

# SG\_KANTONSGERICHT BO.2023.5-K3 vom 2. Mai 2024

Sg Kantonsgericht, 2024-05-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_BO.2023.5-K3](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_BO.2023.5-K3)

FR: SG\_KANTONSGERICHT BO.2023.5-K3 du 2 mai 2024

IT: SG\_KANTONSGERICHT BO.2023.5-K3 del 2 maggio 2024

## Regeste

Art. 336c Abs. 1 lit. b und Abs. 2 OR: Dauer der Sperrfrist und Gültigkeit einer Kündigung, wenn eine Verhinderung an der Arbeitsleistung bis in ein Dienstjahr andauert, das eine längere Sperrfrist vorsieht als das vorhergehende (E. III. 1). Art. 324a OR: Beweiswert und Anforderungen an ärztliche Zeugnisse und Berichte sowie Würdigung der konkreten Umstände (E. III. 2). Art. 324a Abs. 4 OR: Passivlegitimation der Arbeitgeberin für Lohnfortzahlung bei Versicherungslösungen (E. III. 4). Art. 329 ff. OR: Einfluss von Auslandsaufenthalt auf Ferienanspruch eines gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmers (E. III. 5). Art. 85 Abs. 2 ZPO: Voraussetzungen für eine unbezifferte Forderungsklage (E. III. 6.b). Auslegung und Auswirkung einer "speziellen Vereinbarung" betreffend BVG-Sparbeiträge mit unmöglichem Inhalt (E. III. 6.c + d). Art. 321c OR: Beweislast für geleistete Überstunden und Beweiskraft einer elektronischen Agenda (E. III. 7). (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, BO.2023.5-K3).

## Erwägungen

### E. 13

Monatslohn noch Fr. 1'946.05 (Fr. 7'833.46 - [Fr. 6'264.75 - 6.023%]). 4. Passivlegitimation  
a) Die Beklagte bringt mit ihrer Anschlussberufung sodann vor, selbst wenn eine Leistungspflicht bestehe, fehle ihr die Passivlegitimation für die Lohnfortzahlungen August bis Oktober 2020 und den anteiligen 13. Monatslohn, weil sich der Anspruch des Klägers auf Krankentaggelder (bzw. die entsprechende Lohnfortzahlung) gegen die F. Versicherungen richte. Die Vorinstanz sei ohne weitere Prüfung einfach davon ausgegangen, dass trotz unstrittig bestehender und unstrittig auch im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR gleichwertiger Krankentaggeldversicherung sie, die Beklagte, für die vom Kläger behaupteten Lohnzahlungsansprüche passivlegitimiert sei. Gemäss dem anzuwendenden Art. 87 aVVG stehe aber demjenigen, zu dessen Gunsten eine kollektive Krankentaggeldversicherung abgeschlossen wurde, ein selbständiges Forderungsrecht gegen das Versicherungsunternehmen zu. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGer 4A\_514/2018) führe das direkte Forderungsrecht in Art. 87 aVVG dazu, dass der Arbeitgeberin die Passivlegitimation fehle. Begründet werde dies damit, dass die Versicherung und nicht die Arbeitgeberin gegenüber dem Arbeitnehmer zur Leistung der Taggelder verpflichtet sei (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 8 ff. N 21-28). b) Der Kläger bringt in diesem Zusammenhang – neben Ausführungen zu den Prozessvoraussetzungen, deren Relevanz in Bezug auf die Passivlegitimation jedoch nicht ersichtlich ist – vor, die Beklagte behaupte die angeblich fehlende Passivlegitimation erstmals mit der Anschlussberufung und damit verspätet. Zudem sei im Arbeitsvertrag für BO.2023.5-K3  
19/41

den Fall der Arbeitsunfähigkeit und Leistungen der Krankentaggeld-Versicherung keine Ersatzlösung vereinbart worden. Gemäss Arbeitsvertrag erhalte der Arbeitnehmer im ersten Monat der Abwesenheit 100% und ab dem zweiten Monat 80% des durchschnittlichen AHV-Gehalts (Anschlussberufungsantwort, S. 2 unten f.). c) Wie die Vorinstanz richtig festhielt, kann nach Art. 324a Abs. 4 OR durch schriftliche Abrede eine von Art. 324a Abs. 1 OR abweichende Regelung der Lohnfortzahlung vorgesehen werden, sofern diese für den Arbeitgeber mindestens gleichwertig ist (vi-Entscheid, S. 6 Mitte). Bei reiner Besserstellung des Arbeitnehmers sind auch formfreie Vereinbarungen zulässig. Beiderseits belastende Abweichungen können dagegen nur durch schriftliche Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbart werden (BGE 131 III 623 E. 2.5.2; BGER 4A\_98/2014 E. 4.2.1; SHK-VON ZEDTWITZ/KELLER, Art. 324a N 56 ff.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 324a N 50; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a OR N 36). Wird die Leistungspflicht des Arbeitgebers durch eine Versicherungslösung abgelöst und ist diese im Sinne des Vorstehenden gleichwertig, so ist der Arbeitgeber grundsätzlich von jeder weiteren Zahlungspflicht befreit. Auch wenn die Versicherung nicht leistet, lebt der Lohnanspruch des Arbeitnehmers nach Art. 324a Abs. 1 OR nicht wieder auf. Letzterer hat sich daher direkt an den Versicherer zu halten, was ihm durch sein direktes Forderungsrecht ermöglicht wird (Art. 87 aVVG bzw. Art. 95a VVG; SHK-VON ZEDTWITZ/KELLER, Art. 324a N 63; STREIFF/VON KAENEL//RUDOLPH, a.a.O., Art. 324a/b OR N 14 S. 438 f.; HÄBERLI, Fachhandbuch Arbeitsrecht, 2018, N 5.108 ff.; HÄBERLI/HUSMANN, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, 2015, N 440). Gültig ist eine solche Abgeltungslösung allerdings nur, wenn sie schriftlich festgehalten ist, daraus hervorgeht, dass sie an die Stelle der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers treten soll und sie die Kernelemente, wie namentlich die Dauer und Höhe der Leistungen, das versicherte Risiko, Einschränkungen des Versicherungsschutzes, allfällig vereinbarte Warteta-ge sowie die Modalitäten der Prämienfinanzierung enthält. Der blosser Hinweis auf das Bestehen einer Versicherung erfüllt das Formerfordernis nicht (BGER 4A\_98/2014 E. 4.2.1; WENGER, Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und Lohnfortzahlung, 2019, N 130; SHK-VON ZEDTWITZ/KELLER, Art. 324a OR N 58 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324a/b OR N 13 S. 432 f. und N 28; BSK OR I-PORTMANN/RUDOPH, Art. 324a N 50; BRÜHWILER, a.a.O., Art. 324a N 23b; HÄBERLI, a.a.O., N 5.43 ff.). d) Die Parteien vereinbarten mit schriftlichem Arbeitsvertrag, dass der Arbeitnehmer bei Krankheit oder Unfall im ersten Monat der Abwesenheit 100% und ab dem zweiten Monat 80% des durchschnittlichen AHV-Gehalts erhalte (kläg.act. 1, S. 3 "Unfall, Krankheit" Abs. 3). Diese Vereinbarung stellt – da der Lohn bereits ab dem zweiten Monat re-

BO.2023.5-K3 20/41  
duziert wird – keine reine Besserstellung des Arbeitnehmers gegenüber der gesetzlichen Regelung dar, ist aber als gleichwertig anzusehen. Weiter ist im Arbeitsvertrag unter der Überschrift "Versicherungen" im zweiten Absatz festgehalten: "Die Arbeitgeberin hat für sämtliche Arbeitnehmer eine kollektive Krankentaggeld Versicherung deckend 80% des Bruttogehaltes abgeschlossen. An die Prämien für diese Kollektive Krankentaggeldversicherung leistet die Arbeitnehmerin einen entsprechenden Beitrag" (kläg.act. 1, S. 3). Bestimmungen zur Dauer der Versicherungsleistungen und den (konkreten) Modalitäten der Prämienfinanzierung enthält der Arbeitsvertrag nicht. Ebenso wenig ist diesem zu entnehmen, dass allfällige Ansprüche gegenüber der Versicherung an die Stelle der Lohnfortzahlungspflicht der Beklagten treten sollen und diese durch den Abschluss der Krankentaggeldversicherung von der unter "Unfall, Krankheit" vereinbarten Lohnfortzahlungs-

pflicht (teilweise oder ganz) befreit wäre. Eine gültige Abgeltungslösung in diesem Sinne besteht folglich nicht. Die Bestimmungen betreffend "Unfall, Krankheit" stehen vielmehr selbständig für sich alleine und geben dem Kläger einen grundsätzlichen Anspruch auf eine Lohnfortzahlung gegenüber der Beklagten. Diese brachte denn auch im erstinstanzlichen Verfahren (entgegen den Behauptungen in der Anschlussberufung) nie vor, dass sich die Ansprüche des Klägers nur gegen die Krankentaggeldversicherung richteten. Vielmehr machte sie jeweils geltend, dass sich der Krankentaggeldanspruch des Klägers ab dem 1. September 2020 (nach Ansicht der Beklagten Ende des Arbeitsverhältnisses) gegen die F. \_\_ Versicherungen richte (Klageantwort, S. 9 N 19; Duplik, S. 9 N 20). Folglich war auch die Beklagte der Auffassung, die Ansprüche des Klägers (so sie denn bestehen) richteten sich bis zur Auflösung des Arbeitsvertrages gegen sie. Vor diesem Hintergrund ist die Passivlegitimation der Beklagten zu bejahen. Somit kann offenbleiben, ob die Beklagte die fehlende Passivlegitimation (Rechtsfrage, die auch im Berufungsverfahren von Amtes wegen zu prüfen wäre) bzw. die Tatsachen, aus denen sich eine fehlende Passivlegitimation ergäbe, rechtzeitig geltend machte oder ob es sich hierbei um unzulässige Noven handelt.

