

# ZH\_OBERGERICHT LA110007 vom 19. Dezember 2011

ZH Obergericht, 2011-12-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA110007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA110007)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA110007 du 19 décembre 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT LA110007 del 19 dicembre 2011

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien schlossen am 20. April 2010 einen Arbeitsvertrag ab. Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) sollte als stellvertretender Geschäftsführer ("Stellvertreter Geschäftsleiter") des Lokals "... (fortan Bar) für die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) tätig sein. Der Vertragsbeginn wurde rückwirkend auf den 1. April 2010 festgesetzt. Als Probezeit wurden sechs Monate vereinbart. Innert der Probezeit betrug die Kündigungsfrist sieben Tage (Urk. 2/1 Ziffer 1 und 3). Die Bar wurde am 5. Juli 2010 eröffnet (Prot. Vi S. 4; Urk. 6). Mit Schreiben vom 6. August 2010 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis "unter Einhaltung der während der Probezeit üblichen fünf Tage" auf den 13. August 2010 (Urk. 2/2). Gleichentags hatte sie die Kündigung schon mündlich ausgesprochen (Prot. Vi S. 4 und 11). Der Kläger wurde sofort freigestellt (Prot. Vi S. 12). Der Lohn wurde ihm noch bis zum 13. August 2010 bezahlt (Urk. 2/5/3).

### E. 2

Mit der am 28. August 2010 vor der Vorinstanz angehobenen Klage verlangte der Kläger die Bezahlung von ausstehendem Lohn für die Zeit vom 14. August 2010 bis zum 30. September 2010 von Fr. 6'266.70 (brutto), die Bezahlung von Fr. 1'744.20 (brutto) für 62.8 geleistete Überstunden sowie Fr. 14.45 Spesenersatz (Urk. 1; Urk. 1a). Betreffend der Vorbringen der Parteien vor Vorinstanz kann vorerst auf ihre Eingaben im erstinstanzlichen Verfahren sowie die Erwä-

- 4 - gungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (§ 161 GVG/ZH; Prot. Vi S. 3ff.; Urk. 1a; Urk. 6; Urk. 18 S. 3ff.).

### E. 2.1

Trotz der Kostenlosigkeit des Verfahrens ist für beide Instanzen die unterliegende Partei im Rahmen ihres Unterliegens zur Bezahlung einer angemessenen Prozessentschädigung an die obsiegende Gegenpartei zu verpflichten (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH).

### E. 2.2

Die Beklagte wird sowohl für das erst- als auch das zweitinstanzliche Verfahren vollumfänglich entschädigungspflichtig. Keine Partei hat die Höhe der dem Kläger im erstinstanzlichen Verfahren zugesprochenen Entschädigung von Fr. 200.– beanstandet, weshalb sie zu bestätigen ist. Da der Kläger im Berufungsverfahren anwaltlich vertreten ist, berechnet sich die Prozessentschädigung im vorliegenden Verfahren nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (vgl. hierzu auch § 25 der AnwGebV vom

### E. 2.3

Der Kläger hat im Berufungsverfahren ein Armenrechtsgesuch gestellt (Urk. 29 S. 2). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung

- 19 - ist zufolge der Kostenlosigkeit des Verfahrens als gegenstandslos abzuschreiben. Im Weiteren ergibt sich aus den vom Kläger eingereichten Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen, dass er mittellos ist (vgl. Urk. 29 S. 18ff.; Urk. 31/11- 20). Seine Position war nicht aussichtslos und er bedurfte zur gehörigen Führung des Prozesses einer anwaltlichen Vertretung, weshalb ihm für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen ist (§§ 84 Abs. 1 und 87 ZPO/ZH). Entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, die Prozessentschädigung direkt an die Rechtsvertreterin des Klägers zu leisten (§ 89 Abs. 1 ZPO/ZH). Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelrichters am Arbeitsgericht Zürich vom 13. Oktober 2010 am 8. April 2011 in Rechtskraft erwachsen ist, in- soweit a) die Klage im Fr. 6'866.35 netto übersteigenden Betrag abgewiesen wurde, b) die Beklagte dazu verpflichtet wurde, dem Kläger ein Arbeitszeugnis sowie eine Arbeitsbestätigung aus- und zuzustellen sowie die Kündigung schriftlich zu begründen und dem Kläger die Lohnabrechnungen für die Monate April 2010 bis September 2010 zuzustellen. 2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 6'866.35 netto zu bezahlen. 3. Auf den Antrag der Beklagten auf Herausgabe eines Datenträgers wird nicht eingetreten. 4. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Berufungsverfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.

