

GR_GERICHTE ZK2 2023 24 vom 19. Juli 2024

GR Gerichte, 2024-07-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2023_24

FR: GR_GERICHTE ZK2 2023 24 du 19 juillet 2024

IT: GR_GERICHTE ZK2 2023 24 del 19 luglio 2024

Regeste

Forderung | Berufung OR Arbeitsvertrag

Erwägungen

E. 1

Gegen erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 ZPO). Dieser Streitwert ist vorliegend erreicht. Die 30-tägige Berufungsfrist (Art. 311 Abs. 1 ZPO) wurde unter Berücksichtigung des über Ostern geltenden Fristenstillstands (Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO) mit beiden Berufungen ebenfalls eingehalten. Unter diesen Gesichtspunkten ist auf die Berufungen einzutreten.

E. 2

Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine unbeschränkte Kognition

8 / 44 bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt – jedenfalls grundsätzlich – voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden beziehungsweise aus welchen konkreten Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (statt vieler BGE 138 III 374 E. 4.3.1 m.w.H.). Das Berufungsgericht ist jedenfalls nicht gehalten, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im

Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (vgl. BGE 144 III 394 E. 4.1.4; 142 III 413 E. 2.2.4; je m.w.H.).

E. 3

Nicht nur der Arbeitnehmer, welcher den ihm erstinstanzlich zugesprochenen Betrag erhöhen lassen möchte, sondern auch die Arbeitgeberin, die gar nichts bezahlen will, haben Berufung eingelegt. Wie bereits erwähnt, wurde die Berufung des Arbeitnehmers unter der Referenz ZK2 23 24, diejenige der Arbeitgeberin unter der Referenz ZK2 23 27 angelegt. Gemäss Art. 125 lit. c ZPO können selbständig eingereichte Klagen vereinigt werden. Hier handelt es sich nicht um Klagen, sondern um Berufungen, wobei die Gründe für eine Vereinigung im zweitinstanzlichen Verfahren gleichermassen gegeben sein können. Im vorliegenden Fall fechten beide Parteien den gleichen vorinstanzlichen Entscheid an, wenn auch aus unterschiedlichen Gründen und mit unterschiedlichen Anträgen. Da damit in beiden Verfahren der gleiche Lebenssachverhalt zu beurteilen ist, sich die beiden Berufungen im gleichen Stadium befinden und letztlich im Rahmen der Überprüfung des gleichen Entscheides nur ein Urteil ergehen kann, sind beide

9 / 44 Berufungsverfahren zu vereinigen (Roger Weber in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021, N 5 zu Art. 125 ZPO). 4.1. In der Berufung der Arbeitgeberin nimmt die Rüge des fehlenden Beweisverfahrens bzw. der Befragung der Parteien (des Arbeitnehmers und von H. _____ dem Geschäftsführer der Arbeitgeberin) ohne vorgängigen Erlass einer Beweisverfügung breiten Raum ein. Vorweg unbehelflich ist in diesem Zusammenhang der Hinweis, dass anlässlich der Hauptverhandlung eine Befragung der Parteien stattgefunden habe, obwohl diese nicht persönlich vorgeladen worden seien (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. B.2). Sind die zu befragenden Personen tatsächlich anwesend, kommt es nicht darauf an, ob sie von ihrem Recht, an der Verhandlung teilzunehmen, Gebrauch machten, oder ob sie auf Geheiss des Gerichts zur Verhandlung erschienen sind. Ausserdem haben die Parteien anlässlich der Hauptverhandlung keinerlei Einwände gegen ihre Befragung vorgebracht. Der Arbeitnehmer hat eine solche anlässlich seines Plädoyers an der Hauptverhandlung gar noch ausdrücklich verlangt (RG act. VII/1 S. 3 Ziff. III; RG act. VII/3). Wenn die Arbeitgeberin die Grundsätze des Beweisverfahrens nennt und geltend macht, ein ordentliches Verfahren ohne Beweisverfügung sei in der Regel nicht spruchreif (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. B.2), trifft dies in dieser allgemeinen Form ebenfalls nicht zu. Art. 152 ZPO garantiert zwar das Recht, dass zu rechtserheblichen, bestrittenen Sachvorbringen frist- und formgerecht angebotene taugliche Beweismittel zum Beweis zugelassen werden (Samuel Baumgartner, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021, N 2 zu Art. 152 ZPO; BGE 143 III 297 E. 9.3.2). Allerdings kann ein Entscheid auch ganz ohne Beweiserhebung gefällt werden, soweit es beispielsweise keine genügend substantiierte Bestreitung der rechtserheblichen Tatsachen gibt oder nur Rechtsfragen streitig sind. Wie es sich damit im vorliegenden Fall verhält, wird nachfolgend und im Rahmen der materiellen Beurteilung zu prüfen sein. 4.2. Die Arbeitgeberin macht geltend, die Vorinstanz habe nach durchgeführter Parteibefragung in Aussicht gestellt, dass eine Beweisverfügung nachträglich noch erlassen werde, wenn die vorhandenen Beweismittel (Urkunden und Parteibefragung) für einen "spruchreifen Entscheid" (sic!) nicht ausreichen sollten (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. B.3). Das ergibt sich so auch aus dem Protokoll der Hauptverhandlung,

wo "Abschluss des Beweisverfahrens mit Vorbehalt" markiert ist und präzisiert wird, das Gericht werde im Rahmen der Beratung prüfen, ob es aufgrund der bereits abgenommenen Beweise (Urkunden, Parteibefragungen) einen Entscheid

10 / 44 fällen könne. Sollte dies nicht möglich sein, dann werde es eine Beweisverfügung erlassen (RG act. VII/1 S. 3). Es ist deshalb nicht zutreffend, wenn die Arbeitgeberin behauptet, es sei nie die Rede davon gewesen, dass von weiteren Beweisen abgesehen werde, ganz abgesehen davon, dass prozessleitende Entscheide stets in Wiedererwägung gezogen werden können (Art. 154 Satz 2 ZPO; Baumgartner, a.a.O., N 12 zu Art. 154 ZPO; BGer 4A_366/2023 v. 1.9.2023 E. 2.3.3). Dass die Arbeitgeberin drei Zeugen angeboten hat, trifft zu, was allerdings nicht heisst, dass diese zu allen möglichen Themen einvernommen werden müssten und dürfen. Die Beweismittel müssen in der Regel unmittelbar im Anschluss an die zu beweisende Behauptung aufgeführt werden, jedenfalls eindeutig zuzuordnen sein (BGer 4A_56/2013 v. 4.6.2013 E. 4.4: "Unter der auf das vorinstanzliche Verfahren anwendbaren Schweizerischen Zivilprozessordnung [Art. 404 Abs. 1 ZPO e contrario] ist ein Beweismittel nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen"). 4.3. Die Vorinstanz hat Beweis abgenommen und den Arbeitnehmer und den Geschäftsführer der Arbeitgeberin als Partei und unter Androhung von Ordnungsbussen befragt (Art. 191 ZPO; RG act. VII/2), ohne zuvor eine Beweisverfügung zu erlassen. Die Parteibefragung ist ein vollwertiges Beweismittel und unterscheidet sich von der rein informativen formlosen Befragung (Hans Schmid/Samuel Baumgartner, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021, N 1 f. zu Art. 191-193 ZPO). Entsprechend ist Art. 154 ZPO anwendbar, der grundsätzlich für jegliche Beweisabnahme eine Beweisverfügung vorsieht. Dennoch ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen, ob eine entsprechende Verfügung erforderlich ist (Peter Guyan, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 12 f. zu Art. 154 ZPO; Nicolas Wuillemin, Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO, Zürich 2018, Rz. 646 ff.; Christan Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, N 13 zu Art. 154 ZPO; Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 312 f.). So kann auf eine Beweisverfügung verzichtet werden, wenn keine eigentliche Beweisabnahme stattfindet. Das Gericht hat in einem solchen Fall nichts mehr vorzukehren, um die bereits real produzierten und sich bei den Akten befindlichen Beweise abzunehmen und zu würdigen, weshalb der Erlass einer Beweis(abnahme)verfügung entfällt. Werden bestimmte Beweismittel nicht zugelas-

11 / 44 sen, kann dies im Endentscheid – bis zu welchem keine gerichtliche Beweisabnahmehandlung mehr notwendig ist – begründet werden (Wuillemin, a.a.O., Rz. 651 ff. m.w.H.). 4.4. Wird ohne Beweisverfügung Beweis abgenommen bzw. gar kein Beweisverfahren durchgeführt, so kann diejenige Partei, deren Recht auf Beweis verletzt wurde, dies in der Berufung geltend machen. Dabei gelten jedoch die Regeln der Berufung, wie sie vorstehend in E. 2 aufgezeigt wurden, und es ist nicht damit getan, dass die beweisrechtlichen Regeln rekapituliert werden, sondern es ist mit dem Rechtsmittel konkret aufzuzeigen, inwieweit die gerichtlichen Fehler und Untertlassungen zu Benachteiligungen

fürten bzw. inwiefern der Entscheid bei gesetzeskonformem Beweisverfahren zu Gunsten der rügenden Partei anders und für sie günstiger ausgefallen wäre (Wuillemin, a.a.O., Rz. 755 ff.; BGer 4A_532/2015 v. 29.03.2016 E. 3.3; BGer 4A_221/2015 v. 23.11.2015 E. 3.2; vgl. auch BGer 4A_27/2018 v. 03.01.2019 E. 3.2.4). Der Hinweis, dass die Zeugen D._____, E._____ und F._____, die bei der Arbeitgeberin in Anstellung gestanden seien (und stehen), sich sowohl über den Vorfalldatum vom 16. März 2021 (Arbeitsverweigerung des Arbeitnehmers, fristlose Arbeitgeberkündigung) als auch über die vom Arbeitnehmer von G._____ zu übernehmende Arbeit und die Arbeitsverrichtungen des Arbeitnehmers nach seiner fristlosen Entlassung bis zu seiner Arbeitsniederlegung am 19. März 2021 hätten äussern können, erfüllt diese Voraussetzung nicht. Insbesondere ist nicht gesagt, für welche einzelnen Tatsachenaussagen jeder der drei genannten Mitarbeiter im vorinstanzlichen Verfahren als Zeuge genannt worden war, und dass die Zeugenaussagen, wären sie im Sinne der bezüglichen Behauptungen ausgefallen, sich auf den Ausgang des vorinstanzlichen Verfahrens im Sinne und zu Gunsten der Arbeitgeberin hätten auswirken können. Die Äusserung, dass sich die drei Mitarbeiter über die Arbeitsleistung des Klägers, über sein persönliches Verhalten gegenüber den Vorgesetzten und Mitarbeitern hätten äussern können, sodass sich der Kündigungsakt der Arbeitgeberin, die Arbeitswiederaufnahme seitens des Arbeitnehmers und letztlich auch die Angaben für den eingeklagten Zeugnistext hätten klären lassen (ZK2 23 27 A.1 Rz. B.6), ersetzt nicht einen Hinweis in der Berufung, inwieweit die drei Mitarbeiter im vorinstanzlichen Verfahren als Beweismittel für welche Tatsachen genannt wurden. Die anschliessende allgemeine Bemerkung, das rechtliche Gehör sei verletzt worden (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. B.6), kann konkrete Verweise und Beanstandungen nicht ersetzen (vgl. dazu auch nachfolgend E. 7.5).

5.1. Bereits vor Vorinstanz war die Frage der Verfahrenssprache kontrovers (ZK2 23 24 act. A.1 Rz. 3). Der Arbeitnehmer macht geltend, die Parteien seien 12 / 44 italienisch sprechend, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses sei stets italienisch gesprochen und die fristlose Entlassung sei in italienischer Sprache abgefasst worden. Da er kein Deutsch spreche, habe er der vorinstanzlichen Verhandlung nicht folgen können. Da sich die Sprache letztlich nicht auf die materiellrechtliche Beurteilung ausgewirkt habe, wolle er kein Aufheben machen, solange eine Übersetzung im Berufungsverfahren sichergestellt sei.

5.2. Das Sprachengesetz des Kantons Graubünden sieht in Art. 7 vor, dass die Amtssprache des Verfahrens vom Vorsitzenden festgelegt wird (Abs. 1) und dass Entscheide in der Amtssprache ausgefertigt werden, in der das Verfahren geführt wird. In Abs. 4 ist vorgesehen, dass eine unentgeltliche Übersetzung der Verhandlung oder des Urteils angeordnet wird, sofern eine Partei nur einer anderen Amtssprache mächtig ist. Damit ist nicht gesagt, wie es sich bei einer vertretenen Partei verhält, deren Rechtsvertretung deutschsprachig ist und die ihre Eingaben ausschliesslich in der deutschen Sprache verfasst. Selbstredend ist eine allfällige Befragung in derjenigen Sprache zu führen, deren der Einvernommene mächtig ist (Art. 7 Abs. 3 SpG), was die Vorinstanz vorliegend getan hat.

5.3. Im Berufungsverfahren kann es an sich eine mündliche Verhandlung geben (Art. 316 Abs. 1 ZPO), wofür im vorliegenden Fall allerdings kein Anlass besteht. Angesichts der Tatsache, dass der Schriftenwechsel im Berufungsverfahren abgeschlossen ist und durchwegs in deutscher Sprache erfolgte (so auch die vom Arbeitnehmer selbst eingereichte Berufung im Verfahren ZK2 23 24), besteht kein Grund zu besonderen Anordnungen.

E. 6

Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid zusammengefasst wie folgt: Die Parteien seien sich einig darüber, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer am 16. März 2021 fristlos gekündigt habe. Da die Kündigung eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung sei, stehe fest, dass die Kündigung ihre Rechtswirkung mit deren Aussprache bzw. Aushändigung am 16. März 2021 entfaltet habe. Nebstdem seien sich die Parteien darüber einig, dass der Arbeitnehmer nicht die Ausführung der eigenen Arbeit verweigert habe (act. B.1 E. 3.6 S. 13 Mitte). Im Februar 2021 habe die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer 100 Stunden Überzeit ausbezahlt und per 19. März 2021 einen Überstundensaldo von 43 Stunden anerkannt. Das spreche gegen die Behauptung der Arbeitgeberin, dass der Arbeitnehmer in der ersten Hälfte des Monats März nur zu 60 % ausgelastet bzw. unterbeschäftigt gewesen sei. Die Begründung in der schriftlichen Kündigung vom 16. März 2021 stimme mit keinem im Prozess vertretenen Parteistandpunkt überein. Es sei davon auszugehen, dass es sich bei der verweigerten 50 %-igen Arbeitsleistung um die Übernahme der Arbeit von G._____ gehandelt habe (act. B.1

13 / 44 E. 3.6 S. 13 unten). Deshalb sei nicht belegt, dass der Arbeitnehmer einzig die Abrechnung des Tagesverkaufes von G._____ hätte übernehmen müssen. Der Arbeitnehmer habe ausgesagt, dass 50 % der Arbeit von G._____ auch andere Aufgaben (als die Abrechnung des Tagesverkaufes) umfasst habe, die er mangels Deutschkenntnissen nicht hätte erledigen können. Auch nach den Aussagen von Geschäftsführer H._____ habe G._____ noch andere Aufgaben gehabt (act. B.1 E. 3.6 S. 14 oben). Die Arbeitgeberin habe nicht nachgewiesen, dass dem Arbeitnehmer die Übernahme der verlangten Arbeit trotz Zeitmangels und fehlender Kenntnisse dennoch zumutbar gewesen sei, ganz abgesehen davon, dass die Abwesenheit von G._____ am 16. März 2021 nicht erstellt sei (act. B.1 E. 3.6 S. 14 Mitte). Geschäftsführer H._____ habe ausgesagt, dass die Erstellung des Verkaufsjournals keinen Aufschub dulde, weil dieses fehlende Waren und falsche Preise aufzeige, weshalb es wichtig sei, dass das Journal zur Ausführung der vorzunehmenden Korrekturen am Abend bzw. am nächsten Morgen vorliege. Ein dringliches betriebliches Bedürfnis werde damit allerdings nicht aufgezeigt. Vor dem 16. März 2021 sei der Arbeitnehmer nie verwarnet worden; die mehrmaligen Verwarnungen an jenem Tag hätten die immer gleiche Verweigerung betroffen (act. B.1 E. 3.6 S. 14 unten). "Zusammengefasst bewies die Beklagte [Arbeitgeberin] nicht, dass der Kläger [Arbeitnehmer] die Vornahme einer zum Pflichtenheft gehörende oder eine zumutbare Ersatzarbeit trotz vorgängiger Verwarnung verweigerte. Damit steht fest, dass der Kläger keine Arbeitspflicht verletzte bzw. die rechtswidrige Weisung der Beklagten nicht befolgen musste. Demzufolge ist die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung des Klägers vom 16. März 2021 ungerechtfertigt". 7.1. In ihrer Berufung (ZK2 23 27) führt die Arbeitgeberin aus, es sei unbestritten, dass sich der Arbeitnehmer am 16. März 2021 geweigert habe, die Arbeiten des abwesenden Mitarbeiters G._____ in einem 50 % Pensum auszuführen, weshalb er vom Geschäftsführer mehrmals mündlich verwarnet und schliesslich am Nachmittag jenes Tages fristlos entlassen worden sei (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.2). Die Vorinstanz sei der Meinung, dass die zugewiesenen Arbeiten weder zum Pflichtenheft des Arbeitnehmers gehört hätten, noch für diesen zumutbar gewesen seien. Er habe die Arbeit demnach zu Recht verweigert (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.3). Die Arbeitgeberin sei aber weisungsberechtigt (Art. 321d OR). Solange zumutbar und nicht schikanös, seien Weisungen zu befolgen. Bei vertraglicher Vereinbarung einer bestimmten Tätigkeit könne keine völlig andere Tätigkeit zugewiesen werden (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.4). G._____ sei für den Warenverkehr zuständig gewesen, auch im Ortsbereich Region "C._____". Die

Administration des Tagesverkaufs dulde keinen Aufschub; nur so könne festgestellt werden, ob Wa-

14 / 44 ren fehlten oder Preisangaben allenfalls nicht zutreffen würden. Aufgrund der im Arbeitszeugnis aufgelisteten Tätigkeitsbereiche hätte der Arbeitnehmer die von H. _____ zugewiesene Administration des Tagesgeschäfts verrichten können, und er habe das früher auch schon getan (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.5). Die Vorinstanz begründe die Unzumutbarkeit mit der fehlenden Zeit sowie mit den fehlenden Kenntnissen. Der Geschäftsführer habe ausgeführt, dass es lediglich um das dringend zu bearbeitende Tagesgeschäft gegangen sei. Der Arbeitnehmer habe anerkannt, dass er "die Führung des Tagesjournals und das Bearbeiten von Verkaufslieferscheinen" zuvor bereits mehrfach gemacht habe. Sinngemäss habe er selbst erklärt, dass er diese Arbeiten in fachlicher Hinsicht machen könne, nicht aber in einem Pensum von 50 %. Die Vorinstanz habe somit nicht von einem Unvermögen des Klägers ausgehen dürfen (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.6). Der Arbeitnehmer habe auch den behaupteten Zeitmangel nicht bewiesen. Es sei die Arbeitgeberin, die festlege, was der Arbeitnehmer mit welcher Priorität erledigen müsse (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.7). Weisungen wären auch zu befolgen gewesen, wenn G. _____ nicht ausgefallen wäre. Willkür sei nie behauptet worden. Die Anwesenheit von G. _____ im Büro wäre vom Arbeitnehmer zu beweisen gewesen (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.8). Die mehrmals erteilten Weisungen seien berechtigt und zu befolgen gewesen (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.9). Die trotz Verwarnung erfolgte Missachtung zulässiger Weisungen aus dem angestammten Arbeitsgebiet oder einem Ersatzarbeitsgebiet sei eine schwerwiegende Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten. Die Arbeitgeberin habe die wiederholte Pflichtverletzung/Arbeitsverweigerung samt Abmahnung zu beweisen, während der Arbeitnehmer substantiiert darlegen müsse, dass die Arbeitsverweigerung berechtigt gewesen sei, was nicht gesehen sei (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.11). Die Vorinstanz gehe davon aus, dass die Arbeitgeberin beweisen müsse, dass der Arbeitnehmer die ihm zugewiesenen Arbeiten jemals verrichtet habe und dass nur das Tagesgeschäft abzurechnen gewesen sei. Dass noch anderes von ihm verlangt worden sei, hätte der Arbeitnehmer beweisen müssen, ebenso wie die Anwesenheit von G. _____ sowie die Nichtdringlichkeit der Abrechnung und Prüfung (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.12). Die Vorinstanz gehe davon aus, dass die Verwarnung, wie sie ausgesprochen worden sei, nicht rechtsgenügend sei, weil es zuvor nie eine Verwarnung gegeben habe. Eine Missachtung berechtigter Weisungen könne eine fristlose Entlassung rechtfertigen, auch ohne vorausgegangene Verwarnung. Es habe drei Aufforderungen gegeben, das Tagesgeschäft zu verrichten, welches üblicherweise von G. _____ ausgeführt werde, und es sei die fristlose Kündigung angedroht worden, sodass der Arbeitnehmer ausreichend Zeit gehabt habe, sein Verhalten zu ändern. Die eingeklagte Lohnforderung sei deshalb abzuweisen (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.13).

15 / 44 7.2. Der Arbeitnehmer hält in seiner Berufungsantwort (ZK2 23 27 act. A.2 Rz. 25) zusammenfassend fest, dass die Situation keine fristlose Entlastung rechtfertigt, schon gar nicht ohne eine vorausgehende ganz normale Verwarnung, wobei auch das angesichts der Überzeiten an der Ausgangslage nicht allzu viel geändert hätte. Bestritten werde auch die Dringlichkeit der Arbeiten, wobei auch dieser Hinweis hypothetischen Charakter aufweise, zumal G. _____ am Kündigungstag noch am Arbeiten gewesen sei. Schliesslich liege auch kein schwerwiegender Fall vor, der nicht mit einer ordentlichen Kündigung hätte geregelt werden können (Art. 337 Abs. 2 OR). Faktenwidrig führe die

Arbeitgeberin an, sie habe die Fortführung des Arbeitsverhältnisses während zweieinhalb Tagen als neues Arbeitsverhältnis verstanden und sei damit einverstanden gewesen. 7.3. Der wesentliche Aspekt dieser Streitsache ist die Frage, welche zusätzlichen Arbeiten der Geschäftsführer H._____ vom Arbeitnehmer infolge der krankheitsbedingten Abwesenheit von G._____ verlangt hatte. Der Arbeitnehmer begründet seine Weigerung, die Arbeiten zu übernehmen, damit, dass sie ihn in zeitlicher und fachlicher Hinsicht überfordert hätten, während die Arbeitgeberin die Übernahme für zumutbar hält und auf ihr Weisungsrecht hinweist. Die Arbeitgeberin beginnt den materiellen Teil ihrer Berufungsschrift (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.2) mit dem Satz: "Ebenfalls unbestritten ist, dass sich der Kläger [der Arbeitnehmer] am 16. März 2021 weigerte, die Arbeiten des abwesenden Mitarbeiters G._____ in einem 50 % Pensum auszuführen". Von der Übernahme von 50 % der Arbeit von G._____ (die auch andere Aufgaben beinhaltete als die Administration des Tagesverkaufs; act. B.1 S. 14 oben), ging auch die Vorinstanz aus. Und von diesen 50 % ist – weil unbestritten – auch vom Kantonsgericht auszugehen. Wenig später, in ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.5, steht dann: "Die vom Geschäftsführer H._____ zugewiesene Arbeit, nämlich die Administration des Tagesgeschäftes C._____ zu verrichten, war ähnlich wie der Tätigkeitsbereich des Klägers. Die Arbeitsvorgänge gemessen an den Anforderungen stimmten überein und der Kläger hätte ohne besondere Einarbeitung diese Arbeit ausführen können. Hinzu kommt, dass der Kläger diese ihm zugewiesene Tätigkeit bereits früher bei Ferienabwesenheit des Mitarbeiters G._____ ausgeführt hatte". Ist von der Anordnung, 50 % des Pensums von G._____ zu übernehmen, auszugehen, ist nicht nachvollziehbar, warum die Arbeitgeberin in der Folge ausschliesslich mit der Administration des Tagesgeschäftes C._____ argumentiert, die – wie zu zeigen sein wird (vgl. E. 7.4.4) – weniger ausmacht als die genannten 50 %.

16 / 44 7.4.1. Die Arbeitgeberin hat eine "Replik" verfassen wollen und angesichts dessen, dass ihr seitens des Kantonsgerichts der Abschluss des Schriftenwechsels angezeigt worden war, eine Fristansetzung verlangt (ZK2 23 27 act. D.5). Zum sog. Replikrecht (nicht zu verwechseln mit einer vom Gericht angeordneten Replik i.S.v. Art. 316 Abs. 2 ZPO) ist anzumerken, dass Kritik am vorinstanzlichen Entscheid in der Berufungsschrift vorzutragen ist. Dazu wird in BGE 142 III 413 E. 2.2.4 festgehalten: "Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (Urteile 4A_380/2014 vom 6. Oktober 2014 E. 3.2.2; 5A_737/2012 vom 23. Januar 2013 E. 4.2.3)". Wie bereits in der Berufung hat die Arbeitgeberin auch in der "Replik" nochmals darauf hingewiesen, dass die Vorinstanz zu Unrecht darauf abgestellt habe, dass im schriftlichen Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers die Stellvertretung von G._____ nicht vorgesehen gewesen sei. Der Arbeitnehmer habe zugegeben, früher – auf Ersuchen von G._____ – dessen Arbeiten ausgeführt zu haben (ZK2 23 27 act. A.3 Rz. B.1 "zu Ziff. 3 bis 8 der Berufungsantwort" S. 5 Abs. 3). Die Vorinstanz habe entsprechend keine genug sichere Kenntnis gehabt, um den Schluss ziehen zu können, der Arbeitnehmer habe die Arbeiten nicht ausführen können. Darüber hätte ein Beweisverfahren durchgeführt werden müssen und zwar mit den von ihr aufgeführten Zeugen D._____, E._____ und F._____, die als Mitarbeiter im Betrieb der Arbeitgeberin Kenntnisse über die getätigten Arbeiten des Arbeitnehmers und von G._____ hätten. 7.4.2. Keine Beweise sind zu erheben, wenn Tatsachen unbestritten sind. Der Arbeitnehmer hatte in der Befragung ausgeführt, dass er Arbeiten von G._____ auf dessen Bitte ausgeführt

habe, wenn dieser in den Ferien gewesen sei (RG act. VII/2, Fragen 3 und 4 der Einvernahme A.____). Es habe sich aber nur um die Verkaufsjournale und die Lieferscheine für das C.____ gehandelt, und nur dies- bezüglich habe er die erforderliche Zeit und die nötigen Kenntnisse gehabt. Auf die Frage 5, ob er am 16. März 2021 darum gebeten worden sei, die Aufgaben von G.____ zu übernehmen und, wenn ja, von wem und in welchem Umfang, antwortete er, dass ihm H.____ aufgetragen habe, 50 % der Arbeit von G.____ zusätzlich zu seiner eigenen Arbeit zu übernehmen. Er habe diese zusätzlichen Arbeiten verweigert (Antwort auf Frage 6). Befragt zu den Motiven der Verweigerung hat der Arbeitnehmer geantwortet, dass – wie schon früher gesagt – 50 % der Arbeiten von G.____ auch andere Aufgaben umfasst hätten als die Bearbei-

17 / 44 tung von Lieferscheinen und das Führen von Verkaufsjournalen, zu deren Ausführung er sich nicht in der Lage gefühlt habe (Antwort auf Frage 7). Mit Frage 9 wurde der Arbeitnehmer gefragt, ob er aufgrund seiner Kenntnisse und seiner Berufserfahrung zur Stellvertretung in der Lage gewesen sei. Darauf antwortete er, dass er nicht bezüglich der ganzen 50 % dazu in der Lage gewesen sei. 7.4.3. Die Arbeitgeberin wirft der Vorinstanz vor, sie hätte nicht darauf abstellen dürfen, dass die Stellvertretung im Arbeitsvertrag nicht erwähnt worden sei, weil der Arbeitnehmer zugestanden habe, auf Ersuchen von G.____ dessen Arbeiten schon früher erledigt zu haben. Das stellt allerdings die vorinstanzliche Aussage, dass "kein Stellenbeschrieb bei den Akten [liege], der bestätige, dass der Kläger vertraglich zur Ausführung der Abrechnung des Tagesverkaufes verpflichtet gewesen wäre" (ZK2 23 27 act. B.1 E. 3.6 S. 13 ganz unten), nicht grundsätzlich in Frage, sondern betrifft höchstens das Argument, der Arbeitnehmer sei nicht in der Lage gewesen, die bzw. alle Arbeiten von G.____ auszuführen. Zudem ist das keineswegs das einzige Argument, womit die Vorinstanz die Unzumutbarkeit der Übernahme der Stellvertretung begründet hat. Die Arbeitgeberin hat in der Berufung (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.6) selber erwähnt, dass die Vorinstanz die Unzumutbarkeit sowohl mit fehlender Zeit als auch mit fehlenden Fachkenntnissen begründet habe. 7.4.4. Die Arbeitgeberin hat darauf hingewiesen, der Arbeitnehmer habe selber anerkannt, dass er "einen Teil des Arbeitsbereiches von G.____, nämlich die Führung des Tagesjournals und die Bearbeitung von Verkaufslieferscheinen mehrmals früher verrichtet hatte" (RG act. VII/2 Befragung A.____ Fragen 2 und 4). Und H.____ habe ausgeführt, dass der Arbeitnehmer lediglich das dringend zu bearbeitende Tagesgeschäft von G.____ zu verrichten gehabt hätte, was er ohne Weiteres hätte ausführen können (RG act. VII/2 Befragung H.____ Frage 6 und 7). Diese Aussagen stimmen im Wesentlichen überein, jedenfalls insoweit, als mit dem Führen des Tagesjournals und mit dem Bearbeiten der Verkaufslieferscheine und dem Verrichten des Tagesgeschäfts dieselben Arbeiten gemeint sind, wovon auszugehen ist. Dass das nicht alle Arbeiten von G.____ betrifft, ergibt sich aus der Antwort von H.____ auf die 3. Frage nach dem Aufgabenbereich von G.____ (RG act. VII/2 Befragung H.____), dass dieser "gestiva tutti i traffici dei contingenti che abbiamo con la dogana, ecc., ovvero tutti i passaggi dei contingenti che ci arrivano e che vengono fatti a I.____ e orienta sia la nostra sede di J.____, sia C.____, K.____ e L.____ per sapere quali merci abbiamo a disposizione da poter caricare e suddividerli tra le stesse sedi, per evitare che la merce migliore finisca in un solo posto. Oltre a ciò il Signor G.____ aveva il com-

18 / 44 pito di fare i conteggi dell'C.____ ed altri piccoli compiti amministrative. Il lavoro riguardante i conteggi dell'C.____ dura al massimo tre ore". Geht man von den mehrfach erwähnten und auch von der Arbeitgeberin für massgeblich bezeichneten 50 % aus, die der

Arbeitnehmer zu übernehmen hatte, ist offen geblieben, woraus der Rest der Arbeit in zeitlicher und sachlicher Hinsicht bestanden hätte. Denn: dass die Arbeit von 3 Stunden, wie es von H._____ erwähnt wurde, 50 % des Arbeitspensums von G._____ für einen Tag entsprach, kann nicht zutreffen, galt doch gemäss Arbeitsvertrag eine Wochenarbeitszeit von 47.5 Stunden, was eine Tagesarbeitszeit von 9.5 Stunden ergibt. Davon 50 % wären 4 Stunden und 45 Minuten. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Arbeitgeberin auch in der Berufung davon ausgeht, der Arbeitnehmer hätte 50 % der Arbeit von G._____ übernehmen müssen, dass jedoch nirgends dargelegt wird, der Arbeitnehmer wäre in der Lage gewesen, mehr als nur das Tagesgeschäft – das gemäss Geschäftsführer H._____ in drei Stunden hätte erledigt werden können – zu erledigen. Das Kantonsgericht zieht daraus den Schluss, dass vom Arbeitnehmer Arbeiten verlangt worden sein müssen, für die ihm die Kenntnisse fehlten. 7.5. Wie erwähnt beanstandet die Arbeitgeberin in der Berufungsbegründung, dass drei von ihr anbotene Zeugen durch die Vorinstanz nicht einvernommen worden seien, die als Mitarbeiter im Betrieb der Arbeitgeberin Kenntnisse über die getätigten Arbeiten des Klägers und von G._____ hätten (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. B.6). Mit der Replik stellt sie im Berufungsverfahren neu den Antrag, eventualiter seien die nicht abgenommenen Zeugenbeweise im Berufungsverfahren nachzuholen (ZK2 23 27 act. A.3 S. 2 f.). Dass ein Beweisverfahren mit der Einvernahme der drei namentlich bezeichneten Zeugen durchzuführen sei, ist unzutreffend (vgl. vorstehend E. 4.4). Mit Blick darauf, dass in der Berufungsbegründung sowie im Rechtsbegehren Ziff. 8 der "Replik" eine Liste von Themen aufgeführt wird, die durch die drei Zeugen zu klären seien, ist daran zu erinnern, was bereits in E. 4.2 ausgeführt wurde, nämlich dass die Beweismittel in der Regel unmittelbar im Anschluss an die zu beweisende Behauptung aufgeführt, jedenfalls eindeutig zugeordnet werden müssen (BGer 4A_56/2013 v. 4.6.2013 E. 4.4: "In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen"). Die Zeugeneinvernahmen müssten deshalb ohnehin nur dann nachgeholt werden, wenn in der Berufungsschrift genau gesagt worden wäre, wo im vorinstanzlichen Verfahren welche genauen Beweisofferten missachtet worden wären. Hinzu kommt, dass ein konkreter Antrag auf die Einvernahme der Zeugen im Berufungsverfahren erstmals

19 / 44 mit der Replik, und damit verspätet gestellt wurde (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.). 7.6. Die Vorinstanz hat den Zeitfaktor in ihre Überlegungen miteinbezogen und den "Zeitmangel" als berechtigten Einwand angesehen (act. B.1 E. 3.6 S. 14 Mitte). In der Berufung wird das von der Vorinstanz bejahte zeitliche Argument von der Arbeitgeberin mit den Worten abgetan, dass "Weisungen, die in zeitlicher Hinsicht übrige Tätigkeitsbereiche belasten würden", vom Arbeitnehmer nicht zu überprüfen seien. Das von der Vorinstanz erklärte zeitliche Hindernis sei daher bedeutungslos und hätte vom Arbeitnehmer bewiesen werden müssen. Der tägliche Arbeitsaufwand habe lediglich 3 Stunden betragen. Diese Arbeit hätte der Arbeitnehmer erledigen können (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.7, act. A.3 Rz. B.12). Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Faktor Zeit, der für die Zumutbarkeit der Gesamtbelastung des Arbeitnehmers mit eigenen Arbeiten und mit 50 % der Arbeiten von G._____ durchaus eine Rolle spielt, ist in der Berufung nicht ersichtlich. Wenn die Arbeitgeberin in der anschliessenden "Replik" (ZK2 23 27 act. A.3 Rz. 5 S. 6) schreibt, der Arbeitnehmer anerkenne, dass er am 16. März 2021 zu wenig Arbeit gehabt und dass er es als opportun erachtet habe, allfällige Überstunden abzubauen, statt einzuspringen und die zumutbare Arbeit des Arbeitskollegen abzuarbeiten, fehlt der Hinweis, wo dies gesagt wurde und gegebenenfalls mit welchen Beweismitteln diese

Aussage belegt werden sollte. Dass und wo der Arbeitnehmer anerkenne, er habe am 16. März 2021 zu wenig Arbeit gehabt, ist für das Kantonsgericht nicht ersichtlich. Dieses ist auch nicht gehalten, die Anerkennung des Arbeitnehmers im Dossier zu suchen, sondern kann sich auf die eingangs geschilderten Berufsregeln beziehen, wonach es den Parteien obliegt, auf die Fundstellen hinzuweisen. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid darauf hingewiesen, dass dem Arbeitnehmer im Februar 2021 100 Überstunden ausbezahlt worden seien und dass er per 19. März 2021 bereits wieder einen Überstundenaldo von 43 Stunden angehäuft gehabt habe, was sich schlicht nicht mit der Behauptung, dass der Arbeitnehmer in der ersten Hälfte des Monats März 2021 mit seiner eigenen Arbeit höchstens zu 60 % ausgelastet gewesen sei, vereinbaren lasse (act. B.1 E. 3.6 S.13). Tatsächlich ist nicht erklärbar, wie jemand, der nur zu 60 % ausgelastet ist, Überstunden generieren kann. Auf diesen offenkundigen Widerspruch hätte die Arbeitgeberin in der Berufung eingehen und erläutern müssen, wie dies möglich sei, was sie mit keinem Wort getan hat. Ohne dass das Kantonsgericht näher darauf eingehen muss, sei angemerkt, dass, soweit ersichtlich, seitens der Arbeitgeberin nirgends geltend gemacht wird, dass H._____ für die zu bewältigenden Arbeiten eine Prio-

20 / 44 ritätsordnung erstellt und dem Arbeitnehmer gesagt hätte, dass er eigene Arbeiten in dieser Situation auf einen späteren Zeitpunkt verschieben bzw. dass diese für die Dauer der Stellvertretung liegen bleiben könnten. Zwar ist in den Ausführungen der Arbeitgeberin von einer Prioritätsordnung die Rede (vgl. oben E. 7.1), jedoch nicht in dem Sinn, dass es auch eigene Arbeiten des Arbeitnehmers gegeben hätte, die allenfalls in dieser besonderen Situation hätten liegen bleiben können. Dass die Vorinstanz vom Zeitmangel als einem mitentscheidenden Faktor ausging, ist daher nicht zu beanstanden. 7.7. Ebenso wenig beschäftigt sich die Arbeitgeberin in der Berufung mit dem vorinstanzlichen Argument, dass nicht erklärt werde, warum es ein dringendes betriebliches Bedürfnis für die Erledigung der Arbeiten von G._____ gegeben habe; es sei nirgends erklärt worden, warum die Erstellung des Verkaufsjournals nicht zwei bis drei Tage hätte aufgeschoben werden können. Dass das Führen des Tagesjournals dringlich sei, wird auch in der "Replik" nochmals beteuert (ZK2 23 27 act. A.3 Rz. B.14), der Grund für die behauptete Dringlichkeit und die fehlende Aufschubsmöglichkeit ist allerdings bis zuletzt ungenannt geblieben. Das Kantonsgericht kann und muss auch diesbezüglich nichts überprüfen. 8.1. Bleibt die weitere Tatsache, dass der Arbeitnehmer unbestrittenermassen nach der fristlosen Entlassung weitergearbeitet hat. Hier stellt sich die Frage, ob die Geschehnisse zwischen der fristlosen Kündigung am 16. März 2021 und dem endgültigen Verlassen des Arbeitsplatzes am Vormittag des 19. März 2021 zum Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages geführt haben. Im angefochtenen Urteil verneinte die Vorinstanz, dass der Arbeitnehmer durch seine Weiterarbeit nach erfolgter Entlassung ein neues Vertragsverhältnis eingegangen sei (act. B.1 E. 3.6.1. S. 15): Dieser habe seine Weiterarbeit damit begründet, dass er ein Familienmensch sei (recte: padre di famiglia = Familienvater; RG act. VII/2 Befragung A._____ Frage 16) und er sei zum ersten Mal mit einer solchen Situation konfrontiert gewesen. Er habe Angst gehabt, seine Rechte zu verlieren. Ein befreundeter Anwalt habe ihm dann erklärt, dass er das Unternehmen verlassen müsse und nicht zurückkehren könne. Die Vorinstanz hielt diese Aussage für glaubhaft und hielt fest, daraus könne kein Arbeitsangebot des Arbeitnehmers abgeleitet werden. Der Geschäftsführer der Arbeitgeberin habe seinerseits nicht bestätigt, dass die Arbeitgeberin mit der Weiterarbeit des Arbeitnehmers einverstanden gewesen sei, sondern nur damit, dass der Arbeitnehmer bis zum Ende des Tages (des 17. März 2021; RG act. VII/2 Befragung

H._____ Frage 19) weiterarbeite. Infolgedessen habe die Arbeitgeberin damit nicht belegt, dass die Parteien am Nachmittag des

21 / 44 16. März 2021 konkludent ein neues Arbeitsverhältnis untereinander eingegangen seien. 8.2. Die Arbeitgeberin beruft sich auf Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N 22 zu Art. 337 OR (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.14 f.): Auch wenn die fristlose Entlassung unberechtigt gewesen sei, sei der Arbeitnehmer nicht berechtigt, weiterzuarbeiten. Wenn er aber seine Arbeit fortsetze, so sei dies als neues Arbeitsangebot zu betrachten. Beschäftige die Arbeitgeberin ihn in der Folge wieder, so habe sie dieses Angebot angenommen und es liege stillschweigend ein neuer Vertragsschluss vor. Die Vorinstanz begründe den Nichtabschluss eines neuen Arbeitsvertrages damit, dass der Geschäftsführer nicht ausdrücklich bestätigt habe, dass er mit dem Abschluss des neuen Arbeitsverhältnisses einverstanden gewesen sei. Diese Frage sei dem Geschäftsführer in der Parteibefragung gar nicht gestellt worden, sondern dieser habe lediglich darauf hingewiesen, dass es für ihn in Ordnung gehe, wenn der Kläger bis zum Ende des Tages (16. März) weiterarbeiten würde. Der Kläger habe aber noch am 17. März und am 18. März 2021 den ganzen Tag gearbeitet und die Arbeitgeberin habe dies akzeptiert und keine Einwendungen erhoben. 8.3. Zunächst ist das eingangs erwähnte Zitat von Streiff/von Kaenel/Rudolph zu vervollständigen. Die Autoren schreiben in der von der Arbeitgeberin zitierten Note 22 zu Art. 337 OR grundsätzlich das, was in der Berufungsschrift zitiert wird. Allerdings fehlt in der Berufungsschrift der ganz wesentliche Teil des Zitates, auf das offensichtlich auch die Vorinstanz abgestellt hat, nämlich: "Wenn der Arbeitgeber jedoch die Entlassung nach dem Protest des Arbeitnehmers sofort 'zurücknimmt', und der Arbeitnehmer weiter arbeitet, liegt ein stillschweigender neuer Vertrag vor". Das bedeutet, dass der Arbeitgeber, wenn eine Entlassung ausgesprochen wurde, auf diese zurückkommen muss, und dass nur so der Weg für einen neuen Vertragsschluss freigemacht wird. Der Arbeitnehmer hat die Entgegennahme und Unterzeichnung der Kündigung verweigert, was als "Protest" i.S.v. Streiff/von Kaenel/Rudolph zu verstehen ist, und die Kündigung wurde ihm in der Folge per Post zugestellt, was sicher nicht als Rücknahme der Kündigung seitens der Arbeitgeberin verstanden werden kann, sodass kein neuer Vertrag zustande kommen konnte. Die Arbeitgeberin kritisiert, die Vorinstanz habe sich gegen das Zustandekommen eines neuen Vertrages ausgesprochen, weil der Geschäftsführer H._____ anlässlich seiner Befragung nicht ausdrücklich bestätigt habe, dass er mit dem Abschluss eines neuen Vertrages einverstanden gewesen sei. Frage 19 der Parteibefragung H._____ (RG act. VII/2 S. 5) hat folgenden Wortlaut: "Offenbar

22 / 44 hat der Kläger, nachdem Sie die fristlose Kündigung mündlich ausgesprochen hatten, weitergearbeitet. Nachdem Sie ihm fristlos gekündigt hatten, warum haben Sie das akzeptiert bzw. warum haben Sie ihn nicht aufgefordert, den Arbeitsplatz zu verlassen?" Und die Antwort: "Il 17 marzo 2021 il Signor A._____ mi dice di non aver ricevuto la lettera di licenziamento [Anmerkung: diese war ihm ja, als er am 16.3. die Unterschrift verweigerte, per Post zugestellt worden, worauf sich der Satz beziehen muss, dass er sie am 17.3. noch nicht bekommen habe]. E allora, non essendo uno spilorcio gli ho detto che andava bene che lavorasse fino a fine giornata. Non sto lì a impuntarmi per una giornata né, in qualità di imprenditore, penso alle possibili conseguenze giuridiche dell'atto. Aggiungo che il Signor A._____ non mi ha neanche chiesto se potevamo trovarci per risolvere la situazione, non ha fatto una piega. Ed io non faccio una piega quando una persona si ri-

fiuta di svolgere una mansione quando non ha altri compiti". Frei übersetzt heisst das: der Arbeitnehmer habe ihm am 17. März 2021 (d.h. am Folgetag der Kündigung) gesagt, er habe die (per Post verschickte) Kündigung nicht erhalten. Weil er kein Erbsenzähler sei, habe er darauf gesagt, dass es in Ordnung sei, wenn der Arbeitnehmer bis zum Tagesende arbeite. [...] Anzufügen sei, dass Herr A._____ ihn (den Geschäftsführer) nicht gefragt habe, ob es einen Weg aus dieser Situation gebe, er habe nicht eingelenkt. Er (H._____) lenke nicht ein, wenn eine Person, die nichts anderes zu tun habe, sich weigere, eine Arbeit zu verrichten. Wenn die Vorinstanz aus dieser Antwort geschlossen hat, dass die Arbeitgeberin nicht auf die Kündigung zurückgekommen sei, ist dies der einzig mögliche Schluss. Soweit die Arbeitgeberin daraus eine Rücknahme verstanden haben will, ist das unverstänlich, wird doch die Antwort diametral ins Gegenteil verkehrt. Ein neuer Vertrag war damit nicht zustande gekommen, sodass die Ansprüche aus der fristlosen Kündigung dadurch auch nicht obsolet werden konnten. 9.1. Ein weiterer umstrittener Punkt ist die Pönalentschädigung i.S.v. Art. 337c Abs. 3 OR. Die Vorinstanz hat die Zusprechung von zwei Monatslöhnen wie folgt begründet: Massgebliche Kriterien für die Bemessung seien die Schwere der Persönlichkeitsverletzung und die Lebenssituation des Arbeitnehmers, die Dauer der Anstellung, besondere Umstände oder Auswirkungen der Kündigung, auch solche wirtschaftlicher Art, das Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Entlassung, die finanzielle Situation der Parteien, die Schwere des Mitverschuldens, und auch die Umstände, die sich nach der Kündigung zugetragen hätten. Der Arbeitnehmer habe 14 Jahre und 11 Monate bei der Arbeitgeberin gearbeitet, was für den 40 Jahre alten Arbeitnehmer einen ganz wesentlichen Teil seiner beruflichen Tätigkeit bedeute. Er sei noch nie verwahrt worden, zudem sei ihm auch noch die Hauswarte stelle gekündigt worden. Ein Mitverschulden sei zu verneinen und er habe eine

23 / 44 Familie zu ernähren. Allerdings habe er bereits im Mai 2021 wieder eine feste Anstellung im C._____ finden können mit einem Bruttolohn von CHF 4'670.10 pro Monat. Dass er vom Geschäftsführer der Arbeitgeberin gegenüber Dritten schlechtgemacht worden sei, belege er hingegen nicht (act. B.1 E. 5.2 ff.). 9.2. In der Berufung führt die Arbeitgeberin aus, bei der Festlegung einer Strafzahlung sei die Schwere des Verschuldens des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Der Arbeitnehmer habe mit seinem Verhalten und seiner beharrlichen Arbeitsverweigerung trotz Verwarnung seine Entlassung provoziert, sodass die fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen sei. Wegen des Abschlusses eines neuen Vertrages sei die Entschädigung ohnehin nicht geschuldet. Vier Monatslöhne würden gerichtlich dann zugesprochen, wenn das Verschulden des Arbeitgebers schwer wiege und den Arbeitnehmer kein Verschulden treffe. Hier sei das Verschulden der Arbeitgeberin – wenn überhaupt – leicht und das Mitverschulden des Arbeitnehmers schwer; die Gründe der Auflösung des Arbeitsverhältnisses seien einzig beim Arbeitnehmer gelegen, sodass es sich hier um ganz aussergewöhnliche Umstände handle und gänzlich von einer Strafzahlung abgesehen werden könne (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.17). 9.3. Auch diesbezüglich setzt sich die Arbeitgeberin nur völlig oberflächlich mit dem vorinstanzlichen Entscheid auseinander und beschränkt sich im Wesentlichen auf die (nicht weiter begründete) Feststellung, sie sei schuldlos und der Arbeitnehmer der Schuldige. Zu den einzelnen Elementen, die die Vorinstanz erwähnt hat, äussert sie sich mit keinem Wort, was für die Begründung einer Berufung ungenügend ist. Deshalb bleibt es jedenfalls beim vorinstanzlichen Entscheid; ob die Strafzahlung allenfalls erhöht wird, wie der Arbeitnehmer verlangt, ist im Zusammenhang mit der anschliessenden Behandlung der Berufung des Arbeitnehmers zu

entscheiden (nachfolgend E. 12 ff.). 10.1. Die Vorinstanz hat sich einlässlich mit den Grundlagen für die Ausstellung von Arbeitszeugnissen (Art. 330a OR) auseinandergesetzt. Sie hat dargelegt, warum das Arbeitszeugnis der Arbeitgeberin ungenügend sei und angeordnet, mit welchem Wortlaut die Arbeitgeberin das Arbeitszeugnis auszustellen habe (act. B.1 E. 7). 10.2. Die Arbeitgeberin beanstandet, dass das Regionalgericht den vom Arbeitnehmer formulierten und eingereichten Zeugnistext wörtlich übernommen habe. Sie habe dem Arbeitnehmer bereits ein Vollzeugnis ausgestellt, sodass es vorliegend um eine Zeugnisberichtigung gehe. Der Arbeitnehmer habe bei einer klageweisen Durchsetzung der Zeugnisberichtigung einen abgeänderten Zeugnistext zu

24 / 44 formulieren und ins Rechtsbegehren aufzunehmen, was nicht geschehen sei. Der Zeugnistext des Arbeitnehmers sei erst vor Schranken deponiert worden. Bereits aufgrund des fehlenden Begehrens um Zeugnisberichtigung sei die Klage auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses abzuweisen. Der Beweis für die Ausstellung eines Vollzeugnisses durch die Arbeitgeberin sei erbracht, dieses sei vollständig und wahr und gebe ein getreues Abbild der Tätigkeit und des Verhaltens des Arbeitnehmers. Für den zusätzlichen Zeugnistext sei der Arbeitnehmer beweispflichtig (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.18). 10.3. Der Arbeitnehmer weist darauf hin, dass er das Arbeitszeugnis in Textform eingeklagt habe. In der Klageantwort habe die Arbeitgeberin einen formell begründeten Abweisungsantrag gestellt, ohne inhaltlich Stellung zu nehmen. An der Hauptverhandlung sei sie mit keinem Wort darauf eingegangen. Die formellen Einwände der Beklagten hinsichtlich einer unzulässigen Klageänderung habe die Vorinstanz mit klaren Worten abgewiesen (ZK2 23 27 act. A.2 Rz. 36 f.). 10.4.1. Zunächst ist festzuhalten, dass der Arbeitnehmer den von ihm gewünschten Zeugnistext entgegen den Behauptungen der Arbeitgeberin nicht erst vor Schranken deponiert hat. Ziff. 4 des Rechtsbegehrens der Klage lautet: "Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ein Zeugnis mit dem unter RZ 37 [recte Rz. 46] aufgeführten Wortlaut auszustellen" (RG act. I/1). Darauf zu bestehen, dass der ganze Text wörtlich im Rechtsbegehren stehen müsse und ein Verweis nicht zulässig sei, wäre überspitzt formalistisch, und die Vorinstanz hat eine unzulässige Klageänderung zu Recht verneint (act. B.1 E. 2.5). 10.4.2. Aufgrund der Beanstandungen der Arbeitgeberin ist zunächst zu klären, was eine Zeugnisberichtigung ist bzw. sein kann. Liest man die Ausführungen der Arbeitgeberin (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.18), so will sie offenbar nur den von ihr formulierten Text als Basis mit berichtigenden Einfügungen und Streichungen zulassen. Dieses Verständnis entspricht dem Ausdruck "Berichtigung" zwar am ehesten, kann aber nicht bedeuten, dass für eine Berichtigung letztlich nicht auch ein ganzer, zusammenhängender Text zulässig sein kann. In diesem Zusammenhang sind Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 5a zu Art. 330a OR m.w.H., zu nennen, wo es heisst: "Im Unterschied zur Zeugnisklage muss der Arbeitnehmer (bei einer Berichtigung) einen neuen Text oder konkrete Abänderungsvorschläge in sein Rechtsbegehren aufnehmen". 10.4.3. Gemäss BGE 144 II 345 E. 5.2.3 "sind Formulierung und Wortwahl des Arbeitszeugnisses dem Arbeitgeber überlassen. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf eine bestimmte Formulierung (Urteile 4A_137/2014 vom 10. Juni 2014

25 / 44 E. 4; 4A_117/2007 vom 13. September 2007 E. 7.1; 4C.129/2003 vom 5. September 2003 E. 6.1; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N. 5a zu Art. 330a OR)". Er muss eine vom Arbeitnehmer gewünschte Formulierung nicht übernehmen, was allerdings nicht heisst, dass es dem Gericht verwehrt ist, eine vom Arbeitnehmer vorgeschlagene Formulierung des Arbeitszeugnisses gerichtlich anzuordnen, wenn es davon ausgeht, dass

diese die zeugnisrelevanten Faktoren des Arbeits- verhältnisses zutreffend wiedergibt.

10.4.4. Bei den Akten liegt eine Arbeitsbestätigung vom 16. Juni 2021 (RG act. III/8) sowie das von der Arbeitgeberin verfasste Arbeitszeugnis, welches vom 16. März 2021 datiert (RG act. III/7): "Arbeitszeugnis Herr A. _____, geboren am _____ war vom 17. Oktober 2006 bis 31. Ja- nuar 2019 als Mitarbeiter Handel C. _____ tätig. Teilweise übernahm er die Stv. des Magazinchefs C. _____. Ab 1. Februar 2019 bis 16. März 2021 war er als Stv. Leiter C. _____ in unserer Unternehmung in J. _____ angestellt. Er führte folgende Arbeiten aus: • Bereitstellung der Waren • Einkauf von Früchten und Gemüse • Verkauf von Früchten und Gemüse • Überprüfung eingehende Rechnungen der Lieferanten • Wareneingangsbuchungen • Tagesverkaufabrechnungen Herr A. _____ hat am 28. April 2020 das Arbeitsverhältnis auf den 31. Juli 2020 gekündigt, aber am 16. Mai 2020 die Kündigung zurückgezogen. Am 16. März 2021 haben wir nach Rücksprache mit Herrn A. _____ das Arbeitsverhältnis gekündigt." Das Arbeitszeugnis der Arbeitgeberin ist äusserst rudimentär ausgefallen. Es um- fasst im Wesentlichen die Dauer der Beschäftigung bei der Arbeitgeberin und die kaum relevante Information, dass der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis im Jahre 2020 gekündigt, die Kündigung dann allerdings zurückgezogen habe. Entschei- dend war und ist, dass der Arbeitnehmer seit rund 12 Jahren ununterbrochen für die Arbeitgeberin arbeitete. Aufgelistet werden sodann die Arbeiten, die der Ar- beitnehmer ausgeführt hat sowie die Funktionen, in denen er tätig war. Diese sind in dem vom Arbeitnehmer beantragten Zeugnis unterschiedlich formuliert, jedoch nicht grundsätzlich verschieden: Überprüfung der Wareneingänge (Menge, Preis, Qualität), Elektronische Erfassung der Einkäufe/Retouren/Ausschusswaren, Qua- litätskontrolle der Auslieferungen, Überprüfung des Hygienestandards, Kontrolle der Preislisten, Organisation der Direkteinkäufe Dritte und Personal, Kassaführung bei Direkteinkäufen. Konkrete Beanstandungen bezogen auf die Liste der Tätigkei-

26 / 44 ten fehlen. Anzumerken ist, dass der Stellenbeschrieb, der Anhaltspunkte zum Betätigungsfeld des Arbeitnehmers geben könnte, nicht bei den Akten liegt und trotz Aufforderung des Arbeitnehmers auch nicht nachgereicht wurde. Ausser- dem fehlt es im Zeugnis an jeglicher Bewertung der Arbeitsleistung und des Ver- haltens des Arbeitnehmers, was notwendigerweise zu einem Vollzeugnis gehört, wie das die Vorinstanz zu Recht erwähnt hat (act. B.1 E. 7.4.1; BGE 129 III 177 E. 3.3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 3 zu Art. 330a OR). 10.4.5. Die Arbeitgeberin beruft sich auf Art. 8 ZGB (ZK2 23 27 A.1 Rz. C.19): Der Arbeitnehmer sei auch im Bereich des Arbeitszeugnisses grundsätzlich beweis- pflichtig. Wer ein sehr gutes Zeugnis verlange, müsse sehr gute Arbeitsleistungen beweisen. Auch bei einer Berichtigungsklage trage der Arbeitnehmer den Beweis für seine behaupteten ausgezeichneten Arbeitsleistungen. Den Beweis habe er nicht erbracht. Die Beweislast im Berichtigungsprozess ist umstritten. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss einerseits der Arbeitnehmer Tatsachen beweisen, die die Ausstellung eines anderen Zeugnisses rechtfertigen. Andererseits wird auf die Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers hingewiesen, der die Tatsachen darlegen muss, die ihn zu einer negativen Einschätzung bewogen haben. Tut er dies nicht oder gelingt es ihm nicht, so kann das Gericht den Änderungsantrag als begründet erachten (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 5c zu Art. 330a OR; BGer 4A_117/2007 v. 13.9.2007 E. 7.1). Der vom Arbeitnehmer verlangte Text für das Arbeitszeugnis erscheint in der Kla- geschrift (RG act. I/1 Rz. 46). Die Arbeitgeberin hat sich vor Vorinstanz (RG act I/2 Rz. 42) nur zu formalen Aspekten geäussert. In ihren Plädoyernotizen zur Haupt- verhandlung (RG act. VII/4) war das Arbeitszeugnis kein Thema, worauf der Ar- beitnehmer in der

Berufungsantwort auch hinweist (ZK2 23 27 act. A.2 Rz. 36). Bei der Kritik an der Vorinstanz hätte die Arbeitgeberin in der Berufung darlegen müssen, wo und wie sie das verlangte Zeugnis vor Vorinstanz inhaltlich substantiiert bestritten habe und aufzeigen müssen, dass und inwiefern ihre diesbezüglichen Vorbringen von der Vorinstanz übergangen worden seien. Hat sie zum Zeugnisinhalt nichts gesagt, fehlt es an einer rechtsgenügenden Bestreitung, und die Frage der Beweislast stellt sich deshalb nicht, weil Unbestrittenes nicht zu beweisen ist. Wenn die Arbeitgeberin die Vorinstanz kritisiert, weil sie davon ausgegangen sei, dass der Arbeitnehmer – ausser am 16. März 2021 – nie verwarnet worden sei und anführt, es stehe der Arbeitgeberin frei, Verwarnungen auszusprechen und sie könne auch Mitarbeitende beschäftigen, deren Leistungen bloss genügend seien (ZK2 23 27 A.1 Rz. C.20), trifft dies an sich zu. Sie hat aber we-

27 / 44 der vor Vorinstanz noch in der Berufung – wo dies ohnehin zu spät gewesen wäre – irgendwelche Anhaltspunkte gegeben, dass es Situationen gegeben habe, für die eine Verwarnung in Betracht zu ziehen gewesen wäre oder dass die Arbeiten des Arbeitnehmers nicht erwartungsgemäss erledigt worden seien. Damit bleibt es bei dem vom Arbeitnehmer beantragten Zeugnistext.

E. 11

Aus den Erwägungen 4-10 ergibt sich somit, dass die Berufung ZK2 23 27 der Arbeitgeberin vollumfänglich abzuweisen ist.

E. 12

Der Arbeitnehmer verlangt mit seiner Berufung (ZK2 23 24) Korrekturen hinsichtlich der von der Vorinstanz vorgenommenen Abzüge am Lohnanspruch. Ausserdem verlangt er die Zusprechung folgender Forderungen, welche die Vorinstanz abgewiesen hat: CHF 4'631.25 Ferienguthaben, CHF 7'252.90 Überzeitentschädigung, CHF 2'146.90 Schadenersatz aufgrund nicht geleisteter Arbeitgeberbeiträge an die Versicherung der beruflichen Vorsorge. 12.1.1. Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre. Der Arbeitnehmer muss sich daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 337c Abs. 2 OR). Vorliegend hätte der Arbeitnehmer gemäss vorinstanzlichem Urteil einen zusätzlichen Lohn von CHF 39'795.00 inkl. 13. Monatslohn pro rata temporis verdient, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre (act. B.1 E. 4.2.2). Der Arbeitnehmer anerkennt diesen Betrag in seiner Berufung ausdrücklich (ZK2 23 24 act. A.1 Rz. 16). Die Arbeitgeberin äussert sich nicht substantiiert dazu. Sie führt in der Berufungsantwort unter Bezugnahme auf das Total der Klagesumme aus Lohnansprüchen lediglich aus: "Die geltend gemachte Klagesumme wird bestritten" (ZK2 23 24 act. A.2 Rz. 10), was für eine rechtsgenügende Bestreitung nicht genügt. Der von der Vorinstanz berechnete Lohnanspruch für sechs Monate sowie die Berechnung des anteilmässigen 13. Monatslohnes geben denn auch zu keinerlei Beanstandungen Anlass. Von diesem Betrag ist auszugehen. 12.1.2. Die Vorinstanz hat vom berechneten Lohnanspruch die vom Arbeitnehmer erhaltenen RAV-Beiträge im Umfang von CHF 18'327.30 in Abzug gebracht (act. B.1 E. 4.2.3).

28 / 44 Der Arbeitnehmer macht geltend, es seien lediglich RAV-Beiträge im Umfang von CHF 16'899.00 zu berücksichtigen. Dabei handle es sich um die Summe, welche die Arbeitslosenkasse des Kantons Graubünden gegenüber der Arbeitgeberin eingeklagt habe, wie dies bereits anlässlich der Hauptverhandlung dargelegt worden sei (ZK2 23 24 act. A.1 Rz. 38 ff.; RG act. VII/3 Rz. 43). Es verstehe sich, dass die eingeklagte Summe und nicht ein eventuell höherer Bruttobetrag von den Lohnansprüchen des Klägers abzuziehen sei. Wenn die Arbeitslosenkasse aufgrund interner Richtlinien lediglich den Nettobetrag einklage und auch keine ausseramtlichen Kosten verlange, dann müsse das in einem Arbeitsprozess, wo das Machtgefälle zwischen den Parteien derart massiv sei, dem Arbeitnehmer zugutekommen und nicht der Arbeitgeberin. Es dürfe nicht sein, dass letztlich die Arbeitgeberin von einer amtlichen Freigebigkeit profitiere. Der Abzug sei somit um die Summe zu reduzieren, die die Arbeitgeberin im Falle einer Verurteilung im Prozess gegen die Arbeitslosenkasse leisten müsse. Gemäss der Klage vom 20. September 2021 und den damit eingereichten Belegen hat der Arbeitnehmer RAV-Beiträge im Umfang von CHF 18'327.30 erhalten (RG act. I/1 Rz. 32; RG act. II/12.1-5). Nach Art. 337c Abs. 2 OR muss sich der Arbeitnehmer anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat. Die Bestimmung ist Ausdruck der allgemeinen Schadenminderungspflicht (Art. 44 Abs. 1 OR). Demzufolge sind die tatsächlich erhaltenen RAV-Beiträge massgebend. Inwieweit die Arbeitslosenkasse gegenüber der Arbeitgeberin Regress nimmt, ist hierfür nicht von Relevanz. Dies betrifft allein das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitslosenkasse und Arbeitgeberin. Somit bleibt es diesbezüglich bei dem von der Vorinstanz vorgenommenen Abzug von CHF 18'327.30. 12.1.3. Desweiteren hat die Vorinstanz erzielte Zwischenverdienste in Höhe von CHF 14'062.25 vom Lohnanspruch in Abzug gebracht. Den Unterschied zu dem vom Arbeitnehmer berechneten Betrag von CHF 13'677.00 erklärte sie damit, dass der Arbeitnehmer den Septemberlohn in netto und die restlichen Löhne in brutto in seine Berechnung aufgenommen habe. Es seien jedoch für sämtliche Monate die Bruttobeträge zu berücksichtigen (act. B.1 E. 4.2.3). Der Arbeitnehmer geht in seiner Berufung nicht darauf ein. Er hält lediglich fest, "Unproblematisch sind die Zwischenverdienste, die der Kläger erzielen hat. Sie belaufen sich entsprechend den Ausführungen der Vorinstanz auf CHF 13'677.-" (ZK2 23 24 act. A.1 Rz.37). Da er sich somit mit der geringfügigen Erhöhung des Betrags durch die Vorinstanz nicht weiter auseinandersetzt, muss dies auch die

29 / 44 Berufungsinstanz nicht tun. Damit bleibt es bei dem von der Vorinstanz berücksichtigten Abzug von CHF 14'062.25. 12.1.4. Schliesslich berücksichtigt der Arbeitnehmer einen weiteren Abzug für angeblich zu viel bezahlten Märzlohn 2021 im Umfang von CHF 2'574.19. Diesen Abzug hat der Arbeitnehmer bereits vor Vorinstanz berücksichtigt. Das Regionalgericht hielt in diesem Zusammenhang fest, die Parteien seien sich einig, dass die Arbeitgeberin den Lohn vom März 2021 trotz der fristlosen Kündigung vom 16. März vollumfänglich ausbezahlt habe. Aus welchem Grund dies erfolgt sei, sei nicht relevant. Da dieser von der Arbeitgeberin geschuldet sei, sei er auch nicht in Abzug zu bringen (act. B.1 E. 4.2.3. i.f.). Die Arbeitgeberin äussert sich nicht zu diesem Punkt. Der Vorinstanz ist insoweit Recht zu geben als der Märzlohn grundsätzlich geschuldet war. Der Arbeitnehmer hat bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Die vertragliche Kündigungsfrist betrug sechs Monate, wobei

jeweils auf Ende eines Monats gekündigt werden konnte (RG act. II/4). Mitte März 2021 wäre demzufolge eine Kündigung frühestens auf Ende September 2021 möglich gewesen. Demzufolge war der gesamte Märzlohn zusätzlich zu dem auf sechs Monate berechneten Lohnanspruch während der Kündigungsfrist geschuldet und es ist kein Abzug vorzunehmen. Dem steht auch die Dispositionsmaxime nicht entgegen, zumal die gesamte dem Arbeitnehmer zuzusprechende Summe den eingeklagten Betrag nicht übersteigt, wie sich im Endergebnis noch zeigen wird. 12.1.5. Damit bleibt es bei dem von der Vorinstanz berechneten Lohnanspruch von CHF 39'795.00 von dem die erhaltenen RAV-Beiträge im Umfang von CHF 18'327.30 sowie Zwischenverdienste von CHF 14'062.25 in Abzug zu bringen sind. Demzufolge hat der Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberin einen offenen Lohnanspruch von CHF 7'405.45, wie er bereits von der Vorinstanz zugesprochen wurde. 12.2.1. Der Arbeitnehmer kritisiert den vorinstanzlichen Entscheid, mit welchem die Entschädigung für nicht bezogene Ferien abgelehnt wird, weil er den offenen Feriensaldo während der ordentlichen Kündigungsfrist hätte beziehen können, namentlich in der Zeit zwischen dem 19. März 2021, ab welchem er nicht mehr zur Arbeit erschienen sei, und Mai 2021, wo er zum ersten Mal einen Zwischenverdienst in der Höhe von CHF 975.90 erzielt habe. Der Arbeitnehmer hält dem ent-

30 / 44 gegen, gemäss Art. 27 der Arbeitslosenversicherungsverordnung (AVIV) sei der Bezug von Ferien nach der Anmeldung beim RAV (am 19.03.2021) während den ersten 60 Arbeitstagen (≠ Kalendertage), d.h. während drei Monaten verboten gewesen (Abs. 1: "Nach je 60 Tagen kontrollierter Arbeitslosigkeit innert der Rahmenfrist hat der Versicherte Anspruch auf fünf aufeinander folgende kontrollfreie Tage, die er frei wählen kann"). Der Arbeitnehmer habe sich um Arbeit kümmern müssen und den ersten Zwischenverdienst habe er bereits im Mai 2021 erzielt (ZK2 23 24 act. A.1 Rz. 19). Soweit der Zwischenverdienst bei einer Umzugsfirma auf Abruf erzielt worden sei, seien Ferien auch wegen der Abrufbereitschaft nicht in Frage gekommen. Der mit dem Zwischenverdienst erzielte Stundenlohn habe ausserdem einen Ferienanteil enthalten, wovon die Arbeitgeberin aufgrund der Anrechnung gemäss Art. 337c Abs. 2 OR unmittelbar profitiert habe (ZK2 23 24 act. A.1 Rz. 20 f.). 12.2.2. Die Arbeitgeberin ihrerseits führt aus, der ungerechtfertigt fristlos Entlassene habe nur Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist gedauert hätte. Allfällige Ferienguthaben (gemeint wohl den Bezug allfälliger Ferienguthaben) hätte der Arbeitgeber in dieser Zeit anordnen können. Die Vorinstanz sei der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gefolgt. Danach sei auf die Dauer der Kündigungsfrist abzustellen. Die Grenze liege bei zwei bis drei Monaten. Nach Ablauf dieser Zeit werde keine Ferienentschädigung mehr geschuldet. Die Parteien hätten eine 6-monatige Kündigungsfrist vereinbart, sodass dem Kläger keine Ferienentschädigung zustehe (ZK2 23 24 A.2 Rz. 6). 12.2.3. Bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung wird die Kompensation nicht bezogener Ferientage nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts von der Voraussetzung abhängig gemacht, dass dem Arbeitnehmer ausreichend Zeit zum Bezug der Ferientage zur Verfügung steht, was in der Regel erst bei mehr als zwei bis drei Monaten der Fall ist. Weil kein Arbeitsverhältnis mehr besteht, kann und muss der Arbeitgeber hinsichtlich des Ferienbezuges keine Weisung geben (BGE 117 II 270 E. 3b; BGE 128 III 271 E. 4.a; BGer 4A_56/2016 v. 30.6.2016 E. 4.1.1; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 18 zu Art. 337c OR; Marc Prinz/Gian Geel, in: Etter/Facincani/Sutter [Hrsg.], Arbeitsvertrag, Stämpfli Handkommentar SHK, Bern 2021, N 21 zu Art. 329c OR). Aus BGer 4A_308/2008 v. 25.9.2008 E. 3 ergibt sich, dass

Arbeitnehmende, die eine neue Arbeit suchen müssen und deshalb keine Ferien nehmen können, zu entschädigen sind. Dem Arbeitnehmer können die Ferien nur angerechnet werden, wenn er deren Erholungszweck auch tatsächlich realisieren kann. Wird dem Arbeitnehmer der Ferienbezug in der hypotheti-

31 / 44 schen Kündigungsfrist zugemutet und demzufolge der Ferienlohn nicht zusätzlich ausbezahlt, darf ihm während der hypothetischen Ferienzeit nicht zusätzlich der Verdienst an der neuen Stelle abgezogen werden. Die dargelegte Lösung gilt auch für den Ferienanteil, der während der hypothetischen Kündigungsfrist zusätzlich anwächst (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 18 zu Art. 337c OR). Gemäss Art. 17 Abs. 2 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG) muss sich die versicherte Person möglichst frühzeitig, spätestens jedoch am ersten Tag, für den sie Arbeitslosenentschädigung beansprucht, persönlich zur Arbeitsvermittlung anmelden und von da an die Kontrollvorschriften des Bundesrates befolgen. Die Anspruchsberechtigung wird nur für jene Tage anerkannt, an denen die versicherte Person der Kontrollpflicht nachgekommen und vermittelbar ist (Barbara Kupfer Bucher, in: Stauffer/Cardinaux [Hrsg.], Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Ziff. 2 zu Art. 17AVIG). Erst nach 60 Arbeitstagen kontrollierter Arbeitslosigkeit innerhalb der Rahmenfrist (was nach Kalendarstagen drei Monaten entspricht) hat der Versicherte Anspruch auf fünf aufeinander folgende kontrollfreie Tage, die er frei wählen kann (Art. 27 Abs. 1 AVIV). Während der kontrollfreien Bezugstage ist die Person von der Pflicht entbunden, sich persönlich um Arbeit zu bemühen und muss nicht vermittlungsfähig sein, womit ein Ferienbezug möglich wäre. Der Bezug von Ferien während den ersten drei Monaten nach der Anmeldung beim RAV war für den Arbeitnehmer somit ausgeschlossen. Ab Mai 2021 bis zum Ende der Kündigungsfrist ging er sodann einem Zwischenverdienst nach, was einen Ferienbezug ebenfalls verunmöglichte. Dass die Voraussetzungen zum Bezug der Arbeitslosenentschädigung erfüllt sind, kann nicht nur ein Anliegen des Arbeitnehmers sein, sondern liegt letztlich auch im Interesse der Arbeitgeberin, weil das, was der Arbeitnehmer auf diese Weise oder mit Zwischenverdiensten erhältlich machen kann, auch der Arbeitgeberin zugutekommt, indem sich ihre Lohnfortzahlungspflicht entsprechend reduziert (Art. 337c Abs. 2 OR). Dass die Bestimmungen des Arbeitslosenrechts befolgt werden müssen und die Bemühungen, eine neue Stelle zu finden, Zeit in Anspruch nehmen, ist offensichtlich, ebenso wie Arbeitsbemühungen, für die das Bereithalten auf Abzuruf erforderlich ist. Vorliegend hat die Arbeitgeberin tatsächlich auch profitiert, indem die beanspruchte Ferienentschädigung CHF 4'631.25 beträgt, während der Zwischenverdienst mit CHF 14'062.25 und die RAV-Beiträge mit CHF 18'327.30 zugunsten der Arbeitgeberin an den Lohn angerechnet werden. Die Ferienentschädigung in der Höhe nicht bestrittenen Beträge von CHF 4'631.25 ist deshalb dem Arbeitnehmer zuzusprechen.

32 / 44 12.3.1. Die Vorinstanz hat die Klage hinsichtlich der vom Arbeitnehmer beanspruchten Überzeit- bzw. Überstundenentschädigungen von CHF 7'252.90 abgewiesen. Sie begründet dies damit, dass das Personalreglement als Bestandteil des Arbeitsvertrages die Kompensation von Überstunden durch Freitage innerhalb eines Jahres im Verhältnis 1:1 vorsehe. Das Personalreglement zeige, dass die Parteien die Begriffe "Überzeit" und "Überstunden" vermischt hätten. Es sei damit davon auszugehen, dass die Parteien immer von angefallenen Überstunden und nicht von Überzeit ausgegangen seien. Die Arbeitgeberin habe demzufolge dem Arbeitnehmer die angefallenen Überstunden korrekt

und vereinbarungsgemäss ohne Zuschlag ausbezahlt. Da sich letzterer zudem vertraglich zur Kompensation der Überstunden verpflichtet habe, hätte die Arbeitgeberin die Kompensation des Restsaldos ebenfalls ab dem 19. März 2021 bis Ende April 2021 und auch noch im Mai 2021 anordnen können. Es bestünde somit kein Anspruch auf Entschädigung für angefallene Überstunden/Überzeit (act. B.1 E. 4.3). 12.3.2. Der Arbeitnehmer nimmt zur Abweisung seines Überzeit- /Überstundenanspruchs in ZK2 23 24 act. A.1 Rz. 22 ff. zusammengefasst wie folgt Stellung: Aus den durch die Arbeitgeberin kurz vor der Hauptverhandlung doch noch eingereichten Lohnkumulativen und den Lohnblättern gehe die Auszahlung von geleisteten Überzeiten hervor. So seien im Jahr 2019 insgesamt 290 h und im Jahr 2020 bis zum Februar 2021 200 h ausbezahlt worden. Am Tag der Entlassung habe ein Saldo von 43.36 h bestanden. Dabei handle es sich entgegen der Vorinstanz um Überzeit. Dies ergebe sich aus der Bezeichnung in den Lohnkumulativen wie auch in den jeweiligen Lohnblättern. Hinzu komme, dass bei einer Soll-Arbeitszeit von 47.5 h pro Woche max. 2.5 h pro Woche Überstunden überhaupt möglich wären. Der Beweis, dass es sich bei den Überzeiten um Überstunden gehandelt habe, wäre der Arbeitgeberin obliegen. Für die Überzeit sei der Arbeitnehmer (ohne Zuschlag) entschädigt worden; dass Überstunden mit Freitage kompensiert worden seien, werde nicht behauptet. Überzeiten seien nicht 1:1 auszuzahlen, sondern mit einem obligatorischen Zuschlag von 25 % (Art. 13 ArG; Art. 321c Abs. 3 OR). Es handle sich um zwingendes Recht. In quantitativer Hinsicht gelte auch hier die im Rahmen des Ferienguthabens erwähnte Regel, dass bei der Berechnung der 13. Monatslohn und die weiteren arbeitsbezogenen Zulagen einzurechnen seien. 12.3.3. Nach Ausführungen der Arbeitgeberin seien die Parteien unabhängig von den verwendeten Begriffen von Überstunden im Sinne des Obligationenrechts ausgegangen, die ohne Zuschlag und im Verhältnis 1:1 ausbezahlt worden seien. Der Zuschlag von 25 % werde nun erst im Nachhinein gefordert. Der Arbeitneh-

33 / 44 mer habe nie behauptet und nicht bewiesen, dass er Überzeit geleistet habe, dass diese angeordnet worden und betrieblich notwendig gewesen sei. Die Vorinstanz sei zu Recht von einer Überstundenentschädigung ohne Zuschlag ausgegangen. Laut Personalreglement und Arbeitsvertrag seien die geleisteten Überstunden durch Freizeit in der gleichen Länge zu kompensieren. Während der 6-monatigen Kündigungsfrist hätten auch die aufgelaufenen Überstunden kompensiert werden können (ZK2 23 24 act. A.2 Rz. 7). 12.3.4. Überstundenarbeit ist diejenige Arbeit, die über die im Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbarte, im Betrieb geltende oder in der Branche übliche Stundenzahl hinaus geleistet wird (BGE 129 V 105 E. 3.1). Von Überzeit ist hingegen immer dann die Rede, wenn die wöchentliche Höchst Arbeitszeit gemäss Art. 9 ArG (45 bzw. 50 Stunden/Woche) überschritten wird. Sie ist mit einem Lohnzuschlag von mindestens 25 % abzugelten (Art. 13 Abs. 1 ArG), wenn sie nicht mit Einverständnis des Arbeitnehmers binnen 14 Wochen durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen wird (Frank Emmel, in: Huguenin/Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 10 zu Art. 321c OR). Die Regelung des Arbeitsgesetzes betreffend Überzeit ist zwingender Natur, während die Modalitäten der Kompensation und der Entschädigung von Überstunden im Rahmen von Art. 321c OR dispositives Recht sind, sodass die Parteien Vereinbarungen darüber treffen können (Astrid Lienhart, in: Etter/Facincani/Sutter [Hrsg.], Arbeitsvertrag, Bern 2021, N 4 zu Art. 321c OR). Die Entschädigung für Überzeit ist auch dann geschuldet, wenn eine solche für Überstunden wegbedungen wurde (Lienhart, a.a.O., N 61 zu Art. 321c OR). Nach Art. 321c Abs. 3 OR kann die Überstundenarbeit durch Freizeit ausgeglichen werden. Es kann aber

auch schriftlich etwas Anderes verabredet sein. Ist beides nicht der Fall, so ist für die Überstundenarbeit der Normallohn samt Zuschlag von mindestens einem Viertel zu entrichten. Aus der Sicht des Kantonsgerichts ist von Folgendem auszugehen: Obwohl es durchaus denkbar ist, dass der Arbeitnehmer auch Überzeit im Sinne des Arbeitsgesetzes geleistet hat, gibt es dafür keine genügend konkreten Behauptungen mit einer ausreichend genauen Abgrenzung von Überzeit und Überstunden. Fest steht, für welche Anzahl Stunden der Arbeitnehmer im Zeitraum 2019 bis 2021 unter der Bezeichnung "Überzeit-Entschädigung" eine Entschädigung ohne Zuschlag bezahlt hat. Das ist insofern unerwartet, als im Vertrag (RG act. II.4, act. III.2) unter dem Titel "Überstunden" steht: "Der Arbeitnehmer ist nur verpflichtet und berechtigt Überstunden zu leisten, wenn diese vom direkten Vorgesetzten angeordnet werden. Der Arbeitnehmer verzichtet mit Unterzeichnung des Arbeitsvertrages auf eine Entschädigung

34 / 44 und/oder Zuschläge betreffend Überstunden. Geleistete Überstunden sind innerhalb eines Jahres im Verhältnis 1:1 zu kompensieren". Und im Personalreglement (RG act. III.5) steht unter Ziff. "4.2 Überzeit": "Der Mitarbeiter ist nur verpflichtet und berechtigt Überstunden zu leisten, wenn diese vom direkten Vorgesetzten angeordnet werden. Ist dies der Fall, so hat der Angestellte diese Stunden durch Freitage innerhalb eines Jahres im Verhältnis 1:1 zu kompensieren". Nun fragt sich, ob sich die Parteien auf das abweichende Vorgehen – Zahlung statt Kompensation – geeinigt haben oder ob die Arbeitgeberin ohne Rücksprache mit dem Arbeitnehmer Zahlungen geleistet hat, anstatt die vertraglich vorgesehene 1:1-Kompensation anzuwenden. Dies führt weiter zur Frage, ob diesfalls die Regelung im Vertrag und im Reglement dazu führt, dass die an Stelle der vereinbarten Kompensation geleistete Entschädigung zu 100 % genügt, weil im Vertrag steht, der Arbeitnehmer verzichtet mit Unterzeichnung des Arbeitsvertrages auf eine Entschädigung und/oder Zuschläge betreffend Überstunden, oder ob darüber hinaus nebst der von der Arbeitgeberin bereits ausbezahlten Entschädigung zu 100 % der Zuschlag von (mindestens) 25 % gemäss Art. 321c Abs. 3 OR geschuldet ist. Angesichts dieser Bestimmung, wonach für eine Abänderung Schriftlichkeit verlangt wird, ist davon auszugehen, dass eine schriftliche Vereinbarung, wenn sie im Nachhinein geändert wird, wiederum schriftlich erfolgen müsste, ist doch die Schriftlichkeit absolut zwingend i.S.v. Art. 361 Abs. 1 OR (Adrian Staehelin/Frank Vischer, in: Gauch/Schmid [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag [Art. 319-362 OR], Zürich 1996, N 21 zu Art. 321c OR). Ganz abgesehen davon ist der fehlende Zuschlag bei der Kompensation mit Freizeit (wie im Vertrag vorgesehen) nicht gleichbedeutend mit dem Fehlen eines Zuschlages bei der Entschädigung, weil dem Arbeitnehmer bei der Entschädigung nicht 100 % ausbezahlt werden und er darauf ausserdem noch Steuern entrichten muss. Ist von der unbestrittenen Anzahl der zu 100 % entschädigten Überstunden auszugehen, ist dem Arbeitnehmer ein Zuschlag von 25 % auf den bereits entschädigten Überstunden zuzugestehen. Ausserdem sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Berechnung der Überzeitentschädigung der 13. Monatslohn und die weiteren arbeitsbezogenen Zulagen in die Berechnung einzubeziehen (BGE 132 II 172; BGer 4A_352/2010 v. 5.10.2010). Letztere hat der Arbeitnehmer vorliegend zweimal einberechnet, indem er sie sowohl in der Spalte "Diff. Ausz. mit Gratif. ./ Ausz 1:1" als auch in der Spalte "Anspruch 25% ((E*1.25)-D)" aufführte und beide Totale am Ende zusammenrechnete (ZK2 23 24 act. A.1 Rz. 35; RG act. VII/3 S. 18). Die insgesamt verlangten CHF 7'252.90 sind somit um den Betrag von CHF 1'078.40 zu kürzen, womit ein solcher von CHF 6'174.50 zu-

35 / 44 zusprechen ist. Dass der Zuschlag früher nicht verlangt wurde, könnte nur dann ein Verzicht oder dgl. bedeuten, wenn gemäss Gesetz nicht Schriftlichkeit erforderlich wäre.

12.4.1. Der Arbeitnehmer macht CHF 2'146.90 als Schadenersatz geltend, weil mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses auch die Versicherung der beruflichen Vorsorge ende (Art. 10 Abs. 2 lit. b BVG) und somit auch keine Arbeitgeberbeiträge an die Vorsorgeeinrichtungen mehr abgeführt worden seien (ZK2 23 24 act. A.1 Rz. 43; RG act. I/1 Rz. 37; RG act. VII/3. Rz. 44). Die Vorinstanz hat einen entsprechenden Schadenersatzanspruch verneint. Sie weist darauf hin, dass die Arbeitgeberbeiträge zunächst mit 8.5 % und dann mit 4.5 % angegeben worden seien, wobei der Arbeitnehmer nicht erkläre, weshalb er sich auf diese Beträge stütze und auch keine Beweise offeriere. Das sei nicht ausreichend substantiiert, sodass der Vorsorgebetrag nicht zugesprochen werden könne (act. B.1. E. 4.4.2). In der Berufung führt der Arbeitnehmer aus, er habe den Anspruch an der Hauptverhandlung auf 4.5 % reduziert, nachdem sich der massgebliche Prozentsatz erst aus dem nachgereichten Lohnkumulativ ergeben habe (RG act. III/9). Jede einzelne Rechnungsoperation sei dem Gericht im Detail erklärt worden (ZK2 23 24 act. A.1 Rz. 45 f.). In den mündlichen Ausführungen der Hauptverhandlung seien CHF 48'786.72 als relevante Berechnungsgrundlage (Summe aus Lohnanspruch + Gratifikation + Ferienguthaben + Überzeitenschädigung abzüglich zu viel ausbezahlter Monatslohn) dargelegt worden (ZK2 23 24 act. A.1 Rz. 44 ff.).

12.4.2. Die Arbeitgeberin kommentiert die vorstehenden Ausführungen des Arbeitnehmers wie folgt (ZK2 23 24 act. A.2 Rz. 11): "Nachdem der Kläger den von der Vorinstanz berechneten Arbeitgeberbeitrag akzeptiert und nicht angefochten hat, hätten all diese Ausführungen zu dieser Thematik unterblieben werden können – dies bereits unter dem Aspekt der Schadenminderungspflicht, was die Anwaltskosten betrifft".

12.4.3. Grundsätzlich ist der Schaden, der dem Arbeitnehmer entsteht, weil die Beiträge an die berufliche Vorsorge nicht bezahlt werden, zu ersetzen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 2 zu Art. 337c OR). Weil es sich dabei um Schadenersatz und nicht um Vorsorgebeiträge als solche handelt, kann der Arbeitnehmer Zahlung an sich selber verlangen (vgl. OGer ZH LA140002 v. 5.12.2014 E. V.3.b). Die Behauptungen des Arbeitnehmers, er habe dem Gericht anlässlich der Hauptverhandlung seine Rechenoperationen und die relevante Berechnungsgrundlage mündlich erläutert, sind zu ungenau, als dass das Kantonsgericht sie problemlos überprüfen könnte. Eine summarische Durchsicht der Akten der Hauptverhand-

36 / 44 lung hat die Behauptung auch nicht bestätigt. In den Plädoyernotizen fehlt ein Hinweis zu zusätzlichen Ausführungen und auch aus dem Protokoll der Hauptverhandlung ergibt sich diesbezüglich nichts (RG act. VII/3). Daher wird die Berufung des Arbeitnehmers bezüglich Arbeitgeberbeiträgen/Schadenersatz im Betrage von CHF 2'146.90 abgewiesen und es bleibt diesbezüglich bei der vorinstanzlichen Abweisung.

13.1. Schliesslich verlangt der Arbeitnehmer die Erhöhung der von der Vorinstanz zugesprochenen Strafzahlung von zwei auf vier Monatslöhne. Die Vorinstanz hat das Äquivalent von zwei Monatslöhnen zugesprochen, der Arbeitnehmer ursprünglich das gesetzliche Maximum von sechs Monatslöhnen verlangt. Mit der Berufung reduziert er seine Forderung auf vier Monatslöhne. Die teilweise Abweisung der Klage durch die Vorinstanz bezüglich der Pönale (im Umfang von zwei Monatslöhnen) ist damit rechtskräftig geworden, was vorzumerken ist.

13.2. Die Vorinstanz hat die Pönale gemäss Art. 337c Abs. 3 OR wie folgt begründet (act. B.1 E. 5.4): Das Arbeitsverhältnis habe 14 Jahre und 11 Monate gedauert, was einen wesentlichen Teil der Arbeitstätigkeit des 40jährigen Arbeitnehmers ausmache. Er sei bis zum 16. März 2021 nie verwahrt worden,

ihm sei auch die Hauswartstelle per 30. November 2021 gekündigt worden. Ein Mitverschulden an der fristlosen Entlassung sei zu verneinen. Der Arbeitnehmer habe als Familienvater Unterhaltspflichten, könne aber im C._____ durchaus eine gleichwertige Anstellung finden und arbeite bereits seit Mai 2021 wieder, und zwar für einen Bruttolohn von CHF 4'670.10. Die Verletzung der Persönlichkeit des Klägers wiege nicht allzu schwer. Ihm sei daher eine Entschädigung für zwei Monate in der Höhe von je CHF 5'700.00, d.h. CHF 11'400.00 zuzusprechen. 13.3. Der Arbeitnehmer bringt dagegen in seiner Berufung (ZK2 23 24 act. A.1 Rz. 49 ff.) Folgendes vor: Die Pönale sei bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung grundsätzlich zwingend (BGE 116 II 300) als Genugtuung mit Strafcharakter. Der Arbeitnehmer sei seiner Schadensminderungspflicht nachgekommen, habe Arbeit gesucht und gefunden, was der Arbeitgeberin nütze, weil alles, was er verdient habe, mit seinen Ansprüchen aus der fristlosen Entlassung verrechnet werde (ZK2 23 24 act. A.1 Rz. 51). Die über die Jahre hinweg angefallenen Überstunden zeigten, was die Arbeitgeberin der Belegschaft abverlange; das sei ausbeuterisch und sprengte die arbeitsrechtlichen Richtlinien. Die Montage der Überwachungskameras entspreche derselben Geisteshaltung, hätte doch das Personal kontrolliert werden sollen und sei es nicht um die vorgeschoben behauptete Diebstahlprävention gegangen (ZK2 23 24 act. A.1 Rz. 53). Die persönliche Betroffenheit des Arbeitnehmers sei massiv gewesen, sei er doch mit einem Schlag von sämtli-

37 / 44 chen Ressourcen abgeschnitten gewesen. Er habe aus Verantwortung seiner Familie gegenüber jede Arbeit verrichten müssen. Und davon habe, wie erwähnt, die Arbeitgeberin profitiert. Die ursprünglich verlangte Pönale in der Höhe von sechs Monatslöhnen sei an sich berechtigt, dennoch habe er sich entschieden, diese in der Berufung auf vier Monate zu reduzieren, was einem Betrag von insgesamt CHF 22'800.00 entspreche. 13.4. In ihrer Berufungsantwort hat die Arbeitgeberin ausgeführt, das Bundesgericht habe die gesetzliche Kann-Regel betreffend Strafgeldzahlung zur Muss-Regel gemacht. Bei der Festsetzung des Betrages habe der Richter nach Recht und Billigkeit zu entscheiden, was eine objektivierbare Bewertung erfordere. Es komme nicht darauf an, was der Entlassene bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist verdient hätte. Gerade im Tätigkeitsbereich von Transportfirmen sei die Arbeitslast in der Zwischensaison im C._____ hoch. Aber auch in der Baubranche sei ab Frühjahr sehr viel los. Zu berücksichtigen sei insbesondere die Schwere der Vertragsverletzung des Arbeitgebers und das Mitverschulden des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer habe die Arbeit auch nach mehrmaliger mündlicher Verwarnung konstant verweigert. Wie die Vorinstanz zu Recht betont habe, sei das Verhalten der Arbeitgeberin nicht allzu schwer zu missbilligen. Die ursprüngliche Forderung von sechs Monatslöhnen sei viel zu hoch angesetzt. Es liege kein extremer Fall einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung vor, auch nicht hinsichtlich einer angeblichen Persönlichkeitsverletzung. Der Arbeitnehmer habe eine solche nicht substantiiert dargetan (ZK2 23 24 act. A.2 Rz. 12). 13.5. Bei der Bemessung der Entschädigung sind "die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Gekündigten, die soziale und wirtschaftliche Stellung der Parteien, Ende und Dauer der arbeitsvertraglichen Beziehung vor der Kündigung, die Art, wie gekündigt wurde, das Mitverschulden des Arbeitnehmers, dessen Alter im Kündigungszeitpunkt und die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung" zu berücksichtigen (Frank Emmel, in: Hochstrasser/Huber-Purtschert/Maissen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 184-529 OR, 4. Aufl., Zürich/Genf 2023, N 3 zu Art. 337c OR m.H. auf BGer 4A_173/2018 v. 29.1.2019 E. 5.1; 4A_56/2016 v. 30.6.2016 E. 4.2.1). Nach

bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind bei schwerwiegendem Verschulden des Arbeitgebers 4-6 Monatslöhne zuzusprechen (BGer 4A_173/2018 v. 29.1.2019 E. 5.1; 4A_401/2016 v. 13.1.2017 E. 6.2.1). Zum grossen Ermessen der Gerichte vgl. BGer 4A_161/2016 v. 13.12.2016 E. 3.4; Emmel, a.a.O., N 4a zu Art. 337c OR. 13.5.1. Im vorliegenden Berufungsverfahren kommen aus verfahrensrechtlichen Gründen höchstens zwei zusätzliche Monatslöhne in Betracht, weil nicht mehr zu-

38 / 44 gesprochen werden kann als geltend gemacht wird. Der Arbeitnehmer hat im Zusammenhang mit der Berufung darauf hingewiesen, dass er den Weiterzug nicht deshalb unterlasse, weil er sechs Monatslöhne nicht für angemessen halte. Tatsächlich ist die Vorhersehbarkeit bei praktisch reinen Ermessensentscheiden schwierig; dieser Frage muss nicht weiter nachgegangen werden. 13.5.2. Das Kantonsgericht erhöht die Pönale gegenüber dem vorinstanzlichen Entscheid um weitere zwei Monatslöhne, weil es die Schwere des Verschuldens der Arbeitgeberin grösser und die Schwierigkeiten für den Arbeitnehmer schwerwiegender einstuft als die Vorinstanz. Und den Arbeitnehmer trifft nach Ansicht des Kantonsgerichts kein nennenswertes Verschulden: Zwar hätte er auf die ihn überfordernde Anweisung gewiss konzilianter reagieren können und statt einer strikten Ablehnung seine Bedenken im Einzelnen begründet vorbringen können. Wenn das in einer unerwarteten und nicht vorhersehbaren Situation nicht geschehen ist und angesichts der Aussichten, möglicherweise die Arbeit von 150 % bei einer Tagesarbeitszeit von 9.5 Stunden (100 %) bzw. 14.25 Stunden (150 %), davon teilweise auf für ihn unbekanntem Terrain erledigen zu müssen, ist das durchaus verständlich. Dabei geht das Kantonsgericht nicht von einer Unterbeschäftigung (nur 60 %) des Arbeitnehmers aus, wie sich aus E. 7.6 ergibt. Letztlich wäre es näher gelegen, wenn sich der Geschäftsführer angesichts des Problems der Arbeitgeberin beim Arbeitnehmer nach dessen Möglichkeiten und bestehenden Pflichten erkundigt hätte, um dann eine für beide Seiten tragbare Lösung zu finden bzw. eine Prioritätsordnung aufzustellen. Der Verlauf des 16. März 2021 und der Folgetage zeigen deutlich auf, dass der Arbeitnehmer mit dieser ungewohnten und für ihn existenziell bedrohlichen Situation völlig überfordert war. Unschön ist, wie sein unbedarftes Weiterarbeiten in eine Situation umgemünzt werden soll, die für den Arbeitnehmer einschneidende Konsequenzen hätte haben können. Richtig ist zwar, dass eine ausgesprochene Kündigung nicht "zurückgenommen" werden kann, und dass das Weiterarbeiten nach fristloser Kündigung ein Angebot für einen neuen Arbeitsvertrag sein kann, wenn die Entlassung zurückgenommen wird. Der Arbeitgeberin bzw. ihrer Rechtsvertretung hätte aber klar sein müssen, dass es angesichts der Haltung des Geschäftsführers, der nicht nachgeben konnte bzw. wollte, vom Abschluss eines neuen Vertrages nicht die Rede sein konnte (vgl. oben E. 8.3). Die verfolgte Strategie, dass der Arbeitnehmer unter einem neuen Arbeitsvertrag letztlich den Arbeitsplatz selber fristlos verlassen habe, hätte ihn seiner Rechte aus der fristlosen Kündigung verlustig gehen lassen können. Was der Arbeitgeber und die Vorinstanz im Übrigen an persönlichen und beruflichen Umständen nennen, lassen keinen anderen Schluss zu, als dass ihn die fristlose Entlassung nach mehr als 14 Jahren offensichtlich einwandfreier Arbeit bei der

39 / 44 B._____ AG hart und sehr unerwartet getroffen hat. Dass die Vorinstanz die Kündigung der Hauswartstelle der Arbeitgeberin zurechnete, wie diese kritisiert, trifft zu. Worin allerdings der Fehler der Vorinstanz bei dieser Zuordnung gelegen haben soll, wenn sie bei einer Kündigung auf Geschäftspapier von B._____ AG (un-terzeichnet durch H._____) diesen Schluss zog, erklärt die Arbeitgeberin nicht. Ebenfalls unkommentiert blieb, soweit

ersichtlich, die Tatsache, dass der Arbeitnehmer an der neuen Stelle weniger verdiente als bei der Arbeitgeberin, auch wenn dies zumindest mittelfristig ein Argument hätte sein können. Angesichts der Gesamtsituation erscheint es angemessen, dem Arbeitnehmer eine Pönale von insgesamt vier Monatslöhnen zuzusprechen. Zu den bereits von der Vorinstanz unter diesem Titel gewährten zwei Monatslöhnen kommt mit dem Urteil im Berufungsverfahren eine zusätzliche Entschädigung in der Höhe von zwei weiteren Monatslöhnen im Betrage von CHF 11'400.00 hinzu.

E. 14

Zusammengefasst hat die Arbeitgeberin zusätzlich zum vorinstanzlich festgelegten Betrag von CHF 18'805.45 nebst Zins zu 5 % ab 16. März 2021 folgende Zahlungen zu erbringen: Pönale für zusätzliche 2 Monate 11'400.00 Nicht bezogene Ferien 4'631.25 Zuschlag auf der bezahlten Überstundenentschädigung 6'174.50 Total 22'205.75 15.1. Die Vorinstanz hat die Kosten- und Entschädigungsfolgen nach Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO festgelegt und dazu ausgeführt, dass die Klage grundsätzlich gutgeheissen worden sei, insbesondere sei die fristlose Entlassung des Arbeitnehmers als solche ungerechtfertigt gewesen. Die Arbeitgeberin sei verpflichtet worden, dem Kläger die offenen Lohnansprüche sowie eine Entschädigung zu bezahlen und ein Arbeitszeugnis auszustellen. Weil die Arbeitgeberin Unterlagen zurückgehalten habe, sei dem Arbeitnehmer die Bezifferung des Anspruchs erschwert worden. Die Höhe der Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR sei zudem ein klassischer richterlicher Ermessensentscheid. Unter Würdigung der Umstände seien die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen. 15.2. Die Arbeitgeberin weist darauf hin, dass die Prozesskosten grundsätzlich nach Art. 106 ZPO zu verteilen seien und dass die Verteilung nach Art. 107 ZPO die Ausnahme sein müsse. Der Hinweis des Arbeitnehmers, er habe zugunsten der Arbeitgeberin gegen die Verfügung der Arbeitslosenkasse opponiert und während der ordentlichen Kündigungsfrist einen Lohn erzielt, sei wegen seiner Schadenminderungspflicht kein brauchbares Argument. Die in der Berufung durch

40 / 44 den Arbeitnehmer weiter angeführten Gründe – so v.a. die Macht des Kapitals – würden nicht berücksichtigen, dass das Arbeitsrecht ohnehin sozial zugunsten des "Schwächeren" ausgestaltet sei. Der Kläger habe summenmässig überhaupt nicht obsiegt, sodass die Kosten nach Art. 106 ZPO zu verteilen seien (ZK2 23 27 act. A.1 Rz. C.21; ZK2 23 24 act. A.2 Rz. 13 S. 7 f.). 15.3.1. Nach dem vorinstanzlichen Entscheid hatte die Arbeitgeberin zahlenmässig mehrheitlich obsiegt. Entsprechend hatte die Vorinstanz in ihrem Entscheid die hälftige Kostenteilung mit Hinweis auf Art. 107 lit. a ZPO begründet. Das Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen hat sich nun allerdings im Rahmen des Berufungsverfahrens zugunsten des Arbeitnehmers geändert. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Vorliegend sind aufgrund des Berufungsverfahrens zum bereits von der Vorinstanz zugesprochenen Betrag von CHF 18'805.45 die erwähnten CHF 22'205.75 dazugekommen und die Arbeitgeberin muss dem Arbeitnehmer neu einen Betrag von CHF 41'011.20 bezahlen. Dieser Betrag entspricht etwa der Hälfte des im Schlichtungsverfahren genannten Betrags von CHF 82'335.00 (act. B.1 S. 2, Ziff. 3 des Rechtsbegehrens). Bereits mit der Klageeinleitung wurde die Forderung reduziert: CHF 18'130.00 (Lohnanspruch) + CHF 4'275.00 (Ferienguthaben) + CHF 1'780.00 (Guthaben aus Überzeit/Überstunden) + CHF 3'785.00 (Schadenersatz Arbeitgeberbeiträge) + CHF 34'200.00 (Pönale) = 62'170.00. Das im Hauptverfahren

gestellte Begehren hält sich in der gleichen Grössenordnung. Hinzu kommt der Streitwert für das Arbeitszeugnis, welchen das Gericht auf einen Monatslohn, somit auf CHF 5'700.00 festlegt (vgl. dazu Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 6 zu Art. 330a OR). Der eingeklagte Betrag von CHF 67'870.00 (CHF 62'170.00 + CHF 5'700.00) steht zum nun zugesprochenen Betrag von CHF 46'711.20 (CHF 41'011.20 + CHF 5'700.00) im Verhältnis von 68.8 %. Zu berücksichtigen ist zudem, wie bereits die Vorinstanz erwähnt hat, dass der Arbeitnehmer in der Grundsatzfrage, ob die fristlose Entlassung gerechtfertigt war, obsiegte. Ausserdem reichte die Arbeitgeberin die für den Prozess relevanten Unterlagen und Dokumente der Vorinstanz nur schleppend ein und bei der Festlegung der Pönale handelt es sich um einen Ermessensentscheid, was beides die Bezifferung des Anspruchs erschwerte. Das Gericht erachtet es daher als gerechtfertigt, von einem Obsiegen des Arbeitnehmers im Umfang von 3/4 auszugehen. 15.3.2. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten gemäss vorinstanzlichem Urteil von 6'400.00 (Entscheidgebühren Regionalgericht Maloja CHF 6'000.00 und Kosten Schlichtungsverfahren CHF 400.00) sind zu bestätigen und den Parteien entspre-

41 / 44 chend ihrem Obsiegen/Unterliegen aufzuerlegen. Somit entfallen auf den Arbeitnehmer CHF 1'600.00 (1/4) und auf die Arbeitgeberin CHF 4'800.00 (3/4). Die Kosten sind mit den vom Arbeitnehmer geleisteten Kostenvorschüssen in Höhe von CHF 6'400 zu verrechnen. Die Arbeitgeberin hat dem Arbeitnehmer ihren Teil an den Verfahrenskosten zu ersetzen und ihm CHF 4'800.00 zu bezahlen. 15.3.3. Nach dem Prinzip der Quotenverrechnung hat die Arbeitgeberin desweiteren dem Arbeitnehmer die Hälfte der ausgewiesenen Parteikosten zu entschädigen. Der Rechtsvertreter des Arbeitnehmers hat bei der Vorinstanz zwei Honorarnoten mit Datum vom 15. August 2022 eingereicht (RG act. VI/3 und 4). Mit Ausnahme der Positionen vom 15.6.2021 "Ergänzung Strafanzeige" im Umfang von 60 Minuten, vom 16.8.2022 "Verhandlung RG Maloja" im Umfang von 210 Min. und vom 29.8.-31.9.2022 "Telefonat DS/Stellungnahme/Besprechungen Klientenschaft" im Umfang von 180 Minuten sind die Rechnungen identisch. Die Position "Ergänzung Strafanzeige" hat der Rechtsvertreter des Arbeitnehmers in der zweiten Honorarnote (RB act. VI/4) selbst wieder gestrichen. Die Verrichtungen vom 29.8.-31.9.2022 datieren allesamt nach der Hauptverhandlung vor Regionalgericht und vor Mitteilung des erstinstanzlichen Urteils. Es ist nicht nachvollziehbar, inwieweit es sich dabei um notwendige Aufwendungen für das vorinstanzliche Verfahren handelt. Sie sind nicht zu berücksichtigen. Der Aufwand für die Verhandlung vom 16. August 2022 wie auch die restlichen Rechnungspositionen sind hingegen gerechtfertigt. Damit bleibt ein zu entschädigender zeitlicher Aufwand von 61 Stunden. Mit den Honorarnoten wird ein Stundenansatz von CHF 300.00 verrechnet. Dieser kann nicht übernommen werden. Massgebend ist die Tarifordnung des Kantons, in welchem prozessiert wird (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO). Gemäss Art. 3 Abs. 1 Honorarverordnung des Kantons Graubünden (HV, BR 310.250) ist ein Stundenansatz von CHF 210.00 bis CHF 270.00 üblich. Wird keine Honorarvereinbarung eingereicht, ist gemäss Praxis des Kantonsgerichts der durchschnittliche Stundenansatz von CHF 240.00 massgebend. Der Rechtsvertreter des Arbeitnehmers hat keine Honorarvereinbarung eingereicht. Gemäss Vollmacht hat sein Klient zwar ein Honorar nach der Verordnung des zürcherischen Obergerichts über die Anwaltsgebühren zu entrichten. Diese Verordnung befindet sich indessen nicht bei den Akten, und sie ist im Kanton Graubünden nicht gerichtsnotorisch. Somit kann die Klausel in der Vollmacht nicht als Honorarvereinbarung berücksichtigt werden. Demnach ist von einem Stundenansatz von CHF 240.00 auszugehen. Unter Berücksichtigung dieser

Korrekturen ergibt sich ein zu berücksichtigendes Honorar nach Zeitaufwand von CHF 14'640.00 (61 x CHF 240.00). Hinzu

42 / 44 kommen Barauslagen von 2 % (Ansatz gemäss Honorarnote), entsprechend CHF 292.80 sowie die Mehrwertsteuer von CHF 1'149.80 (7.7 % auf CHF 14'932.80). Insgesamt ergibt sich somit ein Betrag von CHF 16'082.60. Davon hat die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer nach dem Prinzip der Quotenverrechnung 1/2 oder CHF 8'041.30 zu ersetzen.

E. 16

Abschliessend verbleibt, über die Prozesskosten der Berufungsverfahren zu befinden.

E. 16.1

Mit ihrer Berufung ZK2 23 27 unterliegt die Arbeitgeberin vollumfänglich. Sie wollte das Arbeitszeugnis nicht gelten lassen und gar nichts bezahlen. Aufgrund der Berufung ZK2 23 24 des Arbeitnehmers wird die Arbeitgeberin zur Zahlung von zusätzlichen CHF 22'205.75 verpflichtet und hat dem Arbeitnehmer nebst der Ausstellung eines Arbeitszeugnisses insgesamt CHF 41'011.20 zu bezahlen. Gemäss Berufungsbegehren verlangte der Arbeitnehmer einen Betrag von CHF 43'475.00. Der Arbeitnehmer unterlag im Umfang von CHF 2'463.80. Dies macht im Vergleich zum im Verfahren ZK2 23 24 geltend gemachten Betrag 5.6 % aus und kann bei der Kostenverteilung vernachlässigt werden, zumal die Arbeitgeberin in dem von ihr instanziierten Berufungsverfahren ZK2 23 27 gänzlich unterlag und, wie bereits ausgeführt, der Arbeitnehmer in den sich stellenden grundsätzlichen Fragen obsiegte (vgl. dazu auch Viktor Rüegg/Michael Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 3 zu Art. 106 ZPO). Die Kosten der beiden Berufungsverfahren sind daher vollumfänglich der Arbeitgeberin aufzuerlegen und sie hat dem Arbeitnehmer eine volle Parteientschädigung zu bezahlen.

E. 16.2

Beide Parteien haben für die Berufungsverfahren je einen Kostenvorschuss von CHF 8'000.00 geleistet. Die Gerichtsgebühr wird für beide Berufungsverfahren zusammen auf CHF 8'000.00 festgesetzt, der Arbeitgeberin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss in gleicher Höhe bezogen. Der vom Arbeitnehmer geleistete Vorschuss wird diesem erstattet.

E. 16.3

Die Parteien haben für das Berufungsverfahren keine Kostennoten eingereicht, so dass die Parteientschädigung nach gerichtlichem Ermessen festzusetzen ist. Die Arbeitgeberin ist aufgrund der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen sowie unter Berücksichtigung der eingereichten Rechtsschriften zur Zahlung einer Parteientschädigung von CHF 5'000.00 (inklusive Mehrwertsteuer und Spesen) an den Arbeitnehmer zu verpflichten.

43 / 44