

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA120012-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. B. Häusermann

## Urteil vom 20. April 2012

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ GmbH,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Fürsprecher X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung (Arbeitslohn)**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 5. Dezember 2011 (AH110109)**

**Rechtsbegehren (Urk. 1 und Prot I S. 3 sinngemäss):**

Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 17'500.– zu bezahlen.

Weiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ein Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen und die Kündigung schriftlich zu begründen.

**Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abt., vom 5. Dezember 2011 (Urk. 23):**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 12'400.50 netto zu bezahlen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Umtriebsentschädigung von Fr. 100.– zu bezahlen.
4. (Mitteilungssatz)
5. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung)

**Berufungsanträge der Beklagten (Urk. 27 S. 1):**

Das Urteil vom 5. Dezember 2011 sei aufzuheben, und die Klage vom 17. Juli 2011 sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

**Erwägungen:**

1. Die Parteien stehen sich in einer Arbeitsstreitigkeit gegenüber. Die Klage ging am 20. Juli 2011 am Arbeitsgericht Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) ein. Vor Vorinstanz war zuletzt einzig noch umstritten, ob die Beklagte dem Kläger den Lohn von monatlich Fr. 3'500.– brutto bzw. Fr. 3'130.10 netto für die Monate Februar bis Mai 2009 sowie Oktober 2009 bezahlt habe. Am 5. Dezember 2011 hiess die Vorinstanz die Klage teilweise gut. Die Beklagte wurde verpflichtet, dem Kläger für die erwähnten Monate je Fr. 2'480.10 netto (Fr. 3'130.10 abzüglich vorgeschossene Fr. 650.–), insgesamt also Fr. 12'400.50 netto zu bezahlen. Hierzu und für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen im Urteil der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. Urk. 28 S. 2 f., S. 10). Das schriftlich

begründete Urteil wurde der Beklagten am 16. Februar 2012 zugestellt (Urk. 24/1). Am 15. März 2012 erhob die Beklagte rechtzeitig die Berufung mit den eingangs aufgeführten Berufungsanträgen (Urk. 27).

2. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, dass der Arbeitnehmer den Lohn für die ganze Anstellungsdauer zugute habe. Die Arbeitgeberin trage nach Art. 8 ZGB die Beweislast dafür, dass die Bezahlung des Lohnes stets erfolgt sei. Die Beklagte habe Kopien von angeblich vom Kläger unterschriebenen Lohnabrechnungen für die Monate Januar bis Dezember 2009 eingereicht. Diese kopierten Lohnabrechnungen wiesen Ungereimtheiten auf und vermöchten die Sachlage nicht hinreichend zu klären. Die Beklagte sei ausdrücklich aufgefordert worden, die Originale der Lohnabrechnungen zur Hauptverhandlung mitzubringen; sie sei dieser Aufforderung jedoch ohne plausible Erklärung nicht nachgekommen. Die Beklagte sei androhungsgemäss mit den Originalurkunden als Beweismittel ausgeschlossen. Der Kläger habe anlässlich seiner Parteibefragung vom 30. November 2011 erklärt, er denke, die Unterschriften auf den (kopierten) Lohnabrechnungen seien von ihm. Gleichzeitig wolle er diese jedoch noch nie gesehen haben. Dazu habe er ausgeführt, man sehe ganz klar, dass diese Unterschriften kopiert seien. Damit müsse der Kläger seine Vermutung zum Ausdruck gebracht haben, die Beklagte habe die Unterschriften - mittels Kopieren - nachträglich auf den Lohnabrechnungen angebracht. Mit den eingereichten Kopien der Lohnabrechnungen lasse sich nicht rechtsgenügend nachweisen, dass der Lohn dem Kläger auch effektiv ausbezahlt worden sei. Aber selbst wenn der Kläger die von der Beklagten eingereichten Lohnabrechnungen unterschrieben hätte, sei unklar, ob der Kläger damit nur die Richtigkeit der Lohnabrechnungen bestätigt oder tatsächlich auch den Erhalt des Lohnes von netto Fr. 3'130.10 quittiert habe. Diesen vollen Lohn habe der Kläger keinesfalls erhalten, habe er doch regelmässig Vorschüsse bezogen. Die beiden Vermerke "Lohn in Bar erhalten am" in den Lohnabrechnungen für die Monate September (Urk. 3/5, nachträglich erstellt, vgl. dazu Urk. 28 S. 6 f.) und Dezember 2009 (Urk. 12/12) seien zumindest irreführend. Im Ergebnis sei es der Beklagten nicht gelungen zu beweisen, dass sie dem Kläger die eingeklagten Löhne tatsächlich bezahlt habe. Die Beklagte trage die Folgen der Beweislosigkeit. Es sei davon auszugehen, dass die geforderten Löhne noch ge-

