

### 3.9 Arbeitsrecht / Droit du travail

#### (3) Entschädigung für Überstunden. Beweiserleichterungen.

Schweizerisches Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 14. Dezember 2011, *i.S. X. GmbH c. F.*, 4A\_338/2011 (nicht zur Publikation vorgesehen).



RENÉ HIRSIGER

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

#### I. Aus dem Sachverhalt und den Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte einen Streit um die Entschädigung von (angeblich) geleisteten Überstunden eines ehemaligen Arbeitnehmers zu entscheiden. Dieser machte nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses erstinstanzlich eine Klage im Umfang von 30'000 Franken anhängig, welche nach durchgeführtem Beweisverfahren abgewiesen wurde. Gestützt auf die dagegen eingereichte Berufung hiess das Obergericht Zürich die Klage gut. Es kam zum Schluss, dass der Kläger zwar die behaupteten Überstunden mit den eingereichten Urkunden und gehörten Zeugenaussagen nicht zu beweisen vermöge; indes hielt das Gericht die in der Buchhaltung der Beklagten ausgewiesenen Überstunden-Guthaben des Klägers für beweiskräftig. Nach erfolglosem Gang vor das Kassationsgericht Zürich gelangte die Beklagte mit Beschwerde ans Bundesgericht, welches die Beschwerde abwies, soweit es darauf eintrat.

Das Bundesgericht führte aus, dass ein Beweis als erbracht gelte, «wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Eine Herabsetzung des Beweismasses insbesondere auf überwiegende Wahrscheinlichkeit setzt voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht 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.» (E. 2.1).

Hinsichtlich der Entschädigung von Überstunden führte es weiter aus, dass der Arbeitnehmer die Beweislast für die Leistung von Überstunden trage. Sofern der Nachweis

erbracht sei, dass Überstunden geleistet wurden, ohne dass deren Ausmass genau bestimmt werden könne, habe das Gericht den Umfang nach Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen. Diese Schätzung sei eine Beweiswürdigung bzw. Sachverhaltsfeststellung und folglich der Überprüfung durch das Bundesgericht entzogen (E. 2.2).

Weiter ergänzt das Bundesgericht mit Hinweis auf seine Rechtsprechung, dass die Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR nicht nur für das Ausmass, sondern auch für die Leistung von Überstunden an sich anwendbar sei. «Voraussetzung dafür ist aber, dass sich auf Grund der konkreten Umstände ein genauer Beweis als unmöglich oder unzumutbar erweist. Diese Voraussetzung ist nicht schon dann erfüllt, wenn der Beweis im konkreten Fall misslingt. Die fehlende Beweisbarkeit muss aus objektiven Gründen vorliegen.» (E. 2.2 a.E.).

Hinsichtlich des in der beklagischen Buchhaltung ausgewiesenen Überstunden-Guthabens schützte das Bundesgericht weiter die Auffassung der Vorinstanz, wonach es nicht willkürlich sei, dass mit der Verbuchung von Guthaben eines bestimmten Arbeitnehmers als transitorische Passiven zum Ausdruck gebracht werde, dem betreffenden Arbeitnehmer stehe ein entsprechendes Guthaben zu. «Aus der Buchung als transitorisches Passivum kann ohne Willkür abgeleitet werden, dem Arbeitnehmer stehe am Stichtag ein entsprechendes Freizeit-Guthaben aus nicht bezogenen Ferien oder geleisteten Überstunden zu.» (E. 3.4). Das Bundesgericht gesteht in der Folge einer ordnungsgemäss geführten Buchhaltung im Sinne von Art. 957 Abs. 1 OR eine (wenn auch keine erhöhte) Beweiskraft zu. «Es ist vertretbar, die Beschwerdeführerin auf ihrer eigenen Buchung zu behaften.» (E. 4.1).

Die Rüge der Beschwerdeführerin einer Verletzung der Untersuchungsmaxime (aArt. 343 Abs. 4 OR) wies das Bundesgericht ab und verwies dafür auf die auch unter der sozialpolitisch motivierten, beschränkten Untersuchungsmaxime geltenden Pflicht der Parteien, «an der Sammlung des Prozessstoffes aktiv mitzuwirken, ihre Standpunkte zu substantiieren und die Beweismittel zu nennen. Die Parteien trugen auch im Bereich der beschränkten Untersuchungsmaxime die Verantwortung dafür, dass die relevanten Behauptungen vorgebracht werden; ebenso waren sie grundsätzlich für die Sachverhaltsermittlung verantwortlich. [...] Das Obergericht hat keine Bundesrechtsnorm verletzt, wenn es nicht von Amtes wegen weitere Beweise erhob.» (E. 4.2).

