

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA220027-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker
sowie Gerichtsschreiber Dr. Chr. Arnold

Urteil vom 11. Januar 2023

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. X. _____,

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. _____,

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 7. September 2022 (AH220043-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 1 f.; Prot. I, S. 8)

- "1. Die beklagte Partei sei zu verpflichten, der klagenden Partei den Betrag von CHF 25'929.35.- brutto, abzüglich Soziallasten zu bezahlen.
2. Die beklagte Partei sei unter Hinweis auf die Unterlassungsfolgen gemäss Art. 343 ZPO zu verpflichten, der klagenden Partei Lohnabrechnungen für die Zeit vom 16.03.2016 bis zum 30.01.2022 [recte: 30. November 2021] [...] zu erstellen.
3. Die beklagte Partei sei unter Hinweis auf die Unterlassungsfolgen gemäss Art. 343 ZPO zu verpflichten, der klagenden Partei den Lohnausweis für das Jahr 2021 auszustellen.
4. Und dies unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der beklagten Partei.

Weitere Forderungen bleiben ausdrücklich vorbehalten."

**Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren
am Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 7. September 2022:**

(Urk. 19 S. 23 f. = Urk. 24 S. 13 f.)

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 25'929.35 brutto zu bezahlen. Dieser Betrag reduziert sich, soweit der Beklagte nachweist, dass und in welchem Umfang er Sozialabzüge an die zuständigen Instanzen abgeführt hat.
2. Der Beklagte wird unter Hinweis auf die Unterlassungsfolgen gemäss Art. 343 ZPO verpflichtet, der Klägerin Lohnabrechnungen für die Zeit vom 16. März 2016 bis zum 30. November 2021 zu erstellen.
3. Der Beklagte wird unter Hinweis auf die Unterlassungsfolgen gemäss Art. 343 ZPO verpflichtet, der Klägerin den Lohnausweis für das Jahr 2021 auszustellen.
4. Es werden keine Kosten erhoben.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Umtriebsentschädigung von Fr. 250.– zu bezahlen.

6. [Mitteilung]

7. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 23 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 7. September 2022 (AH220043) aufzuheben und die Sache zur nochmaligen Durchführung des Verfahrens, Vervollständigung des Sachverhalts und Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 7. September 2022 (AH220043), insbesondere Dispositiv Ziff. 1, Ziff. 2 und Ziff. 5 aufzuheben und die Klage abzuweisen, soweit sie den Betrag von CHF 928.75 übersteigt.
3. Sub-eventualiter sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 7. September 2022 (AH220043), insbesondere Dispositiv Ziff. 1, Ziff. 2 und Ziff. 5 aufzuheben und die Klage abzuweisen, soweit sie den Betrag von CHF 7'033.80 übersteigt.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend: Beklagter) ist Inhaber des Einzelunternehmens C._____, welches den Betrieb eines Metzgereifachgeschäftes bezweckt (Urk. 27/4). Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Klägerin) war vom 16. März 2016 bis zum 30. November 2021 beim Beklagten bzw. dessen Einzelunternehmen als Detailhandelsfachfrau mit einem Pensum von 80 % angestellt (Urk. 1 S. 2; Urk. 5/3–4).

2. Am 28. April 2022 machte die Klägerin unter Einreichung der Klagebewilligung vom 16. März 2022 (Urk. 3) bei der Vorinstanz eine Forderungsklage anhängig (Urk. 1). Die Vorinstanz erliess am 7. September 2022 das eingangs

wiedergegebene Abwesenheitsurteil zunächst in unbegründeter (Urk. 15) und anschliessend – auf Begehren des Beklagten (Urk. 17) – in begründeter Form (Urk. 19 = Urk. 24).

3. Gegen das Urteil vom 7. September 2022 erhob der Beklagte rechtzeitig (siehe Urk. 20/1) Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Rechtsbegehren (Urk. 23).

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1–22). Da sich die Berufung als offensichtlich unzulässig bzw. offensichtlich unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Auf die Vorbringen des Beklagten ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als diese entscheidrelevant sind.

II. Materielle Beurteilung

1. Prozessuale Vorbemerkungen

1.1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Der Berufungskläger muss sich dazu mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen (*OGer ZH LF140013 vom 07.03.2014, E. 4.1.*; *OGer ZH LY130026 vom 04.12.2013, E. II.4.*). Man darf von der Berufungsinstanz nicht erwarten, dass sie von sich aus in den Vorakten die Argumente zusammensucht, die zur Berufungsbegründung geeignet sein könnten (*OGer ZH LY130013 vom 06.08.2013, E. I.4.*; BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.4). Das obere kantonale Gericht hat sich – abgesehen von

offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (siehe BGE 142 III 413 E. 2.2.4). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (siehe BGE 134 I 83 E. 4.1).

1.2. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch zulässig respektive 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 Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Alles, was relevant ist, ist grundsätzlich rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (siehe ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 10). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel vorbringt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für deren Zulässigkeit (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 7; siehe BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1). Im Berufungsverfahren ist das Nachbringen von Behauptungen, welche im erstinstanzlichen Verfahren unsubstantiiert geblieben waren, ausgeschlossen (ZK ZPO-Reetz, Vorbemerkungen zu Art. 308–318 N 44).

2. Zustellungen an den Beklagten

2.1. Die Vorinstanz erwog, sämtliche Zustellungen an den Beklagten bis und mit dem unbegründeten Urteil seien an die Domiziladresse des (nach wie vor) im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens "C._____" erfolgt. Dessen Inhaber sei gemäss Handelsregister der Beklagte. Unter dieser Adresse sei Letzterer bereits vor dem Friedensrichteramt als Partei geführt worden, wo er anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 16. März 2022 persönlich erschienen sei. Ebenso sei es ihm unter der Adresse "D._____-weg 1" möglich gewesen, das unbegründete Urteil zu empfangen. Zuvor habe er weder die Sendungen betreffend die Frist- respektive Nachfristansetzung zur Erstattung einer schriftlichen Stellungnahme noch diejenige betreffend die Vorladung zur Hauptverhandlung

auf der Post abgeholt. Werde eine Sendung nach einem erfolglosen Zustellversuch nicht innert der siebentägigen Abholfrist auf der Post abgeholt, gelte sie als am letzten Tag dieser Frist zugestellt, sofern der Adressat mit der Zustellung habe rechnen müssen. Aufgrund des durchgeführten Schlichtungsverfahrens habe zwischen den Parteien bereits ein Prozessrechtsverhältnis bestanden. Der Beklagte habe daher mit gerichtlichen Zustellungen rechnen müssen. Die Zustellung der erwähnten Sendungen sei nicht deshalb gescheitert, weil die Post den Beklagten unter der verwendeten Adresse nicht habe ausfindig machen können; vielmehr seien sie nicht abgeholt worden. Es sei daher nicht anzunehmen, dass der Beklagte seine Adresse bereits früher geändert habe. Im Ergebnis würden die beiden Verfügungen betreffend die Frist- respektive Nachfristansetzung zur Erstattung einer schriftlichen Stellungnahme sowie die Vorladung zur Hauptverhandlung als am letzten Tag der jeweiligen Abholfrist gültig zugestellt gelten (Urk. 24 S. 3 f.).

2.2. Der Beklagte rügt, er habe die Verfügungen der Vorinstanz vom 2. und 30. Mai 2022 sowie die Vorladung vom 16. Juni 2022 nie erhalten. Er habe auch keine Abholungseinladung bekommen (Urk. 23 Rz. 11). Die Zustellungen der Vorinstanz seien allesamt an eine nicht existierende Adresse erfolgt, nämlich "A._____, D._____-weg 1, ... Zürich"; die korrekte Privatadresse laute jedoch "A._____, D._____-weg 2, ... Zürich", die korrekte Firmenadresse sei "C._____, D._____-weg 1, ... Zürich" (Urk. 23 Rz. 13–15). Die C._____ habe ihren geschäftlichen Sitz und Briefkasten, der mit "C._____" angeschrieben sei, am D._____-weg 1 (Urk. 23 Rz. 19). Ein Briefkasten des Empfängers "A._____" existiere am D._____-weg 1 nicht, weshalb vorliegend die natürliche Vermutung, wonach die Post die Abholungseinladung in den Briefkasten des Empfängers gelegt habe, nicht gelte (Urk. 23 Rz. 23). Die Vorinstanz hätte die Zustellungen entweder an die Firma "C._____, D._____-weg 1, ... Zürich" oder an "A._____, Inhaber der C._____, D._____-weg 1, ... Zürich" senden müssen. An letztere Adresse habe auch das Friedensrichteramt die Zustellungen erfolgreich vorgenommen (Urk. 23 Rz. 25). Mit der Zustellung an "A._____, D._____-weg 1, ... Zürich" sei für den Postboten die Verbindung zur "C._____" nicht klar ersichtlich gewesen (Urk. 23 Rz. 31 f.). Damit habe die Vorinstanz Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO verletzt.

Der Name der Firma sei gerade im Geschäftsverkehr dafür da, dass er verwendet werde (Urk. 23 Rz. 33). Sollte das Gericht dennoch von einer natürlichen Vermutung ausgehen, so gebe es mehrere Umstände, welche gegen diese Vermutung sprächen (Urk. 23 Rz. 34): Am D.____-weg 1 in ... Zürich betreibe noch ein weiteres Mitglied der Familie A.____E.____, E.____, einen privaten Briefkasten. Dieser sei mit "E.____" angeschrieben und befinde sich gleich neben dem Briefkasten der "C.____" (Urk. 23 Rz. 36). Es sei nicht klar, ob der Postbote die Abholungseinladung in den richtigen Briefkasten oder jenen von E.____ gelegt habe. Die Chance sei gerade 50 %, weil für den Postboten nicht ersichtlich sei, welche weiteren allfälligen Familienmitglieder noch im Haushalt von E.____ wohnten oder wer der Inhaber der C.____ sei. Somit sei es durchaus wahrscheinlich, dass der eine Postbote den Abholschein in den Briefkasten von "E.____" lege und der andere ihn in jenen der "C.____" (Urk. 23 Rz. 37 f.). Zu beachten sei ferner, dass der Briefkasten von E.____ keinen Aufkleber "BITTE KEINE REKLAME" trage. E.____ habe nicht damit gerechnet, dass er eingeschriebene Post von A.____ erhalte. Es sei daher wahrscheinlich, dass die kleine Abholungseinladung von Werbung überdeckt gewesen sei, E.____ die Abholungseinladung nicht bemerkt und mit der Werbung entsorgt habe (Urk. 23 Rz. 39). Ebenfalls sei zugunsten des Beklagten zu würdigen, dass er der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung Folge geleistet und das unbegründete Urteil innerhalb der siebentägigen Abholfrist abgeholt habe. Dies spreche gegen die Vermutung, dass der Beklagte der Zustellung von Gerichtsurkunden habe aus dem Weg gehen wollen (Urk. 23 Rz. 40). Zu beachten sei schliesslich, dass am D.____-weg 1 nebst E.____ auch noch F.____ und G.____ teilweise ihre private Post erhielten, ohne jedoch ihren eigenen Briefkasten zu führen; es sei daher möglich, dass der Briefkasten von E.____ einmal von F.____ oder G.____ geleert worden und dabei die Abholungseinladung zwischen den Werbeblättern und Zeitungen übersehen worden sei (Urk. 23 Rz. 44 f.).

2.3. Vorladungen, Verfügungen und Entscheide werden durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung zugestellt (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Wird eine eingeschriebene Postsendung nicht abgeholt, so gilt sie am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt,

wenn die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Die Zustellfiktion setzt ein Prozessrechtsverhältnis voraus. Dieses entsteht mit der Rechtshängigkeit (BGE 138 III 225 E. 3.1; *OGer ZH PF180004 vom 08.02.2018, ZR 2018 Nr. 30, E. 4.3.2*). Ein Verfahren wird unter anderem mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs pendent gemacht (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Nimmt die beklagte Partei an der Schlichtungsverhandlung teil, hat sie spätestens ab diesem Zeitpunkt Kenntnis vom Prozessrechtsverhältnis. Kommt keine Einigung zustande, so muss sie mit der Einreichung der Klage beim Gericht und der Zustellung einer gerichtlichen Vorladung rechnen (*OGer ZH LA200007 vom 18.05.2020, E. III.3.2.; BGer 4P.30/2007 vom 13. März 2007, E. 5.3; BK ZPO-Frei, Art. 138 N 24*). Kann eine eingeschriebene Sendung dem Empfänger nicht direkt übergeben werden, hinterlässt die Post eine Abholaufforderung ("Avis"). Es besteht eine natürliche Vermutung dafür, dass der oder die Postangestellte den "Avis" ordnungsgemäss in den Briefkasten oder das Postfach des Empfängers gelegt und das Zustelldatum korrekt registriert hat. Die natürliche Vermutung kann durch den Gegenbeweis umgestossen werden. Damit dieser Gegenbeweis gelingt, ist bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird bzw. Zweifel an dessen Richtigkeit begründet werden, nicht aber auch, dass das Gericht von der Schlüssigkeit der Gegendarstellung überzeugt wird. Dazu hat der Adressat die tatsächliche Zustellung zu bestreiten und dies aufgrund der Umstände plausibel zu machen. Massgeblich ist, ob die der Bestreitung zugrundeliegende Darlegung der Umstände nachvollziehbar ist und einer gewissen Wahrscheinlichkeit entspricht (*OGer ZH LA210002 vom 08.03.2021, E. II.3.3. mit weiteren Hinweisen*).

2.4. Die Vorinstanz sandte vier Sendungen an die Adresse "A._____, D._____-weg 1, ... Zürich" (Urk. 7; Urk. 10; Urk. 13; Urk. 16). Von diesen vier Sendungen kamen drei mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" zurück (Urk. 7; Urk. 10; Urk. 13); die letzte mit dem unbegründeten Urteil holte der Beklagte persönlich am Schalter ab (Urk. 15 f.). Es sind keine Hinweise dafür ersichtlich, dass der Postbote die Tatsache, dass die C._____, auf den Sendungen nicht erwähnt war, als problematisch angesehen hätte. Insbesondere kam keine der Sendungen mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" zurück. Es ist sodann belegt, dass die vierte Zustellung erfolgreich war, ob-

wohl die Firma des Einzelunternehmens wiederum nicht erwähnt war. Vor diesem Hintergrund greift die natürliche Vermutung vorliegend. Der Beklagte hat nachgewiesen, dass neben dem Briefkasten der C._____ ein weiterer mit "E._____" beschrifteter Briefkasten steht (Urk. 23 Rz. 23). Weshalb die offenkundig nicht an E._____ adressierten Sendungen in dessen Briefkasten hätten eingeworfen werden sollen, leuchtet nicht ein. Noch unwahrscheinlicher erscheint, dass dies gleich dreimal passiert ist. Die Theorie, wonach die Abholungseinladungen von Werbung überdeckt waren und mit dieser entsorgt wurden, würde einen sorglosen Umgang mit Sendungen voraussetzen. Ein solcher wäre zumindest sehr unüblich. Hinzu kommt, dass es sich bei E._____ um einen Juristen handelt (https://tel.search.ch/?wo=z%C3%BCrich,%20D._____-weg%2050, besucht am 19. Dezember 2022; siehe Urk. 23 Rz. 44). Personen mit einer juristischen Ausbildung sind sich in der Regel der Bedeutung von Sendungen, insbesondere Abholungseinladungen, bewusst. Dies gilt besonders für E._____ im vorliegenden Fall, hat dieser den Beklagten doch zur Schlichtungsverhandlung vom 16. März 2022 begleitet (Urk. 3). Hinzu kommt, dass die Abholungseinladungen – gesetzt den bereits unwahrscheinlichen Fall, dass sie dreimal in den falschen Briefkasten eingeworfen wurden – dreimal übersehen worden sein müssten. Selbst wenn der Briefkasten nicht nur von E._____, sondern auch von F._____ oder G._____ geleert worden wäre, erscheint dies sehr unwahrscheinlich.

2.5. Zusammenfassend ist das vom Beklagten präsentierte Szenario derart unwahrscheinlich, dass er damit die natürliche Vermutung nicht umzustossen vermag. Die Vorinstanz hat Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht verletzt.

3. Ferienentschädigung

3.1. Die Vorinstanz erwog mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGer 4A_619/2019 vom 15. April 2020, E. 3.1; BGer 4A_72/2018 vom 6. August 2018, E. 4.4.1; BGer 4A_561/2017 vom 19. März 2018, E. 3.1), dass der Ferienlohn durch Angabe eines bestimmten Betrags oder eines Prozentsatzes als solcher ausgewiesen werden müsse und zwar sowohl im Arbeitsvertrag als auch auf den einzelnen Lohnabrechnungen. An den genannten Voraussetzungen habe das Bundesgericht zwar in konstanter Rechtsprechung festgehalten, jedoch

später die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der laufenden Ausrichtung des Ferienlohnes offengelassen (BGE 129 III 493 E. 3.2 [recte: E. 3.2 f.]; BGer 4A_72/2015 vom 11. Mai 2015, E. 3.2). Im Hinblick auf die doppelte Voraussetzung, wonach der für die Ferien bestimmte Betrag sowohl aus dem Arbeitsvertrag, wie auch den einzelnen Lohnabrechnungen hervorgehen müsse, sei die bundesgerichtliche Rechtsprechung als streng, aber gefestigt anzusehen. Das Spezifikationserfordernis gelte für alle Arbeitsverhältnisse und auch dann, wenn der Arbeitnehmer die ihm zustehenden Ferien tatsächlich bezogen habe (mit Verweis auf BGer 4A_72/2015 vom 11. Mai 2015, E. 3.4 f.; Urk. 24 S. 5 f.). Aus den eingereichten Lohnblättern sei ersichtlich, dass die Feiertagsentschädigungen im Tageslohn – anders als es gemäss GAV Metzgereigewerbe vorgesehen gewesen wäre – nicht bereits eingerechnet gewesen seien, sondern erst per Ende des jeweiligen Jahres hinzugerechnet worden seien. Ebenso habe man die Feiertagsentschädigungen im Arbeitsvertrag nicht als Bestandteil des Grundlohnes ausgewiesen (Urk. 24 S. 7). Aufgrund der unbestritten gebliebenen Ausführungen der Klägerin sei davon auszugehen, dass sie nie Lohnabrechnungen erhalten habe. In den jährlichen Lohnblättern, in welchen sie offenbar monatlich die Lohnsummen quittiert habe, seien jeweils bloss per Ende des Jahres Ferienlohnsummen enthalten. Damit fehle es auch an der geforderten Voraussetzung, wonach sich der Ferienlohn aus den einzelnen Lohnabrechnungen ergeben müsse (Urk. 24 S. 8). Im Arbeitsvertrag sei die prozentuale Ferienentschädigung aufgeführt, was aber angesichts der – wie dargelegt – nicht erfüllten übrigen Voraussetzungen nicht weiter relevant sei. Ebenfalls nicht relevant sei, ob die Klägerin während der Dauer des Arbeitsverhältnisses tatsächlich Ferien bezogen habe (Urk. 24 S. 8). Zusammengefasst habe die Klägerin Anspruch auf Abgeltung des Ferienlohnes, der gestützt auf die Tageslohnsummen der Jahre 2017 bis 2021 zu berechnen sei. Bei einem Total an Tageslöhnen für den Zeitraum 2017 bis 2021 von Fr. 234'207.– brutto beliefen sich die zur Berechnung des Ferienlohns hinzuzurechnenden Feiertagsentschädigungen von 3.2 % auf Fr. 7'494.62 (= Fr. 234'207.– x 3.2 %). Der Gesamtanspruch der Klägerin unter dem Titel Ferienlohn belaufe sich bei einem massgeblichen Total an Tageslöhnen inklusive Feiertagsentschädigung im Zeitraum 2017 bis 2021 von Fr. 241'701.62 brutto (=

Fr. 234'207.– + Fr. 7'494.62) auf Fr. 25'717.05 brutto (= Fr. 241'701.62 x 10.64 %). Der Beklagte sei zur Bezahlung dieser Summe an die Klägerin zu verpflichten (Urk. 24 S. 8 f.).

3.2. Der Beklagte rügt, die Vorinstanz übersehe, dass er nachweislich bereits Fr. 26'480.– Ferienlohn separat (das heisst, nicht mit dem laufenden Lohn) an die Klägerin als Ferienlohn bezahlt und die Klägerin diese Auszahlungen (brutto wie netto) mit ihrer handschriftlichen Unterschrift quittiert habe. Die Klägerin habe auch anerkannt, dass sie insgesamt zwölf Wochen Ferien bezogen habe. Somit seien das Ergebnis und die Schlussfolgerung der Vorinstanz in jedem Fall falsch (Urk. 23 Rz. 49 f.). Die Klägerin anerkenne selber, dass der Beklagte die Ferienentschädigung als sogenannten Ferienlohn jeweils Ende Jahr und nicht mit dem laufenden Lohn ausbezahlt habe (Urk. 23 Rz. 51). Die Parteien hätten vereinbart, dass der separat angesparte Ferienlohn jeweils vor Bezug der längeren Ferien im Januar / Februar überwiesen werde (Urk. 23 Rz. 52). Der auf den Lohnabrechnungen ausgewiesene Bruttolohn sei bezüglich der Feiertags- und Ferienentschädigung lediglich als Nettolohn zu verstehen. Der Ferienlohn sei jeweils Ende Jahr, auf Basis der bezahlten Bruttolöhne, errechnet und der Klägerin kurz vor dem Ferienbezug, welcher zwischen den Parteien jeweils für Januar / Februar vereinbart gewesen sei, ausbezahlt worden. Damit habe die Klägerin den in der Lohnabrechnung ausgewiesenen Ferienbetrag nicht separat sparen müssen, um davon während des effektiven Ferienbezuges zu leben. Sie habe vom ausbezahlten Grundlohn leben können und für die Zeit des Ferienbezuges jeweils zusätzlich zum vereinbarten Grundlohn eine separate Ferienlohnzahlung erhalten (Urk. 23 Rz. 56). Der Beklagte habe nicht gegen das Spezifikationsgebot verstossen, da der Ferienlohn nicht in den monatlichen Gehaltszahlungen inkludiert gewesen, sondern separat überwiesen worden sei (Urk. 23 Rz. 57). Die Vorinstanz hätte dies feststellen müssen, denn es ergebe sich unzweifelhaft aus den Lohnabrechnungen, welche allesamt bei den Gerichtsakten seien. Darin habe die Klägerin jeweils quittiert, dass sie den Ferienlohn wie auf einem Sparkonto angespart und nicht mit dem laufenden Lohn erhalten habe (Urk. 23 Rz. 60). Die Vorinstanz hätte weiter feststellen müssen, dass der Beklagte der Klägerin den Ferienlohn bezahlt habe, damit diese während ihren Ferien finanziell nicht schlechter gestellt

sei, als wenn sie arbeiten würde. Die Klägerin habe nämlich stets Ende Jahr ihren angesparten Lohn ausbezahlt erhalten und die Ferienzeit im Januar / Februar nicht mit eigenen Ersparnissen überbrücken müssen (Urk. 23 Rz. 61). Die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zu Art. 329d Abs. 1 OR seien nicht einschlägig. Es gehe vorliegend nämlich nicht um die Abgeltung der Ferien durch einen Lohnzuschlag, welcher mit dem laufenden Lohn ausbezahlt werde, und um die Voraussetzungen, welche diesbezüglich erfüllt sein müssten (Urk. 23 Rz. 62). Bei der Auszahlung des Ferienlohnes per Ende Jahr, wie es die Parteien konkludent vereinbart hätten, handle es sich nicht um eine verpönte Ferienabgeltung in Geld im Sinne von Art. 329d Abs. 2 OR. Es sei vielmehr das gemeinsame Verständnis der Parteien gewesen, dass Ferientage bezogen würden (Urk. 23 Rz. 63). Die Klägerin habe die Praxis, dass der Ferienlohn separat angespart und Ende Jahr mit dem Bezug der Ferien im Januar / Februar ausbezahlt werde, jahrelang akzeptiert. Die spätere Geltendmachung eines Rechts sei rechtsmissbräuchlich, wenn es im Widerspruch zu einem früheren Verhalten stehe und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäusche (Urk. 23 Rz. 64). Die Klägerin versuche mittels vorliegender Klage, die erneute Zahlung des Ferienlohnes durchzusetzen. Dieses Verhalten verstosse offensichtlich gegen Treu und Glauben und verdiene keinen Rechtsschutz (Urk. 23 Rz. 66). Die Klägerin habe sodann nachweislich insgesamt zwölf Wochen Ferien bezogen. Sollte die Berufungsinstanz zum Schluss kommen, dass das Abgeltungsverbot verletzt sei, sei die von der Vorinstanz errechnete Ferienentschädigung von Fr. 25'717.05 um Fr. 12'544.– sowie die Auszahlung am Ende des Arbeitsverhältnisses von Fr. 7'068.– zu reduzieren (Urk. 23 Rz. 67 f.).

3.3. Gemäss Art. 329d Abs. 1 OR muss der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturallohn entrichten. Dies bedeutet, dass die Arbeitnehmerin – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (Urk. 24 S. 5) – während den Ferien lohnmassig nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn sie gearbeitet hätte (BGE 136 III 283 E. 2.3.5; BGE 129 III 493 E. 3.1; BGer 4A_619/2019 vom 15. April 2020, E. 3.1). Art. 329d Abs. 1 OR ist relativ zwingend (Art. 362 Abs. 1 OR); Vereinbarungen, welche die Arbeitnehmerin schlechter stellen, sind

nichtig (Art. 362 Abs. 2 OR). Art. 329d Abs. 1 OR will sicherstellen, dass die Arbeitnehmerin nicht aufgrund eines Einkommensverlustes davon abgeschreckt wird, Ferien zu beziehen (BGer 4A_285/2015 vom 22. September 2015, E. 3.1). Wie die Vorinstanz ebenfalls zutreffend festhält (Urk. 24 S. 5 f.), ist es bei unregelmässigen Beschäftigungen ausnahmsweise zulässig, den Ferienlohn mit dem laufenden Lohn abzugelten. Erforderlich ist somit, dass es sich um eine unregelmässige Beschäftigung handelt, der für die Ferien bestimmte Lohnanteil klar und ausdrücklich ausgeschieden wird, sofern ein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliegt, und dass der für die Ferien bestimmte Lohnanteil in den einzelnen schriftlichen Lohnabrechnungen in diesem Sinne ausgewiesen wird (BGer 4A_31/2021 vom 30. März 2022, E. 3.2.1; BGer 4A_619/2019 vom 15. April 2020, E. 3.1). Dieses Spezifikationserfordernis gilt auch dann, wenn die Arbeitnehmerin die ihr zustehenden Ferien tatsächlich bezogen hat (BGer 4A_72/2015 vom 11. Mai 2015, E. 3.5). Eine unregelmässige Tätigkeit hat das Bundesgericht in einem Fall bejaht, in welchem bei 35 der 56 analysierten Lohnabrechnungen eine Differenz von 10 % oder mehr zum Vormonat bestanden hatte (BGer 4A_31/2021 vom 30. März 2022, E. 3.3.2). Verstösst der Arbeitgeber gegen Art. 329d Abs. 1 OR, riskiert er eine Doppelzahlung (siehe *OGer ZH LA200021 vom 18.09.2020, E. III.6.2.*; BGer 4A_72/2015 vom 11. Mai 2015, E. 3 und 3.4). Fraglich ist, ob sich die Arbeitnehmerin, welche einer Schlechterstellung zugestimmt und in der Folge die erneute Auszahlung des Ferienlohnes verlangt, rechtsmissbräuchlich verhält. Wer nachträglich die Ungültigkeit geltend macht und sich auf zwingendes Recht beruft, handelt nur rechtsmissbräuchlich, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind; ansonsten würde der Arbeitnehmerin der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen (BGer 4A_72/2015 vom 11. Mai 2015, E. 3.6.1).

3.4. Der Beklagte macht in der Berufung geltend, die Parteien hätten (konkulent) vereinbart, dass der Ferienlohn jeweils zurückbehalten und erst Ende Jahr separat ausbezahlt werde (Urk. 23 Rz. 52 und 63). Er zeigt weder auf, wo dies vor Vorinstanz behauptet worden wäre, noch inwiefern es sich um ein zulässiges Novum handelt. Damit hat die Behauptung unbeachtet zu bleiben (siehe E. II.1.). Dasselbe gilt für das Vorbringen, wonach der Beklagte Ende 2017 einen

Ferienlohn von Fr. 3'934.–, Ende 2018 einen solchen von Fr. 3'650.–, Ende 2019 einen solchen von Fr. 5'606.–, Ende 2020 einen solchen von Fr. 6'222.– und nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses einen solchen von Fr. 7'068.– bezahlt habe (Urk. 23 Rz. 52). Die Vorbringen sind darüber hinaus – wie sogleich zu zeigen sein wird – nicht rechtserheblich.

3.5. Die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Ferienentschädigung erst per Ende des jeweiligen Jahres hinzugerechnet wurde (Urk. 24 S. 7), blieb unan- gefochten (siehe Urk. 23 Rz. 52). Wer den Ferienlohn erst Ende Jahr erhält, muss während des Jahres seine Ersparnisse anzehren, um sich Ferien leisten und die weiterhin anfallenden Fixkosten (insbesondere Wohnkosten und Krankenkassen- prämien) bezahlen zu können. Er ist damit schlechter gestellt, als wenn er arbei- ten würde. Wer arbeitet, kann seine Ausgaben nämlich mit dem laufenden Ein- kommen decken. Ähnliches gilt zumindest teilweise bei unregelmässiger Arbeit, wenn der Ferienlohn korrekt monatlich ausbezahlt wird; für die Arbeitnehmerin ist ersichtlich, welchen Betrag sie für die Ferien zur Seite legen sollte, um nicht auf andere Ersparnisse zurückgreifen zu müssen. Die Klägerin hatte diese Möglich- keit nicht. Sie war damit während der Ferien schlechter gestellt, als wenn sie ge- arbeitet hätte. Damit versties der Beklagte gegen Art. 329d Abs. 1 OR. Sollte sich diese Vorgehensweise auf eine (konkludente) Vereinbarung der Parteien ge- stützt haben, so wäre diese für die Klägerin unverbindlich (Art. 362 Abs. 1 OR). Vorliegend kann daher darauf verzichtet werden zu prüfen, ob es sich beim Ar- beitsverhältnis mit der Klägerin überhaupt um ein unregelmässiges gehandelt hat- te. Es ist indessen anzumerken, dass gemäss den in den Akten ausgewiesenen 59 monatlichen Lohnzahlungen zwischen Januar 2017 und November 2021 (Urk. 5/5; Urk. 23 Rz. 53) zumindest fraglich ist, ob eine unregelmässige Tätigkeit vorlag. Fraglich ist, ob die Klägerin mit ihrer Klage rechtsmissbräuchlich handelt. Der Beklagte bringt als besonderen Umstand vor, dass die Gegenpartei an vielen Tagen durchschnittlich nur 6.75 statt 8.25 Arbeitsstunden geleistet habe (Urk. 23 Rz. 65). Er äussert sich jedoch nicht zur Zulässigkeit des Novums, womit es un- beachtlich zu bleiben hat (E. II.1.2.). Im Übrigen wäre dieser Umstand, selbst wenn er zu berücksichtigen wäre, nicht geeignet, den Rechtsmissbrauch zu be- gründen; es fehlt nämlich an einem Konnex zwischen dem (angeblichen) Verhal-

ten der Klägerin und dem Ferienlohn. Wie viele Ferien die Beklagte bezogen hat (siehe Prot. I, S. 6), ist mit Blick auf die vorstehend wiedergegebene bundesgerichtliche Rechtsprechung ohne Belang. Die Argumente des Beklagten sind somit nicht zu hören. Der vorinstanzliche Entscheid ist bezüglich der Ferienentschädigung zu bestätigen (Urk. 24 S. 4 ff.).

4. 13. Monatslohn

4.1. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, dass die Klägerin gestützt auf den Arbeitsvertrag sowie Art. 42 Abs. 1 GAV Metzgereigewerbe 2015 bzw. dem für allgemeinverbindlich erklärten Art. 43 Abs. 1 GAV Metzgereigewerbe 2021 Anspruch auf Ausrichtung eines 13. Monatslohns habe (Urk. 24 S. 10). Dieser Anspruch belaufe sich für den Zeitraum 2017 bis 2021 auf Fr. 20'133.74 brutto, wovon bereits Fr. 19'205.– brutto ausbezahlt worden seien. Es verblieben Fr. 928.74 brutto, zu deren Bezahlung der Beklagte zu verpflichten wäre. Aufgrund der Dispositionsmaxime könnten jedoch nur Fr. 212.30 zugesprochen werden (Urk. 24 S. 11).

4.2. Der Beklagte führt aus, der von der Vorinstanz errechnete Betrag von Fr. 928.74 sei berücksichtigt worden (Urk. 23 Rz. 72).

4.3. In der Begründung seines Eventual- und Subeventualantrags rechnet der Beklagte Fr. 928.75 mit ein (Urk. 23 Rz. 68 und 72). Es ist deshalb davon auszugehen, dass er den vorinstanzlichen Entscheid, soweit er sich auf den 13. Monatslohn bezieht, nicht anfechten will.

5. Lohnabrechnungen

5.1. Die Vorinstanz erwog, gemäss den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Klägerin seien ihr während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses keine eigentlichen monatlichen Lohnabrechnungen ausgestellt worden. Die Lohnblätter erfüllten die Anforderungen gemäss Art. 323b Abs. 1 OR nicht, da sie nicht vollständig seien. Insbesondere seien die monatlichen Ferienentschädigungen nicht aufgeführt. Es sei sodann auch nicht dargetan worden, dass die Klägerin tatsächlich jeden Monat Kopien der Lohnblätter erhalten habe (Urk. 24 S. 12).

Der Beklagte wurde in Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheides dazu verpflichtet, der Klägerin Lohnabrechnungen für die Zeit vom 16. März 2016 bis zum 30. November 2021 sowie den Lohnausweis 2021 auszustellen unter Hinweis auf die Unterlassungsfolgen gemäss Art. 343 ZPO.

5.2. Der Beklagte wendet ein, die Klägerin habe jeden Monat eine Lohnabrechnung erhalten und diese unterzeichnet an den Beklagten retourniert. Darin seien ihr Brutto- und Nettolohn nach Abzug der Sozialversicherungsbeiträge ausgewiesen, ohne Ferien und 13. Monatslohn. Es sei ihr dabei bewusst kein Ferienlohn mit dem laufenden Lohn ausbezahlt worden, weil die Voraussetzungen hierfür nicht erfüllt seien. Deshalb gebe es auch keine monatlichen Ferienentschädigungen, welche aufzuführen wären (Urk. 23 Rz. 73). Auf der monatlichen Abrechnung seien sämtliche Sozialabzüge, Zulagen, Naturallohnbestandteile sowie Versicherungsprämien einsehbar (Urk. 23 Rz. 74).

5.3. Gemäss Art. 323b Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmerin eine schriftliche Abrechnung zu übergeben. Aus dieser müssen der Brutto- und Nettolohn sowie alle Zulagen und Abzüge vollständig hervorgehen. Damit die Arbeitnehmerin im richtigen Zeitpunkt weiss, welches Geld für den Zeitabschnitt der Ferien gespart ist, ist es auch notwendig, dass der auf die Ferien entfallende Teil der Zahlungen genau ausgewiesen wird (*OGer ZH RA200007 vom 15.07.2021, E. III.3.3. mit weiteren Hinweisen*). Die Abrechnung hat grundsätzlich jeden Monat zu erfolgen (Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 323b N 2 f. [S. 371 f. und 374]); die Arbeitnehmerin soll nämlich bei jeder Lohnzahlung wissen, wie sich ihr Lohn zusammensetzt (*OGer ZH RA200007 vom 15.07.2021, E. III.3.3.*).

5.4. Soweit der Beklagte vorbringt, die Klägerin habe jeden Monat eine Lohnabrechnung erhalten und diese unterzeichnet an ihn retourniert (Urk. 23 Rz. 73), zeigt er nicht auf, inwiefern das Novum zulässig wäre; daher hat es unbeachtet zu bleiben (E. II.1.2.). Im Übrigen ist es – wie sogleich zu zeigen sein wird – nicht rechtserheblich.

5.5. Die Vorinstanz erwog zu Recht, dass die Lohnblätter (Urk. 5/5) den Anforderungen an Lohnabrechnungen nicht genügten, weil der Ferienlohn nicht für jeden Monat separat aufgeführt sei (siehe E. II.3.). Der Beklagte gesteht sodann selbst ein, dass der 13. Monatslohn nicht aufgeführt sei (Urk. 23 Rz. 73). Die Lohnblätter erfüllen damit die Anforderungen an Lohnabrechnungen nicht. Sie sind für die Buchhaltung des Arbeitgebers bestimmt (Urk. 5/5), während die Lohnabrechnungen der Arbeitnehmerin zustehen. Selbst wenn die Behauptung des Beklagten, wonach die Klägerin die Lohnblätter erhalten und unterzeichnet an ihn retourniert habe, zu hören wäre, wäre dies aber unbehelflich: Damit gesteht der Beklagte nämlich selbst ein, dass die Klägerin die Lohnblätter nur zur Einsicht bzw. Unterschrift, nicht aber zu ihren Akten erhalten hat. Auch diesbezüglich ist der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen (Urk. 24 S. 12).

6. Ergebnis

Die Berufung ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 7. September 2022 ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Vorinstanz bezifferte den Streitwert der Klage auf Fr. 26'029.35 (Fr. 25'929.35 eingeklagter Geldbetrag, Fr. 50.– für die eingeklagten Lohnabrechnungen und Fr. 50.– für den eingeklagten Lohnausweis; Urk. 6 S. 2 und Urk. 24 S. 12). Dies blieb unangefochten und ist nicht zu beanstanden. Demzufolge ist das Verfahren kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Beklagten zufolge Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und der Klägerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 7. September 2022 wird bestätigt.
2. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 23, Urk. 26, Urk. 27/2 und Urk. 27/4–5, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 26'029.35.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 11. Januar 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Huizinga

Dr. Chr. Arnold

versandt am:
Im