

Neueste Entscheide aus der Schwyzer Gerichtspraxis zum Arbeitsrecht

Referat, gehalten an der EUROFORUM-Fachtagung vom 17. November 2005
von Dr. Martin Ziegler, Kantonsgerichtspräsident Schwyz¹

Inhaltsübersicht:

1. Einleitung
2. Arbeitspensum bei Teilzeitarbeit
3. Mitarbeiterbeteiligung an verbundenen Unternehmen
4. Probezeit und Kündigung
5. Krankentaggeld vs. Kündigung
6. Arbeitsvertrag oder Auftrag?
7. Provisorische Rechtsöffnung für Lohnforderungen?

1. Einleitung

Das Kantonsgericht Schwyz ist kantonales Obergericht in Zivil-, Straf- und Schuldbetreibungssachen mit Sitz in Schwyz, zuständig für die Behandlung von Berufungen, Rekursen und Beschwerden gegen erstinstanzliche Entscheidungen der Bezirksgerichte, ihrer Präsidenten und Einzelrichter, des Straf- und Jugendgerichts, Beschwerdeentscheiden und Verfügungen der Staatsanwaltschaft sowie Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Notariate und Grundbuchämter) sowie ausnahmsweise von Direktprozessen (Immateriälgüterrecht und Prorogationen). Es ist Justizaufsichtsbehörde für die gesamte Zivil- und Strafrechtspflege (mit rund 75 Behörden und Ämtern, davon allein 30 Vermittlerämter; ohne derzeit noch bestehende 30 Untersuchungsbeamte in Kinderstrafsachen). Gleichzeitig ist der Präsident Zwangsmassnahmegericht, d.h. zuständig für Haftbeschwerden und Genehmigungen von Fernmelde- und verdeckten Überwachungen, sowie richterliche Bewilligungen nach DNA-Profil-Gesetz.

Das Kantonsgericht besteht aus 13 Richtern (davon zwei vollamtlichen, im Übrigen aus Laienrichtern) und beurteilt als Gesamtgericht, in fünf Kammern oder präsidial jährlich rund 500 Prozesse, davon ca. 10 bis 20 Arbeitsrechtsprozesse.

Erstinstanzliche Arbeitsgerichte im Kanton Schwyz sind die Einzelrichter der sechs Bezirksgerichte (im beschleunigten Verfahren, mit vorausgehender Sühneverhandlung vor dem Vermittler), und zwar unabhängig vom Streitwert. Gegen ihre Entscheide ist ab Fr. 8'000.00 die Berufung, darunter die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kantonsgericht möglich.

¹ Im Referat enthaltene Kommentierungen geben die persönliche Auffassung des Referenten wieder und sind nicht amtlich.

2. Arbeitspensum und Teilzeitarbeit

Urteil der Zivilkammer vom 27. April 2004 (ZK 2003 391):

Die Vertragsparteien hatten im Arbeitsvertrag folgende Arbeitszeitregelung getroffen:

"Im Normalfall gilt Montag bis Freitag von 17.00 Uhr bis ca. 23.00 Uhr sowie evt. bei Bedarf Samstagmorgen".

Die Entlöhnung erfolgte im Stundenlohn, die Ferienentschädigung Ende Jahr rückwirkend auf das jeweils erzielte Bruttojahreseinkommen. Zu beurteilen war die Frage, ob ein fixes Mindestpensum von ca. 70 % oder lediglich Arbeitseinsätze in nicht näher bestimmtem Umfang verbunden mit einer Rahmenzeitregelung vereinbart worden war. Zum Streit kam es, nachdem der Arbeitnehmerin gekündigt worden war. In der Folge machte diese ausstehende Löhne aus dem Arbeitsverhältnis geltend.

Das Kantonsgericht berücksichtigte, dass das effektiv geleistete und entlöhnte Arbeitspensum während rund 1 $\frac{3}{4}$ Jahren starken Schwankungen unterworfen war und von Anfang an deutlich unter 70 % lag. Zwar hatte sich die Klägerin in dieser Zeit angeblich mehrmals bei der Arbeitgeberin nach mehr Arbeit erkundigt, sich während der gesamten Anstellungsdauer aber nie über die Höhe der monatlichen Lohnzahlungen beschwert. Dieses Verhalten liess nach Auffassung des Gerichts nur den Schluss zu, die Parteien hätten sich auf ein flexibles Arbeitspensum je nach Arbeitsanfall geeinigt. Für eine *normative Auslegung* des Vertrags nach dem Vertrauensgrundsatz blieb kein Raum. Gleiches galt gemäss Art. 18 OR auch für die von der Klägerin herangezogene Regel *in dubio contra stipulatorem*.

Auch wies das Gericht die von der Arbeitnehmerin vertretene Auffassung zurück, der von der Arbeitgeberin behauptete Vertragsinhalt sei von Gesetzes wegen gar *nicht zulässig*, ein Arbeitsverhältnis mit derart starken Schwankungen im Beschäftigungsumfang würde ein im Sinne von Art. 324 Abs. 1 OR unzulässiges Abwälzen des Unternehmerrisikos darstellen (gemäss BGE 125 III 65). Entgegen der Auffassung der Klägerin hat das Bundesgericht in BGE 124 III 250 festgehalten, dass Beschäftigungsformen, bei welchen der Arbeitgeber den Arbeitnehmer je nach Arbeitsanfall beansprucht, grundsätzlich nicht gesetzeswidrig seien, und zwar unabhängig vom konkret gewählten Flexibilisierungsmodell, eine Auffassung, die in der Lehre geteilt werde (statt vieler: Rehbinder, Berner Kommentar, Rz 9 zu Art. 321 OR); zum andern war in BGE 125 III 65 ff. eine unvermittelte und bedeutende Verminderung des monatlichen Arbeitspensums in Frage gestanden, welche als Umgehung der Vorschriften zum Kündigungsschutz gemäss Art. 335c OR habe gewertet werden müssen, im Unterschied zu dem vom Kantonsgericht beurteilten Fall, in dem die Arbeitseinsätze von Beginn weg zeitlich und umfangmässig gewechselt hatten.

Aufgrund der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin (Art. 328 OR) und der zur Hauptsache von ihr zu vertretenden Unzulänglichkeit der Vertragsgestaltung sah es das Gericht allerdings als gerechtfertigt an, von einer Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren abzusehen und die Entschädigung für das Berufungsverfahren reduziert anzusetzen. Das Gerichtsverfahren selbst war unentgeltlich (Art. 343 Abs. 3 OR).

Die gegen das Urteil erhobene staatsrechtliche Beschwerde (**4P.157/2004**) hat das Bundesgericht am 7. Oktober 2004 abgewiesen.

3. Mitarbeiterbeteiligung an verbundenen Unternehmen:

Urteil der Zivilkammer vom 21. Oktober 2003 (KG 396 und 398/01 ZK)

Das Problem der sog. *goldenen Fesseln* stellt sich auch heute immer wieder. Der Arbeitnehmer einer bekannten Schwyzer Investmentgesellschaft mit einem Bruttojahresgehalt von anfänglich Fr. 75'000.00, dann Fr. 90'000.00 und zuletzt Fr. 150'000.00 schloss mit der Holdinggesellschaft der Arbeitgeberin, welche die Tochtergesellschaft zu 100 % beherrschte, mehrere Beteiligungsverträge im Gesamtumfang von rund Fr. 450'000.00 ab (sog. Mitarbeiteroptionen). In der Folge kam es zur vertraglichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitiger Ausübung der im Rahmen eines der Beteiligungsverträge eingeräumten Optionsrechte mit einer Rendite für den Arbeitnehmer von rund Fr. 13 Mio.

Über die Ausübungsrechte aus zwei weiteren Beteiligungsverträgen kam es zum Streit. Diese sahen im Unterschied zum ersten Vertrag nicht die Ausübung bis zu einem bestimmten Datum vor (sog. "amerikanische Optionen"), sondern die Ausübung an einem *fixen Verfalltag* (sog. "europäische Optionen"), unter der Voraussetzung, dass der Berechtigte zu diesem Zeitpunkt noch Arbeitnehmer einer der Tochtergesellschaften der Holding sei, gesundheitliche Gründe ausgenommen. Mit der vor dem Verfalltag liegenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses verwirklichten nach Auffassung der Holdinggesellschaft die zum Kaufpreis von rund Fr. 200'000.00 erworbenen Optionen; diese hatten nach Auffassung des Berechtigten im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen Wert von mindestens Fr. 3.5 Mio.

Daraufhin klagte der Arbeitnehmer gegen die Holdinggesellschaft auf Erfüllung der Pflichten aus dem Beteiligungsvertrag, eventualiter auf Rückerstattung des Kaufpreises, und verkündete der Investmentgesellschaft als Arbeitgeberin den Streit. Er machte unter anderem geltend, die fraglichen Beteiligungsverträge seien lückenhaft bzw. rechts- und sittenwidrig und daher in dem Sinne auszulegen, dass der Berechtigte die Optionen im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausüben könne. Der vorausgesetzte Bestand des Arbeitsverhältnisses führe andernfalls dazu, dass der Berechtigte das Arbeitsverhältnis auf Jahre hinaus nicht kündigen könne und hätte im Ergebnis ungleiche Kündigungsfristen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber zur Folge entgegen dem Verbot in Art. 335a Abs. 1 OR. Die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses sei auf Betreiben des Arbeitnehmers selbst erfolgt, angesichts fragwürdiger Geschäftspraktiken eines bestimmenden Organs der Gesellschaft; eine Verweigerung der Optionen verletze daher das Recht des Arbeitnehmers auf Kündigung aus wichtigem Grund gemäss der zwingenden Vorschrift von Art. 337 Abs. 1 OR. Eine Einwilligung in diese Beschränkung wäre nach Art. 27 ZGB gar nicht möglich. Ein rückerstattungsloser Verfall der Optionen verletze zudem das sog. "Truck-Verbot" von Art. 323b Abs. 3 OR.

Das Kantonsgericht setzte sich aus Substanziierungs- und novenrechtlichen Gründen mit der klägerischen Argumentation nur zum Teil auseinander und befand im Übrigen, auf die Beteiligungsverträge kämen keine arbeitsrechtlichen Vorschriften zur Anwendung, Schadenersatzansprüche seien gegen die Arbeitgeberin, nicht die Beklagte zu richten.

Das Bundesgericht (**4C.329/2003 vom 8. April 2004, BGE 130 III 495**) hielt demgegenüber fest, die zwingenden Vorschriften des Arbeitsrechts dürften durch Mitarbeiterbeteiligungsverträge grundsätzlich nicht unterlaufen werden. Der Arbeitnehmerschutz entfalle jedoch, wenn der Arbeitnehmer aufgrund der Umstände im konkreten Einzelfall als Anleger handle, der das mit der Anlage verbundene Risiko akzeptiere. Sittenwidrigkeit im Sinne von Art. 27 ZGB liege angesichts der Bindungsdauer von fünf Jahren nicht vor. Eine Entschädigung für den Kaufpreis entfalle ebenfalls, die vertragliche Regelung sei diesbezüglich weder lückenhaft noch rechts- oder sittenwidrig.

Im letzten Punkt überzeugen die gerichtlichen Erwägungen nicht restlos, jedenfalls wenn die Klage gegen die Arbeitgeberin gerichtet gewesen wäre (wobei schon das Zusammenwirken von Holding und operativer Arbeitgeberin Fragen aufwirft). Mindestens wäre zwischen positivem und negativem Interesse zu differenzieren. Die entschädigungslose Verwirkung der Optionen, die nicht zuletzt einseitig ins Belieben der Arbeitgeberin gestellt wird, übersteigt das blosses Anleger-Risiko und stellte damit eine Verletzung des "Truck-Verbots" von Art. 337 Abs. 1 OR sowie der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die u.U. auch für die Holding gilt, dar und wäre somit wohl nicht mit Art. 27 ZGB und Art. 19 und 20 OR zu vereinbaren (Die Lösung der Erstinstanz, welche dem Kläger zumindest die Rückerstattung des Kaufpreises zubilligte und die Klage im Übrigen abwies, war in diesem Lichte wohl sachgerechter und im Ergebnis befriedigender).

4. Probezeit und Kündigung:

Urteil der Zivilkammer vom 31. August 2004 (ZK 2003 6)

Die Beklagte hatte den Kläger mit Wirkung ab 15. Mai 2000 als Vertriebsdirektor angestellt. Der Vertrag enthielt folgende Probezeitklausel:

„3 Monate (bis Ende August 2000)“ nebst einer *„Kündigungsfrist von 6 Monaten ab 1. September 2000“*.

Am 17. August 2000 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis auf den 24. August und stellte den Kläger per 21. August frei.

Mit Schreiben vom 21. August 2000 teilte der Kläger mit, dass ihm die Kündigung erst nach Ablauf der Probezeit zugegangen sei und das Arbeitsverhältnis somit erst per 28. Februar 2001 als aufgelöst gelte. Trotz sofortiger Freistellung stünden ihm daher sämtliche Lohnansprüche zu. Nach einem weiteren Briefwechsel forderte die Beklagte den Kläger am 5. und 7. September 2000 auf, die Arbeit wieder aufzunehmen und verwies für den Säumnisfall auf Art. 337d OR. Nachdem der Kläger nicht zur Arbeit erschien, kündigte die Beklagte am 8. September 2000 fristlos.

Das Kantonsgericht zog in Erwägung, dass eine wirksam gewordene Kündigung nur mit Einverständnis der Gegenpartei zurückgenommen werden könne (Rehbinder/Portmann, Basler Kommentar, N 9 ff. zu Art. 335 OR; BGE 4C.78/2001 Erw. 2) und wertete in der Folge die fristlose Entlassung angesichts der am 17. August 2000 ausgesprochenen Kündigung und der noch am 25. August 2000 schriftlich bekräftigten Auffassung, das Arbeitsverhältnis sei per 24. August 2000 während der Probezeit rechtsgültig aufgelöst worden, sowie der Kurzfristigkeit des Widerrufs der Freistellung als *missbräuchlich bzw. unwirksam*. Weiter kam das Gericht zum Schluss, die *Probezeit* hätte aufgrund der zwingenden Vorschrift von Art. 335b Abs. 2 OR nicht über den 15. August 2000 hinaus dauern dürfen.

Somit stellte sich die Frage, ob die vertragliche sechsmonatige oder die gesetzliche einmonatige *Kündigungsfrist* gemäss der dispositiven Vorschrift von Art. 335c OR zur Anwendung gelangte. Der Kläger machte geltend, die Annahme eines mutmasslichen Parteiwillens, wonach für die Dauer von 14 Tagen eine spezielle Kündigungsfrist von 1 Monat vereinbart sei, sei unrealistisch, ausserdem gelte die Regel *in dubio contra stipulatorem*.

Das Kantonsgericht nahm demgegenüber an, die verhältnismässig lange ordentliche Kündigungsfrist von sechs Monaten sei damit begründet, dass die Parteien sich erst hätten näher kennen lernen wollen, wofür aufgrund von Betriebsferien ein längerer Zeitraum notwendig gewesen wäre und weshalb die Parteien die Probezeit über das zulässige Mass hinaus ausgedehnt hätten; werde die Probezeit nun aufgrund zwingender arbeitsrechtlicher Vorschriften gekürzt, sei die dadurch entstehende Lücke durch Rückgriff auf

die dispositive Vorschrift von Art. 335c OR zu schliessen. Das Arbeitsverhältnis habe daher am 30. September 2000 geendet.

Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Berufung mit Urteil vom 14. April 2005 (**4C.423/2004**, zur Publikation bestimmt) ab. Es kam ebenfalls zum Schluss, die Parteien hätten bis zum 1. September 2000 eine möglichst kurze Kündigungsfrist gewünscht, weshalb die unzulässige einwöchige Kündigungsfrist der Probezeit auf die einmonatige gesetzliche Kündigungsfrist auszudehnen sei, nicht auf die sechsmonatige vertragliche. Das Bundesgericht wies jedoch noch auf einen weiteren Punkt hin: Würden nämlich je nach Dauer des Arbeitsverhältnisses unterschiedliche Kündigungsfristen gelten, so komme jene zur Anwendung, die im Zeitpunkt des *Beginns der Kündigungsfrist* gelte. Die Frage sei dann von praktischer Bedeutung, wenn (wie vorliegend) während eines laufenden Monats gekündigt werde, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aber nur auf Ende eines der folgenden Monate hin möglich sei. Das Kantonsgericht ging stillschweigend davon aus, massgebender Zeitpunkt sei der Zugang der Kündigungserklärung. Im Sinne eines Grundsatzentscheides wurde dies vom Bundesgericht geschützt. Eine andere Lösung wäre wohl auch kaum sachgerecht, andernfalls eine frühzeitige Kündigung praktisch und die Ausschöpfung der Probezeit ganz verunmöglicht würden (vgl. indes a.M. im jüngsten Urteil 4C.230/2005 mit Rückrechnung der Kündigungsfrist!).

5. Krankentaggeld vs. Kündigung:

Urteil der Zivilkammer vom 17. August 2004 (ZK 2003 117)

Es ging um einen Auslegungsstreit zu einer *Krankentaggeld-Regelung*. Die Anstellungsbedingungen sahen die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle während *24 Monaten* vor und hielten gleichzeitig fest, allfällige Lohnfortzahlungsansprüche im Krankheitsfalle würden nicht über das *Ende des Anstellungsverhältnisses* hinausgehen.

Nachdem die Arbeitnehmerin dem Arbeitsplatz aus gesundheitlichen Gründen erst wiederholt und dann dauerhaft ferngeblieben war, kündigte die Arbeitgeberin nach Einhaltung der für den Krankheitsfall vorgesehenen Sperrfrist von 180 Tagen gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR und unter Hinweis auf die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit der Klägerin. Die Arbeitnehmerin forderte in der Folge die Lohnfortzahlung bis zur vollen Dauer von 24 Monaten.

Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin erkannte das Kantonsgericht darin nicht einen betrieblichen, sondern einen wirtschaftlichen Kündigungsgrund, denn eine Neubesetzung der verwaisten Stelle wäre auch ohne gleichzeitige Kündigung der bisherigen Stelleninhaberin möglich gewesen. Gleichzeitig wertete das Gericht die erfolgte Kündigung aber nicht als missbräuchliche Vereitelungskündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. c OR angesichts der in Lehre und Rechtsprechung überwiegend vertretenen Auffassung, wonach nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR eine Kündigung mit befreiender Wirkung grundsätzlich auch wegen Krankheit möglich sei, ohne dass dies als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. c OR zu gelten habe, und zwar auch dann, wenn in der Folge die gesetzlichen Lohnfortzahlungsansprüche von Art. 324a OR nicht zum Tragen kämen (BGE 123 III 255; BGE 107 II 171, Erw. 2b.; Staehelin, Zürcher Kommentar, N 23 zu Art. 336 ZGB; Geiser, Kündigungsschutz bei Krankheit, in: AJP 1996, S. 556; ders., Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, in: AJP 2003, S. 327; Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern 1976, S. 113; a.M.: Aubert, Die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall, in: AJP 1997, S. 149).

Generell wird es als zulässig erachtet, nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit zu kündigen (Rehbinder/Portmann, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 336 OR; Staehelin, a.a.O., N 15 zu Art. 336 OR; BGE 123 III 255). Im Grundsatz hat dies nach Auffassung des Kantonsgerichts auch dort zu gelten, wo gesetzliche Lohnfortzahlungsansprüche vertraglich zu-

gunsten des Arbeitnehmers ausgedehnt worden sind. Zwar wird in Doktrin und Praxis vereinzelt der Standpunkt vertreten, im Falle arbeitsvertraglich verlängerter Lohnfortzahlungsfristen sei die Frage, ob die Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts dem Lohnanspruch ein Ende setze, mittels Vertragsauslegung zu bestimmen (Rehbinder, Berner Kommentar, N 26 zu Art. 324a OR; so wohl auch: BGE 113 II 263). Davon abweichend aber waren im beurteilten Fall die Lohnfortzahlungsansprüche vertraglich ausdrücklich auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses beschränkt. Daraus musste letztlich der Schluss gezogen werden, über die gesetzliche Sperrfrist hinaus sei der Arbeitnehmerin im Arbeitsvertrag vom 13. Februar 1990 kein Schutz vor Kündigungen wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit eingeräumt worden. Eine Kündigung wegen Krankheit stellt gemäss einhelliger Lehre und Rechtsprechung auch kein Fall einer missbräuchlichen Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR dar, da sich die krankheitsbedingte Verminderung der Arbeitsfähigkeit im Sinne des einschränkenden Vorbehalts der Vorschrift auf die Erfüllung der Arbeitspflicht auswirkt (Rehbinder/Portmann, a.a.O., N 6 zu Art. 336; Staehelin, a.a.O., N 15 zu Art. 336; BGE 123 III 255).

Dass sich die Beklagte bei Vertragsschluss im Ergebnis in nicht ganz unproblematischer Weise die Möglichkeit vorbehalten hatte, nach Gutdünken einseitig über die Ausrichtung von Krankentaggeldern zu entscheiden, war nach Auffassung des Gerichts unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit zwar nicht zu beanstanden, wurde aber beim Kosten- und Entschädigungsanspruch berücksichtigt. (Kein Weiterzug).

6. Arbeitsvertrag oder Auftrag?:

Beschluss der Zivilkammer vom 22. Februar 2005 (ZK 2004 28)

Der Kläger verkaufte für die Beklagte in deren Geschäftsräumlichkeiten Gebrauchtwagen. Die Beklagte kündigte das Vertragsverhältnis am 15. Januar 2003 fristlos. Der erstinstanzliche Einzelrichter wertete das Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis. Gestützt darauf kam er zum Schluss, es liege eine fristlose Kündigung ohne wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 2 OR vor.

Das Kantonsgericht ging davon aus, das Arbeitsverhältnis sei gekennzeichnet durch Arbeitsleistung, Entgeltlichkeit, Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses (Rehbinder/Portmann, a.a.O., N 1 zu Art. 319 OR). Für die Abgrenzung zum Auftrag sei gemäss Lehre und Rechtsprechung massgebend, ob abhängige oder unabhängige Arbeit geleistet werde, wobei weder allein auf das Weisungsrecht noch auf das Mass an Selbständigkeit abzustellen sei, sondern darauf, ob eine Person ihre Tätigkeit innerhalb einer Betriebsorganisation unter der Kontrolle des Betriebsinhabers entfalte oder ausserhalb gemäss dessen Weisungen (Pra 89, 2000, Nr. 138, S. 820; Rehbinder/Portmann, a.a.O., N 13 zu Art. 319 OR; Fellmann, in AJP 2/97, S. 176). Die Leistung beim Arbeitsvertrag bemesse sich in der Regel nach der Zeit, während beim Auftrag die Besorgung eines bestimmten Geschäfts mit dem notwendigen Zeitaufwand im Vordergrund stehe (JAR 1998 S. 105 und S. 114 und 2001 S. 155). Das Dauerelement spreche oft, aber nicht notwendigerweise für einen Arbeitsvertrag (Weber, in Basler Kommentar zum OR, Bd. I, 2. Aufl., Basel 2003, N 26 zu Art. 394 OR). Beim Arbeitsvertrag sei nicht das Arbeitsergebnis geschuldet, sondern die Verwendung der Zeit für den Arbeitgeber (Rehbinder/Portmann, a.a.O., N 11 zu Art. 319 OR). Der Beauftragte sei grundsätzlich zeitlich solange gebunden, bis das Ziel, auf das hinzuwirken er sich verpflichtet habe, erreicht oder unmöglich geworden sei.

Gestützt auf diese Kriterien sprachen im zu beurteilenden Fall *für* ein Arbeitsverhältnis die Tatsache, dass der Kläger seine Tätigkeiten in und vom Autoverkaufsgeschäft der Beklagten aus entfaltet bzw. dort über einen festen Arbeitsplatz verfügt und die der Beklagten gehörende Infrastruktur wie Computer, Telefon, Fax, Fotokopierer etc. benützt

hatte. Zudem bestand aufgrund regelmässiger monatlicher Zahlungen von rund Fr. 7'500.00 eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Klägers von der Beklagten. Die Beklagte machte indessen geltend, dem Kläger sei freigestanden, wie viele Stunden an welchen Tagen er sich im Geschäft der Beklagten aufhalte und wie viele Geschäfte er auf Provisionsbasis für die Beklagte habe tätigen wollen, und stellte in Abrede, dass der Kläger die Tätigkeiten in ihrem Namen und auf ihre Rechnung verrichtet und überdies administrative Aufgaben für sie erledigt habe. Zudem variierten die monatlichen Zahlungen in der Gesamtsumme zwar nur geringfügig, in der Zusammensetzung jedoch erheblich (unterschiedliche Provisionen). Auch entrichtete die Beklagte weder Sozialbeiträge für den Kläger noch machte sie entsprechende Abzüge. Aufgrund dieser Indizien und angesichts der Tatsache, dass die Vorinstanz zahlreiche Beweise verweigert hatte, wies das Kantonsgericht den Fall zur Beweisergänzung und Neuurteilung der Frage, ob der Kläger den Nachweis eines Arbeitsverhältnisses erbracht habe, zurück. Anzumerken ist, dass allenfalls noch die Qualifikation als Gesellschaftsverhältnis hätte aufgeworfen werden können.

7. Provisorische Rechtsöffnung für Lohnforderungen?:

Präsidentialverfügung der 2. Rekurskammer vom 28. September 2005 (RK2 2005 123)

Die Sache betraf eine Klage auf provisorische Rechtsöffnung für eine Bruttolohnforderung. Das Verfahren wurde durch Nichteintreten erledigt (ungenügende Nichtigkeitsbeschwerdeschrift).

Offen blieb dabei die Frage, ob eine Lohnforderung im Brutto- oder Nettobetrag in Betreuung zu setzen ist, ferner die Frage des gültigen Rechtsöffnungstitels.

Gemäss Lehre und Rechtsprechung stellt der Lohnausweis keine Schuldanererkennung im Sinne von Art. 82 SchKG und damit keinen provisorischen Rechtsöffnungstitel für eine Lohnforderung dar (Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss., Zürich 2000, S. 330, mit weiteren Verweisen). Der schriftliche Einzelarbeitsvertrag ist zwar ein provisorischer Rechtsöffnungstitel, aufgrund dessen synallagmatischer Natur jedoch nur, soweit der Arbeitgeber nicht in glaubhafter Weise fehlende Gegenleistung geltend macht (Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum SchKG, Bd. I, 1998, N 126 zu Art. 82 SchKG).

Der schriftliche Vertrag berechtigt jedoch nur zur Rechtsöffnung im Umfang des Nettolohnanspruchs, also nach Vornahme der Sozialabzüge (Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., N 126 zu Art. 82 SchKG, unter Verweis auf einen Entscheid des App.Ger. TI aus dem Jahr 1987), da der Arbeitgeber *kraft Gesetzes* zur Entrichtung abzuziehender Arbeitnehmerbeiträge anlässlich der Lohnauszahlung verpflichtet ist (vgl. z.B. Art. 14 Abs. 1 AHVG). Gleiches gilt für Lohnersatzleistungen nach Art. 337c OR (Rehbinder, a.a.O., N 6 zu Art. 337c OR; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, N 15 zu Art. 337c OR).

Angemerkt sei, dass es im Arbeitsprozess selbst etwas anders aussieht. Dort muss nach der Gerichtspraxis der Bruttolohn eingeklagt werden (vgl. Rehbinder, a.a.O., N. 13 zu Art. 343 OR; anders z.T. bei Schadenersatz aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung, ders. N. 6 zu Art. 337c OR), sofern wie üblich die Bezahlung des Bruttolohns vereinbart wurde (d.h. gesetzliche Aufteilung der Sozialversicherungslast in Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge nach dem Paritätsgrundsatz, Art. 5 und 13 AHVG). Dies ist darauf zurückzuführen, dass nicht der Arbeitsrichter, sondern im Streitfall die Sozialversicherungsbehörden über Höhe und Abführung der Beiträge bestimmen (wobei in praxi aus Vollstreckungsgründen mitunter dennoch der Nettolohn zugesprochen wird). Wurde hingegen Nettolohnzahlung abgemacht (Nettolohnvereinbarung mit voller Beitragsübernahme des Arbeitgebers, Art. 7 lit. p AHVV), muss m.E. auch der Nettolohn eingeklagt werden.