



Fall-Nr.:	BZ.2006.76
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	08.05.2007
Entscheiddatum:	08.05.2007

Entscheid Kantonsgericht, 08.05.2007

Art. 321c und Art. 343 OR (SR 220); Art. 17 Abs. 5, Art. 18 Abs. 3 und Art. 21 Abs. 2 L-GAV. Bei Klagen aus dem Arbeitsverhältnis bestimmt sich der Streitwert nach dem Bruttolohn. Bei der im Gesamtarbeitsvertrag vorgesehenen Umrechnung der Ferien- bzw. Feiertage handelt es sich um Bruttobeträge (Art. 17 Abs. 5 bzw. Art. Art. 18 Abs. 3 L-GAV). Gemäss Art. 21 Abs. 3 L-GAV, Ausgabe 1998, führt die unterlassene Buchführungspflicht des Arbeitgebers dazu, dass eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Streitfall als Beweismittel zugelassen wird. Diese Bestimmung ist so zu verstehen, dass grundsätzlich auf die Aufzeichnungen des Arbeitnehmers abzustellen ist. Es obliegt alsdann dem Arbeitgeber, Zweifel an der Richtigkeit der vom Arbeitnehmer vorgelegten Arbeitszeitkontrolle zu wecken (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 8. Mai 2007, BZ.2006.76).

Erwägungen

I.

1. Der Kläger arbeitete vom 1. August 1999 bis Ende Juni 2001 beim Beklagten, und zwar als Küchengehilfe in der Pizzeria A in X. Sein Monatsgehalt betrug Fr. 3'000.- brutto (Klage, 2; Klageantwort, 3). Gemäss Arbeitsvertrag vom 12. Juli 2000 waren ferner eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 41 Stunden sowie ein Ferienanspruch von vier Wochen vereinbart (bekl. act. 3). Am 25. Mai 2001 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis auf Ende Juni 2001 (kläg. act. I/3). In der Folge machte er, vertreten von seiner Rechtsschutzversicherung, beim Beklagten eine Forderung von Fr. 28'070.70 nebst Zins geltend, welche sich aus einer Entschädigung für nicht bezogene Ferien, einer Entschädigung für nicht gewährte Feiertage, einer



Überstundenentschädigung sowie einem Restanspruch des 13. Monatsgehalts zusammensetzte (kläg. act. I/9).

2. Da der Vorstand, abgehalten am 24. Oktober 2001 vor dem Vermittleramt, unvermittelt verlaufen war (act. 2 EV.2001.63-1B), reichte der Kläger am 22. November 2001 beim damaligen Bezirksgericht Klage ein. Der Beklagte beantragte die vollumfängliche Abweisung der Klage. Anlässlich seiner Sitzung vom 21. März 2002 entschied das Bezirksgericht (im einfachen und kostenlosen Verfahren), auf die Klage sei nicht einzutreten und das Verfahren sei zuständigkeitshalber an das Bezirksgericht (ordentliches Verfahren) zu überweisen (act. 18 EV.2001.63-1B). Es war zum Schluss gekommen, dass es sich bei der eingeklagten Forderung um einen Nettobetrag handle und dass dieser Betrag, wenn er in einen Bruttobetrag umgerechnet werde, den massgebenden Streitwert von Fr. 30'000.- übersteige (act. 19, 4 f. EV.2001.63-1B).

Gegen diesen Entscheid reichte der Kläger Berufung ein mit dem Antrag, die Streitsache sei zur Fortführung des einfachen und raschen Verfahrens gemäss Art. 343 Abs. 2 OR an die Vorinstanz zurückzuweisen (kläg. act. I/10b, 2). Der Beklagte schloss auf Abweisung der Berufung, soweit darauf überhaupt einzutreten sei (bekl. act. 13, 2). Das Kantonsgericht legte in seinem Entscheid vom 17. September 2002 dar, dass - gestützt auf die damals geltenden Bestimmungen - arbeitsrechtliche Verfahren mit einem Streitwert zwischen Fr. 20'000.- und Fr. 30'000.- vom Bezirksgericht im einfachen Prozess zu beurteilen seien; solche Verfahren unterständen jedoch dem Untersuchungsgrundsatz und seien kostenlos. Übersteige die Forderung den Streitwert von Fr. 30'000.-, sei der ordentliche Prozess anwendbar; es gelte der Verhandlungsgrundsatz und das Verfahren sei kostenpflichtig. Die Frage, ob der Streitwert etwas unter oder etwas über Fr. 30'000.- liege, berühre daher nicht die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts, sondern lediglich die anzuwendende Verfahrensart. Da die Verfahrensart keine Prozessvoraussetzung darstelle, hätte das Bezirksgericht aber keinen Nichteintretensentscheid fällen dürfen. Ziffer 1, 3 und 4 des angefochtenen Entscheids wurden daher aufgehoben und die Sache zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Das Kantonsgericht hielt weiter fest, die Umteilung einer Streitsache vom einfachen in den ordentlichen Prozess stelle der Sache nach eine prozessleitende Verfügung dar, welche nicht mit Berufung



angefochten werden könne (Art. 224 Abs. 1 ZPO). In dieser Hinsicht wurde auf die Berufung nicht eingetreten (act. 1 OV.2002.32-RO1K).

3. Im Rahmen der Fortführung der Sache vor Vorinstanz musste das Verfahren zweimal sistiert werden: Eine erste Sistierung erfolgte auf beidseitigen Antrag bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens gegen den Kläger wegen des Verdachts der Urkundenfälschung, und eine zweite Sistierung ergab sich zufolge der Konkursöffnung über den Kläger (Urteil, 3). Am 11. Mai 2006 entschied das Kreisgericht, die Forderungen des Klägers auf Zusprache einer Ferienentschädigung, eines Restanteils 13. Monatslohn sowie einer Feiertagsentschädigung im Umfang von Fr. 150.- seien zufolge Klagerückzugs als erledigt abzuschreiben. Auf das Begehren des Klägers auf Zusprache des im Juli 2000 nicht bezahlten Kostenvorschusses trat die Vorinstanz nicht ein. Im Übrigen wies sie die Klage ab. Die Gerichtskosten von Fr. 4'800.- wurden dem Kläger auferlegt. Er wurde zudem verpflichtet, den Beklagten mit Fr. 7'784.80 zu entschädigen (Urteil, 11).

4. Gegen dieses Urteil reichte der Kläger wiederum Berufung ein mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen. Der Beklagte beantragt, wie dargelegt, deren Abweisung. Auf die Berufungsantwort des Beklagten vom 24. Januar 2007 nahm der Kläger in einer nachträglichen Eingabe vom 5. Februar 2007 Stellung. Der Beklagte stellt den Antrag, diese Eingabe sei nicht zuzulassen (Eingabe des Beklagten vom 7. Februar 2007). Mit Schreiben vom 21. März 2007 wurde den Parteien mitgeteilt, dass in dieser Angelegenheit keine mündliche Verhandlung durchgeführt werde. Die Parteien verzichteten in der Folge auf einen zweiten Schriftenwechsel nach Art. 234 Abs. 3 ZPO.

II.

1. Der Beklagte beantragt, auf die Berufung sei nicht einzutreten bzw. sie sei abzuweisen, da der Kläger in Ziffer 1 seines Rechtsbegehrens die Aufhebung des Urteils des Kreisgerichtes vom 19. Juli 2006 verlange und ein Urteil dieses Datums nicht existiere (Berufungsantwort S. 2 Ziff. 4). Da der Kläger den Antrag stellt, das Urteil des Kreisgerichtes mit der Verfahrensnummer OV.2002.32-RO1K sei aufzuheben



(Berufung S. 2 Ziff. I. 1.), ist klar, welches Urteil angefochten wird. Dass der Kläger in seinem Begehren anstelle des Entscheiddatums das Versanddatum aufführt, ist ohne Belang. Auf die Berufung ist einzutreten.

2. Die Zulässigkeit der nachträglichen Eingabe des Klägers kann offen bleiben, da sie für den Ausgang des Verfahrens nicht relevant ist.

3. In prozessualer Hinsicht ist sodann zu prüfen, welche Verfahrensart auf die vorliegende Streitsache anwendbar ist.

a) Der Kläger vertritt die Ansicht, der Prozess sei im einfachen und raschen Verfahren gemäss Art. 343 Abs. 2 OR durchzuführen; der Streitwert liege unter der Grenze von Fr. 30'000.-. Auch diese Frage sei im vorliegenden Berufungsverfahren zu beurteilen (Berufung, 4 f.). Der Beklagte macht demgegenüber geltend, diese Frage brauche nicht geprüft zu werden; der Kläger habe darauf verzichtet, ein entsprechendes Rechtsbegehren zu stellen (Berufungsantwort, 2 f.).

In Ziffer 1 seiner Rechtsbegehren stellt der Kläger den Antrag, Ziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils, gemäss welcher ihm die Gerichtskosten von Fr. 4'800.- auferlegt werden, sei aufzuheben. Das vorinstanzliche Urteil erwuchs damit in diesem Punkt nicht in Rechtskraft (vgl. Art. 226 ZPO). Der Kläger begründet dieses Begehren zwar lediglich mit der Neuurteilung von Ziffer 3 des erstinstanzlichen Dispositivs ("Im Übrigen wird die Klage abgewiesen"; Berufung, 11) und nicht auch damit, dass das Verfahren - unabhängig von dessen Ausgang - gestützt auf Art. 343 Abs. 3 OR kostenlos sei. Indem der Kläger verlangt, die Streitsache sei im einfachen und raschen Verfahren durchzuführen, fordert er implizit auch deren Kostenlosigkeit (Berufung, 4 f.; vgl. auch Replik, 3). Zudem hat das Gericht die zutreffende Verfahrensart - einfacher Prozess oder ordentlicher Prozess - von Amtes wegen anzuwenden.

Der Beklagte weist ferner darauf hin, das Kantonsgericht habe sich in dieser Sache schon geäußert; es habe seinen Entscheid vom 17. September 2002 in Kenntnis der Eingabe des Klägers vom 8. Mai 2002 gefällt (Berufungsantwort, 3). In diesem Entscheid nahm das Kantonsgericht zum Streitwert der Klage jedoch nicht Stellung. Es hielt lediglich fest, dass es sich bei der Umteilung der Streitsache vom einfachen in den



ordentlichen Prozess der Sache nach um eine prozessleitende Verfügung handle (act. 1, 5). Weiter enthält der Entscheid Ausführungen darüber, dass auf eine Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen den prozessleitenden Entscheid des Bezirksgerichts nicht hätte eingetreten werden können, da ein nicht wiedergutzumachender oder immerhin erheblicher Nachteil nicht vorgebracht worden und auch nicht ersichtlich sei (act. 1, 6).

Die Rüge des Klägers, die Vorinstanz habe die Streitsache in der falschen Verfahrensart geführt, ist daher im vorliegenden Berufungsverfahren zu prüfen.

b) Ob die Sache im einfachen oder aber im ordentlichen Verfahren zu führen ist, hängt vom Streitwert der Klage ab (ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N 24 zu Art. 343 OR). Bei Klagen aus dem Arbeitsverhältnis bestimmt sich der Streitwert nach dem Bruttolohn, d.h. nach dem Lohn vor Abzug der Arbeitnehmerbeiträge, hingegen ohne Berücksichtigung der Arbeitgeberbeiträge (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 3d zu Art. 73 ZPO mit Hinweisen).

Vorweg ist festzuhalten, dass die Vorbringen des Klägers, die Berechnung des Bruttolohnes sei für ihn mit grossen Schwierigkeiten verbunden gewesen, da ihm der Beklagte keine Lohnabrechnung ausgehändigt und ihm kein schriftlicher Arbeitsvertrag zur Verfügung gestanden habe, sowie die Verständigung zwischen ihm und dem früheren Rechtsvertreter sei sehr schwierig gewesen (Berufung, S. 6 Ziff. 2), nicht stichhaltig sind. Es war Sache des Rechtsvertreters des Klägers, sich die notwendigen Unterlagen zur Streitwertberechnung zu besorgen. Zudem reichte der Kläger mit der Klageschrift verschiedene Lohnabrechnungen ein (kläg. act. I/2.1. - 2.21). Da er gemäss seinen eigenen Angaben während der ganzen Dauer des Arbeitsverhältnisses ein Monatsgehalt von Fr. 3'000.- brutto erhalten hatte (Klage, 2), waren die Sozialabzüge stets gleich. Es ist damit nicht ersichtlich, inwiefern die Berechnung des Bruttolohnes schwierig gewesen sein soll.

In seiner Klageschrift macht der Kläger vier Positionen geltend (Klage, 6): Beim Überstundenanspruch verlangt er Fr. 24'084.60 brutto und beim Anteil 13. Monatslohn Fr. 750.- brutto (Klage, 5). Beim Ferienanspruch und beim Feiertagsanspruch beziffert



der Kläger seine Forderungen mit Fr. 6'716.- bzw. mit Fr. 1'150.- (Klage, 4). Er äussert sich nicht explizit zur Frage, ob es sich bei diesen beiden letzten Positionen um Brutto- oder Nettobeträge handle. Indem er sich aber auf den Standpunkt stellt, nicht bezogene Ferientage bzw. nicht gewährte Feiertage seien mit je 1/30 des monatlichen Bruttolohnes zu bezahlen und es dürften von diesen Beträgen keine Sozialabzüge vorgenommen werden, macht der Kläger sinngemäss Nettobeträge geltend (vgl. auch Klage, 6).

Bei der rechtlichen Würdigung der von den Parteien behaupteten Tatsachen ist das Gericht nicht an deren Auffassung gebunden (BGE vom 25. September 2006, 4P. 104/2006). Im vorliegenden Fall hat der Kläger die Bestimmungen des L-GAV (Art. 17 Abs. 5 bzw. Art. 18 Abs. 3 L-GAV 98) nicht richtig ausgelegt: Bei der im Gesamtarbeitsvertrag vorgesehenen Umrechnung der Ferien- bzw. Feiertage handelt es sich um Brutto- und nicht um Nettobeträge (vgl. www.l-gav.ch: Kommentar zu Art. 17 in Verb. mit Kommentar zu Art. 15 L-GAV). Die vom Kläger fälschlicherweise als Nettobeträge geltend gemachten Ansprüche für nicht bezogene Ferien- und nicht gewährte Feiertage können daher nicht in Bruttobeträge umgerechnet werden, da es sich bereits um Bruttobeträge handelt. In seiner Berufungsschrift vom 8. Mai 2002 wie auch in der Replik stellt sich der Kläger im Übrigen ebenfalls auf diesen Standpunkt (kläg. act. I/10b, 3; Replik, 2). Es ergibt sich somit, dass die vom Kläger mit der Klageschrift geltend gemachten vier Positionen Fr. 32'700.60 brutto betragen (Fr. 24'084.60 [Überstunden]+ Fr. 750.- [Anteil 13. Monatslohn] + Fr. 6'716.- [Ferienanspruch] + Fr. 1'150.- [Feiertagsanspruch]).

Der Kläger anerkennt, dass ihm der Beklagte am 10. Juli 2001 Fr. 5'294.30 netto bezahlt hat (Klage, 6; vgl. auch bekl. act. 6). Da er davon ausgeht, in diesem Betrag sei der übliche Nettolohn von Fr. 2'799.90 für Juni 2001 enthalten (Klage, 6; vgl. z.B. auch kläg. act. I/2.20), ist der Restbetrag von Fr. 2'494.40 ebenfalls ein Nettobetrag (Fr. 5'294.30 netto ./ Fr. 2'799.90 netto = Fr. 2'494.40 netto). Dieser Betrag ist folglich in einen Bruttobetrag umzurechnen und alsdann von der Forderung des Klägers von Fr. 32'700.60 brutto abzuziehen. Da die Abzüge 15,22% betragen (z.B. kläg. act. I/2.20), ergibt sich ein in Abzug zu bringender Bruttobetrag von Fr. 2'942.20 (Fr. 2'494.40 x 100 : 84.78 [100% ./ 15,22%]).



Aufgrund dieser Erwägungen beträgt die vom Kläger eingeklagte Bruttoforderung Fr. 29'758.40 (Fr. 32'700.60 ./ Fr. 2'942.20). Da der Streitwert Fr. 30'000.- nicht übersteigt, ist Art. 343 OR anwendbar. Damit ist die Sache aufgrund von Art. 343 Abs. 2 OR und Art. 176 ZPO im einfachen Prozess zu beurteilen. Ferner dürfen den Parteien weder Gebühren noch Auslagen des Gerichts auferlegt werden (Art. 343 Abs. 3 OR).

Festzuhalten ist, dass sich in Bezug auf die Zuständigkeit der Vorinstanz keine Änderung ergibt: Nach Art. 10 ZPO in der im Zeitpunkt der Klageeinreichung geltenden Fassung war das Arbeitsgericht in Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 20'000.- zuständig. Die vorliegende Sache fiel damit in die Zuständigkeit des Bezirksgerichts (Art. 13 ZPO). Mit dem III. Nachtragsgesetz zur ZPO vom 7. November 2002 wurde zwar der Streitwert gemäss Art. 10 ZPO auf Fr. 30'000.- erhöht. Da die ZPO für dieses Nachtragsgesetz keine besonderen Schlussbestimmungen enthält, ist davon auszugehen, dass Art. 318 ZPO anwendbar ist. Nach dieser Bestimmung dauert die Zuständigkeit der Instanz, bei der ein Verfahren im Zeitpunkt des Vollzugsbeginns anhängig ist, nach bisherigem Recht weiter.

4. Der Kläger stellt ferner den Antrag, es seien die Straftaten bzw. sämtliche Einvernahmeprotokolle des Strafprozesses Nr. ST.2002.16180 beizuziehen (Berufung, 4). Dieser Beweis Antrag ist nicht rechtsgenügend substantiiert (vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 7a und b zu Art. 161 ZPO). Der Kläger unterlässt es, genau zu bezeichnen, welche Urkunden aus dem Strafverfahren beizuziehen sind. Im Übrigen befinden sich die für das vorliegende Verfahren wesentlichen Akten aus der Strafprozedur bereits im Recht (vgl. kläg. act. I/11-14, II/2 und 5 sowie bekl. act. 14-19).

III.

1. Gemäss Ziffer 3 seiner Rechtsbegehren verlangt der Kläger, der Beklagte habe ihm eine Feiertagsentschädigung von Fr. 1'000.- brutto zu bezahlen (Berufung, 2). Die Vorinstanz legt in ihrem Entscheid mit überzeugender Begründung dar, dass der Beklagte dem Kläger mit den Zusatzzahlungen von je Fr. 200.- in den Monaten April bis Juni 2001 bereits Fr. 600.- an die vom ihm geforderte Entschädigung überwiesen hat



und dass die Verrechnungspositionen aus Ferienentschädigung und 13. Monatslohn den noch verbleibenden Restbetrag von Fr. 400.- übersteigen (Urteil, 6 f.). Der Kläger unterlässt es, in der Berufungsschrift zu begründen, weshalb er das vorinstanzliche Urteil in Bezug auf die Feiertagsentschädigung anfecht. Der erstinstanzliche Entscheid ist in diesem Punkt zu bestätigen.

2. Weiter fordert der Kläger vom Beklagten eine Überstundenentschädigung von Fr. 25'263.15 brutto (Replik, 4). Er habe im Jahr 2000 sowie von Januar bis Ende Mai 2001 insgesamt 1'200,15 Überstunden geleistet (Urteil, 7). Der Beklagte beantragt die Abweisung dieser Forderung. Er bestreitet namentlich, dass der Kläger Überstunden geleistet hat, dass allfällige Mehrstunden des Klägers betrieblich notwendig waren wie auch dass er von irgendwelchen behaupteten Überstunden Kenntnis gehabt habe (Klageantwort, 6).

a) Vorerst ist auf den Einwand des Beklagten einzugehen, es seien von ihm keine Überstunden angeordnet worden, er habe nicht einmal gewusst, dass der Kläger angeblich Überstunden geleistet habe. Er sei erstmals mit Schreiben vom 19. Juli 2001, somit nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses, mit den Überstundenforderungen konfrontiert worden. Der Kläger müsse sich auch den Vorwurf gefallen lassen, dass er es unterlassen habe, die von ihm angeblich geleisteten (nicht angeordneten und nicht im Interesse des Arbeitgebers liegenden) Überstunden gegenüber seinem Arbeitgeber zu melden (Berufungsantwort, 8; Klageantwort, 6).

Es ist unbestritten, dass die vom Kläger geltend gemachten Überstunden vom Beklagten nicht angeordnet worden sind. Sinngemäss stellt er sich auf den Standpunkt, die von ihm geleisteten Überstunden seien im Interesse des Beklagten notwendig gewesen. So führt er aus, die Pizzeria sei in der relevanten Zeitspanne von 11.00 bis 14.00 Uhr und von 17.00 bis 23.00 Uhr geöffnet gewesen. Er habe jeweils 30 Minuten früher und länger als die Öffnungszeiten gearbeitet. Das Restaurant sei während seiner Anstellungszeit hervorragend gelaufen, weshalb es unmöglich gewesen sei, ihn vorher nach Hause zu schicken (Berufung, 9; Replik, 3).

Der Arbeitnehmer hat Überstunden, die ohne Wissen des Arbeitgebers geleistet werden, innert nützlicher Frist anzuzeigen, so dass der Arbeitgeber organisatorische



Massnahmen zur Verhinderung künftiger Mehrarbeit vorkehren oder die Überstunden genehmigen kann (BGE 129 III 174; STAEHELIN, a.a.O., N 10 und 14 zu Art. 321c OR; MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 321c OR; GVP 1990 Nr. 47). Der Kläger behauptet nicht, er habe dem Beklagten regelmässig Mitteilung erstattet, dass er Mehrarbeit leiste. Auch ist nicht erstellt, dass dem Beklagten bekannt gewesen wäre oder hätte bekannt sein müssen, dass der Kläger Überstunden leistete.

Auf das vorliegende Arbeitsverhältnis ist der Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes 98 anwendbar (bekl. act. 3 Ziff. 11). Art. 21 Abs. 2 L-GAV verpflichtet den Arbeitgeber, über die effektiven Arbeitszeiten Buch zu führen. Gestützt auf diese Vorschrift dürfen die Arbeitnehmer davon ausgehen, die Arbeitszeitkontrolle erfolge durch den Arbeitgeber (vgl. REHBINDER, a.a.O., N 3 zu Art. 321c OR; JAR 1981 S. 230). In den Fällen, in denen der Landesgesamtarbeitsvertrag für das Gastgewerbe zur Anwendung kommt, erscheint es daher fraglich, ob die dargelegte Meldepflicht des Arbeitnehmers für geleistete Überstunden besteht. Diese Frage kann jedoch offen bleiben.

b) Gemäss unangefochtener Lehre und Rechtsprechung hat ein Arbeitnehmer, der Überstundenforderungen geltend macht, zu beweisen, dass diese Stunden tatsächlich von ihm geleistet wurden. Er trägt ferner die Beweislast dafür, dass die Mehrarbeit zur Erledigung der anfallenden Arbeit im Interesse des Arbeitgebers notwendig war (BGE 129 III 176). Diese Beweislastverteilung entspricht der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB. Zu prüfen ist jedoch, ob eine Umkehr der Beweislast zu erfolgen habe, wenn der Arbeitgeber eine vorgeschriebene Arbeitszeitkontrolle nicht führt. Es ist unbestritten, dass der Beklagte seiner Pflicht, eine Arbeitszeitkontrolle zu führen, nicht nachgekommen ist (Klageantwort, 6). In Art. 82 Ziffer 5 L-GAV, Ausgabe 1992, war eine solche Beweislastumkehr ausdrücklich vorgesehen (vgl. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., N 10 zu Art. 321c OR mit Hinweisen). Dies ist beim L-GAV 98 jedoch nicht mehr der Fall (vgl. BGE 4C.74/2003 E.1 und 2.4; BGE 4P.80/2005 E. 3). Die unterlassene Buchführungspflicht des Arbeitgebers führt nur noch dazu, dass "eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Streitfall als Beweismittel zugelassen" wird (Art. 21 Abs. 3 L-GAV). Diese Bestimmung ist so zu verstehen, dass grundsätzlich auf die Aufzeichnungen des Arbeitnehmers abzustellen ist. Es obliegt alsdann dem Arbeitgeber, Zweifel an der Richtigkeit der vom Arbeitnehmer vorgelegten



Arbeitszeitkontrolle zu wecken (vgl. BGE 4P.80/2005 E. 3). Die Verletzung der Pflicht, eine Arbeitszeitkontrolle zu führen, kann ferner bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 10 zu Art. 321c OR). Durch seine Pflichtverletzung erschwert der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Beweis. Es rechtfertigt sich daher, dem Arbeitnehmer eine Beweiserleichterung zuzugestehen, indem das Regelbeweismass gesenkt und allenfalls die Anzahl der geleisteten Überstunden aufgrund der vom Arbeitnehmer dargelegten Umstände geschätzt wird, sofern nachgewiesen ist, dass tatsächlich Überstunden geleistet worden sind (BGE 4P. 35/2004 E. 3 und 4C.74/2003 E. 2.4; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 10 zu Art. 321c OR).

c)aa) Der Kläger reichte seine Agenden für die Jahre 2000 und 2001 ein. In diesen

Agenden sind für jeden Tag die Arbeitszeiten des Klägers vermerkt, so z.B. Freitag, 17. November 2000 von 9.30 bis 14.10 Uhr und von 16.20 bis 23.35 Uhr oder Donnerstag, 26. April 2001 von 10.00 bis 14.10 Uhr und von 17.00 bis 23.00 Uhr (kläg. act. I/5 und 6). Zudem gab er eine Excel-Tabelle zu den Akten, in welcher die tägliche Soll-Arbeitszeit, die effektiv gearbeiteten Stunden sowie die Überstunden pro Tag bzw. pro Monat aufgeführt sind (kläg. act. I/7).

Gemäss Art. 21 Abs. 3 L-GAV wird, wie erwähnt, eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Streitfall als Beweismittel zugelassen, wenn der Arbeitgeber seiner Buchführungspflicht nicht nachkommt. Der Begriff "Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters" macht deutlich, dass die Aufzeichnungen der Arbeitszeiten fortlaufend erfolgen müssen. Von einer Kontrolle kann nur gesprochen werden, wenn die Stunden unmittelbar nach deren Leistung aufgeschrieben werden.

In der Klageschrift führt der Kläger aus, er habe "mit Wirkung ab 1. Januar 2001 die von ihm geleisteten Stunden täglich in seine Agenda einzutragen" begonnen. Diese Eintragungen habe er vom 1. Januar bis Ende Mai 2001 lückenlos geführt (Klage, 3). Bei diesem Zugeständnis ist der Kläger zu behaften und es ist davon auszugehen, dass er die Aufschriebe des Jahres 2000 im Nachhinein vorgenommen hat. Diese Aufschriebe sind damit als Beweismittel für geleistete Überstunden von vornherein nicht geeignet. Dem Beklagten ist beizupflichten, wenn er ausführt, es sei unmöglich,



dass ein Arbeitnehmer im Nachhinein noch wisse, wann er an welchem Tag mit der Arbeit begonnen und mit der Arbeit aufgehört habe (Berufungsantwort, 4 f.).

Bleibt zu prüfen, ob die Agendaeinträge für das Jahr 2001 zumindest als glaubhaft erscheinen. Da der Kläger mit seiner Klageschrift lediglich Kopien seiner Agenden ins Recht gelegt hatte, verlangte der Beklagte die Edition der Originale. Er vermute, dass der Kläger seine Aufschriebe im Nachhinein gemacht habe. Der Kläger habe nämlich vor seiner Kündigung die Arbeitseinteilungspläne der Jahre 2000 und 2001 behündigt. Ohne die Arbeitseinteilungspläne wäre es dem Kläger nicht möglich gewesen, seine Freitage richtig in seine Agenden einzutragen (Klageantwort, 2 f.). Die Strafuntersuchung habe seine Vermutung nun bestätigt. Es sei nicht glaubhaft, dass der Kläger die von ihm behauptete alte Agenda einfach so fortgeworfen habe (Replik, 4 f.). Die Aufschriebe des Klägers seien nicht beweisrelevant (Berufungsantwort, 4 f.). Der Kläger weist darauf hin, das gegen ihn eingeleitete Strafverfahren betreffend den Verdacht auf Urkundenfälschung sei mit Verfügung vom 18. Oktober 2004 aufgehoben worden; es stehe somit fest, dass er keine Urkundenfälschung begangen habe. Seine im Rahmen des Strafverfahrens gemachte Aussage, er habe seine Arbeitszeiten in einer Agenda aufgeführt gehabt, sein Anwalt habe aber von ihm verlangt, eine saubere Aufstellung zu bringen und er habe daher nachträglich denselben Inhalt in eine neue Agenda übertragen, sei plausibel und glaubwürdig. Es liege auf der Hand, dass er nach der Übertragung der Arbeitsaufschriebe in seine Agenda die Originale vernichtet habe. An der Tatsache, dass er diese Aufschriebe jeden Tag geführt habe, ändere eine nachträgliche Übertragung in eine neue Agenda nichts (Berufung, 7 f.).

Die verschiedenen, zum Teil widersprüchlichen Erklärungen, welche der Kläger zum Zustandekommen dieser Einträge abgibt, wecken jedoch Zweifel, ob diese tatsächlich fortlaufend geführt wurden. Anlässlich seiner Befragung vom 25. September 2002 durch die Kantonspolizei St. Gallen sagte der Kläger aus, in die "alte" Agenda habe er die Arbeitszeiten täglich zu Hause eingetragen (bekl. act. 16, 2 und 3; vgl. auch bekl. act. 17, 2). In der Berufungsschrift bringt er ebenfalls vor, er habe die Aufschriebe jeden Tag geführt (Berufung, 8 lit. c: "An der Tatsache, dass er diese Aufschriebe jeden Tag geführt hat, ändert eine nachträgliche Übertragung in eine neue Agenda nichts"). Wie dargelegt, anerkennt der Kläger in der Klageschrift jedoch, erst ab Januar 2001 mit täglichen Aufschrieben begonnen zu haben. Weiter ist zu bemerken, dass der Kläger in



der Klageschrift keinen Übertrag von einer alten in eine neue Agenda erwähnt (Klage, 3). In Bezug auf den Grund für die Übertragung der Aufschriebe von der alten in die neue Agenda liegen die folgenden Erklärungen des Klägers vor: Anlässlich der erwähnten Befragung gab der Kläger an, er habe die Zeiten in eine "neue" Agenda übertragen, weil die "alte" Agenda kaputt gewesen sei; zum Teil habe man die Angaben nicht mehr genau lesen können. Sein Anwalt habe dies von ihm verlangt (bekl. act. 16, 2). In der Berufungsschrift hält der Kläger an seiner Darstellung fest, sein Anwalt habe von ihm verlangt, eine saubere Aufstellung zu bringen, und er habe deshalb nachträglich denselben Inhalt in eine neue Agenda übertragen (Berufung, 7 lit. b). Diese Begründung ist schwer nachvollziehbar. Glaubwürdig erscheinen demgegenüber die Ausführungen von Rechtsanwalt B, welche er am 5. Dezember 2002 beim Untersuchungsamt als Auskunftsperson machte: Der Kläger habe die Agenda beim ersten Treffen mitgebracht. Die aufgeschriebenen Zeiten seien leserlich gewesen. Aber es sei seine Handschrift gewesen und die Ausrechnung der effektiv gearbeiteten Stunden habe gefehlt. Es sei ihm zuviel gewesen, alles auszurechnen. Er habe von ihm das Total der effektiv geleisteten Arbeitszeit pro Woche und pro Monat verlangt. Bei der ersten und zweiten Besprechung mit ihm sei es die gleiche Agenda gewesen (kläg. act. II/5, 2 und 3). Es trifft zu, dass aus den im Recht liegenden Agenden nicht hervorgeht, wie viele Überstunden der Kläger an einem Tag bzw. pro Monat leistete. Es ist daher nachvollziehbar, dass es Rechtsanwalt B zu aufwändig war, die vom Kläger geleisteten Stunden zusammenzurechnen und dass er deshalb eine Aufstellung in Tabellenform verlangte. Rechtsanwalt B konnte sich nicht mehr an das erste Telefongespräch mit dem Kläger erinnern. Er bestätigte damit die Version des Klägers nicht, er habe von ihm die Übertragung der Aufschriebe in eine neue Agenda verlangt. Vielmehr verlangte er in nachvollziehbarer Weise eine übersichtliche Zusammenstellung der geleisteten Stunden, welche der Kläger denn auch in Form der erwähnten Excel-Tabelle erstellte (kläg. act. I/7). Von einer nochmaligen Einvernahme von Rechtsanwalt B, wie dies vom Kläger beantragt wird (Berufung, 7), ist abzusehen, da nicht anzunehmen ist, dass er heute, verglichen mit seiner Befragung im Dezember 2002, und fast sechs Jahre nach den Besprechungen mit dem Kläger, präzisere Angaben machen kann.

Aufgrund der Aussagen des Klägers sowie der Auskunftsperson B im Rahmen des Strafverfahrens ist erstellt, dass er die Eintragungen in die Agenden, welche im Recht



St.Galler Gerichte

liegen, nachträglich gemacht hat (bekl. act. 16, 2 f.; bekl. act. 17, 2). Die Begründung des Klägers, weshalb die Originalagenda 2001 nicht mehr vorhanden sei, überzeugt nicht. Es bestehen daher erhebliche Zweifel, ob der Kläger seine Arbeitszeiten tatsächlich täglich aufgeschrieben hat. Mit der Vorinstanz ist mithin davon auszugehen, dass auch die "neue" Agenda für das Jahr 2001 nicht als Beweismittel zu genügen vermag (Urteil, 8 f.).

bb) Bei den Akten befindet sich ferner das Einvernahmeprotokoll von C, welcher im Strafverfahren als Zeuge befragt wurde (kläg. act. I/14).

In der Berufungsschrift bringt der Kläger neu vor, die Aussage dieses Zeugen sei nicht zu beachten. Es sei eine sehr grosse Wahrscheinlichkeit gegeben, dass C zu seinen Ungunsten ausgesagt habe, weil es sich im Grunde um sein Geschäft handle und er womöglich Gründungsvorteile oder sonstige Begünstigungen bzw.

Aufstiegsmöglichkeiten vom Koch zum Geschäftsführer erhalten habe (Berufung, 10). Der Beklagte entgegnet, er habe die Pizzeria im März 2003 verkauft; seither sei die Einzelfirma inaktiv. Heute sei die Pizzeria A GmbH Eigentümerin des Restaurants A (Berufungsantwort, 7). Gemäss dem vom Kläger eingereichten Handelsregisterauszug der Pizzeria A GmbH ist C seit dem 22. Dezember 2003 Gesellschafter und Geschäftsführer dieser Firma. Der Beklagte ist nicht Gesellschafter (kläg. act. II/6b). Im Zeitpunkt seiner Einvernahme, am 12. August 2004, führte C das Restaurant somit seit mehr als einem halben Jahr selbständig. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern eine allfällige Aussage zu Gunsten des Beklagten dem Zeugen hätte Vorteile bringen können. Zu beachten ist zudem, dass sich die vorliegende Klage gegen den Beklagten persönlich und nicht gegen die Firma richtet. C hat damit kein persönliches Interesse am Ausgang dieses Prozesses. Der Umstand, dass C die Pizzeria vom Beklagten übernommen hat und dass daher zwischen dem Zeugen und dem Beklagten geschäftliche Beziehungen bestanden haben, ist bei der Würdigung seiner Aussagen zu berücksichtigen.

C war Küchenchef im Betrieb des Beklagten; der Kläger Küchengehilfe. Gemäss seinen Aussagen hatten alle die gleichen Arbeitszeiten. Wenn die Arbeit erledigt gewesen sei, habe man auch früher gehen können. Der Kläger sei manchmal um 10.00 Uhr und manchmal um 11.00 Uhr zur Arbeit gekommen. Manchmal sei er um 1.00 Uhr nach



Hause gegangen. Sie hätten dies untereinander abgesprochen. Wenn an einem Tag länger gearbeitet worden sei, so habe man am nächsten Tag früher gehen können. Es habe niemand vor 10.00 Uhr mit der Arbeit angefangen. Sie hätten keine Überstunden leisten müssen (kläg. act. I/14, 1 ff.). Die Aussagen von C sind glaubwürdig: Er arbeitete 12 Jahre im Betrieb des Beklagten und weiss somit, wie dieser funktionierte. Er schilderte überzeugend, dass sie je nach Arbeitsanfall ihre Arbeit relativ frei hätten einteilen können. Er stellte auch klar, dass die Öffnungszeiten des Restaurants, von 10.00 bis 14.00 Uhr und von 17.00 bis 23.00 Uhr, nicht ihren Arbeitszeiten entsprochen hätten, dass sie manchmal auch weniger gearbeitet hätten. Da C gemeinsam mit dem Kläger in der Küche gearbeitet hat, ist er über die Arbeitszeiten des Klägers am besten informiert. Seine Aussagen stützen die Darstellung des Beklagten, dass die Anwesenheit des Klägers vor der offiziellen Öffnungszeit des Lokals nicht erforderlich gewesen sei, denn die Gäste des Restaurants hätten ihre Mahlzeiten frühestens ab 11.30 bzw. 18.00 Uhr eingenommen. Die Küche habe damit genügend Vorbereitungszeit gehabt (Klageantwort, 7). C sagte klar und widerspruchsfrei aus. Es ist davon auszugehen, dass seine Aussagen, wonach der Kläger effektiv keine Überstunden leisten musste, der Wahrheit entsprechen.

cc) Der Kläger beantragt die Einvernahme verschiedener Zeugen, nämlich von D, dem Geschäftsführer der Pizzeria, von E, dem Kellner der Pizzeria, sowie von seiner Ehefrau.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Befragung der Ehefrau des Klägers in antizipierter Beweiswürdigung abzulehnen ist: Einerseits macht der Kläger lediglich geltend, seine Ehefrau sei in der Lage zu bezeugen, um welche Zeiten er das Haus verlassen habe und wieder nach Hause zurückgekehrt sei (Berufung, 11 lit. g). Massgebend für die Frage, ob der Kläger Überstunden leistete, ist indessen nicht die Dauer seiner Abwesenheit von zu Hause, sondern dessen effektive Arbeitszeiten. Hierzu kann seine Ehefrau keine Angaben machen. Dazu kommt, dass seine Ehefrau als befangen zu betrachten ist.

dd) In Bezug auf D macht der Kläger geltend, er sei Geschäftsführer in der Pizzeria des Beklagten gewesen und habe somit eine wichtige Funktion innegehabt. Er könne bestätigen, dass jeweils 30 Minuten früher und länger als die Öffnungszeiten gearbeitet



worden sei, wie z.B. dass er morgens früher als der Pasta-Koch, C, zum Rüsten von Salat und Vorbereiten von Salatsaucen anwesend gewesen sei, dass der Koch ab 22.00 Uhr seinen Arbeitsplatz habe verlassen dürfen, dass er nach der Schliessung des Restaurants noch alles habe aufräumen und abwaschen müssen und dass die Gäste an Wochenenden bis 24.00 Uhr hätten Pizzas bestellen können. Zudem könne er bezeugen, dass er einen Schlüssel gehabt habe (Berufung, 8 ff.; Replik, 3 f.).

Anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz führte der Anwalt des Klägers aus, der Kläger habe die längste Arbeitszeit gehabt und sei als erster gekommen und als letzter gegangen. Die Vorinstanz folgerte zu Recht aus dieser Behauptung, D könne daher die vom Kläger geltend gemachten Überstunden in den Randzeiten nicht bezeugen (Urteil, 9). Auch in seiner Berufungsschrift behauptet der Kläger nicht, der Geschäftsführer sei immer gleichzeitig mit ihm anwesend gewesen. Dazu kommt, dass D als Geschäftsführer nicht mit dem Kläger zusammenarbeitete und folglich die Arbeitsbelastung des Klägers weniger gut kannte als C, welcher gemeinsam mit dem Kläger in der Küche tätig war. Aufgrund der vom Kläger selbst geführten Arbeitszeitkontrollen trifft es zudem nicht zu, dass der Kläger immer 30 Minuten vor Öffnung des Restaurants zu arbeiten begonnen hätte (vgl. kläg. act. I/7: So begann er z.B. am 6., 7., 24. und 30. September 2000 sowie am 17., 18., 25. und 26. April 2001 erst um 10.00 Uhr zu arbeiten). Es gab ferner Tage, an denen er das Restaurant schon vor 23.00 Uhr verliess (kläg. act. I/7: Dies war z.B. am 3., 27. und 30. Juni 2000 sowie am 11., 18. und 21. Februar 2001 der Fall). Schliesslich fällt in Betracht, dass die inhaltlich überzeugende Einvernahme von C im August 2004 erfolgte und damit zeitnaher ist als eine Einvernahme von D im jetzigen Zeitpunkt.

Zudem sind Überstunden nur abzugelten, wenn sie für den Arbeitgeber objektiv notwendig waren (BGE 129 III 174). Aufgrund der Aussage von C, auf welche abzustellen ist, war es in der relevanten Zeitspanne betrieblich nicht notwendig, Überstunden zu leisten (kläg. act. I/14, 4). Aufgrund dieser Erwägungen ist in antizipierter Beweiswürdigung von der Einvernahme dieses Zeugen abzusehen.

ee) Schliesslich ist der Antrag des Klägers, es sei der damalige Kellner der Pizzeria, E, als Zeugen einzuvernehmen (Berufung, 11), ebenfalls abzulehnen. Indem der Kläger ausführt, dieser Zeuge könne den von ihm geschilderten Sachverhalt und die Aussagen



des Geschäftsführers bestätigen, ist das Beweisthema nicht genügend bestimmt. Der Kläger als Küchengehilfe und E als Kellner hatten zudem einen unterschiedlichen Arbeitseinsatz. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass E die genauen Arbeitszeiten des Klägers gekannt hat. Ferner kann nicht erwartet werden, dass E zuverlässige Angaben über die vom Kläger vor sechs bzw. sieben Jahren angeblich geleisteten Arbeitsstunden machen kann. Ebenso erscheint als ausgeschlossen, dass er als Kellner deren betriebliche Notwendigkeit beurteilen kann.

d) Zusammengefasst ergibt sich, dass der Kläger nicht nachzuweisen vermag, dass er tatsächlich betrieblich notwendige Überstunden geleistet hat. Damit entfällt auch eine Schätzung derselben. Die Berufung ist daher in diesem Punkt abzuweisen.