

ZH_OBERGERICHT LA220014 vom 29. Februar 2024

ZH Obergericht, 2024-02-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA220014

FR: ZH_OBERGERICHT LA220014 du 29 février 2024

IT: ZH_OBERGERICHT LA220014 del 29 febbraio 2024

Erwägungen

E. 1

Bei der Beklagten, Widerklägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten (fortan: Beklagte) handelt es sich um eine GmbH mit Sitz in Zürich, die den Betrieb einer Sprachschule und eines Übersetzungsbüros bezweckt (Urk. 5/1). Die Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin (fortan Klägerin) ist Sprachlehrerin. Als solche war sie ab dem 25. September 2017 für die Beklagte tätig (Urk. 5/2). Am 19. Oktober 2020 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist von zwei Monaten auf den 31. Dezember 2020 (Urk. 5/5; Urk. 5/2 Ziff. 12). 2.1 Nach Beendigung dieses Arbeitsverhältnisses machte die Klägerin mit Eingabe vom 16. April 2021 (Poststempel) die vorliegende arbeitsrechtliche Klage innert der Klagebewilligungsfrist anhängig (Urk. 1 und 3). Dabei machte sie die folgenden zwei Forderungen gegen die Beklagte geltend, welche nun auch Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens sind: Zum einen sei die Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn vorliegend unzulässig gewesen. Die Beklagte sei deshalb zu verpflichten, den Ferienlohn für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses in der Höhe von CHF 18'411.35 brutto nachzuzahlen (Urk. 19 Rz. 34-40; s.u. III.). Zum anderen habe ihr die Beklagte – als Reaktion auf ihre Ankündigung, in Zukunft selbstständig tätig sein zu wollen – in den Monaten Oktober, November und Dezember 2020 keine Sprachkurse mehr zugewiesen. Dies habe zu einer Reduktion ihres Arbeitspensums und damit zu einer erheblichen Einkommenseinbusse geführt, die ihr die Beklagte in der Höhe von CHF 9'462.– brutto zu entschädigen habe (Urk. 19 Rz. 31-33; s.u. IV.). 2.2 Betreffend den Prozessverlauf vor Vorinstanz kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 46 S. 2 f.). Am 21. Dezember 2021 erliess die Vorinstanz das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil, zunächst in un-

- 6 - begründeter (Urk. 36) und danach auf Begehren der Parteien in begründeter Form (Urk. 43 = Urk. 46).

E. 1.1

Gegenstand der Anschlussberufung der Klägerin ist ihre Lohnforderung für die Dauer der Kündigungsfrist, soweit die Vorinstanz diese abwies. Im Umfang der Gutheissung (CHF 1'742.– brutto resp. CHF 1'586.65 netto) wird sie im Berufungsverfahren auch von der Beklagten nicht mehr in Frage gestellt.

E. 1.2

Die Vorinstanz erwog, dass sich zwar zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis entwickelt habe, in welchem die Klägerin nicht habe davon ausgehen müssen, dass die Beklagte das Pensum von sich aus massiv reduziere (Urk. 46 S. 12). Zu berücksichtigen sei allerdings, dass die Klägerin in zweifacher Hinsicht widersprüchliche Angaben gemacht

habe. Zum einen habe die Klägerin zunächst generell ausführen lassen, dass sie anlässlich des Gesprächs vom 22. September 2022 gegenüber den Geschäftsführerinnen der Beklagten mitgeteilt habe, das Pensum reduzieren zu wollen; erst im weiteren Verlauf des Verfahrens habe die Klägerin ausführen lassen, dass sie erst in ferner Zukunft das Pensum um 10-20 Stunden pro Monat habe reduzieren wollen (Urk. 46 S. 13 f.; Urk. 14 Rz. 16; Urk. 19 Rz. 14). Zum anderen habe die Klägerin zunächst behauptet, dass ihr infolge der Kündigung vom 19. Oktober 2020 keine neuen Kurse mehr zugeteilt worden seien; im weiteren Verlauf des Verfahrens erst habe die Klägerin behauptet, dass die Beklagte bereits als Reaktion auf das Gespräch vom 22. September 2020 keine neuen Kurse mehr zugeteilt habe (Urk. 46 S. 14; Urk. 14 Rz. 17; Urk. 19 Rz. 17). Das Arbeitsangebot der Klägerin vom 3. November 2020 (Urk. 5/8) vermöge sodann nicht über den ganzen Zeitraum hinweg (Oktober bis Dezember 2020) den Beweis zu erbringen, dass die Klägerin dazu bereit gewesen sei, die Kurse gleich wie immer durchzuführen (Urk. 46 S. 14).

E. 1.3

Die nachgeschobene und damit aus Sicht der Vorinstanz widersprüchliche Angabe der Klägerin, wonach die Beklagte ihr bereits ab dem 22. September 2020 keine neuen Kurse mehr zugewiesen habe sowie der Umstand, dass der Kurs "C. _____ NEU" schon im September 2020 abgesagt worden sei (Urk. 16/16 S. 2 unten), führte die Vorinstanz zum Schluss, dass der Klägerin für den Monat

- 16 - Oktober 2020 kein Lohnersatz zustehe (Urk. 46 S. 15 f.). Für die Monate November und Dezember 2020 erachtete es die Vorinstanz demgegenüber als erwiesen, dass der Klägerin zu wenige Kurse zugeteilt worden seien (Urk. 46 S. 16-18). Im Gegensatz zur Klägerin, welche ihre Lohnnachforderung so berechnete, dass sie die Durchschnittslöhne der Monate Oktober bis Dezember 2017-2019 mit den Löhnen der Monate Oktober bis Dezember 2020 verglich (Urk. 19 Rz. 19-21), wandte die Vorinstanz eine Einzelbetrachtungsweise an, wobei sie anhand des Kursplans (Urk. 16/16) die von Oktober auf November und von November auf Dezember 2020 wegfallenden Kurse analysierte:

- Betreffend den Monat November 2020 hielt die Vorinstanz fest, dass der Kurs 20-439 à insgesamt 3 Stunden pro Woche am Montag- und Mittwochmorgen weggefallen sei. Das sei indes aufgrund der WhatsApp-Nachricht vom 7. Oktober 2020 vorhersehbar gewesen (Urk. 46 S. 16; Urk. 11/1 S. 3).
- Betreffend die Kurse 19-382 (Reduktion um eine Stunde pro Woche), 20-446 (Reduktion um eine Stunde pro Woche) und 20-459 (Reduktion um eineinhalb Stunden pro Woche) handle es sich um übliche Schwankungen (Urk. 46 S. 16 f.).

Nicht hinzunehmen habe die Klägerin hingegen, dass der Kurs 20-478 (Reduktion um vier Stunden pro Woche) ersatzlos weggefallen sei, weshalb ein Lohnersatz für insgesamt 16 Kursstunden betreffend den Monat November 2020 zuzusprechen sei (Urk. 46 S. 17).

- Bezüglich des Monats Dezember 2020 hielt es die Vorinstanz für unproblematisch, dass sich der Kurs 19-382 um eine weitere Stunde pro Woche reduziert habe (Urk. 46 S. 17; eigentlich ist der Kurs ganz weggefallen [s.u. IV.3.4.2]).

Zu berücksichtigen sei hingegen, dass die Kurse 20-439 (Reduktion um drei Stunden pro Woche im Vergleich zu Oktober 2020), 19-383 (inexistent; recte wohl 19-382 gemeint; Reduktion um eine Stunde pro Woche; zu diesem Widerspruch in der vorinstanzlichen Argumentation s.u. IV.3.4.2) und 20-446 (Reduktion um eine Stunde pro Woche) ersatzlos weggefallen seien. Deshalb sei der Klä-

- 17 - gerin ein Lohnersatz für insgesamt 17.5 Kursstunden betreffend den Monat Dezember 2020 zuzusprechen (Urk. 46 S. 17).

E. 1.4

Insgesamt errechnete die Vorinstanz auf diese Weise einen Lohnersatzanspruch zugunsten der Klägerin in der Höhe von CHF 1'742.– brutto bzw. CHF 1'586.65.– netto zzgl. Zins von 5% seit 1. Januar 2021 (Urk. 46 S. 18, 35).

2. Parteivorbringen 2.1 Die Klägerin rügt, dass die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig feststellt und das Recht unrichtig angewendet habe (Urk. 49 Rz. 21). Insbesondere habe sich die Klägerin mit dem Hinweis, dass sie eine Pensumsreduktion von 10 bis 20 Stunden pro Woche gemeint habe (Urk. 19 Rz. 14), nicht widersprüchlich verhalten, sondern lediglich ihre erste Angabe (Urk. 14 Rz. 16) konkretisiert (Urk. 49 Rz. 27). Des Weiteren hält die Klägerin daran fest, dass ihr schon seit dem 22. September 2020 keine neuen Kurse mehr zugeteilt worden seien, auch wenn sie dies nicht urkundlich beweisen könne (Urk. 49 Rz. 30). Dass ihr seit Anfang Oktober 2020 keine neuen Kurse mehr zugeteilt worden seien, habe sie so dann bereits im Schreiben vom 3. November 2020 festgehalten (Urk. 49 Rz. 32; Urk. 5/8). Die Klägerin hält auch daran fest, dass richtigerweise ein Vergleich der Durchschnittslöhne in den Vorjahresmonaten zu einem angemessenen Resultat führe, weshalb sie nach wie vor eine Lohnnachforderung in der Höhe von CHF 9'462.– brutto geltend mache (Urk. 49 Rz. 40 f., 44; ebenso schon Urk. 19 Rz. 21). Selbst wenn man aber, wie das die Vorinstanz getan habe, die einzelnen wegfallenden Kurse in den Monaten Oktober bis Dezember 2020 betrachte, ergebe sich eine viel höhere Lohnnachforderung als die vorinstanzlich festgesetzte (Urk. 49 Rz. 42 f.):

- So hätte im Oktober 2020 der Kurs "C._____ NEU" trotz der vorgängigen Absage seitens der Beklagten (Urk. 16/16 S. 2 unten) ersetzt werden müssen. Am Montagabend habe die Klägerin zudem, entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urk. 46 S. 15), keinen zusätzlichen Kurs annehmen können, weil sie an diesem Tag schon zehn Stunden gearbeitet habe. Auch seien zahlreiche weiteren Kurse vom September auf - 18 - Oktober 2020 weggefallen, was zu entschädigen sei (Urk. 49 Rz. 43 [S. 14]).
- Betreffend den Monat November 2020 führt die Klägerin aus, dass es schleierhaft sei, weshalb der Wegfall des Kurses 20-439 nicht berücksichtigt worden sei. Falsch sei zudem, dass die Reduktionen betreffend die Kurse 19-382, 20-446 und 20-459 auf übliche Schwankungen zurückzuführen seien. Selbst wenn dem so wäre, hätte die Beklagte andere Kurse zur Verfügung stellen müssen (Urk. 49 Rz. 43 [S. 14 f.]).
- Zum Monat Dezember 2020 hielt die Klägerin fest, dass sie namentlich für die Reduktion des Kurses 20-484 um eine Stunde pro Woche sowie für die Kurse, welche ihr im November 2020 hätten zugeteilt werden müssen, zu entschädigen sei (Urk. 49 Rz. 43 [S. 15]).

2.2 Die Beklagte schliesst sich nun, nachdem sie vor der Vorinstanz einen Lohnersatzanspruch noch abgelehnt hatte (Urk. 8 Rz. 3 ff.), der vorinstanzlichen Berechnungsweise zum Lohnersatzanspruch an (Urk. 45 S. 2). Die Klägerin verhalte sich widersprüchlich, wenn sie zum einen eine Pensumsreduktion verlangt habe, um sich selbständig zu machen, und andererseits eine Lohnforderung wegen zu wenig zugewiesener Arbeit geltend mache (Urk. 52 Rz. 15). Bei der Eventualbegründung der Anschlussberufung (Berechnung der Klägerin bei einer Einzelbetrachtung der einzelnen im Zeitraum von Oktober bis Dezember 2020 weggefallenen Kurse) handle es sich zudem um unzulässige Noven (Urk. 52 Rz. 21). Im Übrigen habe es sich bei den diversen Kursen, die im fraglichen Zeitraum weggefallen seien, um Auslaufkurse gehandelt (im Einzelnen vgl. Urk. 52 Rz. 26 f., 29). Zu berücksichtigen sei ferner die Sondersituation, welche im Jahr 2020 aufgrund der Corona-Pandemie geherrscht und zur Folge gehabt habe, dass im Dezember 2020 keine neuen Kurse gebucht worden seien (Urk. 52 Rz. 31).

2.3 In ihrer Anschlussberufungsreplik hielt die Klägerin an ihren Ausführungen fest und wies darauf hin, dass ihre

Eventualbegründung (Urk. 49 Rz. 42 f.) durch den vorinstanzlichen Entscheid motiviert gewesen sei und damit kein unzulässiges Novum darstelle (Urk. 54).

- 19 - 3. Würdigung

E. 3

Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte am 1. April 2022 (Poststempel) rechtzeitig Berufung mit den oben erwähnten Anträgen (Urk. 45; Urk. 44/1). Am 15. Juni 2022 erstattete die Klägerin innert angesetzter Frist (Urk. 48) die Berufungsantwort und erhob zugleich Anschlussberufung (Urk. 49; Art. 313 Abs. 1 ZPO). Nachdem die Beklagte mit Eingabe vom 1. September 2022 (Poststempel) Stellung zur Berufungsantwort genommen hatte (Urk. 51), reichte sie innert mit Verfügung vom 19. August 2022 angesetzter Frist (Urk. 50) mit Eingabe vom 21. September 2022 (Poststempel) die Anschlussberufungsantwort ein (Urk. 52). Die Eingaben wurden der Klägerin zur Kenntnis gebracht (Urk. 53). Mit Eingabe vom 2. November 2022 reichte die Klägerin eine Replik zur Anschlussberufungsantwort ein (Urk. 54), welche der Beklagten zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 55). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

E. 3.1

Wie die Vorinstanz zutreffend wiedergegeben hat (Urk. 46 S. 10 f.), ist nicht nur bei echter, sondern auch bei unechter Arbeit auf Abruf davon auszugehen, dass nach einer gewissen Dauer des Arbeitsverhältnisses und einer genügenden Regelmässigkeit der Einsätze ein vertragliches Grundpensum vorliegt. Eine massive Reduktion der Abrufhäufigkeit ist in einem solchen Fall nur unter Einhaltung der Kündigungsfrist zulässig (OGer ZH LA200037 vom 12. Mai 2021, E. III.1.3.2). Vorliegend dauerte das Arbeitsverhältnis, welches die unechte Arbeit auf Abruf zum Inhalt hatte, schon seit dem 25. September 2017, und es fanden regelmässig Arbeitseinsätze der Klägerin statt (Urk. 5/2; Urk. 5/7). Die Klägerin durfte demnach von einem vertraglichen Grundpensum ausgehen. Von der Beklagten zu Recht nicht mehr bestritten ist daher, dass im Grundsatz eine Lohnersatzforderung besteht (Urk. 45 S. 2). Zwischen den Parteien strittig ist hingegen, in welchem Ausmass der Klägerin in den Monaten Oktober bis Dezember 2020 zu wenig Arbeit zugewiesen worden ist und ob die Vorinstanz den Lohnersatz methodisch korrekt berechnet hat.

E. 3.1.1

Gemäss Art. 329d Abs. 2 OR dürfen die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden. Diese Bestimmung ist absolut zwingender Natur; vertragliche Abgeltungsklauseln sind daher grundsätzlich nichtig (Art. 361 OR). Da jedoch die Durchsetzung dieses gesetzlichen Abgeltungsverbots bei unregelmässiger Beschäftigung, namentlich Teilzeitstellen, Schwierigkeiten bereiten kann, lässt das Bundesgericht die Abgeltung des Ferienlohnes mit dem laufenden Lohn – in Abweichung vom Gesetzeswortlaut – ausnahmsweise zu. Voraussetzung dafür ist neben der objektiven Notwendigkeit der Abgeltung aufgrund der unregelmässigen Beschäftigung, dass sowohl aus dem schriftlichen Arbeitsvertrag als auch aus den periodischen Lohnabrechnungen klar ersichtlich ist, welcher Teil des Arbeitslohnes den Ferienlohnanspruch abgelden soll. Neben der materiellen Voraussetzung der Notwendigkeit hat das Bundesgericht also eine doppelte formelle Voraussetzung statuiert: Sowohl im schriftlichen Arbeitsvertrag als auch in den einzelnen Lohnabrechnungen muss der für die Ferien bestimmte Lohnanteil ausdrücklich ausgewiesen werden, und zwar durch Angabe eines bestimmten Betrags oder eines Prozentsatzes. Gemäss Bundesgericht

besteht für den Arbeitnehmer nur so die notwendige Klarheit und kann er den genauen Betrag auch noch in einem späteren Zeitpunkt feststellen. Der blosser Hinweis "Ferienlohn inbegriffen" genügt den bundesgerichtlichen Vorgaben nicht. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, bleibt der Arbeitgeber verpflichtet, dem vormaligen Arbeitnehmer den gesetzlich vorgeschriebenen Ferienlohn nach Vertragsauflösung als Entschädigung nachzuzahlen (BGE 149 III 202 E. 2.2.1; BGE 129 III 493 E. 3.2 f.).

- 12 -

E. 3.1.2

Vorbehalten bleiben Fälle des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Jedoch ist gemäss Bundesgericht im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingendes Recht nur dann ein Rechtsmissbrauch zu erblicken, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind (z.B. Kenntnis der Ungültigkeit der Ferienentschädigungsklausel seit Vertragsschluss, BGer 4A_66/2009 vom 8. April 2009, E. 3.2); ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen. Zudem hat die Partei, die das Recht der Gegenpartei zur Anrufung der Nichtigkeit aufgrund eines Formmangels bestreitet, besondere, den konkreten Fall kennzeichnende Umstände nachzuweisen, die offensichtlich machen, dass die Berufung auf den Formmangel treuwidrig ist (BGE 129 III 493 E. 5.1; BGer 4A_72/2015 vom 11. Mai 2015, E. 3.6.1).

E. 3.2

Mit Blick auf den Monat Oktober 2020 hat die Vorinstanz eine Lohnersatzforderung insbesondere deshalb abgelehnt, weil die Klägerin erst im Rahmen des Plädoyers vom 3. Dezember 2021 nachgeschoben habe, dass ihr bereits ab dem 22. September 2020 keine neuen Kurse mehr zugeteilt worden seien (Urk. 46 S. 15; Urk. 19 Rz. 17). Tatsächlich ist hierin ein gewisser Widerspruch zu erkennen. Dieser relativiert sich allerdings insofern, als bereits im Schreiben vom 3. November 2020 darauf hingewiesen worden war, dass seit Anfang Oktober 2020 keine neuen Kurse mehr zugeteilt worden seien (Urk. 5/8). Dasselbe ergibt sich aus dem Kursplan, in welchem für den ganzen Oktober 2020 vermerkt ist, dass keine neuen Kurse zugeteilt worden seien (Urk. 16/16 S. 3 oben). Es lässt sich somit nicht ausschliessen, dass die Klägerin ihre diesbezügliche Angabe im Laufe des Verfahrens schlicht korrigierte. Letztlich kann diese Frage indes offenbleiben, denn nur für eine massive Reduktion des Pensums muss die Arbeitgeberin die Kündigungsfrist einhalten (s.o. IV.3.1). Eine solche massive Reduktion ist bezüglich des Oktobers 2020 nicht zu erblicken. Zwar fiel der Lohn mit CHF 4'287.50

- 20 - brutto im Vergleich zu Vormonaten tiefer aus, bewegte sich aber nicht in einem unüblichen Rahmen. Auch abgesehen von den Dezembermonaten, in welchen die Löhne der Klägerin jeweils tiefer ausfielen, gab es Monate mit vergleichbaren Auszahlungen (z.B. CHF 4'452.50 brutto im April 2019 und CHF 4'095.– im August 2018; Urk. 5/7). Schon aus diesem Grund ist die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass der Klägerin für den Oktober 2020 keine Lohnersatzforderung zusteht.

E. 3.3

Ob vorliegend die materielle Voraussetzung für eine ausnahmsweise Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn gegeben ist, kann vor diesem Hintergrund

offenbleiben. Mit Blick auf die restriktive bundesgerichtliche Rechtsprechung erscheint dies aber zumindest fraglich: So stellte das Bundesgericht bereits in BGE 129 III 493 in Frage, ob mit Blick auf den an sich klaren Wortlaut

- 13 - des Gesetzes und die in der Tat kaum jemals unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes an der Ausnahme vom Abgeltungsverbot festzuhalten sei (a.a.O. E. 3.3). In BGE 149 III 202 betonte das Bundesgericht sodann, dass ein Ausnahmefall, in dem der Ferienlohn auch schon laufend mit dem Lohn ausgerichtet werden könne, aufgrund des klaren Wortlauts der zwingenden Gesetzesbestimmung und mit Blick auf den Schutzgedanken von Art. 329d OR nur äusserst zurückhaltend angenommen werden könne. Es müssten unüberwindbare Schwierigkeiten vorliegen, die eine Auszahlung während der Ferien als praktisch nicht durchführbar erscheinen liessen (a.a.O. E. 2.2.3). Vorliegend wurden solche unüberwindbaren Schwierigkeiten weder dargelegt noch sind sie offensichtlich. Jedenfalls rechtfertigen monatliche Schwankungen der Arbeitszeit für sich allein keine von Art. 329d Abs. 2 OR abweichende Vereinbarung.

E. 3.3.1

Anders liegt die Situation hingegen in Bezug auf den Monat November 2020. Hier wurde der Beklagten lediglich ein Bruttolohn von CHF 2'677.50 ausbezahlt, wobei es bemerkenswert ist, dass es, abgesehen vom ersten Arbeitsmonat (September 2017), von Oktober 2017 bis und mit Oktober 2020 kein einziges Mal vorgekommen ist, dass der Klägerin ein Bruttolohn unter CHF 3'745.– (tiefster Lohn im Mai 2018) ausbezahlt worden ist (Urk. 5/7). Im Monat November 2020 wurde somit massiv weniger Arbeit an die Klägerin zugewiesen, was grundsätzlich einen Lohnentschädigungsanspruch rechtfertigt.

E. 3.3.2

Die vorinstanzlichen Erwägungen zur Festlegung dieses Ersatzanspruchs basieren ausschliesslich auf einem Vergleich der einzelnen von Oktober auf November 2020 wegfallenden Kurse gemäss dem Kursplan (Urk. 46 S. 16 f.; Urk. 16/16). Dabei erhellt nicht, weshalb die Vorinstanz einzig den Oktober 2020 als massgebenden Vergleichsreferenzwert nimmt, wenn doch alle Lohnabrechnungen im Recht liegen (Urk. 5/2). Zudem beschränkt sich die Vorinstanz darauf festzuhalten, dass der Wegfall des Kurses 20-439 voraussehbar gewesen sei und die Kurse 19-382, 20-446 und 20-459 üblichen Schwankungen unterlegen seien. Diese ausschliesslich einzelkursbezogene Betrachtungsweise lässt ausser Acht, dass eine massive Pensumsreduktion ohne Einhaltung der Kündigungsfrist von der Arbeitnehmerin ganz generell nicht hingenommen werden muss. Dementsprechend wäre die Beklagte gehalten gewesen, Ersatzkurse zu offerieren. Dies hat die Beklagte offensichtlich nicht getan, wie der Kursplan vom November 2020 zeigt (Urk. 16/16 S. 4 oben; vgl. auch Urk. 16/15 [WhatsApp-Nachricht vom 27. November 2020]). Die Beklagte hätte der Klägerin umso mehr zusätzliche Kurse anbieten müssen, als letztere mit Schreiben vom 3. November 2020 ihre

