

GR_GERICHTE ZK2 2023 39 vom 14. Februar 2024

GR Gerichte, 2024-02-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2023_39

FR: GR_GERICHTE ZK2 2023 39 du 14 février 2024

IT: GR_GERICHTE ZK2 2023 39 del 14 febbraio 2024

Regeste

Forderung aus Arbeitsvertrag | Berufung OR Arbeitsvertrag

Erwägungen

E. 4

/ 25 Zum Streitwert sei immerhin angemerkt, dass eine im arbeitsrechtlichen Verfahren beklagte Arbeitgeberin vom Eingeklagten und Zugesprochenen nicht nur die vom Bruttobetrag abzuziehenden Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitnehmers, sondern ebenso ihre (Arbeitgeber-)Beiträge den entsprechenden Versicherungen einzahlen muss. Wenn die Klage wie hier auf brutto CHF 30'000.00 geht, bedeutet das für die Arbeitgeberin einen Prozess um diese CHF 30'000.00 zuzüglich die Arbeitgeber-Beiträge. Das ergibt sich aus Art. 91 Abs. 1 ZPO, wonach auf das Rechtsbegehren und die damit zwingend verbundenen Folgen (Art. 57 ZPO) ab- zustellen ist, und es betrifft insbesondere nicht ein unbeachtliches Element wie Zinsen und Kosten. Nach der allgemeinen Regel wäre demnach dieser (höhere) Betrag zu ermitteln, und es wäre für den Streitwert darauf abzustellen (Peter Diggelmann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, N 23 zu Art. 91 ZPO). Die Praxis stellt aber im arbeitsrechtlichen Ver- fahren seit jeher und unbestritten nur auf den Brutto-Betrag ab (Diggelmann, a.a.O., N 48 f. zu Art. 91 ZPO; ebenso, wenn auch nur ganz knapp, Ullin Streif/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, S. 40 unter 4.3.2). Das ist namentlich für die Zuständigkeit der Gerichte und allfällige Rechtsmittel von Bedeutung, aber auch für das Verfahren (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO) und dessen Kosten (Art. 114 lit. c ZPO). Das Regionalgericht hat also für sein Verfahren richtig keine Kosten erhoben (Art. 114 lit. c ZPO), und nach ständiger Praxis gilt das auch für das Verfahren der Berufung (BGer 4A_332/2015 v. 10.2.2016 E. 6.2; Ingrid Jent-Sørensen, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Zürich 2023, N 1 zu Art. 114 ZPO). 1.2. Wenn das Verfahren wie hier dem Verhandlungs- (Art. 55 Abs. 1 ZPO) und dem Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO) untersteht, was auch im Verfah- ren der so genannten sozialen Untersuchungsmaxime von Art. 247 ZPO der Fall ist, stellt die Berufung keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar. Sie dient vielmehr der Überprüfung des angefochtenen Entscheides und des Verfah- rens der ersten Instanz (Art. 310 ZPO). Es obliegt den Parteien, geltend gemachte Mängel aufzuzeigen. Die das Rechtsmittel führende Partei hat den geltend ge- machten Fehler aufzuzeigen, und zwar nicht nur allgemein, sondern so präzise, dass es die Berufungsinstanz ohne Mühe verstehen kann. Sie darf nicht einfach auf Vorbringen in erster Instanz verweisen, sondern muss sowohl die Passagen im angefochtenen Urteil als auch die angerufenen Aktenstücke genau bezeichnen. Das Bundesgericht formuliert es so: (von der Partei werde verlangt) "de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée.

Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des

E. 4.1

Das Regionalgericht geht zutreffend davon aus, der Arbeitgeber müsse beweisen, dass er dem Arbeitgeber die diesem zustehenden Ferien gewährte (mit zahlreichen Hinweisen auf die Praxis des Bundesgerichts namentlich Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., S. 670 f.). Es stellt für diesen Beweis der Berufungsklagen auf deren Unterlagen RG-act. III/2 ab: das sind tabellarische Übersichten über die Jahre 2016 bis 2020. Die ebenfalls bei den Akten liegenden geschätzt über hundert Seiten "Wochenrapporte" (RG-act. III/3 bis III/24, mit einzelnen Auslassungen) erwähnt das Gericht insofern, als sie nach seiner Beurteilung "einem Vergleich mit den eingereichten Wochenrapporten standhalten" (act. B.1, S. 11 unten). Eine von der Berufungsklagen beanspruchte Kürzung der Ferien wegen Abwesenheiten des Arbeitnehmers verwirft das Regionalgericht.

E. 4.2

Der Berufungskläger rügt diese Beweiswürdigung. Es sei nicht richtig, dass die Wochenrapporte und die Monatslisten übereinstimmten, zudem habe die Berufungsklagen die Rapporte gar nicht zum Beweis offeriert. Die Listen seien ihm nicht zum Visum vorgelegt worden. Wer sie wann und aufgrund welcher Unterlagen erstellt habe, sei unbekannt (act. A.1, S. 26 ff.). Dem gegenüber hält die Berufungsklagen das angefochtene Urteil für richtig. Die Monatslisten seien durchaus beweiskräftig, sie unterschieden zwischen Ferien und Überzeit, und sie stimmten eben mit den Wochenrapporten überein. Dass für das Jahr 2015 keine Ferien behauptet worden seien, sei neu, und Solches wäre ohnehin verjährt (act. A.2, S. 13 f.).

E. 4.3

Die "unrichtige Feststellung des Sachverhaltes" ist eine klassische Rüge im Rechtsmittelverfahren. Sie wird in der Regel damit begründet, dass das erstinstanzliche Gericht frist- und formgerecht angebotene Beweismittel nicht erhoben, oder dass es umgekehrt gar nicht genannte Beweismittel berücksichtigt habe – oder dass die Würdigung der Beweismittel, die Folgerung, welche das Gericht daraus zieht, unzutreffend sei. Bei der Beschwerde ist ein solcher Standpunkt nur erfolgreich, wenn der geltend gemachte Fehler "offensichtlich" ist (Art. 320 lit. b ZPO); das schränkt die Rechtsmittelinstanz ein auf das Korrigieren von schlech-terdings Unhaltbarem, Willkürlichem, wobei keine böse Absicht der Vorinstanz vorausgesetzt ist und auch ein schlichter Irrtum genügt, wie das Übersehen eines Antrages oder einer Textstelle (Myriam A. Gehri, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Zürich 2023, N 1 f. zu Art. 320 ZPO). In der Berufung gibt es die Einschränkung der "offensichtlichen" Unrichtigkeit nicht. Die Rechtsmittelinstanz überprüft also im Rahmen der erhobenen Rügen (oben, E. 1.2) das angefochtene Urteil mit "freier Kognition" (Botschaft zur schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., S. 7372). Konkret bedeutet das, dass die Würdigung der Beweise auf eine entsprechende Rüge hin neu vorzunehmen ist, und zwar dahingehend, ob die Beweismittel beim Gericht die bestimmte Überzeugung erstellen, das Behauptete und zu Beweisende habe sich ohne vernünftigen Zweifel so abgespielt, wie es die Beweisführerin behauptet. Zwar lässt sich diese Überzeugung naturgemäss nie mit letzter Sicherheit, gleichsam mathematisch/naturwissenschaftlich gewinnen, aber eine Plausibilität oder auch eine gewisse Wahrscheinlichkeit reichen

grundsätzlich nicht aus (auf die Fälle des reduzierten Beweismasses kommt es hier einstweilen nicht an). Die Berufungsbeklagte bestreitet nicht den Einwand des Berufungsklägers, sie habe die Wochenrapporte in erster Instanz nicht als Beweismittel zum hier fraglichen Thema genannt. Beim hier anwendbaren vereinfachten Verfahren sind die Parteien nicht davon befreit, die Beweismittel zu nennen (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO in Verbindung mit Art. 222 Abs. 2 ZPO), und gegenüber einer anwaltlich vertretenen Partei ist auch die Fragepflicht des Gerichts (Art. 56 ZPO) nach der Praxis des Bundesgerichts praktisch aufgehoben (BGer 5A_705/2013 v. 29.7.2014). Da das Gericht von Amtes wegen Beweis erheben kann (Art. 153 Abs. 1 ZPO), dürfte es grundsätzlich zulässig sein, dass von den Parteien ins Verfahren eingebrachte Unterlagen Berücksichtigung finden, auch wenn sie für eine konkrete Behauptung nicht als Beweismittel genannt wurden. Das kann zu einem Konflikt mit dem rechtlichen Gehör führen, wenn solche Unterlagen in der Beweisverfügung nicht aufgeführt sind und die beweisbelastete Partei nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) annehmen darf, sie könne sich im Schlussvortrag und bei der Würdigung der Be-

E. 4.4

Hat die Berufungsbeklagte nicht nachgewiesen, dass sie dem Berufungskläger die zustehenden Ferien gewährte, sind dessen Berufung und die Klage in diesem Punkt begründet: zusätzlich zu den im angefochtenen Urteil berücksichtigten 2,5 Tagen hat er Anspruch auf Bezahlung weiterer 17,5 Tage. Nach den insoweit nicht beanstandeten rechnerischen Grundlagen (act. B.1, S. 12 Mitte: CHF 572.40 für 2,5 Tage) sind das CHF 4'006.80. Nicht leicht zu verstehen, aber auch unerheblich bleibt damit der Einwand der Berufungsbeklagten, der Berufungskläger mache neu und unzulässig geltend, sie habe für 2015 keine Ferien behauptet und nachgewiesen. Sie trägt wie gesehen die Behauptungs- und Beweislast, und sie dürfte diese Behauptungen in der Berufung nicht mehr vortragen (Art. 317 Abs. 1 ZPO), wenn es denn darauf ankäme. Und die Einrede der Verjährung wäre (abgesehen von der Frage der prozessualen Zulässigkeit) angesichts der Bestimmung von Art. 341 Abs. 1 OR ebenfalls unbegründet: das Arbeitsverhältnis endete Ende Februar 2020, und am 27. Januar 2021 wurde das Schlichtungsgesuch gestellt – die fünf Jahre von Art. 128 Ziff. 3 OR waren damit eingehalten. 5. Der nächste Punkt betrifft die Arbeitszeit: Der Berufungskläger war nach dem mit der Berufungsbeklagten geschlossenen Vertrag zur Leistung von 43 Stunden pro Woche verpflichtet. Dem gegenüber setzte der Gesamtarbeitsvertrag die Grenze des Zulässigen bei 40 Stunden. Das ist unbestritten. Zu diskutieren sind die Konsequenzen aus dieser Diskrepanz.

E. 5

/ 25 critiques toutes générales de la décision attaquée. Sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique" (BGE 138 III 374). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln (BGE 142 III 413 E. 2.2.4) beschränkt sich die Rechtsmittelinstanz daher auch bei voller Kognition darauf, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erheben – das ist gleichsam das "Prüfprogramm". Soweit die Berufung dem Erfordernis der Begründung genügt, ist das angerufene Gericht nach Art. 57 ZPO dann weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen Vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten

In Instanz gebunden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 576 E. 2.3.3). Diese Anforderungen sind immerhin mit Augenmass, nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) zu handhaben. Wenn der Berufung bei loyalen Bemühen zu entnehmen ist, was warum kritisiert werden soll, und wenn das angefochtene Urteil den Punkt nicht besonders eingehend abhandelt, sodass auch ohne das Bezeichnen einzelner Seiten oder Absätze klar wird, was gemeint ist, lässt sich die Kritik häufig ohne Schwierigkeiten ("aisément", sagt das Bundesgericht) verstehen und beurteilen. Jedenfalls dürfen die formellen Anforderungen nicht überspannt oder überspitzt formalistisch angewendet werden. Im Einzelnen lässt sich das freilich nur bei der Diskussion konkreter Kritikpunkte beurteilen.

1.3. In der Berufung sind neue Vorbringen mit wenigen Ausnahmen ausgeschlossen (Art. 317 ZPO). Die Parteien müssen, um den vorstehend genannten Erfordernissen zu genügen, die Voraussetzungen einer der gesetzlichen Ausnahmen begründen. Wenn sie in der Berufung tatsächliche Behauptungen vortragen, die nicht auf den ersten Blick etwas betreffen, wovon schon das erstinstanzliche Gericht ausging, werden sie als neu betrachtet, ohne dass die Berufungsinstanz die erstinstanzlichen Rechtsschriften und Akten darauf hin zu durchsuchen hätte, wo die Behauptung allenfalls schon aufgestellt worden sein könnte. Auch neue Beweismittel unterliegen der Noven-Beschränkung. Novenrechtlich unzulässige Vorbringen oder Dokumente sind allerdings nicht nach einem häufig verwendeten Ausdruck in einem physischen Sinn "aus dem Recht zu weisen". Wohl sind sie wie unzulässige neue Behauptungen beim Entscheid nicht zu beachten. Weil aber eine obere Instanz ihre Zulässigkeit anders beurteilen mag

E. 5.1

Das Regionalgericht stellt zutreffend die Grundlagen dar, namentlich dass die Beweislast für Über- oder Mehr-Stunden beim Berufungskläger liege (act. B.1, E. 3.1.2), und es kann ohne Ergänzungen zustimmend darauf verwiesen werden. Es behaftet die Berufungsbeklagte bei deren Erklärung, dass in den vereinbarten 43 Arbeitsstunden pro Woche eine tägliche Reisezeit von 30 Minuten enthalten sei, auch wenn das der GAV nicht verlange. Das Regionalgericht schliesst daraus, der Berufungskläger habe unter dem Titel Arbeitszeit für tatsächlich geleistete 870

E. 5.2

Der Berufungskläger wendet dagegen ein, er habe behauptet und halte daran fest, dass er die der Berufungsbeklagten nach dem Vertrag geschuldete Zeit geleistet habe. Von einer einvernehmlichen Reduktion der Arbeitszeit auf das nach dem GAV Zulässige habe nie jemand gesprochen, die Berufungsbeklagte behaupte das nicht, und die entsprechende Spekulation des Regionalgerichts sei unzulässig und entbehre der Grundlage. Die Berufungsbeklagte habe die vertraglich (unzulässig) vereinbarten 43 Stunden zur Grundlage ihrer Abrechnungen genommen und auch auf dieser Basis gegebenenfalls Überstunden bezahlt. Er sei weder verpflichtet noch sei es ihm möglich und zumutbar, zu behaupten und zu beweisen, wann er konkret mehr als die 40 zulässigen Stunden wöchentlich gearbeitet habe. Die ihm ergänzend zu vergütenden drei Stunden pro Woche habe er endlich nicht nur für die effektiven Arbeitstage zugute, sondern auch für Freitage und Ferien (act. A.1, S. 13 ff.). Die Berufungsbeklagte stimmt dem Regionalgericht darin zu, dass der Berufungskläger die behauptete Mehr-Zeit konkret hätte behaupten können und müssen. Und falls es etwas zu vergüten gäbe, dann nur für tatsächlich geleistete Arbeit, und nicht an freien Tagen (act. A.2, S. 7 f.).

E. 5.3

Beide Parteien argumentieren schon unter diesem Titel auch mit "Fahrzei- ten" (dazu eingehender nachstehend bei E. 6.) Offenbar sind sie unterschiedlicher Auffassung darüber, wie das bei der Arbeitszeit zu berücksichtigen ist oder berücksichtigt wurde. Es scheint, dass sie sich dazu schon austauschten und dar- um beide wissen, was sie meinen. Dem Kantonsgericht als nicht eingeweihter Stelle wird aber nicht ausreichend klar, was diese Diskussion hier für eine Rolle spielt, und die Parteien nehmen auch nicht ausreichend Bezug auf das angefoch- tene Urteil und die hier interessierende Erwägung 3.1.3, wo mindestens bei sum- marischer Durchsicht nur die bereits erwähnten 30 Minuten Fahrzeit pro Tag er- wähnt sind. Insofern genügen die Vorbringen der Parteien den Anforderungen an die Begründung von Berufung und Berufungsantwort nicht (oben, E. 1.2), und es kann darauf nicht weiter eingegangen werden. Auch in diesem Punkt geht es wie im vorstehenden im Wesentlichen um Beweis- last und Beweiswürdigung. Das Regionalgericht hat zwar verschiedene Zeugen einvernommen. In der Beweisverfügung (RG-act. I/7) wird aber nicht offengelegt,

E. 5.4

Der Berufungskläger beansprucht Lohn für über die geschuldete Zeit hinaus geleistete Arbeit. Das Regionalgericht geht richtig davon aus, dass er die Behaup- tungs- und Beweislast dafür trägt, dass und wie viel er über das Geschuldete hin- aus arbeitete. Es ist auch richtig, wie das Regionalgericht ausführt, dass im Zivil- prozess zuerst das Behaupten und erst dann das Beweisen kommt, das ergibt sich aus den Art. 55 Abs. 1 und 150 Abs. 1 ZPO. Von wenigen und hier nicht vor- liegenden Ausnahmen abgesehen kann sich eine Partei also nicht darauf verlas- sen, das Beweisverfahren werde ihr die nötigen Grundlagen dafür liefern, ihre Klage sauber zu begründen. Erst recht kann sie nicht die Abnahme von Beweisen erwarten, welche sie nicht angerufen hat (so auch oben E. 4.3). Alle diese Grundsätze müssen aber mit Augenmass (Art. 52 ZPO) angewendet werden, soll das Prozessrecht nicht in überspitzten Formalismus verfallen. Zunächst haben die Parteien Anspruch darauf, dass man ihre Vorbringen nach Treu und Glauben und in guten Treuen versteht; ein offenkundiger Irrtum oder eine offenkundige Auslas- sung darf nicht zum Rechtsverlust führen. Sodann erwägt das Regionalgericht zutreffend, dass die Behauptungen grundsätzlich in den Rechtsschriften aufge- stellt werden müssen und Beilagen dazu nur dem Beweis dienen – mit Ausnahme von selbsterklärenden und in sich schlüssigen Dokumenten, auf welche in einer Rechtsschrift verwiesen wird (das ist nur schon darum sinnvoll, um ein für Verfas-

E. 5.5

Die Parteien haben vertraglich eine Arbeitszeit von 43 Stunden pro Woche vereinbart. Der Berufungskläger behauptet, er habe dieses Pensum erbracht.

E. 5.6

Zutreffend und entgegen der Auffassung des Berufungsklägers hat das Re- gionalgericht eine Vergütung für mehr als die zulässigen 40 Wochen-Stunden (nach seiner Auffassung eine halbe Stunde pro Tag) nur für die tatsächlichen Ar- beitstage, und nicht für Freitage und Ferien berechnet, denn ein Anspruch besteht nur für effektiv geleistete Mehr-Zeit. Es geht von 870 Arbeitstagen oder 174 Wo- chen aus, was in der Berufung nicht bestritten ist. Für mehr geleistete 30 Minuten pro Woche oder 6 Minuten pro (Arbeits-)Tag spricht es dem Berufungskläger eine Vergütung von 87 Stunden zu und kommt auf brutto CHF

2'490.00 (act. B.1, S. 8, vor E. 3.2, und S. 12 E. 3.5). Tatsächlich hat der Berufungskläger nach den vorstehenden Erwägungen Anspruch auf eine Mehr-Vergütung von 3 Stunden pro Woche, also zusätzlich zum bereits Zugespochenen für weitere 435 Stunden (87 Stunden entsprechend einer halben Stunde pro Woche – für weitere 2,5 Stunden pro Woche das Fünffache). Die Berechnung des konkreten Betrages im angefochtenen Urteil ist nicht angefochten. Der Berufungskläger hat also CHF 12'450.00 (brutto) zusätzlich zugute. 6. Zu den Fahrzeiten: Der Berufungskläger beansprucht eine Vergütung dafür, dass er jeweils von den auswärtigen Arbeits-Orten zurückfahren musste; das sei ihm nicht vergütet worden.

E. 6

/ 25 und nur schon aus Gründen der Transparenz und der Vollständigkeit des Dossiers im Sinne einer tatsächlichen Chronologie dürfen sie aus den Akten nicht etwa entfernt und dem Einleger zurückgeschickt werden. Ebenso unrichtig ist die oft anzutreffende Floskel, ein Argument sei "nicht zu hören". Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 ZPO) verlangt, dass auch Unzulässiges, Verspätetes oder Ungebührliches (Art. 132 ZPO) "gehört" wird – wie damit umzugehen ist und ob es für die Entscheidungsfindung verwendet werden kann und darf, ist eine andere Frage. 2.1. Der Berufungskläger hat in erster Instanz CHF 30'000.00 eingeklagt. Auch wenn er davon ausging, es stehe ihm mehr zu, und er sich aus prozessualen und Kostengründen auf die CHF 30'000.00 beschränkte, durfte und darf ihm nicht mehr zugesprochen werden (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Das Regionalgericht hat ihm CHF 3'688.40 zugesprochen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Diese teilweise Gutheissung ficht die Berufungsbeklagte nicht an, und sie ist darum rechtskräftig geworden (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Streitig und zu beurteilen kann demnach nur die Abweisung der Klage sein, im Umfang der Differenz zum Eingeklagten, also (CHF 30'000.00 ./ CHF 3'688.40 =) CHF 26'311.60. In diese Richtung geht Ziffer 1 der Berufungsanträge: das angefochtene Urteil soll aufgehoben werden, soweit die Klage abgewiesen wurde. Mindestens missverständlich ist dann der Antrag Ziffer 3, wonach die Klage gutzuheissen und die Berufungsbeklagte zu verpflichten sei, dem Berufungskläger CHF 30'000.00 zu bezahlen. Als Ergebnis des ganzen Prozesses ist das möglich. Das Kantonsgericht kann eine solche Anordnung aber grundsätzlich nicht treffen, weil die Teilgutheissung wie gesehen rechtskräftig ist und dem Berufungskläger in diesem Umfang auch das rechtliche Interesse fehlt (Art. 59 Abs. 2 lit. e und a ZPO). Denkbar wäre es, wenn mit der Berufung die Klage geändert, konkret um die gutgeheissenen CHF 3'588.40 erweitert würde. Das scheint aber nicht der Fall zu sein, und der Berufungskläger legt auch die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 2 ZPO nicht dar. Es ist daher davon auszugehen, dass der Berufungskläger seinen Berufungsantrag in der Sache lediglich etwas ungeschickt formuliert hat und er damit nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) ausdrücken wollte, das Kantonsgericht solle ihm die Differenz zwischen dem Eingeklagten und dem vom Regionalgericht Gutgeheissenen zusprechen. 2.2. Das angefochtene Urteil erläutert soweit erkennbar nicht, wie der Berufungskläger die eingeklagten CHF 30'000.00 errechnet. In der Klageschrift hatte er drei unterschiedlich begründete Positionen mit einem Total von CHF 31'311.90 geltend gemacht und erklärt, er beschränke sich auf CHF 30'000.00 (RG-act. I/3 S. 8). Nach einer älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts musste er in diesem Fall angeben, welchen Teil von welcher Forderung er ins Recht brachte, an-

E. 6.1

Das Regionalgericht erwägt dazu, der Berufungskläger habe lediglich pauschal behauptet, unter diesem Titel seien durchschnittlich 15 nicht bezahlte Minuten pro Arbeitstag

angefallen; er habe erklärt, bevor die Wochenrapporte vorlägen und die GPS-Daten der Fahrzeuge ausgewertet seien, könne er keine näheren Behauptungen aufstellen. Nun seien aber diese Wochenrapporte ins Recht gelegt worden, und er habe gleichwohl seine Behauptungen nicht konkretisiert. Es sei nicht Sache des Gerichts, aus den Rapporten die massgeblichen Informationen herauszusuchen. Damit sei dieser Punkt zu wenig substantiiert, und es sei dazu

E. 6.2

Der Berufungskläger lässt das nicht gelten. Er habe vorgetragen, wo überall er im Einsatz gewesen sei: in _____, _____, _____, _____ etc., und er habe konkret behauptet, die Rückfahrten von diesen Orten hätten häufig mehr als die ihm bezahlten 30 Minuten in Anspruch genommen. Die Berufungsbeklagte habe das lediglich "bestritten", was nicht genüge. Zwar habe das Regionalgericht seinem Antrag auf Edition der Wochenrapporte stattgegeben, nicht aber bezüglich der GPS-Daten. Das letztere sei ein Fehler, denn er bedürfe dieser Daten, um konkrete Behauptungen aufstellen zu können. Die einvernommenen Zeugen hätten bestätigt, dass GPS-Geräte vorhanden gewesen seien. Nach dem anwendbaren Gesamtarbeitsvertrag sei die Arbeitgeberin zudem verpflichtet, über die geleisteten Arbeitsstunden aufgrund von Rapporten genau Buch zu führen. Mangels der GPS-Daten und der ungenügenden Arbeitszeiterfassung könnten die Wege nur geschätzt werden (act. A.1, S. 18 ff.). Die Berufungsbeklagte findet das Urteil in diesem Punkt richtig (act. A.2, Ziff. 9 S. 11 ff.).

