

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA170003-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss vom 5. Juli 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. jur. X. _____

gegen

B. _____ GmbH,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Winterthur vom 12. Dezember 2016 (AH150032-K)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 19.624,35 CHF zuzüglich 5% Zinsen seit dem 09.05.2015 zu bezahlen.
2. Dem Kläger eine Arbeitsbestätigung auszustellen.
3. Für den Zeitraum vom 12.02.2015 bis 08.05.2015 eine Lohnabrechnung resp. eine Schlussabrechnung zu erstellen.
4. Dem Kläger die Belege über die Bezahlung der gesetzlichen bzw. vertraglich geschuldeten Soziallasten vorzulegen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Winterthur
vom 12. Dezember 2016** (Urk. 29):

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Arbeitsbestätigung, welche sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses ausspricht, sowie einen Lohnausweis für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses aus- und zuzustellen.
2. Im übrigen Umfang wird die Klage abgewiesen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 4'860.– (inkl. 8% MwSt) zu bezahlen, zahlbar an den Rechtsvertreter der Beklagten.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Berufung).

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 28):

- "1. Unter Abänderung des vorinstanzlichen Urteils sei die Berufungsbeklagte zu verurteilen, an den Berufungskläger 19.642,35 CHF zuzüglich 5 % Zinsen seit dem 09.05.2015 zu bezahlen.

2. Eventualiter sei das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Sachverhaltsergänzung und Neuurteilung den Klageantrag Ziffer 1 betreffend an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten auch für das erstinstanzliche Verfahren.

Prozessualer Antrag

Die Parteien seien zu einer mündlichen Berufungsverhandlung vorzuladen."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 38):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, und das angefochtene Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Winterthur vom 12. Dezember 2016 (AH150032-K) sei zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt) zulasten des Klägers/Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Am 12. Februar 2015 trat der Kläger im von der Beklagten geführten Restaurant eine Stelle als Koch an. Am 1. März 2015 schlossen die Parteien einen schriftlichen Arbeitsvertrag über ein 50 %-Pensum zu einem Monatslohn inklusive Anteil 13. Monatslohn von Fr. 2'250.– (Urk. 9/1). Für den Monat Februar bezahlte die Beklagte dem Kläger pauschal Fr. 1'600.–. Am 30. April 2015 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis (Urk. 13/2). Gemäss übereinstimmenden Angaben arbeitete er bis zum 7. Mai 2015 (Urk. 1 und 11).
2. Mit Eingabe vom 28. Dezember 2015 und Klagebewilligung vom 1. Oktober 2015 erhob der Kläger Klage mit den vorstehend erwähnten Begehren, wobei er mit der Forderungsposition Lohn für 613 Überstunden und damit zusammenhängend eine Entschädigung für Ferien und Ruhetage verlangte (Urk. 1 und 3). An der Hauptverhandlung vom 27. April 2016 wurden die mündlichen Parteivorträge zur Klagebegründung und Klageantwort abgehalten (Prot. I S. 3 ff.). Mit Verfü-

gung vom 10. Mai 2016 ordnete die Vorinstanz für Replik und Duplik das schriftliche Verfahren an (Prot. I S. 8), und sie fällte am 12. Dezember 2016 das Urteil (Prot. I S. 13, Urk. 29).

3. Am 31. Januar 2017 erhob der Kläger Berufung mit den obgenannten Anträgen (Urk. 28). Mit Schreiben vom 7. Februar 2017 wurde die Beklagte über den Eingang der Berufung orientiert (Urk. 34). Am 21. März 2017 reichte der Kläger eine Noveneingabe ein (Urk. 35). Mit Verfügung vom 27. April 2017 wurde der Beklagten Frist für die Berufungsantwort angesetzt (Urk. 37). Diese datiert vom 6. Juni 2017 und wurde mit Verfügung vom 9. Juni 2017 dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 38, 40). Die Verfügung wurde am 13. Juni 2017 an der schweizerischen Zustelladresse fristauslösend entgegengenommen (vgl. Urk. 40A), der Empfangsschein indessen bis heute nicht retourniert. Dafür reichte der Kläger mit Datum vom 30. Juni 2017 eine Stellungnahme ins Recht, vorab per Fax (Urk. 42/A, 42/B). Gemäss Art. 29 Abs. 1 und 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör und ein faires Gerichtsverfahren, was auch das Recht umfasst, von allen beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht). Das Gericht hat in jedem Einzelfall ein effektives Replikrecht zu gewährleisten, kann eine Eingabe jedoch auch lediglich zur Kenntnisnahme zustellen, wenn von der Partei erwartet werden kann, dass sie umgehend unaufgefordert Stellung nimmt, was insbesondere bei anwaltlich vertretenen Parteien der Fall ist (BGE 138 I 484 E. 2.4). Gemäss Praxis sind zehn Tage in der Regel ausreichend, um das Replikrecht wahrzunehmen (BGer 5A_174/2016 vom 26. Mai 2016, E. 3.2.). Gründe für eine längere Frist sind vorliegend nicht ersichtlich, weshalb die am 1. Juli 2017 zur Post gegebene Eingabe als verspätet gilt und daher unbeachtlich ist.

4. Die Berufung richtet sich gegen die Abweisung der eingeklagten Forderung und somit gegen Dispositiv-Ziffer 2 sowie gegen die Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffer 3 und 4) des angefochtenen Urteils. Nicht angefochten wurde Dispositiv-Ziffer 1 betreffend die Arbeitsbestätigung, was vorzumerken ist.

II.

1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung). Neue Tatsachen können nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Wer sich auf neue Tatsachen beruft, hat zu substantiieren und zu beweisen, dass er die entsprechenden Noven unverzüglich nach ihrer Entdeckung vorgebracht hat und dass er sie trotz Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorbringen können (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 317 N 34).

2. In prozessualer Hinsicht beantragt der Kläger, es sei zu einer mündlichen Verhandlung vorzuladen (Urk. 28 S. 3). Das Berufungsgericht hat bei der Verfahrensleitung und -gestaltung einen grossen Spielraum. Es steht grundsätzlich in seinem Ermessen, ob es eine Parteiverhandlung ansetzen und Beweise abnehmen will (Art. 316 Abs. 1 und 3 ZPO). In aller Regel wird das Berufungsverfahren als reiner Aktenprozess geführt ohne Durchführung einer Parteiverhandlung und Abnahme von Beweisen (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Im vorliegenden Fall werden weder Gründe dargelegt, noch besteht Anlass, eine Berufungsverhandlung durchzuführen, weshalb der Antrag abzuweisen ist.

3.1 Der Kläger behauptete im erstinstanzlichen Verfahren, er habe für die Beklagte 613.5 Überstunden geleistet. Diese seien ihm mit einem Zuschlag von 25 % zu vergüten und zusätzlich seien die Ferien und 20 Ruhetage zu entschädigen, weshalb ein Betrag von Fr. 19'624.35 geschuldet sei. Dabei berief sich der Kläger auf seine eigene Agenda (Urk. 1 S. 3, Prot. I S. 4). Die Beklagte hielt dem entgegen, der Kläger habe nur während den vereinbarten Arbeitszeiten gearbeitet, nämlich von Montag bis Freitag von 10 bis 14.30 Uhr und an Samstagen von 17.30 bis 22 Uhr. An Sonntagen habe der Kläger nicht gearbeitet. Überstunden

habe er keine geleistet, dafür habe es auch keine Veranlassung gegeben. Die Stundenaufstellung des Klägers sei im Nachhinein angefertigt worden und sei falsch (Urk. 11 S. 4 f.).

3.2 Die Vorinstanz verneinte einen Anspruch auf Entschädigung. Zur Begründung führte sie zusammengefasst aus, der Kläger habe sehr pauschal dargelegt, dass er während des Arbeitsverhältnisses insgesamt 886.75 Stunden gearbeitet und daher 613.5 Überstunden geleistet habe. Für das Quantitativ habe der Kläger auf seine Agenda verwiesen. Nähere Substantiiierungen sei er schuldig geblieben. Insbesondere habe es der Kläger unterlassen, im Detail darzulegen, an welchen Tagen er wie lange gearbeitet habe bzw. an welchen Tagen er wie viele Überstunden geleistet haben wolle. Ebenso wenig habe er dargetan, inwiefern die geltend gemachten Überstunden notwendig oder angeordnet gewesen seien. Es werde lediglich zu Protokoll gegeben, der Kläger habe sich weit über die vereinbarte Zeit im Restaurant aufgehalten, was Zeugen bestätigen könnten. Weiter mache er nicht geltend, die Beklagte habe explizit Überstunden angeordnet, vielmehr führe er aus, die Beklagte habe die Mehrarbeit konkludent angenommen und geduldet. Von einer stillschweigenden Genehmigung könne nur ausgegangen werden, wenn der Kläger der Beklagten die Überstunden periodisch zur Kenntnis gebracht habe. Der Kläger mache indessen nicht geltend, der Beklagten Arbeitsrapporte abgegeben zu haben, und er nenne auch keine diesbezüglichen Beweismittel. Er reiche einzig Auszüge aus seiner Agenda ein. Seine eigenen Stundenaufzeichnungen würden jeweils Arbeitsbeginn und Arbeitsende sowie die geleistete Stundenanzahl enthalten. Dass der Kläger diese Auszüge der Beklagten während der Dauer des Arbeitsverhältnisses je zur Kenntnis gebracht habe, sei weder ersichtlich noch behauptet. Deshalb sei davon auszugehen, dass der Kläger während der Dauer des Arbeitsverhältnisses gegenüber der Beklagten in keiner Weise kundgetan habe, dass er Überstunden geleistet habe. Wenn entsprechende Meldungen nie erfolgt seien, könnten die behaupteten Mehrstunden auch nicht stillschweigend genehmigt worden sein. Ferner sei aus den eingereichten Lohnabrechnungen ersichtlich, dass in allen Monaten ein Überstundensaldo von null Stunden aufgeführt sei. Der Kläger behaupte nicht, dass er sich während des Arbeitsverhältnisses gegen diese Aufzeichnungen zur Wehr gesetzt oder zumin-

dest dahingehend geäussert habe, diese Saldi seien nicht zutreffend. Aus dem Dargelegten lasse sich zusammenfassen, dass der Kläger gegenüber der Beklagten zu keinem Zeitpunkt irgendwelche Überstunden gemeldet habe. Eine Beweisabnahme über das Quantitativ könne somit unterbleiben (Urk. 29 S. 9 f.).

3.3 Im Berufungsverfahren beanstandet der Kläger, die Vorinstanz habe es unterlassen, über das Quantitativ der geltend gemachten Überstunden Beweis abzunehmen. Denn der Anordnung von Überstunden werde in der Rechtsprechung gleichgesetzt, wenn der Arbeitgeber um die Notwendigkeit, Überstunden zu leisten, gewusst habe oder zumindest hätte wissen müssen. Er habe vor Vorinstanz vorgetragen und die Zeugnisse dreier Zeugen offeriert, wonach er zu allen Tageszeiten, also auch am Montag von ca. 9 Uhr bis 11 Uhr und Dienstag bis Sonntag von ca. 9 Uhr bis 22 Uhr in dem Restaurant der Beklagten arbeitend anzutreffen gewesen sei. Unstreitig sei jedoch vor allem, dass der Geschäftsführer und alleinige Gesellschafter der Beklagten grundsätzlich ebenfalls anwesend gewesen sei. Bereits in der Replik habe der Kläger auf die konkludente Annahme der Mehrarbeit und deren Folgen hingewiesen. Die Beklagte habe um die geleisteten Überstunden gewusst bzw. hätte es wissen müssen, weshalb dem Umstand, dass er die Überstunden nicht gemeldet habe, keine Bedeutung zukomme. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt, insbesondere die Tatsache, dass Überstunden geleistet worden seien, und - in einem zweiten Schritt - deren Umfang unrichtig und unvollständig festgestellt (Urk. 28 S. 4 ff.).

3.4 Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung. Sie macht im Wesentlichen geltend, dass der Geschäftsführer nicht ständig im Restaurant gewesen sei und die Beklagte nie Überstundenarbeit des Klägers angenommen habe (Urk. 38 S. 7). Mit dem vertraglich vereinbarten Arbeitspensum von 50 % habe der Kläger die ihm übertragenen Arbeiten ohne weiteres erledigen können. Überstunden seien nicht notwendig gewesen. Von einer konkludenten Annahme von Mehrarbeit könne nicht die Rede sein. Der vom Kläger vorgebrachte pauschale Verweis auf "seine eigenen Aufzeichnungen" genüge klarerweise nicht. Es handle sich um unsubstantiierte Parteibehauptungen. Bei den erst in der Berufungsschrift aufgelisteten Stunden handle es sich um ein unzulässiges Novum. Gemäss seinen Auf-

zeichnungen wolle der Kläger während des Arbeitsverhältnisses jeden Tag (inkl. Samstage und Sonntage) ununterbrochen und ohne Pausen von ca. 9 Uhr bis ca. 22 Uhr im Restaurant der Beklagten gearbeitet haben, was absurd sei und vollumfänglich bestritten werde. Welche konkreten Arbeiten er während der Zeit verrichtet haben wolle, habe der Kläger bis heute nicht dargelegt (Urk. 38 S. 7 ff.).

4.1 Der Arbeitsvertrag des Klägers mit der Beklagten untersteht dem Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes, Ausgabe 2012 (fortan L-GAV). Der L-GAV wurde vom Bundesrat für das Gebiet der ganzen Schweiz per 1.1.1999 für allgemeinverbindlich erklärt (vgl. www.l-gav.ch). Er ist eine offenkundige Tatsache im Sinne von Art. 151 ZPO. Sein Wortlaut muss weder behauptet noch bewiesen werden. Der L-GAV ist lex specialis zu den arbeitsvertraglichen Bestimmungen im Sinne von Art. 319 ff. OR.

4.2 Die Beklagte weist eine wöchentliche Arbeitszeit von 45 Stunden aus und gilt damit als Kleinbetrieb im Sinne des L-GAV (Urk. 4/13; Art. 15 L-GAV). Die gesetzliche Höchstarbeitszeit im Gastgewerbe beträgt 50 Wochenstunden (Art. 9 Abs. 1 lit. b des Arbeitsgesetzes [ArG]). Die vereinbarte Arbeitszeit des Klägers betrug 22.5 Stunden pro Woche (Urk. 11 S. 2). Nach Art. 21 Abs. 2 L-GAV ist der Arbeitgeber für die Erfassung der geleisteten Arbeitszeit verantwortlich (Arbeitszeiterfassung); sie ist mindestens einmal monatlich vom Mitarbeiter zu unterzeichnen. Der Arbeitgeber führt zudem Buch über die effektiven Arbeits- und Ruhezeiten (Arbeitszeitkontrolle; Art. 21 Abs. 3 L-GAV). Kommt der Arbeitgeber seiner Buchführungspflicht nicht nach, wird eine Arbeitszeiterfassung des Mitarbeiters im Streitfall als Beweismittel zugelassen (Art. 21 Abs. 4 L-GAV).

5. Nach Art. 321c Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer zur Leistung von Überstunden verpflichtet, wenn Überstundenarbeit gegenüber dem zeitlichen Umfang der Arbeit, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, notwendig ist, soweit er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Überstundenarbeit ist gemäss Art. 321c Abs. 3 OR zu entgelten, wenn sie nicht durch Freizeit ausgeglichen wird und nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist. Der Arbeitnehmer hat nachzuwei-

sen, dass er Überstunden leistete und dass sie angeordnet oder betrieblich notwendig waren (BGE 129 III 171 E. 2.4). Die Bestimmung von Art. 21 Abs. 4 L-GAV sieht diesbezüglich keine Beweislastumkehr vor, sondern nur die Zulassung von Aufzeichnungen zur geleisteten Arbeitszeit als Beweismittel, wenn der Arbeitgeber die Arbeitszeit nicht erfasst (BGer 4P.80/2005 vom 20. Mai 2005, Erw. 3). Zu beachten ist ferner, dass dem Beweis der förmlichen Anordnung von Überstunden gleichgesetzt wird, wenn der Arbeitgeber von deren Leistung Kenntnis hat oder haben müsste, dagegen nicht einschreitet und sie damit genehmigt. Dann ist ihm der Einwand, sie seien nicht angeordnet oder betriebsnotwendig gewesen, verwehrt (BGer 4A_2559/2010 vom 2. September 2010, E. 2.7; BGer 4A_42/2011 vom 15. Juli 2011, E. 5.2).

6. Es liegt ein Rechtsstreit im vereinfachten Verfahren vor. Im vereinfachten Verfahren hat das Gericht gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO darauf hinzuwirken, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel im Sinne der gesetzlichen Vorgabe bezeichnen. Diese im Vergleich zu Art. 56 ZPO verstärkte richterliche Fragepflicht ist Ausfluss des vom Gesetzgeber gewünschten «bürgernahe(n) und laienfreundliche(n) Verfahren(s)» (Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7245; Reetz, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 247 N 7). Sodann ist der soziale Untersuchungsgrundsatz zu beachten, also der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 247 Abs. 2 lit. b). Mithin hat das Gericht die Möglichkeit, Beweise von Amtes wegen abzunehmen, die nicht von den Parteien offeriert worden sind (Art. 153 Abs. 1 ZPO).

7. Mit der schriftlichen Klagebegründung vom 28. Dezember 2015 machte der Kläger eine Entschädigung für 613.50 Mehrstunden plus Zuschläge und Entgelt für Ferien und Ruhetage geltend (Urk. 1 S. 3). Im Nachgang dazu reichte er noch vor der Hauptverhandlung seine Agenda in Kopie dem Gericht ein, mit der er eine Gesamtarbeitszeit von 886.57 Stunden auswies bei arbeitsvertraglich abgemachten 273.2 Stunden (Urk. 8 S. 2, 9/3). Anlässlich der Hauptverhandlung verwies er zur Untermauerung seines Standpunktes auf diese Agenda (Prot. I S. 4). Zwar genügt es nicht, in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeilagen zu verweisen. Klägerische Behauptungen haben grundsätzlich in

den Rechtsschriften bzw. in den mündlichen Parteivorträgen zu erfolgen (ZR 102/2003 Nr. 15, E. 4). In Anwendung der verstärkten gerichtlichen Fragepflicht hätte zumindest der Hinweis ergehen müssen, dass hinsichtlich der behaupteten Überstunden in den schwer entzifferbaren Kalenderblättern eine ausreichende Substantiierung fehle, auch wenn der Kläger anwaltlich vertreten ist (vgl. Hauck, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 247 N 19). Das hat die Vorinstanz nach Erstattung der mündlichen Klageantwort nicht getan. Stattdessen hat sie den Parteien in Aussicht gestellt, dass noch eine Zeugenbefragung stattfinden werde (Prot. I S. 6 f.). Demnach durfte der Kläger bzw. dessen Rechtsvertreterin vor dem zweiten Vortrag davon ausgehen, alles behauptet zu haben, damit ein Beweisverfahren stattfinden werde. In dieser Annahme hat der Kläger repliziert (Urk. 18). Aufgrund der Verletzung der richterlichen Fragepflicht im Sinne von Art. 247 Abs. 1 ZPO ist die in der Berufungsschrift vorgenommene Auflistung der geltend gemachten Stunden als zulässiges Novum zu beachten (Urk. 28 S. 6 ff.). Im Übrigen weist der Arbeitsvertrag keine Arbeitszeiten aus, weshalb vom Kläger nicht verlangt werden kann, dass er für jeden Tag genau angibt, welche Stunden aus seiner Sicht Normalarbeitszeit und welche Überstunden darstellen. Auf das Beweisverfahren hat die Vorinstanz verzichtet, was - wie zu zeigen ist - nicht zulässig war.

8. Ein Beweisverfahren hat stattzufinden, wenn rechtserhebliche streitige Tatsachen vorliegen und die beweisbelastete Partei form- und fristgerecht taugliche Beweismittel angeboten hat (Art. 150 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 1 ZPO). Keine streitigen Tatsachen liegen vor, wenn sich die Parteien im Prozess auf Urkunden berufen, deren Inhalt unbestritten ist. Ist aber im Sinne von Art. 150 Abs. 1 und 152 Abs. 1 ZPO ein Beweisverfahren durchzuführen, so hat vor der Beweisabnahme die von Art. 154 ZPO obligatorisch vorgesehene Beweisverfügung des Gerichts zu ergehen: Das Gericht hat dort die zugelassenen Beweismittel zu bezeichnen und darüber zu bestimmen, "welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt." Da die Beweisverfügung mithin sowohl den Beweisgegenstand als auch die Beweismittel festlegt, steckt sie damit gleichzeitig auch die Thematik der Schlussvorträge der Parteien gemäss Art. 232 ZPO ab, jedenfalls soweit die Parteien dort "zum Beweisergebnis" Stellung zu nehmen

haben. Dort, wo das Gericht prozessrechtskonform gestellte Beweisanträge übergeht, hat es die Begründung für sein Vorgehen mit dem Endentscheid zu liefern. Grundsätzlich sind aber (unter dem Vorbehalt zulässiger antizipierter Beweiswürdigung) alle prozesskonform beantragten Beweismittel zu berücksichtigen, sofern nicht aufgrund späterer Ausführungen der Parteien von ihrem Verzicht auf die Abnahme bestimmter Beweismittel auszugehen ist (ZR 115/2016 Nr. 45, E. 3.5 m.H.).

9. Wie ausgeführt, ist die Dokumentationspflicht zur Arbeitszeiterfassung/Arbeitszeitkontrolle nicht nur in Art. 46 ArG verankert, sondern ausdrücklich und im Einzelnen im L-GAV geregelt (Art. 21 L-GAV). Arbeitnehmer dürfen somit grundsätzlich davon ausgehen, die Arbeitszeitkontrolle erfolge durch den Arbeitgeber. Gemäss den Akten hat die Beklagte weder eine Arbeitszeiterfassung noch eine Arbeitszeitkontrolle erstellt. Der von ihr eingereichte Kalenderauszug betrifft nur den Monat Februar 2015 (Urk. 13/3) und die Urkunde ist sowohl in zeitlicher wie inhaltlicher Hinsicht ungenügend. Die Beklagte erwähnte vor Vorinstanz, dass die Parteien einen "Arbeitsvertrag für Teilzeitmitarbeiter mit regelmässigem, festgelegtem Arbeitspensum" abgeschlossen hätten (Urk. 11 S. 2). Allerdings lassen sich weder dem Arbeitsvertrag detaillierte Angaben entnehmen, noch legte die Beklagte den ebenfalls vom Gesamtarbeitsvertrag vorgeschriebenen schriftlichen Arbeitsplan ins Recht (vgl. Art. 21 Abs. 1 L-GAV). Das Unterlassen der Dokumentationspflicht führt zwar nicht zu einer Umkehr der Beweislast, mithin bleibt es dabei, dass der Kläger zu beweisen hat, dass er auf Weisung oder wenigstens im Interesse der Beklagten die behaupteten Überstunden geleistet hat. In Anwendung von Art. 21 Abs. 4 L-GAV sind aber seine Aufzeichnungen im Streitfall als Beweismittel zuzulassen. Diese Bestimmung ist so zu verstehen, dass grundsätzlich auf die Aufzeichnungen des Arbeitnehmers abzustellen ist. Es obliegt alsdann dem Arbeitgeber, Zweifel an der Richtigkeit der vom Arbeitnehmer vorgelegten Arbeitszeitkontrolle zu wecken (KGer SG in GVP 2007 Nr. 53). Immerhin kann das Gericht zugunsten des Arbeitnehmers je nach Lage des Falls eine Beweismassreduktion vornehmen, wenn der Arbeitgeber seiner Aufzeichnungspflicht nicht nachgekommen ist. Sofern es dem Arbeitnehmer gelingt, die Leistung von Überstunden an sich, nicht aber deren genaue Zahl zu beweisen, kann das Ge-

richt deren Umfang in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR schätzen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsrecht - Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 321c N 10 m.H.a. BGer 4A_543/2011 vom 17.10.2011, E. 3.1.1).

10. Die Beklagte bestritt im vorinstanzlichen Verfahren die geltend gemachten Überstunden vehement. Sie wandte ein, dass der Kläger nur von 10 bis 14.30 Uhr (montags bis freitags) und von 17.30 bis 22 Uhr (samstags) gearbeitet habe, mit jeweils einer halben Stunde Pause/Essenszeit. Pro Woche habe sich die Arbeitszeit auf höchstens 24 Stunden belaufen. So seien die Arbeitszeiten zwischen den Parteien vereinbart gewesen. An Sonntagen habe der Kläger nie gearbeitet. Der Kläger sei einzig als Koch angestellt und für die Mittagsmenüs bzw. die Menüs am Samstagabend zuständig und die Küche sei nur während den vereinbarten Zeiten geöffnet gewesen. Am Sonntag sei die Küche ganztägig geschlossen gewesen. Andere Aufgaben habe der Kläger nicht gehabt. Mit der Zubereitung der Pizzen und mit dem Service habe der Kläger gar nichts zu tun gehabt (Urk. 11 S. 3 ff.). Auch sei das Restaurant in der fraglichen Zeit (Februar bis Mai 2015) von ca. 15 Uhr bis 17.30 Uhr geschlossen gewesen (Zimmerstunde). Alle Mitarbeiter, auch der Kläger, hätten es verlassen müssen (Urk. 22 S. 10). Die Beklagte beantragte die Parteibefragung/Beweissage des Geschäftsinhabers, C._____, und rief mehrere Mitarbeitende und Stammgäste als Zeugen an, welche zu den Arbeitseinsätzen des Klägers Aussagen machen könnten (Urk. 11 S. 8; 22 S. 8 f.). Auch hat sie Beweismittel bezeichnet, wonach das Restaurant zu bestimmten Zeiten, während deren der Kläger gearbeitet haben will, geschlossen gewesen sei, so z.B. während der Zimmerstunde oder am Fasnachtsmontag, 23. Februar 2015 (Urk. 11 S. 8; 22 S. 9). In der Replik bezog sich auch der Kläger auf drei namentlich genannte Zeugen, allesamt Gäste des Lokals, welche bezeugen könnten, dass er zu allen Tageszeiten, d.h. vormittags, mittags, nachmittags und abends im Restaurant der Beklagten arbeitend anzutreffen gewesen sei. Er bestritt, dass sich seine Aufgaben auf die Zubereitung der Mittagsmenüs resp. des Menüs am Samstagabend beschränkt haben sollen. Er sei vielschichtig von der Beklagten eingesetzt worden, so zum Kochen, zum Zubereiten der Pizzen, Bestellaufnahme und Essensausgabe (Urk. 18 S. 2). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Anrufen von Zeugen durchaus ein adäquates Beweismittel,

wenn der Arbeitgeber seine Pflicht zur Erfassung und Kontrolle der geleisteten Arbeitsstunden vernachlässigt und dadurch den Beweis des Arbeitnehmers erschwert (JAR 2014, S. 140). Die prozesskonform beantragten Beweismittel werden daher abzunehmen sein. Der Beklagten steht der Gegenbeweis offen (Art. 8 ZGB). Sie hat Anspruch darauf, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die beim Richter Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptungen wachhalten und diesen dadurch vereiteln sollen (BGE 120 II 393 E. 4b).

11. Es ist unbestritten, dass die Beklagte die Überstunden weder anordnete noch der Kläger seine Aufzeichnungen der Beklagten während der Dauer der Anstellung zur Kenntnis brachte. Sollte dem Kläger der Beweis für die behaupteten Überstunden gelingen, trägt er ferner die Beweislast dafür, dass die Mehrarbeit zur Erledigung der anfallenden Arbeit im Interesse der Beklagten notwendig war. Nach dem Ausgeführten wird dem Beweis der förmlichen Anordnung von Überstunden gleichgesetzt, wenn der Arbeitgeber von deren Leistung Kenntnis hat oder haben müsste, dagegen nicht einschreitet und sie damit genehmigt (Erw. Ziff. 5). Und ist der Arbeitgeber über die geleisteten Überstunden informiert, enthebt dies den Arbeitnehmer auch vom Nachweis der Notwendigkeit (BGer 4A_338/2011 vom 14. Dezember 2011, E. 2.2). Vor Vorinstanz machte der Kläger geltend, die Beklagte habe - selbst wenn keine ausdrückliche Arbeitsanweisung vorgelegen haben sollte - die Mehrarbeit konkludent angenommen und sie geduldet (Urk. 18 S. 4). Die wöchentliche Arbeitszeit im Betrieb der Beklagten beträgt 45 Stunden (Urk. 4/13); es handelt sich, wie erwähnt um einen Kleinbetrieb im Sinne von Art. 15 L-GAV. Als Kleinbetriebe gelten Betriebe, die ausser dem Arbeitgeber nicht mehr als 4 Mitarbeiter ständig beschäftigen (Anhang I zu Art. 15 L-GAV). Bei einem Kleinstbetrieb wie die Beklagte einer ist, muss davon ausgegangen werden, dass der Geschäftsinhaber sehr wohl weiss, wie viel der einzelne Mitarbeitende jeweils arbeitet und ob der Arbeitsumfang möglicherweise weit über das Vereinbarte hinausgeht. Eine Bewilligung oder Meldung der Überstunden wäre in diesem Fall nicht erforderlich. Das muss vorliegend umso mehr gelten, als dass die Beklagte ihrer Zeiterfassungs- und Buchführungspflicht gemäss L-GAV nicht nachgekommen ist.

12. Schliesslich ist festzuhalten, dass der Kläger eine allfällige Überstundenentschädigung nicht verwirkt hat. Dass er den Lohn vorbehaltlos entgegen nahm, und die Lohnabrechnung stets einen Überstundensaldo von null Stunden aufführte (Urk. 13/4-6), ändert daran nichts, nachdem der Anspruch auf Überstundenentschädigung zwingend ist und unter das Verzichtsverbot von Art. 341 Abs. 1 OR fällt (BGE 124 III 469 E. 3a). Das blosses Zuwarten mit der Geltendmachung eines Anspruchs ist gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung kein Rechtsmissbrauch und eine Verwirkung wegen verzögerter Geltendmachung darf nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Für eine Verwirkung müssten zum Zeitablauf weitere Umstände treten, welche die Geltendmachung in einen unvereinbaren Widerspruch mit der früheren Untätigkeit des Arbeitnehmers treten lassen. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber davon abhält, Hilfskräfte einzustellen (BGE 129 III 171 E. 2.3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321c N 10). Derartiges wurde vorliegend nicht geltend gemacht und ist denn auch nicht auszumachen.

13. Nach dem Dargelegten ist vorliegend ein Beweisverfahren durchzuführen. Es wird zunächst eine Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO zu erlassen sein, wobei davon auszugehen ist, dass dem Kläger der Hauptbeweis für die behaupteten Überstunden obliegt. Die Beklagte, welche behauptet, dass der Kläger lediglich während der ordentlichen Arbeitszeit tätig gewesen und das Restaurant zu gewissen Stunden/Tagen geschlossen gewesen sei, ist mit den von ihr genannten Gegenbeweismitteln zuzulassen. Die Vorinstanz stellte den Sachverhalt demnach in einem wesentlichen Teil unvollständig fest, indem sie von den Parteien form- und fristgerecht angebotene (Gegen)Beweismittel nicht abgenommen hat. Es ist nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 318 N 35 m.w.H.). Es rechtfertigt sich mithin, eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Vervollständigung des Sachverhalts im Sinne der Erwägungen und zu neuem Entscheid (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Das Urteil der Vorinstanz (mit Ausnahme von Dispositiv-Ziffer 1) ist deshalb aufzuheben und zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

Die Kostenfreiheit gemäss Art. 114 lit. c ZPO bezieht sich nur auf die Gerichtskosten. Die Zuspreehung von Parteienschädigungen erfolgt demgegenüber nach den allgemeinen Regeln (Art. 105 ff. ZPO). Zuzufolge der Rückweisung des Verfahrens können die Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt werden. Der Entscheid über die Regelung der Entschädigungsfolgen ist daher dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten.

Es wird beschlossen:

1. Der prozessuale Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung wird abgewiesen.
2. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Winterthur vom 12. Dezember 2016 in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Im Übrigen wird das Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Winterthur vom 12. Dezember 2016 aufgehoben und die Sache wird zur Vervollständigung des Sachverhalts im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Das Berufungsverfahren ist kostenlos.
5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Zustellung des Doppels von Urk. 42B, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 19'642.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 5. Juli 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. S. Notz

versandt am:
cm