

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA220006-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

## Beschluss und Urteil vom 2. Februar 2023

in Sachen

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

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_ (Schweiz) AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, im ordentlichen Verfahren vom 10. Januar 2022 (AN200050-L)**

### **Rechtsbegehren:**

des Klägers (Urk. 1 S. 2):

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 29'020, zuzüglich Zins zu 5% auf CHF 29'020 seit dem 13. August 2019 zu bezahlen (Pönale missbräuchliche Kündigung).
  2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 24'303 netto zu bezahlen (Ferienentschädigung) zuzüglich Zins zu 5% auf CHF 24'303 seit dem 14. Oktober 2019.
  3. Es sei die Beklagte, unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB gegen ihre Organe, zu verpflichten, dem Kläger innert zehn Tagen auf ihrem Briefpapier ein Arbeitszeugnis (Vollzeugnis) aus- und zuzustellen.
- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7% MWST zu Lasten der Beklagten."

### **Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, im ordentlichen Verfahren vom 10. Januar 2022:** (Urk. 52 = Urk. 55)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger innert zehn Tagen auf ihrem Briefpapier ein Arbeitszeugnis (Vollzeugnis) aus- und zuzustellen.

Unter der Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse bis Fr. 10'000.–) im Widerhandlungsfall.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'100.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden dem Kläger zu 4/5 und der Beklagten zu 1/5 auferlegt.

Die Gerichtskosten werden aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss bezogen. Im Mehrbetrag ist der geleistete Vorschuss dem Kläger von der Gerichtskasse zurück zu erstatten.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Prozesskostenvorschuss im Umfang von Fr. 1'420.– zu ersetzen.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Umfang von Fr. 120.– zu ersetzen.

5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 5'650.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. (Mitteilungssatz)
7. (Rechtsmittelbelehrung; Berufung, 30 Tage)

### **Berufungsanträge:**

#### des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 54 S. 2):

- "1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 10. Januar 2022 im Verfahren AN220050 sei bezüglich der Strafandrohung in Dispositiv-Ziffer 1 (2. Absatz von Dispositiv-Ziffer 1) aufzuheben und die Strafandrohung gegen die verantwortlichen Organe der Beklagten und Berufungsbeklagten und nicht gegen die Beklagte und Berufungsbeklagte selbst auszusprechen.
2. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 10. Januar 2022 im Verfahren AN200050 sei bezüglich die Dispositiv-Ziffer 2 aufzuheben und die Beklagte und Berufungsbeklagte zur Bezahlung von CHF 17'579.10 zuzüglich Zins zu 5% auf CHF 17'579.10 seit dem 14. Oktober 2019 an den Kläger und Berufungskläger zu verpflichten.
3. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 10. Januar 2022 im Verfahren AN200050 sei bezüglich die Dispositiv-Ziffer 4 aufzuheben und die Gerichtskosten dem Kläger und Berufungskläger sowie der Beklagten und Berufungsbeklagten je zur Hälfte aufzuerlegen.

Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Prozesskostenvorschuss im Umfang von CHF 3'550 zu ersetzen, soweit die Gerichtskosten aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss bezogen werden.

Soweit der Vorschuss die Entscheidgebühr übersteigt, sei dieser Mehrbetrag dem Kläger von der Gerichtskasse zurück zu erstatten. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger die hälftigen Kosten des Schlichtungsverfahrens zu ersetzen.

4. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 10. Januar 2022 im Verfahren AN200050 sei bezüglich die Dispositiv-Ziffer 5 aufzuheben und es sei von der Verpflichtung des Klägers und Berufungsklägers zur Bezahlung der Parteientschädigung der Beklagten und Berufungsbeklagten abzusehen.
5. Eventualiter sei die Sache an das Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung zwecks Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neuurteilung zurückzuweisen.

Alles unter Entschädigungsfolgen, zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer von derzeit 7.7% zulasten der Beklagten und Berufungsbeklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 62 S. 2):

- "1. Die Anträge des Klägers seien vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 10. Januar 2022 (AN 200050) sei vollumfänglich zu bestätigen.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt) zulasten des Klägers."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, welche die ... [Zweck] bezweckt (Urk. 5/4). Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) war ab dem 1. August 2015 zunächst als angehender Immobilienberater (Trainee resp. Praktikant) im Aussendienst für die Beklagte nebenberuflich tätig. Per Juli 2016 wurde der Kläger vollzeitlich als Immobilienberater und Teamleiter im Aussendienst bei der Beklagten angestellt (Urk. 5/3; Urk. 5/5; Urk. 11 S. 3; Urk. 13/1). Der Kläger übermittelte der Beklagten mehrere Arztzeugnisse von unterschiedlichen Ärzten, welche ihm ab dem 14. Mai 2019 bis zum 31. August 2019 eine Arbeitsunfähigkeit von 100% (Urk. 5/6/1-7) und vom 1. September 2019 bis zum 31. Oktober 2019 eine Arbeitsunfähigkeit von 80% attestieren (Urk. 5/6/8-9). Mit Schreiben vom 13. August 2019 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger ordentlich unter Einhaltung der zweimonatigen Kündigungsfrist auf den 13. Oktober 2019 (Urk. 5/12).

2. Am 17. September 2020 ging die vom Kläger gegen die Beklagte erhobene arbeitsrechtliche Klage bei der Vorinstanz unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich, Kreise ... und ..., vom 19. Mai 2020 ein (Urk. 1; Urk. 3). Der Kläger verlangte Fr. 29'020.– nebst 5% Zins seit dem 13. August 2019 unter dem Titel "Pönale missbräuchliche Kündigung" und Fr. 24'303.– nebst 5% Zins seit dem 14. Oktober 2019 unter dem Titel "Ferienentschädigung". Zudem forderte er die Aus- und Zustellung eines Arbeitszeugnisses (Vollzeugnis) durch die Beklagte (Urk. 1 S. 2). Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage (Urk. 11 S. 2). Für den Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 52 E. I.4 ff.). Am 10. Januar 2022 fällte die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 52 = Urk. 55).

3. Gegen den Entscheid der Vorinstanz erhob der Kläger mit Eingabe vom 10. Februar 2022 rechtzeitig Berufung mit den eingangs zitierten Anträgen (Urk. 54 S. 2 f.). Der vom Kläger mit Verfügung vom 15. Februar 2022 (Urk. 59) einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 2'800.– ging innert Frist ein (vgl. Urk. 60). Die Beklagte erstattete mit Eingabe vom 5. Mai 2022 innert Frist die Berufungsantwort und schloss auf Abweisung der Berufung (Urk. 62 S. 2). Die Berufungsantwort wurde der Gegenseite mit Verfügung vom 30. Mai 2022 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 65). Der Kläger hat sie am 31. Mai 2022 empfangen. Mit Zuschrift vom 7. Juni 2022 machte er rechtzeitig von seinem Replikrecht Gebrauch (Urk. 66). Diese Eingabe wurde der Beklagten am 16. Juni 2022 zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Urk. 66).

## II.

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten ist die Verpflichtung der Beklagten zur Aus- und Zustellung eines Arbeitszeugnisses gemäss Dispositivziffer 1 Abs. 1 des angefochtenen Entscheides. Unangefochten blieb sodann die Abweisung der Klage im Fr. 17'579.10 (zzgl. Zins zu 5% seit 14. Oktober 2019) übersteigenden Betrag gemäss Dispositivziffer 2

des vor-instanzlichen Urteils (Urk. 54 S. 2 f.; Urk. 62 S. 2). Diesbezüglich ist der Eintritt der Rechtskraft per Ablauf der Frist für die Anschlussberufung (24. Mai 2022) vorzumerken. Mithin ist im Berufungsverfahren noch über die Strafandrohung zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses und die vom Kläger geltend gemachte (reduzierte) Ferienentschädigung von Fr. 17'579.10 zu entscheiden (Urk. 54 S. 5 ff.). Im Weiteren ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu überprüfen (Urk. 54 S. 26 f.).

2.1. 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 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 142 I 93 E. 8.2). Der Berufungskläger muss sich dazu mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen (BGer 5A\_573/2017 vom 19. Oktober 2017, E. 3.1; BGer 4A\_291/2019 vom 20. August 2019, E. 3.2). Man darf von der Berufungsinstanz nicht erwarten, dass sie von sich aus in den Vorakten die Argumente zusammensucht, die zur Berufungsbegründung geeignet sein könnten (BGer 5A\_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.4; OGer ZH LY130013 vom 06.08.2013, E. I.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 (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Die Berufungsantwort hat die gleichen Begründungsanforderungen zu erfüllen wie die Berufungsschrift (BGer 5A\_660/2014 vom 17. Juni 2015, E. 4.2; BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. II.4.1).

2.2. Der Kläger wiederholt in seiner Berufungsschrift an mehreren Stellen wörtlich, was er zu seiner Verfügbarkeit ab dem 1. September 2019 und zur arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit bereits vor Vorinstanz vortrug (Urk. 54 Rz. 22 [vgl. Urk. 1 Rz. 65 f.]; Urk. 54 Rz. 52 ff. [vgl. Urk. 1 Rz. 46 f., Urk. 16 Rz. 10 f.]). Ein erkennbarer (geschweige denn näherer) Bezug zum vorinstanzlichen Entscheid wird dabei nie hergestellt; es enthalten die sich deshalb in blossen Wiederholungen erschöpfenden Ausführungen zwangsläufig auch keine erkennbare Mitteilung von Überlegungen des Klägers an die Rechtsmittelinstanz dazu, inwiefern die Vorinstanz Recht falsch angewendet oder einen bestimmten Sachverhalt unrichtig festgestellt hätte. Den entsprechenden Ausführungen kommt insoweit auch keine selbständige Bedeutung zu. Nach dem vorhin in E. II.2.1 Dargelegten erweist sich die Berufung in diesem Teil deshalb als unbegründet. Entsprechend ist nicht weiter auf seine diesbezüglichen Ausführungen einzugehen. Dasselbe gilt für die blossen Wiederholungen der vorinstanzlichen Vorbringen darstellenden Ausführungen der Beklagten in der Berufungsantwort (Urk. 62 Rz. 5 [vgl. Urk. 11 S. 13]; Urk. 62 Rz. 9 [vgl. Urk. 11 S. 10 f., 17]).

3. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf (unechte) Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 5A\_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.H.). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Berufungsverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu (*OGer ZH LA210007 vom 22.11.21, E. II.3.4*).

### III.

#### A) Strafandrohung zur Aus- und Zustellung eines Arbeitszeugnisses

Der Kläger beantragt mit seiner Berufung, Dispositivziffer 1 Abs. 2 des vorinstanzlichen Urteils sei aufzuheben und die Strafandrohung gegen die verantwortlichen Organe der Beklagten und nicht gegen die Beklagte selbst auszusprechen (Urk. 54 S. 2). Er macht geltend, die Vorinstanz habe übersehen, dass die Strafandrohungen gemäss Art. 292 StGB nur gegen natürliche Personen ausgesprochen werden könnten (Urk. 54 S. 25). Die Beklagte führt im Rahmen der Berufungsantwort – unter Beilage des entsprechenden Schreibens sowie des Arbeitszeugnisses (Urk. 64/1) – aus, Rechtsanwalt Y. \_\_\_\_\_ habe dem gegnerischen Rechtsvertreter das geforderte Zeugnis bereits mit Schreiben vom 8. April 2022 zugestellt (Urk. 62 Rz. 2). Dies blieb seitens des Klägers in seiner Stellungnahme zur Berufungsantwort vom 7. Juni 2022 unbestritten (Urk. 66). Damit ist der genannte Berufungsantrag Ziff. 1 des Klägers gegenstandslos geworden.

#### B) Ferienentschädigung

1.1. Die Vorinstanz ging von einem Ferienanspruch des Klägers per Ende des Arbeitsverhältnisses (13. Oktober 2019) von gesamthaft 24.24 Tagen aus (Urk. 52 E. V.3.6), was vom Kläger im Rahmen seiner Berufungsschrift anerkannt wird (Urk. 54 Rz. 9). Die Beklagte macht in der Berufungsantwort geltend, sie halte an ihrer Berechnung im vorinstanzlichen Verfahren fest, wonach dem Kläger maximal 20.57 Ferientage zustünden (Urk. 62 Rz. 1, S. 12 Rz. 11). Mit diesem blossen Verweis auf ihre vorinstanzliche Ausführungen vermag die Beklagte jedoch den – wie vorstehend dargelegt (vgl. E. II.2.1.) – auch für die Berufungsantwort geltenden Begründungsanforderungen nicht zu genügen. Es ist somit im vorliegenden Verfahren von einem offenen Ferienanspruch des Klägers von 24.24 Tagen auszugehen.

