

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LA100028-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. K. Vogel

Teil-Urteil und Beschlüsse vom 9. September 2011

in Sachen

A._____ AG

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung/Zeugnis**

Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 27. September 2010 (AN100249)

Rechtsbegehren:

Hauptklage (Urk. 13 S. 1, Prot. I S. 5):

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 27'885.75 brutto nebst Zins zu 5% seit 1. Juni 2010 sowie Kosten der Betreibungen von insgesamt CHF 278.00 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin ein wahrheitsgemässes Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, die Kündigung schriftlich zu begründen.
4. Die Beklagte sei zu verpflichten, die monatlichen Lohnabrechnungen für die Zeit vom 1. Januar 2010 bis 31. Mai 2010 aus- und zuzustellen.
5. Es sei die Beklagte zu verpflichten, die Betreibung gegen die Klägerin, Betreibungsnummer ... zurück zu ziehen und löschen zu lassen.

Alles unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Widerklage (Urk. 15 S. 2):

"Die Klägerin sei zu verpflichten, der Beklagten Fr. 6'133.50 zu bezahlen."

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 27. September 2010 (Urk. 21):

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 20'914.25 netto nebst 5 % Zins seit dem 1. Juni 2010 sowie Fr. 278.-- Betreibungskosten zu bezahlen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Lohnabrechnungen für die Monate Januar bis Mai 2010 und eine schriftliche Kündigungsbegründung aus- und zuzustellen.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 4'200.--.
5. Die Kosten werden der Klägerin zu einem Siebtel und der Beklagten zu sechs Siebteln auferlegt.

6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 5'000.-- zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein.
8. Eine Berufung gegen dieses Urteil kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich und im Doppel beim Arbeitsgericht erklärt werden.

Berufungsanträge:

Der Beklagten, Widerklägerin und Berufungsklägerin (Urk. 26):

"Die Berufung sei gutzuheissen, die Klage sei abzuweisen und die Klägerin sei widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten den Betrag von CHF 6'133.50 zu bezahlen.

Eventualiter:

Es sei das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 27.09.2010 aufzuheben und die Sache sei zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück zu weisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zzgl. 7.6, bzw. 8% ab 01.01.2010 MWST) zu Lasten der Klägerin."

Der Klägerin, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 29):

- " 1. Es sei die Berufung vollumgänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Appellantin."

Erwägungen:

I.

1. Die Beklagte, Widerklägerin und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) ist ein Handwerksbetrieb (Schreinerei, Sägerei, Glaserei, Malerei und Schlosserei [Urk. 2/5]). Mit Arbeitsvertrag vom 14. November 2008 wurde die Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) von der Beklagten ab 10. November 2008 zu einem Bruttolohn von Fr. 5'800.– pro Monat (zuzüglich 13. Mo-

natslohn) als Büroangestellte angestellt (Urk. 2/1 = Urk. 9/1). Die Beklagte wurde beim Vertragsabschluss durch ihren Geschäftsführer C._____ vertreten. Bereits am 12. Dezember 2008 unterzeichneten die Parteien eine "Arbeitsvertrag-Ergänzung" mit folgendem Inhalt (Urk. 9/2):

"1. Aufgaben / Pflichten

- Organisiert, koordiniert und ist verantwortlich für den Betrieb im Sekretariat / Administration.
- Ist 100% Ansprechperson für Fragen die das Sekretariat / Administration betreffen.
- Die ganze Buchhaltung im ... d.h. Kred. erfassen, Kred./Deb verbuchen, MWST-Abrechnung, Monats- und Jahresabschlüsse und die Lohnbuchhaltung wird bis auf weiteres von Herr Z._____, D._____ AG gemacht.
- Diese Ergänzungen wurden mit Frau B._____ besprochen, so wird der Lohn entsprechend angepasst. per 1. Januar Fr. 5300.00."

Am 12. Dezember 2008 meldete die Klägerin namens der Beklagten der Pensionskasse ihren per 1. Januar 2009 geänderten Lohn – Fr. 68'900.– brutto pro Jahr bei einem Beschäftigungsgrad 100% – an (Urk. 9/2). Mit Schreiben vom 30. Januar 2009 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis in der Probezeit per 13. Februar 2009 (Urk. 9/3). In der Folge kam es zu einer Aussprache und die Klägerin zog ihre Kündigung zurück. Die *Klägerin* sieht den Grund für die Rücknahme der Kündigung in der Versicherung des Geschäftsführers, den Personalbestand aufzustocken und sie so zu entlasten. Sie sei beauftragt worden, eine zusätzliche Mitarbeiterin zu suchen, worauf im März 2009 E._____ eingestellt worden sei; auch sei ihr in Aussicht gestellt worden, dass ihr Arbeitspensum mittelfristig von 100% auf 80% reduziert würde (Urk. 13 S. 2). Nach Darstellung der *Beklagten* haben sich die Parteien darauf geeinigt, die Arbeitszeit und den Lohn der Klägerin auf 80% zu reduzieren und die Kündigung für nichtig zu betrachten (Urk. 15 S. 3). Am 30. Juni 2009 meldete die Klägerin namens der Beklagten der Pensionskasse – ohne ein effektives Datum der Lohnänderung zu vermerken – einen neuen Lohn von Fr. 75'400.– brutto pro Jahr bzw. Fr. 5'800.– pro Monat bei einem Beschäftigungsgrad von 80% an (Urk. 9/6).

2. Vom 8. August 2009 bis 5. September 2009 war die Klägerin zu 50%, von 6. September 2009 bis 31. Januar 2010 zu 100% infolge Krankheit arbeitsunfähig. Ab 1. Februar 2010 war die Klägerin wieder zu 50% für die Beklagte tätig (Urk.

9/8). Am 19. Februar 2010 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mündlich per 31. Mai 2010, was sie mit Schreiben vom 24. Februar 2010 bestätigte. Gleichzeitig wurde die Klägerin mit sofortiger Wirkung freigestellt (Urk. 2/3 = Urk. 9/10, Urk. 9/9). Mit Schreiben vom 10. März und 23. März 2010 reklamierte die Klägerin den ausstehenden Lohn für den Februar 2010 und für den März 2010 (Urk. 2/6, Urk. 2/8). Mit Schreiben vom 13. April 2010 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie habe sich regelmässig zuviel Lohn ausbezahlt. In den Lohnabrechnungen habe die Klägerin weder die Vereinbarung vom 13. (recte: 12.) Dezember 2008 noch die von ihr gewünschte Arbeitszeitverkürzung von 100% auf 80% ab Februar 2008 beachtet. Nach Verrechnung mit den für Februar bis Mai 2010 geschuldeten Löhnen ergebe sich ein Rückforderungsanspruch zugunsten der Beklagten von Fr. 6'133.53 (Urk. 9/11, Urk. 9/5). Von Januar 2009 bis Januar 2010 war der Beklagten stets ein Bruttolohn von Fr. 5'800.– gutgeschrieben worden, was auch aus den Lohnabrechnungen – mit Ausnahme derjenigen für den Januar 2010 – hervorgeht (Urk. 2/9/1-12, Urk. 2/7/1, Urk. 9/4).

3. Bereits am 24. März 2010 hatte die Klägerin beim Arbeitsgericht Zürich das vorliegende Verfahren eingeleitet (Urk. 1). Die Sühnverhandlung verlief erfolglos (Urk. 10), worauf die Parteien auf den 31. August 2010 zur Hauptverhandlung vorgeladen wurden (Urk. 11). Die Klägerin stellte die obgenannten Rechtsbegehren (Urk. 13 S. 1, Prot. I S. 4 f.). Die Lohnforderungsklage setzt sich aus ausstehendem Lohn (Fr. 20'028.50), Ferienentschädigung (Fr. 3'888.–) und Überstundenvergütung (Fr. 3'968.65) zusammen. Die Beklagte anerkannte das Begehren um Ausstellung eines Arbeitszeugnisses und hielt im Übrigen auf Abweisung der Klage. Zugleich erhob sie Widerklage über Fr. 6'133.50 (Urk. 15 S. 2).

Die Vorinstanz erachtete das Verfahren nach der Hauptverhandlung vom 31. August 2010 für spruchreif (Urk. 21 S. 5). Mit Beschluss vom 27. September 2010 erledigte sie Rechtsbegehren Ziffer 2 betreffend Arbeitszeugnis aufgrund einer Klageanerkennung. Mit Urteil vom gleichen Tag hiess sie die Lohnforderungsklage teilweise gut und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin Fr. 20'914.25 netto nebst 5% Zins seit dem 1. Juni 2010 sowie Fr. 278.– Betreibungskosten zu bezahlen. Sodann wurde die Beklagte verpflichtet, der Klägerin die Lohnabrechnun-

gen für die Monate Januar bis Mai 2010 und eine schriftliche Kündigungsbegründung aus- und zuzustellen. Im Übrigen wies die Vorinstanz die Klage ab (Urk. 21 S. 20). Die Widerklage fand nicht Eingang ins Urteilsdispositiv, doch wurde die "Lohnrückforderung" in den Urteilsbegründungen behandelt und festgestellt: "Für eine Rückforderung des zuviel bezahlten Lohnes besteht kein Raum, weshalb die Widerklage vollumfänglich abzuweisen ist" (Urk. 21 S. 12).

4. Gegen das ihr am 30. September 2010 zugestellte Urteil erklärte die Beklagte mit Eingabe vom 6. Oktober 2010, gleichentags zur Post gegeben und bei der Vorinstanz eingegangen am 7. Oktober 2010, die Berufung (Urk. 19/2). Die Berufungsbegründung, mit welcher die vollständige Abweisung der Hauptklage und die Gutheissung der Widerklage, eventualiter die Rückweisung des Prozesses beantragt wird, datiert vom 6. Dezember 2010 (Urk. 26). Die Berufungsantwort ging am 9. Februar 2011 hierorts ein (Urk. 29). Beide Parteien verzichteten auf einen weiteren Parteivortrag (Urk. 31, Urk. 33). Die Klägerin stellte mit Eingabe vom 1. April 2011 ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung (Urk. 33). Mit Verfügung vom 8. April 2011 wurde sie zur Beibringung von weiteren Ausweisen aufgefordert (Urk. 35), worauf sie sich mit Eingabe vom 21. April 2011 vernehmen liess und weitere Unterlagen zu ihrer finanziellen Situation einreichte (Urk. 36). Die Zustellung dieser Eingabe an die Beklagte erfolgte am 29. April 2011 (Urk. 39). Seither sind keine weiteren Eingaben der Parteien mehr erfolgt. Die Parteien haben auf Anwesenheit bei der Urteilsberatung und auf mündliche Urteilsöffnung verzichtet (Prot. II S. 7).

II.

1. Die Klägerin anerkannte vor Vorinstanz, dass sie für die Anpassung ihres Arbeitsbereichs per 1. Januar 2009 eine Lohnreduktion von Fr. 500.– in Kauf genommen hat und der vereinbarte Lohn ab diesem Zeitpunkt demnach Fr. 5'300.– betragen hätte (Urk. 13 S. 2, S. 4). Sie beruft sich indes auf eine nochmalige Änderung ihres Lohnes: Im Januar 2009 habe der Treuhänder Z. _____ unter anderem auch ihre Lohnabrechnung erstellt. Entgegen der Korrektur gemäss "Arbeits-

vertrag-Ergänzung" sei darin ein Bruttolohn von Fr. 5'800.– ausgewiesen worden. Als die Klägerin diesen Fehler entdeckt habe, habe sie Geschäftsführer C. _____ darauf hingewiesen, worauf dieser gesagt habe, man solle den Lohn so behalten, wie im Arbeitsvertrag ursprünglich vereinbart. In den folgenden Monaten habe die Klägerin Geschäftsführer C. _____ immer wieder auf die Diskrepanz zwischen der Lohnabrechnung und dem reduzierten Lohn hingewiesen. Entgegen der Behauptung der Beklagten habe die Klägerin zu keinem Zeitpunkt die Lohnabrechnungen erstellt. Es sei immer die Aufgabe der Mitarbeiterin E. _____ und des Treuhänders Z. _____ gewesen, die Lohnabrechnungen auszufertigen (Urk. 13 S. 4 f.). Als der Geschäftsführer der Klägerin gesagt habe, es werde der ursprüngliche Lohn beibehalten, habe sie dies wiederum der Pensionskasse mitgeteilt (Prot. I S. 11). Entgegen der "Arbeitsvertrag-Ergänzung" habe die Klägerin denn auch nach wie vor insbesondere die Debitoren und Kreditoren erfassen und verbuchen müssen. Die Belastungen an ihrem Arbeitsplatz seien enorm gewesen; sie sei wohl auch deswegen krank geworden. Auch als sie zu 100% krank geschrieben gewesen sei, sei von ihr Präsenz am Arbeitsplatz verlangt worden, um so viel wie möglich erledigen zu können (Urk. 13 S. 3, S. 5).

2. Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, der Lohn der Klägerin sei mit schriftlicher Vereinbarung vom 12. Dezember 2008 auf Fr. 5'300.– brutto herabgesetzt worden. Im Januar 2009 hätten sich die Beklagte und die Klägerin sodann darauf geeinigt, die Arbeitszeit und den Lohn auf 80% zu reduzieren und die Kündigung als nichtig zu betrachten. Am Mittwoch sei die Klägerin in der Regel zu Hause geblieben und habe E. _____ vom Arbeitsplatz der Klägerin aus die Buchhaltung erledigt (Urk. 15 S. 3, Prot. I S. 7). Trotz der Vereinbarung über die Lohnreduktion auf Fr. 5'300.– und trotz der später nochmals erfolgten Reduktion der Arbeitszeit auf 80% habe sich die Klägerin weiterhin einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 5'800.– ausbezahlt. Sogar für die Zeit der Krankheit, während der die Klägerin Anspruch auf lediglich 80% des ihr zustehenden Lohnes gehabt hätte, habe sie sich Fr. 5'800.– ausbezahlen lassen (Urk. 15 S. 4). Erst als die Klägerin der Beklagten mit E-Mail vom 22. Februar 2010 eine Aufstellung der ihr zustehenden Forderungen übermittelt habe, habe Geschäftsführer C. _____ bemerkt, dass sich die Klägerin jeweils einen zu hohen Lohn habe auszahlen lassen (Urk. 15 S. 5).

Es treffe nicht zu, dass die Klägerin Geschäftsführer C._____ auf den zu hoch ausbezahlten Lohn aufmerksam gemacht habe. Weder C._____ noch ein anderer Mitarbeiter hätten gesagt, der Lohn der Klägerin werde wieder auf Fr. 5'800.– erhöht (Prot. I S. 9). Zu den Aufgaben der Klägerin habe die Zusammenstellung und die Auszahlung der Löhne gehört. Sie habe dementsprechend über Zugriff auf das "electronic banking" der Beklagten verfügt. Die Löhne würden bei der Beklagten in zwei Tranchen ausbezahlt. Einerseits habe die Klägerin die Akontozahlungen erfassen und auslösen müssen (erste Tranche); andererseits habe sie für die Berechnung der zweiten Tranche die monatlich geschuldeten Löhne ausrechnen und diese dann ebenfalls im "electronic banking" eingeben und auslösen müssen. Da die Klägerin diese Arbeiten selbständig gemacht habe, hätten die Verantwortlichen bei der Beklagten nicht gemerkt, dass sich die Klägerin nicht an die Lohnabmachungen gehalten habe (Urk 15 S. 4). Wenn der Tag der Lohnzahlungen auf einen Mittwoch, d.h. auf den arbeitsfreien Tag der Klägerin gefallen sei, sei die Klägerin trotzdem freiwillig in den Betrieb gekommen und habe für alle Mitarbeiter die Lohnzahlungen erledigt und die Lohnabrechnungen erstellt (Urk. 15 S. 5, Prot. I S. 7 ff., S. 12). Insgesamt habe der Klägerin ein Bruttolohn von Fr. 86'062.30 zugestanden. Da ihr insgesamt Fr. 92'195'83 brutto ausbezahlt worden seien, habe sie Fr. 6'133.53 der Beklagten zurückzuerstatten (Urk. 15 S. 6, Urk. 9/5). Überstunden seien weder angeordnet noch notwendig gewesen. Im Übrigen hätte die Klägerin durch die Freistellung sowohl allfällige Ferientage als auch allfällige Überzeit kompensieren können (Urk. 4 S. 9).

3. Die Vorinstanz gelangte zum Ergebnis, dass über die Behauptung der Klägerin, die Parteien hätten nach Reduktion des Lohnes auf Fr. 5'300.– wieder den ursprünglichen Lohn vereinbart und die Lohnänderung rückgängig gemacht, kein Beweis erhoben werden müsse. Unter Hinweis auf Art. 6 OR erachtete die Vorinstanz einen Arbeitsvertrag mit einem höheren Lohn dann als abgeschlossen, wenn ein Arbeitgeber regelmässig den höheren Lohn ausbezahle. Die Beklagte habe der Klägerin insgesamt dreizehn Mal den höheren als den vertraglichen Lohn ausbezahlt. Somit sei der höhere Lohn von Fr. 5'800.– wieder Vertragsbestandteil geworden. Mangels entgegenstehender Abrede habe die Beklagte diesen Lohn bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses zu bezahlen (Urk. 21 S. 8 f.).

Die Vorinstanz setzte sich sodann mit dem Einwand der Beklagten auseinander, die Klägerin habe sich den Lohn selber ausbezahlt und die Beklagte damit übers Ohr gehauen. Sie hielt dafür, kein Arbeitnehmer zahle sich den Lohn selber aus; dies sei Sache des Arbeitgebers, es sei denn, dieser übertrage dem Arbeitnehmer diese Aufgabe. Davon könne im vorliegenden Fall aber nicht die Rede sein, sei doch die Klägerin mit der Vertragsänderung vom 12. Dezember 2008 gerade davon entbunden worden, die Lohnzahlungen zu betreuen. Die Klägerin habe keine Lohnabrechnungen zu erstellen gehabt und über keine Unterschriftsberechtigung verfügt, um Lohnzahlungen auszulösen. Wenn der tatsächlich ausbezahlte Lohn deshalb unbemerkt geblieben sei, weil sich C._____ damit begnügt habe, lediglich die ihm vorgelegte Gesamtlohnsumme eines betreffenden Monats zur Kenntnis zu nehmen, habe die Beklagte ihre Pflichten sträflich vernachlässigt (Urk. 21 S. 9 mit Verweis auf Urk. 10 S. 2).

Die Vorinstanz prüfte schliesslich die Konstellation, in der die Klägerin sich den Lohn selbst ausbezahlt hätte oder mit der Lohnbuchhaltung betraut gewesen wäre. Sie erwog, die Beklagte könnte sich auch in diesem Fall nicht exkulpieren. Der Arbeitgeber hafte selbst für den verursachten Schaden, wenn er es unterlasse, die Tätigkeit seiner Arbeitnehmer angemessen zu beaufsichtigen, zumal wenn Grund zur Annahme bestehe, die Arbeitnehmerin könne ihre vertraglichen Pflichten nicht vorschriftsgemäss erfüllen. Dies sei vorliegend der Fall gewesen, habe die Beklagte die Fähigkeiten der Klägerin hinsichtlich der Buchhaltungsführung doch in Frage gestellt. Umso mehr hätte ihre Arbeit überwacht werden müssen, wenn sie mit Aufgaben betraut worden wäre, die ihre Fähigkeiten überstiegen hätten. Die Klägerin hätte daher einer besonderen Betreuung und Beaufsichtigung bedurft. Doch sei das Gegenteil der Fall gewesen. Die Beklagte habe sich um rein gar nichts gekümmert, ansonsten die Klägerin nicht über 13 Monate unbemerkt einen falschen Lohn hätte beziehen können. Der Beklagten müsse zum Vorwurf gemacht werden, dass sie der Buchhaltung oder zumindest der Lohnbuchhaltung überhaupt keine Beachtung geschenkt habe. Die Klägerin habe nichts getan, um die höheren Lohnzahlungen zu verschleiern, seien diese doch gegenüber der Pensionskasse und der Krankentaggeldversicherung wahrheitsgemäss angegeben und offengelegt worden. Dass die Beklagte erst im März 2010 durch die Klä-

gerin selber auf die Lohnhöhe von Fr. 5'800.– aufmerksam geworden sei, erstaune noch mehr, als anfangs 2010 ein Lohnausweis habe ausgestellt werden müssen. Die Vorinstanz erachtete daher einen vertraglichen Monatslohn von Fr. 5'800.– für erstellt (Urk. 21. S. 9 ff.) und errechnete einen ausstehenden Nettolohnanspruch von Fr. 19'109.42 (Urk. 21 S. 18). Mit der Widerklage fordere die Beklagte weder eine irrtümlich erfolgte noch eine unfreiwillig erbrachte Leistung zurück: Erstens habe die Beklagte – ihrer Darstellung gemäss – ganz genau gewusst, dass die Schuld nicht bestanden habe, und die Zahlungen trotzdem ausgelöst. Zweitens habe die Klägerin ihren Lohn nicht aus Versehen sondern aufgrund eines vertraglichen Anspruchs erhalten. Drittens sei es nicht einem Versehen sondern der pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit der Beklagten zuzuschreiben, wenn die Klägerin ihren Lohn tatsächlich nicht in der korrekten Höhe erhalten hätte (Urk. 21 S. 11 f.).

Den von der Klägerin geltend gemachten Ferienanspruch von 14,75 Tagen hielt die Vorinstanz mangels substantiierter Bestreitung für ausgewiesen. Zuzufolge krankheitsbedingter Abwesenheit der Klägerin kürzte die Vorinstanz den Ferienanspruch um 7,33 auf 7,42 Tage und sprach der Klägerin den darauf entfallenden Lohn (Fr. 1'804.85) zu (Urk. 21 S. 13 f., S. 16). Die eingeklagte Überstundenvergütung wies die Vorinstanz ab mit der Begründung, die Klägerin habe während ihrer Freistellung über genügend Zeit verfügt, allenfalls aufgelaufene Überstunden zu kompensieren (Urk. 21 S. 14).

4. Die Beklagte wirft der Klägerin auch im Berufungsverfahren vor, sie habe unter Missbrauch der ihr eingeräumten Vertrauensstellung wissentlich und willentlich Falschzahlungen herbeigeführt (Urk. 26 S. 3). Die Vorinstanz sei zu Unrecht und ohne Beweisverfahren davon ausgegangen, dass die Klägerin keine Lohnabrechnungen erstellt und keine Lohnzahlungen vorgenommen habe. Es sei auch nach dem 12. Dezember 2008 weiterhin Aufgabe der Klägerin gewesen, die monatlichen Löhne zu berechnen und im "electronic banking" zu erfassen. Die Klägerin sei es gewesen, welche die Löhne im System erfasst und die Lohnauszahlungen ausgelöst habe. Der Treuhänder Z._____ habe die ganze Buchhaltung im Computer gemacht, die von der Klägerin berechneten Löhne buchhalterisch

erfasst und mit den Sozialwerken abgerechnet (Urk. 26 S. 7). Die Klägerin sei für die Berechnung der Löhne im "electronic banking" verantwortlich gewesen, habe für sich im "electronic banking" wissentlich zu hohe Monatslöhne (Fr. 5'800.– statt Fr. 5'300.– per 1. Januar 2009 bzw. Fr. 5'800.– statt Fr. 4'240.– per 1. Februar 2009) erfasst und diese Zahlungen auch selber ausgelöst (Urk. 26 S. 3). Aus dem Umstand, dass die Klägerin es selbst unterlassen habe, die Lohnreduktion nachzuvollziehen, d.h. im "electronic banking" jeweils ihren reduzierten Lohn zu erfassen und auszuzahlen, habe die Klägerin sicherlich nicht auf eine Lohnreduktion (recte: Lohnerhöhung) schliessen dürfen, auch wenn die Beklagte bzw. deren Organe diese Verfehlung über ein Jahr lang nicht erkannt hätten (Urk. 26 S. 6). Bei dieser Konstellation könne entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht von einer Offerte der Beklagten für eine Lohnerhöhung im Sinne von Art. 6 OR ausgegangen werden (Urk. 26 S. 5). Nicht einmal die Klägerin gehe von einer solchen Offerte aus, sondern behauptete eine Zustimmung des Geschäftsführers zum ursprünglich vereinbarten Lohn, was von der Beklagten indes bestritten werde (Urk. 26 S. 7 f.). Der hier zu beurteilende Fall unterscheide sich in zwei Punkten ganz grundsätzlich von anderen Sachverhalten, bei welchen eine Arbeitgeberin einem Arbeitnehmer einen zu hohen Lohn ausbezahle: Erstens gehe es um eine Mitarbeiterin, die mit der Auszahlung der Löhne beauftragt gewesen sei; und zweitens habe sich die Klägerin entgegen einer klaren schriftlichen Abmachung (und später auch entgegen der mündlichen Vereinbarung der Arbeitszeit- und Lohnreduktion) bösgläubig weiterhin einen zu hohen Lohn ausbezahlt (Urk. 26 S. 6). Der Arbeitgeber müsse nicht damit rechnen, dass Mitarbeiter sich auf seine Kosten und in Verletzung der vertraglichen Abmachungen bereichern würden. Sei dies dennoch der Fall, dürfe dem Arbeitgeber nicht eine Verletzung von Aufsichtspflichten vorgeworfen werden, weil er dies ein Jahr lang nicht bemerkt habe. Indem die Klägerin in Verletzung ihrer arbeitsvertraglichen Treue- und Sorgfaltspflicht für sich einen zu hohen Lohn im System erfasst habe, sei sie gegenüber der Beklagten gemäss Art. 97 OR bzw. Art. 41 OR schadenersatzpflichtig geworden, wobei der mit der Widerklage geltend gemachte Betrag wesentlich unter dem effektiv geschuldeten Nettobetrag von CHF 16'346.– liege. Selbst wenn die Klägerin nicht mit der Erfassung der Löhne betraut gewesen wäre, hätte sie aus der Beibehal-

tung der bisherigen Lohnsumme nicht auf eine Offerte für eine Lohnerhöhung schliessen dürfen, sondern hätte von einem Fehler der Beklagten ausgehen und nachfragen müssen, ob ihr eine Lohnerhöhung bewilligt worden sei (Urk. 26 S. 8, S. 10).

Die Beklagte habe dargelegt, dass die Klägerin ein allfälliges Ferienguthaben während der mehr als dreimonatigen Freistellungszeit hätte beziehen können bzw. müssen. Die Vorinstanz habe auch diesen Einwand ignoriert, obwohl der Arbeitnehmer nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch in der Zeit der Freistellung die ihm zustehenden Freitage nach Möglichkeit beziehen müsse, ohne dass eine ausdrückliche Weisung des Arbeitgebers nötig sei (Urk. 26 S. 9).

5. Die Klägerin schloss sich den vorinstanzlichen Erwägungen an und verwies vollumfänglich auf die Akten (Urk. 29).

III.

1. a) Auf das vorliegende Verfahren findet das bisherige Prozessrecht Anwendung (Art. 404 f. ZPO). Die Vorinstanz hat den Streitwert auf ca. Fr. 33'772.20 beziffert (was von keiner Partei gerügt wurde). Damit folgt der Prozess den Regeln des ordentlichen Verfahrens (Art. 343 Abs. 2 aOR, § 53 Abs. 2 ZPO/ZH). Dies gilt – unabhängig vom Streitwert vor der Berufungsinstanz – auch im Berufungsverfahren (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, N 6 zu Art. 343 OR, mit Verweis auf die Rechtsprechung).

b) Die Klägerin hat einen Ferienlohn von Fr. 3'888.– brutto (Prot. I S. 5) und eine Überstundenvergütung von Fr. 3'968.65 brutto (Urk. 13 S. 7, Prot. I S. 4) eingeklagt. Die Vorinstanz hat die Klage betreffend Ferienlohn im Fr. 1'985.97 brutto übersteigenden Betrag, betreffend Überstundenvergütung und betreffend Rückzug/Löschung der Betreibung (Rechtsbegehren Ziffer 5) abgewiesen. Das vorinstanzliche Urteil blieb insofern unangefochten. Soweit die Klage abgewiesen wurde, ist das vorinstanzliche Urteil mit Eingang der Berufungsantwort am 9. Februar 2011 rechtskräftig geworden. Davon ist Vormerk zu nehmen.

2. a) Die Vorinstanz hat im Umstand, dass der Klägerin über längere Zeit ein Lohn von Fr. 5'800.– ausbezahlt wurde, einen Antrag der Beklagten im Sinne von Art. 6 OR gesehen, der mangels Ablehnung der Klägerin als angenommen zu gelten habe (Urk. 21 S. 8 f.).

b) Der Antrag stellt die zeitlich erste Willenserklärung eines Vertrags dar. Bei juristischen Personen sind die Organe dazu berufen, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben (Art. 55 Abs. 1 ZGB). Die Klägerin erfüllte als Büroangestellte bei der Beklagten weder über formelle noch faktische Organfunktion. Als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift war insbesondere C._____ dazu berufen, für die Beklagte rechtsgeschäftlich zu handeln. C._____ hat den Arbeitsvertrag der Klägerin und dessen Ergänzung unterzeichnet (Urk. 2/1 = Urk. 9/1, Urk. 9/2). Die Klägerin hat im vorinstanzlichen Verfahren ein rechtsgeschäftliches Handeln des Geschäftsführers behauptet. So machte sie geltend, sie habe Geschäftsführer C._____ auf die Diskrepanz zwischen Lohnabrechnung und Ergänzung des Arbeitsvertrags hingewiesen, worauf dieser mündlich dem ursprünglich vereinbarten Lohn gemäss Arbeitsvertrag (Fr. 5'800.– brutto) zugestimmt habe (Urk. 13 S. 4 f.). Die Beklagte stellte diese Darstellung in Abrede (Prot. I S. 9).

c) Die Vorinstanz hat die Frage, ob die Parteien im Januar 2009 wieder den ursprünglichen Lohn vereinbart bzw. die Lohnreduktion rückgängig gemacht haben, ausdrücklich offen gelassen (Urk. 21 S. 8). Zur Begründung führte die Vorinstanz an, die Beklagte habe der Klägerin insgesamt dreizehn Mal den höheren Lohn bezahlt und damit eine Lohnerhöhung offeriert, die von der Klägerin stillschweigend akzeptiert worden sei. Eine solche Offerte musste – um gültig die Beklagte verpflichten zu können – von einem Organ der Beklagten ausgehen. Die Beklagte hatte vor Vorinstanz explizit behauptet, die Klägerin habe die Lohnabrechnungen selbst erstellt und sich den Lohn von Fr. 5'800.– auf elektronischem Wege selbst überwiesen. Die Vorinstanz hat diese Behauptung mit der Begründung verworfen, die Klägerin habe gemäss Vertragsänderung vom 12. Dezember 2008 keine Lohnabrechnungen erstellen müssen und über gar keine Unterschriftsberechtigung verfügt (Urk. 21 S. 9). Mit dieser Argumentation übersieht die Vorinstanz zweierlei: Erstens war dem Treuhänder Z._____ die ganze Buchhal-

tung im Buchhaltungsprogramm ("...") einschliesslich die Lohnbuchhaltung, nicht aber das Ausstellen der Lohnabrechnung und der Zahlungsverkehr übertragen worden. Zweitens hat die Beklagte ausdrücklich geltend gemacht, die Klägerin habe über Zugriff auf das "electronic banking" ihrer Arbeitgeberin verfügt und – sogar während der Zeit ihrer Krankheit – die Lohnabrechnungen und -zahlungen besorgt (Urk. 15 S. 4 f., Prot. S. 8). Die Klägerin hat nicht in Abrede gestellt, dass sie für die Beklagte Bankgeschäfte im Internet abwickeln konnte (Prot. I S. 11, Urk. 29). Aus diesem Grunde kann entgegen der Vorinstanz nicht gesagt werden, die Klägerin sei nicht mit der Auszahlung der Löhne betraut und nicht in der Lage gewesen, die Auszahlungen auszulösen. Eine (persönliche) Befragung der Klägerin zu diesem Thema unterblieb.

d) Weder bei der Klägerin noch beim (externen) Treuhänder Z._____ oder der Mitarbeiterin E._____ (die nach Darstellung der Klägerin Lohnabrechnungen und -zahlungen besorgten) handelt es sich um Organe der Beklagten. Trifft die Darstellung der Beklagten zu, hätte sich die Klägerin absichtlich ein zu hohes Gehalt überwiesen, hat sie der Lohnreduktion per 1. Januar 2009 doch am 12. Dezember 2008 selber zugestimmt. In ihrem (absprachewidrigen) Verhalten könnte keine Offerte der Beklagten zu einer Lohnerhöhung erblickt werden, zumal auch noch ein (verpöntes) Selbstkontrahieren vorliegen würde. Nach dem Vertrauensprinzip könnte aber selbst dann nicht von einer solchen Offerte der Beklagten ausgegangen werden, wenn die Darstellung der Klägerin zutrifft und der Treuhänder Z._____ oder die Mitarbeiterin E._____ die Lohnabrechnungen und -zahlungen besorgten. In der vorliegenden Konstellation (mit schriftlicher Fixierung der Lohnhöhe) muss sich der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber über den Grund der Mehrzahlung erkundigen, widrigenfalls er es an der gebotenen Aufmerksamkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB fehlen lässt, wie die Vorinstanz in einem früheren Entscheid zutreffend erkannte (JAR 1991, S. 126 ff., zit. bei BK-Rehbinder/Stöckli, N 44 zu Art. 322 OR). Die im vorinstanzlichen Entscheid angeführten Kommentarstellen und Entscheide (Urk. 21 S. 8) sind demgegenüber für den vorliegenden Fall nicht einschlägig. Gilt der Arbeitnehmer nicht als gutgläubig, kann er sich nicht "in guten Treuen" auf eine Offerte zur Vertragsänderung berufen, die stillschweigend angenommen werden kann. Dies alles macht die

Klägerin denn auch nicht geltend, will sie doch den Geschäftsführer C._____ auf den "Fehler" aufmerksam gemacht und seine Zustimmung zum höheren Lohn von Fr. 5'800.– erhalten haben. Dies wird wie gesagt von der Beklagten bestritten. Mit der von der Vorinstanz gelieferten Begründung ist ein vertraglicher Lohn der Klägerin von Fr. 5'800.– nicht erstellt.

3. a) Die Frage, ob die Parteien "alsdann im Januar 2009 wieder den ursprünglichen Lohn vereinbart bzw. die Lohnabänderung rückgängig gemacht haben" (Urk. 21 S. 8), könnte nur dann offen gelassen werden, wenn die Beklagte durch ihre zur Vertretung befugten Organe die Lohnerhöhung *anderweitig* nachträglich genehmigt hätte (BK-Zäch, N 4 der Vorbem. zu Art. 38-39 OR). Die Vorinstanz hat im Verhalten der Beklagten keine eigentliche Genehmigung erblickt. Sie kommt aber zum Schluss, die Beklagte hafte wegen unterlassener Beaufsichtigung der Klägerin und Vernachlässigung ihrer Buchhaltung selbst für den verursachten Schaden, zumal sie der Klägerin anfangs 2010 einen Lohnausweis habe ausstellen müssen. Insofern misst die Vorinstanz dem Verhalten der Beklagten (wie bei einer Genehmigung) heilende Wirkung zu.

b) Diese Argumentation verfängt von vornherein nicht, wenn die Klägerin für die Mehrzahlungen verantwortlich ist. In diesem Fall könnte die Klägerin aus einer Verletzung von "Arbeitgeberpflichten" (Urk. 21 S. 9) nichts zu ihren Gunsten ableiten, findet doch der offenbare Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz (Art. 2 ZGB). Der Arbeitnehmer, der bewusst den Arbeitsvertrag verletzt und sich dadurch finanzielle Vorteile verschafft, kann sich gegenüber dem Arbeitgeber nicht darauf berufen, dies zu spät bemerkt und nicht rechtzeitig eingegriffen zu haben.

c) Wäre die Klägerin für die Mehrzahlungen nicht verantwortlich, beurteilte sich die Frage, ob der Arbeitsvertrag mit einem Bruttolohn von Fr. 5'800.– gilt, nicht nach irgendwelchen, den Arbeitgeber treffenden Überwachungspflichten (so die Vorinstanz [Urk. 21 S. 9 f.]), sondern ausschliesslich nach Art. 38 OR. Die Klägerin verlangt von der Beklagten nämlich nicht Schadenersatz sondern Erfüllung des Arbeitsvertrags. Gemäss Art. 38 Abs. 1 OR wird der Vertretene nur dann berechtigt oder verpflichtet, wenn er den durch einen vollmachtlosen Stellvertreter

abgeschlossenen Vertrag genehmigt. Dabei ist einzuräumen, dass bei Vorliegen besonderer Umstände auch Stillschweigen eine Genehmigung bedeuten kann, wenn ein Widerspruch des Vertretenen möglich und zumutbar war und der Geschäftspartner in guten Treuen davon ausgehen konnte, der Vertretene werde bei fehlendem Einverständnis widersprechen (BGE 124 III 355, 361; BK-Zäch, N 55 zu Art. 38 OR).

d) Auf eine solche anderweitige Genehmigung durch Stillschweigen hat sich die Klägerin indes nie berufen. Dies ist insoweit nicht erstaunlich, als sie von einer expliziten Genehmigung ausgeht und geltend machte, sie habe den Geschäftsführer nach Erhalt der Lohnabrechnung für den Januar 2010 – und in den folgenden Monaten "immer wieder" – auf die Mehrzahlungen hingewiesen und sein mündliches Einverständnis dafür erhalten. Die Klägerin hat aber für den Fall, dass ihr Standpunkt nicht bewiesen werden kann, keinerlei weitere Umstände vorgebracht, die einen späteren Widerspruch der Beklagten als möglich und zumutbar erscheinen lassen. Im ordentlichen Zivilprozess ist das Gericht an die die Klage begründenden Tatsachen gebunden (§ 54 Abs. 1 ZPO/ZH). Der allgemeine Hinweis der Vorinstanz, die Beklagte habe der Klägerin anfangs 2010 einen Lohnausweis ausstellen müssen, weshalb es erstaune, dass die Beklagte erst im März 2010 durch die Klägerin selber auf die Lohnhöhe von Fr. 5'800.– aufmerksam geworden sei (Urk. 21 S. 10 f.), genügt für die Annahme einer stillschweigenden Genehmigung nicht. Erstens hat die Beklagte behauptet, sie habe erstmals am 22. Februar 2010 aufgrund einer E-Mail der Klägerin von den zu hohen Auszahlungen erfahren (Urk. 15 S. 5, Urk. 9/9), was seitens der Klägerin nicht bestritten wurde. Zweitens hat Geschäftsführer C._____ die Frage, wer jeweils die Lohnausweise am Jahresende unterschrieben habe, zwar wie folgt beantwortet: "Das mache ich" (Prot. I S. 12). Inhalt und Datum der Ausstellung des Lohnausweises der Klägerin sind aber unbekannt. Die Beklagte hat der Klägerin seit dem Februar 2010 keinen Lohn mehr ausbezahlt. Es kann daher auch nicht beurteilt werden, ob Geschäftsführer C._____ nach Unterzeichnung des Lohnausweises der Klägerin in Kenntnis (wobei "Kennenmüssen" genügen würde) des ausgewiesenen Bruttolohnes noch weitere Lohnzahlungen in unveränderter Höhe toleriert hat.

Mangels einer entsprechenden Behauptung der Klägerin muss darauf nicht weiter eingegangen zu werden.

e) Die Beweislast, dass ein bestimmter Lohn verabredet wurde, liegt bei der Partei, die daraus Rechte ableitet, in der Regel für die Vereinbarung also beim Arbeitnehmer (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 322 OR). So verhält es sich auch im vorliegenden Fall. Demnach hat die Klägerin zu beweisen, dass sie nach Erhalt der Lohnabrechnung für den Januar 2009 (und in den folgenden Monaten immer wieder) Geschäftsführer C._____ auf die Diskrepanz zwischen dem ausbezahlten Lohn (Fr. 5'800.– brutto) und dem am 14. November 2008 vereinbarten Lohn (Fr. 5'300.–) hinwies und dieser ihr darauf sagte: "Man solle den Lohn so behalten, wie im Arbeitsvertrag ursprünglich vereinbart". Scheitert der Nachweis sowohl hinsichtlich eines Hinweises auf die Mehrzahlung als auch hinsichtlich der Äusserung C.____s, kann mangels anderweitiger stillschweigender Genehmigung die unter den Parteien umstrittene Frage, ob die Lohnabrechnungen und Auszahlungen von der Klägerin oder von anderen Mitarbeitern (E.____, Treuhänder Z.____) erstellt bzw. getätigt wurden, offen gelassen werden. Dies gilt auch für den Fall, dass sich lediglich der Hinweis der Klägerin nicht aber die Äusserung C.____s erstellen lässt. Doch wird die Vorinstanz bei dieser Beweislage zu entscheiden haben, ob die Mitteilung der Klägerin bzw. deren Kenntnisnahme zusammen mit den in der Folge unverändert gebliebenen Lohnzahlungen als Genehmigungshandlung der Beklagten aufzufassen ist.

4. a) Die Beklagte machte bereits vor Vorinstanz geltend, die Parteien hätten sich im Nachgang zur Kündigung vom 30. Januar 2009 (Urk. 9/3) darauf geeinigt, dass die Arbeitszeit und der Lohn auf 80% reduziert und die Kündigung für nichtig betrachtet werde (Urk. 15 S. 3, Prot. I S. 7, S. 10). Sie geht daher ab 1. Februar 2009 von einem Lohnanspruch von 80% von Fr. 5'300.– (Fr. 4'240.–) aus. Die Klägerin trug eine davon abweichende Darstellung vor. Sie führte aus, ihr sei in Aussicht gestellt worden, dass mittelfristig ihr Arbeitspensum von 100% auf 80% reduziert würde (Urk. 13 S. 2). Ihre Lohnforderungen berechnet sie auf der Basis eines Pensums von 100% (Urk. 13 S. 6). Damit hat die einvernehmliche Reduktion des Beschäftigungsgrads und des Lohnes als bestritten zu gelten.

b) Die Vorinstanz hat sich zu diesem Sachverhalt nicht geäußert. Im Berufungsverfahren hält die Beklagte die einvernehmliche Arbeitszeit- und Lohnreduktion aufgrund der im persönlichen Arbeitszeitkonto der Klägerin vermerkten Stunden (Urk. 2/2/2) für erstellt (Urk. 26 S. 4). Dem kann nicht gefolgt werden. Die Reduktion des Arbeitszeitpensums führt nicht automatisch zu einer Anpassung der Entlohnung im entsprechenden Umfang. Das Bundesgericht hat in einem Fall, in dem der Beschäftigungsgrad auf Ersuchen des Arbeitnehmers von 80% auf 60% reduziert wurde, keine Diskussion über die Anpassung des Lohnes stattfand und der Arbeitgeber in der Folge während fünf Monaten den unveränderten Monatslohn auszahlte, dem Arbeitnehmer zugebilligt, er habe in guten Treuen davon ausgehen dürfen, der ihm ausbezahlte Monatslohn stehe ihm auch für den reduzierten Beschäftigungsgrad von 60% zu (BGE 4P.215/2003 publiziert in JAR 2004 S. 397). Dies ist auch für die vorliegenden Verhältnisse von Bedeutung. Immerhin hatte die Klägerin wegen "diverser Probleme" gekündigt (Urk. 9/3) und war der Beklagten offenbar daran gelegen, sie weiter zu beschäftigen. Hätten die Parteien eine Anpassung des Arbeitspensums vereinbart, ohne gleichzeitig über eine Lohnreduktion zu diskutieren, hätte die Klägerin davon ausgehen dürfen, der bisherige Lohn (Fr. 5'800.– bzw. Fr. 5'300.–) stehe ihr für die reduzierte Arbeitsverpflichtung zu. Von diesem Vertrauensschutz könnte die Klägerin aber nur profitieren, wenn sie die Auszahlung der Löhne nicht selbst vorgenommen hätte, ansonsten von einer unzulässigen Ausnützung einer Vertrauensstellung gesprochen werden müsste.

c) Demzufolge ist abzuklären, ob die Klägerin und C. _____ im Nachgang zur Kündigung vom 30. Januar 2009 übereinkamen, Arbeitszeit *und Lohn* würden per 1. Februar 2009 auf 80% reduziert. Die Beweislast dafür liegt bei der Beklagten. Kann die Beklagte den Beweis für die Reduktion des Arbeitspensums und des Lohnes nicht erbringen, wäre von einem bisherigen Bruttolohn von Fr. 5'800.– bzw. Fr. 5'300.– auszugehen, sofern sich die Beklagte den Lohn nicht selbst überwiesen hat, wozu der Beklagten ebenfalls die Möglichkeit der Beweisführung zu eröffnen ist. Die Streitfrage, wer die Lohnabrechnungen besorgt und die Auszahlung der Löhne vorgenommen hat, kann in diesem Zusammenhang folglich nicht mehr offen gelassen werden. Sie kann auch nicht mit dem vorinstanzlichen

Hinweis abgetan werden, die Klägerin sei mit der Ergänzung des Arbeitsvertrags von dieser Aufgabe entbunden worden und habe über gar keine Unterschriftenberechtigung verfügt (vgl. Urk. 21 S. 9): Erstens wurde dem Treuhänder gemäss Ergänzung zum Arbeitsvertrag die Lohnbuchhaltung übertragen, was nicht zwingend ausschliesst, dass die Klägerin weiterhin die Erfassung, Berechnung und Auszahlung der Löhne besorgte, wie die Beklagte zutreffend geltend macht. Zweitens blieb seitens der Klägerin unbestritten, dass sie über die Berechtigung verfügte, für die Beklagte im "electronic banking" Zahlungen auszulösen.

5. a) Die Vorinstanz hat einen Ferienanspruch der Klägerin von 7,42 Tagen errechnet und dazu festgehalten, die Klägerin habe diese Tage nicht mehr beziehen können (Urk. 21 S. 14). Die Beklagte hat vor Vorinstanz ausgeführt, die Klägerin habe allfällige Ferientage durch die Freistellung kompensieren können (Prot. I S. 9). Berufungsweise rügt die Beklagte, die Vorinstanz habe ihren Einwand ignoriert (Urk. 26 S. 9).

b) Die Klägerin war vom 22. Februar bis 31. Mai 2010, also total 67 Arbeitstage, freigestellt (Urk. 13 S. 3 f.). Ab 1. März 2010 war sie offenbar zu 100% arbeitsfähig und nicht krankgeschrieben (Urk. 13 S. 6). Die Vorinstanz hat ausgeführt, die Klägerin habe während dieser Zeit mehr als genügend Zeit gehabt, um ihre allenfalls aufgelaufenen Überstunden von höchstens 126,5 Stunden zu kompensieren (Urk. 21 S. 9). Die Beklagte verweist zu Recht auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach der Arbeitnehmer in der Zeit der Freistellung die ihm zustehenden Ferientage nach Möglichkeit beziehen muss, ohne dass eine ausdrückliche Weisung des Arbeitgebers nötig ist, wobei die Arbeitssuche aber Vorrang hat. Die von der Gerichtspraxis im Zusammenhang mit der ungerechtfertigt fristlosen Entlassung aufgestellte Regel, dass die Kompensation erst ab einer Freistellungsdauer von wenigstens zwei bis drei Monaten in Frage kommt, darf nicht angewendet werden; vielmehr ist das im Einzelfall gegebene Verhältnis der Freistellungsdauer zur Anzahl der offenen Ferientage ausschlaggebend (BGE 128 III 282 f.).

c) Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund die Klägerin während ihrer Freistellung nebst allfälligen Überstunden 7 ½ Freitage nicht hätte beziehen kön-

nen. Auf eine Zusicherung der Beklagten, das Ferienguthaben auszuzahlen (vgl. Urk. 9/9), hat sich die Klägerin im Prozess nicht berufen. Sie hat auch nicht geltend gemacht, der Bezug der Ferien sei ihr – etwa wegen Arbeitssuche – bis 31. Mai 2010 nicht möglich bzw. nicht zumutbar gewesen. Ein Guthaben von höchstens 23 Tagen (126,5 Überstunden plus 7 ½ Freitage) innerhalb von 67 Freistellungstagen zu kompensieren, erscheint denn auch grundsätzlich möglich und zumutbar. Demzufolge ist der Ferienanspruch von 7,42 Tagen durch die Freistellung abgegolten und kein Ferienlohn zuzusprechen. Die Klage ist im Umfang von Fr. 1'985.97 brutto abzuweisen.

d) Die Beklagte hat im Berufungsverfahren die vollumfängliche Klageabweisung beantragt und damit auch die Verpflichtung zur Aus- und Zustellung der Lohnabrechnungen für die Monate Januar bis Mai 2010 und einer schriftlichen Kündigungsbegründung (Dispositiv Ziffer 2) angefochten. Steht die Lohnhöhe noch nicht fest, kann auch die Verpflichtung zur Aus- und Zustellung der Lohnabrechnungen für die Monate Januar bis Mai 2010 noch nicht ausgesprochen werden. Der Aus- und Zustellung einer schriftlichen Kündigungsbegründung steht demgegenüber nichts im Wege. Die Beklagte hat in der Berufungsbegründung keine Einwendungen gegen diese Verpflichtung erhoben. Demzufolge ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine schriftliche Kündigungsbegründung aus- und zuzustellen.

6. a) Zur Begründung der Widerklage machte die Beklagte vor Vorinstanz geltend, gemäss ihrer Aufstellung seien der Klägerin insgesamt Fr. 6'133.53 brutto zu viel zugekommen, obwohl von Februar bis Mai 2010 kein Lohn mehr ausbezahlt worden sei (Urk. 15 S. 6 f.). Die zu viel bezahlten Löhne dürfe die Beklagte zurückfordern (Prot. I S. 10). Die Klägerin beantragte die Abweisung der Widerklage (Prot. I S. 11). Die Vorinstanz prüfte einen Rückerstattungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, verneinte aber einen solchen mangels Bereicherung der Klägerin (Urk. 21 S. 12: "Die Klägerin erhielt ihren Lohn nicht aus Versehen, sondern weil sie darauf einen vertraglichen Anspruch hatte"), mangels eines Irrtums über die Schuldpflicht und mangels Unfreiwilligkeit der Lohnzahlungen (Urk. 21 S. 11 f.). Im Berufungsverfahren berief sich die Beklagte für ihre wider-

klageweise geltend gemachte Forderung auf Art. 97 OR, Art. 41 OR und Art. 62 OR (Urk. 26 S. 7).

b) Ob die Beklagte einen Rückforderungsanspruch hat, hängt nebst der Lohnhöhe massgeblich von der Frage ab, ob die Klägerin Zahlungen über das vertragliche Geschuldete hinaus selbst vorgenommen hat. Diese Frage ist in einem Beweisverfahren zu klären (vgl. Erw. III/4). Wäre sie zu bejahen, liesse sich ein Rückforderungsanspruch auf Art. 97 OR, Art. 41 OR und die Regeln über die Eingriffskondiktion (BSK OR I-Schulin, N 19 ff. zu Art. 62 OR) stützen, und es könnte offen gelassen werden, ob die Überweisungen als freiwillige Leistung der Beklagten im Sinne von Art. 63 OR zu qualifizieren wären. Wäre sie zu verneinen, fiel eine Rückforderung ausser Betracht, weil weder eine Vertragsverletzung noch eine unerlaubte Handlung der Klägerin vorläge und die Nichtschuld durch die Beklagte freiwillig bezahlt wurde, ohne dass sich die Beklagte im Irrtum über die Schuldpflicht befunden hat (vgl. Art. 63 OR).

7. a) Soweit nicht in Rechtskraft erwachsen oder neu beurteilt ist das angefochtene Urteil aufzuheben und der Prozess zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuem Entscheid (Haupt- und Widerklage) an die Vorinstanz zurückzuweisen (§ 270 Satz 2 ZPO/ZH). Die *Klägerin* hat den Beweis dafür zu erbringen, dass sie nach Erhalt der Lohnabrechnung für den Januar 2009 (und in den folgenden Monaten immer wieder) Geschäftsführer C._____ auf die Diskrepanz zwischen dem ausbezahlten Lohn (Fr. 5'800.– brutto) und dem am 14. November 2008 vereinbarten Lohn (Fr. 5'300.– brutto) hinwies und dieser ihr darauf sagte: "Man solle den Lohn so behalten, wie im Arbeitsvertrag ursprünglich vereinbart". Die *Beklagte* hat den Beweis dafür zu leisten, dass die Klägerin und C._____ im Nachgang zur Kündigung vom 30. Januar 2009 erklärten, Arbeitszeit und Lohn würden per 1. Februar 2009 auf 80% reduziert, sowie, dass die Klägerin bei der Beklagten jeweils die Lohnabrechnungen erstellte und die Monatslöhne mittels "electronic banking" auszahlte.

b) Die Sozialabzüge betragen – wie die Beklagte zu Recht moniert – mindestens 9.22% (5.05% AHV zuzüglich 1% ALV zuzüglich 2.17% NBUV und 1%

KTG), was die Vorinstanz in ihrem neuen Entscheid zu berücksichtigen haben wird.

IV.

1. Für das Berufungsverfahren ist lediglich eine Gerichtsgebühr festzusetzen. Die Vorinstanz wird im neuen Entscheid die erst- und zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln haben, wobei sie für das Verhältnis zwischen Obsiegen und Unterliegen auch alle bereits erledigten Begehren zu berücksichtigen haben wird.

2. a) Mit dem Verzicht auf Berufungsduplik stellte die Klägerin mit Eingabe vom 1. April 2011 ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung (Urk. 33). Am 26. April 2011 reichte sie weitere Unterlagen zu ihrer finanziellen Situation ein (Urk. 36).

b) Die unentgeltliche Prozessführung und ein unentgeltlicher Rechtsvertreter ist vom Zeitpunkt an zu bewilligen, in welchem das Gesuch eingereicht worden ist (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO, N 2 zu § 90 ZPO/ZH). Die Berufungsinstanz fällt lediglich für ihr Verfahren einen Entscheid. Da die Klägerin auf die Erstattung einer Berufungsduplik verzichtet hat und dem Rechtsvertreter ab Stellung des Gesuchs keine gemäss Anwaltsgebührenverordnung vergütungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind bzw. entstehen, ist das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsvertretung für das Berufungsverfahren ohne weiteres abzuweisen.

c) Gemäss § 84 ZPO/ZH wird Parteien, denen die Mittel für den Lebensunterhalt fehlen, auf Gesuch hin die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, sofern der Prozess nicht als aussichtslos erscheint. Bei der Beurteilung der Mittellosigkeit ist ein allfälliger Überschuss zwischen Einkommen und Notbedarf mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Prozesskosten in Beziehung zu setzen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sollte der monatliche Überschuss ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines

Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen und anfallende Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit zu leisten.

d) Als Berufungsbeklagte kann das Berufungsverfahren für die Klägerin nicht als aussichtslos taxiert werden.

e) Die Klägerin erzielt (bei durchschnittlich 21.7 Arbeitstagen) ein Erwerbserstatzeinkommen von rund Fr. 4'000.– netto pro Monat (Urk. 38/1a-1e). Über nennenswertes Vermögen verfügt sie nicht (Urk. 38/2, Urk. 38/3, Urk. 38/5).

f) Die Klägerin macht monatliche Ausgaben in der Höhe von Fr. 3'584.– geltend, worin die monatlichen Zahlungen an ihren Rechtsvertreter in der Höhe von Fr. 400.– noch nicht eingerechnet seien (Urk. 36 S. 2, Urk. 34). In der klägerischen Aufstellung schlagen Schuldentilgungen bzw. -amortisationen beim Partner mit Fr. 800.– (Gesamtschuld Fr. 9'500.–) und bei "F._____" mit Fr. 400.– (Gesamtschuld Fr. 2'000.–) zu Buche. Für die Steuern der Jahre 2009 bis 2011 (total Fr. 6'900.–) macht die Klägerin Aufwendungen von Fr. 400.– pro Monat und für Bundessteuern der Jahre 2009/2010 Ratenzahlungen von Fr. 300.– pro Monat geltend. Die Miete des Laptops (monatlicher Mietzins Fr. 59.–) lief Ende Mai 2011 aus (Urk. 36 S. 2).

g) Mit Verfügung vom 8. April 2011 war der Klägerin unter Androhung der Abweisung des Armenrechtsgesuchs im ganzen bzw. teilweisen Säumnisfalle beschieden worden, dass die geltend gemachten Ausgaben – soweit sie nicht im Grundbetrag gemäss Ziffer II der Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 enthalten seien – genau zu belegen seien. Sodann war der Klägerin angezeigt worden, dass Schulden nur soweit berücksichtigt würden, als sie sich über die Schuldverpflichtung und die regelmässige Schuldentilgung oder -amortisation ausweise (Urk. 35). Daraufhin wurden von der Klägerin im Zusammenhang mit Schulden eingereicht (Urk. 38/3, Urk. 38/4a+b):

| | |
|--|--------------|
| Schlussrechnung Staats- und Gemeindesteuern 2009 v. 24.1.2011 über | Fr. 3'667.25 |
| Prov. Rechnung Staats- und Gemeindesteuern 2010 v. 16.2.2010 über | Fr. 1'859.10 |
| Prov. Rechnung Staats- und Gemeindesteuern 2011 v. 16.2.2011 über | Fr. 1'859.10 |

h) Amortisationen gegenüber dem Partner bzw. gegenüber "F. _____", total Fr. 1'200.–, können mangels jeglicher Nachweise nicht berücksichtigt werden. Auch die geltend gemachten Ratenzahlungen für die Bundessteuern der Jahre 2009/2010 im Umfang von Fr. 300.– sind nicht ansatzweise belegt. Aber selbst wenn für Steuern wie beantragt Fr. 700.– veranschlagt würden, resultierte ein Bedarf von lediglich Fr. 2'384.–, so dass der Klägerin genügend finanzieller Spielraum verbliebe, um Gerichtskosten von Fr. 3'500.– innerhalb eines Jahres in Raten von knapp Fr. 300.– zu begleichen. Dies würde selbst dann gelten, wenn die Klägerin ihrem Rechtsvertreter Fr. 400.– pro Monat zu bezahlen hätte, wobei über die Höhe der Schuld nichts bekannt und Zahlungen nicht belegt sind.

i) Unter Beachtung der Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 wäre der Klägerin der Grundbetrag für einen alleinstehenden Schuldner in Haushaltsgemeinschaft mit einer erwachsenen Person zuzugestehen, da sie offenbar mit ihrem Partner zusammenwohnt. Im Grundbetrag enthalten sind die Positionen für Nahrung ("Essensanteil", "Tiernahrung", "Diverse kleine Rechnungen" sowie "Miete Laptop"). Der Bedarf präsentierte sich wie folgt:

| | |
|-------------------------|------------------|
| Grundbetrag | Fr. 1'100.00 |
| Mietanteil | Fr. 480.00 |
| Krankenkasse (ohne IPV) | Fr. 325.00 |
| Steuern | Fr. 700.00 |
| Benzin | Fr. 120.00 |
| Telefon/Handy | Fr. 100.00 |
| Selbstbehalt KK | <u>Fr. 60.00</u> |
| Total | Fr. 2'885.00 |

Damit verbleibt der Klägerin ein Überschuss von Fr. 1'115.–. Selbst wenn die Klägerin monatlich Fr. 400.– für ihre Rechtsvertretung aufwenden würde, verbliebe ihr ein Freibetrag von Fr. 715.–, mit dem die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens innerhalb eines Jahres mühelos gedeckt werden könnten.

j) Es ergibt sich, dass die Klägerin aufgrund der vorgelegten Ausweise nicht als mittellos betrachtet werden kann, weshalb ihr Armenrechtsgesuch abzuweisen ist. Es ist der Klägerin unbenommen, bei der Vorinstanz für das zurückverwiesene Verfahren erneut die unentgeltliche Rechtspflege zu beantragen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung wird abgewiesen.
2. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 27. September 2010 am 9. Februar 2011 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage betreffend Ferienlohn im Fr. 1'985.97 brutto übersteigenden Betrag, betreffend Überstundenvergütung (im Betrage von Fr. 3'968.65 brutto) und betreffend Rückzug/Löschung der Betreibung (Rechtsbegehren Ziffer 5) abgewiesen wurde.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Zürich, zusammen mit nachfolgendem Urteil und Beschluss.
4. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert in der Hauptsache beträgt Fr. 30'152.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird im Umfang von weiteren Fr. 1'985.97 brutto (Ferienlohn) abgewiesen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine schriftliche Kündigungsbeurteilung aus- und zuzustellen.

3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Zürich, zusammen mit nachfolgendem Beschluss.
4. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 30'152.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Es wird weiter beschlossen:

1. Im Übrigen wird das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 27. September 2010 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung über Haupt- und Widerklage im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Arbeitsgerichtes vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, unter Beilage der Akten – an das Arbeitsgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 30'132.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 9. September 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. K. Vogel

versandt am: js