

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA200021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzoberrichter lic. iur. Th. Vesely  
sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

## Beschluss vom 18. September 2020

in Sachen

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

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur., LL.M. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am  
Arbeitsgericht Uster vom 4. März 2020 (AH190005-I)**

**Rechtsbegehren:**  
(Urk. 2 S. 2 und 7 S. 1)

Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 19'831.70 brutto nebst Zins zu 5% seit 1. Februar 2018 zu bezahlen.  
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7% MWSt) zu Lasten der Beklagten.

**Anlässlich der Hauptverhandlung abgeändertes Rechtsbegehren:**  
(Prot. I S. 5)

Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 22'447.- brutto nebst Zins zu 5% seit dem 1. Februar 2018 zu bezahlen.  
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7% MWSt) zu Lasten der Beklagten.

**Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren**  
**am Arbeitsgericht Uster vom 4. März 2020:**  
(Urk. 24 S. 17)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 22'065.30 brutto nebst Zins zu 5% seit dem 1. Juli 2018 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 5'385.- zu bezahlen.
4. [Schriftliche Mitteilung]
5. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage]

**Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 23 S. 3):

"Es sei der Entscheid des Bezirksgerichts Uster vom 4. März 2020 (AH190005-I) in Sachen B.\_\_\_\_\_ ./ A.\_\_\_\_\_ AG aufzuheben und die Klage des Berufungsbeklagten vollumfänglich abzuweisen.

Eventualiter sei der Entscheid des Bezirksgerichts Uster vom 4. März 2020 (AH190005-I) in Sachen B.\_\_\_\_\_ ./ A.\_\_\_\_\_ AG aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Es sei der Berufungsbeklagte zu verurteilen, der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung [zuzüglich Mehrwertsteuersatz] für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zu bezahlen. Es seien dem Berufungsbeklagten ausserdem die ordentlichen Kosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren aufzuerlegen."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 32 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7% MWST) zu Lasten der Beklagten und Berufungsklägerin."

## **Erwägungen:**

### **I.**

Am 18. Februar 2019 reichte der Kläger beim Einzelgericht im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Uster die Klage mit dem obgenannten Rechtsbegehren ein, welches er in der Folge änderte (vgl. Urk. 2, Urk. 7). Er verlangt die nachträgliche Auszahlung seines Ferienanspruchs aus dem Jahr 2013. Am 11. Juni 2019 erstattete die Beklagte die Klageantwort (Urk. 12).

Die Verhandlung mit Replik und Duplik sowie die Stellungnahmen zu den entsprechenden Noven fand am 24. September 2019 statt (Prot. I S. 5 ff.).

Das Einzelgericht fällte am 4. März 2020 ohne Durchführung eines Beweisverfahrens das obgenannte Urteil (Urk. 24).

Am 8. Mai 2020 erhob die Beklagte gegen dieses Urteil Berufung mit den obgenannten Anträgen (Urk. 23). Die Frist ist gewahrt (vgl. Urk. 22, Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO und Art. 1 Abs. 1 Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus [COVID-19] vom 20. März 2020, SR 173.110.4).

Die Berufungsantwort vom 14. August 2020 ging innert Frist hierorts ein (vgl. Urk. 31, Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Beklagte beantragt die Abweisung der Berufung (Urk. 32 S. 2).

### **II.**

Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Diese sind erfüllt: Die Berufung wurde fristgerecht, schriftlich begründet und mit Anträgen versehen beim zuständigen Obergericht eingereicht. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid und der erforderliche Streitwert ist erreicht (Art. 308 und Art. 311 ZPO). Dem Eintreten steht insoweit nichts entgegen.

Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufung ist aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird und worauf im Einzelnen die Kritik beruht. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein und sich mit den Erwägungen, die angefochten sind, auseinandersetzen. Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine pauschale Kritik am angefochtenen Entscheid (vgl. auch BGE 138 III 374 ff. E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Sind die Anforderungen erfüllt, prüft die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid mit voller Kognition. Sie verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis und kann das erstinstanzliche Urteil frei sowohl auf rechtliche wie tatsächliche Mängel hin überprüfen. Dies bedeutet aber nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten ist, von sich aus alle sich stellenden Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO (und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413 ff. E. 2.2.4 mit Hinweisen auf BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014 E. 5 sowie BGer 4A\_651/2012 vom 7. Februar 2013 E. 4.2; BGer 5A\_635/2015 vom 21. Juni 2016 E. 5 unter Hinweis auf BGer 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016 E. 2.2.4). Innerhalb der Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO).

### III.

#### 1. Unbestrittener Sachverhalt

Am 6. September 2012 schloss der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan: Kläger) mit Dr. med. C.\_\_\_\_\_ einen unbefristeten Arbeitsvertrag als Dermatologe

(Urk. 4/3). Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan: Beklagte) übernahm im Mai 2013 das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger (Urk. 12 S. 3).

Mit Schreiben vom 20. Juli 2017 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis per 31. Oktober 2017 (Urk. 4/5). Am 16. August 2017 erkrankte der Kläger und die Kündigungsfrist verlängerte sich bis Ende Januar 2018 (Urk. 2 S. 3, vgl. Arbeitszeugnis Urk. 18/4).

Im Vertrag vom 6. September 2012 wird unter anderem Folgendes festgehalten (Urk. 4/3 S. 1 f.):

"3.1. Das Gehalt berechnet sich wie folgt: 35% des vom Arzt verrechneten Umsatzes gemäss TarMed und Selbstzahlerleistungen (wie beispielsweise Laser- oder Fillerbehandlungen), zuzüglich 5% seines Umsatzes an Medikamenten, Kosmetika und Verbrauchsmaterial, abzüglich des Gegenwerts der gesamten Sozialbeiträge und obligatorischen Versicherungen (d.h. ein Betrag im Umfang der Arbeitnehmerbeiträge für AHV/IV/EO/BVG/UVG etc.). Es wird kein 13. Monatsgehalt ausgerichtet, und das Gehalt während der Ferien, Feiertagen etc. ist mit den erwähnten Bezügen voll abgedeckt.

3.2. Die Lohnzahlung erfolgt aufgrund der erfassten Leistungen eines Monats spätestens am 10. Tag des Folgemonats.

[...]

13. Dieser Vertrag ist in zwei Exemplaren ausgefertigt und unterschrieben worden; jede Vertragspartei hat ein beidseits unterschriebenes Exemplar davon erhalten. Änderungen dieses Vertrages bedürfen der schriftlichen Form."

Im Jahr 2013 wurden für den März Fr. 18'000.– brutto und ab April 2013 monatlich Fr. 20'000.– brutto ausbezahlt (Urk. 2 S. 3, Urk. 12 S. 5).

## 2. Strittiger Sachverhalt

Die Beklagte macht im vorliegenden Verfahren geltend, Dr. C.\_\_\_\_\_ und der Kläger hätten entgegen dem im Vertrag Festgehaltenen vereinbart, dass Letzterer fixe monatliche Zahlungen von Fr. 18'000.– brutto erhalten solle. Nach dem ersten Monat sei der Kläger damit aber nicht mehr einverstanden gewesen und habe mehr Lohn gewollt. Daher sei dem Kläger ab April 2013 ein monatliches Salär von Fr. 20'000.– brutto ausgerichtet worden (Urk. 12 S. 5). Im Jahr 2016 sei es zu einer erneuten Vereinbarung gekommen, weil der Kläger eine Umsatzprämie gewollt habe (Prot. I S. 8).

Der Kläger macht demgegenüber geltend, bei den Beträgen habe es sich um Akontozahlungen gehandelt. Am Ende des Jahres seien die monatlichen Abrechnungen aufgrund der über das Jahr hinweg erzielten Umsätze jeweils wieder korrigiert worden, und zwar sowohl nach oben als auch nach unten (Urk. 2 S. 3).

Mit der Klage wird eine Ferienentschädigung für das Jahr 2013 im Betrag von Fr. 22'447.– verlangt, da mit den Akontozahlungen die Ferien nicht abgegolten worden seien, habe der Kläger während den Ferientagen doch keinen Umsatz erzielen können (Urk. 17 S. 5). Die Beklagte bestreitet einen Anspruch auf Vergütung der Ferien zum behaupteten Fixlohn (vgl. Prot. I S. 13).

## 3. Entscheid der Vorinstanz

Die Vorinstanz erachtete das Verfahren nach durchgeführter Hauptverhandlung und ohne Durchführung eines Beweisverfahrens als spruchreif. Sie erwog zusammengefasst, die Beklagte vermöge nicht zu beweisen, dass die Parteien übereinstimmend von der im Vertrag vom 6. September 2012 vereinbarten Umsatzbeteiligung trotz Nichteinhalten der schriftlichen Form abgewichen seien (vgl. Urk. 24 S. 10).

Der Beklagten misslinge der Beweis der Abmachung einer Abgeltung des Ferienlohns durch die Auszahlungen. Abgesehen von der Lohnabrechnung Juli 2016 habe sie keine weiteren Beweismittel ins Recht gelegt. Weil vorliegend nicht

der Ferienlohnanspruch für das Jahr 2016, sondern derjenige für das Jahr 2013 eingeklagt sei, überzeuge es die Vorinstanz nicht, dass der Kläger den ziffernmässigen oder prozentualen Betrag des Feriengeldes des Jahres 2013 zum damaligen Zeitpunkt gekannt haben solle. Weder aus dem Arbeitsvertrag noch den Lohnabrechnungen oder dem Lohnausweis für das Jahr 2013 ergebe sich ein entsprechender Anteil des Feriengeldes (vgl. Urk. 24 S. 12 f.).

Die Vorinstanz ging von einem Umsatz von Fr. 642'069.85 für das Jahr 2013 aus, was für den Kläger einem Lohnanteil von Fr. 169'212.49 entspreche (Urk. 24 S. 13). Die Beklagte habe nicht genügend substantiiert, wie viel der Kläger während seinen Ferien an Umsatz generiert habe. Entsprechend dem Referenzperiodenprinzip (pauschale Berechnungsmethode) bestehe auf dem Umsatzanteil von Fr. 169'212.49 und einem Ferienanspruch von 6 Wochen ein Bruttoferienlohn von Fr. 22'065.30 bzw. 13.04% von Fr. 169'212.49 (Urk. 24 S. 14). Die Vorinstanz verneinte weiter einen Anspruch auf Rückzahlung eines allfällig zu viel bezogenen Ferienanspruchs (Urk. 24 S. 15).

#### 4. Berufung

Mit der Berufung lässt die Beklagte zusammengefasst geltend machen, der Kläger habe seine Ferien im Jahr 2013 mindestens im vollen Umfang bezogen. Ihm hätten die dafür notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung gestanden und er sei in seinem Feriengenuss nicht beeinträchtigt gewesen. Die Vorinstanz irre, dass der Kläger seinen Ferienlohn nicht gekannt habe, obwohl er während drei Jahren monatlich denselben Lohn erhalten und Ferien bezogen habe (vgl. Urk. 23 S. 5, S. 6, S. 16). Die monatliche Lohnzahlung von Fr. 18'000.– bzw. Fr. 20'000.– brutto habe ohne weiteres ausgereicht, um die monatlichen Ausgaben zu decken. Der Kläger sei im Jahr 2013 in den Ferienmonaten finanziell nicht schlechter gestellt gewesen als in jenen Monaten, in denen er gearbeitet habe. Die Vorinstanz habe sich mit dieser Einwendung der Beklagten nicht auseinandergesetzt (Urk. 23 S. 7).

Dem Kläger sei von Anfang an die Höhe des Ferienlohnes bekannt gewesen, habe er doch seit April 2013 jeden Monat denselben Betrag erhalten. Die Frage

einer allfällig vereinbarten Umsatzbeteiligung sei diesbezüglich irrelevant, habe der Kläger doch für das Jahr 2013 oder auch später zu keinem Zeitpunkt eine Rückzahlung machen oder damit rechnen müssen. Der ziffernmässige Anteil des Ferienlohns ergebe sich wie bei allen regelmässigen Lohnzahlungen aus der Tatsache, dass der Arbeitnehmer während den Ferien denselben Lohn erhalte wie während seiner effektiven Arbeitstätigkeit. Dies sei auch beim Kläger der Fall gewesen. Ab Juli 2016 sei der Ferienlohn auf den Lohnabrechnungen explizit ausgewiesen worden, doch habe sich an der bestehenden Bruttolohnhöhe von monatlich Fr. 20'833.35 nichts geändert (Urk. 23 S. 8). Dem Kläger gehe es um die nachträgliche Durchsetzung einer Lohnerhöhung über das Institut des Ferienlohnes. Dies sei rechtsmissbräuchlich (Urk. 23 S. 6, S. 9, S. 14, S. 16).

Weiter habe die Vorinstanz fälschlicherweise festgestellt, dass die Parteien eine Umsatzbeteiligung vereinbart hätten (Urk. 23 S. 6). Die Vorinstanz habe die offerierten Beweismittel zu Unrecht nicht abgenommen (Urk. 23 S. 11). Bereits ab März 2013 seien die Parteien von der schriftlichen Vereinbarung abgewichen, welche eine monatliche Abrechnung gemäss Umsatz des Vormonats vorgesehen habe, indem dem Kläger monatlich Fr. 18'000.– bzw. Fr. 20'000.– ausbezahlt worden seien (Urk. 23 S. 10). Bei Unterzeichnung des Vertrages seien die Parteien als Kalkulationsbasis von einem erreichbaren jährlichen Zielumsatz von Fr. 250'000.– ausgegangen, welchen der Kläger jedoch nicht erreicht habe. Die Parteien hätten einvernehmlich auf eine Anpassung der monatlichen Gehaltszahlungen verzichtet, wobei die Beklagte ab 2014 das Jahressalär auf Fr. 250'000.– bzw. Fr. 20'833.– brutto erhöht habe (Urk. 23 S. 11). Der Kläger habe zu keinem Zeitpunkt Lohnbestandteile bzw. die als "zuviel bezahlt" bezeichneten Beträge aus den Jahren 2013 bis 2015 zurückzahlen müssen (Urk. 23 S. 12).

Selbst wenn die Parteien eine umsatzabhängige Entlohnung vereinbart hätten, wäre es eine Jahreskommissionsabrede gewesen. Mit diesem Argument habe sich die Vorinstanz nicht auseinandergesetzt (Urk. 23 S. 11 f.).

Sodann habe die Vorinstanz den Rückforderungsanspruch der Beklagten zu Unrecht verneint. Der Kläger habe 6.5 Ferientage mehr bezogen als im zugestanden seien. Im Sinne einer Eventualbegründung seien die zu viel

bezogenen Ferientage verrechnungshalber von der Forderung des Klägers abzuziehen. Sollte das Berufungsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass dem Kläger ein Anspruch auf Ferienlohn zustehe, habe er lediglich Anspruch auf Fr. 14'894.07 (Urk. 23 S. 15).

#### 5. Berufungsantwort

Mit der Berufungsantwort schliesst sich der Kläger zusammengefasst den Ausführungen der Vorinstanz an und verweist auf diese. Wie schon vor Vorinstanz macht er im Wesentlichen geltend, es sei eine Umsatzbeteiligung vereinbart gewesen und der ausbezahlte Betrag von Fr. 20'000.– sei nicht als Gehalt erfolgt, sondern als Akontozahlung. Am 21. April 2015 hätten die Parteien die Umsatzbeteiligung um 5% von 35% auf 40% erhöht. Der Kläger habe bestritten, zu viel Ferien bezogen zu haben und er habe die Höhe des Ferienlohnes nicht gekannt. Sodann habe die Vorinstanz zu Recht einen Rückforderungsanspruch der Beklagten wegen allfällig zu viel bezogener Ferien verneint (vgl. Urk. 32).

#### 6. Ferienlohn

6.1. Es ist unbestritten, dass der Kläger im Jahr 2013 seine Ferien beziehen konnte. Der Hinweis der Beklagten auf Art. 329d Abs. 2 OR (Urk. 12 S. 11), wonach Ferien nicht durch Geldleistungen abgegolten werden dürften, geht daher fehl. Der Kläger verlangt indes keine Entschädigung für nicht bezogene Ferien, sondern eine Entschädigung für den auf die Ferien entfallenden Lohn gemäss Abs. 1 der genannten Bestimmung.

6.2. Gemäss Art. 329d Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturallohn zu entrichten. Diese Bestimmung ist zwingend (vgl. Art. 362 OR).

Die Pflicht des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung während der Ferien soll sicherstellen, dass der Arbeitnehmer von der Arbeit befreit wird, ohne deswegen finanzielle Einbussen zu erleiden. Das Abgeltungsverbot bezweckt, dass Ferien

der Erholung dienen und nicht durch Geldleistungen abgegolten werden. Die Durchsetzung dieses Verbots kann in bestimmten Fällen wie namentlich bei sehr unregelmässiger Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten mit Schwierigkeiten verbunden sein. Deshalb lässt die Rechtsprechung Abgeltungsvereinbarungen ausnahmsweise zu, sofern für den Arbeitnehmer sowohl aus dem Arbeitsvertrag wie aus den Lohnabrechnungen klar ersichtlich ist, welcher Teil des Arbeitslohns den Ferienanspruch abgelden soll. Denn würde die blosser Abrede, der Ferienlohn sei im Arbeitslohn inbegriffen, als zulässig anerkannt, könnte beim Arbeitnehmer die irrige Vorstellung entstehen, er habe lediglich den Lohn für die erbrachte Arbeitsleistung erhalten und werde zu gegebener Zeit zusätzlich noch Ferienlohn beanspruchen können. Damit Feriengeld auch tatsächlich für die Ferien zur Verfügung steht und die Gerichte zudem überprüfen können, ob der vereinbarte Ferienlohnanteil die unverminderte Lohnfortzahlung während der Ferien gewährleistet, bleibt der Arbeitgeber trotz pauschaler Abreden, wonach der Ferienlohn inbegriffen sei, und ungeachtet der auf dieser Grundlage erbrachten Leistungen verpflichtet, dem früheren Arbeitnehmer die gesetzlich vorgeschriebenen Feriennöhne nach Vertragsauflösung als Entschädigung nachzuzahlen (vgl. BGE 118 II 136 E. 3b, BGE 116 II 515 E. 4a-c, je mit Hinweisen; BGE 107 II 430 E. 3a).

6.3. Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Ob Rechtsmissbrauch vorliegt, ist einzelfallweise in Würdigung der gesamten Umstände zu bestimmen (BGE 129 III 493 E. 5.1). Im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingendes Recht ist nur dann ein Rechtsmissbrauch zu erblicken, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind; ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen. Solche Umstände können vorliegen, wenn jene Partei sich auf zwingendes Recht beruft, welche die dagegen verstossende Vereinbarung in eigenem Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selbst vorgeschlagen und damit beim Rechtserwerb unredlich gehandelt hat. Besondere Umstände, welche die Berufung auf zwingendes Recht als missbräuchlich erscheinen lassen, sind

auch zu bejahen, wenn die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen oder sonst wie gewahrt wurden oder wenn die Partei mit der Geltendmachung der Nichtigkeit der Vereinbarung derart lange zuwartet, dass der anderen Partei dadurch verunmöglicht wurde, ihre eigenen Interessen zu wahren (BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497 f.).

6.4. Vorliegend vereinbarten die Parteien, dass das Gehalt während der Ferien "voll abgedeckt" sei (Urk. 4/3 S. 2). Dabei handelt es sich um eine unzulässige Abrede. So ist weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus den Lohnabrechnungen ersichtlich, welcher Teil des Arbeitslohns den Ferienanspruch abgelten soll (vgl. Urk. 4/3 und Urk. 14/7). Daran ändert auch der beklagtische Hinweis nichts (Urk. 23 S. 7), dass der Kläger keinen Lohnabzug vor oder während den Ferien erlitt, oder dass der Kläger die Lohnzahlungen immer widerspruchslos entgegen genommen und deren Höhe nie moniert habe (Urk. 12 S. 11). Dieses Verhalten ändert nichts am zwingenden Charakter der genannten Bestimmung und das Beharren auf der gesetzlichen Regelung nach Vertragsauflösung ist entgegen der Ansicht der Beklagten vorliegend nicht rechtsmissbräuchlich. Es wurde nicht geltend gemacht, dass der Kläger die ungültige Vertragsregelung vorgeschlagen hat. Mit der relativ späten Geltendmachung des Anspruchs wurde der Beklagten nicht verunmöglicht, ihre eigenen Interessen zu wahren und es ist im Falle des Vorliegens der klägerisch behaupteten Umsatzbeteiligung nicht ersichtlich, dass die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen – namentlich der gleiche Verdienst bei Ferienabwesenheit – gewahrt worden wäre. Hat der Kläger im Falle des Lohns in Form von 35% des von ihm generierten Umsatzes Ferien bezogen, ist ohne Weiteres klar, dass bei seiner Ferienabwesenheit kein bzw. ein geringerer Umsatz erzielt wurde, was dem Schutzzweck von Art. 329d Abs. 1 OR zuwider läuft. Entsprechend hätte sich dies bei der nachträglichen Abrechnung für ihn negativ ausgewirkt.

Indes ist der Beklagten beizupflichten, dass der Kläger seinen Ferienlohn hätte kennen müssen, wenn ein Fixlohn vereinbart wurde (vgl. Urk. 23 S. 8). Hat sie nämlich ihre Pflicht zur unverminderten Lohnfortzahlung während der Ferien eingehalten, so ist keine zusätzliche Ferienentschädigung geschuldet.

Entsprechend ist zu prüfen, ob die Vorinstanz ohne Durchführung eines ordentlichen Beweisverfahrens vom Weiterbestehen einer Umsatzbeteiligung ausgehen durfte.

## 7. Umsatzbeteiligung oder Fixlohn

7.1. Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Gültig zustande gekommene Verträge sind so zu erfüllen, wie sie vereinbart worden sind ("pacta sunt servanda"), soweit die Parteien nicht einvernehmlich eine neue Vertragsregelung treffen.

Mit dem angefochtenen Urteil hat die Vorinstanz gewisse umstrittene Sachverhaltsumstände gewürdigt, ohne zuvor eine Beweisverfügung erlassen zu haben. Das ist im ordentlichen und im vereinfachten Verfahren grundsätzlich unzulässig (*OGer ZH NP160009 vom 30.08.2016, E. II.3.3; OGer ZH LB160009 vom 17.06.2016, E. 3.5*). Auf die Durchführung eines Beweisverfahrens hat sie in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet (Urk. 24 S. 9) und in Würdigung der ihr vorliegenden Akten entschieden, dass die Beklagte nicht zu beweisen vermöge, dass die Parteien trotz Nichteinhaltung der schriftlichen Form (vgl. Urk. 4/3 Ziff. 13) übereinstimmend von der im Vertrag vom 6. September 2012 vereinbarten Umsatzbeteiligung abgewichen seien (Urk. 24 S. 10).

7.2. Ein Beweisverfahren hat grundsätzlich stattzufinden, wenn rechtserhebliche streitige Tatsachen vorliegen und die beweisbelastete Partei form- und fristgerecht Beweismittel angeboten hat. Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 150 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 1 ZPO). Dazu hat das Gericht vorgängig eine Beweisverfügung zu erlassen, worin es die zugelassenen Beweismittel zu bezeichnen und den einzelnen Tatsachenbehauptungen zuzuordnen hat. Es hat insbesondere zu bestimmen, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- und der Gegenbeweis obliegt (Art. 154 ZPO). Dort, wo das Gericht prozessrechtskonform gestellte Beweisanträge übergeht, hat es die Begründung für sein Vorgehen spätestens mit dem Endentscheid zu liefern (*OGer ZH NP160009 vom*

30.08.2016, E. II.3.3; OGer ZH LB160009 vom 17.06.2016, E. 3.5). Grundsätzlich sind alle prozesskonform beantragten Beweismittel zu berücksichtigen, sofern nicht aufgrund späterer Ausführungen der Parteien von deren Verzicht auf die Abnahme bestimmter Beweismittel auszugehen ist (BGer 4A\_145/2015 vom 6. Juli 2015, E. 5.4.2).

Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Diese Vorschrift wird als Grundregel der Beweislastverteilung im Privatrecht betrachtet. Daraus ergibt sich nach überwiegender Auffassung, dass grundsätzlich das Verhältnis der anwendbaren materiellen Normen für die Beweislastverteilung massgebend ist. Dieses Verhältnis bestimmt im Einzelfall, ob eine rechtsbegründende, rechtsaufhebende bzw. rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsache zu beweisen ist. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (BGE 128 III 271 E. 2a m.w.H.). Nach der erwähnten Grundregel hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu beweisen, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt. Das gilt auch für den Fall, dass die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten behauptet wird (vgl. BGE 113 II 424 E. 1d). Die Erfüllung der Vertragspflicht hat dagegen jene Partei zu beweisen, welche dies behauptet und damit den Untergang der vertraglichen Pflicht einwendet (BGE 128 III 271 E. 2a). Die allgemeine Beweislastregel von Art. 8 ZGB und die daraus abgeleiteten Grundsätze gelten allerdings nur insofern, als das Gesetz nichts anderes bestimmt. Letzteres trifft insbesondere bei widerlegbaren gesetzlichen Vermutungen zu, die zu einer Umkehr der Beweislast führen.

7.3. Das Bundesgericht leitet aus Art. 8 ZGB als Korrelat zur Beweislast insbesondere das Recht der beweisbelasteten Partei ab, zum ihr obliegenden Beweis zugelassen zu werden, soweit entsprechende Anträge im Verfahren form- und fristgerecht gestellt worden sind. Aus Art. 8 ZGB ergibt sich sodann auch das

Recht des Gegners der beweisbelasteten Partei zum Gegenbeweis (BGE 126 III 315 E. 4a).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erlaubt die antizipierte Beweiswürdigung dem Gericht, Beweismittel abzulehnen, wenn es in Würdigung der bereits erhobenen Beweismittel zum Schluss kommt, weitere Beweismassnahmen vermöchten an seiner bereits feststehenden Überzeugung nichts mehr zu ändern (BGE 136 I 229 E. 5.3 m.w.H.). Die antizipierte Beweiswürdigung darf allerdings nicht bloss auf allgemeiner Lebenserfahrung, allgemeinen tatsächlichen Vermutungen oder mittelbaren Indizien beruhen (BGE 115 II 305; BGer 4A\_526/2009 vom 21. Dezember 2009, E. 1.2.2). Die antizipierte Beweiswürdigung dient der effizienten Prozessführung und -erledigung, d.h. der Prozessbeschleunigung und Prozessökonomie. Voraussetzung für die Ablehnung weiterer Beweismassnahmen ist die Gewissheit des Gerichts, dass das abgelehnte Beweismittel auch dann nichts mehr an der richterlichen Überzeugung zu ändern vermöchte, wenn die Beweisabnahme die von der Beweis führenden Partei aufgestellte Tatsachenbehauptung stützen würde (BK ZPO-Brönnimann, Art. 152 N 58). Auf jeden Fall ist erforderlich, dass die Parteien und die Rechtsmittelinstanz die subjektive richterliche Überzeugung anhand von objektiven Kriterien nachvollziehen und überprüfen können. Dies ist nur dann möglich, wenn das Gericht eingehend begründet, weshalb es eine Tatsache als bewiesen erachtet oder nicht. Sodann darf das Gericht die Beweisanträge nicht einfach mit Stillschweigen übergehen, sondern muss sich zumindest implizit dazu äussern, weshalb es im konkreten Fall auf eine Beweisabnahme verzichtet hat (Tanner, Antizipierte Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, AJP 2015, S. 742 f. und S. 747).

7.4. Gemäss Ziffer 3.2. des Vertrags sollte die Lohnzahlung aufgrund der erfassten Leistungen eines Monats spätestens am 10. Tag des Folgemonats erfolgen. Trotz dieser monatlich vereinbarten Auszahlungsmodalität wurden dem Kläger jeden Monat pauschal Fr. 18'000.– bzw. ab April 2013 Fr. 20'000.– ausbezahlt. Damit liegt hinsichtlich der Auszahlungsmodalität eine Vertragsänderung vor, welche entgegen Ziffer 13 des Vertrags nicht schriftlich,

jedoch offenkundig im gegenseitigen Einverständnis erfolgte. Strittig ist indes, ob mit der Vertragsänderung einzig die Auszahlungsmodalität verändert oder ob damit eine grundlegende, pauschale Entschädigung vereinbart wurde.

Die Vorinstanz kam in Würdigung verschiedener Parteivorbringen und im Recht liegender Urkunden zum Schluss, dass Letzteres nicht zutreffe. Vor diesem Hintergrund könne in antizipierter Beweismwürdigung auf die von den Parteien als Haupt- oder Gegenbeweismittel offerierten Befragungen des Klägers, von Dr. C.\_\_\_\_\_ und von D.\_\_\_\_\_ verzichtet werden. Die Aussagen von Dr. C.\_\_\_\_\_, Verwaltungsratsmitglied der Beklagten, seien gestützt auf Art. 159 ZPO wie diejenige einer Partei zu behandeln und insofern von keiner grösseren Beweiskraft als die gegenteiligen Aussagen des Klägers. Die Zeugenbefragung von D.\_\_\_\_\_ erübrige sich, weil er als Treuhänder gemäss beklagtischer Darstellung ohnehin nur bezeugen könnte, was ihm von Dr. C.\_\_\_\_\_ aufgetragen worden sei; er könne dementsprechend über keine eigenen Wahrnehmungen hinsichtlich allfälliger vom schriftlichen Vertrag abweichender, mündlicher Vereinbarungen zwischen dem Kläger und Dr. C.\_\_\_\_\_ berichten (Urk. 24 S. 8 ff.).

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urk. 24 S. 9) kann nicht ohne Durchführung eines Beweisverfahrens davon ausgegangen werden, die Parteien hätten die vereinbarte Umsatzbeteiligung gelebt. Wenn die Beklagte behauptet, die Parteien hätten in Abänderung des Vertrags vom 6. September 2012 trotz Nichteinhaltung der vorbehaltenen Schriftform einen Fixlohn vereinbart (Urk. 12 S. 5), muss darüber Beweis erhoben werden. Dazu genügt es nicht, bloss die im Recht liegenden Urkunden zu würdigen. Insbesondere kann nicht in antizipierter Würdigung der anbotenen Personalbeweise davon ausgegangen werden, die Beklagte, die angesichts der gesetzlichen Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR die Beweislast für das Zustandekommen einer solchen vertragsändernden Vereinbarung trägt, vermöge diesen Beweis nicht zu erbringen (vgl. Urk. 24 S. 10). Denn es lässt sich nicht ohne Weiteres voraussehen, was die als Zeugen oder Partei befragten Personen anlässlich ihrer Einvernahme aussagen werden, wie glaubhaft und glaubwürdig sie und ihre Aussagen erscheinen werden bzw.

welche Beweiskraft ihren Aussagen zuzumessen sein wird. Entsprechend sind die von der Beklagten anbotenen Beweise abzunehmen, und dem Kläger steht der Gegenbeweis offen, dass die Umsatzbeteiligung trotz monatlicher Fixzahlungen beibehalten worden sei, wobei – statt am 10. des Folgemonats – am Ende des Jahres die monatlichen Abrechnungen aufgrund der über das Jahr hinweg erzielten Umsätze jeweils wieder korrigiert worden seien (Urk. 2 S. 3).

Mithin kann entgegen der Ansicht der Vorinstanz aus dem Umstand, dass 2016 eine solche Rückrechnung gemacht wurde, nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, dass dies so vereinbart war. Gegebenenfalls wäre zu erwarten gewesen, dass eine Korrektur zum Jahresende erfolgt bzw. die Lohnausweise entsprechende Korrekturen berücksichtigen (vgl. Urk. 14/8 ff.).

#### 8. Fazit

Die Vorinstanz hat den Sachverhalt in einem wesentlichen Teil unvollständig festgestellt, indem sie die von den Parteien form- und fristgerecht angebotenen Beweis- und Gegenbeweismittel nicht abgenommen hat. Es ist aber nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 35 m.w.H.).

Nach dem Dargelegten ist vorliegend ein Beweisverfahren durchzuführen. Es wird zunächst eine Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO zu erlassen sein, wobei insbesondere davon auszugehen ist, dass der Beklagten der Hauptbeweis für ihre Behauptung obliegt, wonach monatliche Fixzahlungen (ohne spätere Abrechnungspflicht) vereinbart wurden (vgl. Urk. 12 S. 5). Demgegenüber steht dem Kläger der Gegenbeweis offen, dass es sich bei den Lohnauszahlungen im Jahr 2013 um Akontozahlungen gehandelt habe, welche am Ende des Jahres aufgrund der über das Jahr hinweg erzielten Umsätze jeweils wieder korrigiert worden seien (vgl. Urk. 2 S. 3). Entsprechend dem Ausgang des Beweisverfahrens wird ein allfälliger Anspruch aus Ferienguthaben zu würdigen sein.

Mithin ist gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 4. März 2020 aufzuheben und die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### 9. Zu viel bezogene Ferientage

Die Vorinstanz erwog, die Beklagte habe keinen Anspruch auf eine Rückzahlung eines allfällig zu viel bezogenen Ferienanspruchs (Urk. 24 S. 15).

Mit der Berufung verlangt die Beklagte im Eventualstandpunkt eine Verrechnung der zu viel bezogenen Ferientage (Urk. 23 S. 14). Demgegenüber bringt der Kläger mit der Berufungsantwort vor, die Beklagte habe vor Vorinstanz keine Verrechnung erklärt (vgl. Urk. 32 S. 21).

Eine materiell-rechtliche Einrede wie die Verrechnungseinrede kann nur berücksichtigt werden, wenn die Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge, mit denen sie begründet wird, novenrechtlich zulässig sind (BGer 4A\_432/2013 vom 14. Januar 2014, E. 2.2). Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (vgl. Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO).

Vor Vorinstanz brachte die Beklagte mehrfach vor, dass der Kläger für das Jahr 2013 6.5 Ferientage bzw. 13.5 Ferientage zu viel bezogen habe (Urk. 12 S. 7 und S. 9, Prot. I S. 14). Die Ausführungen erfolgten jedoch im Zusammenhang mit der Argumentation der Beklagten, wonach der Kläger an jenen Tagen Lohn erhalten habe, obwohl er hätte Umsatz erzielen können und müssen. Eine explizite Verrechnung zu viel bezogener Ferientage liess die anwaltlich vertretene Beklagte nicht mit hinreichender Deutlichkeit erklären (vgl. auch Prot. I S. 14). Entsprechend ist davon auszugehen, dass die Beklagte keine Verrechnungseinrede vor Vorinstanz erhob. Die im Berufungsverfahren erstmals erhobene Verrechnungseinrede ist verspätet, hätte sie doch bei zumutbarer

Sorgfalt bereits vor Vorinstanz vorgebracht werden können und müssen. Entsprechend ist darauf nicht weiter einzugehen.

#### IV.

Das Berufungsverfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Die Vorinstanz wird in ihrem Entscheid nach dem definitiven Ausgang des Verfahrens gesamthaft über die Entschädigungsfolgen zu befinden haben (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht Uster vom 4. März 2020 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das vorliegende zweitinstanzliche Verfahren ist kostenlos.
3. Die Regelung der Entschädigungsfolgen für das vorliegende zweitinstanzliche Verfahren wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 32) sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit arbeitsrechtlicher Natur.  
Der Streitwert beträgt über Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 18. September 2020

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:  
lb