- 21 - Arbeitsleistung ausdrücklich und vorbehaltlos angeboten hatte (Urk. 5/8). Für die Berechnung der Lohnersatzforderung ist demnach von der einzelkursbezogenen Betrachtungsweise der Vorinstanz abzuweichen. Im Ausgangspunkt ist stattdessen auf den Durchschnittslohn der Monate September 2017 bis und mit Oktober 2020 abzustellen (analog zur Rechtslage bei echter Arbeit auf Abruf: Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 319 OR N 18 [S. 114]). Dieser Gesamtdurchschnittslohn beträgt CHF 5'849.– brutto und

gewährleistet am besten, dass alle Schwankungen im Laufe des Arbeitsverhältnisses berücksichtigt sind. Dies ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich aus den Lohnabrechnungen – abgesehen jeweils vom Dezember – keine bestimmten saisonalen Schwankungen erkennen lassen. So lag z.B. der Bruttolohn für November 2017 unter dem Durchschnitt und jener für November 2018 und 2019 hingegen darüber. Ebenso lag z.B. der Bruttolohn für Mai 2018 weit unter dem Durchschnitt, obwohl keine Ferien bezogen worden waren (Urk. 16/19), der Bruttolohn für Mai 2019 hingegen darüber (Urk. 5/7).

E. 3.3.3

Die Beklagte bringt neu vor, dass aufgrund der Corona-Pandemie der Klägerin während der Kündigungsfrist keine Kurse mehr zugeteilt worden seien (Urk. 52 Rz. 31; in Prot. I S. 7 wurde die Pandemie lediglich im Zusammenhang mit den Monaten April bis Juli 2020 genannt). Dieses Vorbringen ist somit verspätet. Ohnehin ist aus den Lohnabrechnungen lediglich ersichtlich, dass die Klägerin in den Monaten April bis Juli 2020 einen Ausfall von 38.16 Stunden erlitt, was ihr mit einem Stundenansatz von CHF 40.– (brutto) entschädigt wurde (Urk. 5/7). Ab August 2020 sind aber solche Corona-bedingten Ausfälle nicht mehr dokumentiert (Urk. 5/7) und der volle Stundenplan in den Monaten August bis Oktober 2020 (Urk. 16/16) belegt, dass auch im Pandemiejahr 2020 die Sprachschule gut gebucht war. Hinzu kommt, dass der Sprachschulbetrieb, anders als das Gastgewerbe, nicht notorisch stark von der Pandemie betroffen war. Onlinekurse sind ohne Weiteres möglich und waren auch im Rahmen der Arbeitstätigkeit der Klägerin für die Beklagte üblich (Urk. 16/15 S. 1; Urk. 16/18 S. 1). Entsprechend wäre es an der Beklagten gelegen, rechtzeitig nachzuweisen, dass in den hier interessierenden Monaten Corona-bedingt viele Kurse abgesagt worden wären. Solche Beweise hat die Beklagte nicht rechtzeitig offeriert (Prot. I S. 7). Es kann somit für

- 22 - die Berechnung des Lohnersatzanspruchs auf den Durchschnittslohn wie vorstehend beschrieben (s.o. IV.3.3.2) abgestellt werden.

E. 3.3.4

Zu beachten bleibt, dass die Klägerin am 22. September 2020 eine Pensumsreduktion im Hinblick auf ihre Selbständigkeit beantragt hatte, was zwischen den Parteien an sich unstrittig ist (Urk. 14 Rz. 16; Prot. I S. 6). Uneinigkeit besteht darüber, in welchem Ausmass und ab wann eine Pensumsreduktion stattfinden sollte. Da sich hierüber keine tatsächliche Parteiübereinstimmung feststellen lässt, ist zu prüfen, wie die Beklagte nach Treu und Glauben den Wunsch der Klägerin nach einer Pensumsreduktion verstehen konnte und musste. Wie die Vorinstanz zu Recht feststellte, erscheint die erst im weiteren Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens geäußerte Argumentation der Klägerin, die Pensumsreduktion unter Einhaltung der Kündigungsfrist beantragt zu haben (Urk. 19 Rz. 14), nicht als schlüssig, namentlich weil am 22. September 2020 noch gar keine Kündigung im Raum stand (Urk. 46 S. 13). Stattdessen durfte die Beklagte nach Treu und Glauben von einer Pensumsreduktion innert angemessener Frist ausgehen, sodass sich bereits bezüglich des Lohnersatzanspruchs für November 2020 ein Abschlag rechtfertigt. Umgekehrt durfte die Beklagte den Wunsch der Klägerin nach einer Pensumsreduktion auch nicht dahingehend verstehen, dass sie unmittelbar eine sehr massive Einkommensreduktion in Kauf genommen hätte (so aber ursprünglich Prot. I S. 6). Zugleich ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass eine Reduktion von bloss 10-20 Stunden pro Monat als eher zu geringfügig erscheinen. Es erscheint stattdessen als angemessen, nach Treu und Glauben

von einer Pensumsreduktion in der Grössenordnung von 30 Stunden pro Monat auszugehen. Bei einem geschätzten durchschnittlichen Stundenansatz von CHF 52.– (so schon zutreffend Urk. 46 S. 18) ergibt dies einen Abschlag von CHF 1'560.– brutto. Der Lohnersatzanspruch für den November 2020 beträgt demnach CHF 1'611.50 brutto (d.h. CHF 5'849.– [durchschnittlicher Bruttolohn] - CHF 2'677.50 [Bruttolohn gemäss Lohnabrechnung] - CHF 1'560.– [hypothetische Pensumsreduktion]).

E. 3.4

Zu prüfen bleibt, ob vorliegend besondere Umstände gegeben sind, welche die Geltendmachung der Ungültigkeit der Vereinbarung über die Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen. Die Beklagte sieht solche besonderen Umstände insbesondere darin, dass die Klägerin von der Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn gewusst und sie die Ferien tatsächlich bezogen habe.

E. 3.4.1

Im Dezember 2020 wurden der Klägerin lediglich CHF 2'302.50 brutto ausbezahlt. Selbst unter Berücksichtigung, dass im Dezember der Lohn jeweils

- 23 - tiefer als durchschnittlich war (Dezember 2017: CHF 4'220.–; Dezember 2018: 4'222.50; Dezember 2019: CHF 4'482.50 [alles brutto]), erscheint der Lohn vom Dezember 2020 als massiv tiefer, was einen Lohnersatzanspruch rechtfertigt.

E. 3.4.2

Was die vorinstanzliche einzelkursbezogene Betrachtungsweise betrifft, sei auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen (s.o. IV.3.3 analog). Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Kurs 19-382 sich von November auf Dezember 2020 nicht auf einmal pro Woche verringerte (so aber Urk. 46 S. 17), sondern ganz wegfiel. Ein Kurs "19-383" existierte sodann schon im November 2020 nicht (dies aber in Urk. 46 S. 18 vorausgesetzt). Angesichts des diesbezüglich angegebenen Zeitfensters vom Dienstagnachmittag von 14 bis 15 Uhr ist aber davon auszugehen, dass die Vorinstanz den Kurs "19-382" doppelt berücksichtigte und einmal dessen Wegfall als ersatzwürdig und einmal als nicht ersatzwürdig qualifizierte (Urk. 46 S. 17 f.; Urk. 16/16). Diese Unstimmigkeit unterstreicht, dass eine einzelkursbezogene Betrachtungsweise vorliegend zu fehleranfällig ist und stattdessen auf Durchschnittswerte abzustellen ist. Bezüglich des Dezembers sind allerdings die Betriebsferien zu berücksichtigen (ab 21. Dezember im Jahr 2020, Urk. 16/19 [WhatsApp-Nachricht vom 25. November 2020] bzw. spätestens am 24. Dezember 2020 [Urk. 16/19]). Zudem fällt auf, dass alle Dezemberlöhne unterdurchschnittlich waren. Entsprechend kann hier, anders als bei unterjährigen Monaten, nicht auf den Gesamtdurchschnittslohn abgestellt werden. Stattdessen ist vom durchschnittlichen Dezemberlohn der Klägerin in der Höhe von CHF 4'308.– brutto auszugehen. Davon ist wiederum ermessensweise ein Abschlag von CHF 1'170.– (75% des Abschlags des Novembers 2020 von CHF 1'560.–, da der durchschnittliche Dezembermonatslohn lediglich ca. 75% des Gesamtdurchschnittslohns beträgt) vorzunehmen. Es ergibt sich demnach für Dezember 2020 ein Lohnersatzanspruch von CHF 835.50 brutto (d.h. CHF 4'308.– [Durchschnittslohn Dezember] - CHF 2'302.50 [Bruttolohn gemäss Lohnabrechnung] - CHF 1'170.– [hypothetische Pensumsreduktion]).

E. 3.5

Der Lohnersatzanspruch beträgt nach dem Gesagten für die Monate November und Dezember 2020 CHF 2'447.– brutto, was unter Berücksichtigung der

- 24 - Abzüge von insgesamt 8.919% (vgl. Urk. 46 S. 18; Urk. 5/7) einen Nettolohnersatzanspruch von CHF 2'228.75 ergibt. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren sind kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). 2.1 Im vorinstanzlichen Verfahren hatte die Klägerin CHF 27'873.35 brutto als Lohnersatz- und Ferienentschädigung verlangt; die Beklagte hatte in einer Widerklage, welche nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens ist, eine Konventionalstrafe von CHF 2'000.– gefordert (Urk. 46 S. 2). Unter Berücksichtigung des eingangs wiedergegebenen Urteils (s.o. S. 2; Urk. 46 S. 35) betrachtete die Vorinstanz die Klägerin als zu 70% obsiegend, weshalb die Beklagte ihr eine auf 40% reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen habe. Ausgehend von einem Grundbetrag von CHF 5'900.– setzte die Vorinstanz die Parteientschädigung auf CHF 2'360.– (inkl. MWST) fest (Urk. 46 S. 35). 2.2 Da die Beklagte lediglich eine Lohnersatzforderung von CHF 1'586.65 netto anerkennt, erachtet sie die Klägerin als zu 94% unterliegend und fordert für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 5'149.50 (Urk. 45 S. 2, Rz. 39). Nach den vorstehenden Erwägungen steht fest, dass der Klägerin eine Ferienentschädigung in der Höhe von CHF 17'803.60 brutto (Urk. 46 S. 26; unter III. vorstehend bestätigt) sowie ein Lohnersatz in der Höhe von CHF 2'447.– brutto zusteht (s.o. IV.). Insgesamt sind der Klägerin somit CHF 20'250.60 brutto zuzusprechen. Ausgehend von der Forderung von CHF 27'873.35 brutto ist damit die Klägerin als zu 73% obsiegend zu erachten. Entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine auf 46% reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von rund CHF 2'700.– (inkl. 7.7% MWST) zu bezahlen. 3. In den Berufungsverfahren sind letztlich sowohl der Lohnersatzanspruch als auch die Ferienentschädigung strittig gewesen, was einem Streitwert von gesamt CHF 27'856.70 entspricht. Die Grundgebühr ist damit in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf CHF 4'764.– exkl.

- 25 - Mehrwertsteuer festzusetzen, was inkl. Mehrwertsteuer von 7.7% CHF 5'131.– entspricht. Die Klägerin obsiegt zu 73%, weshalb die Beklagte wiederum zu verpflichten ist, der Klägerin eine auf 46% reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von rund CHF 2'360.– zu bezahlen. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 21. Dezember 2021 betreffend Dispositiv-Ziffer 2 in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen. 2. In teilweiser Gutheissung der Anschlussberufung der Klägerin wird Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 21. Dezember 2021 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: "Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten CHF 20'250.60 brutto, d.h. CHF 18'444.45 netto, zuzüglich 5% Zins seit 1. Januar 2021, abzüglich nachweislich abgeführter Quellensteuer zu bezahlen. Im Mehrumfang wird die Klage abgewiesen." 3. Das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren sind kostenlos.

E. 3.6

Sodann ist die Einforderung des Ferienlohns mangels Einhaltung der formellen Voraussetzungen zu seiner Abgeltung auch nicht deshalb rechtsmissbräuchlich, weil die Klägerin, wie die Beklagte behauptet, die Ferien während des gesamten Arbeitsverhältnis

jeweils bezogen habe – nach der Rechtsprechung ändert dieser Umstand nichts an der grundsätzlichen Nachzahlungspflicht des Arbeitgebers (BGE 129 III 493 E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_435/2015 vom 14. Januar 2016, E. 3.4.2).

E. 3.7

Was schliesslich den Schutzzweck von Art. 329d OR anbelangt, so will die zwingende Bestimmung von Art. 329d Abs. 2 OR sicherstellen, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt, in dem er die Ferien tatsächlich bezieht, auch über das notwendige Geld verfügt, um diese sorgenfrei verbringen zu können. Es soll ihm ermöglicht werden, sich zu erholen, ohne durch den Lohnausfall davon abgehalten zu werden. Der Ferienlohn ist daher grundsätzlich dann auszuzahlen, wenn die Ferien tatsächlich bezogen werden (BGE 149 III 202 E. 2.2.3, mit Hinweisen). Vor diesem Hintergrund kann der Beklagten nicht gefolgt werden, wenn sie ausführt, der Art. 329d OR zugrunde liegende Schutzzweck sei vorliegend gewahrt worden, bestand doch durch die laufende Auszahlung des Ferienlohns in Kombination mit dem nicht eingehaltenen doppelten Spezifikationserfordernis die Gefahr des vorzeitigen Verbrauchs des Ferienlohnes und damit der Vereitelung des Ferienzwecks.

E. 3.8

Damit liegen im vorliegenden Fall keine besonderen Umstände bzw. kein offenbar rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin vor, welches die Beklagte in Abweichung zur konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung von ihrer Zahlungspflicht befreien könnte. Gegen die vorinstanzliche Berechnung des Ferienlohns brachte die Beklagte nichts vor. Die Berufung der Beklagten ist abzuweisen und der angefochtene Entscheid hinsichtlich des Ferienlohnanspruchs (CHF 16'215.70 netto) zu bestätigen.

- 15 - IV. Lohnersatzforderung im Kontext der Kündigung 1. Erwägungen der Vorinstanz

E. 4

Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 2'700.– zu bezahlen.

E. 5

Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 2'360.– zu bezahlen.

- 26 -

E. 6

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 7

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 CHF 27'856.70. Die Beschwerde an das

Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 29. Februar 2024 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer
Der Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. A. Huizinga Dr. J. Trachsel versandt am: st

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