

# **BGer 4A 285/2019 vom 18. November 2019**

Bundesgericht, 2019-11-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_285\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_285_2019)

FR: TF 4A 285/2019 du 18 novembre 2019

IT: TF 4A 285/2019 del 18 novembre 2019

## **Regeste**

Arbeitsvertrag, unentgeltliche Rechtspflege | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Da es sich um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit handelt, ist die Beschwerde zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 15'000.-- beträgt ( Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG ). Der Streitwert bei Beschwerden gegen Endentscheide bemisst sich nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben waren ( Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG ). Der Streitwert vor der Vorinstanz betrug Fr. 26'761.85. Auf die Beschwerde ist somit - unter Vorbehalt einer genügenden Begründung - einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es prüft aber unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116).

### **E. 3**

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 S. 17 f. 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" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). 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 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 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 S. 90). 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 S. 18).

#### **E. 4.1**

Das Recht auf Beweis ist in Art. 152 ZPO gesetzlich vorgesehen und wird auch aus Art. 8 ZGB abgeleitet (Urteil 4A\_216/2019 vom 29. August 2019 E. 5.1 mit Hinweisen). Danach hat die beweispflichtige Partei einen bundesrechtlichen Anspruch darauf, für rechtserhebliche bestrittene Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht (vgl. BGE 133 III 295 E. 7.1 S. 299; 114 II 289 E. 2a S. 290; zit. Urteil 4A\_216/2019 E. 5.1 mit Hinweisen). Dieses Recht wird auch vom in Art. 29 Abs. 2 BV gewährleisteten Anspruch auf rechtliches Gehör ( BGE 131 I 153 E. 3 S. 157 mit Hinweisen) und Art. 6 EMRK umfasst. Das Recht auf Beweis schliesst eine vorweggenommene (antizipierte) Würdigung von Beweisen nicht aus (zu alledem BGE 143 III 297 E. 9.3.2 S. 332).

#### **E. 4.2**

Eine antizipierte Beweiswürdigung liegt vor, wenn das Gericht zum Schluss kommt, ein an sich taugliches Beweismittel vermöge seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer strittigen Tatsache, die es insbesondere aufgrund der bereits abgenommenen Beweismittel gewonnen hat, nicht zu erschüttern ( BGE 143 III 297 E. 9.3.2 S. 332 ; 140 I 285 E. 6.3.1 S. 299; je mit Hinweisen). Bei dieser Überlegung hat das Gericht zu unterstellen, dass das Beweismittel zu Gunsten der Partei ausfällt, die es angerufen hat, und dafür spricht, dass die zu beweisende Behauptung zutrifft (vgl. Urteil 4A\_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.1.1 mit Hinweis). Die Behörde kann auf ein beantragtes Beweismittel verzichten, wenn sie ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen durfte, eine weitere Beweiserhebung würde ihre Überzeugung nicht beeinflussen ( BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148; 130 II 425 E. 2.1 S. 429; je mit Hinweisen). Der Gehörsanspruch ist jedoch verletzt, wenn einem Beweismittel zum vornherein jede Erheblichkeit abgesprochen wird, ohne dass hierfür sachliche Gründe angegeben werden können ( BGE 114 II 289 E. 2a S. 291). Ob die kantonalen Instanzen diese Grundsätze verletzt haben, prüft das Bundesgericht nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür, da insoweit nicht der Umfang des bundesrechtlichen Anspruchs auf Beweis oder rechtliches Gehör, sondern lediglich eine Frage der Beweiswürdigung zu beurteilen ist ( BGE 131 I 153 E. 3 S. 157; 119 Ib 492 E. 5b/bb S. 505 f.).

#### **E. 5**

Strittig ist zwischen den Parteien betreffend die Tour 412 (X. \_\_\_\_\_), ob der Beschwerdeführer die Zeit zwischen dem Ende des Abladens um spätestens 22.00 Uhr und dem Beginn des Beladens um 00.30 Uhr als Pause nutzen konnte oder ob diese Zeit als Arbeitszeit zu qualifizieren ist.

##### **E. 5.1.1**

Die Vorinstanz hielt fest, gemäss Schreiben des Leiters Transporteinkauf der X. \_\_\_\_\_ vom 16. Juni 2016 seien die Touren grundsätzlich so geplant, dass die Fahrer im Logistikzentrum Pause machten; nach dem Beladen hätten die Fahrer eineinhalb bis zwei Stunden Pause. In den Logistikzentren gebe es Pausenräume mit Verpflegungsmöglichkeiten, welche den Fahrern zur Verfügung stünden. In der

erstinstanzlichen Verhandlung habe C.\_\_\_\_\_ (ehemaliger Arbeitnehmer bei X.\_\_\_\_\_) als Zeuge ausgesagt, die Abläufe im Jahr 2013 müssten grundsätzlich gleich gewesen sein wie im besagten Schreiben geschildert: Beim Abladen und Beladen hätten die Fahrer beim Fahrzeug sein müssen; dazwischen hätten sie eine Pause gehabt, wofür ihnen ein Pausenraum zur Verfügung gestanden habe. Die Zeugin D.\_\_\_\_\_ (Arbeitnehmerin bei X.\_\_\_\_\_) habe zudem ausgesagt, das Areal sei videoüberwacht. Die Fahrer hätten daher nicht beim Fahrzeug bleiben müssen.

#### **E. 5.1.2**

Der Beschwerdeführer behaupte in seiner Berufung erstmals, für die von der X.\_\_\_\_\_ selbst eingesetzten Fahrer gelte ein GAV, der eine Arbeitszeitbeschränkung und eine Regelung betreffend Nachtarbeit enthalte; die Zeugen hätten möglicherweise nicht den Verdacht aufkommen lassen wollen, die X.\_\_\_\_\_ versuche den GAV mittels Beauftragung von Subunternehmern zu umgehen. Dabei handle es sich um ein unzulässiges Novum. Im Übrigen habe der Zeuge C.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt seiner Einvernahme nicht mehr für die X.\_\_\_\_\_ gearbeitet. Die Aussagen der Zeugin D.\_\_\_\_\_ seien vor allem betreffend die - in der Berufung nicht bestrittene - Videoüberwachung des Areals relevant. Zudem habe der Beschwerdeführer die Einvernahme dieser Zeugin selber beantragt. Erst nachdem er festgestellt habe, dass sie seine Behauptungen nicht bestätige, versuche er, ihre Glaubwürdigkeit in Zweifel zu ziehen. Gestützt auf die Beweismittel bestünden keine Zweifel, dass er über die Zeit zwischen dem Ende des Abladens und dem Beginn des Beladens frei habe verfügen können, er sich in dieser Zeit nicht bei seinem Fahrzeug habe aufhalten müssen und ihm ein Pausenraum zur Verfügung gestanden habe.

#### **E. 5.1.3**

Für die Behauptung, er habe keine Pause machen können, habe der Beschwerdeführer nur die Einvernahme eines einzigen anderen Fahrers, E.\_\_\_\_\_, rechtzeitig beantragt. Ein Fahrer, der die gleiche Tour gefahren habe, habe ein eigenes finanzielles Interesse, die Darstellung des Beschwerdeführers zu bestätigen, um sich selber eine Überstundenentschädigung zu sichern. Der Zeuge C.\_\_\_\_\_ und die Zeugin D.\_\_\_\_\_ hingegen hätten kein oder jedenfalls kein direktes Interesse am Ausgang des Verfahrens. Eine Zeugenaussage von E.\_\_\_\_\_, wonach die Fahrer im Logistikzentrum keine Pause hätten machen können, wäre deshalb nicht geeignet, die auf die bisher abgenommenen Beweise gestützte Überzeugung des Gerichts in Frage zu stellen. Die Erstinstanz habe somit zu Recht auf die beantragte Zeugeneinvernahme verzichtet und der betreffende Beweisantrag sei auch im vorinstanzlichen Verfahren abzuweisen.

#### **E. 5.1.4**

Die Vorinstanz erwog, die Zeit zwischen dem Ende des Abladens und dem Beginn des Beladens habe der Beschwerdeführer nicht im Interesse der Beschwerdegegnerin zu verbringen gehabt. Er habe ihr in dieser Zeit nicht zur Verfügung stehen müssen, sondern habe die Zeit für eigene Belange nutzen können. Folglich habe die Erstinstanz diese Zeit zu Recht als arbeitsfreie Zeit qualifiziert. Die Behauptung des Beschwerdeführers, es sei unbestritten, dass er zu dieser Zeit das Gelände nicht habe verlassen dürfen, sei aktenwidrig. Die Beschwerdegegnerin habe im erstinstanzlichen Verfahren ausgesagt, die Fahrer hätten während der Pause die Möglichkeit gehabt, ausserhalb des Depots etwas einzukaufen. Die Frage könne vorliegend jedoch offenbleiben. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer das Gebäude, in dem sich sein Arbeitsplatz befinde, nicht verlassen könne, genüge nicht, um

seine Anwesenheit in diesem Gebäude als Arbeitszeit zu qualifizieren. Die Tour 412 habe somit höchstens 9 Stunden pro Tag gedauert, womit keine Überstunden geleistet worden seien. Die Frage, ob der Beschwerdeführer die Tour 412 nur von Mai bis Juli 2013 oder auch von Januar bis April sowie im August und Oktober 2013 gefahren habe, könne deshalb auch im Berufungsverfahren offenbleiben.

## E. 5.2

Der Beschwerdeführer beanstandet die Beweiswürdigung der Vorinstanz als willkürlich. Die Vorinstanz habe in unzulässiger antizipierter Beweiswürdigung auf die Befragung des Zeugen E.\_\_\_\_\_ verzichtet. Im Rahmen der antizipierten Beweiswürdigung ist nicht zu prüfen, ob eine Person abstrakt allenfalls geeignet erscheint, Aussagen über prozessrelevante Tatsachen zu machen, sondern ob das angerufene Beweismittel geeignet ist, die vom Beschwerdeführer behaupteten Tatsachen zu beweisen und ob dies - unter der Hypothese, der Zeuge würde das Ergebnis bestätigen, welches der Beschwerdeführer vertritt - genügen würde, um das Gericht von diesen Tatsachen zu überzeugen (vgl. hiervor E. 4.2). Die Vorinstanz ging gestützt auf die Zeugenbefragungen sowie einem Schreiben des Leiters Transporteinkauf der X.\_\_\_\_\_ davon aus, der Beschwerdeführer habe zwischen dem Ende des Abladens und dem Beginn des Beladens Pause machen können, und dass eine Zeugenaussage von E.\_\_\_\_\_ dieses Beweisergebnis nicht zu erschüttern vermöge (vgl. hiervor E. 5.1.3). Diese Beweiswürdigung müsste der Beschwerdeführer als offensichtlich unhaltbar ausweisen. Dies gelingt ihm nicht. Er führt zwar aus, die befragten Zeugen hätten keine Aussage darüber machen können, ob er tatsächlich Pause gemacht habe. Dies belegt aber keine Willkür, zumal ohnehin nicht ersichtlich ist, inwiefern es dem Zeugen E.\_\_\_\_\_ möglich gewesen wäre, zu bezeugen, dass der Beschwerdeführer tatsächlich Pause gemacht hat. Entscheidend ist, ob der Beschwerdeführer in dieser Zeit die Möglichkeit hatte, Pause zu machen. Im Übrigen beanstandet er in seiner Beschwerde die Feststellung der Vorinstanz nicht - jedenfalls nicht rechtsgenügend -, wonach der Zeuge E.\_\_\_\_\_ ein eigenes finanzielles Interesse gehabt habe. Er macht aber geltend, die von der Erstinstanz befragten Zeugen hätten ebenfalls eine Nähe zum Streitgegenstand gehabt. Seine Ausführungen betreffend eine nachvertragliche Treuepflicht bzw. eine emotionale Bindung des Zeugen C.\_\_\_\_\_ zur ehemaligen Arbeitgeberin vermögen nicht aufzuzeigen, weshalb die Vorinstanz nicht auch auf dessen Aussagen hätte abstellen dürfen. Die Befragung der Zeugin D.\_\_\_\_\_ hat er gemäss der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz selber beantragt. Soweit er erneut drauf hinweist, dass für die eigenen Fahrer der X.\_\_\_\_\_ ein GAV gelte, sodass je nach Aussage in der Befragung der Verdacht aufkommen könnte, die X.\_\_\_\_\_ würde dessen Bestimmungen mittels Subunternehmen umgehen, zeigt er im Übrigen nicht auf, dass er diese Tatsache - entgegen den Feststellungen der Vorinstanz - rechtzeitig ins Verfahren eingebracht hat. Nicht zu folgen ist auch den Ausführungen zu einer angeblichen Beweisnot. Selbst im Falle einer Beweisnot, wäre eine antizipierte Beweiswürdigung jedenfalls nicht ausgeschlossen. Eine Beweisnot würde vielmehr eine Beweiserleichterung nach sich ziehen. Dass die Vorinstanz ein falsches Beweismass angewendet hätte, macht der Beschwerdeführer aber nicht rechtsgenügend geltend und ist auch nicht ersichtlich. Es ist nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz in antizipierter Beweiswürdigung auf die Befragung von E.\_\_\_\_\_ verzichtete. Daran ändert, entgegen dem Beschwerdeführer, auch der Umstand nichts, dass die Streitigkeit der beschränkten Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO unterlag; die Regeln zur Beweisabnahme des ordentlichen Verfahrens sind auch in diesem Fall anwendbar ( Art. 219 ZPO ; Urteil 4A\_108/2017 vom 30. Mai 2017 E. 3.1).

### **E. 5.3**

Der Beschwerdeführer moniert, es könne nicht von Pausenzeit gesprochen werden, weil er während dieser Zeit stets in unmittelbarer Nähe seines bei der Rampe stationierten Fahrzeuges habe verbleiben müssen, um Diebstählen vorzubeugen und die Aufsicht über die angelieferten Produkte zu behalten. Er habe weder das Gebäude verlassen noch die Pausenräume nutzen können. Auch habe er die Zeit nicht sinnvoll in eigenem Interesse und zu seiner Erholung nutzen können. Die Vorinstanz hat festgestellt, der Beschwerdeführer habe die Aussage von D. \_\_\_\_\_, das Areal sei videoüberwacht, in der Berufung nicht bestritten. Diese Feststellung zum Prozesssachverhalt ist für das Bundesgericht verbindlich (vgl. E. 3 hiervor). Bereits vor diesem Hintergrund ist es nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz nicht davon ausgeht, der Beschwerdeführer habe sich während der Zeit zwischen dem Ende des Abladens und dem Beginn des Beladens in unmittelbarer Nähe seines Fahrzeuges aufhalten müssen, um Diebstähle zu verhindern. Daher ist auch die Schlussfolgerung der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe die Zeit für eigene Belange nutzen können, offensichtlich nicht willkürlich. Die pauschale Behauptung, er habe die Zeit nicht sinnvoll in eigenem Interesse und zu seiner Erholung nutzen können, genügt den Rügeanforderungen (vgl. E. 3 hiervor) nicht. Im Übrigen müssen Pausenzeiten nicht die gleiche Gestaltungs- und Bewegungsfreiheit gewähren wie die eigentliche Freizeit (vgl. Urteil 4A\_528/2008 vom 27. Februar 2009 E. 4.3, in: Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 2010 S. 209).

### **E. 6**

Umstritten ist weiter, ob der Beschwerdeführer die zusätzlichen Touren im Rahmen seines Arbeitsvertrages oder aber gestützt auf separate mündliche Vereinbarungen mit Pauschalvergütung gefahren hat.

#### **E. 6.1.1**

Die Vorinstanz hielt fest, der Beschwerdeführer behaupte, er sei neben der Tour 412 auch für zusätzliche Touren eingesetzt worden. Für diese Arbeitszeit habe er Anspruch auf den vertraglichen Lohn mit einem Zuschlag von 25 %. Die Beschwerdegegnerin habe diese Zusatztouren mit einem geringeren Stundenansatz entschädigt und schulde ihm die entsprechende Differenz. Die Beschwerdegegnerin ihrerseits habe grundsätzlich nicht bestritten, dass die betreffenden Einsätze geleistet worden seien. Sie habe aber geltend gemacht, der Zeitaufwand sei geringer gewesen. Die Zusatztouren seien im Rahmen des Arbeitsvertrages nicht notwendig gewesen und von ihr weder angeordnet noch genehmigt worden. Der Beschwerdeführer habe sich für die zusätzlichen Einsätze bei ihr beworben und die zusätzlichen Arbeiten freiwillig auf eigenen Wunsch gestützt auf separate mündliche Vereinbarungen geleistet. Für die zusätzlichen Einsätze seien grosszügig bemessene Pauschalen vereinbart und bezahlt worden.

#### **E. 6.1.2**

Die Vorinstanz erwog, in den Lohnausweisen des Beschwerdeführers für Januar bis August sowie Oktober und November 2013 würden neben dem Bruttolohn von Fr. 3'800.-- gemäss Arbeitsvertrag vom 4. Juli 2012 zusätzliche Bruttobeträge mit den Bezeichnungen "Aushilfe yyy Abholungen", "zzz am Sonntag" etc. ausgewiesen. Diese Beträge entsprächen genau den von der Beschwerdegegnerin behaupteten Pauschalen multipliziert mit der Anzahl der Daten, an denen die entsprechenden Zusatztouren gefahren worden seien. Dies spreche für die Richtigkeit ihrer Darstellung. Dividiert durch die vom

Beschwerdeführer behauptete Dauer der Zusatztouren ergäben die in den Lohnausweisen ausgewiesenen Bruttobeträge hingegen (ausser bei einer Art von Zusatztouren) einen Stundenlohn, der deutlich tiefer als der im Vertrag vom 4. Juli 2012 vereinbarte Lohn sei. Der Beschwerdeführer behauptete nicht, er habe die Höhe der Entschädigungen für die Zusatztouren vor der Einleitung des Verfahrens je thematisiert. Die Behauptung der Beschwerdegegnerin, wonach er die Pauschale nie in Frage gestellt habe, habe er nicht bestritten. Wenn er die Zusatztouren tatsächlich im Rahmen des Arbeitsvertrages vom 4. Juli 2012 geleistet hätte, wäre aber davon auszugehen, dass er sich zumindest erkundigt hätte, weshalb die Entschädigung nicht dem vereinbarten Lohn entspreche. Der Umstand, dass er dies nicht getan habe, spreche gegen die Richtigkeit seiner Darstellung. Wie auch der Umstand, dass er sich im Februar 2013 sein Ferienguthaben 2012 auf eigenen Wunsch habe auszahlen lassen. Es bestünden keine Zweifel, dass er die zusätzlichen Touren nicht im Rahmen des Arbeitsvertrags vom 4. Juli 2012, sondern auf eigenen Wunsch freiwillig gestützt auf separate mündliche Vereinbarungen gefahren habe, und dass dafür jeweils eine separate pauschale Entschädigung vereinbart worden sei. Daran könne die Abnahme der weiteren von den Parteien beantragten Beweismittel, namentlich die Befragung der übrigen Fahrer, nichts ändern. Die zusätzlichen Einsätze müssten nicht notwendigerweise für alle Fahrer gleich geregelt worden sein. Dass andere Fahrer bei der Anordnung oder Vereinbarung der zusätzlichen Touren des Beschwerdeführers anwesend gewesen wären, sei nicht behauptet worden. Folglich würden die beantragten Zeugen aus eigener Wahrnehmung dazu keine Aussage machen können. Die Fahrer F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ seien zudem gemäss unbestrittener Darstellung der Beschwerdegegnerin mit dem Beschwerdeführer befreundet oder zumindest gut bekannt. G.\_\_\_\_\_ habe zudem bei der Erstinstanz ein eigenes Verfahren gegen die Beschwerdegegnerin eingeleitet, das sich thematisch in weiten Teilen mit dem vorliegenden Verfahren decke.

### **E. 6.1.3**

Der Einwand des Beschwerdeführers, zusätzliche Vereinbarungen mit einer Pauschalvergütungsabrede seien mit dem Sozialschutzgedanken des Arbeitsrechts nicht vereinbar, sei zumindest im vorliegenden Fall unbegründet. Die Abgeltung von Überstunden durch Lohn könne durch schriftliche Vereinbarung ganz oder teilweise ausgeschlossen werden. Dem Schriftformerfordernis sei dabei Genüge getan, wenn die Überstundenentschädigung in den nicht unterzeichneten allgemeinen Arbeitsbedingungen ausgeschlossen werde und der unterzeichnete Arbeitsvertrag auf diese verweise. Der Arbeitsvertrag vom 4. Juli 2012 verweise ausdrücklich auf die allgemeinen Arbeitsbedingungen. Diese sähen Folgendes vor: "Ab 196 Std./Monat können die Überstunden kompensiert werden [...]. Die Überstunden werden nicht ausbezahlt." Damit hätten die Parteien die Abgeltung von Überstunden durch Lohn wirksam ausgeschlossen. Folglich hätte der Beschwerdeführer für die zusätzlichen Touren ohne separate Vereinbarung überhaupt keinen Anspruch auf eine Entschädigung in Geld gehabt. Zudem betrage die vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit 5 Stunden weniger als die gesetzliche Höchst Arbeitszeit gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) . Zumindest dann, wenn im Arbeitsvertrag die Abgeltung von Überstunden durch Lohn ausgeschlossen und eine kürzere Arbeitszeit als die gesetzliche Höchst Arbeitszeit vereinbart worden sei, stehe es den Parteien frei, für Zusatzarbeiten zusätzlich zum bestehenden Arbeitsvertrag separate Verträge abzuschliessen und darin eine separate pauschale Entschädigung vorzusehen.

## **E. 6.2**

Der Beschwerdeführer beanstandet, das Beweisergebnis der Vorinstanz sei vor dem Hintergrund des im Arbeitsvertragsrecht prägenden Sozialschutzgedankens stossend. Der Fall sei auch im Lichte des in der Logistikbranche bestehenden Problems der Scheinselbständigkeit und des Lohndrucks zu sehen. Der Beschwerdegegnerin sei es offensichtlich darum gegangen, anhand zusätzlicher Vereinbarungen die Regelung betreffend Überstunden-/Überzeit-/Sonntagsarbeit zu umgehen, was von der Vorinstanz hätte berücksichtigt werden müssen.

### **E. 6.2.1**

Den Ausführungen des Beschwerdeführers zur Scheinselbständigkeit ist nicht zu folgen. Er selbst räumt ein, auch auf den Pauschalbeträgen seien Sozialabgaben entrichtet worden und die Beschwerdegegnerin habe keine Auslagerung des Betriebsrisikos bezweckt. Auch der Vorwurf, es sei offensichtlich darum gegangen, die Regelungen betreffend Überstunden/Überzeit zu umgehen, ist nicht stichhaltig. Auch wenn mit dem Beschwerdeführer - und entgegen der Vorinstanz - davon ausgegangen wird, die Zusatztouren seien im Rahmen des bestehenden Arbeitsvertrags vom 4. Juli 2012 und nicht gestützt auf separate mündliche Vereinbarungen geleistet worden, hätte er jedenfalls nur dann eine Forderung, wenn die insgesamt erhaltenen (und vor Einleitung des Verfahrens nie thematisierten [vgl. hiervor E. 6.1.2]) Pauschalzahlungen für diese Zusatztouren geringer wären als die ihm für die Zusatztouren insgesamt zustehende Überstunden- bzw. Überzeitschädigung unter dem Arbeitsvertrag vom 4. Juli 2012. Dafür ist er beweispflichtig.

### **E. 6.2.2**

Die Frage einer Umgehung würde sich vorliegend ohnehin nur betreffend Überzeit nach ArG nicht aber betreffend Überstundenarbeit stellen. Die Entschädigung der Überstundenarbeit, welche die vertragliche Arbeitszeit überschreitet, ist in Art. 321c Abs. 3 OR geregelt. Demnach hat die Arbeitgeberin, sofern die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen wird und nichts anderes schriftlich vereinbart wurde, für Überstundenarbeit Lohn zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens 25 % bemisst. Die Parteien können im Rahmen der Höchstgrenze des ArG die Arbeitszeit frei festlegen und daher auch vereinbaren, die Überstunden seien mit dem Lohn abgegolten ( BGE 136 III 539 E. 2.5.2 S. 542; 126 III 337 E. 6 S. 341 ff.). Die Parteien haben in diesem Sinne festgelegt, dass Überstunden nicht in Geld ausbezahlt werden sollen (vgl. hiervor E. 6.1.3). Der Beschwerdeführer macht zwar in seiner Beschwerde geltend, ihm sei keine Gelegenheit gegeben worden, um Überstunden zu kompensieren, er genügt dabei aber den Anforderungen an eine Ergänzung des Sachverhalts (vgl. E. 3) nicht. Auch die Folgerung der Vorinstanz - wenn der Beschwerdeführer gegen seinen Willen Überstunden hätte leisten müssen, er sich nicht sein Ferienguthaben 2012 auf eigenen Wunsch hätte auszahlen lassen - ist jedenfalls nicht willkürlich. Wenn die Arbeit die gesetzlich zulässige Höchstarbeitszeit überschreitet, liegt Überzeitarbeit im Sinne von Art. 12 ArG vor, welche gemäss Art. 13 ArG zwingend mit dem um 25 % erhöhten Basislohn zu entschädigen ist ( BGE 126 III 337 E. 6c S. 343). Vorbehalten bleibt die Kompensation durch Freizeit ( Art. 13 Abs. 2 ArG ). Eine Entschädigung mit einem Zuschlag von 25 % wäre somit grundsätzlich ohnehin nur für Überzeit nicht aber für Überstundenarbeit geschuldet, wie die Vorinstanz zu Recht festhielt (vgl. hiervor E. 6.1.3).

### **E. 6.2.3**

Es obliegt dem Arbeitnehmer, nachzuweisen, dass er die Überstunden - und daraus folgend eine allfällige Überzeit - geleistet hat, für die er eine Entschädigung verlangt ( Art. 8 ZGB , BGE 129 III 171 E. 2.4 S. 176; Urteil 4A\_482/2017 vom 17. Juli 2018 E. 2.1). Ist es nicht möglich, die genaue Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden festzustellen, kann der Richter in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR den Prozentsatz schätzen ( BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 276; Urteil 4A\_338/2011 vom 14. Dezember 2011 E. 2.2). Art. 42 Abs. 2 OR reduziert zwar das Beweismass, befreit den Arbeitnehmer aber nicht davon, alle Umstände, die die Abschätzung der Anzahl geleisteter Überstunden erlauben, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen. Der Schluss, dass tatsächlich Überstunden in dem behaupteten Umfang geleistet worden sind, muss sich dem Gericht mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen (Urteil 4A\_28/2018 vom 12. September 2018 E. 3 mit Hinweisen; zit. Urteil 4A\_482/2017 E. 2.1 mit Hinweis; Urteil 4A\_611/2012 vom 19. Februar 2013 E. 2.2 mit Hinweisen; vgl. bereits 4C.381/1996 E. 4a vom 20. Januar 1997 nicht publ. in: BGE 123 III 84 ). Art. 42 Abs. 2 OR zielt auf eine Beweiserleichterung ab und nicht darauf, dem Arbeitnehmer die Beweislast generell abzunehmen (Urteil 4C.307/2006 vom 26. März 2007 E. 3.2). Es wäre am Beschwerdeführer gelegen, alle Umstände, welche die Abschätzung der Anzahl Überstunden - und daraus folgend einer allfälligen Überzeit - erlaubt hätten, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen. Die Vorinstanz hielt fest, die Beweisanträge (Befragung der Fahrer als Zeugen) beschränkten sich auf die Behauptungen, auch die anderen Fahrer hätten in gleichen Fällen zu den ausgerichteten Pauschalen nichts zu sagen gehabt, die Fahrer seien für die Zusatztouren unterschiedlich entschädigt worden, sowie auf den behaupteten Zeitbedarf einer der Zusatztouren. Diese Feststellung ficht der Beschwerdeführer vor Bundesgericht nicht an - jedenfalls nicht rechtsgenügend (vgl. hiervor E. 3). Der Hinweis in der Beschwerde, dass für eine detaillierte Übersicht, wie sich die geltend gemachte Entschädigung zusammenstelle, auf die entsprechenden Ausführungen in der Berufungsschrift verwiesen werde, ist jedenfalls nicht ausreichend. Weiter hielt die Vorinstanz fest, für die behaupteten 142 Stunden im November 2013 fehle sowohl in der Klage wie auch in der Replik ein Beweisantrag. Auch diese Feststellung ficht der Beschwerdeführer nicht rechtsgenügend an. Er legt in seiner Beschwerde insgesamt nicht dar, dass er die Umstände bewiesen hätte, welche eine Abschätzung der Anzahl Überstunden - und daraus folgend einer allfälligen Überzeit - erlaubt hätten. Er zeigt insbesondere nicht auf, dass er zum Zeitbedarf aller Zusatztouren Beweisanträge gestellt hätte. Aus den Lohnabrechnungen ergibt sich der Zeitbedarf der Zusatztouren jedenfalls nicht. Ebensowenig tut er dar und ist ersichtlich, dass bereits aufgrund des Zeitbedarfs einer der Zusatztouren nicht nur Überstunden, sondern auch Überzeit geleistet worden wäre. Damit zeigt er nicht auf, dass die Voraussetzungen für eine Schätzung der gesamten Überstunden nach Art. 42 Abs. 2 OR erfüllt wären. Erst Recht ist nicht nachgewiesen, dass er Überzeit gemäss ArG geleistet hätte. Er macht denn auch in seiner Beschwerde bloss geltend, es handle sich um "Überzeit-/Überstundenarbeit".

### **E. 6.2.4**

Damit muss nicht auf die Rüge des Beschwerdeführers eingegangen werden, wonach die von ihm angebotenen Zeugen - auf deren Befragung die Vorinstanz in antizipierter Beweiswürdigung verzichtete - in der Lage gewesen wären, Aussagen zu machen, über die fehlende Freiwilligkeit der Zusatztouren bzw. die Möglichkeit, die Entlöhnung mit der

Beschwerdegegnerin auszuhandeln.

#### **E. 7**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe die unentgeltliche Rechtspflege zu Unrecht wegen Aussichtslosigkeit verneint und damit Art. 29 Abs. 3 BV sowie Art. 117 ZPO verletzt. Aus welchen Gründen sie die Berufung als aussichtslos erachtet habe, ergebe sich aus der entsprechenden Erwägung nicht. Es sei davon auszugehen, sie sei der Ansicht gewesen, der massgebliche Sachverhalt sei bereits genügend erstellt und er könne daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Da aber der massgebliche Sachverhalt unrichtig und unvollständig festgestellt worden sei, sei keine Aussage über die Aussichten der Berufung möglich gewesen. Zudem seien zwischen dem Einreichen der Berufung und dem ziemlich umfangreichen Entscheid der Vorinstanz mehr als 7 Monate verstrichen. Die Rüge geht fehl. Die Erwägung der Vorinstanz, es ergäbe sich aus ihren vorstehenden Erwägungen ohne weitere Beweisabnahme, dass die Erstinstanz die Klage eindeutig zu Recht abgewiesen habe, was bereits aufgrund einer summarischen Prüfung erkennbar gewesen sei, genügt den Begründungsanforderungen. Es ist offensichtlich, dass die betreffende Erwägung nicht isoliert, sondern zusammen mit den vorstehenden vorinstanzlichen Erwägungen zu verstehen ist. Der Beschwerdeführer kritisiert den angefochtenen Entscheid in seiner Beschwerde in diversen Punkten. Um im Ergebnis erfolgreich zu sein, genügt es indessen nicht, den angefochtenen Entscheid als fehlerhaft auszugeben. Vielmehr ist aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz die Prozesschancen im Ergebnis falsch eingeschätzt hat (Urteil 4A\_205/2019 vom 19. September 2019 E. 3.3 mit Hinweis). Dies gelingt dem Beschwerdeführer nicht. Er zeigt nicht auf, dass die Vorinstanz seine Rechtsbegehren zu Unrecht als aussichtslos qualifiziert hat.

#### **E. 8**

Damit erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen muss sie als von vornherein aussichtslos angesehen werden. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege fällt daher ausser Betracht ( Art. 64 Abs. 1 BGG ). Der Beschwerdeführer als unterliegende Partei wird kostenpflichtig, hingegen nicht entschädigungspflichtig, da keine Vernehmlassung eingeholt wurde ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 BGG ).

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