

# **BGer 4A 434/2013 vom 19. Dezember 2013**

Bundesgericht, 2013-12-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_434\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_434_2013)

FR: TF 4A 434/2013 du 19 décembre 2013

IT: TF 4A 434/2013 del 19 dicembre 2013

## **Regeste**

Missbräuchliche Kündigung des Arbeitsvertrags | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Im angefochtenen Entscheid fasst die Vorinstanz zunächst die Prozessgeschichte zusammen, äussert sich zur Zulässigkeit von Berufung und Anschlussberufung und verzichtet auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. In welchen Punkten die Parteien den erstinstanzlichen Entscheid im Einzelnen beanstanden, wird nicht festgehalten. Für die Bemessung der Pönalentschädigung beziehungsweise die Missbräuchlichkeit der Kündigung verweist die Vorinstanz auf die E. 3 des erstinstanzlichen Entscheides, für die weiteren Forderungen aus dem Arbeitsvertrag auf die E. 4-8. Ergänzend merkt sie an, beim mit der Anschlussberufung eingereichten Gutachten handle es sich um ein Parteigutachten, dessen Schlussfolgerungen nicht geteilt würden. So behaupte das Gutachten beispielsweise, das Obergericht habe die Frage, ob mit der ursprünglichen Änderungs-offerte eine Lohnanpassung per sofort oder erst nach Ablauf der Kündigungsfrist vorgeschlagen worden sei, nicht geklärt. Aus dem Rückweisungsentscheid vom 2. Februar 2012 ergebe sich aber, dass mit der ursprünglichen Änderungs-offerte eine rückwirkende Lohnreduktion per 1. Januar 2010 vorgeschlagen worden sei. Gestützt auf diese Verweise und Ausführungen wies die Vorinstanz sowohl die Berufung als auch die Anschlussberufung ab. Danach verlegte sie die Kosten.

### **E. 1.1**

Der Beschwerdeführer rügt zunächst, die Vorinstanz habe mit dem blossen Verweis auf das erstinstanzliche Urteil ihre Arbeit verweigert. Es könne dem angefochtenen Entscheid nicht entnommen werden, ob und wie sich die Vorinstanz mit den Rügen des Beschwerdeführers auseinandergesetzt habe. Es entspreche nicht dem Sinn des doppelten Instanzenzuges, wenn die obere kantonale Instanz das angefochtene Urteil einfach durchwinke. Der Beschwerdeführer verlangt die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, damit diese ihre richterliche Aufgabe tatsächlich und ernsthaft erfülle. Er macht geltend, ihm sei eine Instanz mit voller Kognition verloren gegangen. Dies verletze das Grundrecht der Rechtsweggarantie ( Art. 29a BV ). Zusätzlich verweist der Beschwerdeführer auf Art. 94 BGG (Rechtsverweigerung/ Rechtsverzögerung). Im Weiteren thematisiert er aber im Wesentlichen nicht die mangelhafte Begründung, sondern beanstandet den erstinstanzlichen Entscheid, auf den die Vorinstanz verweist.

### **E. 1.2**

Die Rechtsmittelinstanz eröffnet ihren Entscheid mit einer schriftlichen Begründung ( Art. 318 Abs. 2 ZPO ). Wird der angefochtene Entscheid lediglich bestätigt, kann die

Begründung sehr knapp ausfallen (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7376 Ziff. 5.23.1 zu Art. 315 E-ZPO). Nach Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG müssen Entscheide, die der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen, die massgebenden Gründe tatsächlicher und rechtlicher Art enthalten. Aus dem Entscheid muss klar hervorgehen, von welchem festgestellten Sachverhalt die Vorinstanz ausgegangen ist und welche rechtlichen Überlegungen sie angestellt hat ( BGE 135 II 145 E. 8.2 S. 153). Das Bundesgericht hat aber bereits zu Art. 51 OG , dem Art. 112 BGG nachempfunden ist (Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4351 Ziff. 4.1.4.7 zu Art. 105 E-BGG), erkannt, es sei zulässig, ohne neue Motive auf die schriftliche Begründung des erstinstanzlichen Entscheides zu verweisen, sofern vor der zweiten Instanz keine beachtlichen Gründe vorgebracht werden, zu denen die erste Instanz noch nicht Stellung bezogen hat ( BGE 123 I 31 E. 2c S. 34; 119 II 478 E. 1d S. 480; 103 Ia 407 E. 3a S. 409; vgl. zur Situation seit Inkrafttreten der ZPO: Urteile des Bundesgerichts 5A\_198/2012 vom 24. August 2012 E. 8.2.1; 5A\_888/2011 vom 20. Juni 2012 E. 4.3; auch Reetz/Hilber, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 54 zu Art. 318 ZPO ; Martin H. Strechi, in: Berner Kommentar Zivilprozessordnung, 2. Bd. 2012, N. 21 zu Art. 318 ZPO ; je mit Hinweis; anders wohl: Peter Volkart, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Brunner und andere [Hrsg.], 2011, N. 10 zu Art. 318 ZPO ; Beat Mathys, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Baker & McKenzie [Hrsg.], 2010, N. 17 zu Art. 318 ZPO ; Alexander Brunner, in: ZPO: Schweizerische Zivilprozessordnung, Oberhammer [Hrsg.], 2010, N. 7 zu Art. 318 ZPO , die einen bloss summarischen Verweis auf die Begründung der ersten Instanz nicht genügen lassen).

### **E. 1.3**

Beruft sich die beschwerdeführende Partei auf eine mangelnde Begründung des angefochtenen Entscheides, ist es ihre Aufgabe, dem Bundesgericht darzutun, welche erheblichen Argumente ohne die erforderliche Begründung abgetan wurden ( BGE 103 Ia 407 E. 3a S. 409 mit Hinweis; zit. Urteile 5A\_888/2011 E. 4.3; 5A\_198/2012 E. 8.2.1). Da das Bundesgericht seinem Entscheid grundsätzlich den Sachverhalt zugrunde legt, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), ist zudem mit Aktenhinweis aufzuzeigen, wo die erheblichen Argumente im kantonalen Rechtsmittelverfahren prozesskonform eingebracht worden sind (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_275/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 2, nicht publ. in: BGE 137 III 539 ; 4A\_214/2008 vom 9. Juli 2008 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 134 III 570 ).

### **E. 1.4**

Da der Beschwerdeführer nicht mit Aktenhinweis aufzeigt, welche Argumente er im kantonalen Rechtsmittelverfahren prozesskonform vorgebracht hat, die allein durch den Verweis auf den erstinstanzlichen Entscheid nicht rechtsgenügend behandelt werden, ist die Frage, ob der Verweis mit Blick auf den Gehörsanspruch der Parteien genügt, mangels hinreichend begründeter Rüge nicht zu prüfen ( BGE 103 Ia 407 E. 3a S. 409 mit Hinweis; zit. Urteile 5A\_888/2011 E. 4.3; 5A\_198/2012 E. 8.2.1). Ohnehin beruft sich der Beschwerdeführer nicht auf seinen Anspruch auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ), sondern er rügt eine Verletzung der Rechtsweggarantie ( Art. 29a BV ) beziehungsweise eine Rechtsverweigerung. Dass die Vorinstanz auf den Entscheid der ersten Instanz verwiesen hat, bedeutet aber nicht, dass sie die Berufung nicht geprüft hätte, sondern dass sie insoweit die erstinstanzliche Beurteilung zu ihrer eigenen macht. Auf die an dieser

Beurteilung geübte Kritik ist nachfolgend einzugehen. Die Rechtsweggarantie wurde nicht verletzt, da die Ansprüche des Beschwerdeführers durch eine richterliche Behörde geprüft wurden.

## **E. 2**

Mit Blick auf die Höhe der Pönalentschädigung erkannte das Landgericht, der Beschwerdeführer habe nicht auf der Bezahlung des bisherigen Lohns während der Kündigungsfrist bestanden, sondern die Verweigerung der Unterzeichnung als Druckmittel zur Durchsetzung der weiteren in diesem Verfahren geltend gemachten Forderungen benutzen wollen. Der Kläger hätte mithin die Unterschrift unter den neuen Vertrag auch dann verweigert, wenn dieser erst nach Ablauf der Kündigungsfrist gegolten hätte.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer rügt die Feststellung als willkürlich, er habe den Vertrag nicht unterzeichnet, um seine Forderungen durchzusetzen. Vielmehr habe er sich geweigert, den neuen Arbeitsvertrag zu unterzeichnen, weil er nicht gewillt gewesen sei, zu schlechteren Konditionen zu arbeiten. Die weiteren Forderungen habe er erst nach erfolgter Kündigung geltend gemacht.

### **E. 2.2**

Willkürlich ist ein Entscheid nach konstanter Rechtsprechung nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen Willkür vielmehr nur auf, wenn er 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. Dabei genügt es nicht, wenn sich nur die Begründung des angefochtenen Entscheides als unhaltbar erweist. Eine Aufhebung rechtfertigt sich nur, wenn der Entscheid auch im Ergebnis verfassungswidrig ist ( BGE 137 I 1 E. 2.4 S. 5 ; 129 I 8 E. 2.1 S. 9).

### **E. 2.3**

Für das Landgericht wie auch die Vorinstanz war ausschlaggebend, dass es auch bei korrektem Vorgehen der Beschwerdegegnerin nicht zu einer Fortsetzung der vertraglichen Beziehungen gekommen wäre. Dieser Schluss deckt sich mit den Vorbringen des Beschwerdeführers, er sei nicht gewillt gewesen, zu schlechteren Konditionen zu arbeiten. Im Ergebnis ist der Schluss nicht zu beanstanden.

## **E. 3**

Das Landgericht ging davon aus, im Betrieb der Beschwerdegegnerin hätte vom LGAV abweichend eine Arbeitszeit von 44.25 Wochenstunden inklusive Pausen bzw. 42.5 Wochenstunden nach Abzug der Pausen gegolten. Daher hätte die unterbreitete Vertragsänderung nur zu einer geringen Schlechterstellung der Angestellten geführt. Es sei in Anpassung an den LGAV die 40 Stundenwoche (exkl. Pausen) eingeführt und gleichzeitig den Arbeitnehmern die Möglichkeit eingeräumt worden, durch Leistung von 2.5 Überstunden pro Woche (bzw. inklusive Pausen 4.25 zusätzliche Stunden pro Woche) auf den bisherigen Monatslohn zu kommen. Dies führe zu einer geringfügigen Verschlechterung, sofern keine Überstunden geleistet werden konnten, bei Arbeitsunfähigkeit oder Freistellung. Demgegenüber fielen neu 2.5 Stunden mehr als Überstunden an, so dass der Überstundenzuschlag, der ab 100 Überstunden pro Jahr

geschuldet ist, früher zum Tragen komme. Da der Beschwerdeführer zwischen dem 1. Januar und dem 31. März 2010 nicht krank gewesen sei und bei Unterzeichnung des Vertrages auch nicht entlassen worden wäre, sei er faktisch nicht schlechter gestellt gewesen, als gemäss dem alten Arbeitsvertrag.

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer bestreitet eine vom LGAV abweichende Abrede. Die Beschwerdegegnerin habe dies nie so behauptet. Es sei ein frei erfundenes Konstrukt des Landgerichts. Aus den bei den Akten liegenden Arbeitsverträgen ergebe sich, dass der LGAV ohne Einschränkung Geltung gehabt habe. Eine anderweitige Abrede wäre zu beweisen. Dazu reichten die vorhandenen Zeugenaussagen nicht aus, da die Zeugen nicht gezielt befragt worden seien, ob eine solche Abrede bestanden habe.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer übergeht, dass das Landgericht neben den Zeugenaussagen auch auf die Befragung des Klägers selbst und seine Monatslisten verweist. Dazu äussert sich die Beschwerde nicht, so dass die Beschwerde bereits insoweit nicht hinreichend begründet ist. Dies gilt auch, soweit der Beschwerdeführer die Frage nach der Verletzung der Dispositionsmaxime aufwirft. Der Beschwerdeführer müsste mit Aktenhinweis aufzeigen, was die Beschwerdegegnerin im kantonalen Verfahren behauptet hat, und zudem darlegen, dass auch aus seinen Aussagen in den Prozessschriften oder in der Befragung keine entsprechende Behauptung hergeleitet werden kann. Dass die Zeugen nicht gezielt nach einer entsprechenden Abrede befragt wurden, genügt nicht, um den Schluss auf das Bestehen einer derartigen Abrede als offensichtlich unhaltbar erscheinen zu lassen.

### **E. 4**

Den vom Beschwerdeführer verlangten Zuschlag für Nachtarbeit wies das Landgericht und mit ihm die Vorinstanz ab. Die Beschwerdegegnerin habe den Beschwerdeführer bezüglich der Nachtarbeit mehrmals abgemahnt und diese mithin nicht angeordnet. Daher sei kein Zuschlag geschuldet.

### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer beruft sich auf eine Zeugenaussage, wonach die Beschwerdegegnerin froh gewesen sei, wenn die Arbeitnehmer länger gearbeitet hätten. Ein anderer Zeuge habe angegeben, mehrere hätten schon um 4.00 Uhr gearbeitet. Ein weiterer Zeuge habe bestätigt, die meisten Mitarbeiter hätten schon um 5.00 Uhr angefangen und bis 22.00/23.00 Uhr gearbeitet. Teilweise seien Mitarbeiter sogar nach geleisteten Überstunden telefonisch wieder zur Arbeit zurückgeholt worden. Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei nicht der Einzige gewesen, der jeweils vor 6.00 Uhr mit der Arbeit begonnen habe, wogegen die Beschwerdegegnerin nichts einzuwenden gehabt habe. Erst nachdem zwei Mitarbeiter Forderungen gestellt hätten, sei ihr bewusst geworden, dass Nachtarbeit mit einem Zuschlag von 50 % des Stundenlohns zu entschädigen sei. Ab diesem Zeitpunkt habe sie den Beschwerdeführer ermahnt, nicht mehr vor 5.00 Uhr mit der Arbeit zu beginnen. Die Aussage, er sei mehrmals ermahnt worden stamme von drei Mitgliedern der Betriebsleitung, die nicht objektiv seien. Sein Vorgesetzter habe nur ausgesagt, der Beschwerdeführer habe eigenmächtig manchmal vor 6.00 mit der Arbeit begonnen. Zudem sehe weder das Arbeitsgesetz noch der LGAV vor, dass für freiwillig erfolgte Nachtarbeit kein Zuschlag zu zahlen wäre.

## **E. 4.2**

Selbst wenn die Beschwerdegegnerin froh gewesen sein sollte, dass die Arbeitnehmer länger arbeiteten, folgt daraus in tatsächlicher Hinsicht nicht, dass sie die Nachtarbeit angeordnet hätte. Als Anordnung wäre es dagegen zu qualifizieren, falls Mitarbeiter nach geleisteten Überstunden telefonisch wieder zur Arbeit zurückgeholt worden sein sollten. Diese Aussage bezieht sich allerdings offensichtlich nicht auf den Arbeitsbeginn. Damit gelingt es dem Beschwerdeführer nicht, die Feststellung, die Nachtarbeit sei nicht angeordnet, sondern freiwillig geleistet worden, als offensichtlich unhaltbar auszuweisen. Dafür spricht auch die vom Beschwerdeführer angeführte Aussage seines Vorgesetzten, der angab, der Beschwerdeführer habe "eigenmächtig" gehandelt. Zu prüfen bleibt die Frage, ob dies die geltend gemachten Ansprüche ausschliesst, wie die kantonalen Instanzen annehmen.

### **E. 4.2.1**

Nach Art. 10 Abs. 1 ArG gilt die Arbeit von 6 Uhr bis 20 Uhr als Tagesarbeit und die Arbeit von 20 Uhr bis 23 Uhr als Abendarbeit. Beides ist bewilligungsfrei. Untersagt ist hingegen die Beschäftigung von Arbeitnehmern ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeit (Nachtarbeit; Art. 16 ArG). Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit bedürfen der Bewilligung (Art. 17 Abs. 1 ArG). Insbesondere setzt die Bewilligung dauernder Nachtarbeit deren Unentbehrlichkeit aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen voraus (Art. 17 Abs. 2 ArG). Das Arbeitsgesetz dient dem Arbeitnehmerschutz (vgl. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV), insbesondere in gesundheitlicher und sozialer Hinsicht. Die Bestimmungen über die Nachtarbeit und die Dauernachtarbeit bezwecken mithin in erster Linie, Gesundheitsstörungen und übermässige Belastungen des familiären und sozialen Lebens beim Arbeitnehmer zu vermeiden (BGE 116 Ib 284 E. 4a S. 288; Urteil des Bundesgerichts 2C\_344/2008 vom 26. März 2009 E. 4.4 f. mit Hinweisen). Das Arbeitsgesetz setzt für die Nachtarbeit das Einverständnis der Arbeitnehmer voraus (Art. 17 Abs. 6 ArG), macht die Zulässigkeit der Nachtarbeit aber nicht einzig davon abhängig. Der Schutz der Arbeitnehmer wäre erheblich eingeschränkt, wenn davon durch individuelle oder allenfalls kollektive Zustimmung jederzeit abgewichen werden könnte, zumal die einzelnen Arbeitnehmer unter Umständen einem erheblichen Druck von Seiten des Arbeitgebers oder allenfalls der Gruppe der übrigen Arbeitnehmer ausgesetzt sein könnten (zit. Urteil 2C\_344/2008 E. 4.4). Der Lohnzuschlag nach Art. 17b ArG ist auch dann geschuldet, wenn die Bewilligung zur Nachtarbeit nicht eingeholt wurde (ROLAND A. MÜLLER, ArG, 7. Aufl. 2009 zu Art. 17b Abs. 1 ArG).

### **E. 4.2.2**

Auch wenn der Arbeitgeber die Nachtarbeit nicht angeordnet hat, treten deren nachteilige Folgen auf. Wenn es betrieblich nicht notwendig ist, soll (auch freiwillig) keine Nachtarbeit geleistet werden. Wenn der Arbeitnehmer mit Wissen des Arbeitgebers regelmässig Nachtarbeit leistet, stehen ihm die im Gesetz oder LGAV als Ausgleich dafür vorgesehenen Ansprüche zu, auch wenn der Arbeitgeber die Nachtarbeit nicht angeordnet haben sollte. Die Frage, ob der Arbeitnehmer den Zuschlag auch beanspruchen kann, wenn er entgegen der ausdrücklichen Weisung des Arbeitgebers Nachtarbeit leistet, kann offenbleiben. Sie stellt sich nur für die Zeit, nachdem eine entsprechende Weisung oder Abmahnung erfolgt ist, und unter der Voraussetzung, dass ihr nicht bloss formaler Charakter zukommt, sondern Nachachtung verschafft wird. Der Arbeitgeber kann die Zuschläge für Nachtarbeit nicht verweigern, wenn er diese trotz Abmahnung faktisch duldet. Nach den Feststellungen des

Landgerichts hat der Beschwerdeführer während der Dauer seiner Anstellung von April 2008 bis März 2010 regelmässig vor 6.00 Uhr eingestempelt. Das Landgericht hat festgestellt, der Beschwerdeführer sei mehrmals ermahnt worden, nicht vor 6.00 Uhr mit der Arbeit zu beginnen. Dieser macht aber geltend, erst nachdem andere Arbeitnehmer Forderungen gestellt hätten, sei er im Herbst 2009 abgemahnt worden. Daran habe er sich ab diesem Zeitpunkt grundsätzlich gehalten. Das Landgericht hat nicht festgestellt, wann die Abmahnungen erfolgt sein sollen. Insoweit ist der angefochtene Entscheid jedenfalls zu beanstanden, da einer allfälligen Abmahnung für die vorher aufgelaufenen Stunden keine Bedeutung zukommen kann. Selbst wenn aber bereits zu Beginn Weisungen bestanden haben oder Abmahnungen erfolgt sein sollten, hätte deren Missachtung keinerlei Konsequenzen seitens der Arbeitgeberin nach sich gezogen. Dies würde aber bedeuten, dass diese die Nachtarbeit trotz der formellen Abmahnung faktisch geduldet hat. Daher ist der Nachtzuschlag jedenfalls geschuldet.

## **E. 5**

Bezüglich der Ansprüche für Überstunden und Überzeit ging das Landgericht und mit ihm die Vorinstanz davon aus, für den Beschwerdeführer hätten nicht die Sollstunden gemäss LGAV, sondern die im Betrieb üblichen 42.5 Stundenwochen bzw. 44.25 Stundenwochen inklusive Pausen gegolten. Die Überstunden seien an sich auf dieser Basis zu berechnen. Da sich im Ergebnis zu Lasten der Beschwerdegegnerin jedoch nichts ändere, wenn man zu Gunsten des Beschwerdeführers von einer Überstundenberechnung nach LGAV ausgehe, berechnete das Landgericht den Lohnanspruch auf dieser Basis. Erfolge die Arbeitszeitberechnung nach LGAV, seien aber die Pausen von der Arbeitszeit abzuziehen. Es gehe nicht an, dass sich der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Berechnung der Arbeitszeit nur in dem für ihn günstigen Punkt (Sollarbeitszeit) auf den LGAV abstütze, sich jedoch in dem für ihn ungünstigen Punkt (Pausenzeit) auf eine abweichende Parteiabrede berufe.

### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, im Arbeitsrecht gelte mit Bezug auf Gesamtarbeitsverträge das Günstigkeitsprinzip. Er ist der Auffassung, seine Berechnung sei sehr wohl zulässig. Alle Dokumente deuteten darauf hin, dass die Pausen bezahlt gewesen seien.

### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer verkennt, dass die Vorinstanz den LGAV lediglich als Berechnungsgrundlage nimmt, in der Annahme, dies führe zu keinem anderen Ergebnis als wenn der Berechnung die tatsächlich vereinbarte Sollarbeitszeit von 44.25 Stundenwochen inklusive Pausen zu Grunde gelegt würde. Der Beschwerdeführer bestreitet diese Sollarbeitszeit, ist mit seiner diesbezüglichen Rüge aber nicht durchgedrungen (vgl. E. 3 hiervor). Die festgestellte Sollarbeitszeit bindet daher das Bundesgericht ( Art. 105 BGG ). Insoweit gehen seine Ausführungen an der Sache vorbei. Dass die Annahme, die Berechnung gestützt auf den LGAV führe im konkreten Fall zu demselben Ergebnis wie eine Berechnung nach einer Sollarbeitszeit von 44.25 Stundenwochen inklusive Pausen, unzutreffend wäre, macht der Beschwerdeführer nicht geltend. In diesem Punkt ist die Beschwerde unbegründet.

## **E. 6**

Das Landgericht und ihm folgend die Vorinstanz erkannte, gestützt auf den LGAV könne der Arbeitgeber die Kompensation von Überstunden einseitig anordnen. Am 18. März 2010 habe die Beschwerdegegnerin die Kompensation von Überstunden angeordnet und den Beschwerdeführer für die danach verbleibende Dauer des Anstellungsverhältnisses freigestellt. Der Beschwerdeführer sehe dies anders und behaupte, er sei am 18. März 2010 freigestellt worden. Insoweit stehe Aussage gegen Aussage. Damit gelinge es dem Beschwerdeführer nicht, die sofortige Freistellung per 18. März 2010 zu beweisen. Gegen seine Darstellung spreche im Übrigen auch der Umstand, dass bereits auf der Stempelkarte vom März 2010 die verbleibenden Arbeitstage mit dem Vermerk Kompensation und nicht mit Freistellung vermerkt waren. Dies zeige, dass sich die Beschwerdegegnerin schon im März 2010 und nicht erst im Prozess auf die Kompensation der Überstunden berufen habe. Es hätte keinen Sinn gemacht, den Beschwerdeführer freizustellen, wenn einseitig die Überstundenkompensation angeordnet werden konnte. Die Beschwerdegegnerin habe am 18. März 2010 ein Schreiben des Anwalts des Beschwerdeführers erhalten, in dem insbesondere die Ausbezahlung vom Überstunden verlangt worden sei. Es sei nachvollziehbar, dass sich die Beschwerdegegnerin gleichentags entschloss, die Kompensation der geltend gemachten Überstunden anzuordnen.

#### **E. 6.1**

Nach Ansicht des Beschwerdeführers trägt die Beschwerdegegnerin die Beweislast für die Anordnung der Kompensation. Die kantonalen Instanzen seien fälschlicherweise davon ausgegangen, die Freistellung sei vom Beschwerdeführer zu beweisen. Diese sei aber schon dadurch bewiesen, dass er seit dem 18. März 2010 nicht mehr zur Arbeit erschienen sei und die Beschwerdegegnerin nicht auf sein Angebot der Arbeitsleistung eingegangen sei. Die Beschwerdegegnerin könne nicht beweisen, dass sie die Kompensation angeordnet habe.

#### **E. 6.2**

Die Beweislast für die Freistellung trägt der Arbeitnehmer. Es ist allerdings unbestritten, dass der Beschwerdeführer nicht mehr zur Arbeit zu erscheinen hatte. Streitig ist, ob die Beschwerdegegnerin die Kompensation mit Überstunden angeordnet hat. Die Beweislast für Tatsachen, aus denen die Kompensation der Überstunden abgeleitet wird, trägt der Arbeitgeber. Mit Blick auf die im LGAV enthaltene Regelung kann man sich allerdings fragen, ob der Arbeitnehmer allenfalls auch ohne ausdrückliche Anordnung zur Kompensation während der Freistellung verpflichtet ist, wie dies das Bundesgericht für die Kompensation von nicht bezogenen Ferien in BGE 128 III 271 E. 4 angenommen hat. Die Frage braucht indessen nicht weiter behandelt zu werden. Das Landgericht hält zwar fest, dem Beschwerdeführer sei der Beweis der Freistellung misslungen. Aus der einleitenden Bemerkung, am 18. März 2010 habe die Beschwerdegegnerin die Kompensation von Überstunden angeordnet und den Beschwerdeführer für die danach verbleibenden Dauer des Anstellungsverhältnisses freigestellt, und den vom Landgericht nach dem Hinweis auf das Misslingen des Beweises angeführten Umstände, die dafür sprechen, dass tatsächlich eine Kompensation angeordnet wurde, ergibt sich, dass das Landgericht und mit ihm die Vorinstanz trotz der abweichenden Darstellung des Beschwerdeführers in Würdigung der neben den sich widersprechenden Aussagen vorhandenen Indizien zur Überzeugung gelangte, die Beschwerdegegnerin habe tatsächlich die Kompensation angeordnet. Sind aber die kantonalen Instanzen zu einem positiven Beweisergebnis gelangt, wird die Frage der Beweislastverteilung gegenstandslos ( BGE 130 III 591 E. 5.4 S. 601 f. mit Hinweisen). Mit dem Einwand, allein der Vermerk "Kompensation" in der Monatsliste vom März 2010

vermöge die Anordnung der Kompensation nicht zu belegen, weist der Beschwerdeführer dieses Beweisergebnis nicht rechtsgenüglich als offensichtlich unhaltbar und damit willkürlich aus (Art. 97 Abs. 1 und 105 Abs. 2 BGG), zumal das Landgericht sich auch auf andere Indizien gestützt hat, wie die Tatsache, dass der Beschwerdeführer gleichentags Forderungen aus Überstunden hatte geltend machen lassen, was die Anordnung der Kompensation nahelegt.

#### **E. 7**

Die Beschwerde ist lediglich mit Bezug auf die Entschädigung für Nachtarbeitszeit begründet. Der Beschwerdeführer bezifferte diesen Betrag im erstinstanzlichen Verfahren auf Fr. 1'673.44. In welchem Umfang tatsächlich Nachtarbeit geleistet wurde, ist nicht festgestellt. Insoweit ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Beschwerdeführer hat im kantonalen Verfahren eine Pönalentschädigung von Fr. 2'350.-- nebst Zins zugesprochen erhalten (Ziffer 1) und brutto Fr. 4'018.10 nebst Zins (Ziffer 2), wobei gemäss Dispositivziffer 2.1 die auf den Betrag gemäss Ziffer 1 entfallenden Sozialbeiträge zuzüglich der Arbeitgeberbeiträge den entsprechenden Behörden einzuzahlen waren. Bei dem Verweis auf den Betrag gemäss Ziffer 1 handelt es sich um ein offensichtliches Versehen, das zu korrigieren ist. Die Sozialabgaben sind auf dem Bruttobetrag in Ziffer 2 geschuldet, nicht auf der in Ziffer 1 zugesprochenen Pönalentschädigung nach Art. 336a OR (vgl. BGE 123 V 5 E. 5 S. 11). Insgesamt erhielt der Beschwerdeführer mithin Fr. 6'368.10 nebst Zins. Vor Bundesgericht verlangt er Fr. 36'776.48. Begründet ist die Beschwerde nur bezüglich maximal Fr. 1'673.44, wobei der exakte Betrag noch nicht feststeht. Es scheint daher gerechtfertigt die Gerichtskosten zu 95 % dem Beschwerdeführer und zu 5 % der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Da diese auf Vernehmlassung verzichtet hat, steht ihr keine Parteientschädigung zu. Sie hat dem Beschwerdeführer eine reduzierte Parteientschädigung zu entrichten.

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