

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA110022-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,
Ersatzoberrichterin lic. iur. C. Keller Gisin sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. B. Demuth

Beschluss vom 15. August 2012

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom
31. März 2011 (AN100027)**

Rechtsbegehren:
(Urk. 1 sinngemäss)

Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 28'870.65 zu bezahlen.

An der Hauptverhandlung vom 29. März 2010
modifiziertes Rechtsbegehren:
(Urk. 8 S. 1)

" Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger aus der Forderung der nicht gezahlten Überstunden im Betrag von Fr. 35'394.85 und der nicht gegebenen 186.81 Ruhetage im Betrag von Fr. 28'870.65 eine Teilzahlung von Fr. 30'000.– zu leisten."

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 31. März 2011:

- "1. In teilweiser Gutheissung der Teilklage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 22'675.60 netto 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./5. (Mitteilungssatz/Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 23):

1. Es sei das Urteil vom 31. März 2011 des Arbeitsgerichts Zürich aufzuheben und es sei die Klage des Klägers und Berufungsbeklagten vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten.

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 27):

Die Berufung sei abzuweisen und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich zu bestätigen;
unter Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt.) zulasten der Beklagten.

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) arbeitete als Küchenhilfe für die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte). Mit seiner Klage macht er Entschädigung für Überstunden und Ruhetage betreffend den Zeitraum vom 1. November 2004 bis 31. Mai 2008 geltend.

1.2. Am 15. Januar 2010 ging die vorliegende Klage bei der Vorinstanz ein. Diese führte am 29. März 2010 die mündliche Hauptverhandlung durch, anlässlich welcher der Kläger sein Begehren wie oben dargestellt ausweitete (Prot. I S. 3 ff.). Am 20. Juli 2010 erging der Beweisaufgabenbeschluss (Urk. 12), wobei der damals gewerkschaftlich vertretene Kläger die Frist zur Einreichung der Beweisantrittungsschrift verpasste (Urk. 17). Die Beweisantrittungsschrift der Beklagten ging rechtzeitig ein (Urk. 18). In der Folge erging am 31. März 2011, ohne vorgängige Beweisabnahme, das oben wiedergegebene Urteil (Urk. 21 = 24).

1.3. Mit Eingabe vom 18. Mai 2011 erhob die Beklagte – unter Berücksichtigung der Ostergerichtsferien – fristgerecht Berufung (Urk. 23). Die Berufungsantwort ging am 7. Juli 2011 bei Gericht ein (Urk. 27) und wurde der Beklagten mit Verfügung vom 11. Juli 2011 zugestellt (Urk. 29). Am 23. Dezember 2011 erfolgte ein Referentenwechsel.

2. Vorbemerkungen

2.1. Auf das vorliegende Verfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 404 f. ZPO). Da der angefochtene Entscheid indes noch unter der Anwendung des kantonalzür-

cherischen Zivilprozessrechts (ZPO/ZH) erging, ist der Entscheid bzw. das Verfahren vor erster Instanz nach dem bisherigen kantonalen Prozessrecht zu überprüfen.

2.2. Soweit die Klage abgewiesen wurde, ist das vorinstanzliche Urteil mit Eingang der Berufungsantwort am 7. Juli 2011 rechtskräftig geworden (vgl. zum Zeitpunkt Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2010, Art. 315 N 6; Frank/Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 2 zu § 260 ZPO). Dies ist vorzumerken.

2.3. Im Berufungsverfahren sind Noven, sprich neue Tatsachenvorbringen, die dazugehörigen Beweismittel und ganz allgemein Angriffs- und Verteidigungsmittel wie Bestreitungen und Einreden (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO. Komm., 2010, Art. 229 N 1 und 4) nur noch zulässig, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies gilt nach publizierter Praxis der Kammer auch dann, wenn der Sachverhalt wie im vorliegenden Fall im Sinne des sozialen Untersuchungsgrundsatzes von Amtes wegen festzustellen ist (vgl. dazu ZR 111 Nr. 35 und ZR 110 Nr. 96, m.w.H., insb. den dortigen Hinweis auf BGE 107 II 233 Erw. 3 und BGE 118 II 50 Erw. 2a).

2.4. Auf die Ausführungen der Parteien ist im Folgenden nur insoweit einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

3. Zulässigkeit des Rechtsbegehrens

3.1. In ihrer Berufungsbegründung rügt die Beklagte, die vom Kläger anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung durch Klageänderung eingebrachte Teilklage sei prozessual unzulässig, da er es dem Gericht überlassen wolle, welche Teilbeträge von den beiden Forderungen über Fr. 35'394.85 (Überstunden) und Fr. 28'870.65 (Ruhetage) im Rahmen der Teilklage bis zum Maximalbetrag von Fr. 30'000.– berücksichtigt würden. Alternative Rechtsbegehren seien mangels genügender Bestimmtheit nicht zulässig, da die Dispositionsmaxime verletzt wer-

de, weshalb die Klage aus prozessualen Gründen hätte abgewiesen werden müssen (Urk. 23 S. 9).

3.2. Mit Klage vom 14. Januar 2010 machte der Kläger eine Bruttolohnforderung von Fr. 28'870.65 für die Zeit vom 1. November 2004 bis 31. Mai 2008 geltend, ohne sich zur rechtlichen Grundlage der Forderung näher zu äussern (Urk. 1 S. 2). Anlässlich der Verhandlung erhöhte er die Forderung auf Fr. 30'000.–, wobei er präziserte, dies sei als Teilzahlung auf geschuldete Fr. 35'394.85 für nicht gezahlte Überstunden und geschuldete Fr. 28'870.65 für gleichzeitig nicht bezogene 186.81 Ruhetage zu leisten.

Darin kann, entgegen den Ausführungen der Beklagten, keine unzulässige alternative Klagenhäufung gesehen werden, steht es doch nicht im Belieben des Gerichts, dem Kläger entweder Fr. 35'394.85 oder Fr. 28'870.65 zuzusprechen. Vielmehr ist in der Spezifizierung der möglichen Anspruchsgrundlagen lediglich die – an sich nicht ins Rechtsbegehren gehörende – vorweggenommene Begründung der Klage zu sehen. Im Übrigen versagt es die Dispositionsmaxime einem Kläger nicht, seine Klage auf einen Teilanspruch zu begrenzen (Frank/ Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 17 N 20). Vielmehr kann sich der Kläger damit begnügen, einen nicht individualisierten Teilbetrag einer grösseren Gesamtforderung geltend zu machen, was zur Folge hat, dass im Dispositiv nicht der ganze Anspruch zugesprochen oder abgewiesen werden kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 54 N 17; vgl. zum Ganzen: Frank Emmel, Echte Teilklage vor Arbeitsgericht und negative Feststellungsklage, in: BJM 2012 S. 61 ff., Ziff. 3.1). Entsprechend ist von einem zulässigen Rechtsbegehren auszugehen und die Klage inhaltlich zu prüfen.

4. Zur Sache

4.1. Gemäss im Berufungsverfahren von keiner Seite beanstandeten Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 24 S. 3 f.), schloss der Kläger am 4. Oktober 2004 mit der Beklagten einen schriftlichen Arbeitsvertrag auf den 1. November 2004 als Küchenhilfe, worin unter anderem ein monatlicher Bruttolohn von Fr. 1'560.–, eine wöchentliche Arbeitszeit von 20.5 Stunden bei vier Wochen Ferien sowie zwei

Ruhetage pro Woche vereinbart wurden (Urk. 3/6/1). Streitig ist, wann genau der Kläger bei der Beklagten zu arbeiten begonnen hat, wobei der Kläger vorliegend nur Ansprüche aus der Zeit vom 1. November 2004 bis 31. Mai 2008 geltend macht.

Am 27. Januar 2005 schlossen die Parteien auf den 1. Februar 2005 einen neuen schriftlichen Arbeitsvertrag, worin der monatliche Bruttolohn auf Fr. 3'150.– und das Arbeitspensum auf 100% erhöht wurden sowie neu nur ein Ruhetag pro Woche vereinbart wurde (Urk. 3/6/2). Die wöchentliche Arbeitszeit wurde nicht geregelt, wobei – da es sich bei der Beklagten weder um einen Saisonbetrieb noch um einen Kleinbetrieb handelt – von einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden auszugehen ist (Art. 15 Ziff. 1 L-GAV in Verbindung mit Anhang 1 zu Art. 15 Ziff. 1 L-GAV).

Am 11. Mai 2006 schlossen die Parteien auf den 1. Juni 2006 erneut einen schriftlichen Arbeitsvertrag, worin der monatliche Bruttolohn auf Fr. 3'300.– erhöht und weiterhin ein Ruhetag pro Woche vereinbart wurde (Urk. 3/6/3). Auch in diesem Vertrag wurde keine wöchentliche Arbeitszeit vereinbart, wobei aus den obenausgeführten Überlegungen ebenfalls von einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden ausgegangen werden muss.

In den beiden Verträgen wurde zudem eine pauschale Abgeltung von Überzeit von Fr. 572.75 (Vertrag vom 27. Januar 2005; act. 3/6/2) bzw. von Fr. 600.– (Vertrag vom 11. Mai 2006; act. 3/6/3) vereinbart.

Das Arbeitsverhältnis endete am 31. Mai 2008.

4.2. Gemäss dem Bericht der zuständigen Kontrollstelle, auf welchen der Kläger in seiner Klagebegründung massgebend verweist (vgl. Urk. 8), habe der Kläger in der Zeit vom 1. November 2004 bis 31. Mai 2008 2'084.6 Überstunden geleistet, was einer Forderung von Fr. 58'960.60 entspreche. Nach Abzug dafür ausbezahlter Fr. 23'565.75 (entsprechend der monatlich ausbezahlten Überzeitpauschale von Fr. 572.75 bzw. Fr. 578.55 bzw. Fr. 600.–) resultiere ein Guthaben von Fr. 35'394.85 (Urk. 3/2).

4.3. Die Vorinstanz führte in ihrem Urteil zusammengefasst aus, der Kläger habe infolge Verpassens der Beweisantrittsfrist den Beweis, überhaupt Überstunden geleistet zu haben, nicht erbringen können. Entsprechend stünden ihm keine Ansprüche wegen geleisteter Überstunden zu (Urk. 24 S. 5). Hinsichtlich der Ruhetagsentschädigung ging die Vorinstanz – ohne die von der Beklagten hierzu fristgerecht offerierten Beweise formell abgenommen zu haben (vgl. Beweissatz II.5 des Beweisaufgebesschlusses vom 20. Juli 2010, Urk. 12) – von der Darstellung der Beklagten und damit davon aus, dass der Kläger 27.5 Ruhetage mehr als von ihm behauptet bezogen habe. Für die damit verbleibenden, nicht bezogenen 159.31 Ruhetage sprach sie dem Kläger je 1/22 des letzten monatlichen Bruttolohnes von Fr. 3'400.–, mithin brutto Fr. 24'620.64 bzw. netto Fr. 22'675.60 zu (Urk. 24 S. 6).

4.4. Die Beklagte betont in ihrer Berufungsbegründung, die Vorinstanz habe festgehalten, es stehe aus prozessualen Gründen fest, dass der Kläger keine Ansprüche wegen geleisteter Überstunden habe (Urk. 23 passim). Sodann habe die Vorinstanz im Sinne eines obiter dictums festgehalten, dass dem Kläger während der ganzen Anstellungszeit ein Gesamtbetrag von Fr. 28'805.75 als Überstundenentschädigung ausbezahlt worden sei. Diese Bemerkung mache keinen direkten Sinn. Entweder bestehe ein durchsetzbarer Anspruch und dieser werde durch erwähnte Zahlung abgegolten, oder der Anspruch auf Entschädigung von Überstunden bestehe nicht und die Zahlung der Beklagten sei ohne Grund erfolgt. Aus der Bemerkung der Vorinstanz ergebe sich eindeutig, dass die an den Kläger geleistete Zahlung von Fr. 28'805.75 aus rechtlicher Sicht ohne Grund erfolgt sei. Sodann begründe die Vorinstanz, weshalb dem Kläger für nicht bezogene 159.31 Ruhetage ein Betrag von Fr. 24'620.64 brutto bzw. Fr. 22'675.60 netto zustehe. Sie mache keinerlei Ausführungen zur für jeden Betrachter des Urteilswortlauts sofort im Raum stehenden Frage, weshalb die unter dem Titel Ruhetagsentschädigung dem Kläger allenfalls zustehende Forderung nicht durch die zuvor erwähnten, auch in prozessualer Hinsicht ohne Rechtsgrund geleisteten Zahlungen für Überstunden abgegolten seien. Es möge zutreffen, dass die Forderung auf Bezahlung nicht bezogener Ruhetage gemäss Art. 16 Abs. 5 L-GAV an sich erst nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses entstehe. Die während der Dauer des

Arbeitsverhältnisses von der Beklagten ohne Grund geleisteten Pauschalzahlungen seien mithin vor der Fälligkeit der Forderung des Klägers geleistet worden. Dessen ungeachtet habe er sich diese anrechnen zu lassen, wenn ihm nun wegen nicht bezogener Ruhetage eine Forderung im Betrag von Fr. 22'675.60 netto zustehen solle (Urk. 23 S. 10 f.). Bei der Zuwendung der Beklagten handle es sich um eine Zahlung, deren Rechtsgrund aus prozessualen Gründen nachträglich weggefallen sei. Der Kläger habe während des ganzen Anstellungsverhältnisses gewusst, dass er tatsächlich keine Überstunden geleistet, mithin die pauschale Überstundenentschädigung ohne tatsächlichen Rechtsgrund bezogen habe. Die Beklagte erkläre hiermit Verrechnung ihrer Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung im Betrag von Fr. 28'805.75 mit der entgegen gerichteten Forderung des Klägers aus der Nichtgewährung von Ruhetagen im Betrag von Fr. 24'620.64 brutto bzw. Fr. 22'675.60 netto (Urk. 23 S. 12 f.).

Was die schon vor Vorinstanz geltend gemachten Verrechnungsforderungen über Fr. 312.– (zu viel ausbezahlter Lohn September 2004) und Fr. 2'162.75 (zu viel ausbezahlter Lohn Januar 2005) angehe, so habe sich der Kläger – entgegen dem von der Vorinstanz etwas kryptisch behaupteten guten Glauben des Klägers – offensichtlich treuwidrig verhalten, habe ihm doch spätestens beim Betrachten des monatlichen Kontoauszuges der Irrtum des Arbeitgebers auffallen müssen. Bei Bösgläubigkeit wie vorliegend sei die Bereicherung auch dann zurückzuerstaten, wenn der Empfänger gar nicht mehr bereichert sein sollte. Damit seien entgegen der Ansicht der Vorinstanz die Voraussetzungen von Art. 63 OR erfüllt (Urk. 23 S. 11).

4.5. In seiner Berufungsantwort liess der Kläger bestreiten, im September 2004 bzw. im Januar 2005 zu viel Lohn ausbezahlt erhalten zu haben. Die Lohnzahlungen hätten den tatsächlichen Verhältnissen entsprochen, wobei der genaue Beginn des Arbeitsverhältnisses streitig geblieben sei. Insbesondere sei unglaublich, dass die Beklagte irrtümlich gehandelt habe (Urk. 27 S. 3). Durch die von der Vorinstanz erwähnte Überstundenentschädigung hätten aufgrund der durchgehenden Bezeichnung eine zum Voraus nicht bestimmte Anzahl Überstunden pauschal abgegolten werden sollen (Urk. 27 S. 4). Was die zusätzlich bezogenen

27.5 Ruhetage angehe, habe der Kläger auf Befragen angegeben, dass er in jener Zeit sonntags im C._____ gearbeitet habe, womit es doch als willkürlich erscheine, die Angaben der Beklagten als unbestritten anzusehen. Entgegen der Darstellung der Beklagten könnten Ferientage zweifellos nicht als zusätzliche Ruhetage angerechnet werden, es könne deshalb mit der Vorinstanz davon ausgegangen werden, dass der Kläger mindestens 159.31 Ruhetage nicht habe beziehen können (Urk. 27 S. 5 f.). Die Folgerung, weil der Kläger Überstunden nicht prozessual korrekt bewiesen habe, könnten bereits geleistete Entschädigungen zurückgefordert werden, sei nicht zulässig. Die Beklagte habe regelmässig monatlich und ohne darüber im Detail Buch zu führen, dem Kläger Überstunden pauschal entschädigt. Sie habe über die effektive Arbeitsleistung jederzeit genügend orientiert sein müssen. Wenn sie somit Monat für Monat eine feste Entschädigung für Überstunden ausgerichtet habe, zu der sie sich auch vertraglich verpflichtet gehabt habe, so sei sie entweder davon ausgegangen, dass die entsprechenden Überstunden auch geleistet worden seien oder dann sei es ihr egal gewesen, ob solche angefallen seien oder nicht und sie habe die sogenannte "Überstundenentschädigung" voraussetzungslos und damit effektiv als Grundlohn bezahlt. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Rückforderung seien damit weder genügend behauptet noch ansatzweise erfüllt. Die Lohnzahlungen seien monatlich nachschüssig erfolgt, womit der Beklagten jederzeit bewusst gewesen sei und habe sein müssen, wofür sie die Pauschalzahlungen geleistet habe. Zudem seien sie aufgrund vertraglicher Vereinbarungen erfolgt, die zweifellos nicht nachträglich weggefallen seien (Urk. 27 S. 7 f.)

4.6. Vor dem Hintergrund der Ausführungen der Parteien ist festzuhalten, dass der Anspruch des Klägers auf Fr. 24'620.64 brutto bzw. Fr. 22'675.60 netto für 159.31 nicht bezogene Ruhetage gemäss dem Urteil der Vorinstanz von der Beklagten im Berufungsverfahren nicht bestritten wurde. Hingegen will sie diverse Gegenforderungen zur Verrechnung bringen.

Demgegenüber rügt der Kläger, die Vorinstanz habe trotz bestrittenem Sachverhalt hinsichtlich der zusätzlich bezogenen 27.5 Ruhetage unbesehen auf die Darstellung der Beklagten abgestellt. Gleichwohl beantragt er lediglich die Bestäti-

gung des angefochtenen Urteils, ohne im entsprechenden Umfang (27.5 Ruhetage à 1/22 von Fr. 3'400.– entsprächen Fr. 4'250.– brutto bzw. [gemäss Berechnungsformel der Vorinstanz, Urk. 24 S. 6] Fr. 3'914.25 netto) Anschlussberufung zu erheben. Inhaltlich ist seine Rüge begründet. So ist der Klagebegründung in Verbindung mit dem Bericht der Kontrollstelle hinreichend substantiiert zu entnehmen, dass der Kläger seinen Ruhetagsanspruch für die Zeit vom 1. November 2004 bis zum 31. Mai 2008 auf 373.71 beziffert, wobei er wöchentlich anstatt zwei nur einen Ruhetag, mithin insgesamt 186.9, habe beziehen können (Urk. 8 in Verbindung mit Urk. 3/2 S. 3). Die Beklagte bestritt dies alsdann für die Zeit von November 2004 bis Januar 2005, Januar 2007 bis Mai 2007 sowie für je eine Woche im November und Dezember 2007 bzw. machte substantiiert geltend, er habe in der besagten Zeitperiode 27.5 zusätzliche Ruhetage bezogen (Urk. 10 S. 4 und 8 f.). Bei dieser Sachlage musste der Umfang der bezogenen Ruhetage als bestritten gelten. Dass der Vertreter des Klägers sich replicando hierzu nicht mehr äusserte, ändert daran nichts bzw. lässt die Darstellung der Beklagten nicht als unbestritten erscheinen, zumal der Kläger im Rahmen der persönlichen Befragung zumindest für den Zeitraum vom 22. Januar bis 1. Juni 2007 explizit erklärte, Sonntags jeweils in der Filiale im C. _____ (zusätzlich) gearbeitet zu haben. In der Folge auferlegte die Vorinstanz der Beklagten mit Beweisauflegebeschluss vom 20. Juli 2010 – zu Recht – den Hauptbeweis für den behaupteten Bezug (zusätzlicher) Ruhetage (Urk. 12). Im angefochtenen Urteil kam sie darauf ohne nähere Begründung zurück und betrachtete die Vorbringen der Beklagten neu als anerkannt. Dies ist als willkürliche tatsächliche Annahme zu qualifizieren und kann mit Berufung geltend gemacht werden (Art. 310 lit. b ZPO; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2010, Art. 310 N 29 f.). Da der Kläger diesbezüglich jedoch keine unmittelbaren Forderungen ableitet und vorliegend auch im Berufungsverfahren die Dispositionsmaxime gilt, ist zunächst zu prüfen, ob das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen ist. Nur wenn dies nicht der Fall sein sollte, die Beklagte somit mit ihrer Berufung zumindest teilweise durchdringt, trägt der Kläger dadurch, dass zu seinen Lasten das Beweisverfahren hinsichtlich der Ruhetage nicht zu Ende geführt wurde, einen Nachteil und sind seine Rechte insofern wieder herzustellen.

4.7. Verrechnung mit bereicherungsrechtlichem Rückforderungsanspruch im Umfang von Fr. 28'805.75

Schon vor Vorinstanz hatte die Beklagte geltend gemacht, die fehlenden Ruhetage durch die Bezahlung von Überstundenentschädigungen abgegolten zu haben (Urk. 10 S. 9). Diese Argumentation verfängt nicht. Die Fragen der Überstundenentschädigungen und der Auszahlung von Ruhetagen, die am Ende des Arbeitsverhältnisses nicht bezogen werden können, dürfen nicht vermengt werden. Nach Art. 329 OR bzw. Art. 16 L-GAV haben die Arbeitnehmer Anspruch auf wöchentliche Frei- bzw. Ruhezeit. Pro Woche ist mindestens ein ganzer Ruhetag zu gewähren. Die übrige Ruhezeit kann auch in halben Ruhetagen gewährt werden. Hingegen ist die Kompensation nicht bezogener Ruhetage durch den Bezug einzelner arbeitsfreier Stunden ausgeschlossen. Daraus erhellt, dass es für die Beantwortung der Frage, ob ein Arbeitnehmer bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses noch Anspruch auf Entschädigung für nicht bezogene Ruhetage hat, nicht darauf ankommt, ob sich die vertragliche Soll-Arbeitszeit und die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden die Waage halten, sondern einzig, ob die dem Arbeitnehmer zustehenden Ruhetage, sei es in Form von ganzen oder halben Tagen, bezogen wurden oder nicht. Hat der Arbeitnehmer somit an den vorgesehenen Ruhetagen gearbeitet, sind ihm die dadurch allenfalls gegenüber der Soll-Arbeitszeit angehäuften (Über-)Stunden gemäss Art. 321c OR bzw. Art. 15 L-GAV zu entschädigen und hat er zusätzlich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Entschädigung der ausgefallenen Ruhetage (Art. 16 Abs. 5 L-GAV). Insbesondere ist eine zum Voraus vereinbarte, regelmässige Entschädigung oder Auszahlung von Ruhetagen nicht zulässig.

Neu will die Beklagte die Forderung des Klägers aus nicht bezogenen Ruhetagen mit einer bereicherungsrechtlichen Forderung auf Rückleistung von bezahlten Überstundenentschädigungen verrechnen. Sinngemäss scheint die Beklagte hierzu geltend zu machen, diese (Rück-)Forderung sei erst durch das Urteil der Vorinstanz und die darin enthaltene Feststellung, der Kläger habe nicht beweisen können, überhaupt Überstunden geleistet zu haben, entstanden, weshalb sie die Verrechnung im jetzigen Prozessstadium noch geltend machen könne. Dem kann

nicht gefolgt werden. Wie den – zugestandenermassen rudimentären – Ausführungen der Klagebegründung im Zusammenhang mit dem bereits erwähnten Bericht der Kontrollstelle klar zu entnehmen ist, hat der Kläger lediglich ein Entgelt für die bisher nicht entschädigten Überstunden eingeklagt (Urk. 8 in Verbindung mit Urk. 3/2 S. 3). Im Einklang hierzu führte auch die Beklagte vor Vorinstanz aus, der Kläger sei monatlich pauschal für Überstunden entschädigt worden, wobei die Zahlung jeweils dem nicht bezogenen zweiten Ruhetag bzw. vier Ruhetagen pro Monat entsprochen habe (Urk. 10 S. 4). Darauf ist sie zu behaften und es ist ausdrücklich festzustellen, dass die geleisteten und bereits entschädigten Überstunden nicht Prozessgegenstand sind und entsprechend nicht an der Rechtskraftwirkung des abweisenden Urteils teilhaben können (wobei der konkrete Umfang der Rechtskraftwirkung bei Teilklagen offen gelassen werden kann; vgl. hierzu BGer 4A_209/2007 E.2.2.2; Bopp/Bessenich, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2010, Art. 86 N 10; BSK ZGB I-Oberhammer, N 8 ff.; Frank Emmel, a.a.O., Ziff. 3.1.3. m.w.H.). Daran vermag auch eine obiter dictum erfolgte Bemerkung der Vorinstanz nichts zu ändern.

Bei dieser Sachlage kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagten durch das angefochtene Urteil bzw. durch die darin enthaltenen Feststellungen neu eine Forderung auf Rückleistung von bezahlten Überstundenentschädigungen entstanden ist. Damit genügt ihre diesbezügliche Verrechnungseinrede den Voraussetzungen von Art. 317 ZPO nicht, sondern ist verspätet und inhaltlich nicht weiter zu prüfen.

4.7.1. Verrechnung mit Lohnforderungen

Was hingegen die bereits vor Vorinstanz erhobenen Verrechnungserklärungen über Fr. 312.– (Teillohn September 2004) und Fr. 2'162.75 (Teillohn Januar 2005) angeht, ist die Sache differenzierter zu betrachten: Weder bestritt der damalige Vertreter des Klägers, dass die Beklagte dem Kläger irrtümlich zu viel Lohn ausbezahlt hatte, noch machte er geltend, daraus nicht mehr bereichert zu sein (Prot. I S. 10). Von diesen prozessualen Obliegenheiten, mithin von der Behauptungs- bzw. Bestreitungspflicht entbindet auch die hier geltende soziale Untersuchungsmaxime die Parteien nicht. Die im Berufungsverfahren erfolgten Bestrei-

tungen sind klarerweise verspätet und entsprechend nicht zu berücksichtigen (Art. 317 ZPO). Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob der Kläger bei Entgegennahme der Zahlungen gut- oder bösgläubig war. Vielmehr ist die Forderung der Beklagten im Umfang von Fr. 2'474.75 mit dem Guthaben des Klägers – da die Voraussetzungen der Art. 120 OR offensichtlich erfüllt sind und die Hauptforderung des Klägers nicht seinen unmittelbaren Lohnanspruch als solchen beschlägt, weshalb eine Verrechnung nicht ausgeschlossen ist (vgl. Art. 125 Ziff. 2 OR) – zu verrechnen.

4.8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Kläger mindestens ein Guthaben von Fr. 24'620.64 brutto bzw. Fr. 22'675.60 netto aus nichtbezogenen 159.31 Ruhetagen zusteht. Demgegenüber hat die Beklagte eine Verrechnungsforderung über Fr. 2'747.75. Bei diesem Ergebnis wirkt sich der oben erörterte Einwand des Klägers, die Vorinstanz sei willkürlich davon ausgegangen, dass der Bezug von 27.5 Ruhetagen unbestritten geblieben sei, prozessrelevant aus und es stellt sich die Frage einer diesbezüglichen Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz. Eine solche kann erfolgen, wenn die Vorinstanz einen wesentlichen Teil der Klage nicht beurteilt hat oder der Sachverhalt in einem wesentlichen Teil zu vervollständigen ist (Art. 318 lit. c ZPO). Vorliegend wurde der Sachverhalt betreffend den bestrittenen Bezug von 27.5 Ruhetagen – und damit in einem wesentlichen Teil – beweismässig nicht abgeklärt, obwohl die Beklagte hierzu bereits ihre Beweise offeriert hat. Nebst verschiedenen Urkunden will sie auch mehrere Zeugen befragt haben (vgl. Urk. 18 S. 2 f.), womit – vorbehältlich einer vergleichweisen Einigung – ein ausgedehntes Beweisverfahren durchzuführen sein wird. Bei dieser Sachlage ist das angefochtene Urteil, soweit die Klage nicht rechtskräftig abgewiesen wurde, aufzuheben und das Verfahren zur Vervollständigung des Sachverhalts und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 2010, Art. 318 N 35 f.). Dabei wird die Vorinstanz den strittigen Bezug weiterer Ruhetage insoweit abzuklären haben, als daraus dem Kläger eine weitere, die Verrechnung kompensierende Forderung zukommt. Im darüber hinaus gehenden Umfang erübrigt sich indessen zufolge rechtskräftiger Abweisung der Klage eine eingehendere Prüfung.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Wie das erstinstanzliche, ist auch das Berufungsverfahren kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Ausgangsgemäss ist der Entscheid über die Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren dem Endentscheid vorzubehalten.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv Ziffer 1 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 31. März 2011 am 7. Juli 2011 in Rechtskraft erwachsen ist, soweit die Klage im Fr. 22'675.60 netto übersteigenden Umfang abgewiesen wurde.
2. Im Übrigen wird das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, I. Abteilung, vom 31. März 2011 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Das Verfahren ist kostenlos.
4. Die Regelung der Entschädigungsfolgen des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 22'675.60.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 15. August 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. B. Demuth

versandt am:
mc