1.2. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, Ferien dürften während des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen abgegolten werden, sondern seien tat-



sächlich auch zu beziehen (Art. 329d Abs. 2 OR). Das Abgeltungsverbot gelte grundsätzlich auch nach der Kündigung. Die Ferien seien jedoch dann in Geld abzugelten, wenn ihr Bezug in der bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses bleibenden Zeit nicht mehr möglich oder zumutbar sei. Arbeitsunfähigkeit bedeute nicht in allen Fällen auch Ferienunfähigkeit. Entscheidend sei, ob der Erholungswert der Ferien durch den Verhinderungsgrund in nicht mehr leicht zu nehmender Weise beeinträchtigt sei. Damit eine Ferienunfähigkeit vorliege, müsse es sich um eine Erkrankung handeln. Bei Bettlägerigkeit und bei regelmässigem Arztbesuch schliesse die Krankheit Ferien aus. Eine kleinere Verletzung, die weder zum Daheimbleiben zwingt noch sonst Ferientätigkeiten wesentlich behindere, oder ein kürzeres Unwohlsein stünden hingegen der Erholung nicht entgegen, ebenso wenig eine rein arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit. Sei ein Arbeitnehmer trotz Erkrankung ferienfähig, sei eine Kompensation seines Ferienanspruchs während einer längeren Krankheitsdauer grundsätzlich möglich. Der Ferienanspruch gehe in einem solchen Fall auch ohne Aufforderung zum Ferienbezug unter (Entscheid AGer ZH 2015 Nr. 9). Eine bloss arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit müsse dem Erholungswert des Ferienbezugs nicht entgegenstehen. Auch seien Arztzeugnisse, die eine Teilarbeitsunfähigkeit attestierten, nicht aussagekräftig betreffend Ferienfähigkeit eines Arbeitnehmers. Das Bundesgericht habe bestätigt, dass bei Vorliegen einer bloss arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmer nicht daran gehindert werde, seinen Urlaub zu geniessen, und damit die vom Gesetzgeber geforderte Ruhe- und Erholungszeit eingehalten werden könne. Die Beweislast für die Ferienunfähigkeit liege gemäss Art. 8 ZGB beim Arbeitnehmenden. Vorhandene Arztzeugnisse belegten in der Regel zwar die Arbeitsunfähigkeit, jedoch nicht gleichzeitig die Ferienunfähigkeit.

Der Kläger beschränke sich diesbezüglich darauf, eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit abzustreiten bzw. herzuleiten, dass aus den eingereichten Arztzeugnissen eine arbeitsplatzunabhängige Arbeitsunfähigkeit erhellte. Dabei verkenne er, dass die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit nur ein singulärer Anwendungsfall einer (uneingeschränkten) Ferienfähigkeit darstelle und damit in deren Negierung nicht bereits der Beweis für eine generelle Ferienunfähigkeit erbracht sei. Dieser wäre durch Darlegung der Art und Weise der Krankheit, des

Umfangs der daraus resultierenden körperlichen oder seelischen Einschränkungen oder Behinderungen, der Medikation u.w.m. erbracht. Nichts davon sei von Seiten des Klägers auch nur substantiiert behauptet, geschweige denn belegt. Gegenteil seien vielmehr Umstände aktenkundig, welche auf eine Ferienfähigkeit des Klägers schliessen liessen. So gehe aus den Gründungsakten der C.\_\_\_\_\_ AG hervor, dass der Kläger während seiner Krankheit in den Gründungsprozess der C.\_\_\_\_\_ AG involviert gewesen sei. Ebenso sei die klägerische Beteiligung an der Gründung der C.\_\_\_\_\_ AG während seiner Krankheit durch die eingereichten Unterlagen ausgewiesen. Darauf hinzuweisen sei, dass der Kläger während seiner Krankheit sodann die Computer abgeholt habe, was zumindest aufzeige, dass er nicht bettlägerig gewesen sei. Bereits aus diesen Gründen sei die Ferienunfähigkeit des Klägers während seiner Krankschreibung in keiner Weise dargetan und folglich von der Möglichkeit des Ferienbezuges auszugehen. Dem Kläger gelinge auch der Beweis, dass die Arbeitsunfähigkeit arbeitsplatzunabhängig gewesen sei, nicht, wobei nochmals darauf hinzuweisen sei, dass selbst bei einer bewiesenen arbeitsplatzunabhängigen Erkrankung nichts in Bezug auf die Ferienfähigkeit abgeleitet werden könnte. E contrario sei aber bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit jedenfalls von der Möglichkeit des Ferienbezuges auszugehen.

Summa summarum sei in casu jedenfalls von der Möglichkeit der Kompensation der Ferienansprüche während der Krankheit des Klägers auszugehen. Noch vor der Kündigungsfrist sei der Kläger unbestrittenermassen 61 Tage krankheitshalber abwesend gewesen. Eine Kompensation seines Ferienanspruches im Umfang von 24.24 Tagen sei ihm damit bereits während dieser Zeit möglich gewesen. Der Ferienanspruch sei dabei auch ohne Aufforderung zum Ferienbezug durch die Beklagte untergegangen. Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Ferienentschädigung in Höhe von Fr. 24'303.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 14. Oktober 2019 sei entsprechend abzuweisen (Urk. 52 E.V.2.1 ff.).

2.1. Der Kläger rügt zusammengefasst, die Vorinstanz habe die Frage, ob sein Ferienanspruch während seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ohne konkreten Ferienbezug und ohne Freistellung von der Arbeit vollständig abgebaut werden könne, auch wenn der Ferienbezug durch die Beklagte nicht angeordnet