E. 6.3

Der Berufungskläger hat Anspruch auf Vergütung der tatsächlichen Arbeitszeit, und diese umfasst auch die Fahrzeit zum und vom Arbeits- zum Einsatzort. Wenn das zu einer zeitlichen Mehrleistung gegenüber dem Geschuldeten führt, leistet der Arbeitnehmer Überzeit, die ihm zu bezahlen ist. Dafür ist grundsätzlich er beweispflichtig (oben, E. 5.1). Er hält dagegen, der Gesamtarbeitsvertrag auferlege der Arbeitgeberin die Pflicht, über die Arbeitszeit genau Buch zu führen. Das trifft zwar zu: Die Berufungsbeklagte hatte unter Androhung einer Konventionalstrafe "aufgrund der betrieblichen Arbeitsstundenrapporte" Buch zu führen, und sie musste den Arbeitnehmern am Ende jeden Jahres sowie am Ende des Arbeitsverhältnisses die Arbeitszeitkontrolle aushändigen, in welche diese zudem jederzeit Anspruch auf Einsicht hatten (GAV; RG-act. 2/3, Ziff. 28.2). Wenn die Berufungsbeklagte das missachtete, kämen sowohl eine Behauptungs- und Beweiserleichterung als auch eine Umkehr der Behauptungs- und Beweislast in Frage. Der Berufungskläger macht das aber nicht oder jedenfalls nicht ausreichend geltend. Die Berufungsbeklagte hat wie verlangt die Wochenrapporte ediert. Sie behauptet, diese fänden ihren Niederschlag in den vorstehend erwähnten Jahresübersichten. Das bestreitet der Berufungskläger soweit ersichtlich nicht, und es war und ist nicht Aufgabe der Gerichte, diesen Punkt im Einzelnen zu überprüfen – wenn der Berufungskläger glaubt, das ergebe sich aus dem Grundsatz der "Feststellung des Sachverhaltes von Amtes wegen" (Art. 247 Abs. 2 ZPO), irrt er,

E. 7

/ 25 dernfalls wurde auf die Klage nicht eingetreten (BGE 142 III 683). Das führte zu Schwierigkeiten für klagende Parteien, und die Praxis wurde aufgegeben (im Einzelnen, auch zu den nicht ganz einfachen dogmatischen Konsequenzen Samuel Zogg/Luca Angstmann, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Zürich

2023, N 12 ff. zu Art. 86 ZPO). Der Berufungskläger stützte die Klage auf drei Ansprüche: da der anwendbare Gesamtarbeitsvertrag eine Höchstarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche vorsehe, er aber nach dem konkreten Vertrag 43 Stunden habe arbeiten müssen und das auch getan habe, seien ihm 643.28 Stunden zusätzlich zu vergüten. Unter dem Titel "Arbeitsweg" habe er 268.035 Stunden zu gut, für nicht gewährte Ferien weitere 160 Stunden. Ausgehend vom Stundenlohn von CHF 28.6208 errechnet er einen Anspruch von CHF 30'661.90 für ausstehenden Lohn. Zudem beanspruchte er nicht ausbezahlte Spesen von CHF 650.00 (act. B.1, S. 6 ff., unter Hinweis auf RG-act. I/3, S. 4 ff.). Das Regionalgericht heisst die Klage unter dem Titel der wöchentlichen Arbeitszeit im Umfang von 87 Stunden gut, gestützt auf das tatsächliche Zugeständnis der Berufungsbeklagten, er habe pro Woche eine halbe Stunde mehr gearbeitet, als es nach dem Gesamtarbeitsvertrag zulässig war (E. 3.1). Den Anspruch für eine Vergütung des Arbeitsweges weist es ab (E. 3.2). Hingegen spricht es die mit CHF 650.00 eingeklagten Spesen im Umfang von CHF 626.00 zu (E. 3.3). Unter dem Titel Ferien erkennt das Regionalgericht ein Guthaben des Berufungsklägers von 2.5 Tagen (E. 3.4). Beim Stundenlohn von CHF 28.6208 errechnet es einen Anspruch des Berufungsklägers von CHF 3'688.40 (E. 3.5). Da es geltend gemachte Gegenforderungen der Arbeitgeberin verwirft (E. 4), heisst es die Klage in diesem Umfang gut. Die Berufungsbeklagte findet sich mit diesem Urteil ab, soweit es zu ihren Ungunsten lautet. Der Berufungskläger hält daran fest, dass er unter dem Titel wöchentliche Arbeitszeit mehr zugute habe, als ihm im angefochtenen Urteil zugesprochen wurde (act. A.1, S. 13 ff.). Die Rechnung im Einzelnen legt er zwar nicht offen, was an sich zur Begründung der Berufung gehörte (vorstehend E. 1.2), allerdings ist das mit Blick auf die Klageschrift einfach zu erkennen: er will für weitere 556.28 Stunden (eingeklagt 643.28, zugesprochen 87) zum vom Regionalgericht angewendeten Ansatz entschädigt werden. Für Reisezeit beansprucht er nach wie vor CHF 7'671.40 (act. A.1, S. 18 ff.). Bezüglich Spesen lässt er es beim Urteil bewenden (act. A. 1, S. 25 f.). Für nicht gewährte Ferien beansprucht er CHF 4'579.30 (act. A.1, S. 26 ff.).

E. 8

/ 25 3. Vor der Diskussion der einzelnen Positionen ist auf den Antrag des Berufungsklägers einzugehen, das Verfahren sei zu sistieren. Diesen Antrag hatte er schon in erster Instanz gestellt, und der Vorsitzende des Regionalgerichts hatte ihn abgewiesen (RG-act. IV/26). 3.1. Der Berufungskläger rügt eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs, weil der Antrag auf Sistierung nicht vom Gerichtskollegium im angefochtenen Urteil behandelt worden sei (act. A.1, S. 7 ff.). Der Entscheid über die Sistierung ist eine verfahrensleitende Verfügung, welche in die Zuständigkeit des oder der Gerichtsvorsitzenden fällt (Art. 9 Abs. 1 GOG [BR 173.000] in Verbindung mit Art. 124 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 2 ZPO). Zutreffend hat denn der Vorsitzende in diesem Fall auch eine Rechtsmittelbelehrung gegeben (RG-act. IV/26). Dass er keine Vernehmlassung einholte, war entgegen der Auffassung des Berufungsklägers kein Fehler, denn der Gegenpartei entstand kein Nachteil, und der Vorwurf der Verweigerung des rechtlichen Gehörs (des Berufungsklägers) ist ebenfalls unbegründet. Hätte der Vorsitzende die Sistierung angeordnet, wäre dagegen die Beschwerde im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 126 Abs. 2 ZPO zulässig gewesen. Hier, wo die Sistierung abgelehnt wurde, war die Beschwerde nur unter einschränkenden Voraussetzungen möglich, und damit blieb die Anordnung bis zum Ende des Verfahrens einer Wiedererwägung zugänglich. Der Berufungskläger moniert, er habe seinen Antrag in der Hauptverhandlung wiederholt, ohne dass dann darüber entschieden worden sei. Ob das nötig war, ist

zweifelhaft. Auch wenn eine Wiedererwägung jederzeit und im Rahmen der Prozessleitung auch von Amtes wegen möglich ist, haben die Parteien darauf nur bei geänderten Verhältnissen Anspruch. Der Berufungskläger macht nicht geltend, das sei der Fall gewesen, und er weist auch nicht nach, dass er das dem Gericht vortrug. Es kommt aber dazu, dass sein (ursprünglicher) Sistierungsantrag mit einer stichwortartig gegebenen Begründung und der Entscheid des Vorsitzenden darüber im angefochtenen – vom Kollegium erlassenen – Urteil bei der Prozessgeschichte referiert wird (Urteil, Abschnitte O und P zum Sachverhalt). Das reichte als Begründung im Sinne von Art. 238 lit. g ZPO aus. 3.2. Da die Verweigerung der Sistierung wie gesehen nur eingeschränkt beschwerdefähig war, kann der Punkt in der Berufung aufgegriffen werden (Art. 310 lit. a ZPO umfasst insbesondere das Verfahrensrecht), und der Berufungskläger tut das. Er stellt die vom Vorsitzenden des Regionalgerichts gegebene Begründung aber nicht erfolgreich in Frage. Diese verweist darauf, auch wenn die zuständigen Organe des Gesamtarbeitsvertrages Verstösse gegen diesen untersuchten, seien das und der vorliegende Prozess verschiedene Verfahren, mit un-

E. 9

/ 25 verschiedenen materiellen und formellen Normen (RG-act. IV/26). Der Berufungskläger hält dagegen, wenn in jenem Verfahren Verstösse gegen den Gesamtarbeitsvertrag festgestellt würden, habe das auch Bedeutung für seinen Zivilprozess, die zuständige Instanz werde Verstösse generell, und nicht nur in seinem (des Berufungsklägers) Fall untersuchen, und das werde für ihn wertvolle Informationen geben (act. A.1, S. 11 f.). Der anwaltlich vertretene Berufungskläger war in der Lage, seine Klage mit Verstössen der Arbeitgeberin gegen zwingende Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages zu untermauern. Soweit erkennbar (die Berufung führt dazu nichts Näheres aus), ist das Regionalgericht dieser Argumentation gefolgt. Namentlich hat es seinen Erwägungen zugrunde gelegt, dass eine wöchentliche Arbeitszeit von nur 40 Stunden zulässig war – die Berufungsbeklagte hat das anerkannt und gestützt darauf einen (wenn auch umfangmässig bescheidenen) Anspruch des Berufungsklägers auf eine zusätzliche Vergütung zugestanden. Dass die Fahrzeit vom Einsatzort zurück zur Basis als Arbeitszeit vergütet werden muss, ist soweit erkennbar nicht streitig – ob der Gesamtarbeitsvertrag dazu etwas sagt, wird in der Berufung nicht erläutert. Bei den Ferien wiederum geht das angefochtene Urteil davon aus, dass der Gesamtarbeitsvertrag fünf und nicht nur vier Wochen Ferien verlange. Damit ist nicht zu erkennen, was eine Untersuchung durch die Organe des GAV zusätzlich für den vorliegenden Prozess Relevantes zu Tage bringen könnten. Möglicherweise erhofft sich der Berufungskläger die Feststellung, die Berufungsbeklagte habe nicht nur in seinem Fall, sondern generell und systematisch die massgeblichen Normen verletzt, was zu einer hohen Konventionalstrafe führen könnte (act. A.1, S. 12 oben). Dass er gegebenenfalls selber von einer solchen Strafe profitierte, macht er nicht geltend – und wenn es denn so wäre, stünde dem ein Urteil im vorliegenden Fall kaum entgegen. An einer generellen Brandmarkung der Arbeitgeberin, so gelegen sie ihm auch kommen möchte, hat er kein rechtlich geschütztes Interesse. Den konkreten allfälligen Ansprüchen des Berufungsklägers liegen wohl Verletzungen des GAV durch die Berufungsbeklagte zugrunde. Diese Verletzungen sind aber wie gesehen unstrittig – kritisch sind die konkreten Verhältnisse und Sachverhalte beim Kläger: wenn dieser etwa nach dem GAV fünf Wochen Ferien zugute hatte statt der vertraglichen vier, bleiben die Fragen der Behauptungen, der Beweislast und der konkreten Beweiswürdigung. Diese betreffen einzig den Berufungskläger, und es ist weder zu sehen noch kann er es plausibel machen, dass die

Untersuchung über die Einhaltung des GAV in diesem Punkt relevante Erkenntnisse für den heutigen Prozess ergäbe. Eine Sistierung des Verfahrens war und ist demnach nicht anzuordnen.

E. 10

/ 25 4. Zum Ferienanspruch: Gemäss dem angefochtenen Urteil sollte der Berufungskläger vertraglich vier Wochen Ferien beziehen können, allerdings gebe ihm der Gesamtarbeitsvertrag Anspruch auf fünf Wochen pro Jahr. Der Berufungskläger beanspruche für die ganze Zeit des Arbeitsverhältnisses eine ergänzende Vergütung für 4 x 5 oder 20 Tage à 8 Stunden (act. B.1, S. 10 f.). Da das Arbeitsverhältnis von Mitte Dezember 2016 bis Ende Februar 2020 dauerte (also fünf Jahre und zweieinhalb Monate), geht das nicht auf. Es folgt aber der insoweit ebenso wenig schlüssigen Behauptung in der Klageschrift (RG-act. I/3, S. 7 f.). Die Berufungsbeklagte scheint das auch nicht klargestellt zu haben – mit Ausnahme der Angabe, wie viele Tage der Berufungskläger im Ganzen bezogen habe (RG-act. I/4, Rz. 8). Weil dem Berufungskläger nicht mehr zugesprochen werden darf, als er verlangt (Art. 58 Abs. 1 ZPO), ist obere Limite die Vergütung für die eingeklagten 20 Tage – auch wenn auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses die Differenz zwischen dem vertraglich Zugestandenem und dem nach GAV Geltenden mindestens 25 Tage beträgt.

E. 11

/ 25

E. 12

/ 25 weise auf die in dieser Verfügung genannten Beweismittel konzentrieren. Das kann heute offenbleiben: Die weder von einer Person aus dem Betrieb der Berufungsbeklagten noch vom Berufungskläger unterzeichneten oder visierten monatlichen Zusammenstellungen sind als Beweismittel dürftig, auch wenn von einer Partei selber erstellte Unterlagen nicht völlig unerheblich sind – nachdem Aussagen einer Partei zu ihren eigenen Gunsten als Beweismittel zulässig sind und gewürdigt werden müssen (Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO), wäre ein absoluter Ausschluss selbst erstellter Unterlagen kaum mehr zu rechtfertigen, wie es früher teilweise nach kantonalen Rechten galt (bspw. § 149 Abs. 3 ZPO/ZH); in diese Richtung geht auch die neueste, wenn auch noch nicht in Kraft stehende Bestimmung, wonach Privatgutachten als Beweismittel gelten (Art. 117 ZPO/2023). Das dispensiert das Gericht selbstredend nicht von der sorgfältigen Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO). Nach ihrer Gestaltung zu urteilen wurden die hier in Frage stehenden maschinengeschriebenen und nicht datierten Listen mit grösster Wahrscheinlichkeit jeweils im Nachhinein zusammenfassend für ein ganzes Jahr erstellt – eventuell sogar auch erst für die Verwendung im vorliegenden Prozess. Das ist nicht prinzipiell unzulässig, mindert aber ihre Überzeugungskraft erheblich. Ziemlich merkwürdig ist, dass die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger jedes Jahr mehr Ferien gewährt haben will, als es vertraglich vereinbart war (ausdrücklich auch in der Berufungsantwort, act. A.2 bei Ziff. 11): für 2016 26 Tage statt 20, für 2017 22 statt 20, für 2018 21,5 statt 20, für 2019 22 statt 20, und für die beiden Monate im Jahr 2020 6 Tage, obschon der pro rata-Anspruch $3\frac{1}{3}$ Tage ($20 : 12 \times 2$) betragen hätte, und sie behauptet nicht, dass sie das tat, weil ihr die Verletzung des GAV schon damals bewusst gewesen war. Ein kaufmännisch und ordentlich geführtes Unternehmen wird in aller Regel weder ohne Not die Lohnzahlungen aufrunden noch (was für den Unternehmenserfolg auf dasselbe

hinausläuft) einem Arbeitnehmer über Jahre mehr Ferientage gestatten als sie ihm zustehen. Richtig ist, dass die Listen auch die Bezeichnung "Ueb" für Überzeit enthalten. Das stärkt das Gewicht der "Fe"-Einträge (für Ferien) allerdings nur unbedeutend. Es bleibt dabei, dass unbekannt ist, wer wann und aufgrund welcher Unterlagen diese zusammenfassenden Listen erstellte – und auch wenn man niemandem bösen Willen unterstellt, sind doch Irrtümer und Versehen damit durchaus denkbar. Was den Vergleich der Monatslisten mit den Wochenrapporten angeht, enthält das angefochtene Urteil zudem überhaupt keine näheren Hinweise, was der Begründungspflicht von Art. 238 lit. g ZPO nicht genügt. Die Berufungsbeklagte macht in der Berufungsantwort dazu ebenfalls keine Angaben, wo und wie sie in erster Instanz die Zusammenhänge konkret hergestellt habe – und das Kantonsgericht hat nicht die

E. 13

/ 25 Aufgabe, aus dutzenden oder hunderten einzelnen Papieren das herauszusuchen, was der Berufungsbeklagten dienen könnte. Nach Auffassung des Kantonsgerichts vermögen die jährlichen Zusammenstellungen der Berufungsbeklagten also nicht ausreichend zu beweisen, dass der Berufungskläger die dort vermerkten Ferien tatsächlich bezogen hat, und auch die Wochenrapporte trügen mangels des Nachweises einer konkreten Verknüpfung zu den Jahres-Listen nichts Erhebliches zum Beweis bei.

E. 14

/ 25 Arbeitstage eine Vergütung von CHF 2'490.00 zugute (act. B.1, S. 8 und 12). Die Berufungsbeklagte ficht das nicht an. Das Regionalgericht erwägt dann weiter, der Berufungskläger habe nicht konkret behauptet und bewiesen, wann er wie viele Stunden mehr als die vom GAV erlaubten 40 Stunden pro Woche gearbeitet habe.

E. 15

/ 25 wozu diese Zeugen zu befragen waren, und auch aus dem angefochtenen Urteil geht es (entgegen Art. 238 lit. g ZPO) nicht ausreichend klar hervor; vielmehr scheinen die Zeugenaussagen für das angefochtene Urteil überhaupt keine Rolle gespielt zu haben. In der Berufung weisen die Parteien unter diesem hier zu behandelnden Punkt der wöchentlichen Arbeits- resp. Überzeit nicht nach, wo sie welche Zeugen zu welcher Behauptung anriefen, wie es Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO verlangt, was die Zeugen aussagten, und wie die (richtige) Berücksichtigung solcher Aussagen das angefochtene Urteil hätte ändern müssen. Es ist nicht Aufgabe des Kantonsgerichts, das nachzuholen und die erstinstanzlichen Akten im Einzelnen daraufhin zu durchsuchen, welche Partei wann was wozu beantragt hat und was die Abnahme dieser Beweise erbrachte, also eigentlich ein völlig neues Urteil zu schreiben (oben, E. 1.2). Vielmehr kann auf die Aussagen der Zeugen nicht eingegangen werden. Aus dem gleichen Grund kann auf die Anträge und Bemerkungen des Berufungsklägers zu einem Zeugen D. _____ nicht näher eingegangen werden: ob das Regionalgericht ihn zu Recht oder zu Unrecht von der Aussage dispensierte, spielte nur dann überhaupt eine Rolle, wenn der Berufungskläger erläuterte, wozu der Zeuge hätte aussagen sollen. Und das lässt die Berufung vermissen, womit sie auch hier den gesetzlichen Anforderungen nicht genügt (oben, E. 1.2).

E. 16

/ 25 ser und Leserin ermüdendes Abschreiben und Kopieren zu vermeiden). Wo ein wichtiges und zentrales Dokument von den Parteien genannt und diskutiert wird, wäre es überspitzt formalistisch und verletzte letztlich das rechtliche Gehör, wenn das Gericht diese

Diskussion nicht zur Kenntnis nähme und sich – falls es rechtlich relevant ist – ein Urteil dazu bildete, selbst wenn das Dokument nicht ausdrücklich als Beweismittel offeriert wurde. Das muss, auch wenn die Parteien anwaltlich vertreten sind, insbesondere im vereinfachten Verfahren von Art. 247 ZPO gelten, welches auf den vorliegenden Streitfall anwendbar ist. An dieser Stelle ist vorweg auf die Anforderungen an Haupt- und Gegenbeweis einzugehen: Wie vorstehend erwogen (E. 4.3), bedarf es für den (Haupt-)Beweis der bestimmten Überzeugung des Gerichts, dass sich ein Umstand tatsächlich so wie behauptet abgespielt hat. Es braucht keine gleichsam mathematisch-naturwissenschaftliche Sicherheit, aber das Gericht muss zur Auffassung gelangen, dass eine andere Möglichkeit praktisch und vernünftigerweise nicht in Frage kommt. Wann dieses Niveau der Überzeugung erreicht ist, hängt wesentlich von den Umständen ab und namentlich auch davon, wie die beweispflichtige Partei ihren Beweis überhaupt und zumutbarerweise führen kann. Ein instruktives Beispiel ist der Schaden in einer Diebstahlversicherung. Ein Diebstahl erfolgt typischerweise heimlich, und die Geschädigte hat daher in der Regel schlicht keine Beweise dafür. Die Versicherung hat aber gerade für dieses Risiko Prämien erhoben. Darum kann in diesem Fall die bestimmte Behauptung der Geschädigten allein bereits fürs Erste den Beweis erbringen. Ein ähnlicher Fall ist heute zu beurteilen, dazu sogleich. Bei dem ersten Schritt kann es allerdings nicht bleiben. Im Beispiel des Diebstahls kann die Versicherung Umstände dartun, welche die Behauptung der Geschädigten in Frage stellen, und dann reicht diese blosser Behauptung nicht (mehr) aus, und es bedarf weiterer, schlüssiger Beweise. Allgemein geht es um den Gegenbeweis des Beweisgegners: dieser kann seinerseits Umstände namhaft machen und Beweismittel anrufen, welche die Überzeugungskraft der Behauptungen und der Beweismittel des Beweisführers schwächen. Dabei müssen diese Gegenfaktoren nicht ihrerseits den bestimmten Beweis erbringen (das wäre der Beweis des Gegenteils), sondern es genügt, dass sie beim Gericht so ernsthafte Zweifel an der Darstellung des Beweisführers wecken, dass diese Darstellung nicht mehr eine so grosse Wahrscheinlichkeit für sich hat, dass sie das Gericht als bewiesen ansieht (grundlegend Max Guldener, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 328 oben).

E. 17

/ 25 Natürlich ist es möglich, dass das nicht zutrifft. Er arbeitete allerdings während mehrerer Jahre für die Berufungsbeklagte. Diese behauptet nicht, sie habe während des Arbeitsverhältnisses je geltend gemacht, der Berufungskläger erfülle das nicht, wofür sie ihm den vereinbarten Lohn zahlte. Wie vorstehend bei den Ferien erwogen (E. 4.3), ist es bei einem kaufmännisch und ordentlich geführten Unternehmen durchaus unwahrscheinlich, dass dieses während längerer Zeit eine Minderleistung des Arbeitnehmers kommentarlos hinnimmt. Die Berufungsbeklagte legt übrigens selber die Wochenrapporte des Berufungsklägers ins Recht (es ist darauf zurückzukommen). Ein Weiteres kommt hinzu: der geltend gemachte Anspruch stützt sich auf den Vertrag der Parteien, und der Berufungskläger macht unter diesem Punkt (noch) nicht geltend, er habe mehr als nach dem Vertrag geschuldet geleistet, also Überzeit erbracht. Das ergibt sich erst aus der Anwendung des Gesamtarbeitsvertrages, welcher die Höchst-Arbeitszeit von 40 Stunden statuiert. Die Verletzung dieser Bestimmung hat in erster Linie die Arbeitgeberin, also die Berufungsbeklagte, zu verantworten. Dieser mag der Verstoß tatsächlich nicht bewusst gewesen sein, es bleibt aber auf jeden Fall bei einer ihr vorwerfbareren Fahrlässigkeit: bei ordnungsgemässer Sorgfalt hätte sie den GAV kennen können und kennen müssen. Und der Berufungskläger hatte während der Dauer des Ar-

beitsverhältnisses keinen Anlass, sich den Beweis der (erst im Nachhinein als solche erkannten) Überstunden zu sichern. Darum genügt es in diesem Fall ausnahmsweise, dass der Berufungskläger behauptet, er habe die vertraglich vereinbarte Zeit geleistet – und das bedeutet, dass er Anspruch hat auf eine Vergütung für das über die zulässigen 40 Stunden pro Woche Gearbeitete. Es ist dem Regionalgericht daher nicht zu folgen, wenn es vom Berufungskläger einen weitergehenden Beweis verlangt, obschon es zutreffend ausführt, die Behauptung des Berufungsklägers könne "in einem ersten Schritt ausreichen" (act. B.1, S. 7 unten). Damit verschiebt sich die Betrachtung auf den Gegenbeweis: die Berufungsklage kann den vorläufigen Beweis erschüttern, und alsdann stellt sich die Frage, ob der Berufungskläger seinerseits weitere Beweise genannt hat, welche das Ergebnis wiederum zu seinen Gunsten ausfallen lassen. Was für Beweismittel die Berufungsbeklagte in erster Instanz angerufen hatte, legt sie im Berufungsverfahren nicht dar. Aus der Beweisverfügung ergibt es sich ebenfalls nicht, weil diese nach ständiger bisheriger Praxis der Regionalgerichte, aber im Widerspruch zu Art. 154 ZPO die Beweismittel nicht den zu behauptenden oder zu widerlegenden Behauptungen zuordnet (vgl. dazu KGer GR ZK2 23 16 v. 26.10.2023 E. 3.5.2.4; ferner Peter Guyan, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.] Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 2 ff. zu Art. 154 ZPO). Die Berufungsbeklagte bezieht sich auf die bereits vorstehend erwähnten Jahres-Übersichten und die

E. 18

/ 25 eingereichten Wochenrapporte. Dabei legt sie keine zusammenfassende Aufstellung vor. Nach Treu und Glauben soll es aber damit nicht sein Bewenden haben. Das Kantonsgericht kann und muss zwar nicht alle diese Papiere im Einzelnen durcharbeiten, aber es ist immerhin zu prüfen, ob sich aus ihnen bei summarischer Prüfung ("aisément", gemäss E. 1.2) einigermaßen gewichtige Elemente dafür ergeben, dass der Berufungskläger nicht die vertraglich, wenn auch rechtswidrig, vereinbarten 43 Stunden pro Woche gearbeitet hat. – Die Übersicht für das Jahr 2016 (RG-act. III/2 erstes Blatt) beginnt mit einer Woche Ferien ("Fe" vom 4. bis zum 8. Januar; das "F" am 1. Januar/Neujahr dürfte "freier Tag" heissen). Dafür rechnet die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger 4 mal 9 und 7 Stunden an, also die vertraglich vereinbarten 43. Für die ersten vier ganzen Wochen im Januar nennt die Übersicht 174,95 Stunden, das sind pro Woche rund 43,75 Stunden. Für die ersten vier Wochen Februar stehen analog betrachtet 173,75 Stunden oder pro Woche 43,44 Stunden. Im Januar 2017 sind vom 1. bis zum 28. 179,75 Stunden verzeichnet, also pro Woche 44,9 Stunden, im Februar 2018 170,5 Stunden oder pro Woche 42,625 Stunden, im März 2019 171,75 Stunden oder 42,9375 Stunden pro Woche. Bis hierher gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass der Berufungskläger weniger gearbeitet hatte als die vereinbarten 43 Stunden. Im Gegenteil weisen die Übersichten immer wieder die Kompensation von Überzeit (zu verstehen: gegenüber den vermeintlich geschuldeten 43 Wochenstunden) aus, so am 25. November 2016, am 26. Mai 2017, am 11. und 12. Oktober 2019 und am 25. bis 28. Februar 2020. Das stützt nicht den Gegenbeweis der Berufungsbeklagten, sondern stärkte, wenn es darauf ankäme, den Beweis des Berufungsklägers. Das Kantonsgericht muss und kann auch die einzelnen Wochenrapporte nicht alle untersuchen und die dort rapportierten Stunden zusammenzählen. Immerhin macht die Berufungsbeklagte selber geltend, diese Rapporte hätten die Grundlage für die soeben und die vorstehend beim Kapitel "Ferien" besprochenen Jahresübersichten gebildet. Bei summarischer Durchsicht dieser Rapporte, konkret jeweils des ersten Blattes der verschiedenen Faszikel, zeigt sich keine erkennbare Unterschreitung

der Wochenarbeitszeit von 43 Stunden: RG-act. 3/3 (Woche vom 16. September 2019, Berufungskläger): 46 Stunden; RG- act. 3/8 (Woche vom 20. Januar 2020, Arbeitnehmer E._____: 45.5 Stunden; act. 3/9 (Woche vom 20. Januar 2020, Arbeitnehmer F._____: 40,5 Stunden; act. 3/10 (7. Mai 2018 Arbeitnehmer G._____: 8,25 Stunden für einen Tag, was ergäbe für eine ganze Woche 41.25 Stunden; act. 3/11 (Woche vom 11. September 2017, Arbeitnehmer H._____: 45 Stunden; act. 3/12 (Woche vom 3. Dezember 2018, Arbeitnehmer I._____: 46,3 Stunden; act. 3/13 (Woche vom 10. September 2018, Arbeitnehmer D._____: 45.25 Stunden; act. 3/20 (Woche vom 18. Januar 2016, Berufungskläger): 42,5 Stunden; act. 3/21 (Woche vom 25. Dezember 2017, Beru-

E. 19

/ 25 fungskläger): 44,5 Stunden für fünf Tage Ferien, wobei an einem dieser Tage 1,5 Stunden Arbeit notiert sind; act. 3/22 (Woche vom 19. November 2018, Berufungskläger): 44,5 Stunden; act. 3/23 (Woche vom 16. Dezember 2019, Berufungskläger): 44,5 Stunden; am Rand vier Zahlen notiert, offenbar Wochen-Arbeitszeiten, mit 43,5, 45, 45,25 und 44,5 und die Summe 178,25; das erste Blatt von act. 3/24 weist die bereits erwähnte Kompensation von Überzeit aus. Diese Dokumente sind ebenfalls nicht geeignet, den Gegenbeweis der Berufungsbeklagten zu ihrer Behauptung zu stützen, der Berufungskläger habe weniger gearbeitet als 43 Stunden pro Woche, gegenteils scheinen bei der Berufungsbeklagten durchwegs diese 43 Stunden verlangt und erbracht worden zu sein.

E. 20

/ 25 kein Beweis abzunehmen. Zudem habe die Berufungsbeklagte erklärt, ihre Fahrzeuge seien nicht mit GPS-Geräten ausgerüstet (act. B.1, E. 3.2 S. 8 ff.).

E. 21

/ 25 wie das Regionalgericht ihm zutreffend auseinandersetzte, umso mehr, als er anwaltlich vertreten war und ist (BGer 5A_115/2012 v. 20.4.2012 E. 4.5.2; BGer 4A_56/2013 v. 4.6.2013 E. 4.4; BGer 5A_705/2013 v. 29.7.2014 E. 3.3.3). Wann die Jahresübersichten erstellt wurden, ergibt sich aus ihnen nicht (dazu auch vorne, E. 4.3 S. 12). Der Berufungskläger rügt das aber nicht, und namentlich behauptet er nicht, er habe je erfolglos Einsicht in diese nach Art. 28.2 GAV zu erstellenden Übersichten verlangt. Der Vorwurf einer Verletzung des GAV ist daher nicht stichhaltig, und es bleibt dabei, dass der Berufungskläger seine Behauptungen zu den mehr geleisteten (Weg-)Zeiten behaupten und beweisen muss. In den Rechtsschriften der Parteien im Berufungsverfahren nimmt die Frage breiten Raum ein, ob bei der Berufungsbeklagten Arbeitsweg generell nicht oder zu wenig vergütet worden sei, und ob die Fahrzeuge mit GPS-Geräten ausgerüstet waren oder nicht. Ob andere Angestellte zu wenig Weg-Entschädigung erhielten, wie der Berufungskläger nachweisen zu können glaubt, dürfte nicht entscheidend sein, denn es kommt auf seine Zeiten an, die er selber in den Rapporten notierte; seine Berufung genügt insofern (auch wenn es darauf nicht ankommt) nicht den gesetzlichen Anforderungen (oben, E. 1.2), als er nicht im Einzelnen aufzeigt, wie er die Behauptung betreffend die Behandlung der Kollegen mit konkreten Akten- und Protokoll-Stellen des erstinstanzlichen Dossier beweisen konnte. Die Frage nach der Existenz von GPS-Geräten böte das interessante und schwierige Problem, wie damit umzugehen ist, wenn eine Partei oder ein Zeuge behauptet, eine bestimmte Sache gebe es nicht. Auch wenn der Beweis eines unbestimmten Negativums nicht verlangt werden kann (weil er gar nicht zu

erbringen ist), dürfte es anders sein, wenn wie hier behauptet wird, Fahrzeuge in einem Betrieb seien mit GPS-Geräten ausgestattet. Das könnte durch die Fachperson, welche mit der Auswertung solcher Daten betraut würde, vermutlich einfach festgestellt werden. Die Kritik des Berufungsklägers hat von da her etwas für sich, das Regionalgericht hätte sich nicht mit der blossen Behauptung der Berufungsbeklagten zufriedengeben dürfen, ihre Fahrzeuge seien nicht mit GPS ausgerüstet; auch wenn der Berufungsbeklagten in diesem konkreten Fall keine böse Absicht unterstellt werden kann, machte das doch eine Beweisvereitelung allzu einfach. Darauf kommt es allerdings nicht an: Das Regionalgericht hat in diesem Punkt nämlich nicht aufgrund seiner Beweismwürdigung entschieden, sondern es hat dem Berufungskläger vorgehalten, er habe nicht ausreichend behauptet. Diese Überlegung ist zutreffend: ohne ausrei-

E. 22

/ 25 chende Behauptungen wird kein Beweis abgenommen (dazu auch oben, E. 5.4), auch nicht im Verfahren der sozialen Untersuchungsmaxime. Fürs Erste kann eine Partei zwar eine nicht in allen Details präzise dargestellte Behauptung aufstellen. Bestreitet aber die Gegenpartei (was sie gültig pauschal tun kann, wenn die Behauptung ebenfalls noch unspezifisch aufgestellt war), müssen die Behauptungen konkretisiert, im Einzelnen "substantiiert" werden (Guldener, a.a.O., S. 168; BGer 5A_888/2020 v. 9.12.2020 E. 4.4 unter Verweisung auf BGE 127 III 365 E. 2c; ferner Thomas Engler, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Zürich 2023, N 4 vierter Abschnitt zu Art. 221 ZPO). Das Regionalgericht hält dem Berufungskläger zu Recht vor, mit der blossen und nicht näher spezifizierten Behauptung, er habe pro Arbeitstag mindestens 15 Minuten Arbeitsweg aufwenden müssen, die ihm nicht vergütet worden seien, habe er die Anforderungen an die Substantiierung nicht erfüllt, denn es geht nicht um einen Durchschnitt, sondern ganz konkret um bestimmte Mehr-Arbeit an bestimmten Tagen. Dagegen kann der Berufungskläger nicht mit Erfolg einwenden, es sei doch unzumutbar, für mehr als tausend Tage konkrete Behauptungen aufzustellen, denn das würde ja unzählige Seiten füllen; einer Fachperson, welche nach seinem Antrag die GPS-Daten auswerten müsste, mutet er diese Knochenarbeit offenbar zu – und diese ist, wenn auch gewiss mühevoll, durchaus möglich. Wesentlich und letztlich entscheidend ist, dass der Berufungskläger selbst für jeden einzelnen Tag die Rapporte über seine Arbeitszeit erstellte. Die Berufungsbeklagte behauptet, aus einem Vergleich der dort notierten Arbeitszeit mit der dem Kunden verrechneten Zeit ergebe sich, dass der Berufungskläger den Arbeitsweg sehr wohl als Arbeitszeit notiert habe (act. A.2, S. 9, belegt mit Verweis auf den Kundenrapport RG-act. 3/31 vom 27. Juli 2017, welcher für diesen Tag sieben der Kundin verrechnete Stunden ausweist, und den entsprechenden [internen] Arbeitsrapport des Berufungsklägers – nicht mit der Aktenstelle genannt, aber leicht auffindbar im chronologisch geordneten Faszikel RG-act. 3/21: dort notiert der Berufungskläger neun Stunden). Dieser Behauptung haftet der prozessuale Mangel an, dass die Berufungsbeklagte nicht erläutert, wo sie das der ersten Instanz vortrug, und damit ist sie vermutungsweise neu und unzulässig (E. 1.3). Das ist letztlich nicht entscheidend. Denn der Berufungskläger ging beim Antritt seiner Stelle und während des ganzen Arbeitsverhältnisses davon aus, er müsse pro Woche 43 Stunden arbeiten. Er behauptet nun, während der ganzen Zeit habe er regelmässig mehr Zeit aufwenden müssen als diese 43 Stunden. Wenn das zutrifft, hatte er schon von der ersten oder zweiten Woche an und während der ganzen Jahre des Arbeitsverhältnisses allen Grund, sich diese Mehr-Zeit zu notieren, falls er sie aus welchen Gründen auch immer in seinen eigenen Wochenrapporten

nicht festhielt.

E. 23

/ 25 Wenn er jetzt Schwierigkeiten hat, seine Behauptungen zu konkretisieren, hat er sich das alleine selber zuzuschreiben, und kann er sich weder darauf berufen, diese Mehrzeiten seien analog im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen, weil er sie vernünftigerweise weder behaupten noch beweisen könne, oder die Berufungsbeklagte müsse ihm mit dem Offenlegen von GPS-Daten die Grundlagen für seine Behauptungen liefern. Er hätte im Übrigen durchaus noch die Möglichkeit gehabt, seinen Vortrag zu konkretisieren: Wie ein Blick in die Wochenrapporte zeigt, sind die Arbeitsorte vielleicht nicht immer, aber doch meistens vermerkt: "_____", "_____", "_____" (RG-act. 3/21-24), und wo kein Ort genannt ist, könnte der Name der Kundin oder des Kunden weiterhelfen. Der Berufungskläger hätte sich auch gestützt auf diese Angaben der Mühe unterziehen können (und müssen), bestimmte Behauptungen zu geleisteten Mehr-Zeiten aufzustellen. Daher ist mit dem Regionalgericht davon auszugehen, dass die Klage in diesem Punkt nicht ausreichend substantiiert ist. In diesem Fall kommt es gar nicht zum Erheben von Beweisen, weil das Beweisverfahren nicht dazu dient, mangelhafte Behauptungen nachträglich zu verbessern (Roman Richers/Georg Naegeli, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, N 23 zu Art. 221 ZPO). Dass das Auswerten von GPS-Daten (wenn es diese denn gibt, dazu vorstehend) als Beweisangebot zulässig gewesen wäre, bleibt unerheblich, denn Art. 150 Abs. 1 ZPO handelt von "rechtserheblichen, streitigen" (und, so ist zu ergänzen: frist- und formgerecht behaupteten) "Tatsachen". Die mangelnde Substantiierung hat die Abweisung der Klage in diesem Punkt zur Folge (BGE 115 II 187). 7. Zusammengefasst sind dem Berufungskläger unter dem Titel "Ferien" zu dem vom Regionalgericht als ausgewiesenen Erkannten weitere CHF 4'006.80 und unter dem Titel "Überschreitung der Höchstarbeitszeit" CHF 12.450.00 zuzusprechen, zusammen also CHF 16'456.80. Insofern ist die Berufung begründet. Soweit sie darüber hinaus gehen, sind die Berufung und die noch zu beurteilende Klage abzuweisen. Der Zins ist unbestritten. 8. Damit bleiben die Kostenfolgen zu regeln, und das auch für die erste Instanz (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Das Verfahren ist in beiden Instanzen kostenfrei (Art. 114 lit. c ZPO).

E. 24

/ 25 Hingegen dispensiert das die (auch teilweise) unterliegenden Partei nicht von der Zahlung der Parteientschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO. Diese ist verhältnismässig zu reduzieren, wenn keine Partei vollständig obsiegt resp. unterliegt (Art. 106 Abs. 2 ZPO); nach ständiger Praxis erfolgt das nach Quoten, und nicht unter Verrechnung der konkreten Honorare (KGer GR ZK2 18 42 v. 15.12.2020 E. 15.2). Der Berufungskläger dringt mit Klage und Berufung je zu rund zwei Dritteln durch, und damit hat er Anspruch auf Ersatz eines Drittels seiner Anwaltskosten, soweit diese sich im Rahmen der einschlägigen Honorar-Verordnung (BR 310.250) halten. Für das Verfahren in erster Instanz legte der Berufungskläger eine Honorarvereinbarung vor, welche insbesondere den Interessenwertzuschlag von Art. 3 Abs. 3 HV enthält (RG-act. VI/1). Die Honorarnote weist einen Aufwand von 66.45 Stunden aus und basiert auf dem vereinbarten (vgl. RG-act. VI/1) Ansatz von CHF 250.00. Das ergibt ein eher hohes Honorar inklusive Spesen und Mehrwertsteuer von CHF 19'735.50 (RG-act. VI/5 und /6). Allerdings war das Verfahren relativ aufwändig, und nicht zuletzt hat der Vertreter der Berufungsbeklagten mit CHF 19'017.25 ein Honorar in ähnlicher Höhe geltend gemacht (RG-act. VI/7). Diese Honorare sind nicht unangemessen. Demnach ist dem

Berufungskläger für die erste Instanz als Parteientschädigung ein Drittel von CHF 19'735.50 zuzusprechen, das sind CHF 6'578.50. Im Berufungsverfahren legt der Berufungskläger eine Honorarnote auf der Basis von 23.05 Stunden vor, mit einem Total von CHF 6'392.35 (act. G.1.1). Das ist angemessen; der dem Berufungskläger zuzusprechende Drittel ist CHF 2'130.00. Die Leistungen des Anwaltes wurden für beide Instanzen vor dem Inkrafttreten des neuen Satzes der Mehrwertsteuer von 8,1% per 1. Januar 2024 erbracht, es bleibt daher bei den bisherigen 7,7%.

E. 25

/ 25

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