

**Forderung aus Arbeitsvertrag; Beginn des Arbeitsverhältnisses; Überstundenarbeit; Beweismass; überschliessendes Beweisergebnis; antizipierte Beweiswürdigung** – Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 319 Abs. 1, Art. 320 Abs. 2, Art. 321c Abs. 3 und Art. 322 Abs. 1 OR; Art. 8 ZGB; Art. 53 Abs. 1, Art. 152 Abs. 1 und Art. 164 ZPO.

*Die Vernichtung eines Beweismittels führt noch nicht zur Beweislastumkehr. Jedoch ist das Regelbeweismass auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit herabzusetzen, wenn die Beweisnot objektiv dem Beweisgegner zuzurechnen ist (E. 8.2).*

*Nachweis des Beginns des Arbeitsverhältnisses; Berücksichtigung eines überschliessenden Beweisergebnisses, wenn es im Rahmen dessen liegt, was von den Parteien behauptet wurde (E. 8.3).*

*Nachweis der Überstundenarbeit; Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung (E. 9).*

OGE 10/2014/13 und 10/2014/21 vom 15. November 2016

Veröffentlichung im Amtsbericht

## **Sachverhalt**

A. machte vor Kantonsgericht verschiedene Ansprüche gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber B. geltend. Unter anderem verlangte er Lohn für 77,5 geleistete Arbeitsstunden in der letzten Märzwoche 2011 und für 178,5 geleistete Überstunden im April 2011. Das Kantonsgericht hiess die Klage teilweise gut, wies jedoch die erwähnten Ansprüche ab. Gegen das Urteil des Kantonsgerichts erhoben B. Berufung und A. Anschlussberufung. Dabei verlangte A. die Zusprechung der erwähnten Lohnansprüche für März und April 2011. Das Obergericht wies die Berufung ab, soweit es darauf eintrat. Die Anschlussberufung hiess es hinsichtlich der Arbeitsstunden im März 2011 zum grössten Teil gut; hinsichtlich der Überstunden im April 2011 wies es sie ab.

## **Aus den Erwägungen**

8. Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird (Art. 319 Abs. 1 OR). Er gilt auch dann als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit

entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (Art. 320 Abs. 2 OR). Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer den Lohn zu entrichten, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist (Art. 322 Abs. 1 OR).

**8.1.** Der Berufungsbeklagte verlangt in seiner Anschlussberufung vom Berufungskläger einen Lohn von Fr. 2'797.75 für 77,5 Arbeitsstunden, welche er vom 26. März 2011 bis 31. März 2011 geleistet haben soll.

**8.1.1.** Das Kantonsgericht hat im Zusammenhang mit diesem Anspruch unter anderem ausgeführt, mit Eingabe vom 15. April 2013 habe der Berufungskläger mitgeteilt, der PC mit den Arbeitszeiterfassungen sei bereits im Jahr 2012 aufgrund eines Defekts entsorgt worden, ohne dass es möglich gewesen sei, die sich darauf befindlichen Daten wiederherzustellen beziehungsweise zu sichern. Da der Berufungsbeklagte innert angeordneter Frist keine Stellungnahme dazu eingereicht habe, habe das Kantonsgericht androhungsgemäss auf die Herausgabe eines Ausdrucks der Arbeitszeiterfassung und die Ernennung eines Sachverständigen verzichtet, um diese aufzufinden beziehungsweise zu rekonstruieren. Es sei daher auf die zum Beweis abgenommenen übrigen Urkunden und die Befragung der Parteien abzustellen. In seiner Beweiswürdigung hat es schliesslich den Beweis für die behaupteten Arbeitsstunden im März 2011 als nicht erbracht erachtet. Insbesondere hat es festgehalten, dass der vom Berufungsbeklagten selbst erstellten Aufstellung über die geleisteten Arbeitsstunden keine Beweiskraft zukomme und die vom Berufungskläger eingereichten Unterlagen betreffend die Betreuung von X. keinen Beweis für die angeblich geleisteten Arbeitsstunden bilden würden. Die Aussagen in der Parteibefragung des Berufungsbeklagten und des Geschäftsführers des Berufungsklägers, Y., seien schon aufgrund ihrer Parteistellung kritisch zu würdigen und würden denn auch lediglich im Wesentlichen ihre Parteibehauptungen bestätigen.

**8.1.2.** Der Berufungsbeklagte führt in seiner Anschlussberufung im Wesentlichen aus, das Kantonsgericht habe Art. 164 ZPO nicht angewendet, obwohl der Berufungskläger den PC mit der Zeiterfassung des Berufungsbeklagten vernichtet habe. Zum einen führe dies zu einer tatsächlichen Vermutung, dass die Tatsachenbehauptung des Berufungsbeklagten wahr sei, zum anderen müsste dem Berufungsbeklagten in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR der geforderte Lohn zugesprochen werden. Auch habe das Kantonsgericht das Recht auf Beweis sowie den Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet sowie daraus folgend den Sachverhalt unrichtig festgestellt, da der Berufungsbeklagte sich zum Beweis seiner geleisteten Arbeitsstunden auf die Aussagen des in dieser Zeit beim Be-

rufungskläger platzierten Jugendlichen X. berufen habe. Das Kantonsgericht habe diesen form- und fristgerecht angerufenen Beweis ohne Begründung nicht abgenommen. Selbst wenn das Gericht im Rahmen einer antizipierten Beweiswürdigung davon ausgehen würde, X. werde als Zeuge wahrscheinlich keine genauen Angaben zur Arbeitszeit und den Arbeitsstunden des Berufungsbeklagten machen können, werde er sich möglicherweise noch erinnern, dass er ab dem ersten Tag beim Berufungskläger vom Berufungsbeklagten betreut worden sei. Des Weiteren hätte das Kantonsgericht im Rahmen der Beweiswürdigung unter anderem berücksichtigen müssen, dass der Berufungsbeklagte ausgeführt habe, dass eine Betreuung während 24 Stunden pro Tag habe gewährleistet sein müssen, was vom Berufungskläger nicht bestritten worden sei, und dass Z. erst ab Juni 2011 beim Berufungskläger gearbeitet habe, was vom Berufungskläger ebenfalls nicht bestritten worden sei.

### **8.1.3. (...)**

**8.2.** Verweigert eine Partei die Mitwirkung unberechtigterweise, so berücksichtigt dies das Gericht bei der Beweiswürdigung (Art. 164 ZPO).

**8.2.1.** Nach den in der Literatur vertretenen Meinungen zur Beweisvereitelung ist davon auszugehen, dass bei einer bloss unverschuldeten Versäumnis der Partei nicht zwingend zugleich eine Verweigerung im Sinne von Art. 164 ZPO vorliegt. Das relevante Verhalten für die Annahme einer Beweisvereitelung verlangt vielmehr ein Wollen, nicht mitzuwirken (Peter Higi, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 164 N. 3, S. 1330, mit Hinweisen; Franz Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 164 N. 3, S. 1246; Sven Rüetschi, Berner Kommentar, Zivilprozessordnung II, Bern 2012, Art. 164 N. 2, S. 1769).

**8.2.2.** Der Berufungskläger hat gemäss eigenen Ausführungen den fraglichen PC, auf dem die vom Berufungsbeklagten erstellte Arbeitszeiterfassung gespeichert worden sein soll, im Jahr 2012 aufgrund eines Defekts entsorgt. Zwar irritiert dieser Umstand insoweit, als das Schlichtungsgesuch des Berufungsbeklagten am 6. Dezember 2011 und folglich vor der behaupteten Entsorgung des PC beim Friedensrichteramt einging. Allein daraus ergibt sich allerdings noch nicht, dass der Berufungskläger den entsprechenden Beweis vorsätzlich hat zerstören und somit im Sinne von Art. 164 ZPO vereiteln wollen. Insbesondere bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Berufungskläger den fraglichen PC erst nach dem Editionsbegehren des Berufungsbeklagten entsorgt hat. Zudem würde die

Feststellung, die Mitwirkung bei der Beweiserhebung sei im Sinne von Art. 164 ZPO unberechtigt verweigert worden, nicht ohne Weiteres zu einer Umkehrung der Beweislast führen, da diese Rechtsfolge in Art. 164 ZPO nicht vorgeschrieben ist (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 265; siehe auch Hasenböhler, Art. 164 N. 6, S. 1246). Sodann kann aus der grundsätzlichen Pflicht des Berufungsklägers als Arbeitgeber, gemäss Art. 46 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG, SR 822.11) in Verbindung mit Art. 73 Abs. 1 lit. c der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArGV 1, SR 822.111) die Arbeitszeiten des Arbeitnehmers zu dokumentieren, keine Beweislastumkehr abgeleitet werden, wenn der Arbeitgeber dieser Pflicht nicht nachkommt. Denn eine solche Sanktion ist weder im Arbeitsgesetz noch in der Verordnung ausdrücklich vorgesehen (BGer 4C.307/2006 vom 26. März 2007, E. 3.1). Daher führt die Entsorgung des PC entgegen dem Berufungsbeklagten nicht zu einer tatsächlichen Vermutung und damit einer Umkehrung der Beweislast für seine Behauptung, er habe bereits ab 26. März 2011 beim Berufungskläger gearbeitet. Das Kantonsgericht hat somit korrekt festgehalten, dass dem Berufungsbeklagten für die Tatsachenbehauptungen, wonach er vom 26. März 2011 bis 31. März 2011 beim Beklagten 77,5 Arbeitsstunden geleistet habe, nach Art. 8 ZGB die Beweislast trifft.

**8.2.3.** Da die relevante Arbeitszeiterfassung vom Berufungskläger nicht ins Recht gelegt werden kann, besteht allerdings eine Beweisnot, welche objektiv dem Berufungskläger zuzuschreiben ist. Denn die Entsorgung des PC und die Verletzung der Pflicht, die Arbeitszeiten des Arbeitnehmers zu dokumentieren, liegen in seiner Verantwortlichkeitssphäre. Vor diesem Hintergrund ist es dem Berufungsbeklagten nicht zuzumuten, für den Beweis das Regelbeweismass der vollen Überzeugung zu verlangen. Es hat daher das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu genügen. Danach ist der Beweis erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (siehe dazu unter anderem BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 719 f.; 128 III 271 E. 2.b S. 275; Christian Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 157 N. 70 ff., S. 1264).

**8.3.** Das Kantonsgericht hat für den Hauptbeweis, wonach der Berufungsbeklagte vom 26. März 2011 bis 31. März 2011 beim Beklagten 77,5 Arbeitsstunden geleistet haben soll, die Urkunden gemäss Ziffer 1.2. der Beweisverfügung vom 7. März 2013 abgenommen sowie den Berufungsbeklagten und Y., als Organ des Berufungsklägers, formell befragt.

**8.3.1.** An der Beweisverhandlung vom 7. März 2013 wurde zum Hauptbeweis des Berufungsklägers, wonach er dem Berufungsbeklagten Ende Juni 2011 per Ende Juli 2011 telefonisch gekündigt habe, Z. als Zeuge einvernommen. Im Zusammenhang mit der Befragung zu seiner persönlichen Beziehung zu den Parteien sagte er aus, er sei offiziell ab 1. Juli 2011 beim Beklagten angestellt gewesen. Er habe aber noch Überzeit beim alten Arbeitgeber gehabt. Ab Mitte März 2011 habe er erste Besprechungen da gehabt und ab April 2011 habe er mit Jugendlichen gearbeitet.

Dass Z. ab April 2011 mit Jugendlichen gearbeitet hat, wurde von keiner der Parteien behauptet. Auch wurde Z. von keiner Partei als Zeuge für das vorliegende strittige Beweisthema genannt. Bei der Aussage von Z. handelt es sich folglich um ein sogenanntes *überschiessendes Beweisergebnis*. Da diese sich aus dem Beweisverfahren ergebende Aussage für das vorliegende Beweisthema jedoch von Relevanz sein kann, ist zu prüfen, ob sie zu berücksichtigen ist.

Die Berücksichtigung überschüssender Beweisergebnisse ist in der Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht geregelt (siehe dazu unter anderem Sébastien Moret, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2014, N. 571 ff., S. 212, mit Hinweisen). Nach der kantonalen Zivilprozessstradition waren überschüssende Beweisergebnisse zumindest dann zu berücksichtigen, wenn sie im Rahmen dessen lagen, was behauptet wurde, beziehungsweise einer behaupteten Tatsache gleichwertig waren (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 54 N. 2, S. 235; Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 165; Christoph Hurni, Berner Kommentar, Zivilprozessordnung I, Bern 2012, Art. 55 N. 36, S. 503). Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb dieser Grundsatz unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht mehr gelten sollte. Daher sind vorliegend auch unter der Anwendung des Verhandlungsgrundsatzes sich aus dem Beweisverfahren ergebende, jedoch nicht behauptete Tatsachen unter der genannten Voraussetzung zu beachten.

Dass der Zeuge Z. gemäss eigener Aussage erst ab April 2011 mit Jugendlichen gearbeitet habe, entspricht der Behauptung des Berufungsbeklagten, wonach dieser vom 26. März 2011 bis 31. März 2011 alleine mit Y. die Betreuung des Jugendlichen X. inne gehabt habe. Nach dem Gesagten ist die Aussage von Z. für das vorliegende Beweisthema deshalb zu berücksichtigen.

### **8.3.2. – 8.3.4. [Beweiswürdigung]**

**8.4.** Der Beweis ist demzufolge erbracht dafür, dass der Berufungsbeklagte bereits ab 26. März 2011 bis 31. März 2011 beim Berufungskläger gearbeitet hat.

Ob X., wie vom Berufungsbeklagten beantragt, vom Kantonsgericht hätte als Zeugen einvernommen werden müssen, kann an dieser Stelle offen bleiben.

(...)

**9.** Wird gegenüber dem zeitlichen Umfang der Arbeit, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, die Leistung von Überstundenarbeit notwendig, so ist nach Art. 321c OR der Arbeitnehmer dazu soweit verpflichtet, als er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann (Abs. 1). Im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber die Überstundenarbeit innert eines angemessenen Zeitraums durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgleichen (Abs. 2). Wird die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und ist nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, so hat der Arbeitgeber für die Überstundenarbeit Lohn zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst (Abs. 3).

**9.1.** Der Berufungsbeklagte macht in seiner Anschlussberufung Fr. 8'054.80 Überstundenlohn für den Monat April 2011 geltend.

**9.1.1.** Das Kantonsgericht hat erwogen, dass sich der Berufungsbeklagte lediglich auf die von ihm selbst erstellte Arbeitszeiterfassung abstützen könne, da ein Ausdruck der Arbeitszeiterfassung des Berufungsbeklagten auf dem PC des Berufungsklägers für den Monat April 2011 nicht mehr beizubringen sei. Der vom Berufungsbeklagten selbst erstellten Arbeitszeiterfassung komme jedoch keinerlei Beweiskraft zu. Dasselbe gelte auch für die Unterlagen betreffend die Betreuung von X. sowie die Parteibefragungen. Der Berufungsbeklagte sei daher mit seinen Beweisen für seine Behauptung, dass er Überstunden geleistet habe, gescheitert, weshalb nicht mehr abgeklärt zu werden brauche, ob die Voraussetzungen zur Auszahlung von Überstunden gemäss Ziffer 1.2. des Personalreglements des Berufungsklägers erfüllt seien.

**9.1.2.** Nebst den Ausführungen im Zusammenhang mit den geltend gemachten Arbeitsstunden im März 2011 (vgl. Erwägung 8.1.2) macht der Berufungsbeklagte geltend, um mit zwei Personen während des Monats April 2011 (30 Tage) einen 24-Stunden-Betrieb aufrecht zu erhalten, müsse jede Person 360 Arbeitsstunden leisten, bei drei Personen wären es immer noch 240 Stunden. Die Stundenangaben, wonach der Berufungsbeklagte nur zusammen mit Y. gearbeitet habe, seien mit 340 Stunden plausibel und hätten vom Berufungskläger nicht widerlegt werden können.

**9.1.3.** In Bezug auf die Vorbringen des Berufungsklägers kann auf seine Ausführungen im Zusammenhang mit den vom Berufungsbeklagten geltend gemachten Arbeitsstunden für den Monat März 2011 verwiesen werden (...).

**9.2.** Den Berufungsbeklagten trifft nach Art. 8 ZGB die Beweislast für die Behauptung, er habe im April 2011 178,5 Überstunden für den Berufungskläger geleistet. Da die Entsorgung des PC mit der Arbeitszeiterfassung des Berufungsbeklagten und die Verletzung der Pflicht, die Arbeitszeiten des Arbeitnehmers zu dokumentieren, in der Verantwortlichkeitssphäre des Berufungsbeklagten liegen, hat wie erwähnt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu genügen (vgl. Erwägung 8.2).

**9.2.1.** Das Kantonsgericht hat – ohne dies zu begründen – den vom Berufungsbeklagten als Zeugen genannten Jugendlichen X. nicht einvernommen. Damit rügt der Berufungsbeklagte grundsätzlich zu Recht, dass das Kantonsgericht das Recht auf Beweis (Art. 152 Abs. 1 ZPO) und auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) verletzt hat. Eine Rückweisung an das Kantonsgericht zur Vervollständigung des Sachverhalts (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO) ist jedoch nicht in Betracht zu ziehen, wenn aufgrund einer zulässigen antizipierten Beweiswürdigung vom Zeugenbeweis abgesehen werden kann (vgl. dazu etwa Leu, Art. 152 N. 103 ff., S. 1157 ff.).

X. war ab 25. März 2011 bis voraussichtlich Sommer 2011 beim Berufungskläger untergebracht. Er müsste vorliegend darüber befragt werden, inwiefern er Angaben dazu machen könne, ob der Berufungsbeklagte im April 2011 insgesamt 340 Arbeitsstunden beziehungsweise 178,5 Überstunden geleistet habe. Es ist von vornherein nicht ersichtlich, inwieweit X. als damals betreuter Jugendlicher in der Lage wäre, über die Anzahl der vom Berufungsbeklagten geleisteten Arbeitsstunden verlässlich Auskunft zu geben. Denn dafür hätte er darauf bedacht sein müssen, in der Art eines Arbeitgebers auf die Arbeitszeit des Berufungsbeklagten zu achten. Zwar ist durchaus denkbar, dass X. immerhin Angaben dazu machen könnte, dass der Berufungsbeklagte ihn betreut und nach seiner Einschätzung viel oder wenig gearbeitet habe. Allein daraus würde sich jedoch nicht nachweisen lassen, dass der Berufungsbeklagte Überstunden geleistet hat. Zudem erscheint es bereits aufgrund der langen Zeitdauer höchst unwahrscheinlich, dass sich X. heute noch genau genug daran erinnern könnte, in welchem Umfang und zu welcher Zeit er vom Berufungsbeklagten betreut wurde. Nach dem Gesagten ist nicht davon auszugehen, dass X. sachdienliche Aussagen machen könnte. Auf die Einvernahme von X. als Zeuge ist daher zu verzichten.

**9.2.2. – 9.2.4.** [Beweiswürdigung]

**9.3.** Demzufolge erweist sich die Anschlussberufung in diesem Punkt als unbegründet.