



3. Abteilung

Geschäft Nr. AN060391/U

Mitwirkende: Ersatzrichter lic.iur. Ph. Küng als Einzelrichter,
juristische Sekretärin lic.iur. L. Lepori Tavoli

Verfügung und Urteil vom 5. September 2006

in Sachen

A. _____,

Kläger

gegen

B. _____,

Beklagte

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1; Prot. S. 3 sinngemäss)

Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 14'054.80 brutto nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Mai 2006 zu bezahlen sowie eine Austrittserklärung für die Pensionskasse aus- und zuzustellen.

**Anlässlich der Hauptverhandlung
reduziertes Rechtsbegehren:**

(act. 1; Prot. S. 4 und 10 sinngemäss)

Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 14'054.80 brutto abzüglich Fr. 2'197.65 netto nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Mai 2006 zu bezahlen.

Der Einzelrichter zieht in Betracht:

1. Unbestrittener Sachverhalt

1.1 Am 4. Juli 2005 trat der Kläger eine Stelle als Sanitärmoniteur bei der Beklagten an (act. 3/1; Prot. S. 3). Gemäss übereinstimmenden Angaben der Parteien und dem schriftlichen Arbeitsvertrag vereinbarten die Parteien unter anderem einen Monatslohn von Fr. 4'000.-- brutto, wobei zusätzlich ein 13. Monatslohn geschuldet war. Weiter verwies der Arbeitsvertrag auf den Gesamtarbeitsvertrag für das Schweizerische Spenglerei- und Sanitärinstallationsgewerbe (nachfolgend nur GAV), welcher verbindlich sein sollte (act. 3/1; Prot. S. 6).

1.2 Am 22. Dezember 2005 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich und unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist auf den 31. Januar 2006 (act. 3/2; Prot. S. 3 ff.). Mit Marschbefehl vom 27. Dezember 2005 wurde der Kläger zu einem militärischen Wiederholungskurs aufgeboten, welchen er in der Folge vom 20. Februar bis 11. März 2006 absolvierte (act. 3/3/1; Prot. S. 3 ff.).

Am 17. Januar 2006 liess der Kläger der Beklagten durch die Gewerkschaft UNIA mitteilen, er habe den erwähnten Wiederholungskurs zu absolvieren, weshalb eine Kündigung gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. a OR frühestens Ende Mai 2006 mög-

lich sei (act. 3/3/1 und 9/1). Seinen letzten Arbeitstag hatte der Kläger am 31. Januar 2006, bis zu welchem Zeitpunkt er auch den Lohn ausbezahlt erhielt (Prot. S. 3 ff).

Am 22. Februar 2006 liess der Kläger das Schreiben vom 17. Januar 2006 dahingehend korrigieren, die Kündigung vom 22. Dezember 2006 sei zwar gültig, aufgrund der gesetzlichen Sperrfrist verlängere sich die Frist bzw. das Arbeitsverhältnis jedoch bis Ende April 2006. Der Kläger habe am 31. Januar 2006 die Arbeit angeboten und sich am 1. Februar 2006 erneut im Betrieb der Beklagten gemeldet, sei jedoch nach Hause geschickt worden. Die Beklagte könne zwar auf seine Arbeitsleistung verzichten, bleibe jedoch gleichwohl lohnzahlungspflichtig bis Ende April 2006 (act. 3/5).

2. Prozessgeschichte

2.1 Die vorliegende Klage mit dem erstgenannten Rechtsbegehren machte der Kläger am 18. Mai 2006 am hiesigen Gericht rechtshängig (act. 1). Die Hauptverhandlung, an welcher der Kläger das zweitgenannte, reduzierte Rechtsbegehren stellte, wurde am 10. Juli 2006 durchgeführt. Eine Einigung konnte nicht erzielt werden (Prot. S. 3 ff.).

2.2 Der Kläger verlangte mit seiner Klage ursprünglich die Bezahlung des Lohns für die Monate Februar bis April 2006 im Betrag von Fr. 12'000.--, zuzüglich des Anteils 13. Monatslohn für dieselbe Zeit im Betrag von Fr. 999.90 brutto. Weiter forderte er die Bezahlung 5,5 nicht bezogener Ferientage bzw. Fr. 1'015.10 brutto sowie Fr. 39.80 brutto unter dem Titel Überstundenzuschlag. Schliesslich stellte er den Antrag, es sei ihm eine Schlussabrechnung bzw. eine Austrittserklärung hinsichtlich der Pensionskasse aus- und zuzustellen (act. 1; Prot. S. 3 ff.).

2.3 Anlässlich der Hauptverhandlung bestätigte der Kläger, für den Wiederholungskurs EO-Taggelder im Betrag von Fr. 2'197.65 netto ausbezahlt erhalten zu haben, welche ihm auf seine Forderung anzurechnen seien. Von dieser Klagere-

duktion ist Vormerk zu nehmen und der Prozess in diesem Umfang als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben.

Auch an seinem ursprünglichen Begehren, es sei ihm eine Schlussabrechnung bzw. eine Austrittserklärung hinsichtlich der Pensionskasse aus- und zuzustellen hielt der Kläger nicht mehr fest (Prot. S. 3), was vorzumerken und der Prozess in dieser Hinsicht als durch Rückzug der Klage erledigt abzuschreiben ist.

2.4 Die Beklagte ihrerseits anerkannte an der Hauptverhandlung die Klage im Umfang des eingeklagten Überstundenzuschlags, wovon Vormerk zu nehmen und der Prozess im Betrag von Fr. 39.80 brutto (abzüglich 6,05% AHV/ALV entsprechend Fr. 37.40 netto) als durch Klageanerkennung erledigt abzuschreiben ist.

3. Parteivorbringen

3.1 Zur Begründung der Klage macht der Kläger im Wesentlichen geltend, er habe vom 20. Februar bis 11. März 2006 den militärischen Wiederholungskurs absolviert, weshalb sich die Kündigungsfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. a OR bis Ende April 2006 verlängert habe. Zwischen dem 20. und 22. Dezember 2005 hätten die Parteien über die Fortführung des Arbeitsverhältnisses verhandelt. Anlässlich eines der Gespräche sei das Arbeitsverhältnis von der Beklagten dann mündlich aufgelöst worden. Wenige Tage danach habe der Kläger den Marschbefehl im Briefkasten vorgefunden, worüber er die Beklagte sofort informiert habe. In der Folge habe er verschiedentlich seine Arbeitsleistung bis Ende April 2006 angeboten, weshalb die Beklagte lohnzahlungspflichtig geblieben sei (Prot. S. 4-5).

3.2 Die Beklagte beantragt die Abweisung der Restklage. Sie bestätigt zwar, die Schreiben der Gewerkschaft UNIA erhalten zu haben. Richtig sei auch, dass der Kläger seine Arbeitsleistung für die Dauer der verlängerten Kündigungsfrist angeboten habe. Das sei jedoch erst nach dem 17. Januar 2006 gewesen. Am 22. Dezember 2005 habe die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich aufgelöst und erst am 17. Januar 2006 durch das Schreiben der UNIA vom bevorstehenden Mi-

litärdienst Kenntnis erhalten. Erst am 23. Januar 2006 habe der Kläger den Marschbefehl im Betrieb an die Türe geheftet (Prot. S. 6 ff.). Der Kläger sei gehalten gewesen, frühzeitig über die Dienstleistung zu informieren, wie das im Betrieb auch im Zusammenhang mit den Ferien Usanz gewesen sei. Gemäss Information des Kommandanten des Klägers, Hauptmann C._____, habe der Kläger jedoch bereits im April 2005, spätestens Oktober 2005 vom Wiederholungskurs gewusst. Er habe somit genügend Zeit gehabt, die Dienstleistung anzukündigen, was er nicht getan habe. Der Marschbefehl habe somit nichts mit der Kündigung zu tun, da die Beklagte über den Wiederholungskurs erst durch die UNIA informiert worden sei (Prot. S. 7 und 11).

Hinsichtlich der Ferienlohnforderung vertritt die Beklagte die Meinung, der Kläger habe seinen letzten Arbeitstag am 31. Januar 2006 gehabt und so vor und nach dem Wiederholungskurs die Ferien beziehen können (Prot. S. 7).

3.3 Der Kläger bestreitet das. Richtig sei, dass er im April 2005 in eine neue Kompanie unter Hauptmann C._____ umgeteilt worden sei. Ob er von ihm im Oktober 2005 ein Erinnerungsschreiben erhalten habe, wisse er nicht mehr. Allenfalls habe es die Umteilung betroffen. Von der konkreten Dienstleistung im Frühjahr 2006 habe er erst unmittelbar nach der Kündigung im Dezember 2005 erfahren (Prot. S. 8-9). Ein Ferienbezug sei sodann nicht möglich gewesen, da er sich habe bewerben müssen. Einräumen musste der Kläger dagegen, am 18. April 2006 einen neuen Arbeitsvertrag mit Stellenantritt 2. Mai 2006 unterschrieben zu haben (Prot. S. 9 und 12).

4. Erwägungen: Beendigung des Arbeitsverhältnisses

4.1 Kündigt der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit, so wird gemäss Art. 336c Abs. 2 i.V.m. Art. 336c Abs. 1 lit. a OR die Kündigungsfrist für die Zeit, während der Arbeitnehmer obligatorischen Militärdienst leisten sowie – sofern die Dienstleistung mehr als elf Tage dauert – während vier Wochen vorher und nachher unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist

fortgesetzt. Bewirkt diese Unterbrechung, dass die Kündigungsfrist zu einem anderen als dem gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Endtermin ausläuft, so wird sie gemäss Art. 336c Abs. 3 OR zusätzlich auf den folgenden Endtermin – mangels anderer vertraglicher Abrede oder gesamtarbeitsvertraglicher Regelung somit bis zum nächsten Monatsende – verlängert (Art. 336c Abs. 3 OR).

Bei Art. 336c Abs. 1 lit. a OR handelt es sich um eine zwingende Bestimmung, von der zu Ungunsten des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden darf (Streiff/von Kaenel, Praxiskommentar, 6. Auflage, Zürich 2006, N 15 zu Art. 336c OR), die auch Eingang in den auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren, durch den Bundesrat allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag in der Schweizerischen Gebäudetechnikbranche (nur noch GAV, dortiger Art. 63.1 lit. a) gefunden hat.

4.2 Über seine militärische Pläne braucht der Arbeitnehmer weder bei der Einstellung noch im Laufe des Arbeitsverhältnisses von sich aus Auskunft zu geben. Dass er während der Anstellung Militärdienst zu leisten hat, ist kein Umstand, der die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erheblich erschwert oder gar verunmöglicht, sodass ihn in aller Regel keine selbständige Offenbarungspflicht trifft. Gemäss einem höchstrichterlichen Entscheid löst sogar die freiwillige Vorverlegung eines Dienstes vor ausgesprochener Kündigung ohne vorgängige Information des Arbeitgebers die Sperrfrist aus (Streiff/von Kaenel, a.a.O., mit Verweisen auf die Praxis). Dieser Entscheid ist nicht ausnahmslos auf Zustimmung gestossen. Im Schrifttum wird die Meinung vertreten, dass der Arbeitnehmer gehalten ist, den Arbeitgeber zu informieren, wenn ein obligatorischer Dienst ansteht. Dem ist zweifelsohne schon aus praktischen Gründen zuzustimmen. Allerdings führt auch die unterlassene Information nicht dazu, dass der Kündigungsschutz verloren geht, vielmehr verletzt der Arbeitnehmer unter Umständen seine Treuepflicht und kann schadenersatzpflichtig werden. Beispielsweise kann das der Fall sein, wenn dem Arbeitgeber durch die unterlassene Information verunmöglicht wird, für einen geeigneten Ersatz des dienstleistenden Arbeitnehmers zu sorgen (H.-P. Egli in Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht 1998, Bern

1998, Der zeitliche Kündigungsschutz, S. 122 f. mit weiteren Verweisen auf Lehre und Praxis).

Zweifellos nicht schutzbedürftig ist dagegen, wer in Kenntnis der Sperrfristen gemäss Art. 336c OR und in der entsprechenden Absicht einen die Verlängerung der Sperrfrist auslösenden Sachverhalt vorsätzlich herbeiführt. Verschiebt beispielsweise ein Arbeitnehmer nach erhaltener Kündigung den Dienst in die Kündigungszeit, alleine um in den Genuss des zeitlichen Kündigungsschutzes zu gelangen, so handelt er rechtsmissbräuchlich. Dasselbe gilt, wenn er auf konkrete Frage hin mit demselben Zweck bewusst falsche Angaben über einen bevorstehenden Militärdienst macht (Streiff/von Kaenel, a.a.O., mit Verweisen auf die Praxis; Staehelin, Zürcher Kommentar, N 5 zu Art. 336c OR).

4.3 a) Das Bundesgericht entschied in BGE 115 V 437, dass die Kündigungsfrist ab dem Vertragsende rückwärts zu bestimmen sei (bestätigt in BGE 119 II 449; BGE 121 III 107; BGE 123 III 466; BGE 124 III 346; BGE 1P.250/2000, vom 26. Februar 2001; BGE 4C.331/2001, vom 12. Februar 2002; BGE 4C.230/2005 vom 1. September 2005). Dabei wurde ausgeführt, der Arbeitnehmer sei gerade gegen Ende seines gekündigten Arbeitsverhältnisses darauf angewiesen, dass eine allfällige Krankheit ihn beim Suchen einer Stelle möglichst nicht behindern würde. Es sei Sinn und Zweck von Art. 336c Abs. 2 OR, dass dem gekündigten Arbeitnehmer trotz zeitweiliger Arbeitsunfähigkeit eine ungekürzte Kündigungsfrist garantiert werden solle, damit er in der Lage sei, sich nach einer neuen Stelle umzusehen. Wenn die Kündigungsfrist vor dem Kündigungstermin ablaufe und das Arbeitsverhältnis demzufolge ohne Rücksicht auf eine allfällige Arbeitsunfähigkeit ende, bestünde die Gefahr, dass dieser unterbruchsfreie Anschluss an ein neues Arbeitsverhältnis nicht gelingen würde. Dies deshalb, weil sich der Arbeitnehmer in der Schlussphase des auslaufenden Arbeitsverhältnisses krankheitsbedingt nicht oder nur eingeschränkt der Stellensuche widmen könne oder weil er wegen der Krankheit eine neue Stelle nicht antreten könne. Dass sich dabei die Kündigungsfrist auch bei einer Kurzkrankheit nochmals um einen ganzen Monat verlängern würde, sei vom Gesetzgeber so gewollt.

Die herrschende Lehre und die Praxis sind der Meinung des Bundesgerichts gefolgt. Es wird zusätzlich darauf hingewiesen, dass dadurch verhindert werde, dass der Arbeitgeber bei voraussehbaren Gründen, z. B. Militärdienst oder bevorstehende Operation, die Sperrfristen durch vorzeitige Kündigung umgehen könne (u.a.: Rehbinder, Berner Kommentar, N 7 zu Art. 336c OR; Staehelin, Zürcher Kommentar, N 21 zu Art. 336c OR; Portmann, Individualarbeitsrecht, Zürich 2000, N 1108; Streiff/von Kaenel; a.a.O., N 3 zu Art. 336c; Aubert, Commentaire romand, N3 zu Art. 336c-d OR; Egli, in: Kostkiewicz/Bertschinger/Breitschmid/Schwander (Hrsg.), Handkommentar OR, Zürich 2002, N 14 zu Art. 336c; JAR 1990, S. 245; JAR 1987, S. 198 ff.; JAR 1985, S. 234 ff.).

b) Vorliegend ist unbestritten, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis am 22. Dezember 2005 unter Einhaltung der gemäss Art. 61.1. GAV für das erste Dienstjahr vorgeschriebenen einmonatigen Kündigungsfrist auf den 31. Januar 2006 aufgelöst hat (act. 3/2, 3/5, 11/3; Prot. S. 3 ff.). Bei einer Bestimmung des Beginns der Kündigungsfrist vom Vertragsende aus, hätte die Kündigungsfrist somit am 1. Januar 2006 zu laufen begonnen und am 31. Januar 2006 geendet.

Unstrittig ist weiter, dass der Kläger vom 20. Februar bis 11. März 2006 einen zwanzigtätigen Wiederholungskurs leistete, womit der Beginn der Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. a OR von vier Wochen vor der Dienstleistung auf den 23. Januar 2006 zu datieren ist. Da die Sperrfrist in diesem Falle noch innerhalb der Kündigungsfrist zu laufen begonnen hätte, hätte sie deren Stillstand bis 8. April 2006 bewirkt.

4.4 a) In einem Entscheid des Bundesgerichts vom 14. April 2005 wurde nun ohne nähere Begründung die von der bisherigen, langjährigen Praxis abweichende Auffassung vertreten, die Kündigungsfrist beginne mit der Zustellung der Kündigung bzw. am darauf folgenden Tag zu laufen und ende am entsprechenden Tag des der Dauer der Frist entsprechenden Monats. Das Arbeitsverhältnis verlängere sich indessen wegen des Kündigungstermins über die Dauer der Kündigungsfrist hinaus bis zum Ende des Monats. Somit seien Arbeitsverhinderungen, die in die Zeit zwischen der Zustellung der Kündigungserklärung und dem Beginn des darauf folgenden Monats fallen, beim zeitlichen Kündigungsschutz zu berücksichtigen.

sichtigen. Hingegen würden Arbeitsverhinderungen, die in die Zeit der blossen Verlängerung des Arbeitsverhältnisses fallen, ausser Betracht bleiben (BGE 131 III 467).

Vorliegend hätte dies zu Folge, dass die Kündigungsfrist am 23. Dezember 2006 begonnen und am 22. Januar 2006 geendet hätte, womit der Beginn der Sperrfrist (23. Januar 2006) nicht mehr in die Kündigungsfrist und nur in deren Verlängerung bis Monatsende fiel. Somit hätte der Wiederholungskurs keinen Einfluss auf den Kündigungsendtermin gehabt und das Arbeitsverhältnis hätte am 31. Januar 2006 geendet.

b) Der erwähnte neuere Entscheid des Bundesgerichts ist jedoch nicht nur in der Lehre auf Kritik gestossen. Vielmehr entschied dasselbe Gericht am 1. September 2005 wieder zugunsten der alten Rechtsprechung. Dabei verwies es auf die bisherige Bundesgerichtspraxis, wonach der Beginn der Kündigungsfrist durch Rückrechnung vom nächsten gesetzlichen Endtermin aus zu bestimmen sei. Das erwähnte, hiervon abweichende Urteil, welches eine Praxisänderung darstellen soll, wurde darin nicht erwähnt (4C.230/2005, Entscheid vom 1. September 2005).

Auch das Arbeitsgericht Zürich bestätigte in einem späteren Entscheid die bisherige Praxis. Es argumentierte im Wesentlichen, es sei nicht davon auszugehen, dass das Bundesgericht mit seinem Entscheid vom 14. April 2006 eine Praxisänderung habe einleiten wollen, da es eine solche auch nicht - wie sonst üblich - angezeigt habe (gleicher Meinung auch: Aubert, ARV 2005 S. 173, Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 336c OR). Im Ergebnis habe es auch nicht die Frage nach dem Beginn der Kündigungsfrist, sondern dem bestimmenden Zeitpunkt für die Dauer der Kündigungsfrist zu beantworten gehabt. Der Entscheid sei zwar im Ergebnis richtig, nicht aber die Begründung, weshalb er für die Festsetzung des Beginns der Kündigungsfrist nicht zu berücksichtigen sei. Im konkreten Fall würden daher keine sachlichen Gründe vorliegen, welche ein Abweichen von Lehre und Rechtsprechung rechtfertigen würden. Vielmehr sei der Beginn der Kündigungsfrist durch Rückrechnung vom Endtermin aus zu bestimmen (Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. April 2006, Proz.-Nr. AN060154).

Eine dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wies das Obergericht des Kantons Zürich ab. Ohne sich mit der Frage einer allfälligen Praxisänderung zu befassen, entschied es im Wesentlichen, die Vorinstanz sei zwar von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abgewichen. Das stelle für sich betrachtet jedoch keinen Nichtigkeitsgrund dar. Sie habe sich zudem auf eine von Lehre und Rechtsprechung anerkannte und mehrfach geschützte Praxis gestützt und weder einen absolut unhaltbaren, jeder Vernunft entbehrenden Entscheid gefällt noch klares materielles Recht verletzt. Weiter verwarf es auch den Einwand, der Entscheid der Vorinstanz gefährde die Rechtssicherheit und setze die Kritik vielmehr schon beim Bundesgericht an, das durch den Entscheid vom 14. April 2005 zu einer gewissen Irritation beigetragen habe, obwohl es als oberstes Gericht dazu berufen sei, für eine einheitliche Anwendung der Rechtssätze zu sorgen (Zirkular-Beschluss der III. Zivilkammer des Obergerichts vom 6. Juli 2006, Geschäfts-Nr. PN060104).

4.5 Auch im hier zu beurteilenden Fall liegen somit keine sachlichen Gründe vor, von der bisherigen, langjährigen und konstanten Lehre und Rechtsprechung, wonach der Beginn der Kündigungsfrist vom Vertragsende aus zu bestimmen ist, abzuweichen.

Nur der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass daran auch nichts ändern würde, sollte dem Vertreter der Beklagten bei der Rechtsberatungsstelle des Arbeitsgerichts Zürich eine andere Auskunft erteilt und bestätigt worden sein, die Kündigung sei rechtens gewesen (act. 11/3; Prot. S. 6). Das lässt sich einerseits nicht mehr überprüfen, da über die erteilten Auskünfte keine Protokolle geführt werden, könnte aufgrund des Gesagten jedoch auch nicht zu einer anderen Beurteilung der Rechtslage führen.

4.6 a) Begann die Kündigungsfrist damit am 1. Januar 2006 zu laufen und endete sie am 31. Januar 2006, so kommt der Kläger in den Genuss des Kündigungsschutzes gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. a OR. Das hat zur Folge, dass die Kündigungsfrist vom 23. Januar 2006 an bis vier Wochen nach Beendigung der Dienstleistung, d.h. bis 8. April 2006, still stand. Unter Berücksichtigung der ver-

bleibenden neun Tage Kündigungsfrist (23. bis 31. Januar 2006) endete die Kündigungsfrist somit am 17. April 2006.

b) Die gemäss Art. 336c Abs. 3 OR für diesen Fall grundsätzlich vorgeschriebene Verlängerung auf das Monatsende tritt vorliegend dagegen nicht ein. Art. 61.1 GAV bestimmt ausdrücklich, dass die Kündigungsfrist, die gemäss Art. 63.1 unterbrochen wird, nach Ablauf der Sperrfrist bis zum Ende der (aufgeschobenen) Kündigungsfrist weiterläuft, ohne dass eine weitere Verlängerung bis zum nächsten Endtermin (Monatsende) stattfindet. Dieselbe Regelung sieht auch Art. 63.2 GAV vor, der wiederholt, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Ablauf der Kündigungsfrist endet.

4.7 An der dargelegten Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis 17. April 2006 vermöchte schliesslich nichts zu ändern, wenn mit der Beklagten davon ausgegangen würde, der Kläger habe aufgrund eines Erinnerungsschreibens seines Kompaniekommandanten bereits nach seiner Umteilung im April oder spätestens im Oktober 2005 um das Datum des Wiederholungskurses im Frühjahr 2006 gewusst, die Beklagte jedoch erst nach dem 17. Januar 2006 darüber informiert. Das wurde von Hauptmann C._____ schriftlich immerhin insofern bestätigt, als er der Beklagten auf Anfrage hin mitteilte, dem Kläger am 5. Oktober 2005 ein Erinnerungsschreiben versandt zu haben (act. 11/4). Gleichwohl vermag der Umstand, dass der Kläger allenfalls bereits im Oktober 2005 über den Zeitpunkt der Dienstleistung seiner Kompanie informiert war für sich betrachtet noch nicht dazu führen, dass er des zwingenden Kündigungsschutzes verlustig ginge. Allein der Umstand, dass er sich nicht frühzeitig um die Dienstleistung gekümmert und sie nicht umgehend nach Kenntnis des Termins der Beklagten gemeldet hat, kann für sich alleine noch kein rechtsmissbräuchliches Verhalten darstellen. Der Kläger hat weder auf konkrete Frage hin eine falsche Auskunft erteilt noch hat er in irgend einer Art vorsätzlich einen die Sperrfrist auslösenden Sachverhalt herbeigeführt. Klarzustellen ist sodann auch, dass der Marschbefehl, mit dem der Kläger definitiv auf den 20. Februar 2006 zum Wiederholungskurs aufgeboten wurde, erst am 27. Dezember 2006 ausgestellt und gemäss eigenen Angaben des Kompaniekommandanten C._____ erst am 4. Januar 2006 und damit erst nach der Kündi-

gung vom 22. Dezember 2005 versandt worden war (act. 3/3/1 ganz unten und 11/4). Somit wusste der Kläger erst nach der Kündigung mit Sicherheit, dass und wann er 2006 einen Dienst zu erbringen hatte.

Zu keinem anderen Ergebnis würde führen, sollte der Kläger zusätzlich eine Usanz im Betrieb der Beklagten verletzt haben, wonach Ferien ihrer jeweiligen Dauer entsprechend vor dem Bezug anzukündigen gewesen seien. Diese Regelung stellt lediglich eine interne Ordnungsvorschrift dar, deren Missachtung nicht zu einem Verlust des gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Kündigungsschutzes führen könnte.

4.8 Selbst wenn auf die Sachdarstellung der Beklagten abgestellt würde, müsste sich der Kläger somit im schlimmsten Falle eine Treuepflichtverletzung vorwerfen lassen, indem er die Beklagte nicht umgehend, sondern erst nach dem 17. Januar 2006 über den anstehenden Wiederholungskurs informiert hätte. Das alleine könnte jedoch nicht zum Wegfall des Kündigungsschutzes, sondern allenfalls zu einer Schadenersatzpflicht des Klägers führen. Da die Beklagte nicht geltend gemacht hat, ihr sei ein Schaden entstanden und ein solcher auch nicht ersichtlich ist, braucht darauf jedoch nicht weiter eingegangen zu werden.

4.9 Zusammengefasst endete das Arbeitsverhältnis somit nicht am 31. Januar 2006, sondern infolge Verlängerung der Kündigungsfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. a OR i.V.m. Art. 61.1 und 63.1 GAV erst am 17. April 2006.

5. Erwägungen: Lohnanspruch

5.1 Der Arbeitgeber, der mit der Annahme der Arbeitsleistung des Klägers in Verzug gerät, bleibt zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist (Art. 324 Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmer muss sich auf den Lohn aber anrechnen lassen, war er wegen der Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat (Art. 324 Abs. 2 OR).

5.2 Vorliegend blieb unbestritten, dass der Kläger seine Arbeitsleistung für die Zeit der verlängerten Kündigungsfrist spätestens nach dem 17. Januar 2006 der Beklagten erfolglos angeboten hat, weshalb der Lohn bis 17. April 2006 gestützt auf Art. 324 OR geschuldet ist.

5.3 Bei einem vereinbarten Bruttomonatslohn von Fr. 4'000.– beträgt der Lohnanspruch des Klägers für den Zeitraum 1. Februar bis 17. April 2006 Fr. 10'266.65 brutto (leicht abgerundet). Hinzu kommt der Anteil am 13. Monatslohn für denselben Zeitraum, der gemäss Art. 40.3 GAV bei einem Arbeitsverhältnis, das nicht das ganze Jahr gedauert hat, nur für die vollen Monate geschuldet ist, vorliegend somit nur für den Zeitraum Februar und März 2006. Das entspricht einem Betrag von Fr. 666.65 brutto (leicht abgerundet).

5.4 Unter Berücksichtigung der für die Dauer der Dienstleistung ausgerichteten EO-Taggelder im Betrag von Fr. 2'179.65 netto ergibt sich die folgende Abrechnung:

Bruttolohn 1.2.-17.4.06:	10'266.67
13. Monatslohn Februar/März:	666.67
Anspruch brutto:	10'933.33
Abzüglich:	
AHV/IV/ALV (6.05%):	661.47
Pensionskasse (Fr. 178 X 3):	534.00
EO-Taggelder:	2'179.65
Total netto:	7'558.22

6. Erwägungen: Ferienguthaben

6.1 Ferien sind aufgrund ihres Erholungszwecks grundsätzlich in natura zu beziehen und dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden (Art. 329d Abs. 2 OR). Aus diesem Abgeltungsverbot sowie aus der Schadenminderungspflicht des Arbeitnehmers gemäss Art. 324 Abs. 2 OR folgt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass der Arbeitnehmer noch offene Ferienansprüche nach Mög-

lichkeit zu beziehen hat. Von dieser Pflicht ist der Arbeitnehmer nur dann und insoweit befreit, als ihm der Bezug (auch einzelner) Ferientage nicht möglich oder nicht zumutbar ist. In der Regel kollidiert ein Ferienbezug in der Kündigungsfrist mit den Interessen des Arbeitnehmers, während dieser Zeit eine neue Stelle zu suchen. Diesem Anspruch des Arbeitnehmers kommt Vorrang gegenüber dem Ferienbezug zu. Erweist sich ein Ferienbezug objektiv nicht als zumutbar, sind die Ferien am Ende des Arbeitsverhältnisses abzugelten. Bei der Beurteilung, ob die Ferien zu bezahlen oder zu beziehen sind, ist im Einzelfall das gegebene Verhältnis der arbeitsfreien Zeit zur Anzahl der offenen Ferientage massgebend (BGE 106 II 152, E. 2 S. 154, BGE 128 III 271; E. 4 S. 281 ff.; Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Diss., St. Gallen 2000, S. 184; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 11 zu Art. 329c OR). Mit Bezug auf die Tauglichkeit von Ferien zur Erholung drängt es sich allerdings auf, in erster Linie die Dauer der Restferien zu berücksichtigen. Ferien von einer Woche oder kürzer taugen erfahrungsgemäss zur Erholung wenig. So wird auch ein mit der Stellensuche belasteter Arbeitnehmer wenige Tage Ferien beziehen können, wenn die Kündigungsfrist lange genug ist. Sind dagegen Ferien von zwei Wochen oder mehr ausstehend, so hat der Arbeitnehmer grundsätzlich Anspruch, sie am Stück zu beziehen, was gegen den Bezug spricht.

6.2 Vorliegend verlangt der Kläger die Bezahlung von 5,5 für den Zeitraum Februar bis Ende April aufgelaufener Ferientage (act. 1; Prot. S. 3).

Diese Berechnung ist insofern zu korrigieren, als der jährliche Ferienanspruch des Klägers (Jahrgang 1980) gemäss Art. 29 GAV 22 Arbeitstage beträgt. Somit konnten im Zeitraum Februar bis 17. April 2006 lediglich 4,7 Ferientage auflaufen.

6.3 Fest steht weiter, dass der Kläger während der Zeit vom 1. bis 19. Februar sowie wiederum vom 12. März bis 17. April 2006 und somit während rund 39 Arbeitstagen (inkl. zwei Feiertagen) trotz andauernder Lohnzahlungspflicht der Beklagten nicht zu arbeiten hatte.

Bei 4,7 noch offenen Ferientagen und einem Verhältnis zwischen Ferienguthaben und bezahlter arbeitsfreier Zeit von rund acht zu eins, ist ein Bezug von Ferien (sei es in Einzeltagen oder am Stück) objektiv selbst dann zumutbar, wenn der

Kläger sich um eine neue Stelle zu bemühen hatte. Somit haben die Ferien als bezogen zu gelten und die Beklagte schuldet dem Kläger unter diesem Titel nichts mehr.

7. Ergebnis

7.1 Im Ergebnis schuldet die Beklagte dem Kläger somit Fr. 7'558.20 netto. Zinsfuss von 5% und Zinsenlauf seit dem 1. Mai 2006 blieben unbestritten und sind bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 17. April 2006 ausgewiesen (Art. 339 OR i.V.m. Art. 102 Abs. 2 OR).

7.2 Gemäss den eigenen Angaben des Klägers sowie den Akten wurde der Kläger im Zeitraum März und April 2006 durch die Sozialbehörde der Gemeinde D. _____ sowie mit Wirkung ab 2. Mai 2006 durch die Gemeinde E. _____ unterstützt, welche der Kläger auch über den Ausgang des Verfahrens zu informieren hat. Ersterer trat er am 17. März 2006 zudem schriftlich sämtliche Einkünfte aus Lohnnachzahlungen der Beklagten ab (act. 9/2-3; Prot. S. 10).

Hiervon ist Vormerk zu nehmen und die Beklagte für berechtigt zu erklären, den Forderungsbetrag befreiend an die Sozialbehörde der Gemeinde D. _____ zu bezahlen. Beiden Gemeindebehörden ist zudem Kenntnis vom Urteil zu geben.

8. Entschädigungsfolgen

Bei einem Streitwert von insgesamt Fr. 14'054.80 brutto ist das Verfahren kostenlos (Art. 343 Abs. 3 OR).

Die Entschädigungsfolgen richten sich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (§ 68 ZPO i.V.m. § 64 ZPO). Als unterliegende Partei ist auch derjenige Kläger zu behandeln, der seine Klage ganz oder teilweise zurückzieht (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 18 zu § 64 ZPO)

Somit obsiegt der Kläger mit rund Fr. 8'600.-- brutto und unterliegt im Übrigen (rund Fr. 11'000.-- brutto Lohn, abzüglich rund Fr. 2'300.-- brutto EO-Taggelder), weshalb die Beklagte zu verpflichten ist, dem Kläger eine reduzierte Umtriebsentschädigung zu bezahlen.

Der Einzelrichter verfügt:

1. Von der Klageanerkennung im Umfang von Fr. 39.80 brutto wird Vormerk genommen und der Prozess als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Von der Klagereduktion im Betrag von Fr. 2'179.65 netto wird Vormerk genommen und der Prozess als durch Rückzug der Klage erledigt abgeschrieben.
3. Vom Rückzug des Begehrens um Aus- und Zustellung einer Schlussabrechnung bzw. einer Austrittserklärung hinsichtlich der Pensionskasse wird Vormerk genommen und der Prozess als dadurch erledigt abgeschrieben.
4. Die Entschädigungsfolgen werden mit nachfolgendem Urteil geregelt.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.
6. Ein Rekurs gegen diese Verfügung kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich, im Doppel und mit Beilage dieses Entscheides beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, eingereicht werden. In der Rekurschrift sind die Rekursanträge zu stellen und zu begründen. Akten sind mit einem zweifachen Verzeichnis beizulegen.

und erkennt sodann:

1. In teilweiser Gutheissung der Restforderungsklage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 7'558.20 netto nebst Zins zu 5% seit 1. Mai 2006 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Restforderungsklage abgewiesen.

2. Es wird Vormerk genommen, dass der Kläger sämtliche Einkünfte aus Lohnnachzahlungen der Beklagten der Sozialbehörde der Gemeinde D._____ abgetreten hat und die Beklagte wird für berechtigt erklärt, den Forderungsbetrag gemäss Ziff. 1 vorstehend befreiend der Sozialbehörde der Gemeinde D._____ zu bezahlen.
3. Das Verfahren ist kostenlos.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Umtriebsentschädigung von Fr. 100.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie im Dispositivauszug gemäss den Ziffern 1 und 2 an die Sozialbehörden der Gemeinden D._____ und E._____, je gegen Rückschein.
6. Eine Berufung gegen dieses Urteil kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich und im Doppel beim Arbeitsgericht erklärt werden.

Der Einzelrichter:

Die juristische Sekretärin: