

Arbeitsgericht Zürich

3. Abteilung



Geschäfts-Nr.: AH180153-L/U

Mitwirkend: Präsidentin Dr. iur. E. Borla-Geier als Einzelrichterin
Gerichtsschreiberin MLaw E. Duft

Verfügung und Urteil vom 20. August 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger

vertreten durch X. _____

gegen

B. _____ **AG**,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 7 S. 1)

- "1. Die Beklagte habe dem Kläger den Betrag von CHF 10'174.80 brutto, abzüglich Soziallasten, nebst Zins von 5% seit dem 30. März 2018, innert 30 Tagen nach Entscheid zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 27. Mai 2019 modifiziertes

Rechtsbegehren:

(Prot. S. 6 f. sinngemäss)

1. Die Beklagte habe dem Kläger einen Betrag von Fr. 6'618.75 brutto, abzüglich Soziallasten, nebst Zins von 5% seit dem 30. März 2018, innert 30 Tagen nach Entscheid zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Eingabe vom 26. Oktober 2018 (Datum Poststempel) reichte der Kläger am hiesigen Arbeitsgericht eine nicht unterzeichnete Klage ein (act. 1). Mit Verfügung vom 29. Oktober 2018 wurde dem Kläger eine Frist angesetzt, um den Mangel zu beheben (act. 6), was der Kläger sodann innert Frist auch tat (act. 7). Die Klagebewilligung des Friedensrichteramts der Stadt Zürich, Kreise ... und ..., datiert vom 31. August 2018, womit die Frist gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO gewahrt worden ist. Die begründete Klage wurde in der Folge mit Verfügung vom 5. November 2018 der Beklagten zugestellt und Frist zur Stellungnahme zur Klage angesetzt (act. 9). Innert erstreckter Frist nahm die Beklagte mit Eingabe vom 29. November 2018 (Datum Poststempel) Stellung zur Klage (act. 13).
2. In der Folge wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 18. März 2019 vorgeladen (act. 17). Mit Eingabe vom 12. März 2019 (Datum Poststempel)

ersuchte die Rechtsanwältin der Beklagten das Gericht, die Hauptverhandlung auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben (act. 19), worauf die Ladungen abgenommen (act. 20) und die Parteien neu zur Hauptverhandlung auf den 27. Mai 2019 vorgeladen wurden (act. 22). Anlässlich der Hauptverhandlung erstatteten die Parteien die zweiten Parteivorträge und nahmen Stellung zu den Noven (Prot. S. 6 ff.; act. 26).

3. Im Nachgang an die Hauptverhandlung wurde dem Kläger mit Verfügung vom 6. Juni 2019 Frist zur Einreichung von Arbeitsunfähigkeitszeugnissen angesetzt (act. 28). Nach Ansetzung einer letzten Frist (act. 30) bezog der Kläger mit Eingabe vom 28. Juni 2019 (Datum Poststempel) Stellung, reichte jedoch keine Arbeitsunfähigkeitszeugnisse ein (act. 32 - 33/2). Mit Verfügung vom 2. Juli 2019 wurde die Stellungnahme des Klägers der Beklagten zugestellt und Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 34). Mit Eingabe vom 4. Juli 2019 (Datum Poststempel) liess sich die Beklagte vernehmen (act. 36). Mit Verfügung vom 8. Juli 2019 wurde die Stellungnahme der Beklagten dem Kläger zugestellt und wiederum Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 37). Mit Eingabe vom 10. Juli 2019 (Datum Poststempel) bezog der Kläger Stellung (act. 39).

4. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Sachverhalt und Prozessgegenstand

1. Mit Anstellungsvertrag vom 28. April 2017 schlossen die Parteien einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit Arbeitsantritt des Klägers als Storenmonteur per 15. Mai 2017 ab. Es wurde ein durchschnittliches wöchentliches Arbeitspensum von 45 Stunden zu einem Bruttolohn von Fr. 5'300.– monatlich vereinbart (act. 5/3). Der Kläger erhielt für die Ausführung seiner Tätigkeit ein Geschäftsfahrzeug zur Verfügung gestellt, welches er auch privat nutzen durfte und welches mit GPS überwacht wurde (act. 5/3 S. 3 und act. 15/4 S. 1 f.). Im Februar 2018 kündigte der Kläger seine Stelle per Ende März 2018 (act. 7 S. 2).

2. Anlässlich der Klageerhebung machte der Kläger mehrere Teilforderungen geltend. Zunächst brachte der Kläger vor, es sei ihm für den Arbeitsweg zu viel Zeit von der täglichen Arbeitszeit abgezogen worden, was zu einer Forderung in Höhe von Fr. 2'807.70 brutto geführt habe. Weiter führte der Kläger aus, er habe zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch Anspruch auf 13.5 Ferientage gehabt, welche ihm nie ausbezahlt worden seien. Hieraus sei ihm ein Schaden von Fr. 3'297.25 brutto entstanden. Zudem habe er Ende März 2018 keinen Lohn, sondern nur einen Teilbetrag von der Beklagten ausbezahlt erhalten, weshalb er diesbezüglich eine Forderung von Fr. 4'069.85 brutto habe (act. 7 S. 2 f.).

Gesamthaft machte der Kläger anlässlich der Klageerhebung eine Forderung von Fr. 10'174.80 brutto, zzgl. Zins, geltend (act. 7 S. 1).

3. Klagereduktion / Teilrückzug

3.1. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 27. Mai 2019 brachte der Kläger vor, dass die ursprüngliche Gesamtforderung Fr. 10'174.80 betragen habe (Zeitabzug Arbeitsweg Fr. 2'807.70 + Ferienguthaben Fr. 3'297.25 + Restlohn März Fr. 4'069.85) (Prot. S. 8). Die Parteien hätten sich anlässlich einer Vergleichsverhandlung am 30. August 2018 betreffend der Ferienforderung über Fr. 3'297.25 geeinigt, welche als zurückgezogen gelte. Zudem hätten sie sich über einen Krankheitstag im Wert von Fr. 150.-, für welchen kein Arbeitsunfähigkeitszeugnis vorläge, und einer Abzugsverkürzung der Pauschalspesen in der Höhe von Fr. 108.80 geeinigt. Es werde folglich eine Restforderung von Fr. 6'618.75 geltend gemacht (Prot. S. 6 f.).

3.2. In der Eingabe vom 28. Juni 2019 (act. 32) brachte der Kläger vor, dass in der Klagebewilligung der Streitwert von CHF 10'174.80 aufgeführt sei. Zum Zeitpunkt der Ausstellung der Klagebewilligung sei sowohl ihm, dem Kläger, als auch dem Friedensrichter bekannt gewesen, dass die Beklagte einen Teil der Schuld unmittelbar vor der Schlichtungsverhandlung bezahlt habe. Trotzdem sei das Rechtsbegehren im Rahmen der Schlichtungsverhandlung nicht geändert, sondern unvermindert in die Klagebewilligung übertragen worden. Da das Rechtsbe-

gehen in der Klageschrift dem Rechtsbegehren in der Klagebewilligung entsprechen müsse, habe der Kläger den in der Klagebewilligung genannten Betrag beim Arbeitsgericht eingeklagt. Sinngemäss machte der Kläger geltend, dass dies bei der Parteientschädigung entsprechend zu berücksichtigen sei (act. 32). Die Beklagte entgegnete, dass dem Kläger vor Klageeinreichung bekannt gewesen sei, dass sein Ferienanspruch viel tiefer gewesen sei, als er geltend gemacht habe. Der Kläger hätte bereits im Rahmen des Schlichtungsverfahrens seine Klage reduzieren müssen und nicht den anerkanntermassen nicht geschuldeten Betrag bei Gericht einklagen dürfen. Eine Klageänderung liege vorliegend nicht vor, sondern es hätte lediglich ein entsprechend reduzierter Forderungsbetrag eingeklagt werden dürfen. Der Kläger habe jedoch erst im Rahmen der Verhandlung vor Arbeitsgericht die Klage reduziert, was entsprechende Entschädigungsfolgen nach sich ziehe (act. 36 S. 2). Hierzu wandte der Kläger ein, dass es nur aufgrund des beklagischen Verhaltens überhaupt zu einer Gerichtsverhandlung gekommen sei. Er machte sodann geltend, dass es aus diesem Grund absolut nachvollziehbar und logisch sei, wenn die Beklagte den von ihr provozierten Prozess zumindest im Umfang ihrer eigenen Anwaltskosten tragen würde (act. 39).

3.3. Gemäss Art. 227 Abs. 3 ZPO ist eine Beschränkung der Klage jederzeit zulässig, wobei die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts bestehen bleibt. Die Reduktion bedeutet einen teilweisen Klagerückzug. Dieser hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids. Das Verfahren ist in diesem Umfang als erledigt abzuschreiben (Art. 241 Abs. 2 und 3 ZPO). In Bezug auf die Entschädigungsfolgen wird auf hinten in E. VI. verwiesen.

III. Zeitabzug Arbeitsweg

1. Parteistandpunkte

1.1. Vorbringen des Klägers

Der Kläger führt aus, dass gemäss Arbeitsvertrag (act. 5/3 S. 2) die ersten und die letzten 30 km pro Arbeitsweg – was ca. 30 Minuten Arbeitszeit entspreche – nicht als Arbeitszeit angerechnet worden seien. Obwohl der Kläger nur 12.9 km (ca. 15 Minuten) von seinem Arbeitsplatz entfernt wohne, habe ihm die Beklagte täglich zwei Mal 15 Minuten von der täglich geleisteten Arbeitszeit abgezogen. Der Kläger habe vom 15. Mai 2017 bis Ende März 2018 191 Tage gearbeitet, somit sei er um ca. 95.5 Stunden geschädigt worden, was Fr. 2'807.70 brutto ergebe (act. 7 S. 2). Es stimme zwar, dass der Kläger den Vertrag unterzeichnet habe, worin stehe, dass 30 Minuten pro Arbeitsweg abgezogen würden. Die Vereinbarung des Abzuges der 30 Minuten pro Arbeitsweg sei in diesem Sinne durch Abrede zulässig. Aber der Kläger könne keinen Gegenwert für die täglich zu viel abgezogenen 15 Minuten erkennen. Es wäre fair, wenn pro Weg 15 Minuten angerechnet würden, also pro Arbeitstag insgesamt eine halbe Stunde, da der Kläger 15 oder 18 Minuten von seinem Arbeitsort entfernt wohne. Es handle sich beim Zeitabzug um eine einseitige Bereicherung der Beklagten oder zumindest um eine einseitige Abänderung zuungunsten des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitnehmer beim Unterzeichnen des Vertrags nicht gewusst habe, dass er entsprechend benachteiligt werde (Prot. S. 7).

