

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA110030-O/U.doc

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. S. Clausen

Beschluss und Urteil vom 8. Juni 2012

in Sachen

A._____,

Kläger, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ **AG,**

Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
25. März 2011 (AN080706)**

Rechtsbegehren (Urk. 1):

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 89'622.00 brutto (was den in den Jahren 2006 und 2007 geleisteten Überstunden und Überzeitstunden entspricht) zuzüglich 5 % Zins seit 31. März 2008 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.
3. Der Kläger beantragt Edition der klägerischen Stundenaufzeichnungen im Abrechnungssystem ... durch die Beklagte."

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 25. Mai 2011 (Urk. 38):

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger CH 27'069.05 netto zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. März 2008 zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
CHF 14'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
CHF 540.00 Zeugenentschädigungen
CHF 14'540.00
3. Die Kosten werden zu zwei Dritteln dem Kläger und zu einem Drittel der Beklagten auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von CHF 6'850.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel schriftlich und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

des Klägers, Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 37):

- "1. Das angefochtene Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 66'817.60 netto zuzüglich 5% Zins seit 31. März 2008 zu bezahlen.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien der Beklagten folgerichtig zu 4/5 aufzuerlegen, ein Fünftel zulasten des Klägers.
3. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von CHF 12'000 zuzüglich MwSt. zu bezahlen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zulasten der Berufungsbeklagten."

der Beklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin (Urk. 42):

- "1. Es sei die Berufung des Berufungsklägers vom 27. Juni 2011 vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei der im angefochtenen Urteil zugesprochene Betrag von [CHF] 28'873.65 brutto zu reduzieren auf CHF 26'359.80 brutto.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Die Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin (fortan Beklagte) erbringt Werbe- und Kommunikationsdienstleistungen. Mit Anstellungsvertrag vom 28./30. September 2005 trat der Kläger, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte (fortan Kläger) per 1. Dezember 2005 zu einem Bruttomonatslohn von Fr. 18'462.– (zuzüglich 13. Monatslohn) als "Leiter BA. _____" in ihre Dienste (Urk. 3, Urk. 10/1). Gemäss Zwischenzeugnis vom 18. Juni 2007 gehörte zum Verantwortungsbereich des Klägers die Akquisition, Leitung und

konzeptionelle Begleitung von strategischen Projekten in den Bereichen Markenführung und Kommunikation sowie die Leitung der Brand Identity Unit (BA._____) mit fünf Mitarbeitern (Urk. 10/5, Urk. 9 S. 3). Das Arbeitsverhältnis endete am 31. März 2008.

2. Im Anstellungsvertrag wurde das Anstellungsreglement, das vom Kläger ebenfalls unterzeichnet wurde, und der GAV der Zürcher Handelsfirmen zum integrierenden Vertragsbestandteil erklärt. Das Anstellungsreglement enthält in den Ziffern 1 und 2 folgende Regelung (Urk. 3):

"1. Arbeitszeit - Sie entscheiden

Wir arbeiten 5 Tage in der Woche à 8 Stunden. Sie können Anfang und Ende und Mittagspause jeden Tag frei bestimmen. Doch während der Blockzeiten, 09.00 Uhr bis 12.00 Uhr und 14.00 bis 17.00 Uhr, müssen ihre Kolleginnen und Kollegen fest mit ihrer Anwesenheit rechnen können.

Diese Flexibilität ermöglicht es ihnen, private Angelegenheiten ausserhalb der Arbeitszeit zu erledigen.

2. Überzeit kommt vor – Freitage gibt's ebenfalls

In unserer lebendigen Branche lässt sich der Arbeitsanfall nicht nach Belieben regulieren. Über die reguläre Arbeitszeit hinausgehende, für eine Werbeagentur nicht unübliche Mehrarbeit in zumutbarem Rahmen ist im Lohn inbegriffen.

Ab und zu vorkommende Überzeit wird auch mit der nachfolgenden Regelung übers Jahr abgegolten:

Zwischen Weihnachten und Neujahr bleibt die Agentur geschlossen und die anfallenden Ferientage werden voll und ganz von der Agentur übernommen.

Am Knabenschiessen-Montag bleibt die Agentur den ganzen Tag geschlossen.

Nach der Auffahrt bleibt die Agentur am Freitag geschlossen.

Zu ihrem Geburtstag schenkt Ihnen die Agentur einen freien Tag, den Sie allerdings in der Woche Ihres Geburtstags beziehen müssen.

Darüber hinausgehende Kompensationswünsche werden nur in Ausnahmefällen von der Geschäftsleitung bewilligt.

Und wie steht's mit dem Sächsilüüte? Wir arbeiten am Vormittag und empfangen nachmittags die Kunden zum traditionellen Apéro in der Agentur – selbstverständlich in Ihrem Beisein."

3. Mit Schreiben vom 27. März 2008 machte der Kläger gegenüber der Beklagten ein Guthaben aus im Jahre 2006 und 2007 geleisteten Überstunden geltend (Urk. 7/3). Am 19. September 2008 gelangte der Kläger an das Arbeitsge-

richt Zürich mit obgenanntem Rechtsbegehren. Ausgehend von einer 40-Stundenwoche und unter Berücksichtigung von maximal 100 zumutbaren, durch den Lohn abgegoltenen Mehrstunden pro Jahr errechnete der Kläger für das Jahr 2006 391 und für das Jahr 2007 233 Überstunden, die er zu einem Stundenlohn von Fr. 114.90 zuzüglich 25% Lohnzuschlag entschädigt haben will (Urk. 1).

4. Mit Urteil vom 25. Mai 2011 hiess die Vorinstanz die Klage nach Durchführung eines Beweisverfahrens teilweise gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 27'069.05 netto zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. März 2008 zu bezahlen. Im darüber hinausgehenden Umfang wurde die Klage abgewiesen (Urk. 35 = Urk. 38).

5. Gegen das ihm am 27. Mai 2011 zugestellte Urteil erhob der Kläger mit Eingabe vom 27. Juni 2011 fristgerecht Berufung (Urk. 36/1, Urk. 37). Die Berufungsantwort datiert vom 14. September 2011; gleichzeitig erhob die Beklagte Anschlussberufung (Urk. 42). Der Kläger reichte keine Anschlussberufungsantwort ein (Urk. 45 bis Urk. 47).

6. Die Berufungsanträge sind eingangs aufgeführt. Beide Parteien haben die ihnen auferlegten Barvorschüsse fristgerecht geleistet (Urk. 40, Urk. 44).

II.

1. Die Vorinstanz erwog, beim Kläger könne nicht von einem höheren leitenden Angestellten gesprochen werden, weshalb das Arbeitsgesetz (ArG) für ihn Gültigkeit beanspruche (Urk. 38 S. 10 ff.). Für die Beurteilung der Frage, ab wann Mehrstunden separat zu entschädigen seien, müsse das Reglement nach objektiven Kriterien ausgelegt werden, da die Parteien in diesem Punkt keinen übereinstimmenden (wirklichen) Willen behauptet hätten (Urk. 38 S. 14). Die Parteien hätten nicht jegliche Zahlung für Mehrstunden wegbedungen. Gemäss Reglement sei nicht unübliche Mehrarbeit im zumutbarem Rahmen im Lohn inbegriffen. Bei der Auslegung des Reglementes bzw. der Zumutbarkeit sei die Leitungstätigkeit des Klägers, die Lohnhöhe und der Hinweis im Reglement, dass Überzeit vor-

komme, zu berücksichtigen. Der Kläger sei Leiter einer Betriebseinheit mit vier bis fünf Angestellten und direkt dem CEO unterstellt gewesen; er habe relativ gut bzw. weit überdurchschnittlich verdient und gewusst, worauf er sich beim Antritt der Stelle einlasse. Unter diesen Umständen müsse die umstrittene Klausel so verstanden werden, dass der Kläger sowohl auf die Bezahlung der über 40 Stunden pro Woche bis zu den gemäss Art. 9 ArG für seine Mitarbeiterkategorie geltenden Höchstarbeitszeit von 45 Stunden pro Woche hinausgehenden Stunden als auch auf die ersten 60 über die Höchstarbeitszeit hinausgehenden Stunden pro Jahr gemäss Art. 13 ArG verzichtet habe. Ein weitergehender Verzicht sei nicht anzunehmen. Einerseits sei Art. 13 ArG zwingend; andererseits könnte bei noch mehr geleisteten Arbeitsstunden nicht mehr von zumutbarer Mehrarbeit gesprochen werden. Eine solche Auslegung sei mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 126 III 337 ff.) sehr gut vereinbar (Urk. 38 S. 14 ff.). Zu entschädigen habe die Beklagte somit nur die Stunden, die über 45 Stunden pro Woche und (weitere) 60 Stunden pro Jahr hinausgehen würden (Urk. 38 S. 18). Aufgrund des Beweisergebnisses könne für die Quantifizierung der geleisteten Überstunden auf die vom Kläger eingereichten Time-Sheets, die dem Zeiterfassungssystem der Beklagten (...) entstammten, abgestellt werden; das Beweisverfahren habe mit aller Deutlichkeit ergeben, dass Überstunden bei der Beklagten (wie auch in der gesamten Branche) notwendig gewesen seien (Urk. 38 S. 23 ff.). Nach dem Abzug von Feiertagen und entschädigungslos zu leistenden Überstunden würden 189 Stunden im Jahre 2006 und 12 Stunden im Jahre 2007 verbleiben, die zum Normalstundenansatz von Fr. 114.90 zuzüglich 25 % zu entschädigen seien. Auf diese Weise errechne sich eine Überzeitentschädigung von Fr. 28'873.65 brutto oder Fr. 27'069.05 netto.

2. Mit seiner Berufung (Urk. 37 S. 3 ff.) rügt der Kläger im Wesentlichen eine fehlerhafte Auslegung von Ziffer 2 des Anstellungsreglementes. Die getroffene Regelung indiziere, dass die nicht unübliche Mehrarbeit begrenzt sei und bei Überschreitung dieser Grenze Mehrarbeit entschädigt werden müsse. Aus dem Wortlaut könne nicht abgeleitet werden, dass die Grenze der Üblichkeit bzw. Zumutbarkeit bei 45 Stunden pro Woche liege und nur Überzeitstunden nach Arbeitsgesetz, nicht aber Überstunden nach Art. 321c OR zu entgelten seien. Ledig-

lich die übliche Mehrarbeit im zumutbaren Rahmen sei im Lohn inbegriffen. Aufgrund der Zeugenaussagen müssten 43 Stunden pro Woche als betriebsübliches und zumutbares Pensum betrachtet werden. Dies gelte auch für den Kläger, der aufgrund seiner Leitungsfunktion für ein Team von vier Personen noch nicht als leitender Angestellter betrachtet werden könne und sich nicht im Klaren gewesen sei, welche Arbeitsbelastung ihn erwarte. Habe der Kläger mehr als 43 Stunden pro Woche geleistet, bestehe ein Anspruch auf Überstundenentschädigung. Wäre seitens der Beklagten beabsichtigt worden, die Kompensation sämtlicher Überstunden auszuschliessen, hätte sie gar kein Anstellungsreglement mit diesem sybillinischen Text verfassen müssen. Vielmehr hätte sie lediglich festhalten können, dass nur Mehrarbeit im Sinne des Arbeitsgesetzes ausbezahlt werde und alle andere Mehrarbeit durch den Lohn abgegolten sei. Jedenfalls müssten allfällige, durch die "Überzeitklausel" bestehende Unklarheiten zulasten der Beklagten gehen. Die Grenze des Üblichen sei durch Arbeitsverträge, Anstellungsbedingungen und Time-Sheets aller Mitarbeiter des Klägers festzulegen, weshalb er einen entsprechenden Antrag auf Edition stelle. Die Zulässigkeit dieses Antrags ergebe sich daraus, dass die betriebsübliche Arbeitsbelastung vor Vorinstanz nicht Beweisthema gewesen sei. Der Hinweis der Vorinstanz auf BGE 126 III 337 ff. gehe ins Leere, da in jenem Fall keine Überstunden sondern einzig Überzeit nach ArG geltend gemacht worden sei. Ausgehend von der Berechnung der Vorinstanz seien 349 Überstunden im Jahre 2006 und 166 Überstunden im Jahre 2007 auszu zahlen, was inkl. Zuschlag einen Anspruch von Fr. 66'817.60 ergebe.

3. Die Beklagte hält in der Berufungsantwort (Urk. 42 S. 3 ff.) dafür, die Vorinstanz habe die umstrittene Vertragsklausel richtigerweise dahingehend ausgelegt, dass der Kläger auf die Bezahlung von Überstunden bis zur Grenze des gesetzlich Zulässigen verzichtet habe. Ihrer Auffassung nach sei mit dieser Klausel auf die Vergütung von noch weit mehr Stunden verzichtet worden, doch sei sie sich der Schranken, die das Gesetz einem solchen Verzicht setze, gar nicht bewusst gewesen. Aufgrund der Zeugenaussagen sei klar, dass in der Werbebranche üblicherweise Mehrarbeit von deutlich über 45 Stunden geleistet werde, was auch allseits bekannt sei. Das Anstellungsreglement trage dem dynamischen Arbeitsumfeld in der Werbung Rechnung und lasse in seiner Wortwahl für die An-

wendung der Unklarheitenregel keinen Raum. Den Zeugenaussagen könne nicht entnommen werden, dass die durchschnittliche oder gar zumutbare Mehrarbeit in einer Werbeagentur drei Überstunden pro Woche ausmache. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gelte der in einem Betrieb übliche zeitliche Umfang der Arbeit für leitende Angestellte ohnehin nicht. Beim Kläger könne aufgrund seines Salärs, seiner Stellung als "Head Brand Consulting", seiner Leitungsfunktionen und seiner Kompetenzen nicht von einem gewöhnlichen Angestellten gesprochen werden. Dass der Kläger seine Arbeitszeit habe frei einteilen können, habe er selbst eingeräumt. Als Kenner der Branche habe der Kläger gewusst, was es bedeute, in einer Werbeagentur zu arbeiten und was ihn unter dem Titel "für eine Werbeagentur nicht unübliche Mehrarbeit" erwarten würde. Mit dem Hinweis auf die Werbebranche habe der Kläger von mehr als fünf (bzw. etwas mehr als sechs) zusätzlichen Wochenstunden ausgehen müssen. Aufgrund der leitenden Tätigkeit, des Salärs und der klägerischen Erfahrung hätten die Parteien Ziffer 2 der Anstellungsbedingungen nur in dem von der Vorinstanz ausgelegten Sinn verstehen können bzw. dürfen. Mit Unterzeichnung des Anstellungsreglements habe der Kläger auf die Bezahlung aller Überstunden, d.h. der über 40 Stunden pro Woche bis zu den gemäss Art. 9 ArG für seine Mitarbeiterkategorie geltenden Höchstarbeitszeit von 45 Stunden pro Woche hinausgehenden Stunden und die ersten 60 darüber hinausgehenden Stunden pro Jahr gemäss Art. 13 ArG, nicht aber auf darüber hinausgehende Überzeit verzichtet.

Die mit der Anschlussberufung geforderte Reduktion liege darin begründet, dass sich die zu vergütenden Mehrstunden nach der Aufstellung in Beilage 13 (Urk. 10/13) richten würden. Demnach seien im Jahr 2006 nur 183.5 Mehrstunden zu berücksichtigen, was zu einer Vergütung von Fr. 26'359.80 brutto (Urk. 42 S. 10 f.).

III.

1. a) Die Vorinstanz hat dem Kläger Fr. 28'873.65 brutto bzw. Fr. 27'069.05 netto zugesprochen und die Klage im darüber hinausgehenden Umfange abge-

wiesen (Urk. 38 S. 27 f.). Der Kläger verlangt im Berufungsverfahren statt der ursprünglich geforderten Fr. 89'622.– brutto lediglich noch die Zusprechung von Fr. 66'817.60 netto zuzüglich Zins. Die Beklagte beantragt mit der Anschlussberufung eine Reduktion der Überzeitenschädigung auf Fr. 26'359.80 brutto, was – bei Abzügen von 6.25% für AHV/IV/EO/ALV (Urk. 38 S. 27) – Fr. 24'712.30 netto entspricht.

b) Das vorinstanzliche Urteil ist daher mit Eingang der jeweiligen Rechtschrift (Urk. 37, Urk. 42) insoweit in Rechtskraft erwachsen, als die Klage

a) im Fr. 66'817.60 netto zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. März 2008 übersteigenden Umfang abgewiesen wurde (Rechtskraft per 28. Juni 2011)

b) im Umfang von Fr. 24'712.30 netto zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. März 2008 gutgeheissen wurde (Rechtskraft per 16. September 2011).

Davon ist Vormerk zu nehmen.

2. a) Auf das Berufungsverfahren findet die eidgenössische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) Anwendung (Urk. 36/1+2; Art. 405 Abs. 1 ZPO). Demgegenüber richtete sich das erstinstanzliche Verfahren nach der zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH; Art. 404 Abs. 1 ZPO).

b) Beim angefochtenen Urteil handelt es sich um einen erstinstanzlichen Endentscheid. Der Streitwert des klägerischen Rechtsbegehrens übersteigt Fr. 10'000.–. Auf Berufung und Anschlussberufung ist daher einzutreten (Art. 308 ZPO).

3. Die Berufungsinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Begründung der Berufungsanträge noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Ihre Kognitionsbefugnis ist in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend. Aufgrund der allgemeinen Begründungspflicht der Berufung (Art. 310 ZPO) prüft das Berufungsgericht aber nur die ihm vorgetragenen Sachverhaltsrügen. Es ist nicht verpflichtet, den erstinstanzlichen Entscheid von sich aus auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Partei gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich fest-

gestellt worden und die Fehlerhaftigkeit trete klar zu Tage (Hohl, Procédure civile, Tome II, Bern 2010, N 2265 und N 2405 ff.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hassenböhler/Leuenberger, Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N 36 zu Art. 311 ZPO; Gehri, in: Gehri/Kramer, ZPO Kommentar, Zürich 2010, N 2 zu Art. 310 ZPO: "im Rahmen der vorgetragenen Berufungsgründe").

4. a) Es ist unbestritten, dass der Kläger in den Jahren 2006 und 2007 erheblich mehr als die in Ziffer 1 des Anstellungsreglementes festgelegten 40 Wochenstunden geleistet hat.

b) Für Überstundenarbeit, die nicht durch Freizeit ausgeglichen wird, hat der Arbeitgeber Lohn samt einem Lohnzuschlag zu bezahlen, sofern nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist (Art. 321c Abs. 3 OR).

c) Die wöchentliche Höchstarbeitszeit für Büropersonal, technische und andere Angestellte beträgt 45 Stunden (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG). Wird darüber hinausgehende Überzeitarbeit geleistet, hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für nicht durch Freizeit ausgeglichene Überzeit zwingend den Grundlohn mit einem Lohnzuschlag von wenigstens 25 % auszurichten, dem Büropersonal sowie den technischen und andern Angestellten jedoch nur für die Überzeitarbeit, die 60 Stunden im Kalenderjahr übersteigt (Art. 13 Abs. 1 ArG; BGE 126 III 337).

d) Die Vorinstanz hat eingehend begründet, weshalb beim Kläger nicht von einem höheren leitenden Angestellten im Sinne von Art. 3 ArG gesprochen werden kann und die Schutzbestimmungen des ArG auf den vorliegenden Fall Anwendung finden (Urk. 38 S. 10 ff.). Die Beklagte hält in der Berufungsantwort pauschal daran fest, dass das ArG nicht anwendbar sei. Sie setzt sich aber mit den erstinstanzlichen Erwägungen nicht näher auseinander (Urk. 42 S. 3), weshalb insofern eine ungenügende Beanstandung vorliegt. Die vorinstanzlichen Erwägungen erweisen sich im Übrigen auch als zutreffend. Es kann darauf verwiesen werden.

5. a) Die Parteien haben in Ziffer 2 des Anstellungsreglementes eine schriftliche Abrede hinsichtlich der über die reguläre Arbeitszeit (40 Stunden/Woche) hinausgehenden Mehrarbeit getroffen. Die Vorinstanz hat ausgeführt, die Parteien hätten keinen übereinstimmenden (wirklichen) Willen darüber, was mit der gewählten Formulierung gemeint sei, behauptet, weshalb die Formulierung nach objektiven Kriterien auszulegen sei (Urk. 38 S. 14). Dies wurde im Berufungsverfahren von keiner Seite in Frage gestellt.

b) Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn kein solcher ausgemacht werden kann, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 24 E. 4 S. 27 f., 131 III 606, E. 4.1 S. 611, 130 III 66 E. 3.2; je mit Hinweisen).

c) Die Vorinstanz hat geschlossen, die Parteien hätten eine Entschädigung für Mehrarbeit im maximal zulässigen Rahmen ausgeschlossen. Der Kläger anerkennt in seiner Berufung, dass er aufgrund des Wortlautes von Ziffer 2 des Anstellungsreglementes mit Mehrarbeit zu rechnen hatte. Dabei seien im Grundlohn indes nur diejenigen Mehrarbeitsstunden enthalten, die auch die anderen Mitarbeiter geleistet hätten. Aufgrund der Zeugenaussagen müsse die im Betrieb der Beklagten übliche Mehrarbeit auf drei Stunden pro Woche veranschlagt werden. Habe er mehr als die betriebsüblichen 43 Stunden erbracht, besitze er einen Anspruch auf Entschädigung (Urk. 37 S. 4, S. 6 f., S. 9).

d) Der vom Kläger im Berufungsverfahren vertretene Grenzwert von 43 Wochenstunden lässt sich aufgrund der Zeugenaussagen nicht als betriebsüblicher Arbeitsumfang erstellen:

aa) Die zum Team des Klägers gehörenden, ihm unterstellten Mitarbeiter machten folgende Angaben:

- C._____ erklärte, sie habe effektiv je nach Projekt zwischen 40 und 60 Stunden gearbeitet; danach habe es sich teilweise wieder ausgeglichen. Im Schnitt habe sie und in der Regel alle mehr als 40 Stunden gearbeitet (Prot. I S. 50, S. 48).
- D._____ gab zu Protokoll, sie hätten alle bei der Beklagten mehr als 40 Stunden gearbeitet. Sie selbst habe mindestens 45 bis 50 Stunden gearbeitet; sie seien sehr wenige Leute gewesen und es habe extrem viel Arbeit gegeben (Prot. I S. 53 f.).
- E._____ sagte aus, ein Neunstundentag sei durchaus normal, manchmal könne es aber auch weniger sein. In der Regel gebe es drei bis vier Überstunden pro Woche, was allgemein üblich sei (Prot. I S. 59).
- F._____ erläuterte, sie hätten alle mehr als vierzig Stunden pro Woche gearbeitet. Sie schätze, der Kläger habe auch ca. eine Fünfzigstundenwoche gehabt, was in dieser Branche nicht unüblich sei. Streckenweise hätte es sogar noch mehr gewesen sein können (Prot. I S. 69 f.).

bb) Die drei in vergleichbarer Stellung des Klägers befindlichen Mitarbeiter liessen sich wie folgt vernehmen:

- G._____, Geschäftsführer der BB._____ ... , erklärte, in der Werbebranche werde meist mehr als 40 Stunden gearbeitet. Er arbeite – wenn auch nicht immer – zwischen 45 und 50 Stunden (Prot. I S. 77).
- H._____, Geschäftsführer einer (anderen) Unit, sagte aus, die Präsenzzeiten seien sehr lange. Seines Erachtens würden alle mehr als 40 Stunden arbeiten (Prot. I S. 92).
- I._____, Geschäftsleiterin der BC._____, gab zu Protokoll, man arbeite tendenziell mehr, die vom Kläger aufgeführten Arbeitszeiten seien realistisch (Prot. I S. 96).

cc) Die beiden früheren CEO's der Beklagten machten folgenden Angaben:

- J._____ bemerkte, der Kläger habe üblicherweise 40 Stunden arbeiten müssen, aber jeder wisse, dass es regelmässig mehr seien (Prot. I S. 40).
- K._____ erklärte, es könne sein, dass der Kläger mehr als 40 Stunden gearbeitet habe, in seiner Position werde eine Mehrleistung erwartet (Prot. I S. 87).

dd) Aufgrund der Zeugenaussagen kann der betriebsübliche Arbeitsumfang statt 43 ebenso gut 45 oder mehr Arbeitsstunden betragen haben. Der Kläger räumte selbst ein, er habe die Wahl gehabt, wann er bis zu 50 Stunden arbeiten wollen (Prot. I S. 30). Im Übrigen anerkannte der Kläger, dass bei einem Verzicht auf Überstundenvergütung bis zur wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 45 Stunden auch kein Anspruch auf Entschädigung für die ersten 60 Überzeitstunden besteht (Prot. I S. 9).

e) aa) Der Kläger verlangt im Berufungsverfahren Edition von Arbeitsvertrag, Anstellungsbedingungen und Time-Sheets der vier erstgenannten Mitarbeiter, mit der Begründung, die "Üblichkeit" sei vor Vorinstanz nicht Beweisthema gewesen und der Editionsantrag erst durch das vorinstanzliche Urteil verursacht (Urk. 37 S. 8).

bb) Es trifft zu, dass die betriebsüblichen oder branchenüblichen Arbeitszeiten nicht Gegenstand des Beweisverfahrens gewesen sind (Urk. 14). Der Kläger hat diesbezüglich vor Vorinstanz aber auch keine substantiierten Behauptungen aufgestellt, obwohl dazu aufgrund von Ziffer 2 des Anstellungsreglementes Anlass bestanden hätte. Konkrete Behauptungen zu den Arbeitspensen anderer Mitarbeiter oder anderer Werbeagenturen fehlen. Der klägerische Rechtsvertreter verwies in diesem Zusammenhang einzig auf seine eigene, bisherige Erfahrung "bei solchen Unternehmen" und auf die Arbeitsvolumenstatistik 2007, worauf er maximal 100 Mehrstunden pro Jahr als üblich bzw. zumutbar erachtete (Prot. S. 5, S. 7; Urk. 12 S. 2). Diese Stundenzahl hat der Kläger mit seinem im Berufungsverfahren neu genannten Grenzwert von 43 Stunden bereits übertroffen. Der Kläger wiederum erklärte einzig, er wisse, was üblich sei; es habe sehr intensive "Pitch-Situationen" gegeben, die mit Wochenendarbeit verbunden gewesen seien, aber

es müsse zwischendurch auch wieder schwanken (Prot. I S. 31). Darüber hinausgehende Behauptungen und Beweisanträge können im Berufungsverfahren nicht mehr vorgetragen werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dem Editionsantrag kann daher nicht stattgegeben werden (vgl. dazu auch unten Erw. III/6/f S. 18).

f) aa) Die Vorinstanz hat erwogen, der Kläger sei als Leiter der Einheit BA._____ und einem Lohn von rund Fr. 240'000.– pro Jahr als leitender Angestellter im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu qualifizieren (Urk. 38 S. 16). Der Kläger moniert, obwohl er eine Leitungsfunktion für ein Team von vier Personen ausgeübt habe, könne er entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht als leitender Angestellter betrachtet werden (Urk. 37 S. 5).

bb) Der Zeuge G._____ hat ausgesagt, er sei dem Kläger jeweils in Geschäftsleitungssitzungen etc. begegnet (Prot. I S. 73). Der Zeuge H._____ lernte den Kläger kennen als "leitenden Mitarbeiter der Beklagten" (Prot. I S. 89). Gemäss H._____ hat der Kläger sehr viel gearbeitet, da er in leitender Position gewesen sei; er sei dem Geschäftsführer (CEO) unterstellt gewesen und habe mit ihm eng zusammengearbeitet (Prot. I S. 92). Der Kläger selbst räumte ein, er sei kein durchschnittlicher Angestellter gewesen (Prot. I S. 30). Im Anstellungsgespräch sei besprochen worden, dass er in absehbarer Zeit in die Geschäftsleitung einziehen könne; er sei nicht in der Geschäftsleitung sondern "auf einer Stufe darunter" gewesen (Prot. I S. 6). Der Kläger versah somit eine mittlere Kaderposition. Die Vorinstanz hat zu Recht geschlossen, der Kläger sei ein leitender Angestellter gewesen.

cc) Die Vorinstanz hat jedoch auf die Leitungsfunktion und die vom Bundesgericht in diesem Zusammenhang entwickelten Kriterien (BGE 129 III 173) – wenn überhaupt – nur am Rande abgestellt. Gemäss Anstellungsreglement ist die für eine Werbeagentur übliche bzw. zumutbare Mehrarbeit zu bestimmen. Im Kern geht die Argumentation der Vorinstanz dahin, der Kläger habe *aufgrund der im Anstellungsreglement getroffenen Regelung* davon ausgehen müssen, Überstunden seien mit dem überdurchschnittlichen Lohn im maximal zulässigen Rahmen abgegolten. Der Kläger habe gewusst, worauf er sich beim Antritt der Stelle ein-

gelassen habe. Im Anstellungsreglement werde ausdrücklich von "unserer lebendigen Branche" und davon gesprochen, dass Überzeit vorkomme (Urk. 38 S. 17).

dd) Der Kläger hat die Behauptung, er habe über keine Kennzahlen eines Vorgängers verfügt, so dass er nicht gewusst habe, welche Anzahl Stunden ihn bei der Erfüllung seiner vertraglichen Aufgaben erwartet hätte (Urk. 37 S. 5), erstmals im Berufungsverfahren aufgestellt. Es kann darauf nicht weiter eingegangen werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Davon abgesehen wurde in Ziffer 2 des Anstellungsreglements zum Ausdruck gebracht, dass der Arbeitsanfall und damit die notwendige Mehrarbeit gar nicht genau vorausgesehen werden können.

6. a) Auf dem Wege der objektivierten Vertragsauslegung bleibt zu klären, was die Parteien mit dem Passus, wonach "nicht unübliche Mehrarbeit im zumutbaren Rahmen im Lohn inbegriffen" sei, gemeint haben.

b) Das primäre Auslegungsmittel ist der Wortlaut der von den Parteien verwendeten Worte. Mangels anderer Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die Parteien die Worte gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses verwendet haben. Wurde ein Wort verwendet, dem ein juristisch-technischer Sinn zukommt, so ist zu vermuten, dass die Parteien dieses Wort entsprechend seinem juristischen Sinn verstanden haben. Dies gilt allerdings nur, wenn der juristische Sinn des Wortes eindeutig und allgemein – zumindest aber in den Kreisen der beteiligten Parteien – bekannt ist (Gauch/Schluemp, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1206 f., und N 1209, mit weiteren Hinweisen).

c) Der Kläger hat in der Berufungsschrift ausgeführt, der Wortlaut des Anstellungsreglementes lasse keinen Raum dafür, dass sämtliche Überstunden mit dem fixen Monatslohn abgegolten seien. Er lasse auch keinen Raum dafür, dass über die Überstunden hinaus noch (weitere) 60 Stunden mit dem Lohn abgegolten seien (Urk. 37 S. 7).

d) In Ziffer 2 des Anstellungsreglements haben die Parteien präzisierend festgehalten, dass Überzeit vorkomme und ab und zu vorkommende Überzeit

auch mit zusätzlichen Freitagen abgegolten werde. Das schweizerische Recht unterscheidet zwischen "Überstundenarbeit" und "Überzeitarbeit". Wird die gesetzliche Höchstarbeitszeit überschritten, wird von Überzeitarbeit gesprochen (Art. 12 f. ArG). Es handelt sich dabei um einen juristisch-technischen Begriff im obgenannten Sinne.

e) Es mag zutreffen, dass die Begriffe "Überstunden" und "Überzeit" Umgangssprachlich und auch in Arbeitsverträgen nicht immer in ihrem juristisch-technischen Sinn verwendet werden. Der Kläger hat indes im vorinstanzlichen Verfahren nicht behauptet, er habe den Begriff "Überzeit" nicht in seinem juristisch-technischen Sinn verstanden bzw. verstehen müssen. Er hat auch im Berufungsverfahren keine entsprechende Rüge erhoben. Haben die Parteien sogar die geleistete Überzeit als "im Lohn inbegriffen" erklärt, so versteht sich von selbst, dass die Parteien die Auszahlung von Überstunden soweit als möglich ausgeschlossen haben.

f) Aber auch wenn die Parteien anstelle des Begriffs "Überzeit" den Ausdruck "Überstunden" gewählt hätten (vgl. Urk. 10/2), wäre Ziffer 2 des Anstellungsreglementes nicht anders auszulegen. Dass ein Lohn von Fr. 240'006.– als weit überdurchschnittlich zu betrachten ist, braucht keiner weiteren Darlegungen und wird vom Kläger nicht in Abrede gestellt. Zu Recht erfolgte durch die Vorinstanz auch der Hinweis auf die im Anstellungsreglement erwähnte Lebendigkeit der Werbebranche und den in einer Werbeagentur schwer zu regulierenden Arbeitsanfall. Die dem Kläger unterstellten Mitarbeiter, die als Zeugen einvernommen wurden, haben das bei der Beklagten zu bewältigende Arbeitsaufkommen nicht als Ausnahmeerscheinung taxiert:

- C._____ erklärte, sie hätten alle mehr als 40 Stunden gearbeitet, dies sei auch normal in diesem Business (Prot. I S. 48).
- D._____ gab zu Protokoll, sie habe mindestens 45 bis 50 Stunden gearbeitet, es sei branchenüblich, dass es Mehrarbeit gebe. Die vom Kläger angegebenen Arbeitsstunden seien sehr realistisch (Prot. I S. 54 und S. 56).

- E._____ sagte aus, in Werbeagenturen müsse man diesbezüglich flexibel sein. Ein Neunstundentag sei durchaus normal, in der Regel gebe es drei bis vier Stunden pro Woche, was allgemein üblich sei. Die vom Kläger angegebenen Arbeitszeiten lägen innerhalb der Norm (Prot. I S. 59).
- F._____ erläuterte, sie schätze, der Kläger habe auch ca. eine Fünfzigstundenwoche gehabt, was in dieser Branche aber nicht unüblich sei (Prot. I S. 70). Die vom Kläger angegebenen Zahlen seien realistisch. In der Branche sei es aufgrund der engen Terminsetzung und erst recht bei ihrem damaligen Kunden notwendig, so viel zu arbeiten. Der Kunde nehme auch keine Rücksicht darauf, ob man ein Privatleben habe oder nicht (Prot. I S. 71).

Auch die drei in einer vergleichbaren Kaderposition befindlichen Mitarbeiter, die als Zeugen einvernommen wurden, haben durchwegs die hohe Arbeitsbelastung in der Werbebranche bestätigt:

- G._____ erklärte, in der Werbebranche werde meist mehr als 40 Stunden gearbeitet. Dies sei nicht nur in ihrer Agentur, sondern in allen Agenturen auf dem Platz Zürich so, und es gebe auch keinen Mitarbeiter, der in diese Branche einsteige und so naiv sei, dass er darüber nichts wisse. Er arbeite – wenn auch nicht immer – zwischen 45 und 50 Stunden (Prot. I S. 77).
- H._____ sagte aus, die Präsenzzeiten seien sehr lange. 40 Stunden würden in der Werbung nicht ausreichen. Für einen leitenden Mitarbeiter in einer Werbeagentur, wie es die Beklagte sei, seien lange Arbeitswochen nötig. Die vom Kläger angegebenen Arbeitsstunden seien absolut realistisch (Prot. I S. 92).
- I._____ gab zu Protokoll, es sei branchennormal, dass man arbeite, wenn Arbeit da sei. Man arbeite tendenziell mehr als 40 Stunden pro Woche. Die vom Kläger aufgeführten Arbeitszeiten seien realistisch. Es sei nötig, so lange zu arbeiten. Vom Job her und von der Kundensituation her sei es grundsätzlich nötig, dass man am Abend länger bleibe. In der Branche sei es nö-

tig. Wenn man mit anderen Agenturen vergleiche, komme man jeweils auch auf diese Antwort (Prot. I S. 96).

Die vom Kläger geleisteten Überstunden fügen sich nahtlos in die Arbeitsbelastung der übrigen Mitarbeiter gleicher und tieferer Hierarchiestufe ein. Eine stundengenaue Abrechnung, wie sie der Kläger nunmehr mit seinem Editionsantrag anzustreben scheint, erweist sich als unnötig. Die Kriterien der Üblichkeit und Zumutbarkeit entziehen sich einer messerscharfen Bestimmung. Wie bereits ausgeführt, akzeptiert der Kläger im Prozess entschädigungslos zu erbringende Mehrarbeit in einem auch von den anderen Mitarbeitern geleisteten Rahmen (Urk. 37 S. 6). Mit der Vorinstanz sind die vom Kläger geleisteten Mehrstunden bis und mit der 60. Überzeitstunde als nicht unübliche Mehrarbeit im zumutbaren Rahmen zu taxieren. Der Kläger musste Ziffer 2 des Anstellungsreglementes als verständlich und redlich Urteilender daher so verstehen, dass er je nach Arbeitsanfall über die normale Arbeitszeit hinaus beansprucht wird und die Auszahlung von Überstunden – soweit nicht durch die erwähnten Freitage abgegolten oder zwingend entschädigungspflichtig – ausgeschlossen ist. Insofern besteht kein Anspruch auf Überstundenvergütung. Für die Anwendung der Unklarheitsregel bleibt kein Raum. Was sich der Kläger bei Vertragsabschluss tatsächlich genau vorstellte, ist wiederum nicht relevant, kommt es doch bei der normativen Auslegung auf die subjektiven Erwartungen des Klägers nicht an.

g) Es ergibt sich, dass die Vorbringen des Klägers die vorinstanzliche Auslegung von Ziffer 2 des Anstellungsreglementes nach dem Vertrauensprinzip nicht bundesrechtswidrig erscheinen lassen, weshalb sich die Berufung als unbegründet erweist.

7. a) Was die effektiv geleistete Arbeitszeit gemäss dem Zeiterfassungssystem ... betrifft, hat die Vorinstanz für die Jahre 2006 und 2007 auf die Aufstellung des Klägers in der Replik abgestellt, die sie als plausibel erachtete (Urk. 38 S. 24 f. mit Verweis auf Urk. 12 S. 4 bis 8, 4. Spalte). Diese Aufstellung bzw. die darin aufgeführte geleistete Arbeitszeit basiert auf den wöchentlichen Timesheetlisten (Urk. 6/4). Die Vorinstanz errechnete für das Jahr 2006 189 zu entschädigende Überzeitstunden (Urk. 38 S. 26).

b) Mit der Anschlussberufung fordert die Beklagte, die zu vergütenden Mehrstunden seien nach ihrer Aufstellung (Urk. 10/13) zu bestimmen. Demnach seien im Jahre 2006 nur 183.5 Mehrstunden zu berücksichtigen (Urk. 42 S. 10 f.).

c) Die Beklagte setzt sich mit den vorinstanzlichen Ausführungen zum Quantitativ nur ungenügend auseinander. Sie zeigt nicht auf, woher die Differenz von 5.5 Stunden herrührt. Sie legt nicht dar, inwiefern die klägerische Aufstellung zu korrigieren ist, sondern setzt dieser ihre eigene Aufstellung gegenüber, die im Gegensatz dazu auf einer Soll-Arbeitszeit von 9 Stunden pro Tag basiert. Es wird nicht klar, ob die Differenz von 5.5 Stunden auf einer unterschiedlichen Berechnung der Soll-Arbeitszeit, der geleisteten Arbeitszeit oder der bezogenen Ferien-/Krankheitstage beruht. Es ist nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, diese Analyse selber vorzunehmen. Die Anschlussberufung ist damit ungenügend begründet, weshalb sie abzuweisen ist.

8. Haupt- und Anschlussberufung sind unbegründet, weshalb es beim vorinstanzlichen Entscheid, soweit er noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist, sein Bewenden haben muss.

IV.

Bei diesem Ausgang bleibt es bei der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffern 2 bis 4). Der Kläger unterliegt im Berufungsverfahren zu 95 %, weshalb ihm die Kosten zu 95 % und der Beklagten zu 5 % aufzuerlegen sind. Zudem hat der Kläger der Beklagten für das Berufungsverfahren eine auf 90 % reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 25. Mai 2011 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage

- a) im Fr. 66'817.60 netto zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. März 2008 übersteigenden Umfange abgewiesen wurde (Rechtskraft per 28. Juni 2011);
 - b) im Umfang von Fr. 24'712.30 netto zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. März 2008 gutgeheissen wurde (Rechtskraft per 16. September 2011).
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien zusammen mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger weitere Fr. 2'356.75 netto zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. März 2008 zu bezahlen.

Im Fr. 27'069.05 netto zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. März 2008 übersteigenden Umfange wird die Klage abgewiesen.
 2. Die erstinstanzlichen Kostenansätze (Dispositiv Ziffer 2) werden bestätigt.
 3. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
 4. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu zwei Dritteln und der Beklagten zu einem Drittel auferlegt.
 5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu 95 % und der Beklagten zu 5 % auferlegt und je mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet.
 6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 6'850.– und für das zweitinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'700.– zu bezahlen.
 7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung, je gegen Empfangsschein.
- Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. 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 ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 44'912.30 brutto.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 8. Juni 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. S. Clausen

versandt am:

mc