#### II. Bemerkungen

1. Das Bundesgericht bestätigte seine bisherige Rechtsprechung, wonach der Arbeitnehmer hinsichtlich Leistung und Umfang behaupteter Überstunden beweispflichtig ist. Es

gestand dem Arbeitnehmer eine Herabsetzung des Beweismasses auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit zu, bestätigte zu Recht aber weiter, dass dies «im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen» dürfe (E. 2.1). Das Bundesgericht hat in seiner früheren Rechtsprechung trefenderweise ausgeführt, dass eine Beweislastumkehr nur als Folge der Beweisvereitelung durch die Gegenpartei, mithin eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Arbeitgebers, erfolgen könne (BGer 4C.307/2006, 26. März 2007, E. 3.1).

Eine Beweislastumkehr zugunsten des an sich beweisbelasteten Arbeitnehmers war in der Vergangenheit namentlich ein Thema hinsichtlich der (Verletzung der) Dokumentationspflichten des Arbeitgebers nach Art. 46 ArG bzw. Art. 73 Abs. 1 lit. c ArGV 1. Diesbezüglich sind sich Lehre und Rechtsprechung allerdings einig, dass der Arbeitgeberin aus der Verletzung ihrer Pflichten ohne besondere Umstände keine Beweislastumkehr erwachsen darf. Die diesbezüglichen Urteile sind alle unter dem Regime des (überholten) Landesgesamtarbeitsvertrags für das Gastgewerbe ergangen, welche eine solche Beweislastumkehr ausdrücklich vorgesehen hatte (Art. 82 Ziff. 5 L-GAV 92; siehe die Nachweise bei ROGER RUDOLPH, SHK-ArG, Art. 46 N 16). Allein aufgrund einer Verletzung der gesetzlich verankerten und durch Verordnung konkretisierten Pflicht der Arbeitszeiterfassung lässt sich jedoch keine Beweisvereitelung durch die Arbeitgeberin begründen (BGer 4C.307/2006, 26. März 2007, E. 3.1; Besprechung dieser Entscheidung durch ROGER RUDOLPH in: ARV 2007, 239, sowie in SHK-ArG, Art. 46 N 15 ff.) Dazu wäre vielmehr notwendig, dass die Arbeitgeberin mittels Manipulation, Beseitigung oder Zurückhaltung von Beweismitteln dem Arbeitnehmer die Beweisführung schuldhaft und rechtswidrig verunmöglicht (HANS SCHMID/FLAVIO LARDELLI, Basler Kommentar, ZGB I, Art. 8 ZGB N 81). Der Arbeitgeberin wurde vorliegend eine solche Pflichtverletzung nicht vorgeworfen, so dass sich das Bundesgericht nicht weiter dazu äussern musste.

2. Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass der Umfang der Überstunden in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden kann, sofern deren Ausmass nicht genau bestimmt werden kann. Das Bundesgericht hatte die für das Schadensrecht aufgestellte Bestimmung analog bereits in anderen Bereichen angewendet, in denen ein strenger Beweis aufgrund der Natur der Sache nicht oder nur schwer erbracht werden kann (BGer 4C.142/2005, 15. Juni 2006, E. 5.1 m.w.H.) Paradebeispiel ist der Nachweis des natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhangs. Nun verhilft das Bundesgericht in seinem jüngsten Urteil der gerichtlichen Schadensschätzung zu einem erweiterten Anwendungsbereich:

a) Das Bundesgericht führte aus, dass Art. 42 Abs. 2 OR «nicht nur für das Ausmass der Überzeit, sondern auch für die Leistung als solche anwendbar sein» könne (E. 2.2). Diese Aussage ist ungenau: Die richterliche Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR ist nur anwendbar, wenn entweder die grundsätzliche Existenz des Schadens bewiesen und nur der Umfang ziffernmässig nicht nachweisbar ist, oder wenn bezüglich der Existenz des Schadens ein strikter Beweis nicht möglich oder zumutbar ist (CHRISTIAN HEIERLI/ANTON K. SCHNYDER, Basler Kommentar, OR I, Art. 42 OR N 10b). Mit seiner Feststellung der Anwendbarkeit der Schadensschätzung «auch für die Leistung als solche» impliziert das Bundesgericht somit, dass ein strikter Beweis geleisteter Mehrarbeit nicht möglich oder zumutbar ist. Mit dieser Form der Beweiserleichterung zugunsten des beweisbelasteten Arbeitnehmers geht das Bundesgericht allerdings fehl: Im Gegensatz zum Urteil 4C.142/2005, in welchem das Bundesgericht die Anwendbarkeit der gerichtlichen Schadensschätzung auf die Frage geleisteter Mehrarbeit prüfte, ergänzt das Bundesgericht jüngst diese allgemeine Regel nicht mehr mit Hinweis, dass dies «im Schadensersatzrecht von der Materie her weit häufiger gegeben sein [wird] als in einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit, bei der es um den Beweis der Überzeit geht» (BGer 4C.142/2005, 15. Juni 2006, E. 5.2). Zutreffenderweise hatte das Bundesgericht in seinem früheren Urteil festgehalten: «Es ist in der Tat nicht zu sehen, welche prinzipiellen Schwierigkeiten einem Beweis der Leistung von zu entschädigender Überzeit entgegen stehen soll. Ob in erheblichem Umfang mehr als fünfundvierzig Stunden gearbeitet worden ist, lässt sich *auf mannigfaltige Art nachweisen*» (BGer 4C.142/2005, 15. Juni 2006, E. 5.2; Hervorhebung hinzugefügt).

Das Bundesgericht hielt nunmehr abweichend von seinen früheren Ausführungen einzig und lapidar fest, dass sich «der zeitliche Mehrumfang der Arbeit gegenüber dem vertraglich vereinbarten oder üblichen Mass [...] *regelmässig* nicht zur vollen Überzeugung beweisen [lässt]. Denn es ist *typisch* und trifft nicht nur im vorliegenden Einzelfall zu, dass die eigenen Aufzeichnungen oder «Stundenprotokolle» des Arbeitnehmers diesen Beweis nicht zu erbringen vermögen»; auch die Aussagen von Zeugen würden regelmässig nicht zum Beweis reichen (E. 2.3; Hervorhebung hinzugefügt). Insofern ebnet das Bundesgericht mit seinen jüngsten Äusserungen den Weg für eine allgemeine Beweiserleichterung hinsichtlich der Frage, *ob überhaupt* Mehrarbeit geleistet wurde.

b) Damit widerspricht das Bundesgericht zum einen sich selber: Während es im älteren Entscheid (BGer 4C.142/2005) keine grundsätzlichen oder prinzipiellen Beweisschwierigkeiten für die Leistung zusätzlicher Arbeit sah und auf die «mannigfaltigen» Beweismöglichkei-

ten hinwies, hält es nunmehr apodiktisch fest, dass sich ein zeitlicher Mehrumfang «regelmässig» nicht beweisen lässt. Die im konkreten Fall vorgelegten Beweismittel (eigenhändige Aufzeichnungen des Arbeitnehmers, Zeugen) erachtete es als «typischerweise» nicht beweisgeeignet. Wenngleich insbesondere gegenüber eigenhändigen Stundenrapporten von Arbeitnehmer eine gewisse Vorsicht angebracht erscheint, sind die Ausführungen des Bundesgerichts bezüglich «typische» Beweisschwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Nachweis von Mehrarbeit in dieser allgemeinen Form nicht zu teilen. Es ist daran zu erinnern, dass eine Beweiserleichterung nur gewährt werden sollte, wenn die Beweisnot nicht nur im Einzelfall, sondern in der Natur der Sache liegt; der Nachweis von geleisteter Mehrarbeit ist hingegen nicht mit dem Nachweis einer hypothetischen Kausalität, einer sexuellen Beziehung im Sinne von Art. 262 ZGB (BGE 95 II 77, E. 1) oder dem Eintritt eines Versicherungsfalles (ROGER GRONER, Beweisrecht: Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011, 184 f.) als unbestrittene Anwendungsfälle von Beweisschwierigkeiten zu vergleichen (zum Ganzen auch PETER GUYAN, Basler Kommentar, ZPO, Art. 157 ZPO N 11; CHRISTIAN LEU, Dike Kommentar ZPO [Online Stand 18.10.2011], Art. 157 N 67, je m.w.H.).

c) Zum anderen stehen diese jüngsten Aussagen auch im Widerspruch zur Literatur betreffend Beweisschwierigkeiten. So ist abgestützt auf die *Ursache* der Schwierigkeit grundsätzlich zu differenzieren zwischen Fällen, denen die Beweisschwierigkeiten inhärent sind, d.h. jede beweibelastete Partei in der gleichen oder ähnlichen Situation treffen (so kann in der Regel *keine* beweibelastete Partei den strikten Beweis einer hypothetischen Kausalität zwischen Ereignis und Schaden erbringen; dazu GRONER, op. cit., 186 ff.), sowie Fällen, in denen nicht generell eine Beweisnot herrscht (MARTIN KAUFMANN, Beweisführung und Beweiswürdigung, Zürich 2009, 225). Nur in Fällen erster Kategorie ist eine Reduktion des Beweismasses angezeigt. Der Nachweis von Mehrarbeit ist jedoch unter die zweite Kategorie zu subsumieren, denn ein Nachweis kann – unter Berufung auf die höchstrichterliche Rechtsprechung – auf «mannigfaltige Art» erfolgen. Eine generelle Reduktion des Beweismasses ist folglich betreffend der Frage nach grundsätzlich geleisteter Mehrarbeit nicht angezeigt bzw. abzulehnen (vgl. KAUFMANN, op. cit., 226).

d) Diesen Überlegungen folgend, erweisen sich nicht nur die bundesgerichtlichen Hinweise auf «regelmässige» und «typische» Beweisschwierigkeiten als zu weitgehend, sondern auch die vorgeschlagene generelle Anwendbarkeit der Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR hinsichtlich der Leistung von Überstunden an sich. Denn es sollte dem Arbeitnehmer zumutbar und möglich sein, das Gericht aufgrund

objektiver Gesichtspunkte zu überzeugen und allfällig vorhandene Zweifel als nicht erheblich erscheinen zu lassen, dass effektiv Mehrarbeit geleistet wurde. Die diesbezüglichen Beweismöglichkeiten sind «mannigfaltig» und ohne weiteres beweisgeeignet: Zu denken ist an Aussagen von Arbeitskollegen, regelmässig eingereichte Stundenrapporte, Computer- und Telefonprotokolle, Emails, elektronische Agenda etc. Wenngleich ein einzelnes Beweismittel den Nachweis für sich alleine selten zu erbringen vermag, liegt noch keinesfalls eine regelmässige, inhärente Beweisschwierigkeit vor und kann das Gericht dennoch überzeugt werden. Das höchste Gericht übersieht diesbezüglich zweierlei: Zum einen ist der Beweiswert eines abgenommenen Beweismittels nicht individuell und isoliert, sondern alle vorgelegten Beweise in ihrer Gesamtheit zu würdigen (LEU, op. cit., Art. 157 ZPO N 48). Insofern greifen die Ausführungen, wonach eigene Aufzeichnungen und Zeugenaussagen keinen Beweis zu erbringen vermögen, angesichts des ebenfalls offerierten Beweismittels der arbeitgeberischen Buchhaltung zu kurz. Zum anderen: Auch beim strikten Beweis muss die Verwirklichung einer Tatsache nicht mit Sicherheit feststehen, «verglichen mit naturwissenschaftlicher Tatsachenfeststellung ist der Beweis im Zivilprozess immer ein Wahrscheinlichkeitsbeweis» (LEU, op. cit., Art. 157 ZPO N 46; s. auch GRONER, op. cit., 180, und SCHMID/LARDELLI, op. cit., Art. 8 ZGB N 17). Es ist deshalb zu fordern, dass das Gericht – wenn überhaupt – eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR nur bezüglich des Umfangs geleisteter Mehrarbeit vornimmt, sofern es aufgrund objektiver Gesichtspunkte und unter Würdigung aller Beweismittel von der grundsätzlichen Leistung von Mehrarbeit überzeugt ist. Damit wird einerseits der eigenen Rechtsprechung gefolgt, wonach Art. 42 Abs. 2 OR nur restriktiv angewendet werden soll (zuletzt BGer 4A\_383/2010, 11. August 2011, E. 2.1), andererseits dem grundsätzlichen Gedanken Rechnung getragen, der mit der Beweislastverteilung einhergeht: «[...] es ist weniger unbillig, den Gläubiger, dessen (vielleicht begründete) Forderung nicht erwiesen ist, zu Unrecht abzuweisen, als den als Schuldner in Anspruch Genommenen zu verurteilen, obschon er möglicherweise nichts schuldet.» (MAX KUMMER, Berner Kommentar, Art. 8 ZGB N 28). In Ermangelung einer speziellen Beweislastregel oder gar einer Beweislastumkehr ist auch für die geforderte Entschädigung von Mehrarbeit dieser Grundregel zu folgen und bei Beweislosigkeit die Forderung des Arbeitnehmers abzuweisen.

e) Anzumerken ist, dass das Bundesgericht seine Ausführungen gemacht hat, ohne dass diese nach eigener Auffassung für die Entscheidungsbegründung notwendig gewesen wären. Denn wie es selber festhielt, ist die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR auf die Leistung und den Umfang von

zeitlicher Mehrarbeit eine Tatfrage, die sich der Überprüfung durch das Bundesgericht entzieht (vgl. dazu aber die kritische Lehre, welche die dem *Schadenseintritt* nachgelagerte *Schadenschätzung* unterscheidet und letztere unter Art. 4 ZGB subsumiert, mit der Konsequenz, dass der Schadensumfang eine Rechtsfrage darstellt und damit der Prüfung durch das Bundesgericht zugänglich wäre: ISABELLE BERGER-STEINER, *Das Beweismass im Privatrecht: Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung*, Diss. Bern 2008, Rz. 03.30 ff. und 03.79 ff.; ALFRED BÜHLER, *Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung*, in: Jusletter vom 21. Juni 2010, Rz. 26 ff.; LEU, op. cit., Art. 157 ZPO N 86). Anstatt sich unter Hinweis auf die verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz mit allgemeinen Ausführungen hinsichtlich Beweiserleichterung zu begnügen, entwickelte es seine Rechtsprechung weiter – ob in diesem Sinne gewollt oder nicht, ist offen.

3. Dass allfällige Beweisschwierigkeiten hinsichtlich behaupteter Überstunden nicht allgemeiner Art sind und folglich eine Beweiserleichterung nicht gerechtfertigt ist, bestätigt das Bundesgericht gleich selbst, indem es richtigerweise festhielt, dass eine Partei «auf ihrer eigenen Buchung» zu behaften sei (E. 4.1 a.E.). Mit anderen Worten liefert es gleich selbst ein (weiteres) Beispiel eines Beweismittels, welches zumindest die Leistung von Mehrarbeit objektiv überzeugend darlegen kann.

Denn wird in der Buchhaltung ein Guthaben für geleistete Mehrarbeit zugunsten eines Arbeitnehmers festgehalten, dürfte die Leistung der Mehrarbeit an sich überzeugend erstellt sein. Entsprechend der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die kaufmännische Buchführung und ihre Bestandteile kraft Gesetzes bestimmt und geeignet, Tatsachen von rechtlicher Bedeutung zu beweisen (BGE 132 IV 12, E. 8.1; BGE 129 IV 130, E. 2.2, m.w.H.). Der Arbeitgeberin wurde vorliegend folglich ihre eigene Buchhaltung richtigerweise zum Verhängnis, da der klägerische Anspruch darin – wenn auch nicht betragsmässig exakt – ausgewiesen wurde. Insbesondere musste sich die Arbeitgeberin die Buchungen entgegen halten lassen, weil die Ansprüche des Arbeitnehmers als transitorische Passiven und nicht als Rückstellung verbucht worden waren. Denn im Gegensatz zu Rückstellungen sind transitorische Passiven bekannte, feststehende Verbindlichkeiten gegenüber identifizierten Dritten, während bei Rückstellungen Unsicherheiten bezüglich des Zeitpunkts, der Höhe des zukünftigen Mittelabflusses oder des Mittelempfängers bestehen (vgl. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Bd. 1, Zürich 2009, 192 f.). Mit anderen Worten hätte die Arbeitgeberin Rückstellungen und nicht transitorische Passiven

hinsichtlich allenfalls auszuzahlender Überstundenentschädigungen verbuchen müssen, um sich so bei einer Streitigkeit auf die Unsicherheit des Anspruchs berufen zu können.

Allein aus der Tatsache, dass dieses Beweismittel bei der Arbeitgeberin liegt, ergeben sich für den beweisbelasteten Arbeitnehmer keine Beweisschwierigkeiten. Denn durch die prozessuale Herausgabepflicht von beweisrelevanten Urkunden (vgl. Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO; zum alten Recht aArt. 963 OR) verfügt der beweisbelastete Arbeitnehmer über ein griffiges Instrument, welches ihm die Beweisführung ermöglicht. Sollte die Arbeitgeberin die Herausgabe notwendiger Urkunden verweigern, könnte dieses Verhalten durch das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung zugunsten des Arbeitnehmers beachtet werden (gl.M. KAUFMANN, op. cit., 226, und GRONER, op. cit., 113).

4. Abschliessend verwarf das Bundesgericht die Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime. Ungeachtet der Tatsache, dass das Urteil unter dem Regime von aArt. 343 Abs. 4 OR ergangen ist, ist den Ausführungen des höchsten Gerichts auch für das nunmehr geltende Recht zuzustimmen (die altrechtliche Bestimmung ist nunmehr in Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO wiedergegeben; dazu STEPHAN MAZAN, *Basler Kommentar, ZPO, Art. 247 ZPO N 4.*)

Das Bundesgericht führte aus, dass die beschränkte Untersuchungsmaxime die Parteien nicht davon entbinde, an der Sammlung des Prozessstoffs aktiv mitzuwirken, ihre Standpunkte zu substantiieren und die Beweismittel zu nennen. Die Parteien würden die Verantwortung dafür tragen, dass die relevanten Behauptungen vorgebracht würden; ebenso seien sie grundsätzlich für die Sachverhaltsermittlung verantwortlich. Folglich habe das Obergericht Zürich kein Bundesrecht verletzt, als es nicht von Amtes wegen weitere Beweise erhob (E. 4.2.).

Dieses Verständnis gilt unvermindert auch unter der Geltung des neuen Prozessrechts, wenngleich die grundlegende Bestimmung nicht mehr im OR, sondern neu in der ZPO zu finden ist. Dass das Gericht im Rahmen der (beschränkten oder gemilderten) Untersuchungsmaxime im Sinne von Art. 247 Abs. 2 ZPO Beweise nicht von Amtes wegen erheben muss, entspricht der wohl herrschenden Auffassung. Demnach obliegt nach wie vor den Parteien die primäre Verantwortung für die Ermittlung des Sachverhaltes. Denn auch im Bereich der beschränkten Untersuchungsmaxime bildet die Grenze richterlicher Pflichten die Dispositionsmaxime (MAZAN, op. cit., Art. 247 ZPO N 4). Nur wenn an der Vollständigkeit der Behauptungen oder Beweise ernsthafte Zweifel bestehen, muss das Gericht nachforschen. Seiner Pflicht genügt das Gericht aber wiederum, wenn es die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie auf die Pflicht zum Beibringen von Beweisen hinweist (MAZAN, op. cit., Art. 247 ZPO N 13; MICHAEL LAZOPOULOS,

in: Myriam Gehri/Michael Kramer [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, Zürich 2010, Art. 247 ZPO N 5; weitergehend ALEXANDER BRUNNER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander [Hrsg.], Kommentar Dike-ZPO [Stand online 24. 9. 2011], Art. 247 ZPO N 11, der davon ausgeht, dass das Gericht «bei seinem Entscheid auch unbehauptete Sachverhalte berücksichtigen und Beweismittel ohne Parteiantrag abnehmen» dürfe).

5. Zusammenfassend muss entgegen der jüngsten Meinung des Bundesgerichts festgehalten werden, dass für den Nachweis, ob überhaupt Mehrarbeit geleistet wurde, keine Beweiserleichterung angebracht ist. Es ist dem beweisbelasteten Arbeitnehmer ohne Weiteres zuzumuten und möglich, mit allen ihm zur Verfügung stehenden Beweismitteln das Gericht davon zu überzeugen, dass er effektiv zeitlich mehr geleistet hat, als vereinbart oder üblich war. Die Auffassung des Bundesgerichts, dass eine solche Beweissituation typischerweise und allgemein Schwierigkeiten bereiten soll, ist abzulehnen. Zutreffenderweise hat das höchste Gericht im konkreten Fall die geleistete Mehrarbeit denn auch aufgrund entsprechender Bilanzierung in der Buchhaltung der Arbeitgeberin als nachgewiesen erachtet. Ist die grundsätzliche Leistung von Mehrarbeit erstellt, kann deren Umfang in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR in einem weiteren Schritt durch das Gericht geschätzt werden. Es bleibt abzuwarten, ob die zukünftige Rechtsprechung diesen wohl ungewollten höchstrichterlichen «Ausrutscher» zur grundsätzlich restriktiven Handhabung von Art. 42 Abs. 2 OR korrigiert, oder ob das Bundesgericht tatsächlich gewillt ist, eine weitere Reduktion der beweisrechtlichen Anforderungen zugunsten des Arbeitnehmers in dieser angedeuteten Form zuzulassen.