1.2. Vorbringen der Beklagten

Die Beklagte brachte vor, der Kläger sei als Storenbaumonteur angestellt gewesen und habe keinen "normalen" Arbeitsort gehabt, sondern habe seine Tätigkeit bei den jeweiligen Kunden ausgeführt. In diesem Fall sei grundsätzlich gemäss Art. 13 Abs. 2 ArGV 1 die Wegzeit als Arbeitszeit zu qualifizieren. Diese Qualifikation sage aber nichts über die Entlöhnung des Arbeitnehmers aus, da das Arbeitsgesetz primär öffentlich-rechtliche Bedeutung habe. Ob Lohn geschuldet sei, sei eine privatrechtliche Frage. Die Parteien hätten diesbezüglich die Abrede ge-

troffen, dass die ersten und letzten 30 Minuten nicht als Arbeitszeit gelten würden. Diese Abrede sei zulässig, eine übermässige Einschränkung sei nicht gegeben. Der Kläger verlange eine Vergütung der Differenz zwischen effektiver Wegzeit zum Geschäftssitz der Beklagten und dem getätigten Abzug. Da der gewöhnliche Arbeitsort des Klägers nicht in den Räumlichkeiten der Beklagten gewesen sei, erweise sich die Abrede als zulässig. Die Vergütung sei nicht geschuldet (act. 13 S. 3 f.). Die Beklagte bestreitet die vom Kläger geltend gemachte Anzahl Tage bzw. Stunden. Die vertragliche Regelung sei zudem klar und bedürfe keiner Auslegung. Sie erweise sich weiter als zulässig, da sie weder gegen zwingendes Recht verstosse noch die Persönlichkeitsrechte des Klägers übermässig einschränke (act. 26 S. 2). Zudem handle es sich nicht – wie vom Kläger vorgebracht – um eine einseitige Geschichte. Der Kläger habe ganz genau gewusst, worauf er sich eingelassen habe und sei nicht benachteiligt worden (Prot. S. 11). Weiter machte die Beklagte geltend, dass die Forderung unsubstantiiert sei und auch aus diesem Grund bestritten werde (act. 13 S. 4).

2. Rechtliches und Würdigung

2.1. Gemäss Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 ist grundsätzlich der Weg des Arbeitnehmers von seinem Wohnort zum Arbeitsort nicht als Arbeitszeit zu qualifizieren und ist daher nicht zu vergüten. In der Lehre ist der Fall strittig, bei dem der Arbeitnehmer seine Arbeit nicht an einem festen Arbeitsort verrichtet, sondern an ständig wechselnden Einsatzorten. Die Lehre vertritt zum Teil die Ansicht, die Wegzeit zum Einsatzort gelte immer als Arbeitszeit. Eine andere Lehrmeinung sieht die Wegzeit in solchen Fällen gar nicht als Arbeitszeit und nach dritter Ansicht soll diejenige Zeit, die über die Wegzeit vom Wohnort des Arbeitnehmers zur Betriebsstätte des Arbeitgebers hinausgeht, an die Arbeitszeit angerechnet werden (NORDMANN/LOOSER, in: BLES/PIETRUSZAK/WILDHABER (Hrsg.), Kurzkommentar Arbeitsgesetz, Basel 2018, Art. 9 N 18, m.w.H.). Bei Arbeitnehmern ohne festen Arbeitsort stellt sich die Frage der Anrechnung der Wegzeit an die Arbeitszeit für den Weg vom jeweiligen Wohnort zum ersten Einsatzort und vom letzten Einsatzort zurück zum Wohnort (KuKo ArG-NORDMANN/LOOSER, Art. 9 N 19).

Vorliegend wurde im Arbeitsvertrag kein regulärer Arbeitsort definiert. Vielmehr ist von beiden Parteien unbestritten, dass der Kläger als Storenmonteur seine Arbeit jeweils bei den Kunden vor Ort verrichtete (act. 13 S. 3; Prot. S. 14 f.).

Der Kläger brachte indes selbst vor, dass er es als fair erachten würde, wenn pro Weg nur 15 statt 30 Minuten abgezogen würden, da er 15 oder 18 Minuten von seinem Arbeitsort entfernt wohne (Prot. S. 5). Die Zulässigkeit des Abzugs an sich wird vom Kläger folglich nicht in Frage gestellt, sondern bloss dessen Höhe. Aufgrund dessen ist der Abzug an sich als unproblematisch einzustufen. Gemäss Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 ist der Arbeitsweg bei gleichbleibenden Arbeitsorten nicht als Arbeitszeit anzurechnen, was vorliegend aber gerade nicht der Fall war. Vielmehr handelte es sich beim Kläger um einen Arbeitnehmer mit ständig wechselnden Orten.

2.2. Aus privatrechtlicher Sicht sind Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit dem Inhalt, dass ein bestimmter Wegradius oder eine bestimmte Wegzeit nicht entschädigungspflichtig ist, zulässig, sofern keine Gesetzesumgehung vorliegt und die guten Sitten sowie die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers gewahrt bleiben (KuKo ArG-NORDMANN/LOOSER, Art. 9 N 19, m.w.H.).

Die Parteien vereinbarten im Arbeitsvertrag, dass die Hin- und Rückfahrt mit jeweils den ersten und letzten 30 km pro Weg nicht als Arbeitszeit gelten sollte und somit von der täglichen Arbeitszeit abgezogen würden (act. 5/3 Ziff. 8). Der Kläger monierte einzig, dass – indes kurz nachdem er noch anerkennt hat, dass ein Abzug von zwei Mal 15 Minuten täglich fair sei – es sich um eine einseitige Bereicherung des Arbeitgebers oder zumindest um eine einseitige Abänderung zuungunsten des Arbeitnehmers handle, was nicht zulässig sei (Prot. S. 7). Der Kläger unterliess jedoch weitere Ausführungen dazu. Gemäss Angaben der Beklagten sei die Vereinbarung eines Zeitabzugs von zwei Mal 30 Minuten pro Tag mit allen Arbeitnehmenden getroffen worden (Prot. S. 11), was vom Kläger indes nicht bestritten wurde (Prot. S. 14).

Aus privat- und arbeitsrechtlicher Sicht ist diese von den Parteien vereinbarte Regelung zulässig, da weder eine Gesetzesumgehung noch eine Verletzung der gu-

ten Sitten oder der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers erkennbar sind. Solche sind denn auch nicht ansatzweise behauptet. Somit ist auch die Höhe des Abzuges, also zwei Mal 30 Minuten pro Arbeitstag, nicht zu beanstanden.

Schliesslich wäre die Forderung des Klägers aber auch nicht genügend substantiiert. So genügt es nicht zu behaupten, dass er, der Kläger, "vom 15. Mai 2017 bis Ende März 2018 191 Tage gearbeitet" habe und somit "um etwa 95.5. Stunden geschädigt worden [sei], in Frankensumme CHF 2'807.70" (act. 7 S. 2). Auch der Verweis auf drei Beilagen, wobei die Beweisofferte "Stundenrapporte 2017/2018" (act. 5/4) etliche Seiten umfasst, entspricht nicht den gesetzlichen Anforderungen der Substantiierungspflicht. Es ist nicht die Aufgabe des Gerichts, die Stunden und Tage nachzurechnen bzw. die offerierten Beweisunterlagen durchzuforschen. Die Beklagte bestritt die klägerischen Ausführungen (act. 13 S. 4). Es wäre daher Sache des Klägers gewesen, seine Behauptungen zu substantiieren, was er unterlassen hat.

3. Fazit

Die Forderung des Klägers unter dem Titel "Zeitabzug Arbeitsweg" in der Höhe von Fr. 2'807.70 brutto ist abzuweisen.

IV. Lohnnachforderung für den Monat März 2018

1. Parteistandpunkte

1.1. Vorbringen des Klägers

Der Kläger brachte vor, er habe Ende März 2018 keinen Lohn mehr erhalten. Stattdessen sei ihm am 3. April 2018 lediglich ein Betrag von Fr. 1'230.15 auf das Lohnkonto gutgeschrieben worden. Bis zur Einreichung der Klage seien keine weiteren Lohnzahlungen von der Beklagten erfolgt. Er macht unter dem Titel Lohnnachforderung für den März 2018 eine Forderung in der Höhe von Fr. 4'069.85 brutto abzüglich Fr. 150.– (anerkannter Krankheitstag) und abzüglich

Fr. 108.80 (Pauschalspesen), somit insgesamt Fr. 3'811.05 brutto geltend (act. 7 S. 3; Prot. S. 8).

1.2. Vorbringen der Beklagten

Die Beklagte machte ihrerseits geltend, sie habe feststellen müssen, dass der Kläger systematisch die effektive Arbeitszeit zu hoch erfasst und somit unrichtige Stundenerfassungen abgegeben habe. Deshalb habe die Beklagte die Arbeitszeiterfassung des Klägers einer genauen Kontrolle unterzogen, indem sie die Stundenabrechnungen des Klägers mit den GPS-Daten seines Geschäftsautos abgeglichen habe. Hieraus habe sich ergeben, dass der Kläger 132.81 Fehlstunden angehäuft habe (act. 13 S. 6 ff., act. 26 S. 2 f.).

Zudem sei aufgefallen, dass der Kläger ab September 2017 ungewöhnlich viele krankheitsbedingte Absenzen aufgewiesen habe. Die Beklagte habe den Kläger deshalb mit Schreiben vom 5. Februar 2018 (act. 15/9) bezüglich der Deklaration der Arbeitsstunden sowie des Fehlens wegen Krankheit abgemahnt und ihn aufgefordert, künftig ab dem ersten Krankheitstag ein ärztliches Zeugnis vorzulegen. Dennoch habe der Kläger für die Absenzen vom 5. Februar 2018 und 19./20. März 2018 keine ärztlichen Zeugnisse vorgelegt. Die Beklagte habe deshalb zwei Arbeitstage à neun Stunden – also 18 Stunden – vom Märzlohn 2018 des Klägers abgezogen (act. 13 S. 6; Prot. S. 12).

Die Fehlstunden und die unentschuldigten Absenzen vom 19. und 20. März 2018 hätten in gesamthaft 150.81 Minusstunden resultiert. Dabei sei noch nicht berücksichtigt, dass der Kläger öfters 10 Minuten zu spät bei den Kunden aufgetaucht sei. Die Beklagte habe insgesamt 150 Fehlstunden in Abzug gebracht, was zu einem Reststundensaldo des Klägers per 31. März 2018 von 45 Stunden geführt habe, wofür dem Kläger Fr. 1'532.95 brutto bzw. Fr. 1'230.15 netto für den Monat März 2018 ausbezahlt worden seien (act. 13 S. 12 f., act. 26 S. 2 f.).

2. Zulässigkeit der GPS-Überwachung

2.1. Vorbemerkung

Da die beklagte Berechnung der Minusstunden auf der GPS-Auswertung des klägerischen Geschäftsfahrzeugs basiert und der Kläger vorbrachte, der Einsatz der GPS-Geräte sei unrechtmässig (act. 7 S. 2; Prot. S. 7 f.), ist folglich in einem ersten Schritt zu prüfen, ob der Einsatz der GPS-Geräte durch die Beklagte im Geschäftswagen des Klägers zulässig war.

2.2. Vorbringen des Klägers

Der Kläger führte aus, dass sämtliche Fahrzeuge der Beklagten mit einem GPS-Gerät ausgerüstet seien und hauptsächlich für die Messung der Einsatz- bzw. Arbeitszeit der Mitarbeitenden verwendet würden. Der Einsatz von GPS-Geräten zur Überwachung der Mitarbeitenden sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verboten (act. 7 S. 2; Prot. S. 7 f.). Auf entsprechende Befragung erklärte der Kläger, dass er das GPS-Gerät nicht selbständig habe ein- bzw. ausschalten können (Prot. S. 11).

2.3. Vorbringen der Beklagten

Die Beklagte brachte vor, dass alle Mitarbeitenden der Beklagten ein Geschäftsfahrzeug erhalten haben, welches mit einem GPS ausgerüstet sei. In Ziff. 11 des Arbeitsvertrages sei der Kläger ausdrücklich auf diesen Umstand hingewiesen worden und er habe sich damit einverstanden erklärt, dass die so ermittelten Daten als Arbeitskontrollinstrument verwendet würden (act. 13 S. 3, 13). Gemäss Wegleitung des SECO vom März 2013 sei der Einsatz von GPS-Systemen unter anderem zulässig für die Leistungserfassung, wenn ein klar überwiegendes Interesse des Betriebs vorliege. Dies werde bejaht, wenn ein GPS eingesetzt werde, um den Aufenthaltsort eines Fahrzeugs präzise zu ermitteln, etwa bei Servicemonteuren. Vorliegend habe der Kläger ausschliesslich als Storenbaumonteur bei Kunden gearbeitet. Für die Erfassung und vor allem der sporadischen Kontrolle der durch den Monteur aufgelisteten Arbeitszeit sei der Einsatz eines GPS-Systems die einzig mögliche objektive Kontrolle gewesen. Zudem habe die Be-

klagte den Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten, indem sie nur sporadische Kontrollen vorgenommen habe,. Die Arbeitnehmenden seien zudem vorgängig schriftlich durch die Arbeitsverträge über den GPS-Einsatz orientiert worden (act. 26 S. 3).

Die Beklagte bestritt nicht, dass der Kläger das GPS-Gerät nicht selbständig habe ein- bzw. ausschalten können. Sie führte sodann aus, dass das GPS-Gerät automatisch funktioniert habe. Das Geschäftsauto habe vom jeweiligen Mitarbeiter theoretisch auch privat genutzt werden können. Wenn der Schlüssel gedreht worden sei, hätten sich die Aufzeichnungen aktiviert und sobald erneut am Schlüssel gedreht worden sei, seien keine Daten mehr erfasst worden (Prot. S. 13).

2.4. Rechtliches

2.4.1. Gemäss Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 dürfen Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen, nicht eingesetzt werden. Gemäss Abs. 2 sind Überwachungs- oder Kontrollsysteme, die aus anderen Gründen erforderlich sind, insbesondere so zu gestalten und anzuordnen, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer dadurch nicht beeinträchtigt werden. Auf die Verwendung von GPS-Instrumenten zur Überwachung von Arbeitnehmenden ist das Datenschutzgesetz (DSG) anwendbar (TESTER Marisa, Video- und GPS-Überwachung von Arbeitnehmenden, in: Jusletter, 24. September 2012, Rz 63).

2.4.2. Das Bundesgericht erachtete in BGE 130 II 425 den Einsatz von GPS-Geräten nicht a priori als unzulässig, stellte aber hohe Anforderungen an deren Einsatz. Zulässig ist ein solches System gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere zur Kontrolle der Arbeitszeiten der Mitarbeitenden bzw. zur Verhinderung von Missbrauch (TESTER, Rz 88). Grundsätzlich unzulässig ist eine reine Verhaltensüberwachung des Arbeitnehmers, welche regelmässig vorliegt, wenn der Arbeitgeber die Überwachung nicht durch betriebliche Gründe zu rechtfertigen vermag. Eine derartige Rechtfertigung ist möglich etwa betreffend Sicherheitsaspekten oder gesetzlichen Auflagen, wenn die Überwachung entsprechend Art. 26 Abs. 2 ArGV 3 nicht in unzulässiger Weise die Gesundheit der Arbeitneh-

mer beeinträchtigt und wenn sie nicht gegen die Vorschriften des Datenschutzgesetzes verstösst. Die Überwachung hat ausserdem transparent zu erfolgen, es sei denn, sie diene der Überführung eines verdächtigen Mitarbeitenden wegen eines Verstosses gegen arbeitsvertragliche oder gesetzliche Pflichten (PÄRLI, in: PORTMANN/VON KAENEL (HRSG.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, N 17.62). In der Regel darf weder eine Echtzeitüberwachung noch eine permanente Überwachung stattfinden, sondern nur eine nachträgliche und sporadische.

2.4.3. Wenn der Arbeitnehmer sein Dienstfahrzeug auch privat nutzen darf, ist eine GPS-Überwachung grundsätzlich unzulässig (TESTER, Rz 75, Rz 88). Gemäss Bundesgericht ist dem Umstand, ob Arbeitnehmende den Dienstwagen auch zu privaten Zwecken nutzen können, grosse Wichtigkeit zuzumessen. Eine Ortung des Fahrzeugs ausserhalb der Arbeitszeit greift in schwerwiegender Weise in den Privatbereich des Arbeitnehmers ein und würde einer Ausspionierung seines Privatlebens gleichkommen (BGE 130 II 425 E. 6.3). Eine derartige Überwachung vermag folglich auch nicht durch ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers gerechtfertigt werden (WOLFER Simon, Die elektronische Überwachung des Arbeitnehmers im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, LBR - Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band/Nr. 38, 2008, Rz 444; TESTER, Rz 75). Eine solche Überwachung könnte höchstens dann rechtmässig sein, wenn der Arbeitgeber geeignete Vorkehrungen zum Schutz des Arbeitnehmers trifft, also ihn davor schützt, dass Daten auch ausserhalb der Arbeitszeit erhoben werden. Denkbar wäre z.B. die Möglichkeit des Arbeitnehmers, das GPS-Gerät in seinem Dienstfahrzeug selbst ein- und auszuschalten (WOLFER, Rz 445).

2.5. Würdigung

2.5.1. Vorliegend sind die Parteien im Arbeitsvertrag (act. 5/3 S. 3) sowie im Rahmen einer Fahrzeugvereinbarung (act. 15/4 S. 1 f.) übereingekommen, dass der Kläger sein Dienstfahrzeug auch privat nutzen darf. In beiden Dokumenten wird der Arbeitnehmer darauf hingewiesen, dass das Dienstfahrzeug mit GPS ausgestattet ist.

2.5.2. Anlässlich der Hauptverhandlung erklärte C._____, Präsident des Verwaltungsrates der Beklagten, dass das GPS-System automatisch funktioniere. Es beginne mit der Datenaufzeichnung, sobald das Fahrzeug gestartet werde. Wenn der Fahrer also den Zündschlüssel drehe, werde die Aufzeichnung aktiviert und sobald der Schlüssel erneut gedreht würde, würden keine Daten mehr erfasst. Die dazwischen liegenden Stillstandzeiten würden somit auch aufgezeichnet. Vom Geschäft aus hätten die Aufzeichnungen der GPS-Geräte weder aktiviert noch deaktiviert werden können (Prot. S. 13). Zudem erklärte der Kläger, dass er keine Möglichkeit gehabt habe, das GPS-Gerät selbständig ein- bzw. auszuschalten (Prot. S. 11), was von der Beklagten nicht bestritten wurde.

2.6. Fazit

Hieraus folgt, dass das GPS-Gerät im Dienstfahrzeug des Klägers alle Bewegungen – unabhängig von beruflicher oder privater Nutzung – aufzeichnete. Die Beklagte unterliess es, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um den Kläger vor der Datenerhebung im privaten Bereich zu schützen. Der Einsatz des GPS-Geräts ist im vorliegenden Fall folglich als unzulässig zu qualifizieren.

3. Verrechnungsforderung der Beklagten

3.1. Parteivorbringen

Die Beklagte machte geltend, der Kläger habe insgesamt 150.81 Fehlstunden aufgewiesen. Hierin seien 132.81 Fehlstunden wegen zu viel deklarierten Arbeitszeiten sowie zwei Tage unentschuldigte Absenzen enthalten (19./20. März 2018) (act. 13 S. 6, 12 f.; Prot. S. 10, 12). Zudem sei der Kläger öfters bis 10 Minuten zu spät bei den Kunden aufgetaucht bzw. aus Prinzip sei der Kläger zwischen 10 und 20 Minuten zu spät erschienen (act. 13 S. 12, Prot. S. 16 und 18).

Der Kläger bestritt sinngemäss die Verrechnungsforderung, weil die Kürzungen aufgrund von fehlenden Stunden nicht rechtmässig seien. Diese seien einseitig und ohne Einverständnis und ohne Mitsprache des Klägers erfolgt (Prot. S. 9). In Bezug auf die angeblichen Verspätungen machte er geltend, dass man aufgrund des Verkehrs oftmals zu spät beim Kunden erscheine; er habe aber jeweils die

Kunden telefonisch darüber informiert. Ihm seien keine Kundenreklamationen bekannt (Prot. S. 17). In Bezug auf die Krankheitstage vom 19./20. März 2018 stellte der Kläger die Einreichung von Arbeitsunfähigkeitszeugnissen in Aussicht (Prot. S. 11).

3.2. Lohnabzug aufgrund von Fehlstunden

Die Beklagte hat die Fehlstunden des Klägers unbestrittenermassen aufgrund der erhobenen GPS-Daten berechnet. Da die Überwachung des Klägers per GPS jedoch, wie oben festgehalten, unzulässig war, ist auch die Verwertung der dadurch erhobenen Daten unzulässig. Die Beklagte hätte sich also zur Feststellung der Differenz zwischen deklarierte und effektiv geleisteter Arbeitszeit des Klägers nicht auf die GPS-Daten stützen dürfen. Der diesbezüglich durch die Beklagte getätigte Lohnabzug war daher nicht rechtmässig. Die Verrechnungsforderung der Beklagten ist insofern abzuweisen.

3.3. Lohnabzug aufgrund von zwei Krankheitstagen

Der Kläger vermochte es nicht, für die Tage vom 19. und 20. März 2018 Arbeitsunfähigkeitszeugnisse vorzulegen. Dies obwohl er die Einreichung der entsprechenden Zeugnisse anlässlich der Hauptverhandlung vom 27. Mai 2019 ausdrücklich offerierte (Prot. S. 11) und in der Folge vom Gericht wiederholt hierzu aufgefordert wurde (act. 28, act. 30). Aufgrund dessen war der Abzug der beiden Krankheitstage vom Märzlohn 2018 seitens der Beklagten rechtmässig erfolgt. Der entsprechende Abzug in der Höhe von 18 Arbeitsstunden, welcher von der Beklagten mit der der Lohnzahlung vom März 2018 vorgenommen wurde, ist dem Kläger somit nicht zurückzuerstatten. Der Kläger bestritt die Höhe des Abzugs von insgesamt 18 Arbeitsstunden à Fr. 27.15 pro Stunde an sich nicht (vgl. act. 14 S. 6, 15/12a; vgl. auch act. 5/3 S. 2 (Fr. 5'300.– / 21.75)).

Diesbezüglich ist somit die Verrechnungsforderung der Beklagten gutzuheissen und die Forderung des Klägers unter dem Titel "Lohnnachforderung" in Höhe von Fr. 3'811.05 brutto um Fr. 488.70 brutto zu kürzen.

3.4. Lohnabzug aufgrund von Verspätungen

Die Beklagte behauptete zwar, dass der Kläger öfters zu spät beim Kunden erschienen sei, machte aber diesbezüglich keine spezifische Forderung geltend. In Bezug auf diese Behauptung offerierte die Beklagte die Parteibefragung von C._____.

Zur Behauptung, dass "der Kläger öfters zu spät beim Kunden erschienen sei" muss kein Beweis abgenommen werden. Die Beklagte hat keine damit verbundene Verrechnungsforderung geltend gemacht. Ableiten aus dieser Behauptung kann sie nichts. Die offerierten Urkunden (act. 5/4, 5/5, act. 15/11, 15/12a und 15/12b) helfen ebenfalls nicht weiter. Die Beklagte müsste eine konkrete Forderung aus den angeblichen Verspätungen ableiten. Wann genau diese Verspätungen vorgefallen sein sollten, führte die Beklagte nicht aus. Zu behaupten, dass sie "öfters" waren, genügt nicht. Weitere Beweisofferten liegen nicht vor.

4. Zinsen

Der Kläger machte einen Zins von 5% seit 30. März 2018 geltend (act. 7 S. 1). Die Beklagte bestritt die Forderung als ganzes, äusserte sich jedoch nicht konkret zu den Zinsen.

Der Kläger hat keine Vereinbarung über einen bestimmten Verfalltag für die monatliche Lohnauszahlung genannt. Zwar ist ohne andere Vereinbarung gemäss Art. 323 Abs. 1 OR der Lohn am Ende jedes Monats auszurichten. Diese gesetzliche Bestimmung alleine führt ohne Mahnung jedoch nicht zur Herbeiführung des Verzugs (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 323 OR). Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig. Erfolgt die Vertragsbeendigung durch Kündigung, wird mehrheitlich für automatischen Verzug mit dem Eintritt des Vertragsendes votiert (Art. 339 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 Abs. 2 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 2 zu Art. 339 OR).

Eine Abrede bezüglich Fälligkeitstermin der Lohnzahlung ergibt sich nicht aus dem Arbeitsvertrag (act. 5/3). Weiter ist eine Mahnung weder aus den Akten er-

sichtlich noch machte der Kläger eine solche geltend. Die Beklagte geriet daher mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, mit welcher alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig werden, in Verzug.

Das Arbeitsverhältnis endete am 31. März 2018. Es ist daher Verzugszins ab dem 1. April 2018 zuzusprechen.

5. Fazit

Die Forderung des Klägers unter dem Titel "Lohnnachzahlung für den Monat März 2018" ist - unter Berücksichtigung des Abzugs von zwei Krankheitstagen - in Höhe von **Fr. 3'322.35 brutto** beziehungsweise (abzüglich 6.225% AHV/ALV/IV/EO) **Fr. 3'115.55 netto** nebst Zins von 5% seit 1. April 2018 gutzuheissen.

V. Schlussfazit

Die Forderung des Klägers in der Höhe von Fr. 2'807.70 brutto unter dem Titel "Zeitabzug Arbeitsweg" ist abzuweisen. Seine Forderung unter dem Titel "Lohnnachzahlung für den Monat März 2018" ist in Höhe von **Fr. 3'322.35 brutto** beziehungsweise (abzüglich 6.225% AHV/ALV/IV/EO) **Fr. 3'115.55 netto** nebst Zins von 5% seit 1. April 2018 gutzuheissen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.- sind arbeitsgerichtliche Verfahren kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Die unterliegende Partei hat der obsiegenden Partei indes eine Entschädigung zu bezahlen (Ersatz notwendiger Auslagen, Kosten einer berufsmässigen Vertretung, Umtriebsentschädigung). Obsiegt keine Partei vollständig, regeln sich diese Entschädigungsfolgen nach Massgabe des beidseitigen Unterliegens bzw. Obsiegens (Art. 106 ZPO).

2. Parteistandpunkte und Würdigung

2.1. Der Kläger machte geltend, in der Klagebewilligung vom 31. August 2018 sei ein Streitwert in der Höhe von Fr. 10'174.80 aufgeführt. Zum Zeitpunkt der Klage sei sowohl dem Kläger als auch dem Friedensrichter bekannt gewesen, dass die Beklagte einen Teil ihrer Schuld unmittelbar vor der Schlichtungsverhandlung bezahlt habe. Trotzdem sei das Rechtsbegehren nicht geändert, sondern unvermindert in die Klagebewilligung übertragen worden. Gemäss Bundesgerichtsentscheid BGer 5A_588/2015 vom 9. Februar 2016 habe das Rechtsbegehren in der Klageschrift dem Rechtsbegehren in der Klagebewilligung zu entsprechen. Der Kläger sei dieser Rechtsprechung gefolgt und habe folglich den in der Klagebewilligung genannten Betrag vor Arbeitsgericht eingeklagt. Aus diesem Grund werde das Gericht ersucht, die Parteientschädigung zumindest im Verhältnis 50:50 zu sprechen (act. 32 S. 1). Zudem sei es aufgrund mangelnder Vergleichsbereitschaft der Beklagten ausschliesslich dieser zu verdanken, dass es überhaupt zu einem Gerichtsverfahren gekommen sei. Deshalb sei es absolut nachvollziehbar und logisch, wenn die Beklagte den von ihr provozierten Prozess zumindest im Umfang ihrer eigenen Anwaltskosten trage (act. 39).

2.2. Die Beklagte brachte vor, dass der Kläger bereits im Rahmen des Schlichtungsverfahrens seine Klage hätte reduzieren müssen und nicht den anerkanntermassen nicht geschuldeten Betrag hätte vor Gericht einklagen dürfen. Der Kläger habe im Rahmen der Verhandlung den Forderungsbetrag reduziert, was entsprechende Entschädigungsfolgen nach sich ziehe. Die Entschädigungsregelung sei demnach ausgangsgemäss vorzunehmen (act. 36).

2.3. Grundsätzlich hat das Rechtsbegehren in der Klageschrift demjenigen in der Klagebewilligung zu entsprechen. Eine Klageänderung nach dem Schlichtungsverfahren ist jedoch (nur noch) unter den Voraussetzungen von Art. 227 ZPO zulässig; dies wird auch im vom Kläger zitierten Bundesgerichtsentscheid 5A_588/2015 unter E. 4.3.1. festgehalten. Art. 227 ZPO ist auch im vereinfachten Verfahren anwendbar (Art. 219 ZPO). Gemäss Art. 227 Abs. 3 ZPO ist eine Beschränkung der Klage aber jederzeit voraussetzungslos zulässig.

Der Kläger hätte also ohne Weiteres bereits anlässlich der Klageerhebung seine Forderung um den bereits von der Beklagten beglichenen Betrag reduzieren und somit den Betrag von Fr. 6'618.75 brutto einklagen können.

Gemäss Art. 91 ZPO wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt. Klagt der Kläger somit vor Gericht einen gewissen Betrag ein und reduziert er das Begehren in der Folge, handelt es sich um einen teilweisen Klagerückzug (WILLISEGGER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 227 N 47 ff.). Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei als unterliegend.

Indem der Kläger im Zeitpunkt der Klageeinreichung den ursprünglich vor Schlichtungsbehörde geforderte Betrag von Fr. 10'174.80 brutto geltend machte und er diese Forderung erst anlässlich der Hauptverhandlung vom 27. Mai 2019 reduzierte, hat er sich einen teilweisen Klagerückzug anrechnen zu lassen, welcher als Unterliegen qualifiziert wird. Der Kläger hat folglich die auf den teilweisen Klagerückzug entfallenden Parteikosten zu tragen.

3. Das vorliegende Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Der Kläger hat anlässlich der Klageerhebung vor Arbeitsgericht einen Streitwert von Fr. 10'174.80 brutto geltend gemacht. Bei diesem Streitwert beläuft sich die ordentliche Parteientschädigung auf Fr. 2'613.– (inkl. MwSt.) und ist mit Erarbeitung der Begründung oder der Beantwortung der Klage verdient. Sie deckt zudem den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 AnwGebV). Weiter ist ein Zuschlag in Höhe von Fr. 261.– (act. 32 und 39 bzw. act. 36) gerechtfertigt (§ 11 Abs. 2 AnwGebV).

3.1. Der Kläger obsiegt im Umfang von Fr. 3'322.55 brutto (rund 33 %). Er unterliegt im Umfang von Fr. 6'852.45 brutto (rund 67 %) (vgl. oben E. V.).

3.2. Der Kläger wurde durch einen Mitarbeitenden der Z. [Gewerkschaft] vertreten. Aufgrund der Aufwendungen ist dem Kläger eine Umtriebsentschädigung von gesamthaft Fr. 200.– zuzusprechen, welche entsprechend dem Unterliegen des

Klägers im Umfang von 67 % anzupassen ist und somit einem Betrag von Fr. 66.– entspricht.

Die Beklagte hat Anspruch auf eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'874.– (inkl. MwSt.) die entsprechend ihrem Unterliegen im Umfang von 33 % anzupassen ist und somit einem Betrag von Fr. 1'916.– entspricht.

Der Kläger ist folglich zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'850.– (Fr. 1'916.– - Fr. 66.–) (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

Es wird verfügt:

1. Die Klage wird im Umfang von Fr. 3'556.05 als durch Rückzug erledigt abgeschlossen.
2. Über die Entschädigungsfolgen wird im nachfolgenden Erkenntnis entschieden.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger **Fr. 3'322.35 brutto** bzw. **Fr. 3'115.55 netto** nebst Zins zu 5 % seit 1. April 2018 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 1'850.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 39.

5. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Zürich, 20. August 2019

ARBEITSGERICHT ZÜRICH
3. Abteilung

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. E. Borla-Geier

MLaw E. Duft