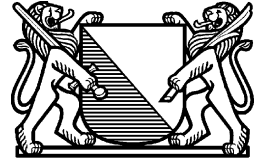


Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA110009-O/Z01

I. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichter Dr. G. Pfister, Präsident i.V., sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. B. Häusermann

Verfügung vom 17. Februar 2011

in Sachen

A. AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch

gegen

B.,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (provisorische Wiedereinstellung),
aufschiebende Wirkung**

**Berufung gegen einen Beschluss des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung,
vom 18. Januar 2011**

Erwägungen:

1. Mit Beschluss des Arbeitsgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 18. Januar 2011 wurde u.a. Folgendes angeordnet.

1. Das Begehren um provisorische Wiedereinstellung der Klägerin während der Dauer des Verfahrens wird gutgeheissen und die Klägerin per 1. Dezember 2010 bei der Beklagten wiedereingestellt.

Der Beschluss wurde am 24./25. Januar 2011 versandt/zugestellt.

Mit Eingabe vom 4. Februar 2011 stellte die Beklagte folgende Begehren:

Rekursanträge:

1. Der Beschluss (...) vom 18. Januar 2011 sei aufzuheben.
2. Das Gesuch um provisorische Wiedereinstellung der Klägerin für die Dauer des Verfahrens sei abzuweisen.
3. Eventualiter sei das Verfahren zur Durchführung des Beweisverfahrens und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Prozessanträge:

4. Dem Rekurs sei aufschiebende Wirkung zu erteilen.
5. Es sei festzustellen, dass auf Zwischenentscheide das bisherige Verfahrensrecht gemäss Art. 404 ZPO anwendbar sei.
6. Es seien die Prozessakten der Vorinstanz beizuziehen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

2. a) Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Wird der Entscheid ab dem 1. Januar 2011 eröffnet, kommt im Instanzenzug die neue Rechtsmittelordnung gemäss ZPO zur Anwendung. Dies gilt jedenfalls für Sach- und Prozessurteile, die eine Instanz abschliessen. Vorsorgliche Massnahmen sind unter dem Aspekt von

Art. 405 ZPO als eigenständige Verfahren zu behandeln, sofern sie unabhängig vom Hauptprozess beurteilt werden können (vgl. ZPO-Kommentar Dike, Online Version, Schwander, N 107 zu Art. 405). Massnahmeentscheide werden als eigene, von End- oder Zwischenentscheiden verschiedene Entscheidart betrachtet (ZPO-Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Zürich [etc.] 2010, Reetz/Theiler, N 33 f. zu Art. 308).

Bei der provisorischen Wiedereinstellung einer Arbeitnehmerin gestützt auf Art. 10 Abs. 3 GIG handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme auf positive Leistung im Sinne von Art. 262 ZPO (BSK-ZPO, Basel 2010, Sprecher, N 7 zu Art. 262). Darüber wurde mit dem angefochtenen Beschluss vom 18. Januar 2011 unabhängig vom Hauptprozess entschieden. Mit dem angefochtenen Entscheid wird das Verfahren des Arbeitsgerichts indes nicht erledigt. Es fragt sich daher, ob das Verfahren des Obergerichts den neuen oder den alten Regeln für das Rechtsmittel unterstehen soll (Art. 405 Abs. 1 ZOP). Die beiden Zivilkammern des Obergerichts haben sich in einem Gedankenaustausch darauf verständigt, auf nach dem 1. Januar 2011 eröffnete Zwischenentscheide die Rechtsmittel des neuen Rechts anzuwenden. Sie folgen damit nicht im Einzelnen der Begründung, aber doch im Ergebnis der Auffassung von T. Domej im KuKo ZPO, N 3 zu Art. 405 (für Tragweite und Grenzen der Anwendung der neuen Rechtsmittel vgl. den Entscheid NK100014 vom 12. Januar 2011, publiziert unter [www.gerichte.zh.ch / Aktuelles / Entscheide neue ZPO / Rechtsmittelverfahren, Art. 404](http://www.gerichte.zh.ch/Aktuelles/Entscheide%20neue%20ZPO/Rechtsmittelverfahren,%20Art.%20404)). Damit ist für das Verfahren vor Obergericht die Schweizerische Zivilprozessordnung anzuwenden.

b) Das zulässige Rechtsmittel ist die Berufung im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO. Die Beklagte hat mit ihrem Rekurs somit nicht das zutreffende Rechtsmittel erhoben, weshalb sich die Frage stellt, ob das unzutreffende Rechtsmittel als das zulässige (andere) Rechtsmittel entgegengenommen werden kann. Dies erscheint in der vorliegenden Konstellation ausnahmsweise als zulässig, zumal die Vorinstanz in ihrer Rechtsmittelbelehrung auf die Möglichkeit eines Rekurses hingewiesen hat (Disp.-Ziff. 5). Eine Berufung wäre auch innert zehn Tagen seit der Zustellung des angefochtenen Entscheides schriftlich und begründet einzurei-

chen gewesen (Art. 311 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Die Rechte der Gegenpartei werden damit nicht beeinträchtigt. Im Übrigen hätte sich angesichts der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz ansonst die Frage der Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist gestellt. Damit rechtfertigt sich, eine Konversion zuzulassen und die Rechtsschrift der Beklagten als Berufung entgegenzunehmen. Der erforderliche Streitwert von mindestens Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist ohne Weiteres als gegeben zu betrachten.

3. Ein Anspruch auf Feststellung des anwendbaren Verfahrensrechts (entsprechend den Prozessanträgen der Beklagten, Ziff. 5) besteht nicht.

4. a) Die Berufung gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen hat keine aufschiebende Wirkung (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO). Die Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen kann ausnahmsweise aufgeschoben werden, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 315 Abs. 5 ZPO). Zuständig für diesen Entscheid ist der Vorsitzende der Kammer bzw. dessen Stellvertreter (Art. 124 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 31 der Verordnung über die Organisation des Obergerichts).

b) Die Beklagte begründet ihr Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung, das einem Gesuch um Aufschub der Vollstreckung der angeordneten Massnahme gleichkommt, damit, dass die Position der Klägerin mittlerweile infolge einer Umstrukturierung eliminiert worden sei und es keinen Rechtsdienst der Beklagten in der Schweiz mehr gebe. Die Klägerin habe ihr mitgeteilt, sie habe zur Kenntnis genommen, dass ihr Arbeitsplatz nicht mehr existiere. In der organisatorischen Übersicht des Rechtsdienstes sei die Klägerin 2009 als Manager aufgelistet und 2010 als Arbeitnehmer ohne eigenes Team; 2011 fehle sie vollständig. Müsste sie der Klägerin das Salär von aktuell Fr. 15'498.34 monatlich überweisen, bedeutete dies eine erhebliche finanzielle Einbusse, insbesondere da die Klägerin keine Gegenleistung erbringe.

Durch den Umstand, dass die Klägerin in einer Übersicht des Rechtsdienstes der Beklagten nicht mehr aufgeführt wird, ist nicht belegt, dass der Arbeitsplatz der Klägerin nicht mehr existiert bzw. die Klägerin nicht mehr gewinnbringend weiter-

beschäftigt werden könnte. Die Beklagte kann sich der vorsorglichen Regelung - jedenfalls unter der Optik der Frage, ob die Vollstreckung der vorsorglichen Massnahme im Sinne von Art. 315 Abs. 5 ZPO ausnahmsweise aufzuschieben sei - sodann nicht einfach entziehen mit der Behauptung, es bestehe kein Arbeitsplatz bzw. kein Bedarf mehr für die Klägerin. Selbst wenn die Klägerin nicht mehr weiterbeschäftigt werden könnte, so entsteht der Beklagten dadurch nicht ohne Weiteres ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil. Ein solcher resultierte allenfalls dann, wenn die Lohnzahlungen für die Dauer der provisorischen Wiedereinstellung von der Klägerin nicht mehr zurückgefordert und erhältlich gemacht werden könnten, was von der Beklagten nicht geltend gemacht wird. Das Gesuch ist deshalb abzuweisen.

5. Schliesslich ist im Sinne von Art. 312 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO Frist zur Berufungsantwort anzusetzen. Diese Frist von zehn Tagen ist als gesetzliche Frist nicht erstreckbar (Reetz/Theiler, a.a.O., N 20 zu Art. 312 und N 13 zu Art. 314 ZPO).

Es wird verfügt:

1. Das von der Beklagten gestellte Gesuch, die Vollstreckung des Beschlusses des Arbeitsgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 18. Januar 2011 sei aufzuschieben, wird abgewiesen.
2. Der Klägerin und Berufungsbeklagten wird eine einmalige Frist von 10 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um die Berufung schriftlich im Doppel zu beantworten.

Unterbleibt die Beantwortung, wird das Verfahren ohne die Berufungsantwort weitergeführt (Art. 147 ZPO).

Eine Anschlussberufung ist unzulässig (Art. 314 Abs. 2 ZPO).

3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

4. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen Disp.-Ziff. 1 dieses Entscheides 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. B. Häusermann

versandt am: