

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA210003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. S. Janssen und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiber Dr. O. Hug

Urteil vom 24. November 2021

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B.____ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. Y._____,

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichts Dietikon vom 21. September
2020 (AN180004-M)**

Modifiziertes Rechtsbegehren:

(Urk. 27 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 96'559.60 nebst Zins zu 5% seit dem 1. August 2017 zu bezahlen.
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nummer ... des Betreibungsamtes Schlieren/Urdsorf für den Betrag von CHF 96'559.60 nebst Zins zu 5% seit dem 1. August 2017 sowie für den Betrag von CHF 203.30 (inkl. Betreibungs- und Zustellungskosten) zu beseitigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichts Dietikon vom 21. September 2020:

(Urk. 56 S. 20 f.)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Rechtsöffnungsbegehren in Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Schlieren/Urdsorf, Zahlungsbefehl vom 26. Januar 2018, wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'618.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss verrechnet. Überdies trägt der Kläger die Kosten für das Schlichtungsverfahren im Umfang von Fr. 900.–.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 17'290.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. [Mitteilung]
7. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 55 S. 3):

1. Es sei der Entscheid des Bezirksgerichts Dietikon vom 21. September 2020 (AN180004-M/U) in Sachen A._____/ B.____ AG aufzuheben und die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem B.____ CHF 96'559.60 brutto nebst Zins zu 5% seit 1. August 2017 zu bezahlen.
2. Eventualiter sei der Entscheid des Bezirksgerichts Dietikon vom 21. September 2020 (AN180004-M/U) in Sachen A.____. B.____ AG aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Es sei die Berufungsbeklagte zu verurteilen, dem Berufungskläger eine Parteienschädigung [zuzüglich Mehrwertsteuersatz] für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zu bezahlen. Es seien der Berufungsbeklagten ausserdem die ordentlichen Kosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren aufzuerlegen.
4. Eventualiter sei der Zuschlag von 50% zur Grundgebühr für das erstinstanzliche Verfahren auf maximal 25% herabzusetzen.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 64 S. 2):

1. Die Berufung vom 8. Januar 2021 sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Arbeitsgerichts Dietikon vom 21. September 2020 (AN180004-M) sei vollumfänglich, einschliesslich Kosten- und Entschädigungsdispositiv, zu bestätigen; im Einzelnen:
 - a. das Rechtsbegehren Ziffer 1 (Aufhebung Entscheid Vorinstanz und Forderung) sei abzuweisen;
 - b. das Rechtsbegehren Ziffer 2 (eventualiter Aufhebung Entscheid Vorinstanz und Rückweisung) sei abzuweisen;
 - c. das Rechtsbegehren Ziffer 3 (Parteienschädigung, Gerichtskosten) sei abzuweisen;
 - d. das Rechtsbegehren Ziffer 4 (eventualiter Herabsetzung Zuschlag Grundgebühr) sei abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 7.7% MWST-Zusatz, zu Lasten des Berufungsklägers.

Erwägungen:

1. Streitgegenstand

Die B.____ AG (fortan Beklagte) bezweckt ... [Zweck]. A.____ (fortan Kläger) war gemäss Arbeitsvertrag vom 29. März 2000 ab 1. Juli 2000 als Geschäftsfüh-

rer der Beklagten angestellt; das Arbeitsverhältnis endete am 31. Juli 2017. Im Februar 2017 hatte sich ein Mitarbeiter der Beklagten bei einem Arbeitsunfall schwer verletzt, wobei sich die Beklagte nach der Darstellung des Klägers in der Folge über behördlich angeordnete Sicherheitsvorgaben hinweggesetzt haben soll; das führte zu einer Strafanzeige des Klägers, zum Bruch der Parteien und zu einem noch pendenten Strafverfahren. Der Kläger ersucht im vorliegenden Verfahren um Entschädigung von mehr als tausend Mehrarbeitsstunden sowie rund sechzig Stunden Sonntagsarbeit, entsprechend einem Gesamtbetrag von knapp Fr. 100'000.–. Die Beklagte bestreitet den Anspruch.

2. Prozessgeschichte

2.1. Mit Klage vom 11. Oktober 2018 machte der Kläger das Verfahren unter Beilage der Klagebewilligung bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1 f.). Die Vorinstanz ordnete einen doppelten Schriftenwechsel an und führte eine Instruktion sowie die Hauptverhandlung durch. Zur Vermeidung von Wiederholungen sei auf die vorinstanzliche Darstellung des Prozessverlaufs in deren Urteil verwiesen (vgl. Urk. 56 S. 2 f.). Am 21. September 2020 erliess die Vorinstanz ihr Urteil (Urk. 52 = Urk. 56).

2.2. Mit Eingabe vom 8. Januar 2021 erhob der Kläger Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil mit den eingangs angeführten Berufungsanträgen (Urk. 55 S. 3). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-54). Mit Präsidialverfügung vom 20. Januar 2021 wurde der Kläger aufgefordert, einen Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 8'600.– zu leisten (Urk. 61). Der Vorschuss ist fristgerecht eingegangen (Urk. 62). Mit Präsidialverfügung vom 16. Februar 2021 wurde die Beklagte zur Berufungsantwort aufgefordert und die Prozessleitung delegiert (Urk. 63). Die Berufungsantwort datiert vom 18. März 2021 (Urk. 64); sie wurde dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 65). Dieser liess sich am 9. September 2021 mit einer Noveneingabe zu seiner hierarchischen Stellung im Unternehmen vernehmen (Urk. 66 f.). Die Stellungnahme der Beklagten dazu datiert vom 28. September 2021 (Urk. 69). Das rechtliche Gehör des Klägers wurde gewahrt (vgl. Urk. 69 S. 1); das Verfahren erweist sich als spruchreif.

3. Prozessuales

3.1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Diese sind vorliegend gegeben. Die Berufung ging rechtzeitig, schriftlich begründet und mit konkreten Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz ein (Urk. 53b und 55). Der Kläger ist durch das vorinstanzliche Urteil beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert; für das Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Entscheid ist das angerufene Obergericht zuständig. Der Kostenvorschuss wurde geleistet. Auf die Berufung ist einzutreten.

3.2. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.w.H. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine 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; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das bedingt, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtli-

chen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

3.3. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel – resp. über den insoweit zu engen Wortlaut hinaus neue Tatsachenbehauptungen, neue Bestreitungen von Tatsachenbehauptungen, neue Einreden (rechtlicher Art) und neue Beweismittel (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31) – nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber für das Berufungsverfahren ein Novenrecht statuiert, das nur unter restriktiven Voraussetzungen ausnahmsweise Noven zulässt. Der ZPO liegt die Idee zugrunde, dass alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Gericht grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Jede Partei, welche neue Tatsachen geltend macht oder neue Beweismittel benennt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, aber dennoch keine frühere Kenntnis von den neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen oder Beweismitteln hatte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (vgl. zum Ganzen BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 m.w.H.).

4. Standpunkte

4.1. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, die Klage sei hinsichtlich der Überstunden mangels zureichender Beweismittel seitens des beweisbelasteten Klägers abzuweisen. Darüber hinaus hätte der Kläger als leitender Angestellter ohne

vereinbarte feste Arbeitszeit auch keinen Anspruch darauf, Überstunden ausbezahlt zu erhalten. Ferner wäre die entsprechende Forderung auch verwirkt gewesen und deren Geltendmachung rechtsmissbräuchlich (Urk. 56 S. 5 - 17). Schliesslich wäre ein Anspruch auch teilweise verjährt (Urk. 56 S. 4). Die Forderung im Zusammenhang mit der geltend gemachten Sonntagsarbeit sei mangels genügender Substantiierung abzuweisen (Urk. 56 S. 17 f.).

4.2. Der Kläger rügt in der Berufung, die Vorinstanz habe den massgebenden Sachverhalt nicht abgeklärt und keines der form- und fristgerecht angebotenen Beweismittel abgenommen. Den Verzicht auf Abnahme der wesentlichsten Beweismittel habe sie nicht begründet, ebenso wenig habe sie sich mit seinen entscheidenden Argumenten auseinandergesetzt. In der Folge setzt der Kläger sich mit den Alternativ-Begründungen der Vorinstanz auseinander und erläutert, wieso ihm die beantragte Entschädigung zustehe (Urk. 55 S. 6 ff.).

Die klägerische Kurzdarstellung des Streitgegenstands eingangs der Berufungsschrift (Urk. 55 S. 4 ff.) enthält keine den Anforderungen gemäss Erwägung 3.2. entsprechenden Rügen. Darauf ist im Folgenden nicht mehr einzugehen.

4.3. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass jede einzelne der vier bzw. fünf Begründungen der Vorinstanz für sich alleine zutreffend sei und zur Abweisung der Klage führe. Weder eine unrichtige Rechtsanwendung noch eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts sei festzustellen (Urk. 64 S. 16).

5. Nachweis der Mehrarbeitszeit

5.1. Wird die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und ist nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, so hat der Arbeitgeber für Überstundenarbeit Lohn zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst (Art. 321c Abs. 3 OR). Die Beweislast für geleistete Überstunden, für deren Anordnung bzw. deren betriebliche Notwendigkeit liegt beim Arbeitnehmer (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321c N 6 f.).

5.2. Die Vorinstanz erwog, dass der Kläger insgesamt 1'059.68 Mehrarbeitsstunden geltend mache, teilweise als Überstunden, teilweise als Gleitzeit, wobei nicht nachvollziehbar sei, nach welchen Kriterien die beiden Kategorien unterschieden worden seien; die Saldi seien aber entgegen dem Dafürhalten der Beklagten substantiiert behauptet worden. Als Beweis für die geltend gemachte Mehrarbeit habe der Kläger Zeiterfassungstabellen ins Recht gereicht. Jeweils per 21. jeden Monats würden die Saldi an Gleitzeit- und Überstunden angeführt. Der Kläger habe die Zahlen der Computerausdrucke jedoch stets durchgestrichen und handschriftlich mit einem Total der Plus- resp. Minusstunden ersetzt. Der handschriftlichen Ergänzung könne nicht entnommen werden, ob es sich um Gleitzeit- oder Überstunden handle. Der Kläger mache geltend, die handschriftliche Korrektur auf Geheiss der Beklagten gemacht zu haben. Gleichzeitig habe er aber eingeräumt, dass sie ihm gesagt habe, er müsse dies nicht tun, da er ein Kadermitarbeiter sei. Gleichwohl habe er die Korrekturen gemacht. Der Kläger müsse sich anrechnen lassen, dass er die Saldi gestrichen habe und sie nicht als Beweis für seine Mehrarbeitsstunden dienen könnten. Wäre er nicht einverstanden gewesen, so hätte er keine Korrekturen vornehmen dürfen und hätte es mit der Arbeitgeberin thematisieren müssen. Er habe mit der Streichung zum Ausdruck gebracht, dass auf die ursprünglichen Saldi nicht abzustellen sei. Die handschriftlich angebrachten Totale der Mehrarbeitsstunden seien demgegenüber gemäss seinen eigenen Ausführungen falsch. Damit könne der Bestand an Mehrarbeitsstunden ebenso wenig bewiesen werden. Die handschriftliche Korrektur unterscheide zudem nicht zwischen Gleitzeit- und Überstunden. Dieser Unterscheidung bedürfe es aber zur Berechnung eines Anspruchs des Klägers, weil Gleitzeitstunden rechtlich nicht wie Überstunden zu behandeln seien. Dem Kläger gelinge der Beweis der tatsächlich geleisteten Gleitzeit- und Überstunden nicht. Einzig das letzte ins Recht gelegte Arbeitszeiterfassungsblatt per 31. Juli 2017 weise einen nicht durchgestrichenen Saldo von 169 Stunden Gleitzeit und 256.85 Überstunden aus. Da der Kläger aber nicht ausgeführt habe, weshalb er sein Gleitzeitsaldo während der Kündigungsfrist nicht habe abbauen können, seien ihm die 169 Stunden nicht auszubezahlen. Es bleibe zu prüfen, ob dem Kläger der Nachweis der Überstunden gelinge. Es seien zu diesem Zweck die Arbeitszeiterfassungsblätter vom

21. Juli und 31. Juli 2017 zu vergleichen. Beide Auszüge seien gleichentags kurz hintereinander ausgedruckt worden. Beim Auszug mit dem Saldo per 21. Juli 2017 habe der Kläger eine Streichung vorgenommen, nicht so hingegen per 31. Juli 2017. Die beiden Dokumente seien widersprüchlich. Ferner habe der Kläger einen Feriensaldo von minus 53 Ferientagen per Ende Juli 2017 mit seiner Unterschrift akzeptiert. Es verblieben erhebliche Zweifel an der Sachverhaltsdarstellung des Klägers. Mangels weiterer Beweismittel habe der Kläger die Last der Beweislosigkeit zu tragen und die Klage hinsichtlich der Mehrarbeitsstunden sei vollumfänglich abzuweisen (Urk. 56 S. 6 ff.).

5.3. Der Kläger hält mit der Berufung dafür, er habe seine Arbeitszeiten substantiiert behauptet, was auch die Vorinstanz festhalte. Gleichermassen habe er substantiiert dargetan, welche Mehrarbeitsstunden zu Unrecht gestrichen worden seien. Die Summen aller im Zeiterfassungssystem als Überstunden oder Gleitzeitstunden bezeichneten Mehrarbeitsstunden seien in der Klagebegründung zusammengefasst. Die monatlichen Saldi hätten sodann auf Anweisung der Beklagten handschriftlich korrigiert werden müssen. Auch er habe die Anpassungen vorgenommen; bereits in der Klagebegründung und in der Replik habe er geltend gemacht, dass die handschriftlichen Mutationen falsch seien und keine Aussage zur Arbeitszeit enthielten, sondern auf Anordnung der Beklagten erfolgt seien; er habe sich diesen Mutationen freiwillig unterworfen. Er habe dazu mehrere Zeugen zum Beweis offeriert; keiner dieser Zeugen sei von der Vorinstanz angehört worden. Die Vorinstanz werfe ihm vor, er hätte es bei der Beklagten thematisieren müssen, wenn er mit den Streichungen nicht einverstanden gewesen wäre. Sowohl in der Klagebegründung als auch in der Replik habe er aber behauptet, dass er bereits seit 2014 immer wieder auf seinen in der Zeiterfassung ausgewiesenen Überstundensaldo hingewiesen habe; dafür habe er mehrere Zeugen zum Beweis offeriert. Die Vorinstanz sei daher von einem falschen Sachverhalt ausgegangen; den korrekten habe sie mangels Beweisabnahme gar nie ermittelt (Urk. 55 S. 7 f.).

5.4. Die Beklagte hält dagegen, die Vorinstanz komme richtigerweise zum Schluss, dass es dem Kläger nicht gelinge zu beweisen, wie viele Gleitzeit- und

Überstunden er tatsächlich geleistet haben wolle. Die Vorinstanz behafte ihn bei seiner Anerkennung, wonach sie (die Beklagte) ihm gesagt habe, er müsse als Kadermitarbeiter keine handschriftlichen Korrekturen vornehmen. Sodann erwäge die Vorinstanz zutreffend, dass mit den handschriftlichen Korrekturen eine Unterscheidung zwischen Gleitzeit- und Überstunden nicht mehr ersichtlich sei. Weiter halte die Vorinstanz zutreffend fest, dass der Kläger mit der Streichung der Saldi zum Ausdruck gebracht habe, dass nicht auf diese abzustellen sei und er sich darauf nicht berufen könne. Schliesslich behafte die Vorinstanz den Kläger auf sein Vorbringen, die handschriftlich angebrachten Totale der Mehrarbeitsstunden seien falsch und damit beweisuntauglich. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern ein Berufungsgrund vorliege; die Vorinstanz stütze sich alleine auf die Vorbringen und Anerkennungen des Klägers (Urk. 64 S. 13 f.).

5.5. Der Kläger stellt zum Nachweis seiner Mehrarbeitsstunden auf die Computerausdrucke des Zeiterfassungssystems der Beklagten ab (Urk. 4/12). Die Vorinstanz erwog, dass diese Dokumente nicht zum Beweis herangezogen werden könnten, da der Kläger freiwillig die Saldi durchgestrichen und handschriftlich mit einem (falschen) Total der Plus- resp. Minusstunden ersetzt habe, ohne bei der Beklagten zu thematisieren, dass er damit nicht einverstanden sei. Insofern stimmt die Rüge des Klägers, die Vorinstanz habe sich mit seiner Behauptung, die vom System erfasste Arbeitszeit sei *richtig*, nicht auseinandergesetzt. Die vorinstanzliche Begründung ging denn auch in eine andere Richtung; den Erwägungen zufolge kann auf die Computerausdrucke – unabhängig der Richtigkeit des Inhalts – zufolge des Verhaltens des Klägers nicht abgestellt werden, weshalb die bestrittene Mehrarbeitszeit beweislos bleibe (vgl. Urk. 56 S. 9 f.). Mit der Begründung der fehlenden Beweiseignung setzt sich der Kläger nicht auseinander. Er bestätigt in der Berufung vielmehr, sich der Anordnung zur Korrektur freiwillig unterworfen zu haben (Urk. 55 S. 8). Wenn er sodann dartut, er habe schon vor Vorinstanz geltend gemacht, die hohe Arbeitslast mit der Beklagten besprochen und auf den ausgewiesenen Überstundensaldo hingewiesen zu haben (Urk. 55 S. 8), setzt er sich wiederum unzureichend mit der vorinstanzlichen Argumentation auseinander, gemäss welcher dem Kläger das fehlende Thematisieren der Korrekturen – nicht jenes der Überstunden – zum Nachteil gereicht. Der Kläger tut nicht

dar, inwiefern und weshalb auf die Computerausdrucke als Beweismittel abzustellen wäre bzw. welche weiteren Beweismittel zum Nachweis der Mehrarbeit bestünden. Damit bleibt es aber beim vorinstanzlichen Ergebnis, dass die Klage auf Auszahlung der Mehrarbeitsstunden zufolge Beweislosigkeit abzuweisen ist.

5.6. Bei diesem Ergebnis können die Fragen der Berechtigung des Klägers auf Entschädigung von Überstunden angesichts der umstrittenen Qualifikation als leitender Angestellter, der Verwirkung, der Rechtsmissbräuchlichkeit und der teilweisen Verjährung des Anspruchs offen bleiben. Gleiches gilt demzufolge für die prozessuale Frage der Zulässigkeit der Noveneingabe des Klägers vom 9. September 2021 (Urk. 66 und 69; vgl. E. 3.3), da diese Eingabe einzig auf die hierarchische Stellung des Klägers innerhalb der Organisationsstruktur der Beklagten zielt (vgl. Urk. 66 S. 5).

6. Sonntagsarbeit

6.1. Gemäss Art. 19 Abs. 1 ArG bedürfen Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit der Bewilligung. Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit wird bewilligt, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (Art. 19 Abs. 2 ArG). In diesem Fall besteht kein gesetzlicher Anspruch auf einen Lohnzuschlag von 50 %, denn dieser Umstand kann bei den Lohnverhandlungen berücksichtigt werden (vgl. BGer 4A_515/2014 vom 26. Februar 2015 E. 2.3). Vorübergehende Sonntagsarbeit wird bewilligt, sofern ein dringendes Bedürfnis nachgewiesen wird. Dem Arbeitnehmer ist ein Lohnzuschlag von 50 % zu bezahlen (Art. 19 Abs. 3 ArG).

6.2. Die Vorinstanz führte aus, dass der Kläger zwischen Februar 2013 und Juli 2017 datumsgenau die einzelnen Stunden aufführe, für welche er einen Sonntagszuschlag von 50 % geltend mache, total Fr. 2'316.– brutto. Dabei handle es sich um eine nachvollziehbare Berechnung. In der Klagebegründung habe der Kläger aber unbegründet gelassen, weshalb an Sonntagen Arbeiten auszuführen gewesen seien. In der Replik habe er vorgebracht, die Sonntageinsätze seien oft wegen empfohlener Server-Neustarts notwendig gewesen und es hätten DDC-Controller-Tests durchgeführt werden müssen, da die Mitarbeiter in diesen Pha-

sen am Montag jeweils Login-Probleme gehabt hätten. Der Kläger habe als Beispiel den 21. April 2013 genannt. Am Donnerstag und Freitag zuvor habe es ein Update gegeben und es sei ihm von den zuständigen Beratern geraten worden, am Sonntag weitere Schritte zu unternehmen. Der Kläger habe den Inhalt dieser Schritte aber nicht erläutert und nicht aufgezeigt, weshalb diese am Sonntag und nicht auch zum Beispiel am Samstag hätten vorgenommen werden können. Der Kläger führe sodann den 21. August 2016 an; damals habe er eine Ausschreibung für das C._____ Zürich fertigstellen müssen. Wiederum liefere der Kläger keine Erklärung dafür, weshalb er diese Ausschreibung ausgerechnet am Sonntag habe fertigstellen müssen. Mache ein Arbeitnehmer Ansprüche aus Sonntagsarbeit geltend, so müsse er dartun, weshalb eine Arbeit nicht habe werktags erledigt werden können. Der Kläger unterlasse eine konkrete Begründung dazu, weshalb er an Sonntagen habe arbeiten müssen und sein Anspruch sei unsubstantiiert. Die Beklagte bestreite die Forderung auf Entschädigung der Sonntagsarbeit. Weder für das Gericht noch für die Gegenseite sei es möglich festzustellen, ob er genau an einem Sonntag habe arbeiten müssen und nicht einfach sonntags Arbeiten erledigt habe, weil es ihm dann am besten gepasst habe. Mit der Abweisung der Klage betreffend Sonntagsarbeit mangels Substantiierung erübrige sich die Abnahme weiterer Beweismittel (Urk. 56 S. 17 f.).

6.3. Der Kläger stellt sich in der Berufung auf den Standpunkt, dass er substantiiert dargelegt habe, wann er sonntags habe arbeiten müssen. Zudem habe er beantragt, die Kommentarspalten von Urk. 4/12, der Zeiterfassungstabellen, edieren zu lassen; damit sei die Beklagte über die konkreten Tätigkeiten informiert worden. Die Beklagte habe die Zeiterfassungsblätter erhalten und damit jederzeit Kenntnis erlangt nicht nur über den Umfang, sondern auch die Notwendigkeit der Sonntagsarbeit. Es genüge, dass ein Arbeitnehmer seine geleisteten Überstunden regelmässig aufzeichne und dem Arbeitgeber abgebe; eine Gegenzeichnung werde nicht vorausgesetzt. Dem Beweis der förmlichen Anordnung von Überstunden werde gleichgesetzt, wenn der Arbeitgeber von deren Leistung Kenntnis habe oder hätte haben müssen, aber dagegen nicht einschreite und sie damit genehmige. Die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf Auszahlung des Sonntagszuschlags zu Unrecht verneint (Urk. 55 S. 14).

6.4. Die Beklagte entgegnet, der Kläger bringe zwar vor, er habe substantiiert dargelegt, wann er sonntags habe arbeiten müssen, er verweise dabei aber auf eine einzige Passage der vorinstanzlichen Rechtsschriften. Dieser Stelle sei keine Substantiierung dazu zu entnehmen, weshalb er ausgerechnet an einem Sonntag habe arbeiten müssen und die Tätigkeit nicht auch an einem anderen Wochentag hätte erledigen können. Der Kläger habe nie dargelegt, dass er aufgrund einer Weisung oder eines betrieblichen Bedürfnisses an einem Sonntag hätte arbeiten müssen. Die vom Kläger beantragte Edition einer Kommentarspalte könne eine fehlende Parteibehauptung nicht ersetzen. Sei die Substantiierung unzureichend, erübrige sich die Abnahme weiterer Beweise. Die Rügen des Klägers würden nicht verfangen (Urk. 64 S. 30 f.).

6.5. Der Kläger setzt sich nicht konkret mit den von der Vorinstanz angeführten Anforderungen an die Behauptungs- und Substantiierungslast für die Entschädigung von Sonntagsarbeit auseinander, sondern beruft sich allgemein auf die Voraussetzungen betreffend die Leistung von Überstunden. Insofern findet keine Auseinandersetzung mit der angefochtenen Begründung statt. Dass der Kläger bereits vor Vorinstanz die Edition der Kommentarspalte der Zeiterfassung der Beklagten im Zusammenhang mit der Sonntagsarbeit beantragt hätte, ergibt sich sodann nicht aus seinen Verweisen in der Berufungsschrift (Urk. 55 S. 14; Urk. 2 N 39 f. und 49). Damit erscheint sein Vorbringen als unzulässig (vgl. E. 3.3) und ist nicht zu beachten. Selbst wenn aber der Editionsantrag des Klägers zulässig wäre, so übersieht er, dass die Edition einer Urkunde die Edition eines Beweismittels ist (Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO) und Gegenstand des Beweises rechtserhebliche, streitige Tatsachen sind (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Für das ordentliche Verfahren statuiert Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen, mithin die Zuordnung der jeweiligen Beweismittel zu den einzelnen Tatsachen. Entsprechend ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Behauptungs- und Substantiierungslast in den Parteivorträgen nachzukommen und die aufgestellten Behauptungen sind hernach gegebenenfalls mit Beweismitteln zu beweisen (BGer 4A_651/2015 vom 19. April 2016, E. 4.3; vgl. Urk. 64 S. 30). Die Urkundenedition kann eine unzureichende Substantiierung demnach nicht ersetzen. Es bleibt daher beim vorinstanzlichen

Ergebnis, dass nicht substantiiert dargetan wurde, weshalb die vom Kläger behaupteten 61.64 Stunden Sonntagsarbeit nicht auch an einem anderen Wochentag hätten erledigt werden können. Die Berufung ist auch in diesem Punkt abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

7. Erstinstanzliche Parteientschädigung

7.1. Der Kostenentscheid ist grundsätzlich zusammen mit der Hauptsache anfechtbar. Da die Streitsache vorliegend berufungsfähig ist, kann mit dem Sachentscheid auch die Kostenregelung im Rahmen der Berufung überprüft werden, ohne dass separat Beschwerde erhoben werden müsste (vgl. Art. 110 ZPO e contrario). Eine Kostenbeschwerde wäre einzig dann angezeigt, wenn das erstinstanzliche Urteil lediglich im Kostenpunkt angefochten werden soll (vgl. auch Urk. 56 S. 21).

7.2. Der Kläger beantragt mit seiner Berufung für den Eventualfall des Unterliegens in der Sache, dass der Zuschlag von 50 % zur Grundgebühr für das erstinstanzliche Verfahren auf maximal 25 % herabzusetzen sei (Urk. 55 S. 3). Aus der Begründung erhellt, dass damit die der Beklagten zugesprochene Parteientschädigung im Umfang von Fr. 17'290.– (inkl. MWSt) angesprochen ist. Ausgehend von der vollen Grundgebühr in Höhe von Fr. 10'702.– sei ein Zuschlag von höchstens 25 % zu gewähren (Urk. 55 S. 15 f.). Damit resultiert eine beantragte "Maximal"-Entschädigung von Fr. 13'377.50, was zuzüglich der Mehrwertsteuer von 7.7 % zu einem Total von Fr. 14'407.55 führt. Es liegt damit ein zumindest hinsichtlich des Maximums bezifferbarer Antrag des Klägers vor; in diesem Umfang ist auch diesbezüglich auf die Berufung einzutreten (vgl. E. 3.1).

7.3. Die Vorinstanz hielt zur Parteientschädigung fest, dass der Kläger zu verpflichten sei, der Beklagten eine volle Entschädigung zu bezahlen. Es sei von einer Grundgebühr von Fr. 10'702.– auszugehen und für eine zusätzliche Rechtschrift und Verhandlung ein Zuschlag von insgesamt 50 % zu gewähren (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 2 AnwGebV). Ein Mehrwertsteuerzuschlag sei beantragt worden und unbestritten geblieben; entsprechend sei er zu gewähren. Die Prozessent-

schädigung sei auf insgesamt Fr. 17'290.– (inkl. MWSt) festzusetzen (Urk. 56 S. 20).

7.4. Der Kläger macht geltend, der Zuschlag von 50 % sei zu hoch angesetzt. Gemäss der Anwaltsgebührenverordnung dürfe der Einzelzuschlag für weitere notwendige Rechtsschriften und Verhandlungen nur je 50 % im Maximum betragen. Bei der Festsetzung der Parteientschädigung und des Zuschlags seien neben dem Streitwert insbesondere die Verantwortung und der notwendige Zeitaufwand des Anwalts sowie die Schwierigkeit des Falls zu berücksichtigen. Der vorliegende Fall biete keine ausserordentlichen Schwierigkeiten. Verantwortung und notwendiger Zeitaufwand der anwaltlichen Vertretung seien begrenzt gewesen, womit sich ein bloss geringer Zuschlag rechtfertige. Die Parteien hätten weder die Instruktionsverhandlung noch den zweiten Schriftenwechsel beantragt; diese seien von der Vorinstanz angeordnet worden. Anlässlich der Instruktionsverhandlung hätten sich die Parteien kaum äussern können. Die Verhandlung sei dazu genutzt worden, den Kläger zum Rückzug seiner Klage und schliesslich zu einem Vergleich zu drängen. Bei der Hauptverhandlung habe die Vorinstanz den Parteien schliesslich eine Redezeitbeschränkung von 15 Minuten für die Parteivorträge auferlegt. Die Parteien hätten sich damit zwei Mal äussern können, wie es vom Bundesgericht als Minimalstandard vorgesehen sei; es sei von einem deutlich reduzierten anwaltlichen Aufwand auszugehen, weshalb sich auch unter diesem Gesichtspunkt eine bloss reduzierte Parteientschädigung rechtfertige. Der Zuschlag zur Grundgebühr sei auf höchstens 25 % herabzusetzen (Urk. 55 S. 14 ff.).

7.5. Die Beklagte wendet ein, es seien zwei Schriftenwechsel, eine Instruktionsverhandlung und eine Hauptverhandlung durchgeführt worden. Inwiefern angesichts dieser Verfahrensschritte die Erwägungen der Vorinstanz zur Parteientschädigung falsch seien, sei nicht ersichtlich. Entgegen dem Kläger sei angesichts der Substantiierungs- und Beweisanforderungen für beide Parteien nicht von einem einfachen Fall auszugehen. Es erscheine bemerkenswert, dass der Kläger darauf hinweise, dass die Parteien weder eine Instruktionsverhandlung noch einen zweiten Schriftenwechsel beantragt hätten; das insinuiere, die Parteien hätten ein schlankes Verfahren gewünscht. Es sei aber der Kläger gewesen,

der auf Durchführung der Hauptverhandlung beharrt habe, obwohl die Vorinstanz einen Verzicht angeboten habe. Die Instruktionsverhandlung vor Vorinstanz habe von 8.35 Uhr bis 11.15 Uhr und die Hauptverhandlung von 8.50 Uhr bis 9.55 Uhr gedauert; das Protokoll der Vorinstanz umfasse 24 Seiten. Es entspreche schliesslich nicht ihrer Wahrnehmung, dass der vertretene Kläger von der Vorinstanz zu etwas gedrängt worden sei, zumal an der Instruktionsverhandlung ein Vergleich mit einem Widerrufsvorbehalt abgeschlossen worden sei (Urk. 64 S. 31 f.).

7.6. Die Grundgebühr von Fr. 10'702.– für die vorinstanzliche Parteientschädigung erscheint als angemessen (§ 4 AnwGebV) und ist auch unbestritten. Abgedeckt sind damit der Aufwand für die Klageantwort sowie die Teilnahme an der Hauptverhandlung (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Im Streit steht die Höhe des Zuschlags für die Teilnahme an der Instruktionsverhandlung und die Duplik der Beklagten, wofür je ein Einzelzuschlag von höchstens der Hälfte der Grundgebühr möglich ist (§ 11 Abs. 2 und 3 AnwGebV). Die Ausführungen des Klägers zur Hauptverhandlung gehen aufgrund dessen an der Sache vorbei und sind nicht zu erörtern. Mit einem doppelten Schriftenwechsel und der Hauptverhandlung konnten sich die Parteien im Übrigen entgegen der klägerischen Darstellung drei Mal äussern. Inwiefern der zusätzliche Aufwand der Beklagten unnötig gewesen sein soll, weil das Gericht von sich aus eine Instruktionsverhandlung anberaumte und einen zweiten Schriftenwechsel anordnete, ist sodann weder ersichtlich noch dargetan. Die Beklagte duplizierte auf rund 45 Seiten, beziehend auf die Replik des Klägers mit vergleichbarem Umfang (Urk. 27 und 35). Die Instruktionsverhandlung vom 29. August 2019 dauerte sodann 2:40 Stunden (Prot. I S. 5 f.). Die Erstattung der Duplik erweist sich vor diesem Hintergrund als erheblich aufwändiger als die Teilnahme an der Instruktionsverhandlung, weshalb die Höhe eines pauschalen Zuschlags überwiegend der Duplik der Beklagten zuzuordnen ist; zur Duplik lässt sich der Kläger in der Berufung aber erst gar nicht konkret vernehmen. Ein pauschaler Zuschlag von 50 %, entsprechend Fr. 5'351.–, erscheint angesichts der Gesamtumstände einhergehend mit der vorinstanzlichen Einschätzung ohne weiteres als angemessen. Der vorinstanzliche Entscheid ist in Abweisung der Berufung auch in dieser Hinsicht zu bestätigen.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Die Prozesskosten werden den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens und Obsiegens auferlegt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Aufgrund des Ausgangs des Berufungsverfahrens ist der Kläger vor Berufungsinstanz als unterliegende Partei zu erachten und dementsprechend kosten- und entschädigungspflichtig.

8.2. Die Entscheidgebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichtes vom 8. September 2010 (GebV OG). Sie bemisst sich nach dem Streitwert, der Schwierigkeit des Falles sowie dem notwendigen Zeitaufwand (§ 4 Abs. 1 und 2 GebV OG; Streitwert rund Fr. 96'500.–). Im Berufungsverfahren wird die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemessen (§ 12 Abs. 1 GebV OG). Vorliegend erscheint eine Entscheidgebühr von Fr. 8'600.– als angemessen.

8.3. Der Kläger ist überdies zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 2 ZPO). Ein Mehrwertsteuerzusatz wurde beantragt (vgl. Urk. 64 S. 2; vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006, Ziff. 2.1.1). Die Parteientschädigung ist auf Fr. 6'500.– zzgl. 7.7 % MWSt (Fr. 500.50, total Fr. 7'000.50) festzusetzen (vgl. § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das vorinstanzliche Urteil des Arbeitsgerichts Dietikon vom 21. September 2020 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'600.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'000.50 zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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. 96'559.60.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 24. November 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. D. Scherrer

Dr. O. Hug

versandt am: