



3. Abteilung

Geschäft Nr. AN070497/U1

Mitwirkende: Bezirksrichter lic.iur. H. Jucker als Vorsitzender, Arbeitsrichter Dr. R. Dürri und Arbeitsrichterin lic.phil. T. Hofmann sowie die juristische Sekretärin lic.iur. L. Blanc

Beschluss und Urteil vom 16. Oktober 2007

in Sachen

A.,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt X.____

gegen

B. GmbH & Co. KG,

Beklagte

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- " 1. Die Beklagte sei unter Vorbehalt der Nachklage zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 21'298.70 (netto) nebst Zins zu 5 % seit 7. Mai 2007 (mittlerer Verfall) zu bezahlen.
2. Der Beklagten sei unter Androhung von Rechtsnachteilen im Sinne von § 306 ZPO im Unterlassungsfall zu befehlen, die Klägerin ab dem tt.mm.jjjj an den Proben und den Auftritten im Musical „C.____“ in [Ort] wieder teilnehmen zu lassen.

Der Befehl gemäss Ziffer 2 sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gemäss § 110 ZPO superprovisorisch, eventualiter provisorisch anzuordnen.

Alles unter allfälligen Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten."

**Anlässlich der Hauptverhandlung vom 23. August 2007
modifiziertes Rechtsbegehren:**

(Prot. S. 8)

1. Die Beklagte sei unter Vorbehalt der Nachklage zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 21'298.70 (netto) nebst Zins zu 5 % seit 7. Mai 2007 (mittlerer Verfall) zu bezahlen.

Alles unter allfälligen Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.

Das Gericht zieht in Betracht:

I. Unbestrittener Sachverhalt, Prozessgeschichte

1 Die Klägerin ist ausgebildete Musicaldarstellerin. Der Zweck der Beklagten besteht sodann im Wesentlichen in der Erstellung einer oder mehrerer Produktionen des Musicals "C.____" und der Vermarktung dieser Produktionen, insbesondere deren Aufführung in Deutschland, Österreich und in der deutschsprachigen Schweiz (act. 1 S. 3, act. 12).

Die Parteien schlossen am 11. bzw. 15. August 2006 einen "Künstlervertrag", worin sich die Klägerin verpflichtete, in der Theaterproduktion des Musicals

„C.____“ der Zweigniederlassung Zürich der Beklagten verschiedene Rollen zu übernehmen. Der Vertrag sieht dabei in § 2 eine Befristung vom 26. September 2006 bis zum tt.mm.jjjj vor. Ursprünglich vereinbarten die Parteien eine Probezeit bis zum 15. Januar 2007, welche später bis zum 15. Februar 2007 verlängert wurde (act. 1 S. 3; act. 3/2; act. 3/3; Prot. S. 9). Am 26. September 2007 trat die Klägerin vereinbarungsgemäss ihre Arbeitsstelle an. Sie nahm zunächst an den Proben teil und absolvierte daraufhin Auftritte in den ihr zugewiesenen Rollen, wofür sie vertragsgemäss entlohnt wurde (act. 1 S. 4; act. 3/3-10).

Am 1. Februar 2007 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis unter Bezugnahme auf die verlängerte Probezeit auf den 15. Februar 2007 (act. 3/11). Mit Schreiben vom 14. Februar 2007 brachte die Klägerin gegenüber der Beklagten zum Ausdruck, sie halte die Kündigung für unwirksam. Gleichzeitig bot die Klägerin ihre Arbeit an; die Beklagte dagegen erteilte der Klägerin am 16. Februar 2007 ein Hausverbot (act. 1 S. 4, act. 3/12-15, act. 3/16; Prot. S. 7).

2 Mit Eingabe vom 16. Juli 2007 (Datum Poststempel) machte die Klägerin vorliegende Klage mit ersterwähnten Rechtsbegehren hierorts anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 18. Juli 2007 wies der Vorsitzende ein Begehren der Klägerin um Erlass superprovisorischer Massnahmen ab. Die Hauptverhandlung fand am 23. August 2007 statt, anlässlich welcher die Klägerin ihre Rechtsbegehren modifizierte (Prot. S. 8). Im Anschluss an die Hauptverhandlung schlossen die Parteien einen Vergleich mit Widerrufsvorbehalt. Dieser wurde von der Beklagten mit Schreiben vom 27. August 2007 innert Frist widerrufen (act. 15).

3 Der Prozess ist spruchreif.

II. Prozessuales

1 Eine Partei kann selbständig Prozesse führen, soweit sie handlungsfähig ist (§ 27 ZPO). Nicht parteifähig und daher auch nicht prozessfähig ist die Zweigniederlassung; sie bildet, auch wenn sie einen Gerichtsstand zu begründen vermag, mit der Hauptniederlassung eine rechtliche Einheit (Frank/Sträuli/Mess-

mer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N 15 zu §§ 27/28). Daher ist – wie von der Klägerin richtig erkannt – vorliegend die deutsche Hauptniederlassung der Beklagten und nicht etwa deren Zweigniederlassung in Zürich passiv legitimiert.

2 Hinsichtlich der in Ziff. 2 des ursprünglichen Rechtsbegehrens geforderten Weiterbeschäftigung führte die Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung vom 23. August 2007 aus, da sie per 3. September 2007 eine neue Arbeit gefunden habe und der vorliegende Rechtsstreit bis zu diesem Zeitpunkt nicht rechtskräftig entschieden wäre, sei das entsprechende Massnahmebegehren gegenstandslos geworden (act. 1 S. 2, act. 13/2; Prot. S. 7 f.).

Der Prozess ist somit insoweit als gegenstandslos geworden erledigt abzuschreiben.

III. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

1.1. Die Klägerin fordert von der Beklagten den Betrag von Fr. 21'298.70 netto im Wesentlichen mit der Begründung, auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen dürfe die Probezeit maximal drei Monate betragen. Da das Arbeitsverhältnis am 26. September 2006 begonnen habe, sei die Probezeit am 26. Dezember 2006 abgelaufen. Am 1. Februar 2007 habe ihr somit nicht mehr gekündigt werden können (act. 1 S. 7 f.).

Weiter sei die Kündigung vom 1. Februar 2007 formungültig ausgesprochen worden, da die beiden Unterzeichnenden – D.____ und E.____ – für die Zweigniederlassung Zürich der Beklagten gar nicht zeichnungsberechtigt seien (Prot. S. 8).

1.2. Die Beklagte beantragt demgegenüber die Abweisung der Klage. D.____ sei durch F.____ und G.____ bevollmächtigt gewesen, im Bereich des Tagesgeschäfts mit Einzelunterschrift für die Zweigniederlassung Zürich der Beklagten zu handeln, weshalb die Kündigung formell korrekt und rechtsgültig erfolgt sei (Prot. S. 8).

Weiter stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, die in Art. 335b Abs. 2 OR statuierte Maximaldauer von drei Monaten gelte lediglich für unbefristete Arbeitsverhältnisse. Die Kündigung vom 1. Februar 2007 sei daher innerhalb der gültig vereinbarten bzw. verlängerten Probezeit erfolgt, weshalb das Arbeitsverhältnis per 15. Februar 2007 geendet habe (Prot. S. 9).

2.1. Gemäss Art. 334 Abs. 1 OR endet ein befristetes Arbeitsverhältnis ohne Weiteres mit Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer, wobei es keiner Kündigung bedarf. Ist keine Kündigungsfrist vereinbart worden, so kann der echte befristete Vertrag nicht durch ordentliche Kündigung beendet werden. Auf den befristeten Vertrag gelangen sodann die Vorschriften über die Probezeit nur dann zur Anwendung, wenn die Parteien beim Vertragsschluss eine Probezeit ausdrücklich vereinbaren (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., N 4 zu Art. 334 OR).

Die Probezeit kann dabei auf höchstens drei Monate festgesetzt werden. Eine Verlängerungsvereinbarung über drei Monate hinaus ist grundsätzlich rechtswidrig und teilnichtig, weshalb sie auf drei Monate zu reduzieren ist (vgl. Art. 335b Abs. 2 OR; BGE 109 II 449 E. 2b; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 und 14 zu Art. 335b OR). Mit der Festlegung einer dreimonatigen Maximaldauer beabsichtigte der Gesetzgeber das Missbrauchsrisiko, welches der Möglichkeit einer Probezeitverlängerung immanent ist, zu beschränken. Trotz entgegenstehender Gesetzsystematik gilt diese Maximaldauer aufgrund gesetzgeberischer Absicht auch bei befristeten Verträgen, die vertraglich eine Probezeit vorsehen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 335b OR mit zahlreichen Hinweisen; BK-Rehbinder, N 9 zu Art. 334 OR).

2.2. Gemäss § 2 Abs. 2 des Künstlervertrages vereinbarten die Parteien eine Probezeit bis zum 15. Januar 2007, mithin von rund dreieinhalb Monaten. Die Klägerin hat die Arbeit unbestrittenermassen vertragsgemäss am 26. September 2006 angetreten, weshalb die Probezeit zwingend am 26. Dezember 2006 endete. Daran vermag auch die spätere Verlängerung der Probezeit um einen weiteren Monat nichts zu ändern, kann zwischen denselben Parteien die Probezeit nur einmal während drei Monaten laufen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 335b

OR). Der Arbeitsvertrag sieht zudem nach Ablauf der Probezeit keine weitere Kündigungsmöglichkeit vor, sodass das Kündigungsschreiben der Beklagten vom 1. Februar 2007 die rechtsgültige Beendigung des Arbeitsverhältnisses mittels ordentlicher Kündigung während der Probezeit nicht mehr herbeiführen konnte.

3 Da die Klägerin mit der vorliegenden Klage (einstweilen, nur und unter dem Vorbehalt der Nachklage) den Lohn bis Ende Juni 2007 fordert, braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob die Beklagte mit ihrer (unzulässigen) Kündigung die Option auf eine spielfreie (und nicht entlohnte) Zeit der Klägerin ab 1. Juli 2007 ausgeübt hat und welches die Tragweite der fraglichen Option ist (§ 2 des Künstlervertrages, act. 3/2).

Weiter erübrigen sich Ausführungen zur Vertretungsmacht von D.____, da der Künstlervertrag wie oben ausgeführt nach dem 26. Dezember 2006 ohnehin nicht mehr gekündigt werden konnte.

IV. Im Quantitativen

1 Lohn ist grundsätzlich nur dann geschuldet, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt. Ein Arbeitgeber gerät indes gemäss Art. 324 OR unter anderem in Annahmeverzug, wenn er die vom Arbeitnehmer korrekt angebotene Arbeit nicht annimmt. Die Folge ist, dass der Arbeitgeber, der sich im Annahmeverzug befindet, zur Lohnzahlung verpflichtet bleibt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet wäre. Um den Annahmeverzug des Arbeitgebers herbeizuführen, muss der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung mündlich, schriftlich oder tatsächlich anbieten (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 9 zu Art. 324 OR). Bei der Berechnung der geschuldeten Lohnforderung muss sich der Arbeitnehmer sodann auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat (Art. 324 Abs. 1 OR).

2 Mit Schreiben vom 14. Februar 2007 hat die Klägerin ihre Arbeitsleistung der Beklagten nach deren Kündigungsschreiben vom 1. Februar 2007 aus-

drücklich weiterhin angeboten (act. 3/12). Diese verweigerte allerdings deren Annahme, indem die Klägerin einerseits ihren "C. ___-Pass" sowie den Schlüssel Nr. 52 zurückgeben musste und andererseits die Beklagte der Klägerin ein Hausverbot erteilte (act. 3/13-14). In der Folge bemühte sich die Klägerin darum, eine neue Stelle im angestammten Berufsfeld zu finden. Im eingeklagten Zeitraum von Februar bis und mit Juni 2007 arbeitete die Klägerin von März bis Mai 2007 als Aushilfe im Stundenlohn im [Geschäft] H. ___ und probte im Juni 2007 für eine Aufführung in Wien, welche jedoch aufgrund der schlechten Witterung abgesagt werden musste. Zudem bemühte sie sich unbestrittenermassen um eine Beschäftigung im angestammten beruflichen Umfeld (act. 1 S. 4-6, act. 3/15-16, act. 13/3-4; Prot. S. 7).

Aufgrund der Nichtannahme der korrekt angebotenen klägerischen Arbeitsleistung befindet sich die Beklagte somit im Gläubigerverzug und sie ist im Sinne von Art. 324 OR zur Lohnzahlung verpflichtet. Die Klägerin hat sich dabei anderweitig erzielte Einkünfte anrechnen zu lassen.

3 Die Beklagte gab an, die eingeklagte Summe an sich – insbesondere deren Berechnung –, sei für sie nachvollziehbar und bereite ihr keine Probleme. Dementsprechend bestritt die Beklagte den Betrag an sich jedenfalls nicht in substantiiertes Art und Weise, sondern hielt lediglich an der Gültigkeit der ausgesprochenen Kündigung fest (Prot. S. 10 f. und 14).

War aber – entgegen der Betrachtungsweise der Beklagten – eine Kündigung am 1. Februar 2007 nicht mehr möglich und hat die Klägerin die Beklagte umgehend in Verzug gesetzt, ist die Beklagte folgerichtig zu verpflichten, der Klägerin Fr. 21'298.70 netto zu bezahlen. Der Forderungsbetrag ist ab 7. Mai 2007 – wie von der Klägerin gefordert – mit 5 % zu verzinsen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Gesamtstreitwert beläuft sich auf etwa Fr. 35'300.– brutto. Dieser besteht einerseits aus Fr. 21'298.70 netto bzw. (unter Berücksichtigung von 6.05 %

AHV/AIV sowie 8.59 % Quellensteuer Tarif A0) rund Fr. 25'000.– brutto an Lohnfortzahlungen; andererseits ist das Massnahmebegehren um Weiterbeschäftigung der Klägerin für die Zeit vom 14. August 2007 bis zum 30. September 2007 (entsprechend 1 ½ Monatslöhne à Fr. 5'854.20 netto bzw. Fr. 6'858.25 brutto [vgl. act. 1 S. 4]) mit einem Streitwert von ca. Fr. 10'300.– brutto zu quantifizieren. Das Verfahren ist somit kostenpflichtig.

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen richten sich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (§ 68 in Verbindung mit § 64 ZPO). Die Klägerin obsiegt mit einem Betrag von rund Fr. 25'000.–. Soweit der Prozess im Streitwert von Fr. 10'300.– als gegenstandslos geworden erledigt abzuschreiben ist, ist dagegen vom mutmasslichen Unterliegen der Klägerin mit den entsprechenden prozessualen Nebenfolgen zu ihren Lasten auszugehen (vgl. dazu die Präsidialverfügung vom 18. Juli 2007; Frank/Sträuli/Messmer, N 1 zu § 65 ZPO). Die Klägerin obsiegt somit zu rund fünf Siebtel, unterliegt aber im übrigen. Die Gerichtskosten sind daher zu fünf Siebtel der Beklagten und zu zwei Siebtel der Klägerin aufzuerlegen.

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine auf drei Siebtel reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen, antragsgemäss zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer (act. 1 S. 2).

Das Gericht beschliesst:

1. Mit Bezug auf die Rechtsbegehren Ziff. 2 wird der Prozess als gegenstandslos geworden erledigt abgeschlossen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden mit nachstehendem Urteil geregelt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachstehendem Urteil.
4. Ein Rekurs gegen diesen Beschluss kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich, im Doppel und unter Beilage des Entscheides dem Ober-

gericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8023 Zürich, eingereicht werden. In der Rekurschrift sind die Rekursanträge zu stellen und zu begründen.

und erkennt sodann:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 21'298.70 netto zuzüglich 5 % Zins seit 7. Mai 2007 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	3160.00	;	die weiteren Kosten betragen:
Fr.	352.00		Schreibgebühren
Fr.	114.00		Zustellgebühren
Fr.	60.00		Vorladungsgebühren
<hr style="border: 0.5px solid black;"/>			
Fr.	3686.00		Total
3. Die Kosten werden zu 2/7 der Klägerin und zu 5/7 der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 2'400.– (zuzüglich 7.6 % MWSt) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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 Vorsitzende:

Die juristische Sekretärin:

Das Urteil wurde auf Berufung der Beklagten hin vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 5. November 2008 (LA070039) bestätigt.