



**ZA 21 2**

**Urteil vom 24. Juni 2021**  
**Zivilabteilung**

**Besetzung**

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,  
Oberrichterin Franziska Ledergerber Kilchmann,  
Oberrichter Franz Odermatt,  
Oberrichter Albert Odermatt,  
Oberrichter Erwin Odermatt,  
Gerichtsschreiberin Mirdita Kelmendi.

**Verfahrensbeteiligte**

**A. \_\_ AG,**

vertreten durch lic. iur. Ruedi Garbauer, Rechtsanwalt,  
Bürgi Hotz Zellweger Rechtsanwälte,  
Bahnhofstrasse 49, 8501 Frauenfeld,

**Berufungsklägerin / Beklagte,**

gegen

**B. \_\_,**

vertreten durch MLaw Pascale Ruckstuhl, Rechtsanwältin,  
Jusonline AG, Schwarztörstrasse 18, Postfach, 3001 Bern,

**Berufungsbeklagter / Kläger.**

**Gegenstand**

**Forderung aus Arbeitsverhältnis**

Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden,  
Zivilabteilung/Kollegialgericht, vom 10. Dezember 2020  
(ZK 18 36).

### **Sachverhalt:**

#### **A.**

B.\_\_\_\_ war seit dem 1. Mai 2016 bei der A.\_\_\_\_ AG in einem Vollzeitpensum als Rezeptionist angestellt (vi-act. 2 KB 8).

Mit Klage vom 6. August 2018 gelangte der Arbeitnehmer an das Kantonsgericht Nidwalden und machte diverse Forderungen gegen seine ehemalige Arbeitgeberin geltend. Konkret beantragte er, diese sei zur Bezahlung eines Betrages von total Fr. 48'126.35 zzgl. Zins zu 5% seit dem 27. Mai 2018 zu verpflichten.

#### **B.**

Das Kantonsgericht Nidwalden, Zivilabteilung/Kollegialgericht, erkannte mit Urteil ZK 18 36 vom 10. Dezember 2020 was folgt:

- « 1. Die Klage wird teilweise gutgeheissen.  
Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den ausstehenden Lohn bis und mit dem 26. Mai 2018 in der Höhe von Fr. 44'171.60 (brutto) nebst Zins zu 5% ab dem 27. Mai 2018 zu bezahlen.  
Dieser Betrag vermindert sich um die vertraglichen und gesetzlichen Sozialabzüge, sofern die Beklagte nachweist, dass die Sozialleistungen den betreffenden Sozialeinrichtungen zugeführt worden sind.  
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten betragen Fr. 3'800.–, werden ausgangsgemäss der Beklagten auferlegt, dem klägerischen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– entnommen und sind in diesem Umfang bezahlt.  
Mit beiliegendem Einzahlungsschein hat die Beklagte der Gerichtskasse Nidwalden die noch ausstehenden Gerichtskosten im Umfang von Fr. 1'800.– zu bezahlen.  
Die Beklagte hat dem Kläger intern und direkt Fr. 2'000.– zu bezahlen.
3. Die Beklagte hat dem Kläger eine Umtriebsentschädigung von pauschal Fr. 400.– zu bezahlen.
4. [Zustellung]. »

#### **C.**

Dagegen liess die A.\_\_\_\_ AG (fortan: Berufungsklägerin) mit Eingabe vom 1. Februar 2021 Berufung erheben mit folgenden Anträgen:

- « 1. Ziff. 1 Abs. 1 bis 3 sowie Ziff. 2 und 3 des Urteils des Kantonsgerichts Nidwalden vom 10. Dezember 2020 (ZK 18 36) seien aufzuheben.
2. Es sei die Klage des Berufungsbeklagten vom 10. August 2018 vollständig abzuweisen.
3. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten. »

**D.**

Der Berufungsbeklagte schloss in seiner Berufungsantwort vom 13. bzw. 19. März 2021 auf Abweisung der Berufung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin.

**E.**

Es wurde kein zweiter Rechtsschriftenwechsel durchgeführt. Die vorinstanzlichen Akten wurden praxisgemäss beigezogen. Die Zivilabteilung des Obergerichts Nidwalden hat die vorliegende Streitsache anlässlich ihrer Sitzung vom 24. Juni 2021 abschliessend beraten und beurteilt. Auf die Ausführungen der Parteien wird, soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

**Erwägungen:****1.**

Angefochten ist das Urteil ZK 18 36 des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Kollegialgericht, vom 10. Dezember 2020 betreffend Forderung aus Arbeitsvertrag. Gegen erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Das Streitwerterfordernis ist in vorliegendem Fall unbestrittenermassen erfüllt, womit die Berufung zulässig ist. Zuständig für die Beurteilung der Berufung ist die Zivilabteilung des Obergerichts Nidwalden, welche in Fünferbesetzung entscheidet (Art. 27 i.V.m. Art. 22 Ziff. 3 GerG [NG 261.1]). Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Berufung ist demnach einzutreten.

**2.****2.1**

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche

Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; 138 III 374 E. 4.3.1). Dazu hat sich der Berufungskläger inhaltlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, woraus sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen genügen hierfür nicht (vgl. BGE 141 III 569 E. 2.3.3; 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Berufungsinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich vielmehr – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.).

## **2.2**

Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Demnach sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Wer sich auf sog. unechte Noven beruft, d.h. solche, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden waren, hat in der Berufung die Gründe detailliert darzulegen, weshalb er die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz in den Prozess hat einbringen können (BGE 143 III 42 E. 4.1 m.H.). Grund für dieses Novenrecht ist die Idee der ZPO, dass alle Tatsachen und Beweismittel bereits vor erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Richter grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Das Berufungsverfahren dient nämlich nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.2 m.H.).

## **2.3**

Das vorliegende (ordentliche) Verfahren hat eine arbeitsrechtliche Angelegenheit zum Gegenstand, deren Streitwert Fr. 30'000.– übersteigt. Es gelten somit die Verhandlungsmaxime gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO sowie die allgemeine gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO. Die erweiterte Fragepflicht nach Art. 247 Abs. 1 ZPO und der soziale Untersuchungsgrundsatz nach Art. 247 Abs. 2 ZPO gelangen hingegen nicht zur Anwendung.

## **2.4**

Mit der Vorinstanz ist an dieser Stelle festzuhalten, dass das vorliegend zu beurteilende Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien dem Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes, Ausgabe 2012 (fortan L-GAV), untersteht. Nebst den vertraglichen Abmachungen sind somit auch die Bestimmungen des L-GAV und ergänzend die arbeitsvertraglichen Bestimmungen im Sinne von Art. 319 ff. OR zu beachten.

## **3.**

### **3.1**

Der Berufungsbeklagte hat im erstinstanzlichen Verfahren diverse arbeitsrechtliche Forderungen gegen seine ehemalige Arbeitgeberin geltend gemacht und einen Betrag von total Fr. 48'126.35 zzgl. Zins eingeklagt.

Die Vorinstanz hat seine Klage mit Urteil vom 10. Dezember 2020 teilweise gutgeheissen und ihm gesamthaft Fr. 44'171.60 (brutto) zzgl. Zins zu 5% seit 27. Mai 2018 zugesprochen. Sie erachtete namentlich die eingeklagte Lohnforderung in Höhe von Fr. 22'540.40, eine Entschädigung aus nicht bezogenen Ferien- und Feiertagen im Umfang von Fr. 5'461.40 sowie eine Entschädigung für geleistete Überstunden im Betrag von Fr. 6'853.10 als ausgewiesen. Zudem sprach sie ihm gestützt auf Art. 337c Abs. 1 sowie Abs. 3 OR eine Entschädigung von jeweils Fr. 4'658.35 zu. Die von der Berufungsklägerin geltend gemachte Verrechnungsforderung verneinte die Vorinstanz hingegen.

### **3.2**

Der Berufungsbeklagte hat das Urteil vom 10. Dezember 2020 nicht in Frage gestellt, sondern bloss die Abweisung der Berufung und Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantragt. Die Abweisung der Klage im Umfang des eingeklagten Mehrbetrages (Dispositivziffer 1 Absatz 4 des vorinstanzlichen Urteils) blieb demnach unangefochten und ist mit Eingang der Berufungsantwort in Rechtskraft erwachsen (REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. Aufl. 2016, N 16 ff. zu Art. 313 ZPO). Dies ist vorzumerken.

### **3.3**

Ebenfalls nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden die dem Berufungsbeklagten zugesprochene Lohnforderung in Höhe von Fr. 22'540.40 sowie die zugesprochene Entschädigung aus nicht bezogenen Ferientagen für das Jahr 2017 und 2018 im Umfang von Fr. 4'953.40. Diese Forderungen werden von der Berufungsklägerin nicht bestritten und gelten demnach als anerkannt. Darauf ist nachfolgend nicht mehr einzugehen.

## **4.**

### **4.1**

Die Vorinstanz hat dem Berufungsbeklagten unter dem Titel «Ferienlohn und Feiertage 2017 bis 2018» insgesamt Fr. 5'461.40 zugesprochen. Dieser Betrag setzt sich aus der Entschädigung für nicht bezogene Ferientage im Umfang von Fr. 4'953.40 sowie der Entschädigung für nicht bezogene Feiertage in Höhe von Fr. 508.– zusammen. Die Berufungsklägerin anerkennt, wie erwähnt, eine Entschädigung aus nicht bezogenen Ferientagen im Umfang von Fr. 4'953.40. Sie bestreitet jedoch den darüber hinausgehenden Betrag von Fr. 508.–, welcher dem Berufungsbeklagten für nicht bezogene Feiertage zugesprochen wurde. Der Berufungsbeklagte hält an diesem Anspruch fest.

### **4.2**

Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, der Berufungsbeklagte habe einen arbeits- und gesamtarbeitsvertraglichen Anspruch auf 5 Wochen Ferien pro Jahr (35 Ferientage pro Jahr bzw. 2.92 Kalendertage pro Monat) und 6 bezahlte Feiertage pro Kalenderjahr bzw. 0.5 Tage pro Monat (Art. 17 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 L-GAV). Aus der von ihm eingereichten Stundenerfassung gehe für die Jahre 2017 und 2018 ein Urlaubsanspruch von jeweils 41 Tagen hervor. Dies stimme mit den 35 Ferientagen pro Jahr zuzüglich der arbeitsvertraglich vereinbarten 6 bezahlten Feiertage überein.

Anlässlich seiner Parteibefragung habe der Berufungsbeklagte ausgesagt, die eingeklagte Ferienlohnforderung in Höhe von Fr. 6'133.20 ausgehend von einem Ferienanspruch von 42 Tagen berechnet zu haben. Im Jahr 2018 habe er an einem Feiertag weder frei gehabt noch habe er einen Feiertag durch einen zusätzlichen Ruhetag bezogen. Nachdem der nicht anwaltlich vertretene Berufungsbeklagte eine Ferienlohnforderung von total Fr. 6'133.20 geltend mache, dieser Betrag vom Ferienlohn nicht gedeckt werden könne und zudem ein Anspruch auf Bezahlung der Feiertage bestehe, habe ihm die Berufungsklägerin auch dafür einen Teilbetrag zu vergüten. Für die Monate Januar bis Mai 2018 habe der Berufungsbeklagte Anspruch auf 2.4 bezahlte Feiertage. Bei einem Ansatz von Fr. 211.70 (Fr. 4'658.35 / 22; Art. 18 Abs. 4 L-GAV) für die zu vergütenden Feiertage ergebe sich eine Entschädigung von Fr. 508.– (2.4 x Fr. 211.70) für nicht bezogene Feiertage, welche ihm die Berufungsklägerin zu bezahlen habe.

### 4.3

Die Berufungsklägerin bringt zunächst vor, die Parteibefragung des Berufungsbeklagten sei mangels entsprechenden Antrags als Beweis nicht zulässig. Er habe ausserdem keine einzige Behauptung getätigt, welche mit der Parteibefragung hätte bewiesen werden können.

Wie die Berufungsklägerin zutreffend ausführt, stellt die Parteibefragung ein Beweismittel dar (Art. 191 ZPO) und bedarf bei Geltung der Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) grundsätzlich eines Antrags. Im Weiteren trifft es zu, dass der Berufungsbeklagte im vorinstanzlichen Verfahren keinen Antrag auf Parteibefragung gestellt hat, während die Berufungsklägerin ihre eigene Parteibefragung beantragt hat. Die Aussage einer Partei ist ohne die Aussage der anderen allerdings nur schwer zu bewerten und gibt selten ein vollständiges Bild ab. Kommt hinzu, dass das Fairnessprinzip (Art. 29 Abs. 1 BV) die Waffengleichheit der Parteien mitumfasst (vgl. WEIBEL/WALZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. Aufl. 2016, N. 10 zu Art. 191 ZPO), wobei in diesem Zusammenhang insbesondere zu berücksichtigen ist, dass die Berufungsklägerin – anders als der Berufungsbeklagte – während des gesamten vorinstanzlichen Verfahrens anwaltlich vertreten war. Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz folglich zu Recht von Amtes wegen eine Parteibefragung beider Parteien durchgeführt, auch wenn nur die Berufungsklägerin eine solche beantragt hat. Die Parteibefragung beider Parteien ist demnach als Beweis zulässig.

### 4.4

#### 4.4.1

Die Berufungsklägerin macht sodann geltend, die Vorinstanz sei mit der zusätzlich zugesprochenen Feiertagsentschädigung von Fr. 508.– über den vom Berufungsbeklagten behaupteten und bewiesenen Sachverhalt hinausgegangen und habe damit sowohl die Verhandlungsmaxime nach Art. 55 ZPO als auch die Dispositionsmaxime nach Art. 58 ZPO verletzt. Der Berufungsbeklagte habe eine Feiertagsentschädigung nämlich weder substantiiert behauptet noch sei eine solche aus den eingereichten Beilagen ersichtlich. Auch die richterliche Fragepflicht dürfe nicht dazu dienen, vom Berufungsbeklagten gar nicht Behauptetes zu erforschen. Ungeachtet dessen habe die Vorinstanz den Berufungsbeklagten anlässlich seiner Parteibefragung gefragt, wie er den Ferienlohn berechnet habe. Damit sei ihm in unzulässiger Weise ermöglicht worden, seine Forderung noch näher zu substantiieren. Mangels genügender Behauptung hätte dem Berufungsbeklagten aber nicht mehr zugesprochen werden dürfen, als von ihr unbestritten geblieben sei. Nachdem die Ausführungen zur Feiertagsentschädigung erst im erstinstanzlichen Urteil ergangen seien, sei sie ferner in unzulässiger Weise auf das Rechtsmittelverfahren verwiesen worden. Davor habe sie gar nie die Möglichkeit gehabt, sich

zu einer angeblichen Feiertagsentschädigung zu äussern, habe doch hierfür mangels Behauptung gar kein Anlass bestanden. Aus den eingereichten Unterlagen sei im Übrigen ersichtlich, dass der Berufungsbeklagte am 1. April 2018 (Ostermontag) sowie am 21. Mai 2018 (Pfingstmontag) frei gehabt habe. Damit habe er im Jahre 2018 mindestens zwei Feiertage bereits bezogen, womit eine Entschädigung auch aus diesem Grund entfalle. Die gegenteiligen Ausführungen des Berufungsbeklagten in seiner Parteibefragung seien demnach nicht nur ausser Acht zu lassen, sondern auch unzutreffend.

#### **4.4.2**

Das vorliegende Verfahren untersteht der Dispositions- und Verhandlungsmaxime. Nach Art. 58 Abs. 1 ZPO darf das Gericht einer Partei in Anwendung der Dispositionsmaxime nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat. Im Rahmen der Verhandlungsmaxime haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und ihre Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten, um der Behauptungslast Genüge zu tun. Es ist ausreichend, wenn die Tatsachen, welche unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden. Immerhin muss die Tatsachenbehauptung so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 136 III 322 E. 3.4.2; Urteile des BGer 5A\_780/2019 und 5A\_842/2019 vom 31. August 2020 E. 7.4; je m.w.H.). Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; 127 III 365 E. 2b m.H.; vgl. zum Ganzen auch Urteil des BGer 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1). Der Grad der Substantiierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substantiierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substantiierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substantiierung einer Behauptung; pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten

und konkreten gegnerischen Behauptung in Frage gestellt wird (BGE 141 III 433 E. 2.6 mit Hinweisen).

Die Verhandlungsmaxime wird durch die richterliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO gemildert. Demnach gibt das Gericht einer Partei bei unklaren, widersprüchlichen, unbestimmten oder offensichtlich unvollständigen Vorbringen durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung. Der Zweck dieser Bestimmung besteht darin, dass eine Partei nicht wegen Unbeholfenheit ihres Rechts verlustig gehen soll, indem das Gericht bei klaren Mängeln der Parteivorbringen helfend eingreifen soll. Mit anderen Worten soll der Richter den Parteien durch entsprechende Fragen dazu verhelfen, ihr Klagefundament bzw. das Fundament der Bestreitung vorzutragen und ihre Vorträge entsprechend in die richtigen Bahnen zu lenken. Es geht somit in erster Linie um die Aufklärung des Prozessstoffes, die Vervollständigung ungenügender Behauptung und Substantiierung oder auch um die Klärung des Parteiwillens (GEHRI, in: Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 2 zu Art. 56 ZPO). Die Fragepflicht des Gerichts besteht allerdings nur dann, wenn überhaupt ein im Sinne von Art. 56 ZPO mangelhaftes Vorbringen einer Partei vorliegt. Vorausgesetzt wird folglich, dass ein bestimmter Sachverhalt zumindest andeutungsweise behauptet wird, aber noch gewisser Vervollständigung bedarf (vgl. GEHRI, a.a.O., N. 7 ff. zu Art. 56 ZPO; SUTTER-SOMM/GRIEDER, in: Sutter-Somm / Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. Aufl. 2016, N. 19, N. 28 ff. zu Art. 56 ZPO).

#### **4.4.3**

Der Berufungsbeklagte hat gegenüber der Berufungsklägerin eine Ferienlohnforderung in Höhe von Fr. 6'133.20 geltend gemacht. Wie dieser Betrag berechnet wurde bzw. wie sich dieser genau zusammensetzte, hat der Berufungsbeklagte weder in seiner Klage noch in seiner Replik näher dargelegt. Der Berufungsklägerin ist daher insofern zuzustimmen, als der Berufungsbeklagte den behaupteten Anspruch im Rahmen seiner Eingaben nicht hinreichend substantiiert hat. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass es sich bei den Eingaben des Berufungsbeklagten um Laieneingaben handelt, die ohne anwaltliche Unterstützung zustande gekommen sind. Aus seinen Eingaben ergibt sich aber dennoch klar, dass er die geltend gemachte Forderung auf nicht bezogene Ferientage stützt. Mithin hat der Berufungsbeklagte zumindest die Grundzüge seiner Ferienlohnforderung hinreichend behauptet und damit – soweit es ihm als Laie möglich war – einen bestimmten Sachverhalt vorgetragen, welcher in gewissen Richtungen offensichtlich aber noch der Vervollständigung bedurfte. Unter diesen Umständen hat die Vorinstanz ihre Fragepflicht zu Recht ausgeübt und dem Berufungsbeklagten in der Hauptverhandlung durch entsprechende Fragen Gelegenheit gegeben, seine ungenügenden Vorbringen zur Ferienlohnforderung klarzustellen und zu ergänzen. Dies umso mehr als die

Berufungsklägerin – im Gegensatz zum Berufungsbeklagten – während des gesamten vorinstanzlichen Verfahrens anwaltlich vertreten war. Die Ausübung der richterlichen Fragepflicht war damit insbesondere auch im Hinblick auf die Wiederherstellung einer gewissen Waffen-gleichheit gerechtfertigt und geboten (vgl. SUTTER-SOMM/GRIEDER, a.a.O., N. 39 zu Art. 56 ZPO).

#### **4.4.4**

Die Berufungsklägerin lässt sodann ausser Acht, dass ungenügend substantiierte Behauptungen mangelhafte Vorbringen im Sinne von Art. 56 ZPO darstellen und damit auch unter der Geltung der Verhandlungsmaxime Anlass zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht geben können. Diesfalls hat das Gericht seine Fragepflicht mittels Substantiierungshinweisen auszuüben, indem es die betroffene Partei auf mangelhafte Vorbringen hinweist und ihr im Rahmen seiner Fragepflicht dazu verhilft, selbst die relevanten Tatsachen vorzubringen und entsprechende Beweismittel zu nennen (vgl. GEHRI, a.a.O., N. 7 ff. zu Art. 56 ZPO; SUTTER-SOMM / GRIEDER, a.a.O., N. 19, N. 28 ff. zu Art. 56 ZPO). Dies hat die Vorinstanz vorliegend getan, indem sie den Berufungsbeklagten anlässlich der Hauptverhandlung danach gefragt hat, wie er seinen Ferienlohn berechnet habe und von wie vielen Ferientagen pro Jahr er dabei ausgegangen sei. Der Berufungsbeklagte erläuterte darauf hin, er sei bei seiner Berechnung von insgesamt 42 Ferien- und Feiertagen ausgegangen. Er habe nie einen Unterschied zwischen Ferien- und Feiertagen gemacht (vgl. vi-act. 6, Parteibefragungsprotokoll des Klägers/Berufungsbeklagten [fortan: PBK] dep. 4, 8). Erst nachdem der Berufungsbeklagte selbst die Feiertage erwähnt hat, fragte ihn die Vorinstanz in Ausübung ihrer Fragepflicht nach dem Bezug allfälliger Feiertage bzw. deren Kompensation durch einen zusätzlichen Ruhetag. Der Berufungsbeklagte antwortete, er habe im Jahr 2018 an einem Feiertag weder frei gehabt noch habe er einen Feiertag durch einen zusätzlichen Ruhetag bezogen (vi-act. 6, PBK dep. 7 f.). Die Fragen der Vorinstanz dienten folglich weder dazu, fehlende Behauptungen zu erforschen noch hat die Vorinstanz damit den Sachverhalt von sich aus ergänzt. Mit der offen formulierten, aber gezielten Frage nach der Berechnung der Ferienlohnforderung hat die Vorinstanz den Berufungsbeklagten lediglich auf die offensichtliche Mangelhaftigkeit seiner diesbezüglichen Vorbringen hingewiesen und ihm dadurch Gelegenheit gegeben, seine bisherigen Behauptungen selbst zu vervollständigen bzw. zu substantiieren. Wie vorstehend dargelegt (vgl. E. 4.4.2), entspricht dieses Vorgehen gerade dem Zweck der richterlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagte folglich den Sachverhalt, aus welchem er seinen Anspruch ableitet, namentlich aus nicht bezogenen Ferien- und Feiertagen, hinreichend behauptet. Angesichts dieser Tatsachenbehauptungen hat

die Vorinstanz zu Recht in Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) einen Entschädigungsanspruch des Berufungsbeklagten aufgrund nicht bezogener Feiertage geprüft. Folgerichtig hat sie die Feiertagsentschädigung sodann gestützt auf die anwendbaren Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages berechnet und dem Berufungsbeklagten so eine Entschädigung von Fr. 508.– für nicht bezogene Feiertage im Jahr 2018 zugesprochen. Dieses Vorgehen war zulässig und ist nicht zu beanstanden. Eine Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes liegt nicht vor.

#### **4.4.5**

Soweit die Berufungsklägerin in diesem Zusammenhang vorbringt, sie habe vor Vorinstanz nie die Möglichkeit gehabt, sich zur Feiertagsentschädigung zu äussern, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Wie vorstehend ausgeführt, hat der Berufungsbeklagte den Sachverhalt zur Feiertagsentschädigung anlässlich der Hauptverhandlung hinreichend behauptet. Die Berufungsklägerin wurde im Rahmen ihrer Parteibefragung vor Vorinstanz sodann ausdrücklich darauf angesprochen. Die Berufungsklägerin führte dazu lediglich aus, sie wisse nicht, ob der Kläger bzw. Berufungsbeklagte Feiertage bezogen habe, sie müsse dies nachschauen (vgl. vi-act. 6 Parteibefragungsprotokoll der Beklagten/Berufungsklägerin [fortan: PBB] dep. 4 f.). Weitere Ausführungen dazu erfolgten nicht. Unter den gegebenen Umständen hätte der anwaltlich vertretenen Berufungsklägerin jedoch bewusst sein müssen, dass die vom Berufungsbeklagten konkret geäusserten Behauptungen zur Feiertagsentschädigung eine substantiierte Bestreitung ihrerseits erforderten. Dennoch blieben die diesbezüglichen Vorbringen des Berufungsbeklagten auch im nachfolgenden Plädoyer der Berufungsklägerin unbestritten. Die Vorinstanz durfte ihrem Urteil die unbestritten gebliebenen Tatsachenbehauptungen des Berufungsbeklagten ohne Weiteres zugrunde legen (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO; SUTTER-SOMM / SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO-Komm., 3. Aufl. 2016, N. 27 zu Art. 55 ZPO). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, wie sie die Berufungsklägerin sinngemäss geltend macht, liegt nicht vor.

#### **4.4.6**

Bei der Behauptung der Berufungsklägerin, der Berufungsbeklagte habe im Jahr 2018 bereits zwei Feiertage bezogen, handelt es sich ferner um eine erstmals im Berufungsverfahren vorgebrachte Behauptung (sog. Novum). Die Zulassung von Noven im Berufungsverfahren ist, wie ausgeführt (vgl. E. 2.2), nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Dass die Voraussetzungen im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO vorliegend erfüllt wären, wird von der Beru-

fungsklägerin weder behauptet noch belegt. Jedenfalls lässt sich eine Kompensation der Freitage durch zusätzliche Ruhetage, wie die Berufungsklägerin erstmals im Berufungsverfahren dartun will, gestützt auf die vorinstanzlichen Akten und insbesondere die vorinstanzlichen Parteivorbringen anlässlich der Verhandlung vom 10. Dezember 2020 nicht erstellen. Auch wurde die vom Berufungsbeklagten konkret geäusserte Tatsachenbehauptung, wonach er im Jahr 2018 keine Feiertage bezogen und auch keinen zusätzlichen Ruhetag als Kompensation erhalten habe, von der Berufungsklägerin zu keinem Zeitpunkt überhaupt in Frage gestellt. Dies, obwohl die Berufungsklägerin in ihrer Befragung vor Vorinstanz ausdrücklich darauf angesprochen wurde. Die Berufungsklägerin führte dazu lediglich aus, sie wisse nicht, ob der Kläger bzw. Berufungsbeklagte Feiertage bezogen habe, sie müsse dies nachschauen (vgl. vi-act. 6, PBB dep. 4 f.). Die Berufungsklägerin hätte folglich spätestens zu diesem Zeitpunkt die Möglichkeit gehabt, sich zum Bezug der Feiertage durch den Berufungsbeklagten zu äussern. Sie verzichtete jedoch auf weitergehende Ausführungen dazu. Die Voraussetzung gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO ist demnach nicht erfüllt, womit die von der Berufungsklägerin in vorliegendem Berufungsverfahren neu vorgebrachte Tatsachenbehauptung nicht mehr berücksichtigt werden kann.

#### **4.5**

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Berufungsbeklagte alle tatsächlichen Anspruchsvoraussetzungen für die Zusprechung einer Feiertagsentschädigung hinreichend behauptet hat und diese von der Berufungsklägerin unbestritten geblieben sind. Die Vorinstanz hat dem Berufungsbeklagten in Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) folglich zu Recht eine Feiertagsentschädigung in Höhe von Fr. 508.– zugesprochen. Da die Vorinstanz dem Berufungsbeklagten damit im Ergebnis weder mehr noch etwas anderes zugesprochen hat, als er verlangt hat, liegt auch keine Verletzung des Dispositionsgrundsatzes gemäss Art. 58 Abs. 1 ZPO vor. Ebenso ist gestützt auf die vorstehenden Erwägungen eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes zu verneinen. Die diesbezüglichen Rügen der Berufungsklägerin erweisen sich allesamt als unbegründet.

### **5.**

#### **5.1**

Streitig und zu prüfen ist im Weiteren, ob die Vorinstanz dem Berufungsbeklagten zu Recht eine Entschädigung von Fr. 6'853.10 für geleistete Überstunden in den Jahren 2017 und 2018

zugesprochen hat. Die Vorinstanz stützte sich dabei insbesondere auf die Aussagen der Parteien anlässlich ihrer Parteibefragung (vi-act. 6) sowie auf die Arbeitszeiterfassung des Berufungsbeklagten (vi-act. 2, KB 11).

## **5.2**

Die Berufungsklägerin bringt in ihrer Berufung im Wesentlichen vor, der Berufungsbeklagte habe die geltend gemachte Überstundenentschädigung in seinen Eingaben nicht genügend substantiiert. Er habe sich weder zur Höhe der angeblich geleisteten Überstunden geäußert noch deren Anordnung oder betriebliche Notwendigkeit behauptet. Das Tatsachenfundament sei jedoch in den Rechtsschriften zu substantiieren. Nur was die Parteien in ihren Schriften ausführen, gehöre zum Behauptungsfundament. Blosser Verweise auf Beilagen seien ungenügend. Dies könne auch nicht im Rahmen einer Parteibefragung nachgeholt werden. Ohnehin sei die Parteibefragung des Berufungsbeklagten mangels entsprechenden Antrags als Beweismittel nicht zulässig. Die vom Berufungsbeklagten eingereichten Stundenblätter seien zudem von diesem manipuliert worden. Indem sich die Vorinstanz auf eine vom Berufungsbeklagten nicht einmal beantragte Parteibefragung stütze und Akteure behandle, die vom Berufungsbeklagten zuvor im Verfahren noch nicht einmal thematisiert worden seien, verletze sie die Verhandlungsmaxime und stelle den Sachverhalt unrichtig fest. Indem die Vorinstanz zudem Tatsachenbehauptungen aufstelle, welche eigentlich der Berufungsbeklagte hätte behaupten müssen und auf welche die Berufungsklägerin im Rahmen ihrer Rechtsschriften hätte replizieren können, sei der Berufungsklägerin ferner der Anspruch auf eine zweite, unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit genommen worden. Auch sei ihr dadurch verunmöglicht worden, weitere, entkräftende Beweismittel einzureichen. Die Berufungsklägerin habe die behauptete Forderung im Rahmen des ihr Möglichen bestritten. Ohne genügende Substantiierung der Forderung sei eine weitergehende, substantiierte Bestreitung jedoch weder möglich noch erforderlich gewesen.

## **5.3**

Vorab ist mit Verweis auf E. 4.3 vorstehend festzuhalten, dass die Parteibefragung des Berufungsbeklagten als Beweismittel zulässig ist. Die Vorinstanz hat unter den gegebenen Umständen zu Recht von Amtes wegen eine Parteibefragung beider Parteien angeordnet, auch wenn nur die Berufungsklägerin eine solche beantragt hat. Weiterungen dazu erübrigen sich.

#### 5.4

Hinsichtlich der massgebenden rechtlichen Grundlagen zur Verhandlungsmaxime nach Art. 55 Abs. 1 ZPO kann auf E. 4.4.2 vorstehend verwiesen werden.

Der Berufungsbeklagte hat in seiner Klage vom 6. August 2018 eine Gesamtforderung von Fr. 48'126.35 gegenüber der Berufungsklägerin geltend gemacht. Wie der Berufungsbeklagte zutreffend vorbringt, hat er die eingeklagte Forderung im Rahmen seiner Klageschrift dahingehend spezifiziert, dass ein Teil dieser Forderung auf einer Entschädigung aus geleisteten Überstunden gründet. Die erforderlichen Beweismittel in Form von Arbeitsplänen und Stundenrapporten hat er der Klage beigelegt und eingereicht (vi-act. 2, KB 10 und 11). Mithin hat der Berufungsbeklagte zumindest die Grundzüge der geltend gemachten Überstundenentschädigung – soweit es ihm als Laie möglich war – hinreichend behauptet. Da die diesbezüglichen Vorbringen jedoch offensichtlich unvollständig waren und diese Unvollständigkeit Auswirkungen auf die materiell-rechtliche Beurteilung des Streitgegenstandes hatte, sah sich die Vorinstanz im Rahmen ihrer Fragepflicht zu Recht veranlasst, dem Berufungsbeklagten durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Ergänzung zu geben (vgl. SUTTER-SOMM/GRIEDER, a.a.O., N. 25 ff. zu Art. 56 ZPO). Die Ausübung der richterlichen Fragepflicht war vorliegend insbesondere auch im Hinblick auf die Wiederherstellung einer gewissen Waffengleichheit geboten. Im Gegensatz zur Berufungsklägerin war der Berufungsbeklagte nämlich nicht anwaltlich vertreten und als Laie offensichtlich nicht in der Lage, die erforderlichen Behauptungen aufzustellen (vgl. LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. Aufl. 2016, N. 44 zu Art. 221 ZPO). Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz dem Berufungsbeklagten in zulässiger Weise im Rahmen ihrer Fragepflicht eine Hilfestellung geboten und mit entsprechenden Fragen darauf hingewirkt, dass dieser die relevanten Tatsachenbehauptungen selbst vortrug und die Beweismittel nannte. Anlässlich der Parteibefragung konnte der Berufungsbeklagte so seine Vorbringen zur Überstundenentschädigung rechtsgenügend substantiieren und sich sowohl zur Höhe der geleisteten Überstunden als auch zu deren Anordnung und betrieblichen Notwendigkeit äussern (vi-act. 6, PBK dep. 9-25). Die gestützt auf die gerichtliche Fragepflicht vorgenommenen Präzisierungen durch den Berufungsbeklagten durfte die Vorinstanz in ihrem Urteil berücksichtigen. Eine Verletzung der Verhandlungsmaxime ist nach dem Gesagten nicht auszumachen.

#### 5.5

Die Berufungsklägerin rügt sinngemäss eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Sie bringt vor, durch das Vorgehen der Vorinstanz sei ihr der Anspruch auf eine zweite, unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit genommen worden. Zudem sei es ihr verunmöglicht worden, weitere

entkräftende Beweismittel einzureichen. Sie habe die behauptete Forderung im Rahmen des ihr Möglichen bestritten. Eine weitergehende, substantiierte Bestreitung sei ohne genügende Substantiierung der Forderung jedenfalls weder möglich noch erforderlich gewesen.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Wie ausgeführt, konnte der Berufungsbeklagte seine Vorbringen zur geltend gemachten Überstundenentschädigung anlässlich der Parteibefragung rechtsgenügend substantiiieren und sich sowohl zur Höhe der geleisteten Überstunden als auch zu deren Anordnung und betrieblichen Notwendigkeit äussern (vi-act. 6, PBK dep. 9-25). Er hat dabei sämtliche rechtserheblichen Tatsachenbehauptungen vorgebracht und die eingereichten Beweismittel erläutert. Der anwaltlich vertretenen Berufungsklägerin hätte unter diesen Umständen bewusst sein müssen, dass die gestützt auf die gerichtliche Fragepflicht vorgenommenen Präzisierungen durch den Berufungsbeklagten vom Gericht im Rahmen des Urteils berücksichtigt werden würden. Die Berufungsklägerin hatte denn auch genügend Möglichkeiten sich dazu zu äussern und auch weitere Beweismittel einzureichen. So wurde sie durch die Vorinstanz, auch unter Vorhalt der Arbeitszeiterfassung des Berufungsbeklagten, einlässlich zu dessen Vorbringen befragt (vgl. vi-act. 6, PBB dep. 6-21). Sie hatte auch im Rahmen des nachfolgenden Plädoyers hinreichend Gelegenheit, sich unbeschränkt zu äussern. Sämtliche Aussagen der Parteien hat die Vorinstanz sodann in zulässiger Weise im angefochtenen Urteil gewürdigt und berücksichtigt (vgl. angefochtenes Urteil E. 5.3.1-5.3.2). Das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin wurde nicht verletzt.

## **5.6**

### **5.6.1**

Die Berufungsklägerin macht weiter geltend, die Arbeitszeiterfassung des Berufungsbeklagten könne nicht als Beweis für die Leistung von Überstunden gelten, da er die entsprechenden Stundenblätter selbst ausgefüllt und zu seinen Gunsten manipuliert habe. Der Berufungsbeklagte habe weder Überstunden geleistet noch seien solche angeordnet oder betrieblich notwendig gewesen. Sie habe jedenfalls keine Kenntnis von der Leistung von Überstunden gehabt. Der Berufungsbeklagte habe in der Parteibefragung gar eingeräumt, die Arbeitgeberin nicht darüber informiert zu haben. Sollten tatsächlich noch Überstunden aus dem Jahre 2017 offen sein, was aber bestritten werde, seien diese ohnehin verwirkt, da der Lohn im Jahre 2017 vorbehaltlos entgegengenommen worden sei.

### 5.6.2.

Hinsichtlich der massgebenden rechtlichen Grundlagen zur Leistung von Überstunden sowie deren Kompensation kann vorab auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (angefochtenes Urteil E. 5.3). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, trägt der Arbeitnehmer die Beweislast für die Leistung von Überstunden. Der Arbeitnehmer hat mithin nachzuweisen, dass er Überstunden geleistet hat und diese vom Arbeitgeber angeordnet oder in dessen Interesse bzw. betrieblich notwendig gewesen sind (BGE 129 III 171 E. 2.4). Dem Beweis der Anordnung von Überstunden wird gleichgesetzt, wenn die Arbeitgeberin von deren Leistung Kenntnis hat oder haben müsste, dagegen nicht einschreitet und sie damit genehmigt. In diesem Fall ist der Arbeitgeberin auch der Einwand, die Überstunden seien nicht angeordnet oder betriebsnotwendig gewesen, verwehrt. Ist der Arbeitgeberin die Leistung von Überstunden bekannt, enthebt dies den Arbeitnehmer folglich auch vom Nachweis der Notwendigkeit (Urteile des BGer 4A\_207/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 2.3.3; 4A\_42/2011 vom 15. Juli 2011 E. 5.2; 4A\_338/2011 vom 14. Dezember 2011 E. 2.2).

Nach Art. 21 Abs. 2 L-GAV ist der Arbeitgeber für die Erfassung der geleisteten Arbeitszeit verantwortlich. Diese Arbeitszeiterfassung ist mindestens einmal monatlich vom Mitarbeiter zu unterzeichnen. Überträgt der Arbeitgeber die Erfassung der Arbeitszeit dem Mitarbeiter, ist sie mindestens einmal monatlich vom Arbeitgeber zu unterzeichnen. Der Arbeitgeber führt Buch über die effektiven Arbeits- und Ruhezeiten (Arbeitszeitkontrolle; Art. 21 Abs. 3 L-GAV). Kommt der Arbeitgeber seiner Buchführungspflicht nicht nach, wird eine Arbeitszeiterfassung oder eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters gemäss Art. 21 Abs. 4 L-GAV im Streitfall als Beweismittel zugelassen. Art. 21 Abs. 4 L-GAV gewährt der Arbeitszeiterfassung bzw. -kontrolle des Arbeitnehmers damit einen über eine Parteibehauptung hinausgehenden Beweiswert, indem dem Arbeitnehmer eine Beweiserleichterung zugestanden wird, wenn der Arbeitgeber diesem den Beweis aufgrund der unterlassenen Buchführung erschwert (Urteile des BGer 4P.35/2004 vom 20. April 2004 E. 3; 4C.74/2003 vom 2. Oktober 2003 E. 2.4).

### 5.6.3

Der Berufungsbeklagte legte als Beweismittel für die geltend gemachte Überstundenentschädigung die von ihm selbst erstellten Arbeitszeiterfassungen auf (vi-act. 2 KB 11). Anlässlich seiner Parteibefragung vor Vorinstanz führte er aus, er habe die Arbeitszeiterfassungen jeweils selbst ausgefüllt. Die Arbeitszeit sei zuerst vom Arbeitsplan übertragen und dann durch die effektive Arbeitszeit ergänzt worden. Die Arbeitszeiterfassungstabelle sei ihm von C.\_\_\_\_, der Geschäftsführerin der Berufungsklägerin, zur Verfügung gestellt worden (PBK dep. 9 f.). Er habe die Tabelle auf dem Computer der Firma aufbewahrt und am Ende des Monats eine

Kopie für sich gedruckt (PBK dep. 11). Er habe dies jeweils mit C.\_\_\_ kontrolliert. Sie habe die Tabellen anfangs noch unterschrieben. Gegen Ende 2016 habe sie mangels Unterschriftenberechtigung dann nicht mehr unterschreiben dürfen. Danach sei die Berufungsklägerin für die Kontrolle zuständig gewesen (PBK dep. 12 f.). Die Überstunden habe er geleistet, da sie mit Arbeit überlastet gewesen seien. Es sei stets gesagt worden, er solle die Überstunden machen und diese würden dann kompensiert. Ein offizielles Papier, dass die Überstunden geleistet worden seien, habe es nicht gegeben. Auch am Ende des Monats sei keine Abrechnung mit den Überstunden gekommen. Hätte die Berufungsklägerin gesagt, es gehe nicht, hätte er dies nicht gemacht (PBK dep. 15). Die Überstunden seien nicht im Arbeitsplan gestanden, da die Berufungsklägerin gesagt habe, dass auf dem Arbeitsplan nicht so viele Stunden sein dürften (PBK dep. 17). Die Arbeitspläne seien dann jede Woche mit der effektiven Arbeitszeit ergänzt worden. Die Änderungen wurden dann unterschrieben. C.\_\_\_ habe diese Pläne sodann der Berufungsklägerin zugesendet. Die Berufungsklägerin habe effektiv gewusst, wie viel Zeit gearbeitet worden sei. Die Arbeit sei genug gewesen. Sie seien stets unterstützt worden, länger zu bleiben. Er habe jede Stunde, die er da gewesen sei, für die Berufungsklägerin gearbeitet (PBK dep. 20). Er habe die Berufungsklägerin nicht persönlich über die geleisteten Überstunden informiert (PBK dep. 21).

#### **5.6.4**

Die Berufungsklägerin brachte vor Vorinstanz im Wesentlichen vor, der Berufungsbeklagte habe die Arbeitszeiterfassung jeweils selbst ausgefüllt. Er habe sämtliche Zeiten an einem Tag eingetragen und diese zu seinen Gunsten manipuliert (PBB dep. 6 f.). Die vom Berufungsbeklagten aufgelegte Arbeitszeiterfassung sei komplett falsch (PBB dep. 8). Auf die Frage, welche Vereinbarung mit dem Berufungsbeklagten bezüglich Einhaltung der Arbeitszeit bestanden habe, führte sie aus, sie habe dem Berufungsbeklagten mehrmals gesagt, er solle aufhören, noch da zu sein. Er solle früher gehen. Es sei auch so gewesen, dass der Berufungsbeklagte da gewesen sei, wenn wenige Leute da gewesen seien (PBB dep. 12). C.\_\_\_ sei für die Einhaltung der Arbeitszeit zuständig gewesen und habe auch den Arbeitsplan erstellt. Sie und auch die Buchhaltung hätten die Arbeitszeiterfassung des Berufungsbeklagten angeschaut. Im Dezember 2017 habe es bereits mit Auffälligkeiten des Berufungsbeklagten angefangen (PBB dep. 11 f., 19). Die Arbeitszeiterfassungen seien jeweils monatlich von den Mitarbeitern unterzeichnet worden. Dies wisse sie von der L-GAV Prüfung her. Dies sei kontrolliert worden. Auf die konkrete Frage hin, ob sie vom Berufungsbeklagten gegenunterzeichnete Arbeitszeiterfassungen habe, antwortete sie, sie müsse dies nachschauen, sie wisse es nicht. Sie wisse nicht, ob die unterschriebenen Arbeitszeiterfassungen im Original noch da seien (PBB

dep. 13, 17). Es habe Anweisungen gegeben, in welchen dringestanden sei, dass die Arbeitskontrolle nach L-GAV bzw. nach Stundenplänen geführt werde. C.\_\_\_ und der Berufungsbeklagte hätten die Möglichkeit gehabt, die Arbeitszeiten frei einzuteilen (PBB dep. 14). Sie habe dem Berufungsbeklagten gesagt, er solle nach Hause gehen und er solle das Arbeitsprogramm einhalten (PBB dep. 16).

#### **5.6.5.**

Aufgrund der Aussagen der Parteien vor Vorinstanz steht fest, dass der Berufungsbeklagte seine effektiven Arbeitszeiten, einschliesslich Überstunden, jeweils selbst erfasst und unterzeichnet hat. Die entsprechenden Arbeitszeiterfassungstabellen wurden unter anderem von C.\_\_\_, der Geschäftsführerin der Berufungsklägerin, monatlich kontrolliert und der Berufungsklägerin alsdann zugestellt. Damit ist erstellt, dass die Berufungsklägerin in der Lage war, von den monatlichen Zeiterfassungen des Berufungsbeklagten Kenntnis zu nehmen. Zu einer darüber hinausgehenden Anzeige der geleisteten Überstunden war der Berufungsbeklagte hingegen nicht verpflichtet. Dass der Berufungsklägerin die vom Berufungsbeklagten geleisteten Überstunden auch tatsächlich bekannt waren bzw. bekannt sein mussten, bestätigte sie denn auch anlässlich ihrer Parteibefragung. So gab sie zu Protokoll, dass es diesbezüglich auch bereits zum Streit mit dem Berufungsbeklagten gekommen sei. Als sie festgestellt habe, dass er mehr gearbeitet habe, habe sie ihm auch gesagt, er solle nach Hause gehen und das Arbeitsprogramm einhalten (vi-act. 6, PBB dep. 15 f.). Vor diesem Hintergrund erscheint es wenig glaubwürdig, wenn die Berufungsklägerin nun behauptet, der Berufungsbeklagte hätte keine Überstunden geleistet und sie hätte auch keine Kenntnis davon gehabt. Aufgrund des Gesagten steht vielmehr fest, dass sie um die geleisteten Überstunden wusste und mithin auch die Möglichkeit gehabt hätte, dagegen einzuschreiten, sofern sie nicht damit einverstanden gewesen wäre. Trotz Kenntnis der Überstundensituation ist die Berufungsklägerin jedoch nicht mit der notwendigen Konsequenz dagegen eingeschritten. So ergibt sich aus ihren Behauptungen keine unmissverständliche und damit ausdrückliche Anordnung an den Berufungsbeklagten, keine Überstunden mehr zu leisten. Auch der übrigen Aktenlage sind keine Hinweise darauf zu entnehmen, dass die Berufungsklägerin Einwände erhoben oder Massnahmen ergriffen hätte, um gegen die Leistung von Überstunden durch den Berufungsbeklagten zu intervenieren. Solches wird von der Berufungsklägerin denn auch nicht behauptet. Sie hat die geleisteten Überstunden des Berufungsbeklagten vielmehr toleriert und dementsprechend genehmigt. Damit bleibt ihr auch der Einwand, die Überstunden seien nicht angeordnet oder betriebsnotwendig gewesen, verwehrt. Dies entbindet den Arbeitnehmer bzw. den Berufungsbeklagten zugleich vom Nachweis der Notwendigkeit der geleisteten Überstunden (vgl.

E. 5.6.2). Damit steht fest, dass der Berufungsbeklagte Überstunden geleistet hat, für welche die Berufungsklägerin entschädigungspflichtig ist. Nachfolgend gilt es somit noch den Umfang der geleisteten Überstunden festzustellen.

### **5.6.6**

Wie vorstehend ausgeführt, ist die Arbeitszeiterfassung des Arbeitnehmers gemäss Art. 21 Abs. 4 L-GAV als Beweismittel zuzulassen, wenn der Arbeitgeber seiner Buchführungspflicht bezüglich Arbeits- und Ruhezeit nicht nachkommt. Vorliegend ist unbestritten, dass die Berufungsklägerin ihrer Buchführungspflicht als Arbeitgeberin nicht nachgekommen ist. Auch aus den Akten ergibt sich kein Hinweis darauf, dass sie dieser Pflicht nachgekommen wäre. Die Vorinstanz erwog mit Hinweis auf Art. 21 Abs. 4 L-GAV demnach zu Recht, dass die Arbeitszeiterfassung des Berufungsbeklagten vorliegend als Beweismittel zu berücksichtigen ist. Im Rahmen ihrer Beweismittelwürdigung führte die Vorinstanz aus, dass der Berufungsbeklagte damit den Beweis über die geleisteten Überstunden im Umfang von 215.3 Stunden grundsätzlich erbracht habe. Sie prüfte sodann, ob die Berufungsbeklagte diesen Beweis mit ihren Vorbringen zu entkräften vermöge (vgl. angefochtenes Urteil E. 5.3.2). In Bezug auf die erhobenen Vorwürfe, wonach die Arbeitszeiterfassung des Berufungsbeklagten falsch sei, kam die Vorinstanz im Wesentlichen zum Schluss, dass die Berufungsklägerin diese Behauptungen nicht nachgewiesen habe. Die Berufungsklägerin habe die Arbeitszeiterfassungen monatlich zugestellt erhalten. Es wäre ihr demnach ein Leichtes gewesen, die vom Berufungsbeklagten ins Recht gelegten Arbeitszeiterfassungen mit den ihr zugesandten Originalen zu vergleichen und allenfalls zu entkräften. Die Berufungsklägerin habe die Originale jedoch nicht eingereicht und auch keine Gründe genannt, weshalb ihr dies nicht möglich gewesen sei. Auch mit der Auflage des Arbeitsplanes vermöge die Berufungsklägerin keine Zweifel an der Arbeitszeiterfassung des Berufungsbeklagten hervorzurufen. Es sei offensichtlich, dass geleistete Überstunden gerade nicht mit den Arbeitszeiten gemäss Arbeitsplan übereinstimmten. Die Berufungsklägerin habe ferner Buchungsauszüge ins Recht gelegt, wonach der Berufungsbeklagte nur in der normalen, angeordneten Zeit Buchungen vorgenommen habe. Der Berufungsbeklagte sei jedoch nebst der festgelegten Arbeitszeit auch auf Abruf eingeteilt gewesen, weshalb an den aufgeschriebenen Stunden keine wirklichen Zweifel hervorgerufen werden könnten. Die Buchungsnachweise könnten die Arbeitszeiterfassung des Berufungsbeklagten demnach ebenfalls nicht entkräften. Insgesamt könne festgehalten werden, dass die Berufungsklägerin den Gegenbeweis nicht erbracht habe und mithin auf die Arbeitszeiterfassung des Berufungsbeklagten abzustellen sei.

Mit diesen entscheidungswesentlichen Erwägungen der Vorinstanz setzt sich die Berufungsklägerin im Rahmen ihrer Berufungsschrift nicht ansatzweise auseinander. Sie legt weder dar, inwiefern das angefochtene Urteil als fehlerhaft zu erachten ist noch weshalb die nachvollziehbare Begründung der Vorinstanz unzutreffend sein soll. Sie beschränkt sich vielmehr darauf, ihren bereits vorinstanzlich vorgetragenen Standpunkt zu wiederholen und den Beweiswert der Arbeitszeiterfassung des Berufungsbeklagten pauschal zu bestreiten. Darauf ist nicht weiter einzugehen. Es kann auf die entsprechenden Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden.

### **5.6.7**

Schliesslich kann der Berufungsklägerin auch insofern nicht gefolgt werden, als sie geltend macht, der Berufungsbeklagte habe die Überstundenentschädigung verwirkt. Das blosses Zuwarten mit der Geltendmachung eines Anspruchs stellt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinen Rechtsmissbrauch dar und eine Verwirkung wegen verzögerter Geltendmachung darf nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Eine Verwirkung wegen verzögerter Geltendmachung darf insbesondere dann nicht angenommen werden, wenn der Arbeitnehmer mit der Geltendmachung einer Entschädigung für Überstunden zuwartet, deren Leistung der Arbeitgeberin bekannt waren (BGE 129 III 171 E. 2.3 und 2.4). Wie den vorstehenden Erwägungen zu entnehmen ist, steht vorliegend fest, dass der Berufungsbeklagte Überstunden geleistet hat und dies der Berufungsklägerin bekannt war bzw. bekannt sein musste. Unter diesen Umständen darf keine Verwirkung der nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemachten Überstunden angenommen werden. Dass der Berufungsbeklagte den Lohn vorbehaltlos entgegennahm, ändert daran nichts, zumal der Anspruch auf Überstundenentschädigung zwingend ist und unter das Verzichtsverbot von Art. 341 Abs. 1 OR fällt (BGE 124 III 469 E. 3a).

### **5.7**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Berufungsbeklagte die Leistung von 215.3 Überstunden mit der aufgelegten Arbeitszeiterfassung zu beweisen vermochte. Die Berechnung der entsprechenden Entschädigung durch die Vorinstanz wurde nicht beanstandet. Die Berufungsklägerin ist demnach zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten eine Überstundenentschädigung in Höhe von Fr. 6'853.10 zu bezahlen. Die Berufung erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

## **6.**

Streitig und zu prüfen ist sodann, ob die Vorinstanz zu Recht einen Entschädigungsanspruch des Berufungsbeklagten wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung im Sinne von Art. 337c Abs. 1 und 3 OR bejaht hat.

### **6.1**

#### **6.1.1**

Die Berufungsklägerin bringt zunächst vor, der Berufungsbeklagte habe im Rahmen seiner Klage eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung beantragt. Sie habe bereits in ihrer Klageantwort festgehalten, dass es sich dabei um eine unzulässige Klageänderung handle, da dieser Anspruch im Schlichtungsverfahren nicht geltend gemacht worden sei. Die Vorinstanz nehme dieses Argument zwar auf, begründe es aber nicht weiter. Damit komme sie ihrer Begründungspflicht nicht hinreichend nach. Die Gegenpartei habe dieser Klageänderung nicht zugestimmt. Ein sachlicher Zusammenhang zu den übrigen Forderungen sei ebenfalls nicht erkennbar. Der geltend gemachte Anspruch auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung könne daher bereits aus prozessualen Gründen nicht zugelassen werden.

#### **6.1.2**

Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt (vgl. angefochtenes Urteil E. 6.2.1), liegt eine Klageänderung im Sinne von Art. 227 und Art. 230 ZPO vor, wenn entweder ein bis anhin geltend gemachter Rechtsschutzanspruch geändert oder ein neuer Rechtsschutzanspruch geltend gemacht wird. Der Inhalt eines Rechtsschutzanspruchs ergibt sich aus dem Klage- oder Rechtsbegehren und dem behaupteten Tatsachenfundament, auf das sich das Begehren stützt. Eine Klageänderung ist zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht *oder* die Gegenpartei zustimmt (Art. 227 Abs. 1 lit. a und b ZPO).

Die Vorinstanz verneinte eine unzulässige Klageänderung (vgl. angefochtenes Urteil E. 6.2.2). Zur Begründung führte sie aus, dass der in der Klage vom 6. August 2018 im Gegensatz zum Schlichtungsgesuch vom 18. Juni 2018 geforderte Mehrbetrag wegen missbräuchlicher Kündigung dem Tatsachenfundament entspreche, auf das sich das Rechtsbegehren stütze. So würden sich sämtliche Forderungen des Berufungsbeklagten auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien vor dem 26. Mai 2018 beziehen. Die Forderungen würden somit in einem sachlichen Zusammenhang stehen und die Forderung des Mehrbetrages sei demnach zulässig.

### **6.1.3**

Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin hat die Vorinstanz mithin sehr wohl begründet, weshalb keine unzulässige Klageänderung vorliegt. Mit den entsprechenden vorinstanzlichen Entscheidungsgründen setzt sich die Berufungsklägerin jedoch nicht hinreichend auseinander. Sie beschränkt sich in ihren Ausführungen lediglich darauf, ihre fehlende Zustimmung hervorzuheben und den sachlichen Zusammenhang zwischen den geltend gemachten Forderungen zu bestreiten. Konkrete Beanstandungen lassen sich der Berufungsschrift hingegen nicht entnehmen, weshalb auf die diesbezügliche Rüge nicht weiter einzugehen ist.

## **6.2**

### **6.2.1**

Die Berufungsklägerin beanstandet sodann, die Vorinstanz habe die Dispositions- und Verhandlungsmaxime verletzt, indem sie dem Berufungsbeklagten eine Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung gestützt auf Art. 337c Abs. 1 und 3 OR zugesprochen habe. Eine solche Entschädigung habe der Berufungsbeklagte weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht geltend gemacht. Er habe lediglich eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung gefordert und sich dabei ausdrücklich auf Art. 336 f. OR berufen.

### **6.2.2**

Hinsichtlich der massgebenden rechtlichen Grundlagen zur Verhandlungs- und Dispositionsmaxime nach Art. 55 Abs. 1 und Art. 58 Abs. 1 ZPO kann auf die vorstehende E. 4.4.2 verwiesen werden. Ergänzend ist auf den Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung gemäss Art. 57 ZPO hinzuweisen. Gestützt auf Art. 57 ZPO hat das Gericht bei der rechtlichen Beurteilung der Begehren und Einwendungen der Parteien alle in Betracht kommenden Rechtsätze von Amtes wegen anzuwenden. Mithin spielt es keine Rolle, ob sich die Parteien bei der Begründung ihrer Begehren auf die richtigen Rechtsnormen berufen oder nicht. Das Gericht ist nicht an die Rechtsauffassung der Parteien gebunden. Es genügt, wenn sie dem Gericht die massgebenden Tatbestandselemente darlegen, aus welchen sie ihren Anspruch geltend machen. Die rechtliche Würdigung der vorgebrachten Tatsachen obliegt alsdann dem Gericht. Ergeben sich aus dem Sachverhalt Anhaltspunkte, dass sich der vom Kläger geltend gemachte Anspruch aus einer anderen Anspruchsgrundlage als der von diesem geltend gemachte ergibt, so hat das (erstinstanzliche) Gericht dies von Amtes wegen zu prüfen (vgl. SUTTER-SOMM/SEILER, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2016, N. 17 zu Art. 57; GEHRI, a.a.O., N. 2 ff. zu Art. 57 ZPO).

### 6.2.3

Der Berufungsbeklagte hat mit seiner Klage vom 6. August 2018 gestützt auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien eine Gesamtforderung von total Fr. 48'126.35 geltend gemacht. Die eingeklagte Forderung hat er im Rahmen seiner Klageschrift dahingehend spezifiziert, dass ein Teil dieser Forderung auf eine Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung entfällt. Der Berufungsklägerin ist daher insofern zuzustimmen, als der Berufungsbeklagte eine Entschädigung auf Grundlage einer missbräuchlichen Kündigung geltend gemacht hat. Auch trifft es zu, dass er sich in seiner Einsprache gegen die Kündigung ausdrücklich auf Art. 336 und Art. 336a OR berufen hat (vi-act. 2 KB 2). Wie vorstehend dargelegt, spielt es jedoch keine Rolle, auf welche Anspruchsgrundlage sich der Berufungsbeklagte in rechtlicher Hinsicht stützte. Massgebend ist der behauptete und festgestellte Lebenssachverhalt. Die rechtliche Würdigung dessen obliegt dem Gericht, das alle in Betracht kommenden Normen von Amtes wegen anzuwenden hat. In diesem Sinne ist in tatsächlicher Hinsicht zu berücksichtigen, dass der Berufungsbeklagte in seiner Klagebegründung ausführte, ihm sei am 26. Mai 2018 fristlos gekündigt worden, nachdem er die Berufungsklägerin zuvor zum dritten Mal wegen ausstehender Lohnzahlungen gemahnt habe. Nach übereinstimmenden Aussagen der Parteien erfolgte die fristlose Kündigung zuerst mündlich und dann schriftlich (vi-act. 6 PBK dep. 31; PBB dep. 24). Der Berufungsbeklagte legte als Beweismittel das entsprechende Kündigungsschreiben der Berufungsklägerin vom 26. Mai 2018 auf. Es trägt den Titel «Fristlose Kündigung – Arbeitsvertrag» (vi-act. 2 KB 3). Die Berufungsklägerin führte darin aus, dass sie das Arbeitsverhältnis mit dem Berufungsbeklagten ausserordentlich mit sofortiger Wirkung kündige. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 337 OR nicht mehr zumutbar. Die Berufungsklägerin stützte die ausgesprochene fristlose Kündigung auf Art. 337 OR und berief sich damit selbst auf die Bestimmungen zur fristlosen Auflösung eines Arbeitsverhältnisses (Art. 337 ff. OR). Sie äusserte sich auch im Rahmen ihrer Klageantwort vom 3. Januar 2019 dazu und stellte sich auf den Standpunkt, die fristlose Kündigung sei gerechtfertigt gewesen. Der Berufungsbeklagte vertrat hingegen die gegenteilige Ansicht. Dies ergibt sich zunächst aus dem Umstand, dass er gegen die ausgesprochene Kündigung Einsprache erhoben hat (vi-act. 2 KB 2). Anlässlich seiner Parteibefragung vor Vorinstanz sagte er zudem aus, der Berufungsklägerin mitgeteilt zu haben, dass er mit der fristlosen Kündigung nicht einverstanden sei.

Nach dem Gesagten ist offensichtlich, dass der Berufungsbeklagte seinen Entschädigungsanspruch auf den der Kündigung zugrundeliegenden Sachverhalt stützte. Auf welche Rechtsnormen er sich dabei berief, ist hingegen nicht von Belang, nachdem das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 57 ZPO). Der Berufungsklägerin kann daher nicht gefolgt

werden, wenn sie vorbringt, der Berufungsbeklagte habe seine Tatsachenbehauptungen lediglich im Hinblick auf Art. 336 f. OR aufgestellt und die Vorinstanz hätte einen Anspruch nach Art. 337c OR nicht prüfen dürfen. Sie verkennt, dass das Gericht eben nicht an die Rechtsauffassung der Parteien gebunden ist und den massgebenden Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht frei würdigen darf. Da alle erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen im Rahmen des vorgelegten Sachverhaltes hinreichend behauptet wurden, ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Entschädigungsanspruch des Berufungsbeklagten in Rechtsanwendung von Amtes wegen gestützt auf Art. 337c OR (ungerechtfertigte fristlose Entlassung) geprüft hat. Eine Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes liegt nicht vor.

#### **6.2.4**

Die Berufungsklägerin sieht eine Verletzung der Dispositionsmaxime im Sinne Art. 58 Abs. 1 ZPO darin, dass die Vorinstanz dem Berufungsbeklagten eine Entschädigung von total Fr. 9'316.70 wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung zugesprochen hat, obwohl dieser nur eine Entschädigung von Fr. 6'987.25 wegen missbräuchlicher Kündigung verlangt habe.

Wie erwähnt, hat der Berufungsbeklagte gestützt auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien eine Gesamtforderung von total Fr. 48'126.35 geltend gemacht. Einen Teil dieser Forderung leitete er aus dem der Kündigung zugrundeliegenden Sachverhalt ab. Die Vorinstanz hiess diese Teilforderung sodann mit einer anderen rechtlichen Begründung als der vom Berufungsbeklagten vorgebrachten gut. Dies ist mit Blick auf den Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) nicht zu beanstanden. Im Ergebnis sprach die Vorinstanz dem Berufungsbeklagten gestützt auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien einen Gesamtbetrag von Fr. 44'171.60 zu. Damit wurde dem Berufungsbeklagten nicht mehr und auch nichts anderes zugesprochen, als er verlangt hat. Eine Verletzung der Dispositionsmaxime ist nicht auszumachen.

#### **6.2.5**

Ferner macht die Berufungsklägerin sinngemäss eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Sie sei davon ausgegangen, dass der Berufungsbeklagte eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geltend mache und nicht eine solche aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Sie habe auch keinen Grund gehabt, anzunehmen, dass er eine solche verlange. Sie habe sich deshalb auch nicht weiter dazu geäussert. Gleichwohl habe die Vorinstanz die fristlose Entlassung ausführlich behandelt und dem Berufungsbeklagten schliesslich gestützt auf Art. 337c Abs. 1 und 3 OR eine Entschädigung zugesprochen.

Diese Argumentation ist ebenfalls nicht stichhaltig. Das Recht auf Anhörung bezieht sich in erster Linie auf Tatsachen und nur ausnahmsweise auf Rechtsfragen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht kein Anspruch der Parteien, zur rechtlichen Würdigung der in den Prozess eingeführten Tatsachen noch besonders angehört zu werden. Ebenso wenig folgt aus dem Gehörsanspruch, dass die Parteien vorgängig auf den für den Entscheid wesentlichen Sachverhalt hinzuweisen wären. Eine Ausnahme besteht namentlich dann, wenn ein Gericht seinen Entscheid mit einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, auf den sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit welchem sie unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise nicht rechnen mussten (BGE 130 III 35 E. 5; Urteile des BGer 1C\_169/2017 vom 30. Juni 2017; E. 2.2; 4A\_665/2012 vom 22. März 2013 E. 3.2.4; 4A\_35/2013 vom 15. März 2013 E. 4; 4A\_165/2008 vom 11. November 2008 E. 7.1). Wie vorstehend dargelegt, ist bei der rechtlichen Beurteilung der geltend gemachten Entschädigungsforderung von dem der Kündigung zugrundeliegenden Sachverhalt auszugehen. Auf welche rechtliche Grundlage sich der Berufungsbeklagte dabei stützte, ist nicht von Belang, nachdem das Gericht das Recht ohnehin von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 57 OR). Im vorinstanzlichen Verfahren wurden die Umstände der fristlosen Kündigung des Berufungsbeklagten durch die Berufungsklägerin eingehend thematisiert. Auch hat die Vorinstanz die Parteien einlässlich dazu befragt. Der Berufungsklägerin war somit bekannt, dass der Berufungsbeklagte mit der ausgesprochenen Kündigung nicht einverstanden war und er deshalb eine Entschädigung forderte. Dass die Vorinstanz unter diesen Umständen eine Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung statt aus einer missbräuchlichen Kündigung prüfte, kann damit keineswegs als derart unerwartet bezeichnet werden, dass die Berufungsklägerin vernünftigerweise nicht hätte damit rechnen müssen. Mit Blick auf die von den Parteien vorgebrachten Tatsachenbehauptungen erscheint dies vielmehr naheliegend. Kommt hinzu, dass sich die Berufungsklägerin in ihrem Kündigungsschreiben vom 26. Mai 2018 selbst auf die fristlose Auflösung eines Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 337 OR berufen hat. Sie äusserte sich zudem auch in ihrer Klageantwort sowie in ihrem Plädoyer ausdrücklich dazu und stellte sich auf den Standpunkt, die fristlose Kündigung sei gerechtfertigt gewesen. Entgegen der Auffassung der anwaltlich vertretenen Berufungsklägerin kann folglich keine Rede davon sein, dass ein unerwarteter Rechtsstandpunkt aufgeworfen worden wäre. Sie hatte zudem auch hinreichend Gelegenheit sich dazu zu äussern. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist folglich zu verneinen.

### **6.2.6**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass weder eine Verletzung der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime noch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt. Die entsprechenden Einwände der Berufungsklägerin sind demnach unbegründet.

### **6.3**

Umstritten ist sodann die Frage, ob die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Berufungsklägerin gerechtfertigt war.

#### **6.3.1**

Hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen, unter denen eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu Recht erfolgt, kann – um Wiederholungen zu vermeiden – vorab auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (angefochtenes Urteil E. 6.5).

#### **6.3.2**

Fest steht, dass die fristlose Entlassung des Berufungsbeklagten am 26. Mai 2018 erfolgt ist, wobei die Kündigung von der Berufungsklägerin zunächst mündlich ausgesprochen und sodann schriftlich bestätigt wurde. Im entsprechenden Kündigungsschreiben vom 26. Mai 2018 nannte die Berufungsklägerin folgende Gründe für die fristlose Kündigung: Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen; vorsätzliche Zerstörung und Sachbeschädigung, Sabotage; vorsätzliche Falschaussage gegenüber Arbeitskollegen und Vorgesetzten; Verstoss gegen Weisungen des Arbeitgebers (Geschäftsschädigung); Beleidigung und ungebührliches Verhalten gegenüber Arbeitskollegen und Vorgesetzten; Urkundenfälschung und Kompetenzüberschreitung (vi-act. 2 KB 3).

Gestützt auf die Ausführungen der Parteien kam die Vorinstanz im Wesentlichen zum Schluss, es sei unbestritten, dass für das gesamte Jahr 2018 ein Lohnausstand zugunsten des Berufungsbeklagten bestanden habe. Des Weiteren sei unbestritten, dass der Berufungsbeklagte das Kabel der Sicherheitskamera der Berufungsklägerin durchtrennt habe. Bezüglich des Zeitpunkts, in welchem das Kabel durchgetrennt worden sei, stimmten die Parteiaussagen insoweit überein, als dies vor den Ferien des Berufungsbeklagten stattgefunden habe. Der Berufungsbeklagte habe vor seinen Ferien anfangs April 2018 bis am 31. März 2018 gearbeitet. Folglich könne der Zeitpunkt vom 30. März 2018, wie von der Berufungsklägerin vorgebracht, als erstellt erachtet werden. Der Berufungsbeklagte spreche stets nur von einer Sicherheitskamera, deren Kabel er durchtrennt habe. Die Berufungsklägerin gehe jedoch davon aus, dass es vier Kameras gewesen seien. Ihrer Ansicht nach habe der Berufungsbeklagte die weiteren

Kabel am 13. Februar 2018 und im Mai 2018 kurz vor dem Urlaub von C.\_\_\_\_, der Geschäftsführerin der Berufungsklägerin, gekappt. Ob der Berufungsbeklagte tatsächlich auch diese Kabel durchtrennt habe, könne jedoch offen bleiben, denn der Vertreter der Berufungsklägerin habe anlässlich seiner Parteibefragung ausgeführt, er habe bereits Ende April, anfangs Mai 2018 Kenntnis von den durchtrennten Kamerakabeln gehabt. Es sei deshalb nicht verständlich, weshalb er den Berufungsbeklagten erst am 26. Mai 2018 mit der Sachbeschädigung konfrontiert habe. Es werde von der Berufungsklägerin denn auch nicht geltend gemacht, es habe kurz vor dem 26. Mai 2018 nochmals weitere Verfehlungen gegeben. Selbst wenn der Berufungsbeklagte vor den Ferien der Geschäftsführerin, d.h. vor dem 5. Mai 2018, nochmals weitere Kabel durchtrennt haben sollte, so habe die Berufungsklägerin mit dem Zuwarten von mindestens 21 Tagen das Recht auf die fristlose Kündigung verwirkt. Gleiches gelte auch in Bezug auf mögliche weitere Verfehlungen, welche die Berufungsklägerin angibt, herausgefunden zu haben. Diese hätten ebenfalls nicht zeitnah zum 26. Mai 2018 stattgefunden. Auch wenn also die Handlungen des Berufungsbeklagten einen wichtigen Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses dargestellt hätten, so habe die Berufungsklägerin ihr Recht auf fristlose Kündigung durch das übermässig lange Zuwarten verwirkt. Hätte sie ein weiteres Zusammenarbeiten als nicht mehr zumutbar erachtet, so hätte sie bereits bei Kenntnis der Sachlage, wonach der Berufungsbeklagte die Kabel durchtrennt habe, die Kündigung ausgesprochen. Insgesamt erachtete die Vorinstanz die fristlose Kündigung des Berufungsbeklagten demnach als ungerechtfertigt.

### **6.3.3**

Die Berufungsklägerin macht in ihrer Berufung geltend, sie habe erst am 25. Mai 2018 sichere Kenntnis über die erfolgte Kappung der Kamerakabel durch den Berufungsbeklagten erhalten. An diesem Tag habe sie eine E-Mail mit dem Bericht von D.\_\_\_\_ erhalten, aus welchem hervorgehe, dass der Berufungsbeklagte für die Sachbeschädigung verantwortlich sei. Dies habe den Ausschlag für die fristlose Entlassung gegeben, welche am Tag danach erfolgt sei. Das gesamte Schadensausmass sei zu jenem Zeitpunkt aber noch nicht bekannt gewesen. Wesentlich sei, dass sie erst am 25. Mai 2018 von der Sachbeschädigung durch den Berufungsbeklagten erfahren und aufgrund dessen die fristlose Kündigung ausgesprochen habe. Damit habe sie ihr Recht zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtzeitig und gerechtfertigt wahrgenommen. Von einer Verwirkung könne nicht gesprochen werden. Selbst wenn sie bereits zuvor von den durchtrennten Kabeln gewusst hätte, habe sie erst noch die Gewissheit erlangen müssen, dass der Berufungsbeklagte diese gekappt habe. Anlässlich der Partei-

befragung habe sie ausgeführt, ohne Unterlagen nicht zu wissen, wann sie den Bericht erhalten habe. Es könne damit nicht als erstellt gelten, dass sie bereits anfangs Mai/Ende April 2018 Kenntnis hiervon gehabt habe. Mangels Bestreitung habe zuvor auch kein Grund bestanden, näher darauf einzugehen. Ihre Ausführungen seien erst durch die Ausführungen der Vorinstanz notwendig geworden.

#### **6.3.4**

Die tatsächliche Behauptung, sie habe erst am 25. Mai 2018 sichere Kenntnis von der durch den Berufungsbeklagten erfolgten Kappung der Kamerakabel erhalten, wird von der Berufungsklägerin erstmals in vorliegendem Berufungsverfahren vorgetragen. Sie reichte in diesem Zusammenhang zudem zwei neue Beweismittel ein, einerseits die E-Mail von D.\_\_\_\_ vom 25. Mai 2018 und andererseits eine Aufnahme der Vandalenschäden an der Sicherheitsanlage vom 24. Mai 2018. Diese im Berufungsverfahren neu vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel bestanden bereits im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Verfahrens. Sie stellen somit unechte Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar, womit sie im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden können, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (vgl. E. 2.2 vorstehend). Die Berufungsklägerin legt jedoch nicht dar, inwiefern es ihr nicht zumutbar gewesen ist, diese Tatsachen und Beweismittel bereits im erstinstanzlichen Verfahren einzubringen. Sie macht lediglich geltend, sie sei erst durch das angefochtene Urteil zu diesen Ausführungen veranlasst worden. Dem kann indes nicht gefolgt werden. Die Umstände rund um die fristlose Entlassung und insbesondere die durch den Berufungsbeklagten begangene Sachbeschädigung waren bereits vor Vorinstanz ein zentraler Streitgegenstand. Die Parteien wurden eingehend dazu befragt. Die Berufungsklägerin hätte somit sämtliche Vorbringen zu diesem Thema bereits zu diesem Zeitpunkt ins Verfahren einbringen können – und sollen, wenn sie für ihre Sachdarstellung nützlich gewesen wären. Zu berücksichtigen ist ausserdem, dass die Berufungsklägerin anlässlich der Parteibefragung ausdrücklich gefragt wurde, wann sie Kenntnis von der Durchtrennung des Kabels der Sicherheitskamera durch den Berufungsbeklagten erhalten habe. Sie gab an, den entsprechenden Komplettbericht Ende April, anfangs Mai 2018 erhalten zu haben. Damit anerkannte sie, spätestens anfangs Mai 2018 Kenntnis von der Sachbeschädigung durch den Berufungsbeklagten erhalten zu haben. Diese Aussage blieb unbestritten und konnte damit – entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin – als erstellt gelten.

Vor diesem Hintergrund kann der Berufungsklägerin nicht gefolgt werden, wenn sie sinngemäss geltend macht, sie habe sich erst durch das Urteil der Vorinstanz dazu veranlasst gesehen, Noven vorzubringen. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen ist ihr anzulasten, dass

sie die erst im Berufungsverfahren neu vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel nicht bereits schon im erstinstanzlichen Verfahren eingebracht hat. Sie können in vorliegendem Berufungsverfahren daher infolge Verspätung nicht mehr berücksichtigt werden und sind dementsprechend ausser Acht zu lassen.

### **6.3.5**

Aufgrund des Gesagten bleibt es folglich bei der vorinstanzlichen Feststellung, wonach die Berufungsklägerin bereits Ende April, anfangs Mai 2018 Kenntnis von der Sachbeschädigung durch den Berufungsbeklagten erhalten hat, diesen aber erst am 26. Mai 2018 fristlos entliess. Mit der Vorinstanz ist damit festzuhalten, dass die Berufungsklägerin mit dem Zuwarten von mindestens 21 Tagen das Recht auf die fristlose Kündigung verwirkt hat; zumal die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren denn auch nicht geltend gemacht hat, es wäre kurz vor dem 26. Mai 2018 zu weiteren Verfehlungen gekommen. Es wäre der Berufungsklägerin demnach zuzumuten gewesen, ordentlich zu kündigen und das Arbeitsverhältnis mit dem Berufungsbeklagten noch gut einen Monat aufrechtzuerhalten. Die fristlose Kündigung erfolgte somit zu Unrecht.

## **6.4**

### **6.4.1**

Erweist sich die fristlose Entlassung als ungerechtfertigt, so hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist aufgelöst worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Es handelt sich hierbei um einen Schadenersatzanspruch, welcher dem positiven Vertragsinteresse entspricht. Der Arbeitnehmer ist also so zu stellen, wie wenn keine ausserordentliche Kündigung ergangen wäre (MILANI, in: Navigator-Kommentar OR, 3. Aufl. 2016, N. 3 zu Art. 337c OR).

In vorliegendem Fall beträgt die Kündigungsfrist einen Monat. Die Vorinstanz sprach dem Berufungsbeklagten dementsprechend eine Entschädigung in Höhe eines Monatslohnes von Fr. 4'658.35 (brutto) zu.

### **6.4.2**

Die Berufungsklägerin macht geltend, der Arbeitnehmer habe sich anrechnen zu lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart habe und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen habe. Die Vorinstanz hätte dies abklären müssen. Der Berufungsbeklagte habe in vorliegendem Verfahren offenzulegen, was

er vom 26. Mai 2018 bis 30. Juni 2018 für Einnahmen gehabt habe bzw. was er zu verdienen absichtlich unterlassen habe.

Es trifft zu, dass dem Arbeitnehmer eine Schadensminderungspflicht obliegt und er sich demnach anrechnen lassen muss, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 337c Abs. 2 OR). Die Berufungsklägerin übersieht allerdings, dass die diesbezügliche Beweislast ihr obliegt. Es hätte demnach ihr obliegen, eine allfällige Verletzung der Schadensminderungspflicht durch den Berufungsbeklagten darzulegen. Da ihr der Nachweis dafür nicht gelingt, hat sie dementsprechend die Folgen dieser Beweislosigkeit zu tragen.

### **6.4.3**

Die Berufungsklägerin bringt weiter vor, für den Fall, dass eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung angenommen werde, könne der Ferien- bzw. Überstundensaldo innerhalb der ordentlichen Kündigungsfrist bezogen werden, womit kein diesbezüglicher positiver Saldo mehr bestehe.

Sofern die Berufungsklägerin damit sinngemäss vorbringt, der verbleibende Ferien- und Überstundensaldo des Berufungsbeklagten könne mit der hypothetischen Kündigungsfrist verrechnet und der Anspruch damit abgegolten werden, kann ihr nicht gefolgt werden. Sie verkennt, dass das Arbeitsverhältnis mit der Aussprache der ausserordentlichen Kündigung per sofort beendet wird. Dies hat zur Folge, dass es dem Arbeitnehmer nicht mehr möglich ist, sein verbleibendes Ferien- und Überstundenguthaben noch in natura zu beziehen. Den entsprechenden Ferien- und Überstundensaldo hat die Berufungsklägerin demnach durch eine finanzielle Entschädigung abzugelten (vgl. MILANI, in: Navigator-Kommentar OR, 3. Aufl. 2016, N. 2 ff. zu Art. 337c OR; vgl. auch Art. 339 OR).

## **6.5**

### **6.5.1**

Das Gericht kann den Arbeitgeber ferner verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, welche nach freiem Ermessen und unter Würdigung aller Umstände festgelegt wird; diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen (Art. 337c Abs. 3 OR). Die Entschädigung hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelden. Sie hat sich entscheidend nach der Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers, der Schwere der Persönlichkeitsverletzung, dem

Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Entlassung, der finanziellen Situation der Parteien und der Schwere eines Mitverschuldens des Arbeitnehmers zu richten. In aller Regel ist eine Entschädigung geschuldet. Nur wenn ausserordentliche Umstände vorliegen, die trotz ungerechtfertigter fristloser Kündigung keine Strafzahlung zu Lasten des Arbeitgebers rechtfertigen, kann sie verweigert werden (BGE 133 III 657 E. 3.2; Urteile des BGer 4A\_56/2016 vom 30. Juni 2016 E. 4.2.1; 4A\_702/2015 vom 20. Mai 2016 E. 3.1).

### **6.5.2**

Die Vorinstanz sprach dem Berufungsbeklagten nach freiem Ermessen und unter Würdigung aller Umstände eine Entschädigung in Höhe eines Monatslohnes im Betrag von Fr. 4'658.35 zu. Sie berücksichtige dabei einerseits, dass sich die Berufungsklägerin im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung bereits mit vier Monatslöhnen in Verzug befand. Andererseits, dass auch der Berufungsbeklagte zu seiner Kündigung beitrug, indem er die Kabel der Sicherheitskamera der Berufungsklägerin durchtrennte. In Würdigung dieser Gesamtumstände sprach sie lediglich eine Entschädigung von einem Monatslohn zu.

### **6.5.3**

Die Berufungsklägerin rügt, die Vorinstanz habe dem Berufungsbeklagten gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR eine Entschädigung in Höhe eines Monatslohnes zugesprochen, obwohl dieser mit seinem Verhalten in hohem Masse zur Kündigung beigetragen habe. Zudem sei die Rechtmässigkeit der Kündigung nur wegen langem Zuwarten verneint worden.

Wie vorstehend dargelegt, kann gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur in aussergewöhnlich gelagerten Fällen ausnahmsweise von einer Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR abgesehen werden. Die Vorinstanz hat die massgebenden Kriterien abgewogen und nachvollziehbar begründet, weshalb sie dem Berufungsbeklagten trotz seines Mitverschuldens eine Entschädigung in Höhe eines Monatslohnes zugesprochen – und damit auch implizit eine Ausnahme verneint – hat. Die Berufungsklägerin setzt sich damit nicht näher auseinander, weshalb es bei den Ausführungen der Vorinstanz bleiben kann. Zusammenfassend erscheint die Zusprechung eine Entschädigung in Höhe eines Monatslohnes und damit im Betrag von Fr. 4'658.35 als angemessen und ist nicht zu beanstanden.

## 6.6

Zusammenfassend hat die Vorinstanz dem Berufungsbeklagten infolge ungerechtfertigter fristloser Kündigung zu Recht gestützt auf Art. 337c Abs. 1 und 3 OR eine Entschädigung von je Fr. 4'658.35, mithin total Fr. 9'316.70 zugesprochen. Die Berufung erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

## 7.

Zu prüfen ist schliesslich die von der Berufungsklägerin geltend gemachte Schadenersatzforderung in Höhe von Fr. 81'783.55, welche sich aus verschiedenen Schadenspositionen zusammensetzt.

### 7.1

Die Vorinstanz prüfte, ob der Berufungsklägerin gestützt auf Art. 321e OR Verrechnungsforderungen aus Schadenersatz gegenüber dem Berufungsbeklagten zustehen. Sie erwog, die Berufungsklägerin habe die entsprechenden Verrechnungsforderungen erstmals mit der Klageantwort vom 3. Januar 2019 gestellt. Die Berufungsklägerin befinde sich – wie sie selbst anerkenne – mit dem gesamten Lohn des Jahres 2018 in Verzug. Es sei damit nicht auf die letzte Lohnzahlung, sondern auf die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzustellen. Dem vom Berufungsbeklagten aufgelegten Kündigungsschreiben vom 26. Mai 2018 werde von Seiten der Berufungsklägerin keine Forderung entgegengehalten, weder aus Sachbeschädigung noch aus angeblichem Bargeldentzug. Der Berufungsbeklagte habe damit den Nachweis erbracht, dass die Berufungsklägerin bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ihm gegenüber keinen Vorbehalt angebracht habe, wonach sie ihm später noch Gegenforderungen entgegenhalten würde. In den Rechtsschriften habe die anwaltlich vertretene Berufungsklägerin auch nicht ausgeführt, sich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Forderungen gegenüber dem Berufungsbeklagten vorbehalten zu haben. Die Ausführungen der Berufungsklägerin anlässlich der Parteibefragung, wonach sie dem Berufungsbeklagten bei der fristlosen Kündigung absichtlich keine Forderungen entgegengehalten habe, seien lebensfremd und nicht nachvollziehbar. Hätte sie sicher gehen wollen, dass ihre – teilweise bereits seit Anfang des Jahres 2018 bekannten – behaupteten Ansprüche nicht verwirken, hätte sie diese dem Berufungsbeklagten umgehend zur Kenntnis bringen müssen. Die Behauptung der Berufungsklägerin, sie habe dies in einer Ergänzung gemacht, sei unbelegt. Darauf könne nicht abgestellt werden. Nachdem die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses keinen Vorbehalt gemacht habe, bestehe keine Verrechnungsforderung

aus Schadenersatz wegen Art. 321e OR. Weitere Ausführungen dazu erübrigten sich demnach.

## **7.2**

Die Berufungsklägerin bringt im Wesentlichen vor, die Vorinstanz gehe unzutreffend davon aus, dass sie bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses keinen Vorbehalt betreffend Gegenforderungen angebracht habe. Sie habe anlässlich ihrer Parteibefragung vielmehr bestätigt, dass sie dem Berufungsbeklagten bereits bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses offene Forderungen entgegengehalten und sich damit Schadenersatzansprüche vorbehalten habe. In ihrer Klageantwort habe sie ebenfalls ausgeführt, dass sie sich in mühsamer Kleinarbeit darum bemüht habe, die einzelnen Schadenspositionen genau nachzuweisen, jedoch laufend neue Unterlagen gefunden worden seien. Dies zeige deutlich, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 26. Mai 2018 noch gar keine konkrete Bezifferung des Schadens möglich gewesen sei. Die detaillierte Verrechnungsforderung habe sie dem Berufungsbeklagten daher erst mit der Klageantwort entgegenhalten können. Sie habe in der Klageantwort darauf verzichtet, Ausführungen zu einem allfälligen Verzicht des Schadenersatzanspruches vorwegzunehmen. Die Beweislast dafür, dass sie auf den Schadenersatzanspruch verzichtet habe, obliege ohnehin dem Arbeitnehmer. Sie habe die Schäden des Berufungsbeklagten in der Klageantwort substantiiert behauptet. Der Berufungsbeklagte habe keine dieser Schäden substantiiert bestritten und auch keine Ausführungen zu einem angeblichen Verzicht auf Schadenersatz gemacht. Die Durchtrennung der Sicherheitskabel habe er gar ausdrücklich anerkannt. Weitere Ausführungen zum Schaden sowie zum Zeitpunkt der Geltendmachung habe sie daher mangels Behauptung bzw. Bestreitung nicht als angezeigt erachtet. Weiter habe sie bereits durch die tatsächliche Nichtleistung des Lohnes zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht auf ihre Schadenersatzansprüche verzichten wolle. Ein Verzicht auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen könne damit auch aus diesem Grund nicht angenommen werden. Sie habe den gesamten Lohnausstand zurückbehalten und auch keine Abschlussrechnung über das Arbeitsverhältnis gemacht. Sie habe zudem gegenüber dem Berufungsbeklagten erklärt, Gegenforderungen zu haben. Das arbeitsrechtliche Verfahren sei vom Berufungsbeklagten kurz nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses anhängig gemacht worden; in diesem Verfahren halte sie ihm die Forderungen entgegen. Ein stillschweigender Verzicht dürfe nicht angenommen werden und sei nicht erfolgt. Die Schadensersatzforderungen seien demnach zu prüfen.

### 7.3

Die relevanten rechtlichen Grundlagen hat die Vorinstanz zutreffend erläutert. Es kann darauf verwiesen werden (angefochtenes Urteil E. 9.2).

### 7.4

In tatsächlicher Hinsicht ist festzustellen, dass die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten im Kündigungsschreiben vom 26. Mai 2018 keine Forderungen entgegengehalten hat. Dem Schreiben ist ebenso wenig ein Vorbehalt betreffend allfälliger Schadenersatzforderungen zu entnehmen. Auf entsprechende Fragen des Gerichts hin sagte der Berufungsbeklagte anlässlich seiner Parteibefragung sodann aus, dass ihm die Berufungsklägerin bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine der geltend gemachten Forderungen entgegengehalten habe (vi-act. 6 PBK dep. 39, 43, 47, 50, 55, 57, 61, 63, 66). Die Berufungsklägerin sagte in diesem Zusammenhang aus, dass den Lohnforderungen des Berufungsbeklagten im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch Forderungen wegen Sachschaden und Bargeldentzug gegenübergestanden hätten (vi-act. PBB dep. 30). Diese Forderungen habe sie «schön aufgelistet» und gegenüber dem Berufungsbeklagten geltend gemacht. Dies habe sie ihm ein paar Tage später auch schriftlich mitgeteilt (vi-act. 6 PBB dep. 31-33). Auf Vorhalt, dass auf dem Kündigungsschreiben kein Vorbehalt hinsichtlich allfälliger Schadenersatzansprüche zu entnehmen ist, führte die Berufungsklägerin aus, dies sei extra nicht gemacht worden, da die Kosten bezüglich Sachbeschädigung noch nicht bekannt gewesen seien. Es sei dann ein weiteres Schreiben als Ergänzung zum Kündigungsschreiben erfolgt (vi-act. 6 PBB dep. 31-33). Auch die weiteren Schadenspositionen habe sie in dieser Ergänzung aufgelistet (vi-act. 6 PBB dep. 40, 49). Die Berufungsklägerin legte jedoch weder im vorinstanzlichen noch in vorliegendem Verfahren entsprechende Belege auf. Dass die Vorinstanz im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Umstände zum Schluss kommt, der Berufungsbeklagte habe den Nachweis dafür erbracht, dass die Berufungsklägerin bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ihm gegenüber keinen Vorbehalt betreffend allfälliger Gegenforderungen angebracht habe, ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden. Zumal es der Berufungsklägerin ein Leichtes gewesen wäre, die Aussagen des Berufungsbeklagten durch Auflage der entsprechenden Belege zu entkräften. Auch der Einwand der Berufungsklägerin, wonach sie bereits durch die Nichtleistung des Lohnes zum Ausdruck gebracht habe nicht auf ihre Schadenersatzansprüche verzichten zu wollen, ist nicht stichhaltig. Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, bestand bereits vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Lohnausstand von einigen Monaten. Gemäss Akten wurde der Lohn des Berufungsbeklagten zudem zufolge Zahlungsschwierigkeiten nicht bezahlt, und nicht weil die Berufungsklägerin damit eigene Forderungen verrechnen wollte. Mit

der Vorinstanz ist folglich festzuhalten, dass sich die Berufungsklägerin bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Schadenersatzforderungen gegenüber dem Berufungsbeklagten vorbehalten hat. Damit hat sie auf die Forderungen verzichtet resp. diese verwirkt.

## 7.5

Diese rechtliche Würdigung steht auch im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche annimmt, dass der Arbeitnehmer von einem Verzicht ausgehen kann, wenn es die Arbeitgeberin unterlässt, Ansprüche, welche ihr dem Umfang oder dem Grundsatz nach bekannt sind, spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend zu machen (Urteile des BGer 4A\_257/2019 vom 6. November 2019 E. 4.4.2; 4A\_351/2011 vom 5. September 2011 E. 2.2; je mit Hinweisen). Zwar genügt die blosser Erklärung, dass Schadenersatzansprüche aus einem bestimmten Ereignis vorbehalten bleiben, um zu verhindern, dass beim Arbeitnehmer die berechnete Erwartung entsteht, die Arbeitgeberin verzichte auf Schadenersatz. Die Arbeitgeberin muss ihr bekannte Ersatzforderungen – auch wenn sie sich diese vorbehalten hat – aber auf alle Fälle spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellen, andernfalls Verzicht anzunehmen ist. Macht sie die Forderungen – wie in vorliegendem Fall – bis zu diesem Zeitpunkt nicht geltend, ist ihr Verhalten nach Treu und Glauben als Verzicht zu verstehen bzw. der Anspruch verwirkt. Besondere tatsächliche Umstände, die diese Würdigung vorliegend in Frage stellen, werden von der Berufungsklägerin weder dargetan noch sind solche ersichtlich.

Daran ändert nichts, dass die Beweislast für diejenigen Tatsachen, die auf einen Verzicht auf die fraglichen Schadenersatzforderungen schliessen lassen, beim Arbeitnehmer liegt (vgl. Urteil des BGer 4A\_257/2019 vom 6. November 2019 E. 4.4.2) und dieser dazu nichts vorbrachte. Indem die Vorinstanz auf Grundlage des ihr von den Parteien vorgetragenen Sachverhalts annahm, die Berufungsklägerin habe mit ihrem Verhalten auf ihre Schadenersatzforderungen verzichtet bzw. diese verwirkt, hat sie nämlich keine tatsächliche Annahme getroffen. Die damit beantwortete Frage, nämlich wie das Verhalten einer Partei nach dem Vertrauensprinzip auszulegen bzw. rechtlich zu würdigen ist und welche Rechtsfolgen es nach sich zieht, stellt vielmehr eine Rechtsfrage dar, welche vom Gericht in Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) zu beurteilen ist (vgl. BGE 136 III 186 E. 3.2.1; 133 III 675 E. 3.3). Eine Rechtsfrage setzt demnach weder entsprechende rechtliche Behauptungen einer Partei voraus noch ist sie dem Beweis zugänglich (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO). Mithin musste das Vorliegen einer Verwirkung als Rechtsfolge des Verhaltens der Berufungsklägerin weder be-

hauptet noch bewiesen werden. Aus dem Umstand, dass der Berufungsbeklagte keine Behauptungen dazu vorbrachte, kann die Berufungsklägerin folglich nichts zu ihren Gunsten ableiten.

## **7.6**

Sind die zur Verrechnung gebrachten Schadenersatzforderungen demnach verwirkt, erübrigen sich weitere Ausführungen dazu, ob die konkreten Schadenspositionen und die weiteren Haftungsvoraussetzungen (Vertragsverletzung, Schaden, Kausalzusammenhang) auch hinreichend substantiiert wurden und ob diese überhaupt mit den noch offenen arbeitsrechtlichen Forderungen des Berufungsbeklagten verrechnet werden können. Die Berufung ist auch in diesem Punkt unbegründet.

## **8.**

Im Ergebnis erweist sich die Berufung als unbegründet und ist vollumfänglich abzuweisen. Das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen.

## **9.**

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden.

### **9.1**

Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung; Art. 95 Abs. 1 ZPO) der unterliegenden Partei auferlegt.

In vorliegendem Verfahren unterlag die Berufungsklägerin vollumfänglich, womit ihr die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind.

### **9.2**

Die Entscheidungsbüher des Obergerichts als Berufungsinstanz bemisst sich nach dem im Verfahren vor dem Kantonsgericht als erste Instanz massgebenden Tarif; sie wird um einen Drittel reduziert, beträgt jedoch mindestens Fr. 500.– (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG [Prozesskostengesetz; NG 261.2]). Der von der Vorinstanz zugesprochene und von der Berufungsklägerin angefochtene Streitwert beträgt Fr. 44'171.60. Im Verfahren vor Kantonsgericht beträgt die Entscheidungsbüher bei einem Streitwert über Fr. 30'000.– bis Fr. 60'000.– zwischen Fr. 1'500.– und Fr. 4'000.– (Art. 7 Abs. 1 Ziff. 4 PKoG). Damit beträgt der ordentliche Gebührenrahmen vor Obergericht Fr. 1'000.– bis Fr. 2'667.–. Die Gebühren sind grundsätzlich innerhalb des vorge-

gebenen Rahmens festzusetzen und bemessen sich nach der persönlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Sache für die Partei, der Schwierigkeit der Sache, dem Umfang der Prozesshandlungen und nach dem Zeitaufwand für die Verfahrenserledigung (Art. 2 Abs. 1 PKoG).

Die Gerichtskosten werden vorliegend in Anwendung von Art. 2 Abs. 1 PKoG auf Fr. 2'600.– festgesetzt und ausgangsgemäss der unterliegenden Berufungsklägerin auferlegt. Sie werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet und sind bezahlt.

### **9.3**

#### **9.3.1**

Ausgangsgemäss ist die Berufungsklägerin zudem verpflichtet, dem Berufungsbeklagten eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. Das Gericht spricht die Parteientschädigung nach den Tarifen gemäss Art. 42 ff. PKoG zu. Die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 1 i.V.m. Art. 96 ZPO). Die Anwaltskosten umfassen das Honorar (ordentliches Honorar und Zuschläge), die notwendigen Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 31 Abs. 1 PKoG). Das ordentliche Honorar eines Rechtsbeistands beträgt im Berufungsverfahren 20 bis 60 Prozent des für das Verfahren vor erster Instanz zulässigen Honorars, bemessen nach dem noch strittigen Wert, mindestens jedoch Fr. 500.– (Art. 43 PKoG). Bei einem Streitwert zwischen Fr. 40'000.– und Fr. 100'000.– betrug der Rahmen des ordentlichen Honorars vor der Vorinstanz Fr. 4'000.– bis Fr. 13'000.– (Art. 42 Abs. 1 PKoG), womit der Rahmen vor Obergericht zwischen Fr. 800.– und Fr. 7'800.– beträgt. Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der in diesem Gesetz vorgesehenen Mindest- und Höchstansätze sind die Bedeutung der Sache für die Partei in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Arbeit sowie der Zeitaufwand (Art. 33 PKoG). Besteht zwischen dem Arbeitsaufwand und den vorgegebenen Rahmen ein Missverhältnis, ist das Honorar nach dem tatsächlichen Zeitaufwand zu bemessen. Das Honorar beträgt je Stunde zwischen Fr. 220.– und Fr. 250.– (Art. 34 PKoG).

#### **9.3.2**

Die Rechtsvertreterin des Berufungsbeklagten reichte dem Gericht eine Honorarnote über Fr. 5'385.– (Honorar Fr. 5'000.– [20 Std. à Fr. 250.–] zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer Fr. 385.–) ein. Darin wird ein Zeitaufwand von 20 Stunden für das Aktenstudium, Rechtsabklärungen, Besprechungen mit dem Klienten, das Verfassen der Berufungsantwort sowie für Korrespondenzen mit dem Klienten und dem Obergericht geltend gemacht. Der angefallene Zeitaufwand

wird jedoch nicht für jede Tätigkeit separat ausgewiesen, sondern lediglich als Gesamtaufwand für die erbrachten Leistungen aufgeführt. Eine solche zeitlich pauschal gehaltene Honorarnote zeigt das Verhältnis zwischen erbrachter Leistung und aufgewendeter Zeit nicht hinreichend auf, weshalb die Angemessenheit der einzelnen Aufwandpositionen nur schwer nachzuvollziehen ist. Der geltend gemachte Zeitaufwand von insgesamt 20 Stunden und das daraus resultierende Honorar von Fr. 5'000.– erscheinen in Anbetracht der konkreten Umstände des Falles jedenfalls deutlich zu hoch. Vorliegend ist zwar zu berücksichtigen, dass die Rechtsvertreterin erst im Laufe des Berufungsverfahrens mandatiert wurde und somit ein etwas höherer Aufwand für das Aktenstudium und die Rechtsabklärungen anzurechnen ist. Zugleich ist allerdings zu beachten, dass der vorliegende Sachverhalt im Vergleich zu ähnlich gelagerten Fällen weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten bot. Es wurde nur ein einfacher Rechtsschriftenwechsel durchgeführt. Zudem waren sowohl die Akten als auch die Vorbringen in der Berufung überschaubar. In Würdigung der gesamten Umstände und unter Berücksichtigung der in Art. 33 PKoG genannten Kriterien erscheint ein Aufwand von 13 Stunden als angemessen und gerechtfertigt. Bei einem Stundenansatz von Fr. 250.– ergibt dies eine Entschädigung von Fr. 3'250.– zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer. Auslagen werden keine geltend gemacht, weshalb eine Entschädigung dafür ausser Betracht fällt.

Die Berufungsklägerin wird demnach ausgangsgemäss verpflichtet, dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.25 (Honorar Fr. 3'250.– [13 Std. à Fr. 250.–], 7.7% Mehrwertsteuer Fr. 250.25) zu bezahlen.

**Demnach erkennt das Obergericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 2'600.– werden der Berufungsklägerin auferlegt, mit dem von ihr geleisteten Gerichtskostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet und sind bezahlt.
3. Die Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten ausgangsgemäss eine Parteientschädigung Fr. 3'500.25 zu bezahlen.
4. [Zustellung].

Stans, 24. Juni 2021

**OBERGERICHT NIDWALDEN**

**Zivilabteilung**

Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann

Die Gerichtsschreiberin

MLaw Mirdita Kelmendi

Versand: \_\_\_\_\_

**Rechtmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Art. 72 ff. i.V.m. Art. 90 ff. BGG [SR 173.110]). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG.