Urteilskopf

130 III 19

3. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. A. gegen B. (Berufung) 4C.74/2003 vom 2. Oktober 2003

Regeste (de):
Gesamtarbeitsvertrag (GAV); Nachwirkung nach Ablauf der Geltungsdauer.

Der Wegfall des GAV verändert den Inhalt der unterstellten Einzelarbeitsverträge vorbehältlich anderer Abrede nicht (E. 3.1). Regeste b Art. 323b Abs. 3 OR; Nebenabrede bei einem Arbeitsvertrag; "Truckverbot".

Eine Verpflegungsvereinbarung, wonach der Arbeitnehmer verpflichtet ist, beim Arbeitgeber Mahlzeiten zu beziehen, ist unzulässig (E. 4).

Regeste (fr):
Convention collective de travail (CCT); effet après l'expiration de sa durée de validité.

La caducité de la CCT ne modifie pas le contenu des contrats individuels de travail lui étant soumis, sauf accord contraire (consid. 3.1). Regeste b Art. 323b al. 3 CO; accord accessoire à un contrat de travail; interdiction des accords sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur ("Truckverbot").

Invalidité d'une convention d'entretien par laquelle le travailleur s'oblige à prendre ses repas auprès de l'employeur (consid. 4).

Regesto (it):
Contratto collettivo di lavoro (CCL); effetti una volta trascorso il periodo di validità.

Salvo patto contrario, la decadenza del CCL non modifica il contenuto dei contratti individuali ad esso sottoposti (consid. 3.1). Regesto b Art. 323b cpv. 3 CO; convenzione accessoria ad un contratto di lavoro; divieto di accordi concernenti l'impiego del salario nell'interesse del datore di lavoro ("Truckverbot").

Inammissibilità di un accordo in virtù del quale il lavoratore si obbliga a consumare i pasti presso il datore di lavoro (consid. 4).

Regeste b

Art. 329c OR; Verwirkung des Ferienanspruchs.
Die Rechtsprechung, nach welcher der Anspruch verwirkt, wenn die Ferien des laufenden Dienstjahres nicht spätestens im Folgejahr bezogen werden, ist überholt (E. 3.2).
Regeste c

Art. 323b Abs. 3 OR; Nebenabrede bei einem Arbeitsvertrag; "Truckverbot". Eine Verpflegungsvereinbarung, wonach der Arbeitnehmer verpflichtet ist, beim Arbeitgeber Mahlzeiten zu beziehen, ist unzulässig (E. 4).
Sachverhalt ab Seite 20

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 weist die Berufung ab und heisst die Anschlussberufung teilweise gut.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Hinsichtlich der Entschädigung für nicht bezogene Ferien- und Feiertage macht der Beklagte nicht geltend, dass die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen seien. Es ist überdies unbestritten, dass die Bestimmungen des Landes-Gesamtarbeitsvertrags des Gastgewerbes (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.

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 Gesamtarbeits-vertrages, Basel 1984, S. 94; STREIFF/VON KAENEL, Arbeits-

vertrag, 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, Zürcher Kommentar, 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.). 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, 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

BGE 130 III 19 S. 25

nachge wiesen, 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 beziehen 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, Basler Kommentar, 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)

BGE 130 III 19 S. 26

.
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.