

# ZH\_OBERGERICHT LA190036 vom 8. Mai 2020

ZH Obergericht, 2020-05-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA190036](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA190036)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA190036 du 8 mai 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT LA190036 del 8 maggio 2020

## Erwägungen

### E. 1

Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) war vom 19. Februar 2015 bis zum 31. August 2016 bei der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) als Filialleiter der Filiale C.\_\_\_\_\_ angestellt. Mit Schreiben vom 25. Mai 2016 hat er sein Arbeitsverhältnis gekündigt. Vereinbart war eine Normalarbeitszeit von 44 Stunden pro Woche. Sein Lohn betrug zunächst Fr. 6'000.– brutto, ab Januar 2016 Fr. 6'300.– brutto. Mit seiner letzten Lohnabrechnung vom 25. August 2016 erhielt er eine anteilmässige Gratifikation von Fr. 4'200.– brutto sowie einen ausserordentlichen Bruttobonus von Fr. 6'300.– ausbezahlt, dies als Wertschätzung und Anerkennung für die vielen Mehrstunden und den enormen Arbeitseinsatz. Ansprüche für Überstunden und Überzeit wurden vertraglich wegbedungen (Urk. 3/1, /2, /4, /10; Urk. 12/4, /5, /7). Nach anwaltlicher Beratung forderte er mit Schreiben vom 30. August 2016 gegenüber der Beklagten eine Vergütung der über 50 Wochenstunden geleisteten Mehrstunden (Urk. 12/6). Er machte geltend, insgesamt 515.04 Überzeitstunden geleistet zu haben, welche mit einem Lohnzuschlag von 25 % zu vergüten seien. Total forderte er Fr. 22'340.04 brutto zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. September 2016. Für den Fall, dass seine Klage nicht vollends geschützt werde, machte er eventualiter im entsprechenden Umfang Genugtuung sowie Schadenersatz geltend (Urk. 2 S. 1, 6 f.).

### E. 2

Mit Eingabe vom 28. April 2017 erhob der Kläger beim Arbeitsgericht am Bezirksgericht Hinwil unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramts D.\_\_\_\_\_ vom 8. März 2017 eine begründete Klage mit dem eingangs zitierten

- 4 - Rechtsbegehren (Urk. 1 und Urk. 2). Die schriftliche Klageantwort datiert vom

#### E. 2.1

Die erste Instanz führte korrekt aus (Urk. 64 S. 13 f.), nachdem auch der Kläger davon ausgehe, dass er vertraglich auf eine gesonderte Überstundenabgeltung gemäss Art. 321c Abs. 3 OR verzichtet habe (vgl. Urk. 3/1 S. 2 Ziffer 5),

- 7 - sei vorliegend nur noch zu prüfen, ob er aus den zwingenden Bestimmungen des Arbeitsgesetzes Ansprüche auf Lohnzuschläge für Überzeitarbeit geltend machen könne. Als Überzeit gelte die Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit, welche grundsätzlich - und mangels anderer Behauptungen und Anhaltspunkten auch vorliegend - 50 Stunden betrage. Wie die Vorinstanz weiter zutreffend ausführte, hat der Arbeitnehmer, der Ansprüche auf Bezahlung von Lohn für Überzeitarbeit geltend macht, zu beweisen, dass er einerseits Überzeitarbeit geleistet hat und andererseits, dass diese vom Arbeitgeber angeordnet oder in dessen Interesse bzw. betrieblich notwendig gewesen ist (BGE 129 III 171 E. 2.4). 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. Da- bei genügt, dass die Präsenzzeiten mit einem Zeiterfassungsgerät vom Arbeitge- ber erfasst werden und dieser sich damit jederzeit ein Bild über die Überzeitgut- haben machen konnte. Eigene Aufzeichnungen des Arbeitnehmers genügen in der Regel nicht; immerhin genügt der Nachweis mit Arbeitsrapporten, die dem Ar- beitgeber täglich oder wöchentlich abgegeben werden, auch wenn sie nicht ge- gengezeichnet sind (BGer 4A\_207/2017 vom 7. Dezember 2017, E. 2.3.3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR,

## **E. 2.2**

Der Kläger behauptete vor Vorinstanz geleistete Überzeitstunden von 331:14 (digital: 331.23) im Jahr 2015 und 183:49 (digital: 183.81) im Jahr 2016.

- 8 - Als Belege reichte er eine Kopie seiner Zeiterfassung im System der Beklagten sowie eine von ihm selbst erstellte Zusammenfassung der Überzeiten ein (Urk. 3/5, /6). Der Kläger anerkennt zwar, dass er während der Arbeitszeit ge- raucht und diese Zeiten nicht als Pausen erfasst habe. Allerdings habe er dies ausschliesslich in unproduktiven Präsenzzeiten, wie sie im Gastgewerbe und De- tailhandel oftmals vorkämen, getan. Dabei sei er stets in Bereitschaft und in Hör- weite zur Verkaufstheke geblieben, damit er allfällige Kunden hätte bedienen können, soweit dies nicht die dort wartenden Mitarbeiter hätten tun können. Inso- fern handle es sich dabei nicht um eigentliche Pausen im Sinne des Arbeitsgeset- zes, sondern um Arbeitszeit. Indem die Beklagte gegen die von ihm erfassten Ar- beitszeiten nicht opponiert habe, habe sie diese stillschweigend genehmigt. Im Übrigen bestreite er, dass er Tennis spielen oder zum Coiffeur gegangen sei, oh- ne auszustempeln (Urk. 64 S. 14 f. m.H.).

## **E. 2.3**

Die Beklagte bestritt den klägerischen Anspruch vollumfänglich. Sie habe den Kläger immer wieder ermahnt, seine Überstunden abzubauen und sein Ar- beitspensum so einzuteilen und zu gestalten, dass er es während der normalen Arbeitszeit erledigen könne. Dabei habe dieser jeweils abgewiegelt und auf den vertraglich geregelten Anspruchsausschluss für Überzeit verwiesen, den er aner- kenne. Sodann habe der Kläger seine Arbeitszeit vorsätzlich falsch erfasst, indem er bei Rauchpausen, beim Tennis spielen und bei Coiffeurbesuchen nicht ausge- stempelt habe. Hinsichtlich der Rauchpausen bestehe in den allgemeinen Ar- beitsbedingungen eine klare Regelung, wonach solche nur in Pausen gestattet seien und nicht als Arbeitszeit gälten. Wenn der Kläger beim Lieferanteneingang geraucht habe, habe er im Übrigen weder das Restaurant noch den Verkaufs- raum der Bäckerei einsehen können und sei auch nicht in Hördistanz gewesen. Der Kläger habe über die gesamte Arbeitszeit pro Tag mindestens 10 bis 15 Rauchpausen à 5 Minuten gemacht, ohne auszustempeln. Ferner behaupte die Beklagte, dass der Kläger einmal pro Woche Tennis spielen gegangen sei und dabei für die jeweils 1,5 bis 2 Stunden dauernden Pausen nicht ausgestempelt habe. Sodann sei der Kläger durchschnittlich einmal pro Monat zum Coiffeur ge- gangen, ohne während der hierfür nötigen 1,5 bis 2 Stunden auszustempeln. Im Ergebnis habe der Kläger seine Arbeitszeit vorsätzlich falsch erfasst und könne

- 9 - seinen Anspruch aus eigenem Verschulden nicht substantiieren. Die Beklagte ha- be diese unkorrekte Zeiterfassung im Übrigen nicht stillschweigend toleriert. Zu- dem habe der Kläger unnötige Stunden geleistet. Er sei für seine eigene und die Einsatzplanung der übrigen Mitarbeiter in der Filiale verantwortlich gewesen. Er habe sich selbst bewusst so

eingeteilt, dass er von 6.00 Uhr bis 19.00 Uhr anwesend gewesen sei. In der Zeit von 6.00 Uhr bis 8.00 Uhr sei seine Anwesenheit jedoch gar nicht nötig gewesen. Die zwei anwesenden Mitarbeiter hätten genügt. 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 vorliegend nicht anwendbar sei. Hierzu reiche die Beklagte eine eigene Berechnung ein, wonach sie im Jahr 2015 auf 293.92 und im Jahr 2016 auf 122.90 Überzeitstunden komme, soweit man auf die bestrittenen Vorbringen des Klägers zu seiner Arbeitszeit abstelle (Urk. 64 S. 15 ff. m.H.).

#### **E. 2.4**

Die Vorinstanz prüfte zunächst, ob dem Kläger der Beweis gelinge, dass die von ihm geltend gemachten Überzeitstunden angeordnet bzw. durch das Nicht-einschreiten der Beklagten genehmigt worden seien, womit das Erfordernis der betrieblichen Notwendigkeit entfiel. Dabei erwog sie, der Kläger sei in Gesprächen vereinzelt darauf hingewiesen worden, nicht zu viele Überstunden zu machen. Es frage sich, ob dies als "Einschreiten" genüge. Die Beklagte habe über die Doppel der Zeiterfassungen des Klägers verfügt. Es sei für sie somit ersichtlich gewesen, dass der Kläger nahezu jede Woche Überzeitstunden geleistet haben soll. Die Beklagte erkläre nicht, ob und wie sie hierauf jeweils reagiert habe. Auf den vom Kläger eingereichten Zeitausweisen sei einzig für den Monat Mai 2016 eine Rückmeldung ersichtlich. Darin werde der Kläger aufgefordert, die Pausenregelung ("30 Minuten ab 7 Stunden") einzuhalten. Von einem ernsthaften Einschreiten der Beklagten könne damit nicht die Rede sein. Zu solcherlei habe sie aus ex ante-Sicht auch keine Veranlassung gehabt, zumal sie davon ausgegangen sei, dass Ansprüche auf Überzeitentschädigung gültig wegbedungen worden seien. Die Beklagte habe damit toleriert, dass der Kläger Überzeitstunden geleistet habe und habe dies im Grundsatz genehmigt. Auf die Frage der betrieblichen Notwendigkeit der angefallenen Überzeitstunden komme es damit nicht mehr an. Im Übrigen werfe die Beklagte dem Kläger gerade vor, dass er zur Ver-

- 10 - meidung von Überzeit Aushilfen hätte anfordern müssen, weshalb sie nicht gleichzeitig geltend machen könne, dass die Arbeitszeit des Klägers - bekanntlich weitgehend ohne Aushilfen - betrieblich nicht notwendig gewesen sei (Urk. 64 S. 24 f.). Den aufgrund des Beweisergebnisses nicht zu beanstandenden vorinstanzlichen Schluss, wonach die Beklagte gegen die ihr bekannten vom Kläger in den Arbeitszeitaufstellungen (Urk. 3/6) erfassten Überzeiten nicht ernsthaft einschritt, sondern diese vielmehr tolerierte und im Grundsatz genehmigte, stellte die Beklagte im Berufungsverfahren zu Recht nicht in Abrede (Urk. 63). Auf die von der Beklagten beanstandete Zeiterfassung durch den Kläger wird beim Quantitativen zurückzukommen sein. Auch dass die Beklagte während des Arbeitsverhältnisses keine Veranlassung gehabt habe, an der Zeiterfassung durch den Kläger zu zweifeln, sondern erst im Nachhinein von ihren Mitarbeitern erfahren habe, dass diese nicht korrekt erfolgt sei (Urk. 63 S. 6), hilft ihr nicht weiter. Es fällt in ihren Risikobereich, wenn sie die ihr abgelieferte Zeiterfassung nicht hinreichend überprüfte. Dabei ist auch festzuhalten, dass diese Zeiterfassung nicht an sich falsch ist, sondern lediglich hinsichtlich der Rauchpausen, der Coiffeurbesuche und des Tennisspielens strittig ist (Urk. 63 S. 6). Es ist daher mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die geltend gemachten Überzeitstunden durch das Nicht-einschreiten der Beklagten genehmigt wurden, womit das Erfordernis der betrieblichen Notwendigkeit entfällt.

## E. 2.5

Die Anwendbarkeit von Art. 23 ArGV 1 auf den Bäckereibetrieb der Beklagten (Berechnung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit, anteilmässige Verkürzung, wenn Feiertage auf einen Werktag fallen, an dem der Arbeitnehmer üblicherweise zu arbeiten hat) durch die Vorinstanz stellte die Beklagte im Berufungsverfahren zu Recht nicht mehr in Abrede (Urk. 64 S. 25 f.; Urk. 63). 2.6.1. Die Beklagte rügt eine unrichtige Rechtsanwendung bezüglich Art. 8 ZGB und Art. 42 Abs. 2 OR sowie eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts und eine unkorrekte Beweiswürdigung. Auf die Arbeitszeiterfassung könne nicht abgestellt werden, weil der Kläger diese nicht korrekt erfasst habe. Dies habe sie nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses von ihren Mitarbeitern erfahren. Insbe-

- 11 - sondere habe er Rauchpausen, Coiffeurbesuche sowie Abwesenheiten wegen Tennisstunden nicht erfasst. Wenn der Kläger aber seinen Anspruch - vorsätzlich und selbstverschuldet - nicht korrekt nachweisen könne, dann sei dieser Anspruch unsubstantiiert, nicht zu schützen und entsprechend abzuweisen. Zudem sei es unter den vorliegenden Umständen - vorsätzlich unkorrekte Zeiterfassung - unzulässig, eine Schätzung des Anspruchs des Klägers analog Art. 42 Abs. 2 OR vorzunehmen. Mit einer solchen Schätzung werde das Risiko der vom Kläger vorsätzlich verursachten Beweislosigkeit zu Unrecht auf die Beklagte abgewälzt. Es könne nicht sein, dass der Kläger als Kadermitarbeiter für seine vorsätzlich falsche Zeiterfassung auch noch belohnt werde. Aufgrund der vertraglichen Regelung sei klar gewesen, dass während Rauchpausen auszustempeln gewesen sei. Indem der Kläger bloss ausweichende und unklare Aussagen zum Umfang seines Zigarettenkonsums gemacht habe, habe er aktiv eine Schätzung seines angeblichen Anspruchs auf Überzeitschädigung verhindert. Dabei sei ihm bewusst gewesen, dass die Beklagte diesbezüglich in einem Beweisnotstand gewesen sei. Zudem habe die Vorinstanz im Rahmen der analogen Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR ihr Ermessen in unzulässiger Weise und einseitig zu Gunsten des Klägers ausgeübt (Urk. 63 S. 6 ff.). 2.6.2. Der Kläger hält an einer Schätzung der geleisteten Überzeitstunden analog Art. 42 Abs. 2 OR fest, zumal grundsätzlich feststehe, dass er Überzeit geleistet habe. Die Beklagte übersehe, dass sie als Arbeitgeberin für die Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Regelungen verantwortlich gewesen sei. Gemäss der Arbeitszeiterfassung der Beklagten habe er in 1,5 Jahren rund 1'000 Überstunden geleistet, wovon 515 Überzeitstunden. Diese Überzeit sei sodann mehrheitlich nicht an Werktagen geleistet worden. Beide Parteien hätten während der Dauer des Arbeitsverhältnisses irrtümlich geglaubt, dass der Kläger keinen Entschädigungsanspruch zufolge Mehrarbeit habe. Die präzise Erfassung der Rauchpausen sei daher vollkommen entbehrlich erschienen. Er gehe zudem davon aus, dass er im Durchschnitt über die Anstellungsdauer während der Arbeitszeit weniger als 15 Minuten pro Tag für Rauchpausen aufgewendet und sein Überzeitgut haben grösser sei als die Vorinstanz angenommen habe. Es gebe kein Motiv für eine unpräzise Arbeitserfassung. Dass die Rauchpausen nicht allesamt korrekt

- 12 - erfasst worden seien, habe die Beklagte ihrer eigenen, gesetzeswidrigen Vertragspraxis zuzuschreiben. Einen Beweisnotstand habe die Beklagte insofern vollständig selber zu vertreten. Durch ihr Nichtstun habe sie die ausgewiesene Überzeitarbeit genehmigt (Urk. 69 S. 3 ff.). 2.6.3. Die Vorinstanz erwog, vorliegend seien die vom Kläger eingereichten Zeitausweise zwar möglicherweise nicht vollumfänglich korrekt, dies führe aber nicht dazu, dass auf die Arbeitszeiterfassung generell nicht abgestellt werden könne.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung würden Arbeitszeitkontrollen, die vom Arbeitgeber entgegengenommen würden, auch in Bezug auf die aufgeführte Anzahl Stunden regelmässig als genehmigt und ausgewiesen gelten (Urk. 64 S. 27; BGer 4A\_207/2017 vom 7. Dezember 2017, E. 2.3.3.1). Dies führe in der vorliegenden Konstellation zwar nicht zu einer Beweislastumkehr zulasten der Beklagten, rechtfertige aber die Annahme eines Beweisnotstandes des Klägers, soweit er seine Arbeitszeit wegen nicht deklarerter Pausen nicht vollumfänglich korrekt erfasst habe. Seine Arbeitszeit sei 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 habe, jedenfalls noch ein gewichtiges Indiz für seine effektive Arbeitszeit und müssten als Ausgangspunkt für die Schätzung allfälliger Überzeitstunden hinzugezogen werden. In dieser Konstellation stehe der Beklagten der Gegenbeweis offen, sodass sie die aufgrund der Hauptbeweislaster vom Kläger vorgelegten Beweise in Bezug auf dessen Überzeit erschüttern könne. Soweit es der Beklagten unzumutbar sei, den Gegenbeweis im Einzelnen zu erbringen, könne auch sie sich auf die analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR berufen (Urk. 64 S. 27 f.).

2.6.4. a) Diese vorinstanzlichen Überlegungen sind nicht zu beanstanden. Insbesondere wäre eine Umkehr der Beweislast nur ausnahmsweise im Falle einer eigentlichen Beweisvereitelung durch die Beklagte anzunehmen. Dies ist hier nicht der Fall. Die Beweislast liegt mithin beim Kläger (vgl. korrekt Urk. 18 S. 3 [Beweisverfügung]). Dass erheblich Mehrarbeit geleistet wurde, steht aufgrund der Arbeitszeiterfassungen sowie der Zeugenaussagen und auch des Zwischenzeugnisses und des Schreibens der Beklagten betreffend Auszahlung Gratifikati-

- 13 - on und ausserordentlicher Bonus vom 29. März 2016 fest (Urk. 3/6; Prot. I S. 38 f., 47 f.; Urk. 31 S. 3; Urk. 32 S. 3; Urk. 33 S. 3; Urk. 34 S. 3; Urk. 3/9; Urk. 12/4). Hinsichtlich der Rauchpausen anerkannte der Kläger, diese nicht korrekt erfasst zu haben. Zwar bestand diesbezüglich eine klare vertragliche Regelung, wonach Rauchpausen nicht als Arbeitszeit gelten würden (Urk. 3/2 S. 13 Ziffer 7.3 [Allgemeine Arbeitsbedingungen]), allerdings gingen beide Parteien rechtsirrtümlich davon aus, dass der Kläger als Kadermitarbeiter keine zu entschädigenden Überzeiten geltend machen könne, was seine Nichterfassung der Rauchpausen sowie des Coiffeurbesuches vom 13. Mai 2016 (vgl. nachstehend) relativiert, dies nicht zuletzt mit Blick auf seine hohen Präsenzzeiten (Urk. 3/6). So trug er sich jeweils für eine Schicht von 6.00 Uhr bis 19.00 Uhr ein (Urk. 12/11; Urk. 10 S. 11). Ob solches notwendig war, ist an dieser Stelle nicht zu beurteilen. Zudem ist, wie erwähnt, davon auszugehen, dass die Beklagte, welche die Arbeitszeiterfassungen des Klägers jeweils im Doppel erhielt (Prot. I S. 39; Urk. 33 S. 3), diese stillschweigend genehmigte und insbesondere nie hinsichtlich der Nichterfassung von Rauchpausen etc. intervenierte (vgl. im Übrigen OGer LU in LGVE 2008 I Nr. 14, wonach der Arbeitgeber infolge Genehmigung der Zeiterfassungen gar nicht mehr zum Gegenbeweis zugelassen wurde, dass die Aufzeichnungen nicht richtig seien). Der Kläger hat es dabei nicht zu vertreten, dass die Beklagte offenbar erst im Nachhinein durch ihre Mitarbeiter von den nicht erfassten Rauchpausen und weiteren Arbeitsunterbrüchen (wobei beweismässig nur ein nicht korrekt erfasster Coiffeurbesuch erstellt werden konnte; vgl. nachstehend) in Kenntnis gesetzt wurde. Sie hätte durchaus die Möglichkeit gehabt, solches früher in Erfahrung zu bringen. Dass der Kläger für Rauchpausen und einen Coiffeurbesuch (vgl. nachstehend) nicht (korrekt) ausgestempelt hat, ist vorliegend somit kein Grund, nicht auf die Arbeitszeiterfassungen des Klägers abzustellen. Diese dienen vielmehr als Ausgangspunkt für die Schätzung allfälliger Überzeitstunden, zumal der Kläger damit seiner

Substantiierung in der vorliegenden Konstellation hinreichend nach- gekommen ist. Allerdings sind die nicht als Arbeitszeit geltenden Rauchpausen und der Coiffeurbesuch von den erfassten Überzeitstunden in Abzug zu bringen. Hinsichtlich der nicht deklarierten Pausen befinden sich gewissermassen beide Parteien in einem Beweisnotstand (die Beklagte im Rahmen ihres Gegenbewei-

- 14 - ses, vgl. Urk. 18 S. 4 f.). Zudem kann nicht gesagt werden, diesen Beweisnot- stand habe der Kläger alleine zu vertreten. Die Pausen sind daher, wie die Vo- rinstanz dies richtig gemacht hat, analog Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen. b) Die von der Vorinstanz in Anwendung der Untersuchungsmaxime gemach- ten Präzisierungen der als Schätzungsgrundlage dienenden Arbeitszeiterfassung des Klägers (vgl. Urk. 3/6) hinsichtlich falscher Zeitsaldi bei Monatswechseln so- wie der Berechnung der Überzeit auf Wochenbasis (und nicht jährlich; Urk. 64 S. 28) wurden nicht beanstandet (Urk. 63 und 69). Auch kritisierte die Beklagte den erstinstanzlichen Schluss nicht, wonach auf ihre eigene, kaum nachvollziehbare und unsubstantiierte Aufstellung (vgl. Urk. 12/7) nicht abzustellen sei (Urk. 63 S. 28 f.). Die von der ersten Instanz als Basis aufgeführten Überzeiten von 395:41 im Jahr 2015 und 185:12 im Jahr 2016 (Urk. 64 S. 29-31) wurden von keiner Partei konkret beanstandet (vgl. Urk. 63 S. 16; Urk. 69 S. 5) und es ist auch nicht er- sichtlich, weshalb sie nicht korrekt sein sollten. Davon ist somit nach wie vor aus- zugehen. c) Bezüglich der Rauchpausen führte die Vorinstanz aus, der Kläger anerken- ne, dass er ungefähr im April 2015 mit dem Rauchen begonnen habe und er die Zeiten, in denen er während der Arbeitszeit geraucht habe, nicht als Pausen er- fasst habe. Aus dem übrigen Beweisverfahren ergebe sich nichts anderes. Insbe- sondere bestünden aufgrund der Zeugenaussagen keinerlei Anhaltspunkte, wo- nach der Kläger schon früher mit dem Rauchen begonnen habe. Zur Häufigkeit der Rauchpausen hätten die Zeugen keinerlei Angaben machen können. Auch der Kläger habe keine Angaben darüber machen können, zumal er je nach Ar- beitsanfall auch nur während den offiziellen Pausen eine bis zwei Zigaretten pro Tag geraucht haben solle. Die Behauptung der Beklagten, dass der Kläger pro Tag mindestens 10 bis 15 Rauchpausen eingelegt haben solle, lasse sich damit nicht ohne Weiteres erstellen. Zur Dauer der Rauchpausen lägen ebenfalls nur wenige Beweise im Recht. Der Kläger spreche von einer bis fünf Minuten, die Zeugin E.\_\_\_\_\_ von sieben bis acht Minuten. Inwiefern die Zeugeneinvernahmen wegen vorangegangener schriftlicher Berichte verwertbar seien und wie es sich mit der Glaubwürdigkeit der Zeugen verhalte, sofern diese gegenüber dem Kläger

- 15 - negativ eingestellt gewesen seien und/oder sich vor ihrer Einvernahme über das Prozessthema ausgetauscht hätten, könne vorliegend offenbleiben. Ebenso habe der schriftliche Bericht von F.\_\_\_\_\_ keine Beweiskraft, weil solche privaten Zeug- nisurkunden den Zeugenbeweis nicht zu ersetzen vermöchten, soweit ihr Inhalt von den Parteien nicht anerkannt werde. Sie seien für die Richtigkeit bzw. Wahr- heit der geschilderten Wahrnehmung in der Regel untauglich. So oder anders könnten die Zeugen, mit Ausnahme der Zeugin E.\_\_\_\_\_, keine konkreten Aussa- gen machen. Wenn E.\_\_\_\_\_ jedoch aussage, sie wisse die Dauer, weil der Kläger immer vor einer Pausenablösung noch rauchen gegangen sei, spreche dies noch nicht zwingend für eine sieben- bis achtminütige Dauer einer Rauchpause. Der Kläger habe bekanntlich beim Hinterausgang geraucht, der vom Verkaufsraum aus nicht einsehbar gewesen sei. Sein Büro sei unmittelbar neben dem Hinter- ausgang gelegen und sei vom Verkaufsraum aus ebenfalls nicht einsehbar gewe- sen. Insofern sei es nicht unwahrscheinlich, dass der Kläger während seinen - von

Mitarbeitenden vermuteten - "Rauchpausen" auch noch im Büro etwas erledigt habe. Im Ergebnis bleibe es beim (vorliegend beschränkt hilfreichen) Anerkenntnis des Klägers bezüglich der Häufigkeit und Dauer seiner Rauchpausen. Gemäss den allgemeinen Arbeitsbedingungen der Beklagten sei das Rauchen nur in Pausen gestattet und Rauchpausen würden nicht als Arbeitszeit gelten. Angesichts dieser klaren vertraglichen Bestimmung sei es unbehelflich, wenn sich der Kläger darauf berufe, nur in unproduktiven Zeiten geraucht zu haben. Zudem habe der Kläger als Filialleiter ohnehin keine unproduktiven Präsenzzeiten gehabt. Die Zahl und durchschnittliche Dauer der Rauchpausen seien folglich zu schätzen. Gestützt auf die klägerische Behauptung, eine Rauchpause habe zirka eine bis fünf Minuten gedauert, sei die Annahme einer durchschnittlichen Dauer von drei bis vier Minuten pro Rauchpause sachgerecht. Davon ausgehend, dass der Kläger geltend mache, er habe an hektischen Tagen nur in offiziellen Pausen eine bis zu zwei Zigaretten am Tag geraucht, sei ferner anzunehmen, dass er an einem durchschnittlichen Tag häufiger geraucht habe. Unter Berücksichtigung der teilweise sehr langen Arbeitstage des Klägers und des Umstandes, dass er regelmäßig nur eine "offizielle" Pause gemacht habe, in welcher er rauchen könne, sei vom Konsum von durchschnittlich vier Zigaretten pro Arbeitstag wäh-

- 16 - rend der Arbeitszeit auszugehen. Im Ergebnis habe der Kläger somit schätzungsweise 15 Minuten pro Tag für Rauchpausen aufgewendet, an welchen er nicht ausgestempelt habe. Der Kläger habe im Jahr 2015 an 228 Tagen gearbeitet, im Jahr 2016 an 154 Tagen (Urk. 3/6 jeweils unten rechts). Diese 15 Minuten könnten aber nicht einfach mit den genannten Arbeitstagen multipliziert werden, sondern nur soweit diese Arbeitstage Wochen betreffen würden, in welchen Überzeit (von durchschnittlich über 15 Minuten pro Tag) geleistet worden sei. Zusätzlich sei zu berücksichtigen, dass der Kläger erst ab April 2015, mithin in der Kalenderwoche 14 zu rauchen begonnen habe. Unter Berücksichtigung der Rauchpausen ergäben sich somit noch restliche Überzeitstunden von 353:26 (im Jahr 2015) und 154:08 (im Jahr 2016; Urk. 64 S. 31 ff.). Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe keine konkrete Angabe betreffend den Umfang seines täglichen Zigarettenkonsums machen können. Es entspreche jedoch der allgemeinen Lebenserfahrung und sei gerichtsnotorisch, dass jeder Raucher genau sagen könne, wie viele Zigaretten er pro Tag rauche bzw. geraucht habe. Der Kläger habe absichtlich keine konkreten Angaben gemacht und so aktiv eine Schätzung seines angeblichen Anspruchs auf Überzeitschädigung verhindert. Daher hätte die analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zur Anspruchsermittlung unterbleiben müssen. Es sei dem Kläger bewusst gewesen, dass die Beklagte sich diesbezüglich in einem Beweisnotstand befunden habe. Aufgrund der baulichen Umstände vor Ort sei es den anderen Mitarbeitenden vom Verkaufsraum und dem Restaurant nicht möglich gewesen, den Lieferanteneingang einzusehen, wo geraucht worden sei. Einzig F.\_\_\_\_\_, der in der Küche arbeitet und sich somit in der Nähe des Büros des Klägers und des Lieferanteneingangs befunden habe, habe eingeschränkte Sicht auf das Büro des Klägers und den Hinterausgang gehabt. F.\_\_\_\_\_ habe den Zigarettenkonsum des Klägers auf "10 x Rauchen pro Tag" beziffert. Die Vorinstanz habe diese Angabe zu Unrecht bei der Beweiswürdigung nicht berücksichtigt. Diese schriftliche Auskunft sei aufgrund eines Editionsantrages des Klägers, welchem die Vorinstanz mit Verfügung vom 19. Oktober 2018 stattgegeben habe, ins Recht gelegt worden. Dieses von ihm eingeforderte grundsätzlich zum Beweis taugliche Beweismittel müsse der Kläger auch gegen sich gelten lassen. Über die Dauer einer Rauchpause ha-

- 17 - be die Zeugin E.\_\_\_\_\_ sehr konkrete Angaben gemacht, nämlich dass eine solche Pause sieben bis acht Minuten gedauert habe. Es sei also mindestens von rund zehn Rauchpausen à acht Minuten pro Tag auszugehen, das heisse von Rauchpausen im Umfang von mindestens 80 Minuten täglich. Damit belaufe sich die Rauchzeit während der Anstellungsdauer des Klägers bei der Beklagten auf insgesamt 464 Stunden (Urk. 63 S. 10-14). Der Kläger hält dagegen, es gebe keine allgemeine Lebenserfahrung, wonach jeder Raucher genau sagen könne, wie viele Zigaretten er pro Tag geraucht habe. Ohnehin sei auch nicht die Anzahl Zigaretten pro Tag die relevante Grösse. Die Zigaretten vor Arbeitsbeginn, während der Pause und Mittagspause und nach dem Arbeitsende vor der Heimfahrt, wären von der Gesamtzahl der Zigaretten noch in Abzug zu bringen. Zudem habe der Zigarettenkonsum geschwankt. Er habe weniger geraucht, als die Vorinstanz geschätzt habe. Der scheinbar von einer anderen Person geschriebene und mit F.\_\_\_\_\_ gezeichnete "Zettel" sei weder von seiner Form her (eine in der ZPO nicht vorgesehene schriftliche Zeugenerklärung) noch von seinem Inhalt her in irgendeiner Form verwertbar respektive schlüssig. Die Zeugin E.\_\_\_\_\_ sei eine weiterhin bei der Beklagten angestellte Servicefachangestellte, welche sich in Urk. 49/19 über drei Seiten hinweg sehr negativ über den Kläger geäußert habe. Sie habe einseitig und (aufgrund des nochmaligen Lesens ihres zuhanden der Beklagten im Vorfeld verfassten Schreibens kurz vor dem Gerichtstermin) voreingenommen ausgesagt (Urk. 69 S. 6 f.). Wie bereits erwähnt, befinden sich hinsichtlich der Rauchpausen beide Parteien in einem Beweisnotstand. Es ist insbesondere einsichtig, dass der Kläger im Nachhinein nicht mehr genau weiss, wie viele Zigaretten er während der Arbeitszeit täglich geraucht hat. So führte er nachvollziehbar aus, er habe früher schon einmal geraucht und dann ungefähr im April 2015 (ein bis zwei Monate nach Anstellungsbeginn) wieder damit angefangen. Teilweise habe er während der Arbeitszeit geraucht. Es sei nicht möglich, die Anzahl zu nennen. Das sei sehr situationsabhängig gewesen. Es habe Tage gegeben, da habe er nur eine Zigarette oder zwei in der Pause geraucht, weil sehr viel losgewesen sei. Er habe anfangs einfach mit den anderen mitgeraucht. Mit der Zeit sei es dann immer mehr gewor-

- 18 - den. Eine Rauchpause habe zwischen einer und fünf Minuten gedauert. Manchmal habe er auch nur zwei bis drei Züge genommen, weil er im Stress gewesen sei (Prot. I S. 31 f.). Diese Angaben genügen jedenfalls, um eine richterliche Schätzung der Rauchpausen bzw. der Überzeit analog Art. 42 Abs. 2 OR vornehmen zu können. Dabei ist, wie bereits zuvor, darauf hinzuweisen, dass die Arbeitszeiterfassung betreffend Beginn und Ende der Arbeitszeit und der ordentlichen Pausen korrekt geführt wurde und nicht beanstandet wird. Es wurden einzig die Rauchpausen und ein Coiffeurbesuch (vgl. dazu nachstehend) nicht korrekt erfasst. Die Überzeit ist mithin nicht gänzlich zu schätzen, wie wenn überhaupt keine Aufzeichnungen vorliegen würden. Solches relativiert die Anforderungen an die Darlegung der für eine Schätzung erforderlichen Umstände (Der vorliegende Fall ist denn auch nicht zu vergleichen mit dem Fall eines Chauffeurs, in dessen monatlichen Arbeitsstundenplänen keine Ruhe- und Pausenzeiten enthalten waren, wobei der Arbeitnehmer diesbezüglich keine näheren Angaben machen konnte, weshalb sich die Arbeitszeit nicht schätzen liess; BGer 4A\_501/2013 vom 31. März 2014, E. 6.3). Von einer allgemeinen Lebenserfahrung, wonach jeder Raucher genau sagen könne, wie viele Zigaretten er täglich geraucht habe bzw. rauche, ist nicht auszugehen. Solches ist individuell verschieden, zumal einige Raucher die genaue Zigarettenzahl bewusst verdrängen dürften und andere unregelmässig rauchen. Zudem würde dieses Wissen nur bedingt weiterhelfen, weil, wie der Kläger richtig einwendet, auch die ausserhalb der

Arbeitszeit (vor Beginn, nach Ende, während der ordentlichen Pausen) täglich konsumierten Zigaretten von der Tageszahl in Abzug zu bringen wären. Der klägerische Konsum war zu- dem allein schon über die Dauer seines Arbeitsverhältnisses gesehen schwankend und darüber hinaus schwankte er auch täglich. Der Kläger erscheint denn auch nicht als Kettenraucher, sondern vielmehr als Stressraucher. Die Zeugin E.\_\_\_\_\_ konnte zwar als einzige eine konkrete Angabe zum Zigarettenkonsum des Klägers machen. Sie gab zu Protokoll, dass eine Rauchpause des Klägers sieben bis acht Minuten gedauert habe, sie wisse das, weil es meistens vor einer Pausenablösung gewesen sei, also bevor ein Kellner in die Pause habe gehen dürfen und der Kläger die Station dann übernommen habe oder man ihm in der Station für eine kurze Zeit habe schauen sollen. Zur Häufigkeit der Rauch-

- 19 - pausen konnte jedoch auch sie keine Angaben machen (Urk. 39 S. 3). Diesbezüglich ging die Vorinstanz richtigerweise davon aus, dass die Aussage von E.\_\_\_\_\_ noch nicht zwingend für eine sieben- bis achtminütige Dauer einer Rauchpause spreche, zumal der Kläger bekanntlich beim Hinterausgang geraucht habe, der vom Verkaufsraum aus nicht einsehbar gewesen sei (vgl. Urk. 12/9). Sein Büro sei unmittelbar neben dem Hinterausgang gelegen und sei vom Verkaufsraum aus ebenfalls nicht einsehbar gewesen. Insofern sei es nicht unwahrscheinlich, dass der Kläger während seinen - von Mitarbeitenden vermuteten - "Rauchpausen" auch noch im Büro etwas erledigt habe (Urk. 64 S. 32). Zudem führte der Kläger denn auch anschaulich aus, dass er manchmal zufolge der stressigen Situation nur zwei bis drei Züge genommen habe (Prot. I S. 32). Die Vorinstanz liess dementsprechend auch zu Recht offen, ob die Zeugenaussage von E.\_\_\_\_\_ mit Blick auf deren zuvor schriftlich verfassten negativen Bericht über den Kläger (Urk. 49/19) zufolge Voreingenommenheit überhaupt verwertbar sei und wie es sich mit der Glaubwürdigkeit dieser Zeugin verhalte. Diesbezügliche Weiterungen erübrigen sich. Die schriftliche Auskunft, welche von F.\_\_\_\_\_ stammen soll, lautet folgendermassen (Urk. 49/23): "Aussage - Viel im Büro - Plan immer auf Bildschirm - 10 x Rauchen pro Tag - 5.35 Anfangen bis 19.00 bleiben F.\_\_\_\_\_ " Wie die Vorinstanz zu Recht erwog, haben solche privaten Zeugnisurkunden wie dieser schriftliche Bericht von F.\_\_\_\_\_ keine Beweiskraft, weil sie den Zeugenbeweis nicht zu ersetzen vermögen, soweit ihr Inhalt von den Parteien nicht anerkannt wird. Dieser Bericht ist für die Richtigkeit bzw. Wahrheit der geschilderten Wahrnehmung somit untauglich (vgl. Urk. 64 S. 31 f. m.H. auf ZR 2012 [111] S. 229 E. 4.3.3). Im Übrigen gibt der Bericht auch inhaltlich kaum etwas her. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, wann genau und wie lange der Kläger jeweils geraucht haben soll. Zudem hatte F.\_\_\_\_\_ von der Küche her zwar offenbar Sicht

- 20 - auf den Rauchplatz beim Lieferanteneingang, allerdings ist nicht davon auszugehen, dass er diesen immer im Auge hatte, musste er doch auch seiner eigenen Arbeitstätigkeit nachgehen. Als es um die vom Kläger beantragte Edition der schriftlichen Berichte der Zeugen ging, vertrat die Beklagte im Übrigen selbst die korrekte Ansicht, schriftliche Zeugenaussagen seien keine zulässigen Beweismittel (Prot. I S. 51, vgl. auch Prot. I S. 10). Für ihren Gegenbeweis hinsichtlich der Rauchpausen des Klägers offerierte die Beklagte F.\_\_\_\_\_ als Zeugen (vgl. Urk. 18 [Beweisverfügung vom 27. März 2018]). Anlässlich der zweiten Beweisverhandlung vom 25. März 2019 verzichteten jedoch beide Parteien in der Folge auf die Zeugeneinvernahme von F.\_\_\_\_\_, welcher der Einvernahme unentschuldig fern geblieben war (vgl. Prot. I S. 56). Auch im Rahmen ihrer Berufung kommt die Beklagte auf ihren Verzicht nicht etwa zurück und lässt insbesondere keine

solche Zeugenbefragung beantragen. Weiterungen erübrigen sich daher. Nach dem Gesagten stellte die Vorinstanz richtigerweise auf das Anerkenntnis des Klägers bezüglich der Häufigkeit und Dauer seiner Rauchpausen ab. Die darauf basierende vorinstanzliche ermessensgemässe Schätzung als solche (vier Rauchpausen während der Arbeitszeit à drei bis vier Minuten bzw. 15 minütige Rauchpausen täglich) wurde nicht konkret kritisiert und erweist sich denn auch als angemessen. Zudem übt die Rechtsmittelinstanz praxisgemäss Zurückhaltung beim Eingriff in vorinstanzliche Ermessensentscheide. Die vorinstanzliche Berechnungsweise (Urk. 64 S. 34 f.) wurde sodann nicht kritisiert und erscheint richtig. Danach belaufen sich die Überzeitstunden abzüglich der Rauchpausen auf 353:26 (2015) und 154:08 (2016). d) Betreffend die Coiffeurbesuche erwog die Vorinstanz, gemäss den Zeugenaussagen des Coiffeurs G.\_\_\_\_\_ sei 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 gewesen. Konkrete Aussagen zum Ausstempeln habe einzig die Zeugin H.\_\_\_\_\_ aus eigener Wahrnehmung machen können. Sie habe angegeben zu wissen, dass der Kläger für die Coiffeurbesuche nicht ausgestempelt habe, weil sie dies gesehen hätte. Der Kläger wolle für die Coiffeurbesuche jeweils ausgestempelt haben bzw., sofern er dies vergessen ha-

- 21 - ben sollte, die Abwesenheit nachträglich im Zeiterfassungssystem erfasst haben. Aufgrund der Zeiterfassung des Klägers an den vom Zeugen G.\_\_\_\_\_ genannten Daten lasse sich nicht ausschliessen, dass der Kläger zumindest am 13. November 2015, 5. Februar 2016 und 15. Juni 2016 jeweils ausgestempelt habe, um den Coiffeur aufzusuchen. Die Beklagte könne aus dem Umstand, dass am 12. September 2015 eine automatische Erfassung einer 30-minütigen Pause erfolgt sei, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wenn der Kläger an diesem Tag während 30 Minuten zum Coiffeur gegangen sei und dabei nicht ausgestempelt habe, ihm aber trotzdem eine halbe Stunde abgezogen worden sei, sei im Ergebnis nicht zu viel Zeit erfasst worden. Ob der Kläger nun entweder für die Pause ausgestempelt oder diese nachträglich erfasst habe, oder ob er die Pause im Wissen um die automatische 30-minütige Korrektur gar nicht erfasst habe, sei im Ergebnis nicht von Relevanz. Entsprechend helfe auch die Aussage der Zeugin H.\_\_\_\_\_ nicht weiter, weil eine Pause in der Zeiterfassung hätte registriert werden können, ohne dass sie dies zwingend hätte wahrnehmen müssen. Hingegen lasse sich der Coiffeurbesuch vom 13. Mai 2016 mit dieser Argumentation nicht plausibel erklären, weil der Kläger dort selbst eine 14-minütige Pause gestempelt habe, die aber zeitlich nicht für einen Coiffeurbesuch ausreichen können. Da die Arbeitszeit an jedem Tag vollumfänglich durch die Stempeluhr erfasst worden sei, habe der Kläger physisch anwesend sein müssen. Insofern habe er nicht in der Mittagspause beim Coiffeur gewesen sein können. Abends ausgestempelt habe der Kläger sodann erst um 18.51 Uhr, wodurch es ihm nicht mehr möglich gewesen sei, bis zum Ladenschluss des Coiffeursalons um 19.00 Uhr einen Haarschnitt vorzunehmen. Zwar wäre nicht auszuschliessen, dass der Coiffeur G.\_\_\_\_\_ den Kläger noch nach 19.00 Uhr (fertig) bedient habe. Aufgrund der Aussage von G.\_\_\_\_\_ sei aber davon auszugehen, dass der Kläger den Salon spätestens um 19.00 Uhr wieder verlassen habe, zumal im Kontext mit der Befragung explizit die Schliesszeiten angesprochen gewesen seien. Es habe somit als erstellt zu gelten, dass der Kläger anlässlich des Coiffeurbesuches vom 13. Mai 2016 nicht ausgestempelt habe. Dafür seien ihm weitere 45 Minuten von der Überzeit des Jahres 2016 abzuziehen (Urk. 64 S. 35-37).

- 22 - Die Beklagte rügt, der Kläger sei auch hinsichtlich der Coiffeurbesuche unverbindlich geblieben. Die Vorinstanz habe aufgrund des Beweisergebnisses - der Coiffeur habe alle Termine des Klägers bei der Zeugenbefragung angeben können - festgestellt, dass der Kläger anlässlich des Coiffeurbesuches vom 13. Mai 2016 nicht ausgestempelt habe. Der Kläger habe auch hier eine aktive Abschätzung seines angeblichen Anspruchs auf Überzeitenschädigung verhindert. Eine analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zur Anspruchsermittlung hätte unterbleiben müssen (Urk. 63 S. 11). Demgegenüber meint der Kläger, das Coiffeurgeschäft liege unmittelbar neben dem Geschäft der Beklagten. Die vorinstanzliche Schlussfolgerung, dass er anlässlich des Coiffeurbesuches vom 13. Mai 2016 nicht ausgestempelt habe, weil er erst um 18.51 Uhr ausgestempelt habe und der Coiffeur G.\_\_\_\_\_ als Zeuge erklärt habe, dass er seinen Salon freitags bis 19.00 Uhr offen hätte, sei so sicher nicht haltbar. Der Zeuge sei auch nicht dazu befragt worden, ob eine solche Schlussfolgerung richtig sein könnte. Es sei mit der Vorinstanz nicht auszuschliessen, dass er einen Kunden auch noch über 19.00 Uhr fertig bedient hätte. Soweit die Schlussfolgerung der Vorinstanz nur darin bestehe, dass dem Kläger 45 Minuten Überzeit abzuziehen seien, sei dies mangels wirtschaftlicher Relevanz hinzunehmen. Soweit die Schlussfolgerung jedoch sein sollte, dass der 13. Mai 2016 zeige, dass der Kläger die Arbeitszeit nicht korrekt erfasst habe, wäre dem vehement zu widersprechen. Der Kläger habe sich bestmöglich darum bemüht, eine korrekte Schätzung der Überzeit zu ermöglichen (Urk. 69 S. 7 f.). Gemäss der zutreffenden Beweiswürdigung der Vorinstanz hat der Kläger von fünf Coiffeurbesuchen während seiner Anstellungszeit bei der Beklagten (vgl. die Angaben seines Coiffeurs G.\_\_\_\_\_ aufgrund dessen Kundenkartei, worin er allerdings nur die Termine und nicht die genauen Tageszeiten notiert hatte, an welche er sich aber gleichwohl noch ungefähr erinnern konnte, nämlich entweder nach Feierabend oder über den Mittag vgl. Urk. 41 S. 2 f.) lediglich den Besuch vom 13. Mai 2016 nicht korrekt ausgestempelt. Daraus ist selbstredend noch nicht zu schliessen, dass der Kläger seine Arbeitszeiten per se nicht korrekt erfasst hat. Der Kläger gab hinsichtlich seiner Coiffeurbesuche an, er sei primär in seiner Mit-

- 23 - tagspause zum Coiffeur gegangen. Er habe diesbezüglich keinen fixen Rhythmus gehabt. Er sei jeweils gegangen, wenn ihn seine Frisur zu stören begonnen habe. Er sei dann spontan ohne Anmeldung hinüber zum Coiffeur gegangen und habe gefragt, ob ein Termin frei sei. Dies habe jeweils eine halbe Stunde gedauert. Er habe jeweils ausgestempelt (Prot. I S. 33 f.). Es ist nachvollziehbar, dass es für den Kläger im Nachhinein schwierig gewesen sein dürfte, genaue Angaben zu seinen Coiffeurbesuchen zu machen, zumal es sich vorliegend offenbar um spontane und nicht im Voraus geplante Coiffeurtermine handelte. Es kann somit nicht die Rede davon sein, dass der Kläger aktiv eine Abschätzung der Überzeitstunden verhinderte. Mit der Einreichung seiner von der Beklagten stillschweigend genehmigten Arbeitszeiten (Urk. 3/6) und seinen Angaben zu den Coiffeurbesuchen hat er die Umstände für eine Schätzung der Überzeitstunden analog Art. 42 Abs. 2 OR hinreichend dargetan. Es oblag im Übrigen der Beklagten, im Rahmen ihres Gegenbeweises die Coiffeurbesuche und das angebliche Nichtausstempeln zu beweisen (vgl. Urk. 18 S. 4). Die Mutmassungen des Klägers, wonach es durchaus sein könne, dass der Coiffeur ihn am 13. Mai 2016 nach seinem Feierabend um 18.51 Uhr auch noch über den Salonschluss um 19.00 Uhr hinaus fertig bedient habe, finden in den Zeugenaussagen von G.\_\_\_\_\_ so keine Stütze (Urk. 41 S. 3; Urk. 64 S. 36 f.), wenngleich der Zeuge nicht konkret danach gefragt wurde. Sodann wehrt sich der Kläger nicht gegen den Abzug der 45 Minuten (Urk. 41 S. 3, wonach laut G.\_\_\_\_\_ ein Haarschnitt jeweils 30 bis 45 Minuten

ge- dauert habe) für den nicht korrekt ausgestempelten Coiffeurbesuch. Es bleibt so- mit bei diesem Abzug für das Jahr 2016. e) Hinsichtlich des Tennisspielens hielt die Vorinstanz fest, es stehe ausser Zweifel, dass der Kläger an Arbeitstagen Tennis spielen gegangen sei. Die sehr detaillierten Aussagen der Zeuginnen H. \_\_\_\_\_ (habe sein Auto bei der Tennishalle gesehen) und I. \_\_\_\_\_ (habe ihr eigenes Auto wegfahren müssen) seien inso- weit unbehelflich, als einzig fraglich sei, ob diese Abwesenheiten fälschlicher- weise als Arbeitszeit erfasst worden seien. Darüber hätten die Zeuginnen und Zeugen keine hinreichend konkreten Aussagen machen können. J. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ hätten angegeben, der Kläger habe nur teilweise ausgestempelt, weil sie dies gesehen hätten, was aber wie zuvor erwähnt noch nicht genüge, um festzu-

- 24 - stellen, ob auf anderem Weg eine Arbeitspause registriert worden sei. Karin Wöll- half wisse nur vom Hörensagen, dass der Kläger zweimal nicht ausgestempelt haben solle. K. \_\_\_\_\_ (einziger Tennispartner des Klägers) und I. \_\_\_\_\_ hätten gar nicht gewusst, ob der Kläger ausgestempelt habe. Ausführungen zu den genauen Daten, womit analog den Coiffeurbesuchen, eine nähere Prüfung hätte erfolgen können, habe auch L. \_\_\_\_\_, damaliger Betreiber der Tennishalle, nicht machen können. Somit gelinge der Beklagten bezüglich des Tennisspielens der Gegen- beweis nicht und es rechtfertige sich kein Abzug vom Überzeitsaldo des Klägers (Urk. 64 S. 37). Die Beklagte kritisiert, auch betreffend den Umfang des "Tennisspielens" sei der Kläger vage geblieben. Er habe es auch hier tunlichst unterlassen, eine konkrete Anzahl der tennisbedingten Abwesenheiten zu nennen, die er als plausibel erach- te und die anhand der Zeiterfassungsdokumente hätte überprüft werden können. Er habe damit auch hier aktiv eine Abschätzung seines angeblichen Anspruchs auf Überzeitenschädigung verhindert. Sie bestreite nach wie vor, dass der Kläger seine Abwesenheiten wegen "Tennis" erfasst bzw. korrekt erfasst habe. Die Aus- sagen der Zeuginnen / Mitarbeitenden der Beklagten (J. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_, H. \_\_\_\_\_ und I. \_\_\_\_\_) seien eindeutig und übereinstimmend. Danach sei der Kläger grund- sätzlich jede Woche "Tennisspielen" gegangen, was jeweils rund zwei Stunden gedauert habe. Die Vorinstanz habe diesen Sachverhalt zu Unrecht im Rahmen der Beweiswürdigung nicht berücksichtigt. Der durchschnittliche Zeitbedarf für das wöchentliche "Tennisspielen" sei auf rund zweieinviertel Stunden zu schätzen. Hochgerechnet auf die gesamte Anstellungsdauer resultiere somit eine gesamte "Tennisspielzeit" von 166 Stunden. Ob der Kläger bei diesen Abwesenheiten tat- sächlich Tennis gespielt habe, wie er gegenüber den Mitarbeitenden angegeben habe, oder einer anderen (privaten) Tätigkeit nachgegangen sei, sei grundsätzlich unerheblich. Massgeblich sei allein, dass eine regelmässige, wöchentliche und privat bedingte Abwesenheit vom Arbeitsplatz von rund zwei Stunden aufgrund der Zeugenaussagen belegt sei. Diese Abwesenheit hätte ausgestempelt werden müssen. Bestritten sei, dass der Kläger diese Abwesenheiten korrekt erfasst ha- ben solle. Dies ergebe sich aus der von ihm eingereichten Zeiterfassung nicht. Hier würden sich - in der Regel am Donnerstagvormittag - nämlich keine (regel-

- 25 - mässig) erfassten Arbeitsunterbrüche von zwei bis zweieinviertel Stunden finden. Damit sei auch die Argumentation der Vor- instanz widerlegt, wonach der Beklag- ten der Gegenbeweis betreffend "Tennisspielen" nicht geglückt sein solle. Das Gegenteil sei mit Blick auf die Zeugenaussagen der Mitarbeitenden der Fall. Nicht dargelegt sei, dass der Kläger diese Absenzen korrekt ausgestempelt habe. Die Beweislast für die korrekte Zeiterfassung obliege dem Kläger. Könne er den Nachweis nicht erbringen, habe er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen (Urk. 63 S. 11, 14 ff.). Der Kläger hält entgegen, in

Bezug auf den Umfang des Tennisspielens habe sich die Beklagte - wie das Beweisverfahren gezeigt habe - aufgrund der schriftlichen Auskünfte ihrer Mitarbeitenden in etwas hineingesteigert. Die Zeugenbefragungen hätten klar gezeigt, dass der Kläger nur einige wenige Male mit K.\_\_\_\_\_ (auch heute noch Stammkunde bei der Beklagten, welcher der Beklagten gegenüber nicht negativ eingenommen sei) Tennis spielen gegangen sei. Der Kläger habe nicht damit rechnen müssen, dass sich die Beklagte plötzlich in die Behauptung hineinsteigere, dass er regelmässig während der Arbeitszeit Tennis spielen gegangen sei. Es habe für ihn kein Anlass bestanden, diese Tage zu dokumentieren. Er habe seine Arbeitszeit korrekt erfasst, was reichen müsse. Bei den Vorbringen der Beklagten hinsichtlich anderweitiger privater Beschäftigungen des Klägers während der Arbeitszeit handle es sich sodann um unzulässige Noven (Urk. 69 S. 7, 9 f.). Der Kläger gab hinsichtlich des Tennisspielens zu Protokoll, er habe während seiner Anstellung bei der Beklagten in der Tennishalle M.\_\_\_\_\_ Tennis gespielt. Er könne nicht sagen, wie oft er gespielt habe. Es sei sehr unregelmässig gewesen. Er habe immer mit derselben Person (K.\_\_\_\_\_, Stammkunde der Beklagten) gespielt. Manchmal habe er zwei Wochen nacheinander und manchmal zweieinhalb Monate überhaupt nicht gespielt. Er habe nur an Arbeitstagen gespielt. Er sei jeweils am Morgen gekommen, habe Dinge im Büro erledigt und sei dann Tennis spielen gegangen. Er habe immer ausgestempelt. Sollte das einmal vergessen gegangen sein, habe er nachträglich eine Mutationsmeldung gemacht. Meistens habe er gegen neun Uhr Tennis gespielt, damit er spätestens um elf Uhr wieder

- 26 - zurück gewesen sei. Er sei spätestens um halb zwölf Uhr zurück gewesen, da dann das Mittagsgeschäft begonnen habe. Ein Spiel habe eine Stunde gedauert. Dazu seien noch je eine halbe Stunde Weg gekommen. Während seiner Anstellungszeit habe er sich einmal den Fuss verstaucht und habe deshalb nicht Tennis spielen können (Prot. I S. 32 f., 36). Mit seiner von der Beklagten stillschweigend genehmigten Arbeitszeiterfassung (Urk. 3/6) und seinen konkreten Angaben zum Tennisspiel vermochte der Kläger, soweit es ihm möglich und zumutbar war, die Umstände für eine Schätzung der Überzeitstunden bzw. Arbeitsunterbrüche rechtsgenügend darzulegen. Es kann nicht gesagt werden, der Kläger habe aktiv eine Schätzung der Überzeitstunden verhindert. Die Beklagte hat im Rahmen ihres Gegenbeweises zu beweisen, dass der Kläger während der Arbeitszeit in der Regel ein Mal pro Woche mit einem Gast Tennis in der Tennishalle M.\_\_\_\_\_ gespielt und während den dafür benötigten eineinhalb bis zwei Stunden jeweils nicht ausgestempelt hat (Urk. 18 S. 4). Fest steht, dass der Kläger vormittags während der Arbeitszeit Tennis spielte und deswegen rund zwei Stunden betriebsabwesend war (Prot. I S. 32 f.; Urk. 40 S. 3; Urk. 38 S. 3 f.; Urk. 39 S. 3 f.; Urk. 55 S. 2 f.; Urk. 56 S. 2 f.). Strittig ist, ob er diese Abwesenheiten jeweils korrekt austrug oder ob diese fälschlicherweise als Arbeitszeit erfasst wurden. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, vermochten die Zeuginnen und Zeugen diesbezüglich keine hinreichend konkreten Aussagen zu machen. Insbesondere gaben J.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ zwar an, der Kläger habe nur teilweise ausgestempelt, weil sie dies gesehen hätten (Urk. 38 S. 4; Urk. 39 S. 4), allerdings kann auch auf anderem Weg eine Arbeitspause registriert werden, nämlich durch nachträgliche Zeiterfassung bzw. Mutationsmeldungen (Urk. 64 S. 37; Prot. I S. 33). Dies stellt auch die Beklagte zu Recht nicht in Abrede, hält sie diesbezüglich doch bloss dafür, die Beweislast für die korrekte Zeiterfassung obliege dem Kläger (Urk. 63 S. 15 f.). Deshalb kann an dieser Stelle auch offen bleiben, ob die Zeuginnen mit Blick auf ihre zuhanden der Beklagten verfassten schriftlichen Berichte, welche sie vor dem Gerichtstermin noch einmal gelesen haben, voreingenommen waren. Es erübrigt sich deshalb, auf die diesbezüglichen Ausführungen

des Klägers (Urk. 69 S. 8 f.) näher einzugehen. Nach dem jeweili-

- 27 - gen Wochentag, an welchem der Kläger jeweils Tennis gespielt habe, wurde die- ser nicht gefragt. Sein als Zeuge vernommener Tennispartner K.\_\_\_\_\_ vermochte diesbezüglich keine Angaben zu machen bzw. verneinte, dass es bestimmte Wo- chentage gegeben habe, an welchen er zusammen mit dem Kläger Tennis ge- spielt habe (Urk. 40 S. 3). Aufgrund der Zeugenaussagen von H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ kann jedoch zumindest angenommen werden, dass der Kläger jedenfalls donnerstags Tennis spielte (Urk. 55 S. 3; Urk. 56 S. 3). Von einer wöchentlichen Abwesenheit jeweils am Donnerstagvormittag will offenbar auch die Beklagte ausgehen (Urk. 63 S. 15). Aus den Arbeitszeiterfassungen (Urk. 3/6) geht hervor, dass der Kläger insgesamt an sieben Donnerstagen (2. Juni 2016, 9. Juni 2016, 24. März 2016, 3. September 2015, 10. September 2015, 9. Juli 2015 und 16. Juli 2015) vormittags rund zwei Stunden betriebsabwesend war. Dies erfolgte unre- gelmässig, manchmal zwei Donnerstage hintereinander, dann wieder monatelang nicht mehr. Häufig hatte der Kläger am Donnerstag auch frei. Dass er jeden Don- nerstag Tennis spielen war, geht aus der Arbeitszeiterfassung mithin nicht hervor. Auch laut dem Zeugen und damaligen Betreiber der Tennishalle L.\_\_\_\_\_ spielten der Kläger und K.\_\_\_\_\_ nur unregelmässig bei ihm Tennis. Geschätzt habe der Kläger zirka sechs bis zehn Mal innerhalb der ganzen Dauer bei ihm Tennis ge- spielt (Urk. 57 S. 3). K.\_\_\_\_\_ geht von total vier bis maximal fünf Mal aus, soweit er sich erinnern kann (Urk. 40 S. 2) Bei der Behauptung der Beklagten, ob der Kläger bei diesen wöchentlichen Abwesenheiten tatsächlich Tennis gespielt habe, wie er gegenüber den Mitarbeitenden angegeben habe, oder einer anderen (pri- vaten) Tätigkeit nachgegangen sei, sei grundsätzlich unerheblich (Urk. 63 S. 15), handelt es sich sodann, wie der Kläger richtig vorbringen lässt (Urk. 69 S. 9 un- ten), um ein unzulässiges Novum (vgl. Urk. 10 S. 7, wo von Tennis spielen und nicht "Tennis spielen" die Rede ist und keine solchen anderweitigen privaten Ab- wesenheiten genannt werden, vgl. auch S. 8 f., Prot. I S. 10). Derartiges war denn auch vor Vorinstanz nicht zum Beweis verstellt (Urk. 18 S. 4), was nicht gerügt wurde. Insgesamt ist daher der Schluss der Vorinstanz, wonach der Beklagten der Gegenbeweis bezüglich des Tennisspielens nicht glücke und sich kein Abzug vom Überzeitsaldo rechtfertige, nicht zu beanstanden.

- 28 - 2.6.5. Nach dem Gesagten erweist sich das vorinstanzliche Fazit als zutreffend, dass die Beklagte die Arbeitszeiterfassungen des Klägers entgegengenommen, dagegen kaum opponiert und es ihrer fehlerhaften Rechtsauffassung über die Abgeltungspflicht von Überzeitstunden zuzuschreiben habe, dass sie bezüglich der Überzeit des Klägers nicht interveniert und es mit seinen Arbeitsstunden nicht so genau genommen habe. Die vorinstanzliche Schätzung, wonach die Überzeit des Klägers für das Jahr 2015 353 h 26 min (resp. dezimal 353.43 h) und für das Jahr 2016 153 h 23 min (dezimal 153.38 h) beträgt, ist somit zu bestätigen (vgl. Urk. 64 S. 37 f.). Sie wurde auch nicht kritisiert (Urk. 63 und Urk. 69). 3. Betragsmässiger Anspruch aus Überzeitarbeit Ausgehend von den Bruttolöhnen des Klägers, Fr. 6'000.- (2015) und Fr. 6'300.- (2016), und einer Jahresarbeitszeit von 2'288 Stunden (44 Wochenstunden x 52 Wochen) berechnete die Vorinstanz für das Jahr 2015 einen Stundenlohn von Fr. 31.47 und für das Jahr 2016 einen solchen von Fr. 33.04 (vgl. auch Urk. 10 S. 17). Die dem Kläger ausbezahlte Gratifikation rechnete sie (mangels vertragli- cher Zusicherung und regelmässiger Zahlung) richtigerweise nicht als festen Lohnbestandteil mit ein, was der Kläger nicht kritisiert (Urk. 69). Unter Berücksich- tigung des in Art. 13 Abs. 1 ArG vorgesehenen Zuschlages von 25 % ist jede Überzeitstunde im

Jahr 2015 mit Fr. 39.34 und im Jahr 2016 mit Fr. 41.30 zu entschädigen. Insgesamt berechnete die Vorinstanz dementsprechend einen Überzeitanspruch des Klägers in der Höhe von Fr. 20'238.55 brutto (Fr. 13'903.95 + Fr. 6'334.60, Urk. 64 S. 38 ff.). Diese Berechnungsweise ist zutreffend und wurde im Berufungsverfahren denn auch nicht beanstandet. Auch wurde der dem Kläger ab 1. September 2016 korrekt zugesprochene Verzugszins von 5 % nicht bemängelt (Urk. 63 und Urk. 69).

- 29 - 4. Fazit Die Berufung der Beklagten ist somit vollumfänglich abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen, zumal die Beklagte die vorinstanzlichen Ausführungen betreffend die ihrerseits geltend gemachten Verrechnungsansprüche nicht kritisiert (Urk. 63 S. 4 Rz. 18; Urk. 64 S. 42 ff.). D. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Ausgangsgemäss ist auch die nicht selbstständig, sondern lediglich als Folge des beantragten Prozessausgangs (implizit) mitangefochtene Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens (Urk. 64 S. 47 f., Dispositivziffern 2 und 3) ohne weiteres zu bestätigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). 2. Auch das zweitinstanzliche Verfahren ist angesichts des unter Fr. 30'000.– liegenden Streitwerts kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Hingegen richten sich die Entschädigungsfolgen nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Im Berufungsverfahren obsiegt der Kläger umfassend, weshalb die Beklagte ihm eine volle Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'600.– zuzüglich

#### **E. 7**

A., 2012, 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; Urk. 64 S. 14 m.H.). 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; Urk. 64 S. 14).

#### **E. 7.7**

% Mehrwertsteuer (Urk. 69 S. 2), also total Fr. 2'800.20 zu bezahlen hat (vgl. § 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 und 2 [Reduktion auf 2/3] AnwGebV). Es wird beschlossen:

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