5. Entschädigung für Ferienansprüche a) Die Vorinstanz erwog, bei jährlich sechs Wochen Ferien betrage der Ferienanspruch des Klägers für das erste Dienstjahr (1. August 2019 bis 31. Juli 2020) 30 Tage und für die Monate August bis Oktober 2020 im zweiten Dienstjahr pro rata temporis 7.5 Tage. Der Kläger habe im ersten Dienstjahr sieben Ferientage bezogen, womit der Restferienanspruch für das erste Dienstjahr 23 Tage betrage. Der Ferienanspruch aus dem zweiten Dienstjahr sei in Anwendung von Art. 329b OR um fünf Tage zu kürzen, womit noch 2.5 Tage verblieben. Entgegen der Auffassung der Beklagten seien die Tage, an BO.2023.5-K3 21/41

denen der Kläger in Griechenland geweilt habe, nicht als bezogene Ferien zu betrachten. Der Kläger sei zur Zeit seines Griechenlandaufenthaltes bereits krankgeschrieben gewesen und der Psychiater Dr. H. \_\_ habe diesen Aufenthalt "keinesfalls [als] Ferien" bezeichnet. Gemäss Bundesgericht seien Zeiten der Arbeitsunfähigkeit keine Ferienzeiten (mit Hinweis auf BGer 4A\_319/2019 E. 7). Entsprechend könne der Aufenthalt des Klägers in Griechenland nicht als bezogener Urlaub angesehen werden, da dieser weder seiner psychischen noch physischen Erholung gedient habe. Vielmehr habe sich der Kläger auf Wunsch seiner Frau mit nach Griechenland begeben, welche dies aufgrund seines Gesundheitszustands (Zweifel an Selbstversorgungskompetenz) von ihm verlangt habe. Somit habe der Kläger Anspruch auf Vergütung von 25.5 (23 + 2.5) nicht bezogener Ferientage. Der Tageslohn betrage Fr. 460.80 netto (Fr. 10'000.00 / 21.7) und der Entschädigungsanspruch für nicht bezogene Ferientage somit Fr. 11'750.40 (Fr. 460.80 x 25.5). Davon sei die von der Beklagten bereits geleistete Teilzahlung von Fr. 2'296.05 abzuziehen. Entsprechend habe die Beklagte den Kläger mit Fr. 9'454.35 zu entschädigen (vi-Entscheid, S. 7 f.). b) Die Beklagte wendet mit ihrer Anschlussberufung ein, die Vorinstanz habe bei der Entschädigung der Ferienansprüche zu Unrecht die drei Wochen Griechenlandurlaub nicht berücksichtigt. Es möge sein, dass Dr. H. \_\_ den Schilderungen des Klägers Glauben geschenkt habe, wonach es sich bei diesen drei Wochen "keinesfalls" um "Ferien" gehandelt habe sollte. Objektive Befunde habe Dr. H. \_\_ aber keine erhoben. Die Tatsache, dass der Kläger sogar während der Zeit in Griechenland täglich eine Vielzahl von Geschäftsanrufen in die Schweiz getätigt habe, habe die Vorinstanz übersehen. Zudem sei von Ferienfähigkeit auszugehen, wenn lediglich eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit bestehe. Sogar Dr. H. \_\_ habe dies für die erste Phase der (angeblichen) Arbeitsunfähigkeit des Klägers, in welcher auch die

Griechenlandreise stattgefunden habe, konzedieren müssen. Der Erholungswert von Ferien sei zudem auch dann gegeben, wenn jemand diese wie der Kläger (angeblich) vor allem "im Haus" am griechischen Feriendomizil "versteckt" verbracht habe (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 16 N 41). c) Wie bereits in E. 2.f hiervor festgestellt, ist die Arbeitsunfähigkeit des Klägers nicht (lediglich) arbeitsplatzbezogen. Dr. H.\_\_\_\_ führte zur Frage "Handelt es sich um eine Arbeitsunfähigkeit infolge spezieller Gegebenheiten am jetzigen Arbeitsplatz?" zwar aus, die depressive Belastungsstörung sei sicher ursprünglich mit dem bisherigen Arbeitsplatz vergesellschaftet und von den Gegebenheiten dort ausgelöst worden (kläg.act. 13, S. 2). Zunächst bedeutet jedoch der Umstand, dass eine durch Krankheit verursachte Arbeits-

BO.2023.5-K3 22/41  
unfähigkeit ursprünglich mit dem bisherigen Arbeitsplatz vergesellschaftet ist und von den Gegebenheiten dort ausgelöst wurde, nicht automatisch, dass diese Arbeitsunfähigkeit (lediglich) arbeitsplatzbezogen ist. Als prägendes Beispiel dafür, dass sich die depressive Belastungsstörung im Beschwerdebild vom kausalen Ereignis deutlich abgelöst/verselbständigt habe und sich deshalb auch bei anderen Arbeitgebern auswirken werde, nennt Dr. H.\_\_\_\_ sodann gerade die erlebte Limitierung während des Griechenlandaufenthalts. Berücksichtigt man ausserdem die von Dr. H.\_\_\_\_ festgehaltene Anamnese, wonach sich beim Kläger ab Frühjahr 2020 eine Belastungssituation manifestierte, ab Ende April 2020 erste Symptome in Form von Kopfschmerzen, Verdauungsstörungen und Insomnie zeigten und am 22. Juni 2020 der "Zusammenbruch" erfolgte, so wird klar, dass der Griechenlandaufenthalt (14. Juli bis 9. August 2020) nicht in die "erste Phase" der Belastungsstörung fiel. Somit steht fest, dass der Kläger, auch während er in Griechenland weilte, nicht (lediglich) arbeitsplatzbezogen arbeitsunfähig war. Anlässlich der Parteibefragung führte der Kläger aus, er habe aus Pflichtbewusstsein dann, wenn es ihm möglich gewesen sei, auch aus Griechenland geschäftliche E-Mails geschrieben. Seine Frau und deren Schwester hätten dort zwei Häuser. Sie seien im obersten Haus gewesen, wo sie abgeschieden gewesen seien, ganz bewusst. Er sei nicht ins Dorf und nicht baden gegangen. Es sei ihm nicht gut gegangen. Er sei auch nicht mit dem Auto oder der Vespa gefahren. Es sei ihm wirklich nicht gut gegangen. Er sei nur dem Frieden zuliebe dort gewesen (vi-act. 32, S. 5 Ziff. 31). Anhaltspunkte, die zu Zweifeln an den Aussagen des Klägers Anlass geben, sind nicht ersichtlich. Ferner ist dem Bericht von Dr. H.\_\_\_\_ zu entnehmen, dass der Kläger auch in Griechenland kaum sozialen Kontakt sowie starke Ängste in Bezug auf andere Menschen und die Umgebung gehabt habe. Es habe sich "keinesfalls" um "Ferien" gehandelt. Schliesslich wurde die ärztliche Behandlung auch während der Zeit, als sich der Kläger in Griechenland aufhielt, nicht ab- oder unterbrochen, sondern es fanden am 21. Juli und 4. August 2020 (telefonische) Konsultationen mit Dr. H.\_\_\_\_ statt. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Kläger auch während des Griechenlandaufenthaltes gesundheitlich erheblich beeinträchtigt war und der Erholungswert der Freien durch die Krankheit des Klägers vereitelt wurde. Somit war der Kläger ferienunfähig und die Vorinstanz zog die in Griechenland verbrachten Tage zu Recht nicht vom Ferienanspruch des Klägers ab. Vom von der Vorinstanz errechneten Entschädigungsanspruch von Fr. 11'750.40 für nicht bezogene Ferientage ist allerdings nicht der Teilbetrag von Fr. 2'296.05 (brutto), sondern der von der Beklagten geleistete Netto-Betrag von Fr. 2'157.75 (Fr. 2'296.05 - 6.023%) abzuziehen (vgl. E. 3.c hiervor). Dies ergibt einen Restanspruch von Fr. 9'592.65 (Fr. 11'750.40 - Fr. 2'157.75). BO.2023.5-K3 23/41

6. BVG-Sparbeiträge a) Bezüglich BVG haben die Parteien mittels "Spezieller Vereinbarung" festgelegt, dass nur noch Beiträge für das Sparen erhoben würden (kläg.act. 1, S. 4). Nachdem der Kläger bei Arbeitsantritt am 1. August 2019 bereits im Pensionsalter war, wurde er allerdings nicht in die Pensionskasse aufgenommen und dementsprechend wurden auch keine Sparbeiträge einbezahlt. Der Kläger machte mit seiner Klage die Zahlung dieser Sparbeiträge als Schadenersatz geltend (nach durchzuführendem Beweisverfahren eventualiter nach richterlichem Ermessen gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR). Die Vorinstanz hielt dazu fest, dass die Beklagte dem Kläger mit der entsprechenden Klausel zusätzliche Leistungen in Form von BVG-Sparbeiträgen zugesichert habe. In diesem Sinne habe die Beklagte ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllt und schulde dem Kläger gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR Schadenersatz. Anschliessend schätzte das Kreisgericht gestützt auf Art. 42 OR den Schaden nach freiem richterlichem Ermessen auf Fr. 20'000.00 (vi-Entscheid, S. 9 ff.). b/aa) Die Beklagte wendet dagegen ein, die Vorinstanz hätte auf das unbezifferte Klagebegehren Ziffer 2 gar nicht eintreten dürfen. Es wäre dem Kläger nämlich problemlos möglich gewesen, auch bezüglich der BVG-Sparbeiträge eine auf Franken und Rappen abgezählte Forderungsklage zu erheben. Der Kläger habe in der Klageschrift (S. 10 oben) selbst demonstriert, dass er in der Lage sei, seine angebliche Forderung genau zu beziffern. Zudem hätte die Vorinstanz einen angeblichen Schaden nicht gemäss Art. 42 Abs. 2 OR schätzen dürfen, da eine solche Schätzung, anders als vorliegend, nur bei einem ziffernmässig nicht nachweisbarem Schaden erfolgen dürfe (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 4 N 9). bb) Wird die Bezahlung eines Geldbetrages verlangt, so ist dieser zu beziffern (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Ist es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, kann sie – unter Angabe eines Mindestwertes – eine unbezifferte Forderungsklage erheben (Art. 85 Abs. 1 ZPO). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn erst das Beweisverfahren die Grundlage der Bezifferung der Forderung abgibt; hier ist dem Kläger zu gestatten, die Präzisierung erst nach Abschluss des Beweisverfahrens vorzunehmen. Es genügt jedoch nicht, einzig unter Hinweis auf fehlende Informationen auf die an sich erforderliche Bezifferung zu verzichten. Vielmehr obliegt dem Kläger der Nachweis, dass und inwieweit eine Bezifferung unmöglich oder unzumutbar ist. Nur soweit ein Beweisverfahren schon für schlüssige Behauptungen unabdingbar ist, fehlt es an der Möglichkeit oder Zumutbarkeit der Bezifferung (BGE 140 III BO.2023.5-K3 24/41

409 E. 4.3.2). Die anspruchsbegründenden Tatsachen sind auch bei einer unbezifferten Forderungsklage und auch in Anwendungsfällen von Art. 42 Abs. 2 OR (richterliche Schadensschätzung bei nicht ziffernmässig nachweisbarem Schaden) soweit wie möglich und zumutbar zu behaupten sowie im Falle der Bestreitung zu substantiieren und mit entsprechenden Beweisofferten zu verbinden (BGE 140 III 409 E. 4.3.1; BGer 4A\_696/2016 E. 4.1.2; BGer 4A\_93/2014 E. 4.3.1; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 6.10; BAUMANN WEY, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, 2013, N 617 f.; GUT, Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2014, N 294 ff.). Die Forderung ist zu beziffern, sobald die klagende Partei nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch die beklagte Partei dazu in der Lage ist (Art. 85 Abs. 2 ZPO). Ausgenommen von der Obliegenheit, die Forderung baldmöglichst zu beziffern, sind Fälle, in denen von Anfang an feststeht, dass die Höhe der eingeklagten Forderung sich gar nie exakt beziffern lassen wird, sondern vom Richter in (analoger) Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden muss (BGE 143 III 297 E.

8.2.5.2; BGer 4A\_502/2019 E. 5.4). Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben und insbesondere im Lichte der dazu gegebenen Begründung auszulegen (BGer 4A\_462/ 2017 E. 3.2). cc) Mit Klagebegehren Ziffer 2 machte der Kläger unter dem Titel "BVG-Sparbeiträge" eine Forderung geltend, die er nicht bezifferte (Klage, S. 2). Er berief sich dabei einerseits auf ein durchzuführendes Beweisverfahren und andererseits auf Art. 42 Abs. 2 OR. In der Klagebegründung legte er sodann Beginn, Inhalt sowie Ende des Vertragsverhältnisses (Arbeitsvertrag) zwischen den Parteien dar (Klage, S. 3 und 8). Weiter führte er die "Spe- zielle Vereinbarung" an, aus welcher er "BVG-Sparbeiträge" bzw. deren Ersatz fordert (Klage, S. 3). Mit dieser Vereinbarung habe ihm die Beklagte zusätzliche Leistungen/ Lohnnebenleistungen in Form von BVG-Sparbeiträgen ausdrücklich zugesichert (Klage, S. 9). Gemäss Angaben der L.\_\_AG handle es sich bei einem Alter von 65 Jahren um mögliche Beitragssätze von 26% des Bruttoeinkommens, was vorliegend mindestens rund Fr. 2'700.00 pro Monat ausmache. Der Kläger beantragte sodann zum Beweis der Um- setzbarkeit und Höhe des geschuldeten monatlichen BVG-Beitrags die Erstellung eines Gutachtens (Klage, S. 10). Damit behauptete der Kläger die anspruchsbegründenden Tatsachen in der Klagebegründung soweit nötig, möglich und zumutbar hinreichend sub- stantiiert. Den geltend gemachten Anspruch berechnete er annäherungsweise und nannte gleichzeitig (zumindest implizit bzw. bei Auslegung der Rechtsbegehren nach Treu und Glauben und im Lichte der Begründung) einen Mindestbeitrag (Fr. 2'700.00 x 15 [Anzahl Monate des Arbeitsverhältnisses] = Fr. 40'500.00). Indessen sind weitere Tatbestandse- lemente, welche sich in den Händen der Beklagten bzw. der L.\_\_AG befinden, unabding- BO.2023.5-K3 25/41

bar, um den klägerischen Anspruch genau zu beziffern (sofern dies überhaupt möglich ist). Folglich war es dem Kläger ohne das beantragte Gutachten nicht möglich oder zu- mindest nicht zumutbar, seine Forderung genau zu beziffern, womit die Voraussetzungen für eine unbezifferte Forderungsklage grundsätzlich gegeben waren und die Vorinstanz zu Recht auch auf Klagebegehren Ziffer 2 eingetreten ist. c/aa) Die Beklagte macht weiter geltend, die Parteien hätten sich seit Beginn des Ar- beitsverhältnisses mit der Situation, dass keine BVG-Beiträge einbezahlt werden könnten, abgefunden: Weil keine BVG-Sparbeiträge hätten erhoben werden können, sei während des gesamten Arbeitsverhältnisses die Auszahlung des Nettolohns von Fr. 10'000.00 pro Monat erfolgt, ohne dass BVG-Sparbeiträge erhoben worden wären. Der Kläger habe während des gesamten Arbeitsverhältnisses nie gegen diese unumstössliche Tatsache protestiert, nicht bei der Entgegennahme sämtlicher Lohnabrechnungen und auch nicht bei der Entgegennahme des Lohnausweises. Damit sei von einer konkludenten Vertrags- änderung auszugehen (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 19 N 50; Klageant- wort, S. 11 f. N 27). bb) Der Kläger bestreitet nicht, die Lohnabrechnungen über Fr. 10'000.00 (bekl.act. 17 und 18) und den Lohnausweis ohne Widerspruch entgegengenommen zu haben. Damit ist zu prüfen, ob die widerspruchslöse Entgegennahme der Lohnabrechnungen durch den Kläger als stillschweigende bzw. konkludente Vertragsänderung (Art. 1 bzw. 6 OR) zu bewerten ist. Da es sich hierbei um eine Rechtsfrage handelt, die von Amtes wegen zu prüfen ist, schadet es dem Kläger nicht, dass er erst im ersten Parteivortrag (vi-act. 31, S. 3 unten) ausdrücklich gegen den Schluss der Beklagten, es liege eine konkludente Vertragsänderung vor, protestierte. cc) In einem ersten Schritt ist allerdings die Frage zu beantworten, ob die Parteien im ursprünglichen Arbeitsvertrag vereinbart haben, dass die ganzen BVG-Beiträge zulasten der Beklagten gehen (so die Ansicht des Klägers; vgl. Klage, S. 9 unten, Replik, S. 15 zu N 30; Anschlussberufungsantwort, S. 5 unten f.) oder je zur Hälfte zulasten des

Klägers und der Beklagten (so die Ansicht der Beklagten; vgl. Klageantwort, S. 12 N 30; Duplik, S. 10 N 27): Grundlage für die rechtliche Qualifikation einer Vertragsbestimmung bildet deren Inhalt (BGE 144 III 43 E. 3.3). Er bestimmt sich vorab nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien (Art. 18 Abs. 1 OR). Bei der Ermittlung des tatsächlichen Willens ist nicht allein auf den Wortlaut der Erklärungen abzustellen, sondern auf alle Indizien, welche (Rück-)Schlüsse auf den wirklichen Willen der Parteien erlauben, wie etwa die Umstände des Vertragsschlusses (z.B. allfällige im Vorfeld abgegebene Erklä-

