

Bezirksgericht Hinwil

Arbeitsgericht



Geschäfts-Nr.: AH170024-E/U01

Mitwirkend: Bezirksrichterin lic. iur. C. Mattle und
Gerichtsschreiber MLaw R. Nüesch

Urteil vom 6. Mai 2019

in Sachen

A._____,
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,
gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

A. des Klägers (act. 2 S. 2):

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 22'340.04 brutto zuzüglich Zins zu 5 % seit 01.09.2016 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWST) zulasten der Beklagten.

B. der Beklagten (act. 10 S. 1):

1. Die Klage sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

Der Kläger machte mit Eingabe vom 28. April 2017 unter Einreichung der Klagebewilligung vom 8. März 2017 und einer Klageschrift in begründeter Form das vorliegende Verfahren am hiesigen Gericht anhängig (act. 1, 2, 3/1-10, 4). Die Beklagte reichte ihre schriftlichen Klageantwort hierzu samt Beilagen am 11. Juli 2017 ein (act. 10, 11 und 12). In der Folge fand am 27. November 2017 die Hauptverhandlung mit mündlicher Replik und Duplik statt (Prot. S. 8 ff.) und am 27. März 2018 erging die Beweisverfügung (act. 18). Die erste Beweisverhandlung wurde am 17. Oktober 2018 abgehalten (Prot. S. 30 ff.). Am 25. März 2019 fand die zweite Beweisverhandlung statt. Gleichentags hielten die Parteien ihre Schlussvorträge (Prot. S. 56 ff.). Das Verfahren ist spruchreif.

II. Prozessuales

1. Der Kläger macht eine Forderung aus Arbeitsvertrag geltend, der Streitwert beträgt Fr. 22'340.04 und die Beklagte hat ihren Sitz in C. _____ ZH. Das vom Kläger angerufene Arbeitsgericht als Einzelgericht (im vereinfachten Verfahren) ist

für das vorliegende Verfahren somit örtlich und sachlich zuständig. Ferner wurde die Klagebewilligung fristgerecht eingereicht und die Parteivertreter sind gehörig bevollmächtigt. Gegenteilige Anhaltspunkte sind nicht ersichtlich und bringt auch die Beklagte nicht vor, wenngleich sie die Zuständigkeit, die Rechtzeitigkeit der Klageeinreichung sowie die gehörige Bevollmächtigung des Klägersvertreterers ohne weitere Begründung zu bestreiten scheint (act. 10 Rz. 12 i.V.m. act. 2 Rz. 1 f.).

2. Das Vorliegen der übrigen Prozessvoraussetzungen gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Klage ist somit einzutreten.

3. In arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Auch nach dieser abgeschwächten bzw. sozialen Untersuchungsmaxime bleibt es aber grundsätzlich Sache der Parteien, das Tatsächliche des Streits vorzutragen sowie die allenfalls zu erhebenden Beweismittel nach Möglichkeit zu bezeichnen. Die Beteiligung des Gerichts bei der Sammlung des Prozessstoffes tritt lediglich ergänzend hinzu. Soweit indes beide Parteien anwaltlich vertreten sind, soll sich das Gericht mit Fragen – ähnlich wie im ordentlichen Verfahren – zurückhalten (Brunner/Steininger, in: Dike-Komm. ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 247 N 10 ff.). Neue Tatsachen und Beweismittel hat das Gericht bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO).

III. Zusammenfassung des Streitgegenstandes

Zweck der Beklagten gemäss Handelsregister ist die Herstellung, den Handel und den Vertrieb von Backwaren, Konditorei- und Confiserieartikeln sowie verwandter Produkte und das Führen von Verpflegungs- und Beherberungsbetrieben inklusive Catering.

Der Kläger war vom 19. Februar 2015 bis zum 31. August 2016 bei der Beklagten als Filialleiter der Filiale D._____ angestellt. Er macht geltend, in jener Zeit 515.04 Überzeitstunden geleistet zu haben, welche ihm mit einem Lohnzuschlag von 25 % zu vergüten seien. Für den Fall, dass seine Klage nicht vollends

geschützt wird, macht er im entsprechenden Umfang Genugtuung sowie Schadenersatz geltend.

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass der Kläger als höherer leitender Angestellter gültig auf Ansprüche aus Überzeitstunden habe verzichten dürfen und dies auch getan habe. Im Übrigen habe der Kläger seine Arbeitszeit vorsätzlich falsch erfasst, weshalb ein allfälliger Anspruch aus Überzeitarbeit unbewiesen und bestritten sei. Des weiteren habe der Kläger unnötig viele Stunden geleistet. Für den Fall, dass die Klage ganz oder teilweise geschützt würde, erhebt die Beklagte die Einrede der Verrechnung und macht diesbezüglich Ansprüche aus irrtümlich ausbezahltem Bonus und ausbezahlter Gratifikation (1.), für unbezahlte Warenbezüge des Klägers (2.) sowie Schadenersatz für unnötigen Personalaufwand (3.) geltend. Sodann bestreitet sie die eventualiter geltend gemachten Ansprüche des Klägers auf Genugtuung und Schadenersatz.

IV. Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes

1. Ausgangslage

1.1. Mit den Parteien ist davon auszugehen, dass vorliegend von Relevanz ist, ob der Kläger in seiner Funktion als Filialleiter eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne von Art. 3 lit. d ArG ausübte. Wird diese – unter den Parteien umstrittene – Frage bejaht, wäre der Kläger vom persönlichen Anwendungsbereich des ArG ausgeschlossen und hätte gültig auf die ansonsten zwingenden Vorschriften zur Abgeltung von Überzeitstunden verzichten können (vgl. BGE 126 III 337 E. 6c = Pra 90 (2001) Nr. 47). Dass sich eine entsprechende Klausel im Arbeitsvertrag vom 13. Februar 2015 findet (act. 3/1 Ziffer 5), ist zwischen den Parteien nicht umstritten.

1.2. Art. 3 lit. d ArG wird von Art. 9 ArGV 1 konkretisiert. Demnach übt eine höhere leitende Tätigkeit aus, wer aufgrund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich be-

einflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann.

Der Anwendungsbereich von Art. 3 lit. d ArG ist eng auszulegen (BGer 4A_258/2010 vom 23. August 2010 E. 1). Das Gesetz stellt auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers ab, weshalb eine Abgrenzung nicht einfach aufgrund einer Funktionsbezeichnung oder einer bestimmten hierarchischen Stellung erfolgen kann. Die Zugehörigkeit zum Kader genügt für die Annahme einer höheren leitenden Tätigkeit nicht. Selbst ein Mitglied der Geschäftsleitung fällt nicht zwingend unter die Norm. Die Beurteilung muss stets im Einzelfall aufgrund einer Gesamtbetrachtung erfolgen. Kernfrage ist, ob der Arbeitnehmer weitreichend Entscheidbefugnisse im Betrieb hat, wobei die Möglichkeit, durch Vorschläge oder Anträge auf die Unternehmensführung Einfluss zu nehmen dafür nicht genügt. Die dem Arbeitnehmer zustehenden Entscheidbefugnisse müssen sich sodann auf wesentliche Angelegenheiten des Unternehmens beziehen, mithin geeignet sein, den Gang oder die Struktur des Unternehmens mindestens zu einem hauptsächlichen Teil nachhaltig zu bestimmen. Dazu zählen: Einstellung und Einsatz des Personals, Einteilung der Arbeitszeiten im Unternehmen oder im Verantwortungsbereich, die Lohnpolitik sowie Grundsatzfragen der Geschäftspolitik. Weitere, für sich alleine genommen aber nicht ausschlaggebende, Kriterien sind namentlich: Unterschriftsberechtigung, Ausmass des Weisungsrechts gegenüber anderen Mitarbeitenden, Verantwortung für das Aufstellen oder Einhalten des Budgets und anderer Kennzahlen, Anzahl unterstellte Mitarbeiter sowie Höhe des Lohnes (BGer 4A_258/2010 vom 23. August 2010 E. 1; Geiser, in: Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Art. 3 N 19 ff. m.H.a. BGE 126 III 137 und 98 Ib 344; Senti, in: AJP 2003 S. 373, 385).

Aus der Tatsache, dass der Arbeitnehmer Mitarbeiterbewertungen durchführt, welche zudem gestützt auf ein vorgegebenes Formular erfolgt, kann nicht auf eine Führungsposition geschlossen werden, zumal die Aufgabe, Mitarbeitergespräche zu führen, typischerweise dem direkten Vorgesetzten eines Mitarbeiters übertragen wird, weil dieser die Leistungen des Mitarbeiters am Besten beurteilen kann. Die Tatsache, dass der Arbeitnehmer für die Warenbestellungen zu-

ständig war, lässt ebenfalls nicht auf weitreichende Entscheidungsbefugnisse schliessen, auch wenn diese Waren einen grossen Teil der Kosten des Betriebes ausmachen, insbesondere, wenn die Verantwortung nur darin liegt, dass genügend Waren vorhanden sind, um Gäste bewirten zu können. Weiter spricht gegen eine höhere leitende Stellung, wenn der Arbeitnehmer nur eine geringe Budgetkompetenz innehat und nur für die Budgeteinhaltung und nicht die Budgeterstellung zuständig ist (Entscheid des Obergerichts Thurgau vom 23. April 2009, ZBO.2008.21, in: RBOG 2009 Nr. 21 S. 141).

1.3. Der Arbeitgeber trägt die Beweislast dafür, dass der Arbeitnehmer eine leitende Tätigkeit ausübt, sodass er vom Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgeschlossen ist (Geiser, a.a.O., Art. 1 N 53).

2. Standpunkte und Behauptungen der Parteien

2.1. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass der Kläger weitreichende Kompetenzen betreffend Personal, Angebot, Einkauf etc. hatte. Er habe eine Filiale mit ca. 25 Mitarbeitern geführt, Einsatzpläne erstellt und sei für Arbeitseinteilungen und Arbeitspläne verantwortlich gewesen. Ferner habe er in Personalfragen über Entscheidungsbefugnisse (Einstellungen und Entlassungen) verfügt und bei Personalentscheiden das letzte Wort gehabt. Bewerbungen seien zwar vom zentralen HR geprüft worden, aber der Kläger habe letztlich entschieden, wer eingestellt werde. Ebenso habe er Entlassungen veranlassen können und dies auch getan, indem er die Beklagte zu solchen aufgefordert habe. Er habe für den reibungslosen Ablauf der Produktions- und Verkaufstätigkeit in der Filiale verantwortlich gezeichnet und habe mehr Stellenprozente beantragen können. Namentlich sei der Personalbestand der Filiale während der Zeit, als der Kläger die Filiale geleitet habe, auf dessen Aufforderung hin von 980 auf 1140 Stellenprozente erhöht worden. Der Kläger habe Mitarbeiter- und Qualifikationsgespräche geführt und die Mitarbeiterführung und Verkaufsschulung in der Filiale geleitet. Sodann habe er selbständig den Einkauf für die Filiale besorgen können und sei in Absprache mit dem Koch für die Menüplanung sowie die Belieferung von drei anderen Filialen verantwortlich gewesen. Seine Filiale sei zudem zuständig gewesen für die gesamte Produktion der Konfitüren, Ravioli und Salatsaucen, welche die

Beklagte in allen Filialen vertrieben habe. Im Weiteren habe der Kläger auch bauliche Massnahmen vornehmen lassen können bzw. sei dies auf dessen entsprechende Mitteilung hin arrangiert worden. Zusammengefasst habe er die Filiale D._____, einen wichtigen Betriebsteil der Beklagten, geleitet und sei dafür verantwortlich gewesen. Er habe in diesem Betriebsteil alle massgebenden Entscheide fällen können, wenngleich diese in einem Bäckerei- und Restaurationsbetrieb naturgemäss eher begrenzt seien. Was indes zu entscheiden gewesen sei, habe der Kläger entscheiden können (act. 10 Rz. 19, Prot. S. 9 f.).

2.2. Der Kläger macht zusammengefasst geltend, er habe kein Personal eigenmächtig anstellen oder entlassen und keine Entscheide von grosser geschäftlicher Tragweite (Z.B. Investitionen, Produkte, Öffnungszeiten, Kooperationen etc.) treffen können (act. 2 Rz. 8). Der Kläger habe Arbeitspläne gemacht, in eigentlichen Personalfragen jedoch keine Entscheidungsbefugnis gehabt. Er sei bei Neueinstellungen im Zuge des durch die Personalabteilung der Beklagten vorgegebenen Prozesses einfach nach seiner Einschätzung gefragt worden. Zusätzliche Stellenprocente habe er lediglich beantragen, nicht jedoch darüber entscheiden können. Mitarbeiter habe er nicht eigenmächtig anstellen dürfen. Ferner habe er keine Mitarbeiter entlassen dürfen; dies sei jeweils durch die Beklagte erfolgt, wobei er einmal festgestellt habe, dass jemand schlecht arbeite, und ein anderes Mal, dass es zu einem Diebstahl gekommen sei. Im Einkauf sei er sehr weitgehend eingebunden gewesen, da die Lieferanten mehr oder weniger vorgegeben gewesen seien. Die Vorgesetzten hätten mit ihm normale Mitarbeitergespräche geführt. Er habe keine Finanzkompetenzen und keinen Einblick in die finanziellen Angelegenheiten der Beklagten gehabt, sei nicht Mitglied der Geschäftsleitung gewesen oder anderweitig an der Beklagten oder ihrem wirtschaftlichen Erfolg beteiligt gewesen. Zudem spreche der Monatslohn von Fr. 6'000.– gegen die Annahme, dass er ein leitender Angestellter gewesen sei. Bauliche Massnahmen habe er sodann nicht vornehmen lassen dürfen, sondern bauliche Mängel jeweils dem Schwager des Seniorchefs, Herrn E._____, gemeldet, der die Behebung dann organisiert habe (act. 15 Rz. 5 f.).

2.3. Die Parteien sind sich somit im Wesentlichen uneinig darüber, inwieweit der Kläger die massgeblichen Entscheide für die Filiale traf und er insbesondere bei der Personaleinstellung und -entlassung über Endentscheidbefugnis verfügte und inwiefern er selbständig den Einkauf für die Filiale besorgen und bauliche Massnahmen vornehmen lassen konnte.

3. Beweismittel

3.1. Als Beweismittel liegen nebst dem Zwischen- sowie dem Arbeitszeugnis des Klägers (act. 3/9 und 12/8) Zeugenaussagen von F._____, G._____, H._____, I._____, J._____ und E._____, sowie die Parteibefragungen des Klägers, von Frau K._____ sowie L._____ im Recht.

3.2.1. F._____, Mitarbeiterin der Beklagten, gab an, sie wisse über die Entscheidungskompetenzen des Klägers nicht Bescheid. Da sie selbst aber einmal Filialleiterin gewesen sei, wisse sie, dass Personaleinstellungen und -entlassungen bei der Beklagten über das HR zu laufen hätten. Bei Einstellungen hätten die Mitarbeiter bei ihr jeweils probegearbeitet und sie habe eine Empfehlung abgegeben, welcher zu 90 % gefolgt worden sei. Entlassungen habe sie auch beantragen können, wobei sie ebenfalls zu 90 % damit durchgedrungen sei. Sie selbst habe als Filialleiterin Einkäufe für die Filiale sowie bauliche Massnahmen nur nach Rücksprache mit den Vorgesetzten tätigen können (act. 31).

3.2.2. G._____, Verkaufsleiterin der Beklagten, führte aus, der Kläger habe Entscheidungen zum Sortiment und zum Personal getroffen und insbesondere entscheiden können, wen er habe im Team haben wollen. Auch habe er über Entlassungen entscheiden können. Sodann habe er den Einsatzplan gemacht und mit dem Küchenchef zu Sortimentsfragen Rücksprache genommen. Betreffend bauliche Massnahmen gab die Zeugin G._____ an, dass der Kläger keine grösseren, aber kleinere bauliche Massnahmen habe vornehmen lassen können, indem er diese angestossen habe und es oft auch gemacht worden sei (act. 32).

3.2.3. H._____, ehemalige Personalfachfrau bei der Beklagten, gab an, dass der Kläger Bewerbungsgespräche selber geführt und auch den Einstellungsentscheid

getroffen habe. Der Vertragsschluss sei via Personalbüro gelaufen und von der Geschäftsleitung unterzeichnet worden. Kündigungen durch den Kläger seien in Absprache mit der Geschäftsleitung erfolgt. Betreffend Einkauf und bauliche Massnahmen konnte die Zeugin H. _____ keine Ausführungen machen (act. 33).

3.2.4. I. _____, ehemalige Personalleiterin der Beklagten, erklärte, der Kläger habe ihres Wissens nach personelle Entscheide treffen können. Die Rekrutierung sei gemeinsam mit der Geschäftsleitung gemacht worden, wobei der Endentscheid beim Kläger gelegen habe. Vorausgegangen sei hierbei jeweils ein Feedback des HR an die Geschäftsleitung sowie ein Probearbeitstag. Diesen Prozess habe der Kläger einhalten müssen. Sodann habe der Kläger die Zeiteinteilung des Personals vornehmen können. Entlassungen habe er in Absprache mit dem HR einleiten können. Über weitere Entscheidungsbefugnisse des Klägers wisse sie nichts (act. 34).

3.2.5. J. _____, ehemalige Personalverantwortliche bei der Beklagten, führte aus, dass dem Kläger zum Teil die Personalplanung unterstanden habe, er aber auch da nicht alle Freiheiten gehabt habe. Die Menügestaltung sei ebenfalls von der Zentrale aus erfolgt. In ihren Augen hätten die Geschäftsführer wenig Entscheidungsfreiheit. Über Entlassungen habe der Kläger auch nicht selbst entscheiden können; er habe aber sicher ein Mitspracherecht gehabt, wobei aber sie selbst oder die Familie B'. _____ jeweils entschieden hätten. Hinsichtlich der Entscheidungskompetenzen des Klägers in Bezug auf die Einkäufe führte die Zeugin J. _____ aus, dass die Beklagte eine Kette mit einer Einheitsküche sei. Sie gehe davon aus, dass auch der Einkauf von Kleinigkeiten und Getränken geregelt gewesen sei. Bauliche Massnahmen habe der Kläger sicher nicht vornehmen lassen können. Die massgeblichen Entscheidungen seien zu 100 % von der Familie B'. _____ getroffen worden. Bei Anstellungen sei diese immer die letzte Entscheidungsinstanz gewesen, wobei der Kläger grosse Mitentscheidungsfreiheit gehabt habe. Der Kläger habe schon vorbringen können, wenn er jemanden habe loswerden wollen, die Entscheide seien aber am Hauptsitz getroffen worden (act. 35).

3.2.6. E._____, bei der Beklagten ehemals zuständig für die Kontrolle der Sauberkeit und der Küche sowie die Koordination von Neueröffnungen, gab an, dem Kläger habe die Personalführung und die Betriebsleitung obliegen. Die Beklagte habe aber mehrere Betriebe und ein Konzept, das in allen Betrieben bestehe. Personaleinstellungen und -entlassungen habe der Kläger seines Wissens nach Rücksprache mit der Personalabteilung treffen können. Der Einkauf sei sodann teilweise festgelegt gewesen. Für die Küche sei der Küchenchef zuständig gewesen. Im Restaurant sei es vorgegeben gewesen, da die Beklagte selbst produziere. Ebenso sei der Getränkebezug festgelegt gewesen, da man langfristige Verträge mit den Lieferanten hatte. Betreffend bauliche Massnahmen sei der Kläger auf ihn zugekommen, wenn etwas kaputt gewesen sei. Er habe dies dann an den internen Schreiner weitergeleitet. Selbst etwas in Auftrag geben habe der Kläger nur nach Rücksprache dürfen. Es sei das Geld des Chefs gewesen und dieser habe entschieden, was ausgegeben werde (act. 36).

3.2.7. Der Kläger erklärte anlässlich seiner Parteibefragung, dass er selbst habe entscheiden können, was eingekauft werde, zum Beispiel betreffend Getränke. Er habe die Getränke sowie den Lieferanten aussuchen können. Sodann habe er Dienstpläne erstellt. Alles andere sei nach Rücksprache entschieden worden. Das HR habe jeweils Kandidaten zum Probearbeiten geschickt und er habe sagen können, ob diese Person ins Team passe oder nicht. Wenn ihm jemand nicht gepasst habe, sei dieser nicht eingestellt worden. Er selbst habe niemanden eingestellt, habe aber Aufstockung der Stellenprozente beantragen können. Entlassungen habe er nicht selbst vorgenommen, sondern er habe dem HR gemeldet, wenn etwas nicht funktionierte, wie er es gern gehabt hätte. Bauliche Massnahmen habe er nicht vornehmen lassen dürfen. Er habe Vorschläge unterbreitet und diese mit Herrn E._____ angeschaut, welcher dann gesagt habe, was gemacht werde (Prot. S. 30 ff.).

3.2.8. K._____, Geschäftsleitungsmitglied der Beklagten und dort zuständig für das Filialnetz, führte in ihrer Parteibefragung aus, dass der Kläger habe entscheiden können, was eingekauft werde. Nebst Getränken hätten dazu auch Tagesbestellungen aus dem Bäckereisortiment gehört. Betreffend die baulichen Mass-

nahmen seien die Ausführungen des Klägers in seiner Parteibefragung korrekt. Der Kläger habe Personalentscheide treffen können, wobei sie die Vorselektion gemacht und ihn bei Entlassungen unterstützt hätten. Soweit sich jemand beim Kläger direkt beworben habe, habe sie sich die Bewerber auch noch anschauen wollen. Er habe entschieden, wenn in seiner Filiale Personal eingestellt worden sei. Zweimal sei es vorgekommen, dass auf Veranlassung des Klägers ein Mitarbeiter entlassen worden sei. Sodann habe der Kläger Dienstpläne geschrieben, Schichten festgelegt und Mitarbeiter eingeteilt. Er sei für das Zeitmanagement im Betrieb zuständig gewesen. Der Kläger habe aber nicht selbst Arbeitsverträge oder Kündigungen unterzeichnen oder den Lohn der Mitarbeitenden festlegen können (Prot. S. 37 ff.).

3.2.9. L. _____, bei der Beklagten zuständig für Finanzen und Liegenschaften, erklärt in ihrer Parteibefragung, dass der Kläger selbst Bestellungen bei Lieferanten oder der Beklagten habe machen können. Die Menüplanung habe er mit dem Küchenchef besprochen. Betreffend das Personalwesen habe man im Personalbüro jeweils eine Vorselektion der Kandidaten gemacht und die besten zwei oder drei in die Filiale gesandt, wo der Kläger entschieden habe, wer am besten ins Team passe. Wenn der Kläger der Auffassung gewesen sei, dass jemand nicht mehr tragbar sei, habe er dies mitgeteilt und dann sei gemeinsam über das weitere Vorgehen entschieden worden. Ob der Kläger bauliche Massnahmen habe vornehmen lassen können, wisse sie nicht. Im Allgemeinen teile der Filialleiter jeweils mit, wenn etwas gemacht werden müsse, was dann von ihnen geprüft werde (Prot. S. 47).

3.3. Die Arbeitszeugnisse des Klägers führen als Tätigkeit die folgenden Aufgaben auf (act. 3/9 bzw. 12/8): Gewährleistung eines reibungslosen Geschäftsablaufs, Organisation und Einteilung der Personalplanung, Führen eines Teams von 12 bzw. 25 Mitarbeitenden, Abnahme und Kontrolle der Kassen, Kundenorientierte Präsentation der Waren, Beraten und Bedienen der Kunden und Gäste, Bestellungen und Kundenbestellungen abwickeln sowie Einkaufen der Ware, Einarbeitung und Ausbildung von neuen Mitarbeitern, Einhaltung und Umsetzung der Hygienevorschriften und Sauberkeit.

4. Würdigung

4.1. Bezüglich der Kompetenzen des Klägers ergibt sich aus dem Beweisverfahren kein durchwegs einheitliches Bild. Sicher scheint, dass der Kläger nicht selbständig über bauliche Massnahmen entscheiden konnte, sondern diesbezügliche Anliegen lediglich platzieren konnte. Ferner durfte er Mitarbeiter in formeller Hinsicht weder einstellen noch entlassen, verfügte aber über ein erhebliches Mitspracherecht in den diesbezüglichen Angelegenheiten. Wie der Kläger selbst ausführt, konnte er zudem bei von ihm ausgewählten Lieferanten Getränke bestellen. Inwiefern er weitere Einkäufe tätigen konnte, ist nicht vollends klar. Es ist aber anzunehmen ist, dass der Kläger aus dem Warensortiment der Beklagten seine täglichen Bestellungen aufgeben konnte. Im Ergebnis war der Kläger aber durch das für alle Filialen geltende Konzept der Beklagten mehr oder weniger gebunden.

Nicht bestritten ist sodann, dass der Kläger für den reibungslosen Ablauf der Produktions- und Verkaufstätigkeit in der Filiale verantwortlich war, er Mitarbeiter- und Qualifikationsgespräche geführt und Verkaufsschulungen in der Filiale geleitet hat.

4.2. Wendet man das Beweisergebnis auf die eingangs genannten Kriterien an, so steht fest dass der Kläger befugt war, in seinem Verantwortungsbereich die Arbeitszeiten einzuteilen. Im Übrigen verfügte der Kläger im Personalwesen (Einstellungen, Entlassungen und Lohn) aber nicht über Entscheidungsbefugnisse, die über ein Vorschlags- oder Antragsrecht hinausgegangen wären. Die unbestrittenmassen vom Kläger geführten Mitarbeitergespräche können dabei nicht als einschlägiges Indiz für Befugnisse im Personalwesen hinzugezogen werden, da solche Gespräche regelmässig auch vom untersten Kader geführt werden. Sodann konnte der Kläger zwar Bestellungen tätigen, war jedoch weitgehend in das bestehende Warenangebot der Beklagten eingebunden (so auch die Beklagte: Prot. S. 59), sodass er im Wesentlichen dafür besorgt sein musste, dass genügend Waren vorhanden waren. Dass der Beklagte für das Aufstellen oder Einhalten des Budgets und anderer Kennzahlen verantwortlich gewesen wäre, ist weder behauptet noch ersichtlich. Ferner verfügte der Kläger über keine Unterschriftenbe-

rechtiung. Es kann der Beklagten daher nicht gefolgt werden, wenn sie behauptet, dass der Kläger bei ihr iber weitreichende Entscheidbefugnisse in wesentlichen Angelegenheiten des Unternehmens verfugte. Die Kompetenzen des Klägers waren vielmehr auf gewisse untergeordnete Entscheide innerhalb der Filiale D._____ beschränkt, die er eingebettet in ein von der Geschafitsleitung der Beklagten vorgegebenes Konzept zu treffen hatte. In Bezug auf wesentliche Entscheide, selbst beschränkt auf die von ihm gefuhrte Filiale, stand dem Kläger lediglich ein Antragsrecht an die Geschafitsleitung der Beklagten zu. Er leitete eine unter zahlreichen (Prot. S. 59) Filialen der Beklagten. Seine Tätigkeit unterschied sich damit nicht erheblich von derjenigen eines blossen Teamleiters innerhalb eines Unternehmens, wobei ein solcher klarerweise nicht als höherer leitender Angestellter zu qualifizieren ist (so auch das Bundesgericht, wonach es jeder praktischen Erfahrung widerspreche, wenn in einem Fabrikationsbetrieb mit 300 Mitarbeitenden ganze 20 Personen höher leitende Angestellte sein sollten: BGE 98 Ib 344 E. 3d). Der Kläger ubte bei der Beklagten damit keine höher leitende Tätigkeit i.S.v. Art. 3 lit. d ArG aus. Entsprechend durfte die Entschädigung für iberzeitarbeit vertraglich nicht wegbedungen werden und die Beklagte hatte dem Kläger diese insofern – soweit ein iberzeitsaldo vorhanden ist – auszurichten.

V. Notwendigkeit und Quantitativ der iberzeitstunden

1. Ausgangslage

1.1. Nachdem auch der Kläger davon ausgeht, dass er vertraglich auf eine gesonderte iberstundenabgeltung gemass Art. 321c Abs. 3 OR verzichtet hat, ist vorliegend nur noch zu prufen, ob er aus den zwingenden Bestimmungen des Arbeitsgesetzes Anspruiche auf Lohnzuschläge für iberzeitarbeit geltend machen kann (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321c N 5). Als iberzeitarbeit gilt die ibererschreitung der wochentlichen Hochstarbeitszeit. Diese betragt grundsatzlich 50 Stunden, in bestimmten Fallen 45 Stunden pro Woche (Art. 9 Abs. 1 ArG, wobei der Kläger nicht geltend macht, er falle unter die letztgenannte Kategorie und solches auch nicht ersichtlich ist).

1.2. Macht der Arbeitnehmer Ansprüche auf Bezahlung von Lohn für Überzeitarbeit geltend, hat er zu beweisen, dass er einerseits Überzeitarbeit geleistet hat und andererseits, dass diese vom Arbeitgeber angeordnet oder in dessen Interesse bzw. betrieblich notwendig gewesen ist. Dem Beweis der förmlichen Anordnung von Überstunden wird gleichgesetzt, wenn der Arbeitgeber von deren Leistung Kenntnis hat oder haben müsste, dagegen nicht einschreitet und sie damit genehmigt. Dabei genügt, dass die Präsenzzeiten mit einem Zeiterfassungsgerät vom Arbeitgeber erfasst werden und dieser sich damit jederzeit ein Bild über die Überzeitguthaben machen konnte (BGer 4A_207/2017 vom 7. Dezember 2017, E. 2.3.3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321c N 10 m.H.a. BGer 4C.133/2000 vom 8. September 2000 E. 3b und BGer 4C.337/2001 vom 1. März 2002 E. 2 = Pra 91 (2002) Nr. 192). Wenn dem Arbeitnehmer der Beweis für die Überzeitarbeit gelingt, ohne jedoch den genauen Umfang darlegen zu können, kann das Gericht in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR die Anzahl Stunden schätzen. In diesem Fall hat der Arbeitnehmer allerdings soweit möglich alle Umstände, die der Schätzung der geleisteten Stunden dienen, vorzubringen und zu beweisen, weil die Leistung der behaupteten Stunden mit gewisser Wahrscheinlichkeit zu beweisen ist (Dunand, in: Stämpfli Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Art. 13 N 21; BGer 4A_383/2010).

2. Standpunkte der Parteien

2.1. Der Kläger macht geltend, er habe in seiner vom 19. Februar 2015 bis 31. August 2016 dauernden Anstellungszeit bei der Beklagten im Jahre 2015 331:14 (digital: 331.23) und im Jahre 2016 183:49 (digital: 183.81) Überzeitstunden geleistet. Als Beleg reicht er eine Kopie seiner Zeiterfassung im System der Beklagten sowie eine von ihm erstellte Zusammenfassung der Überzeiten ein (act. 3/6 und 3/7). Er, so der Kläger, anerkenne zwar, dass er während der Arbeitszeit geraucht und diese Zeiten nicht als Pausen erfasst habe. Allerdings habe er dies ausschliesslich in unproduktiven Präsenzzeiten, wie sie im Gastgewerbe und Detailhandel oftmals vorkämen, getan. Dabei sei er stets in Bereitschaft und in Hörweite zur Verkaufstheke geblieben, damit er allfällige Kunden hätte bedienen können, soweit dies nicht die dort wartenden Mitarbeitern hätten tun können.

Insofern handle es sich dabei nicht um eigentliche Pausen im Sinne des Arbeitsgesetzes, sondern um Arbeitszeit. Indem die Beklagte gegen die von ihm erfassten Arbeitszeiten nicht opponiert habe, habe sie diese stillschweigend genehmigt. Im Übrigen bestreite er, dass er Tennis spielen oder zum Coiffeur gegangen sei, ohne auszustempeln.

2.2. Die Beklagte bestreitet den klägerischen Anspruch vollumfänglich. Zur Begründung bringt sie vor, sie habe den Kläger immer wieder ermahnt, seine Überstunden abzubauen und sein Arbeitspensum so einzuteilen und zu gestalten, dass er es während der normalen Arbeitszeit erledigen könne. Dabei habe dieser jeweils abgewiegelt und auf den vertraglich geregelten Ausschluss für Überzeit verwiesen, den er anerkenne. Sodann habe der Kläger seine Arbeitszeit vorsätzlich falsch erfasst, indem er nicht ausgestempelt habe, als er Rauchpausen eingelegt habe oder Tennis spielen und/oder zum Coiffeur gegangen sei.

Hinsichtlich der Rauchpausen sei in den allgemeinen Arbeitsbedingungen der Beklagten klar festgelegt, dass solche nur in Pausen gestattet seien und nicht als Arbeitszeit gälten. Im Übrigen habe der Kläger weder das Restaurant noch den Verkaufsraum der Bäckerei einsehen können und sei auch nicht in Hördistanz gewesen, wenn er beim Lieferanteneingang geraucht habe. Der Kläger habe über die gesamte Arbeitszeit pro Tag mindestens 10 bis 15 Rauchpausen à 5 Minuten gemacht, ohne auszustempeln. Ferner behauptet die Beklagte, dass der Kläger einmal pro Woche Tennis spielen gegangen sei und dabei für die jeweils 1 ½ bis 2 Stunden dauernden Pausen nicht ausgestempelt habe. Sodann sei der Kläger durchschnittlich einmal pro Monat zum Coiffeur gegangen, ohne während der hierfür nötigen 1 ½ bis 2 Stunden auszustempeln. Im Ergebnis habe der Kläger seine Arbeitszeit vorsätzlich falsch erfasst und könne seinen Anspruch aus eigenem Verschulden nicht substantiieren. Die Beklagte habe diese unkorrekte Zeiterfassung im Übrigen nicht stillschweigend toleriert.

Im Weiteren bringt die Beklagte vor, der Kläger habe unnötige Stunden geleistet. Namentlich sei er in seiner Funktion als Filialleiter für die Einsatzplanung verantwortlich gewesen und habe auch seinen eigenen Einsatzplan erstellt. Dabei habe er sich selbst bewusst so eingeteilt, dass er von 06.00 Uhr bis 19.00 Uhr

anwesend gewesen sei. In der Zeit von 06.00 Uhr bis 08.00 Uhr sei seine Anwesenheit aber gar nicht nötig gewesen, weil die daneben noch eingeteilten Mitarbeitenden ("Frühschicht Verkauf" und "Frühschicht Service") für die während jener Zeit nötigen Arbeiten ausreichend gewesen seien. Pro Tag seien so mindestens zwei unnötige Arbeitsstunden angefallen.

Sodann seien die vom Kläger geltend gemachten Überzeitstunden auch deshalb nicht korrekt, weil Art. 23 ArGV 1 im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei (mit Verweis auf Art. 27 Abs. 2 ArGV 2 i.V.m. Art. 12 Abs. 2 ArGV 2 und Art. 13 ArGV 2). Hierzu reicht die Beklagte eine eigene Berechnung ein (act. 12/17), wonach sie auf 293.92 Überzeitstunden für das Jahr 2015 und 122.90 Überzeitstunden für das Jahr 2016 komme, soweit man auf die – bestrittenen – Vorbringen des Klägers zu seiner Arbeitszeit abstelle (act. 10).

3. Beweismittel

3.1. *Urkunden*

3.1.1. Der Kläger ruft als Hauptbeweis eine "Kopie Arbeitszeiterfassung" auf, wobei es sich hierbei um einen Ausdruck aus dem Arbeitszeiterfassungssystem der Beklagten handeln dürfte (act. 3/6). Auf diesen monatlichen Auszügen sind die erfassten täglichen Arbeitszeiten des Klägers aufgeführt. Dazu reicht der Kläger eine von ihm selbst verfasste tabellarische Übersicht über die wöchentlichen Soll-, Ist- und Überzeitstunden ins Recht (act. 3/7). Als Beleg, dass über die Arbeitszeit des Klägers ein Gespräch stattgefunden hat, ruft der Kläger sodann ein von der Beklagten eingereichtes Gesprächsprotokoll vom 8. Januar 2016 auf (act. 15 S. 4, act. 12/15).

3.1.2. Die Beklagte reicht diverse Urkunden ins Recht. Sie will mit dem eingereichten Grundriss der Filiale D. _____ (act. 12/9) belegen, dass der Kläger sich in seinen Rauchpausen nicht in Seh- oder Hördistanz zum Verkaufs- bzw. Restaurant befand. Ferner reicht sie einen Arbeitsplan für die Kalenderwoche 28/2016 ein, aus dem ersichtlich sein soll, dass der Kläger bei der Personaleinteilung darauf hingewiesen wurde, dass er im Begriffe war, sich Arbeitsstunden im Über-

zeitbereich (Schicht von 05.30 Uhr bis 19.00 Uhr) zuzuteilen (act. 12/10). Dazu reicht sie eine nachträglich selbst erstellte Übersicht der Einsatzpläne ein (act. 12/11). Sodann reicht sie eine Übersicht zum Ablauf über die Arbeitsvorgänge in der Filiale D._____ zu den Akten (act. 12/12). Zum Beleg, dass sie den Kläger angehalten habe, seine Arbeitszeit im Rahmen zu halten, und zur Weigerung des Klägers, Aushilfen anzufordern, reicht die Beklagte Personalbeurteilungen, ein Gesprächsprotokoll sowie eine E-Mail zu den Akten (act. 12/13-16). Sodann erstellte die Beklagte eine auf ihrer Rechtsauffassung gründende Version der klägerischen Tabelle mit den wöchentlichen Überzeiten (act. 12/17, act. 3/5).

3.2. *Einvernahmen*

Als Beweismittel liegen zunächst diverse Zeugenaussagen und Parteiaussagen im Recht.

3.2.1. Die Zeugin F._____, Angestellte und ehemalige Filialleiterin der Beklagten, führte aus, dass sie nicht wisse, in welcher Grössenordnung der Kläger Überstunden geleistet habe. Es gehe aber nicht anders, als dass man als Filialleiter Überstunden leiste, weil es viel zu tun gebe. Wie viele Überstunden nötig seien, hänge davon ab, ob jemand ausfalle und wie gross der Kundenansturm sei. Sie persönlich sei von ihren Vorgesetzten darauf hingewiesen worden, dass sie weniger arbeiten und vielleicht auch mal früher nach Hause gehen solle. Sie habe Springer beantragen können, die, soweit diese frei gewesen seien, auch geschickt worden seien. In der Filiale D._____, die jeweils um 07.00 Uhr öffne, brauche es um 06.00 Uhr den ersten Mitarbeitenden und um 06.30 Uhr oder 07.00 Uhr den zweiten. Das Buffet sowie die Verkaufstheke sei nicht einsehbar, wenn man beim Hinterausgang rauche (act. 31).

3.2.2. Die Zeugin G._____, ehemalige Verkaufsleiterin der Beklagten, gab an, dass der Kläger mehr Zeit am Arbeitsplatz verbracht habe, als es seine vertragliche Verpflichtung gewesen sei. Insbesondere sei er am Morgen früher als notwendig gekommen. Seine Überstunden seien immer mal wieder Thema gewesen und mehrfach mündlich besprochen und mindestens einmal schriftlich festgehalten worden. Überstunden seien betrieblich notwendig gewesen, jedoch nicht in

diesem Ausmass. Es sei der Sinn gewesen, diese später wieder zu kompensieren. Der Kläger habe im Büro unnötigerweise Statistiken geführt, über welche bereits die Zentrale verfügt habe und die er einfach hätte bestellen können. Zudem habe er die Arbeitseinsätze der Teammitglieder sehr sorgfältig notiert, was nicht nötig gewesen wäre. Sie glaube, dass der Kläger etwa eine Viertelstunde oder 20 Minuten vor Ladenöffnung mit der Arbeit begonnen habe (act. 32).

3.2.3. Die Zeugin I. _____ erklärte, der Kläger habe viele Überstunden oder Überzeit geleistet. Sie habe einmal – für den Anwalt der Beklagten – eine Aufstellung aus dem Zeiterfassungssystem gemacht, die aufgezeigt habe, wie viele Stunden es gewesen seien. Der Kläger sei an den Jahresendgesprächen, an welchen sie selbst nicht dabei gewesen sei, darauf aufmerksam gemacht worden, dass er die Überstunden abbauen müsse.

3.2.4. Der Zeuge M. _____, Nachfolger des Klägers als Filialleiter, führte aus, er wisse nicht, ob der Kläger Überstunden geleistet habe. Er selbst mache ab und zu Überstunden und am Wochenende müsse er allenfalls öfters arbeiten. Zudem müsse er einspringen, wenn jemand krank sei. Auch unter der Woche könne er nicht immer früh nach Hause. Solange das Personal vollzählig sei, könne er es einrichten, dass er übers Jahr gesehen keine oder nur wenige Überstunden habe. Allerdings wisse er nicht, ob sich am Personalbestand in der Filiale etwas geändert habe seit er Filialleiter sei. Er teile das Personal morgens so ein, dass um 06.00 Uhr, eine Stunde vor Ladenöffnung, zwei Personen anwesend seien. Am Wochenende gebe es zusätzlich eine Aushilfe, welche um 06.30 Uhr anfangen. Er selbst erscheine um 08.00 Uhr und bleibe bis 18.00 Uhr, bei einer Stunde Mittagspause (act. 37).

3.2.5. Die Zeugin N. _____, ehemalige Mitarbeiterin in der Filiale D. _____, führte aus, sie sei von Herbst 2015 bis Herbst 2016 dort angestellt gewesen und der Kläger habe während jener Zeit geraucht. Der Kläger habe sein Büro gleich beim Ausgang gehabt und habe sich zum Rauchen mehrheitlich nicht ausgestempelt. Dafür hätte er sich mit der Stempelkarte bei der Kasse ausstempeln müssen. Wie lange eine Rauchpause gedauert habe, wisse sie nicht. Sodann sei der Kläger in der Regel einmal pro Woche morgens mit Herrn O. _____ Tennis spielen gegang-

gen. Dies habe jeweils sicher eine Stunde gedauert, manchmal auch länger. Der Kläger habe dafür manchmal ausgestempelt und manchmal nicht. Da sie oft in der Nähe der Kasse gewesen sei, hätte sie schon gemerkt, wenn der Kläger ausgestempelt hätte. Sie habe die Kasse, je nach dem wo sie gestanden habe, gesehen. Sie habe einmal ein Schreiben über das Verhalten und die Stunden des Klägers, namentlich die Rauchpausen und das Tennisspielen verfasst, weil sie es nicht fair finde, wenn sich der Vorgesetzte nicht an die Regeln halte. Sie habe sich das Schreiben am Vortag ihrer Einvernahme nochmal durchgelesen und es habe ihre Erinnerung geweckt (act. 38).

