

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA120020-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur.
M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 20. Dezember 2012

in Sachen

A._____ GmbH,
Beklagte und Berufungsklägerin

gegen

B._____,
Kläger und Berufungsbeklagter

betreffend **Forderung / Zeugnis**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom
27. März 2012 (AH120054)**

Erwägungen:

1. Am 2. März 2012 ging die Klage des Klägers und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) betreffend Lohnforderung und Zeugnis unter Beilage der Klagebeurteilung des Friedensrichteramtes C._____ vom 16. Februar 2012 bei der Vorinstanz ein (Urk. 1 f.). Nach Durchführung der Hauptverhandlung erging am 27. März 2012 – zunächst in unbegründeter, hernach auf Verlangen der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) in begründeter Form (Urk. 9; Urk. 11-19) – folgendes Urteil (Urk. 22B S. 7 f.):

- "1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr.12'145.– netto (Fr. 14'625.– netto abzüglich Miete von Fr. 2'480.–) zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, Fr. 9'360.– des genannten Betrages auf das Konto ... der Sozialen Dienste der Stadt Zürich zu überweisen, mit dem Vermerk "B._____, Lohnforderungen" und "PN-Nr. ...".
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger ein Zwischenzeugnis über Leistung und Verhalten aus- und zuzustellen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, die Kündigung zu begründen.
5. Es werden keine Kosten erhoben.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Umtriebsentschädigung von Fr. 200.– zu bezahlen.
7. (Schriftliche Mitteilung).
8. (Rechtsmittel: Berufung, 30 Tage)."

2. Hiergegen hat die Beklagte – zunächst per Fax, hernach innert Frist auf postalischem Wege – mit Schreiben vom 28. Juni 2012 rechtzeitig Berufung erhoben mit folgenden Anträgen (Urk. 21B S. 2):

- "1. Es sei festzustellen, dass das Gerichtsverfahren nicht ordnungsgemäss durchgeführt wurde und daher ordnungsgemäss zu wiederholen ist.
2. Es sei festzustellen, dass D._____ GmbH in ... in Bezug auf Leistungsansprüche der Bar ..., ... [Adresse], nicht passiv legitimiert ist.

3. Es seien die Forderungen des Arbeitnehmers mit den ebenso hohen Forderungen der Arbeitgeberin ordnungsgemäss zu verrechnen.
4. Es sei Dispositiv 1 "In teilweiser Guttheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 12'145.– netto (Fr. 14'625.– netto abzüglich Miete von Fr. 2'480.–) zu bezahlen" von Amtes wegen innert 10 Tagen nach Eingang dieser Rechtsschrift zu widerrufen.
5. Es sei Dispositiv 2 "Die Beklagte wird verpflichtet, Fr. 9'360.– des genannten Betrages auf das Konto ... der Sozialen Dienste der Stadt Zürich zu überweisen, mit dem Vermerk "B._____, Lohnforderungen" und "PN-Nr. ..." von Amtes wegen innert 10 Tagen nach Eingang dieser Rechtsschrift zu widerrufen.
6. Es sei Dispositiv 3 "Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger ein Zwischenzeugnis über Leistung und Verhalten aus- und zuzustellen" von Amtes wegen innert 10 Tagen nach Eingang dieser Rechtsschrift zu widerrufen.
7. Es sei Dispositiv 4 "Die Beklagte wird verpflichtet, die Kündigung zu begründen" von Amtes wegen innert 10 Tagen seit Eingang dieser Rechtsschrift zu widerrufen.
8. Es sei Dispositiv 6 "Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Umtriebsentschädigung von Fr. 200.– zu bezahlen" von Amtes wegen innert 10 Tagen nach Eingang dieser Rechtsschrift zu widerrufen.

3. Mit Schreiben vom 17. November 2012 teilte die Beklagte mit, dass die Gesellschaft D.____ GmbH neu A.____ GmbH heisse (Urk. 24; Urk. 25). Mit Verfügung vom 5. Dezember 2012 wurde das Rubrum entsprechend geändert (Urk. 28).

4.1 Vor Vorinstanz erschien E.____ namens und mit Vollmacht für die Beklagte (Prot. I S. 3; Urk. 6). Die Vorinstanz liess diesen als Vertreter unter Hinweis auf Art. 68 ZPO nicht zu, nachdem er erklärt hatte, dass er weder Organ noch Angestellter der Beklagten sei. Schliesslich wollte E.____ auch keine Angaben zu seinem Beruf und seiner Funktion für die Beklagte machen (Urk. 22B S. 4, Prot. I S. 3).

4.2 Dieses Vorgehen wird von der Beklagten im Berufungsverfahren wie folgt beanstandet: Unter dem Titel "B.2 Ablauf der Gerichtsverhandlung vom 27. März 2012 von 14.05 bis 14.40" hält die Beklagte folgendes fest:" Richter ...

fragt nach E. _____ als Vertreter der D. _____ GmbH, Angestellt? Aussenstehende nur "patentierete" Rechtsanwälte → D. _____ GmbH gilt als nicht vertreten → Verhandlung ist öffentlich → E. _____ darf hinten im Publikum Platz nehmen.

D. _____ GmbH war beim Friedensrichter nicht vertreten." (Urk. 21B S. 3). Unter dem Titel "B.3 Rechtliche und widerrechtliche Würdigung" wird sodann ausgeführt, dass die Nichtberücksichtigung der Voten der rechtmässig vertretenen Arbeitgeberin eine Verweigerung des Rechtsweges gemäss Bundesverfassung Art. 29 Abs. 2 darstelle (Urk. 21B S. 5).

4.3.1 Im Rahmen der Berufungsbegründung ist darzulegen, weshalb die in der Berufungsschrift aufgeführten Berufungsanträge gestellt werden und gestützt auf welche Sachverhaltselemente und Rechtsgrundlagen sich diese Berufungsanträge rechtfertigen. Die Begründung eines Rechtsmittels hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Der Berufungskläger hat sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann die geltend gemachten Punkte zu prüfen. Sie hat nicht von sich aus den erstinstanzlichen Entscheid auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Partei gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage (Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhrer/Leuenberger, ZPO-Komm., Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 311 N 36). Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Berufungsbegründung mit den entsprechenden Rügen grundsätzlich den Umfang der Prüfungsbefugnis und der Prüfungspflicht der Berufungsinstanz umschreibt. Die Berufungsinstanz kann die gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüfen und sie muss sie auch überprüfen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 310 N 5 f.). Dabei ist sie aufgrund der umfassenden Überprüfungsbe-
fugnis nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen.

4.3.2 Mit ihren Ausführungen setzt sich die Beklagte in keiner Weise mit der vorinstanzlichen Erwägung auseinander, wonach E. _____ als Vertreter unter

Hinweis auf Art. 68 ZPO nicht zugelassen werde (Urk. 21B S. 4). Es kann vorab auf diese zutreffende Erwägung verwiesen werden (Urk. 21B S. 4 Erw. 2.2): Nach Art. 68 ZPO sind zur berufsmässigen Vertretung grundsätzlich in allen Verfahren nur noch Anwältinnen und Anwälte befugt. Nach Art. 68 Abs. 2 lit. b, c und d ZPO sind zwar Ausnahmen vorgesehen, sofern das kantonale Recht solche vorsieht. Das zürcherische Anwaltsgesetz sieht dies in der neuen Fassung von § 11 AnwG für beruflich qualifizierte Vertreterinnen und Vertreter vor Miet- und Arbeitsgerichten bei Streitwerten bis zu Fr. 30'000.- vor. Die Beklagte legt nicht in ausreichend substantiierter Form dar, dass E. _____ unter die Bestimmungen von Art. 68 Abs. 2 lit. a oder d ZPO fallen würde. Sodann macht sie nicht geltend, dieser hätte ihn vertreten, weshalb er auch als solcher nicht berufsmässig hätte zugelassen werden müssen. Sie hält lediglich fest, rechtmässig vertreten gewesen zu sein. Mit dieser Aussage allein kommt die Beklagte ihrer Obliegenheit, die Behauptungen in der Berufungsschrift bestimmt und vollständig aufzustellen, nicht rechtsgenügend nach. Es ist nicht Sache der Berufungsinstanz, die massgeblichen Tatsachenbehauptungen zu ergründen. Aufgrund der Angaben von E. _____, wonach er für die Beklagte die Korrespondenz und Büroarbeiten erledige, aber nicht ihr Angestellter und kein patentierter Rechtsanwalt sei (Prot. I S. 3), ist mit dem Vorderrichter vielmehr davon auszugehen, dass E. _____ gemäss Art. 68 ZPO nicht zur Vertretung befugt war.

4.3.3 Den Parteien war schon in der Vorladung zur Hauptverhandlung angezeigt worden, dass die berufsmässige Vertretung Anwälten vorbehalten sei, im vereinfachten Verfahren überdies nur noch Angestellte von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen als Vertreter vor Gericht auftreten dürften und die berufsmässige Vertretung durch Nichtanwälte (auch Treuhänder) in jedem Falle ausgeschlossen sei (Urk. 4 S. 2). Nichterscheinen zu einem gerichtlichen Termin bzw. Nichtbeachtung einer gerichtlichen Vorladung führt zur Säumnis der betreffenden Partei (Art. 147 Abs. 1 ZPO). Dem Nichterscheinen gleichzusetzen ist, wenn an Stelle der Partei eine zur Prozessvertretung nicht befugte Person erscheint (BSK ZPO I-Gozzi, N 8 zu Art. 147 ZPO, KUKO-Hoffmann/Nowotny, N 1 zu Art. 147 ZPO, je mit Verweis auf Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, N 1a zu Art. 283 ZPO/BE). Nach dem in Erw. 4.3.2 Ausgeführten war Letzteres hier der

Fall. Damit kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, die Beklagte sei der Hauptverhandlung unentschuldigt ferngeblieben (Urk. 22B S. 4).

5.1 Weiter äussert sich die Beklagte eingehend zur Sache, ohne indes darzulegen, warum diese Vorbringen im Berufungsverfahren noch zuzulassen wären (Urk. 21B S. 2 ff.).

5.2 Die Beklagte hält offensichtlich dafür, sie könne jegliche Noven auch noch im Berufungsverfahren einbringen, weil der Sachverhalt in den "übrigen" arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– von Amtes wegen festzustellen ist (vgl. Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO). Mit dieser Problematik unter der Herrschaft der Schweizerischen Zivilprozessordnung bzw. nach deren Inkrafttreten hat sich die Kammer bereits mehrfach auseinandergesetzt und entschieden, dass in zweiter Instanz Noven nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind, dies auch dann, wenn der Sachverhalt wie im vorliegenden Fall im Sinne des sozialen Untersuchungsgrundsatzes von Amtes wegen festzustellen ist (vgl. dazu ZR 110 Nr. 96, m.w.H., insb. den dortigen Hinweis auf BGE 107 II 233 Erw. 3 und BGE 118 II 50 Erw. 2a). Mit Entscheid der Kammer vom 27. März 2012 (ZR 111 Nr. 35) wurde die analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO für das Berufungsverfahren verworfen. Das Bundesgericht bestätigte diese Rechtsprechung in seiner Entscheid vom 28. August 2012 und hielt fest, dass Art. 317 ZPO auch in Verfahren gelte, in denen der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen habe (BGer 4A_228/2012, zur Publikation vorgesehen). Dieser Praxis folgend sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Beklagte macht nirgends geltend, dass diese Voraussetzungen erfüllt wären. Daher sind ihre mit der Berufung in das Verfahren eingebrachten Noven unzulässig und nicht zu beachten.

6.1 Schliesslich rügt die Beklagte unter dem Titel "B.3 Rechtliche und widerrechtliche Würdigung", dass sich grundsätzlich die Frage stelle, ob der Vorderrichter als Einzelrichter geduldet werden könne und ob das Gerichtsverfahren den Prinzipien der Schweizer Rechtsprechung entspreche, da er den Arbeitnehmer (Kläger) während der Verhandlung nach Hause geschickt habe, um nicht gerichtsrelevante Akten zu holen. Damit habe der Gerichtsprozess nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden können (Urk. 21B S. 5).

6.2 Für die vorliegende Klage kommt das vereinfachte Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO zur Anwendung. Dabei ist das Gericht nach Art. 246 ZPO gehalten, das Verfahren so rasch und einfach wie möglich zu fördern, damit die Streitsache möglichst am ersten Termin erledigt werden kann. Dabei kann die Prozessförderung auch mittels sofortiger Beweisabnahme erreicht werden (A. Brunner in: DIKE-Komm.-ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 246 N 2 f.). Hierbei ist es auch zulässig, die Hauptverhandlung zum Einholen von Urkunden etc. zu unterbrechen. Entsprechend ist nicht einzusehen, inwiefern das vorinstanzliche Verfahren nicht ordnungsgemäss durchgeführt worden sein soll. Im Übrigen handelt es sich auch nicht um nicht-gerichtsrelevante Akten, waren die Quittungen über bereits bezahlte Mietzinse doch notwendig, um eruieren zu können, wie viele von den bislang vom Lohn abgezogenen Mietzinse bereits vorab beglichen worden waren (Prot. I S. 8 ff.; Urk. 3/2).

7. Damit erweist sich die Berufung als offensichtlich unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist abzuweisen.

8.1 Gemäss Art. 114 lit. c ZPO ist das Verfahren kostenlos.

8.2 Dem Kläger ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen.

2. Das Berufungsverfahren ist kostenlos.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage einer Kopie der Urk. 21B und Urk. 25, sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. 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 Beschwerde 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 beträgt weniger als Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 20. Dezember 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc