



**Kantonsgericht von Graubünden
Tribunale cantonale dei Grigioni
Dretgira chantunala dal Grischun**

Ref.:
ZF 03 17

Chur, 8. Juli 2003

Schriftlich mitgeteilt am:

Urteil

Zivilkammer

Vizepräsident Bochsler, Kantonsrichter Heinz-Bommer, Jegen, Riesen-Bienz und Burtscher, Aktuar ad hoc Berti.

In der zivilrechtlichen Berufung

der X. A G, Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Thomas Castelberg, Vazerolgasse 2, 7002 Chur,

gegen

das Urteil des Bezirksgerichts Imboden vom 20. März 2003, mitgeteilt am 10. April 2003, in Sachen des Klägers und Berufungsbeklagten Y., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Martin Schmid, Hartbertstrasse 11, 7002 Chur, gegen die Beklagte und Berufungsklägerin,

betreffend Forderung aus Arbeitsvertrag,

hat sich ergeben:

A. Y. arbeitete im Januar 2001 probeweise einzelne Stunden ohne Entgelt und alsdann vom 1. Februar 2001 bis 30. April 2002 als Angestellter der X. AG, wo er für die Abteilung „Wohnen“ verantwortlich war. Während der gesamten Zeit bestand kein schriftlicher Arbeitsvertrag. Y. bezog einen Monatslohn von Fr. 6'000.-- brutto, zuzüglich Fr. 450.-- Kinderzulagen und Fr. 500.-- Pauschalspesen pro Monat sowie einen 13. Monatslohn.

B. Am 22. Februar 2002 kündigte die X. AG das Arbeitsverhältnis auf den 30. April 2002 (kB 12). Am 26. Februar 2002 forderte Y. handschriftlich auf einer Kopie des Kündigungsschreibens die X. AG auf, unter anderem ihm „einen Vorschlag für die Überstundenentschädigung“ zu unterbreiten (kB 13). In der Folge konnten sich die Parteien diesbezüglich nicht einigen.

C. Nach erfolgloser Sühneverhandlung prosequierte Y. am 27. September 2002 frist- und formgerecht den Leitschein durch Klage beim Bezirksgericht Imboden mit folgendem Rechtsbegehren:

- „1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger brutto CHF 16'231.45 (abzüglich Arbeitnehmerbeiträge der Sozialversicherungen) zuzüglich 5 % Zins seit 30. April 2002 zu bezahlen.
2. Unter Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten.“

In ihrer Prozessantwort vom 31. Oktober 2002 beantragte die Beklagte die kostenfällige Abweisung der Klage. An der Hauptverhandlung vom 20. März 2003 reduzierte der Kläger seine Klageforderung um Fr. 310.20. Die Beklagte hielt an ihrem Abweisungsantrag fest.

Am 20. März 2003 erkannte das Bezirksgericht Imboden:

- „1. Die Klage wird teilweise gutgeheissen und die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 15'715.75 (abzüglich der Arbeitnehmerbeiträge an die Sozialversicherungen) nebst 5 % Zins seit 30. April 2002 zu bezahlen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, den Beklagten aussergerichtlich mit Fr. 5'688.25 zu entschädigen.“

Das Bezirksgericht Imboden erwog im Wesentlichen, es sei von einer Arbeitssollzeit des Klägers von 42.5 Stunden in der Woche auszugehen, nachdem weder eine höhere Arbeitssollzeit noch eine Kaderstellung des Arbeitneh-

mers bewiesen worden seien (E. 2 a); der Kläger habe auf Verlangen oder zumindest mit Genehmigung seiner Arbeitgeberin Überstunden geleistet und seinen diesbezüglichen Entschädigungsanspruch nicht verwirkt (E. 2 b); schliesslich sei der Kläger nicht verpflichtet gewesen, seine Überstunden während der Zeit der Freistellung (22. März – 30. April 2002) zu kompensieren; er habe vielmehr einen Anspruch auf Entschädigung der Überstunden in Form von Lohn (E. 2 c).

D. Die X. AG liess am 1. Mai 2003 gegen das Urteil des Bezirksgerichts Imboden Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden erklären und folgende Anträge stellen:

- „1. *Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.*
2. *Unter vermittlungsamtlicher, gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsbeklagten für beide Instanzen.*

E. Zur Hauptverhandlung am 8. Juli 2003 sind erschienen der Rechtsvertreter der Beklagten und Berufungsklägerin, Rechtsanwalt lic. iur. Thomas Castelberg, sowie jener des Klägers und Berufungsbeklagten, Rechtsanwalt Dr. iur. Martin Schmid. Der Vorsitzende las die Berufungsanträge vor und stellte fest, dass keine Vertröstungen zu leisten gewesen seien. Er stellte ferner fest, dass die Vollmachten der Parteivertreter bei den Akten lägen; indes genüge der vom Internet bezogene und eingereichte Handelsregisterauszug betreffend die Berufungsklägerin nicht den gesetzlichen Anforderungen gemäss Art. 25 Ziff.5 ZPO, weil daraus die Organe der Gesellschaft nicht ersichtlich seien. Der Vorsitzende setzte deshalb mit Einverständnis des Rechtsvertreters des Berufungsbeklagten der Berufungsklägerin eine Frist von 10 Tagen an, um einen rechtsgenügenden Handelsregisterauszug nachzureichen, mit dem Hinweis, das Kantonsgericht behalte sich im Säumnisfalle vor, auf die Berufung nicht einzutreten. Der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin reichte am 14. Juli 2003 (Eingang beim Kantonsgericht) einen Handelsregisterauszug ein (act. 07), aus welchem sich ergibt, dass seine Bevollmächtigung rechtsgültig erfolgt ist. Gegen Zuständigkeit und Zusammensetzung des Gerichts wurden keine Einwände erhoben. Nachdem keine weiteren Beweisanträge gestellt worden waren, erklärte der Vorsitzende das Beweisverfahren für geschlossen. Beide Rechtsvertreter gaben schriftliche Erklärungen zu den Akten im Sinne von Art. 51 Abs. 1 lit. b OG. Der Berufungsbeklagte beantragte kostenfällige Abweisung der Berufung.

Auf die Ausführungen der Parteivertreter zur Begründung ihrer Anträge und auf die Erwägungen der Vorinstanz wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Die Zivilkammer zieht in Erwägung :

1. Gegen Urteile der Bezirksgerichte in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über Fr. 8'000.-- ist Berufung gegeben (Art. 218 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Ziff. 1 ZPO). Sie ist innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Urteils zu erklären (Art. 219 Abs. 1, 1. Satz ZPO). Die Erklärung hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie neue Einreden, soweit solche noch zulässig sind, zu enthalten (Art. 219 Abs. 1, 2. Satz ZPO). Der Berufungsstreitwert ist im vorliegenden Fall erreicht, die Berufung wurde form- und fristgerecht erklärt, und die Berufungsklägerin ist beschwert. Es ist deshalb auf die Berufung einzutreten.

2. Zur Begründung ihrer Berufung lies die X. AG vortragen, Y. habe sich in einem Schreiben vom 21. März 2002 (kB 21) damit einverstanden erklärt, sich durch Freistellung mit Kompensation der Überstunden für diese entschädigen zu lassen (Plädoyer RA Castelberg, S. 1-3 *sub* A und S. 6-8 *sub* E; dazu unten E. 5); zudem sei eine betriebliche Usanz nachgewiesen worden, wonach die Arbeitszeit für Kaderleute höher als 42.5 Wochenstunden sei (unten Plädoyer RA Castelberg, S. 3 f. *sub* B; dazu unten E. 4); im Übrigen seien Überstunden weder angeordnet worden noch notwendig gewesen (Plädoyer RA Castelberg, S. 4 f. *sub* C; dazu unten E. 6); schliesslich habe die Vorinstanz allfällige Überstunden unzutreffend berechnet (Plädoyer RA Castelberg, S. 5 f. *sub* D; dazu unten E. 7).

3. 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 der Arbeitnehmer dazu soweit verpflichtet, als er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann (Art. 321c Abs. 1 OR). Im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber die Überstundenarbeit innert eines angemessenen Zeitraumes durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgleichen (Art. 321c Abs. 2 OR). Wird die Überstundenarbeit nicht durch Arbeit ausgeglichen und ist nichts anders 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 (Art. 321c Abs. 3 OR).

4. a. Die Vorinstanz hat gestützt auf einer vom Kläger und Berufungsbeklagten eingereichten Aufstellung des Geschäftsführers C. mit der Überschrift „Jahres-Soll Stunden Bau- und Personal“ (kB 5) festgehalten, dass die Arbeitssollzeit des Y. 8.5 Stunden täglich betragen habe. Dem hält die Berufung entgegen, dies gelte nicht für Y. als Mitglied des Klägers. Durch die Zeugenaussagen der weiteren Kadermitglieder B. und A. sei eine betriebliche Usanz nachgewiesen worden, wonach die Arbeitssollzeit für Kadermitglieder weit höher sei, ohne dass diese eine Überstundenentschädigung bezögen.

b. In diesem Vorbringen sind zwei Argumente zu unterscheiden: Einerseits die Behauptung einer betrieblichen Übung und andererseits die Behauptung, Y. sei „Kader der Firma“ gewesen.

c. Die Berufungsklägerin will den Berufungsbeklagten bei seiner Angabe in der Prozesseingabe vor der Vorinstanz (act. I/2) behaften, wonach er als Ableitungsleiter „Wohnen“ bei der X. AG gearbeitet habe. An jener Stelle fügte der Kläger indes hinzu, sein Aufgabenbereich habe „das Offertwesen, die Abwicklung der Aufträge, die Einteilung des Montagepersonals und die Verrechnung der Arbeiten“ umfasst (a.a.O. S. 3 oben sub 1). Sofern die Berufungsklägerin daraus ableiten will, Y. habe eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne der bundesrechtlichen Arbeitsgesetzgebung innegehabt, kann ihr nicht gefolgt werden. Nach Art. 9 nArGV 1 (SR 822.111, in Kraft seit 1. August 2000) übt eine höhere leitende Tätigkeit aus, wer auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann. Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte und Berufungsklägerin, die für die (*in casu* rechtsverrichtende) Tatsache einer leitenden Tätigkeit die Beweislast trägt (Art. 8 ZGB), nicht hat beweisen können, dass Y. eine solche ausübte. Das Organigramm der Beklagten und Berufungsklägerin (kB 2) weist lediglich C. und seinen Stellvertreter A. als Mitglieder der Geschäftsleitung aus. Y. war mithin A. unterstellt, während B. ihn im Hinblick auf die spätere Übernahme der Abteilung „Wohnen“ vorbereiten sollte. Den vier Einzelabteilungen sind laut Organigramm ausser Y. sechs Mitarbeiter zugewiesen; der Versuch, anhand der Zeugenaussagen von nur deren zwei (A. und B.) eine

betriebliche Übung bezüglich Arbeitszeit nachzuweisen, ist demnach zu wenig breit abgestützt. Dazu tritt, dass die von der Vorinstanz (angefochtene Entscheidung E. 2 a S. 4 Mitte) festgestellten Diskrepanzen in den gemachten Angaben nicht zu beanstanden sind. Die Berufung ist mithin in diesem Punkt unbegründet.

5. a. Die Berufungsklägerin und Beklagte rügt weiter, Y. habe sich in einem Schreiben vom 21. März 2002 (kB 21) damit einverstanden erklärt, sich durch Freistellung mit Kompensation der Überstunden für diese entschädigen zu lassen (Plädoyer RA Castelberg, S. 1-3 *sub* A und S. 6-8 *sub* E). Demgegenüber hat die Vorinstanz festgestellt, die Parteien hätten sich über den Zeitpunkt der Kompensation der Überstunden nicht geeinigt (angefochtene Entscheidung E. 2 c, S. 7).

b. Im Schlussabsatz seines Schreibens vom 21. März 2002 (kB 21) forderte Y. seine Arbeitgeberin auf, die von ihm geltend gemachten Überstunden mit einer Geldzahlung zu entschädigen („mir das zustehende Geld auszubezahlen“). Dem widersetzte sich die Berufungsklägerin und Beklagte mit Schreiben vom 22. März 2002 (kB 16), indem sie eine sofortige Freistellung des Y. nebst Kompensation der Überstunden während der Freistellungszeit anordnete. Dabei nahm sie nicht etwa Bezug auf eine allfällige mündliche Abmachung, sondern bat Y. lediglich um Kenntnisnahme. Der Zeuge B. hat denn auch bestätigt (act. IV/2, S. 4, 2. Ergänzungsfrage RA Castelberg), dass der Anstoss bezüglich Freistellung eindeutig von der Arbeitgeberin aus kam. Tags darauf wies Y. schriftlich (kB 17) die einseitig angeordnete Kompensation der Überstunden zurück und bot seine Arbeitskraft weiter zur Verfügung an.

c. Der Ausgleich von Überstundenarbeit durch Freizeit setzt auch nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber und gleichzeitiger (oder späterer) Freistellung des Arbeitnehmers dessen Einverständnis voraus (BGE 123 III 84 ff. E 5). Die Berufungsklägerin und Beklagte hat nicht beweisen können, dass Y. sein diesbezügliches Einverständnis gegeben hat. Die Berufung ist mithin auch in dieser Hinsicht unbegründet.

6. Die Berufungsklägerin und Beklagte rügt weiter, Überstunden seien weder angeordnet worden noch notwendig gewesen (Plädoyer RA Castelberg, S. 4 f. *sub* C). Sie macht geltend, es ergebe sich aus den Zeugenaussagen von A. und B., dass Y. beim damaligen schlechten Geschäftsgang seiner Abteilung überhaupt keine Überstunden habe leisten müssen. Dieses Argument verkennt, dass die Vorinstanz entscheidend darauf abgestellt hat, dass die Leistung von Überstunden je-

denfalls *nachträglich* genehmigt worden ist: Die Berufungsklägerin und Beklagte hat Y. auf Tabellen „Stundenabrechnung 2001“ und „Stundenabrechnung 2002“ (kB 8 und 9), welche unter anderem den Vermerk „X. AG / Überstundenabrechnung“ tragen, die geleisteten Überstunden bestätigt. Auch in diesem Punkt erweist sich die Berufung als unbegründet.

7. a. Schliesslich rügt die Berufungsklägerin und Beklagte, die Vorinstanz habe die allfälligen Überstunden unzutreffend berechnet (Plädoyer RA Castelberg, S. 5 f. *sub D*). Demgegenüber wies der Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten und Klägers *duplicando* darauf hin, dass die Vorinstanz auf die Angaben der Arbeitgeberin abgestellt habe.

b. Das Argument der Berufungsklägerin und Beklagten, aus den Stundenrapporten Y.s (kB 7) ergäbe sich eine tiefere Zahl Überstunden als die Tabellen „Stundenabrechnung 2001“ und „Stundenabrechnung 2002“ (kB 8 und 9), ist unbehelflich, liegt doch - wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (angefochtene Entscheidung E. 2 b S. 6) - die Kontrolle der korrekten Arbeitszeiterfassung im Verantwortungsbereich der Arbeitgeberin. Durch unwidersprochene Aufnahme in die Überstundenabrechnung und Zustellung derselben an den Arbeitnehmer akzeptiert die Arbeitgeberin die ausgewiesenen Überstunden (Berner Kommentar REHBINDER, Art. 321c OR N 2). Die Berufung ist demnach in diesem Punkt und mithin auch im Ganzen unbegründet.

8. Die angefochtene Entscheidung ist in einem Punkt von Amtes wegen zu berichtigen: Während die Vorinstanz in Ziffer 1 ihres Dispositivs dem Berufungsbeklagten und Kläger einen Bruttolohnbetrag von Fr. 15'715.75 „abzüglich der Arbeitnehmerbeiträge an die Sozialversicherungen“ zugesprochen hat, sind richtigerweise die genannten Sozialversicherungsbeiträge abzuziehen und der resultierende Nettolohnbetrag zuzusprechen (PKG 1990, Nr. 21, S. 80). Demnach ist dem Berufungsbeklagten und Kläger nach Abzug von Fr. 793.65 AHV, Fr. 157.15 ALV sowie Fr. 243.60 NBUV der Betrag von Fr. 15'715.75 ./ Fr. 1'194.40 = netto Fr. 14'521.35 zuzusprechen.

9. Bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000 dürfen von Bundesrechts wegen weder Gebühren erhoben noch Auslagen des Gerichts den Parteien auferlegt werden (Art. 343 Abs. 3 OR). Das Bundesrecht überlässt hingegen die Frage der Parteientschädigung dem kantonalen Recht, weshalb die Befreiung von den Gerichtskosten die Zusprechung einer

Parteientschädigung nicht zum Vorneherein ausschliesst (Zürcher Kommentar STAEHELIN, Art. 343 OR N 29; Berner Kommentar REHBINDER, Art. 343 OR N 19). Die ZPO von Graubünden enthält keine spezifische Regelung für arbeitsrechtliche Streitigkeiten, weshalb die ausseramtlichen Kosten von Fr. 2'000.-- gemäss der allgemeinen Regel des Art. 122 Abs. 2 ZPO der unterliegenden Partei, im vorliegenden Fall der Berufungsklägerin, zu auferlegen sind.

Demnach erkennt die Zivilkammer :

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Ziffer 1, 2. Satzhälfte des angefochtenen Urteils wird von Amtes wegen aufgehoben und die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 14'521.35 nebst Zins zu 5% seit 30. April 2002 zu bezahlen.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Die Berufungsklägerin hat den Berufungsbeklagten ausseramtlich mit Fr. 2'000.-- zu entschädigen.
5. Mitteilung an:

Für die Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden

Der Vizepräsident

Der Aktuar ad hoc