3.2.6. Die Zeugin P._____, Servicefachangestellte in der Filiale D._____, gab an, dass ihr bekannt sei, dass der Kläger im vorliegenden Prozess Überstunden ausbezahlt haben wolle. Sie habe im April 2015 dort angefangen und der Kläger habe damals bereits geraucht. Er habe während der Arbeitszeit Rauchpausen eingelegt, allerdings wisse sie nicht mehr wie oft. Eine Rauchpause habe sieben bis acht Minuten gedauert. Sie wisse das, weil diese meist vor einer Pausenablösung durch den Kläger gewesen sei oder weil man für die Station des Klägers kurz habe schauen müssen. Sodann habe der Kläger fast jede Woche einmal am Vormittag Tennis gespielt. Er habe dies selbst so gesagt und sei dann ca. eine Stunde ausser Haus gewesen. Teilweise habe der Kläger dafür ausgestempelt. Sie hätten manchmal anhand seiner Stempelkarte kontrolliert ob er ausgestempelt habe oder nicht. Sie sei vor allem im Restaurant tätig gewesen und habe gesehen, wenn sich jemand ausgestempelt habe. Ferner sei der Kläger während der gesamten Anstellungsdauer drei, vier Mal zum Coiffeur gegangen. Sie wisse nicht mehr, wie lange ein Coiffeurbesuch gedauert habe und wisse auch nicht mehr, ob der Kläger dafür jeweils ausgestempelt habe. Sie wolle nicht sagen, woher sie sich daran erinnere, dass der Kläger drei bis vier Mal zum Coiffeur gegangen sei. Auf Ihre Aussagepflicht hingewiesen präzisierte die Zeugin, dass die Zahl eine Vermutung sei. Sodann habe sie auf Bitte ihrer Chefin, K._____, hin ein Schreiben über den Kläger verfasst und darin geschrieben, was über die ganzen Jahre so vorgefallen sei; dass er mit O._____ Tennis gespielt habe und zum Coiffeur gegangen sei, sowie dass er während der Arbeitszeit geraucht und manchmal nicht ausgestempelt habe. Kurz vor dem Gerichtstermin habe sie das Schreiben

wieder gelesen, sie erinnere sich aber auch ohne dieses Schreiben daran (act. 39).

3.2.7. Der Zeuge O._____, mit dem Beklagten befreundet und Stammkunde der Beklagten, führte aus, dass er mit dem Kläger während dessen Anstellung bei der Beklagten Tennis gespielt habe. Es sei nicht regelmässig gewesen, insgesamt vier bis maximal fünf Mal, soweit er sich erinnere. Man habe sich getroffen, wenn man gerade Zeit gehabt habe. Nicht an bestimmten Wochentagen, aber meistens zwischen neun und zehn Uhr. Ein Match habe eine Stunde gedauert, aber er wisse nicht, ob der Kläger hierfür ausgestempelt habe. Eine fixe Zeit sei jeweils nicht reserviert worden, man könne in der Tennishalle Q._____ einfach hingehen oder anrufen und fragen, ob ein Platz frei sei. Er selbst sei nach dem Tennis wieder weggefahren, gehe aber davon aus, dass der Kläger nach dem Tennis noch dort geduscht habe (act. 40).

3.2.8. R._____, selbständiger Coiffeur mit Salon unmittelbar neben der Filiale D._____ der Beklagten, gab nach Einsicht in seine Kundenkartei an, dass der Kläger am 12. September 2015, 13. November 2015, 5. Februar 2016 sowie am 13. Mai 2016 und am 15. Juni 2016 in seinem Salon gewesen sei. Die Tageszeit habe er nicht in der Kundenkartei, aber der Kläger sei jeweils nach dessen Feierabend bzw. ein bis zwei Mal über Mittag, während dessen Mittagspause, bei ihm gewesen. Ein Besuch habe jeweils 30 bis 45 Minuten gedauert. Er habe seinen Salon dienstags und donnerstags von 08.00 Uhr bis 18.00 Uhr, mittwochs und freitags von 09.00 Uhr bis 19.00 Uhr und samstags von 08.00 Uhr bis 14.00 Uhr geöffnet. Wenn der Kläger nach dessen Feierabend zu ihm gekommen sei, sei dies vor 19.00 Uhr gewesen (act. 41).

3.2.9. Die Zeugin S._____, Servicefachangestellte bei der Beklagten, führte aus, sie wisse in etwa, dass es im vorliegenden Prozess um Lohnforderungen für Überstunden gehe. Der Kläger habe während seiner Anstellung in Q._____ Tennis gespielt. Er sei zweimal, als sie gearbeitet habe, Tennis spielen gegangen. Zudem habe sie zweimal das Auto des Klägers bei der Tennishalle gesehen, als sie direkt daneben das Fitnessstudio "T._____" besucht habe. An den zwei Tagen, als er während ihrer Arbeit gegangen sei, habe auch der Kläger gearbeitet.

Zudem denke sie, dass der Kläger auch an den beiden anderen Tagen zum Arbeiten eingetragen gewesen sei. Der Kläger habe jeweils von 09.00 Uhr bis 10.00 Uhr gespielt. Sie gehe dann jeweils ins Training. Er sei ca. eine bis eineinhalb Stunden abwesend gewesen. Sie seien einmal im Service unter grossem Druck gestanden und wären froh um die Hilfe des Klägers gewesen. Von einer Kollegin namens U._____, die nachgeschaut habe, habe sie erfahren, dass der Kläger während den beiden Abwesenheiten, als sie, die Zeugin, selbst gearbeitet habe, nicht zum Tennisspielen ausgestempelt habe. Es sei zwei Mal an einem Donnerstag und einmal an einem Freitag gewesen. Ferner sei der Kläger während seiner Anstellung zum Coiffeur gegangen. Sie wisse aber nicht mehr wie oft und wie lange. Es sei während der Arbeitszeit gewesen und der Kläger habe nicht ausgestempelt. Sie habe dies an der Kasse, bei welcher man sich ausstemple, gesehen. Es sei korrekt, dass sie nach dessen Austritt für die Beklagte ein Schreiben über den Kläger verfasst habe. Seit damals habe sie dieses nicht mehr gelesen. Sie sei aufgefordert worden, ihre Erfahrungen mit dem Kläger aufzuschreiben. Mit anderen habe sie nicht über ihre Einvernahme gesprochen (act. 55).

3.2.10. V._____, bei der Beklagten seit Juni 2012 angestellte Detailhandelsfachfrau, führte auf die Frage, ob der Kläger in Q._____ Tennis spielen gegangen sei, aus, dass hinter dem Geschäftslokal drei Parkplätze gewesen seien und sie den Kläger jeweils habe rauslassen müssen, weil sie hinter ihm parkiert habe. Das habe sie immer mal wieder machen müssen, geschätzte ein- bis zweimal pro Woche. Es sei jeweils vor dem Mittag, 11.00 Uhr, 11.30 Uhr, gewesen, vermutlich donnerstags. Sie habe den Kläger nicht gefragt, wo er hingehe. Sie wisse auch nicht, ob der Kläger Tennis spielen gegangen sei und ob er dabei ausgestempelt habe. Er sei dann etwa eine bis zwei Stunden weg gewesen. Sie sei nach dem Austritt des Klägers gefragt worden, ihre Erfahrungen über ihn aufzuschreiben. Sie habe die Notiz danach nicht mehr gelesen (act. 56).

3.2.11. W._____, ehemaliger Betreiber der Tennishalle Q._____, reichte anlässlich seiner Einvernahme ein Schreiben von L._____, in welcher sie ihn um die Mietzeiten von Herrn O._____ und des Klägers, sowie seine Antwort hierauf zu den Akten (act. 58 und 59). Sodann führte er aus, dass der Kläger während des-

sen Anstellung bei der Beklagten von Februar 2015 bis August 2016 unregelmässig bei ihm in Q. _____ Tennis gespielt habe. Es seien geschätzte sechs bis zehn Mal während der gesamten Dauer gewesen. Er wisse nicht, an welchen Tagen und zu welchen Zeiten der Kläger gespielt habe, das sei unterschiedlich gewesen. Vor Ort sei der Kläger jeweils ca. eine Stunde gewesen. Er sei immer knapp gekommen und nach dem Duschen gleich wieder gegangen. Wenn Herr O. _____ spielen gekommen sei, habe dieser immer selbst telefonisch, jeweils für eine Stunde, reserviert (act. 57).

3.2.12. Der Kläger führte in seiner Parteibefragung aus, dass er ca. ein bis zwei Monate nach Anstellungsbeginn, ungefähr im April 2015 zu rauchen begonnen habe. Teilweise habe er während der Arbeitszeit Rauchpausen eingelegt. Er könne indes nicht mehr sagen, wie oft, da er auch während den offiziellen Pausen (Znünipause sowie Mittagspause) geraucht habe. Manchmal habe es die Arbeitsbelastung nicht zugelassen, dass er rauche. Es habe Tage gegeben, da habe er nur eine oder zwei Zigaretten in der Pause geraucht, weil sehr viel los gewesen sei. Zu Beginn seines Anstellungsverhältnisses habe er einfach mit den anderen mitgeraucht, dann sei es schleichend immer mehr geworden. Eine Rauchpause habe zwischen einer und fünf Minuten gedauert. Manchmal sei er im Stress gewesen und habe nur zwei bis drei Züge genommen.

Er sei während seiner Anstellung bei der Beklagten Tennis spielen gegangen. Er habe immer mit derselben Person gespielt. Manchmal zwei Wochen nacheinander und manchmal zwei Monate lang gar nicht. Er habe ausschliesslich an Arbeitstagen gespielt und sei gegangen, nachdem er morgens die Sachen im Büro erledigt habe. Dabei habe er immer ausgestempelt. Wenn er dies einmal vergessen habe, habe er nachträglich eine Mutationsmeldung im Zeiterfassungssystem gemacht. Tageszeitlich habe er meistens gegen 09.00 Uhr gespielt, so dass er um spätestens um 11.00 Uhr bzw. 11.30 Uhr wieder zurück gewesen sei. Ein Match habe eine Stunde gedauert und hinzu sei je eine halbe Stunde pro Weg gekommen.

Sodann habe er während der Anstellung bei der Beklagten an Arbeitstagen den in unmittelbarer Nachbarschaft liegenden Coiffeur besucht. Dies sei primär in

seiner Mittagspause gewesen. Er habe keinen fixen Rhythmus gehabt sondern sei spontan ohne Anmeldung vorbeigegangen und habe gefragt, ob ein Termin frei sei. Der Coiffeurbesuch habe jeweils eine halbe Stunde gedauert. Er habe dabei jeweils ausgestempelt (Prot. S. 31 ff.).

3.2.13. K._____ sagte in ihrer Parteibefragung aus, dass sie bestätigen könne, dass der Kläger Überstunden geleistet habe. Die Geschäftsleitung habe jeweils ein Doppel der Zeitausweise der Filialleiter erhalten, während die Zeitausweise der übrigen Mitarbeiter beim Filialleiter verblieben seien. Es sei betrieblich nicht nötig gewesen, dass der Kläger in diesem Ausmass Überstunden leiste. Namentlich sei dieser immer eineinhalb bis zwei Stunden vor Ladenöffnung im Betrieb gewesen und auch immer bis zum Schluss geblieben. Er habe viele Arbeiten gemacht, die er nicht hätte machen müssen. Sie habe gedacht, er wolle das so, obwohl er diese Aufgaben nicht hätte wahrnehmen müssen. Es habe sich um Listen, Statistiken, Diagramme und Aufstellungen über Sonntagsarbeit gehandelt. Diesbezüglich habe sie selbst sowie Frau G._____, direkte Vorgesetzte des Klägers, mit ihm gesprochen, wobei aber nur drei Gespräche protokolliert worden seien. Dabei sei ihm gesagt worden, er solle auf seine Überstunden achten, weil diese ein Ausmass angenommen hätten, das nicht mehr gut sei. Der Kläger habe bei Ausfällen vielfach Springer nicht akzeptiert, weil deren Einarbeitung nach dessen Auffassung zu lange gedauert hätte, was jedoch nicht korrekt sei, weil die Springer ihre Arbeit beherrschen würden. Schliesslich sei dann aber eine Springerin für drei Monate beschäftigt worden. Bei der Erstellung des Einsatzplanes, die der Kläger selbst vorgenommen habe, sei visuell ersichtlich geworden, wenn das Arbeitsgesetz nicht eingehalten worden sei.

Sie habe während der Anstellung des Klägers keine Zweifel gehabt, dass dieser seine Arbeitszeit korrekt erfasse. Erst im Nachhinein sei sie von Mitarbeitern darauf hingewiesen worden, dass der Kläger nicht so oft dort gewesen sei, wie angegeben, dass er namentlich für Rauchpausen, Tennisspielen und Coiffeurbesuche nicht ausgestempelt habe. Die Vorgängerin des Klägers habe nicht so viele Überstunden gehabt, weil sie morgens viel weniger Personal eingeplant habe und sich selbst normale Schichten zugeteilt habe. Gesamthaft habe sie bei

einer Anstellungsdauer von über zehn Jahren 600 oder 700 Überstunden angehäuft. Der Nachfolger des Klägers erscheine in der Regel um 08.00 Uhr, was ausreichend sei, und habe zwei fixe freie Tage (Prot. S. 38 ff.).

3.2.14. L._____ gab in ihrer Parteibefragung an, dass der Kläger bei der Beklagten Überstunden geleistet habe. Sie habe davon von ihrer Schwester erfahren, welche angegeben habe, ein Gespräch mit dem Kläger über dessen Überstunden geführt zu haben. Zum Teil seien Überstunden sicherlich nötig, denn die Filialleiter müssten gewisse Dinge halt abfedern. Das Ganze solle aber im Rahmen bleiben. So hätten weder die Vorgängerin noch der Nachfolger des Klägers am Morgen zwei Personen eingeteilt (Prot. S. 47 f.).

4. Beweiswürdigung und Subsumtion

4.1. *Anordnung bzw. betriebliche Notwendigkeit der Überzeit*

4.1.1. Zunächst ist zu prüfen, ob dem Kläger der Beweis gelingt, dass die von ihm geltend gemachten Überzeitstunden angeordnet bzw. durch das Nichteinschreiten der Beklagten genehmigt wurden. Damit entfielen das Erfordernis der betrieblichen Notwendigkeit.

4.1.2. Aussagen dazu machte G._____, die erklärte, die Überstunden des Klägers seien immer mal wieder Thema gewesen und besprochen worden. Die Zeugin I._____ führte aus, dass der Kläger an Jahresendgesprächen darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass er die Überstunden abbauen müsse. Allerdings sei sie da nicht dabei gewesen. Auch K._____ führte aus, den Kläger darauf hingewiesen zu haben, auf seine Überstunden zu achten, erklärte aber auch, sie habe gedacht, der Kläger wolle das so.

4.1.3. Aus diesen Aussagen ergibt sich, dass der Kläger in Gesprächen vereinzelt darauf hingewiesen wurde, nicht zu viele Überstunden zu machen. Es stellt sich daher die Frage, ob dies als "Einschreiten" genügt. Wie K._____ ausführte, hat der Kläger bei der Zentrale der Beklagten monatlich ein Doppel seines Zeitausweises eingereicht. Die Beklagte bringt nichts vor, was in Zweifel ziehen würde, dass es sich bei diesen Zeitausweisen um diejenigen gemäss act. 3/6 handelt. Es

war für sie somit ersichtlich, dass der Kläger – laut seinen Zeitausweisen – nahezu jede Woche Überzeitstunden geleistet haben soll. Die Beklagte erklärt nicht, ob und wie sie hierauf jeweils reagiert hat. Auf den vom Kläger eingereichten Zeitausweisen ist einzig für den Monat Mai 2016 eine Rückmeldung ersichtlich. Der Kläger wird darin aufgefordert, die Pausenregelung ("30 Minuten ab 7 Stunden") einzuhalten. Der Umstand, dass der Kläger im selben Monat angab, in drei von vier Wochen Überzeitstunden geleistet zu haben, findet in der Rückmeldung keine Erwähnung. Nichts anderes ergibt sich aus den von der Beklagten eingereichten Urkunden. Das Protokoll der Personalbeurteilung vom 8. Juni 2015 äussert sich nicht kritisch zu den Überstunden des Klägers (act. 12/13 Seite 5: "Arbeitet viel und lange"). Die Personalbeurteilungsbogen vom 9. November 2015 führt immerhin auf, dass die Stunden des Klägers im Rahmen bleiben müssten (act. 12/13 S. 4). Von einem ernsthaften Einschreiten der Beklagten kann damit aber nicht die Rede sein. Zu solcherlei hatte sie aus ex ante-Sicht auch keine Veranlassung, ging sie doch davon aus, dass Ansprüche auf Überzeitentschädigung gültig wegbedungen worden waren.

4.1.4. Die Beklagte hat damit toleriert, dass der Kläger Überzeitstunden leistet und dies im Grundsatz genehmigt. Auf die Frage der betrieblichen Notwendigkeit der angefallenen Überzeitstunden kommt es damit nicht mehr an. Im Übrigen wirft die Beklagte dem Kläger gerade vor, dass er zur Vermeidung von Überzeit hätte Aushilfen anfordern müssen (act. 10 Rz. 38), weshalb sie nicht gleichzeitig geltend machen kann, dass die Arbeitszeit des Klägers – bekanntlich weitgehend ohne die Aushilfen – betrieblich nicht notwendig gewesen sei.

4.2. Berechnung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit

4.2.1. Gemäss Art. 23 ArGV 1 wird die wöchentliche Höchstarbeitszeit anteilmässig verkürzt, wenn Feiertage auf einen Werktag fallen, an dem der Arbeitnehmer üblicherweise zu arbeiten hat. Die Beklagte stellt sich mit Hinweis auf Art. 27 Abs. 2 ArGV 2 i.V.m. Art. 12 Abs. 2 ArGV 2 und Art. 13 ArGV 2 auf den Standpunkt, Art. 23 ArGV 1 sei im vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil die Filiale D._____ sieben Tage pro Woche geöffnet habe.

4.2.2. Was die Beklagte aus den von ihr zitierten Bestimmungen in Bezug auf Art. 23 ArGV 1 ableiten will, bleibt unklar. Soweit sie geltend macht, die wöchentliche Höchstarbeitszeit betrage bei Verkaufsgeschäfte in Bäckereien unabhängig allfälliger Feiertage generell 50 Stunden, ist ihr zu entgegnen, dass sich für diese Rechtsauffassung weder in der Literatur und Praxis noch in der Wegleitung des Seco zu den Verordnungen zum ArG (Stand März 2019) irgendwelche Anhaltspunkte finden lassen. Vielmehr statuiert Abs. 2 von Art. 23 ArGV 1 explizit, dass auch bei Arbeitnehmern, die an einem Feiertag arbeiten, die anteilmässige Verkürzung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit anzurechnen ist.

4.2.3. Mangels anderer Anhaltspunkte ist vom Grundsatz der Fünftagewoche auszugehen (Art. 21 ArG i.V.m. Art. 20 ArGV 1 vgl. auch act. 3/6, worauf die Sollzeit immer auf fünf Tage verteilt wurde). Die wöchentliche Höchstarbeitszeit von grundsätzlich 50 Stunden ist somit pro Feiertag um 10 Stunden zu verkürzen. Insofern ist die klägerische Berechnung gemäss act. 3/5 nicht zu beanstanden.

4.2.4. Dem Kläger ist indes nicht zu folgen, wenn er eine Verkürzung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit geltend macht, sofern ein Feiertag ohnehin auf einen Sonntag fällt, weil die Bestimmung von Art. 23 ArG sich nur auf Werktage bezieht. Insofern fällt eine Verkürzung der Höchstarbeitszeit wegen des Ostersonntags 2015 (Woche 14) nicht in Betracht. Die Höchstarbeitszeit in jener Woche ist – aufgrund des Karfreitages – nur auf 40 Stunden verkürzt.

4.2.5. Bleibt die Frage, wie Feiertage an Samstagen zu behandeln sind (so namentlich der Bundesfeiertag und der Stephanstag 2015). Da der Samstag nach wie vor als Werktag gilt, wäre die wöchentliche Höchstarbeitszeit diesfalls zu verkürzen, wenn der Kläger am Samstag "üblicherweise zu arbeiten gehabt hätte" (Art. 23 Abs. 1 ArGV 1). Die Parteien stellen dazu keine Behauptungen auf. Der Kläger selbst geht für die Woche 52/2015 von einer Höchstarbeitszeit von 40 Stunden aus und lässt damit den Stephanstag ausser Acht. Im Zeiterfassungssystem gemäss act. 3/6 sind sodann nur von Montag bis Freitag Sollzeiten aufgeführt. Es ist daher davon auszugehen, dass der Samstag kein Tag ist, an dem der Kläger üblicherweise gearbeitet hat, weshalb Feiertage an Samstagen keine Reduktion der Höchstarbeitszeit bewirken.

4.3. Ermittlung der Überzeitstunden

4.3.1. Vorbemerkungen

4.3.1.1. Der Kläger will die Anzahl seiner Überzeitstunden primär mittels der Arbeitszeiterfassung (act. 3/6) beweisen. Die Beklagte stellt in Abrede, dass auf diese Zeiterfassung abgestellt werden könne, weil der Kläger für Pausen nicht ausgestempelt habe. Im Übrigen fehle es dadurch an einer Grundlage für die analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR, weil der Kläger die Unmöglichkeit des zahlenmässigen Nachweises zu verantworten habe (m.H.a. BGE 134 III 306).

4.3.1.2. Der vorliegende Fall ist nicht identisch mit demjenigen in BGE 134 III 306, in welchem sich eine Patentrechtsverletzerin mit einer Gewinnherausgabeklage nach Art. 423 OR konfrontiert sah und die eigenen Gestehungskosten wegen bereits vernichteter Buchhaltung nicht im Sinne von Art. 423 Abs. 2 OR beweisen konnte und daher für den ganzen – von der Geschädigten nachzuweisenden – Bruttoertrag ersatzpflichtig wurde:

Vorliegend ist es aber nicht so, dass Beweismittel aus beim Kläger liegenden Gründen vernichtet worden sind, sondern, dass die vom Kläger eingereichten Zeitausweise möglicherweise nicht vollumfänglich korrekt sind. Dies führt aber nicht dazu, dass auf die Arbeitszeiterfassung generell nicht abgestellt werden könnte: Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gelten Arbeitszeitkontrollen, die vom Arbeitgeber entgegengenommen werden, auch in Bezug auf die aufgeführte Anzahl Stunden regelmässig als genehmigt und ausgewiesen (BGer 4A_207/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 2.3.3.1). Dies führt in der vorliegenden Konstellation zwar nicht zu einer Beweislastumkehr zulasten der Beklagten, rechtfertigt aber umgekehrt die Annahme eines Beweisnotstandes des Klägers, soweit er seine Arbeitszeit wegen nicht deklarerter Pausen nicht vollumfänglich korrekt erfasst hat. Seine Arbeitszeit wäre diesfalls in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen. Dabei wären die Zeitausweise auch für den Fall, dass der Kläger für einzelne Pausen nicht ausgestempelt hat, jedenfalls noch ein gewichtiges Indiz für seine effektive Arbeitszeit und müssen als Ausgangspunkt für die Schätzung allfälliger Überzeitstunden hinzugezogen werden.

In dieser Konstellation steht der Beklagten der Gegenbeweis offen, sodass sie die aufgrund der Hauptbeweislaster vom Kläger vorgelegten Beweise in Bezug auf dessen Überzeit erschüttern kann. Soweit es der Beklagten unzumutbar ist, den Gegenbeweis im Einzelnen zu erbringen, kann auch sie sich auf die analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR berufen (vgl. Brehm, in: BK-OR, 4. Aufl., Bern 2013, Art. 42 N 50b).

4.3.2. *Schätzungsgrundlage*

Gestützt auf das Vorgenannte ist als Schätzungsgrundlage somit die Arbeitszeiterfassung des Klägers gemäss act. 3/6 heranzuziehen. Die Parteien reichen diesbezüglich je ihre auf die eigene Rechtsauffassung gestützte tabellarische Aufstellung ins Recht (act. 3/5 und 12/17).

Zu dieser Arbeitszeiterfassung ist zu bemerken, dass darauf der Wochensaldo der Ist-Zeit sowie die wöchentliche Sollzeit falsch wiedergegeben werden, sofern während der jeweiligen Woche ein Monatswechsel erfolgt. Dies lässt selbst der Kläger ausser Acht, was ihm allerdings vorderhand nicht schadet, weil vorliegend die Untersuchungsmaxime gilt und sich die von ihm gemeinten Zahlen aus den Beilagen ergeben. Gleiches gilt für den Umstand, dass er in seiner Klage die jährliche Überzeit aufführt, obwohl die Überzeit grundsätzlich auf Wochenbasis zu behaupten wäre, ansonsten – im Rahmen der Verhandlungsmaxime – angenommen würde, dass in Wochen mit Unterschreitung der Höchstarbeitszeit zuvor aufgelaufene Überzeit kompensiert wurde (BGer 4A_207/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 2.2.2.2).

Hingegen ist die Auflistung der Beklagten (act. 12/17) kaum nachvollziehbar. So gibt sie beispielsweise für die Wochen 18/2015 und 31/2015 an, dass der Kläger 21.85 bzw. 5.53 Überzeitstunden behauptet habe, obwohl der Kläger in jenen Wochen gar keine Überzeit geltend macht. Die Beklagte legt nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, wie sie ihre Zahlen ermittelt hat. Soweit sie darauf Minusstunden abzieht und so geltend machen will, der Kläger habe jeweils seine Überzeit kompensiert, ist ihr zu entgegnen, dass eine Kompensation von Überzeit nur unter den Voraussetzungen von Art. 13 ArG möglich ist. Das selbige erfüllt wären,

behauptet die Beklagte aber nicht. Im Gegenteil: Sie gibt an, dass die Parteien eine Überzeitkompensation generell ausgeschlossen hätten (act. 10 Rz. 44). Die von der Beklagten in ihrer Auflistung aufgeführten Überzeitstunden, auf die sie sich in ihrer Klageantwort (act. 10 Rz. 43) stützen will, bleiben damit unsubstantiiert, sodass darauf insgesamt nicht abgestellt werden kann.

Im Ergebnis ist gestützt auf act. 3/6 somit von folgender Schätzungsgrundlage auszugehen:

2015	Ist-Zeit	Höchstarbeitszeit	Überzeitstunden	Bemerkungen
KW 10	51:57	50	1:57	
KW 11	51:17	50	1:17	
KW 12	25:21	50	0:00	
KW 13	79:28	50	29:28	
KW 14	69:23	40 (Karfreitag)	29:23	Monatswechsel
KW 15	80:45	40 (Ostermontag)	40:45	
KW 16	61:01	50	11:01	
KW 17	58:08	50	8:08	
KW 18	63:03	50 (SG: kein Tag der Arbeit)	13:03	Monatswechsel
KW 19	61:52	50	11:52	
KW 20	68:52	40 (Auffahrt)	28:52	
KW 21	55:30	50	5:30	
KW 22	62:55	40 (Pfingstmontag)	22:55	
KW 23	62:39	50	12:39	
KW 24	20:23	50	0:00	
KW 25	26:42	50	0:00	
KW 26	54:23	50	4:23	
KW 27	56:59	50	6:59	Monatswechsel
KW 28	57:38	50	7:38	
KW 29	64:17	50	14:17	
KW 30	36:58	50	0:00	
KW 31	55:29	50 (1. Aug. Samstag)	5:29	Monatswechsel
KW 32	46:49	50	0:00	
KW 33	53:53	50	3:53	
KW 34	64:12	50	14:12	
KW 35	39:50	50	0:00	
KW 36	45:08	50	0:00	Monatswechsel
KW 37	64:31	50	14:31	
KW 38	61:58	50	11:58	
KW 39	63:22	50	13:22	
KW 40	28:08	50	0:00	Monatswechsel
KW 41	0:00	50	0:00	

KW 42	55:05	50	5:05	
KW 43	67:21	50	17:21	
KW 44	65:50	50	15:50	Monatswechsel
KW 45	52:54	50	2:54	
KW 46	51:55	50	1:55	
KW 47	59:44	50	9:44	
KW 48	40:20	50	0:00	
KW 49	52:20	50	2:20	
KW 50	54:04	50	4:04	
KW 51	48:22	50	0:00	
KW 52	41:38	40 (Weihnachten, Stephanstag Samstag), davon 8:48 als Zeitgutschrift	0:00	
KW 53	62:56	40 (Neujahr)	22:56	Monatswechsel
Total 2015			395:41	

2016	Ist-Zeit	Höchst arbeitszeit	Überzeitstunden	Bemerkungen
KW 1	55:26	50	5:26	
KW 2	56:46	50	6:46	
KW 3	51:13	50	1:13	
KW 4	51:52	50	1:52	
KW 5	51:31	50	1:31	
KW 6	56:46	50	6:46	
KW 7	26:58	50	0:00	
KW 8	45:48	50	0:00	
KW 9	53:37	50	3:37	Monatswechsel
KW 10	50:31	50	0:31	
KW 11	52:26	50	2:26	
KW 12	44:31	40 (Karfreitag)	4:31	
KW 13	50:51	40 (Ostermontag)	10:51	Monatswechsel
KW 14	50:20	50	0:20	
KW 15	63:08	50	13:08	
KW 16	33:30	50	0:00	
KW 17	58:15	50	8:15	Monatswechsel
KW 18	60:01	40 (Auffahrt)	20:01	
KW 19	43:45	50	0:00	
KW 20	67:19	40 (Pfingstmontag)	27:19	20.5.: 12:14; 21.5.: 11:11
KW 21	62:58	50	12:58	
KW 22	58:42	50	8:42	Monatswechsel
KW 23	55:20	50	5:20	
KW 24	49:07	50	0:00	
KW 25	10:28	50	0:00	
KW 26	53:42	50	3:42	Monatswechsel
KW 27	61:25	50	11:25	

KW 28	53:32	50	3:32	
KW 29	60:42	50	10:42	
KW 30	64:18	50	14:18	
Total 2016			185:12	

4.3.3. Rauchpausen

4.3.3.1. Der Kläger anerkennt, dass er ungefähr im April 2015 mit dem Rauchen begonnen hat und dass er die Zeiten, in denen er während der Arbeitszeit geraucht hat, nicht als Pausen erfasst sind. Aus dem übrigen Beweisverfahren ergibt sich nichts anderes: P._____ erklärte, sie habe erst im April 2015 dort angefangen, N._____ führte ihrerseits aus, sie habe erst ab Herbst 2015 mit dem Kläger gearbeitet. Anhaltspunkte, dass der Kläger schon früher mit dem Rauchen begonnen hat, bestehen damit nicht. Zur Häufigkeit der Rauchpausen konnten die Zeugen keinerlei Angaben machen. Auch der Kläger konnte keine Angaben darüber machen, zumal er je nach Arbeitsanfall auch nur während den offiziellen Pausen eine bis zwei Zigaretten pro Tag geraucht haben soll. Die Behauptung der Beklagten, dass der Kläger pro Tag mindestens 10 bis 15 Rauchpausen eingelegt haben soll (act. 10 Rz. 24) lässt sich damit nicht ohne Weiteres erstellen.

Zur Dauer einer Rauchpause liegen ebenfalls nur wenige Beweise im Recht. Der Kläger spricht von einer bis fünf Minuten, die Zeugin P._____ von sieben bis acht Minuten.

Inwiefern die Zeugeneinvernahmen wegen vorangegangener schriftlicher Berichte verwertbar sind und wie es sich mit der Glaubwürdigkeit der Zeugen verhält, sofern diese gegenüber dem Kläger negativ eingestellt waren und/oder sich vor ihrer Einvernahme über das Prozessthema ausgetauscht haben, kann vorliegend offenbleiben. Ebenso hat der schriftliche Bericht von AA._____ keine Beweiskraft, weil solche privaten Zeugnisurkunden den Zeugenbeweis nicht ersetzen können, soweit ihr Inhalt von den Parteien nicht anerkannt wird. Sie sind für die Richtigkeit bzw. Wahrheit der geschilderten Wahrnehmung in der Regel untauglich (ZR 111/2012 S. 229 E. 4.3.3 m.w.H.).

So oder anders können die Zeugen, mit Ausnahme der Zeugin P._____, keine konkreten Aussagen machen. Wenn P._____ jedoch aussagt, sie wisse die Dauer, weil der Kläger immer vor einer Pausenablösung noch rauchen gegangen sei, spricht dies noch nicht zwingend für eine sieben- bis achtminütige Dauer einer Rauchpause: Der Kläger rauchte bekanntlich beim Hinterausgang, der vom Verkaufsraum aus nicht einsehbar war (act. 10 Rz. 23 und act. 12/9). Sein Büro lag unmittelbar neben dem Hinterausgang und war vom Verkaufsraum aus ebenfalls nicht einsehbar (Prot. S. 60). Insofern ist es nicht unwahrscheinlich, dass der Kläger während seinen – von Mitarbeitenden vermuteten – "Rauchpausen" auch noch im Büro etwas erledigte. Im Ergebnis bleibt es beim (vorliegend nur beschränkt hilfreichen) Anerkenntnis des Klägers bezüglich der Häufigkeit und Dauer seiner Rauchpausen.

4.3.3.2. Der Kläger stellt sich aber auf den Standpunkt, dass es sich bei der Zeit, in welcher er geraucht habe, nicht um Pausen im Sinne des Arbeitsgesetzes gehandelt habe, da er ausschliesslich in unproduktiven Präsenzzeiten geraucht habe und dabei stets die Verkaufstheke habe überwachen können und arbeitsbereit gewesen sei.

Diese klägerische Auffassung verdient keine Zustimmung: Wohl gelten Pausen gemäss Art. 15 Abs. 2 ArG als Arbeitszeit, sofern der Arbeitsplatz nicht verlassen werden darf. Diese Regelung bezieht sich indes nur auf den Gesundheitsschutz und sagt nichts darüber hinaus, ob Pausen auch bezahlt sein müssen. Erst wenn eine vertragliche Regelung fehlt, sind Pausen mit Arbeitsbereitschaft auch zu entlönnen (Müller, in: Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Art. 15 N 27 f.) Gemäss den allgemeinen Arbeitsbedingungen der Beklagten ist das Rauchen nur in Pausen gestattet und Rauchpausen gelten nicht als Arbeitszeit (act. 3/2 bzw. 12/3 Ziff. 7.3). Angesichts dieser klaren vertraglichen Bestimmung ist es unbehelflich, wenn sich der Kläger darauf beruft, nur in unproduktiven Zeiten geraucht zu haben. Zudem hatte der Kläger als Filialleiter auch Aufgaben administrativer Natur und seine grosse Zahl an angesammelten Überstunden zeigt, dass er genug zu tun gehabt haben musste, um keine unproduktiven Präsenzzeiten zu haben. Im Übrigen kann der Kläger nicht gleichzeitig geltend machen, er

sei davon ausgegangen, Überzeit sei nicht zu entschädigen, weshalb er Rauchpausen nicht aufgeschrieben habe (Prot. S. 19) und andererseits nun ebendiese Überzeitentschädigung einfordern, ohne sich dabei aber die Rauchpausen anrechnen lassen zu wollen.

4.3.3.3. Die Zahl und durchschnittliche Dauer der Rauchpausen ist folglich zu schätzen. Gestützt auf die klägerische Behauptung, eine Rauchpause habe ca. eine bis fünf Minuten gedauert, ist die Annahme einer durchschnittlichen Dauer von drei bis vier Minuten pro Rauchpause sachgerecht. Davon ausgehend, dass der Kläger weiter geltend macht, er habe an hektischen Tagen nur in offiziellen Pausen eine bis zwei Zigaretten am Tag geraucht, ist ferner anzunehmen, dass er an einem durchschnittlichen Tag häufiger geraucht hat. Unter Berücksichtigung der teilweise sehr langen Arbeitstage des Klägers und des Umstandes, dass er regelmässig nur eine "offizielle" Pause gemacht hat, in welcher er rauchen konnte, ist vom Konsum von durchschnittlich vier Zigaretten pro Arbeitstag während der Arbeitszeit auszugehen.

Im Ergebnis hat der Kläger somit schätzungsweise 15 Minuten pro Tag für Rauchpausen aufgewendet, an welchen er nicht ausgestempelt hat. Der Kläger hat im Jahr 2015 an 228 Tagen gearbeitet, im Jahr 2016 an 154 Tagen (vgl. act. 3/6 jeweils unten rechts). Nun können diese 15 Minuten aber nicht einfach mit den genannten Arbeitstagen multipliziert werden, sondern nur soweit diese Arbeitstage Wochen betreffen, in welchen Überzeit (von durchschnittlich über 15 Minuten pro Tag) geleistet worden ist. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass der Kläger erst ab April 2015, mithin der Kalenderwoche 14 zu rauchen begonnen hat. Daraus ergeben sich unter Berücksichtigung der Rauchpausen noch die folgenden restlichen Überzeitstunden:

2015	Ist-Zeit	Arbeitstage	Dauer der Rauchpausen	restliche Überzeitstunden
KW 10	51:57	6	0:00	1:57
KW 11	51:17	6	0:00	1:17

KW 13	79:28	7	0:00	29:28
KW 14	69:23	6	1:30	27:53
KW 15	80:45	7	1:45	39:00
KW 16	61:01	6; ohne 14.4. (nur Sitzung)	1:30	9:31
KW 17	58:08	6	1:30	6:38
KW 18	63:03	6	1:30	11:33
KW 19	61:52	5	1:15	10:37
KW 20	68:52	6	1:30	27:22
KW 21	55:30	5; ohne 20.5. (nur 1:05)	1:15	4:15
KW 22	62:55	6	1:30	21:25
KW 23	62:39	6	1:30	11:09
KW 26	54:23	5; ohne 23.6. (nur Sitzung)	1:15	3:08
KW 27	56:59	6	1:30	5:29
KW 28	57:38	6	1:30	6:08
KW 29	64:17	6	1:30	12:47
KW 31	55:29	6	1:30	3:59
KW 33	53:53	5	1:15	2:38
KW 34	64:12	6	1:30	12:42
KW 37	64:31	6	1:30	13:01
KW 38	61:58	6	1:30	10:28
KW 39	63:22	6	1:30	11:52
KW 42	55:05	6	1:30	3:35
KW 43	67:21	6	1:30	15:51
KW 44	65:50	7	1:45	14:05
KW 45	52:54	6	1:30	1:24
KW 46	51:55	5	1:15	0:40
KW 47	59:44	6	1:30	8:14
KW 49	52:20	5	1:15	1:05
KW 50	54:04	5	1:15	2:49
KW 53	62:56	6	1:30	21:26

Total 2015

353:26

2016	Ist-Zeit	Arbeitstage	Dauer der Rauchpausen	restliche Überzeitstunden
KW 1	55:26	6	1:30	3:56
KW 2	56:46	6	1:30	5:16
KW 3	51:13	5	1:15	0:00
KW 4	51:52	5	1:15	0:37
KW 5	51:31	5	1:15	0:16
KW 6	56:46	5	1:15	5:31
KW 9	53:37	5	1:15	2:22
KW 10	50:31	5	1:15	0:00
KW 11	52:26	5	1:15	1:11
KW 12	44:31	5	1:15	3:16

KW 13	50:51	5	1:15	9:36
KW 14	50:20	5	1:15	0:00
KW 15	63:08	6	1:30	11:38
KW 17	58:15	5	1:15	7:00
KW 18	60:01	5	1:15	18:46
KW 20	67:19	6; ohne 17.5. (nur 1:06)	1:30	25:49
KW 21	62:58	6	1:30	11:28
KW 22	58:42	6	1:30	7:12
KW 23	55:20	6	1:30	3:50
KW 26	53:42	6	1:30	2:12
KW 27	61:25	6	1:30	9:55
KW 28	53:32	5	1:15	2:17
KW 29	60:42	6	1:30	9:12
KW 30	64:18	6	1:30	12:48
Total 2016				154:08

4.3.4. Coiffeurbesuche

Gemäss dem Coiffeur R._____ war der Kläger am 12. September 2015, 13. November 2015, 5. Februar 2016 sowie am 13. Mai 2016 und am 15. Juni 2016 für jeweils 30 bis 45 Minuten in seinem Salon. Von seinen ehemaligen Mitarbeiterinnen machte einzig die Zeugin S._____ aus eigener Wahrnehmung konkrete Aussagen zum Ausstempeln. Sie gibt an zu wissen, dass der Kläger für die Coiffeurbesuche nicht ausgestempelt hat, weil sie dies gesehen hätte. Der Kläger will für die Coiffeurbesuche jeweils ausgestempelt haben bzw., sofern er dies vergessen haben sollte, die Abwesenheit nachträglich im Zeiterfassungssystem erfasst haben.

An den vom Zeugen R._____ genannten Daten zeigt die Zeiterfassung des Klägers das folgende Bild (act. 3/6):

- Samstag, 12. September 2015: 5:57 - 13:53 AZ_A, 9:55 - 10:25 KOR-
- Freitag, 13. November 2015: 5:48 - 10:35 AZ_A, 11:19 - 14:47 AZ_A
- Freitag, 5. Februar 2016: 5:51 -10:11 AZ_A, 11:35 - 14:51 AZ_A
- Freitag, 13. Mai 2016: 5:48 - 13:16 AZ_A, 12:20 - 12:36 KOR-, 13:30 - 18:51AZ_A
- Mittwoch, 15. Juni 2016: 5:45 - 10:30 AZ_M, 11:30 - 17:00 AZ_M

Laut der Legende bedeutet:

- "AZ_A": Arbeitszeit ab Stempeluhr
- "AZ_M": Arbeitszeit (gemeint wohl manuell erfasste Arbeitszeit)
- "KOR-": Automatische Korrektur der Arbeitszeit

Damit lässt sich nicht ausschliessen, dass der Kläger zumindest am 13. November 2015, 5. Februar 2016 und 15. Juni 2016 jeweils ausgestempelt hat, um den Coiffeur aufzusuchen. Die Beklagte (vgl. act. 43) kann aus dem Umstand, dass am 12. September 2015 eine automatische Erfassung einer 30-minütigen Pause erfolgte, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wenn der Kläger an diesem Tag während 30 Minuten zum Coiffeur gegangen ist und dabei nicht ausgestempelt hat, ihm aber trotzdem eine halbe Stunde abgezogen worden ist, ist im Ergebnis nicht zu viel Zeit erfasst worden. Ob der Kläger nun entweder für die Pause ausgestempelt oder diese nachträglich erfasst hat, oder ob er die Pause im Wissen um die automatische 30-minütige Korrektur gar nicht erfasst hat, ist im Ergebnis nicht von Relevanz. Entsprechend hilft auch die Aussage der Zeugin S._____ nicht weiter, weil eine Pause in der Zeiterfassung hätte registriert werden können, ohne dass sie dies zwingend hätte wahrnehmen müssen.

Hingegen lässt sich der Coiffeurbesuch vom 13. Mai 2016 mit dieser Argumentation nicht plausibel erklären, weil er dort selbst eine 14-minütige Pause gestempelt hat, die aber zeitlich nicht für einen Coiffeurbesuch ausreichen konnte. Da die Arbeitszeit an jenem Tag vollumfänglich durch die Stempeluhr erfasst wurde, musste der Kläger physisch anwesend sein. Insofern konnte er nicht in der Mittagspause beim Coiffeur gewesen sein. Abends ausgestempelt hat der Kläger sodann erst um 18.51 Uhr, wodurch es nicht mehr möglich war, bis zum Ladenschluss des Coiffeursalons um 19.00 Uhr einen Haarschnitt vorzunehmen. Zwar wäre nicht auszuschliessen, dass der Coiffeur R._____ den Kläger noch nach 19.00 Uhr (fertig) bedient hat. Aufgrund der Aussagen von R._____ ist aber davon auszugehen, dass der Kläger den Salon spätestens um 19.00 Uhr wieder verlassen hat, zumal im Kontext der Befragung explizit die Schliesszeiten angesprochen waren (act. 41 S. 3, F: "Wie lange haben Sie Ihren Salon offen?" A: "[...] freitags

[...] bis 19.00 Uhr" F: "Bedeutet das, dass wenn der Kläger nach Feierabend zu Ihnen kam, dass er noch vor 19.00 Uhr kam?" A: "Ja").

Es hat somit als erstellt zu gelten, dass der Kläger anlässlich des Coiffeur-besuches vom 13. Mai 2016 nicht ausgestempelt hat. Dafür sind ihm weitere 45 Minuten von der Überzeit des Jahres 2016 abzuziehen.

4.3.5. Tennisspielen

Es ist steht vorliegend ausser Zweifel, dass der Kläger an Arbeitstagen Tennis spielen gegangen ist. Die sehr detaillierten Aussagen der Zeuginnen S._____ (habe sein Auto bei der Tennishalle gesehen) und V._____ (habe ihr eigenes Auto wegfahren müssen) sind insoweit unbehelflich, als einzig fraglich ist, ob diese Abwesenheiten fälschlicherweise als Arbeitszeit erfasst wurden. Darüber können die Zeugen keine hinreichend konkreten Aussagen machen: N._____ und P._____ gaben an, der Kläger habe nur teilweise ausgestempelt, weil sie dies gesehen hätten, was aber wie zuvor erwähnt noch nicht genügt, um festzustellen, ob auf anderem Wege eine Arbeitspause registriert wurde. S._____ weiss nur vom Hörensagen, dass der Kläger zweimal nicht ausgestempelt haben soll. O._____ und V._____ wussten gar nicht, ob der Kläger ausgestempelt hat. Ausführungen zu den genauen Daten, womit analog den Coiffeurbesuchen, eine nähere Prüfung hätte erfolgen können, konnte auch W._____, damaliger Betreiber der Tennishalle, nicht machen. Somit gelingt der Beklagten bezüglich dem Tennisspielen der Gegenbeweis nicht und es rechtfertigt sich kein Abzug vom Überzeitsaldo des Klägers.

5. Fazit

Die Beklagte hat die Arbeitszeiterfassungen des Klägers entgegengenommen und dagegen kaum opponiert. Sie hat es ihrer fehlerhaften Rechtsauffassung über die Abgeltungspflicht von Überzeitstunden zuzuschreiben, dass sie bezüglich der Überzeit des Klägers nicht interveniert und mit seinen Arbeitsstunden nicht so genau genommen hat. Nach dem Gesagten ist die Überzeit des Klägers

auf 353 h 26 min (resp. dezimal 353.43 h) für das Jahr 2015 und auf 153 h 23 min (dezimal 153.38 h) für das Jahr 2016 zu schätzen.

VI. Betragsmässiger Anspruch aus Überzeitarbeit

1. Die Parteien sind sich einig, dass mit dem Kläger ein Bruttomonatslohn von Fr. 6'000.– im Jahr 2015 und Fr. 6'300.– im Jahr 2016 vereinbart war (act. 2 S. 6 und act. 10 S. 17). Der Kläger ist aber der Auffassung, eine jährliche Gratifikation in Höhe eines Monatslohnes sei als Lohnbestandteil zum vorgenannten Bruttomonatslohn hinzuzuzählen, weil dies bei der Beklagten die Regel sei und es dem Kläger beim Vertragsabschluss so mitgeteilt worden sei (act. 2 S. 6 und act. 15 S. 6). Die Beklagte bestreitet dies unter Hinweis auf den Arbeitsvertrag mit dem Kläger sowie ihre allgemeinen Arbeitsbedingungen (act. 10 S. 15 f.). Ein 13. Monatslohn scheint nicht vereinbart worden zu sein, jedenfalls beruft sich der Kläger ausdrücklich auf den Titel "Gratifikation".

2. Überzeitarbeit ist entweder mit – hier nicht interessierender – Kompensation durch Freizeit von gleicher Dauer auszugleichen oder mit einem Lohnzuschlag von 25 % zu entschädigen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Überzeit nicht nur der Zuschlag von 25 %, sondern auch der Grundlohn zu bezahlen, sodass im Ergebnis 125 % des Grundlohnes zu entrichten sind (BGE 126 III 337 E. 6). Nicht zum Grundlohn zählen Orts-, Haushalts- und Kinderzulagen (Art. 33 Abs. 1 ArGV 1). Ebenso werden Gratifikationen im Sinne von Art. 322d OR (also Sondervergütungen, welche – wenn auch nicht im Grundsatz, so – mindestens betragsmässig vom Ermessen des Arbeitgebers abhängen) nicht als Lohnbestandteil betrachtet. Die Abgrenzung zwischen festem Lohnbestandteil und Gratifikation kann im Einzelfall schwierig sein. Sie ist aber relevant, weil nur Lohnbestandteile zur Berechnung der Überzeimentschädigung heranzuziehen sind, nicht aber eine Gratifikation (Streiff/von Känel/Rudolph, a.a.O., Art. 321c N 12). Insofern kommt es entgegen der klägerischen Ansicht gar nicht darauf an, ob – mindestens stillschweigend – eine Gratifikation (im Sinne von Art. 322d OR) vereinbart worden ist, sondern ob die Parteien eine Sondervergütung vereinbart haben, auf die sowohl dem Grundsatz wie der Höhe nach ein Rechtsanspruch

besteht, was die Vergütung zu einem Lohnbestandteil machen würde (BGE 129 III 276 E. 2; BGer 4C.244/2004 vom 25. Oktober 2004 E. 2.1). Einzig eine mehrere Jahre vorbehaltlos ausgerichtete Sondervergütung in gleichbleibender Höhe könnte als stillschweigend vereinbarter Lohnbestandteil gedeutet werden. Eine solche stillschweigende Vereinbarung kann aber nicht leichthin angenommen werden, wenn im Arbeitsvertrag unmissverständlich auf die Freiwilligkeit und den fehlenden Rechtsanspruch verwiesen wird. Erst nach einer Dauer von zehn Jahren ist anzunehmen, der Freiwilligkeitsvorbehalt sei zu einer blossen Floskel verkommen und damit unbeachtlich (Portmann/Rudolph, in: BSK-OR I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 322d N 10 f. und 20).

3.1. Der Arbeitsvertrag zwischen den Parteien (act. 3/1) hält unter Ziffer 7 fest: "Allfällige Gratifikationen oder sonstige Sondervergütungen liegen im jederzeitigen Ermessen der Arbeitgeberin und begründen auch bei mehrmaliger ununterbrochener Auszahlung keinen Rechtsanspruch. Ähnliches steht in Ziffer 5.5 der allgemeinen Arbeitsbedingungen (act. 12/3). Ziffer 12 des Arbeitsvertrages hält sodann fest, dass Änderungen der einzelvertraglichen Bestimmungen nur rechtsgültig sind, wenn sie schriftlich vereinbart werden.

3.2. Nachdem im Arbeitsvertrag das Gehalt des Klägers definiert und zudem ausdrücklich festgehalten wurde, dass Sondervergütungen im Ermessen der Beklagten liegen und auch mehrmaliger ununterbrochener Auszahlung keinen Rechtsanspruch begründen, kann von einem vertraglich vereinbarten Lohnanspruch vor derhand nicht die Rede sein. Der Schriftformvorbehalt für Vertragsänderungen lässt es sodann unwahrscheinlich erscheinen, dass diese Bestimmung gültig ersetzt worden ist. Der Kläger macht auch nicht geltend, dass das Schriftformerfordernis (mündlich resp. stillschweigend) aufgehoben worden sei.

Der Kläger war sodann nur ca. eineinhalb Jahre bei der Beklagten angestellt und erhielt während des ungekündigten Arbeitsverhältnisses lediglich eine (pro-rata)-Sondervergütung von einem Monatslohn. Daraus lässt sich angesichts der Umstände nicht ableiten, der Freiwilligkeitsvorbehalt sei zu einer blossen Floskel bekommen.

4. Zur Berechnung der Überzeitentschädigung ist folglich von Bruttomonatslöhnen von Fr. 6'000.– für das Jahr 2015 und Fr. 6'300.– für das Jahr 2017 auszugehen.

Der Lohnzuschlag für Überzeitarbeit ist bei Zeitlohn nach dem auf die Stunde berechnet Lohn zu bemessen (Art. 33 Abs. 1 ArGV 1). Bei einer Jahresarbeitszeit von 2'288 Stunden (44 Wochenstunden x 52 Wochen; vgl. Streiff/von Känel/Rudolph, a.a.O., Art. 321c N 12), ergibt sich für das Jahr 2015 ein Stundenlohn von Fr. 31.47 und für das Jahr 2016 ein solcher von Fr. 33.04. Unter Berücksichtigung des in Art. 13 Abs. 1 ArG vorgesehenen Zuschlages von 25 % ist jede Überzeitstunde im Jahr 2015 mit Fr. 39.34 und jede Überzeitstunde im Jahr 2016 mit Fr. 41.30 zu entschädigen.

5. Der Anspruch des Klägers belauft sich damit auf Fr. 13'903.95 brutto für das Jahr 2015 und Fr. 6'334.60 brutto für das Jahr 2016, total also Fr. 20'238.55 brutto. Der Kläger verlangt hierauf Verzugszins zu 5 % seit 1. September 2016, welcher ihm antragsgemäss zuzusprechen ist, zumal er die Beklagte mit Schreiben vom 30. August 2016 gemahnt hat (act. 12/6)

VII. Genugtuungs- und Schadenersatzansprüche des Klägers

1. Der Kläger verlangt für den Fall, dass sein Hauptstandpunkt nicht vollumfänglich geschützt werde, Genugtuung sowie Schadenersatz infolge Stresshaftung (act. 2 S. 7 ff.).

2. Woraus sich ein konkreter Schaden des Klägers im Rechtssinne ergeben sollte, erhellt aus seinen Behauptungen nicht, sodass auf einen allfälligen Schadenersatzanspruch mangels Substantiierung nicht weiter einzugehen ist.

3. Hinsichtlich der begehrten Genugtuung führt der Kläger insbesondere aus, durch die hohe Arbeitsbelastung sei er in seiner physischen und psychischen Gesundheit sowie in seinem Familien- und Sozialleben geschädigt worden. Namentlich habe er gesetzeswidrig an Sonntagen Überzeit geleistet und in der Summe wesentlich mehr Überzeitstunden angehäuft als gesetzlich zulässig. Sodann habe er während der Anstellungsdauer nur an zehn Sonntagen nicht gear-

beitet. Damit habe er weder morgens noch abends noch an den Wochenenden gemeinsame Zeiten mit seiner Familie gehabt (act. 2 S. 7 ff und act. 15 S. 8 ff.).

3.1. Zunächst behauptet der Kläger eine Schädigung seiner physischen und psychischen Gesundheit, führt aber nicht weiter aus, wie sich diese hätte äussern sollen. Namentlich erklärt er nicht, welche Leiden konkret hervorgerufen worden sein sind (z.B. Burnout oder Depression) und wie sich solche hätten bemerkbar machen sollen (z.B. psychologische Behandlung). Damit kommt der Kläger seiner Substantiierungspflicht nicht nach; ein Anspruch aus Art. 47 OR (vgl. Portmann/Rudolph, a.a.O., Art. 328 N 53b) wegen Gesundheitsschädigung besteht damit nicht.

3.2. Sodann hat gemäss Art. 49 OR derjenige, der in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, Anspruch auf Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht werden kann. Voraussetzung ist eine gewisse Schwere der Persönlichkeitsverletzung und dass die seelischen Leiden vom Opfer subjektiv als so schwer empfunden werden, dass es unter den gegebenen Umständen als legitim erscheint, eine Genugtuung zuzusprechen (Portmann/Rudolph, a.a.O., Art. 328 N 53b).

Der Kläger führt zu einer allfälligen Persönlichkeitsverletzung lediglich aus, dass sein Sozialleben während der Anstellung bei der Beklagten gelitten habe. Daneben gibt er an, wie oft er gearbeitet hat und bemängelt die – trotz Kenntnis dieser Umstände – fehlende Intervention der Beklagten. Wenn Genugtuungsansprüche jedoch ein schweres seelischen Leiden voraussetzen, genügt der Kläger seiner Substantiierungspflicht wiederum nicht, zumal er nicht dartut, inwiefern und wie schwer er in seinem seelischen Befinden konkret beeinträchtigt gewesen sein soll. Allein aus der Tatsache, dass der Kläger viel gearbeitet hat, lässt sich ein seelisches Leiden noch nicht ableiten. Es finden sich im Übrigen auch keinerlei Präjudizien, in welchen einzig gestützt auf zu viele Überzeitstunden und die naturgemäss damit einhergehende Einschränkung des Privatlebens eine Genugtuung zugesprochen worden wäre, notabene zusätzlich zum ohnehin vorgesehenen Lohnzuschlag von 25 % (vgl. Streiff/von Känel/Rudolph, a.a.O., Art. 328 N 16; Portmann/Rudolph, a.a.O., Art. 328 N 21d).

4. Nach dem Gesagten sind die Genugtuungs- und Schadenersatzbegehren des Klägers allesamt unbegründet, weshalb er von der Beklagten unter diesem Titel nichts zu fordern hat.

VIII. Verrechnungsansprüche der Beklagten

1. Bonus und Gratifikation

1.1. Die Beklagte stellt für den Fall, dass der Kläger mit seiner Klage geschützt wird, die ihm im August 2016 als Bonus und Gratifikation ausgerichteten Zahlungen von brutto Fr. 6'300.– bzw. 4'200.– zur Verrechnung. Zur Begründung macht sie in ihrer Klageantwort (act. 10 S. 18 f.) geltend, dass sie sich zum Zeitpunkt dieser Zahlungen in einem Grundlagenirrtum befunden habe, weil sie sich über den Anspruch des Klägers auf Überzeitentschädigung geirrt habe und im Bewusstsein über diesen Anspruch weder Bonus noch Gratifikation ausgerichtet hätte. In der mündlichen Duplik (Prot. S. 13 f.) berief sich die Beklagte zusätzlich darauf, dass sie vom Kläger vorsätzlich getäuscht worden sei, weil dieser seine Ansprüche nach einem Gespräch mit seinem Anwalt gekannt habe, mit der Geltendmachung aber bewusst bis nach Ausrichtung von Bonus und Gratifikation zugewartet habe.

Die Art. 23 bis 31 OR über die Willensmängel gelten nicht nur für Verträge, sondern grundsätzlich für alle (einseitigen) Rechtsgeschäfte und rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen (Schwenzer, in: BSK-OR I, 6. Aufl., Basel 2015, Vor Art. 23-31 N 4).

Ein Irrtum ist eine falsche Vorstellung über einen Sachverhalt. Damit sich der Erklärende auf den Irrtum berufen kann, muss dieser – soweit er nicht durch eine absichtliche Täuschung hervorgerufen wurde – ein wesentlicher sein (Schwenzer, a.a.O., Art. 23 N 2 ff.).

1.2. Im Ergebnis macht die Beklagte – nebst der absichtlichen Täuschung – zweierlei geltend: Zum einen gibt sie an, sie habe sich in einem Irrtum über die Entschädigungspflicht von Überstunden befunden und zum anderen hätte sie im

Wissen um die spätere Anspruchstellung des Klägers weder Gratifikation noch Bonus ausbezahlt. In ersterem Fall beruft sich die Beklagte damit auf einen Rechtsfolgenirrtum, weil sie sinngemäss vorbringt, Art. 3 lit. d ArG zwar gekannt, aber missverstanden und den Kläger fälschlicherweise unter diese Norm subsumiert zu haben. Im Bereich von zwingenden Gesetzesnormen ist der Rechtsfolgenirrtum indes ein unbeachtlicher Motivirrtum, zumal die Anwendung zwingenden Rechts nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob sich die Parteien darüber im Klaren sind (Schmidlin, in: BK-OR, Mängel des Vertragsabschlusses, 2. Aufl., Bern 2013, Art. 24 N 232 ff.). In letzterem Fall macht die Klägerin einen Grundlagenirrtum über einen künftigen Sachverhalt geltend, nämlich, ob der Kläger seinen Anspruch künftig einmal geltend machen würde. Damit ein solcher Irrtum wesentlich sein kann, muss der Eintritt (bzw. der Nichteintritt) des Sachverhaltes als sicher angenommen werden (BGE 109 II 105 E. 4b). Nachdem bereits feststeht, dass ein Irrtum über die Entschädigungspflicht der Überzeitstunden unbeachtlich bleibt, kann sich die Beklagte auch nicht darauf berufen, dass sie es als sicher ansah, dass der Kläger seine Ansprüche nicht geltend machen würde. Es steht Gläubigern in aller Regel zu, bis zum Eintritt der Verjährung mit der Geltendmachung von Forderungen zuzuwarten. Im Bereich der Arbeitsverträge kann der Arbeitnehmer vor Ablauf eines Monats nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sodann gar nicht auf zwingende Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verzichten (Art. 341 Abs. 1 OR). Die Beklagte macht keine nachvollziehbare Umstände geltend, aus denen erhellen würde, dass sie keinerlei Zweifel daran gehabt hätte, dass der Kläger innert der Verjährungsfrist keine Forderungen mehr stellen würde. Vielmehr wäre es der Beklagten ohne Weiteres möglich gewesen, mit Sonderzahlungen bis einen Monat nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zuzuwarten und diese nur gegen Unterzeichnung einer Saldoklausel auszurichten. Ein Grundlagenirrtum liegt somit nicht vor.

1.3. Hinsichtlich der geltend gemachten Täuschung macht die Beklagte nicht geltend, vom Kläger aktiv (durch Vorspiegelung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen) getäuscht worden zu sein. Vielmehr ist sie der Auffassung, der Kläger habe sie passiv, durch das Verschweigen von Tatsachen getäuscht, indem er sich den bei der Klägerin bestehenden Irrtum zunutze gemacht habe.

Das Verschweigen von Tatsachen ist nur dann eine Täuschung, wenn eine Aufklärungspflicht besteht. Eine solche Aufklärungspflicht kann sich aus gesetzlicher Vorschrift, Vertrag oder nach Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen ergeben. Unter Branchenkundigen gelten geringere Anforderungen an die Aufklärungspflicht. Tatsachen, von denen bekannt ist oder bekannt sein müsste, dass sie ungewiss sind, entziehen sich grundsätzlich der Täuschung (Schmidlin, a.a.O., Art. 28 N 12 ff.). Woraus sich eine solche Aufklärungspflicht des Klägers im vorliegenden Fall hätte ergeben sollen, konkretisiert die Beklagte nicht. Eine Treuwidrigkeit des Verhaltens des Klägers ist aus den im Recht liegenden Tatsachenbehauptungen nicht ohne Weiteres zu erkennen. Selbst wenn man eine solche erblicken sollte, ist zu erwarten, dass die Beklagte, die immerhin eine eigene Personalabteilung unterhält (act. 15 S. 6; unbestritten) und 17-seitige "Allgemeine Arbeitsbedingungen" erstellt hat bzw. erstellen liess (act. 12/3), als geschäftserfahrene Partei über das Risiko von Forderungen aus Überzeitarbeit im Bilde war oder hätte im Bilde sein müssen. Die blosser Spekulation darauf, dass der Kläger keine weiteren Ansprüche stellen würde, genügt für die Annahme einer Täuschung durch diesen nicht (vgl. auch Schmidlin, a.a.O., Art. 28 N 64).

1.4. So oder anders stehen der Beklagten damit betreffend den von ihr ausgerichteten Bonus- und Gratifikationszahlungen keine Verrechnungsansprüche zu.

2. Warenbezüge Abschiedsfest

2.1. Die Beklagte macht sodann geltend, der Kläger habe den Gästen seines Abschiedsfests Waren (Brotwaren, Salate, Desserts und Getränke) aus dem Sortiment der Beklagten offeriert. Dies sei mit der Beklagten weder abgesprochen gewesen noch habe der Kläger die Waren bezahlt oder die Bezahlung angeboten. Vielmehr habe er den Warenbezug gegenüber der Beklagten verschwiegen. Die Beklagte bringt dafür pauschal Fr. 200.– mit Ansprüchen des Klägers zur Verrechnung (act. 10 S. 20; Prot. S. 14). Der Kläger, der diese Darstellung in seiner Replik noch bestritt (act. 15 S. 7), bestätigte in seiner Parteibefragung, dass er teilweise Waren von der Beklagten bezogen habe, erklärte indes, dass er die Waren wenige Tage später bei Mitarbeitern bezahlt habe. Den geltend gemachten Warenwert von Fr. 200.– bestritt der Beklagte explizit weder in seiner Replik noch

in seiner Parteibefragung. Er gab in Letzterer lediglich an, nicht mehr zu wissen, was es gekostet habe (Prot. S. 34).

2.2. Die Beklagte macht im Ergebnis geltend, mit dem Kläger einen Kaufvertrag geschlossen zu haben. Der Kläger anerkennt dies (und damit seine Pflicht zur Kaufpreiszahlung) insoweit, als er angibt, die Waren bezogen und bereits bezahlt zu haben. Bei Kaufverträgen ist der Käufer für die Bezahlung des Kaufpreises beweibelastet. Der Kläger hat für seine Behauptung, die gekauften Waren bezahlt zu haben, keine Beweise offeriert. Hierzu liegt im Übrigen einzig seine Parteiaussage im Recht, die aber den mittels dem Regelbeweismass der vollen Überzeugung zu führenden Beweis nicht ansatzweise zu erbringen vermag.

2.3. Die Verrechnungsforderung der Beklagten ist damit unter dem Titel Warenbezüge Abschiedsfest im Umfang von Fr. 200.– begründet.

3. Unnötiger Personalaufwand

3.1. Schliesslich macht die Beklagte verrechnungsweise Schadenersatz für unnötigen Personalaufwand geltend, weil der Kläger während seiner Zeit als Filialleiter jeweils morgens von 06.00 Uhr bis 08.00 Uhr zu viel Personal eingesetzt haben soll. Namentlich hätten in diesem Zeitraum zwei Mitarbeiter genügt, weshalb der Beklagten im Umfang der von ihr geleisteten Gehaltszahlungen für die überflüssige Arbeitskraft ein Schaden von Fr. 24'651.90 entstanden sei (act. 10 Rz. 37 und Rz. 52).

3.2. Soweit ersichtlich, beruft sich die Beklagte damit auf Art. 321e OR. Danach ist der Arbeitnehmer für den Schaden verantwortlich, den er dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig verursacht. Die Haftung setzt eine Vertragsverletzung, ein Verschulden, einen Schaden und einen adäquaten Kausalzusammenhang voraus (Streiff/von Känel/Rudolph, a.a.O., Art. 321e N 4).

3.3. Soweit sich die Beklagte darauf berufen will, dass der Kläger damit seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt habe, legt sie nicht dar, inwiefern es die vertragliche Pflicht des Klägers gewesen wäre, in den Morgenstunden nur eine bestimmte Anzahl an Mitarbeitern einzusetzen. Dass dem Kläger ein Lohnbudget

eingräumt worden wäre, welches dieser unzulässigerweise überschritten hätte, behauptet die Beklagte nicht. Auch dass die Arbeitsplanung schlechterdings unvertretbar gewesen wäre, ist den Behauptungen der Beklagten nicht zu entnehmen. Vielmehr gab sie in der Duplik selbst an, zwei bis drei Mitarbeiter hätten morgens ausgereicht (Prot. S. 14), nachdem sie dem Kläger in der Klageantwort noch vorwerfen wollte, neben sich selbst unnötigerweise noch zwei weitere Mitarbeiter eingesetzt zu haben (act. 10 S. 12 und S. 20 f.; act. 12/11). Im Übrigen ist es nicht einfach so, dass sich die Beklagte über die Personalplanung des Klägers nicht stets im Klaren sein konnte: Selbst wenn sie von der Arbeitsplänen nicht unmittelbar Kenntnis nahm, zahlte sie doch den Mitarbeitern jeweils die Löhne aus und wusste über den Personalaufwand für die Filiale Bescheid. Es kann deshalb nicht angehen, wenn die Beklagte ihr bekannte und betriebswirtschaftlich vertretbare Entscheide des Klägers im Nachhinein in Zweifel zieht und daraus Schadenersatzansprüche ableiten will.

3.4. Im Ergebnis ist somit weder eine Vertragsverletzung des Klägers noch ein Schaden der Beklagten genügend substantiiert dargetan, weshalb der diesbezügliche Verrechnungsanspruch der Beklagten unbegründet ist.

IX. Ergebnis

Dem Kläger steht für die Abgeltung seiner Überzeitstunden eine Forderung von Fr. 20'238.55 brutto zu. Der Verrechnungsanspruch der Beklagten von Fr. 200.– ist davon netto in Abzug zu bringen. Auf dem ermittelten Nettobetrag hat die Beklagte 5 % Zins seit 1. September 2016 zu bezahlen.

X. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Beim vorliegenden Streitwert sind keine Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 114 lit. c ZPO).

Die Parteien beantragen je eine Parteientschädigung. Die volle Parteientschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 bis 3 AnwGebV

auf Fr. 8'300.– festzusetzen. Der Kläger obsiegt vorliegend zu ca. 90 %, die Beklagte zu 10 %. Daraus resultieren reduzierte Parteientschädigungen von Fr. 7'470.– bzw. Fr. 830.–, die gegenseitig zu verrechnen sind. Entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 6'640.– zu bezahlen, wobei antragsgemäss die Mehrwertsteuer hinzuzuschlagen ist.

XI. Rechtsmittel

Gegen diesen Entscheid steht die Berufung offen (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO).

Richtet sich das Rechtsmittel nur gegen die Entschädigungsfolgen dieses Entscheids, so ist einzig die Beschwerde zulässig (Art. 110 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 20'238.55 brutto abzgl. Fr. 200.– netto, nebst Zins zu 5 % seit 1. September 2016, zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird das Begehren abgewiesen.
2. Es wird keine Entscheidgebühr erhoben. Die Kosten für das Beweisverfahren im Betrag von Fr. 627.– (Zeugenentschädigungen) werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 6'640.– zzgl. MwSt zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, Berufung erklärt werden. In der

Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Wird nur die Regelung der Entschädigungsfolgen angefochten, kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, Beschwerde erhoben werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

BEZIRKSGERICHT HINWIL

Arbeitsgericht

Die Einzelrichterin:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. C. Mattle

MLaw R. Nüesch

versandt am: