

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.12 vom 27. Januar 2017**

BS Appellationsgericht, 2017-01-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2016.12](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2016.12)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.12 du 27 janvier 2017

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.12 del 27 gennaio 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist der Entscheid des Zivilgerichts vom 17. September 2015. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten steht die Berufung gegen erstinstanzliche Entscheide offen, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.■ beträgt (Art. 308 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Dies ist vorliegend der Fall. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht erhobene Berufung ist somit einzutreten.

Zur Beurteilung der vorliegenden Berufung ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts zuständig (§ 92 Abs. 1 Ziffer 6 und § 99 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft [GOG; SG 154.100]). Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Der vorliegende Entscheid ist aufgrund der beigezogenen Akten auf dem Zirkulationsweg ergangen.

### **E. 2**

2.1 Der Berufungsbeklagte macht mit seiner Klage unter anderem eine Entschädigung für geleistete Überstunden geltend. Überstunden sind Arbeitsstunden, die über die im Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbarte, im Betrieb geltende oder in der Branche übliche Stundenzahl hinaus geleistet werden (Portmann/Rudolph, Basler Kommentar, 6. Aufl., 2015, Art. 321c OR N 1; vgl. Art. 321c Abs. 1 Obligationenrecht [OR; SR 220] und Art. 15 Abs. 4 Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes [L-GAV]). Für die Leistung von Überstunden trägt der Arbeitnehmer die Beweislast (BGer 4A\_338/2011 vom 14. Dezember 2011 E. 2.2; 4A\_419/2011 vom 23. November 2011 E. 3.3.1). Nach dem Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit der Sachbehauptung überzeugt ist (BGer 4A\_338/2011 vom 14. Dezember 2011 E. 2.1; 4C.307/2006 vom 26. März 2007 E. 2.1; vgl. BGer 4C.142/2005 vom 15. Juni 2006 E. 5). Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als unerheblich erscheinen (vgl. BGer 4A\_338/2011 vom 14. Dezember 2011 E. 2.1 und 4C.142/2005 vom 15. Juni 2006 E. 5).

2.2 Insbesondere aufgrund der Zeugenaussagen von E\_\_\_\_, F\_\_\_\_, G\_\_\_\_, H\_\_\_\_, I\_\_\_\_, J\_\_\_\_ und K\_\_\_\_ besteht kein ernsthafter Zweifel und ist damit erstellt, dass der Berufungsbeklagte in grossem Umfang betrieblich notwendige Überstunden geleistet hat, die nicht kompensiert worden sind. Auf die entsprechenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid kann verwiesen werden (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.2). Im

Übrigen trägt die Berufungsklägerin die Beweislast für eine allfällige Kompensation von Überstunden (BGer 4C.142/2005 vom 15. Juni 2006 E. 4.1). Dafür hat sie jedoch keinen Beweis geliefert. Näher zu prüfen ist im Folgenden, ob auch der Umfang der vom Berufungsbeklagten geleisteten Arbeitsstunden erstellt ist.

### **E. 2.3**

2.3.1 Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes (L-GAV) Anwendung. Der Arbeitgeber ist für die Erfassung der geleisteten Arbeitszeit (Arbeitszeiterfassung) verantwortlich. Die Arbeitszeiterfassung ist mindestens einmal monatlich vom Mitarbeiter zu unterzeichnen. Überträgt der Arbeitgeber die Erfassung der Arbeitszeit dem Mitarbeiter, ist sie mindestens einmal monatlich vom Arbeitgeber zu unterzeichnen (Art. 21 Abs. 2 L-GAV). Der Arbeitgeber führt Buch über die effektiven Arbeits- und Ruhezeiten (Arbeitszeitkontrolle) (Art. 21 Abs. 3 L-GAV). In den von beiden Parteien unterzeichneten Stundennachweisen ist nicht die tatsächlich geleistete Arbeitszeit des Berufungsbeklagten erfasst worden. Damit ist die Berufungsklägerin ihrer Pflicht zur Arbeitszeiterfassung und -kontrolle nicht nachgekommen (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.3). Kommt der Arbeitgeber seiner Buchführungspflicht nicht nach, wird eine Arbeitszeiterfassung oder eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters gemäss Art. 21 Abs. 4 L-GAV im Streitfall als Beweismittel zugelassen. Die vom Kläger erstellten und nur von ihm unterzeichneten Stundennachweise sind deshalb als Beweismittel zu berücksichtigen (vgl. BGer 4C.141/2006 vom 24. August 2006 E. 4.2.3). Art. 21 Abs. 4 L-GAV gewährt der Arbeitszeiterfassung bzw. -kontrolle des Arbeitnehmers einen über eine Parteibehauptung hinausgehenden Beweiswert (■valenza probatoria■) (BGer 4A\_86/2008 vom 23. September 2008 E. 4.2). Die Rechtsprechung, nach der eigene Aufzeichnungen oder Stundenkontrollen des Arbeitnehmers den vollen Beweis der Überstunden typischerweise nicht zu erbringen vermögen, weil es sich dabei letztlich um Parteibehauptungen handle (BGer 4A\_338/2011 vom 14. Dezember 2011 E. 2.3), ist deshalb im vorliegenden Fall nicht einschlägig.

2.3.2 Der Berufungsbeklagte hat von September 2011 bis März 2012 für jeden Monat einen Stundennachweis ausgefüllt und am ersten Tag des Folgemonats bzw. am letzten Tag des Monats datiert und unterzeichnet. Darin sind für jeden Arbeitstag Beginn und Ende der Arbeitszeit und einer allfälligen Pause sowie die Dauer der Arbeitszeit und der allfälligen Pause verzeichnet (Klagebeilagen 9 ■ 11, 13, 16, 18, 20). Die Berufungsklägerin hat diese detaillierten Aufstellungen nur pauschal bestritten (Berufung, S. 4 f.). Soweit die Zeuginnen und Zeugen dazu Aussagen machen können, haben sie die vom Berufungsbeklagten behauptete Anwesenheit an Veranstaltungen bestätigt, wobei sie keine genaueren Angaben zu deren zeitlichen Umfang machen können. Gemäss dem Zeugen E\_\_\_\_ hat es Tage gegeben, an denen man bis zu 14 oder 15 Stunden arbeiten muss (Protokoll Amtsgericht Sankt Blasien, S. 2). Gemäss der Zeugin H\_\_\_\_ hat man in Ausnahmefällen bis zu 14.5 Stunden durchgearbeitet (Protokoll Amtsgericht Sankt Blasien, S. 7). Der Zeuge F\_\_\_\_ denkt, dass der Berufungsbeklagte an normalen Tagen 10 bis 12 Stunden gearbeitet habe und dass es an Grossveranstaltungen auch schon mal 13 oder 14 Stunden gewesen sein könnten (Protokoll Amtsgericht Müllheim, S. 3). Angesichts dieser Zeugenaussagen erscheinen die Angaben des Berufungsbeklagten durchaus realistisch, auch wenn er bisweilen noch längere Arbeitszeiten von bis zu 17.5 Stunden angibt. Der Zeuge I\_\_\_\_ hat ausgesagt, er habe durchschnittlich sicherlich 2 bis 6 Stunden Mehrarbeit pro Tag geleistet und der Berufungsbeklagte dürfte ebenfalls 2 bis 6 Stunden Mehrarbeit pro Tag geleistet

haben, je nach Veranstaltung oder Umständen sogar noch mehr (Protokoll Amtsgericht Müllheim, S. 3 f.). Dies ergäbe für die Zeit von September 2011 bis März 2012 rund 308 bis 924 Überstunden (7 Monate x 22 Arbeitstage x 2 bzw. 6 Stunden = 308 bzw. 924 Stunden). Die vom Berufungsbeklagten für diese Zeit behauptete Zahl von 663.4 Überstunden liegt ziemlich genau in der Mitte der Schätzung des Zeugen. Abweichungen zwischen den Angaben des Berufungsbeklagten in der Klage (Klage Rz 85) und in der Abrechnung Austritt vom 30. März 2012 (Klagebeilage 6) ergeben sich deshalb, weil der Berufungsbeklagte in der Abrechnung Austritt vom 30. März 2012 von anderen Normalarbeitszeiten als in seinen Ausführungen in der Klage ausgegangen ist, die gemäss Stundennachweis geleistete Arbeitszeit abgerundet hat, die Überstunden in Überzeit und restliche Überstunden aufgeteilt hat und die gemäss seinen Angaben nicht bezogenen Ruhetage von den Überstunden in Abzug gebracht hat. Die Angaben zur tatsächlich geleisteten Arbeitszeit in der Abrechnung Austritt vom 30. März 2012 stimmen somit ■ abgesehen von der Abrundung der Beträge ■ mit jenen in der Klage überein. Folglich hat der Berufungsbeklagte zu den wesentlichen Tatsachen entgegen der Auffassung der Vorinstanz (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.6) keine unterschiedlichen Angaben gemacht.

2.3.3 Unter den gegebenen Umständen besteht kein ernsthafter Zweifel, dass der Berufungsbeklagte die in den von ihm ausgefüllten Stundennachweisen ausgewiesene Arbeitszeit geleistet hat und dass dies betrieblich notwendig gewesen ist. Damit sind unter Berücksichtigung von Art. 21 Abs. 4 L-GAV auch die zur Feststellung des Umfangs der geleisteten Überstunden erforderlichen Tatsachen nachgewiesen. Wie die Zahl der Überstunden anhand der durch die Stundennachweise bewiesenen betrieblich notwendigen Arbeitsstunden und der im Einzel- und Gesamtarbeitsvertrag vereinbarten durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit zu berechnen ist, wird im Anschluss an die Erwägungen zur Beweislage erörtert (vgl. unten E. 3.1).

## **E. 2.4**

2.4.1 Die Vorinstanz hat die dem Berufungsbeklagten geschuldete Entschädigung für noch nicht abgegoltene Überstundenarbeit sowie noch offene Ruhe- und Feiertage in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR auf CHF 23■000.■ netto geschätzt (angefochtener Entscheid E. 2.5 f.). Soweit es die Entschädigung für nicht bezogene Ruhe- und Feiertage betrifft, ist dieses Vorgehen zweifellos unzulässig, weil dafür eindeutige Beweise vorliegen. Die Berufungsklägerin hat eine Tages- und Stundenkontrolle eingereicht und sich auf deren Saldo für März 2012 berufen. Diese Aufzeichnungen stimmen für September 2011 bis März 2012 hinsichtlich der bezogenen bzw. nicht bezogenen Ruhe- und Feiertage sowie Ferien mit den Aufzeichnungen des Berufungsbeklagten überein. Richtigerweise ist aber auch die Überstundenentschädigung nicht zu schätzen, weil auch die zur Feststellung des Umfangs der Überstunden erforderlichen Tatsachen nachgewiesen sind (vgl. oben E. 2.3). Im Übrigen müsste aus den folgenden Gründen im Falle der Schätzung von der gleichen Anzahl Überstunden ausgegangen werden, wie wenn diese gestützt auf die Aufzeichnungen des Berufungsbeklagten als bewiesen erachtet werden.

2.4.2 Sofern der Nachweis erbracht ist, dass der Arbeitnehmer Überstunden geleistet hat, ohne dass deren genaues Ausmass bewiesen werden kann, und ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, hat das Gericht den Umfang in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen (vgl. BGer 4A\_338/2011 vom 14. Dezember 2011 E. 2.2; 4A\_42/2011, 4A\_68/2011 vom 15. Juli 2011 E. 6; 4A\_543/2011

vom 17. Oktober 2011 E. 3.1.1; 4A\_419/2011 vom 23. November 2011 E. 3.3.1). Im Rahmen dieser Schätzung genügt es zum Nachweis der geltend gemachten Überstunden, dass diese aufgrund der vom Kläger vorgebrachten Umstände als überwiegend wahrscheinlich erscheinen (vgl. BGer 4A\_338/2011 vom 14. Dezember 2011 E. 2.3 sowie 4C.307/2006 vom 26. März 2007 E. 3.2 und 4A\_68/2008 vom 10. Juli 2008 E. 4.2). Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 720). Ein anderer als der behauptete Geschehensablauf ist zwar denkbar, fällt aber realistisch gesehen ausser Betracht (Hasenböhler, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, Zürich 2016, Art. 157 N 23). Im vorliegenden Fall bestehen keinerlei Hinweise darauf, dass der Berufungsbeklagte seine Arbeitszeit falsch aufgezeichnet haben könnte, und werden dessen Aufzeichnungen teilweise durch Zeugenaussagen bestätigt. Unter diesen Umständen fällt die Möglichkeit, dass der Berufungsbeklagte zu viele Arbeitsstunden aufgeschrieben haben könnte, vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht. Auch im Falle einer Schätzung müsste deshalb von den Aufzeichnungen des Berufungsbeklagten ausgegangen werden und bestünde kein Anlass, von der sich daraus ergebenden Stundenzahl einen nicht näher begründeten Abzug zu machen.

2.5 Der Berufungsbeklagte seinerseits macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. eine verpönte antizipierte Beweiswürdigung geltend, weil die Vorinstanz die weiteren 19 von ihm angerufenen Zeugen nicht einvernommen hat (Anschlussberufung Rz 23 ff.). Die einvernommenen Zeuginnen und Zeugen haben keine hinreichend genauen Angaben zu den Arbeitszeiten des Berufungsbeklagten machen können, die es ermöglichen würden, den Umfang seiner Überstunden konkret zu bestimmen (vgl. oben E. 2.3.2). Es ist offensichtlich, dass auch die weiteren vom Berufungsbeklagten beantragten Zeuginnen und Zeugen keine solchen Angaben hätten machen können. Der Berufungsbeklagte räumt selber ein, die angerufenen Zeugen wären ohnehin nur in der Lage, über einzelne seiner Einsätze Aussagen zu machen, es wäre seltsam, wenn ein Zeuge sich nach so langer Zeit noch an genaue Arbeitszeiten seines Vorgesetzten an bestimmten Tagen erinnern könnte, und der Berufungsbeklagte sei ohnehin praktisch immer am längsten am Arbeitsort gewesen (Anschlussberufung Rz 26). Die Vorinstanz hat deshalb mangels Beweistauglichkeit zu Recht auf die Einvernahme weiterer Zeugen verzichtet.

2.6 Die Berufungsklägerin macht unter Verweis auf ein Schreiben des Berufungsbeklagten vom 30. März 2012 geltend, dessen Maximalforderung entspreche 471 Überstunden (Berufungsbegründung S. 6 f.). Dies ist unzutreffend. Der Berufungsbeklagte hat der Berufungsklägerin eine Abrechnung Austritt vom 30. März 2012 (Klagebeilage 6) vorgelegt, die Guthaben von 26.28 Ferientagen, 4.5 Feiertagen und 30 Ruhetagen sowie 109 Überstunden und 542 Stunden Überzeit ausweist, in der das Ruhetageguthaben von den Überstunden und der Überzeit in Abzug gebracht wird, gemäss welcher der Berufungsbeklagte Anspruch auf Auszahlung von CHF 19'623. für 471 Stunden Überzeit hat und dies unter der Voraussetzung gilt, dass die Guthaben von Ferien, Feier- und Ruhetagen in den Monaten April und Mai 2012 kompensiert werden. Aus dieser Aufstellung kann nicht geschlossen werden, der Berufungsbeklagte habe auf eine vollständige Kompensation oder Entschädigung geleisteter Überstunden und nicht

bezogener Ferien, Feiertage und Ruhetage verzichtet. Im Übrigen wäre ein solcher Verzicht nichtig (vgl. Art. 15 Abs. 1,

#### **E. 4**

Mit Klage vom 20. März 2013 hat der Berufungsbeklagte beantragt, die Berufungsklägerin sei zu verpflichten, ihm CHF 30'000.00 brutto nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Mai 2012 zu bezahlen. Mit Berufung vom 30. März 2016 hat die Berufungsklägerin beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Berufungsklägerin sei bei ihrer Bereitschaft zu behaften, dem Berufungsbeklagten CHF 10'000.00 netto zuzüglich 5 % Zins seit dem 1. Mai 2012 zu bezahlen. Damit hat die Berufungsklägerin die Klage in diesem Umfang anerkannt. Folglich ist das Verfahren insoweit wegen teilweiser Klageanerkennung abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO).

#### **E. 5**

Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Dabei gilt die beklagte Partei auch bei Klageanerkennung als unterliegend. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. Ein geringfügiges Obsiegen oder Unterliegen ist allerdings in der Regel nicht zu berücksichtigen (vgl. Rüegg, in: Basler Kommentar, 2. Aufl., 2013, Art. 106 ZPO N 3 und Tappy, CPC commenté, Basel 2011, Art. 106 N 16). Der Erfolg des Rechtsmittels misst sich daran, ob und in welchem Umfang als Folge des Rechtsmittelbegehrens zulasten der Gegenpartei eine Änderung des vorinstanzlichen Entscheids bewirkt wird (Rüegg, a.a.O., Art. 106 N 5; vgl. Urwyler/Grütter, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 106 N 5). Die Vorinstanz hat die Berufungsklägerin zur Zahlung von CHF 23'000.00 netto verurteilt. Die Berufungsklägerin beantragt mit ihrer Berufung sinngemäss, der von ihr zu zahlende Betrag sei um CHF 13'000.00 netto auf CHF 10'000.00 netto zu reduzieren. Mit dem vorliegenden Urteil wird die von der Berufungsklägerin unter Mitberücksichtigung des anerkannten Betrags zu zahlende Summe um CHF 4'995.97 netto auf CHF 27'995.97 netto erhöht. Damit unterliegt die Berufungsklägerin mit ihrer Berufung vollständig. Der Berufungsbeklagte beantragt mit seiner Anschlussberufung die Erhöhung des von der Berufungsklägerin zu zahlenden Betrags um CHF 7'000.00 brutto auf CHF 30'000.00 brutto. Dies entspricht einem Betrag von netto CHF 28'125.00 und einer Erhöhung um CHF 5'125.00 netto. Damit obsiegt der Berufungsbeklagte mit seiner Anschlussberufung fast vollständig. Folglich hätte die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten grundsätzlich eine Parteientschädigung zu bezahlen. Da der Vertreter des Berufungsbeklagten diesen als Freundschaftsdienst ohne Honorierung vertritt, weil er kein zugelassener Anwalt ist, ist dem Berufungsbeklagten jedoch keine Parteientschädigung zuzusprechen. Gerichtskosten werden gemäss Art. 114 lit. c ZPO nicht erhoben.

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