- 20 - 5. Dem Kläger wird für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt. 6. Das erst- und zweitinstanzliche Verfahren sind kostenlos. 7. Das erstinstanzliche Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffer 4) wird bestätigt.

### **E. 3**

Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Darstellung im angefochtenen Urteil verwiesen werden (§ 161 GVG/ZH; Urk. 18 S. 2).

### **E. 4**

Die Vorinstanz hiess die Klage im Umfang von insgesamt Fr. 6'866.35 netto gut; ausstehender Lohn vom 14. August 2010 bis zum 30. September 2010 von Fr. 5'460.20 netto, Entschädigung für geleistete Überstunden von Fr. 1'391.70 netto sowie Spesenersatz von Fr. 14.45. Im Mehrbetrag wies sie die Klage ab. Sodann verpflichtete sie die Beklagte dazu, dem Kläger ein Arbeitszeugnis sowie eine Arbeitsbestätigung aus- und zuzustellen, die Kündigung schriftlich zu begründen und dem Kläger die Lohnabrechnungen für die Monate April 2010 bis September 2010 zuzustellen (Urk. 18).

#### **E. 4.1**

Der Kläger führte anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz an, er habe fixe Arbeitszeiten von 15:00 Uhr bis Mitternacht gehabt. Er habe auch morgens für die Bar gearbeitet. Er habe administrative Arbeiten für den Betrieb erledigt. Wenn die Mitarbeiter ihn angerufen hätten, sei er ab und zu über Mittag zu Stosszeiten in der Bar eingesprungen. Die administrativen Arbeiten habe er zuhause erledigt. Die Arbeiten habe er der Beklagten viel zu selten gemeldet. Es sei vieles auf einer Vertrauensbasis geregelt gewesen. Die Beklagte habe gewusst, dass er viel für den Betrieb arbeite (Prot. Vi. S. 5f.). Die "Stundenauflistung Juli und August 2010" habe er erst für den Prozess erstellt (Prot. Vi. S.

6; Urk. 2/3). Dies gestützt auf die von ihm vorgenommenen Einträge in seine Agenda (Prot. Vi. S. 7; Urk. 8). Im Betrieb habe es keine Arbeitszeitkontrolle gegeben. Die Beklagte habe sich ein Bild über sein Arbeitsvolumen machen können (Prot. Vi. S. 6). In den drei Stunden am Morgen habe er die Lagerbestände geprüft, sich mit Lieferanten getroffen, Ordner zusammengestellt (insbesondere einen Ordner für das Gesundheitsamt), Personalvorbereitungen getroffen und die Einsatzpläne erstellt. Der Kläger bestätigt, dass der hohe administrative Aufwand insbesondere mit der Eröffnung der Bar in Zusammenhang gestanden habe. Der Aufwand hätte sich im Verlauf der Zusammenarbeit verringert (Prot. Vi. S. 14).

#### **E. 4.2**

Die Beklagte brachte vor Vorinstanz vor, sie habe nie Überstunden angeordnet. Das Gegenteil sei der Fall. Der Kläger habe auch Samstags arbeiten wollen. Sie habe ihm gesagt, er solle dies nicht tun, da er ansonsten mehr als 50 Stunden gearbeitet hätte. Die Beklagte verneinte die Frage, ob sie eine Arbeitszeitkontrolle für den Betrieb geführt habe. Sie bestätigte, dass der Kläger in der Regel ab 15:00 Uhr Dienst gehabt habe, sowie das Verbleiben des Klägers in der Bar, wenn es um Mitternacht noch Gäste gehabt habe. In der Regel habe man dann noch geputzt, abgewaschen und etwas zusammen getrunken. An den Samstagen 3. und 10. Juli 2010 habe der Kläger gearbeitet. Die Beklagte bejahte die Frage, dass sie sich bewusst gewesen sei, dass der Kläger vor allem morgens zuhause administrative Arbeiten für die Bar erledigt habe. Ob der Aufwand hierfür durchschnittlich etwa drei Stunden pro Tag betragen habe, könne sie nicht beurteilen. Sie bestätigte weiter, dem Kläger gesagt zu haben, er investiere viel Zeit in die Bar. Auf die Frage, ob sie ihm [dem Kläger] gesagt habe, er solle nicht zu viel