BO.2023.5-K3 26/41  
rungen) oder das nachträgliche Parteiverhalten. Erst wenn ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie der jeweilige Erklärungsempfänger nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste. Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip setzt somit voraus, dass sich der tatsächliche Wille der Parteien entweder nicht mehr feststellen lässt oder dass eine Partei den von der anderen Partei erklärten Willen nicht richtig verstanden hat, wobei beides aus der Beweiswürdigung folgen muss und sich nicht schon aus der blossen Tatsache ergibt, dass die Parteien im Prozess Unterschiedliches behaupteten (zum Ganzen: BGE 144 III 93 E. 5.2.1 ff. = Pra 2019 Nr. 40; BGE 144 III 43 E. 3.3; BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 131 III 606 E. 4.1 = Pra 2006 Nr. 80; BGer 4A\_535/2019 E. 4.2.2). dd) Im Arbeitsvertrag ist unter der Überschrift "Gehalt" festgehalten, dass der Kläger "einen festen monatlichen Lohn" von Fr. 10'000.00 "netto ausbezahlt" erhalte (kläg.act. 1, S. 2). Der Wortlaut ist klar und spricht eindeutig dafür, dass dem Kläger vom vereinbarten (Netto-)Lohn von Fr. 10'000.00 keine Sozialversicherungsbeiträge mehr abgezogen werden sollten. Weiter sind bei den "Lohnabzügen" alle Sozialversicherungsabzüge aufgeführt, inkl. BVG-Beiträge. Es ist nicht ersichtlich, weshalb für die BVG-Abzüge eine andere Regel gelten sollte, als für die übrigen Abzüge, die gemäss Lohnabrechnungen vollständig von der Beklagten übernommen wurden (vgl. bekl.act. 17 und 18). Die Tatsache, dass unter der Rubrik "Spezielle Vereinbarung" (S. 4) von Beiträgen die Rede ist, die "erhoben" werden, ändert – entgegen der Ansicht der Beklagten – daran nichts: Erhoben werden können die Beiträge auch bei der Arbeitgeberin. Aus dem klaren Wortlaut und der Systematik des (von der Beklagten aufgesetzten) Arbeitsvertrages, ergibt sich damit, dass die Parteien einen festen Nettolohn von Fr. 10'000.00 vereinbart haben und alle Sozialversicherungsbeiträge (inkl. BVG-Beiträge) von der Arbeitgeberin zu übernehmen waren. Da dem Kläger der vereinbarte Nettolohn ausbezahlt wurde, hatte er auch keinen Grund gegen die Lohnabrechnungen zu protestieren. Folglich kann aus der Tatsache, dass der Kläger die Lohnabrechnungen widerspruchlos akzeptierte, jedenfalls nicht der Schluss gezogen werden, er habe auf Ansprüche aus der "Speziellen Vereinbarung" konkludent verzichtet. Mithin ist der Einwand der Beklagten unbegründet. d/aa) Damit ist weiter zu prüfen, welche Ansprüche dem Kläger aus der "Speziellen Vereinbarung" zustehen. Dieser macht mit der Berufung geltend, die Vorinstanz habe zwar zutreffend festgestellt, dass die Beklagte ihre vertraglichen Verpflichtungen in Bezug auf die BVG-Sparbeiträge nicht erfüllt habe und ihm, dem Kläger, gestützt auf Art. 97 Abs. 1 BO.2023.5-K3 27/41

OR Schadenersatz schulde. Sie habe bei der Schadensschätzung jedoch übersehen, dass gemäss Kadervertrag der Beklagten ab einem Jahreslohn von Fr. 100'000.00 der volle AHV-Lohn ohne Koordinationsabzug versichert werde. Der geschätzte Schaden betrage folglich Fr. 25'948.65 (Berufung, S. 6 Mitte, mit Hinweis auf kläg.act. 22). bb) Die

Beklagte ihrerseits macht geltend, die Vorinstanz sei fälschlicherweise von "Vertragsverletzung" und "Schadenersatz" ausgegangen. Bei einem Wechsel der Arbeitsstelle nach Erreichen des ordentlichen AHV-Alters gebe es keine Möglichkeit mehr, in die Vorsorgeeinrichtung des neuen Arbeitgebers aufgenommen zu werden. Da der Kläger am 23. Juni 2019 das Pensionsalter erreicht habe, sei eine Aufnahme in die Vorsorgeeinrichtung von Anfang an nicht möglich gewesen. Entsprechend sei in Bezug auf die "Spezielle Vereinbarung" betreffend BVG-Sparbeiträge von Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR oder von objektiver Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 Abs. 1 OR auszugehen. In beiden Fällen habe der Kläger keinen Anspruch auf Schadenersatz und es liege auch keine "Vertragsverletzung" vor (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 17 ff. N 43-51). cc) Ist eine versprochene Leistung von allem Anfang an, nämlich im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, objektiv nicht erbringbar, so gilt sie als unmöglich im Sinne von Art. 20 OR. Dabei kann Unmöglichkeit auf rechtlichen oder faktischen Gründen beruhen. Damit unterscheidet sich Unmöglichkeit gemäss Art. 20 OR einerseits von der nachträglichen Unmöglichkeit (Art. 97 Abs. 1 und Art. 119 OR) und andererseits vom subjektiven Unvermögen eines bestimmten Vertragspartners. Ist schon bei Vertragsschluss klar, dass die noch mögliche Leistung im Erfüllungszeitpunkt nicht mehr erbracht werden kann, ist anfängliche Unmöglichkeit anzunehmen (vgl. zum Ganzen BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, 7. Aufl., Art. 20 N 46 f. und GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, Band 1, 11. Aufl., N 631 ff., je mit weiteren Hinweisen). Vorliegend war zwar die versprochene Leistung (Einzahlung von BVG-Sparbeiträgen) im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (23./25. März 2019) grundsätzlich noch möglich, weil der Kläger damals das Pensionsalter noch nicht erreicht hatte. Bei Beginn des Arbeitsverhältnisses am 1. August 2019 war der Kläger aber bereits im Pensionsalter und eine Aufnahme gestützt auf Art. 4 Ziff. 1 und 2 des Vorsorgereglements der L. \_\_AG (kläg.act. 23) nicht mehr möglich. Eine Aufnahme in die Pensionskasse vor Erreichen des 65. Altersjahrs (23. Juni 2019) war umgekehrt deshalb nicht möglich, weil der Kläger damals die Stelle noch nicht angetreten hatte (vgl. Art. 4 Ziff. 2 des Vorsorgereglements; vgl. auch bekl.act. 16). Damit ist die versprochene Leistung als von Anfang an unmöglich im Sinn BO.2023.5-K3 28/41

von Art. 20 OR zu qualifizieren (zum Ganzen vgl. auch BLESIGLI, "Pensioniert und doch erwerbstätig", in: Der Schweizer Treuhänder, ST 12/08, S. 1040 ff., 1042; bekl.act. 12). dd) Ein Vertrag mit unmöglichem Inhalt ist nichtig (Art. 20 Abs. 1 OR). Betrifft die Unmöglichkeit bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre (Art. 20 Abs. 2 OR). Hier ist nur der Teil "Spezielle Vereinbarung" des Arbeitsvertrages unmöglich und damit ist zu prüfen, ob anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen worden wäre. Dabei kommt es auf den "hypothetischen Parteiwillen" an. Massgeblich ist nicht ein empirischer Wille, den die Parteien wirklich gehabt hätten und der sich als imaginärer Sachverhalt überhaupt nicht feststellen, sondern höchstens fingieren liesse. Vielmehr kommt es darauf an, was die Parteien als vernünftig und korrekt – nach Treu und Glauben – handelnde Vertragspartner vereinbart hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit des mangelhaften Teils schon bei Vertragsabschluss bewusst gewesen wäre. Ist unter diesem normativen Kriterium – unter Berücksichtigung der damaligen Umstände und Interessenlage – anzunehmen, dass der Vertrag ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre, so erfasst die Nichtigkeit den ganzen Vertrag; sonst bleibt es (nach dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 OR) bei der Nichtigkeit des mangelhaften Teils,

während der Rest des Vertrages gültig ist (zum Ganzen vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 699 ff. und BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 20 N 63 f., je mit weiteren Hinweisen). Ist von einem Teilmangel auszugehen, gibt es gemäss Art. 20 Abs. 2 OR zwei Möglichkeiten: Entweder beschränkt sich die Nichtigkeit auf den mangelhaften Teil des Vertrags; im Übrigen aber gilt der Vertrag unverändert, so wie er vereinbart wurde (schlichte Teilnichtigkeit). Oder der Vertrag gilt überhaupt nicht, er ist ganz nichtig, obwohl der Mangel nur einen einzelnen Vertragsteil betrifft (Ganznichtigkeit). Grundsätzlich entfalten nichtige Verträge keine Wirkung und bereits erbrachte Leistungen sind nach den Regeln der Vindikation und der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten. Die Rückabwicklung ganz oder teilweise abgewickelter Dauerschuldverhältnisse nach Vindikations- und Bereicherungsgrundsätzen stösst allerdings in aller Regel auf erhebliche praktische Schwierigkeiten oder erweist sich gar als unmöglich. Denkbar wäre, den entsprechenden Wert der Bereicherung (objektiv) zu schätzen, die in einer Vermehrung der Aktiven, einer Abnahme der Passiven oder einer Ersparnis bestehen kann. Für den Arbeitsvertrag sieht Art. 320 Abs. 3 OR indes eine Sonderregelung vor, die gemäss Bundesgericht auf alle Dauerschuldverhältnisse analog anwendbar ist (vgl. BGE 134 III 438 E. 2.4; BGE 132 III 242 E. 4.2; BGE 129 III 320 E. 7.1.2): Wenn der Arbeitnehmer in gutem Glauben Arbeit im Dienste des Arbeitgebers auf Grund eines Arbeitsvertrages leistet, BO.2023.5-K3 29/41

der sich nachträglich als ungültig erweist, so haben beide Parteien die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie aus gültigem Vertrag zu erfüllen, bis dieses wegen Ungültigkeit des Vertrages vom einen oder andern aufgehoben wird. Gemäss dieser Bestimmung wirkt die erfolgreich geltend gemachte Anfechtung eines ganz oder teilweise abgewickelten Arbeitsverhältnisses somit wie eine Kündigung ex nunc. Derweil gibt es auch Situationen, bei denen anzunehmen ist, die Parteien hätten (als vernünftige und korrekte Vertragsparteien) anstelle des nichtigen Teils eine andere Regelung getroffen. In solchen Fällen rechtfertigt es sich, dass der Vertrag trotz des Teilmangels gilt – und zwar so, wie er von den Parteien vereinbart worden wäre, mit der Ersatzregel, die dem hypothetischen Parteiwillen entspricht (modifizierte Teilnichtigkeit). Die modifizierte Teilnichtigkeit besteht also darin, dass anstelle des nichtigen Teils eine Ersatzregel tritt und der Vertrag mit dieser Regel gilt (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 699 f.; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 20 N 65 f. und OFK-DASSER, 4. Aufl., Art. 20 OR N 23, je mit weiteren Hinweisen; BGE 107 II 216 E. 3). Die Bindung zwischen den Kontrahenten soll bestehen bleiben, wenn angenommen werden darf, dass der ergänzte mängelfreie Teil des Vertrags durch den hypothetischen Parteiwillen gestützt wird. Es ist zu fragen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen der Teilmangel schon bei Vertragsabschluss bewusst gewesen wäre. Entsteht durch einen Teilmangel eine Lücke, so ist nach Massgabe des hypothetischen Parteiwillens eine Ergänzung des Vertrags in Betracht zu ziehen (BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 20 N 63 und 65). Für das Füllen der durch die (Teil-)Nichtigkeit entstandenen Lücke ist auf den mutmasslichen Parteiwillen abzustellen, d.h. das Gericht hat zu untersuchen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit der betreffenden Klausel bekannt gewesen wäre, was eine Rechtsfrage ist (GÖKSU, in: Gauch/Stöckli, Präjudizienbuch OR, 10. Aufl., Art. 20 N 17 mit Hinweis auf BGE 107 II 149 E. 3a und BGE 107 II 216 E. 3b). Massgebend für die Bestimmung des hypothetischen Parteiwillens ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (GÖKSU, a.a.O., Art. 20 N 18). ee) Vorliegend kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Parteien den Arbeitsvertrag auch abgeschlossen hätten, wenn sie um die Nichtigkeit der "Speziell-

