

# **VS\_GERICHTE C1 12 10 vom 19. September 2013**

VS Kantonsgericht, 2013-09-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs\\_gerichte\\_C1 12 10](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_C1_12_10)

FR: VS\_GERICHTE C1 12 10 du 19 septembre 2013

IT: VS\_GERICHTE C1 12 10 del 19 settembre 2013

## **Regeste**

Mit Urteil vom 28. Dezember (4A\_555/2013) trat das Bundesgericht auf eine gegen vorliegenden Entscheid gerichtete Beschwerde in Zivilsachen nicht ein. C1 12 10 URTEIL VOM 19. SEPTEMBER 2013 Kantonsgericht Wallis I. Zivilrechtliche Abteilung  
Besetzung: Hermann Murmann, Präsident; Dr. Lionel Seeberger Kantonsrichter und Uli Kalbermatter, Ersatzrichter; Dr. Rochus Jossen, Gerichtsschreiber in Sachen X\_\_\_\_\_, Kläger und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt A\_\_\_\_\_ gegen Y\_\_\_\_\_ AG, Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwältin B\_\_\_\_\_, (Arbeitsvertrag

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Entscheid des Arbeitsgerichtes Wallis vom 9.6.2011 ist aufzuheben.

### **E. 2**

Die Beklagte bezahlt dem Kläger die Lohndifferenz von Fr. 19'573.00 netto.

### **E. 3**

Sämtliche Kosten des Verfahrens und des Entscheids gehen zulasten der Beklagten.

### **E. 4**

Die Vorinstanz geht zutreffend davon aus, dass gemäss den zwischen den Parteien abgeschlossenen Arbeitsverträgen (S. 131, 136 und 137) der jeweils im Zeitraum vom 1. November 2004 bis zum 30. Oktober 2009 in Bezug auf die Lohnbestimmungen gültige Landesmantelvertrag für das Schweizer Bauhauptgewerbe (LMV) anwendbar ist.

#### **E. 4.1**

Für die Beurteilung der Streitsache sind somit Art. 41 betreffend die Basislöhne und Art. 42 bezüglich der Lohnklassen des LMV relevant: In Art. 42 LMV (Lohnklassen) wird unterschieden zwischen Bauarbeiter (a) einerseits und Bau-Facharbeiter (b) anderseits. Danach werden Bauarbeiter (a) ohne Fachkenntnisse der Lohnklasse C und Bauarbeiter (a) mit Fachkenntnissen aber ohne bauberuflichen Berufsausweis der Lohnklasse B zugeteilt. Bei der Kategorie Bau- Facharbeitern (b) wird wieder unterteilt in Bau-Facharbeiter und in sog. Gelernte Bau- Facharbeiter. Gelernte Bau-Facharbeiter werden gemäss LMV der Lohnklasse Q zugeteilt. In der Folge bleibt zu prüfen, ob der Berufungskläger als Inhaber des Gesellenbriefes Beton- und Stahlbauer für die Zeit vom 1. November 2004 bis 30. Oktober 2009 bei der Berufungsbeklagten als Bauarbeiter Q einzustufen und entsprechend dem für diese Lohnklasse in Art. 41 LMV festgesetzten Basislohn zu entlönnen ist.

#### **E. 4.2**

Gemäss den einschlägigen Bestimmungen in Art. 42 der LMV 2004-2006 setzt die Lohnklasse Q neben einem anerkannten Fachausweis mindestens eine dreijährige Tätigkeit auf Schweizer Baustellen voraus. Das Bundesgericht sah jedoch auch eine dreijährige Tätigkeit auf ausländischen Baustellen als ausreichend an (BGE 130 I 26; Bundesgerichtsurteil 4A\_595/2009 vom 5. März 2010), um die höhere Lohnklasse Q zu beanspruchen. Diese Anpassung hatte bereits im LMV 2008 Niederschlag gefunden. Beim anerkannten Berufsausweis kann es sich um einen eidgenössischen oder um einen gleichwertigen (von der SKV anerkannten) ausländischen Fähigkeitsausweis handeln.

#### **E. 4.2.1**

Der Berufungskläger verfügt über einen Gesellenbrief als Stahl- und Betonbauer, ausgestellt vom Gesellenprüfungsausschuss für Maurer und Betonbauer der Bauwerksinnung G\_\_\_\_\_. Diese bildete u.a. Stahl- und Stahlbetonbauer aus. Die Ausbildung erfolgt im Rahmen eines Stufenplans und findet im Wechsel im Ausbildungsbetrieb, in der Berufsschule und auf dem Gelände des Lehrbauhofes der Fachgemeinschaft Bau statt. Zudem führt die Bauwerksinnung G\_\_\_\_\_ die Zwischen-, Gesellen- und Abschlussprüfungen im Auftrag der Kammern durch (www.xxx). Gemäss SVK-Merkblatt für die Anerkennung ausländischer Berufs- ausweise wird die Ausbildung in einem Lehrberuf des Bauhauptgewerbes in H\_\_\_\_\_ und I\_\_\_\_\_ als der Ausbildung in der Schweiz gleichwertig angesehen.

#### **E. 4.2.2**

Der Berufungskläger besitzt einen Gesellenbrief als Beton- und Stahlbetonbauer und somit einen dem eidgenössischen Fähigkeitsausweis gleichwertigen Ausweis vergleichbar mit einem Lehrabschlussausweis in der Schweiz. Aus den Akten ergibt

- 5 - sich zwar nicht, dass er vor Abschluss des Arbeitsvertrages mit der Berufungsbeklagten während dreier Jahre auf Baustellen tätig gewesen war. Allerdings gilt die von ihm absolvierte Berufslehrzeit in H\_\_\_\_\_ als Tätigkeit auf Baustellen im Sinne von Art. 42 LMV (BGE 130 I 26; Bundesgerichtsurteil 4A\_595/2009 vom

#### **E. 4.2.3**

Vorliegend ist dem Dossier nicht zu entnehmen, dass der Berufungskläger als Bau-Facharbeiter bei der Berufungsbeklagten gearbeitet hat. Im Gegenteil, er führte ganz allgemeine Arbeiten aus. Er war ein guter Handlanger, aber sicher kein Maurer (S. 152). Dass er sich über seinen Status beklagt hätte, ist ebenfalls nicht aktenkundig. Gemäss Art. 42 LMV ist jemand nach der Lohnklasse Q zu entlönnen, falls er einen anerkannten Fähigkeitsausweis besitzt und eine dreijährige Tätigkeit auf Baustellen nachweist, wobei die absolvierte Berufslehrzeit als Tätigkeit auf Baustellen angesehen wird. Dieser Artikel des LMV ist jedoch nicht dahingehend auszulegen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Funktion des Bau-Facharbeiters gearbeitet haben muss, um dieser Lohnklasse (Q) zugerechnet zu werden (Bundesgerichtsurteil 4C.22/2004 vom 21. April 2004, publiziert in JAR 2005 S. 183 ff.). Im zu beurteilenden Fall ist daher nicht entscheidend, als was der Berufungskläger gearbeitet hat. Er hat grundsätzlich Anspruch als gelernter Bau-Facharbeiter in der Lohnklasse Q entschädigt zu werden, weil er über einen anerkannten Fachausweis verfügt und eine dreijährige Tätigkeit auf Baustellen im Baugewerbe, da die Berufslehrzeit angerechnet wird, nachgewiesen hat.

#### **E. 5**

März 2010). Somit erfüllt der Berufungskläger grundsätzlich die in Art. 42 LMV genannten Voraussetzungen, um als gelernter Bau-Facharbeiter in die Lohnklasse Q eingestuft zu werden.

### **E. 5.1**

Die E\_\_\_\_\_ GmbH, Wil, hat sich gemäss Temporärarbeitsvertrag vom 16. April 2003 gegenüber dem Berufungskläger verpflichtet, ihn zu einem Bruttostundenlohn von Fr. 26.-- der Baufirma C\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_, als Maurer zu vermitteln (Beleg Nr. 4, S. 59). Es ist daher wohl davon auszugehen, dass sich der Berufungskläger gegenüber der E\_\_\_\_\_ GmbH als Maurer ausgegeben hat. Die E\_\_\_\_\_ GmbH hat ihrerseits den Berufungskläger gemäss Verleihvertrag vom 19. September 2003 (Beleg Nr. 14) mit der Qualifikation: B als Bauarbeiter und nicht als Maurer an die C\_\_\_\_\_ Hoch- und Tiefbau weiter vermittelt und dementsprechend beschäftigt ihn die C\_\_\_\_\_ Hoch- und Tiefbau sowohl laut befristetem Arbeitsvertrag vom 19. Juli 2003 (Beleg Nr. 6) als auch gemäss dem unbefristeten Arbeitsvertrag vom 13. Dezember 2005 (Beleg Nr. 7) als „Bauarbeiter“. In sämtlichen Lohnabrechnungen, welche den fraglichen Zeitraum betreffen, wird die Tätigkeit von X\_\_\_\_\_ bei der C\_\_\_\_\_ Hoch- und Tiefbau als „Bauarbeiter B“ ausgewiesen (Beleg Nr. 15). Auf keiner Lohnabrechnung wird er als Bau-Facharbeiter aufgeführt.

### **E. 5.2**

Wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, konnte der Berufungskläger im Verfahren nicht nachweisen, dass er zu Beginn seiner Anstellung und auch noch während derselben der Berufungsbeklagten seinen Gesellenbrief vorgezeigt hat. Er wurde gemäss Verleihvertrag (Beleg Nr. 14) als Bauarbeiter weitervermittelt und die Beklagte hatte keinen Anlass weitere Nachfragen zu tätigen, zumal sich der Berufungskläger nie über seinen Status beklagt und einen anderen verlangt hatte. Der

- 6 - Berufungskläger hat denn auch in all den Jahren die Lohnabrechnung gegenüber der Berufungsbeklagten nie bemängelt und auch gegen das Schlusszeugnis, das ihn als Bauarbeiter bezeichnete, keinerlei Einwände erhoben. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden.

### **E. 6.1**

Mit der Beendigung des Arbeitsvertrages auf den 30. Oktober 2009 wurden alle Forderungen gegenüber der Arbeitgeberin aus Arbeitsvertrag fällig (Art. 339 Abs. 1 OR). Mit der Fälligkeit beginnt die Verjährung zu laufen (Art. 130 Abs. 1 OR) und die Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis verjähren mit Ablauf von 5 Jahren (Art. 130 Abs. 3 OR). Vorliegend hat sich die Beklagte nicht auf die Verjährung berufen, so dass der Berufungskläger seine Forderung aus dem Arbeitsverhältnis ab dem 1. November 2004 geltend machen kann, auch wenn er die Klage erst am 12. Juli 2010 eingereicht hat.

### **E. 6.2**

Macht ein Arbeitnehmer entgegen früherer lang andauernder Untätigkeit nunmehr unerwartet Ansprüche geltend, so kann sein Verhalten wegen ungebührlich verzögerter Rechtsausübung oder Verschweigung unter Umständen gegen Treu und Glauben verstossen (Rehbinder, Berner Kommentar, N. 25 zu Art. 341 OR). Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet nämlich keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Auf einen Rechtsmissbrauch des Arbeitnehmers, der geltend macht, eine getroffene Vereinbarung

verstosse gegen zwingendes Recht, kann sich der Arbeitgeber zunächst nur bei Vorliegen besonderer Umstände berufen, ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen (BGE 129 III 493 E. 5, 129 III 618 E. 5.2, 110 II 168 E. 3c). Sodann begründet blosses Zuwarten mit der Rechtsausübung innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfrist allgemein noch nicht Rechtsmissbrauch (BGE 116 II 428 E. 2) Zum blossen Zeitablauf müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen (BGE 129 III 493 E. 5.1 mit Hinweisen). Solche können darin bestehen, dass dem Verpflichteten aus der verzögerten Geltendmachung in erkennbarer Weise Nachteile erwachsen sind und dem Berechtigten die Rechtsausübung zumutbar gewesen wäre, oder darin, dass der Berechtigte mit der Geltendmachung des Anspruches zuwartet, um sich einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen (BGE 131 III 439 E. 5.1). Die besonderen Umständen müssen kumulativ erfüllt sein (Rehbinder, a.a.O., N. 25 zu Art. 341 OR). Erkennbare Nachteile für die Verpflichtete können namentlich darin bestehen, dass sich die Forderung nicht mehr überprüfen lässt. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Lohnabrechnungen der Berufungsbeklagten wurden bis auf dem Grundlohn nicht beanstandet und die Forderung kann aufgrund des im LMV festgelegten Lohnes ohne Weiteres überprüft werden und Bau-Facharbeiter Q sind nun mal gemäss dieser Qualifikation zu entschädigen, auch wenn sie nicht als Facharbeiter eingesetzt werden. Im Weiteren hat sich der Berufungskläger mit dem Zuwarten sicher nicht einen ungerechtfertigten Vorteil verschaffen wollen, musste er doch davon ausgehen, dass die Berufungsbeklagte eigentlich die Verjährung geltend macht und er somit eines Teiles seines gerechtfertigten Lohnes verlustig gehen würde. Zudem

- 7 - erklärt er plausibel, weshalb er nicht von Anfang an einen höheren Lohn als Bau-Facharbeiter Q verlangt hat. Es wurde ihm ja von der Berufungsbeklagten ein höherer Lohn ausbezahlt, als von der Vermittlungsfirma. Zudem ist es auch verständlich, dass er im Jahre 2009, als Kündigungen bei der Berufungsbeklagten anstanden, nicht auch noch eine Lohnnachzahlung verlangte. Das Gericht kommt zum Schluss, dass in casu keine besonderen Umstände vorliegen, welche das geschilderte Verhalten des Berufungsklägers als rechtsmissbräuchlich qualifiziert erscheinen liessen, sodass das Urteil des Arbeitsgerichtes Wallis in Gutheissung der Berufung aufgehoben und die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger den Lohn als Bau-Facharbeiter Q für die Zeit vom 1. November 2004 bis 30. Oktober 2009 zu bezahlen hat.

## **E. 7**

Die Rechtsmittelinstanz kann gemäss Art. 318 ZPO a) den angefochtenen Entscheid bestätigen, b) neu entscheiden oder c) die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn 1. ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde, oder 2. der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist. Gemäss Art. 343 Abs.1 aOR hatten die Kantone für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zum einem Streitwert von Fr. 30'000.-- ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen. Bei diesen Streitigkeiten hatte der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und die Beweise nach freiem Ermessen zu würdigen (Art. 343 Abs. 4 aOR). Das Gericht hat daher alle, auch jene rechtserheblichen Tatsachen zu berücksichtigen, welche von den Parteien nicht besonders geltend gemacht wurden (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsrecht, Basel 2005, S. 322). Diese sozialpolitisch motivierte, beschränkte Untersuchungsmaxime

entband die Parteien aber nicht davon, an der Sammlung des Prozessstoffes aktiv mitzuwirken, ihre Standpunkte zu substantzieren und die Beweismittel zu nennen. Die Parteien trugen auch im Bereich der beschränkten Untersuchungsmaxime die Verantwortung dafür, dass die relevanten Behauptungen vorgebracht werden, ebenso waren sie grundsätzlich für die Sachverhaltsermittlung verantwortlich (Bundesgerichtsurteil 4A\_338/2011 vom 14. Dezember 2011 E. 4.2) Vorliegend ist der Sachverhalt in wesentlichen Teilen nicht komplett. Der Berufungskläger behauptet, dass ihm infolge einer falschen Qualifizierung ein zu geringer Lohn ausbezahlt wurde. Er hinterlegte diesbezüglich eine Zusammenstellung, welche jedoch von der Berufungsbeklagten bestritten wird. Eine Kontrolle der geleisteten Arbeitsstunden durch das Kantonsgericht ist nicht möglich, da keine Lohnabrechnungen für das Jahr 2009 hinterlegt wurden. Zudem sind allfällige Schlechtwetterentschädigungen zu berücksichtigen, welche ebenfalls nicht bekannt sind. Desgleichen sind die effektiv bezogenen Ferien und allfällig ausbezahlten Ferienentschädigungen unbekannt. In Ermangelung dieser Angaben und Unterlagen ist es daher dem Kantonsgericht nicht möglich, selber in dieser Angelegenheit zu entscheiden, weshalb die Akten dem Arbeitsgericht zurückgesandt werden, damit es nach Abklärung und Ergänzung des entsprechenden Sachverhaltes und der dann vorliegenden Beweise im Sinne der Erwägungen entscheidet.

- 8 -

## **E. 8**

Die Vorinstanz hat im Rahmen der Neubeurteilung auch über die erstinstanzlichen Gerichtskosten zu befinden. Was das Berufungsverfahren betrifft, so werden gemäss Art. 113 Abs. 2 lit. d ZPO in Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zum einem Streitwert von Fr. 30'000.-- keine Gerichtskosten gesprochen. Dies gilt jedoch nicht für die Parteientschädigung. Da vorliegend der Berufungskläger im Grundsatz obsiegt, steht diesem grundsätzlich eine Parteientschädigung zu. Da das Dossier jedoch an die Vorinstanz zur Vervollständigung des Sachverhaltes und Neubeurteilung zurückgesandt wird und der Berufungskläger an dieser Situation keinesfalls unschuldig ist, steht ihm lediglich eine reduzierte Parteientschädigung für das Berufungsverfahren zu. Die Parteient-schädigung umfasst den Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten der berufsmässigen Vertretung und, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist, in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. a, b und c ZPO). Das Honorar des Rechtsbeistands richtet sich in der Regel nach dem Streitwert (Art. 27 Abs. 2 und 28 Abs. 1 GTar). Bei einem Streitwert von Fr. 19'573.-- beträgt der ordentliche Rahmen, Mehrwertsteuer inklusive (Art. 27 Abs. 5 GTar), Fr. 2'900.-- bis Fr. 4'000.-- (Art. 32 Abs. 1 GTar). Für das Berufungsverfahren vor Kantonsgericht ist ein Reduktions-Koeffizient von 60% zu berücksichtigen, womit das Honorar im Prinzip minimal Fr. 1'160.-- und maximal Fr. 1'600.-- beträgt (Art. 35 Abs. 1 lit. a GTar). Bei ausserordentlicher Arbeit darf ein höheres Honorar zugesprochen werden (Art. 29 Abs. 1 GTar). Besteht ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Streitwert und Prozessinteresse oder zwischen der Entschädigung gemäss Tarif und der effektiven Arbeit des Rechtsbeistands, darf das erwähnte Minimum des Honorars unterschritten werden (Art. 29 Abs. 2 GTar; vgl. auch Art. 29 Abs. 3 GTar). Innerhalb des vorgegebenen Rahmens bemisst das Gericht das Honorar mit Rücksicht auf die Natur und Bedeutung des Falles, dessen Schwierigkeit und Umfang sowie der vom Rechtsbeistand nützlich aufgewandten Zeit und der finanziellen Situation der Partei (Art. 27 Abs. 1 GTar). Im Berufungsverfahren wurde ein einfacher Schriftenwechsel durchgeführt.

Eine mündliche Berufungsverhandlung fand nicht statt. In Anwendung der obgenannten Kriterien, insbesondere mit Rücksicht auf die Schwierigkeit des Falls und den Arbeitsumfang der Rechtsvertreter und der Tatsache, dass auch der Berufungskläger die Rückweisung an die Vorinstanz teilweise zu verantworten hat, ist es gerechtfertigt, das Honorar auf Fr. 800.-- (Auslagen inkl.) festzusetzen. Die Berufungsbeklagte schuldet demnach dem Berufungskläger eine Parteientschädigung von Fr. 800.--.

das Kantonsgericht erkennt

1. Das Urteil des Arbeitsgerichtes Wallis vom 9. Juni 2011 wird in Gutheissung der Berufung aufgehoben.

- 9 - 2. Die Y \_\_\_\_\_ AG hat X \_\_\_\_\_ vom 1. November 2004 bis zum 30. Oktober 2009 als Bauarbeiter Q zu entschädigen, wobei das Dossier zur Vervollständigung des Sachverhaltes und zur Festlegung der noch geschuldeten Lohndifferenz an die Vorinstanz zurückgesandt wird. 3. Für das Berufungsverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben. 4. Die Y \_\_\_\_\_ AG, D \_\_\_\_\_, bezahlt X \_\_\_\_\_ für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 800.--. Sitten, 19. September 2013

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