- 15 - arbeiten, führte die Beklagte aus: "Ja, das habe ich. [...]". Ob der Kläger auch einmal im Mittagsdienst eingesprungen sei, wisse sie nicht. Es sei aber gut möglich. Der Kläger habe viel gearbeitet. Auf die Frage, ob ihr bewusst gewesen sei, wie viel der Kläger zuhause gearbeitet habe, führte die Beklagte an, nein, das habe sie nicht gewusst. Sie habe aber Ordner gesehen, die zu erstellen sehr viel Zeit in Anspruch nehmen würden. Konkrete Anweisungen, was er alles zuhause erledigen müsse, habe sie nicht erteilt. Die Arbeit neben den Tätigkeiten vor Ort sei derart aufgeteilt gewesen, dass sie für die kulturellen Veranstaltungen und der Kläger für den Gastrobetrieb verantwortlich gewesen sei. Die Beklagte bestätigte in der Folge, dass der Kläger den Ordner für das Gesundheitsamt sowie die Einsatzpläne für den Service erstellt und sich mit Lieferanten getroffen habe. Ob er jeweils vor 15:00 Uhr in der Bar gewesen sei, wisse sie nicht, da sie erst um 15:00 Uhr gekommen sei. Die Stundenauflistung des Klägers sehe sie heute - anlässlich der Hauptverhandlung - zum ersten Mal (Prot. Vi. S. 8ff.). 5. Aus den Behauptungen der Beklagten vor Vorinstanz ergibt sich keine "unmissverständliche" und damit ausdrückliche Anordnung an den Kläger, keine Überstunden zu leisten (Urk. 24 S. 8f.). Vielmehr hielt die Beklagte den Kläger lediglich dazu an, nicht zu viel zu arbeiten. Die dahingehende Behauptung in der Berufung ist verspätet, da sie bestritten und nicht sofort beweisbar ist (Urk. 29 S. 13). Die Beklagte selbst führte an, die Arbeit neben den Tätigkeiten vor Ort sei derart aufgeteilt gewesen, dass sie für die kulturellen Veranstaltungen und der Kläger für den Gastrobetrieb verantwortlich gewesen seien (Prot. Vi S. 13). Sie bestätigte explizit, dass der Kläger den Ordner für das Gesundheitsamt, welcher mit einem grossen Aufwand verbunden gewesen sei, sowie die Einsatzpläne für den Service erstellt und sich mit Lieferanten getroffen habe (Prot. Vi S. 15). Irgendwann musste der Kläger all diese ihm

zugeteilten Aufgaben erledigen. Die Beklagte behauptet nicht, dies sei während des laufenden Barbetriebes möglich gewesen oder gar dann erfolgt. Sodann wusste die Beklagte, dass der Kläger nach Mitternacht, und damit nach dem Ende seiner Schicht, jeweils noch länger in der Bar verblieb. Sie bestätigte, dass die Arbeitszeit des Klägers teilweise bis um 00:30 Uhr oder 01:30 Uhr gedauert hat (Prot. Vi S. 9). Ihr war bewusst, dass der Kläger jeweils am Morgen administrative Arbeiten zuhause erledigte (Prot. Vi - 16 - S. 9). Damit ist gestützt auf die unbestritten gebliebenen Ausführungen des Klägers sowie die eigenen Angaben der Beklagten erstellt, dass die Beklagte zumindest wissen musste, dass der Kläger Überstunden leistete. Dagegen ist sie nicht mit der notwendigen Konsequenz eingeschritten. So hat sie dem Kläger niemals klar mitgeteilt, er dürfe keine Überstunden mehr leisten. Die Beklagte hat sich nie darum bemüht, den Aufgabenbereich des Klägers derart einzuschränken, dass ihm die Erledigung sämtlicher der ihm zufallenden Aufgaben während seiner normalen Arbeitszeit möglich gewesen wäre. Sie hat es Unterlassen, für eine Entlassung des Klägers, beispielsweise durch die Einstellung einer weiteren Person im Service, zu sorgen. Entsprechend ist ihr der Einwand, die Überstunden seien nicht angeordnet worden oder nicht betriebsnotwendig gewesen, verwehrt. 6. Bezüglich der geltend gemachten Anzahl der geleisteten Überstunden von 62.8 Stunden erwog die Vorinstanz, mangels substantzierter Bestreitung sei auf die Aufstellung des Klägers abzustellen (Urk. 18 S. 7). Dies ist zutreffend. Es kann vorab auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (§ 161 GVG/ZH; Urk. 18 S. 7f.). Aus den vorangehenden Ausführungen ergibt sich so- dann, dass die Beklagte vor Vorinstanz die vom Kläger bereits damals eingereichte Aufstellung sowie die nachgereichten Agendaeinträge nicht im Detail bestritten hat. Gegenteils anerkannte sie, dass der Kläger Mehrarbeit geleistet hat und führte aus, es sei keine Arbeitszeitkontrolle für den Betrieb geführt worden (Prot. Vi S. 8). Die Beklagte hat entgegen ihren Ausführungen in der Berufung vor Vorinstanz keine eigenen Aufzeichnungen eingereicht (Urk. 24 S. 8). Unter diesen Gegebenheiten käme der Zusammenstellung des Klägers sodann Beweiskraft zu. Auf die Abnahme des Beweises konnte und kann jedoch mangels genügend substantzierter Bestreitungen verzichtet werden.

### **E. 4.3**

In der Stellungnahme vom 30. Mai 2011 führte die Beklagte zu den Noven (und nur hierzu wurde Frist angesetzt und nicht zur Erstattung einer Replik; Urk. 32) in der Berufungsantwort an, der Kläger sei vor der Lokaleröffnung am 5. Juli 2010 nur auf Abruf in zeitlich äusserst geringem Umfang und für nebensächliche Arbeiten, welche keine Aufgaben gemäss seiner Funktion betroffen hätten, für sie tätig gewesen. Die Berufung auf die neu eingereichten Protokolle sei verspätet. Bei einer Beachtung der Protokolle sei deren materieller Inhalt unerheblich respektive würde ihre Darstellung, dass die Aufnahme der eigentlichen, entscheidenden Arbeitstätigkeit als stellvertretender Geschäftsführer erst am 5. Juli 2010 erfolgt sei, stützen. Weiter bringt die Beklagte vor, die neu eingebrachten Behauptungen des Klägers bezüglich seiner Berufserfahrung seien verspätet. Bei der "Weinbar" an der ...strasse handle es sich sodann um ein Verkaufsgeschäft und nicht um eine Bar (Urk. 33).

### **E. 5**

Mit Eingabe vom 19. Januar 2011 erhob die Beklagte rechtzeitig die Berufung gegen das vorab in unbegründeter Form ergangene Urteil vom 13. Oktober 2010 (Urk. 9; Urk.16/2;

Urk. 18). Die Berufungsbegründung datiert vom 9. März 2011 (Urk. 24) und die Berufungsantwort vom 8. April 2011 (Urk. 29). Mit Eingabe vom 30. Mai 2011 nahm die Beklagte zu den Noven in der Berufungsantwort Stellung (Urk. 33). Die Stellungnahme wurde am 13. Oktober 2011 dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 36).

### **E. 5.1**

Vor Vorinstanz machte der Kläger mit Eingabe vom 27. August 2010 geltend, er sei bei der Beklagten seit 1. April 2010 als stellvertretender Geschäftsführer angestellt. Das Lokal sei offiziell am 5. Juli 2010 eröffnet worden. In der Zeit vom 1. April 2010 bis zur Eröffnung habe er bei den Vorbereitungen dazu

- 9 - mitgeholfen. Er habe seit dem 1. April 2010 für die Beklagte gearbeitet (Urk. 1a). Anlässlich der mündlichen Hauptverhandlung präzisierte der Kläger seine vom 1. April 2010 bis zum 5. Juli 2010 ausgeübten Tätigkeiten dahingehend, dass er sich hauptsächlich um die Organisation und die Vorbereitungen gekümmert habe. Einerseits habe er "inhouse", also in der Bar, Arbeiten vorgenommen. Andererseits habe er die ganze Organisation inne gehabt (Prot. VI S. 4). Dies bestritt die Beklagte nicht explizit. Vielmehr führte sie aus, sie habe dem Kläger auch für die Zeit vor seiner Anstellung, "also Ende März 20[10], Fr. 1'000.– für seine Bemühungen gegeben" (Prot. VI S. 12). Weiter führte sie an, dass sie für die kulturellen Veranstaltungen verantwortlich gewesen sei und der Kläger für den Gastbereich. Zum Teil habe man auch gemeinsam geplant, Geschirr ausgelesen usw. (Prot. VI S. 13). Die Vorinstanz zog aufgrund der fehlenden Bestreitungen der Beklagten zu Recht den Schluss, es sei rechtsgenügend erstellt, dass der Kläger ab dem 1. April 2010 dem Funktionsbeschrieb im Arbeitsvertrag entsprechend als stellvertretender Geschäftsführer für die Beklagte tätig gewesen sei und die mit dieser Funktion üblicherweise verbundenen Aufgaben wahrgenommen habe (Urk. 18 S. 5). Die Behauptungen des Klägers betreffend seines Aufgabenbereichs mögen eine gewisse Pauschalisierung aufweisen, da sie hingegen unbestritten blieben, mussten sie nicht weiter konkretisiert werden.

### **E. 5.2**

Vor der Berufungsinstanz sind unechte Noven (Noven: tatsächliche Behauptungen, Einreden und Beweismittel) nach § 115 ZPO/ZH nur zuzulassen, wenn sich ihre Richtigkeit aus den Prozessakten ergibt oder sie durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können (Ziffer 2), wenn es sich um Tatsachen handelt, von denen glaubhaft gemacht wird, dass sie trotz angemessener Tätigkeit nicht rechtzeitig angerufen werden konnten (Ziffer 3), sowie wenn es sich um Tatsachen handelt, die das Gericht von Amtes wegen zu beachten hat (Ziffer 4), wobei die in Art. 343 Abs. 4 aOR bundesrechtlich statuierte "soziale Untersuchungsmaxime" in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nicht dazu führt, dass unechte Noven im Rechtsmittelverfahren im Sinne von § 115 Ziff. 4 ZPO/ZH von Amtes wegen zu berücksichtigen und damit unbeschränkt zulässig wären (ZR 101 Nr. 39; ZR 106 Nr. 6). Mithin sind unechte Noven insbesondere dann zuzulassen,

- 10 - wenn sie durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können (§ 115 Ziff. 2 ZPO/ZH).

### **E. 5.3**

Die Beklagte bringt in der Berufung nichts Neues vor, was die vorinstanzlich unbestritten gebliebene und damit erstellte Tatsache, der Kläger sei ab dem 1. April 2010 als ihr

stellvertretender Geschäftsführer tätig gewesen, umstossen würde. Sie hat vor Vorinstanz nicht behauptet, der tatsächliche Wille der Parteien bei Abschluss des Arbeitsvertrages sei dahin gegangen, dass der Kläger erst im "laufenden, geöffneten" Lokal als ihr Stellvertreter agiere. Will sie dies nunmehr aus der Tatsache, dass sie dem Kläger in mehreren Gesprächen mitgeteilt habe, sie wünsche diese lange Probezeit [von sechs Monaten] unbedingt, weil sie bei der wichtigen Funktion des stellvertretenden Geschäftsführers durch eine verlängerte Probezeit die Sicherheit bekommen wolle, dass er der Aufgabe auch gewachsen sei, dies im Hinblick auf seine fehlende Berufserfahrung in der Gastronomie (Urk. 24 S. 3), geht dies schon deshalb fehl, weil diese Behauptungen bestritten (Urk. 29 S. 7), nicht sofort beweisbar und damit verspätet sind. Kommt hinzu, dass sich allein aus diesen Behauptungen nicht belegen liesse, der Aufgabenbereich des Klägers als stellvertretender Geschäftsleiter sei nach dem Willen der Parteien auf Tätigkeiten, welche sich erst im "geöffneten, laufenden" Lokal ergeben würden, beschränkt gewesen. Ein solcher Wille lässt sich auch nicht gestützt auf das Vertrauensprinzip herleiten. Gemäss dem schriftlichen Arbeitsvertrag wurde der Kläger per 1. April 2010 als stellvertretender Geschäftsleiter angestellt. Die Parteien schlossen den Arbeitsvertrag am 20. April 2010 rückwirkend auf den 1. April 2010 ab. Dies obwohl gemäss den (bestrittenen) Ausführungen der Beklagten fest damit gerechnet wurde, die Patenterteilung und damit die Eröffnung der Bar erfolge (erst) per 1. Mai 2010 (Urk. 33 S. 8). Damit musste der Kläger nicht damit rechnen, er werde nach Treu und Glauben erst für das geöffnete Lokal und die damit verbundenen Tätigkeiten als Stellvertreter der Beklagten angestellt. Ein umfassender Stellenbeschrieb besteht denn auch nicht. Ein stellvertretender Geschäftsleiter einer Bar kann den Geschäftsführer auch bei der Organisation und der Erledigung von Arbeiten, welche bis zur Eröffnung der Bar anfallen, vertreten respektive es können Teilbereiche der Organisation an ihn delegiert werden. Eine Beschränkung der Arbeiten des Klägers darauf, den Betrieb

- 11 - der geöffneten Bar zu überwachen, das Personal zu führen, die Bestellungen bei den Lieferanten zu machen und die Gäste zu betreuen (Urk. 24 S. 5), besteht nicht. Auf die vom Kläger eingereichten Protokolle, welche seine zwischen dem 1. April 2010 und dem 5. Juli 2010 erbrachten Leistungen belegen sollen, braucht bei dieser Sachlage an sich nicht weiter eingegangen zu werden (Urk. 29 S. 7ff. und S. 11; Urk. 31/4-10). Gleichwohl sei angefügt, dass sich aus den Protokollen (unbestrittenermassen) ergibt, dass es zwischen dem 1. April 2010 und dem 5. Juli 2010 unter anderem in der Verantwortung des Klägers lag (Urk. 29 S. 7ff. und S. 11; Urk. 33 S. 8ff.), das Sortiment und die Preislisten zu erstellen, die Bestellung des Weins vorzunehmen und die Tapas-Lieferungen zu organisieren. Er war zuständig für die Geschirr-Lieferung, den Sesseltransport sowie den Entwurf und den Druck der Speisekarte. Ihm wurde die Aufgabe übertragen, Billette, Getränke- und Geburtstagskarten zu entwerfen und drucken zu lassen. Er organisierte die Eröffnungsfeier und erstellte das Betriebskonzept. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass der Kläger unter diesen Umständen die Stelle als "stellvertretender Geschäftsleiter" am 1. April 2010 angetreten hat. Keine Rolle spielt in diesem Zusammenhang, ob der Kläger während dieser Zeit voll ausgelastet war bzw. die Beklagte sich aufgrund der verspäteten Patenterteilung und damit der verspäteten Eröffnung der Bar im Annahmeverzug befand. Das Gesetz hat für die Festlegung der Probezeit keine dahingehende Richtlinie aufgestellt, dass auf die effektiv geleistete Arbeitszeit abzustellen wäre, ansonsten Art. 335b Abs. 3 OR, bei dessen Ausnahmefällen auf die effektiv geleistete Arbeitsleistung abzustellen ist und damit die Probezeit verlängert wird, anders formuliert worden wäre. Entsprechend wird

beispielsweise auch bei Teilzeitarbeitsverhältnissen und im Arbeitsverhältnis auf Abruf auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses und nicht auf die effektiv geleistete Arbeitszeit abgestellt (vgl. hierzu Rehbindler, Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Bern 1992, N 4 zu Art. 335b OR; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Zürich/Basel/Genf 2006, N 14 zu Art. 335b OR; Staehelin, Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Zürich 1996, N 4 zu Art. 335b OR).

## **E. 6**

Auf das vorliegende Berufungsverfahren finden weiterhin die Zivilprozessordnung sowie das Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich und die Verfahrensbestimmungen von Art. 343 aOR Anwendung (Art. 404 Abs. 1 ZPO).

### **E. 6.1**

Weiter macht die Beklagte geltend, Art. 335b Abs. 3 OR könne sinngemäss auf den Fall des Annahmeverzuges des Arbeitgebers angewendet werden. Dies liege vorliegend vor, da die Bar erst am 5. Juli 2010 habe eröffnet werden

- 12 - können, weil erst dann die Patenterteilung erfolgt sei (Urk. 24 S. 7). Der Kläger widerspricht dem (Urk. 29 S. 2f.).

### **E. 6.2**

Bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht erfolgt eine entsprechende Verlängerung der Probezeit (Art. 335b Abs. 3 OR). Die Aufzählung der Gründe, welche zu einer Verlängerung der Probezeit führen können, ist abschliessend (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 13 zu Art. 335b OR). Mithin besteht kein Raum für eine Anwendung der Norm auf den Annahmeverzug des Arbeitgebers. Entsprechend kann offen bleiben, ob ein solcher überhaupt vorlag. Da Art. 335b OR aber weder in Art. 361 OR noch in Art. 362 OR aufgezählt wird, kann eine Verlängerung der Probezeit vertraglich für weitere Fälle von Arbeitsabsenzen vorgesehen werden (Rehbindler, a.a.O., N 5 zu Art. 335b OR). Hingegen geht die Lehre davon aus, für derartige Abreden sei die Schriftlichkeit Gültigkeitsvoraussetzung und damit absolut zwingend (vgl. hierzu Staehelin, a.a.O., N 13 zu Art. 335b OR; Rehbindler, a.a.O., N 2 zu Art. 335b OR). Eine schriftliche Vereinbarung fehlt vorliegend, weshalb nicht weiter zu prüfen ist, ob und gegebenenfalls um welche Sachverhalte die Parteien den Katalog von Art. 335b Abs. 3 OR erweitert haben sollen. 7. Da wie vorangehend dargelegt, die Arbeitsaufnahme durch den Kläger am 1. April 2010 erfolgte, kann nicht von einer Verschiebung des Beginns der Probezeit auf den 5. Juli 2010 ausgegangen werden (Urk. 24 S. 7f.).

## **E. 7**

Arbeitsstreitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– unterstehen dem einfachen und raschen Verfahren (§ 53 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO/ZH; Art. 343 Abs. 2 aOR). Der Streitwert der Klage ist unter Fr. 30'000.–. Entsprechend ist das (weitere) Berufungsverfahren nach den Bestimmungen über den Rekurs durchzuführen. Eine Berufungsreplik und -duplik sind nicht einzuholen. Die Erledigung erfolgt durch Beschluss (§ 259 Abs. 2 ZPO/ZH).

- 5 -

### **E. 7.1**

Falls dem Kläger eine Entschädigung für Überstunden zugesprochen werde, beruft sich die Beklagte in der Berufung im Eventualstandpunkt darauf, der Kläger sei während fast zwei Monaten freigestellt worden. In dieser Freistellungszeit seien jedwelche Überstunden als kompensiert zu betrachten. Das Verhältnis der Freistellungszeit und der Überstunden liessen eine Kompensation zu (Urk. 24 S. 11). Dem widerspricht der Kläger (Urk. 29 S. 15).

- 17 -

### **E. 7.2**

Im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber die Überstundenarbeit innert eines angemessenen Zeitraumes durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgleichen (Art. 321c Abs. 2 OR). Die Kompensation von Überstunden durch Freizeit setzt somit die Zustimmung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer voraus. Die Einwilligung ist vom Arbeitgeber zu beweisen und entsprechend zu behaupten. Zuzustimmungserfordernisses kann der Arbeitgeber bei Freistellung die Kompensation der Überstunden nicht ohne weiteres anordnen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 10 zu Art. 321c OR mit Verweis auf BGE 123 III 84). Die Beklagte behauptet nicht, der Kläger habe je in irgendeiner Form sein Einverständnis zur Kompensation erteilt.

### **E. 8**

Die Beklagte wird verpflichtet, Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'930.– zu bezahlen.

### **E. 9**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an den Einzelrichter am Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

### **E. 10**

Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 7'950.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten Art. 44 ff. BGG. Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. M. Reuss Valentini versandt am: mc

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