worden sei, zu Unrecht bejaht. Es sei gemäss angefochtenem Urteil unbestritten, dass er während seiner gesamten Arbeitsunfähigkeit keine Ferien bezogen habe. Die Vorinstanz habe gegen den teilzwingenden Charakter von Art. 329b Abs. 2 und 3 OR (Art. 362 OR) verstossen. Hiernach trete bei einer unverschuldeten Verhinderung an der Arbeitsleistung, beispielsweise durch Krankheit, ab dem zweiten vollendeten Monat die Kürzung von einem Zwölftel des Jahresferienanspruches für jeden vollen Monat der Verhinderung gemäss Art. 329b Abs. 1 OR ein. Das Gesetz sehe jedoch gerade nicht vor, dass der Ferienanspruch des Arbeitnehmers bei längerer Krankheit und damit längerer Arbeitsverhinderung i.S.v. Art. 329b Abs. 2 OR automatisch vollumfänglich abgebaut bzw. kompensiert werde. Ansonsten müssten die einschlägigen Bestimmungen von einer Kompensation bzw. von einem Abbau der Ferien und nicht von einer proportionalen Kürzung des grundsätzlich mit der Dauer des Arbeitsverhältnisses anwachsenden Ferien Guthabens sprechen. Die Vorinstanz stütze ihre Auffassung einzig auf einen Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich vom 22. Juli 2015. Weder Stimmen aus der Literatur noch andere Gerichte hätten sich der Meinung der Vorinstanz angeschlossen. Einzig im SHK-Arbeitsrecht sei besagter Entscheid zitiert worden, wo festgehalten werde, dass bei einer längeren Krankheit eine Kompensation von Ferien grundsätzlich möglich sein könnte. Der Teil, dass dies auch ohne konkreten Ferienbezug und ohne Anordnung der Fall sei, werde explizit nicht übernommen. Komme hinzu, dass der dem zitierten Entscheid zugrunde liegende Sachverhalt nicht mit dem vorliegenden verglichen werden könne. So habe der Arbeitnehmer im Gegensatz zum vorliegenden Fall in jenem Fall tatsächlich Ferien bezogen (ohne Anordnung) und der Entscheid habe sich auf die Kompensation von 9.5 Ferientagen während einer Abwesenheit von 17 Monaten bezogen. Die Vorinstanz scheine zu verkennen, dass die Beklagte ihm vorliegend weder vor noch nach Beginn der Kündigungsfrist eine Anordnung zum Bezug der Ferien gegeben habe. Die Tatsache der fehlenden Anordnung des Ferienbezuges werde durch die Beklagte denn auch nicht bestritten. Hinzu komme, dass vorliegend auch die Ankündigungsfrist nicht eingehalten worden sei bzw. nicht habe eingehalten werden können. Seine Kündigungsfrist habe zwei Monate betragen, während sich sein Ferienanspruch am Ende des Arbeitsverhältnisses auf 24.24 Tage belaufen habe.

Wie von der Vorinstanz zutreffend festgehalten, schliesse gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Kündigungsfrist von zwei bis drei Monaten den Ferienbezug grundsätzlich aus. Selbst bei einer Reduktion der Ankündigungsfrist gemäss der Rechtsprechung des Obergerichtes Zürich habe er innerhalb zweier Monate einen Ferienanspruch von 24.24 Tagen und damit mehr als der Hälfte der Kündigungsfrist nicht kompensieren können. Hinzu komme, dass er schon kurze Zeit nach der Kündigung, d.h. ab dem 1. September 2019, nur noch zu 80% krankgeschrieben gewesen sei. Ab diesem Zeitpunkt sei ein Ferienbezug nicht mehr möglich gewesen. Das Bundesgericht vertrete die Auffassung, dass beim Vorliegen einer Freistellung des Arbeitnehmers sein Ferienanspruch auch ohne die explizite Anordnung zum Ferienbezug von Seiten der Arbeitgeberin untergehen könne. Vorliegend sei er aber von der Beklagten nicht freigestellt worden, obwohl die Beklagte offenbar (was allerdings bestritten sei) die Krankheit anzweifelte. Dies sei denn auch nicht von der Vorinstanz geltend gemacht worden. Die entsprechenden Ausführungen zur Anordnung von Ferien im Falle einer Freistellung fänden vorliegend demnach keine Anwendung. Interessant sei, dass die Vorinstanz denn aber auch gar nicht eine Kompensation des Ferienanspruchs während der Kündigungsfrist geltend mache, sondern davon ausgehe, sein Ferienanspruch sei auch ohne Aufforderung zum Ferienbezug bereits vor der Kündigung untergegangen. Hiermit verstosse die Vorinstanz gegen Art. 329b Abs. 2 OR. Schliesslich wüchsen die Ferien im Falle einer Arbeitsunfähigkeit einfach nicht weiter an. Die Vorinstanz impliziere hingegen, dass der Arbeitnehmer während seines laufenden, ungekündigten Arbeitsverhältnisses stets automatisch die Ferientage kompensiere, welche ihm bis dahin zugestanden hätten. Nach der Logik der Vorinstanz hätte nun jeder Arbeitnehmer während des laufenden Arbeitsverhältnisses dafür zu sorgen, dass er seine Ferientage während einer allfälligen Arbeitsunfähigkeit (sofern ferienfähig) stets abbaue, wenn er nicht riskieren wolle, dass diese im Fall einer Kündigung als kompensiert erachtet würden. Dass dies dem Zweck der Ferien widerspreche, erscheine offensichtlich. Art. 329b Abs. 2 OR regle das Verhältnis zwischen Ferienguthaben und Krankheit abschliessend. Die Ferienfähigkeit spiele nur eine Rolle, wenn Ferien tatsächlich bezogen worden seien. Dies habe erst recht dann zu gelten, wenn eine solche automatische

Ferienkompensation mit Tagen der Arbeitsunfähigkeit selbst dann gelten sollte, wenn die Arbeitgeberin den Ferienbezug nicht angeordnet habe. Dementsprechend habe er Anspruch auf die Abgeltung seines Ferienanspruches. Der Ferienanspruch berechne sich gestützt auf das Jahressalär (Fr. 174'120.– x 8.33% / 20 x 24.24) und belaufe sich auf Fr. 17'579.10 (Urk. 54 Rz. 9 ff.).

2.2. Die Beklagte führt aus, es sei nicht unbestritten, dass der Kläger während seiner krankheitsbedingten Absenz und während der Kündigung keine Ferien gemacht habe. Gegenteilig habe sie stets geltend gemacht, dass der Kläger während dieser Zeit seine Ferien bezogen habe. Dazu brauche es keine Ferien im Ausland. Der Ferienbezug zu Hause sei genauso relevant und erholsam. Auch ein Ferienbezug tageweise sei möglich. Dafür vorausgesetzt sei auch nicht eine Art Ankündigung des Klägers, dass er nun Ferien beziehe, was der Kläger zu behaupten scheine. Ausgehend von der Tatsache, dass der Kläger ab Krankheitsbeginn, d.h. ab 14. Mai 2019, ferienfähig gewesen sei, habe die für ihn nach wie vor bestehende Treuepflicht nach Art. 321a OR verlangt, dass er diese insoweit zu wahren habe, als er die ihm zustehenden Ferientage nach Möglichkeit beziehen müsse, ohne dass eine ausdrückliche Weisung der Arbeitgeberin erforderlich sei. Das Bundesgericht habe diese Aussage in BGE 128 III 271 zwar bei einem Fall der Freistellung gemacht. Die dahinterstehenden Überlegungen müssten aber uneingeschränkt auch für den Fall einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit bei gegebener Ferienfähigkeit gelten. So habe das Bundesgericht im zitierten Entscheid ausgeführt: "Aus dieser Treuepflicht lässt sich ohne Weiteres ein Gebot ableiten, dem Arbeitgeber nunmehr nutzlos entstehende Kosten in zumutbarem Umfang zu mindern. Stehen dem Arbeitnehmer während der Freistellung freie Tage zur Verfügung, die er wie Ferientage nutzen kann, so soll er sie entsprechend verwenden, so dass sich dadurch sein Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber vermindert und diesem weniger Kosten entstehen". Auf diesen Entscheid habe sich das Arbeitsgericht Zürich im Entscheid vom 24. Januar 2005 (AN020415) wie auch im Entscheid vom 17. Oktober 2007 (AN070151) gestützt. In letzterem Entscheid sei es – wie vorliegend – um einen Mitarbeiter gegangen, der zwar grösstenteils arbeitsunfähig, aber definitiv nicht ferienunfähig gewesen sei. Daher sei der noch bestehende Ferienanspruch auch ohne Anweisung der

Arbeitgeberin infolge Kompensation für untergegangen erklärt worden. Es gehe vorliegend nicht um die Kürzung von Ferienansprüchen im Sinne von Art. 329b OR. Schon gar nicht könne aus dieser Bestimmung abgeleitet werden, dass keine Ferienkompensation während einer Arbeitsunfähigkeit stattfinden könne. Aufgrund der Treuepflicht sei weder eine Anordnung des Ferienbezugs noch eine Ankündigungsfrist notwendig gewesen, da hierfür nicht nur die reine Kündigungsfrist, sondern die ganze Absenz des Klägers ab dem 14. Mai 2019 zu berücksichtigen sei. Auch die Behauptung des Klägers, dass er ab dem 1. September 2019 zu 20% arbeitsfähig gewesen sei, weshalb ab diesem Zeitpunkt kein Ferienbezug mehr möglich gewesen sei, sei falsch. Ein Ferienbezug sei ohne Weiteres möglich gewesen, da der Kläger schuldhaft der Arbeit ferngeblieben sei, sofern überhaupt von einer Teil-Arbeitsfähigkeit von 20% auszugehen sei. Auszugehen sei daher von einem möglichen Kompensationszeitraum vom 14. Mai 2019 - 13. Oktober 2019, d.h. von 102 Arbeitstagen. Ob der Ferienanspruch des Klägers nun bereits vor der Kündigung am 12. August 2019 untergegangen sei, wovon die Vorinstanz korrekterweise ausgehe, oder ob die 41 Tage der Kündigungsfrist auch noch (teilweise) für die Kompensation hinzugezogen würden, spiele letztlich keine Rolle. Tatsache bleibe, dass der Ferienanspruch in der vom Kläger behaupteten Höhe untergegangen sei (Urk. 62 Rz. 4 ff.).

3.1. Der Kläger wendet sich mit seiner Berufung zu Recht gegen die von der Vorinstanz angenommene Kompensation seiner Ferienansprüche während der Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit.

3.2. Vorab ist hinsichtlich des von der Vorinstanz betreffend die Kompensation von Ferienansprüchen herangezogenen Entscheides des Arbeitsgerichtes Zürich vom 22. Juli 2015 (AGer ZH 2015 Nr. 9) Folgendes festzuhalten: Die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass und wie viele Ferientage während der massgebenden Zeit vom Arbeitnehmer bezogen worden sind, liegt bei der Arbeitgeberin (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Art. 329c N 7 S. 670; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3. Aufl., Art. 329c N 8; BSK OR I - Portmann/Rudolph, Art. 329c N 14; BGE 128 III 271 E. 2a/bb). Bereits vor Vorinstanz brachte der Kläger unter Hin-

weis auf die Lohnabrechnungen Mai 2019 und Juni 2019 (Urk. 5/14-15) vor, seit Beginn seiner Arbeitsunfähigkeit seien keine Ferienbezüge mehr erfolgt (Urk. 1 Rz. 19, 60; Urk. 16 Rz. 35; vgl. auch Urk. 54 Rz. 22). Bei der Behauptung der Beklagten in der Berufungsantwort, sie habe stets geltend gemacht, dass der Kläger während seiner krankheitsbedingten Absenz und während der Kündigungsfrist seine Ferien bezogen habe (Urk. 62 Rz. 4), handelt es sich um ein unzulässiges Novum (vgl. Urk. 11 S. 18, wo bloss die Rede davon ist, dass der Kläger infolge Ferienfähigkeit vom 14. Mai 2019 - 13. Oktober 2019 Ferientage hätte kompensieren können und müssen, hingegen das Unterbleiben eines konkreten Ferienbezuges nicht bestritten wurde, vgl. auch Urk. 21 S. 18); die Beklagte weist nicht nach, wo sie dies bereits vor Vorinstanz vorgebracht hat (vgl. E. II.3). Mithin ist im vorliegenden Verfahren davon auszugehen, dass der Kläger im Zeitraum seiner vollständigen respektive teilweisen Arbeitsunfähigkeit vom 14. Mai 2019 bis zum 13. Oktober 2019 effektiv keine Ferien bezogen hat. Damit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt aber, wie vom Kläger zutreffenderweise geltend gemacht (vgl. Urk. 54 Rz. 32), grundlegend von demjenigen, der dem von der Vorinstanz zitierten Entscheid des Arbeitsgerichtes Zürich vom 22. Juli 2015 zugrunde lag. In besagtem Entscheid verlangte der Arbeitnehmer eine Entschädigung für nichtbezogene Ferientage, da der Ferienzweck – trotz einer Reise in die Türkei – wegen der Krankheit nicht erfüllt gewesen sei. Im Gegensatz zum vorliegenden Sachverhalt weilte der Arbeitnehmer während seiner vom 29. Mai 2013 bis zum 12. Oktober 2013 dauernden Arbeitsunfähigkeit aber unbestrittenermassen im Sommer 2013 – wie geplant und anfangs 2013 gebucht – während zwei Wochen mit der Familie in der Türkei, worauf sich die Frage stellte, ob er in dieser Zeit aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit auch ferienunfähig gewesen sei.

3.3. Zweck der Ferien ist die Erholung des Arbeitnehmers. Der Anspruch auf Ferien hat rechtlich eine Doppelnatur. Einerseits stellt er eine Forderung des Arbeitnehmers dar; andererseits ist er als Ausfluss der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin anzusehen (Vischer, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, III, Der Arbeitsvertrag, 1994, S. 86). Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geld abgegolten werden (Art. 329d Abs. 2 OR), sondern sind tatsächlich zu beziehen. Der Durchsetzung des Erholungszwecks dient die Vorschrift,

dass der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Ferienlohn verliert, wenn er während der Ferienzeit einer entgeltlichen Arbeit nachgeht und dadurch die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin verletzt werden (Art. 329d Abs. 3 OR). Diese beiden Vorschriften sind absolut zwingend (Art. 361 OR). Auch nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses gilt grundsätzlich das Abgeltungsverbot. Es ist indessen im Einzelfall in Berücksichtigung der konkreten Umstände einzuschränken. So sind die Ferien nach Lehre und Rechtsprechung in Geld abzugelten, wenn deren Bezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder zumutbar ist (BGE 106 II 152 E. 2; Streiff/von Kaenel/Rudolf, a.a.O., Art. 329c OR N 11 S. 674; ZK OR - Staehelin/Vischer, Art. 329d N 16; Brühwiler, a.a.O., Art. 329d OR N 4 und Art. 329c OR N 5a; BGE 128 III 271 E. 4a/aa; BGE 131 III 451 E. 2.2). Ein realer Ferienbezug in der Zeit bis zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses ist insbesondere dann ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer infolge unzumutbar kurzer Anordnung den Ferienantritt nicht mehr vorbereiten kann, d.h. ihm die übliche Ferienvorbereitungszeit fehlt, oder er krank ist (Vischer/Müller, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/4, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl. 2014, S. 230; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 329c OR N 11 S. 674; Brühwiler, a.a.O., Art. 329c OR N 5a; Entscheid des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 22. Februar 1994 E. 1 publiziert in: JAR 1995 S. 98 ff.; BK OR - Reh binder/Stöckli, Art. 329d N 16).

3.4. Die Ferien sind nach dem Gesetz "zu gewähren" (Art. 329c Abs. 1 OR), was bedeutet, dass der Zeitpunkt der Ferien durch die Arbeitgeberin bestimmt wird (Art. 329c Abs. 2 OR). Dies stellt ein Recht und eine Pflicht der Arbeitgeberin zugleich dar (Vischer/Müller, a.a.O., S. 227; Brühwiler, a.a.O., Art. 329c OR N 3). Es liegt insofern in der Verantwortung der Arbeitgeberin, den Ferienbezug festzulegen und dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer die Ferien bezieht, und zwar in der Regel im Laufe des betreffenden Dienstjahres (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 329c OR N 7 S. 668 und 671; BGE 130 III 19 E. 3.2). Eine Verweigerung der Barabgeltung nicht bezogener Ferienansprüche durch die Arbeitgeberin setzt denn auch auf jeden Fall voraus, dass sie den Arbeitnehmer zum Ferienbezug in der Kündigungsfrist aufgefordert hat (BK OR - Reh binder/Stöckli, Art. 329d N 16; Entscheid des Obergerichtes Baselland vom 31. Januar 1984 publiziert in:



JAR 1986 S. 103 f.). Der Arbeitnehmer darf sich dementsprechend nicht selbst Ferien nehmen. Der eigenmächtige Bezug von Ferien ist (gesetzeskonformes Verhalten der Arbeitgeberin vorausgesetzt) i.d.R. ein Grund für eine fristlose Entlassung (Emmel, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Art. 329c OR N 2; Brühwiler, a.a.O., Art. 329c OR N 3; BSK OR I - Portmann/Rudolph, Art. 329c N 1; BK OR - Rehbindler/Stöckli, Art. 329c N 10). Bereits vor Vorinstanz blieb unbestritten (vgl. Urk. 1 Rz. 65 f.), dass die Beklagte den Kläger während der gesamten Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit nicht zum Ferienbezug aufforderte, womit eine Verweigerung der Barabgeltung nicht bezogener Ferienansprüche durch die Beklagte nach dem Gesagten grundsätzlich ausgeschlossen ist.

Nach einer Freistellung infolge Kündigung hat der Arbeitnehmer aufgrund der Treuepflicht die ihm zustehenden Ferientage nach Möglichkeit zu beziehen, ohne dass eine ausdrückliche Weisung der Arbeitgeberin nötig ist, wobei die Arbeitssuche aber Vorrang hat. Eine Kompensation des Ferienanspruches mit der Freistellung kommt – im Gegensatz zur fristlosen Entlassung – nicht erst ab einer Freistellungsdauer von mindestens zwei bis drei Monaten in Frage; massgebend ist vielmehr das im Einzelfall gegebene Verhältnis der Freistellungsdauer zur Anzahl der offenen Ferientage (BGE 128 III 271 E. 4a/cc; BSK OR I - Portmann/Rudolph, Art. 329d N 14; Brühwiler, a.a.O., Art. 329c OR N 5b; Emmel, a.a.O., Art. 329c OR N 1 und Art. 329d OR N 2). Weshalb diese bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie die von der Beklagten zitierten Entscheide AGer ZH 2005 Nr. 13 vom 24. Januar 2005 und AGer ZH 2007 Nr. 11 vom 17. Oktober 2007 zur Freistellung auch für den vorliegenden Fall Geltung beanspruchen sollten, wird von der Beklagten nicht substantiiert dargetan (vgl. Urk. 62 Rz. 5 ff.) und erhellt auch nicht. Die Beklagte hat den Kläger nach der Kündigung vom 13. August 2019 unbestrittenermassen (vgl. Urk. 1 Rz. 65; Urk. 11 S. 17; Urk. 21 S. 20) gerade nicht freigestellt, womit eine gänzlich andere Situation vorliegt. Der Unterschied zwischen dem gekündigten arbeitenden und dem freigestellten Arbeitnehmer besteht u.a. darin, dass letzterem mehr Freizeit verbleibt, eine neue Stelle zu suchen (Egli, Strittige Fragen zum Thema Ferien, in: ArbR 2006, S. 119 ff., S. 162). Die Beklagte kann in diesem Zusammenhang auch nichts zu ihren Gunsten ableiten,

wenn sie in Rz. 5 ihrer Berufungsschrift (Urk. 62) ausführen lässt, dass der Kläger am 2. September 2019 mit einem eine 20%-ige Arbeitsfähigkeit bescheinigenden Arzteugnis bei ihr im Büro aufgetaucht sei und man ihn aus Vorsichtsgründen nicht beschäftigt habe, dass der klägerische Rechtsvertreter auf entsprechende Aufforderung ihrerseits in seinem Schreiben vom 6. September 2019 in Aussicht gestellt habe, mit den verantwortlichen Ärzten die Einsatzmöglichkeiten für den Kläger zu prüfen und auf sie zurückzukommen, dass man jedoch nie wieder etwas vom Kläger gehört habe, dass der Kläger somit unentschuldigt seiner Arbeit ferngeblieben und insofern auch in der Zeit ab dem 1. September 2019 ohne Weiteres ein Ferienbezug möglich gewesen sei. Sie wiederholt hiermit – wie bereits dargetan (vgl. E. II.2.2) – lediglich ihre vorinstanzliche (vgl. Urk. 11 S. 13) und vom Kläger bestrittene (vgl. Urk. 16 Rz. 63 f.) Darstellung. Dazu kommt, dass die Beklagte auch gar nicht behauptet, auf die Arbeitsleistung des Klägers verzichtet zu haben (vgl. BGE 128 III 271 E. 4a/bb). Lehre und Rechtsprechung gehen indes davon aus, dass nicht von einer den Ferienbezug zulassenden Freistellung gesprochen werden kann, wenn der Arbeitnehmer sich zur Verfügung der Arbeitgeberin halten muss; ein Ferienbezug während dieser Zeit ist ausgeschlossen und die Ferien sind folglich in Geld auszubezahlen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 329c N 11 S. 679; Brühwiler, a.a.O., Art. 329c N 4b; SHK Arbeitsvertrag - Prinz/Geel, Art. 329c N 18; BSK OR I - Portmann/Rudolph, Art. 329d N 14; BGer 4A\_117/2007 vom 13. September 2007, E. 6.3).

Vollständigkeitshalber ist im Übrigen festzuhalten, dass selbst wenn die Beklagte den Kläger zum Ferienbezug aufgefordert hätte, vorliegend durchaus zweifelhaft erscheint, ob die Ankündigungsfrist eingehalten worden wäre. Das Obergericht des Kantons Zürich wies in seinem Entscheid vom 22. Februar 1994, E. 4 (publiziert in: JAR 1995 S. 98 ff.) zwar darauf hin, dass eine gewisse Verkürzung der üblichen Ankündigungsfrist von drei Monaten (Vischer/Müller, a.a.O., S. 227; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 329c OR N 7 S. 669; Emmel, a.a.O., Art. 329c OR N 1; Brühwiler, a.a.O., Art. 329c OR N 3; BK OR - Rehbin-der/Stöckli, Art. 329c N 11) bei gekündigten Arbeitsverhältnissen möglich ist (so auch Brühwiler, a.a.O., Art. 329c OR N 5; vgl. auch Streiff/von Kaenel/Rudolf, a.a.O., Art. 329c OR N 11 S. 675 f. m.w.H.). In seinem Entscheid vom 18. Januar

1996 hielt das Obergericht des Kantons Zürich jedoch konkret fest, dass falls der Arbeitsvertrag nur noch zwei bis drei Monate dauert, die Ferien regelmässig in bar auszuzahlen sind; bei einem Ferienanspruch von 24 Tagen reiche diese Zeit nicht aus für eine hinreichende Vorbereitung der Ferien (publiziert in: ZR 97 [1998] Nr. 70 und JAR 1998 S. 161 f.; so auch BSK OR I - Portmann/Rudolph, Art. 329d N 12; Egli, a.a.O., S. 160; BK OR - Rehbindler/Stöckli, Art. 329d N 16).

3.5. Die von der Beklagten sodann sinngemäss aufgeworfene Frage, ob der Arbeitnehmer aufgrund der ihm obliegenden allgemeinen Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR) die Arbeitgeberin auf die ihm noch zustehenden Ferientage aufmerksam machen oder sogar selbständig für deren Bezug innerhalb der Kündigungsfrist besorgt sein muss, prüfte das Bezirksgericht Hinwil in seinem Entscheid vom 3. Oktober 1984 (publiziert in: JAR 1985 S. 165 ff). Es erwog überzeugend, von einem Arbeitnehmer, dem innerhalb eines Betriebes kein grosser Verantwortungsbereich zustehe, könne dies sicher nicht verlangt werden, da seine Treuepflicht gar nicht so weit gehe und nur in dem Umfang bestehe, als es zur Erreichung und Sicherung desjenigen Arbeitserfolges notwendig sei, für den der betreffende Arbeitnehmer verantwortlich sei (mit Verweis auf Geiser, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Bern 1983, S. 57). Zudem sei sich der nicht in verantwortlicher Stellung stehende Arbeitnehmer der ihm zustehenden Rechte oft nicht bewusst und verfüge nur die administrative Leitung des Unternehmens über eine Kontrolle der zustehenden und bezogenen Ferientage. Die Klägerin habe jedoch Zugang zu diesen Unterlagen und sei insbesondere als Betriebsleiterin für den wirtschaftlichen Erfolg des ihr unterstehenden Betriebes verantwortlich, wozu auch der rechtzeitige Bezug der Ferien durch die Arbeitnehmer, also auch durch sie selbst, gehöre (JAR 1985 S. 168). Eine solch leitende Stellung kam dem Kläger vorliegend nicht zu, war er einzig als Immobilienberater und Teamleiter im Aussendienst bei der Beklagten angestellt (vgl. Urk. 5/3; Urk. 1 Rz. 14; Urk. 11 S. 3). Die Frage kann mit dem Bezirksgericht Hinwil jedoch letztlich offengelassen werden. Ferienlohn ist Lohnbestandteil und damit Teil der Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer geschuldete Hauptleistung: Arbeit. Die Treuepflicht ist jedoch eine arbeitsrechtliche Nebenpflicht des Arbeitnehmers, der die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin gegenübersteht. Die Verletzung einer arbeitsrechtli-

chen Nebenpflicht kann aber nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen den Anspruch des Arbeitnehmers auf die Erfüllung der Hauptpflicht durch die Gegenpartei beeinträchtigen. Der Lohn hängt nur von der Erfüllung der Arbeitspflicht ab, nicht von der Qualität der Arbeitsleistung. Eine Verletzung der Treuepflicht kann daher grundsätzlich – die gesetzliche Ausnahme des Art. 329d Abs. 3 OR ausgenommen – nicht zur Ferienlohnverwirkung oder -kürzung führen. Der Arbeitgeberin steht lediglich, sofern der Arbeitnehmer schuldhaft gehandelt hat, ein Schadenersatzanspruch zu (JAR 1985 S. 169; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a N 3 S. 173 mit Verweis auf Aubert, *Quatre cent arrêts sur le contrat de travail*, Lausanne 1984, Nr. 63 und 64; ZK OR - Staehelin, Art. 321a N 4; Geiser, a.a.O., S. 112; Portmann/Wildhaber, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 4. Aufl., Rz. 401 und 404; BK OR - Rehbindler/Stöckli, Art. 329d N 16). Ein Schaden wurde von der Beklagten jedoch in casu nicht behauptet (vgl. Urk. 52 E. III.4). Mithin hatte es der Kläger nicht zu vertreten, dass ihm bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch 24.24 Ferientage zustanden und er hat Anspruch auf eine entsprechende Geldleistung.

3.6. Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ob der Kläger ferienunfähig war respektive ob lediglich eine – kein Hindernis für den Ferienbezug (in der Kündigungsfrist) darstellende (BK OR - Rehbindler/Stöckli, Art. 329d N 16; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b N 10 S. 417 und Art. 329a N 6 S. 647; Emmel, a.a.O., Art. 329d OR N 2; Brühwiler, a.a.O., Art. 329c OR N 6) – arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vorlag.

3.7. Gemäss Kläger berechnet sich die Ferienentschädigung wie folgt: Jahresalar (Fr. 174'120.–) x 8.33% / 20 x Anzahl Tage Ferienguthaben (Urk. 1 Rz. 69). Ausgehend von einem Ferienguthaben von 24.24 Tagen per Ende des Arbeitsverhältnisses ergibt sich somit eine Ferienentschädigung von Fr. 17'579.10 (Fr. 174'120.– x 8.33% / 20 x 24.24; Urk. 54 Rz. 49). Diese Berechnungsart wird von der Beklagten nicht bestritten (vgl. Urk. 62 Rz. 11; Urk. 11 S. 17 f.), womit darauf abzustellen ist. Die eingeklagte Zinshöhe von 5 % sowie der Zinslauf ab dem 14. Oktober 2019, mithin ab Ende des Arbeitsverhältnisses (Art. 339 Abs. 1 OR), wurden ebenfalls nicht bestritten (vgl. Urk. 11; Urk. 62). Damit ist die Berufung

des Klägers gutzuheissen. Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger Fr. 17'579.10 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 14. Oktober 2019 zu bezahlen.

#### IV.

1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Zudem ist über die Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu entscheiden.
2. Die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Entscheidgebühr von Fr. 7'100.– (Urk. 52, Dispositivziffer 3) wurde angesichts des Streitwerts von Fr. 69'382.– (vgl. Urk. 6 S. 2; Urk. 52 E. VIII.1) von den Parteien zu Recht nicht bemängelt (vgl. Urk. 54 S. 2 f.), weshalb sie zu bestätigen ist. Im Verhältnis zum Streitwert vor Vorinstanz von Fr. 69'382.– halten sich Obsiegen und Unterliegen der Parteien ungefähr die Waage. Entsprechend sind die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteient-schädigungen im erstinstanzlichen Verfahren wettzuschlagen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
3. Gemäss Art. 114 lit. c ZPO werden bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– keine Gerichtskosten erhoben. Dies gilt auch für das Rechtsmittelverfahren. Für die Beantwortung der bundesrechtlich durch Art. 114 lit. c ZPO geregelten Frage, ob Gerichtskosten zu erheben sind, ist der Streitwert im Zeitpunkt der Klageeinreichung beim erstinstanzlichen Gericht massgebend (Geiser/Müller/Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., 2019, § 1 N 93). Ein nachträgliches Absinken des Streitwerts unter die Grenze von Fr. 30'001.– führt nicht zur Anwendung von Art. 114 lit. c ZPO. Auch für das Verfahren vor der kantonalen Rechtsmittelinstanz gilt Art. 114 lit. c ZPO nur, wenn der Streitwert der ursprünglichen Klage Fr. 30'000.– nicht übersteigt (vgl. BGE 115 II 30 E. 5b und BGE 100 II 358 E. a [beide zu Art. 343 Abs. 2 und 3 aOR]; ZK OR - Staehelin, Art. 343 N 23 und 27; Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt ZB2021.50 vom 10. April 2022, E. 3.1; Urteil des Appellationsgerichts

Basel-Stadt ZB2019.19 vom 11. Februar 2020, E. 5.1). Im Zeitpunkt der Einreichung der Klage vor Vorinstanz lag der Streitwert über Fr. 30'000.– (vgl. Urk. 1 S. 2, Rz. 75 f.). Folglich ist das Berufungsverfahren nicht kostenlos.

4. Entsprechend dem Ausgang des Berufungsverfahrens hat die Beklagte gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO die Gerichtskosten zu tragen und dem Kläger eine Parteientschädigung zu bezahlen. Der Streitwert der Geldforderung im Berufungsverfahren beträgt Fr. 17'579.10 (Urk. 54 Berufungsantrag Ziff. 2), der Streitwert für die Anpassung der Strafandrohung zur Ausstellung eines Zeugnisses (Urk. 54 Berufungsantrag Ziff. 1) fällt für die Kostenfrage nicht ins Gewicht. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren somit auf Fr. 2'800.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 4 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 2'350.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer (vgl. Urk. 54 S. 3), mithin Fr. 2'530.95, anzusetzen.

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

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, im ordentlichen Verfahren vom 10. Januar 2022 am 24. Mai 2022 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als:
  - die Beklagte verpflichtet wurde, dem Kläger innert zehn Tagen auf ihrem Briefpapier ein Arbeitszeugnis (Vollzeugnis) aus- und zuzustellen,
  - die Klage im Fr. 17'579.10 (zuzüglich Zins zu 5% seit 14. Oktober 2019) übersteigenden Betrag abgewiesen wurde.
2. Das Verfahren wird hinsichtlich des Berufungsantrages Ziff. 1 (Strafandrohung zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses) als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 17'579.10 zuzüglich 5% Zins seit dem 14. Oktober 2019 zu bezahlen.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr (Dispositivziffer 3) wird bestätigt.
3. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden den Parteien je hälftig auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger diesen im Umfang von Fr. 3'550.– zu ersetzen.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Umfang von Fr. 300.– zu ersetzen.

4. Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'800.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Vorschuss von Fr. 2'800.– zu ersetzen.
7. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'530.95 zu bezahlen.
8. 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.

9. 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 Be-

schwerde 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 übersteigt Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 2. Februar 2023

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Huizinga

lic. iur. N. Gerber

versandt am:

Im