len Vereinbarung" gewusst hätten. Von einer vollständigen Nichtigkeit des Arbeitsvertrages ist damit nicht auszugehen, zumal es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, dessen "Rückabwicklung" nicht möglich ist, und die Parteien die jeweiligen Verpflichtungen daraus über längere Zeit grundsätzlich erfüllt haben. Es stellt sich die Frage, ob damit die "Spezielle Verpflichtung" einfach als nichtiger Teil ersatzlos wegfällt oder ob eine Ersatzlösung bzw. eine Ergänzung des Vertrags angebracht ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die "Spezielle Vereinbarung" letztlich zusätzliches Entgelt (Lohn) für die Arbeitstätigkeit des Klägers darstellte und der Vertrag bzw. die damit vereinbarten gegenseitigen Leistungen in ein Ungleichgewicht fallen würden, wenn die "Spezielle Vereinbarung" (rückwirkend) ersatzlos dahinfallen würde, zumal der Kläger seine Leistung in gutem Glauben erbracht hat. Zu fragen ist daher, was die Parteien als vernünftige und korrekte Vertragsparteien anstelle des nichtigen Teils vereinbart hätten. Nachdem es sich bei der "Speziellen Vereinbarung" faktisch um zusätzlichen Lohn handelt, ist davon auszugehen, dass die Parteien einen höheren Lohn vereinbart hätten. Dabei liegt es nahe, bezüglich der Höhe des zusätzlichen Lohns grundsätzlich auf die Berechnung der Vorinstanz abzustellen (vi-Entscheid, S. 10 unten f.). Diese errechnete im Grundsatz nämlich ebenfalls (annäherungsweise) den Lohnanteil, der dem Kläger durch die unmöglich gewordene "Spezielle Vereinbarung" entgangen war, auch wenn sie diesen letztlich als "Schaden" bezeichnete. Hinzu kommt, dass der Kläger in seiner Berufung grundsätzlich ebenfalls auf die vorinstanzliche Berechnung abstellt und auch die Beklagte diese Berechnung nicht als falsch in Abrede stellt (sondern einfach den Standpunkt vertritt, die "Spezielle Vereinbarung" falle als teilnichtig dahin). ff) Damit ist für die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens betreffend Ergänzung des Arbeitsvertrages von der Berechnung der Vorinstanz auszugehen (vi-Entscheid, S. 10 f.), zumal diese Berechnung nachvollziehbar ist, was die Parteien – wie erwähnt – im Grundsatz nicht in Abrede stellen. Allerdings macht der Kläger zu Recht geltend, die Vorinstanz habe fälschlicherweise einen Koordinationsabzug von rund Fr. 25'000.00 berücksichtigt (Berufung, S. 6 Mitte): Gemäss dem Vorsorgeplan der L. \_\_AG für die Beklagte entspricht der versicherte Lohn ab einem Kader-Jahreslohn von Fr. 100'000.00 dem Jahreslohn, ohne Koordinationsabzug (kläg.act. 22, S. 1 oben und unten). Damit ergibt sich folgende Rechnung: Auszugehen ist von einem monatlichen Bruttolohn des Klägers von Fr. 10'660.00 (bekl.act. 18). Nach dem Vorsorgeplan wären dem Kläger jedes Jahr 14% vom versicherten Lohn auf das individuelle BVG-Konto gutgeschrieben worden (kläg.act. 22, S. 2 oben). Davon hätte – gemäss unwidersprochenen Ausführungen der Vorinstanz – der Arbeitgeber mindestens die Hälfte bezahlt (vgl. aber E. c/dd hiervor). Der monatliche Lohnabzug des Klägers hätte somit Fr. 746.20 betragen (Fr. 10'660.00 x 0.14 / 2). Im Sinne einer Behelfsrechnung sind diese Fr. 746.20 nun zum monatlichen Bruttolohn von Fr. 10'660.00 hinzuzurechnen, was Fr. 11'406.20 ergibt (Fr. 10'660.00 + Fr. 746.20). Da ein 13. Monatslohn vereinbart wurde, ist der monatliche Bruttolohn von Fr. 11'406.00 mal 13 zu rechnen, womit ein jährliches Bruttoeinkommen von Fr. 148'280.60 resultiert. Ein BVG-Koordinationsabzug ist – wie dargelegt – nicht zu berücksichtigen. Das Jahreseinkommen von Fr. 148'280.60 ist durch zwölf Monate zu dividieren, was Fr. 12'356.70 BO.2023.5-K3 31/41

gen, dass die "Spezielle Vereinbarung" letztlich zusätzliches Entgelt (Lohn) für die Arbeitstätigkeit des Klägers darstellte und der Vertrag bzw. die damit vereinbarten gegenseitigen Leistungen in ein Ungleichgewicht fallen würden, wenn die "Spezielle Vereinbarung" (rückwirkend) ersatzlos dahinfallen würde, zumal der Kläger seine Leistung in gutem Glauben erbracht hat. Zu fragen ist daher, was die Parteien als vernünftige und korrekte Vertragsparteien anstelle des nichtigen Teils vereinbart hätten. Nachdem es sich bei der "Speziellen Vereinbarung" faktisch um zusätzlichen Lohn handelt, ist davon auszugehen, dass die Parteien einen höheren Lohn vereinbart hätten. Dabei liegt es nahe, bezüglich der Höhe des zusätzlichen Lohns grundsätzlich auf die Berechnung der Vorinstanz abzustellen (vi-Entscheid, S. 10 unten f.). Diese errechnete im Grundsatz nämlich ebenfalls (annäherungsweise) den Lohnanteil, der dem Kläger durch die unmöglich gewordene "Spezielle Vereinbarung" entgangen war, auch wenn sie diesen letztlich als "Schaden" bezeichnete. Hinzu kommt, dass der Kläger in seiner Berufung grundsätzlich ebenfalls auf die vorinstanzliche Berechnung abstellt und auch die Beklagte diese Berechnung nicht als falsch in Abrede stellt (sondern einfach den Standpunkt vertritt, die "Spezielle Vereinbarung" falle als teilnichtig dahin). ff) Damit ist für die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens betreffend Ergänzung des Arbeitsvertrages von der Berechnung der Vorinstanz auszugehen (vi-Entscheid, S. 10 f.), zumal diese Berechnung nachvollziehbar ist, was die Parteien – wie erwähnt – im Grundsatz nicht in Abrede stellen. Allerdings macht der Kläger zu Recht geltend, die Vorinstanz habe fälschlicherweise einen Koordinationsabzug von rund Fr. 25'000.00 berücksichtigt (Berufung, S. 6 Mitte): Gemäss dem Vorsorgeplan der L. \_\_AG für die Beklagte entspricht der versicherte Lohn ab einem Kader-Jahreslohn von Fr. 100'000.00 dem Jahreslohn, ohne Koordinationsabzug (kläg.act. 22, S. 1 oben und unten). Damit ergibt sich folgende Rechnung: Auszugehen ist von einem monatlichen Bruttolohn des Klägers von Fr. 10'660.00 (bekl.act. 18). Nach dem Vorsorgeplan wären dem Kläger jedes Jahr 14% vom versicherten Lohn auf das individuelle BVG-Konto gutgeschrieben worden (kläg.act. 22, S. 2 oben). Davon hätte – gemäss unwidersprochenen Ausführungen der Vorinstanz – der Arbeitgeber mindestens die Hälfte bezahlt (vgl. aber E. c/dd hiervor). Der monatliche Lohnabzug des Klägers hätte somit Fr. 746.20 betragen (Fr. 10'660.00 x 0.14 / 2). Im Sinne einer Behelfsrechnung sind diese Fr. 746.20 nun zum monatlichen Bruttolohn von Fr. 10'660.00 hinzuzurechnen, was Fr. 11'406.20 ergibt (Fr. 10'660.00 + Fr. 746.20). Da ein 13. Monatslohn vereinbart wurde, ist der monatliche Bruttolohn von Fr. 11'406.00 mal 13 zu rechnen, womit ein jährliches Bruttoeinkommen von Fr. 148'280.60 resultiert. Ein BVG-Koordinationsabzug ist – wie dargelegt – nicht zu berücksichtigen. Das Jahreseinkommen von Fr. 148'280.60 ist durch zwölf Monate zu dividieren, was Fr. 12'356.70 BO.2023.5-K3 31/41

brutto versicherten Lohn pro Monat entspricht. 14% des monatlich versicherten Lohnes von Fr. 12'356.50 ergeben Fr. 1'729.95. Multipliziert man diesen Betrag mit der Anzahl Monate des Arbeitsverhältnisses (15 Monate), resultiert unter dem Titel BVG-Sparbeiträge ein

