

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA170001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, die Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. M. Kirchheimer

Urteil vom 6. Oktober 2017

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____,

substituiert durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____,

gegen

B._____,

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Y._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom
14. November 2016 (AN150001-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- „1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 40'000.00 (brutto), zuzüglich Zins von 5% seit 1. Januar 2014 zu bezahlen.
2. Es sei festzustellen, dass die Klägerin der Beklagten für Ihre Weiterbildung zur Immobilienvermarkterin nichts bezahlen muss.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten.“

Widerklage:

(Urk. 20 S. 2)

„Die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin CHF 25'000.– nebst Zins zu 5 % seit 26. Februar 2014 zu bezahlen.

Unter Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin und Widerbeklagten.“

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 14. November 2016:

1. Soweit auf die Hauptklage eingetreten wurde, wird in deren teilweiser Gutheissung die Beklagte und Widerklägerin verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten den Betrag von Fr. 37'428.– netto, zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Januar 2014, zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Hauptklage abgewiesen.
2. In teilweiser Gutheissung der Widerklage wird die Klägerin und Widerbeklagte verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin den Betrag von Fr. 9'090.90 brutto = netto, zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. Mai 2014, zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Widerklage abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'775.– festgesetzt.

4. Die Gerichtskosten werden zu Fr. 3'375.– der Klägerin und Widerbeklagten sowie zu Fr. 5'400.– der Beklagten und Widerklägerin auferlegt und aus dem von der Klägerin und Widerbeklagten geleisteten Vorschuss bezogen. Der Anteil der Beklagten und Widerklägerin im Umfang von Fr. 3'375.–, der durch den Kostenvorschuss der Klägerin und Widerbeklagten gedeckt wird, ist dieser von der Beklagten und Widerklägerin zu ersetzen.

Der Fehlbetrag von Fr. 2'025.– wird von der Beklagten und Widerklägerin nachgefordert.

5. Die Beklagte und Widerklägerin wird betreffend Hauptklage verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'705.40 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Die Beklagte und Widerklägerin wird betreffend Widerklage verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'250.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

(7./8. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

Der Beklagten, Widerklägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten:

Zur Berufung (Urk. 57 S. 2)

- „1.a. Das Urteil des Arbeitsgerichts vom 14. November 2016 sei insoweit aufzuheben, als die Klage der Berufungsbeklagten gutgeheissen wurde (Dispositivziffer 1). Die Klage der Berufungsbeklagten sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten wurde.
- 1.b. Das Urteil des Arbeitsgerichts vom 14. November 2016 sei insoweit aufzuheben, als die Widerklage der Berufungsklägerin abgewiesen wurde (Dispositivziffer 2). Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin zusätzlich zu dem im angefochtenen Urteil gutgeheissenen Betrag von CHF 9'090.90 auch den abgewiesenen Mehrbetrag in der Höhe von CHF 15'909.10 seit Zins ab 1. Mai 2014 zu bezahlen.

2. Eventualiter sei die Angelegenheit zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen des Obergerichts des Kantons Zürich an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten.“

Zur Anschlussberufung (Urk. 64 S. 2)

„Die Anschlussberufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Anschlussberufungsklägerin/Berufungsbeklagten.“

Der Klägerin, Widerbeklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin (Urk. 62 S. 2):

- „1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Das Urteil des Arbeitsgerichts vom 14. November 2016 sei insoweit aufzuheben, als die Widerklage der Berufungsklägerin gutgeheissen wurde (Dispositivziffer 2). Die Widerklage der Berufungsklägerin sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Ergänzung des Sachverhaltes und zur Neuentscheidung im Sinne der Erwägungen des Obergerichts des Kantons Zürich an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Berufungsklägerin.“

Erwägungen:

I.

Die Beklagte erbringt verschiedene Dienstleistungen im Bereich Immobilien. CEO und einzelzeichnungsberechtigter Präsident des Verwaltungsrats ist C._____. Die Klägerin hatte am 1. Januar 2008 gestützt auf einen Arbeitsvertrag vom 12. November 2007 ihre Arbeitsstelle als Assistentin bei der Beklagten angetreten. Mit Schreiben vom 6. Februar 2014 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis. Sie war ab dem 6. Dezember 2013 bis zum Antritt einer neuen Stelle am 15. April 2014 u.a. wegen eines Burnouts krankgeschrieben. Streitgegenstand (der Hauptklage) ist zunächst eine Gratifikation in der Höhe von Fr. 40'000.—, de-

ren Auszahlung die Beklagte verweigert, weil sie gemäss Nachtrag zum Arbeitsvertrag vom 18. Januar 2013 an die Voraussetzung der vollen Arbeitsfähigkeit der Klägerin bis zur Fälligkeit (31. Dezember 2013) geknüpft gewesen sei. Die Vorinstanz bejahte den Anspruch der Klägerin mit der Begründung, die Bedingung der vollen Arbeitsfähigkeit verstosse gegen Art. 328 OR und sei nichtig. Weiterer Streitpunkt (der Widerklage) bildet eine Forderung der Beklagten gegen die Klägerin in der Höhe von Fr. 25'000.–. Die Beklagte stützt diese Forderung auf eine Klausel im erwähnten Nachtrag, wonach die Klägerin bei einer Beendigung des Arbeitsvertrages bis zum 31. Dezember 2014 eine Pauschale von Fr. 25'000.– für entstandene „Kosten für Schule, Repetitorium, Prüfung und Arbeitszeit über fünf Tagen“ trage. Die Vorinstanz bejahte grundsätzlich die Rückzahlungspflicht der Klägerin hinsichtlich der Weiterbildungskosten, nicht aber hinsichtlich des Lohns während der schulbedingt ausgefallenen Arbeitszeit; die Ausrichtung des Lohns auch für diese Zeit sei zwischen den Parteien schon vor Beginn der Weiterbildung vereinbart worden, weshalb eine nachträglich vereinbarte Rückzahlungspflicht gegen Art. 341 OR verstosse.

Auf das Feststellungsbegehren (Ziff. 2 der Hauptklage) ist die Vorinstanz mit Beschluss vom 14. November 2016 nicht eingetreten (Urk. 58 S. 34). Dieser Beschluss wurde nicht angefochten und bildet nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens.

II.

Die Klage samt Klagebewilligung ging am 7. Januar 2015 bei der Vorinstanz ein (Urk. 1 und 3). Der weitere Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 58 S. 2 f.). Gegen das Urteil vom 14. November 2016 hat die Beklagte fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 57; vgl. Urk. 56/2). Der Kostenvorschuss von Fr. 5'820.– wurde innert Frist geleistet (Urk. 59 f.). Die Berufungsantwort datiert vom 15. März 2017 (Urk. 62). Mit der Berufungsantwort hat die Klägerin Anschlussberufung erhoben (Urk. 62 S. 2). Am 5. Mai 2017 (Datum Poststempel) erstattete die Beklagte die Anschlussberufungsantwort und nahm ihr Replikrecht wahr (Urk. 64). Das Doppel dieser

Rechtsschrift wurde der Klägerin zugestellt (Urk. 67). Weitere Eingaben der Parteien sind nicht erfolgt.

III.

Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Aber das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vor-

instanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Die Anforderungen an die Berufung gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_580/2015 vom 11.4.2016, E. 2.2).

IV.

1. Die Vorinstanz ging im Wesentlichen vom folgenden unbestrittenen Sachverhalt aus (Urk. 58 S. 5 ff.): Die Klägerin habe nach ihrer Anstellung bereits nach kurzer Zeit als Projektmitarbeiterin bei Immobilienprojekten eingesetzt werden können. Sukzessive seien ihr Zusatzfunktionen übertragen worden, wodurch sie im Vergleich zu den anderen Mitarbeiterinnen einen relativ umfangreichen Einblick in die Geschäftsbücher, Bücher und Konten der Beklagten habe erlangen können. Auch in Bezug auf personalrechtliche Fragen sei die Klägerin in die entsprechenden Entscheidungsprozesse miteinbezogen worden. Zudem habe sie jeweils während den Ferienabwesenheiten von C._____ dessen Stellvertretung übernehmen können. Mit SHAB-Eintrag vom tt. März 2012 sei der Klägerin die Berechtigung erteilt worden, für die Beklagte im Rahmen einer Kollektivunterzeichnungsberechtigung zu handeln. Auf Seiten der Beklagten habe zudem die Idee bestanden, die Klägerin als Mitinhaberin und Geschäftsführerin anzuwerben. Ab 2011 habe die Klägerin an gesundheitlichen Problemen im Rückenbereich gelitten und sich in regelmässige ärztliche Behandlung begeben. Die Beklagte habe ihr aus diesem Grund ein Stehpult, einen neuen Bürostuhl sowie einen Computerbildschirm gekauft. Nach dem Umzug der Klägerin in das Büro einer ehemaligen Mitarbeiterin der Beklagten, D._____, sei der bestehende USM-Büromöbel-Bestand ergänzt sowie ein neues Kunstbild für Fr. 14'000.– angeschafft worden. Der Klägerin sei zudem gestattet worden, das Firmenauto der Beklagten für private Zwecke zu benützen. Darüber hinaus habe sich die Beklagte mit Fr. 2'500.– an einem Sprachaufenthalt der Klägerin in Guadeloupe beteiligt. Ab Sommer 2012 habe die Klägerin einen Weiterbildungskurs zur "Immobilienvermarkterin" mit eidgenössischem Fachausweis besucht. In diesem Zusammenhang habe sie ihr Arbeitspensum auf 80 % reduziert, aber weiterhin 100 % Lohn erhalten. C._____ und die Klägerin hätten seit Beginn des Arbeitsverhältnisses bis ca. En-

de 2012 einen freundschaftlichen Umgang gepflegt. Am 18. Januar 2013 hätten die Parteien einen Nachtrag zum Arbeitsvertrag vom 12. November 2007 unterzeichnet. In diesem Nachtrag sei die zuvor mündlich vereinbarte Leistung von Unterstützungszahlungen für die Weiterbildung der Klägerin an das Bestehen der Abschlussprüfung der Weiterbildung sowie, in zwei Stufen, an den Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses gekoppelt worden. Zudem sei die ebenfalls zuvor mündlich vereinbarte Auszahlung einer Sondervergütung von Fr. 80'000.– in zwei Tranchen aufgeteilt worden, wobei die Fälligkeit der Teilzahlungen wiederum an Bedingungen geknüpft worden sei. Darüber hinaus finde sich in diesem Nachtrag auch eine Regelung betreffend die Vorholzeit für die Betriebsferien Weihnachten/Neujahr 2013/2014. Vom 6. Dezember 2013 bis zum Antritt ihrer neuen Stelle am 15. April 2014 sei die Klägerin durchgehend krankgeschrieben gewesen. Sie habe das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 6. Februar 2014 gekündigt. Gleichzeitig habe sie den Restbetrag der Sondervergütung von Fr. 40'000.– brutto gefordert und sich auf den Standpunkt gestellt, dass eine Rückzahlung der Weiterbildungskosten ihrerseits entfalle. Sie habe dies damit begründet, dass die Verantwortung für ihre Arbeitsunfähigkeit bei der Beklagten liege. Entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichts sei hier in beiden Fällen von einer missbräuchlichen Herbeiführung einer Bedingung im Sinne von Art. 156 OR auszugehen. Die Beklagte habe mit Schreiben vom 18. Februar 2014 den Erhalt der Kündigung bestätigt. Sie habe eine durch sie verursachte arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit der Klägerin bestritten und diese aufgefordert, einen Vertrauensarzt aufzusuchen. Zudem habe sie von der Klägerin gestützt auf Ziffer 2 des Nachtrags zum Arbeitsvertrag die Rückerstattung des Pauschalanteils von Fr. 25'000.– für die Weiterbildungskosten gefordert. Die E. _____ Versicherung habe in Bezug auf die bestrittene Arbeitsunfähigkeit der Klägerin mit Schreiben vom 10. Juni 2014 festgehalten, die Arbeitsunfähigkeit vom 6. Dezember 2013 bis am 14. April 2014 sei einwandfrei ausgewiesen.

Diese Zusammenfassung des unbestrittenen Sachverhalts durch die Vorinstanz wird weder in der Berufungsbegründung noch in der Berufungsantwort/Anschlussberufung bemängelt (vgl. Urk. 57 S. 5; Urk. 62 S. 6), weshalb zunächst grundsätzlich von diesem Sachverhalt auszugehen ist. Allerdings sah es die Vor-

instanz – entgegen der klägerischen Darstellung im Berufungsverfahren (Urk. 62 S. 7, 9, 13) – nicht als erwiesen an, dass die Beklagte der Klägerin angekündigt habe, ihr im Februar 2013 bedingungslos eine Sondervergütung von Fr. 80'000.– ausbezahlen, wie dies anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 17. Oktober 2012 beschlossen worden sei. Ebenso wenig sah es die Vorinstanz als erstellt an, dass die Beklagte der Klägerin ursprünglich die gesamten Kosten und die Gewährung der Freizeit für die Weiterbildung ohne Rückzahlungsverpflichtung zugesichert habe. Die Beklagte habe dies bestritten. Beide Parteien hätten als Beweismittel für ihre gegensätzlichen Standpunkte lediglich die Parteibefragung der Klägerin bzw. von C._____ beantragt. Somit würde Aussage gegen Aussage stehen. Da dies nicht zielführend sei, sei von der Durchführung eines Beweisverfahrens abzusehen (Urk. 58 S. 17 und 26). Dieses Vorgehen ist nicht zulässig. Die Parteibefragung und die Beweisaussage, welche von Amtes wegen angeordnet werden kann, sind nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung vollwertige Beweismittel. Eine antizipierte Beweiswürdigung kann in der vorliegenden Konstellation nicht vorgenommen werden. Zudem hat die Klägerin bezüglich der Sondervergütung die Befragung von F._____ als Zeugen beantragt (Urk. 30 S. 24). Die Durchführung eines Beweisverfahrens kann indessen unterbleiben, da die Sache spruchreif ist. Ebenso wenig braucht beweismässig abgeklärt zu werden, ob die Beklagte es zu vertreten hat, dass die Klägerin arbeitsunfähig wurde (Urk. 62 S. 6, 8, 12 f.).

2. a) Die Vorinstanz erwog, die Parteien seien sich einig darüber, dass die Beklagte aus eigenem Antrieb erklärt habe, der Klägerin zur Belohnung für ihre guten Leistungen eine einmalige Sondervergütung zukommen zu lassen, und es sich folglich um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handle. Es sei durchaus zulässig, dass sich eine Arbeitgeberin mit gewissen Bedingungen die Loyalität der Arbeitnehmerin und die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses sichere. Jedoch gehe es nicht an, sondern verletze den Kerngehalt der Persönlichkeit der Arbeitnehmerin, wenn eine Bedingung darüber hinaus so ausgestaltet sei, dass die Arbeitnehmerin eine mögliche Schädigung ihrer Gesundheit in Kauf nehmen müsse, um sie zu erfüllen. Der Schutz der Arbeitnehmerin vor ähnlich gelagerten, übermässigen Eingriffen in die Persönlichkeit verdeutliche sich, wenn man sich

den in Art. 336c Abs. 1 lit. b OR verankerten krankheitsbedingten Kündigungsschutz sowie die beschränkte Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit gemäss Art. 324a Abs. 1 OR in Erinnerung rufe. Die Gültigkeit der vorliegenden Bedingung würde bedeuten, dass eine Teilzahlung bereits wegfallen würde, wenn die Klägerin am besagten Fälligkeitsdatum mit einer Grippe im Bett gelegen hätte (Urk. 58 S. 16 f., 21).

b) Die Beklagte stellt sich in ihrer Berufungsbegründung auf den Standpunkt, sie habe die Zahlung von einer beliebigen Bedingung abhängig machen können, da sie aus einem beliebigen Grund auch ganz auf die – freiwillige – Zahlung hätte verzichten können. Die Vorinstanz lege zudem den Begriff der vollen Arbeitsfähigkeit nicht richtig aus. Es sei nicht um Bagatellfälle gegangen, sondern um eine längerfristige Arbeitsunfähigkeit. Die Beklagte habe lediglich absichern wollen, dass der grosszügigen freiwilligen Bonuszahlung und Lohnfortzahlung auch künftig eine Arbeitsleistung der Klägerin gegenüberstehen würde. Denn mit der Bonuszahlung sollte die Klägerin insbesondere auch zu guten künftigen Leistungen angespornt werden. Die Auslegung der Vorinstanz widerspreche nicht nur dem gegenseitigen Willen der Parteien, sondern auch dem Verständnis, das ein vernünftiger Dritter der Klausel beigemessen hätte. Eine Vereinbarung, wonach die Leistung eines grosszügigen Bonus davon abhängig gemacht werde, dass die Arbeitsleistung der begünstigten Arbeitnehmerin nicht für längere Zeit ausfalle oder reduziert werde, sei nachvollziehbar, sachlich begründet und berücksichtige in ausgewogener Weise die Interessen der Arbeitsvertragsparteien. Sie verstosse daher nicht gegen die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Die Bedingung knüpfe an die Arbeitsfähigkeit und nicht an die Arbeitsleistung an und könne daher auch keinen Anreiz schaffen, trotz Arbeitsunfähigkeit zur Arbeit zu kommen. Die Arbeitsunfähigkeit habe die Klägerin nicht eines Anspruchs auf Teilzahlung beraubt, sondern die Arbeitsfähigkeit habe ihr einen Anspruch ermöglicht. Von einer Verletzung der Fürsorgepflicht könne nicht gesprochen werden, wenn die beidseitigen Interessen der Parteien und insbesondere die freiwilligen und grosszügigen Leistungen der Beklagten in einer Güterabwägung einander gegenübergestellt würden. Wäre die Bedingung rechtswidrig, hätte dies nach Art. 157 OR zur Folge, dass der bedingte Anspruch nichtig wäre. Zudem hätte die Beklagte den Nachtrag

ohne diese Bedingung nie abgeschlossen, weshalb nicht von einer Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR ausgegangen werden könnte, sondern die ganze Bonusvereinbarung dahinfallen müsste (Urk. 57 S. 5 ff.).

c) aa) Bei der Gratifikation handelt es sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung um eine ausserordentliche Zulage, die zum Lohn hinzutritt und bei bestimmten Anlässen ausgerichtet wird. Sie hängt immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers ab. Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann keine Gratifikation sein, sondern stellt Lohn dar (BGE 139 III 155 E. 3.1; 129 III 276 E. 2; 109 II 447 E. 5c; BGer 4A_159/2016 vom 01.12.2016, E. 5.2.1, m.w.H.; Morf, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss. St. Gallen, Bern 2011, Rz 679, 705). Eine Sondervergütung, auf die sowohl dem Grundsatz wie der Höhe nach ein Rechtsanspruch besteht, ist als fester Lohnbestandteil zu behandeln (Hirsiger, Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht Heft 72, Bern 2011, S. 147 Rz 405, S. 149 ff. Rz 410 ff.). Ob es sich bei einer Gratifikation um eine vollständig freiwillige Leistung des Arbeitgebers handelt oder ob auf deren Ausrichtung ein Anspruch besteht, hängt von den Umständen ab. Die Verpflichtung zur Ausrichtung kann im schriftlichen oder mündlichen Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart worden sein. Sie kann aber auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses durch konkludentes Verhalten entstehen, wie beispielsweise durch die regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung eines entsprechenden Betrages. Um eine Gratifikation kann es sich auch handeln, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmern für ein Jahr eine Gratifikation von einer bestimmten Höhe verspricht: er ist alsdann an dieses Versprechen gebunden, sofern der Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten nicht grob verletzt (BGE 136 III 313 E. 2; BGer 4C.277/2000 vom 19.12.2000, E. 3c).

bb) Im Arbeitsvertrag vom 12. November 2007 ist keine Gratifikation oder sonstige Sondervergütung vereinbart, abgesehen vom Anspruch auf einen 13. Monatslohn (Urk. 5/4). Im Nachtrag Nr. 1 zum Arbeitsvertrag haben die Parteien folgende Vereinbarung getroffen (Urk. 5/9 S. 1):

„1. Einmalige Sondervergütung

Die Arbeitgeberin leistet als Anerkennung für den von der Arbeitnehmerin geleisteten Arbeitseinsatz und die Mitwirkung in komplexen Immobilienprojekten einmalig eine Sondervergütung im Sinne von Art. 322d OR in der Höhe von brutto CHF 80'000 (Schweizerfranken achtzigtausend). Diese Sondervergütung wird unter folgenden Bedingungen wie folgt ausbezahlt:

- Die Ausrichtung dieser einmaligen Sondervergütung erfolgt rein freiwillig ohne Anerkennung einer Rechtspflicht durch die Arbeitgeberin und gilt nicht für die Folgejahre.
- Der Teilbetrag in der Höhe von brutto CHF 40'000 (Schweizerfranken vierzigtausend) wird per Valuta 25. Februar 2013 ausgerichtet.
- Der Restbetrag in der Höhe von brutto CHF 40'000 (Schweizerfranken vierzigtausend) wird per Valuta 31. Dezember 2013 ausgerichtet.
- Die Auszahlungen erfolgen unter Voraussetzung, dass das Arbeitsverhältnis bis zur Fälligkeit der Teilzahlungen durch die Arbeitnehmerin nicht aufgelöst wurde (Zeitpunkt des Eintreffens des Kündigungsschreibens) und die Arbeitnehmerin voll arbeitsfähig ist.
- Die Arbeitnehmerin anerkennt ausdrücklich, dass mit der jeweiligen Teilzahlung sämtliche Sondervergütungsansprüche vollumfänglich abgegolten sind.“

cc) Die Klägerin führte vor Vorinstanz in der Klagebegründung aus, nach dem Abschluss eines grossen Projekts, welches zum Grossteil alleine von ihr bearbeitet worden sei, habe ihr C._____ angekündigt, dass er ihr dafür einen einmaligen Bonus in der Höhe von Fr. 80'000.– bezahlen wolle. Er habe sie im Herbst 2012 angefragt, wie sie diese Sondervergütung ausbezahlt haben möchte. Nachdem er bei seinem Treuhänder, F._____ von der G._____ AG, erfahren habe, dass der Zeitpunkt der Auszahlung steuerrechtlich irrelevant sei, habe er ihr angekündigt, dass er ihr die gesamte Summe von Fr. 80'000.– im Februar 2013 ausbezahlen werde, da die Boni immer im Februar ausbezahlt würden. So sei es schliesslich an der Verwaltungsratssitzung der Beklagten vom 17. Oktober 2012

beschlossen und im Verwaltungsratsprotokoll unter Punkt 5.5 festgehalten worden (Urk. 1 S. 7). Im Nachtrag zum Arbeitsvertrag vom 12. November 2007 hätten sich Regelungen zur Sondervergütung und zur Ausbildung der Klägerin gefunden, welche von den mündlich getroffenen Vereinbarungen bzw. Zusicherungen von C._____ abgewichen seien. Sie habe diesem in Erinnerung gerufen, dass er ihr die Sondervergütung in einer einmaligen Zahlung versprochen habe und diese nie an Bedingungen geknüpft worden sei, um so mehr, als ihre Arbeit dafür schon lange geleistet worden und das Projekt abgeschlossen sei. C._____ habe sich hinter der Argumentation versteckt, dass ihm verschiedene Personen geraten hätten, eine schriftliche Vereinbarung abzuschliessen. Bei einer unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit würde die Klägerin die Sondervergütung natürlich trotzdem ausbezahlt erhalten. Er wolle sich damit lediglich für den Fall absichern, falls sie schwanger würde (Urk. 1 S. 10). Die Beklagte – so die Klägerin weiter – sei für ihre Arbeitsunfähigkeit verantwortlich und habe damit eine Bedingung missbräuchlich herbeigeführt (Urk. 1 S. 17). Die Ausrichtung des Bonus wie auch die Bezahlung der Weiterbildungskosten seien als zugesichert anzusehen, womit diese Leistungen nicht mehr als freiwillig anzusehen seien und damit nicht an Bedingungen geknüpft werden könnten. Es handle sich um freiwillige Sonderleistungen, da die Beklagte daran ursprünglich keine zukünftige Gegenleistung geknüpft habe (Urk. 30 S. 13 f., 18, 29).

Gemäss Darstellung der Beklagten hatte sie im Herbst 2012 erwogen, der Klägerin eine Gratifikation zuzusprechen. Diese sollte zu einem gewissen Teil als Anerkennung für die bisherigen guten Leistungen und die Mitarbeit der Klägerin bei komplexen Immobilienprojekten dienen. Gleichzeitig habe die Beklagte mit dieser Leistung die Klägerin dazu motivieren wollen, auch künftig im Unternehmen gute Arbeit zu erbringen. Die Gratifikation sollte wie die Übernahme der ausbildungsbedingten Kosten eine gewisse Investition der Beklagten in die Klägerin darstellen, dies nicht zuletzt im Hinblick auf die Idee der Beklagten, die Klägerin einst als Geschäftspartnerin aufzunehmen. Die Beklagte sei grundsätzlich bereit gewesen, der Klägerin unter dem Titel der Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR gesamthaft bis zu Fr. 80'000.– zu bezahlen, dies aber nur unter der Bedingung, dass die Beklagte weiterhin von den gewohnt guten Leistungen der Kläge-

rin profitieren würde (Urk. 20 S. 16). Der Klägerin sei es freigestanden, den Vorschlag anzunehmen oder abzulehnen. Wäre sie mit der vertraglichen Regelung als „Gesamt-Package“ nicht einverstanden gewesen, so wäre ihr der Bonus nicht bzw. in einem wesentlich geringeren Umfang ausgerichtet worden (Urk. 20 S. 18).

dd) Beide Parteien gehen davon aus, dass der Klägerin mit dem Nachtrag vom 18. Januar 2013 ein Anspruch auf eine Sondervergütung von zweimal Fr. 40'000.– gegenüber der Beklagten eingeräumt wurde, wobei die Auszahlungen unter zwei Bedingungen standen (volle Arbeitsfähigkeit, keine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Klägerin). Weder der Anspruch als solcher noch seine Höhe steht im Ermessen der Beklagten. Die Sondervergütung stellt daher nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Gratifikation, sondern Lohn dar (BGE 129 III 276 E. 2). Die Vereinbarung einer solchen Sondervergütung kann sich – je nach Abrede der Parteien – entweder auf eine einmalige Zahlung beziehen oder sie kann für die Zukunft in regelmässigen Perioden, in der Regel abgestimmt auf das Geschäftsjahr, versprochen werden (Hirsiger, a.a.O., S. 149 f. Rz 410 ff.). Vorliegend ging es um eine einmalige Sondervergütung, und zwar als Entgelt „für den von der [Klägerin] geleisteten Arbeitseinsatz und die Mitwirkung in komplexen Immobilienprojekten“. Treten Leistungshindernisse auf, finden die Art. 324 ff. OR zwingend Anwendung (Art. 362 Abs. 1 OR; BGer 4C.6/2003 vom 24.04.2003, E. 2.2; Hirsiger, a.a.O., S. 148 Rz 407). Nach Art. 324a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer, der u.a. wegen Krankheit ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist, für eine beschränkte Zeit Anspruch auf Lohn. Ein Verzicht auf den Krankenlohn ist nicht wirksam (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich 2012, Art. 324a/b N 35 S. 473). Für den Arbeitnehmer gegenüber der gesetzlichen Regelung ungünstigere Abreden sind nichtig (Art. 362 Abs. 2 OR). Nach dem ausdrücklichen Wortlaut dieser Bestimmung ist nicht der ganze Vertrag, sondern lediglich die von der zwingenden Gesetzesnorm abweichende Abrede nichtig und wird durch die gesetzliche Lösung ersetzt. Die dadurch benachteiligte Vertragspartei kann sich daher nicht gestützt auf Art. 20 Abs. 2 OR darauf berufen, sie hätte den Arbeitsvertrag so nicht geschlossen, weshalb dieser gesamthaft nichtig sei (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 361 N 6 S. 1536 m.w.H. und Art. 362 N 7 S. 1543; BSK OR I-Port-

mann/Rudolph, Art. 362 N 1). Der diesbezügliche Einwand der Beklagten geht fehl.

Der Arbeitsvertrag erklärt in Ziff. 12.2 den Gesamtarbeitsvertrag vzh (Gesamtarbeitsvertrag zwischen dem Verband Zürcher Handelsfirmen und dem Kaufmännischen Verband Zürich), gültig ab 1. Januar 2004, zum integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrags (Urk. 5/4 S. 3). Dieser Gesamtarbeitsvertrag wurde auf den 1. Januar 2009 und auf den 1. Januar 2013 überarbeitet (vgl. http://gav.arbeitsrechtler.ch/VZH_KVZ_GAV_2009.pdf und http://www.vzh.ch/fileadmin/content/pdf/Gesamtarbeitsvertrag_VZH-KVZ_2013_nd.pdf). Die Klägerin befand sich 2013 im sechsten Anstellungsjahr. Gemäss Ziff. 25.1 des GAV 2013 hatte sie bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit Anspruch auf vollen Lohn während 12 Wochen. Die Klägerin war ab dem 6. Dezember 2013 krankgeschrieben. Die zweite Lohntranche von Fr. 40'000.– war am 31. Dezember 2013 fällig. Die Klägerin hat daher einen ungeschmälernten Anspruch auf diesen Betrag. Der von der Vorinstanz vorgenommene Abzug von 6,43 % Sozialabgaben wurde von keiner Partei beanstandet (Urk. 58 S. 31).

ee) An diesem Ergebnis würde sich auch nichts ändern, wenn man davon ausginge, dass es sich bei der vereinbarten Sondervergütung um eine Gratifikation handelte, auf welche die Klägerin zunächst keinerlei Rechtsanspruch hatte (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 322d N 2 S. 330). Die Ausrichtung einer Gratifikation kann von Bedingungen abhängig gemacht werden (dieselben, a.a.O., Art. 322d N 4 S. 340, m.w.H.; ZK-Staehelin, N 25 zu Art. 322d OR). Dabei sind die in Art. 27 Abs. 2 ZGB durch den Persönlichkeitsschutz gesetzten Grenzen zu beachten (BGer 4A_509/2008 vom 03.02.2009, E. 4.1; BGer 4C.426/2005 vom 28.02.2006, E.5.1). Grundsätzlich zulässig ist eine Kürzung der Gratifikation wegen unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers während Krankheit und Unfall, soweit der Arbeitgeber nicht gemäss Art. 324a OR zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist (ZK-Staehelin, N 22 zu Art. 322d OR, m.w.H.; vgl. ZR 52 [1953] Nr. 91 E. 4). Mit andern Worten ist eine Kürzung erst ab dem Zeitpunkt statthaft, an dem die „beschränkte Zeit“ von Art. 324a Abs. 1 OR abgelaufen ist (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 322d N 15 S. 359). Das Bundesgericht hat eine Re-

gelung in einem Gesamtarbeitsvertrag geschützt, wonach der 13. Monatslohn bei einer unverschuldeten Verhinderung an der Arbeitsleistung von mehr als zwei Monaten innerhalb eines Kalenderjahres für jeden vollen Monat der Verhinderung um 1/12 gekürzt werden darf (BGer 4C.290/2004 vom 27.10.2004, E. 4.3 f.). Als fraglich wird erachtet, ob eine Klausel zulässig ist, wonach überhaupt kein Bonus ausgerichtet werden muss, sofern der Arbeitnehmer nicht während der ganzen Bonusperiode arbeitsfähig war. Jedenfalls bei einer kürzeren krankheitsbedingten Abwesenheit, die sich nicht entscheidend auf die Gesamtleistung während der Bonusperiode auswirkt, soll eine solche Klausel nichtig sein (Cramer, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Bern 2007, S. 162 Rz 491).

Vorliegend hat keine Partei behauptet, die Sondervergütung sei für einen bestimmten Zeitraum erfolgt, und ein solcher geht auch nicht aus der Vereinbarung vom 18. Januar 2013 hervor. Aus dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 17. Oktober 2012 könnte geschlossen werden, dass die Sondervergütung als Bonus für das Jahr 2012 gedacht war, heisst es doch in Ziff. 5.5. des Protokolls, es würden die Grundsäläre (exkl. Bonus) für das Jahr 2013 besprochen und einstimmig genehmigt: „C._____/B._____: vorläufig unverändert. Beiden Personen wird nach Vorliegen des Jahresabschlusses ein Bonus ausgerichtet.“ (Urk. 5/8 S. 2). Wäre das Jahr 2012 bonusrelevant, wäre eine Kürzung wegen der am 6. Dezember 2013 eingetretenen Arbeitsunfähigkeit ohnehin nicht zulässig. Sie wäre aber auch nicht zulässig, wenn die Arbeits(un)fähigkeit bis zur Fälligkeit der Sonderzahlung zugrunde gelegt würde: Wie bereits dargelegt, hatte die Klägerin bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit Anspruch auf vollen Lohn während 12 Wochen. Arbeitsunfähig war die Klägerin aber bis zum 31. Dezember 2013 lediglich während 26 Kalendertagen. Dass sie darüber hinaus arbeitsunfähig blieb, ist für den am 31. Dezember 2013 fälligen Anspruch auf die Sonderzahlung nicht relevant, auch wenn die Gratifikation häufig auch als Ansporn für die bevorstehende, weitere Tätigkeit des Arbeitnehmers verstanden wird (vgl. Botschaft vom 25. August 1967, BBl 1967 II 319). Ob sich diese Erwartung erfüllt, steht bei Fälligkeit des Gratifikationsanspruchs nicht fest, ebenso wenig, ob der Arbeitnehmer künftig arbeitsfähig bleibt bzw. die Arbeitsfähigkeit wiedererlangt. Ist eine

Kürzung des Gratifikationsanspruchs wegen Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Frist zur Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR nicht zulässig, so ist *in maiore minus* eine Klausel, wonach der Anspruch gänzlich entfällt, nichtig, wie dies die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat (Urk. 58 S. 21).

3. a) Zu den Weiterbildungskosten erwog die Vorinstanz, die Klägerin habe geltend gemacht, es sei zwischen ihr und C._____ vereinbart worden, dass sie während ihrer Ausbildung das Arbeitspensum auf 80% reduziere, jedoch weiterhin den bisherigen Lohn erhalte. Die Beklagte habe dazu ausgeführt, ursprünglich hätten die Parteien vereinbart, dass die Klägerin für die Dauer ihrer Ausbildung für ungefähr 80% der Arbeitsleistung weiterhin 100% Lohn bekommen würde, die Klägerin jedoch alle schulbedingt ausfallenden Arbeitstage im Leistungserfassungssystem als "Weiterbildung" erfassen werde. Diese schulbedingte Abwesenheit habe in Lohnfortzahlungen in der Höhe von rund Fr. 21'000.– resultiert. Dieser Betrag von rund Fr. 21'000.– sei, so die Vorinstanz, unbestritten geblieben. Die Parteien hätten somit den Arbeitsvertrag vom 12. November 2007 übereinstimmend dahingehend mündlich abgeändert, dass das Arbeitspensum der Klägerin um 20% reduziert worden sei, unter Beibehaltung der Lohnzahlungspflicht der Beklagten zu 100%. Vor Beginn der Weiterbildung sei somit die bedingungslose Ausrichtung der Lohnfortzahlung im Gesamtbetrag von Fr. 21'000.– vereinbart worden. Die Arbeitgeberin habe der Arbeitnehmerin den Lohn zu entrichten, der verabredet worden sei (Art. 322 Abs. 1 OR). Die Arbeitnehmerin könne gemäss Art. 341 OR während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergäben, nicht verzichten. Die Rückzahlungsverpflichtung der Klägerin betreffend Lohnzahlung stelle einen Verstoss gegen Art. 341 OR dar. Die Klägerin könne somit nicht verpflichtet werden, der Beklagten die Lohnfortzahlung im Gesamtbetrag von rund Fr. 21'000.– zurückzuerstatten.

Die Vorinstanz führte weiter aus, aufgrund des Nachtrags Nr. 1 zum Arbeitsvertrag vom 18. Januar 2013 sei die Klägerin grundsätzlich zur Rückzahlung der Weiterbildungskosten im Betrag von Fr. 12'000.– verpflichtet. Da im Nachtrag ein

Pauschalanteil von Fr. 25'000.– zur Rückzahlung vorgesehen war, während die Weiterbildungskosten und die Lohnfortzahlungen (rund) Fr. 33'000.– betrugen, errechnete die Vorinstanz einen rückzahlungspflichtigen Betrag von Fr. 9'090.90 ($\frac{\text{Fr. } 25'000 \times 12'000}{12'000 + 21'000}$; Urk. 58 S. 26 f.).

b) Die Beklagte rügt im Berufungsverfahren, Art. 322 Abs. 1 OR zähle nach einhelliger Ansicht nicht zu den zwingenden Gesetzesvorschriften, weshalb das Verzichtsverbot nicht zur Anwendung gelange. Dies gelte umso mehr für die Vereinbarung eines freiwilligen, im Gesetz nicht vorgesehenen Lohnfortzahlungstatbestands. Die Bestimmung von Art. 322 Abs. 1 OR betreffe nur die Lohnzahlung für geleistete Arbeit. Die in Aussicht gestellte Leistung der Beklagten habe dagegen die freiwillige Gewährung der Lohnfortzahlung trotz Ausbleiben der Arbeitsleistung zum Inhalt. Selbst wenn man die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Sondervergütungen mit Lohncharakter analog heranziehen wollte, wäre zu berücksichtigen, dass der Verzicht auf künftige Lohnansprüche im Sinne von Art. 322 Abs. 1 OR stets zulässig sei. Die Rückzahlungsklausel wäre folglich in jedem Fall zumindest insoweit gültig, als sie sich auf die Lohnfortzahlungen ab 18. Januar 2013 beziehe (Urk. 57 S. 10 ff.).

Die Klägerin hält dafür, sie habe das Arbeitsverhältnis aus gesundheitlichen Gründen auflösen müssen, wobei das treuwidrige Verhalten der Beklagten zur Arbeitsunfähigkeit geführt habe. Da die Beklagte für den Eintritt der auflösenden Bedingung (Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis 31. Dezember 2014) verantwortlich sei, könne sich die Klägerin auf Art. 156 OR berufen und die Rückzahlung der Weiterbildungskosten in der Höhe von Fr. 25'000.– verweigern. Damit sei die Widerklage vollumfänglich abzuweisen (Urk. 62 S. 14).

c) aa) Die Beklagte stellt nicht in Abrede, dass die Parteien vor Beginn der Weiterbildung vereinbart hatten, die Klägerin würde ihr Arbeitspensum während der Weiterbildung auf ca. 80 % reduzieren, aber dennoch den vollen Lohn erhalten, wobei auf die ausgefallene Arbeitszeit rund Fr. 21'000.– entfielen. Weiter räumt die Beklagte ein, dass sie zu Beginn grundsätzlich damit einverstanden gewesen sei, die Kosten der Weiterbildung vorerst zu übernehmen. Die Weiterbil-

dung dauerte von August 2012 bis November 2013 (Urk. 1 S. 7; Urk. 20 S. 31 f.; Urk. 57 S. 4). Im Nachtrag 1 zum Arbeitsvertrag vom 18. Januar 2013 vereinbarten die Parteien u.a. Folgendes (Urk. 5/9 S. 1 f.):

**„2. Berufliche Weiterbildung;
Lehrgang der H_____**

Die Arbeitgeberin unterstützt die berufliche Weiterbildung in Form des Lehrganges für die Immobilienvermarktung zur Erlangung des Fachausweises während der Zeitdauer von August 2012 bis Oktober 2013 mit Repetitorium und anschliessender Abschlussprüfung im November 2013. Dazu vereinbaren die Parteien was folgt:

- [...]
- Die Arbeitgeberin stellt der Arbeitnehmerin die notwendige Arbeitszeit für den Besuch der Kurstage/Repetitorium/Prüfung im Umfang von maximal 50 Arbeitstagen ohne Ferien- und/oder Lohnkürzung zur Verfügung, was einem Betrag von brutto CHF 20'854 (=derzeitige Lohnsumme von brutto CHF 100'100 / 12 Monate / 20 Arbeitstage x 50 Tage) entspricht.
- [...]
- Die Arbeitgeberin übernimmt das gesamte Schulgeld im Betrag von CHF 9'612 sowie die Prüfungskosten, total CHF 12'000 unter der Bedingung, dass die Prüfung im November 2013 durch die Arbeitnehmerin mit Erfolg bestanden wird. [...]
- Die Parteien vereinbaren, für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin beendet wird, was folgt:
 - Bei einer Beendigung bis 31.12.2014 trägt die Arbeitnehmerin einen Pauschalanteil in der Höhe von CHF 25'000 für bis dahin entstandenen tatsächlichen Kosten für Schule, Repetitorium, Prüfung und Arbeitszeit über fünf Tagen.
 - Bei einer Beendigung zwischen 01.01.2015 und 31.12.2015 trägt die Arbeitnehmerin einen Pauschalanteil in der Höhe von CHF 15'000.

[...]“

bb) Gemäss Art. 327a Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen. Die Kosten der allgemeinen Ausbildung und Weiterbildung des Arbeitnehmers sind Kosten, die grundsätzlich nicht vom Arbeitgeber zu ersetzen sind. Der Arbeitgeber kann sich aber freiwillig verpflichten, eine bestimmte allgemeine Ausbildung des Arbeitnehmers ganz oder teilweise zu finanzieren. Eine solche Verpflichtung kann an die Bedingung geknüpft werden, dass das Arbeitsverhältnis bis zu einem bestimmten Zeitpunkt dauert. Grundsätzlich zulässig ist eine vertragliche Vereinbarung, worin der Arbeitnehmer sich verpflichtet, die Kosten der vorerst vom Arbeitgeber finanzierten Weiterbildung demselben ganz oder teilweise zu erstatten, wenn er vor Ablauf einer bestimmten Mindestdauer das Arbeitsverhältnis kündigt oder Grund für dessen Auflösung setzt (ZK-Vischer, N 3 zu Art. 327a OR). Der Inhalt einer Rückzahlungsvereinbarung besteht auf der einen Seite in der Übernahme der Lohnfortzahlung und/oder der übrigen Kosten einer Weiterbildung durch den Arbeitgeber, während auf der anderen Seite der Arbeitnehmer sich gleichzeitig verpflichtet, im Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor einer bestimmten Zeit ebendiese Kosten ganz oder teilweise zurückzuerstatten (Brunold, Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht, Bern 2014, S. 88 Rz 245). Eine Rückzahlungsvereinbarung muss vor Beginn der entsprechenden Ausbildung abgeschlossen werden und den zurückzuvergütenden Betrag wie auch den Zeitraum bestimmen, innert welchem eine Kündigung die Rückzahlungspflicht auslöst (Brunold, a.a.O., S. 89 f. Rz 248 ff.; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343, Basel 2014, Art. 327a N 2c S. 210; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 327a N 4; Handkomm-Egli, Zürich 2002, N 7 zu Art. 327c OR; Wyler, Droit du travail, 2. A., Bern 2008, S. 289 ff.; Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel 2005, S. 107 Fn 95; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. A., Basel 2005, Art. 327a N 3; Kantonsgericht Graubünden, Urteil vom 24.02.2012, JAR 2013 S. 489; Berufungsgericht des Kantons Tessin, Urteil vom 10.07.2010, JAR 2011 S. 560; Kantonsgericht Freiburg, Urteil vom 12.09.2008, JAR 2009 S. 495 ff.; Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 27.02.1995, ZR 97 {1998} Nr. 75 S. 185). Das Bundesgericht hat in einem Urteil vom 12. August 2007 bezüglich eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsver-

hältnisses eine Rückerstattungsverpflichtung für gültig erklärt, welche rund ein-
einhalb Monate nach Beginn der Ausbildung vom Arbeitnehmer unterzeichnet
worden war (BGer 2P.27/2007, E. 5.2): „Die Auffassung des Gerichts [d.h. des
Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden], wonach auch die vom Be-
schwerdeführer allenfalls verspätet unterzeichnete bzw. ein falsches Datum auf-
weisende Rückerstattungsverpflichtung eine verbindliche Schuldspflicht begründet
habe, erscheint – jedenfalls unter den vorliegend gegebenen Umständen – nicht
unhaltbar. Die Pflicht zur Rückerstattung eines Teils der Ausbildungskosten bei
vorzeitigem Austritt aus dem Polizeidienst ergab sich nicht nur aus dem einschlä-
gigen Reglement, sondern auch aus dem Schulbefehl der Polizeischule 2002 vom
26. November 2001 (...), und sie wurde gemäss Feststellung im angefochtenen
Urteil (...) laut Tagesjournal vom 28. Februar 2002 auch in der betreffenden
Schulklasse besprochen.“ Für Streiff/von Kaenel/Rudolph ist in der Tat keine
dogmatische Grundlage erkennbar, welche einer solchen Parteiabrede, die erst
nach Beginn der Aus- bzw. Weiterbildung abgeschlossen werde, die Verbindlich-
keit zu entziehen vermöchte (a.a.O., Art. 327a N 7 S. 496).

cc) Vorliegend wurde die Rückzahlungsvereinbarung rund fünf Monate nach
Beginn der Weiterbildung abgeschlossen. Entgegen der ursprünglichen Vereinba-
rung gewährte die Beklagte der Klägerin nicht mehr bedingungslos den vollen
Lohn während der Ausbildungszeit und auch die volle Übernahme der Weiterbil-
dungskosten war daran geknüpft, dass das Arbeitsverhältnis über den 31. De-
zember 2015 andauern würde. Nach Darstellung der Beklagten vor Vorinstanz
betrat die Klägerin mit ihrer Anstellung im Immobilienbereich Neuland und hatte
sie vom „Immobilienhandwerk“ folglich nur wenig bzw. keine Ahnung. Die Beklag-
te habe beschlossen, die Klägerin Schritt für Schritt mit den branchenspezifischen
Besonderheiten vertraut zu machen und sie so in das Immobiliengeschäft einzu-
führen. Dank dem Einsatz der Klägerin und der Unterstützung durch die Beklagte
habe erstere schnell Fortschritte gemacht, sodass sie rasch als Projektmitarbeite-
rin bei Immobilienprojekten habe eingesetzt werden können. Die Beklagte habe in
der Klägerin ein gewisses Potential erblickt und mit dem Gedanken gespielt, sie
einst als Mitinhaberin und Geschäftspartnerin anzuwerben (Urk. 20 S. 8). Im Lau-
fe des Arbeitsverhältnisses sei bei der Klägerin der Wunsch aufgekommen, sich

über die interne Ausbildung hinaus weiterzubilden, um in der Immobilienbranche weiterzukommen und besser Fuss fassen zu können. Sie habe daher den Entschluss gefasst, beim Schweizerischen Verband H._____ eine Schulung zu machen, die bei erfolgreichem Abschluss der Prüfung zur Führung des Titels „Immobilienvermarkterin mit eidg. Fachausweis“ berechtige. Mit diesem Wunsch sei sie am 14. Dezember 2011 anlässlich des Jahresgesprächs an C._____ herantreten. Auch wenn dieser für eine Weiterbildung keine Notwendigkeit gesehen habe, sei er dem Vorhaben der Klägerin grundsätzlich positiv gegenübergestanden. Insbesondere habe er darin eine Investition für das Unternehmen erblickt. Er habe sich bereit erklärt, sie bei ihrem Vorhaben zu unterstützen. Im Frühjahr 2012 habe sich die Klägerin für die von ihr gewählte Weiterbildung eingeschrieben. Am 21. August 2012 habe der Kurs begonnen und am 3. Juni 2013 habe sich die Klägerin für die Prüfung angemeldet (Urk. 20 S. 13 f.). Um der Klägerin eine optimale Ausgangslage für die gewählte Weiterbildung zu schaffen, habe die Beklagte die Klägerin an den Schultagen, die in die Arbeitszeit fielen, vollumfänglich von ihrer Arbeitsleistungspflicht befreit, und zwar bei voller Lohnfortzahlung, ohne dass die Klägerin die bezahlten Fehlzeiten habe nachholen müssen. Die Beklagte habe sich darüber hinaus zu Beginn grundsätzlich damit einverstanden gezeigt, die Kosten der Weiterbildung, bestehend aus den anfallenden Kurs- und Prüfungsgebühren, in der Höhe von insgesamt Fr. 12'000.-, vorerst zu übernehmen (Urk. 20 S. 15 f.).

Wird eine Rückzahlungsvereinbarung erst nach Beginn der Weiterbildung abgeschlossen, ist der Arbeitnehmer in der Vertragsgestaltung weit weniger frei, als wenn der Abschluss vor Beginn der Weiterbildung bzw. vor der verbindlichen Anmeldung zu derselben erfolgt. Bei späterem Abschluss besteht die Gefahr, dass der Arbeitgeber seine Machtstellung ausnützt, um dem Arbeitnehmer Rückzahlungsbedingungen aufzuzwingen, wodurch seine Freiheit zu kündigen für einen gewissen Zeitraum erheblich erschwert oder faktisch gar verunmöglicht wird (vgl. Bussmann, Rückzahlungsklauseln bei freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers, Diss. Zürich 1977, S. 25). Vorliegend kommen beweisrechtliche Erschwernisse für die Klägerin hinzu: Eine schriftliche Abmachung hinsichtlich der Lohnfortzahlung und der Übernahme der Weiterbildungskosten gab es bis zur Unter-

zeichnung des Nachtrags 1 zum Arbeitsvertrag nicht. Konnte die Klägerin vor Inangriffnahme der Weiterbildung von der vollen Unterstützung durch die Beklagte ausgehen, wurde dies durch die Vorlegung des Nachtrags in Frage gestellt. Offensichtlich bestand seitens der Beklagten zunächst keine Notwendigkeit, die Klägerin im Gegenzug zur Finanzierung der Weiterbildung samt Lohnfortzahlung für eine bestimmte Zeit als Arbeitnehmerin an sich zu binden. Das Erfordernis, Rückzahlungsklauseln vor Beginn der Weiterbildung zu vereinbaren, beruht auf dem Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers, nämlich dass er sich für eine Weiterbildung in Kenntnis seines möglichen finanziellen Engagements und allfälliger Kündigungserschwernisse entscheidet. Daher ist es grundsätzlich nicht zulässig, Rückzahlungsklauseln erst im Verlauf der Weiterbildung abzuschliessen. Dem steht der zitierte bundesgerichtliche Entscheid nicht entgegen. Die Pflicht zur teilweisen Rückerstattung der Ausbildungskosten ergab sich schon vor Beginn der Ausbildung aus einem Reglement und dem Schulbefehl. Einzig die Unterzeichnung der Rückerstattungsverpflichtung durch den Arbeitnehmer erfolgte später. Und offensichtlich prüfte das Bundesgericht die vorinstanzliche Rechtsauffassung im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren nur auf Willkür. Vorliegend macht die Beklagte nicht geltend, die Klägerin bereits früher, als die Weiterbildung zur Sprache kam, auf eine mögliche Rückerstattungspflicht hingewiesen zu haben. Die Rückzahlungsklausel im Nachtrag zum Arbeitsvertrag ist daher nicht zulässig.

dd) Die Beklagte hat ausgeführt, sie sei grundsätzlich bereit gewesen, der Klägerin unter dem Titel der Gratifikation i.S.v. Art. 322d OR gesamthaft bis zu Fr. 80'000.– zu bezahlen. Damit hätte sich „die Gesamtzahl aller Sonderinvestitionen der Beklagten in die Klägerin“ betragsmässig auf einen Schlag fast vervierfacht. Mit Blick auf diese neue Dimension sei die Beklagte zu dieser weiteren Sonderleistung nur unter der Bedingung gewillt gewesen, als sie weiterhin von den gewohnt guten Leistungen der Klägerin profitieren würde. Wäre diese mit der vertraglichen Regelung als „Gesamt-Package“ nicht einverstanden gewesen, hätte die Klägerin etwa die Rückzahlungsklausel abgelehnt, so wäre ihr der Bonus nicht bzw. in einem wesentlich geringeren Umfang (maximal im Umfang eines Monatsgehalts) ausgerichtet worden. Die Klägerin habe demnach die Option gehabt, den Vertrag zu unterzeichnen, um von der Möglichkeit zu profitieren, einen

Anspruch auf rund Fr. 113'000.– zu erlangen, der dafür allerdings von gewissen Bedingungen abhängig gewesen sei, oder es aber bei der ursprünglichen Vereinbarung über rund Fr. 33'000.– bewenden zu lassen, die ohne jegliche Bedingung geschuldet gewesen wären (Urk. 20 S. 16, 18; Urk. 57 S. 4).

Dem hielt die Klägerin entgegen, die Neuregelung im Nachtrag 1 sei nicht nur insofern neu gewesen, als die Beklagte erstmals seit Beginn des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin eine schriftliche Zusatzvereinbarung habe abschliessen wollen, sondern auch, weil die darin enthaltenen Regelungen von den von C._____ zugesicherten ursprünglichen Leistungen abgewichen seien. Mit der faktischen Durchsetzungskraft des Arbeitgebers ringe hier die Beklagte der Klägerin im Nachhinein Verschlechterungen ab, die so nicht zulässig seien. Sowohl die Ausrichtung des Bonus als auch die Bezahlung der Weiterbildungskosten seien als zugesichert anzusehen, womit diese Leistungen nicht mehr als freiwillig zu betrachten seien und damit nicht an Bedingungen geknüpft werden könnten. Der Sinneswandel der Beklagten sei auf den Bruch in der persönlichen Beziehung zwischen der Klägerin und Stocker zurückzuführen (Urk. 30 S. 13).

Ob die im Nachtrag Nr. 1 in Aussicht gestellten Leistungen für die Klägerin vorteilhafter waren als die bereits vereinbarten, wie die Beklagte meint (Urk. 20 S.18 Fn 2), ist zweifelhaft, denn „auf sicher“ hatte die Klägerin bei Unterzeichnung des Nachtrags nur gerade die Fr. 25'000.– überschreitenden Weiterbildungskosten, also rund Fr. 8'000.–. Die Frage kann aber offenbleiben. Denn nach dem Gesagten konnte weder gültig vereinbart werden, dass der Anspruch auf die Sonderzahlungen bei Arbeitsunfähigkeit der Klägerin erlischt, noch konnte sich diese nach Beginn der Weiterbildung gültig verpflichten, deren Kosten und Lohnanteile bis zu einem Betrag von Fr. 25'000.– der Beklagten zu erstatten, falls das Arbeitsverhältnis vor dem 1. Januar 2015 beendet würde.

ee) Auf den Einwand der Beklagten, der Verzicht auf künftige Lohnansprüche im Sinne von Art. 322 Abs. 1 OR sei stets zulässig, weshalb die Rückzahlungsklausel folglich in jedem Fall zumindest insoweit gültig sei, als sie sich auf die Lohnfortzahlungen ab 18. Januar 2013 beziehe (Urk. 57 S. 12), ist von vorn-

herein nicht weiter einzugehen, da die Beklagte das Quantitativ dieser Lohnfortzahlungen nicht spezifiziert hat.

d) Die Hauptklage ist somit gutzuheissen, die Widerklage abzuweisen. Das Quantitativ von Fr. 37'428.– netto wurde nicht gerügt, ebenso wenig die Verzinsung mit 5 % seit 1. Januar 2014.

V.

Ausgangsgemäss ist das erstinstanzliche Urteilsdispositiv bezüglich der Hauptklage zu bestätigen. Bezüglich der Widerklage hat die Beklagte der Klägerin erstinstanzlich eine volle Parteientschädigung (Fr. 5'785.– + 8 % MwSt.) zu bezahlen. Gerundet sind das Fr. 9'000.– inkl. MwSt. Im Berufungsverfahren obsiegt die Klägerin vollumfänglich, weshalb die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig wird. Zur auf die Hälfte reduzierten Parteientschädigung (§ 13 Abs. 2 AnwGebV) ist ein Mehrwertsteuerzuschlag von 8 % geschuldet.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 37'428.– netto nebst 5 % Zins seit 1. Januar 2014 zu bezahlen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'775.– festgesetzt.
4. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden zu Fr. 3'375.– der Klägerin und zu Fr. 5'400.– der Beklagten auferlegt und im Umfang von Fr. 6'750.– aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen. Im Mehrbetrag wird die Gerichtskasse der Beklagten Rechnung stellen. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 3'375.– zu ersetzen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 9'000.– zu bezahlen.

6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'820.– festgesetzt.
7. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
8. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.– zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

10. 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. 65'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 6. Oktober 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:
bz