

# **BGer 4A 112/2023 vom 10. Juli 2023**

Bundesgericht, 2023-07-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_112\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_112_2023)

FR: TF 4A 112/2023 du 10 juillet 2023

IT: TF 4A 112/2023 del 10 luglio 2023

## **Regeste**

Forderung aus Arbeitsvertrag, | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde betrifft eine Zivilrechtsstreitigkeit ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) und richtet sich gegen einen Endentscheid ( Art. 90 BGG ) eines oberen kantonalen Gerichts, das als Rechtsmittelinstanz entschieden hat ( Art. 75 BGG ). Der Streitwert erreicht den nach Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG in arbeitsrechtlichen Fällen geltenden Mindestbetrag von Fr. 15'000.--. Die Klage des Beschwerdeführers wurde abgewiesen ( Art. 76 BGG ), und die Beschwerde wurde innert der Beschwerdefrist eingereicht ( Art. 100 Abs. 1 BGG ). Demnach ist auf die Beschwerde in Zivilsachen unter dem Vorbehalt der hinreichenden Begründung einzutreten ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ). Auf die ebenfalls erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist nicht einzutreten ( Art. 113 BGG ).

### **E. 2.1**

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, ansonsten darauf nicht eingetreten werden kann ( BGE 140 III 115 E. 2; 134 II 244 E. 2.1). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ). Unerlässlich ist dabei, dass auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingegangen und im Einzelnen aufgezeigt wird, worin eine vom Bundesgericht überprüfbare Rechtsverletzung liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerde an das Bundesgericht nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen ( BGE 140 III 115 E. 2, 86 E. 2).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist ( BGE 145 IV 154 E. 1.1; 143 IV 241 E. 2.3.1; 140 III 115 E. 2). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können ( Art. 97

Abs. 1 BGG ). Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG ( BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3. mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1).

### **E. 2.3**

Soweit der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Beweiswürdigung rügt, ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht in diese nur eingreift, wenn sie willkürlich ist. Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern bloss, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1; je mit Hinweisen). Die Beweiswürdigung ist mithin nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung des Beschwerdeführers übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist ( BGE 141 III 564 E. 4.1; 134 II 356 E. 4.2.1). Dies ist dann der Fall, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidwesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat ( BGE 140 III 264 E. 2.3; 137 III 226 E. 4.2; 136 III 552 E. 4.2). Das Bundesgericht hebt einen Entscheid zudem nur auf, wenn er nicht bloss in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist ( BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.12; 167 E. 2.1; je mit Hinweisen). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen ( BGE 134 II 244 E. 2.2). Namentlich genügt es nicht, einzelne Beweise anzuführen, die anders als im angefochtenen Entscheid gewichtet werden sollen, und dem Bundesgericht in appellatorischer Kritik die eigene Auffassung zu unterbreiten, als ob diesem freie Sachverhaltsprüfung zukäme (vgl. BGE 140 III 264 E. 2.3; 116 Ia 85 E. 2b).

### **E. 2.4**

Soweit ein Entscheid auf mehreren selbstständigen Begründungen beruht, ist für jede einzelne darzutun, weshalb sie Recht verletzt, denn soweit nicht beanstandete Begründungen das angefochtene Urteil selbstständig stützen, fehlt das Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der gehörig begründeten Rügen ( BGE 133 IV 1198 E. 6.3; Urteil 4A\_436/2021 vom 22.3.2022 E. 4).

### **E. 3**

Umstritten ist, ob im erstinstanzlichen Verfahren die gerichtlichen Verfügungen und Vorladungen dem Beschwerdeführer rechtsgenügend im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO zugestellt worden sind.

#### **E. 3.1**

Die Schweizerische Zivilprozessordnung regelt die gerichtliche Zustellung in Art. 136 ff. Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung ( Art. 138 Abs. 1 ZPO ). Sie ist grundsätzlich erfolgt, wenn die Sendung vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde ( Art. 138 Abs. 2 ZPO ). Eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, gilt am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Empfänger mit der Sendung rechnen musste ( Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO ). Holt der Adressat die eingeschriebene Sendung nicht innerhalb der siebentägigen Abholungsfrist ab, behilft sich die Zivilprozessordnung somit mit einer Fiktion: Der Adressat wird so behandelt, wie wenn er die Sendung am letzten Tag der Frist abgeholt hätte (sog. Zustell- oder Zustellungsfiktion; BGE 143 III 15 E. 4.1; 138 III 225 E. 3.1).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz nahm an, die Sendungen des Arbeitsgerichts seien dem Beschwerdeführer rechtsgenügend zugestellt worden. Sie erwog im Wesentlichen, das Arbeitsgericht habe vier Sendungen an die Domiziladresse des Einzelunternehmens des Beschwerdeführers gesandt. Von diesen vier Sendungen seien drei mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" zurückgesandt und die letzte Sendung vom Beschwerdeführer persönlich abgeholt worden. Die Sendungen seien zwar an den Beschwerdeführer persönlich und nicht an dessen Einzelunternehmen adressiert gewesen, allerdings seien keine Hinweise ersichtlich, dass der Postbote diesen Umstand als problematisch erachtet habe. Insbesondere sei keine Sendung mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" zurückgesandt worden. Es greife somit die Zustellungsfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO . Der Beschwerdeführer habe zwar nachgewiesen, dass neben dem Briefkasten des Einzelunternehmens ein weiterer ähnlich beschrifteter Briefkasten ("D. \_\_\_\_\_") stehe. Allerdings leuchte nicht ein, weshalb die offenkundig nicht an den Inhaber dieses Briefkastens adressierten Sendungen in dessen Briefkasten hätten eingeworfen werden sollen. Zusammenfassend sei das vom Beschwerdeführer präsentierte Szenario derart unwahrscheinlich, dass er die Zustellungsfiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht umzustossen vermöge.

#### **E. 3.3.1**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO und seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Er sei weder privat an der Domiziladresse des Einzelunternehmens wohnhaft gewesen, noch existiere an der Zustellungsadresse ein mit seinem Namen angeschriebener Briefkasten. Die Zustellungsfiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO dürfe nur greifen, wenn die richtige Geschäftsadresse verwendet werde und der Adressat an der Zustellungsadresse einen Briefkasten führe, der mit seinem Namen beschriftet sei. Die Tatsache, dass keine Sendung mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" zurückgesendet wurde, bedeute bei mehreren Briefkästen mit derselben Anschrift nicht, dass die Sendungen in den Briefkasten des richtigen Adressaten gelegt worden seien, sondern nur, dass Personen mit dem gleichen Nachnamen an dieser Adresse Post empfangen hätten. Aufgrund der fehlerhaften Zustellung habe er von diesen Sendungen keine Kenntnis nehmen können, wodurch sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei.

#### **E. 3.3.2**

Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO setzt in formeller Hinsicht voraus, dass die Abholungseinladung unter Angabe der Frist in den Briefkasten oder das Postfach des Adressaten gelegt wurde (LUKAS HUBER, in: Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 52 zu Art. 138 ZPO ; vgl. auch Urteil 5A\_98/2011 vom 3. März 2011 E. 2.3). Bei dieser Voraussetzung spricht eine natürliche Vermutung dafür, dass die Post die Abholungseinladung korrekt in den Briefkasten oder das Postfach des Adressaten einlegt. Es obliegt daher der Partei, die etwas Gegenteiliges behauptet, den Gegenbeweis dafür zu erbringen (vgl. Urteile 5A\_98/2011 E. 2.3; 9C\_753/2008 vom 29. August 2008 E. 3 NINA J. FREI, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N. 28 zu Art. 138 ZPO ; JULIA GSCHWEND, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 18a zu Art. 138 ZPO ; FRANÇOIS BOHNET, in: Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. 2019, N. 20 zu Art. 138 ZPO ). Die Vorinstanz ging von dieser natürlichen Vermutung aus und stellte fest, dass der Beschwerdeführer die Zustellungsfiktion nicht zu erschüttern vermochte und daher der Gegenbeweis nicht gelungen sei. Hierin kann keine Rechtsverletzung erkannt werden. So führt der alleinige Umstand, dass die Zustellungen zwar an den Beschwerdeführer als Empfänger, jedoch an die Adresse seines Einzelunternehmens (anstatt seiner Privatadresse) adressiert waren, nicht dazu, dass die Zustellungsfiktion nicht greift. Dies insbesondere auch deshalb nicht, weil das Einzelunternehmen im Handelsregister eingetragen war und daher durch Einsicht in das öffentliche Handelsregister ohne Weiteres festgestellt werden konnte, dass der Beschwerdeführer der Inhaber des Einzelunternehmens war. Ohnehin bildet der Umstand, dass die Sendung drei Mal mit dem Vermerk "nicht abgeholt" zurück kam und die vierte Sendung vom Beschwerdeführer persönlich abgeholt wurde, genügend Anlass für den Eintritt der natürlichen Vermutung einer rechtsgenügenden Zustellung (vgl. Urteil 5A\_729/2007 vom 29. Januar 2008 E. 4.2; GSCHWEND, a.a.O. N. 18a zu Art. 138 ZPO ; FREI, a.a.O., N. 28 zu Art. 138 ZPO ). Es sind daher keine Gründe ersichtlich, weshalb die Zustellungsfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht greifen sollte. Soweit der Beschwerdeführer ferner versucht, unter dem Deckmantel einer Verletzung von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO die Beweiswürdigung der Vorinstanz zu rügen, ist auf seine Rügen nicht einzutreten. So können die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz nur auf Willkür geprüft werden (vgl. E. 2.2 hiervor). Der Beschwerdeführer macht allerdings keine Willkür geltend und beschränkt sich im Wesentlichen auf eine Wiedergabe des bereits im vorinstanzlichen Verfahren Vorgetragenen (vgl. hiervor E. 2.1). Aus dem Gesagten folgt, dass die Vorinstanz Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht verletzt hat und daher zu Recht von der Anwendung der Zustellungsfiktion ausgegangen ist.

### **E. 3.3.3**

Da die Vorinstanz zu Recht von einer Zustellungsfiktion ausgegangen ist, kann auch keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör des Beschwerdeführers erkannt werden. So greift damit die Vermutung, dass der Beschwerdeführer die Vorladungen und Verfügungen der Erstinstanz rechtzeitig erhalten hat und die Möglichkeit hatte, sich im erstinstanzlichen Verfahren zu äussern.

### **E. 3.3.4**

Die Vorinstanz hat kein Bundesrecht verletzt, indem sie gestützt auf die Zustellungsfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO annahm, dass die Sendungen der Erstinstanz dem Beschwerdeführer rechtsgenügend zugestellt wurden. Die Beschwerde erweist sich daher in

diesem Punkt als unbegründet, soweit auf sie überhaupt eingetreten werden kann.

#### **E. 4**

Umstritten ist die Abgeltung des Ferienlohnanspruchs ( Art. 329d OR ).

##### **E. 4.1**

Nach Art. 329d Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturallohn zu entrichten. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung bedeutet diese Bestimmung, dass der Arbeitnehmer während den Ferien lohnmassig nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte. Die Bestimmung ist relativ zwingend ( Art. 362 Abs. 1 OR ). Vereinbarungen, die den Arbeitnehmer schlechter stellen, sind nichtig ( Art. 362 Abs. 2 OR ). Die absolut zwingende Norm von Art. 329d Abs. 2 OR ( Art. 361 OR ) bestimmt zudem, dass die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden dürfen (Urteil 4A\_357/2022 vom 30. Januar 2023 E. 2.2.1 mit Hinweisen). Mit der Begründung, dass die Durchsetzung des Verbots der Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn bei unregelmässigen Beschäftigungen Schwierigkeiten bereiten könne, hat das Bundesgericht eine Abgeltung in solchen Fällen in Abweichung vom Gesetzestext ausnahmsweise zugelassen, dies aber an eine materielle und zwei formelle Voraussetzungen geknüpft: Erstens muss es sich um eine unregelmässige Beschäftigung handeln. Zweitens muss der für die Ferien bestimmte Lohnanteil klar und ausdrücklich ausgeschieden sein, sofern ein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliegt. Drittens muss in den einzelnen schriftlichen Lohnabrechnungen der für die Ferien bestimmte Lohnanteil in diesem Sinne ausgewiesen werden. Der blosser Hinweis "Ferienlohn inbegriffen" genügt damit nicht. Erforderlich ist, dass der Ferienlohn durch Angabe eines bestimmten Betrags oder eines Prozentsatzes als solcher erscheint und zwar sowohl im Arbeitsvertrag als auch auf den einzelnen Lohnabrechnungen. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, muss der Arbeitgeber den auf die Ferien entfallenden Lohn bezahlen (Urteil 4A\_357/2022 E. 2.2.1 mit Hinweisen). Dabei riskiert er eine Doppelzahlung des Ferienlohnes ( BGE 118 II 136 E. 3b; PORTMANN / RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 3 zu Art. 329d OR ; PRINZ / GEEL, in: Etter/Facincani/ Sutter [Hrsg.], Arbeitsvertrag, 2021, N. 7 zu Art. 329d OR ; REHBINDER / STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, N. 15 zu Art. 329d OR ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., 2012 N. 8 zu Art. 329d OR ). Der Umstand, dass der Arbeitnehmer die ihm zustehenden Ferien tatsächlich bezogen hat, ändert daran nichts (Urteil 4A\_357/2022 E. 2.2.1 mit Hinweisen).

##### **E. 4.2.1**

Das Arbeitsgericht erkannte im Vorgehen des Beschwerdeführers eine Verletzung von Art. 329d Abs. 2 OR . Die Beschwerdegegnerin habe nie Lohnabrechnungen erhalten. In den eingereichten jährlichen Lohnblättern seien auch jeweils bloss per Ende des Jahres Ferienlohnsummen enthalten. Damit fehle es an der Voraussetzung, dass der Ferienlohn sich aus den einzelnen Lohnabrechnungen ergeben müsse. Folglich sei der Beschwerdeführer zur Leistung einer Ferienentschädigung von Fr. 25'717.05 brutto an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten. Gegen diese vom Arbeitsgericht zuerkannte Ferienentschädigung wendete der Beschwerdeführer vor der Vorinstanz ein, er habe der Beschwerdegegnerin nachweislich Fr. 26'480.-- separat als Ferienlohn bezahlt. Die Parteien hätten zudem konkludent vereinbart, der Ferienlohn sei jeweils zurückzubehalten und erst

Ende Jahr auszuzahlen. Die Vorinstanz verwarf diese Einwendung mit einer doppelten je den Entscheid tragenden Begründung. Zum einen zeige der Beschwerdeführer weder auf, wo dies vor dem Arbeitsgericht behauptet worden sei, noch inwiefern es sich um ein zulässiges Novum handle. Zum anderen sei dieses Vorbringen rechtlich unbeachtlich. So sei die Feststellung des Arbeitsgerichts, wonach die Ferienentschädigung erst per Ende des jeweiligen Jahres hinzugerechnet worden sei, unangefochten geblieben. Wer den Ferienlohn erst Ende Jahr erhalte, müsse während des Jahres seine Ersparnisse anzehren, um sich Ferien leisten und die weiterhin anfallenden Fixkosten bezahlen zu können. Die Beschwerdegegnerin sei damit schlechter gestellt, als wenn sie gearbeitet hätte. Der Beschwerdeführer habe daher Art. 329d Abs. 1 OR verletzt. Die Vorinstanz nahm somit in Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht eine Verletzung von Art. 329d OR an und bestätigte, darauf gestützt, die Zusprechung einer Ferienentschädigung von Fr. 25'717.05 an die Beschwerdegegnerin. Dabei machte sie sich auch die Sachverhaltsfeststellungen des Arbeitsgerichts zu eigen. Im Unterschied zum Arbeitsgericht erkannte die Vorinstanz jedoch im Vorgehen der Beschwerdeführerin zusätzlich eine Verletzung von Art. 329d Abs. 1 OR .

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer ficht beide Entscheidungsmotivationen der Vorinstanz an und genügt insofern seiner Begründungspflicht (vgl. E. 2.4 hiervor).

#### **E. 4.4**

Der Beschwerdeführer rügt eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung sowie zumindest implizit eine fehlerhafte Anwendung von Art. 317 Abs. 1 ZPO durch die Vorinstanz. Im Einzelnen mac ht er geltend, die durch ihn behauptete konkludente Vereinbarung sowie geleistete Ferienentschädigung von Fr. 26'480.-- würden keine neue Tatsachen im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO darstellen. Die Vorinstanz habe verbindlich festgestellt, dass Ferienentschädigungen erst Ende Jahr bezahlt worden seien. Sie dürfe somit d ie Tatsache, dass Ferienlohnsummen jeweils per Ende Jahr bezahlt und von der Beschwerdegegnerin in Höhe von brutto total Fr. 26'480 erhalten worden seien, nicht für unbeachtlich bezeichnen. Denn damit lasse sie die aus den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Lohnblättern ersichtlichen Ferienlöhne willkürlich ausser Acht.

##### **E. 4.4.1**

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Praxisgemäss ist zwischen echten und unechten neuen Vorbringen (sog. Noven) zu unterscheiden. Echte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sind. Sie sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Unechte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden waren. Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren weitergehend insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können (Urteil 4A\_662/2012 vom 7. Februar 2013 E. 3.3). Im Falle unechter Noven hat der Beschwerdeführer namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb er die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz

hat vorbringen können ( BGE 143 III 42 E. 4.1).

#### **E. 4.4.2**

Der Beschwerdeführer macht implizit eine Verletzung von Art. 317 Abs. 1 ZPO geltend, indem die Vorinstanz die von ihm behauptete konkludente Vereinbarung sowie die von ihm angeblich geleistete Ferienentschädigung von Fr. 26'480 zu Unrecht als neue Tatsache qualifiziert habe. Dem ist allerdings nicht zu folgen. Das Arbeitsgericht hielt zwar fest, dass in den von der Beschwerdegegnerin eingereichten jährlichen Lohnblättern per Ende des Jahres Ferienlohnsummen enthalten seien, was auch von der Vorinstanz bestätigt wurde. Damit stellte das Arbeitsgericht jedoch weder die Höhe der entrichteten Ferienlohnsummen, noch den Umstand fest, dass der Beschwerdeführer effektiv eine Ferienentschädigung ausgerichtet hat. Ebenso wenig stellte das Arbeitsgericht fest, dass zwischen den Parteien eine konkludente Vereinbarung bestanden hatte. Es handelte sich daher im vorinstanzlichen Verfahren bei diesen Behauptungen um Umstände, die der Beschwerdeführer vor dem Arbeitsgericht hätte geltend machen müssen. Daran ändert - vorbehaltlich einer willkürlichen Sachverhaltsfeststellung (vgl. hierzu E. 4.4.3. hiernach) - der Umstand nichts, dass die vom Beschwerdeführer behauptete Ferienentschädigung angeblich den Lohnblättern direkt zu entnehmen sei. So muss der Prozess grundsätzlich vollständig vor der ersten Instanz geführt werden. Zwar ist die Berufung danach verfügbar, sie soll jedoch eher die Berichtigung von Fehlern im Urteil ermöglichen, als den Parteien eine Gelegenheit bieten, ihre eigenen Mängel zu beheben. Entsprechend müssen Tatsachen bereits in den erstinstanzlichen Schriftsätzen hinreichend detailliert behauptet und dargelegt werden, um den Rahmen des Verfahrens abzustecken, eine gewisse Transparenz zu gewährleisten und insbesondere eine wirksame Anfechtung durch die Gegenpartei zu ermöglichen (Urteil 4A\_309/2013 vom 16. Dezember 2013 E. 3.2; mit Hinweisen). Insgesamt handelt es sich daher bei diesen Behauptungen um neue Tatsachen im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO. Der Beschwerdeführer hat sodann nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen vor der Vorinstanz weder aufgezeigt, inwiefern es sich bei diesen Behauptungen um echte Noven handle, noch inwiefern er diese Tatsachen bereits vor der Erstinstanz prozesskonform vorgebracht hat. Entsprechend hat die Vorinstanz Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht verletzt, indem sie die Behauptungen des Beschwerdeführers gestützt auf diese Bestimmung für unbeachtlich erklärte.

#### **E. 4.4.3**

Fraglich bleibt daher einzig, ob die Vorinstanz eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung vorgenommen hat, indem sie zwar (wie die Erstinstanz) feststellte, dass Ferienentschädigungen Ende Jahr hinzugerechnet wurden, aber sie nicht die ausgerichtete Ferienentschädigung bestimmte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Willkür nur anzunehmen ist, wenn das Ergebnis sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist. Aus folgenden zwei Gründen vermag der Beschwerdeführer keine Willkür darzutun. Zum einen lässt sich - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - den Lohnblättern alleine nicht ohne Weiteres eine durch den Beschwerdeführer ausgerichtete Ferienentschädigung entnehmen. Den eingereichten Lohnblättern lässt sich zwar entnehmen, dass eine bestimmte Ferienentschädigung dem Lohn der Beschwerdegegnerin Ende Jahr hinzugerechnet wurde. Allerdings lässt sich den Lohnblättern nicht ohne Weiteres entnehmen, ob und in welcher Höhe eine Ferienentschädigung der Beschwerdegegnerin faktisch ausgerichtet wurde. So ist zum einen zu berücksichtigen, dass gemäss den für das Bundesgericht verbindlichen vorinstanzlichen

Feststellungen gemäss dem Arbeitsvertrag auch ein 13. Monatslohn geschuldet war. Dieser wurde allerdings höchstens im Lohnblatt für das Jahr 2019 separat ausgewiesen, weshalb bei den übrigen Lohnblättern bereits nicht klar ist, ob die ausgewiesenen Beträge reine Ferienentschädigungen oder eine Summe der jeweiligen Jahresferienentschädigung mit dem geschuldeten 13. Monatslohn darstellen. Ferner lässt sich den Lohnblättern weder ein Datum für die Ausrichtung der aufgelisteten Beträge entnehmen, noch kann alleine aus den in der Spalte "Quittung" enthaltenen Unterschriften ohne Weiteres die Ausrichtung bzw. der Empfang solcher Zahlungen nachgewiesen werden. Vielmehr bilden diese Unterschriften höchstens ein - wenn auch starkes - Indiz für eine erfolgte Zahlung. Erst recht lässt sich diesen Lohnblättern keine konkludente Vereinbarung für eine Entrichtung der gesamten Ferienentschädigung per Ende Jahr entnehmen. Insgesamt ist es daher jedenfalls nicht offensichtlich unhaltbar, wenn die Vorinstanz gestützt auf diese Lohnblätter bloss feststellt, dass Ende Jahr jeweils eine Ferienentschädigung hinzugerechnet wurde. Zum anderen wäre der Entscheid, selbst wenn den Lohnblättern eine solche Entschädigung zu entnehmen wäre, im Ergebnis nicht willkürlich. So ist zu berücksichtigen, dass nach den für das Bundesgericht verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen die Beschwerdegegnerin keine Lohnabrechnungen, sondern bloss jährliche Lohnblätter erhalten hat. Damit mangelt es bereits an der formellen Voraussetzung, damit nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausnahmsweise eine Abgeltung der Ferien gemäss Art. 329d Abs. 2 OR überhaupt zulässig wäre (vgl. E.4.1 hiervor). Dabei spielt es - entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers - auch keine Rolle, dass die Ferienentschädigung nicht monatlich, sondern erst per Ende Jahr ausgerichtet wurde. Damit übersieht er namentlich, dass das Verbot der Ferienabgeltung grundsätzlich gilt und nach der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ohnehin nur im Falle einer Abgeltung mit dem laufenden Lohn eine Ausnahme zu diesem Verbot besteht (vgl. E. 4.1. hiervor). Entsprechend hat der Beschwerdeführer Art. 329d Abs. 2 OR verletzt. Bei einer Verletzung von Art. 329d Abs. 2 OR bleibt der Arbeitgeber trotz pauschaler Abreden und ungeachtet der auf dieser Grundlage erbrachten Leistungen verpflichtet, dem früheren Arbeitnehmer die gesetzlich vorgeschriebenen Ferienlöhne nach Vertragsauflösung als Entschädigung nachzuzahlen. Diese Nachzahlung schuldet er unabhängig davon, ob die Beschwerdegegnerin tatsächlich Ferien bezogen hat (vgl. E. 4.1 hiervor). Es ist daher nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz im Ergebnis davon ausgeht, dass der Beschwerdeführer trotz seiner behaupteten Ausrichtung einer Ferienentschädigung der Beschwerdegegnerin eine Ferienentschädigung von Fr. 25'707.14 schulde.

#### **E. 4.4.4**

Es bleibt somit beim Schluss der Vorinstanz, wonach die Einwendungen des Beschwerdeführers gegen die Ferienentschädigung als unzulässige Noven gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO unbeachtlich seien und der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin aufgrund einer Verletzung von Art. 329d OR eine Ferienentschädigung von Fr. 25'707.-- schulde. Damit erübrigen sich Ausführungen zur Kritik des Beschwerdeführers an der weiteren Begründung der Vorinstanz, wonach unter anderem Art. 329d Abs. 1 OR keine Doppelzahlung des Arbeitgebers vorsehe.

#### **E. 4.5**

Die Vorinstanz hat kein Bundesrecht verletzt, indem sie aufgrund einer Verletzung von Art. 329d OR den Beschwerdeführer zur Leistung einer Ferienentschädigung von Fr. 25'707.-- an die Beschwerdegegnerin verpflichtete.

## **E. 5**

Umstritten ist, ob der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin Lohnabrechnungen für den Zeitraum des Arbeitsverhältnisses auszustellen hat.

### **E. 5.1**

Gemäss Art. 323b Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ausfertigung einer schriftlichen Lohnabrechnung (REHBINDER / STÖCKLI, in: Berner Kommentar, 2010, N. 4 zu Art. 323b OR ; ADRIAN STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, 2006, N. 7 zu Art. 323b OR ). Diese Bestimmung ist einseitig zwingend ( Art. 362 Abs. 1 OR ). An die Vollständigkeit und Klarheit werden hohe Anforderungen gestellt. So muss die Lohnabrechnung für den Arbeitnehmer verständlich sein, wobei der Brutto- und Nettolohn sowie sämtliche Zulagen und Abzüge einzeln aufzuführen sind (TOBIAS HERREN, in: Etter/Facincani/Sutter [Hrsg.], Arbeitsvertrag, 2021, N. 7 zu Art. 323b OR ; REHBINDER / STÖCKLI, a.a.O., N. 4 zu Art. 323b OR ; AURÉLIEN WITZIG, Commentaire romand, Code des Obligations I, 2021, N. 5 zu Art. 323b CO). Über den Zeitpunkt der Übergabe der Abrechnung schweigt sich das Gesetz aus. Aus dem Zweck der Lohnabrechnungen - namentlich die Überprüfung der Lohnzahlung auf ihre Richtigkeit - ergibt sich, dass die Abrechnung grundsätzlich gleichzeitig mit der Lohnzahlung erfolgen muss (STAEHELIN, a.a.O., N. 7 zu Art. 323b OR ; REHBINDER / STÖCKLI, a.a.O., N. 5 zu Art. 323b OR ; HERREN, a.a.O., N. 5; vgl. auch STREIFF / VON KAENEL, a.a.O., N. 2 zu Art. 323b OR ).

### **E. 5.2**

Die Erstinstanz hielt fest, dass der Beschwerdegegnerin während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses keine eigentlichen Lohnabrechnungen ausgestellt worden seien und die Lohnblätter auch nicht die Anforderungen gemäss Art. 323b Abs. 1 OR erfüllen, da sie unvollständig seien und insbesondere keine monatlichen Ferienentschädigungen aufführen würden. Der Beschwerdeführer wendete vor der Vorinstanz ein, die Beschwerdegegnerin habe jeden Monat eine Lohnabrechnung erhalten und diese unterzeichnet an den Beschwerdeführer retourniert. Die Lohnblätter seien vollständig. Es sei bewusst kein Ferienlohn mit dem laufenden Lohn ausbezahlt worden, weshalb es auch keine monatlichen Ferienentschädigungen gebe, die aufzuführen gewesen wären. Die Vorinstanz verwarf diesen Einwand mit einer doppelten, den Entscheid jeweils tragenden Begründung. Zum einen zeige der Beschwerdeführer nicht auf, inwiefern diese Behauptungen zulässige Noven seien. Zum anderen sei der Einwand nicht rechtserheblich. Die Lohnblätter würden den Anforderungen an Lohnabrechnungen nicht genügen, weil der Ferienlohn nicht für jeden Monat separat ausgewiesen und der 13. Monatslohn nicht aufgeführt sei. Lohnblätter seien auch für die Buchhaltung des Arbeitgebers bestimmt, während die Lohnabrechnungen der Arbeitnehmerin zustehen. Selbst wenn daher die Behauptung des Beschwerdeführers zutreffe, wonach die Beschwerdegegnerin die Lohnblätter erhalten und unterzeichnet an ihn retourniert habe, wäre dies unbehelflich.

### **E. 5.3**

Der Beschwerdeführer setzt sich nicht hinreichend mit der Begründung der Vorinstanz auseinander. Er beanstandet zwar, dass die Lohnblätter die Anforderungen an Lohnabrechnungen erfüllen würden, da die Ferienentschädigung erst Ende Jahr ausbezahlt worden sei und daher kein Bedarf für eine separate Ausweisung der Ferienentschädigung in den jeweiligen Lohnabrechnungen bestanden habe. Ausserdem fehle es der

Beschwerdegegnerin auch an einem Rechtsschutzinteresse an der Ausstellung der fraglichen Lohnabrechnungen. Er übergeht allerdings die Alternativbegründung der Vorinstanz. Diese erwog nicht nur, dass die Lohnblätter die Anforderungen an Lohnabrechnungen nicht erfüllen würden. Vielmehr erwog sie darüber hinaus, dass die Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach die Beschwerdegegnerin jeden Monat eine Lohnabrechnung erhalten und diese unterzeichnet an ihn retourniert habe, unzulässige Noven und daher unbeachtlich seien. Mit dieser Begründung setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Damit hat er betreffend die Frage, ob er der Beschwerdegegnerin Lohnabrechnungen für den Zeitraum des Arbeitsverhältnisses vom 16. März 2016 bis am 30. November 2020 auszustellen habe, nicht sämtliche vorinstanzlichen Begründungen angefochten, womit auf die diesbezüglichen Rügen mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten ist (vgl. E. 2.4 hiavor).

## **E. 6**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG ). Das Gesuch des Beschwerdeführers um aufschiebende Wirkung wird mit dem heutigen Endentscheid gegenstandslos.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.