Anspruch des Klägers von Fr. 25'949.10. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Parteien als vernünftige und korrekte Vertragsparteien für die 15 Monate zusätzlichen Lohn in der Grössenordnung von Fr. 1'730.00 pro Monat oder Fr. 25'950.00 gesamthaft vereinbart hätten. 7. Entschädigung Überstunden a) Die Vorinstanz hielt im Zusammenhang mit der geltend gemachten Überstundenentschädigung fest, es sei zu berücksichtigen, dass sich der Lohn des Klägers von Fr. 10'000.00 netto im Bereich eines Kaderlohnes befinde, mit welchem eine erhöhte Arbeitsleistung abgegolten werde. Darüber hinaus sei mit Arbeitsvertrag vom 23./25. März 2019 jede Überstundenentschädigung, sowohl in Form von Lohn oder Freizeit, wegbedungen worden; Überstunden gälten als im Lohn inbegriffen (kläg.act. 1, S. 1). Darüber hinaus seien auch den Akten keine stichhaltigen Anhaltspunkte zu entnehmen, die auf eine entsprechende Vertragsabänderung bzw. Vertragsergänzung für das Projekt EFH V.\_\_\_ schliessen liessen. Folglich sei die Forderung einer Überstundenentschädigung über Fr. 10'660.00 brutto weder begründet noch ausgewiesen (vi-Entscheid, S. 11). b) Der Kläger ist der Ansicht, dies sei unzutreffend. Sowohl in den Rechtsschriften als auch an der Hauptverhandlung habe er darauf hingewiesen, dass die Entschädigung für das Projekt EFH V.\_\_\_ längst nach Abschluss des Arbeitsvertrages vom März 2019 geregelt und separat vereinbart worden sei. Dazu seien vor der Vorinstanz die beiden Zeugen M.\_\_\_ und I.\_\_\_ angerufen worden und ebenso sei seine förmliche Parteiaussage nach Art. 192 ZPO beantragt worden. Auffallend sei sodann, dass sich der Vertreter der Beklagten, E.\_\_\_, in seiner Parteibefragung sehr widersprüchlich zu den Überstunden geäußert habe. Die angerufenen Zeugen könnten bestätigen, dass die Überstundenentschädigung tatsächlich Thema gewesen sei. Die Vorinstanz habe es zu Unrecht unterlassen, die zum Thema Überstundenentschädigung angebotenen Beweise abzunehmen (Berufung, S. 7 f. N 5). c) Die Beklagte bringt dagegen vor, sie habe bereits in der Klageantwort auf die völlig ungenügende Behauptungsbasis für die angebliche mündliche Vertragsänderung hingewiesen. Der Kläger habe in der Folge weder in der Replik präzisiert, wann und wo diese "Abmachung" angeblich getroffen worden sei, noch habe er sich dazu geäußert, wie die BO.2023.5-K3 32/41

Parteien angeblich geplant haben sollen, projektbezogene "Überstunden" abzugrenzen (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 4 f. N 13). Zudem habe der Kläger einmal von 260 Überstunden gesprochen und einmal von 400 Überstunden. Die Sachverhaltsdarstellung des Klägers sei damit bereits im Quantitativen widersprüchlich und in keiner Weise schlüssig. Die Vorinstanz habe deshalb zu Recht auf Zeugeneinvernahmen zum Thema "Überstunden" verzichtet (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 5 N 14). Selbst wenn man die Sachverhaltsdarstellung des Klägers zum Thema "Überstunden" als einem Beweisverfahren zugänglich betrachten würde, wären die vom Kläger erstellten Arbeitslisten (kläg.act. 24) nicht beweisbildend für geleistete Überstunden, weil sie erst im Nachhinein im "do-it-yourself-Verfahren" erstellt worden seien (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 6 N 15). Schliesslich habe der Kläger nicht behauptet, es sei generell abgemacht worden, dass alle Überstunden neu entschädigt werden: Er mache nur eine angebliche "Zusicherung" geltend, dass die aus dem "Projekt V.\_\_\_" resultierenden Überstunden entschädigt würden. Es sei aber von vornherein unmöglich, rein projektbezogene Überstunden abzugrenzen, da nicht ersichtlich wäre, weshalb z.B. vom Kläger an einem beliebigen Wochentag von 8-12 Uhr für das Projekt EFH V.\_\_\_ geleistete Stunden "Überstunden" sein sollten (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 6 f. N 16). d) Der Kläger behauptete im vorinstanzlichen Verfahren eine mündliche Vertragsänderung bzw.

Vertragsergänzung bezüglich anfallender Überstunden im Projekt EFH V.\_\_\_\_ und offerierte Zeugenaussagen als Beweis (Klage, S. 11 f. N 4.; Replik, S. 16 f. zu Ziff. 35-38). Konkret machte er geltend, E.\_\_\_\_ habe ihn, den Kläger, (in Anwesenheit des Mitarbeiters I.\_\_\_\_) ersucht, die Bauleitung des fraglichen Projekts zu übernehmen und gleichzeitig ausdrücklich zugesichert, die resultierenden Überstunden würden, in Abweichung zum Arbeitsvertrag, ausbezahlt (Klage, S. 11 unten f.; vgl. auch Replik, S. 16 Mitte f.). Wie die folgenden Erwägungen zeigen, kann letztlich offenbleiben, ob die Parteien tatsächlich mündlich eine Vertragsänderung bzw. Vertragsergänzung im vom Kläger behaupteten Sinn vereinbart haben, womit die Vorinstanz (im Ergebnis) zu Recht auf die beantragten Zeugeneinvernahmen verzichtete. e) Wird Überstundenarbeit notwendig, so ist der Arbeitnehmer zu deren Leistung grundsätzlich verpflichtet (Art. 321c Abs. 1 OR). Geleistete Überstunden sind in der Regel besonders abzugelten, d. h. durch Lohnzahlung zu vergüten oder mit Freizeit zu kompensieren. Vorbehalten bleibt eine abweichende schriftliche Vereinbarung (Art. 321c Abs. 3 OR). Die Beweislast dafür, dass Überstunden tatsächlich geleistet wurden und dass sie angeordnet oder betrieblich notwendig waren, trägt der Arbeitnehmer (BGE 129 III 171 E. 2.4; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321c N 6 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, BO.2023.5-K3 33/41

a.a.O., Art. 321c OR, N 10 S. 224). Die Anordnung kann auch konkludent oder stillschweigend erfolgen. Einer förmlichen Anordnung von Überstundenarbeit steht es gleich, wenn der Arbeitgeber von deren Leistung Kenntnis hat (oder haben müsste) und dagegen nicht einschreitet (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321c N 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321c OR, N 10 S. 224 m.w.H.; OFK-GREBSKI, 4. Aufl., Art. 321c OR N 4; SHK-LIENHART, 2021, Art. 321c OR N 51 ff. und 85 f. mit Hinweis auf BGer 4A\_42/2011 und BGer 4A\_68/2011). Eigene Aufzeichnungen des Arbeitnehmers genügen in den meisten Fällen nicht, um entschädigungspflichtige Überstunden nachzuweisen, da sie lediglich eine Parteibehauptung darstellen. Hingegen reichen täglich oder wöchentlich abgegebene Arbeitsrapporte, auch wenn sie nicht gegengezeichnet sind. Einer elektronischen Agenda kann unter Umständen Beweiskraft zukommen, wenn sie dem gesamten Büropersonal via Netzwerk zugänglich ist (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321c N 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321c OR, N 10 S. 225; KUKO OR-PIETRUSZAK, 2014, Art. 321c N 15; LIENHART, a.a.O. Art. 321c N 51 ff.). Steht fest, dass der Arbeitnehmer regelmässig weit über die üblichen Arbeitszeiten hinaus gearbeitet hat, die genaue Anzahl der Überstunden jedoch nicht mehr beweisbar ist, so kann das Gericht den Umfang analog zu Art. 42 Abs. 2 OR auch schätzen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321c OR, N 10 S. 227 f.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH; Art. 321c N 6; LIENHART, a.a.O., Art. 321c OR N 51 ff.). f) Der Kläger beruft sich auf Arbeitslisten vom August 2019 bis Juni 2020 (kläg.act. 24). Aus diesen Arbeitslisten ergebe sich, dass er zwischen August 2019 und Juni 2020 rund 400 Überstunden geleistet habe (Klage, S. 12 Mitte.) Gleichzeitig macht er allerdings auch geltend, aus den detaillierten Arbeitslisten resultierten Überstunden aus dem gesamten Arbeitsverhältnis von 260 Stunden und zur Hauptsache seien diese Überstunden für das Projekt EFH V.\_\_\_\_ geleistet worden (Klage, S. 11 unten, N 4; Berufung, S. 7 N 5). Damit sind die Behauptungen des Klägers schon von der Anlage her nicht konsistent. Aus den Arbeitslisten ergibt sich sodann nicht selbsterklärend, dass die Überstunden zur Hauptsache für das Projekt EFH V.\_\_\_\_ geleistet worden wären. Der Kläger hat es unterlassen, die angeblichen Überstunden für das Projekt EFH V.\_\_\_\_ konkret zu behaupten. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, diese Zahlen aus den einzelnen Tabellen zusam-

menzusuchen. Hinzu kommt, dass die Arbeitsliste Juni 2020 ab dem 11. Juni 2020 nur noch handschriftliche Einträge enthält, die laut handschriftlichem Vermerk am "17/02/21" angebracht wurden, wobei auch gleichzeitig der Saldo korrigiert wurde (kläg.act. 24). So dann hat der Kläger diese Arbeitslisten (zumindest jene aus dem Jahr 2020) nicht regelmässig (weder täglich, wöchentlich noch monatlich) der Beklagten abgegeben, sondern erst im Nachhinein: Mit E-Mail vom 4. Juni 2020 teilte J.\_\_ dem Kläger nämlich mit, dass BO.2023.5-K3 34/41

sie von ihm gar keine Stundenlisten von diesem Jahr habe (bekl.act. 24). Dass diese Arbeitslisten von der Beklagten jederzeit hätten eingesehen werden können (vi.act. 31, S. 3 oben), wurde vom Kläger erstmals im Plädoyer und damit verspätet vorgebracht. Über dies hat der Kläger die Behauptung der Beklagten, er, der Kläger, habe sich stets gewei gert (bzw. dutzende Ausflüchte aufgetischt, weshalb er dazu jeweils gerade nicht in der Lage gewesen sei), ihr, der Beklagten, die Arbeitszeiterfassung und diese (Arbeits-)Listen vorzulegen (Klageantwort, S. 15 N 40), nur in Bezug auf die Arbeitszeiterfassung bestritten: Er führte nämlich lediglich aus, die durchaus gewissenhaften Aufzeichnungen des Klägers im Outlook (kläg.act. 31) seien für die Beklagte jederzeit einsehbar gewesen und diese Aufzeichnungen seien die Basis der eingereichten Arbeitslisten (Replik, S. 17 zu N 39-41 mit Hinweis auf kläg.act. 31). Damit ist aber der Schluss der Beklagten, der Kläger habe die Stundenlisten "im Nachhinein fabriziert" (Duplik, S. 12 N 32), naheliegend und diese Tatsachenbehauptung wurde vom Kläger in der Stellungnahme vom 23. Dezember 2021 (vi.act. 29) auch gar nicht bestritten. Damit ist davon auszugehen, dass die Arbeitslisten für das Jahr 2020 erst im Nachhinein erstellt und der Beklagten auch erst im Nachhinein übermittelt wurden. Dies stimmt auch mit dem Inhalt der E-Mail vom 4. Juni 2020 von J.\_\_ (bekl.act. 24) überein. Damit stellen diese Arbeitslisten aber lediglich Parteibe hauptungen dar. Der Kläger kann deshalb nicht nachweisen, dass er die Beklagte regel mässig (täglich, wöchentlich oder monatlich) über seine Überstunden mittels Arbeitslisten informierte und die Arbeitgeberin diese durch Stillschweigen akzeptierte. Insbesondere kann er damit auch nicht nachweisen, dass er für die Baustelle EFH V.\_\_ Überstunden leistete (wobei es diesbezüglich bereits an substantiierten Behauptungen fehlt). g) Weiter ist zu prüfen, ob sich aus den Aufzeichnungen des Klägers im Outlook (kläg.act. 31) – die gemäss (bestrittenen) Angaben des Klägers der Beklagten zugänglich waren – ergeben würde, dass der Kläger Überstunden im Zusammenhang mit dem Pro- jekt EFH V.\_\_ geleistet hat. Wie dargelegt, kann einer elektronischen Agenda unter Um- ständen Beweiskraft zukommen, wenn sie dem gesamten Büropersonal via Netzwerk zugänglich ist. Indessen ist hier auch dem Outlook-Kalender nicht zu entnehmen, wie viele Stunden der Kläger für welche Baustelle aufgewendet hat, zumal der Kalender auch leere Stellen aufweist und eine Auswertung der einzelnen Baustellen fehlt. Zudem zeigen Stichproben, dass der Outlook-Kalender und die Arbeitslisten nicht übereinstimmen: Wäh- rend etwa in der Zeit vom 12.-28. Februar 2020 im Outlook-Kalender (kläg.act. 31) ganz unterschiedliche Arbeitsstellen eingetragen sind, trug der Kläger in die Arbeitsliste (kläg.act. 24) für diesen Zeitraum nur "Allgemeine Büroarbeiten" ein. Dasselbe gilt u.a. auch für die Zeit vom 16.-27. März 2020. Dagegen ist etwa am 4. April 2020 in der Arbeitsliste eine Stunde für das Projekt EFH V.\_\_ aufgeführt, im Outlook-Kalender ist ein BO.2023.5-K3 35/41

entsprechender Eintrag jedoch nicht ersichtlich. Entsprechendes gilt auch für den 25., 26., 27. und 29. Mai 2020. Zudem stimmt die Dauer der jeweiligen Arbeiten im Outlook-

Kalender und in den Arbeitslisten oft nicht überein. Damit ergeben sich einerseits grundsätzliche Zweifel am Beweiswert des Outlook-Kalenders und fehlt es andererseits an substantiierten Behauptungen hinsichtlich der geleisteten Überstunden: Jedenfalls kann der Kläger nicht beweisen, dass die Beklagte via Outlook-Kalender über Überstunden in Zusammenhang mit dem Projekt EFH V. \_\_ informiert und stillschweigend damit einverstanden gewesen wäre. Somit kann aber auch offenbleiben, ob die Beklagte Zugriff auf den Outlook-Kalender des Klägers hatte und ob ein solcher Zugriff ausreichen würde, von einem stillschweigenden Akzept der Überstunden für das Projekt EFH V. \_\_ auszugehen (wenn solche Stunden ausgewiesen wären). h) Zusammenfassend ist somit Folgendes festzuhalten: Der Kläger kann nicht nachweisen, dass er rund 260 bzw. 400 Überstunden leistete, die zur Hauptsache im Zusammenhang mit dem Projekt EFH V. \_\_ standen. Nachdem es dem Kläger durchaus möglich gewesen wäre, die Beklagte regelmässig über die Überstunden und insbesondere die Überstunden im Zusammenhang mit dem Projekt EFH V. \_\_ zu informieren, geht es auch nicht an, die Anzahl der Überstunden in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen. Dies zumal der Kläger auch in einem solchen Fall alle Umstände, welche ein Abschätzen der Anzahl Überstunden erlauben, soweit möglich und zumutbar, zu behaupten und zu beweisen hätte (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321c OR, N 10 S. 228). Damit kann aber auch offenbleiben, ob die Parteien tatsächlich eine Überstundenentschädigung bezüglich Projekt EFH V. \_\_ vereinbart haben. Es bleibt damit beim Entscheid des Kreisgerichts [...] und die Berufung ist abzuweisen, soweit sie die Überstundenentschädigung betrifft. 8. Entschädigung Natel und Geschäftsfahrzeug a) Die Vorinstanz erwog, die vom Kläger verlangte Entschädigung von Fr. 2'000.00 für die vorzeitige Rückgabe von Natel und Geschäftsfahrzeug sei weder belegt noch ausreichend begründet. Es fehle an einer hinreichenden Substantiierung dieser Forderung (vi-Entscheid, S. 12 oben). b) Der Kläger bringt vor, die Beklagte habe ihm laut Arbeitsvertrag ein Betriebsfahrzeug – auch für private Nutzung – und ein Handy zur Verfügung gestellt (kläg.act. 1, S. 2 unten). Für Fahrzeug und Natel sei per 23. September 2020 ein sofortiges Benützungsverbot sowie die Rückforderung per Ende September 2020 durchgesetzt worden. Mithin BO.2023.5-K3 36/41

seien klare vertragliche Leistungen für den Monat Oktober 2020 verweigert worden, weshalb Schadenersatz geschuldet sei. Gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR verlange er für den Monat Oktober 2020 eine Pauschale bzw. Schadenersatz von Fr. 2'000.00. Die Vorinstanz verhalte sich widersprüchlich, wenn sie hier davon spreche, die geltend gemachte Entschädigung von Fr. 2'000.00 sei weder belegt noch ausreichend begründet und es fehle an einer hinreichenden Substantiierung der Forderung. Hinsichtlich der BVG-Sparbeiträge habe sie zutreffend erkannt, dass die Beklagte ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllt habe und er Anspruch auf Schadenersatz habe (Berufung, S. 8 N 6). c) Die Beklagte macht demgegenüber geltend, die Vorinstanz habe zu Recht entschieden, dass der behauptete Entschädigungsanspruch von Fr. 2'000.00 weder ausreichend begründet noch substantiiert sei. Die unterlassene Substantiierung könne nicht über eine richterliche Schätzung des "Schadens" korrigiert werden. Der entgangene Nutzen des Natels und des Geschäftsfahrzeugs sei sodann kein Schaden; dieser setze üblicherweise eine Vermögensminderung im Sinne der Differenztheorie voraus (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 7 N 17 f.). d) Der Kläger, der Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung verlangt, hat – neben der Vertragsverletzung der Gegenpartei – zu behaupten und zu beweisen, dass ihm dadurch adäquat-kausal der

Schaden entstanden ist, dessen Ersatz er begehrt. Nach Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 OR ist der Schaden so konkret wie möglich zu beweisen (was entsprechende Behauptungen voraussetzt). Art. 42 Abs. 2 OR sieht für den nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden eine Beweiserleichterung vor, was voraussetzt, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Selbst wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, erlaubt Art. 42 Abs. 2 OR dem Geschädigten nicht, ohne nähere Angaben Forderungen in beliebiger Höhe zu stellen. Vielmehr sind auch im Rahmen dieser Norm – soweit möglich und zumutbar – alle Umstände zu behaupten, die Indizien für den Bestand des Schadens darstellen und die Schätzung des Umfangs des Schadens erlauben. Die Substantiierungsobliegenheit gilt unvermindert auch für den Fall, in dem die Existenz eines Schadens, nicht aber dessen Umfang sicher ist. Liefert die geschädigte Person nicht alle im Hinblick auf die Schätzung des Schadens notwendigen Angaben, ist eine der Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 OR nicht gegeben und die Beweiserleichterung kommt nicht zum Zuge (BGE 144 III 155 E. 2.3 mit weiteren Hinweisen). e) Hier ist mit der Vorinstanz und der Beklagten festzuhalten, dass der Kläger seine Forderung für die Benutzung des Mobiltelefons und des Geschäftswagens von BO.2023.5-K3 37/41

Fr. 2'000.00 für gut vier Wochen in keiner Weise substantiierte und nicht ansatzweise darlegte, wie er auf eine Entschädigung für Natel und Fahrzeug von gegen Fr. 500.00 pro Woche kommt. Dabei hätte er dies ohne Weiteres substantiiert darlegen können, indem er z.B. auf frühere Rechnungen für private Telefonate (die geschäftlichen entfielen) verweisen und die entsprechenden Belege hätte einreichen können. Ähnliches gilt für die Benutzung des Fahrzeugs: Hier hätte er wenigstens darlegen müssen, von wie vielen Kilometern für private Fahrten (die geschäftlichen entfielen) er ausging und was er dafür pro Kilometer einsetzte. Unter diesen Umständen ist die Berufung bezüglich Vorenthaltung der Nutzung von Natel und Geschäftsauto abzuweisen. Dahin gestellt bleiben kann damit, ob es sich beim geltend gemachten Betrag tatsächlich um einen Schaden im rechtlichen Sinn handelt (vgl. dazu etwa zu GAUCH/SCHLUPE/EMMENEGGER, OR AT Band II, 2020, N 2848 ff. und 2856 ff. m.w.H; BSK OR I-WIEGAND, 7. Aufl., Art. 97 N 38 und 38b). 9. Rückübertragung Natel-Rufnummer [...] a) Die Vorinstanz hielt fest, aus den mit der Replik eingereichten Unterlagen (kläg.act. 33-37) gehe nicht hervor, dass der Kläger einen Rückübertragungsanspruch bezüglich der Natel-Nummer habe. Nachdem ein solcher Anspruch nicht nachgewiesen sei, sei die Klage diesbezüglich abzuweisen (vi-Entscheid, S. 12 oben). b) Der Kläger macht mit der Berufung geltend, er habe die fragliche Natelnummer eingebracht und über Monate die Rechnungen dieser Rufnummer selbst bezahlt. Es sei sodann Usanz, dass die Natelnummer beim Bauleiter bleibe, zumal belegt sei, dass er sie eingebracht habe. Die Beklagte verhalte sich rechtsmissbräuchlich, wenn sie die Nummer nicht rückübertrage (Berufung, S. 9). c) Die Beklagte schliesst sich in der Berufungsantwort und Anschlussberufung der Argumentation der Vorinstanz an. Nachdem der Kläger die Nummer seit bald drei Jahren nicht mehr verwende, fehle auch jedes Rechtsschutzinteresse an einer Rückübertragung (S. 8 N 20). d) Aus den eingereichten kläg.act. 33-37 geht zwar hervor, dass der Kläger die besagte Natel-Nummer längere Zeit benutzte und sie an die Beklagte übertrug. Indessen geht daraus kein Rückübertragungsanspruch des Klägers hervor. Dass ein solcher Anspruch in der Baubrache Usanz ist, ist bestritten (Klageantwort, S. 18 N 47) und wäre vom Kläger zu beweisen. Der diesbezüglich angebotene Beweis (Parteibefragung des Klägers) ist nicht geeignet, diese Usanz zu beweisen. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der

Beklagten liegt ebenfalls nicht vor, zumal es den Parteien offen gestanden wäre, bei der ursprünglichen Übertragung der Natelnummer eine Rückübertragung für den Fall des Ausscheidens des Klägers bei der Beklagten vorzusehen. 10. Zusammenfassung a) Damit ist die Beklagte zu folgenden Netto-Zahlungen betreffend Lohn, 13. Monatslohn und Entschädigung für Ferienansprüche zu verpflichten: - Lohnzahlungen August bis Oktober 2020 Fr. 24'000.00 (E. 2 hiervor) - 13. Monatslohn (Restguthaben) Fr. 1'946.05 (E. 3 hiervor) - Entschädigung Ferienansprüche Fr. 9'592.65 (E. 5 hiervor) Total Fr. 35'538.70 b) Nachdem der Kläger für diese Positionen einen Zins per 15. Februar 2020 (middle-er Verfall) geltend macht (Klage, S. 2 und Berufung, S. 2) und die Beklagte diesen weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Berufungsverfahren substantiiert bestritten hat, ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 35'538.70 netto zuzüglich 5% Zins seit 15. Februar 2020 zu bezahlen. c) Weiter resultiert aus den vereinbarten, aber nicht umsetzbaren BVG-Beiträgen eine Forderung des Klägers von Fr. 25'950.00 (E. 6 hiervor). Nachdem der Kläger für diese Position einen Zins von 5% ab 1. März 2020 geltend macht (Klage, S. 2 und Berufung, S. 2) und die Beklagte dies weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Berufungsverfahren substantiiert bestritten hat, ist die Beklagte zu verpflichten dem Kläger den Betrag von Fr. 25'950.00 netto zuzüglich 5% Zins seit 1. März 2020 zu bezahlen. IV. 1. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Bei Streitigkeiten mit einem Streitwert beurteilt sich dabei der Grad des Obsiegens in der Regel nach dem Verhältnis zwischen dem im Rechtsbegehren gestellten Antrag und dem schliesslich zugesprochenen Ergebnis (JENNY, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 106 N 9; vgl. auch BK-STERCHI, 2012, Art. 106 ZPO N 4 und 7). Trifft die Rechtsmittel-

BO.2023.5-K3 39/41  
instanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). 2.a) Gemessen am erstinstanzlichen Streitwert von Fr. 97'000.00 (vi-Entscheid, S. 12) obsiegt der Kläger bei einem zugesprochenen Betrag von Fr. 61'488.70 zu 63.4%. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 12'000.00 werden somit dem Kläger im Umfang von 36.6% (gerundet Fr. 4'400.00) und der Beklagten im Umfang von 63.4% (gerundet Fr. 7'600.00) auferlegt. Der Kostenvorschuss des Klägers von Fr. 12'000.00 wird verrechnet. Dem Kläger steht dafür ein Ausgleichsanspruch von Fr. 7'600.00 gegenüber der Beklagten zu (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO). Weiter hat die Beklagte den Kläger im Umfang von 26.8% seiner Parteikosten im erstinstanzlichen Verfahren zu entschädigen (63.4% - 36.6%; GVP 1983 Nr. 56). Die Höhe der erstinstanzlichen Parteientschädigung von Fr. 13'728.70 (inkl. MWST und Barauslagen; vi-act. 38) ist nicht umstritten. Damit hat die Beklagte den Kläger für das erstinstanzliche Verfahren mit Fr. 3'680.00 zu entschädigen. b) Gemessen am zweitinstanzlichen Streitwert von gerundet Fr. 73'600.00 (Fr. 24'000.00 Lohn, Fr. 2'000.05 13. Monatslohn, Fr. 9'612.45 Ferien, Fr. 10'000.00 Überstunden, Fr. 25'948.65 BVG-Sparbeiträge, Fr. 2'000.00 Entschädigung Handy und Auto) obsiegt der Kläger zu rund 83.5% (Fr. 61'488.70 von Fr. 73'600.00). Die Entscheidungsggebühr des Berufungsverfahrens von Fr. 12'000.00 (Art. 10 Ziff. 221 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 lit. a GVK) ist demnach zu 16.5% (gerundet Fr. 2'000.00) vom Kläger und zu 83.5% (gerundet Fr. 10'000.00) von der Beklagten zu bezahlen. Die Kostenvorschüsse des Klägers (Fr.

3'600.00) und der Beklagten (Fr. 3'800.00) werden verrechnet. Dem Kläger steht da- für ein Ausgleichsanspruch von Fr. 1'600.00 gegenüber der Beklagten zu (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Beklagte hat dem Gericht die restlichen Gerichtskosten von Fr. 4'600.00 zu bezahlen. Zudem hat die Beklagte den Kläger für seine zweitinstanzlichen Parteikosten mit Fr. 3'040.00 zu entschädigen (Streitwert Fr. 73'600.00, mittleres Honorar Fr. 10'124.00 [Art. 14 lit. c HonO], davon 40% = Fr. 4'049.60 [Art. 26 Abs. 1 lit. a HonO], zuzüglich 4% pauschal für Barauslagen [Art. 28bis HonO], zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer (Art. 29 HonO) = Fr. 4'535.90, davon 67% [83.5% - 16.5%], gerundet). BO.2023.5-K3 40/41

Entscheid 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird der Entscheid des Kreisgerichts [...] vom 25. August/22. September 2022 (OV.2021.4-[...]) aufgehoben und die B.\_\_AG verpflichtet, A.\_\_ Fr. 35'538.70 netto zuzüglich 5% Zins seit 15. Februar 2020 und Fr. 25'950.00 netto zuzüglich 5% Zins seit 1. März 2020 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen. 2. Die Anschlussberufung wird abgewiesen. 3. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 12'000.00 werden im Umfang von Fr. 4'400.00 A.\_\_ und im Umfang von Fr. 7'600.00 der B.\_\_AG auferlegt. Der Kosten- vorschuss von A.\_\_ von Fr. 12'000.00 wird verrechnet. 4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von Fr. 12'000.00 werden im Umfang von Fr. 2'000.00 A.\_\_ und im Umfang von Fr. 10'000.00 der B.\_\_AG auferlegt. Die Kostenvorschüsse von A.\_\_ (Fr. 3'600.00) und der B.\_\_AG (Fr. 3'800.00) werden ver- rechnet. Die B.\_\_AG hat dem Gericht die restlichen Gerichtskosten von Fr. 4'600.00 zu bezahlen. 5. Die B.\_\_AG hat A.\_\_ für dessen Parteikosten in den Verfahren vor beiden Instanzen mit Fr. 6'720.00 (Fr. 3'680.00 + Fr. 3'040.00) zu entschädigen und ihm den über sei- nen Kostenanteil hinaus geleisteten Vorschuss von Fr. 9'200.00 (Fr. 7'600.00 + Fr. 1'600.00) zu ersetzen. BO.2023.5-K3 41/41

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