schuldet seien. Die Beklagte sei entsprechend zu verpflichten, dem Kläger diese Löhne zu bezahlen (Urk. 28 S. 4-8).

3. Die Beklagte bringt mit der Berufung im Wesentlichen vor, der Kläger habe aus dem Supermarkt der Beklagten jeweils Naturalien bezogen und die entsprechenden Beträge selber handschriftlich auf Zetteln notiert. Zudem seien ihm Vorschüsse ausbezahlt worden. Diese "spontanen Zahlungen" seien unbestritten und ebenfalls auf den erwähnten Zetteln aufgeführt worden. Jeweils am Monatsende habe der Kläger die Vorschüsse addiert. C.\_\_\_\_\_ habe gleichzeitig auf dem Computer die Lohnabrechnung erstellt. Danach habe er dem Kläger den Lohn bar ausgehändigt, d.h. den Restbetrag aus der Rechnung "Nettolohn Fr. 3'130.10 minus Vorschuss minus Betrag für Naturalbezüge". Nach der Aushändigung des Barbetrags habe der Kläger jeweils auf den schriftlichen Lohnabrechnungen den Erhalt des Gesamtlohns quittiert. Ihr (der Beklagten) werde sinngemäss vorgeworfen, sie oder ein Dritter habe im Nachhinein die Lohnabrechnungen für das Jahr 2009 erstellt, ohne dass die entsprechenden Beträge dem Kläger ausgehändigt worden seien. Dieser Vorwurf sei falsch. Der Kläger habe zu Protokoll erklärt, dass die fraglichen Unterschriften von ihm stammten und dass er die Lohnabrechnungen teilweise unterzeichnet habe (dazu wird auf Urk. 19 S. 4 verwiesen). Aus den Ausführungen des Klägers sei nicht nachvollziehbar, weshalb er die Lohnabrechnungen nur teilweise unterzeichnet haben sollte. Nach seinen Angaben anlässlich der Befragung vom 30. November 2011 habe der Kläger jeweils handschriftlich auf den Monatslohnabrechnungen quittiert und damit auch den Erhalt der fraglichen Beträge bestätigt. Die zwölf mit der Berufung im Original eingereichten Lohnabrechnungen (Urk. 30/4) seien alle durch den Kläger unterzeichnet. Wären die Angaben des Klägers richtig, so hätten sich "die Beklagte und ihr Ehemann" (wohl: D.\_\_\_\_\_, vgl. Urk. 30/2, und deren Ehemann C.\_\_\_\_\_) strafrechtlich relevanter Verhaltensweisen schuldig gemacht durch die Überführung der Lohnauszahlungen in die Buchhaltung und die Erstellung einer Aufstellung über die ausbezahlten Löhne zuhanden der Arbeitslosenkasse; diesfalls wären die vorgenannten Urkunden möglicherweise unrichtig. Unter der Herrschaft der beschränkten Untersuchungsmaxime habe die Einreichung neuer Beweismittel (im Berufungsverfahren) als zulässig zu gelten. Der Kläger habe die rechtsbe-

gründenden Tatsachen, u.a. die - bestrittene - Nichtbezahlung des Lohnes, nicht vollständig bewiesen. Aufgrund der mit der Berufung in das Verfahren eingebrachten Vorbringen und Beweismittel sei eindeutig und unwidersprüchlich belegt, dass sämtliche Forderungen des Klägers beglichen worden seien. Dies habe der Kläger selber bestätigt (dazu wird auf Urk. 19 S. 2 verwiesen sowie auf Urk. 19 S. 4, wonach alles unter der Hand abgelaufen sei). Die Vorinstanz habe weitere Punkte (Lohnzahlung zu 100 % statt bloss 80 % während der Arbeitsunfähigkeit des Klägers vom 30. März bis 5. Mai 2009; Leistungen/Verhalten des Klägers sowie Gründe, die zur Kündigung führten) nicht gewürdigt und damit Art. 247 sowie Art. 56 ZPO verletzt. Aus all diesen Gründen bestehe keine Forderung mehr zwischen den Parteien (Urk. 27 S. 3 ff.).

4. Mit der Berufung werden neue Behauptungen aufgestellt, neue Beweismittel in das Verfahren eingebracht und zahlreiche neue Beweise offeriert (vgl. Urk. 27 S. 2 ff. sowie Urk. 30/2 und Urk. 30/4-15). Die Beklagte hält offensichtlich dafür, sie könne jegliche Noven auch noch im Berufungsverfahren einbringen, weil der Sachverhalt in den "übrigen" arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.- von Amtes wegen festzustellen ist (vgl. Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO). Mit dieser Problematik unter der Herrschaft der Schweizerischen Zivilprozessordnung bzw. nach deren Inkrafttreten hat sich die Kammer bereits mehrfach auseinandergesetzt und entschieden, dass in zweiter Instanz Noven nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind, dies auch dann, wenn der Sachverhalt wie im vorliegenden Fall im Sinne des sozialen Untersuchungsgrundsatzes von Amtes wegen festzustellen ist (vgl. dazu insb. 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, sowie den Entscheid der Kammer vom 27. März 2012, Geschäfts-Nr. LA110014, vorgesehen zur Publikation in ZR). Dieser Praxis folgend sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch zu berücksichtigen, 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). Die Beklagte macht nirgends geltend, dass diese Voraussetzungen erfüllt wären. Daher sind ihre mit der Berufung in das Verfahren

eingebrachten Noven unzulässig und nicht zu beachten. Zudem fällt es ausser Betracht, die neu offerierten Beweise abzunehmen.

5. Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 1. September 2011 wurde der Beklagten nach den Parteivorträgen Frist angesetzt, um die unterzeichneten Lohnabrechnungen einzureichen (Prot. I S. 12). Mit Verfügung vom 6. September 2011 wurde der Beklagten der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass dem Kläger für das Jahr 2009 als Bruttolohn monatlich, namentlich für die Monate Februar bis Mai sowie Oktober 2009, Fr. 3'500.– (brutto) ausbezahlt wurden. Als Hauptbeweismittel der Beklagten wurden die vom Kläger unterschriebenen monatlichen Lohnabrechnungen für die Monate Januar 2009 bis Dezember 2009 aufgeführt. Der Beklagten wurde erneut Frist angesetzt, um diese Lohnabrechnungen einzureichen, mit dem Hinweis, dass Säumnis nach Art. 164 ZPO gewürdigt würde (Prot. I S. 13 f.; Urk. 10). Nachdem die Beklagte (bloss) Kopien der von ihr verlangten Lohnabrechnungen eingereicht hatte (Urk. 12/1-12), wurde sie von der Vorinstanz mit Verfügung vom 27. September 2011 verpflichtet, die entsprechenden Lohnabrechnungen mit der Originalunterschrift des Klägers zur Fortsetzung der Verhandlung mitzubringen, mit dem Hinweis, dass die Beklagte im Säumnisfall mit diesen Urkunden als Beweismitteln ausgeschlossen wäre (Prot. I S. 15; Urk. 14). Darauf wurden die Parteien zur Fortsetzung der Hauptverhandlung ("persönliche Befragung der Parteien / Stellungnahme zum Beweisergebnis") vom 30. November 2011 vorgeladen (Urk. 15). Die Geschäftsführerin und einzige Gesellschafterin der Beklagten, D.\_\_\_\_\_, wurde zum Erscheinen aufgefordert, um als Partei auszusagen, unter Androhung von Ordnungsbusse bei unentschuldigtem oder nicht genügend entschuldigtem Ausbleiben (Urk. 16, Urk. 18/2). Anlässlich der Verhandlung vom 30. November 2011 wurden die von der Beklagten eingeforderten Original-Lohnabrechnungen nicht präsentiert; die Geschäftsführerin der Beklagten blieb der Verhandlung fern, ohne sich zu entschuldigen (Prot. I S. 16). Unter diesen Umständen hat die Vorinstanz zu Recht auf unberechtigte Mitwirkungsverweigerung (durch D.\_\_\_\_\_) bzw. Verzicht auf die fraglichen Beweismittel (durch die Beklagte) geschlossen und festgehalten, dass der Inhalt der nicht herausgegebenen Urkunden (Lohnabrechnungen) als gemäss der Darstellung der

Gegenpartei, mithin des Klägers, gegeben unterstellt werden darf (vgl. Urk. 28 S. 5 f., Erw. III.4.1 f.).

Dieses Resultat kann durch die nachträgliche Einreichung der Original-Lohnabrechnungen nicht mehr korrigiert werden. Bei diesen Urkunden handelt es sich um Noven, die nicht mehr berücksichtigt werden können (vgl. oben, Ziff. 4). Die Beklagte bzw. ihre Geschäftsführerin/Gesellschafterin D.\_\_\_\_\_ haben die Folgen ihrer Säumnis vor Vorinstanz zu tragen. Folglich können die nachträglich eingereichten Original-Lohnabrechnungen für den Nachweis der Bezahlung des Lohnes nicht berücksichtigt werden.

6. Die Vorinstanz hat einlässlich und nachvollziehbar begründet, weshalb unklar ist, ob der Kläger mit der (streitigen) Unterzeichnung der Lohnabrechnungen nur deren Richtigkeit oder auch den Erhalt des jeweiligen Lohnes quittiert habe (vgl. oben, Ziff. 2; vgl. dazu im Detail Urk. 28 S. 6 bis 8, Erw. 4.3, 4.3.1 bis 4.3.3). Die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz müssen an dieser Stelle nicht mehr wiederholt werden. Es kann auf sie verwiesen werden (Reetz/Hilber in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., Art. 318 N. 54).

Die Beklagte macht mit der Berufung geltend, sie habe dem Kläger den jeweiligen Lohn durch Vorschüsse, Naturalabgaben und - am Ende des Monats, im Restbetrag - Barzahlungen geleistet. Nach der Aushändigung des jeweiligen Restbetrags in bar habe der Kläger jeweils auf den schriftlichen Lohnabrechnungen den Erhalt des Gesamtlohns quittiert. Dem kann nicht gefolgt werden: Wie erwähnt können die nachträglich eingereichten Original-Lohnabrechnungen nicht berücksichtigt werden (vgl. oben, Ziff. 4 und 5), weshalb mit der Vorinstanz von der Darstellung des Klägers auszugehen ist, wonach nicht feststeht, dass der Kläger die massgeblichen Lohnabrechnungen unterzeichnet habe. Es bleibt daher bei der schlichten Parteibehauptung der Beklagten, dass die in Kopie eingereichten Lohnabrechnungen durch den Kläger unterzeichnet worden seien und dass dadurch der Erhalt des Gesamtlohns quittiert worden sei. Damit kann der Nachweis der Tilgung der Lohnforderungen nicht erbracht werden. Abgesehen davon hat die Vorinstanz zu Recht festgehalten, dass es selbst dann, wenn der Kläger die Lohnabrechnungen tatsächlich unterschrieben hätte, unklar wäre, ob der Kläger damit tatsächlich

auch den Erhalt des Lohnes quittiert hätte (vgl. Urk. 28 S. 7, Mitte). Damit setzt sich die Beklagte in der Berufungsschrift nicht auseinander. Insofern fehlt es an einer eigentlichen Begründung der Berufung.

7. Aus den Angaben des Klägers im vorinstanzlichen Verfahren, auf die in der Berufungsschrift verwiesen wird, kann die Beklagte nichts ableiten: Es trifft nicht zu, dass der Kläger vor Vorinstanz bestätigt habe, dass die Beklagte seine sämtlichen Forderungen beglichen habe. Aus Urkunde 19 S. 2 ergibt sich bloss, dass der Beklagte Vorschüsse erhalten hat. Der Beklagte schränkte dies aber ein mit der Erklärung, er habe nicht so viel erhalten, wie als Lohn vereinbart gewesen sei. Die Vorinstanz hat die Höhe der Vorschüsse geschätzt und mit Fr. 650.– pro Monat beziffert. Dies blieb unbestritten. Somit kann nicht davon ausgegangen werden, dass der unbestrittene Lohn des Klägers von Fr. 3'130.10 netto pro Monat durch Vorschüsse beglichen wurde. Gemäss Urkunde 19 S. 4 hat der Kläger zwar angegeben, "das" sei unter der Hand abgelaufen und gar nie richtig abgesprochen gewesen. Diese Angabe bezieht sich indes auf die "Anrechnung" von Ferien während eines krankheitsbedingten Ausfalls des Klägers. Aus diesen Belegstellen ergibt sich somit entgegen der Ansicht der Beklagten in keiner Weise, dass die Beklagte sämtliche Forderungen des Beklagten beglichen habe.

8. Der Nachweis der Zahlung kann auch nicht bloss mit dem Hinweis erbracht werden, dass sich die Beklagte bzw. D.\_\_\_\_\_ oder C.\_\_\_\_\_ (möglicherweise) strafbar gemacht hätten, wenn sie Lohnzahlungen an den Kläger verbucht und an Behörden gemeldet hätten, obwohl diese Zahlungen nicht oder nur teilweise geleistet wurden. Dies ist zwar verpönt. Verpöntes Verhalten ist jedoch bei keiner Partei auszuschliessen, auch nicht bei der Beklagten. Die Unschuldsvermutung mit Bezug auf möglicherweise strafrechtlich relevantes Verhalten kann nicht indirekt zu einer Umkehr der Beweislast im Zivilprozess führen.

9. Auf die neu in das Verfahren eingebrachten weiteren Punkte (Lohnzahlung zu 100 % statt 80 % während der Arbeitsunfähigkeit des Klägers; Leistungen/Verhalten des Klägers sowie Gründe, die zur Kündigung führten) muss nicht eingetreten werden (vgl. oben, Ziff. 4). Im Übrigen legt die Beklagte nicht dar, in-

wiefern die Vorinstanz diese Punkte hätte würdigen müssen und inwiefern sie dies unterlassen und dadurch Art. 247 ZPO bzw. Art. 56 ZPO verletzt hätte.

10. Es obliegt dem Arbeitnehmer, das Vorhandensein des behaupteten Lohnanspruchs nachzuweisen; den Arbeitgeber trifft die Beweislast für die Bezahlung des Lohnes (BGE 125 III 78 Erw. 3 = Pra 1999, 506 f.). Die Beklagte geht daher fehl mit dem Vorbringen, der Kläger habe die Nichtbezahlung des Lohnes nicht vollständig bewiesen. Vielmehr trifft die Erwägung der Vorinstanz zu, dass die Beklagte die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat.

11. Im Ergebnis erweist sich die Berufung als offensichtlich unbegründet. Sie ist daher ohne Weiterungen abzuweisen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Urteil der Vorinstanz ist zu bestätigen.

12. Das Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Für das zweitinstanzliche Verfahren gilt die Beklagte als unterliegende Partei. Sie hat deshalb keinen Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Kläger erwächst kein rechtserheblicher Aufwand. Folglich sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 12'400.50 netto zu bezahlen.
2. Das Verfahren in erster und zweiter Instanz ist kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Umtriebsentschädigung von Fr. 100.– 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. 27, Urk. 30/2 und Urk. 30/4-15, sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 3. Abt., je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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 arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 12'500.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 20. April 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. B. Häusermann

versandt am:

mc