

ZH_OBERGERICHT LA130011 vom 28. Februar 2014

ZH Obergericht, 2014-02-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA130011

FR: ZH_OBERGERICHT LA130011 du 28 février 2014

IT: ZH_OBERGERICHT LA130011 del 28 febbraio 2014

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt

E. 1.1

D._____ betrieb in Zürich zwischen dem 28. September 2000 und dem

E. 1.2

Am 22. Juli 2005 wurde die Beklagte, die "A._____ AG", ins Handelsregis- ter eingetragen (Urk. 131). Diese Handelsgesellschaft bezweckt – wie das er- wähnte Einzelunternehmen – ebenfalls "Reinigungen aller Art". Seit Gründung der Gesellschaft ist D._____ Präsident des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift (eingetragen seit 18. April 2007 als D'._____). Die Arbeitsverträge der beiden Kläger mit dem Einzelunternehmen "E._____" wurden alsdann wie folgt durch solche mit der Beklagten abgelöst: Unterm 31. Dezember 2005 unterzeichneten die beiden Kläger zwei grundsätzlich gleichlautende Arbeitsverträge mit der Be- klagten (Urk. 2/1/1 und 2/1/2; Urk. 45/5-6). Der Vertragsbeginn wurde auf den 1. Januar 2006 festgelegt. Nach dem Vertrag wurden die Kläger als "Unterhalts- reiniger I" angestellt. Die Arbeitszeit sollte für beide Kläger 42 Stunden pro Woche betragen. Festgesetzt war ein Bruttostundenlohn von Fr. 20.00 (einschliesslich Fr. 1.50 Ferienzuschlag und Fr. 0.20 Feiertagszuschlag). Ferner enthielten die Verträge die folgende Bestimmung: "Der Arbeitsvertrag regelt das Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitneh- mer/in und dem Arbeitgeber, in Ergänzung oder Abweichung zum Gesamtar- beitsvertrag für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz vom 4. Sep- tember 2003 (GAV), welcher integrierender Bestandteil des vorliegenden Ein- zelarbeitsvertrages ist." Der auf das Vertragsverhältnis der Parteien anwendbare "Gesamtarbeitsver- trag Reinigungsbranche" liegt bei den Akten (Urk. 45/7). Gemäss diesem sind

- 5 - "Unterhaltsreiniger I" "Angestellte mit Reinigungsaufgaben in der Unterhaltsreini- gung bis und mit vollendetem 3. Dienstjahr".

E. 1.3

Der neue vom 31. Dezember 2005 datierende Arbeitsvertrag wurde offen- sichtlich erst nachträglich unterzeichnet. Bei den Akten liegt ein Schreiben der Beklagten vom 2. Februar 2006 an die beiden Kläger mit folgendem Wortlaut (Urk. 2/2): "Seit dem 1. Januar 2006 wurde unsere Einzelfirma E._____ in eine Aktien- gesellschaft, A._____ AG, umgewandelt. Für unsere Mitarbeiter ändert sich nichts, ausser dass der Vertrag mit E._____ rückwirkend per 1.1.06 erlischt und durch den neuen Vertrag mit A._____ ersetzt wird. Sämtliche vereinbarten Konditionen / Pflichten bleiben gleich. Bitte senden Sie uns ein unterschriebenes Exemplar mit beiliegendem Cou- vert innert 5 Tagen zurück. Wir freuen uns, Sie unter dem neuen Firmennamen in unserem Team zu be- grüssen."

E. 1.4

Die beiden Kläger wurden anfangs von der Beklagten jeweils gemeinsam eingesetzt. Am 12. Oktober 2006 erlitt der Kläger 1 einen Arbeitsunfall; er war in der Folge arbeitsunfähig und erhielt die damit verbundenen Versicherungsleistungen. Fest steht, dass die Arbeitsverhältnisse zwischen den Parteien per Ende März 2009 beendet wurden (Urk. 1).

E. 1.5

Die beiden Kläger verlangen von der Beklagten die Nachzahlung von Zuschlägen für Überstunden, Nacharbeit sowie Sonntagsarbeit. Ferner verlangen sie die Erstattung von Verpflegungskosten. 2. Prozessgeschichte 2.1. Am 6. Juli 2009 gaben die beiden Kläger das von ihnen unterzeichnete Formular "arbeitsrechtliche Klage" zuhanden der Vorinstanz zur Post (Urk. 1). Ein Rechtsbegehren wurde dort nicht formuliert. Beigelegt waren eine handschriftliche Zusammenstellung (Urk. 1c), umfassend den Zeitraum von August 2005 bis und mit August 2008, sowie weitere Urkunden namentlich Lohnabrechnungen (Urk. 2). In einem Begleitschreiben führte der Kläger 1 aus, die handschriftliche Aufstellung ergebe ein Lohnmanko von Fr. 125'017.50 sowie ausstehende Verpflegungskosten von ca. Fr. 10'000.00

- 6 - 2.2. Das vorinstanzliche Hauptverfahren wurde wie folgt abgewickelt: – Am 17. November 2009 befragte die Vorinstanz die beiden Kläger zur Klagebegründung (Prot. I S. 3 - 18). – Am 30. Dezember 2009 wurde den Klägern eine Frist angesetzt, um die Klage schriftlich zu begründen (Urk. 16). Hierauf reichten die Kläger am 22. Januar 2010 eine weitere handschriftliche Zusammenstellung ein (Urk. 18; Prot. I S. 22). – Am 12. April 2010 erging ein Beschluss des Gerichts, mit dem die Kläger aufgefordert wurden, einen Vertreter zu bestellen (Urk. 19). – Nachdem die Kläger einen Anwalt mandatiert hatten, fand am 20. September 2010 eine weitere Hauptverhandlung statt, anlässlich welcher die Klagen der beiden Kläger begründet und für jeden einzelnen Kläger bestimmte Rechtsbegehren formuliert wurden (Prot. I S. 24-27 mit Hinweis auf Urk. 26). – In der Folge wurde der Beklagten Frist angesetzt, die Klage schriftlich zu beantworten. Die schriftliche Klageantwort datiert vom 28. April 2011 (Urk. 44). – Im Rahmen einer weiteren Hauptverhandlung vom 7. September 2011 hielten die Parteien ihre mündlichen Vorträge zu Replik und Duplik (Prot. I S. 33-42). 2.3. Die Vorinstanz führte alsdann ein Beweisverfahren durch: – Am 19. Oktober 2011 erging der Beweisauflegebeschluss (Urk. 58) und am 3. Januar 2012 der Beweisabnahmebeschluss (Urk. 69). – Am 6. Juni 2012 fand die erste Beweisverhandlung statt (Prot. I S. 54- 57), anlässlich welcher die Zeugen Z1.____ (Urk. 91), Z2.____ (Urk. 92), Z3.____ (Urk. 93) und Z4.____ (Urk. 94) vernommen wurden. – Die zweite Beweisverhandlung fand dann am 19. Juni 2012 statt (Prot. I S. 57 f.). Anlässlich dieser Verhandlung wurden die Zeugen Z5.____ (Urk. 97), Z6.____ (Urk. 98), Z7.____ (Urk. 99), Z8.____ (Urk. 100) und D'.____ (Urk. 101) einvernommen. – In der Folge nahmen die Parteien zum Beweisergebnis am 17. und 21. September 2012 (Urk. 114 und 118) schriftlich Stellung. Die Beklagte trug bei dieser Gelegenheit neue Behauptungen vor. 2.4. Das angefochtene Urteil erging am 14. März 2013 und wurde den Parteien am 22. März 2013 zugestellt (Urk. 120/1-2). Mit Berufungsschrift vom 22. April 2013 (Urk. 121) erhob die Beklagte Berufung. Die Berufungsantwort wurde von den Klägern am 5. Juli 2013 erstattet (Urk. 128).

- 7 - 3. Teilrechtskraft des angefochtenen Urteils Die Vorinstanz hat die Klage der beiden Kläger nur teilweise gutgeheissen. Ohne es ausdrücklich zu sagen, hat die Vorinstanz damit die Klage im Mehrbetrag abgewiesen. Die Berufung hemmt gemäss Art. 315 Abs. 1 ZPO

die Rechtskraft nur im Umfang der Berufungsanträge. Die Kläger haben das vorinstanzliche Urteil unangefochten gelassen. Soweit ihre Klagen abgewiesen wurden, ist das angefochtene Urteil daher in Rechtskraft erwachsen. Davon ist Vormerk zu nehmen. Von dieser Teilrechtskraft wird insbesondere auch der Umstand erfasst, dass die Vorinstanz den Klägern die von ihnen verlangten Zuschläge für Sonntagsarbeit nicht zugesprochen hat (Urk. 122 S. 14 f., 38). Im weiteren Verfahrensverlauf werden daher nur noch die Zuschläge wegen Überstunden und Nacharbeit sowie die geltend gemachten Verpflegungskosten zu prüfen sein.

4. Verfahrensart 4.1. Der vorliegende Prozess wurde vor Vorinstanz im Jahre 2009 anhängig gemacht, weshalb gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das frühere zürcherische Prozessrecht für das erstinstanzliche Verfahren noch immer massgebend ist, und zwar auch nach einer allfälligen Rückweisung. Dagegen ist auf das Berufungsverfahren gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO das neue Prozessrecht anwendbar, weil das angefochtene Urteil im Jahre 2013 eröffnet wurde.

4.2. Die beiden Kläger haben den Prozess vor Vorinstanz als einfache Streitgenossen im Sinne von § 40 Abs. 1 ZPO/ZH anhängig gemacht. Das setzt gemäss dieser Bestimmung voraus, dass für die Ansprüche der beiden Kläger die gleiche Verfahrensart vorgesehen ist. Arbeitsstreitigkeiten mit einem Streitwert bis zu Fr. 30'000.00 unterstehen gemäss § 53 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO/ZH dem einfachen und raschen Verfahren. Für solche Streitigkeiten gilt gemäss Art. 343 Abs. 2 aOR der soziale Untersuchungsgrundsatz; sie sind überdies gemäss Art. 343 Abs. 3 aOR grundsätzlich kostenlos. Die Vorinstanz hat darauf hingewiesen, dass die Kläger im Juli 2009 "zunächst eine Forderung von insgesamt Fr. 135'017.50" erhoben hätten; erst nach

- 8 - Beizug eines Rechtsvertreters hätten sie die Klage auf Fr. 99'489.55 reduziert (Urk. 122 S. 13 f.). Entsprechend schrieb die Vorinstanz mit Beschluss vom 13. März 2013 das Verfahren im Umfange von Fr. 35'527.95 als durch Klagerückzug erledigt ab. Dieser Beschluss ist unangefochten geblieben. Ebenso unangefochten geblieben ist, dass die Vorinstanz – zu Recht – von keiner Kostenbefreiung im Sinne von Art. 343 Abs. 3 aOR ausging. Beide für die Kläger gestellten Rechtsbegehren übertreffen klarerweise die Streitwertgrenzen von Fr. 30'000.00. Auch wenn das für vom Kläger 1 gestellte Rechtsbegehren schliesslich nur noch einen Streitwert von Fr. 23'313.00 aufweist, durfte die Vorinstanz angesichts der beschriebenen Klageeinleitung durch die Kläger ohne weiteres davon ausgehen, dass das ursprüngliche Rechtsbegehren des Klägers 1 ebenfalls die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.00 überschritten habe. Damit waren die Klagen beider Kläger in der gleichen Verfahrensart zu beurteilen, weshalb die einfache Streitgenossenschaft zulässig war. Da die Klagen vorinstanzlich nicht im einfachen und raschen Verfahren zu beurteilen waren, kam im Verfahren vor der ersten Instanz die Verhandlungsmaxime gemäss § 54 Abs. 1 ZPO/ZH und nicht etwas der soziale Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 343 Abs. 2 aOR zum Zuge.

4.3. Eine einmal gegebene Verfahrensart bleibt in der zweiten Instanz erhalten, auch wenn der Streitwert in der Zwischenzeit gesunken ist. Gleiches gilt nach einer Rückweisung für das ergänzende erstinstanzliche Verfahren. Im Berufungsverfahren werden gegebenenfalls die erwähnten neurechtlichen Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens zu beachten sein. Eine Kostenbefreiung gemäss Art. 114 lit. c ZPO findet sodann auch zweitinstanzlich nicht statt, auch wenn vor zweiter Instanz der Streitwert von Fr. 30'000.00 nicht mehr überschritten wird.

Vertragsparteien Die Parteien sind sich darin einig, dass die Beklagte die Verpflichtungen des im Handelsregister am 5. Dezember 2011 von Amtes wegen gelöschten Einzelunternehmens "E. _____" übernommen hat (Urk. 1 in Verbindung mit Urk. 2/2; Urk. 26 S. 2; Urk. 44 S.3). Davon ist, wie das auch die Vorinstanz unangefochten getan hat, im Folgenden auszugehen. Die Beklagte ist damit für den ganzen Zeit-

- 9 - raum der Arbeitstätigkeit der Kläger verantwortlich, und zwar ungeachtet darum, ob sie für das Einzelunternehmen des D'. _____ oder für die Beklagte arbeiteten.

E. 6

Unterlassene persönliche Befragung

E. 6.1

Die Beweissätze 1 und 2 des Beweisaufgabebeschlusses vom 19. Oktober 2011 (Urk. 58) befassen sich mit dem Umfang der von den Klägern geleisteten Arbeit. Zu diesen Beweissätzen hat die Vorinstanz mit ihrem Beweisabnahmebeschluss vom 3. Januar 2012 die persönliche Befragung der beiden Kläger zugelassen, und zwar als Hauptbeweismittel der beiden Kläger bzw. des Klägers 1 (Urk. 69). Die Beklagte hatte auf den Beweisaufgabebeschluss hin mit ihrer Beweisantretungsschrift vom 21. November 2011 die persönliche Befragung der beiden Kläger nicht verlangt (Urk. 66).

E. 6.2

Mit Beschluss vom 2. Juli 2012 erwog die Vorinstanz, dass sie auf die Befragung der beiden Kläger verzichten wolle, weil Aussagen in der persönlichen Befragung gemäss § 149 Abs. 3 ZPO/ZH keinen Beweis bildeten. Den Parteien wurde Frist angesetzt, um zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Und den Klägern wurde Frist angesetzt, um mitzuteilen, ob sie an der persönlichen Befragung festhielten (Urk. 102). Der Beschluss wurde den Parteien am 6. Juli 2012 zugestellt (Urk. 103/1-2). Noch bevor ihnen dieser Beschluss zugegangen war, ersuchten die Kläger mit Eingabe vom 5. Juli 2012 um Durchführung der persönlichen Befragung (Urk. 104). Mit Verfügung vom 9. August 2012 (Urk. 106) wurde in der Folge den Parteien unter Hinweis auf die Erwägungen des Beschlusses vom 5. Juli 2012 mitgeteilt, dass auf die persönliche Befragung verzichtet werde (Urk. 106). In der Folge nahmen die Parteien mit Eingaben vom 17. und 21. September 2012 (Urk. 114 und 118) zum Beweisergebnis Stellung. Mit diesen Stellungnahmen beharrte keine der Parteien auf der persönlichen Befragung der Kläger. Die Beklagte tut dies aber mit ihrer Berufung, während die Kläger vor Obergericht zu erkennen geben, dass sie sich mit dem Vorgehen der Vorinstanz abgefunden haben (Urk. 128 Rz 5).

E. 6.3

Das Vorgehen der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Hingewiesen sei vorab darauf, dass das Gericht an die einem Beweisbeschluss zugrundeliegende

- 10 - Auffassung nicht gebunden ist und daher auf sie jederzeit zurückkommen kann (§ 143 ZPO/ZH). Die persönliche Befragung ist sodann nach zürcherischem Prozessrecht kein eigentliches Beweismittel, denn Aussagen zu Gunsten der befragten Partei bilden keinen Beweis (§ 149 Abs. 3 ZPO/ZH). Anspruch darauf hat bei prozessrechtskonformem Antrag nur die Gegenpartei dessen, der persönlich befragt werden soll (Frank/Sträuli/Messmer, N. 2 zu § 149 ZPO/ZH). Einen solchen Antrag hat die Beklagte indessen nie gestellt. Allerdings wird, wie noch auszuführen sein wird, das Beweisverfahren zu ergänzen sein,

so dass die Beklagte gegebenenfalls noch entsprechende Anträge stellen können.

E. 7

Die Frage des Verzichts der Kläger auf Zuschläge für Überstunden und Nachtarbeit;
Glaubwürdigkeit der Kläger

E. 7.1

Die Beklagte beanstandet vor Obergericht, dass die Vorinstanz "die eingereichten Beweismittel (act. 45/10-12)" nicht berücksichtigt habe, denn mit diesen hätte sich beweisen lassen, dass die Kläger bereits ab 2005 gewusst hätten, dass auf Überstunden ein Zuschlag von 25% zu zahlen sei (Urk. 121 Rz 1.5). Trotzdem hätten die Kläger "während der ganzen Anstellungszeit nie diese bekannten Zuschläge verlangt" (Urk. 121 Rz 3.1.3.). Ableiten kann die Beklagte daraus von vornherein nichts, denn auf die von der Beklagten damit aufgeworfene Frage, ob die Kläger nicht stillschweigend auf die mit der Klage eingeforderten Lohnzuschläge verzichtet hätten, kann es nicht ankommen: Gemäss Art. 341 Abs. 1 OR können Arbeitnehmer nämlich während des Arbeitsverhältnisses auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten. Auf nicht kompensierten Überstunden ist gemäss Ziff. 7.3 GAV ein Zuschlag von 25% auszurichten. Diese Bestimmung ist zwingend (Art. 361 OR in Verbindung mit Art. 321c OR; Ziff. 2.2 und 3.2 GAV). Gleiches gilt für den mit Nachtarbeit verbundenen Zuschlag (Ziff. 6.4 GAV; Art. 17b ArG).

E. 7.2

Die Beklagte rügt weiter in genereller Art, die Vorinstanz habe es unterlassen, Beweise abzunehmen, aus denen sich die "Unglaubwürdigkeit der Kläger" ergebe (Urk. 121 Rz 1.5 und 1.6). Offen bleiben kann in diesem Zusammenhang, ob die von der Beklagten genannten Beweismittel überhaupt prozessrechtskon-

- 11 - form bezeichnet worden sind. Entscheidend ist aber, dass die Glaubwürdigkeit oder die Unglaubwürdigkeit der Kläger in diesem Zusammenhang von vornherein ohne Belang ist. Im Prozess haben die Parteien zunächst ihre Behauptungen aufzustellen. Im Bestreitungsfall haben sie alsdann dort, wo sie beweisbelastet sind, den Beweis zu liefern. Dabei kommt es auf die Glaubwürdigkeit der Parteien nicht an. Ihre Glaubwürdigkeit wäre nur dann zu prüfen, wenn sie im Beweisverfahren gemäss § 150 ZPO/ZH zur Beweisaussage angehalten würden. Solches stand im vorliegenden Prozess aber nie zur Diskussion.

E. 8

Fehlende Arbeitszeitkontrollen der Beklagten (Überstunden und Nachtarbeit)

E. 8.1

Fest steht, dass die Beklagte gemäss Art. 46 ArG und Art. 73 ArGV 1 gehalten gewesen wäre, die Arbeitszeiten der Kläger detailliert in Verzeichnissen festzuhalten, die sie "nach Ablauf ihrer Gültigkeit für mindestens fünf Jahre" aufzubewahren gehabt hätte (Art. 73 Abs. 2 ArGV 1). Aus diesen Verzeichnissen müsste ohne weiteres ersichtlich sein, ob und in welchem Umfang den Klägern Lohnzuschläge zustanden. Bereits die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang auf die Zeugenaussage D'._____s verwiesen, des Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers der Beklagten (Urk. 122 S. 29). Nach dessen Aussagen steht fest, dass die Beklagte die Aufzeichnungen jeweils in

Excel-Tabellen erfasst, welche sie aber immer wieder von neuem überschrieb. Aus diesem Grunde habe daher im Prozess nur "das letzte Zusatzblatt" vorgelegt werden können. Allerdings verfüge die Beklagte heute nun über "ein Profilohnprogramm, in dem alles enthalten ist" (Urk. 101 S. 7). Damit steht fest, dass die Beklagte es der eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben hat, dass sie im Prozess die vom Gesetz verlangten Dokumente nicht vorlegen kann. Zu Recht hält die Vorinstanz daher fest, dass das Fehlen der vorgeschriebenen Aufzeichnungen allein die Beklagte zu vertreten hat (Urk. 122 S. 29). Die Vorinstanz hält sodann weiter fest, dass die Beklagte den Klägern "nicht explizit" vorwerfe, die entsprechenden Unterlagen "gestohlen" zu haben (Urk. 122 S. 29). Damit muss es sein Bewenden haben. Das alles ändert freilich nichts daran, dass die Kläger gemäss Art. 8 ZGB die Beweislast dafür tragen, die behaupteten Einsätze (sei es Überzeit oder Nachtarbeit) geleistet zu haben.

- 12 -

E. 8.2

Der Vorinstanz ist zu folgen, wenn sie unter diesen Umständen von einem reduzierten Beweismass ausgeht (Urk. 122 S. 30 oben). Es entspricht dies nämlich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: Eine Herabsetzung des Beweismasses auf jenes der überwiegenden Wahrscheinlichkeit setzt voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache weder möglich noch zumutbar ist. Die Herabsetzung des Beweismasses darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Die beweisbelastete Partei hat alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen. Für die Leistung von Überstunden (und ebenso für Nachtarbeit) trägt der Arbeitnehmer die Beweislast. Bezüglich der Überstunden hat er somit zu beweisen, dass er auf Weisung oder wenigstens im Interesse der Arbeitgeberin mehr Zeit aufgewendet hat, als vertraglich vereinbart oder üblich ist. Dabei hat er den Nachweis der Notwendigkeit der Überstunden nicht zu erbringen, wenn er beweist, dass die Arbeitgeberin über die Leistung der Überstunden informiert war. Sofern der Nachweis erbracht ist, dass Überstunden oder Nachtarbeit geleistet wurden, ohne dass das Ausmass genau bestimmt werden kann, hat das Gericht den Umfang nach Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen; bei der ermessensweisen Schätzung handelt es sich um Beweiswürdigung bzw. Sachverhaltsfeststellung, welche tatsächlicher Art ist. Die Beweiserleichterung nach Art. 42 Abs. 2 OR kann sodann nicht nur für das Ausmass der Überzeit, sondern auch für die Leistung als solche anwendbar sein. Voraussetzung dafür ist aber, dass sich auf Grund der konkreten Umstände ein genauer Beweis als unmöglich oder unzumutbar erweist, was der Fall ist, wenn die Arbeitgeberin entgegen gesetzlicher Vorschrift keine Aufzeichnungen vorzulegen vermag. Der zeitliche Mehrumfang der Arbeit gegenüber dem vertraglich vereinbarten oder üblichen Mass lässt sich nach Auffassung des Bundesgerichts regelmässig nicht zur vollen Überzeugung beweisen. Namentlich vermögen eigene Aufzeichnungen oder "Stundenkontrollen" des Arbeitnehmers diesen Beweis nicht zu erbringen, denn es handelt sich bei derartigen Aufzeichnungen letztlich um Parteibehauptungen. Auch durch die Aussagen mittels Zeugen kann das Ausmass von Überstunden regelmässig schon deshalb nicht bewiesen werden, weil Zeugen typischerweise nicht während der ganzen Arbeitszeit anwesend sind

- 13 - (BGer 4A_338/2011 vom 14.12.2011 E. 2.2 und 2.3; ebenso BGer 4A_611/2012 vom 19. 2.2013 E. 2.2).

E. 8.3

Die Beweiswürdigung im Sinne des Gesagten kann beim derzeitigen Ak- tenstand noch nicht vorgenommen werden. Gemäss den nachstehenden Darle- gungen (vgl. unten E. 10) wird sie nämlich auch davon abhängen, welche Leis- tungen jedem einzelnen Kläger persönlich anzurechnen sind. Der Beklagten ist jedenfalls zuzustimmen, wenn sie vor Obergericht darauf hinweist, dass der Um- stand, dass der Kläger 1 nach seinem Unfall ohne Wissen der Beklagten in deren Betrieb mitgearbeitet haben soll, sehr wohl Einfluss auf die Beweissituation betref- fend Überstunden habe (Urk. 121 Rz 5.3.). Allerdings muss sich die entsprechen- de Behauptung der Beklagten im weiteren Verfahrensverlauf erst noch als richtig erweisen. Sollte dies aber der Fall sein, dann erhielte der Standpunkt der Beklag- ten, die von den Klägern eingereichten Stundenrapporte seien konstruiert (vgl. Urk. 44 S. 4 f.), durchaus Gewicht. Jedenfalls wäre die vorinstanzliche Beweis- würdigung, welche den erwähnten Rapporten Beweiskraft zusprach (Urk. 122 S. 28 ff.; Prot. I S. 35 ff.), unter diesem Gesichtspunkt nochmals zu überprüfen.

E. 8.4

Die Beklagte moniert, die Kläger hätten mit Urk. 14/1-8 unechte Barzah- lungsquittungen eingereicht. Diese Urkunden sind mit "Lohnabrechnung" über- schrieben. Im angefochtenen Urteil geht die Vorinstanz auf die Einwendungen der Beklagten gegen die Echtheit dieser Urkunden ein und kommt dabei zum Schluss, "dass diese Lohnabrechnungen von der Beklagten stammen könnten" (Urk. 122 S. 33 f.). Die Beklagte beanstandet diese Sichtweise vor Obergericht (Urk. 121 S. 13 f.), wogegen die Kläger der Vorinstanz beipflichten (Urk. 128 S. 7). Die Beklagte hat im vorinstanzlichen Verfahren zwar vorgebracht, die von den Klägern eingereichten Belege seien "konstruiert" (Urk. 44 S. 7 f.; Prot. I S. 40 f.). Konkrete Einwendungen gegen diese Urkunden trug sie indessen nicht vor. Sie tut dies erst vor Obergericht, indem sie auf die von der Beklagten in ande- rem Zusammenhang verwendeten Schriftarten verweist (Urk. 121 S. 13 f.). Das sind indessen neue und damit vor zweiter Instanz unzulässige Vorbringen (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

- 14 - Art. 178 ZPO hat das kodifiziert, was schon vor Inkrafttreten der schweizeri- schen ZPO galt. Demnach genügt es nicht, die Echtheit einer Urkunden einfach zu bestreiten, wie das die Beklagte vor Vorinstanz getan hat. Vielmehr sind An- haltspunkte vorzutragen, welche die Fälschung der Urkunde einigermaßen plau- sibel machen. Erst wenn eine derartige ausreichende Bestreitung vorliegt, hat der Beweisführer gemäss Art. 8 ZGB die Echtheit der Urkunde nachzuweisen (Müller, in: DIKE-Kommentar, N. 5 zu Art. 178 ZPO mit Hinweisen auf Lehre und Recht- sprechung). Die Urk. 14/1-8 stellen eher laienhafte Lohnabrechnungen dar. Die Beklagte tut nicht dar, dass sie in der fraglichen Zeit Lohnabrechnungen erstellt hätte, die anders in Erscheinung getreten wären als jene, die von den Klägern im Prozess vorgelegt worden sind. Es wäre ihr aber ein Leichtes gewesen, solche Abrechnungen vorzulegen. Damit ist die Fälschung der Lohnabrechnungen nicht ausreichend begründet, weshalb die Kläger die Echtheit der hier interessierenden Urkunden nicht nachweisen müssen.

E. 9

Verpflegungsentschädigungen

E. 9.1

Die Kläger verlangen eine Verpflegungsentschädigung gestützt auf Ziff. 14.2 GAV, die mit dem Marginale "Mittagessen" versehen ist und wie folgt lautet: "Angestellte, die ausserhalb

ihres üblichen Arbeitsortes ihr Mittagessen ein- nehmen müssen und mindestens 6 Stunden pro Tag arbeiten, erhalten eine tägliche Entschädigung von mindestens Fr. 13.–."

E. 9.2

Die Beklagte bestreitet, dass die Kläger je "ausserhalb ihres üblichen Arbeitsortes" hätten arbeiten müssen. Die Vorinstanz widerspricht dem: "Üblicher Arbeitsort" im Sinne dieser Bestimmung" könne nur ein Betrieb sein oder die Er- bringung der Arbeitsleistung an stets demselben (ausserhalb des Betriebs gele- genen) Arbeitsort (z.B. immer bei F.____)". Eine ganze Stadt sei aber kein "übli- cher Arbeitsort" im Sinne dieser Bestimmung (Urk. 122 S. 16). Entsprechend be- rechnete die Vorinstanz die Entschädigungen gemäss dieser Bestimmung und sprach sie den Klägern zu. Die Beklagte beanstandet das vor Obergericht. Als Arbeitsort gelte der von den Parteien vereinbarte Arbeitsort. In den Arbeitsverträgen mit dem Einzelunter- nehmen (Urk. 45/8-9) sei Zürich als Arbeitsort vereinbart gewesen. Die Beklagte habe ihren Sitz in Zürich und führe die Mehrheit ihrer Aufträge auch in Zürich aus.

- 15 - Wie im übrigen Arbeitsrecht gelte auch hier, dass als Arbeitsort die politische Gemeinde gelte, in der der Arbeitnehmer tätig sei; eine Verschiebung innerhalb dieses Ortes gelte nicht als "Verschiebung des Arbeitsortes". Anspruch auf eine Entschädigung hätten die Kläger daher nur für jene Tage, an denen sie sechs Stunden ausserhalb Zürichs gearbeitet hätten (Urk. 121 S. 18 f.). Demgegenüber verweisen die Kläger in diesem Zusammenhang einzig auf das angefochtene Ur- teil (Urk. 128 Rz 12).

E. 9.3

Im erwähnten GAV kommt das Wort "Arbeitsort" einzig in dessen Ziff. 14 vor, und zwar viermal. Ziff. 14 GAV steht unter der Überschrift "Verschiedene Ent- schädigungen". Ziff. 14.1 betrifft die Transportentschädigungen. Dort wird zunächst festge- halten, dass die "Reisezeit vom Wohnort zum Arbeitsort" nicht zur Arbeitszeit ge- höre. Und in Ziff. 14.2 wird bestimmt, dass dem Personal, das "ausserhalb seines üblichen Arbeitsortes arbeiten muss" die "effektiven Mehrkosten" erstattet würden. Diese Mehrkosten umfassten "mindestens den Preis eines SBB-Billets der 2. Klasse ab dem seinem üblichen Arbeitsort nächstgelegenen Bahnhof".

E. 9.4

Der Auslegung der Beklagten ist zu folgen. Es liegt in der Natur der Sache, dass das Personal von Reinigungsbetrieben seine Tätigkeit bei verschiedenen Kunden an verschiedenen Standorten verrichten muss. In Ziff. 14.1 GAV wird da- her bestimmt, dass Verschiebungszeiten zwischen den verschiedenen Kunden zur Arbeitszeit gehörten. Indessen gehört nach dieser Bestimmung die "Reisezeit vom Wohnort zum Arbeitsort" nicht zur Arbeitszeit. Fest steht, dass die Beklagte in Zürich domiziliert ist. Das trifft unbestrittenermassen auch sozusagen für alle ih- re Kunden zu. Damit hat als Arbeitsort "Zürich" zu gelten. Die Kläger hätten sich daher die Reisekosten von ihrem Wohnort H.____ nach Zürich nicht erstatten lassen können. Hätte die Beklagte aber ausserhalb Zürichs einen Kunden gehabt, z.B. in Winterthur, dann wäre den Klägern eine Entschädigung in der Höhe des Preises "eines SBB-Billettes 2. Klasse" für die Strecke zwischen dem "üblichen Arbeitsort", d.h. Zürich (und nicht H.____) und Winterthur zugestanden. Unter üblichem Arbeitsort ist daher die Gemeinde oder die Stadt zu verstehen, in der üblicherweise gearbeitet werden muss. Das stimmt auch überein mit dem Begriff

- 16 - des zuständigkeitsbegründenden Arbeitsortes gemäss Art. 34 Abs. 1 ZPO (bzw. früher Art. 24 GestG): Nach gesetzlicher Definition gilt jener Ort als Arbeitsort, "an dem die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet". Gemeint ist damit der "geografische Schwerpunkt der Berufstätigkeit" (Kaiser Job in: BSK, N. 16 zu Art. 34 ZPO). Als Arbeitsort im Sinne des GAV ist daher damit übereinstimmend jedenfalls im Regelfall die betreffende politische Gemeinde anzusehen. Ob im Falle einer weitläufigen Berggemeinde, wo zwischen den verschiedenen Arbeitsorten stundenlange Märsche auf gleichem Gemeindegebiet liegen könnten, gleich zu entscheiden wäre, kann hier offen bleiben. Da nicht bestritten wird, dass die Kläger üblicherweise auf dem Gebiete der Stadt Zürich gearbeitet haben, steht ihnen eine Verpflegungsentschädigung von Fr. 13.00 nur für jene Tage zu, an denen sie sechs Stunden ausserhalb von Zürich gearbeitet haben. Wie zu zeigen sein wird, wird die Sache ohnehin an die Vorinstanz zurückzuweisen sein (vgl. unten E. 10). Die Vorinstanz wird daher unter den mit dem Rückweisungsbeschluss vorgegebenen rechtlichen Rahmenbedingungen den Anspruch der Kläger auch in diesem Punkte nochmals zu prüfen haben.

E. 10

Neue Behauptungen der Beklagten nach ihrer erstinstanzlichen Duplik

E. 10.1

Gemäss § 114 ZPO/ZH ist die Beklagte mit jenen Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie mit ihrer Duplik nicht vorgebracht hat.

Ausgenommen sind gemäss § 115 Ziff. 3 ZPO/ZH solche Tatsachenbehauptungen, "von denen die Partei glaubhaft macht, dass sie trotz angemessener Tätigkeit nicht rechtzeitig angerufen werden konnten".

E. 10.2

Ohne sich ausdrücklich auf § 115 Ziff. 3 ZPO/ZH zu berufen, trug die Beklagte in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis vor: – Im Beweisverfahren habe sich ergeben, dass der Kläger 1 ohne Wissen der Beklagten in den Jahren 2007 und 2008 weiterhin zusammen mit der Klägerin 2 gearbeitet habe, welche auch die Stunden des Klägers 1 abgerechnet habe (Urk. 118 S. 3 und 4). – Der Zeuge Z5._____ (Urk. 97 = Zeugenbefragung vom 19. Juni 2012) bestätige, dass die beiden Kläger "auch noch vor fünf Jahren" [für die Beklagte] in der Firma G._____ gearbeitet hätten, und er habe sich darüber erkundigt, warum die Kläger nicht mehr eingesetzt würden (Urk. 118 S. 4 mit Hinweis auf Urk. 97 S. 4).

- 17 - – Auch der Zeuge Z6._____, der bis 2009 bei der Beklagten arbeitete, habe ausgesagt, dass er dort zusammen mit den beiden Klägern zusammengearbeitet habe (Urk. 118 S. 4 mit Hinweis auf Urk. 98 S. 4 und 6). – Ferner habe der Zeuge Z7._____ bestätigt, im Jahre 2008 mit dem Kläger 1 zusammen bei der Beklagten gearbeitet zu haben (Urk. 118 S. 4 mit Hinweis auf Urk. 99 S. 1 f.). Aus den erwähnten Zeugenaussagen folgert die Beklagte (Urk. 118 S. 4 f.): – In den Jahre 2007 und 2008 habe der Kläger 1 keine Stunden abgerechnet und trotzdem – ohne Wissen der Beklagten – für die Beklagte gearbeitet. – Die vom Kläger 1 in den Jahren 2007 und 2008 geleisteten Stunden habe aber die Klägerin 2 unter ihrem Namen abgerechnet und bezahlt erhalten. – In dieser Zeit habe der Kläger 1 aber von der Beklagten zusätzlich "Lohnersatz in Form von Unfalltaggeld von CHF 4'800.00 pro Monat" bezogen (Urk. 118 S. 4). – Allein aus den Daueraufträgen G._____ und F._____ habe die Klägerin 2 damit gemäss ihren eigenen Aufstellungen (Urk. 27) in den Jahren 2007 und 2008 1'519 Stunden zu viel für sich abgerechnet und dafür über Fr. 30'000.00 zu viel an

Lohn bezogen. – Zusätzlich hätten die Kläger gemäss ihren Aufstellungen in den Jahren 2005 und 2006 für Daueraufträge noch einmal so viele Stunden aufgeschrieben. – Der Kläger 1 habe zu Unrecht Fr. 115'000.00 Unfalltaggeld bezogen. – Der Beklagten stehe gegenüber den Klägern Rückforderungen von über Fr. 60'000.00 zu, wofür die Verrechnung erklärt werde (Urk. 118 S. 10). Anlässlich der ersten Hauptverhandlung vom 17. November 2009 gab der Kläger 1 zu Protokoll, dass er am 12. Oktober 2006 einen Arbeitsunfall gehabt habe und seither arbeitsunfähig sei. Seit diesem Zeitpunkt habe die Klägerin 2 alleine bei der Beklagten gearbeitet (Prot. I S. 6; vgl. auch dazu die Zusammenfassung der klägerischen Sachdarstellung im angefochtenen Urteil: Urk. 122 S. 6). In der Tat kollidiert die Sachdarstellung der Kläger betreffend die Arbeitsunfähigkeit des Klägers 1 deutlich mit jener, die von den Zeugen Z5._____, Z6._____ und Z7._____ im Beweisverfahren am 19. Juni 2012 zu Protokoll gegeben wurden (Urk. 97, 98, 99). Der Zeuge Z6._____ meinte sogar, dass die beiden Kläger während zweier Jahre – ungefähr 2007 – im Betriebe der Beklagten seine Chefs ge-

- 18 - wesen seien (Urk. 98 S. 4). Auf Grund der von der Beklagten erwähnten Zeugenaussagen bestehen zumindest Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger 1 auch nach seinem Unfall zusammen mit der Klägerin 2 an diversen auswärtigen Arbeitsorten für die Mandanten der Beklagten arbeitete. Damit hatte die Beklagte im Sinne von § 115 Ziff. 3 ZPO/ZH begründeten Anlass, erst ganz am Schluss des erstinstanzlichen Verfahrens neue Tatsachenvorbringen in den Prozess einzubringen.

E. 10.3

Werden, wie hier, nach Abschluss des (zürcherischen) Hauptverfahrens zulässige neue Tatsachen vorgebracht, so muss zunächst das erstinstanzliche Hauptverfahren ergänzt werden. Das ist vorliegend noch nicht geschehen, weshalb das nachgeholt werden muss. Hier wird das zweckmässigerweise im Rahmen einer ergänzenden Hauptverhandlung erfolgen, ist doch das Verfahren vor Arbeitsgericht nach § 119 Ziff. 2 ZPO/ZH grundsätzlich mündlich. Nach durchgeführtem Hauptverfahren wird sich ergeben, welche rechtserheblichen Tatsachenaussagen bestritten sind. Alsdann wird gegebenenfalls ein ergänzender Beweisauflagebeschluss zu erlassen sein.

E. 10.4

Die Vorinstanz hat sich zwar im angefochtenen Urteil ganz am Rande mit den hier interessierenden Vorbringen der Beklagten auseinandergesetzt. Sie meinte, es könne offen bleiben, ob der Kläger 1 nach seinem Unfall bei der Beklagten weiter gearbeitet habe oder nicht. Wenn der Kläger 1 tatsächlich zusammen mit der Klägerin 2 weiterhin für die Beklagte gearbeitet und die geleisteten Stunden "überschneidend abgerechnet" habe, habe er "aus arbeitsrechtlicher Sicht den Lohn für die geleisteten Stunden" trotzdem zu gut. Sollte der Kläger gleichzeitig Unfallgeld bezogen haben, sei dies ausschliesslich eine strafrechtliche und keine arbeitsrechtliche Frage (Urk. 122 S. 36 f.). Der Vorinstanz kann darin nicht gefolgt werden. Beide Kläger, namentlich auch die Klägerin 2, machen ausschliesslich Forderungen aus Einzelarbeitsverträgen geltend. Bei den Mandanten der Beklagten waren die Kläger mithin gestützt auf die mit der Beklagten abgeschlossenen Arbeitsverträge als Arbeitnehmer der Beklagten tätig und nicht etwa in selbständiger Stellung als deren Unterauftragnehmer. Nur als solche wären sie gegebenenfalls berechtigt gewesen, Hilfskräfte einzustellen. Zum Wesen des Einzelarbeitsvertrages gehört demgegen-

- 19 - über, dass die Arbeitsleistung vom Arbeitnehmer persönlich zu erbringen ist. Dem Arbeitnehmer ist es im Rahmen eines Arbeitsvertrages verwehrt, einen Dritten für sich arbeiten zu lassen und an dessen Stelle beim Arbeitgeber Lohn geltend zu machen, als ob er die Arbeitsleistung selber erbracht hätte. Und hinsichtlich des Klägers 1 ist überdies zu sagen, dass er bei unfallbedingter Verhinderung an der Arbeitsleistung Anspruch auf die von den Art. 324a und 324b OR vorgesehenen Lohnleistungen oder Ersatzleistungen hat. Wer seinen Arbeitgeber im Glauben lässt, er sei im Sinne von Art. 324a Abs. 1 OR an der Arbeitsleistung verhindert, kann aber dann, wenn er trotzdem arbeitet, nicht die Lohnansprüche im Sinne von Art. 319 Abs. 1 OR mit jenen von Art. 324a bzw 324b OR kumulieren. Wenn der Kläger 1 während der Zeit seiner unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit ohne Wissen der Arbeitgeberin trotzdem arbeitete, dann können die geltend gemachten Ansprüche jedenfalls keine Grundlage im Arbeitsvertrag haben.

E. 10.5

Nach dem Gesagten werden Verfahren und Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu ergänzen sein. Das angefochtene Urteil ist daher – soweit es noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. dazu oben E. 3) – gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO aufzuheben, und die Sache ist zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen sowie zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 11

Verrechnungsforderung der Beklagten

E. 11.1

Mit ihrer Eingabe zur Beweiswürdigung vom 21. September 2012 macht die Beklagte gegenüber den beiden Klägern eine Forderung von "über CHF 60'000.00" geltend, für die ihr beide Kläger solidarisch haften sollen. Diese Gegenforderung bringt sie gegenüber "allfälligen – allesamt bestrittenen – Forderungen der Kläger" zur Verrechnung (Urk. 118 S. 5). Auf diese Verrechnungsforderung geht die Vorinstanz mit der Begründung nicht näher ein, sie sei "in keiner Weise substantiiert und möglicherweise verspätet vorgebracht" worden (Urk. 122 S. 38). Auch das wird mit der Berufung gerügt (Urk. 121 S. 19 f.). Demgegenüber übernehmen die Kläger mit ihrer Berufungsantwort die Sichtweise der Vorinstanz (Urk. 128 S. 9 f.).

- 20 -

E. 11.2

Gemäss § 114 ZPO/ZH sind die Parteien nach ihrem letzten Vortrag nicht nur mit neuen Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen und Bestreitungen, sondern auch mit neuen Einreden ausgeschlossen. Die Geltendmachung der Verrechnung stellt allerdings keine Einrede im technischen Sinne dar, weil der Schuldner durch Vornahme der Verrechnung seine Befreiung mit dem Verlust der Gegenforderung erkaufte. Die Geltendmachung der Verrechnung ist daher als Einwendung rechtsaufhebender Tatsachen zu verstehen (von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil OR, Band II, S. 205). Die Vorschrift von § 115 ZPO/ZH, welche sich mit zulässigen Noven befasst, erwähnt Einreden nur in ihrer Ziff. 2, nicht aber in ihrer Ziff. 3. Knüpfen indessen materiellrechtliche Einwendungen (wie z.B. die "Einrede" der Verrechnung) an Tatsachen an, die gemäss § 115 Ziff. 3 ZPO/ZH vom Gericht nachträglich berücksichtigt werden müssen, obwohl sie erst nach dem zweiten erstinstanzlichen Vortrag in den Prozess eingeführt wurden, dann sind auch sie zu

berücksichtigen.

E. 11.3

Im vorliegenden Fall beruft sich die Klägerin im Zusammenhang mit ihrer Verrechnungseinrede durchaus auf Tatsachen, die sie zwar erst nach ihrem letzten erstinstanzlichen Vortrag in den Prozess eingeführt hat; indessen sind diese nach dem Gesagten durchaus von Belang (vgl. oben E. 10.2). Die vorinstanzlichen Darlegungen der Beklagten in diesem Zusammenhang waren zugegebenermassen zwar sehr knapp. Trotzdem lässt sich nicht sagen, sie seien gänzlich unsubstantiiert. Die Beklagte trägt – wie oben dargestellt (E. 10.2) – Umstände vor, aus denen sie Ansprüche gegen die Kläger ableitet. Auch in diesem Punkte wird zunächst das Behauptungsverfahren zu ergänzen sein. Dann wird die Vorinstanz gemäss § 57 Abs. 1 ZPO/ZH zu prüfen haben, ob über den Anspruch der Beklagten entschieden werden kann oder ob auch in diesem Punkte ein Beweisverfahren wird stattfinden müssen.

E. 12

Kosten- und Entschädigungsfolgen Bei diesem Prozessausgang rechtfertigt es sich, die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen. Die Prozesskosten für das Berufungsverfahren sind auf Grund eines Streitwertes von Fr. 61'952.40 festzusetzen (Kläger 1:

- 21 - Fr. 16'157.40, Klägerin 2: Fr. 45'795.00). Da mit dem heutigen Rückweisungsentscheid die Kostenregelung des vorinstanzlichen Urteils aufgehoben wird, wird die Vorinstanz bei der Regelung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen vom ursprünglichen Streitwert auszugehen haben, soweit das erste erstinstanzliche Verfahren in Frage steht. Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.