



<b>Fall-Nr.:</b>	BO.2023.5-K3
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	03.07.2024
<b>Entscheiddatum:</b>	02.05.2024

### **Entscheid Kantonsgericht, 02.05.2024**

**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).**

Entscheid siehe PDF



**Kantonsgericht St. Gallen**

III. Zivilkammer

**Entscheid vom 2. Mai 2024**

\_\_\_\_\_  
Besetzung

\_\_\_\_\_  
Geschäfts-  
nummer

BO.2023.5-K3 (OV.2021.4-[...])

\_\_\_\_\_  
Verfahrens-  
beteiligte

**A. \_\_,**

**Kläger, Berufungs-  
kläger und Anschluss-  
berufungsbeklagter,**

vertreten von Rechtsanwalt C. \_\_,

gegen

**B. \_\_AG,**

**Beklagte, Berufungs-  
beklagte und  
Anschlussberufungs-  
klägerin,**

vertreten von Rechtsanwalt Dr. D. \_\_,

\_\_\_\_\_  
Gegenstand

**Forderung aus Arbeitsvertrag**



## Anträge vor Kreisgericht

### a) des Klägers

1. Die Beklagte sei zu verpflichten dem Kläger Fr. 28'202.60 für Löhne (inkl. 13. Monatslohn), Fr. 16'159.65 Entschädigung Ferienansprüche und Fr. 10'660.00 Überstunden, eventualiter Löhne und Entschädigungen im Betrage nach Massgabe des durchzuführenden Beweisverfahrens mit Bezug auf den massgeblichen Bruttolohn unter Berücksichtigung der vertraglich geschuldeten BVG-Sparbeiträge, je zuzüglich 5% Zins seit 15. Februar 2020 (mittlerer Verfall) zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, die gemäss Arbeitsvertrag für die gesamte Vertragsdauer geschuldeten BVG-Sparbeiträge (Arbeitgeber- und Arbeitnehmer-Anteil) – in der Höhe gemäss durchzuführendem Beweisverfahren – an die betriebliche Vorsorgeeinrichtung der Beklagten und/oder Stiftung Auffangvorrichtung BVG zugunsten des Klägers zu bezahlen. Eventualiter sei die Beklagte zu einem Schadenersatz nach richterlichem Ermessen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR zu verpflichten, zuzüglich 5% Verzugszins seit 01.03.2020.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, für die verlangte, vorzeitige Rückgabe von Natel und Geschäftsfahrzeug eine Entschädigung von Fr. 2'000.00 zu bezahlen.
4. Die Beklagte sei zu verpflichten, die eingebrachte Rufnummer [...] an den Kläger zurück zu übertragen;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuer, zu Lasten der Beklagten.

### b) der Beklagten

1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

## Entscheid des Kreisgerichts [...], 2. Abteilung, vom 25. August/22. September 2022

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger die Beträge von Fr. 35'023.05 netto (nach Abzug der Sozialversicherungsbeiträge AHV, NBU, KTG) zzgl. 5% Zins seit 15. Februar 2020 und Fr. 20'000.00 netto zzgl. 5% Zins seit 1. März 2020 zu bezahlen.  
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 12'000.00 wird zu 2/5 dem Kläger und zu 3/5 der Beklagten auferlegt, unter Verrechnung des vom Kläger geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 12'000.00. Der Kläger hat ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte im Betrag von Fr. 7'200.00.
3. Die Beklagte hat den Kläger für seine Parteikosten mit Fr. 2'745.60 zu entschädigen.



## Anträge vor Kantonsgericht

### a) des Klägers (Berufung)

1. Ziff. 1 des Entscheid-Dispositives des Kreisgerichtes [...] – mit Bezug auf die Positionen Anteil 13. Monatslohn, Ferienansprüche, BVG-Sparbeiträge, Überstunden und Entschädigung Natel und Geschäftsfahrzeug sowie Rufnummer – und die Ziffern 2. und 3. des Entscheid-Dispositives seien aufzuheben.
2. Die Beklagte und Berufungsbeklagte sei zu folgenden Zahlungen zu verpflichten:

2.1	Anteil 13. Monatslohn	Fr. 2'000.05
	Ferienansprüche	Fr. 9'612.45
2.2	Überstunden	Fr. 10'000.00
2.3	Entschädigung Natel und Geschäftsfahrzeug	Fr. 2'000.00

sämtliche Zahlungen je zuzüglich 5% Zins seit 15. Februar 2020.

3. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger für die vertraglich geschuldeten und unterlassenen BVG-Sparbeiträge einen Schadenersatz nach richterlichem Ermessen gemäss Art. 42 OR, mindestens aber im Betrag von Fr. 25'948.65 zuzüglich 5% Zins seit 1. März 2020 zu bezahlen.
4. Die Beklagte sei zu verpflichten, die eingebrachte Rufnummer [...] an den Kläger zurückzuübertragen.

Unter vollumfänglicher Kosten- und Entschädigungsfolge für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zu Lasten der Beklagten.

### b) der Beklagten (Berufungsantwort und Anschlussberufung)

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.
2. Anschlussberufungsweise sei Ziffer 1 Absatz 1 des Dispositives des angefochtenen Entscheides des Kreisgerichtes [...] vom 25. August 2022/22. September 2022 (OV.2020.1-[...] {recte OV.2021.4-[...]}) aufzuheben, und es sei die Klage vom 25. Februar 2021 vollumfänglich abzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche und das zweitinstanzliche Verfahren zu Lasten des Klägers, Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten, dies unter Aufhebung von Ziffer 2 und 3 des Dispositives des angefochtenen Entscheides des Kreisgerichtes [...] vom 25. August 2022/ 22. September 2022 (OV.2020.1-[...] {recte OV.2021.4-[...]}).

### c) des Klägers (Anschlussberufungsantwort)

Die Anschlussberufung der Beklagten vom 31. März 2023 sei vollumfänglich abzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.



## Erwägungen

I.

1.a) A.\_\_ (Kläger) und die B.\_\_AG (Beklagte), vertreten durch E.\_\_, unterzeichneten am 23./25. März 2019 einen Arbeitsvertrag mit Arbeitsbeginn am 1. August 2019 (kläg.act. 1). Der Kläger wurde gemäss Arbeitsvertrag als Projektleiter/Bauleiter mit einem Pensum von 100% ("42.5 Std. pro Woche") eingestellt. Die Parteien vereinbarten einen festen monatlichen Nettolohn von Fr. 10'000.00 ("netto ausbezahlt") zuzüglich 13. Monatslohn. Der Ferienanspruch belief sich auf sechs Wochen. Betreffend Überstunden wurde vereinbart, dass solche weder durch Freizeit kompensiert noch durch Lohnzahlung entschädigt werden, sondern mit dem vereinbarten Lohn als abgegolten gelten. Für Arbeitsunfähigkeit infolge Unfall oder Krankheit war vorgesehen, dass der Kläger im ersten Monat 100% und ab dem zweiten Monat 80% des durchschnittlichen AHV-Gehaltes erhält. Es wurden die üblichen Lohnabzüge festgelegt (AHV/IV/EO, BVG, SUVA, KTG). Bezüglich BVG wurde mittels "Spezielle[r] Vereinbarung" festgelegt, dass "nur noch Beiträge für das Sparen erhoben" würden. Alle Risikobereiche und Risikoversicherungen seien ausgeschlossen.

b) Am 22. Juni 2020 kam es zu einer heftigen Aussprache zwischen dem Kläger und E.\_\_, worauf der Kläger ab diesem Zeitpunkt für längere Zeit durchgehend krankgeschrieben war (kläg.act. 2-5, 13-14). Die Beklagte kündigte in der Folge das Arbeitsverhältnis am 24. Juli 2020 "nach Ablauf der gesetzlichen Sperrfrist" zufolge "unüberbrückbarer Differenzen" per 31. August 2020 (kläg.act. 6). Der Kläger erhob am 30. Juli 2020 Einsprache gegen die Kündigung; diese sei während einer gesetzlichen Sperrfrist erfolgt und damit nichtig (kläg.act. 7). Mit Schreiben vom 20. August 2020 stellte die Beklagte den Kläger per sofort frei (kläg.act. 8). Für die Monate August 2019 bis Juli 2020 bezahlte die Beklagte jeweils den vereinbarten Nettolohn von Fr. 10'000.00 (bekl.act. 17 und 18). Danach erfolgte noch eine Zahlung von Fr. 2'296.05 (brutto) für nicht bezogene Ferientage und von Fr. 6'264.75 (brutto) als anteilmässiger 13. Monatslohn (kläg.act. 18).

2. Mit Eingabe vom 25. Februar 2021 erhob der Kläger gestützt auf die Klagebewilligung der Schlichtungsstelle für Arbeitsverhältnisse [...] vom 18. Dezember 2020 (vi.act. 1) beim Kreisgericht [...] Klage gegen die Beklagte und stellte die eingangs aufgeführten Rechtsbegehren (vi.act. 2 [Klage]). Am 23. April 2021 verkündete die Beklagte den F.\_\_Versicherungen, [...], den Streit im Sinne von Art. 78 ff. ZPO (vi.act.7). Diese habe



die Leistung von Krankentaggeldern an den Kläger wegen betrügerischer Anspruchsbe-  
gründung gestützt auf Art. 40 VVG verweigert (vgl. kläg.act. 15). Basierend auf den Erhe-  
bungen der F.\_\_\_Versicherungen habe sie, die Beklagte, ihre Lohnzahlungspflicht gegen-  
über dem Kläger verneint. Sollte sie unter dem Titel "Lohnfortzahlung (inkl. Anteil 13. Mo-  
natslohn) für die Monate August, September und Oktober 2020" zu Zahlungen an den  
Kläger verpflichtet werden, werde sie dafür entsprechend Rückgriff auf die F.\_\_\_Ver-  
sicherungen nehmen. Diese liessen sich innert der gesetzten Frist (vi-act. 8) nicht ver-  
nehmen. In der Folge ersuchte die Beklagte mit Klageantwort vom 11. Juni 2021 um voll-  
umfängliche Abweisung der Klage (vi-act. 12 [Klageantwort]). Am 6. September 2021  
reichte der Kläger die Replik ein (vi-act. 17 [Replik]). Am 13. Dezember 2021 erstattete  
die Beklagte die Duplik (vi-act. 26 [Duplik]), wozu der Kläger am 23. Dezember 2021 eine  
Stellungnahme im Sinne des unbedingten Replikrechts einreichte (vi-act. 29). Anlässlich  
der Hauptverhandlung vom 25. August 2022 wurden der Kläger und E.\_\_\_ als Parteien  
befragt (vi-act. 31-34). Sodann schlossen die Parteien einen Vergleich mit Widerrufsvor-  
behalt (vi-act. 35), der allerdings vom Kläger widerrufen wurde (vi-act. 37). Mit Entscheid  
vom 25. August/22. September 2022 (am 22. September 2022 im Dispositiv und am  
21. Dezember 2022 in begründeter Ausfertigung versandt; vi-act. 36 und vi-act. 42 [vi-  
Entscheid]) schützte das Kreisgericht die Klage teilweise (vgl. auch das eingangs zitierte  
vollständige Entscheid-Dispositiv).

3. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger am 1. Februar 2023 Berufung beim  
Kantonsgericht mit den eingangs zitierten Rechtsbegehren (B/1 [Berufung]). Die Beklagte  
beantragt mit Berufungsantwort und Anschlussberufung vom 31. März 2023 die kostenfäl-  
lige Abweisung der Berufung und der Klage (B/10 [Berufungsantwort und Anschlussberu-  
fung]). Am 16. Mai 2023 erstattete der Kläger seine Anschlussberufungsantwort und  
nahm zur Berufungsantwort Stellung (B/15 [Anschlussberufungsantwort]). Mit Schreiben  
der verfahrensleitenden Richterin vom 19. Mai 2023 wurde der Beklagten die Anschluss-  
berufungsantwort und Stellungnahme zur Kenntnis zugestellt und angezeigt, dass eine  
allfällige Stellungnahme zur Wahrung des rechtlichen Gehörs innert einer Frist von zehn  
Tagen einzureichen wäre (B/17). Gleichzeitig wurde den Parteien mitgeteilt, dass ein  
zweiter Schriftenwechsel und eine Verhandlung nicht vorgesehen seien und voraussicht-  
lich aufgrund der Akten entschieden werde. Mit Eingabe vom 31. Mai 2023 reichte die  
Beklagte eine weitere Stellungnahme ein (B/18), die dem Kläger wiederum zugestellt  
wurde (B/20).



## II.

1. Die von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen für das Berufungsverfahren sind erfüllt (Art. 59 f., Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 sowie Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO). Auf die Berufung ist einzutreten. Zuständig ist die III. Zivilkammer des Kantonsgerichts (Art. 16 Abs. 1 EG-ZPO i.V.m. Art. 14 Abs. 1 lit. d GO).

2. Mit der Berufung nach Art. 308 ff. ZPO können die unrichtige Rechtsanwendung und/oder die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Den Berufungskläger trifft dabei eine Begründungspflicht (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Er hat sich daher sachbezogen mit dem Entscheid der Vorinstanz auseinanderzusetzen und unter Bezugnahme auf die erstinstanzlichen Erwägungen im Einzelnen darzulegen, warum dieser in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A\_651/2012 E. 4.2; REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 311 N 36). Ungeachtet der Begründungspflicht gilt allerdings der Grundsatz, dass das Recht von Amtes wegen anzuwenden ist, auch im Rechtsmittelverfahren, weshalb die Berufungsinstanz in rechtlicher Hinsicht nicht auf die Prüfung geltend gemachter Rechtsverletzungen beschränkt ist (Art. 57 ZPO; ZPO-Rechtsmittel-KUNZ, 2013, Art. 311 N 94; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., N 4.52 und 12.41; vgl. auch REETZ/THEILER, ZPO Komm., Art. 311 N 36, S. 2442 unten).

3.a) Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die zumutbare Sorgfalt setzt dabei voraus, dass jede Partei im erstinstanzlichen Verfahren den Sachverhalt sorgfältig und umfassend darlegt und alle Elemente vorbringt, die zum Beweis der erheblichen Tatsachen geeignet sind (BGer 5A\_695/2012 E. 4.2.1; BGer 5A\_739/2012 E. 9.2.2). Die Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat im Übrigen substantiiert darzulegen und zu beweisen, dass die genannten Voraussetzungen (kumulativ) erfüllt sind (BGer 5A\_739/2012 E. 9.2.2; REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 317 N 34). Nicht unter das Novenrecht fallen indessen neue Vorbringen rechtlicher Art. Solche sind (im Rahmen des ordentlichen Ganges des [Berufungs-]Verfahrens) jederzeit und voraussetzungslos zulässig. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (REETZ/HILBER, ZPO Komm., Art. 317 N 31 und 33).



b) Die Zulässigkeit allfälliger neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel im Berufungsverfahren wird – soweit für den Entscheid relevant – im entsprechenden Sachzusammenhang geprüft.

4.a) Gemäss dem aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden sogenannten Replikrecht hat eine Partei Anspruch darauf, von jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme der Gegenseite Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äussern, und zwar unabhängig davon, ob die Stellungnahme neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag. Dieses Replikrecht führt dazu, dass ein Berufungskläger nach Erstattung der Berufungsantwort (und ein Anschlussberufungskläger nach Erstattung der Anschlussberufungsantwort) zu den darin gemachten Ausführungen selbst dann Stellung beziehen darf, wenn das Gericht keinen zweiten Schriftenwechsel oder eine Verhandlung angeordnet hat. Allerdings wird eine solche Stellungnahme inhaltlich nur soweit berücksichtigt, als sie Ausführungen enthält, die nicht schon früher hätten vorgebracht werden können und müssen. Dabei hat sich der Berufungskläger unverzüglich zu äussern und, weil es nicht Aufgabe des Gerichts ist, danach zu forschen, darzutun, inwiefern der Gehörsanspruch die weitere Eingabe rechtfertigt. Die Replik darf im Übrigen nicht dazu verwendet werden, die Berufung zu ergänzen oder zu verbessern (BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGE 142 III 48 E. 4.1.1; BGE 139 I 189 E. 3.2; BGE 137 I 195 E. 2.3.1; BGer 4A\_213/2015 E. 2.1.2; BGer 4A\_278/2014 E. 2.2; vgl. auch REETZ/HILBER, ZPO Komm., Art. 316 N 8 und 45 sowie Art. 317 N 12 und 25; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 4.63).

b) Soweit für den Entscheid relevant, wird die Zulässigkeit der jeweiligen Stellungnahmen im Sinne des unbedingten Replikrechts im entsprechenden Sachzusammenhang geprüft.

### III.

#### 1. Gültigkeit der Kündigung

a) Die Vorinstanz erwog, es stehe fest, dass der Kläger im Zeitpunkt der Kündigung vom 24. Juli 2020 effektiv krank und nicht bloss arbeitsplatzbezogen arbeitsunfähig gewesen sei. Damit sei die Kündigung während einer Sperrfrist von Art. 336c OR erfolgt, was grundsätzlich die Nichtigkeit der Kündigung zur Folge habe. Nichtigkeit werde allerdings nicht geltend gemacht. Vielmehr anerkenne der Kläger die von der Beklagten ausgespro-



chene Kündigung mit einer Verlängerung des Arbeitsverhältnisses um die Sperrfrist von 90 Tagen. Das Arbeitsverhältnis des Klägers habe demnach per 31. Oktober 2020 geendet (vi-Entscheid, S. 4).

b) Der Kläger bringt mit seiner Berufung zunächst vor, die Kündigung sei im ersten Dienstjahr nach Ablauf der 30-tägigen Sperrfrist erfolgt, was die Vorinstanz nicht berücksichtige, wenn sie ausführe, es liege Nichtigkeit der Kündigung vor. Die verlängerte Sperrfrist des zweiten Dienstjahres habe letztlich zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Oktober 2020 geführt (Berufung, S. 4).

c) Nach Ablauf der Probezeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, wenn der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab dem zweiten bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR). Eine während der Sperrfrist ausgesprochene Kündigung ist nichtig; ist sie dagegen vor dem Beginn einer Sperrfrist erfolgt, die Kündigungsfrist bis dahin aber noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 OR). Dauert eine Verhinderung an der Arbeitsleistung (i.S.v. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) bis in ein Dienstjahr an, das eine längere Sperrfrist vorsieht als das vorhergehende, ist – nur, aber immerhin – hinsichtlich der Unterbrechung der Kündigungsfrist nach Art. 336c Abs. 2 OR die längere Sperrfrist massgebend, sofern die Kündigungsfrist erst im neuen Dienstjahr abläuft. Sodann beginnt die längere Sperrfrist erst am Anfang des neuen (zweiten oder sechsten) Dienstjahres zu laufen, auch wenn die kürzere Sperrfrist bereits im alten Jahr abgelaufen war, wobei die Sperrfrist-Tage aus dem vorangegangenen Dienstjahr auf die Dauer der neuen Sperrfrist anzurechnen sind (BGE 133 III 517 E. 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Art. 336c OR N 8 S. 1086; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, 7. Aufl., Art. 336c N 6; KOLLER/MAUERHOFER, Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2007, ZBJV 2009, S. 891 ff., 897; BK-REHBINDER/STÖCKLI, 2. Aufl., Art. 336c OR N 3 S. 1086; GEISER, Kündigungsschutz bei Krankheit, AJP 1996, S. 550 ff., 555). Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin, wie das Ende eines Monats oder einer Arbeitswoche, und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächstfolgenden Endtermin (Art. 336c Abs. 3 OR). Für die Gültigkeit der Kündigung sodann kommt es nur darauf an, ob diese während einer Sperrfrist zugegangen ist oder nicht (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336c OR N 10 S. 1090; SHK-FACINCANI/BAZZELL, 2021, Art. 336c OR N 31; ZK-STAEHELIN, 2014, Art. 336c OR N 16; GEISER, Berechnung der Kündigungsfristen im Ar-



beitsvertragsrecht, recht 2012, S. 1 ff., 5; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 336c OR N 6).

Durch die Sperrfrist vor Kündigung geschützt ist auch, wer trotz Krankschreibung arbeitet, wenn aus der verrichteten Tätigkeit nicht auf eine volle Einsatzfähigkeit geschlossen werden kann (BGer 1C\_310/2008 E 2.1 und 2.5; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336c OR N 3 S. 1081 f.). Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten (BGer 4A\_20/2020 E. 5.1).

d) Wie dargelegt, arbeitete der Kläger ab 1. August 2019 bei der Beklagten und war ab 22. Juni 2020 über längere Zeit durchgehend krankgeschrieben. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis am 24. Juli 2020, also im ersten Dienstjahr und nach Ablauf der 30-tägigen Sperrfrist (kläg.act. 6). Die einmonatige (ordentliche) Kündigungsfrist endete sodann am 31. August 2020 (also im zweiten Dienstjahr). Damit ist im Hinblick auf die Unterbrechung der Kündigungsfrist grundsätzlich die 90-tägige Sperrfrist massgebend, die am 1. August 2020 begann und von der die 30 abgelaufenen Sperrfrist-Tage aus dem ersten Dienstjahr abzuziehen sind. Dies führte – Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR vorausgesetzt – zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Oktober 2020. Damit ist von der grundsätzlichen Gültigkeit der Kündigung auszugehen.

## 2. Arbeitsunfähigkeit / Lohnfortzahlung

a) Die Vorinstanz erachtete es als ausgewiesen, dass der Kläger infolge Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert war. Deshalb habe er einen Anspruch auf Lohnfortzahlung für die Monate August, September und Oktober 2020. Dieser betrage gemäss Arbeitsvertrag ab dem zweiten Monat Abwesenheit 80% des vereinbarten Gehalts von Fr. 10'000.00 netto, also Fr. 24'000.00 netto (vi-Entscheid S. 6, Mitte). Weiter sprach die Vorinstanz dem Kläger einen anteilmässigen 13. Monatslohn von insgesamt Fr. 7'833.45 netto zu, was unter Berücksichtigung der bereits von der Beklagten geleisteten Zahlung, einen Betrag von Fr. 1'568.70 ergebe (vi-Entscheid, S. 6 unten f.).

b/aa) Die Beklagte bringt mit ihrer Anschlussberufung zunächst vor, die Vorinstanz sei einzig gestützt auf die Arztzeugnisse des Hausarztes Dr. G.\_\_ und des Psychiaters Dr. H.\_\_ (kläg.act. 2-5) sowie des Arztberichts von Dr. H.\_\_ vom 26. September 2020 (kläg.act. 13) von einer ausgewiesenen Arbeitsunfähigkeit für den Zeitraum August bis Oktober 2020 ausgegangen. Die Arztzeugnisse seien Privaturkunden, stellten nur einen Anscheinsbeweis dar und begründeten bloss eine tatsächliche Vermutung für das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit. Es genügten deshalb von der Arbeitgeberin substantiiert vorgetragene Indizien, um ein Arztzeugnis als Vermutungsbasis zu erschüttern.



Solche Indizien habe sie, die Beklagte, haufenweise vorgetragen. Auf diese Indizien sei die Vorinstanz zum Teil nicht eingegangen, zum Teil habe die Vorinstanz diese Indizien nur sehr oberflächlich und quasi "pro forma" gewürdigt (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 10 N 29 ff.).

bb) Die Beweislast für das Vorliegen eines Verhinderungsgrundes im Sinne von Art. 324a OR liegt nach Art. 8 ZGB beim Arbeitnehmer. Ist dieser infolge Unfalls oder Krankheit an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindert, erbringt er diesen Nachweis üblicherweise durch Vorlage eines Arztzeugnisses (SHK-VON ZEDTWITZ/KELLER, 2021, Art. 324a OR N 13; BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl., Art. 324a OR, N 9a; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324a/b OR N 12). Das ärztliche Zeugnis stellt einen Spezialfall dar, weil es kein Gutachten ist, sondern eine Privaturkunde und damit ein Beweismittel, das von der Struktur her an sich eine erhöhte Beweiskraft genießt. Dies aufgrund des Umstandes, dass das vorsätzliche Ausstellen eines falschen Zeugnisses, das zum Gebrauche bei einer Behörde oder zur Erlangung eines unberechtigten Vorteils bestimmt oder geeignet ist, wichtige und berechnete Interessen Dritter zu verletzen, gemäss Art. 318 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft wird. Fahrlässiges Handeln zieht Busse nach sich (KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, 3. Aufl., Art. 177 N 7). Aufgrund der strafrechtlichen Sanktion sowie des Fachwissens der ausstellenden Person kann zunächst von der Richtigkeit eines Arztzeugnisses ausgegangen werden (BSK ZPO-DOLGE, 3. Aufl., Art. 177 N 13). Das Arztzeugnis ist aber kein absolutes Beweismittel, es bleibt eine Frage der Beweiswürdigung, ob ein Gericht darauf abstellt. Das Gericht kann sich über den im Zeugnis festgehaltenen Befund hinwegsetzen, wenn aus den Umständen zu schliessen ist, dass keine Arbeitsunfähigkeit besteht. Nun dürfen Arztzeugnisse, die für den Arbeitgeber bestimmt sind, aus Datenschutzgründen keine nähere Begründung der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit enthalten, sie stellen nicht mehr als einen sogenannten Anscheinsbeweis dar bzw. begründen eine tatsächliche Vermutung für das Bestehen von Arbeitsunfähigkeit (KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, Art. 177 N 12). Der Anscheinsbeweis entfällt, wenn Tatsachen präsentiert werden, welche die ernsthafte Möglichkeit eines anderen erfahrungsgemässen Geschehensablaufs ergeben (SHK-VON ZEDTWITZ/KELLER, Art. 324a N 16 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324a/b OR N 12 S. 420 Mitte). Das Gericht kann einem Arztzeugnis die Beweiskraft etwa absprechen, wenn es durch das Verhalten des Arbeitnehmers während der angeblichen Arbeitsunfähigkeit widerlegt wird. Nicht beweisbildend sind die oft anzutreffenden Arztzeugnisse, die sich allein auf die Patientenschilderung abstützen, ohne eigene objektive Feststellungen abzugeben (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324a/b OR N 12 S. 421 oben). Problematisch sind ferner rückwirkend ausgestellte Zeugnisse, da



der Arzt oder die Ärztin nur mit eingeschränkter Sicherheit beurteilen kann, ob die behauptete Arbeitsunfähigkeit tatsächlich schon vor der ersten ärztlichen Untersuchung vorgelegen hat (BRÜHWILER, a.a.O., Art. 324a OR N 9; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art.324a/b OR N 12 S. 421 oben). Sofern die Arbeitgeberin aufgrund objektiver Anhaltspunkte Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers hat, kann sie gestützt auf die Treuepflicht des Arbeitnehmers von diesem verlangen, sich auf ihre Kosten einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen. Weigert sich der Arbeitnehmer unberechtigterweise, diese Untersuchung durchführen zu lassen, begeht er eine Beweisvereitelung (SHK-VON ZEDTWITZ/KELLER, Art. 324a N 18; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324a/b OR N 12 S. 421 oben; zum Ganzen vgl. auch BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 324a N 24 ff.).

cc) Hier liegen Arztzeugnisse von Dr. G.\_\_(Hausarzt und Allgemeinmediziner) vom 23. Juni, 13. Juli und 12. August 2020 (kläg.act. 2-4) sowie von Dr. H.\_\_(Facharzt Psychiatrie und Psychotherapie) vom 22. September 2020 (kläg.act. 5) vor, die dem Kläger eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit vom 22. Juni bis 18. Oktober 2020 (und 50%-ige ab 19. Oktober 2020, kläg.act. 14) bescheinigen. Die Arztzeugnisse wurden – mit Ausnahme jenes vom 12. Juni 2020, welches um einen Tag rückwirkend ausgestellt wurde – nicht rückwirkend ausgestellt. Überdies liegt der von den F.\_\_(Versicherungen) zuhanden des eigenen Vertrauensarztes eingeholte ausführliche Arztbericht von Dr. H.\_\_(vom 26. September 2020 bei den Akten (kläg.act. 13). Offensichtlich hat der Kläger also seinen Psychiater gegenüber den F.\_\_(Versicherungen) vom Arztgeheimnis entbunden und sich damit durchaus kooperativ gezeigt. Aus diesem Bericht ergibt sich u.a., dass der Kläger seit dem 30. Juni 2020 bei Dr. H.\_\_(in Behandlung war, anfänglich wöchentlich und später 14-tägig. Während des Auslandsaufenthaltes des Klägers (14. Juli bis 9. August 2020) fanden am 21. Juli und am 4. August 2020 telefonische Konsultationen statt. Wie bereits die Vorinstanz festhielt, bestätigt der Bericht das "Vollbild einer schweren depressiven Verstimmung mit massiver Konzentrationsstörung, deutlich melancholischem Affekt (depressiv-dysphorisch gemischt), Kraft- und Energielosigkeit, negativistischem Denken, Anhedonie und ausgeprägtem Antriebsminus". Der Bericht beruht zwar (auch) auf Schilderungen des Klägers (was sich bei der Anamnese insbesondere bei psychischen Krankheiten nicht vermeiden lässt). Dr. H.\_\_(machte aber durchaus auch eigene Beobachtungen und Feststellungen, so beispielsweise unter dem Titel "Psychopathologischer Befund" oder "Objektive Befunde, respektive objektivierbare Beschwerden". Hinzukommt die ausgewiesene Behandlung u.a. mit Antidepressiva und Medikamenten gegen Schlafstörungen. Nachdem die fachliche Qualifikation von Dr. H.\_\_(nicht (substantiiert) bestritten ist und er den Kläger rund drei Monate betreute und begleitete, ist auf diesen Arztbericht



abzustellen. Als Zwischenergebnis ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass sich aus den Arztzeugnissen und dem Bericht von Dr. H.\_\_ ergibt, dass der Kläger im Zeitpunkt der Kündigung und auch im Anschluss daran arbeitsunfähig war.

c/aa) Die Beklagte bringt vor, die Vorinstanz habe mit keinem Wort die hunderten von ihr eingereichten Seiten mit E-Mails (bekl.act. 2-8) und die Ausführungen sowie die Beweis-anträge dazu gewürdigt. Aus diesen E-Mails ergebe sich, dass sich der Kläger nicht so verhalten habe, wie jemand, der zu 100% arbeitsunfähig sei. So habe er weiterhin die Projekte "EFH und MFH U.\_\_", "EFH V.\_\_" und "EFH Überbauung W.\_\_" betreut (bekl.act. 2). Die vom Kläger versandten E-Mails (bekl.act. 3) zeigten, dass dieser mit "hoher Intensität an allen von ihm betreuten Projekten weitergearbeitet" habe. Bei der Sachverhaltsfeststellung habe die Vorinstanz sodann die hunderten Seiten zu den Objekten "X.\_\_" (bekl.act. 4), "Y.\_\_" (bekl.act. 5), "Z.\_\_" (bekl.act. 6) sowie die Ausführungen und Beweisanträge in der Klageantwort (S. 4 N 10; Antrag auf Zeugeneinvernahmen von I.\_\_, J.\_\_ und K.\_\_) ignoriert. Ignoriert habe die Vorinstanz auch den vom Kläger selber ins Recht gelegten Tagesauszug aus seinem Outlook-Account, der beweise, dass der Kläger ab 7.00 bis 18.30 Uhr mit Terminen und Aktivitäten als Bauleiter belegt gewesen sei (kläg.act. 26). Sodann belege die E-Mail des Klägers vom 3. Juli 2020 (bekl.act. 4), dass dieser am Nachmittag alle Termine gemäss Outlook wahrgenommen habe. Dies alles genüge, um die Beweiskraft der Arztzeugnisse zu erschüttern. Indem der Kläger in gleicher Intensität weitergearbeitet habe, habe er der Arbeitgeberin klar signalisiert, dass er sehr wohl arbeitsfähig gewesen sei (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 11 f. N 31).

bb) Indessen ergibt sich – wie die Vorinstanz zurecht festhielt (vi-Entscheid, S. 5) – aus der Parteibefragung von E.\_\_ (Verwaltungsratspräsident der Beklagten) anlässlich der Hauptverhandlung, dass der Kläger eben gerade nicht mit "hoher Intensität" weiterarbeitete (vi-act. 33): Auf die Frage, wie der Kläger nach der Aussprache (vom 22. Juni 2020) weitergearbeitet habe, erklärte E.\_\_ – entgegen den Ausführungen seines Anwalts in den Rechtsschriften und an der Gerichtsverhandlung – Folgendes: "Dazu muss ich sagen, dass diverse Objekte zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen waren. Objekt W.\_\_ war bereits abgeschlossen und alle Häuser waren bereits bewohnt. In U.\_\_ war das EFH auch bewohnt und das MFH war nicht weiter ausgebaut, weil keine Käufer vorhanden waren. Deshalb ist es im Rohbau stehengeblieben. Das Haus von N.\_\_ ist im Juni auch fertig geworden und der junge N.\_\_ ist im Juli eingezogen. Es waren vielleicht noch die ein oder anderen Nachfragen und Verbesserungen, die nach dem Bezug noch gemacht werden mussten" (vi-act. 33, Ziff. 4). Auf Nachfrage des Vorsitzenden, ob der Klä-



ger diese Objekte quasi noch selber fertig betreut habe, gab E.\_\_\_\_ weiter zu Protokoll: "Es gab nichts mehr zu machen, weil bewohnt. Wo es nicht geklappt hat, hat man dann mir angerufen, weil Herr A.\_\_\_\_ gesagt habe, er werde alles in die Wege leiten, aber dann doch niemand gekommen war seit Wochen. Ich habe die Probleme dann an die Hand genommen und gelöst" (vi-act. 33, Ziff. 5). Und weiter auf den Hinweis und die Frage, es lägen diverse E-Mails im Recht, aus denen sich ergebe, dass der Kläger noch tätig gewesen sei; wie viel Prozente dieser noch gearbeitet habe: "Relativ schwierig zu beurteilen. Ich mache selber Bauleitung. Wenn Personen bereits im Objekt wohnen, dann gibt es vielleicht noch den Garten zu machen und sonstige Fragen." (vi-act. 33, Ziff. 6). Und schliesslich auf nochmalige Nachfrage bezüglich Prozenten: "Ca. 20-30%" (vi-act. 33, Ziff. 7). Daraus ergibt sich aber klar, dass nicht ansatzweise davon gesprochen werden kann, der Kläger habe "in gleicher Intensität" weitergearbeitet, seine Arbeitsfähigkeit sei deshalb ausgewiesen und die Vermutung der Richtigkeit der Arztzeugnisse und des Arztberichtes umgestossen. In diesem Zusammenhang hat der Kläger übrigens anlässlich seiner Parteieinvernahme an der Hauptverhandlung seinen Arbeitseinsatz während der fraglichen Zeit auf "ungefähr 5 Prozent" geschätzt (vi-act. 32, Ziff. 20). Mithin ist von einer stark eingeschränkten Arbeitstätigkeit des Klägers auszugehen, selbst wenn auf die Angaben von E.\_\_\_\_ abgestellt wird. Zur Frage, es werde behauptet, dass er trotz Krankschreibung weitergearbeitet habe und weshalb er (der Kläger) dies gemacht habe, erklärte der Kläger übrigens Folgendes: "Es war mein Pflichtbewusstsein. Ich habe dann weitergearbeitet, wann ich konnte. Ich bin total flach gewesen. Ich habe sehr viel geschlafen. Aus meinem Pflichtbewusstsein heraus habe ich noch diverse Dinge kommuniziert und habe noch gewisse Termine wahrgenommen. [...]" (vi-act. 32, Ziff. 19). Dass der Kläger – trotz Arztzeugnissen, die ihm 100% Arbeitsunfähigkeit attestierten – gewisse Termine wahrgenommen hat, ist erstellt und es ist nachvollziehbar, dass er dies aus Pflichtbewusstsein tat, zumal die Beklagte keinen anderen Grund nennen kann. Zudem brachte der Kläger in der Replik (S. 3, zu N 7-11) unwidersprochen vor, dass sowohl E.\_\_\_\_ als auch dessen Sohn K.\_\_\_\_ trotz Krankheit weiterhin per E-Mail, WhatsApp und Telefon mit ihm kommunizierten und Antworten bezüglich Pendenzen reklamierten. Unter diesen Umständen erscheint es widersprüchlich, wenn die Beklagte ausführen lässt, der Kläger habe trotz ärztlicher Bescheinigung E-Mails geschrieben und Telefonate geführt und daraus ergebe sich seine volle Arbeitsfähigkeit (Klageantwort, S. 3, N 7-11; Duplik, S. 4). Im Übrigen ergibt sich aus der Kündigung des Arbeitsvertrages vom 24. Juli 2020 (kläg.act. 6), dass die Beklagte offenbar in diesem Zeitpunkt selber davon ausging, dass der Kläger tatsächlich arbeitsunfähig war: Anders lässt sich nicht erklären, weshalb die Beklagte mit der Kündigung zuwartete und diese erst "nach Ablauf der gesetzlichen Sperrfrist" (von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) aussprach (vgl. auch vi-Entscheid, S. 5 Mitte). Als Zwischenergebnis



kann wiederum festgehalten werden, dass die Arbeitsunfähigkeit des Klägers weiterhin als ausgewiesen zu betrachten ist.

d/aa) Die Beklagte bemängelt unter dem Titel "willkürliche antizipierte Beweiswürdigung", dass die Vorinstanz den Beweis Antrag auf Edition der Ausdrucke des "Outlook-Tageskalenders" – obwohl er form- und fristgerecht gestellt worden sei (Duplik, S. 3 f.) – ignoriert habe (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 13 N 32). Gleiches gelte bezüglich der beklagtischen Beweis Anträge auf Zeugenbefragung von I. \_\_, J. \_\_ und K. \_\_. Diese könnten bezeugen, dass der Kläger in "unverminderter Intensität" weitergearbeitet habe (Klageantwort, S. 4 N 10; Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 13 N 33).

bb) Wie bereits ausgeführt (E. 2.c/bb hiervor), ist aufgrund der Angaben des Firmeninhabers E. \_\_ in der Parteieinvernahme von einer maximalen Arbeitstätigkeit des Klägers von 20-30% auszugehen. Unter diesen Umständen sind aber die Edition des "Outlook-Kalenders" und die Befragung der Zeugen obsolet: Einerseits ist nicht dargelegt, wie und weshalb diese Zeugen die "unverminderte Intensität" der Arbeitstätigkeit des Klägers bezeugen können sollen, waren sie doch nicht ständig mit dem Kläger unterwegs. Andererseits kann in antizipierter Beweiswürdigung festgehalten werden, dass selbst dann, wenn diese Zeugen Aussagen in diese Richtung machen würden, nicht darauf abzustellen wäre, weil sowohl E. \_\_ als auch der Kläger in ihren Parteieinvernahmen auch nach mehrmaligem Nachfragen genau das Gegenteil aussagten. Ähnliches gilt für den "Outlook-Kalender": Selbst falls dort noch viele Termine eingetragen sein sollten, ist damit nicht nachgewiesen, dass der Kläger mit "unverminderter Intensität" weitergearbeitet hat, da dies den Aussagen von E. \_\_ widersprechen würde. Dieser hatte nämlich erklärt, der Kläger habe jeweils gesagt, er werde alles in die Wege leiten, dann sei aber doch "niemand gekommen" (vi-act. 33, Ziff. 5). Zudem erklärte der Kläger anlässlich der Parteieinvernahme unwidersprochen, es sei nicht so, dass er alle Termine wahrgenommen habe; im Outlook seien natürlich Serientermine seiner fünf Baustellen aufgeführt gewesen und diese Termine habe er nicht gelöscht (vi-act. 32, Ziff. 19).

e/aa) Die Beklagte macht weiter geltend, die Vorinstanz habe den Observationsbericht (kläg.act. 29) und das Observationsvideo lediglich pro forma erwähnt, ohne dass eine echte inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Observationsbericht stattgefunden habe. Dieser bestätige indessen eindrücklich, dass der Kläger während der Observationszeit sehr aktiv und von morgens bis abends "unterwegs" gewesen sei, dabei mehrfach von ihm betreute Baustellen besucht habe sowie ständig mit dem Auto unterwegs und am



Telefon beschäftigt gewesen sei (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 13 N 34 ff.).

bb) Der Kläger wurde insgesamt an drei Tagen im September 2020 observiert (kläg.act. 29). Aus dem Observationsbericht ergibt sich nun allerdings – entgegen den Behauptungen der Beklagten – nicht, dass er an diesen Tagen von "früh morgens bis spät abends" mit dem Auto unterwegs gewesen wäre. Die detaillierten Angaben der Observanten zeigen für den 16. September 2020 eine nur rund anderthalbstündige Aktivität (kläg.act. 29, S. 15 oben), während der Kläger seine Lebenspartnerin von [...] nach [...] fuhr und danach wieder an seine Wohnadresse zurückkehrte (vgl. kläg.act. 29, S.13 unten ff.: Aktivitäten ab 8.10 bis 9.36 Uhr). Am 24. September 2020 fuhr der Kläger von 8.01 Uhr bis 8.30 Uhr mit seiner Partnerin nach [...] und dann in unbekannte Richtung weg. Um 10.14 Uhr kam er an der Privatadresse in [...] wieder an. Um 10.35 Uhr erfolgte die Abfahrt Richtung [...]. Anschliessend fand keine Observation mehr statt. Drei Stunden später wurde der Kläger in [...] angetroffen und erfolgte die Rückfahrt nach [...]. Knapp eine Stunde und 45 Minuten später holte der Kläger seine Lebenspartnerin wieder ab (kläg.act. 29, S. 15). Am 28. September 2020 schliesslich ergab die Observation, dass der Kläger in den Morgenstunden während rund 3 Stunden und 15 Minuten aktiv war (kläg.act. 29, S. 17 unten; vgl. auch vi-act. 31, S. 2 Mitte).

cc) Ebenfalls nicht ausgewiesen ist, dass der Kläger "mehrfach von ihm betreute Baustellen besucht" hätte. Im Gegenteil wird im Observationsbericht vom 6. Oktober 2020 festgehalten, es fehle an "konkreten Anhaltspunkten, wonach die Zielperson im Überwachungszeitraum einer erwerbsmässigen respektive beruflichen Tätigkeit nachging". Zudem wird festgehalten, dass die ausserhäuslichen Aktivitäten der Zielperson überwiegend in Zusammenhang mit dem Erledigen von Besorgungen oder dergleichen stünden, begleitet von Einkaufsaktivitäten (kläg.act. 29, S. 11 Ziff. 6.1.2). Aus der Tatsache allein, dass der Briefkasten des Klägers auch mit "A.\_\_Bau Treuhand" angeschrieben war (kläg.act. 29, S. 9 und 11 Ziff. 6.1.2) kann nicht geschlossen werden, dass der Kläger tatsächlich einer selbständigen Tätigkeit nachging, zumal sich eben gerade keine beruflichen Tätigkeiten feststellen liessen. In Zusammenhang mit dem Vorwurf des "Besuchs der betreuten Baustellen" ist das Schreiben der F.\_\_Versicherungen vom 30. September 2020 (kläg.act. 15) – auf das sich die Beklagte verschiedentlich beruft – aufschlussreich: Hier hielten die F.\_\_Versicherungen – noch bevor der Observationsbericht vom 6. Oktober 2020 erstellt worden war – fest, aus der Überwachung ergebe sich, dass der Kläger unterschiedliche Baustellen aufgesucht habe. Das ist aber falsch und ergibt sich gerade nicht aus dem Observationsbericht. Dass der Kläger mit einem Auto unterwegs war, liefert



auch keinen Beweis dafür, dass er arbeitsfähig war, zumal der Observationsbericht auch festhält, die einzelnen festgestellten Fahrten hätten sich im näheren und weiteren Umfeld der Privatadresse der Zielperson abgespielt und auf maximal gut 30 km bzw. auf Fahrzeiten kleiner als 45 Minuten beschränkt (kläg.act. 29, S. 11 Ziff. 6.1.1). Dass die Observanten keine "offenkundigen Auffälligkeiten" bezüglich Gemütszustand des Klägers feststellen konnten (kläg.act. 29, S. 12 Ziff. 6.1.3), spricht ebenfalls nicht gegen eine psychische Krankheit oder die Arbeitsunfähigkeit des Klägers. Dies insbesondere deshalb, weil die Observanten keine medizinischen Fachleute sein dürften und zudem ein psychisches Leiden ohne persönlichen Kontakt in der Regel nicht erkennbar ist. Überdies wurde der Kläger im Zeitpunkt der Observation schon seit zweieinhalb Monaten psychotherapeutisch und medikamentös behandelt und liess gemäss Bericht von Dr. H. \_\_\_ die bisherige Therapie eine leichte Besserung erkennen (kläg.act. 13, S. 2 Mitte). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Observationsvideo (Anhang zu kläg.act. 29): Darauf ist lediglich zu sehen, wie der Kläger mit dem Auto unterwegs ist, einsteigt und aussteigt und manchmal telefoniert oder Besorgungen macht. In diesem Zusammenhang ist nochmals auf das Schreiben der F. \_\_\_ Versicherungen vom 30. September 2020 (kläg.act. 15) zurückzukommen: Dort wird ausgeführt, der Kläger habe anlässlich der Besprechung vom 8. September 2020 unter anderem angegeben, er würde aufgrund von vorhandenen Angstzuständen grösstenteils auf das Lenken von Fahrzeugen verzichten und gelegentlich kürzere Strecken zurücklegen (kläg.act. 15). Indessen hat der Kläger durch seinen Anwalt gegen diese Feststellung protestiert und ausgeführt, dass sowohl die Aussagen seines Klienten, als auch diejenigen des Arztes nicht korrekt wiedergegeben seien (kläg.act. 15a, S. 1 unten). Zudem wird – wie oben aufgeführt – auch im Observationsbericht ausgeführt, der Kläger habe (nur) kürzere Strecken mit dem Auto zurückgelegt. Schliesslich ist festzuhalten, dass die F. \_\_\_ Versicherungen weder die angedrohten strafrechtlichen Schritte noch das Inkasso der geltend gemachten Observationskosten (kläg.act. 15 und 16) weiterverfolgt haben (vgl. auch Replik, S. 9 unten). Das aber deutet darauf hin, dass die F. \_\_\_ Versicherungen den Observationsbericht samt Video als nicht beweisbildend für die Frage der Täuschung des Klägers über seine Arbeitsunfähigkeit erachteten. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Observationsbericht nicht geeignet ist, die Vermutung der Richtigkeit der Arztzeugnisse und des Arztberichts umzustossen. Unter diesen Umständen ist nicht weiter zu prüfen, ob für die Observation ein genügender Anfangsverdacht bestanden hatte (vgl. kläg.act. 16, S. 1).

f/aa) Die Beklagte bringt ferner vor, die Vorinstanz sei in Willkür verfallen, indem sie aus dem (unstrittigen) dreiwöchigen Ferienaufenthalt des Klägers in Griechenland nicht geschlossen habe, dass der Kläger ferien- wie arbeitsfähig gewesen sei. Dies zumal wegen



der COVID-Restriktionen Reisen nach Griechenland nur per strapaziöser Anreise auf dem Landweg per Auto, nicht aber per Flugzeug möglich gewesen seien. Bei der Reise von der Schweiz nach Griechenland handle es sich um eine "längere Fahrt" zu der der Kläger sich gegenüber den F.\_\_\_\_Versicherungen als nicht befähigt erklärt habe (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 15 N 38).

bb) Der Kläger bestreitet dies und führt aus, die Beklagte führe neu die Tatsache ein, die Reise im Sommer 2020 nach Griechenland sei nur auf dem Landweg möglich gewesen (Anschlussberufungsantwort, S. 4). Weiter legte er verschiedene Unterlagen ins Recht, die belegen sollen, dass er mit der Swiss geflogen sei (kläg.act. 38-40).

cc) Die Beklagte führte in ihrer Duplik aus, es sei zu vermuten, dass der Kläger die weite Reise nach Griechenland mit seinem Geschäftsfahrzeug absolviert habe, was unbestritten blieb (Duplik, S. 6). Erstmals mit der Anschlussberufungsantwort (S. 4) bringt der Kläger vor, er sei nach Griechenland geflogen. Diese Behauptung ist verspätet und kann daher im Berufungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden (vgl. E. II.3 hiervor). Entsprechendes gilt für die neu eingereichten kläg.act. 38-40. Es ist somit davon auszugehen, dass der Kläger das Geschäftsauto benutzte, um nach Griechenland zu gelangen. Nicht behauptet oder erstellt ist dagegen, ob der Kläger die gesamte oder auch nur einen Teil der Fahrt selbst am Steuer sass oder in welcher Zeit bzw. mit wie vielen Pausen die Reise absolviert wurde. Aus dem Bericht von Dr. H.\_\_\_\_ vom 26. September 2020 geht sodann hervor, dass der Kläger aufgrund einer Notfallsituation beim Schwiegervater, der in Griechenland wohne, seine Ehefrau habe nach Griechenland begleiten müssen. Diese habe das ausdrücklich verlangt, weil sie an der Selbstversorgungskompetenz des Klägers bei schwerer depressiver Verstimmung gezweifelt habe (kläg.act. 13, S. 1; vgl. auch vi-Entscheid, S. 8). Vor diesem Hintergrund vermag die Reise nach Griechenland, selbst wenn sie mit dem Auto durchgeführt wurde, die durch die ärztlichen Zeugnisse und Berichte begründete tatsächliche Vermutung für das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit des Klägers nicht umzustossen.

g/aa) Schliesslich macht die Beklagte eventualiter geltend, sofern doch von einer nachgewiesenen Arbeitsunfähigkeit ausgegangen werde, so würde es sich um eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit handeln, da die behaupteten psychischen Beschwerden fraglos kausal auf die vom Kläger gemäss seinen Angaben als belastend empfundene Arbeitsplatzsituation zurückzuführen seien. In der Konsequenz entfalte die Kündigung vom 24. Juli 2020 so oder so Wirkung und das Arbeitsverhältnis sei per Ende August 2020 beendet worden (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 15 N 39, mit Hinweis



auf MERKER/WITTWER, Kündigungsschutz bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit, AJP 9/2020, S. 1156 ff.).

bb) Dr. H. \_\_\_ hielt in seinem Bericht unter der Fragestellung "Handelt es sich um eine Arbeitsunfähigkeit infolge spezieller Gegebenheiten am jetzigen Arbeitsplatz?" fest, die depressive Belastungsstörung sei sicher ursprünglich mit dem bisherigen Arbeitsplatz vergesellschaftet und von den Gegebenheiten dort ausgelöst worden. Sie habe sich aber im Beschwerdebild vom kausalen Ereignis deutlich abgelöst/verselbständigt und werde sich im Moment deshalb auch bei anderen Arbeitgebern auswirken (kläg.act. 13, S. 2 unten). Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Arbeitsunfähigkeit des Klägers nicht bloss arbeitsplatzbezogen war (vgl. dazu auch E. 5.c hiernach). Damit kann aber die Streitfrage offenbleiben, ob bei einer arbeitsplatzbedingten Arbeitsunfähigkeit die Sperrfristen nach Art. 336c OR greifen oder nicht (vgl. MERKER/WITTWER, a.a.O., S. 1159 ff; GEISER, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Ein Gespenst im Arbeitsvertragsrecht, in: Festschrift für Wolfgang Portmann, 2020, S. 191 ff.; GEISER, Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2022/2023, AJP 2023, S. 1421).

h) Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht von der Arbeitsunfähigkeit des Klägers ausging. Dass der Kläger bei dieser Ausgangslage Anspruch auf 80% des Gehalts für die Monate August bis Oktober 2020 hat, ist nicht umstritten. Dies entspricht einem Betrag von Fr. 24'000.00 netto (vgl. vi-Entscheid, S. 6 Mitte). Ebenso ist in diesem Fall ein 13. Monatslohn pro rata für die Monate Januar bis Oktober 2020 von Fr. 7'833.45 netto ausgewiesen (vgl. dazu auch E. 3 sogleich).

### 3. 13. Monatslohn

a) Die Vorinstanz kam zum Ergebnis, dass – nachdem von der Arbeitsunfähigkeit des Klägers auszugehen sei – dieser Anspruch auf einen 13. Monatslohn pro rata für die Monate Januar bis Oktober 2020 von Fr. 7'833.45 netto habe. Davon seien die anerkannten und bereits durch die Beklagte geleisteten Fr. 6'264.75 in Abzug zu bringen. Folglich resultiere ein (Rest-)Anspruch von Fr. 1'568.70 netto (vi-Entscheid, S. 6 unten).

b) Der Kläger wendet dagegen ein, dass die Vorinstanz sowohl beim 13. Monatslohn als auch bei den Ferienansprüchen (vgl. dazu E. 5 hiernach) die Brutto-Teilzahlungen der Beklagten in Abzug gebracht habe. Da die Vorinstanz ansonsten aber durchwegs mit Netto-Beträgen gerechnet habe, hätte dies auch für die Verrechnung der Teilzahlungen gelten müssen. Ziehe man vom 13. Monatslohn von Fr. 7'833.46 (netto) die geleistete Teil-



zahlung von Fr. 5'833.41 netto ab (anstatt von Fr. 6'264.75 brutto), ergebe sich ein Saldo von Fr. 2'000.05 (Berufung, S. 5 N 3). Die Beklagte äussert sich nicht dazu.

c) Der Kläger hat, wie soeben dargelegt, Anspruch auf einen 13. Monatslohn (pro rata für die Monate Januar bis Oktober 2020) von Fr. 7'833.45 netto. Beim von der Beklagten bereits geleisteten und der Vorinstanz angerechneten Betrag von Fr. 6'264.75 handelt es sich jedoch um einen Bruttobetrag (vgl. Anhang zu kläg.act. 18). Ausbezahlt wurde dem Beklagten lediglich ein um die Sozialabgaben reduzierter Nettobetrag. Dem Kläger ist dahingehend zuzustimmen, dass lediglich dieser Nettobetrag von seinem errechneten (Netto-)Anspruch in Abzug zu bringen ist. Entgegen dem Kläger betragen die Sozialabgaben insgesamt allerdings nicht 6.885%, sondern aufgrund des für Pensionierte gewährten Freibetrags von Fr. 1'400.00 pro Monat (Art. 6<sup>quater</sup> Abs. 1 AHVV) lediglich 6.023%. Demnach beträgt der von der Beklagten noch zu bezahlende Restbetrag für den 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



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 Wartetage 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-



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 Lohnfortzahlungspflicht (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



denen der Kläger in Griechenland gewellt 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 hiavor 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-



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/verselbstündigt 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 (vict. 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).



## 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 nachweisbaren 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



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 "Spezielle 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 Umsetzbarkeit 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 substantiiert. 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 Tatbestandselemente, welche sich in den Händen der Beklagten bzw. der L.\_\_AG befinden, unabding-



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 zumindest 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 Arbeitsverhältnisses 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 Vertragsänderung auszugehen (Berufungsantwort und Anschlussberufung, S. 19 N 50; Klageantwort, 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 widerspruchslose 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-



lungen) 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 widerspruchslos 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



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).

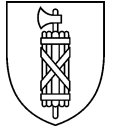
Vorliegend war zwar die versprochene Leistung (Einzahlung von BVG-Sparbeiträgen) im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (23./25. März 2019) grundsätzlich noch möglich, weil der Kläger damals das Pensionsalter noch nicht erreicht hatte. Bei Beginn des Arbeitsverhältnisses am 1. August 2019 war der Kläger 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



von Art. 20 OR zu qualifizieren (zum Ganzen vgl. auch BLESİ, "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).

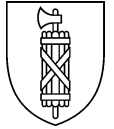
Grundsätzlich entfalten nichtige Verträge keine Wirkung und bereits erbrachte Leistungen sind nach den Regeln der Vindikation und der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten. Die Rückabwicklung ganz oder teilweise abgewickelter Dauerschuldverhältnisse nach Vindikations- und Bereicherungsgrundsätzen 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 leis-



tet, 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.

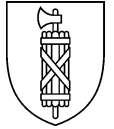
Derweil gibt es auch Situationen, bei denen anzunehmen ist, die Parteien hätten (als vernünftige und korrekte Vertragsparteien) anstelle des nichtigen Teils eine andere Regelung getroffen. In solchen Fällen rechtfertigt es sich, dass der Vertrag trotz des Teilmangels gilt – und zwar so, wie er von den 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 "Speziellen 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 berücksichti-



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 ( $\text{Fr. } 10'660.00 \times 0.14 / 2$ ). 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 ( $\text{Fr. } 10'660.00 + \text{Fr. } 746.20$ ). 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



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



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).

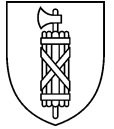
d) Der Kläger behauptete im vorinstanzlichen Verfahren eine mündliche Vertragsänderung bzw. Vertragsergänzung bezüglich anfallender Überstunden im Projekt EFH V.\_\_\_\_ und offerierte Zeugenaussagen als Beweis (Klage, S. 11 f. N 4.; Replik, S. 16 f. zu Ziff. 35-38). Konkret machte er geltend, E.\_\_\_\_ 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,



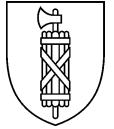
a.a.O., Art. 321c OR, N 10 S. 224). Die Anordnung kann auch konkludent oder stillschweigend erfolgen. Einer förmlichen Anordnung von Überstundenarbeit steht es gleich, wenn der Arbeitgeber von deren Leistung Kenntnis hat (oder haben müsste) und dagegen nicht einschreitet (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 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 zusammenzusuchen. 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). Sodann 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



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. Überdies hat der Kläger die Behauptung der Beklagten, er, der Kläger, habe sich stets geweigert (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 Parteibehauptungen dar. Der Kläger kann deshalb nicht nachweisen, dass er die Beklagte regelmässig (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 Projekt EFH V.\_\_\_\_ geleistet hat. Wie dargelegt, kann einer elektronischen Agenda unter Umständen 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: Während 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



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

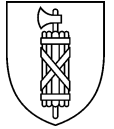


seien klare vertragliche Leistungen für den Monat Oktober 2020 verweigert worden, weshalb Schadenersatz geschuldet sei. Gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR verlange er für den Monat Oktober 2020 eine Pauschale bzw. Schadenersatz von Fr. 2'000.00. Die Vorinstanz verhalte sich widersprüchlich, wenn sie hier 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 Substantiierungspflicht 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).

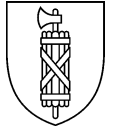
e) Hier ist mit der Vorinstanz und der Beklagten festzuhalten, dass der Kläger seine Forderung für die Benutzung des Mobiltelefons und des Geschäftswagens von



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 Baubranche 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	<u>Fr. 9'592.65</u> (E. 5 hiervor)
Total	<u>Fr. 35'538.70</u>

b) Nachdem der Kläger für diese Positionen einen Zins per 15. Februar 2020 (mittlerer 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-



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 Entscheidgebühr 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 dafür 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. 28<sup>bis</sup> HonO], zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer (Art. 29 HonO) = Fr. 4'535.90, davon 67% [83.5% - 16.5%], gerundet).



## 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 Kostenvorschuss 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 verrechnet. 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 seinen Kostenanteil hinaus geleisteten Vorschuss von Fr. 9'200.00 (Fr. 7'600.00 + Fr. 1'600.00) zu ersetzen.