OR nur gegen Lohn zu erwarten war. Das Zustandekommen eines mündlichen bzw. konkludenten Arbeitsvertrages für die Sommersaison 2007 wird von Y. in der Berufungsantwort denn auch nicht mehr in Frage gestellt. Als umstritten erweist sich hingegen die Frage, welchen Lohn der Berufungskläger für seine Tätigkeit zu Gute hat.

b/aa. X. geht davon aus, dass er für die Sommersaison 2007 Anspruch auf einen Bruttolohn von Fr. 3'500.-- monatlich habe, was dem jeweils in der Wintersaison bezahlten Bruttolohn entspreche. Dieser Lohn sei ihm auch in der Sommersaison 2006 entrichtet worden. Einen konkreten Beweis für die von ihm behauptete Lohnhöhe für die Sommersaison 2007 – und ebenfalls für jene des Sommers 2006 – vermag X. indes weder durch Urkunden noch durch Zeugen zu erbringen.

bb. Lässt sich die Höhe der Entschädigung und der genaue Umfang der Arbeitstätigkeit nicht genau festlegen, hat das Gericht den Lohn nach billigem Ermessen zu bestimmen. Dies hat die Vorinstanz getan, indem sie die massgeblichen Umstände gewürdigt hat und zum Schluss gekommen ist, mit den für den Sommer 2007 bereits bezahlten Beträgen von insgesamt Fr. 6'550.-- sei der Kläger angemessen entschädigt worden. Stichhaltige Einwendungen gegen diese Ermessensbetätigung werden in der Berufungsbegründung nicht erhoben. Die vorinstanzlichen Ausführungen sind denn auch nicht zu beanstanden: Könnte davon ausgegangen werden, dass der Berufungskläger im Sommer 2007 für Hotel und Restaurant die gleichen Tätigkeiten und diese in etwa gleichem Umfang wie in den Vorjahren, insbesondere wie in den Wintersaisons, ausgeübt hätte, so wäre es ohne weiteres gerechtfertigt, ihm dafür auch den gleichen Lohn zuzugestehen. Unter diesen Umständen würde der vom Berufungskläger geforderte Betrag dem "üblichen Lohn" entsprechen (vgl. Wolfgang Portmann, in: Basler Kommentar zum OR I, Art. 1–529 OR, 4. A., Basel 2007, N 6 zu Art. 322 OR; Ullin Streiff/Adrian

von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich 2006, N 7 zu Art. 322 OR). Vorliegend bestehen allerdings gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass eben gerade nicht der gleiche Lohn bezahlt werden wollte.

Ein genauer Arbeitsumfang für den Sommer 2007 lässt sich aus den Akten zwar nicht eruieren. Immerhin ergibt sich daraus mit hinreichender Klarheit, dass das Hotel A. infolge eines offenbar drastischen Umsatzrückganges mit finanziellen Schwierigkeiten zu kämpfen hatte und dass die Frequenzen im Sommer naturgemäss bedeutend geringer waren als im Winter, so dass insbesondere in der Sommersaison Personaleinsparungen notwendig wurden. So sprach der Zeuge B., der für das Hotel A. die Buchhaltung führt, schon ab Sommer 2005 von finanziellen Schwierigkeiten des Betriebes; insbesondere die Wintersaison 2006/2007 habe diesem fast das Genick gebrochen, weil der Umsatz eingebrochen sei. Gemäss dem Zeugen hat man – offenbar bereits anfangs 2006 – darüber gesprochen, dass die Anstellung von X. für den Sommerbetrieb 2006 nicht tragbar sei und er sich eine entlohnte Arbeitsstelle suchen müsse. Damit stimmt überein, dass der Berufungskläger per 28. Februar 2006 kündigte (KB 12) und sich im Anschluss um Arbeitslosengelder bemühte (BB 23). Der Verzicht auf den Abschluss eines Sommersaisonarbeitsvertrages ab der Sommersaison 2006 passt ohne weiteres in dieses Bild. Nach einer Krise in der persönlichen Beziehung fanden die Parteien auf die Wintersaison 2006/2007 wieder zusammen, und X. verbrachte den Sommer 2007 offenbar im Hotel A.. Dabei hat er erwiesenermassen gewisse Verrichtungen für den Betrieb vorgenommen, welche sich nicht nur als unentgeltliche Hilfeleistungen für seine Partnerin erklären lassen. Allerdings kann aufgrund der bereits erwähnten Umstände nicht von einem 100 %-igen Pensum ausgegangen werden. So sprach auch der mit dem Betrieb bestens vertraute Zeuge B. davon, dass der Berufungskläger im Sommer 2007 bloss gelegentliche Arbeiten nach Anfall ausführte und im Service aushalf. Dass X. in den Sommersaisons 2006 und 2007 "anders" gearbeitet hat, fiel auch der Zeugin C. auf. Nicht zuletzt lässt sich aus den vom Zeugen B. zu den Akten gegebenen Lohnblättern, nach denen für die genannten Saisons für X. keine Lohnblätter ausgefüllt wurden (vgl. BB 22), sowie aus dem Umstand, dass keine AHV-Beiträge bezahlt wurden (KB 17), ebenfalls ableiten, dass der Berufungskläger in den Sommersaisons 2006 und 2007 nicht wie in den übrigen Saisons arbeitete.

cc. Dem vorinstanzlichen Schluss, der Kläger habe weder nachweisen können, dass der gleiche Lohn wie in den Vorjahren vereinbart gewesen sei, noch, dass er im Sommer 2007 mehr als blosse Gelegenheits- und Aushilfsarbeit geleistet habe,

und der daraus gezogenen Konsequenz, die Mehrlohnforderung abzuweisen, kann unter diesen Umständen ohne weiteres gefolgt werden.

2a. Darüber hinaus sind vorliegend die vom Berufungskläger erhobenen Ansprüche betreffend Ferien- und Feiertagsentschädigungen zu beurteilen.

Die Vorinstanz wies diese Begehren wegen offenbaren Rechtsmissbrauchs ab. Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Rechtsmissbräuchlich ist unter anderem die Rechtsausübung, die ohne schützenswertes Interesse erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde. Ebenso kann allgemein gesagt werden, dass die Geltendmachung eines Rechts missbräuchlich ist, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht (BGE 129 III 493 ff., 497 f., E. 5.1, mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts vom 8. April 2009, 4A_66/2009, E. 1.1).

b/aa. Vorliegend kann die Frage des Rechtsmissbrauchs nicht völlig losgelöst vom Konkubinatsverhältnis, welches die Parteien während beinahe der ganzen Dauer des Arbeitsverhältnisses verband, betrachtet werden. So war die Stellung des Berufungsklägers im Betrieb nicht die eines normalen Angestellten; das Subordinationsverhältnis war durch die persönliche Beziehung zur Geschäftsinhaberin viel weniger ausgeprägt. Nach aussen entstand aufgrund des Benehmens der Parteien eher der Eindruck einer Teilhaberschaft, aus welcher sich für den Berufungskläger etliche Vorrechte und Vergünstigungen ergaben. Dies kommt in verschiedenen Zeugenaussagen zum Ausdruck. X. konnte unbestrittenermassen unentgeltlich im Hotel A. wohnen; die Berufungsbeklagte kam für seinen Unterhalt auf (Zeuginnen D. und E.). Der Zeuge B. gab an, eigentlich habe der Berufungskläger aus dem Betrieb gelebt. Gemäss dem Zeugen F. konnte er im Restaurant konsumieren, was er wollte, sich mit Zigaretten bedienen, mit Kollegen auf Kosten des Hauses Wein trinken, das Auto der Berufungsbeklagten benutzen sowie seine Mutter und die Tante im Hotel übernachten lassen. Zwischenhinein konnte er zum Skifahren gehen (Zeugen C. und G.) und erhielt dafür gemäss Aussage des Zeugen F. von der Berufungsbeklagten Geld zugesteckt. Mehrere Zeugen konnten bestätigen, dass Y. sämtliche Auslagen für den Kläger grundsätzlich auch dann bezahlte, wenn sie sich im Wohnwagen im Tessin aufhielten (Zeuginnen H. und D.). Ebenso finanzierte die Genannte ihrem Partner Ferien in der Karibik, in Portugal und in Österreich (Zeugen D., I. und B.).

bb. Ein Teil dieser Vergünstigungen steht ohne Zweifel nicht in direktem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, sondern ausschliesslich mit der persönlichen Beziehung zwischen den Parteien. Dies betrifft insbesondere die Zeit während den Ferien bzw. in den Zwischensaisons. Es ist der Berufungsbeklagten unbenommen, ihrem Partner Ferien und Lebensunterhalt zu bezahlen, ohne dass ihm daraus grundsätzlich die Verpflichtung erwachsen würde, auf Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis mit ihr zu verzichten. Zu berücksichtigen ist andererseits aber auch, dass die erwähnten Vergünstigungen und geldwerten Freiheiten des Berufungsklägers in erheblichem Umfang unmittelbar im Arbeitsverhältnis zum Ausdruck kamen. Es handelte sich dabei um Vorrechte, die andere Angestellte nicht hatten, die dem Berufungskläger nur dank des Konkubinatsverhältnisses zu Y. zuteil wurden und die sichtbarer Ausdruck des auf der persönlichen Beziehung beruhenden Vertrauensverhältnisses waren. Dies gilt auch für den Verzicht, eine Arbeitszeitkontrolle zu führen. Zwar trifft es zweifellos zu, dass die Arbeitgeberin dafür zu sorgen hat, dass eine derartige Kontrolle geführt wird. Bei allen anderen Angestellten hat Y. das denn auch durchgesetzt (vgl. den Zeugen J., L-GAV-Kontrollleur; BB 7 ff.). Der Berufungskläger hat sich gemäss der Zeugin E. indes geweigert, eine Arbeitszeitkontrolle zu führen, weil er dies nicht als notwendig erachtete.

cc. Aus dem sich ergebenden Gesamtbild der privaten und geschäftlichen Beziehung zwischen den Parteien kann nun mit Fug der Schluss gezogen werden, dass unter den Parteien die stillschweigende Übereinkunft bestand, dass einerseits der Berufungskläger seinen Arbeitsaufwand nicht kontrolliert und später einen allfälligen Mehraufwand nicht geltend macht und andererseits die Berufungsbeklagte nicht Buch führt über Vergünstigungen und Auslagen, welche sie dem Berufungskläger zugute kommen liess bzw. finanzierte. So wurde ein Gleichgewicht geschaffen, bei dem der Letztgenannte auf jeden Fall nicht zu kurz kam. Verschiedene Zeugen sagten denn auch aus, X. habe sich nie über zu wenig Lohn und Freizeit beklagt (Zeugen B., F. und K.). Damit stimmt auch überein, dass der Berufungskläger bis anhin, insbesondere nach den jeweiligen Saisonschlüssen oder nach der Kündigung im Jahr 2006, gegenüber Y. nie irgendwelche Entschädigungsforderungen für Ferien- und Feiertagsansprüche gestellt hatte. Alle diese Gründe zusammen führen zum Schluss, dass die nachträgliche Einforderung von Ferien- und Feiertagsansprüchen unter den gegebenen Umständen offenkundig rechtsmissbräuchlich ist, weil dies im Widerspruch zum früheren Verhalten des Berufungsklägers steht und Y. in ihren berechtigten Erwartungen gegenüber X. enttäuscht wird. Das vorinstanzliche Urteil

ist somit auch in diesem Punkt zu schützen, ohne dass auf die Berechnung der Ferien- und Feiertagsansprüche im Einzelnen eingegangen werden müsste.

3. Nicht mehr Verfahrensgegenstand bildet vorliegend die Widerklage von Y., auf die im Übrigen auch verrechnungsweise nicht hätte eingetreten werden dürfen.

4a. Die Kosten des Berufungsverfahrens gehen gestützt auf Art. 343 Abs. 3 OR zu Lasten des Kantons Graubünden. Da die Berufung vollumfänglich abzuweisen ist, unterliegt der Berufungskläger, so dass er die Berufungsbeklagte für das Berufungsverfahren ausseramtlich zu entschädigen hat (Art. 223 ZPO in Verbindung mit 122 Abs. 2 ZPO). Hierbei erscheint eine Entschädigung von Fr. 1'500.-- als angemessen.

b. Dem Berufungskläger wurde für das Berufungsverfahren mit Verfügung des Einzelrichters in Zivilsachen vom 23. Februar 2010 (ERZ 09 200) zu Lasten des Kantons Graubünden die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt. Die Kosten für den Rechtsbeistand werden daher unter dem Vorbehalt der Rückforderung nach Art. 45 Abs. 2 ZPO dem Kanton Graubünden in Rechnung gestellt.

5. Bei den vorstehenden Erwägungen handelt es sich um eine Kurzbegründung gemäss Art. 121 Abs. 2 ZPO. Sie ersetzt nicht die vollständige Ausfertigung der Entscheidung im Sinne von Art. 121 Abs. 4 ZPO und Art. 122 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG).

erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 5'128.-- (Gerichtsgebühr Fr. 5'000.--, Schreibgebühr Fr. 128.--) gehen zu Lasten des Kantons Graubünden.
3. Der Berufungskläger hat der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine aussergerichtliche Entschädigung von Fr. 1'500.-- inkl. MwSt. zu bezahlen.
4. Die im Berufungsverfahren entstandenen Kosten der Rechtsvertretung werden gestützt auf die dem Berufungskläger gewährte unentgeltliche Rechtspflege unter dem Vorbehalt des Rückforderungsrechts gemäss Art. 45 Abs. 2 ZPO dem Kanton Graubünden in Rechnung gestellt. Die Rechtsvertreterin des Berufungsklägers wird aufgefordert, innert 10 Tagen sei Mitteilung dieses Urteils eine detaillierte und tarifgemässe Honorarnote einzureichen, damit die Honorarfestsetzung im Sinne von Art. 47 Abs. 4 ZPO erfolgen kann. Bei Nichteinhaltung dieser Frist wird der Aufwand nach pflichtgemäßem Ermessen festgesetzt.
5. Die Parteien können schriftlich innert 30 Tagen seit Zustellung dieser Entscheidung ihre vollständige, schriftlich begründete Ausfertigung verlangen. Die vorliegende Entscheidung ist nicht vollstreckbar, solange nicht entweder diese Frist unbenützt abgelaufen oder die vollständige Ausfertigung eröffnet worden ist. Verlangt keine Partei innert Frist die vollständige Ausfertigung, erwächst die Entscheidung in Rechtskraft. Wird innert Frist die vollständige Ausfertigung der Entscheidung verlangt, beginnen die Fristen für bundesrechtliche Rechtsmittel mit der Zustellung der vollständigen Ausfertigung zu laufen (Art. 121 ZPO, Art. 112 Abs. 2 BGG).
6. Mitteilung an: