Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.222/2005 /sza

Urteil vom 27. Oktober 2005
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Nyffeler, Favre,
Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiber Gelzer.

Parteien
A._____,
Klägerin und Berufungsklägerin,
vertreten durch Fürsprecher Dr. Alexander Weber,

gegen

B._____ GmbH,
Beklagte und Berufungsbeklagte,
vertreten durch Fürsprecher Krishna Müller.

Gegenstand
Arbeitsvertrag; fristlose Kündigung,

Berufung gegen das Urteil des Appellationshofs des Kantons Bern, 2. Zivilkammer, vom 10. Mai 2005.

Sachverhalt:
A.
A._____ (nachstehend: Klägerin) war seit dem 22. Juli 2002 als Aushilfe bei der B._____ GmbH mit Sitz in Bern (nachstehend: Beklagte) angestellt. Die Parteien schlossen einen mündlichen Arbeitsvertrag und vereinbarten einen Stundenlohn von Fr. 20.– (netto). Der stellvertretende Geschäftsführer der Beklagten, C._____, schrieb der Klägerin während ihren Ferien im Mai 2003 und im August 2003 als Ferienlohn insgesamt 77 Stunden gut. Als der Inhaber und Geschäftsführer der Beklagten, D._____, der annahm, während den Ferien sei kein Lohn zu bezahlen, dieses Vorgehen entdeckte, kündigte er der Klägerin mit Schreiben vom 19. September 2003 per sofort und verlangte die sofortige Rückgabe der Schlüssel zum Geschäftslokal.

Die Klägerin protestierte zunächst telefonisch gegen die Kündigung und teilte der Beklagten mit, dass sie schwanger sei. Mit anwaltlichem Schreiben vom 25. September 2003 machte die Klägerin geltend, auf Grund ihrer Schwangerschaft sei die Kündigung gemäss Art. 336c OR nichtig. Demnach dauere das Arbeitsverhältnis fort, weshalb die Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin den üblichen Lohn zu bezahlen. Diesem Schreiben legte die Klägerin ein Arztzeugnis bei, welches ihre Schwangerschaft bestätigte und die Klägerin vom 19. bis 26. September 2003 krank schrieb. Nach dem 26. September 2003 nahm die Klägerin ihre Arbeit nicht wieder auf.

Mit Schreiben vom 24. November 2003 anerkannte die Beklagte, dass ihre Kündigung vom 19. September 2003 während einer Sperrfrist erfolgte und somit nichtig war. Entsprechend anerkannte die Beklagte auch einen Lohnanspruch der Klägerin bis zum 26. September 2003. Danach habe die Klägerin es unterlassen, ihre

Arbeit anzubieten oder ihre schwangerschaftsbedingte Arbeitsunfähigkeit mitzuteilen. Ohne ein entsprechendes Arztzeugnis sei davon auszugehen, dass die Klägerin ihre Arbeit während der Schwangerschaft im Sinne von Art. 35a Abs. 2 des Arbeitsgesetzes niedergelegt habe, weshalb für diese Zeit kein Lohn geschuldet sei. Für den Monat September 2003 ging die Beklagte von einem Lohnanspruch von brutto Fr. 1'683.25 aus und zog davon die Sozialleistungen sowie einen bereits geleisteten Vorschuss von Fr. 1'500.– ab und überwies den Restbetrag von Fr. 38.40 an die Klägerin.
Mit anwaltlichem Schreiben vom 16. Dezember 2003 liess die Klägerin dem Sinne nach ausführen, sie sei vom Inhaber der Beklagten, D._____ freigestellt worden, weil er sie trotz nichtiger Kündigung zum Verlassen des Arbeitsplatzes aufgefordert habe. Damit bestehe ab 19. September 2003 bis zu einer möglichen Kündigung nach der Niederkunft die volle Lohnzahlungspflicht.

Mit Schreiben vom 27. Dezember 2003 gab die Beklagte insbesondere an, die Nichtigkeit der Kündigung würde ohne Zweifel anerkannt. Damit sei jedoch auch klar, dass die Klägerin ihre Arbeit zu leisten habe, soweit sie Lohnforderungen stelle.

Am 6. Mai 2004 gebar die Klägerin ihren Sohn E._____. Die Beklagte ging davon aus, der Klägerin stehe ein Mutterschaftsgeld für zwei Monate in der Höhe von 80 % des Durchschnittslohnes in der Höhe von Fr. 2'924.70 zu. Davon zog die Beklagte Fr. 1'540.– für 77 Stunden ab, welche der Klägerin in früheren Lohnabrechnungen während den Ferien gutgeschrieben wurden und zahlte der Klägerin die Differenz von Fr. 1'384.70 aus.
B.
Mit Klage vom 2. Juni 2004 belangte die Klägerin die Beklagte beim Gerichtskreis VIII Bern-Laupen auf Zahlung eines Fr. 8'000.- übersteigenden und Fr. 30'000.– nicht erreichenden Betrages.

Zur Begründung brachte die Klägerin vor, sie sei am 19. September 2003 von der Arbeitsstelle verwiesen worden und damit implizit von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt worden. Die Pflicht der Beklagten zur Lohnzahlung habe während der Freistellung weiterbestanden. Auch ohne Freistellung habe die Klägerin ihre Arbeitsleistung nicht erbringen müssen, weil ihr eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses angesichts der Umstände der Kündigung nicht zumutbar gewesen sei. Dies treffe auch zu, weil die Klägerin von einer anderen Mitarbeiterin vor der Kündigung gemobbt worden sei. Damit stünden der Klägerin Lohnansprüche von über Fr. 29'999.- zu.

Die Gerichtspräsidentin 7 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen führte sinngemäss aus, die Sperrfrist während der Schwangerschaft gemäss Art. 336c OR schliesse eine fristlose Kündigung, wie sie vorliegend ausgesprochen worden sei, nicht aus. Es habe damit - entgegen der Auffassung der Klägerin - keine nichtige Kündigung im Sinne von Art. 336c OR vorgelegen, sondern allenfalls eine unbegründete fristlose Entlassung. Aus der weiteren Korrespondenz der Parteien ergebe sich indessen, dass beide Seiten anerkannt hätten, dass die während der Schwangerschaft ausgesprochene Kündigung ungültig sei und die Kündigung fortan als nicht erfolgt zu gelten habe. Damit hätten die Parteien implizit eine einvernehmliche Aufhebung der mit der Kündigung eingetretenen Rechtsfolgen vereinbart. Entsprechend sei von einem ungekündigten Arbeitsverhältnis auszugehen.

Die Klägerin begründe ihre Lohnforderung einerseits damit, dass sie von der Beklagten mit dem Kündigungsschreiben vom 19. September 2003 von der Arbeitsstelle verwiesen und damit implizit von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt worden sei. Dieser Auffassung könne insoweit zugestimmt werden, als dem Kündigungsschreiben der Verzicht der Beklagten auf die Arbeitsleistung der Klägerin zu entnehmen sei. Die damit verbundene Freistellung sei jedoch mit Schreiben vom 24. November 2003 gültig widerrufen worden. Dieses Schreiben sei der Klägerin am 30. November 2003 zugegangen, weshalb sie ab diesem Zeitpunkt wieder habe arbeiten müssen. Der Klägerin stehe daher ab Ende November 2003 nur dann ein Lohnanspruch zu, wenn sie Arbeitsleistung erbrachte, oder sie daran in unverschuldeter Weise verhindert war. Der Einwand der Klägerin, die Wiederaufnahme der Arbeit sei ihr nicht zumutbar gewesen, weil sie gemobbt worden sei, sei unbegründet.

Bei der Berechnung des Lohnes für die Zeit der Freistellung vom 27. September bis zum 30. November 2003 sei auf den durchschnittlichen Lohn der Klägerin abzustellen. Von den 1'357.5 Stunden, welche die Klägerin

gemäss KB 5 und 6 von August 2002 bis August 2003 geleistet habe, seien 77 Stunden abzuziehen, welche der Klägerin "quasi" als Feriengeld gutgeschrieben wurden, ohne dass sie dafür gearbeitet hatte. Dies führe zu einer tatsächlichen Arbeitszeit von 1'280.5 Arbeitsstunden während 13 Monaten und damit zu einer durchschnittlichen Arbeitszeit von 98,5 Stunden pro Monat. Ausgehend von einem Durchschnittslohn von Fr. 1'970.– sei für die beiden Arbeitstage im September Fr. 180.– und für die Monate Oktober und November 2003 Lohn in der Höhe von Fr. 3'940.– geschuldet, was insgesamt einen Lohnanspruch von Fr. 4'120.– ergebe.

Die Klägerin habe gemäss Art. 324a OR während der Krankheit und Schwangerschaft einen beschränkten Lohnfortzahlungsanspruch. Dieser betrage gemäss der so genannten Berner Skala für das 2. Dienstjahr 1 Monat. Somit habe die Klägerin vom 22. Juli 2003 bis zum 21. Juli 2004 Anspruch auf die Fortzahlung eines durchschnittlichen Monatsgehalts, wobei die einzelnen, die Lohnfortzahlung begründenden Umstände - vorliegend Krankheit von 19. bis 26. September 2003 sowie Schwangerschaft bzw. Niederkunft am 6. Mai 2004 - nicht dahingehend kumuliert werden könnten, dass für jeden Verhinderungsgrund ein separater Lohnfortzahlungsanspruch von einem Monatsgehalt entstehe. Den Anspruch auf Lohnfortzahlung während des gesundheitlich bedingten Arbeitsausfalls vom 19. - 26. September 2003 habe die Beklagte anerkannt. Diese habe der Klägerin sodann - über den gesetzlichen Anspruch hinausgehend - einen zweimonatigen Schwangerschaftsurlaub bezahlt. Dass die Beklagte dabei falsche Berechnungen vorgenommen habe, sei vorliegend nicht von Belang, da der gewährte Lohnfortzahlungsanspruch von Fr. 2'924.70 über dem gesetzlichen Anspruch der Klägerin von 98,5 x Fr. 20.– d.h. Fr. 1'970.– gelegen habe. Damit könne auch dahingestellt bleiben, ob der Klägerin für die Zeit ihrer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit vom 19. bis 26. September 2003 effektiv Lohn ausbezahlt worden sei. Die Klägerin habe deshalb aus Art. 324a OR keine weiteren Forderungen mehr gegenüber der Beklagten. Schliesslich mache die Klägerin Feriengeld über die gesamte Beschäftigungsdauer geltend. Die Beklagte wende ein, das Feriengeld sei der Klägerin jeweils laufend zusätzlich zum effektiven Arbeitslohn bezahlt worden. Die vom Bundesgericht entwickelten Kriterien zur ausnahmsweisen Abgeltung von Ferien seien jedoch nicht erfüllt, da auf den Lohnabrechnungen, welche die Klägerin jeweils Ende Monat erhalten hatte, kein Feriengeld ausgewiesen sei. Damit bleibe es beim gesetzlichen Anspruch des Arbeitnehmers auf bezahlte Ferien. Eine Abgeltung der Ferien durch Geldzahlungen komme nicht in Frage, da das Arbeitsverhältnis noch andauere und die Klägerin ihre Ferien in natura beziehen könne. Gestützt auf diese Erwägungen verpflichtete die Gerichtspräsidentin 7 die Beklagte mit Urteil vom 8. Dezember 2004, der Klägerin Fr. 4'120.– nebst Zins zu jeweils 5 % vom 1. Oktober 2003 bis 31. Oktober 2003 auf Fr. 180.–, vom 1. bis 30. November 2003 auf Fr. 2'150.– sowie seit 1. Dezember 2003 auf Fr. 4'120.– zu bezahlen.

Auf Appellation der Klägerin hin hat der Appellationshof des Kantons Bern das erstinstanzliche Urteil am 10. Mai 2005 bestätigt.

C.

Die Klägerin erhebt eidgenössische Berufung mit den Anträgen, das Urteil des Appellationshofes vom 10. Mai 2005 sei aufzuheben und die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin Fr. 29'999.– zuzüglich Zins von 5 % ab 16. Dezember 2003 zu bezahlen. Zudem stellt die Klägerin ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung.

Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung, soweit darauf eingetreten werden könne und macht dem Sinne nach geltend, die unentgeltliche Prozessführung sei wegen Aussichtslosigkeit der Berufung nicht zu gewähren.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Der angefochtene Endentscheid ist berufungsfähig, da er eine Zivilrechtsstreitigkeit mit einem Streitwert von über Fr. 8'000.– betrifft und er mit keinem ordentlichen kantonalen Rechtsmittel angefochten werden kann (Art. 46 und Art. 48 Abs. 1 OG). Auf die form- und fristgerechte Berufung ist daher grundsätzlich einzutreten.

1.2 Im Berufungsverfahren ist das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden, sofern sie nicht offensichtlich auf Versehen beruhen, unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zu Stande gekommen oder wegen fehlerhafter Rechtsanwendung im kantonalen Verfahren zu ergänzen sind (Art. 63 Abs. 2 und 64 Abs. 2 OG). Die Partei, welche den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt berichtigt oder

ergänzt wissen will, hat darüber genaue Angaben mit Aktenhinweisen zu machen (Art. 55 Abs 1 lit. d OG; BGE 115 II 484 E. 2a). Für eine blosse Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz ist die Berufung nicht gegeben (BGE 127 III 248 E. 2c; 115 II 484 E. 2a S. 486).
1.3 Im vorliegenden Fall erfasst der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt auch die Feststellungen der ersten Instanz, auf welche der Appellationshof global verweist. Auf die Berufung der Klägerin ist nicht einzutreten, soweit sie - ohne eine der genannten Ausnahmen von der Bindung des Bundesgerichts an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz geltend zu machen - von einem Sachverhalt ausgeht, der von diesen Feststellungen abweicht oder darin keine Stütze findet. Dies gilt namentlich für die Angabe, die Klägerin sei von der faktischen Geschäftsführerin der Beklagten gemobbt und "ausgezählt" bzw. lächerlich gemacht worden.
2.
2.1 Die Klägerin rügt, der Appellationshof habe bezüglich der Frage, ob die Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung die Schwangerschaft der Klägerin kannte und bezüglich der Echtheit der schriftlichen Bestätigung eines Vorschusses von Fr. 1'500.– angebotene Beweise nicht abgenommen und damit Art. 8 ZGB verletzt.
2.2 Art. 8 ZGB regelt zunächst die Verteilung der Beweislast. Das Bundesgericht leitet aus Art. 8 ZGB als Korrelat zur Beweislast insbesondere das Recht der beweisbelasteten Partei ab, zum ihr obliegenden Beweis zugelassen zu werden, soweit entsprechende Anträge im kantonalen Verfahren form- und fristgerecht gestellt worden sind. Zu beachten ist aber, dass dieser bundesrechtliche Beweisführungsanspruch nur für rechtserhebliche Tatsachen besteht (BGE 126 III 315 E. 4a S. 317, mit Hinweisen).
2.3 Da die Klägerin nicht aufzeigt, welchen form- und fristgerecht gestellten Beweisanträgen der Appellationshof nicht nachgekommen sei, ist eine Verletzung des bundesrechtlichen Beweisführungsanspruchs gemäss Art. 8 ZGB mangels einer rechtsgenüglichen Rüge zu verneinen. Zudem legt die Klägerin nicht dar, inwiefern die Frage, ob die Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung über die Schwangerschaft informiert war, rechtserheblich sein soll. Dies ist auch nicht ersichtlich, weil beide Parteien in Kenntnis der Schwangerschaft der Klägerin übereinkamen, dass die Kündigung als nichtig zu betrachten sei (vgl. E. 3 hiernach). Damit ist unerheblich, ob sich die Beklagten das eventuelle Wissen von Angestellten über die Schwangerschaft hätte anrechnen lassen müssen, wie dies die Klägerin annimmt.
3.
3.1 Der Appellationshof führte zusammengefasst an, beide Parteien seien in ihren Parteivorträgen vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ausgegangen. Die Klägerin habe sich jedoch Ansprüche wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung vorbehalten. Ob eine solche vorgelegen habe, könne jedoch offen bleiben, da aus der im Nachgang zur Kündigung geführten Korrespondenz deutlich werde, dass beide Seiten übereingekommen seien, die Kündigung solle keinerlei Wirkungen entfalten. Darin sei eine einvernehmliche Aufhebung sämtlicher mit der Kündigung verbundenen Rechtsfolgen zu sehen. Eine erneute Kündigung sei den Akten nicht zu entnehmen, woraus folge, dass das Arbeitsverhältnis rechtlich gesehen noch andauere.
3.2 Die Klägerin führt dazu aus, es stelle sich die Frage, ob eine Kündigung als Gestaltungsgeschäft mit abstraktem Charakter einer Rücknahme überhaupt zugänglich sei. Sei dies zu verneinen, so sei von einer fristlosen Kündigung gemäss Art. 337 OR auszugehen.
3.3 Mit einer wirksamen Erklärung, einen Vertrag zu kündigen oder wegen Grundlagenirrtums nicht halten zu wollen, wird ein rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht ausgeübt. Damit wird ein Rechtsverhältnis inhaltlich aufgehoben, ohne dass es dazu der Zustimmung der Gegenpartei bedarf. Diese muss sich auf die neue Rechtslage einstellen und dabei darauf vertrauen können, dass diese endgültig sei. Aus diesem Interesse an klaren Verhältnissen, folgt der Grundsatz, dass die Ausübung von Gestaltungsrechten bedingungsfeindlich und unwiderruflich ist. Der Grundsatz der Unwiderruflichkeit erleidet Ausnahmen, welche zugelassen werden, wenn das Vertrauen auf die Unwiderruflichkeit der Ausübung eines Gestaltungsrechts keinen Schutz verdient. Dies ist dann zu bejahen, wenn der Erklärungsgegner sich mit einem Widerruf einverstanden erklärt oder er ein rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht oder dessen wirksame Ausübung bestreitet und er damit zum Ausdruck bringt, dass er am Vertrag festhalten will (vgl. BGE 128 III 70 E. 2 S. 75 f. mit Hinweisen).
3.4 Die Klägerin hat eine wirksame Kündigung bestritten und den Willen zum Ausdruck gebracht, am Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses festzuhalten. Demnach konnte die Beklagte gemäss der vorstehenden Erwägung auch eine wirksame fristlose Kündigung zurücknehmen, weshalb offen bleiben kann, ob eine solche vorgelegen hat. Damit hat der Appellationshof den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bundesrechtskonform bejaht.
4.
4.1 Weiter führte der Appellationshof aus, die Beklagte bestreite nicht, dass die Klägerin anlässlich der Kündi-

gung freigestellt worden sei, was dadurch bestätigt werde, dass diese angewiesen worden sei, die Schlüssel zurückzugeben. Zu prüfen bleibe, ob die Beklagte diese Freistellung mit Schreiben vom 24. November 2003 gültig widerrufen habe. Dies sei entgegen der Meinung der Klägerin zu bejahen. Zwar könne grundsätzlich darauf vertraut werden, dass eine bei einer Kündigung ausgesprochene Freistellung unwiderruflich sei. Im vorliegenden Fall hätten sich die Parteien jedoch nach der Kündigung darüber geeinigt, dass diese nichtig sei und das Arbeitsverhältnis fortdaure. Damit sei eine neue Ausgangslage eingetreten, in der die Klägerin sich nicht darauf berufen könne, sie habe über die Zeit bis zum Ende des Vertrages z.B. hinsichtlich einer neuen Stelle anderweitig disponieren müssen. Unter diesen Umständen sei die Freistellung mit Schreiben vom 24. November 2003 gültig widerrufen worden. Dies habe die Klägerin tatsächlich auch so verstanden, da sie eingeräumt habe, diesem Schreiben entnommen zu haben, dass sie wieder arbeiten gehen soll.

4.2 Die Klägerin rügt dem Sinne nach, entgegen der Annahme des Appellationshofs sei die von der Beklagten anerkannte Freistellung grundsätzlich endgültig. Unmittelbar nach der Übergabe des Kündigungsschreibens habe die Klägerin dem Inhaber der Beklagten ihre weitere Arbeitsleistung angeboten, was dieser jedoch mit dem endgültigen "Hinauswurf" quittiert habe. Unter diesen Umständen sei von einer endgültigen Freistellung auszugehen, welche durch das Schreiben vom 24. November 2003 nicht mehr habe aufgehoben werden können.

4.3 Bezüglich der Frage, ob eine Freistellung unwiderruflich ist oder ob ein Arbeitgeber auf seine Erklärung zurückkommen kann, lässt sich keine allgemeingültige Antwort finden. Vielmehr ist in jedem Einzelfall abzuklären, ob der Empfänger nach Treu und Glauben davon ausgehen darf und muss, der Arbeitgeber strebe eine definitive Lösung an. Dies trifft in der Regel dann zu, wenn die Freistellung zusammen mit einer gültigen Kündigung ausgesprochen wird. Ob dies auch gelten soll, wenn eine solche fehlt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (Urteil des Bundesgerichts 4C.405/1992 vom 21. Mai 1993 E. 2c).

4.4 Im vorliegenden Fall ist die Freistellung zusammen mit einer Kündigung ausgesprochen worden, deren Wirksamkeit von der Klägerin bestritten wurde. Sie musste daher nach Treu und Glauben damit rechnen, die Beklagte werde bei einer späteren Anerkennung der Nichtigkeit der Kündigung und der damit verbundenen Fortführung des Arbeitsverhältnisses die Freistellung widerrufen und die Arbeitsleistung der Klägerin wieder beanspruchen. Dies wird dadurch bestätigt, dass die Klägerin das Schreiben vom 24. November 2003 tatsächlich dahingehend verstand, dass sie wieder arbeiten musste. Demnach hat der Appellationshof kein Bundesrecht verletzt, wenn er annahm, die Beklagte habe mit der Anerkennung der Nichtigkeit der Kündigung die Freistellung widerrufen können.

5.

5.1 Alsdann gab der Appellationshof an, die Klägerin mache geltend, eine Wiederaufnahme der Arbeit sei ihr nicht zuzumuten gewesen, da ihr anlässlich der Kündigung mit der polizeilichen Wegweisung gedroht und sie vorher gemobbt worden sei. Diese Vorbringen seien jedoch weder nachgewiesen noch genügend substanziiert, um die Unzumutbarkeit der weiteren Arbeitsleistung zu begründen. Weiter stelle sich die Klägerin erstmals in der Hauptverhandlung auf den Standpunkt, sie habe die Leistung verweigern können, da die Beklagte mit Lohnzahlungen im Rückstand gewesen sei. Dieser Rückstand treffe zwar zu. Dennoch könne sich die Klägerin nach Treu und Glauben nicht darauf berufen, da sie die Arbeit nicht verweigerte, weil sie befürchtete, dafür nicht bezahlt zu werden. Vielmehr habe sie die weitere Arbeit für die Beklagte aus anderen Gründen als unzumutbar erachtet. Demnach schulde die Beklagte der Klägerin ab dem 30. November 2003 keinen Lohn mehr.

5.2 Die Klägerin übt bezüglich dieser Erwägung unzulässige Kritik an der Beweiswürdigung des Appellationshofs (vgl. E. 1.3) und macht geltend, entgegen seiner Ansicht sei die Klägerin nicht verpflichtet gewesen, ihre Tätigkeit bei der Beklagten wieder aufzunehmen, da Ende November mindestens zwei Monatslöhne ausstehend gewesen seien und gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts der Arbeitnehmer die Leistung von Arbeit verweigern könne, so lange der Arbeitgeber mit verfallenen Lohnzahlungen im Rückstand ist. Liege gemäss Art. 82 OR ein Leistungsverweigerungsrecht vor, so habe der Arbeitgeber den Lohn trotz fehlender Gegenleistung zu entrichten.

5.3 Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts rechtfertigt es sich, dem Arbeitnehmer bei Ausbleiben der Lohnzahlung für vergangene Lohnperioden in analoger Anwendung von Art. 82 OR ein Leistungsverweigerungsrecht gestützt auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zuzugestehen (BGE 120 II 209 E 6a).

5.4 Im vorliegenden Fall verstösst die Berufung der Klägerin auf die mögliche Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäss der zutreffenden Annahme des Appellationshofs gegen Treu und Glauben, da die Klägerin die Einrede ursprünglich nicht erhob und sie ihre Arbeitsleistung tatsächlich nicht aufgrund ausstehender Lohnansprüche sondern aus anderen Gründen verweigerte.

6.
6.1 Vor Bundesgericht ist nicht mehr umstritten, dass die Klägerin während ihrer Freistellung vom 27. September bis 30. November 2003 einen Anspruch auf die Zahlung des durchschnittlichen Lohnes hat. Umstritten ist jedoch die Berechnung dieses Lohnes. Der Appellationshof führte dazu zusammengefasst aus, bei der Bestimmung des Durchschnittslohns sei auf die Stundenabrechnungen der Klägerin von August 2002 bis August 2003 abzustellen. Diese würden insgesamt 1'357.5 Arbeitsstunden ausweisen, wovon 77 anerkanntermassen während der Ferien der Klägerin gutgeschrieben und damit nicht geleistet worden seien. Zwar treffe es zu, dass das Ferienrecht auch der Klägerin zustehe, welche Teilzeitarbeit leistete. Sowohl der Ferienlohn als auch die sonstigen monatlichen Betreffnisse richteten sich jedoch nach den tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden. Der von der ersten Instanz vorgenommene Abzug für die 77 nicht geleisteten Arbeitsstunden sei daher nicht zu beanstanden. Damit sei von einer durchschnittlichen Arbeitszeit pro Monat von 98,5 Stunden auszugehen, was für die Zeit vom 27. September bis zum 30. November 2003 zu einem Lohnanspruch von Fr. 4'120.– führe.
6.2 Die Klägerin macht in ihrer Berufung dem Sinne nach geltend, bei der Berechnung ihres Durchschnittslohns seien die bezogenen Ferientage zwingend einzubeziehen. Die gegenteilige Annahme der Vorinstanz verstosse gegen Art. 329a - 329d OR. Für Ferien von vier Wochen bestehe ein gesetzlicher Anspruch auf Freizeit und Lohn. Der damalige faktische Geschäftsleiter der Beklagten habe ein Feriengeld im Umfang von 77 Stunden bewilligt. Dieses Feriengeld müsse daher bei der Berechnung des Durchschnittseinkommens einbezogen werden.
6.3 Ist dem Arbeitnehmer Lohn für eine arbeitsfreie Zeit zu bezahlen, so darf er nicht schlechter gestellt werden, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte (vgl. für die Ferien BGE 129 III 493 E. 3.1 mit Hinweisen). Bei unregelmässiger Arbeit ist der Lohn zu schätzen, der während der arbeitsfreien Zeit verdient worden wäre. Dabei kann auf Durchschnittswerte in einer Referenzperiode abgestellt werden, so z.B. auf die Zeitspanne zwischen dem Ende der letzen Ferien und dem Beginn der neuen Ferien (vgl. Rehbinder, Berner Kommentar, N. 7 zu Art. 329d OR). Bezüglich des Ferienlohns wird häufig auf das Dienstjahr vor dem Ferienbezug abgestellt, wobei Zahlungen, die gestützt auf Art. 324a OR z.B. während einer Krankheitsabwesenheit erbracht wurden, mitzurechnen sind (vgl. Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Aufl. N. 3 zu Art. 329d OR). Analog ist auch der Ferienlohn zu berücksichtigen, der in der Referenzperiode für Ferien bezahlt wurde, die zusammenhängend oder an einzelnen Tagen tatsächlich bezogen wurden (vgl. BGE 130 V 492 E. 4.2.4 S. 497 mit Hinweisen).
6.4 Im vorliegenden Fall hat die Klägerin im Mai und August 2003 Ferien bezogen, wobei ihr für diese Zeit von der Beklagten, handelnd durch Herrn C._____, 77 Stunden gutgeschrieben wurden. Demnach liegt ein tatsächlicher Bezug von Ferien mit einer entsprechenden Lohnzahlung vor (vgl. E. 8.3 hiernach). Der Appellationshof hätte daher bei der Berechnung des Durchschnittslohns entweder diese Zahlung von Ferienlohn über die ganze Referenzperiode einbeziehen oder die Monate mit Ferienbezug ausklammern müssen. Im ersten Fall hat die Klägerin während 13 Monaten Lohn für 1357.5 Stunden und damit im Monat durchschnittlich Lohn für 104.42 Stunden verdient. Im zweiten Fall hat die Klägerin ohne die Monate mit Ferienbezug (Mai 2003 mit 95.5 und und August 2003 mit 101 angeführten Stunden) während 11 Monaten 1'161 Stunden und damit im Monat durchschnittlich 105.5 Stunden gearbeitet. Damit ist von einem durchschnittlichen Lohn für 105 Stunden auszugehen, was zu einem Monatseinkommen von Fr. 2'100.– führen würde. Der von der Klägerin geltend gemachte Durchschnittslohn von Fr. 2'085.95 ist daher gerechtfertigt. Demnach ist der Lohn für die Zeit während der Freistellung vom 27. September bis 30. November auf dieser Basis neu zu berechnen. Dies ergibt für die Monate Oktober und November 2003 einen Lohnanspruch von Fr. 4'171.90. Ab dem 27. September 2003 sind für diesen Monat noch zwei Arbeitstage zu entlöhnen, was - wenn von 21.75 Arbeitstagen pro Monat ausgegangen wird - zu einem Lohnanspruch von Fr. 191.80 führt (Fr. 2'085.95 : 21.75 x 2). Für die ganze Zeit der Freistellung vom 27. September bis 30. November 2003 hat die Beklagte demnach Lohn in der Höhe von Fr. 4'363.70 netto zu bezahlen.
7.
7.1 Der Appellationshof ging mit der ersten Instanz davon aus, im vereinbarten Lohn von Fr. 20.– pro Stunde sei der Ferienlohn nicht inbegriffen gewesen, weshalb die Klägerin einen Anspruch auf bezahlte Ferien habe. Da das Arbeitsverhältnis mangels Kündigung noch nicht beendet sei, seien die Ferien grundsätzlich in natura zu beziehen. Eine Entschädigung für allfällig nicht bezogene Ferien könnte ohnehin erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gesprochen werden. Die abschliessende Beurteilung des Ferienanspruchs müsse deshalb offen bleiben.
7.2 Die Klägerin bringt vor, entgegen der Annahme des Appellationshofs sei der Ferienanspruch liquid, obwohl

das Arbeitsverhältnis noch andaure. Die Klägerin habe gemäss Art. 329c OR Anspruch auf Ferien während des entsprechenden Dienstjahrs. Der Ferienanspruch betrage 8.33 % der geleisteten Stunden, was einen Anspruch von 112,74 Stunden ergäbe. Davon sei der von C._____ gewährte Ferienanteil von 77 Stunden abzuziehen, weshalb ein Netto-Ferienguthaben von 35,74 Stunden bestehe. Da dieser Ferienanspruch nicht habe kompensiert werden können, ergebe sich bei einem Netto-Stundenlohn von Fr. 20.– ein Betrag von Fr. 714.80.
7.3 Nach der absolut zwingenden Vorschrift von Art. 329d Abs. 2 OR darf der Ferienanspruch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden (BGE 129 III 493 E. 3.1 S. 495). Eine Abgeltung von Ferienansprüchen ist grundsätzlich nur zulässig, wenn deren Bezug in natura in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder zumutbar ist (BGE 128 III 271 E. 4a/aa S. 280 f. mit Hinweisen). Ein Abgeltungsanspruch für nicht bezogene Ferien kann damit erst entstehen, wenn feststeht, dass diese bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses nicht mehr in natura bezogen werden können (BGE 131 III 451 E. 2.2 S. 454).
7.4 Gemäss der vorstehenden Erwägung hat der Appellationshof kein Bundesrecht verletzt, wenn er annahm, bei einem nicht beendeten Arbeitsverhältnis könne nicht über eine eventuelle künftige Abgeltung nicht bezogener Ferien entschieden werden. Wie weit der entsprechende Ferienanspruch durch Kompensation getilgt werden konnte, braucht daher nicht entschieden zu werden.
8.
8.1 Weiter ging der Appellationshof davon aus, der Klägerin stehe gemäss den zutreffenden Erwägungen der ersten Instanz im zweiten Dienstjahr während der Schwangerschaft und der gesundheitlich bedingen Arbeitsunfähigkeit vom 19. bis 26. September 2003 gemäss Art. 324a OR der Lohn während mindestens eines Monats zu, was einer Forderung von Fr. 1'970.– entspreche. Diesen Mindestanspruch habe die Beklagte durch die geleistete Zahlung von Fr. 2'924.70 in jedem Fall erfüllt.
8.2 Die Klägerin macht insoweit dem Sinne nach geltend, der Appellationshof habe nicht beachtet, dass die Beklagte für den Mutterschaftsurlaub nicht Fr. 2'924.70 sondern nur Fr. 1'384.70 bezahlt habe, da sie unberechtigterweise Fr. 1'540.– für die 77 Stunden abgezogen habe, welche C._____ der Klägerin als Ferienlohn bezahlt habe. Da der Appellationshof entgegen der Ansicht der Beklagten davon ausgegangen sei, der Nettolohn von Fr. 20.– schliesse den Ferienlohn nicht ein, sei der von C._____ zuerkannte Ferienlohn rechtskonform ausbezahlt worden. Zudem habe sich die Beklagte das Verhalten von C._____ als ihrem faktischen Geschäftsführer anrechnen zu lassen. Schliesslich sei auch bezüglich des Anspruchs aus Art. 324a OR von einem unzutreffenden Durchschnittslohn ausgegangen worden.
8.3 Der stellvertretende Geschäftsführer der Beklagten, C._____, ging davon aus, der Klägerin sei während ihren Ferien Lohn zu bezahlen und schrieb ihr deshalb während ihren Ferien im Mai und August 1993 insgesamt 77 Arbeitsstunden gut. Dass C._____ die Auszahlung des Ferienlohns in den Lohnabrechnungen nicht ausdrücklich als solche bezeichnete, kann der Klägerin nicht zum Nachteil gereichen, da sie gemäss der zutreffenden Annahme des Appellationshofs einen Anspruch auf Lohnfortzahlung während den Ferien hatte und annehmen durfte, C._____ sei als stellvertretender Geschäftsführer der Beklagten von dieser zur Auszahlung des Ferienlohns ermächtigt gewesen. Demnach hatte die Beklagte keinen Anspruch auf Rückzahlung der als Feriengeld geleisteten Zahlungen, welche sie mit dem Anspruch der Klägerin aus Art. 324a OR auf einen durchschnittlichen Monatslohn hätte verrechnen können. Dieser beträgt Fr. 2'085.95 (vgl. E. 6.4 hiervor). Davon ist die Zahlung der Beklagten von Fr. 1'384.70 abzuziehen, was zu einem Restbetrag von Fr. 701.25 führt. Allenfalls kann die Beklagte zusätzliche Lohnzahlungen abziehen, welche sie für die krankheitsbedingte Abwesenheit vom 19. bis 26. September 2003 geleistet hatte. Ob solche Zahlungen
erfolgten, geht aus dem angefochtenen Urteil und den darin eingeschlossenen Feststellungen der ersten Instanz, welche diese Frage offen liess, nicht hervor. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und zur Ergänzung des Tatbestandes und zur neuen Entscheidung an den Appellationshof zurückzuweisen (Art. 64 Abs. 1 OG).
9.
9.1 Nach dem Gesagten ist die Berufung teilweise gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Streitsache zur Sachverhaltsergänzung bezüglich eventueller Lohnzahlungen für die Krankheitsabwesenheit vom 19. bis 26. September 2003 an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da der massgebende Streitwert Fr. 30'000.– nicht übersteigt, ist das Verfahren kostenlos (Art. 343 Abs. 2 und 3 OR). Damit wird das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 152 Abs. 1 OR gegenstandslos. Die Klägerin ist zwar mit ihrem Rechtsstandpunkt bezüglich der Berücksichtigung der als Feriengeld geleisteten Zahlungen durchgedrungen, hinsichtlich der von ihr gestellten Rechtsbegehren jedoch weitgehend unterlegen

(Sie verlangt die Zahlung von Fr. 29'999.–, wovon Fr. 4'120.– anerkannt werden, so dass noch Fr. 25'879.– strittig sind. Die Klägerin erhält durch das vorliegende Urteil im für sie besten Fall Fr. 243.70 für die Zeit der Freistellung und Fr. 701.25 für Krankheit und Mutterschaftsurlaub, d.h. insgesamt Fr. 944.95. Die Klägerin unterliegt damit im Verhältnis von ca. 27:1). Die Klägerin hat demnach der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 159 Abs. 3 OR).
9.2 Das Gesuch der Klägerin um die unentgeltlichen Prozessverbeiständung gemäss Art. 152 Abs. 2 OG setzt voraus, dass ihre Begehren nicht als aussichtslos zu qualifizieren sind. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Praxis Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 125 II 275 E. 4b). Dabei ist auf die Erfolgschancen insgesamt abzustellen, weshalb die unentgeltliche Rechtspflege auch dann vollumfänglich abzuweisen ist, wenn die Begehren in gewissen Teilpunkten nicht aussichtslos sind (Urteil des Eid. Versicherungsgerichts K 89/94 vom 10. Februar 1995; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5P.369/1996 vom 13. Januar 1997 E. 5).

Im vorliegenden Fall war die Berufung - abgesehen vom berechtigten Einwand bezüglich des Einbezugs der als Feriengeld ausbezahlten Stunden - als aussichtslos zu qualifizieren. Der nicht aussichtslose bzw. begründete Teilaspekt hat jedoch streitwertmässig nur eine sehr untergeordnete Bedeutung. Deshalb hätten die Kosten des Gegenanwaltes den Prozessgewinn bei weitem überstiegen, so dass eine nicht bedürftige Partei die vorliegende Berufung bei vernünftiger Überlegung nicht eingereicht hätte. Demnach ist das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtsverbeiständung abzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist, das Urteil des Appellationshofs des Kantons Bern, II. Zivilkammer, vom 10. Mai 2005 wird aufgehoben und die Sache wird zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Die Klägerin hat die Beklagte für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.– zu entschädigen.
4.
Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtsverbeiständung wird abgewiesen.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationshof des Kantons Bern, 2. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 27. Oktober 2005
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: