

ZOR.2022.48
(OZ.2021.8)
Art. 7

Entscheid vom 14. Februar 2023

Besetzung Oberrichter Brunner, Präsident
 Oberrichter Lindner
 Oberrichter Holliger
 Gerichtsschreiber Tognella

Kläger **A.**_____,
 [...]
 unentgeltlich vertreten durch Dr. iur. Ernst Kistler, Rechtsanwalt,
 [...]

Beklagte **B.**_____,
 [...]
 vertreten durch Dr. iur. Urs Sutter, Rechtsanwalt,
 [...]

Gegenstand Ordentliches Verfahren betreffend Arbeitsvertrag

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Mit Klage vom 18. November 2021 stellte der Kläger beim Bezirksgericht (Arbeitsgericht) Zurzach folgendes Rechtsbegehren:

" Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger eine Teil-Summe von Fr. 38'200.00 zu bezahlen.

Unter Kostenfolge."

1.2.

Mit Klageantwort vom 7. Februar 2021 beantragte die Beklagte kostenfällige Abweisung der Klage, soweit darauf eingetreten werden könne.

1.3.

Mit Replik vom 4. März 2022 hielt der Kläger am Klagebegehren und mit Duplik vom 1. April 2022 die Beklagte am Antrag auf kostenfällige Abweisung der Klage fest.

1.4.

Am 13. April 2022 fand vor dem Arbeitsgericht Zurzach die Hauptverhandlung statt, an der C., D., E. und F. als Zeugen sowie die Parteien (für die Beklagte G.) befragt wurden. Es folgten die Schlussvorträge der Parteivertreter, in deren Rahmen der Kläger ausdrücklich am Antrag auf Befragung der Zeugen H., I. und J. sowie auf Edition der Buchhaltung durch die Beklagte festhielt.

1.5.

Gleichen Tags erging folgender Entscheid des Bezirksgerichts (Arbeitsgerichts) Bremgarten:

" 1.

In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger den Betrag von Fr. 4'050.- zu bezahlen.

2.

2.1

Die Gerichtskosten, bestehend aus

a) der Entscheidgebühr	Fr. 3'582.00
b) der Pauschale für das Schlichtungsverfahren	Fr. 300.00
c) den Kosten für die Beweisführung (Zeugen)	Fr. 193.10
d) <u>den Kosten für die Übersetzung</u>	<u>Fr. 501.20</u>
Total	Fr. 4'576.30

werden zu 90 % mit Fr. 4'118.65 dem Kläger und zu 10 % mit Fr. 457.65 der Beklagten auferlegt.

2.2

Der Anteil des Klägers wird zufolge gewährter unentgeltlicher Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen. Der Kläger ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist.

Die Beklagte hat ihren Anteil bei der Gerichtskasse Zuzach einzubezahlen.

3.

Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 7'724.10 (inkl. Auslagen und MwSt. von 7.7 %) zu bezahlen."

2.

2.1.

Gegen diesen ihm am 4. August 2022 in motivierter Fassung zugestellten Entscheid erhob der Kläger am 14. September 2022 unter Berücksichtigung des Friststillstands gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO fristgerecht Berufung mit folgenden Anträgen:

" 1.

Das Beweisabnahmeverfahren sei zu ergänzen mittels Befragung der weiteren Zeugen:

- H., [...]
- K., [...]
- L., [...]
- J., [...]

2.

Gestützt auf die Befragung sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Klage gutzuheissen.

Unter Kostenfolge"

Gleichzeitig ersuchte er um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren, die ihm mit Verfügung vom 1. Dezember 2022 gewährt wurde.

2.2.

Mit Berufungsantwort vom 9. Januar 2023 beantragte die Beklagte, es sei auf die Berufung nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen, unter Kostenfolge zulasten des Klägers.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

1.1.

Der angefochtene Entscheid ist in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit mit einem Fr. 10'000.00 übersteigenden Streitwert ergangen und ist damit berufungsfähig (Art. 308 ZPO). Der Kläger ist durch diesen Entscheid

in dem Umfang, als er mit seiner Klage nicht durchgedrungen ist, beschwert. Sodann hat der Kläger die in Art. 311 ZPO statuierte Rechtsmittelfrist eingehalten. Insoweit steht einem Eintreten auf seine Berufung nichts entgegen.

1.2.

Die Beklagte beantragt in ihrer Berufungsantwort (S. 4 ff.) dennoch in erster Linie ein Nichteintreten zum einen wegen "im Lichte der Dispositionsmaxime" ungenügender Rechtsmittelanträge (fehlende Bezifferung) und zum andern wegen ungenügender (bloss appellatorischer) Begründung.

1.2.1.

1.2.1.1.

Obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, bedarf es für das Eintreten auf eine Berufung als Rechtsmittelvoraussetzung rechtsgenügender *Rechtsmittelanträge*, d.h. einer Willensbekundung des Rechtsmittelklägers, wie der angefochtene Entscheid materiell anders zu fassen ist, was bezüglich Geldforderungen eine Bezifferung erfordert (REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO-Kommentar], 3. Aufl., 2016, N. 34 f. zu Art. 311 ZPO; dazu, dass die Rechtsmittelvoraussetzung des Rechtsmittelantrags selbst hinsichtlich der von der Officialmaxime beherrschten Punkte [insbesondere die Belange minderjähriger Kinder] gilt, vgl. BGE 137 III 617 E. 4.5.3). Bei fehlendem Rechtsmittelantrag ist auf die Berufung nicht einzutreten (REETZ/THEILER, a.a.O., N. 35 zu Art. 311 ZPO). Grundsätzlich genügt es deshalb nicht, wenn ein Rechtsmittelkläger lediglich einen Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils stellt. Nur ausnahmsweise kann ein (ausschliesslich) auf Aufhebung eines angefochtenen Entscheids und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz lautender Rechtsmittelantrag genügen, nämlich dann, wenn die Voraussetzungen für eine Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz nach Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO erfüllt sind, insbesondere wenn ein Gericht zu Unrecht auf eine Klage bzw. ein Klagebegehren nicht eingetreten ist und die Sache damit materiell nicht behandelt hat (vgl. zum Ganzen REETZ/THEILER, a.a.O., N. 34 zu Art. 311 ZPO sowie REETZ/HILBER, ZPO-Kommentar, a.a.O., N. 34 zu Art. 318 ZPO). Das Erfordernis eines grundsätzlich materiellen Rechtsmittelantrags steht ferner unter dem Vorbehalt des überspitzten Formalismus. Ergibt sich – insbesondere, aber nicht nur bei einem von einem Laien erhobenen Rechtsmittel – auch ohne rechtsgenügenden (*formellen*) Rechtsmittelantrag mit der erforderlichen Eindeutigkeit, welche materielle(n) Änderung(en) des angefochtenen Entscheids verlangt wird (werden), muss dies genügen (BGE 137 III 617 E. 6.2). Zu denken ist insbesondere an den Fall, dass sich aus der Begründung der Berufung eines in erster Instanz (teilweise oder ganz) unterlegenen Klägers (zweifelsehne) ergibt, dass er an einem oder mehreren vor Vorinstanz gestellten Begehren *vollumfänglich* festhält, ebenso, wenn bei (teilweiser oder vollständiger)

Gutheissung der Klage durch die erste Instanz die beklagte Partei in ihrer Berufung (zweifelsohne) zu erkennen gibt, dass sie an der *vollständigen* Abweisung der Klage bzw. der vollständigen Abweisung eines einzelnen Klagebegehrens festhält.

1.2.1.2.

Der Kläger verlangt in seinen *formellen* Rechtsmittelanträgen nicht nur die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids, sondern auch die Gutheissung der Klage, die über Fr. 38'200.00 brutto gelautet hatte und von der er erstinstanzlich nie, auch nicht teilweise Abstand genommen hatte. Ungenügend wäre ein Rechtsmittelantrag wie der vorliegend vom Kläger unter Ziffer 2 gestellte wegen fehlender Bezifferung und damit Verstosses gegen die Dispositionsmaxime höchstens, aber immerhin dann, wenn der Rechtsmittelbegründung zu entnehmen wäre, dass an der bzw. dem oder den vor Vorinstanz gestellten Klage bzw. Klagebegehren nicht mehr vollumfänglich, sondern lediglich in einem geringeren Umfang festgehalten werde, ohne dass sich dieser Umfang bestimmen liesse (vgl. Art. 58 ZPO, wonach das Gericht – vorbehaltlich der Geltung der Oficialmaxime [Abs. 2] einer Partei nicht mehr oder nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat [Abs. 1]). Für den vorliegenden Fall lassen sich indes der Berufungsbegründung des Klägers (dazu nachfolgende E. 1.2.2) keine Hinweise dafür entnehmen, dass er zweitinstanzlich von seinem vor Vorinstanz gestellten Klagebegehren, dessen Gutheissung nach wie vor verlangt wird, auch nur teilweise Abstand nehmen will. Vielmehr verweist er "betreffend die Höhe der Forderung" auf seine in der Klage (S. 6) gemachten Ausführungen, wo eine das Klagebegehren übersteigende Forderung des Klägers von Fr. 44'200.00 errechnet wurde (Berufung S. 4). Damit ist ein genügender Rechtsmittelantrag zu bejahen. In einer solchen Situation von einem Kläger, dessen Klage abgewiesen worden ist, zu verlangen (wie es die Beklagte tut), er müsse das bezifferte Klagebegehren wiederholen, wäre überspitzt formalistisch.

1.2.2.

1.2.2.1.

Art. 311 Abs. 1 ZPO statuiert die Pflicht, das Rechtsmittel, genauer die mit diesem verlangten Änderungen des erstinstanzlichen Entscheids zu begründen. Die *Begründung des Rechtsmittels* stellt eine Rechtsmittelvoraussetzung dar; fehlt sie, ist auf die Berufung nicht einzutreten (REETZ/THEILER, a.a.O., N. 38 zu Art. 311 ZPO).

Die Frage, ob eine genügende, d.h. zum Eintritt auf das Rechtsmittel führende Begründung als Rechtsmittelvoraussetzung vorliegt, darf grundsätzlich nicht mit der Frage gleichgesetzt werden, ob jede einzelne Ausführung eine ausreichende Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid darstellt. Für das Nehmen der Eintretenshürde ist zunächst erforderlich, dass der Rechtsmittelkläger *überhaupt* eine Begründung für das erhobene

Rechtsmittel, genauer die damit gestellten Rechtsmittelanträge, gibt. Dabei ist immerhin eine minimale Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid erforderlich. Erschöpft sich dagegen eine Rechtsmittelbegründung in einer blossen mehr oder weniger wörtlichen Wiederholung der erstinstanzlichen Vorbringen (obwohl sich die erste Instanz in ihrem Entscheid damit auseinandergesetzt hat), ist auf das Rechtsmittel grundsätzlich nicht einzutreten. Zu beachten sind immerhin spezielle Konstellationen: Zum einen die, dass eine Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Urteil von vornherein nicht erfolgen kann, weil sich die Vorinstanz mit einem von einer Partei vorgebrachten Argument überhaupt nicht befasst hat. Diesfalls muss es einer Partei, wenn sie dieses Argument nach wie vor als massgebend erachtet, unbenommen sein, es mit dem Rechtsmittel erneut vorzubringen (auch in wörtlicher Wiederholung der erstinstanzlich gemachten Ausführungen). Ebenso muss mit Blick darauf, dass die Rechtsanwendung von Amtes wegen erfolgt (Art. 57 ZPO), eine Partei im Rechtsmittelverfahren erstmals und ohne Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid eine Rechtsnorm oder Rechtsfigur anrufen können, die im erstinstanzlichen Verfahren nicht Thema war und übersehen wurde (vgl. nachstehende E. 2.1). Zum anderen ist es im Falle der Berufung (Art. 308 ff. ZPO) denkbar, dass eine Partei keine Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid vornimmt, weil sie nicht diesem anhaftende Rechtsfehler oder falsche Sachverhaltsfeststellungen rügen will (vgl. Art. 310 ZPO), sondern diesen einzig gestützt auf neue Tatsachen und/oder Beweismittel (Art. 317 Abs. 1 ZPO) abgeändert wissen will. Liegt eine in diesem Sinn ausreichende Begründung vor, können die in der Rechtsmittelbegründung angeführten Argumente, *unter Umständen aber auch – ohne entsprechende Rüge im Rechtsmittel – allein die Rechtsanwendung von Amtes wegen durch die Rechtsmittelinstanz* (dazu nachfolgende E. 2.1) zur Gutheissung des Rechtsmittels führen. Andernfalls ist das Rechtsmittel abzuweisen, wobei die Rechtsmittelinstanz auf einzelne Begründungselemente, die eine Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid missen lassen, nicht (näher) *eingeht bzw. eingehen muss* (aber im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen darauf eingehen kann vgl. nachstehende E. 2.1).

1.2.2.2.

Für den vorliegenden Fall ist eine ausreichende Begründung der Berufung zu bejahen, bringt doch der Kläger in seiner Berufung zwei neue rechtliche Argumentationen (Dissens und Art. 330b OR) ins Spiel, die erstinstanzlich nicht bedacht wurden und im angefochtenen Entscheid keine Rolle spielten (vgl. dazu nachstehende E. 4). Da in diesem Fall naturgemäss eine Auseinandersetzung mit dem erstinstanzlichen Urteil von vornherein nicht stattfinden kann, muss es – wie in vorstehender E. 1.2.2.1 ausgeführt – einer Partei unbenommen sein, solches rechtliches Vorbringen mit dem Rechtsmittel geltend zu machen. Ob ein solcher Einwand materiell zu Recht erfolgt, ist eine Frage der Begründetheit des Rechtsmittels.

Im Übrigen bringt der Kläger vor, dass der von ihm zu führende Beweis, dass er täglich im beklagten Betrieb anzutreffen war, ("nur") durch Zeugen zu erbringen sei, die die Vorinstanz nicht befragt habe (Berufung S. 6; vgl. dazu nachfolgende E. 5).

1.3.

Nach dem Gesagten ist auf die Berufung des Klägers einzutreten.

2.

2.1.

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

Die Rechtsmittelinstanz ist nicht gehalten, von sich aus alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Sie kann sich grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und der Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen beschränken (BGE 144 III 394 E. 4.1.4, 142 III 413 E. 2.2.4). Sie ist aber inhaltlich weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden; sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen (BGE 144 III 394 E. 4.1.4). Sie kann deshalb die Berufung auch mit einer anderen Begründung gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen (BGE 4A_397/2016 E. 3.1).

Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO), wofür die Partei, die solche Neuerungen geltend macht, die Substantiierungs- und Beweislast trifft (BGE 143 III 42 E. 4.1; 5A_266/2015 E. 3.2.2).

2.2.

Das Obergericht kann ohne Verhandlung aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

3.

3.1.

Die Vorinstanz ist im angefochtenen Entscheid aufgrund einer (äusserst) ausführlichen Beweiswürdigung zum Schluss gelangt, dass dem Kläger der Beweis nicht gelungen sei, bei der Beklagten in der Zeit ab 11. März 2020 in einer Vollzeitanstellung zu einem monatlichen Bruttolohn von

Fr. 5'800.00 angestellt gewesen zu sein. Dagegen hätten die Parteien gültig eine Entschädigung von Fr. 150.00 netto pro Einsatztag des Klägers vereinbart, nachdem ein auf das Arbeitsverhältnis anwendbarer Gesamtarbeitsvertrag nicht ersichtlich und vom Kläger auch nie behauptet worden sei (angefochtener Entscheid E. 5.1. – 5.5, S. 11 - 30). Für 47 tageweise Arbeitseinsätze des Klägers, die G., Gesellschafter und Vorsitzender der beklaglichen Geschäftsleitung, bei der polizeilichen Einvernahme vom 29. September 2020 "zeitnah" zugestanden habe (und nicht nur 35 Arbeitstage, wie im vorliegenden Verfahren von der Beklagten "rekonstruiert" worden seien, vgl. Klageantwortbeilage 4), ergebe sich ein Lohn von Fr. 7'050.00 netto. Zwar habe die Beklagte nicht nachgewiesen, dass sie den Kläger in diesem Umfang entlohnt habe. Dieser habe allerdings in der Replik (act. 89) anerkannt, von der Beklagten Fr. 2'400.00 bar erhalten zu haben, in seiner Befragung vor Schranken sogar, dass es zwischen Fr. 2'400.00 und Fr. 3'000.00 gewesen sein müssten (act. 242). Ermessensweise ging die Vorinstanz davon aus, dass der Kläger von der Beklagten bereits Lohn im Umfang von insgesamt Fr. 3'000.00 erhalten hat, weshalb die Beklagte dem Kläger noch einen Lohnausstand von Fr. 4'050.00 zu bezahlen habe (angefochtener Entscheid E. 5.6. und 5.7).

3.2.

Während die Beklagte weder berufungs- noch anschlussberufungsweise den vorinstanzlichen Entscheid hinsichtlich der teilweisen Klagegutheissung über Fr. 4'050.00 *netto* angefochten hat, hält der Kläger an der Gutheissung seiner Klage über Fr. 38'200.00 *brutto* fest. Wie bereits erwähnt, setzt sich der Kläger in seiner Berufung mit den ausführlichen Erwägungen des angefochtenen Entscheids nicht in dem Sinne auseinander, dass er beanstandete Passagen sowie Aktenstücke, auf die sich die Kritik stützt, genau bezeichnet. Stattdessen beruft er sich in rechtlicher Hinsicht – neu – auf Dissens und Art. 330b OR (dazu nachfolgende E. 4). Ferner verlangt er die Einvernahme von vier weiteren Zeugen (H., K., I. sowie J.); seine ständige Anwesenheit und seine Arbeit könne er "nur" mit diesen Arbeitskameraden beweisen (dazu nachfolgende E. 5.).

4.

4.1.

Eingangs seiner Berufung (S. 2 ff.) bringt der Kläger vor, es habe zwischen den Parteien offensichtlich ein Dissens vorgelegen. Während er davon ausgegangen sei, er sei bei der Beklagten ab 11. März 2020 (bis Ende September 2020) Vollzeit zu einem monatlichen Bruttolohn von Fr. 5'800.00 zuzüglich 13. Monatslohn angestellt gewesen, sei die Beklagte von einem Arbeitsverhältnis auf Abruf ab Ende Mai 2020 bei einem Tageslohn von Fr. 150.00 ausgegangen. Der Beklagten sei bewusst gewesen, dass kein Konsens bestanden habe; umgekehrt habe der Kläger gedacht, die Parteien seien sich einig. Unter diesen Umständen hätte die Beklagte zwin-

gend eine Klarstellung vornehmen und dem Kläger einen Entwurf zur Diskussion vorlegen müssen. Stattdessen habe sie nicht einmal einen Lösungsansatz versucht. Hätte sie es probiert, wäre der Dissens augenfällig geworden, sodass der Kläger auf der Stelle mit der Arbeit aufgehört hätte und nicht erst nach sechs Monaten. Die Beklagte habe [damit] flagrant die Obliegenheit gemäss Art. 330b OR verletzt (vgl. dazu nachfolgende E. 4.3), sodass der Beweismangel nun auf sie zurückfalle. Sie habe den Kläger absichtlich im Glauben an die Richtigkeit seiner Vorstellungen zum Vertragsinhalt gelassen, um ihn auszunützen. Dies sei ein krasser Mangel an Sorgfalt, Weitsicht und Fürsorge.

4.2.

4.2.1.

Dissens stellt die Absenz von Konsens dar (der ein tatsächlicher [= natürlicher] oder ein normativer sein kann, zum Konsens vgl. den nächsten Absatz). Der Dissens kann ein *offener* sein, wenn beide Vertragskontrahenten sich bewusst sind, dass sie von verschiedenen Vorstellungen zum Vertragsinhalt getragen sind; betrifft er die wesentlichen Vertragspunkte (*essentialia negotii*), kommt selbstredend kein Vertrag zustande (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR, der für den Vertragsschluss übereinstimmende Willenserklärungen verlangt, nicht aber zwingend tatsächlich übereinstimmende Willen, dazu nächster Absatz). Ein (seltener) *versteckter Dissens* liegt vor, wenn die Parteien meinen, übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben zu haben, aber beide Parteien ein unterschiedliches Verständnis haben, ohne dass nach dem Vertrauensprinzip eines davon zu schützen ist (dazu der nächste Absatz); auch bei einem die wesentlichen Vertragspunkten betreffenden versteckten Dissens kommt, weil die an sich übereinstimmenden Erklärungen nach dem Vertrauensprinzip unterschiedlich verstanden werden können, kein Vertrag zustande (zum Dissens anstelle vieler SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2020, Rz. 29.07 ff.).

Im Normalfall hindert aber ein unterschiedliches tatsächliches Verständnis von Parteien zum Vertragsinhalt das Zustandekommen eines Vertrags nicht, weil Parteien nach dem Vertrauensprinzip in ihrem Vertrauen auf das objektiv Erklärte (und nicht das, was eine Partei allenfalls abweichend davon verstanden hat) zu schützen sind. Eine Willenserklärung gilt nach dem Vertrauensprinzip so, wie sie eine vernünftige und redliche Person an der Stelle des Erklärungsempfängers verstehen durfte und musste. Es ist dann ein normativer (= rechtlicher) Konsens gegeben (wiederum anstelle vieler SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., Rz. 27.40 f. [zum Vertrauensprinzip] sowie Rz. 29.02). Eine Partei, die die Erklärung nach dem Vertrauensprinzip gegen sich gelten lassen muss, kann den zustande gekommenen Vertrag unter Umständen, d.h. wenn die Voraussetzungen eines wesentlichen Irrtums (vgl. Art. 23 Abs. 1 ZPO) erfüllt sind, anfechten. Unproblematisch

ist der *tatsächliche* (= *natürliche*) Konsens, bei dem beide Parteien ihre Willenserklärungen tatsächlich übereinstimmend verstanden haben (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., Rz. 29.02 und 29.06).

4.2.2.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die rechtliche Argumentation des Klägers betreffend einen Dissens ohne Weiteres als verfehlt: Träfe seine Behauptung zu, die Beklagte sei sich im Gegensatz zu ihm bewusst gewesen, dass zwischen ihnen kein Konsens bestanden habe, habe dies aber nicht auf den Tisch gelegt (sondern den Kläger absichtlich in seinem Glauben gelassen, er sei ab März 2020 Vollzeit zu einem Lohn von Fr. 5'800.00 angestellt, um ihn auszunützen), wäre nämlich ein normativer Konsens zu bejahen, und zwar im Sinne des vom Kläger geltend gemachten Vertragsinhalts (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., Rz. 29.02 und 29.06). Die Beklagte müsste sich dann den Vorwurf einer Mentalreservation entgegenhalten lassen. Die Unbeachtlichkeit einer solchen stellt nach BUCHER (Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1988, S. 146) den "deutlichsten Anwendungsfall" des Vertrauensprinzips dar. Das Zustandekommen eines Vertrags mit diesem Inhalt hat die Vorinstanz aber verneint (vgl. vorne E. 3.1) und der Kläger setzt sich mit der diesbezüglichen Begründung nicht auseinander.

4.3.

4.3.1.

Das Gericht wendet – auch in einem wie das vorliegende der Verhandlungsmaxime unterliegenden Verfahren – das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO; vgl. vorstehende E. 2.1). Art. 330b OR, der weder vom Kläger vor Vorinstanz noch im angefochtenen Entscheid thematisiert wurde, statuiert, dass der Arbeitgeber dann, wenn das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit oder für mehr als einen Monat eingegangen wurde, spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses, den Arbeitnehmer schriftlich informieren muss über a) die Namen der Vertragsparteien, b) das Datum des Beginns des Arbeitsverhältnisses, c) die Funktion des Arbeitnehmers, d) den Lohn und allfällige Lohnzuschläge sowie e) die wöchentliche Arbeitszeit.

Schriftlich zu informieren, impliziert keine einfache Schriftlichkeit nach Art. 14 OR (Unterschrift des Arbeitgebers), sondern lediglich, dass die Informationen in Schriftzeichen auf einem Erklärungsträger aufgezeichnet und dauerhaft festgehalten werden. Es wird damit keine Formvorschrift für den Arbeitsvertrag geschaffen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., 2012, N. 12 zu Art. 330b OR; BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl., 2014, N. 3 zu Art. 330b OR). Dies muss umso mehr gelten, als nach Art. 320 Abs. 2 OR ohne übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR) im Sinne einer Fiktion ein Arbeitsvertrag auch dann als

abgeschlossen gilt, wenn jemand Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist. Im Übrigen versteht sich von selbst, dass sich diese Information erübrigt, wenn die Parteien – jedenfalls innert eines Monats nach der Aufnahme der Arbeitstätigkeit – einen schriftlichen Arbeitsvertrag unterzeichnen, der alle nach Art. 330b OR erforderlichen Informationen enthält (vgl. BRÜHWILER, a.a.O., N. 3 zu Art. 330b OR).

Obwohl er nicht nur für Arbeitsverhältnisse mit ausländischen oder entsandten Arbeitnehmern gilt, verfolgt Art. 330b OR primär mit "öffentlich-rechtlicher Ausrichtung" den Zweck, den tripartiten Kommissionen die Arbeit, d.h. die Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping im Rahmen der Personenfreizügigkeit zu erleichtern; doch ist als sekundärer Zweck der Norm die Verbesserung der Information der Arbeitnehmer zu berücksichtigen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 1-3 zu Art. 330b OR).

4.3.2.

Nicht klar ist, was der Kläger aus dem Verstoß der Beklagten gegen Art. 330b OR ableiten will, wenn er geltend macht, dass der "Beweismangel auf die Beklagte zurückfällt" (Berufung S. 4 unten), zumal er andernorts (Berufung S. 6) davon auszugehen scheint, dass er den Beweis zu erbringen hat, dass er nicht nur "temporär", sondern "bis auf 3-4 Absenzen im Monat" "immer" [im beklagten Betrieb] präsent gewesen sei, was mit einem Nachholen der unterbliebenen Befragung zusätzlicher Zeugen bewiesen werden könne (Berufung S. 6; dazu nachfolgende E. 5).

Für STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (a.a.O., N. 15 zu Art. 330b OR) stellt die unterbliebene Information durch den Arbeitgeber den Fall einer Beweisvereitelung dar.

4.3.2.1.

Es ist umstritten, ob einer Beweisvereitelung (bloss) bei der (nach Art. 157 ZPO freien) Beweiswürdigung Rechnung zu tragen ist oder ob sie zu einer Umkehr der Beweislast führt (vgl. die Übersicht bei LARDELLI/VETTER, Basler Kommentar, 7. Aufl., 2022, N. 81 zu Art. 8 ZGB).

Nach der Auffassung von WALTER (Berner Kommentar, 2012, N. 321 zu Art. 8 ZGB) ist es offensichtlich rechtsmissbräuchlich, von der Gegenpartei den Beweis zu verlangen, dessen Beibringung man zuvor vereitelt hat, doch bleibe die Beweislastverteilung davon "begriffsnotwendig" unberührt (vgl. auch JUNGO, Zürcher Kommentar, 2018, N. 302 zu Art. 8 ZGB). Im Ergebnis laufe es aber ("meist" WALTER, a.a.O.) auf dasselbe hinaus, ob bei Beweisvereitelung eine Umkehr der Beweislast angenommen werde oder es dabei sein Bewenden habe, dass das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung grundsätzlich feststelle, das vereitelte Beweismittel hätte den Beweis für den behaupteten Sachverhalt erbracht. Allerdings habe das

Gericht bei einer Berücksichtigung der Treuwidrigkeit im Rahmen der Beweiswürdigung die Möglichkeit, die (übrigen) abgenommenen Beweise frei zu gewichten, insbesondere die Aussagen und das prozessuale Verhalten der beweisbelasteten Partei (WALTER, a.a.O., N. 321 zu Art. 8 ZGB; JUNGO, a.a.O., N. 302 zu Art. 8 ZGB). Zwar ist die Umkehr der Beweislast nicht mit einer Anerkennung des von der nach Art. 8 ZGB beweisbelasteten Partei behaupteten Sachverhalts gleichzusetzen, die jedenfalls in von der Verhandlungsmaxime beherrschten Verfahren wie dem vorliegenden gemäss Art. 150 Abs. 1 ZPO ein Beweisverfahren von vornherein erübrigte (vgl. WALTER [a.a.O.]: "Selbst in krassen Fällen [von Beweisvereitelung] reicht es aus, dass das Gericht davon ausgeht, das vereitelte Beweismittel hätte das behauptete Ergebnis gebracht, *oder es dem Beweisgegner versagt, die beweisvereitelte Sachbehauptung als bestritten auszugeben*"). Auch bei einer Umkehr der Beweislast müsste nämlich der Gegenpartei der nunmehr vom Hauptbeweis befreiten Partei offenstehen, den Beweis des Gegenteils zu erbringen. Dennoch ist den beiden Autoren (WALTER und JUNGO) zu folgen, dass die Frage, ob eine Beweisvereitelung mit einer eigentlichen Beweislastumkehr zu ahnden ist, wohl bloss von akademischem Interesse ist. Im extremsten Fall verhält es sich so, dass durch die Beweisvereitelung der Gegner der an sich beweisbelasteten Partei, obschon sich dessen/deren Bedeutung bewusst, das oder die einzigen nicht ersetzbare(n) Beweismittel vernichtet hat. Für diesen Fall – und nur für diesen – erachtet KUMMER (Berner Kommentar, 1962, N. 191 zu Art. 8 ZGB) eine Überwälzung der Beweislast für vertretbar. Ein solcher dürfte indessen in Anbetracht des Umstandes, dass eben die (an sich nach Art. 8 ZGB beweisbelastete, nunmehr aber von der Beweislast befreite) Partei zumindest zu befragen ist (Art. 191 ZPO), bei welcher Gelegenheit sie unter Umständen ihre Glaubwürdigkeit verspielen kann, kaum je gegeben sein. In allen übrigen Fällen muss gelten, dass das Gericht – trotz der Beweisvereitelung – im Rahmen der Beweiswürdigung zum Schluss kommen kann, der Sachverhalt habe sich zumindest nicht so zugetragen, wie von der nach Art. 8 ZGB an sich beweisbelasteten Partei behauptet (insbesondere eben dann, wenn sie in der Parteibefragung ihren im Behauptungsverfahren aufgestellten Vorbringen widerspricht).

4.3.2.2.

In Ergänzung zum soeben Ausgeführten erscheint es angezeigt, verschiedene Formen von Beweisvereitelungen zu unterscheiden, zumal Beweisvereitelung grundsätzlich ein schuldhaftes Verhalten auf Seiten des Beweisgegners voraussetzt (WALTER, a.a.O., N. 318 zu Art. 8 ZGB; LARDELLI/VETTER, a.a.O., N. 81 zu Art. 8 ZGB). Am einfachsten stellt sich die Konstellation der absichtlichen Vernichtung eines Beweismittels durch den Beweisgegner dar, das den von der an sich beweisbelasteten Partei behaupteten Sachverhalt mutmasslich klar belegt hätte, sowie der Fall, wo der Beweisgegner einem Editionsbegehren der beweisbelasteten Partei nicht nachkommt (vgl. dazu JUNGO, a.a.O., N. 299 zu Art. 8 ZGB, wonach

eine Partei immerhin nicht verpflichtet ist, Dokumente zu beschaffen, die sich nicht in ihrem Besitz befinden). Hier darf wohl grundsätzlich – im Rahmen der Beweiswürdigung – angenommen werden, dass von der nach Art. 8 ZGB beweisbelasteten Partei beantragte Beweismittel hätte den Nachweis für die behauptete Tatsache erbracht, was im Ergebnis einer Umkehr der Beweislast nahekommt. Vorbehalten bleibt aber eben, dass die beweisbelastete Partei bzw. deren Aussagen nicht glaubwürdig bzw. glaubhaft erscheinen.

Weniger eindeutig, wie weit die Beweiserleichterung gehen soll, ist der Fall, wo die Vernichtung des Beweismittels durch den Beweisgegner fahrlässig erfolgt ist. Ebenso wenig eindeutig zu beurteilen ist die Verletzung einer gesetzlichen oder vertraglichen Dokumentations- oder hier Informationspflicht, vor allem dann, wenn nicht einmal behauptet ist, der Beweisgegner habe diese Dokumentations- bzw. Informationspflicht absichtlich verletzt. Dies muss umso mehr gelten für eine Dokumentationspflicht, die – wie Art. 330b OR – in erster Linie eine öffentlich-rechtliche Ausrichtung hat (vgl. vorstehende E. 4.3.1 in fine; vgl. dazu auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 3 zu Art. 330b OR, die festhalten, dass das Ziel der Befriedigung des Informationsbedürfnisses der tripartiten Kommission durch die [privatrechtliche] Informationspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer verfehlt wird).

4.3.2.3.

Nach dem Gesagten ist im vorliegenden Fall der Verletzung der Informationspflicht lediglich im Rahmen der Beweiswürdigung nicht etwa durch eine Umkehr der Beweislast Rechnung zu tragen. Dabei verbietet sich aus verschiedenen Gründen (nicht zuletzt fehlende Glaubhaftigkeit einzelner Behauptungen des Klägers, aber auch dessen fehlende generelle Glaubwürdigkeit), das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien mit dem vom Kläger behaupteten Inhalt (Beginn, Pensum, Lohnhöhe) als erstellt zu erachten.

4.3.2.3.1.

Was den umstrittenen Beginn des Arbeitsverhältnisses anbelangt, verpflichtet Art. 330b OR den Arbeitgeber zur schriftlichen Information des Arbeitnehmers über die aufgelisteten Daten innert eines Monats *nach Beginn des Arbeitsverhältnisses* (vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 13 zu Art. 330b OR, wonach – trotz des "spätestens" – der Verzug erst mit der Mahnung des Arbeitnehmers eintritt und nicht schon mit dem Ablauf der Frist). Es fragt sich, ab welchem Zeitpunkt überhaupt von einer Verletzung von Art. 330b OR ("Beweisvereitelung") gesprochen werden könnte, wenn zwischen den Parteien gerade streitig ist, wann (bzw. allenfalls ob überhaupt) ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. Auszugehen ist von der fundamentalen Feststellung, wonach es zwar hart erscheinen mag, im Falle von Beweisnot eine Klage abzuweisen (weil sich der beweisbe-

dürftige Sachverhalt nicht nachweisen lässt), es aber noch viel weniger vertretbar wäre, bei einer solchen Beweisnot die (einen Anspruch bestreitende) Gegenpartei beweisen zu lassen, dass sich der behauptete Sachverhalt nicht verwirklicht hat (vgl. KUMMER, a.a.O., N. 184 zu Art. 8 ZGB). Vor diesem Hintergrund kann die Antwort auf die oben aufgeworfene Frage nur lauten, dass ein Arbeitnehmer eine Beweisvereitelung durch die Arbeitgeberin im Sinne von Art. 330b OR erst ab dem Zeitpunkt in Anspruch nehmen kann, ab dem ein Arbeitsverhältnis als solches bewiesen (oder zugestanden) ist.

Vorliegend ist von der Beklagten ein Arbeitsverhältnis erst für die Zeit ab Ende Mai 2020 zugestanden (Klageantwort, act. 42, vgl. auch Parteibefragung mit G. für die Beklagte, act. 248). Aufgrund von Klageantwortbeilage 4 kann jedenfalls ab 28. Mai 2020 eine Arbeitstätigkeit des Klägers für die Beklagte als ausgewiesen gelten. Demgemäss ist davon auszugehen, dass der Kläger erstmals am 28. Mai 2020 für die Beklagte Arbeit verrichtet hat (dazu, ob in einer Vollzeitanstellung oder bloss auf Abruf vgl. nachfolgende E. 4.3.2.3.2). Dies gilt umso mehr, als keiner der vor Vorinstanz einvernommenen Zeugen (darunter insbesondere der Schwager des Klägers, L.) für die Zeit vor dem 28. Mai 2020 – abgesehen von einem Schnuppertag (vgl. dazu die Aussage des Zeugen E., act. 217 [mit der an Vagheit kaum zu überbietenden Antwort auf die Frage, wann der Schnuppertrag stattgefunden hat: "Ende März oder {überlegt} Ende April oder Ende Mai"] sowie act. 220) – eine Präsenz des Klägers im beklagischen Betrieb von mehr als einem Tag (zur Frage, ob es sich um den ersten Arbeitstag handelte, vgl. den nächsten Absatz) bestätigt hat (zu den weiteren Zeugen, deren Befragung in der Berufung verlangt wird, vgl. nachfolgende E. 5). Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass hinsichtlich der vom Kläger bis Ende Mai 2020 erbrachten Arbeitstage dessen Sachdarstellung in der Klage (act. 5) nur schwer mit dessen (in die Replik, act. 84-86 integrierter) eigenhändiger Zusammenstellung (Klagebeilage 3) in Einklang zu bringen ist. Während in der Klage (act. 5) ausgeführt wurde, dass der Kläger wegen der coronabedingten Grenzschiessung (Ende März bis Ende Mai 2020) mangels Grenzgängerbewilligung nur (aber immerhin) *ganz eingeschränkt* habe arbeiten können, ist der eigenhändigen Zusammenstellung des Klägers (Klagebeilage 3, Replik, act. 84) zu entnehmen, dass er vom 28. März 2020 bis und mit 24. Mai 2020 *keinen einzigen Tag* gearbeitet hat.

Anzufügen ist in diesem Zusammenhang, dass die Beklagte für die Zeit vor Ende Mai 2020 (einzig) zugestanden hat, dass der Kläger am 4. März 2020 einen "Schnuppertag" im beklagischen Betrieb absolviert habe (zum Datum des Schnuppertags vgl. den nächsten Absatz). Die Vereinbarung über einen Schnuppertag begründet aber kein Arbeitsverhältnis, wird doch dieses in aller Regel nicht entlohnt. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Beklagte nach eigener Sachdarstellung dem Kläger (auch) für den Schnuppertag Fr. 150.00 bezahlt haben will (Klageantwortbeilage 4). Denn

ein Schnuppertag dient grundsätzlich der Abklärung, ob allenfalls in Zukunft ein Arbeitsverhältnis in Frage kommt. Damit vermochte der Schnuppertag nicht die einmonatige Frist gemäss Art. 330b OR auszulösen, sondern erst der erste Arbeitstag, sei er zugestanden, sei es, dass er im Bestreitungsfall bewiesen ist.

In diesem Zusammenhang ist ferner auf den Umstand hinzuweisen, dass der Kläger in seiner Klage (act. 3) geltend gemacht hatte, sein Schwager L. habe die Parteien (erst) am 11. März 2020 (und nicht schon am 4. März) in der beklagischen Werkstatt zusammengeführt, wobei sogleich ein mündlicher Arbeitsvertrag geschlossen worden sei. An der Hauptverhandlung wurde der Kläger zu den um ca. eine Woche differierenden Angaben zum ersten Erscheinen des Klägers im beklagischen Betrieb befragt. Es entspann sich zwischen der Gerichtspräsidentin (GP) und dem Kläger folgender Dialog (act. 239):

" ([GP] Gegenüber der Polizei haben Sie gesagt, dass Sie seit 4. oder 5. März 2020 bei der B[eklagten] arbeiten. RB [Replikbeilage] 41. Was stimmt jetzt?

[Kläger] Das stimmt. Das habe ich absichtlich gemacht

([GP] Also Sie haben absichtlich der Polizei etwas Falsches gesagt?)

[Kläger] Nein, ich habe nichts Falsches gesagt. Ich habe das absichtlich gemacht, weil ich mit dem [offensichtlich gemeint G.] vor Gericht treten werde. Und ich wusste ganz genau, dass er die Daten nicht einhält. Er hat genau den Tag, den ich der Polizei gegenüber erwähnt habe, den 4. März, hat er genau auf den Plan geschrieben. Ich habe hier den Beweis, dass ich am 11.03. das erste Mal gearbeitet habe. Ich habe die Polizei nicht belogen. Ich habe gedacht, dass ich mit ihm ein Problem haben werde. Deswegen habe ich den 4. März absichtlich erwähnt. Der 4. März steht auch auf dem Plan, den er vor Gericht gebracht hat. Er hatte keine Ahnung, an welchem Tag ich angefangen habe. Weil das hat ihn nie interessiert.

([GP] Also Sie sagen, Sie haben die Polizei nicht belogen, aber eigentlich haben Sie am 11.03. angefangen?)

[Kläger] Genau, richtig.

([GP] Sie sagen, Sie hätten extra den 04.03. genommen, weil sie gewusst haben, dass die B[eklagte] keine Ahnung hatte, wann Sie wirklich angefangen haben?)

[Kläger] Der hat absolut keine Ahnung.

([GP] In dem Moment haben Sie der Polizei nicht die Wahrheit gesagt?)

[Kläger] Sie können das jetzt nennen, wie sie wollen. Wahrheit oder nicht. Ich habe eine Begründung, warum ich den 04.03. erwähnt habe. *Es ist jetzt nicht, dass ich die Polizei belogen habe, damit ich eine Woche mehr Geld bekomme. Ich sage Ihnen jetzt hier und heute, dass ich am 04.03. angefangen habe. Der Sinn der Sache war, dass er den 04.03. angenommen hat, wobei ich hiermit sagen kann, dass ich nicht am 04.03., sondern am 11.03. angefangen habe.* Davon gibt es ein Foto. Das war mein erster Arbeitstag." [Hervorhebung durch Kursivschrift hinzugefügt]

Diese Ausführungen sind derart gewunden und insbesondere in der kursiv markierten Passage derart sinnfrei, dass sie die generelle Glaubwürdigkeit des Klägers erheblich in Zweifel ziehen.

4.3.2.3.2.

Die Informationspflicht bezüglich wöchentlicher Arbeitszeit ist im Falle einer Vereinbarung, dass Arbeit auf Abruf zu leisten ist, von vornherein nicht erfüllbar. Allerdings versteht sich von selbst, dass in einem solchen Fall zumindest festgehalten werden kann und deshalb muss, dass Arbeit auf Abruf vereinbart wurde (BRÜHWILER, a.a.O., N. 4 zu Art. 330b OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 10 zu Art. 330b OR).

Mit Bezug auf den vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die Behauptung des Klägers, es sei mit der Beklagten ein Arbeitsvertrag über eine Vollzeitstelle zustande gekommen, trotz der (objektiven) Verletzung von Art. 330b OR wegen fehlender Glaubhaftigkeit seiner Behauptungen nicht plausibel zu erachten sind (zur generell zweifelhaften Glaubwürdigkeit des Klägers vgl. vorstehende E. 4.3.2.3.1). Insbesondere ist der Kläger auf seiner in der Parteibefragung gemachten Aussage zu beharren: Auf Konfrontation mit der Deposition des Zeugen F., wonach er (der Kläger) nur "ab und zu" gearbeitet habe, bestätigte der Kläger ausdrücklich, dass "richtig" sei, dass er manchmal zur Arbeit gekommen sei und manchmal nicht; pro Monat habe er an drei bis vier Tagen pro Monat gefehlt (Parteibefragung, act. 240 sowie Berufung S. 6). Geht man von durchschnittlich 3.5 Absenztagen pro Monat bei monatlich durchschnittlich 22.25 Arbeitstagen (89 Arbeitstage im Zeitraum vom 28. Mai 2020 bis 29. September 2020, vgl. Klageantwortbeilage 4) aus, hätte er zu rund 16 % gefehlt. Dies stellt ein starkes Indiz gegen eine Einigung der Parteien über eine Vollzeitanstellung dar. Denn in einer solchen steht einem Arbeitnehmer kein Recht zu, in diesem Ausmass quasi nach Gutdünken auf der Arbeit zu fehlen. Zwar hat der Kläger in der Parteibefragung die Absenzen nicht als "die reine Wahrheit" bezeichnet und darauf hingewiesen, dass er "zu der Zeit viele Probleme" gehabt habe (act. 240). Allerdings wurde zum einen nicht glaubhaft gemacht, dass die "Probleme" durchschnittlich praktisch jede Woche eine Absenz von einem Tag erforderten, schon gar nicht eine, die nach Art. 324a OR eine Lohnfortzahlungspflicht der Beklagten begründet hätte (zur generellen Glaubwürdigkeit des Klägers vgl. vorstehende E. 4.3.2.3.1). Zum andern lassen diese Aussagen auch die eigenhändige Zusammenstellung (Klagebeilage 3) der Arbeitszeiten als unwahr erscheinen. Dort wird für die Zeit vom 25. Mai bis und mit 28./29. September 2020 – mit Ausnahme vom 10. bis und mit 13. September – für *jeden einzelnen* Werktag (ausser 30. Juni, 5. September sowie 9. September) eine Arbeitszeit von *mindestens* 07:00 bis 17:00 Uhr geltend gemacht und darüber hinaus für manchen Samstag und/oder Sonntag Wochenendarbeit aufgelistet.

Damit muss ein Schluss, dass die Beklagte in einer Informierung des Klägers gemäss Art. 330b OR eine Vollzeitstelle vermerkt hätte, als abwegig erscheinen.

4.3.2.3.3.

Auch die Behauptung der Vereinbarung eines Monatslohns von Fr. 5'800.00 (bei einem Vollzeitpensum) ist nicht (einmal) glaubhaft. Die Beklagte hat in der Klageantwort (act. 51) bemerkt, dass sich keiner der in ihrem Betrieb gezahlten Löhne auf einem derart hohen Betrag bemesse. Nicht nur bestritt der Kläger dies nicht (bzw. lediglich im Rahmen einer nach Art. 222 Abs. 2 ZPO als unzulässigen Pauschalbestreitung; vgl. Replik, act. 89), sondern bestätigte dies in der Parteibefragung (act. 238):

" ([GP] Was haben Sie vereinbart bzgl. Lohnhöhe, Art des Lohns?)
Ich habe Fr. 6'000.00 verlangt, Verlangen kann man ja. Ich habe es verlangt, aber [G.] sagte mir von Anfang an, so viel zahle er nicht mal seinem Teamchef."

Unter diesen Umständen erscheint es praktisch ausgeschlossen, dass die Beklagte (ausgerechnet) dem (in Deutschland wohnhaften) Kläger einen höheren Lohn als den übrigen Angestellten bezahlt hätte.

5.

5.1.

Mit seiner Berufung gesteht der Kläger sinngemäss zu, den Beweis dafür, dass er – bis auf drei bis vier Absenzen pro Monat – "immer" [gemeint wohl ab dem 11. März 2020 immer im beklagten Betrieb] präsent gewesen sei, nicht erbracht zu haben. Er ist allerdings der Auffassung, den Beweis durch vier weitere, bisher nicht einvernommene Zeugen (H. und K., I. sowie J.) leisten zu können.

5.2.

Nach Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Dieses sogenannte Recht auf Beweis schliesst eine *antizipierte Beweiswürdigung* nicht aus. Von einer solchen kann allerdings nur dann die Rede sein, wenn der Richter zum Schluss kommt, ein form- und fristgerecht beantragter und an sich tauglicher Beweis vermöge seine aufgrund der bereits abgenommenen Beweise gewonnene Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer behaupteten und bestrittenen Tatsache nicht zu erschüttern. Keine vorweggenommene Beweiswürdigung, sondern eine Verletzung des Rechts auf Beweis liegt demgegenüber vor, wenn der Richter objektiv taugliche und formgültig beantragte Beweise zu rechtserheblichen Tatsachen nicht abnimmt, obwohl er die Sachvorbringen dazu weder als erstellt noch als widerlegt erachtet (BGE 143 III 297 E. 9.3.2).

Im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) haben die Parteien nicht nur diejenigen Tatsachen zu behaupten, auf die sie ihre Begehren stützen, sondern auch die entsprechenden Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO). Dazu gehört auch, dass aus dem Zusammenhang klar wird, inwiefern die angerufenen Beweismittel den angestrebten Beweis erbringen sollen. Es genügt nicht, in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeilagen zu verweisen (BGE 4A_195/2017 und 4A_197/2014 [= BGE 140 III 602 dort nicht publizierte] E. 7.3.3). Ein Beweismittel ist nur dann formgerecht angeboten, wenn es sich eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt (BGE 4A_291/2018 E. 4.4.2, 4A_262/2016 E. 4.1). Deshalb sind die einzelnen Beweismittel unmittelbar im Anschluss an die entsprechenden Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die durch sie bewiesen werden sollen ("Prinzip der sog. Beweismittelverbindung"; BGE 4A_291/2018 E. 4.4.2; KILLIAS, Berner Kommentar 2012, N. 20 zu Art. 221 ZPO).

5.3.

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid (E. 5.4.5) ausführlich und nachvollziehbar begründet, wieso sie auf die Einvernahme der drei Zeugen

- J. (keine Angabe des Klägers, zu welchen Punkten dieser – ursprünglich von der Beklagten angerufene – Zeuge befragt werden solle),
- I. (es sei nicht Sache des Gerichts, Adressnachforschung betreffend einen Zeugen zu betreiben, der sich ins Ausland abgemeldet habe; Unzulässigkeit einer Befragung auf die Nummer eines Mobiltelefons) und
- H. (selbst wenn dieser bezeugen würde, dass der Kläger jeden Tag im Betrieb der Beklagten am Arbeiten gewesen sei, stünde dies im Widerspruch zur Aussage des als glaubhaft erachteten [angefochtener Entscheid E. 5.4.3.3] Zeugen F., sodass die Zweifel an einer solchen durchgehenden Tätigkeit des Klägers bestehen blieben, zumal wegen des weiterbestehenden Arbeitsverhältnisses zwischen H. und der Beklagten ein Interessenkonflikt gegeben wäre, der die Glaubwürdigkeit des Zeugen leicht verminderte)

verzichtete. Mit den – wie gesagt – nachvollziehbaren Argumenten der Vorinstanz setzt sich der Kläger in seiner Berufung nicht auseinander, weshalb darauf nicht einzugehen ist. Der vierte vom Kläger in der Berufung aufgelistete Zeuge, K., ist neu (so zu Recht die Beklagte in der Berufungsantwort S. 7). Da der Kläger nicht einmal begründet, wieso er diesen nicht vor Vorinstanz angerufen hat, handelt es sich um ein unzulässiges Novum (vgl. vorstehende E. 2.1 zweiter Absatz).

6.

Die Berufung des Klägers erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Kläger für das Rechtsmittelverfahren vollumfänglich kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei einem zweitinstanzlichen Streitwert von Fr. 33'435.00 (Fr. 38'200.00 brutto ./ ca. Fr. 4'765.00 [Fr. 4'050.00 netto : 85 x 100]) ist die vom Kläger zu bezahlende Entscheidgebühr auf Fr. 3'295.00 festzusetzen (§ 7 Abs. 1 VKD; dazu dass der Bruttolohn streitwertbegründend ist, vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., S. 41). Mit Blick auf die ihm mit instruktionsrichterliche Verfügung vom 1. Dezember 2022 gewährte unentgeltliche Rechtspflege ist sie ihm unter Vorbehalt der Rückforderung gemäss Art. 123 ZPO einstweilen vorzumerken. Die vom Kläger der Beklagten für das Berufungsverfahren geschuldete Parteientschädigung ist ausgehend von einer bei einer Grundentschädigung von Fr. 6'602.20 (§ 3 Abs. 1 lit. a AnwT) unter Berücksichtigung eines Abzugs von 20 % für die entfallene Verhandlung und eines Rechtsmittelabzugs von 25 % (§ 6 Abs. 2 und § 8 AnwT) sowie einer Auslagenpauschale von Fr. 50.00 auf Fr. 4'011.30 (= Fr. 6'602.20 x 0.8 x 0.75 + Fr. 50.00) festzusetzen (ein Mehrwertsteuerzuschlag entfällt, nachdem die Beklagte mehrwertsteuerpflichtig [https://www.uid.admin.ch/Detail.aspx?uid_id= CHE-289.828.154] und damit vorsteuerabzugsberechtigt ist; AGVE 2011, S. 465 f.).

Das Obergericht erkennt:

1.

Die Berufung des Klägers wird abgewiesen.

2.

Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 3'295.00 wird dem Kläger auferlegt. Sie wird ihm zufolge gewährter unentgeltlicher Rechtspflege einstweilen vorgemerkt.

3.

Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine zweitinstanzliche Parteientschädigung in der richterlich festgesetzten Höhe von Fr. 4'011.30 zu bezahlen.

Zustellung an:

[...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **Streitwert** des kantonalen Verfahrens beträgt über **Fr. 15'000.00**.

Aarau, 14. Februar 2023

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 1. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Brunner

Tognella