

wäre der entsprechende Geschäftsverkehr mit Quittungen und Belegen beinahe unmöglich. Die beantragte Expertise vermag an dieser richterlichen Überzeugung nicht zu ändern. Insbesondere ist aber auch zu bemerken, dass ein Gutachten mit Sicherheit die Frage nicht zu beantworten vermag, ob der Buchungstext beim Originalbeleg nachträglich eingeführt worden ist.

KGer, 1. Abt., 09.09.2004

3441

Arbeitsvertrag. Beurteilung von Ferien- und Überstundenguthaben hinsichtlich der Verwirkung bzw. Verjährung, der Beweislast für Bezug und Umfang sowie der Abgeltung durch Freizeit.

Sachverhalt:

Der Kläger arbeitete für die Beklagte ab 6. Mai 1996 bis zum 31. März 2002 als Kundenberater/Leiter der Verkaufsniederlassung Ostschweiz. Vereinbart war ein 80% Arbeitspensum auf der Basis von 34 Arbeitsstunden pro Woche. Mit Schreiben vom 26. September 2001 wurde das Arbeitsverhältnis von der Beklagten und Widerklägerin auf den 31. März 2002 gekündigt. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses machte der Kläger unter anderem Ansprüche aus nicht bezogenem Ferienguthaben und Überstundenguthaben geltend.

Aus den Erwägungen:

1. Zu bestimmen ist der eventuell noch bestehende Ferienanspruch des Klägers und Widerbeklagten. In diesem Zusammenhang ist vorgängig die Frage der Anspruchsverwirkung bzw. –verjährung zu prüfen. Der Rechtsvertreter der Beklagten bringt diesbezüglich vor, dass der Ferienanspruch des Klägers bereits verwirkt sei. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Die herrschende Lehre und auch die neuere Rechtsprechung gehen einhellig davon aus, dass regelmässig keine Verwirkung des Ferienanspruches eintritt, solange das Recht auf Ferienbestimmung nicht ausgeübt wird. Dieser geht vielmehr erst durch Verjährung nach 5 Jahren unter (vgl. *M. Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2002, N 245; U. Streiff, Arbeitsvertrag,*

Zürich 1992, N 4 zu Art. 329c; JAR 2001, S. 165; BBI 1982 II 237 und TAPP TI JAR 1999, 209). Nach Art. 128 Ziff. 3 OR verjähren Forderungen nach 5 Jahren. Von der klägerischen Partei wird nicht bestritten, dass der Geltendmachung von Ansprüchen vor dem 11. November 1997 die Einrede der Verjährung entgegensteht (an Schranken).

Grundsätzlich trifft den Arbeitgeber die Beweislast dafür, ob und in welchem Umfang Frei- und Ferientage durch den Arbeitnehmer während der massgeblichen Zeit bezogen worden sind (vgl. BGE 128 III 274; SJZ 99, 351). Kann jedoch in einem konkreten Fall aufgrund der von den Parteien vorgelegten Beweise nicht genau nachgewiesen werden, wieviel Frei- und Ferientage tatsächlich bezogen worden sind, hat das Bundesgericht zur Schätzung des Entschädigungsanspruches die - im konkreten Fall von der Vorinstanz vorgenommene - analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR gutgeheissen (BGE 128 III 271 ff.).

Die vom Arbeitgeber ins Recht gelegten Lohnabrechnungen weisen unter dem Titel „Feriensaldo in Tagen Vormonat“ die angeblichen Feriensaldi für die Jahre 1998 bis 2001 aus. Aus den entsprechenden Aufstellungen wird indessen ersichtlich, dass der Anspruch „Ferienguthaben“ auf den Abrechnungen nicht bewirtschaftet worden ist, sind doch die Feriensaldi der einzelnen Monate stets den Saldi der „Tage Vormonat“ entsprechend. So wird ab Februar 1998 bis Ende 1998 ein Ferienguthaben von konstant 17.5 Tagen ausgewiesen. Ab Januar 1999 bis November 2000 wird ebenfalls ein Ferienguthaben von konstant 17.5 Tagen ausgewiesen. Im Dezember 2000 werden 10 Ferientage in Abzug gebracht. Der Restsaldo von 7.5 Tagen wird dann weitergezogen ab Januar 2001 bis Ende 2001. Der Rechtsvertreter des Klägers bringt daher zu Recht vor, dass der Beweis der bezogenen Ferientage während der massgeblichen Zeit durch den Arbeitgeber nicht erbracht wird. Nachvollziehbar und daher beweisrechtlich massgebend erscheinen dem Gericht hingegen die entsprechenden Aufstellungen des Klägers. Aus diesen Zusammenstellungen der Ferienguthaben der Jahre 1998 bis März 2002 geht hervor, dass der Kläger im Zeitraum der Jahre von und mit 1998 bis und mit März 2002 Ferien im Umfang von 359 Stunden bezogen hat. Da der Kläger ab dem 11. November 1997 bis Ende desselben Jahres ausserdem 29 Stunden Ferien bezogen hatte, resultiert bei Addition der entsprechenden Beträge schliesslich ein Saldo an bereits bezogenen Ferien in Höhe von 388 Stunden für den massgebenden Zeitraum.

2. In einem weiteren Schritt wird zu prüfen sein, ob dem Kläger wie vorgebracht noch Ansprüche infolge geleisteter Überstunden bei Ausstellungen und Messen an Samstagen und Sonntagen zustehen.

a) Vorgängig bleibt auch unter diesem Titel abzuklären, wer den Beweis von geleisteten Überstunden zu erbringen hat. Diese Beweislast - und die Folgen der Beweislosigkeit - trägt im Gegensatz zur Frage des Bezugs bzw. des Umfangs eines allfälligen Ferienguthabens nicht der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin, sondern der Arbeitnehmer (vgl. A. Stähelin, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 1984, N 16 zu Art. 321c).

b) Rechtlich stellt sich weiter die Frage, ob es vertraglich zulässig ist, zu bestimmen, dass Überstunden im Salär inbegriffen sind und die allfällige Leistung von Überstunden vom Arbeitgeber angeordnet werden muss. Überstundenentschädigungen für Kader sind formgültig ausgeschlossen, falls im Vertrag auf entsprechende „allgemeine Arbeitsbedingungen“ hingewiesen wird (vgl. SJZ 1994 Nr. 18) bzw. es kann schriftlich bestimmt werden, dass die Vergütung für allfällige Überstunden im vereinbarten Lohn enthalten ist (vgl. A. Stähelin, *a.a.o.*, N 21 zu Art. 321c N. 21).

Überstunden müssen im Übrigen auch nicht formell angeordnet werden (vgl. BGE 116 II 71, 4b; JAR 1981, S. 229). Liefert ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber bzw. seiner Arbeitgeberin die Zeiterfassungskarten oder andere Aufstellungen der individuellen Arbeitszeit - aus welchen hervorgeht, wie viele Überstunden er jeweils geleistet hat - regelmässig ab und schweigt der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin, darf davon ausgegangen werden, dass Überstunden als betriebsnotwendig genehmigt wurden.

c) Nach Art. 321c Abs. 2 OR können Überstunden innert einer angemessenen Zeitspanne durch Freizeit ausgeglichen werden. Voraussetzung für einen solchen Ausgleich ist das Einverständnis des Arbeitnehmers oder eine entsprechende Regelung im Einzelarbeitsvertrag (vgl. A. Stähelin, *a.a.o.*, N 18 zu Art. 321c OR).

d) Nach Art. 10 des Arbeitsvertrages zwischen den Parteien sind Überstunden für Aufgaben gemäss Art. 1 des Vertrages im Salär (Lohn und Provision) inbegriffen. Gemäss einer Zusatzvereinbarung vom Februar 1998, worin vom Arbeitgeber handschriftlich Art. 10 des Arbeitsvertrages abgeändert wurde, kamen die Parteien überein, dass der Kläger Überzeit, welche an Samstagen und Sonntagen geleistet wurde, aufschreiben dürfe. Aus dieser Formulierung geht also hervor,

dass Überstunden grundsätzlich im Salär inbegriffen sind und nur die an den Wochenenden geleisteten Überstunden aufgeschrieben werden dürfen. Die Beklagte bringt in diesen Zusammenhang vor, mit dem Zusatzpassus zu Art. 10 des Arbeitsvertrag seien nur Überstunden an Messen (OLMA, BEA) gemeint, deren Besuch vom Arbeitgeber angeordnet worden seien. Demgemäss resultiere ein Überstundensaldo von Total 191.5 Stunden.

Eine solche Einschränkung auf angeordnete Messebesuche an OLMA und BEA ist aber nach Auffassung des Gerichts aus dem massgeblichen Wortlaut der Zusatzvereinbarung vom Februar 1998 nicht ersichtlich. Das Gericht geht nach entsprechender wörtlicher und teleologischer Auslegung vielmehr davon aus, dass der Kläger gemäss Arbeitsvertrag bzw. Zusatzvereinbarung berechtigt war, sämtliche geleisteten Überstunden an Samstagen und Sonntagen aufzuschreiben. Die entsprechenden vom Kläger ins Recht gelegten Aufstellungen der geleisteten Überstunden an Samstagen und Sonntagen erscheinen dem Gericht glaubhaft und werden von der Gegenpartei auch nur insofern bestritten, als dass diese eine - wie vorstehend bereits erwähnt nicht ersichtliche - Beschränkung auf die angeordneten Messebesuche an der OLMA und BEA vorbringt. Ausgewiesen ist somit ein Überstundensaldo für die Jahre 1997 bis 2001 von 453.6 Stunden. Allerdings geht aus den Aufstellungen des Klägers für das Jahr 1997 hervor, dass die für dieses Jahr geltend gemachten 81.5 Überstunden vor dem 11. November 1997 geleistet wurden und daher bereits verjährt sind.

e) Wie vorstehend bereits angeführt, können Überstunden nach Art. 321c Abs. 2 OR durch Freizeit ausgeglichen werden. Der Arbeitsvertrag zwischen der Beklagten und Widerklägerin und dem Kläger und Widerbeklagten enthält keine explizite Regelung, wie geleistete Überstundenarbeit konkret ausgeglichen werden soll. Für die Abgeltung durch Freizeit braucht es wie vorstehend ausgeführt grundsätzlich das Einverständnis beider Vertragsparteien. Nach Auffassung des Gerichtes liegt dieses gegenseitige Einverständnis der Vertragspartner eindeutig vor: Aus den Arbeitsrapporten geht nämlich klar hervor, dass der Kläger und Widerbeklagte seine Arbeitszeit bzw. Freizeit relativ frei gestalten konnte und entsprechend die Beklagte und Widerklägerin nach Treu und Glauben auch davon ausgehen durfte, dass der Kläger und Widerbeklagte seine Überstunden mit Freizeit kompensiert. Und dies hat er dann auch getan: Der Kläger und Wi-

derbeklagte kompensierte vom 11. November 1997 bis zum 26. März 2002 insgesamt 743 Stunden und trug diese Kompensationsstunden jeweils auf den Wochenrapporten ein. Selbstredend müssen daher diese Kompensationsstunden für „Überstunden“ mit den durch den Kläger effektiv geleisteten Überstunden verrechnet werden.

KGer, 1. Abt., 10.06.2004

3442

Arbeitsvertrag. Ungerechtfertigte fristlose Kündigung (Art. 337 OR). Umfang des Ersatzes für entgangenen Verdienst (Art. 337 c Abs. 1 OR). Entschädigung infolge Mitverschuldens abgelehnt (Art. 337 c Abs. 3 OR).

Sachverhalt:

Per 1. Februar 2002 stellte die Beklagte den Kläger als Betreuer im Wohnheim E. in X. ein. Das Anstellungsverhältnis sah ein befristetes Arbeitsverhältnis bis zur Pensionierung des Klägers am 31. Mai 2003 vor. Die Entlöhnung betrug anfänglich Fr. 5'421.-- brutto. Daneben wurde eine Arbeitsweg-Vergütung von Fr. 150.-- vorgesehen und ein 13. Monatslohn vereinbart. Per 1. Mai 2002 wurde der Kläger zum Gruppenleiter ad interim befördert. Am 3. März 2003 kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos und begründete die Entlassung im Wesentlichen mit den gegen den Kläger erhobenen Vorwürfen betreffend sexistischer Belästigung einer ihm unterstellten Mitarbeiterin. Der Kläger akzeptierte die fristlose Kündigung nicht.

Aus den Erwägungen:

Eine fristlose Entlassung ist gemäss Art. 337 OR gerechtfertigt, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die fristlose Kündigung ist unverzüglich nach Kenntnis des wichtigen Grundes zu erklären, damit der Kündigende sein Recht zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht durch Verwirkung einbüsst (*Rehbinder, Berner Kommentar, Bern 1992, N 16 zu Art. 337 OR; Streiff/v.Kaenel, Arbeitsvertrag, Zürich 1992, N 17 zu Art. 337 OR; Staehelin, Zürcher Kommentar, Zürich 1996, N 35 zu Art. 337 OR*). Aus zeitlicher Sicht kommen also nur