

03
25**legalis brief**
Fachdienst
Arbeitsrecht
Urteilsbesprechungen**Anspruch auf Abgeltung von Mehrstunden****BGer 4A_59/2024 vom 20.12.2024**Art. 42 und **Art. 321c OR**, **Art. 21 L-GAV** des Gastgewerbes

A. arbeitete ab dem 1. November 2019 als Küchenchef für die B. AG mit 45 Arbeitsstunden pro Woche und einem Bruttomonatslohn von CHF 4'500. Vom 9. März 2020 bis zum 6. April 2020 war der Arbeitnehmer krankgeschrieben. Anschliessend kehrte er nicht mehr zur Arbeit zurück, worauf die B. AG das Arbeitsverhältnis kündigte. Per Vertragsende zahlte die B. AG aufgelaufene Ansprüche aus Ferien- und Feiertagen aus. Die B. AG hatte die Arbeitszeit von A. nicht erfasst.

Nach dem Scheitern des Schlichtungsversuchs reichte A. am 11. Juni 2021 beim Regionalgericht Berner Jura Seeland Klage gegen die B. AG auf Entschädigung von Überstunden, Ruhe- und Feiertagen in Höhe von insgesamt CHF 21'852.50 ein. Mit Entscheid vom 1. September 2022 wies das Gericht die Klage ab. Mit Urteil vom 13. Dezember 2023 bestätigte das OGer BE den erstinstanzlichen Entscheid. Hiergegen wandte sich A. mit Berufung ans BGer, welche indessen abgewiesen wurde.

Erwägungen

Zunächst rügte A. die unrichtige oder willkürliche Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanzen und implizite gleichzeitig die unrichtige Beweiswürdigung. Die Kritik von A. wurde indessen als appellatorisch zurückgewiesen (E. 3.1 und 3.2). Zudem konnte A. nicht ausreichend substantiiert darlegen, inwiefern die Beweiswürdigung durch die Vorinstanzen unrichtig gewesen sei. Ihm kam dabei in die Quere, dass offenbar Fehler in den von A. selber eingereichten Zeitabrechnungen nachweisbar waren und die Vorinstanzen diese daher als nicht ausreichenden Beleg für angeblich erbrachte Arbeitszeiten erachteten. A. vermochte unter anderem keine plausible Erklärung für Abweichungen zwischen zwei Abrechnungen zu liefern, die er im Verfahren eingereicht hatte. Die Vorinstanz hatte die verschiedenen Beweise gewürdigt und gemäss BGer dabei keine Willkür walten lassen.

Sodann hielt A. den vorinstanzlichen Urteilen entgegen, Art. 21 Abs. 4 des Landes-Gesamtarbeitsvertrages des Gastgewerbes (nachfolgend: L-GAV) verletzt zu haben. Dieser Abschnitt lautet wie folgt: «Kommt der Arbeitgeber seiner Buchführungspflicht nicht nach, wird eine Arbeitszeiterfassung oder eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Streitfall als Beweismittel zugelassen.» A. brachte vor, dass diese Bestimmung zu einer Beweislastumkehr führe. Nach der etablierten Praxis des BGer hat diese Bestimmung indessen einzig zur Folge, dass der Zeiterfassung durch den Arbeitnehmer der Wert eines Beweismittels und nicht derjenige einer blossen Parteibehauptung zukommt. Hierauf musste also nicht weiter eingegangen werden (E. 4).

Des Weiteren rügte A. eine Verletzung von **Art. 8 ZGB** und **Art. 42 Abs. 2 OR**. Mit der Begründung stellte A. indessen lediglich die Beweiswürdigung in Frage, welche, wie bereits ausgeführt, nicht willkürlich war (E. 5). **Art. 42 Abs. 2 OR** ist zudem nur dann anwendbar, wenn sich der Kläger in einem Beweisnotstand befindet. Dies hatten die Vorinstanzen

abgelehnt; es habe sich nicht um eine Beweisnot gehandelt, weil der Beweis der Mehrstundenleistung nicht objektiv unmöglich oder unzumutbar war (E. 5).

Zu guter Letzt rügte A. auch eine Verletzung von Art. 16 Abs. 5 und **Art. 18 Abs. 2 L-GAV**, welche die Ruhe- und Feiertage regeln. A. hatte nach dem angefochtenen Entscheid nicht aktiv an der Ermittlung des Sachverhalts mitgewirkt und es war deswegen aufgrund seiner Berechnungen nicht möglich, festzustellen, an welchen Tagen und aus welchen Gründen er seine Ruhe- und Feiertage nicht hätte beziehen können. Hier hatte A. offenbar bloss eine Berechnungsformel in den Schriftsätzen ausgeführt und war daher seiner Behauptungs- und Substantiierungslast nicht nachgekommen. Wie die Rechtsprechung festgestellt hat, dient das Beweisverfahren nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche Behauptungen vielmehr voraus (**BGE 144 III 67 E. 2.1**). Daher konnte sich A. auch nicht auf eine behauptete «Beweislasterleichterung» berufen (E. 6).

Kommentierung

Bekanntlich trägt der Arbeitnehmer die Beweislast für erbrachte Überstunden und nicht bezogene Ruhe- und Feiertage. Daran ändert nach der Gerichtspraxis nichts, wenn die Arbeitgeberin entgegen ihrer öffentlich-rechtlichen Pflicht keine Zeiterfassung führt. Der L-GAV des Gastgewerbes überführt diese öffentlich-rechtliche Pflicht in die arbeitsrechtliche Beziehung und statuiert überdies als Rechtsfolge der Verletzung der Pflicht, dass diesfalls eine Arbeitszeiterfassung oder eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Streitfall als Beweismittel zugelassen wird. Das ist eine wichtige Hilfe in solchen Prozessen – aber, wie der vorliegende Entscheid zeigt, keine für sich genommen sichere Basis für eine erfolgreiche Klage. Wenn, wie offenbar vorliegend, der Beweiswert der eigenen Zeiterfassung unter anderem durch Widersprüchlichkeiten ausreichend zerstört werden kann, bleibt der klagende Arbeitnehmer erfolglos. Und er kann sich überdies auch nicht auf die gerichtliche Schätzung nach **Art. 42 OR** berufen, weil er den Beweis (unter anderem) durch eine ordentliche Zeiterfassung hätte führen können und sich mithin nicht in «Beweisnot» befindet.

Marco Kamber