

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA110021-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und  
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. B. Häusermann

## Urteil vom 2. Februar 2012

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte und Berufungsklägerin

gegen

**B. \_\_\_\_\_,**

Kläger und Berufungsbeklagter

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom  
15. April 2011 (AN100832)**

**Erstinstanzliches Rechtsbegehren des Klägers:**

Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 16'933.– nebst Zins zu 5 % seit 1. September 2007 zu bezahlen.

**Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abt., vom 15. April 2011:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 10'929.45 netto Ferienlohn zuzüglich Verzugszins zu 5 % seit 7. Juni 2010 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Umtriebsentschädigung von Fr. 150.– zu bezahlen.
4. (Mitteilungssatz)
5. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung)

**Berufungsanträge:**

(Keine formellen Rechtsmittelanträge)

**Erwägungen:**

1. Am 11. Oktober 2010 (Datum Postaufgabe) machte der Kläger eine arbeitsrechtsrechtliche Streitigkeit mit dem eingangs aufgeführten Rechtsbegehren am Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, anhängig (Urk. 1). Die Vorinstanz führte am 22. November 2010 die Hauptverhandlung durch (Prot. I S. 3 ff.) und erliess am 15. April 2011 das oben wiedergegebene Urteil (Urk. 12), das den Parteien am 20. bzw. 21. April 2011 zugestellt wurde (Urk. 13/1+2).

Mit Eingabe vom 16. Mai 2011 erhob die Beklagte fristgerecht Berufung gegen das Urteil der Vorinstanz vom 15. April 2011 (Urk. 14).

2. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des (angefochtenen) Entscheids in Kraft ist (vgl. Art. 405 Abs. 1 ZPO). Das angefochtene Urteil wurde nach dem 1. Januar 2011, d.h. nach dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) schriftlich eröffnet (versandt). Folglich kommt für das vorliegende Berufungsverfahren die ZPO zur Anwendung.

3.1. Die Berufungsschrift muss ein Rechtsbegehren und dessen Begründung entsprechend den Anforderungen gemäss Art. 221 ZPO (analog) enthalten. Erfüllt sie diese Vorgaben nicht, ist bei formellen Mängeln im Sinne von Art. 132 ZPO eine Nachfrist zur Verbesserung anzusetzen. Bleibt eine solche aus oder erweist sie sich als ungenügend, gilt die Berufungsschrift als nicht erfolgt (Art. 132 Abs. 1 ZPO), was zu einem Nichteintretensentscheid führt (Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Zürich, Basel und Genf 2010 [nachfolgend: ZPO-Komm.], Reetz/Theiler, Art. 311, N. 33). Im Übrigen darf, jedenfalls im ordentlichen Verfahren, eine vollständige und sorgfältige Rechtsschrift erwartet werden (KUKO ZPO-Brunner, Art. 311, N. 8). Eine Nachfrist kann nicht gewährt werden (BGE 5A\_663/2011 vom 8. Dezember 2011, Erw. 6.4).

3.2. In der Berufungsschrift müssen eingangs oder am Ende die Berufungsanträge aufgeführt werden. Es genügt nicht, lediglich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen, sondern es muss ein Antrag in der Sache gestellt werden, und zwar grundsätzlich im Rechtsbegehren selber und nicht bloss in der Begründung (vgl. dazu BGE 133 III 489, Erw. 3.1). Dieses muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann; die auf Geldzahlung gerichteten Berufungsanträge sind zu beziffern. Auf eine Berufung mit einem formell mangelhaften Rechtsbegehren ist ausnahmsweise einzutreten, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt bzw. welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Entsprechend sind Rechtsbegehren im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 5A\_663/2011 vom 8. De-

zember 2011). Weil die kantonale Berufungsinstanz volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat, reicht es nicht aus, lediglich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und dessen Rückweisung an die Vorinstanz zu verlangen (ZPO-Komm., a.a.O., Reetz/Theiler, Art. 311, N. 34).

3.3. Die Berufungsschrift muss eine Begründung enthalten. Die Behauptungen sind bestimmt und vollständig aufzustellen. In Verfahren, in denen wie hier die Untersuchungsmaxime gilt (vgl. Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO), sind Noven bis zum Beginn der Urteilsberatung zu berücksichtigen. Dieses Novenrecht umfasst die Möglichkeit, im Berufungsverfahren nach Massgabe von Art. 317 Abs. 1 ZPO u.a. auch neue Einreden, insb. die Verrechnungseinrede, zu erheben (ZPO-Komm., a.a.O., Reetz/Hilber, Art. 317, N. 14, N. 31). Wie bereits erwähnt, gilt auch für die Begründung Art. 221 ZPO (analog), wobei die Berufungsschrift anders als die Klageschrift nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten muss. Dies gilt auch für von der Untersuchungsmaxime beherrschte Verfahren. Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen (ZPO-Komm., a.a.O., Reetz/Theiler, Art. 311, N. 36 f.).

3.4. Werden keine oder nur ungenügende Berufungsanträge gestellt oder werden diese nicht begründet, ist auf die Berufung nicht einzutreten. Eine in der Substanz mangelhafte Begründung kann zur Abweisung der Berufung führen (vgl. zum Ganzen ZPO-Komm., a.a.O., Reetz/Theiler, Art. 311, N. 12, N. 33-38).

4. In der Eingabe der Beklagten vom 16. Mai 2011 finden sich keine formellen Rechtsmittelanträge. Sinngemäss kann jedoch geschlossen werden, dass die Beklagte die Abweisung der Klage beantragen will.

5.1. Zur Sache erwog die Vorinstanz im Wesentlichen (teilweise sinngemäss zusammengefasst), der Kläger habe am 1. September 2007 eine Stelle bei der Beklagten angetreten. Der zunächst bis Ende Dezember 2007 befristete Arbeitsvertrag sei nahtlos auf unbestimmte Zeit weitergeführt und vom Kläger per Ende Oktober 2009 gekündigt worden. Der Kläger habe zwar fast doppelt so viel Ferien bezogen, als ihm gemäss Vertrag zugestanden seien, und der im Stundenlohn enthaltene Ferienlohn sei sowohl im Arbeitsvertrag als auch in den Lohnabrechnungen ausgeschieden und auch ausbezahlt worden. Der Kläger habe aber jeweils von Montag bis Freitag gearbeitet. Es liege kein Teilzeitarbeitsverhältnis vor. Es müsse von einem regelmässigen Arbeitsverhältnis ausgegangen werden. Eine Lohnfortzahlung während der Ferienzeit hätte nicht zu besonderen Schwierigkeiten geführt und keinen administrativen Aufwand verursacht. Unter diesen Umständen sei die Beklagte nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 329a OR zu verpflichten, dem Kläger die Ferienentschädigung für die Dauer des Arbeitsverhältnisses von insgesamt Fr. 10'929.45 netto zuzüglich Verzugszins nachzubezahlen. Die Beklagte habe die Verrechnung mit einer Gegenforderung zu spät erklärt; darauf sei nicht einzugehen (Urk. 15 S. 2 ff.).

Die Beklagte verweist mit der Berufungsbegründung pauschal auf verschiedene Bundesgerichtsentscheide. Sie führt weiter aus, sie habe die Ferienentschädigung immer separat ausgewiesen. Die Ferien seien gewährt und entschädigt worden. Der Kläger habe im ersten, auf vier Monate befristeten Arbeitsverhältnis bis Ende 2007 sechs Tage Ferien bezogen. Der Erholungszweck sei hier gewährleistet gewesen. Er habe nicht weniger Lohn während des Ferienbezugs gehabt. Der Kläger habe praktisch immer normal gearbeitet, d.h. nicht weniger Stunden pro Tag, dafür aber tage-/wochenweise Ferien bezogen. Der Kläger habe darauf bestanden, ab Januar 2008 die gleiche Vertragsart weiterführen zu wollen. Dies zeige, dass die Abgeltung der Ferienentschädigung im Lohn kein Problem für den Kläger gewesen sei. Der Kläger habe im Jahr 2008 über 43 Tage Ferien bezogen. Deshalb liege ein unregelmässiges Arbeitsverhältnis vor. Der Kläger habe ein etwa 10 % höheres Salär erhalten. Die Forderung zur nochmaligen Ausrichtung der Ferienentschädigung komme einem Rechtsmissbrauch bzw. einer ungerechtfertigten

tigten Bereicherung gleich. Nach beinahe zweijährigem Einverständnis des Arbeitsverhältnisses (recte wohl: zum Arbeitsverhältnis/Arbeitsvertrag) könne dieses als genehmigt betrachtet werden. Bei Bestätigung der Verpflichtung zur Auszahlung der Ferienentschädigung werde die Verrechnung erklärt mit Lohnzahlungen für 180 Arbeitsstunden, die in den Jahren 2007 bis 2009 über die vom Kläger geforderten Arbeitsstunden hinaus entgolten worden seien. Zudem sei ihre Aufstellung über die richtige Nachzahlung der Ferienentschädigung zu berücksichtigen (Urk. 14, teilweise sinngemäss).

5.2. Zum Rechtlichen kann vorweg vollumfänglich auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 15 S. 4 f., Erw. 3.2). Damit setzt sich die Beklagte nicht näher auseinander. Der blosser Verweis auf Bundesgerichtsentscheide, rechtliche Auskünfte Dritter u.Ä. genügt den Anforderungen, die eine Berufungsschrift zu erfüllen hat, nicht (vgl. oben, 3.3). Auch in sämtlichen übrigen Vorbringen der Beklagten ist keine rechtliche Auseinandersetzung mit den Erwägungen der Vorinstanz ersichtlich. Insofern liegt eine in der Substanz mangelhafte Begründung vor (vgl. oben, 3.4).

5.3. Der Entscheid der Vorinstanz beruht insbesondere auf Art. 329d Abs. 2 OR und der Rechtsprechung dazu, wonach dem Arbeitnehmer während der Ferien der gesamte auf die entsprechende Zeit entfallende Lohn auszurichten ist. Von dieser Regelung kann nicht einseitig zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden; Vereinbarungen, die den Arbeitnehmer schlechter stellen, sind nichtig (Art. 361 OR, Art. 362 Abs. 2 OR). Selbst die vorgängige Abgeltung des Ferienlohns mit jedem Monatslohn (pro rata) wird als grundsätzlich unzulässig eingestuft, weil die Gefahr besteht, dass bei Bezug der Ferien nicht mehr der ganze Ferienlohn zur Verfügung steht, weil er vorgängig verbraucht wurde, was den Ferienzweck vereiteln könnte. Sogar bei unregelmässigem Beschäftigungsgrad oder unregelmässiger Entlohnung wurde als fraglich bezeichnet, ob der Ferienlohn anteilsweise mit dem laufenden Lohn ausgerichtet werden darf (vgl. BGE 129 III 493, Erw. 3.1 und 3.2; BGE 4A\_300/2007, Erw. 3.2.2 ff.). Vorliegend hält nun aber die Beklagte selber fest, dass der Kläger "normal" bzw. "nicht weniger Stunden pro Tag" gearbeitet habe. Es liegt eine regelmässige Beschäftigung vor, wie die

Vorinstanz richtig festgehalten hat. Daran ändert nichts, dass der Kläger mehr als die vertraglich vereinbarten Ferien bezogen hat. Die Beklagte bringt nicht vor, die Beschäftigung des Klägers sei als unregelmässig einzustufen, weil er im Stundenlohn angestellt und sein Salär nicht jeden Monat gleich hoch war. Dieser Argumentation wäre aber ohnehin nicht zu folgen, denn die Auszahlung des vollen Ferienlohns während der Ferien bzw. bei Fälligkeit ist selbst bei Abruf-/Aushilfsarbeit zu verlangen. Dem kann heutzutage auch nicht mehr entgegengehalten werden, es sei in solchen Fällen schwierig, den Ferienlohn zu berechnen; zudem besteht die Möglichkeit, die Ferienlohnanteile monatlich in den Lohnabrechnungen auszuweisen, zurückzubehalten und dem Arbeitnehmer bei Fälligkeit des Ferienlohns bzw. dann, wenn der Arbeitnehmer seine Ferien bezieht, gesamthaft auszusahlen, wie es das Gesetz vorsieht (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich 2006, Art. 329d, N. 9, S. 449). Im Widerspruch dazu und entgegen der Darstellung der Beklagten wurde für den Monat Dezember 2007, in dem der Kläger offenbar 48 Stunden Ferien bezog, eine weit unter dem Durchschnitt liegende Lohnzahlung geleistet (vgl. Urk. 2/10/1-23, insb. Urk. 2/10/4, und Urk. 2/2).

5.4. Die Nachforderung des Ferienlohns kann sich unter bestimmten Umständen als rechtsmissbräuchlich erweisen. Ein Teil der Vorbringen der Beklagten kann als dahin zielend interpretiert werden. Rechtsmissbrauch ist jedoch nicht schon dann anzunehmen, wenn der Kläger wusste, dass die Ferienlohnentschädigung in dem ihm von der Arbeitgeberin ausbezahlten Betrag enthalten war, sondern nur dann, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind; ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Regelung in Art. 329d Abs. 2 OR gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen (BGE 129 III 493 Erw. 5 und 5.1 f.). Daraus erhellt, dass der Kläger die Nachzahlung ohne Weiteres und entgegen der Ansicht der Beklagten auch noch nach einem mehrjährigen Arbeitsverhältnis nachträglich verlangen kann (vgl. auch den Hinweis auf JAR 1989 S. 180 in Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 9, S. 449). Anders verhielte es sich allenfalls, wenn der Kläger tatsächlich explizit verlangt hätte, der Ferienlohn sei laufend auszuzahlen (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 9, S. 450). Dies behauptete die Beklagte jedoch nicht bzw. zumindest nicht genügend bestimmt und klar. Auch wenn der Kläger die gleiche "Vertragsart" weiterführen wollte, hätte die Be-

klagte daraus nicht schliessen dürfen, der Kläger sei mit dem bisherigen Vollzug des Arbeitsvertrags in allen Punkten auch in Zukunft einverstanden. Abgesehen davon, dass die Behauptung nicht genügend substantiiert wurde, hat es die Beklagte versäumt, eine entsprechende Beweisofferte zu nennen. Insofern erweist sich die Berufungsschrift als mangelhaft im Sinne von Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO (vgl. oben, 3.1).

5.5. Die Beklagte hat sinngemäss die Verrechnung erklärt, was grundsätzlich zulässig ist. Eines besonderen formellen (Rechtsmittel-)Antrags bedarf es nicht, zumal die Vorinstanz hierüber nicht entschieden hat. Sodann kann die Verrechnungseinrede im vorliegenden Verfahren auch im jetzigen Verfahrensstadium erhoben werden (vgl. oben, 3.3, und BSK OR I-Peter, Vor Art. 120-126, N. 2). Verrechnet werden kann nur der Anspruch auf Rückforderung von zu viel bezahltem Lohn. Die Beklagte liefert jedoch keine rechtliche Begründung für einen solchen Anspruch. Sie beruft sich insbesondere nicht explizit auf Art. 63 OR. Zudem macht sie nicht geltend, sie habe sich über die Schuld-/Leistungspflicht in einem Irrtum befunden, was nach der vorerwähnten Bestimmung gefordert wird. Es bleibt daher Raum für die Annahme von freiwilligen Lohnzahlungen. Dies gilt auch in Bezug auf das Vorbringen, der Kläger habe ein um 10 % höheres Salär erhalten. Weiter fehlt eine substantiierte Darstellung darüber, wann wie viele Arbeitsstunden zu viel vergütet wurden. Der blosse Hinweis auf die Beilage "Arbeitszeitkontrolle" (Urk. 17/8) genügt den Anforderungen an eine Begründung nicht. Zudem ist für das Gericht anhand der Arbeitszeitkontrolle allein nicht nachvollziehbar, wann der Kläger wie viele Arbeitsstunden geleistet hat und wann ihm von der Beklagten mehr als die geleisteten Arbeitsstunden vergütet wurden. Einen weiteren Beweis, der einen solchen Vergleich zuliesse, offeriert die Beklagte nicht. Insofern erweist sich die Berufungsschrift als mangelhaft im Sinne von Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO (vgl. oben, 3.1).

5.6. Letzteres gilt auch hinsichtlich des Begehrens der Beklagten, es sei ihre Aufstellung über die richtige Nachzahlung der Ferienentschädigung zu berücksichtigen. Darüber hinaus könnte auch dieses Begehren allenfalls als Eventualantrag interpretiert werden. Ein formelles Rechtsbegehren liegt nicht vor.

6. Nach dem Vorstehenden erweist sich die Berufung als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet. Sie ist daher in Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO ohne Weiterungen abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

7. Der Streitwert im Berufungsverfahren beträgt Fr. 10'929.45. Es sind daher keine Gerichtskosten zu sprechen (Art. 114 lit. c ZPO). Die unterliegende Beklagte hat keinen Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO); dem Kläger ist in diesem Verfahren kein Aufwand entstanden. Folglich sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 10'929.45 netto Ferienlohn zuzüglich Verzugszins zu 5 % seit 7. Juni 2010 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Umtriebsentschädigung von Fr. 150.– zu bezahlen.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage der Doppel von Urk. 14, 15 und 17/1-10, sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'929.45.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 2. Februar 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. B. Häusermann

versandt am:  
mc