

ZH_OBERGERICHT LA130019 vom 15. Juli 2014

ZH Obergericht, 2014-07-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA130019

FR: ZH_OBERGERICHT LA130019 du 15 juillet 2014

IT: ZH_OBERGERICHT LA130019 del 15 luglio 2014

Erwägungen

E. 1

Sachverhaltsüberblick

E. 1.1

Im Zusammenhang mit dem Lohn bis zum Endes des Arbeitsverhältnisses lässt die Beklagte rügen, dass der angefochtene Entscheid hinsichtlich der Voraussetzungen des Annahme- resp. Gläubigerverzuges an unrichtiger Rechtsanwendung leide. Weiter basiere er auf unrichtiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, indem ohne entsprechendes Vorbringen angenommen werde, der Kläger habe seine Arbeitskraft angeboten. Zudem sei der mögliche Lohnanspruch nicht richtig berechnet worden. Weiter sei unberücksichtigt geblieben, dass der Kläger seinen Ferienanspruch im Umfange von 50 Tagen in natura bezogen habe und in der Kündigungsfrist nicht nur 2,5 Tage, sondern deren 20 habe beziehen können. Auch sei von einer zu hohen durchschnittlichen täglichen Stundenzahl ausgegangen und seien nicht sämtliche Abzüge beim Bruttolohn berücksichtigt worden. Schliesslich sei unberücksichtigt geblieben, dass der faktische und der rechtliche Arbeitgeber vorliegend auseinanderfallen (Urk. 32 S. 3).

E. 1.2

Zunächst ist festzuhalten, dass die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Beklagte den Beweis dafür, dass sie das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am

E. 1.3

Hingegen lässt die Beklagte die vorinstanzliche Feststellung rügen, wonach sie sich ab dem 24. November 2010 für die Zeit der Kündigungsfrist im Annahmeverzug befunden habe. Die Vorinstanz übersehe, dass der Arbeitnehmer auch bei Annahmeverzug des Arbeitgebers seine Arbeitsleistung anbieten müsse. Dass der Kläger dies getan habe, sei nicht behauptet worden. Zudem handle es sich vorliegend auch nicht um einen Fall, in welchem von vornherein keine Pflicht zum Anbieten der Arbeitsleistung bestehe. Nachdem sich die Beklagte nicht im Annahmeverzug befunden habe, habe für die restliche Dauer des Arbeitsverhältnisses auch keine Lohnfortzahlungspflicht mehr bestanden (Urk. 32 S. 6). Diese erstmals in der Berufungsschrift vorgebrachte Argumentation erweist sich als unbehelflich. So blieb die Behauptung des Klägers, wonach ihm von Seiten der Beklagten am 22. November 2010 beschieden worden sei, dass ab Ende Monat keine Arbeit mehr bestehe (Urk. 10 S. 4), nicht nur unbestritten. Vielmehr gab die Beklagte selbst zu, dass es für den Kläger ab November keine Arbeit mehr gegeben habe. So hat der Rechtsanwalt der Beklagten anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung ausdrücklich erklärt, dass er davon ausgehe, dass E._____ bereits am 6. Oktober 2010 gewusst habe, dass es für den Kläger nur noch Arbeit bis zum 24. November 2010 geben würde (Urk. 12 S. 4, Prot. I S.

7). Auf dieser Zugabe ist die Beklagte zu behaften. Unter diesen Umständen war der Kläger nicht mehr verpflichtet, seine Arbeitsleistung anzubieten. Dem Arbeitnehmer kann nicht vorgeworfen werden, seine Arbeitsleistung nicht angeboten zu haben, wenn ihn der Arbeitgeber freigestellt hat oder wenn feststeht, dass dieser die Arbeitsleistung nicht angenommen hätte (BSK OR-I Portmann, Art. 324 N 3a). Somit ist

- 7 - vorliegend mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass sich die Klägerin für die Zeit der Kündigungsfrist im Annahmeverzug nach Art. 324 Abs. 1 OR befunden hat. Eine Rechtsfolge des Annahmeverzuges ist unter anderem die Lohnfortzahlungspflicht des Abreitgebers (BSK-I Portmann, a.a.O., Art. 324 N 10).

E. 1.4

In einem Eventualstandpunkt stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass es dem Kläger ohne weiteres möglich gewesen wäre, in der Zeit vom 25. November 2010 bis 22. Dezember 2010 allfällige noch nicht bezogene Ferientage zu beziehen (Urk. 32 S. 6 f.). Mit dieser erstmals in der Berufung vorgebrachten Behauptung stellt er sich in Widerspruch zu seiner in der Klageantwort aufgestellten Behauptung, wonach bei Beendigung des Arbeitseinsatzes ein Ferienbezug in natura nicht möglich war (Urk. 12 S. 9). Auch auf dieser letzteren Behauptung ist die Beklagte zu behaften, und der Eventualstandpunkt ist nicht zu hören, ist doch letzteres Vorbringen im Rahmen der Berufung verspätet und somit unzulässig, nachdem diese Position ohne weiteres schon im erstinstanzlichen Verfahren hätte geltend gemacht werden können (Art. 317 ZPO). Der Anspruch auf Lohnfortzahlung ist somit ausgewiesen. Die Vorinstanz hat die Beklagte zu Recht zur Lohnfortzahlung verpflichtet.

E. 1.5

Die Beklagte lässt auch die Höhe des auszubehandelnden Lohnes bemängeln. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass der Kläger im Durchschnitt 189 Stunden pro Monat oder 8,7 Stunden täglich für die Beklagte gearbeitet hatte. Diese Zahl basiert auf den in den Lohnabrechnungen ausgewiesenen Stundenzahlen derjenigen Monate, in welchen der Beklagte ohne Ferienbezug gearbeitet hatte (Urk. 33 S. 7). Der Kläger liess im erstinstanzlichen Verfahren behaupten, er habe im Durchschnitt täglich 9 Stunden gearbeitet (Urk. 10 S. 6). In der Berufungsantwort schloss er sich der erstinstanzlichen Berechnung an (Urk. 36 S. 5).

E. 1.6

Die Beklagte bestritt anlässlich der Hauptverhandlung zwar nicht explizit die Anzahl geleisteter durchschnittlicher Arbeitsstunden, jedoch die auszuzahlende Lohnsumme (Urk. 12, Prot. I S. 4 ff.). Erst in der nach durchgeführter Hauptverhandlung nachgereichten Eingabe vom 11. Januar 2013 liess sie die Behauptung aufstellen, der Kläger habe durchschnittlich 8,1 Stunden pro Tag gearbeitet (Urk.

- 8 - 14 S. 2). Im Gegensatz dazu lässt sie in der Berufungsbegründung neu behaupten, der Kläger habe lediglich 7.83 Stunden pro Tag gearbeitet (Urk. 32 S. 6). Die von der Vorinstanz den jeweiligen Monaten zugeordneten Stundenzahlen werden von der Beklagten nicht bestritten und stimmen mit den geltend gemachten effektiven monatlichen Arbeitsstunden der Monate ohne Ferienbezug überein (Urk. 32 S. 5). Die Beklagte will aber für die Berechnung der durchschnittlichen monatlichen Arbeitsstundenzahl nicht nur auf diejenigen Monate abstützen, in welchen der Kläger keine Ferien bezogen hat, sondern auf

sämtliche Monate, in welchen der Kläger gearbeitet hat, ohne dies jedoch weiter zu begründen (Urk. 32 S. 4, 7). Die vorinstanzliche Berechnungsweise ist nicht zu beanstanden. Es geht vorliegend darum herzuleiten, wie viele Stunden der Beklagte an einem durchschnittlichen Arbeitstag gearbeitet hat. Dass hierzu als Basis einzig diejenigen Tage zu berücksichtigen sind, an welchen der Kläger auch tatsächlich gearbeitet hat, ist nichts weiter als logisch. Denn würde man für die selbe Berechnung auch arbeitsfreie Tage mitberücksichtigen, so ergäbe das nicht die durchschnittliche Stundenanzahl eines Arbeitstages, sondern einen generellen, vorliegend nicht interessierenden Tagesdurchschnitt, welcher zudem von sehr vielen Zufälligkeiten geprägt wäre.

E. 1.7

Weiter lässt die Beklagte beanstanden, dass die Berechnung des Nettolohnanspruchs für die Zeit der Kündigungsfrist fehlerhaft sei (Urk. 32 S. 7). Es seien nicht nur die 6.05% für die Beiträge an AHV/ALV abzuziehen, sondern auch noch die FAR, der GAV Vollzugsbeitrag sowie die NBUV und KTG Beiträge. Dies hat sie bereits vor Vorinstanz so geltend gemacht (Urk. 12 S. 6). Der Kläger seinerseits hat vor Vorinstanz nicht gegen den Abzug dieser Beiträge opponiert, sofern diese Beiträge zweckbestimmt verwendet würden (Prot. I S. 9). Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid, diese Beiträge nicht in Abzug zu bringen, mit keinem Wort. Lohnabzüge sind bei der Berechnung des Nettolohns zu berücksichtigen, soweit der Arbeitgeber die Höhe und deren Bezahlung nachweist (Streiff/von Känel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. Art. 322 N 14). Wohl hat die Beklagte die Höhe der Beiträge behauptet, nicht aber, dass sie diese tatsächlich bereits einbezahlt hatte, geschweige denn hat sie dafür den Nachweis geliefert.

- 9 - Die entsprechenden Abzüge sind somit bei der Berechnung des Nettolohns nicht zu berücksichtigen und der Entscheid der Vorinstanz auch in dieser Hinsicht zu bestätigen. 2. Anspruch auf Ferienlohn

E. 2

Prozessgeschichte Mit Einreichung des Schlichtungsgesuches machte der Kläger die Klage am 2. Juli 2012 rechtshängig. Nach gescheiterter Schlichtungsverhandlung liess er bei der örtlich und sachlich zuständigen Vorinstanz die Klagebewilligung und die Klage

- 5 - unbegründet einreichen (Urk. 1 und 3). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 10. Januar 2013 wurden die Parteivorträge gehalten (Prot. I S. 3 - 13). Nach durchgeführter Hauptverhandlung und abgeschlossenen Parteivorträgen liess die Beklagte mit Eingabe vom 11. Januar 2013 eine ergänzende und nachsubstantiierte Eingabe samt tabellarischen Berechnungen nachreichen (Urk. 14 und 15). Mit Verfügung vom 29. Januar 2013 erliess die Vorinstanz die Beweisverfügung (Urk. 16). Nach durchgeführter Beweis- und Schlussverhandlung vom 22. Mai 2013 (Prot. I S. 16 - 18) erging am 4. Juni 2013 das erstinstanzliche Urteil (Urk. 29). Dieses wurde den Parteivertretern je am 5. Juni 2013 zugestellt (Urk. 30). Mit Eingabe vom 2. Juli 2013 liess die Beklagte Berufung erklären mit dem Antrag, das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen (Urk. 32). Innert der mit Präsidialverfügung vom 15. Juli 2013 angesetzten Frist liess der Kläger die Berufungsantwort erstatten und beantragte die Abweisung der Berufung und die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils (Urk. 36). Die Berufungsantwort wurde der Beklagten zur Kenntnis zugestellt (Urk. 37). II. Materielles 1. Lohn bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses

E. 2.1

Im Verfahren vor Vorinstanz war schliesslich auch umstritten, ob der Beklagte Anspruch auf Ferienlohn hatte. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, der Ferienanspruch des Beklagten sei mit 13 % Lohnzuschlag bereits vergütet worden. Darüber hinaus habe er die Ferien in natura bezogen, weshalb eine nochmalige Forderung des Ferienlohns rechtsmissbräuchlich sei. Eventualiter sei die Ferienlohnforderung mit einer Gegenforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung zu verrechnen. Letztere würde aus den bereits geleisteten Ferienzuschlägen resultieren, falls ihm zusätzlich eine weitere Ferienentschädigung bezahlt werden müsste (Prot. I. S. 5).

E. 2.2

Dem liess der Kläger entgegenhalten, dass es unzulässig sei, dass ihm der Ferienlohn nicht während des effektiven Ferienbezugs bezahlt worden sei, handle es sich doch beim vorliegend zu beurteilenden Vertragsverhältnis um ein langandauerndes, auf unbestimmte Zeit geschlossenes. Im von ihr stipulierten Rahmenarbeitsvertrag sei zudem festgehalten worden, dass eine Ferienlohnschädigung im Stundenlohn nur bei unregelmässigen Arbeitseinsätzen und bei verhältnismässig kurzer Arbeitsdauer zulässig sei (Urk. 4/3/1 und 4/3/2).

E. 2.3

Die Vorinstanz folgte in ihrer Entscheidung dem Kläger. Mit Verweis auf Lehre und herrschende Rechtsprechung hielt sie im wesentlichen fest, dass es nicht statthaft sei, den Lohn für die Ferienzeit in die regulären Lohnzahlungen einzurechnen bzw. dazuzuschlagen. Lediglich bei sehr kurzen oder sehr unregelmässigen Arbeitseinsätzen sei eine Abgeltung des Ferienlohns in Abweichung vom Gesetzestext zuzulassen und dies auch nur dann, wenn der Ferienlohn sowohl im Arbeitsvertrag als auch in den Lohnabrechnungen klar ausgeschieden werde (Urk. 33 S. 9 f.).

- 10 -

E. 2.4

In ihrer Berufungsbegründung hält die Beklagte an ihrer Auffassung fest, dass der Ferienanspruch des Klägers mit der Entrichtung des Zuschlags von 13 % abgegolten worden sei. So habe der Kläger während der Anstellungsdauer 50 Ferientage in natura bezogen, welchem ein Ferienanspruch von maximal 69.5 Tagen gegenüberstehe. Zudem seien ihm insgesamt Fr. 19'325.25 als Feriengeld ausbezahlt worden, welcher Betrag seinem gesamten Ferienanspruch entspreche. Per 24. November 2010 habe somit nur noch ein Ferienanspruch von 19.5 Tagen bestanden, welchen er in der Kündigungsfrist bis zum 22. Dezember 2010 hätte beziehen können. Indem ihm das Feriengeld ausbezahlt worden sei, sei er durch die getroffene Regelung in keiner Art und Weise schlechter gestellt worden, wie wenn ihm die Ferientage einzeln vergütet worden wäre. Da ihm die Ferien bereits entschädigt worden seien, sei es rechtsmissbräuchlich, wenn er die nochmalige Auszahlung des Ferienlohnes verlange. Dies stehe im Einklang mit dem Urteil des Bundesgerichtes 4A_66/2009, wo eine ähnliche Fallkonstellation vorgelegen habe.

E. 2.5

Die Beklagte sei nicht faktischer und rechtlicher, sondern nur rechtlicher Arbeitgeber des Klägers gewesen, was bedeute, dass die Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht von der Beklagten, sondern vom faktischen Arbeitgeber bestimmt worden sei. Somit trage der rechtliche Arbeitgeber das volle Risiko der Doppelzahlung, wenn der faktische

Arbeitgeber dem Kläger länger dauernde zusammenhängende Ferien gewähre. Zudem seien über die bezogenen Ferien Aufzeichnungen geführt worden, und es seien die Einsätze so geplant worden, dass der Kläger nicht mehr als 7.83 Stunden arbeiten müssen. Schliesslich sei ihm bewusst gewesen, dass seine Beschäftigung nach Juni 2010 absehbar gewesen sei. Da er maximal von seiner Beschäftigung habe profitieren wollen, habe er von Juni 2010 bis zur Kündigung keine Ferien mehr bezogen, was ihm wie in den Vorjahren erlaubt habe, im Nachgang Ferien in natura zu beziehen.

E. 2.6

Schliesslich liess die Beklagte für den Fall der Bejahung des Ferienlohnanspruchs vorbringen, dass der Abzug vom Bruttolohn nicht bloss 6.06 % betrage, sondern die bereits oben unter E. 1.7 geltend gemachten Abzüge zu berücksichtigen seien. Dazu kann unter Verweis auf die dortigen Ausführungen vorweg ge-

- 11 - nommen werden, dass die Beklagte weder behauptet noch belegt hat, dass sie die entsprechenden Abzüge auch weitergeleitet hat, weshalb diese Abzüge nicht zu berücksichtigen sind.

E. 2.7

Abgesehen davon sind jedoch der vorliegende Sachverhalt und derjenige im Urteil des Bundesgerichtes 4A_66/2009 nicht zu vergleichen und ist das in der Berufungsschrift aufgeführte Zitat aus dem Entscheid aus dem Zusammenhang gerissen. Denn dort erhielt der Arbeitnehmer jeden Monat eine Akontozahlung, und zwar auch dann, wenn er infolge Ferienabwesenheit seine Arbeitsleistung nicht oder nur teilweise erbracht hatte. Zwar ist diese Art der Lohnabgeltung mit erheblicher Unsicherheit behaftet, wenn sie durch Abschlagszahlungen unterschiedlicher Höhe erfolgt. Sie kann für den Arbeitnehmer problematisch sein, namentlich wenn eine Akontozahlung nicht ausreicht, um die monatlichen Ausgaben zu decken. Mit Blick auf die Höhe der Akontozahlungen und die Ersparnisse, die er bilden konnte, war dies dort aber offensichtlich nicht der Fall. Da der Beschwerdeführer die Akontozahlungen auch erhielt, wenn er Ferien bezog, war er in diesen Zeiten nicht schlechter gestellt als wenn er gearbeitet hätte. Er musste aus seinen Einkünften keine Rückstellungen für die Ferien bilden, sondern konnte die Akontozahlung dafür verwenden, im Wissen, dass er im nächsten Monat mit einer neuen Zahlung rechnen konnte, die für die Bestreitung des Unterhaltes ausreichen würde. Die Gefahr, dass das für die Ferien notwendige Geld vorzeitig verbraucht und dadurch der Ferienzweck vereitelt würde, bestand dort somit nicht (BGE 129 III 493 E. 3.2 S. 496 mit Hinweisen). Darin unterscheidet sich die Situation des Beschwerdeführers im zitierten Urteil des Bundesgerichtes wesentlich von derjenigen des Klägers, welcher nur Lohnzahlungen erhalten hat, wenn er tatsächlich gearbeitet hat. Die Ausführungen der Beklagten in der Berufungsschrift sind daher nicht überzeugend, da die zugrunde liegenden Sachverhalte in den wesentlichen Punkten voneinander abweichen. Es bleibt somit mit der Vorinstanz festzuhalten, dass vorliegend einer jener typischen Sachverhalte zu beurteilen ist, bei dem der Arbeitgeber bei Missachtung der entsprechenden Regelungen das Risiko der Doppelzahlung trägt. Insbesondere ist vorliegend kein Fall zu beurteilen, in welchem das Bundesgericht ein Abweichen von der Regel für zulässig

- 12 - sig erachtet, etwa bei sehr kurzen oder sehr unregelmässigen Arbeitseinsätzen. So hat der Kläger vorliegend über zwei Jahre und regelmässig, das heisst einer Festanstellung vergleichbar, gearbeitet. Die Folgerung, wonach das Feriengeld somit zusätzlich

auszubezahlen ist, ist damit ebenso wenig zu beanstanden wie die Berechnung desselben durch die Vorinstanz (Urk 33 S. 11). Die Beklagte ist somit zu verpflichten, dem Kläger einen Ferienlohn von Fr. 18'522.60 brutto bzw. Fr. 17'402 netto zu bezahlen. 3.

Zusammenfassung/Zinsenlauf Die Beklagte ist damit zu verpflichten, dem Kläger Fr. 24'556.30 brutto (Fr. 6'033.70 und Fr. 18'522.60) zu bezahlen, was einem Nettobetrag von Fr. 23'070.65 (Fr. 5'668.65 + Fr. 17'402.--) entspricht. Der Betrag ist antragsgemäss ab Ende des Arbeitsverhältnisses, mithin dem 23. Dezember 2010 zu 5 % zu verzinsen (Art. 339 OR). III. Kosten- und Entschädigungsfolgen Im Berufungsverfahren wird die Gebühr nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt berechnet (§ 12 Abs. 2 GebV OG). Dieser Wert beträgt vorliegend Fr. 24'556.30, und das Verfahren ist dementsprechend kostenlos (Art. 114 lit. c. ZPO). Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen. Nachdem die Beklagte mit ihrer Berufung vollumfänglich unterliegt, wird sie auch in diesem Verfahren vollumfänglich entschädigungspflichtig. Die Bemessung der Parteientschädigung richtet sich nach § 4 Abs. 1 und 13 Abs. 2 AnwGebV, wobei im Berufungsverfahren die Grundgebühr auf einen bis zwei Drittel reduziert werden kann. Nachdem vorliegend für das Berufungsverfahren ein durchschnittlicher Aufwand zu betreiben war, rechtfertigt es sich die Grundgebühr auf die Hälfte zu

- 13 - reduzieren und auf Fr. 2'200.00 festzusetzen. Überdies ist wie beantragt die Mehrwertsteuer zu vergüten. Es wird erkannt: 1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 24'556.30 brutto entsprechend Fr. 23'070.65 netto zu bezahlen nebst 5% Zins seit 23. Dezember 2010. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen. 2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffer 2 und 3) wird bestätigt. 3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben. 4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'376.00 zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Arbeitsgericht Zürich, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 6

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 24'556.30. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 14 - Zürich, 15. Juli 2014 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: Dr. H.A. Müller lic. iur. H. Dubach versandt am: se

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.