Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.74/2003 /mks

Urteil vom 2. Oktober 2003
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Nyffeler, Ersatzrichter Geiser,
Gerichtsschreiber Widmer.

Parteien
A._____,
Beklagter und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas Auer, Marktplatz 4,
9004 St. Gallen,

gegen

B._____,
Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Jürg Wernli, Bahnhofstrasse 10,
9100 Herisau.

Gegenstand
Arbeitsvertrag,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts von Appenzell A.Rh., 2. Abteilung, vom 26. November 2002.

Sachverhalt:

A.
B._____ (Klägerin) war vom 1. Januar 1995 bis zum 30. September 1999 bei A._____ (Beklagter) im Landgasthof X._____ als Küchenhilfe und "Frau für Alles" angestellt. Am 4. Februar 1999 ersuchte sie den Beklagten schriftlich um Klärung von Unstimmigkeiten bezüglich des Quellensteuer- und Verpflegungskostenabzugs. Mit Schreiben vom 12. November 1999 forderte sie ihn in diesem Zusammenhang auf, ihr insgesamt Fr. 9'444.90 zurückzuerstatten.

B.
Am 1. November 2000 belangte die Klägerin den Beklagten vor Kantonsgericht von Appenzell AR auf Zahlung eines Betrages von Fr. 40'241.80 nebst Zins. Das Kantonsgericht nahm mit Urteil vom 29. Oktober 2001 von der Anerkennung der Forderung im Betrag von Fr. 5'321.– Kenntnis, sprach der Klägerin darüber hinaus den Betrag von Fr. 30'796.90 nebst Zins zu und wies die Klage im Übrigen ab.

Auf Appellation des Beklagten und Anschlussappellation der Klägerin hin reduzierte das Obergericht des Kantons Appenzell AR den über die anerkannte Forderung hinaus zugesprochenen Betrag auf Fr. 24'444.45. Das Obergericht hielt den Anspruch der Klägerin auf Entschädigung für nicht bezogene Ferien- und Feiertage im Umfang von Fr. 5'906.95 brutto sowie für Überzeit im Zeitraum vom 1. Januar 1995 bis 30. November 1998 in der Höhe von Fr. 18'537.50 für ausgewiesen.

C.

Der Beklagte führt gegen dieses Urteil eidgenössische Berufung. Er beantragt im Wesentlichen, die Klage abzuweisen. Die Klägerin schliesst auf Abweisung der Berufung und erhebt Anschlussberufung. Sie verlangt damit im Wesentlichen, das angefochtene Urteil sei soweit aufzuheben, als das Obergericht ihren Anspruch auf Erstattung eines ungerechtfertigten Verpflegungskostenabzugs in der Höhe von Fr. 4'123.90 nicht gutgeheissen habe, und die Sache sei zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und Neubeurteilung zurückzuweisen. Der Beklagte verlangt, auf die Anschlussberufung sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Die kantonalen Instanzen gingen davon aus, dass das streitbetroffene Arbeitsverhältnis bis zum 31. Dezember 1998 nach dem Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes (L-GAV) 92 und ab diesem Datum nach dem L-GAV 98 zu beurteilen sei. Diese Verträge sähen namentlich für nicht bezogene Ferien- und Feiertage eine Entschädigungspflicht des Arbeitgebers vor. Nach Art. 82 Abs. 2 L-GAV 92 sei der Arbeitgeber zudem verpflichtet gewesen, in bestimmter Weise über die Arbeitszeiten und die gewährten Ferien- und Feiertage Buch zu führen. Dieser Verpflichtung sei er nicht nachgekommen. Für diesen Fall auferlege Art. 82 Abs. 5 L-GAV 92 dem Arbeitgeber die Beweislast, dass vom Arbeitnehmer geforderte Überstunden-, Ruhetage-, Ferien- und/oder Feiertagsguthaben nicht geschuldet seien. Demgegenüber enthalte der L-GAV 98 keine entsprechende Regel mehr, weshalb für die Zeit ab 1. Januar 1999 die allgemeine Beweislastregel von Art. 8 ZGB gelte.

Die Vorinstanz hielt auf dieser Grundlage den Anspruch der Klägerin auf Entschädigung für Ruhe-, Ferien- und Feiertage vollumfänglich für ausgewiesen. Ferner sprach sie ihr die geforderte Entschädigung für während des Inkraftstehens des alten L-GAV geltend gemachte Überstunden zu, hielt jedoch die Forderung für während der Geltungsdauer des neuen L-GAV beanspruchte Überstunden für nicht ausgewiesen.

2.
Der Beklagte wehrt sich in der Berufung gegen die Anwendung der Beweislastregel nach Art. 82 Abs. 5 L-GAV 92 im Zusammenhang mit der zugesprochenen Überstundenentschädigung. Diese Bestimmung sei nicht allgemeinverbindlich erklärt worden und folglich auf das zu beurteilende Arbeitsverhältnis gar nicht anwendbar. So sei er selber zwar Verbandsmitglied. Die Klägerin gehöre aber keiner beteiligten Gewerkschaft an. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz obliege der Beweis der geleisteten Überstunden damit nach Art. 8 ZGB der Klägerin. Das angefochtene Urteil enthalte aber keine tatsächliche Feststellung hinsichtlich effektiv geleisteter Überstunden, weshalb die geforderte Entschädigung nicht geschuldet sei.

2.1 Vorbehältlich einer Allgemeinverbindlicherklärung nach dem Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG; SR 221.215.311) gelten die normativen Bestimmungen eines GAV nur für die beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber (Art. 357 OR). Beteiligt in diesem Sinn sind zunächst jene Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die einem vertragsschliessenden Verband angehören. Damit die GAV-Bestimmungen ihre normative Wirkung entfalten genügt es insoweit nicht, dass entweder der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer Mitglied eines Verbands ist. Vielmehr müssen beide einem solchen angehören. Die Stellung eines Beteiligten erhält ein Arbeitnehmer darüber hinaus auch, wenn er eine Anschlusserklärung nach Art. 356b Abs. 1 OR abgegeben hat (BGE 123 III 129 E. 3a S. 131; Schönenberger/Vischer, Zürcher Kommentar, N. 4 zu Art. 357 OR; Stöckli, Berner Kommentar, N. 1 zu Art. 356b OR, N. 8 zu Art. 357 OR; Rehbinder/Portmann, Basler Kommentar, N. 15 zu Art. 357 OR).

Zwar kann der GAV eine ausdehnende Klausel vorsehen, welche die beteiligten Arbeitgeber verpflichtet, die normativen Bestimmungen auf alle Arbeitnehmenden anzuwenden, unabhängig davon, ob sie Mitglieder einer dem GAV angeschlossenen Gewerkschaft sind (so genannte Ausdehnungsklausel). Allerdings können die nicht beteiligten einzelnen Arbeitnehmer aus einer solchen keine direkten Ansprüche gegenüber ihrem Arbeitgeber ableiten; solche Klauseln in einem Verbandsvertrag bewirken nur, dass ein angeschlossener Arbeitgeber, der eine entsprechende Bestimmung verletzt, Sanktionen seines Verbandes gewärtigen muss (BGE 123 III 129 E. 3a; 81 I 1 E. 3 und 4).

2.2 Für die Anwendbarkeit des L-GAV ist demnach entscheidend, ob die Klägerin Mitglied einer Gewerkschaft ist oder eine Anschlusserklärung abgegeben hat, oder ob es sich bei ihr um eine Aussenseiterin handelt. Das Obergericht behandelt diese Frage indessen mit keinem Wort. Die Folgen, dass sich im angefochtenen Urteil keine entsprechende Feststellung findet, sind von der Klägerin als der Partei zu tragen, die sich auf Normen des L-GAV beruft und die damit auch die Beweislast für die Tatsachen trifft, welche die Anwendbarkeit des L?GAV begründen.

Im Folgenden ist somit - wie der Beklagte zu Recht geltend macht - davon auszugehen, dass die Bestimmungen des L-GAV nur soweit auf das zu beurteilende Arbeitsverhältnis Anwendung finden, als sie allgemeinverbindlich erklärt worden sind. Hinsichtlich des Artikels 82 Abs. 5 L-GAV ist dies nicht der Fall.

2.3 Soweit die Vorinstanz die Überstunden in alleiniger Anwendung der Beweislastregel von Art. 82 Abs. 5 L-GAV als ausgewiesen betrachtete, wirft der Beklagte ihr eine falsche Rechtsanwendung demnach zu Recht vor. Die Vorinstanz hielt allerdings fest, die Sachdarstellung der Klägerin werde darüber hinaus durch eine Zeugenaussage gestützt; die Kritik des Beklagten an den Ausführungen des Zeugen sei ungenügend substanziiert. Darin liegt entgegen der Ansicht des Beklagten nicht bloss ein obiter dictum. Vielmehr handelt es sich um eine selbständige Eventualbegründung des angefochtenen Entscheides. Das Obergericht stellt damit fest, dass der Klägerin der Beweis der geleisteten Überstunden gelungen sei. Ist der Beweis erbracht, so stellt sich die Frage der Beweislast gar nicht mehr (BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 277; 114 II 289 E. 2 S. 291, je mit Hinweisen).

2.4 Der Beklagte bestreitet allerdings, dass die Vorinstanz hinsichtlich der geleisteten Überstunden eine verbindliche tatsächliche Feststellung im Sinne von Art. 63 Abs. 2 OG getroffen habe. Es ist ihm einzuräumen, dass die Ausführungen im angefochtenen Urteil leicht widersprüchlich sind, soweit die Vorinstanz diesbezüglich den vollen Beweis durch die Zeugenaussage eines Arbeitskollegen als erbracht betrachtete. So hält das Gericht doch den Beweis der Überstunden für die Periode von Januar bis September 1999 - als der L-GAV 98 in Kraft war und die Klägerin auch nach Auffassung des Gerichts die Beweislast trug (vgl. Erwägung 1 oben) - für gescheitert, weil die Zeitangaben des gleichen Zeugen im Quantitativen zu wenig präzise seien.

Der Widerspruch löst sich allerdings bei richtiger Rechtsanwendung von selbst auf. So ergibt sich aus dem angefochtenen Urteil klar, dass die Vorinstanz die Tatsache, dass überhaupt Überstunden geleistet worden sind, auch für die Periode 1999 als durch die Aussage des Zeugen eindeutig bewiesen erachtet. Sie hält seine Aussagen bloss für zu wenig präzise, als dass damit der genaue Umfang der Überstunden nachgewiesen wäre. Daraus zieht sie den unzutreffenden Schluss, die Überstundenforderung sei gänzlich abzuweisen, soweit die Beweislast bei der Klägerin liege. Sie lässt dabei unberücksichtigt, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für den Nachweis geleisteter Überstunden in analoger Anwendung von Art. 42 OR eine Beweiserleichterung zu gewähren ist, wenn die beweispflichtige Partei alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, soweit möglich und zumutbar bewiesen hat. Ist - wie im vorliegenden Fall - nachgewiesen, dass tatsächlich Überstunden geleistet worden sind, kann aber auf Grund der zur Verfügung stehenden Beweismittel deren genauer Umfang nicht festgestellt werden, so hat ihn das Gericht aufgrund der gesamten Umstände abzuschätzen (BGE 128 III 271 E. 2b/aa mit Hinweis). Darin,
dass die Vorinstanz der Klägerin für die Zeit bis Ende 1998 den geforderten Betrag zugesprochen hat, ist denn auch eine solche Schätzung zu sehen. Bei einer solchen handelt es sich um eine für das Bundesgericht im Berufungsverfahren verbindliche Sachverhaltsfeststellung (BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 277). Aus dem Umstand, dass die Vorinstanz die Forderung für die Zeit nach Ende 1998 fälschlicherweise vollständig abgewiesen hat, ohne eine Schätzung vorzunehmen, kann der Beklagte nicht ableiten, es liege auch für die Zeit vor Ende 1998 keine Sachverhaltsfeststellung hinsichtlich geleisteter Überstunden vor. Dass die Vorinstanz die Überstundenentschädigung für die Zeit bis November 1998 zugesprochen hat, ist richtig. Für die Zeit danach hat die Klägerin den Entscheid in ihrer Anschlussberufung nicht angefochten, weshalb es insoweit beim Urteil der Vorinstanz bleibt.

3.
Hinsichtlich der Entschädigung für nicht bezogene Ferien- und Feiertage macht der Beklagte nicht geltend, dass die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zu-

stande gekommen seien. Es ist überdies unbestritten, dass die Bestimmungen des L-GAV über die Ferien und die Feiertage und über die Entschädigung nicht bezogener Tage mit Bundesratsbeschluss vom 10. Dezember 1992 bzw. vom 19. November 1998 allgemeinverbindlich erklärt wurden und damit grundsätzlich auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien anwendbar sind (vgl. Erwägungen 2.1 und 2.2).

3.1 Der Beklagte rügt aber, die Vorinstanz habe die Entschädigung für die Zeit zwischen dem Ende der Gültigkeitsdauer des L-GAV 92 (am 30. Juni 1996) und der Allgemeinverbindlicherklärung des L-GAV 98 (ab 1. Januar 1999) zu Unrecht gestützt auf die entsprechenden Bestimmungen des L-GAV 92 zugesprochen, obwohl sie nicht mehr in Kraft gewesen seien.
3.1.1 Mit der ersatzlosen Beendigung des GAV werden die Vertragsparteien grundsätzlich von allen gegenseitig vereinbarten Rechten und Verpflichtungen entbunden (Eugen X. Haener, Das Arbeitsverhältnis nach der ersatzlosen Beendigung des Gesamtarbeitsvertrages, Basel 1984, S. 94; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 5 zu Art. 356c OR). Soweit die Einzelarbeitsverträge durch den GAV direkt geregelt waren, werden sie durch dessen Beendigung ebenfalls betroffen, da die normativen Bestimmungen des GAV ihre unmittelbare Wirkung auf sie verlieren. Mit Beendigung des GAV fällt dabei das einzelne Arbeitsverhältnis nicht einfach dahin. Sein Inhalt muss deshalb auch nach dem Wegfall des GAV bestimmbar sein (Haener, a.a.O., S. 106; Kramer, Berner Kommentar, Art. 1-18 OR, Allgemeine Einleitung in das OR, N. 74). Insoweit stellt sich die Frage nach der Nachwirkung des GAV auf jene Einzelarbeitsverträge, die während seiner Geltung geschlossen oder erneuert wurden (Schönenberger/Vischer, a.a.O., N. 40 zu Art. 356c OR). Im Gegensatz zum deutschen und österreichischen Recht (§ 4 Abs. 5 des deutschen Tarifvertragsgesetzes vom 9. April 1949 und § 13 des österreichischen Arbeitsverfassungsgesetzes vom 14. Dezember 1973), in
denen die Nachwirkung eines gekündigten GAV ausdrücklich sichergestellt wird, fehlt im schweizerischen Recht eine entsprechende Regelung. Die Nachwirkung des Gesamtarbeitsvertrags bei seinem Dahinfallen sowie beim Austritt eines Arbeitsvertragspartners aus dem vertragsschliessenden Verband wurde zwar anlässlich des Erlasses des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 und zur Revision des Gesamtarbeitsvertragsrechts zur Diskussion gestellt. Letztlich wurde jedoch darauf verzichtet, eine entsprechende Regelung ins Gesetz aufzunehmen (Hans Peter Tschudi, Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts, Basel 1987, S. 48 f.).

Es steht den GAV-Parteien grundsätzlich frei, die Nachwirkung der normativen Vertragsbestimmungen zu vereinbaren. So kann aus dem GAV klar hervorgehen, dass die Wirkung von Normen auf dessen Dauer beschränkt ist. In seltenen Fällen ergibt sich aus der Natur von Vertragsbestimmungen, dass ihre Geltung auf die GAV-Dauer begrenzt ist (vgl. dazu: Haener, a.a.O., S. 141, mit Beispielen). Meist regelt der GAV diese Frage aber nicht. Das trifft auch für den hier zu beurteilenden L-GAV 92 zu.
3.1.2 Der Inhalt des Einzelarbeitsvertrages versteht sich als die Gesamtheit aller geltenden Eigen- und Fremdnormen (Haener, a.a.O., S. 107; Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar, N. 275 ff. zu Art. 18 OR). Es ist somit zu prüfen, in welchem Verhältnis die einzelarbeitsvertraglichen und gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen nach der Beendigung des GAV zueinander stehen. In der Lehre wird diese Frage unterschiedlich beurteilt. Dabei stehen sich im Wesentlichen zwei Auffassungen gegenüber:
3.1.2.1 Ein Teil der Lehre geht vom Umstand aus, dass die Bestimmungen des GAV bis zu seiner ersatzlosen Beendigung zwingend und unmittelbar auf die Arbeitsverhältnisse wirken (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 6 zu Art. 356 OR; Schönenberger/Vischer, a.a.O., N. 67 zu Art. 356 OR). Sie regeln die Einzelarbeitsverträge wie gesetzliches Recht. D.h. sie stellen zwingendes ergänzendes Recht der Einzelarbeitsverträge dar, ohne zu deren Inhalt zu werden (Schönenberger/Vischer, a.a.O., N. 68 zu Art. 356 OR; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar 1936, N. 10 zu Art. 323 aOR S. 1200). Die Einzelarbeitsverträge werden somit nach ersatzloser Beendigung des GAV durch das Gesetz geregelt, um nicht als inhaltloser Vertrag dazustehen (Oser/Schönenberger, a.a.O., N. 12 zu Art. 323 aOR; dazu: Haener, a.a.O., S. 107 ff.). Bei diesem Ansatz ergeben sich zum einen Schwierigkeiten, wenn das Gesetz Punkte, die durch den GAV detailliert geregelt sind, überhaupt nicht oder nur in den Grundzügen konkretisiert. Zum anderen fällt ins Gewicht, dass mittels des GAV den branchen- und berufsspezifischen Verhältnissen Rechnung getragen wird (Stöckli, Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, Bern 1990, S. 383 ff. [nachfolgend zit. als "Stöckli, GAV"]). Gegen ein
Ersetzen nur einzelner GAV-Normen durch die entsprechenden Gesetzesbestimmungen spricht sodann der Umstand, dass den Parteien des Einzelarbeitsvertrages im Augenblick der ersatzlosen Beendigung des GAV nicht

klar ist, welche einzelnen Inhaltsnormen oder sogar Inhaltsnormbestandteile ersetzt werden sollen (Haener, a.a.O., S. 111).
3.1.2.2 Die andere Lehrmeinung geht davon aus, dass der Einzelarbeitsvertrag mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten ein Ganzes bildet. Es ist insofern anzunehmen, dass die GAV-Normen nach dem effektiven Willen der Vertragsparteien auch Inhalt des Einzelarbeitsvertrages wurden, sofern die Parteien nicht zulässigerweise einen abweichenden Inhalt vereinbart haben. Die Bestimmungen des jeweils geltenden GAV sind damit ein integrierender Bestandteil der Einzelarbeitsverträge. Sie haben eine doppelspurige Wirkung, indem sie einerseits gesetzlich normative Geltung erlangen und andererseits dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien des Einzelarbeitsvertrages entsprechen (Haener, a.a.O., S. 114 f.; Vischer, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1,III, Basel 1994, S. 283). Nach der ersatzlosen Beendigung des GAV gelten dessen Bestimmungen nur noch - aber immerhin - als vereinbarter Inhalt des Einzelarbeitsvertrages (Schönenberger/Vischer, a.a.O., N. 45 zu Art. 356c OR; Haener, a.a.O., S. 128 [vgl. auch BGE 98 Ia 561 E. 1, wo die Auffassung, dass ein GAV noch nach Ablauf seiner Gültigkeitsdauer dem mutmasslichen Parteiwillen entspreche, nicht als willkürlich beurteilt wurde]).

Nach dieser zweiten Auffassung ist zuerst zu prüfen, ob die Parteien für den Fall der Beendigung des GAV selbständig etwas geregelt haben oder ob eine Vereinbarung vorliegt, mit der sie inhaltlich in zulässiger Weise von der Regelung im GAV abgewichen sind. Trifft dies nicht zu, gelten die Normen des dahingefallenen GAV als dem tatsächlichen beidseitigen Parteiwillen entsprechender Inhalt des Einzelarbeitsvertrages. Diesfalls ist nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen davon auszugehen, dass der Vertrag mit entsprechendem Inhalt gilt, bis die Parteien ihn mittels Änderungsvertrag aufgehoben bzw. abgeändert haben (Vischer, a.a.O., S. 283). Ein Abänderungsvertrag kommt nur zustande, wenn sich die Parteien über die Änderung verständigt haben. Keine Partei kann der anderen Änderungen aufzwingen. Jede Partei hat allerdings die Möglichkeit, auf die andere Partei mit einer Änderungskündigung einen gewissen Druck auszuüben, indem sie diese vor die Alternative stellt, entweder der Änderung zuzustimmen oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Kauf zu nehmen (vgl. Geiser, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP 1999 S. 61 ff.). Solche Änderungskündigungen sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zulässig,
sofern formell richtig vorgegangen wird und von der Gegenseite nicht eine Änderung gefordert wird, "die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt" (BGE 123 III 246 E. 3b und 4a S. 250 f.).

Diese zweite Lehrmeinung überzeugt jedenfalls für jene GAV-Bestimmungen, welche die Leistungen der Parteien betreffen. Hier ist davon auszugehen, dass die Parteien ihre gegenseitigen Leistungspflichten auf die für sie gültigen Bestimmungen eines GAV abgestimmt haben. Insofern haben sie den Inhalt des GAV beim Abschluss des Einzelarbeitsvertrages als Vertragsinhalt übernommen, sofern keine abweichende Vereinbarung nachgewiesen ist. Vorbehältlich anderer Abrede verändert der Wegfall des GAV dann aber auch den Inhalt des Einzelarbeitsvertrages nicht. Er bewirkt nur eine grössere Vertragsfreiheit. Die Parteien können anderes vereinbaren, wenn sie dies wollen, unabhängig davon, ob der GAV es zulässt, dass die Parteien den Einzelarbeitsvertrag hinsichtlich bestimmter Punkte individualisieren (vgl. dazu Stöckli, GAV, a.a.O., S. 227 und 367 Fn. 4). Solange sie das aber nicht getan haben, gilt der bisherige Vertrag unverändert weiter.

Für Arbeitsverträge, die vor Inkrafttreten des GAV oder erst nach dessen Beendigung geschlossen worden sind, gilt das Gesagte nicht ohne weiteres. Wie es sich insoweit im Einzelnen verhält, braucht aber hier nicht entschieden zu werden.
3.1.3 Im vorliegenden Fall wurde der Arbeitsvertrag während der Gültigkeitsdauer des L-GAV 92 geschlossen. Es ist nicht nachgewiesen, dass sich die Parteien bezüglich der Ferien- und Feiertage auf etwas vom GAV Abweichendes geeinigt oder für den Fall der Beendigung des GAV eine spezielle Vereinbarung getroffen hätten. Die Regelung ist damit Vertragsinhalt geworden. Dem angefochtenen Entscheid ist auch keine dahingehende Feststellung zu entnehmen, dass sich die Parteien nach dem Wegfallen des GAV über eine Änderung des Vertrages geeinigt hätten. Die Regelung des GAV hat somit, wie die Vorinstanz richtig angenommen hat, über die Gültigkeitsdauer des GAV hinaus Bestand gehabt. Die Kritik des Beklagten am angefochtenen Entscheid ist auch insoweit unbegründet.

3.2 Der Beklagte hält sodann dafür, dass die Klägerin ihre Ferien jeweils spätestens im Folgejahr hätte be-

ziehen müssen. Da sie dies nicht getan habe, sei ihr Anspruch teilweise verwirkt. Damit verkennt der Beklagte die Rechtslage. Das Gesetz kennt keine entsprechende Verwirkungs- oder Verjährungsfrist. Die Verjährung richtet sich vielmehr nach den allgemeinen Verjährungsregeln und beträgt somit nicht bloss ein Jahr, sondern fünf oder zehn Jahre (Art. 127 und 128 Ziff. 3 OR; in der Lehre werden beide Meinungen vertreten [vgl. Rehbinder/Portmann, a.a.O., N. 4 zu Art. 329c OR]; vgl. auch Botschaft des Bundesrates vom 27. September 1982 zur Volksinitiative "für eine Verlängerung der bezahlten Ferien" und zur Revision der Ferienregelung im Obligationenrecht, BBl 1982 III 201, S. 237). Die gegenteilige, auf den Wortlaut von Art. 329c aOR gestützte Rechtsprechung (zuletzt publiziert in BGE 107 II 430 E. 3b; vgl. auch darauf bezugnehmend Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 7 zu Art. 329c OR) ist durch die Revision des Art. 329c OR gemäss Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 (in Kraft seit 1. Juli 1984; AS 1984 S. 580 f.) überholt. Abgesehen vom gesetzestechnischen Argument, dass es an jeder Norm fehlt, die eine Befristung auf ein Jahr
vorsähe, besteht auch materiell kein Bedürfnis für eine solche. Es ist der Arbeitgeber und damit der Schuldner, der den Zeitpunkt der Ferien festlegt und dafür sorgen kann und muss, dass der Arbeitnehmer seine Ferien im Sinne von Art. 329c Abs. 1 OR "in der Regel im Laufe des betreffenden Dienstjahres" bezieht (Art. 329c Abs. 2 OR). Grundsätzlich ist er damit auch dafür verantwortlich, wenn der Anspruch erst viel später geltend gemacht wird (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 237).

Es erweist sich somit, dass das Obergericht der Klägerin die Entschädigung für nicht bezogene Ferien- und Feiertage zu Recht zugesprochen hat. Deren Berechnung durch die Vorinstanz wird vom Beklagten nicht in Frage gestellt.

Die Berufung ist somit abzuweisen.

4.
Die Klägerin wendet sich mit ihrer Anschlussberufung gegen die Abweisung ihrer Forderung auf Erstattung von Verpflegungskostenabzügen. Sie hatte vor den kantonalen Instanzen geltend gemacht, seit März 1997 nicht mehr im Betrieb des Beklagten gegessen zu haben. Deshalb sei sie ab diesem Zeitpunkt für Mahlzeiten nichts mehr schuldig gewesen. Ihr sei aber weiterhin, und zu Unrecht, ein entsprechender Betrag vom Lohn abgezogen worden. Der Beklagte bestritt, dass die Klägerin schon seit März 1997 keine Mahlzeiten mehr bei ihm eingenommen habe. Die Vorinstanz verzichtete auf die Einvernahme der von der Klägerin dagegen angerufenen Zeugen, da die Frage gar nicht entscheidwesentlich sei. Entscheidend sei einzig, wann die Vereinbarung über eine entgeltliche Verpflegung zwischen den Parteien aufgehoben worden sei.

Die Klägerin macht dagegen geltend, die Verpflegungsvereinbarung sei durch den Nichtbezug der Mahlzeiten ab März 1997 konkludent aufgehoben worden. Dies werde durch den L-GAV 98 bestätigt, nach dem nur tatsächlich bezogene Leistungen in Rechnung gestellt werden dürften. Ein Gastaufnahmevertrag sei überdies jederzeit auch konkludent auflösbar. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt in Verletzung der bundesrechtlichen Beweisvorschrift von Art. 8 ZGB nicht vollständig abgeklärt, indem sie nicht festgestellt habe, ab wann die Klägerin ihre Mahlzeiten nicht mehr im Betrieb eingenommen habe.

4.1 Die streitigen Abzüge betreffen die Zeit zwischen März 1997 und Dezember 1998. Für diese Zeit galt der L-GAV 92 (vgl. vorstehende E. 3). Dieser äussert sich nicht darüber, ob ein vereinbarter pauschaler Verpflegungskostenabzug auch erhoben werden kann, wenn die entsprechende Leistung gar nicht bezogen worden ist. Diesbezüglich ist somit auf die Regeln des Gesetzes zurückzugreifen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich beim Arbeitsvertrag und der strittigen Vereinbarung bezüglich der Mahlzeiten insgesamt um einen gemischten Vertrag handelt, der neben arbeitsvertraglichen Elementen auch solche des Gastaufnahmevertrages enthält. Die Verpflegungsvereinbarung ist jedenfalls aufs Engste mit dem Arbeitsvertrag verflochten. Das Einnehmen der Mahlzeiten in der Gastwirtschaft macht in erster Linie Sinn, wenn die Arbeitnehmerin dort arbeitet. Es soll ihr damit ermöglicht werden, sich ohne grossen Aufwand in einer Arbeitspause oder am Anfang oder am Ende der Arbeit zu verpflegen. Es handelt sich somit bei der Verpflegungsvereinbarung nicht um einen selbständigen Vertrag, der auch ohne den Arbeitsvertrag Bestand haben könnte, sondern um eine Nebenabrede zu diesem.

4.2 Nebenabreden sind bei einem Arbeitsvertrag ohne weiteres zulässig. Allerdings haben sie sich innerhalb des gesetzlichen Rahmens des Arbeitsvertragsrechts zu halten. Im vorliegenden Zusammenhang ist Art. 323b Abs. 3 OR zu beachten. Nach dieser Norm sind Abreden über die Verwendung des Lohnes im Interesse des Arbeitgebers nichtig. Damit soll verhindert werden, dass die Arbeitnehmerin Waren statt Geld erhält. Verpönt ist sowohl die Übereignung von Waren an Zahlungsstatt, wie auch der vorherige Abschluss eines Kauf- oder anderen Vertrags mit anschliessender Verrechnung (sog. "Truckverbot"; Rehbinder/Portmann, a.a.O., N. 5 zu Art. 323b OR). Das Verbot richtet sich jedoch nicht gegen eine Vereinbarung von Naturallohn. Soweit aber Geldlohn vereinbart worden ist, soll die Arbeitnehmerin frei über ihren Lohn verfügen können (Staehelin, a.a.O., N. 23 zu Art. 323b OR; Vischer, a.a.O., S. 119). Dadurch wird auch nicht verhindert, dass die Arbeitnehmerin beim Arbeitgeber Waren kaufen kann. Ihr muss aber der Kaufentschluss frei stehen. Sie kann sich nicht dazu verpflichten, beim Arbeitgeber Waren zu kaufen (Rehbinder/Portmann, a.a.O., N. 6 zu Art. 323b OR; Vischer, a.a.O., S. 119; Wyler, Droit du travail, Bern 2002, S. 203 f.).

4.3 Vorliegend ist unbestrittenermassen Geldlohn vereinbart. Eine Nebenabrede, dass ein Teil dieses Geldlohnes für den Bezug von Waren und Dienstleistungen (Mahlzeiten) verwendet werden muss, erweist sich somit als unzulässig. Das hindert freilich den Arbeitgeber nicht, die Kosten von Mahlzeiten mit dem Lohn zu verrechnen, welche die Arbeitnehmerin tatsächlich und freiwillig bezogen hat. Zu Recht macht die Klägerin aber geltend, dass sie nicht verpflichtet war, solche zu beziehen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kommt es somit nicht darauf an, ob die Parteien die Vereinbarung abgeändert oder aufgehoben haben, denn diese enthielt nie eine verbindliche Verpflichtung, Mahlzeiten zu beziehen. Massgebend ist einzig, ob die Klägerin tatsächlich Mahlzeiten bezogen hat oder nicht. Darüber haben die kantonalen Instanzen weder Beweise geführt (Art. 8 ZGB) noch tatsächliche Feststellungen getroffen (Art. 63 Abs. 2 OG). Weil der Beklagte Verrechnung mit einer Forderung geltend macht, die ihm aus der Leistung von Mahlzeiten zusteht, trifft ihn die Beweislast, dass er die Mahlzeiten tatsächlich geliefert hat, bzw. dass sie von der Klägerin bezogen worden sind (Art. 8 ZGB; vgl. BGE 128 III 271 E. 2a/aa).

Die Anschlussberufung erweist sich somit insoweit als begründet, als die Klägerin die Rückweisung der Sache zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung verlangt. Der Klägerin kann der geforderte Betrag mangels Schlüssigkeit des Sachverhalts nicht zugesprochen werden. Die Sache ist vielmehr zu dessen Ergänzung und neuer Entscheidung hinsichtlich der Forderung auf Erstattung von Verpflegungskostenabzügen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 64 Abs. 1 OG). Eine Teilaufhebung des angefochtenen Entscheids erweist sich nicht als erforderlich.

5.
Da der Streitwert im kantonalen Verfahren Fr. 30'000.– überstieg, ist das Verfahren nicht kostenlos (Art. 343 OR; BGE 115 II 30 E. 5b mit Hinweis). Dem Ausgang entsprechend ist die Gerichtsgebühr dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Er hat die Klägerin überdies für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Berufung wird abgewiesen und die Anschlussberufung wird teilweise gutgeheissen. Die Sache wird zur Ergänzung des Sachverhaltes und neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– wird dem Beklagten auferlegt.

3.
Der Beklagte hat die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'500.– zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht von Appenzell A.Rh., 2. Abteilung, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 2. Oktober 2003
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: