

4C.76/2007/len

Urteil vom 3. Mai 2007

I. zivilrechtliche Abteilung

Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterin Klett,
Bundesrichter Kolly,
Gerichtsschreiber Hatzinger.

A. _____,
Klägerin und Berufungsklägerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Martin Schwegler,

gegen

B. _____,
Beklagten und Berufungsbeklagten,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Viktor Furrer.

Arbeitsvertrag; Überstunden,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des
Kantons Nidwalden, Zivilabteilung, Kleine Kammer,
vom 12. Oktober 2006.

Sachverhalt:

A.
A. _____ (Klägerin) wurde mit Arbeitsvertrag vom 23. November 2003 von
ihrem Schwager B. _____ (Beklagter) und ihrer Schwester C. _____ per 1.
Dezember 2003 in einem Bergrestaurant als "Gastgeberin" eingestellt. Mit
Schreiben vom 27. August 2004 kündigten die Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis
per 30. September 2004 unter gleichzeitiger Freistellung von A. _____.

B.
Mit Klage vom 18. November 2004 gelangte die Klägerin an das Kantonsgericht
Nidwalden und beantragte, der Beklagte sei zu verhalten, ihr Fr. 29'306.--
brutto, zuzüglich 5 % Verzugszins ab 1. Oktober 2004, zu bezahlen. Die
Klägerin begründete ihre Forderung aus Arbeitsvertrag mit angeblich
geleisteten und nicht abgeholzten Überstunden, Überzeit und Nachtarbeit
sowie nicht bezogenen Ruhe- und Ferientagen. In der Folge wurden zwei
Schriftenwechsel, Zeugenbefragungen und zwei Gerichtsverhandlungen
durchgeführt. Mit Urteil vom 30. März 2006 wies das Kantonsgericht die Klage
ab. Gegen diesen Entscheid appellierte die Klägerin an das Obergericht des
Kantons Nidwalden.

C.
Mit Urteil vom 12. Oktober 2006 wies das Obergericht die Appellation ab
(Dispositiv-Ziffer 1). Es wurden keine Gerichtskosten erhoben (Ziffer 2). Die
Klägerin hatte den Beklagten mit Fr. 3'278.05 zu entschädigen (Ziffer 3). Das
Obergericht erwog im Wesentlichen, es sei zwar davon auszugehen, dass die
Klägerin Überstunden geleistet habe. Der Beklagte habe aber gegen die
Überstundenabrechnung rechtsgenügend opponiert; diese Überstunden seien
zumindest teilweise nicht objektiv notwendig gewesen. Nach den Erwägungen des
Obergerichts hätte die Klägerin die Überstunden, Überzeit und Nachtarbeit
sowie nicht bezogene Ruhetage durch Freizeit und allfällig nicht bezogene
Ferientage während der Freistellungszeit kompensieren können.

D.
Die Klägerin hat am 26. Februar 2007 Berufung eingereicht mit folgenden

Anträgen: Dispositiv-Ziffer 1 und 3 des Urteils des Obergerichts vom 12. Oktober 2006 seien aufzuheben (Ziffer 1). Der Beklagte sei in Gutheissung von Klage und Appellation zu verpflichten, der Klägerin für geleistete Überstundenarbeit den durch richterliche Schätzung zu bestimmenden Lohn, mindestens aber Fr. 15'000.--, zu bezahlen und sie für das Appellationsverfahren mit Fr. 3'000.-- und für das erstinstanzliche Verfahren mit Fr. 7'500.-- (jeweils exkl. Auslagen und MWST) zu entschädigen (Ziffer 2). Eventualiter seien die Dispositiv-Ziffern 1 und 3 des angefochtenen Urteils aufzuheben und wie folgt zu ersetzen: (1.) Die Appellation und die Klage seien gutzuheissen und der Appellant sei zu verpflichten, der Appellantin den Betrag von brutto Fr. 29'306.--, zuzüglich 5 % Verzugszins ab 1. Oktober 2004, zu bezahlen. (3. recte 2.) Der Appellant habe die Appellantin für das Appellationsverfahren mit Fr. 3'000.-- und für das erstinstanzliche Verfahren mit Fr. 7'500.-- (jeweils exkl. Auslagen und MWST) zu entschädigen (Ziffer 3). Eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und zur Aktenergänzung und zu neuer Entscheidung an das Obergericht zurückzuweisen (Ziffer 4). Der Klägerin sei die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren (Ziffer 5).

E.

Der Beklagte beantragt, die Berufung abzuweisen; eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Obergericht hat auf eine Stellungnahme verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006, 1205, 1243). Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach dem OG (Art. 132 Abs. 1 BGG).

2.

2.1 Im Berufungsverfahren ist das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden, wenn sie nicht offensichtlich auf Versehen beruhen, unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande kommen (Art. 63 Abs. 2 OG) oder der Sachverhalt ergänzt werden muss, weil die Vorinstanz bestimmte Tatsachenbehauptungen der Parteien aufgrund eines falschen Rechtsverständnisses als unerheblich erachtet und aus diesem Grund nicht festgestellt hat (vgl. Art. 64 OG).

Werden solche Ausnahmen geltend gemacht, so hat die Partei, welche den Sachverhalt berichtigt oder ergänzt wissen will, darüber genaue Angaben mit Aktenhinweisen zu machen (Art. 55 Abs. 1 lit. c und d OG; BGE 130 III 102 E. 2.2 S. 106 mit Hinweisen). Blosser Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung ist im Berufungsverfahren unzulässig (BGE 127 III 73 E. 6a S. 81; 126 III 10 E. 2b S. 12 f.).

2.2 Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe die Existenz einer Vereinbarung zwischen den Parteien, wonach die Klägerin ihre Überstunden in der Zwischensaison kompensieren solle, zu Unrecht verneint. Die Vorinstanz hat die Ansicht der Klägerin verworfen, wonach der Beklagte mit der Angabe des Stundensaldos mit Null nur auf die Vereinbarung zwischen den Parteien betreffend Überstundenkompensation während den Bahnferien habe hinweisen wollen. Die Vorinstanz hat dabei die von der Klägerin im Zusammenhang mit ihrem Verständnis des "Nullsaldos" vorgebrachte Behauptung einer solchen Vereinbarung ausschliesslich in Bezug auf die allfällige Genehmigung objektiv notwendiger Überstunden gewürdigt. Die Klägerin hat sich im kantonalen Verfahren nicht auf eine entsprechende Abmachung berufen um zu behaupten, sie habe während der Saison nicht kompensieren dürfen oder mindestens dazu keinen Anlass gehabt. Die von der Klägerin verlangte Ergänzung des Sachverhalts scheitert am Nachweis, dass sie im kantonalen Verfahren entsprechende

Behauptungen aufgestellt und Beweise beantragt hätte.

3.

3.1 Die Vorinstanz hat erwogen, mit dem Kantonsgericht sei davon auszugehen, dass die Klägerin Überstunden geleistet habe; der Beklagte habe indes gegen die Überstundenabrechnung der Klägerin rechtsgenügend opponiert; die geltend gemachten Überstunden seien zumindest teilweise nicht objektiv notwendig gewesen. In ihrer Funktion als Gastgeberin sei es der Klägerin möglich gewesen, ihre eigenen Überstunden, Überzeit und Nacharbeit sowie nicht bezogene Ruhetage durch Freizeit zu kompensieren. Allfällig nicht bezogene Ferientage würden als während der Freistellungszeit kompensiert gelten.

3.2 Die Klägerin macht Verletzungen des Vertrauensgrundsatzes, der Art. 42, 43 und 321c OR sowie von Art. 15 des Landes-Gesamtarbeitsvertrags des Gastgewerbes (L-GAV 98) geltend. Sie rügt die Folgerung der Vorinstanz als unzulässig, der Beklagte habe gegen die Überstunden rechtsgenügend opponiert durch Eintragung eines Stundensaldos von Null auf den Lohnabrechnungen; die Klägerin habe die Angabe eines Nullsaldos nicht als Protest gegen die Leistung von Überstunden verstehen müssen. Ein solches Verhalten des Beklagten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verstosse gegen Treu und Glauben. Nach Auffassung der Klägerin war die Vereinbarung betreffend Kompensation der Überstunden in der Zwischensaison mit den Vereinbarungen im Arbeitsvertrag (Ziffer 10 lit. c) "kompatibel". Insofern sei nicht zu beanstanden, dass die Klägerin ihre Überstunden nicht laufend abbaute, sondern diese entsprechend der Vereinbarung mit dem Beklagten in der Zwischensaison kompensieren wollte.

4.

Die Überstundenarbeit ist beim Einzelarbeitsvertrag in Art. 321c OR geregelt: Wird gegenüber dem zeitlichen Umfang der Arbeit, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, die Leistung von Überstundenarbeit notwendig, ist der Arbeitnehmer dazu soweit verpflichtet, als er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann (Abs. 1). Im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber die Überstundenarbeit innert eines angemessenen Zeitraums durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgleichen (Abs. 2). Wird die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und ist nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, hat der Arbeitgeber für die Überstundenarbeit Lohn zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst (Abs. 3).

4.1 Ist - wie im vorliegenden Fall - nachgewiesen, dass tatsächlich Überstunden geleistet worden sind, kann aber aufgrund der zur Verfügung stehenden Beweismittel deren genauer Umfang nicht festgestellt werden, so hat ihn das Gericht aufgrund der gesamten Umstände abzuschätzen (BGE 130 III 19 nicht publ. E. 2.4 mit Hinweis auf BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 275 ff.). Eine solche Schätzung ist vorliegend geboten, wenn die Überstunden notwendig waren oder der Beklagte gegen die Abrechnung nicht hinreichend protestiert hat, und, in beiden Fällen, die Klägerin die Überstunden nicht hätte kompensieren können.

4.2 Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz war die Klägerin für die Dienstplanung und die tägliche Einteilung aller im Buffet und Service tätigen Mitarbeiter verantwortlich; sie war auch für die Organisation ihres eigenen Einsatzes zuständig. Aufgrund dessen ist nach den Erwägungen der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Klägerin in ihrer Funktion als Gastgeberin hinsichtlich Kompensation von Überstunden weisungsbefugt gewesen ist. Demzufolge wäre eine eigenmächtige Kompensation der Überstunden bzw. Überzeit und Nacharbeit durch die Klägerin geboten gewesen. Mit dem Kantonsgericht sei anzunehmen, der Klägerin sei es in ihrer Funktion und aufgrund der Zeugenaussagen im erstinstanzlichen Verfahren möglich gewesen,

die eigene Mehrbelastung auch zu kompensieren.

4.3 Die Parteien haben vereinbart, dass die Klägerin ihre Überstunden durch Freizeit kompensieren solle. Dies ergibt sich sowohl aus Ziffer 10 lit. c des Arbeitsvertrags (Kompensation der Überzeit innert zwölf Monaten mit Freizeit) als auch aus Art. 15 Abs. 5 L-GAV (prinzipielle Kompensation von Überstunden durch Freizeit) und wird übrigens von der Klägerin nicht grundsätzlich bestritten. Die Klägerin hat nach den Feststellungen der Vorinstanz die Möglichkeit gehabt, die notwendigen Überstunden bis zu ihrer Freistellung zu kompensieren, zumal sie selbst für die Diensterteilung verantwortlich und das übrige Personal teilweise unterbeschäftigt war. Die Klägerin hat die behauptete Abmachung nicht nachgewiesen, wonach sie die Überstunden in der Zwischensaison während der "Bahnferien" hätte kompensieren sollen; dass eine derartige Abmachung den übrigen vertraglichen Bestimmungen nicht widersprochen hätte bzw. damit "kompatibel" gewesen wäre, vermag deren Nachweis nicht zu ersetzen.

4.4 Da der Klägerin möglich gewesen wäre, die von ihr geleisteten, objektiv notwendigen Überstunden noch vor ihrer Freistellung nach der (vorzeitigen) Kündigung zu kompensieren, konnte die Vorinstanz ohne Verletzung von Bundesrecht auf eine Schätzung verzichten. Die Vorinstanz hat bei dieser Sachlage zu Recht als unerheblich erachtet, ob die Klägerin ihre Arbeitszeit-Kontrollblätter rechtzeitig abgegeben hat. Für den Ausgang des Verfahrens ebenfalls ohne Bedeutung ist, ob der im angefochtenen Entscheid geäusserten Ansicht gefolgt werden könnte, dass der Beklagte mit der Angabe eines "Nullsaldos" auf der Lohnabrechnung gegen allenfalls rechtzeitig gemeldete Überstunden hinreichend protestiert hätte (vgl. BGE 129 III 171 E. 2.3 S. 174; 123 III 84 nicht publ. E. 3d). Im Übrigen wendet die Klägerin in Bezug auf die nicht bezogenen Ruhe- und Ferientage nichts mehr ein, so dass darauf vorliegend nicht weiter einzugehen ist.

5.

Die Berufung ist als unbegründet abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Da die Begehren zum Vornherein als aussichtslos erschienen, ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bzw. Verbeiständung (Art. 152 OG) ebenfalls abzuweisen. Eine Gerichtsgebühr ist ohnehin nicht zu erheben, weil der massgebende Streitwert von Fr. 30'000.-- nicht erreicht ist (Art. 343 OR). Die Klägerin hat indes dem anwaltlich vertretenen Beklagten dessen Parteikosten für das vorliegende Verfahren zu ersetzen (vgl. Art. 159 OG; BGE 115 II 30 E. 5c S. 42).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung wird abgewiesen.

2.

Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

3.

Es wird keine Gerichtsgebühr erhoben.

4.

Die Klägerin hat den Beklagten für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Nidwalden, Zivilabteilung, Kleine Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 3. Mai 2007

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: