

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA120021-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. B. Demuth

Urteil vom 26. August 2013

in Sachen

Betreibergesellschaft A._____/B._____,

bestehend aus:

1. **A._____,**

2. **B._____,**

Klägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

C._____,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung aus Arbeitsverhältnis**

**Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichtes am Bezirksgericht Uster
vom 23. Mai 2012 (AF110001)**

Rechtsbegehren Klage:

(Urk. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern 1-2 CHF 16'165.00 zuzüglich 5% Zins seit 9. November 2010 zuzüglich CHF 100.00 Zahlungsbefehlskosten, zuzüglich die Ausgaben für Rechtsanwaltskosten und Gerichtskosten zu bezahlen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren Eventualwiderklage:

(Urk. 11)

"Die Kläger und Eventualwiderbeklagten seien zu verpflichten, der Beklagten und Eventualwiderklägerin CHF 25'777.70 nebst Verzugszinsen zu 5 % seit 12. November 2010 zu bezahlen und auf dem Betrag von CHF 14'951.60 Arbeitnehmer- und Arbeitgeber-Sozialbeiträge zu entrichten;

unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger und Eventualwiderbeklagten."

Verfügung und Urteil
des Arbeitsgerichts am Bezirksgericht Uster vom 23. Mai 2012:

(Urk. 23 = Urk. 26)

Es wird verfügt:

1. Das Rubrum wird im Sinne der Erwägungen berichtigt.
2. [Schriftliche Mitteilung]

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten fallen ausser Ansatz.

3. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'200.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.
4. [Schriftliche Mitteilung]
5. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

Der Klägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 25 S. 2):

- "1. Es sei Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Arbeitsgerichts des Bezirksgerichts Uster vom 23. Mai 2012 aufzuheben und die Aktivlegitimation der Klägerin festzustellen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen und zusätzlich Mehrwertsteuerzuschlag zulasten der Berufungsbeklagten."

Der Beklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin (Urk. 32 S. 2):

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen;

unter Entschädigungsfolgen mit Mehrwertsteuerzuschlag zu Lasten von A. _____ und B. _____ als Solidarschuldner, eventualiter zu Lasten der Berufungsklägerin."

Anschlussberufungsanträge:

Der Beklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin (Urk. 32 S. 3):

- "1. Im Rubrum der Verfügung vom 23. Mai 2012 sei die "Betreibergesellschaft A. _____/B. _____, Kollektivgesellschaft" als Klägerin zu löschen, und es seien dort weiterhin A. _____ als Kläger 1 und B. _____ als Kläger 2 aufzuführen.
2. Eventualiter sei die Verfügung vom 23. Mai 2012 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Vervollständigung des Sachverhalts bezüglich der Existenz und des Gesellschafterkreises einer "Betreibergesellschaft A. _____/B. _____, Kollektivgesellschaft", namentlich der Gesellschafterstellung der D. _____ GmbH.

Alles unter Entschädigungsfolgen mit Mehrwertsteuerzuschlag zu Lasten von A. _____ und B. _____ als Solidarschuldner, eventualiter zu Lasten der Berufungsklägerin."

Der Klägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 37 S. 3):

- "1. Es sei die Anschlussberufung der Beklagten/Berufungsbeklagten/Anschlussberufungsklägerin vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen und zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz zu Lasten der Beklagten/Berufungsbeklagten/Anschlussberufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien standen seit dem 18. August 2011 vor Vorinstanz in einem Prozess betreffend eine Forderung aus einem Arbeitsverhältnis (Urk. 2). Die "Betreiber-gesellschaft E._____" führte das Bordell "F._____" am E._____[Adresse] in Zürich. Die Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin (fortan Beklagte) wurde von der genannten Betreiber-gesellschaft dort angestellt und war für die Zimmervermietung und die Buchhaltung im "F._____" zuständig. Das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten wurde durch die "Betreiber-gesellschaft E._____" bzw. die "Betreiber-gesellschaft A._____/B._____" per 9. November 2010 fristlos aufgelöst (Urk. 3/1). Am 23. August 2011 (Poststempel 22. August 2011) wurde bei der Vorinstanz eine Klageschrift vom 18. August 2011, lautend auf "ehemalige Betreiber-gesellschaft E._____" vertreten durch A._____, einfacher Gesellschafter, Kläger 1, und B._____, einfacher Gesellschafter, Kläger 2, als aktive notwendige Streitgenossen", sowie eine Klagebewilligung vom 15. August 2011, welche auf A._____ als Kläger 1 und B._____ als Kläger 2 lautete, eingereicht. Sie verlangten von der Beklagten aus dem erwähnten Arbeitsverhältnis die Bezahlung von Fr. 16'165.– nebst 5% Zins seit 9. November 2010 zuzüglich Fr. 100.– Zahlungsbefehlskosten sowie die Ausgaben für Rechtsanwaltskosten und Gerichtskosten (Urk. 1 und 2). Die Beklagte beantragte in ihrer Eingabe vom 21. November 2011 die Abweisung der Klage und eventualiter widerklageweise die Verpflichtung der Kläger 1 und 2 zur Bezahlung von Fr. 25'770.70 zuzüglich

Zins von 5% seit 12. November 2010 sowie die Entrichtung von Sozialbeiträgen auf dem Betrag von Fr. 14'951.60 (Urk. 11). Zudem bestritt sie die Aktivlegitimation der Kläger 1 und 2 (Urk. 11 S. 11 ff.). Die Vorinstanz erachtete es aufgrund dieser Vorbringen als notwendig, das Verfahren zunächst auf die Klärung der Frage der Aktivlegitimation zu beschränken. Den Klägern 1 und 2 wurde Frist angesetzt, um zur Aktivlegitimation Stellung zu nehmen (Urk. 14), welcher Aufforderung sie mit Eingabe vom 16. Februar 2012 nachkamen (Urk. 17). In der erwähnten Eingabe wurde beantragt, es sei das Rubrum dahingehend zu berichtigen, dass als Klägerin die Kollektivgesellschaft "Betreiber-gesellschaft A._____/B._____", bestehend aus A._____ und B._____, aufzuführen sei. Die Beklagte beantragte mit Eingabe vom 16. März 2012 die Abweisung dieses Begehrens (Urk. 21). Mit Verfügung und Urteil vom 23. Mai 2012 wurde die Parteibezeichnung im Rubrum berichtigt und die Klage abgewiesen (Urk. 26).

2. Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte (fortan Klägerin) am 5. Juli 2012 rechtzeitig Berufung mit den eingangs erwähnten Anträgen (Urk. 25). Mit Verfügung vom 29. November 2012 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 31). Mit Einreichung der Berufungsantwort erhob die Beklagte am 15. Januar 2013 Anschlussberufung mit den eingangs erwähnten Anträgen (Urk. 32). Der Klägerin wurde daraufhin mit Verfügung vom 18. Januar 2013 Frist angesetzt, um zu den Noven in der Berufungsantwort Stellung zu nehmen und die Anschlussberufung zu beantworten (Urk. 35), welcher Aufforderung sie mit Eingabe vom 20. Februar 2013 innert Frist nachkam (Urk. 37). Die Eingabe wurde der Beklagten am 26. Februar 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 37 und Urk. 38). Die Beklagte liess mit Eingabe vom 25. April 2013 sodann Noven einreichen (Urk. 39), welche der Klägerin mit Verfügung vom 13. Mai 2013 unter Fristansetzung zur Stellungnahme zur Kenntnis gebracht wurden (Urk. 41). Die Stellungnahme der Klägerin erging am 24. Mai 2013 und wurde der Beklagten wiederum zur Kenntnis gebracht (Prot. S. 7). Mit Eingabe vom 7. Juni 2013 nahm die Beklagte unaufgefordert Stellung zur Eingabe der Klägerin vom 24. Mai 2013 (Urk. 44), welche Stellungnahme der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt wurde

(Prot. S. 8). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist soweit einzugehen, als für die Rechtsfindung erforderlich.

II.

1. Vorbemerkung

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist zum einen die Aktivlegitimation der Klägerin. Die Beklagte verlangt mit der Anschlussberufung sodann die Aufhebung der Berichtigung der Parteibezeichnung im Rubrum.

2. Aktivlegitimation

2.1. Die Vorinstanz hat die Aktivlegitimation der Klägerin mit der Begründung verneint, dass die "Betreibergesellschaft E._____" und auch der Betrieb des "F._____" per 1. November 2010 von der "Betreibergesellschaft G._____, H._____" übernommen und weitergeführt worden sei. Die neuen Betreiber des Bordells hätten zwangsweise auch sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag mit der Beklagten übernommen, welches Arbeitsverhältnis am 1. November 2010 noch fortgedauert habe. Damit seien insbesondere auch die Forderungen aus diesem Arbeitsverhältnis auf die "Betreibergesellschaft G._____, H._____" übergegangen, weshalb die Klägerin nicht aktivlegitimiert sei (Urk. 26 S. 19).

2.2. Die Klägerin führt dazu aus, es habe weder eine Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR noch eine Übertragung des Arbeitsverhältnisses der Beklagten oder gar eine Übertragung von Schadenersatzansprüchen auf die "Betreibergesellschaft G._____, H._____" stattgefunden (Urk. 25 S. 4 f.). Die blosser Übernahme eines Mietvertrages stelle noch keine Betriebsübernahme dar. Die Vorinstanz habe es ohne weitere Begründung als erstellt erachtet, dass die "Betreibergesellschaft G._____, H._____" das Mietobjekt übernommen und das "F._____" unverändert weitergeführt sowie auch die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag übernommen hätte (Urk. 25 S. 5). Es habe indes dem ausdrücklichen Willen der Klägerin und der "Betreibergesellschaft G._____, H._____"

entsprochen, dass die Beklagte ausschliesslich für die Klägerin weiterarbeiten solle. Man sei sich einig gewesen, dass das Arbeitsverhältnis weiterhin zwischen der Klägerin und der Beklagten bestehe und sie ausschliesslich auf Abruf die Mietabrechnungen für die Klägerin beenden solle, bis diese das Geschäft aufgeben (Urk. 25 S. 5 f.). Eine Betriebsübernahme habe nie stattgefunden, weshalb auch das Arbeitsverhältnis der Beklagten nicht gemäss Art. 333 OR auf die "Betreiber-gesellschaft G._____, H._____" übergegangen sein könne. Einzige Arbeitgeberin der Beklagten sei von Beginn des Arbeitsverhältnisses an bis zu dessen Beendigung ausschliesslich die Klägerin gewesen und daher sei diese auch zur Geltendmachung der Schadenersatzansprüche aktivlegitimiert (Urk. 25 S. 6).

Für den Fall, dass doch von einer Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR auszugehen sei, seien die Schadenersatzansprüche aus dem Arbeitsverhältnis dennoch nicht auf die "Betreiber-gesellschaft G._____, H._____" übergegangen. Der Schaden sei durch eine Vertragsverletzung der Beklagten entstanden und der Anspruch der Klägerin als Arbeitgeberin ergebe sich aus Art. 321e OR sowie Art. 97 OR. Die schädigenden Handlungen seien zu einem Zeitpunkt geschehen, in welchem das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin bestanden habe, somit vor der bestrittenen Betriebsübernahme durch die "Betreiber-gesellschaft G._____, H._____" am 1. November 2010. Das Ausmass und die Höhe des Schadens sei der Klägerin indes erst nach der Betriebsübernahme bekannt geworden, worauf der Beklagten am 9. November 2010 fristlos gekündigt worden sei. Die Schadenersatzforderungen seien erst nach der Aufgabe der Geschäftstätigkeit der Klägerin fällig geworden (Urk. 25 S. 6 f.). Der Schaden sei aber bei der Klägerin eingetreten. Im Zeitpunkt des Betriebsübergangs habe die Schadensposition noch gar nicht abschliessend festgestanden, weshalb sie auch nicht automatisch gemäss Art. 333 OR auf die neue "Betreiber-gesellschaft G._____, H._____" übergehen können. Auch habe eine allfällige Übernahme dieser Forderung nicht im Übernahmevertrag berücksichtigt werden können, da weder das Ausmass noch die Höhe des Schadens zum damaligen Zeitpunkt bekannt gewesen sei. Wenn der Klägerin die Aktivlegitimation abgesprochen werde, führe dies zur unhaltbaren Situation, dass der entstandene Schaden von der "Betreiber-gesellschaft G._____, H._____" mangels eines bei

dieser eingetretenen Schadens gegenüber der Beklagten nicht geltend gemacht werden könne. Es sei der ausdrückliche Parteiwille der Klägerin und der "Betreibergesellschaft G._____, H._____" gewesen, dass sowohl das Arbeitsverhältnis wie auch alle sich daraus ergebenden Ansprüche ausschliesslich bei der Klägerin verbleiben sollten (Urk. 25 S. 6). Der Schluss der Vorinstanz, dass mit Übergang des Arbeitsverhältnisses auch die Forderungen nach Art. 97 OR auf die "Betreibergesellschaft G._____, H._____" übergegangen seien, stelle eine unrichtige Rechtsanwendung dar. Die Vorinstanz verkenne, dass es vorliegend nicht um Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis gehe, sondern um Schadenersatzansprüche. Diese würden einen eigenen Anspruch darstellen und seien nicht unter "Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis" zu subsumieren. Schadenersatzansprüche des "alten" Arbeitgebers würden mit der Betriebsübernahme nicht automatisch auf den "neuen" Arbeitgeber übergehen, sondern müssten nach Art. 164 OR vom "alten" an den "neuen" Arbeitgeber abgetreten werden. Ein Schaden, dessen Ausmass erst nach dem Betriebsübergang festgestellt werden könne und der beim "alten" Arbeitgeber eingetreten sei, müsse daher explizit abgetreten werden. Dies gelte umso mehr, als das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten sich nur aufgrund ihrer Schwangerschaft verlängert habe und eigentlich mit der Geschäftsaufgabe der Klägerin hätte enden sollen. Auch nach dem 1. November 2010 sei die Beklagte auf Abruf und ausschliesslich für die Klägerin tätig gewesen (Urk. 25 S. 9). Dass das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten auch von der "Betreibergesellschaft G._____, H._____" gekündigt wurde, sei einzig darauf zurückzuführen, dass diese habe sichergehen wollen, dass auch zu ihr kein Arbeitsverhältnis mehr bestehe (Urk. 25 S. 10). Da keine Abtretung von Ansprüchen stattgefunden habe, sei die Klägerin zur Geltendmachung der Forderung gegenüber der Beklagten aktivlegitimiert (Urk. 25 S. 11).

2.3. Die Beklagte verweist in ihrer Berufungsantwort vom 15. Januar 2013 zunächst auf die Ausführungen in der Eingabe vom 20. November 2011, in welcher sie dargelegt habe, weshalb die ursprünglichen Kläger, A.____ und B.____, nicht aktivlegitimiert seien (Urk. 32 S. 5 mit Verweis auf Urk. 11):

- Das Arbeitsverhältnis habe ursprünglich zwischen der Beklagten und der "Betreibergesellschaft E. _____" bestanden. Deren Gesellschafter, die "D. _____ GmbH", die Erbengemeinschaft I. _____ sowie die beiden Kläger A. _____ und B. _____, hätten ihre Gesellschafteranteile schliesslich an G. _____, J. _____ und H. _____ verkauft, welche am 3. Januar 2011 die Kollektivgesellschaft "Betreibergesellschaft G. _____, H. _____" im Handelsregister hätten eintragen lassen;

- Selbst wenn nicht die Gesellschafteranteile übertragen worden wären, sondern die "Betreibergesellschaft E. _____" den Betrieb des Bordells "F. _____" auf die neu gegründete "Betreibergesellschaft G. _____, H. _____" übertragen hätte, wäre das Arbeitsverhältnis der Beklagten gemäss Art. 333 OR mit allen Rechten und Pflichten von der "Betreibergesellschaft E. _____" auf die "Betreibergesellschaft G. _____, H. _____" übergegangen – womit weder die "Betreibergesellschaft E. _____" noch die beiden Kläger persönlich irgendwelche Ansprüche aus dem zwischen der "Betreibergesellschaft G. _____, H. _____" und der Beklagten bestehenden Arbeitsverhältnis geltend machen könnten;

- Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und der "Betreibergesellschaft E. _____" fortbestanden hätte, hätte vorliegend die Kollektivgesellschaft als solche oder die Gesamtheit aller Gesellschafter und nicht lediglich die beiden Kläger klagen müssen.

Die Beklagte stimmt weiter den Ausführungen der Vorinstanz dahingehend zu, dass das Arbeitsverhältnis einzig zwischen der Beklagten und der "Betreibergesellschaft G. _____, H. _____" bestanden habe, weshalb auch nur Letztere zur Geltendmachung allfälliger arbeitsrechtlicher Ansprüche gegenüber der Beklagten aktivlegitimiert sei (Urk. 32 S. 7). Die Vorinstanz habe das Fehlen der Aktivlegitimation der Klägerin aber nicht alleine auf eine Betriebsübertragung im Sinne von Art. 333 OR zurückgeführt, sondern auch erwogen, dass das Arbeitsverhältnis der Beklagten immer zur gleichen Personengesellschaft bestanden habe, deren Gesellschafter und Firma sich aber geändert hätten. Die ursprünglichen Gesellschafter, die D. _____ GmbH, die Erbengemeinschaft I. _____ und die beiden Kläger A. _____ und B. _____, hätten ihre Anteile an der "Betreibergesellschaft E. _____" auf G. _____, J. _____ und H. _____ übertragen, welche die Firma der Gesellschaft

geändert und sie als "Betreibergesellschaft G._____, H._____" im Handelsregister hätten eintragen lassen. Den beiden Klägern fehle die Aktivlegitimation, weil sie aus der Gesellschaft ausgeschieden seien, mit der die Beklagte in einem Arbeitsverhältnis gestanden habe (Urk. 32 S. 12).

Die Beklagte bestreitet sodann die Behauptung der Klägerin, es habe dem ausdrücklichen Willen der Klägerin und der "Betreibergesellschaft G._____, H._____" entsprochen, dass die Beklagte ausschliesslich für die Klägerin weiterarbeiten und sowohl das Arbeitsverhältnis als auch alle Ansprüche daraus bei der Klägerin verbleiben sollen, und bringt vor, diese Behauptung stelle überdies ein unzulässiges Novum dar, welches nicht zu hören sei (Urk. 32 S. 13). Verschiedene Tatsachen würden diese Behauptung sodann widerlegen. So sei der Beklagten am 25. Oktober 2010 von der "Betreibergesellschaft E._____" mitgeteilt worden, dass die neuen Besitzer der Betreibergesellschaft bezüglich ihres künftigen Arbeitseinsatzes mit ihr in Kontakt treten würden, die fristlose Entlassung der Beklagten sei durch die "Betreibergesellschaft G._____, H._____" erfolgt, die "Betreibergesellschaft G._____, H._____" habe der Beklagten am 1. Dezember 2010 bestätigt, dass die "Betreibergesellschaft A._____/B._____" mit dem gekündigten Arbeitsverhältnis nichts mehr zu tun habe, da sie von der "Betreibergesellschaft G._____, H._____" übernommen worden und nicht mehr für die "Betreibergesellschaft A._____/B._____" tätig sei, die Lohnabrechnung der Beklagten sei durch die "Betreibergesellschaft G._____, H._____" erstellt worden und die "Betreibergesellschaft G._____, H._____" habe der Beklagten vom Lohn für den November 2010 Abzüge gemacht (Urk. 32 S. 13 f. mit Verweis auf Urk. 13/15, Urk. 13/2, Urk. 13/4, Urk. 13/5 und Urk. 13/31). Die Behauptung der Klägerin, die Schadenersatzforderungen gegenüber der Beklagten seien erst nach Aufgabe der Geschäftstätigkeit der Klägerin fällig geworden, sei unrichtig. Die Fälligkeit wäre sogleich nach Entstehung der Forderung, also mit der – bestrittenen – Vertragsverletzung durch die Beklagte eingetreten, welche gemäss der Klägerin im September und Oktober 2010 stattgefunden haben solle. Es wären daher auch die behaupteten – und bestrittenen – Schadenersatzforderungen der Klägerin gegenüber der Beklagten mit der Betriebsübernahme am 1. November 2010 auf die "Betreibergesellschaft G._____, H._____" übergegangen (Urk. 32 S. 16).

2.4. Betriebsübernahme

2.4.1. Typisch für eine Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR ist, dass der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt. Unter Betrieb ist dabei eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit zu verstehen, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt (BSK-OR I, Portmann, N 3 zu Art. 333 mit Verweis auf BGE 129 III 336). Das ursprünglich von der "Betreibergesellschaft E. _____" geführte Bordell "F. _____" wird von der "Betreibergesellschaft G. _____, H. _____" weitergeführt. Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 333 OR ist, dass der zu übertragende Betrieb seine Identität, d.h. seine Organisation und seinen Zweck bewahrt (BSK-OR I, a.a.O., N 5 zu Art. 333). Soweit es sich aus den Akten ergibt, wird das "F. _____" von der "Betreibergesellschaft G. _____, H. _____" unverändert und mit demselben Zweck wie bisher weitergeführt. Die Klägerin moniert, die Vorinstanz habe ohne weitere Begründung angenommen, der Betrieb werde unverändert weitergeführt, unterlässt es aber ihrerseits, diese Annahme schlüssig zu widerlegen. Die Klägerin behauptet weiter, es habe kein Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR stattgefunden und wirft der Vorinstanz vor, auch dies ohne weitere Begründung als erstellt erachtet zu haben. Die Klägerin vermag im Folgenden aber nicht zu belegen, dass dem nicht so gewesen sei, sondern behauptet lediglich, die bloße Übernahme eines Mietvertrages stelle noch keine Betriebsübernahme dar (Urk. 25 S. 5). Die Anwendbarkeit von Art. 333 OR setzt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen dem alten und dem neuen Betriebsinhaber voraus. Für eine Betriebsnachfolge im Sinne dieser Bestimmung genügt die tatsächliche Weiterführung des Betriebes durch einen neuen Inhaber (BSK-OR I, a.a.O., N 7 zu Art. 333 mit Verweis auf BGE 123 III 466). Das Vorbringen der Klägerin, die bloße Übernahme eines Mietvertrages stelle noch keine Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR dar, greift daher ins Leere. Das im Zeitpunkt des Betriebsüberganges bestehende Arbeitsverhältnis geht gemäss Art. 333 Abs. 1 OR sodann mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Der Erwerber unterliegt dabei einem Übernahmepflicht und kann sich aus dem Arbeitsverhältnis nur durch Kündigung lösen; der Übergang des Arbeitsver-

hältnisses kann nicht durch eine abweichende Vereinbarung zwischen Veräusserer und Erwerber verhindert werden (BSK-OR I, a.a.O., N 13 zu Art. 333). Von Seiten der Beklagten wurde ein Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die "Betreibergesellschaft G._____, H._____" nie abgelehnt. Das im Zeitpunkt der Betriebsübernahme am 1. November 2010 aufgrund ihrer Schwangerschaft verlängerte und daher unbestrittenermassen noch bestehende Arbeitsverhältnis zur Beklagten ist damit von der "Betreibergesellschaft A._____/B._____" respektive der "Betreibergesellschaft E._____" als Arbeitgeberin auf die "Betreibergesellschaft G._____, H._____" übergegangen. Der behauptete "ausdrückliche Wille" der Klägerin und der "Betreibergesellschaft G._____, H._____", dass das Arbeitsverhältnis zur Beklagten bei der Klägerin verbleiben und die Beklagte weiterhin ausschliesslich für die Klägerin arbeiten sollte, spielt für die Frage des Überganges dieses Arbeitsverhältnisses auf die "Betreibergesellschaft G._____, H._____" aus den erwähnten Gründen keine Rolle. Zudem werden gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Die Klägerin hat im vorinstanzlichen Verfahren nicht vorgebracht, es sei der "ausdrückliche Wille" der Klägerin und der "Betreibergesellschaft G._____, H._____" gewesen, dass die Beklagte ausschliesslich für die Klägerin weiterarbeiten sollte, obwohl dies ohne Weiteres schon damals möglich und zumutbar gewesen wäre, weshalb dieses Vorbringen im Berufungsverfahren auch unter dem Aspekt des Novenrechts unbeachtlich ist.

2.4.2. Aus dem Wortlaut von Art. 333 Abs. 1 OR ergibt sich schliesslich, dass das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den neuen Erwerber übergeht. Daraus folgt, dass auch der Übergang von Schadenersatzansprüchen – aus dem Arbeitsverhältnis – nicht durch Vereinbarung zwischen dem ursprünglichen Arbeitgeber und dem neuen Erwerber des Betriebes ausgeschlossen werden kann. Die von der Klägerin eingereichte "Bestätigung und Zessionserklärung" vom 29. Juni 2012 (Urk. 28/3 1. Absatz) ist daher in Bezug auf den Übergang der Schadenersatzansprüche unbeachtlich. Überdies wurde sie erst im Berufungsverfahren eingereicht. Wie bereits erwähnt, werden gemäss Art. 317

Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Die genannte Bestätigung der "Betreibergesellschaft G._____, H._____" (Urk. 28/3) wurde zwar erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid vom 23. Mai 2012 erstellt, aber offensichtlich im Hinblick auf das vorliegende Verfahren. Eine Bestätigung mit dem erwähnten Inhalt abzugeben wäre der "Betreibergesellschaft G._____, H._____" als Erwerberin des Betriebes indes schon bei der Übernahme am 1. November 2010 oder zumindest im Laufe des vorinstanzlichen Verfahrens möglich gewesen und diese hätte so bereits in das vorinstanzliche Verfahren eingebracht werden können, weshalb sie auch aus diesem Grund unbeachtlich ist.

2.5. Übergang und Abtretung von Schadenersatzansprüchen

2.5.1. Für den Fall, dass von einer Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR auszugehen sei, macht die Klägerin zunächst geltend, der Anspruch auf Schadenersatz der Klägerin sei dennoch nicht auf die "Betreibergesellschaft G._____, H._____" übergegangen. Grund dafür sei, dass die schädigenden Handlungen der Beklagten zu einem Zeitpunkt geschehen seien, in welchem das Arbeitsverhältnis zur Klägerin bestanden habe, also noch vor der Betriebsübernahme. Da das Ausmass und die Höhe des Schadens aber erst nach der Betriebsübernahme bekannt geworden sei, sei der Anspruch auf Schadenersatz erst nach Aufgabe der Geschäftstätigkeit der Klägerin fällig geworden und daher nicht auf die "Betreibergesellschaft G._____, H._____" übergegangen (Urk. 25 S. 7). Der Anspruch auf Schadenersatz wird entgegen der Ansicht der Klägerin nach der Praxis des Bundesgerichts jedoch mit der Pflichtverletzung fällig, nicht erst mit dem Schadenseintritt (BGE 137 III 16) oder dem Zeitpunkt, in dem der Geschädigte vom Schaden Kenntnis erhält (BGE 126 III 278 E. 7.b.). Aus diesem Vorbringen kann die Klägerin daher nichts zu ihren Gunsten ableiten. Allfällige Ansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten wären somit schon vor Beendigung der Geschäftstätigkeit der Klägerin und bei der Betriebsübernahme durch die "Betreibergesellschaft G._____, H._____" fällig gewesen und daher auch auf diese übergegangen.

2.5.2. Im Folgenden bringt die Klägerin vor, Schadenersatzansprüche gehörten nicht zu den Rechten und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis und würden daher nicht automatisch mit der Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR auf den Erwerber eines Betriebes übergehen. Sie müssten vielmehr nach Art. 164 OR vom alten an den neuen Arbeitgeber abgetreten werden (Urk. 25 S. 8). Eine solche Abtretung habe indes nie stattgefunden (Urk. 25 S. 10). Für den Fall, dass dennoch ein solcher automatischer Übergang stattgefunden haben sollte, macht die Klägerin schliesslich geltend, die auf die "Betreiber-gesellschaft G._____, H._____" übergegangenen Schadenersatzansprüche gegenüber der Beklagten seien vollumfänglich wieder an die Klägerin zurück zediert worden. Sie beruft sich dabei wiederum auf die bereits erwähnte "Bestätigung und Zessionserklärung" vom 29. Juni 2012 (Urk. 28/3, 2. Absatz). Damit wird aber höchstens bestätigt, dass auch die Klägerin davon ausgeht, dass ein automatischer Übergang aller Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis auch eine allfällige Schadenersatzforderung gegenüber der Beklagten umfasste und daher ihre Aktivlegitimation für das vorliegende Verfahren nicht gegeben ist. Soweit sie schliesslich den Einwand der in Bezug auf die vorliegende Klage fehlenden Aktivlegitimation mit einer Zession beantwortet, die sie von der aufgrund des Übergangs eines möglichen Schadenersatzanspruchs gegenüber der Beklagten allenfalls berechtigten "Betreiber-gesellschaft G._____, H._____" schon früher hätte erbitten können, ist sie damit im Berufungsverfahren ohnehin verspätet.

2.6. Zu erwähnen ist im Weiteren, dass die der Beklagten am 9. November 2010 zugegangene fristlose Kündigung zwar von der Klägerin, aber auch von der "Betreiber-gesellschaft G._____, H._____" ausgesprochen wurde (Urk. 13/21 und Urk. 13/2). Im Vorfeld der Kündigung wurde der Beklagten mit Schreiben vom 25. Oktober 2010 sodann mitgeteilt, dass die neuen Besitzer der Betreiber-gesellschaft auf sie zukommen und sie über ihre künftigen Arbeitseinsätze informieren würden (Urk. 13/15). Dies legt den Schluss nahe, dass die Beteiligten – zu welchen unbestrittenermassen auch die Klägerin gehört – davon ausgingen, dass die "Betreiber-gesellschaft G._____, H._____" ab 1. November 2010 als neue Arbeitgeberin der Beklagten zu betrachten war. Die anderslautenden Behauptungen der Klägerin im Berufungsverfahren greifen daher ins Leere.

2.7. Aus dem Gesagten ergibt sich somit, dass die Berufung der Klägerin abzuweisen ist.

3. Parteibezeichnung

3.1. Mit Verfügung vom 23. Mai 2012 hat die Vorinstanz zunächst das Rubrum berichtigt (Urk. 26 S. 21 Dispostiv-Ziffer 1 der Verfügung). In den Erwägungen hat sie dazu ausgeführt, A._____ und B._____ seien natürliche Personen, die sich vertraglich zur Führung eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes zusammengetan hätten. Da sie als "Betreiber-gesellschaft E._____" bzw. "Betreiber-gesellschaft A._____/B._____" firmiert hätten, sei die Gesellschaft nicht mehr als einfache Gesellschaft sondern als Kollektivgesellschaft zu qualifizieren, auch wenn der Eintrag im Handelsregister noch fehle. Da A._____ und B._____ im Verlauf des Verfahrens erklärt hätten, eine Kollektivgesellschaft zu bilden, sei das Rubrum dahingehend zu berichtigen, dass die Kollektivgesellschaft "Betreiber-gesellschaft A._____/B._____" als Klägerin und A._____ und B._____ als Gesellschafter aufzuführen seien. Der Einwand der Beklagten, die D._____ GmbH und die Erbgemeinschaft I._____ seien ebenfalls an der "Betreiber-gesellschaft E._____" beteiligt, könne vorerst offengelassen werden (Urk. 26 S. 4 ff., insb. S. 12).

3.2. Die Beklagte erhob gegen diese Verfügung vom 23. Mai 2012 Anschlussberufung mit den – eingangs wiedergegebenen – Anträgen, im Rubrum der Verfügung vom 23. Mai 2012 sei die "Betreiber-gesellschaft A._____/B._____" als Klägerin zu löschen und es seien wieder A._____ als Kläger 1 und B._____ als Kläger 2 aufzuführen, eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Vervollständigung des Sachverhalts bezüglich der Existenz des Gesellschafterkreises einer Kollektivgesellschaft "Betreiber-gesellschaft A._____/B._____", namentlich der Gesellschafterstellung der D._____ GmbH (Urk. 32 S. 3).

3.3. Die Berichtigung des Rubrums stellt eine prozessleitende Verfügung dar. Prozessleitende Verfügungen sind selbständig mit Beschwerde anfechtbar, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319

lit. b ZPO). In Ermangelung eines solchen Nachteils kann die Fehlerhaftigkeit des prozessleitenden Entscheids aber auch mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid gerügt werden (DIKE-Komm-ZPO, Blickensdorfer, N 40 zu Art. 319; KUKO ZPO – Brunner, N 13 zu Art. 319). Die von der Beklagten angefochtene Verfügung vom 23. Mai 2012 wurde gleichzeitig mit dem Urteil erlassen (vgl. Urk. 26). Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ist vorliegend nicht ersichtlich. Die prozessleitende Verfügung konnte direkt mit dem Rechtsmittel gegen das Urteil angefochten werden. Die Beklagte war somit nicht verpflichtet, gegen die Verfügung Beschwerde zu erheben. Mit ihrer Anschlussberufung ficht die Beklagte indes das Urteil der Vorinstanz gerade nicht an. Vielmehr beantragt sie, die Berufung der Klägerin sei abzuweisen (Urk. 32 S. 2). Damit will sie das Urteil bestätigt haben, das zwischen der Kollektivgesellschaft "Betreiber-gesellschaft A._____/B._____" als Klägerin und der Beklagten ergangen ist und mit welchem die Klage der "Betreiber-gesellschaft A._____/B._____" gegenüber der Beklagten abgewiesen wurde. Mit der Anschlussberufung wird einzig beantragt, im Rubrum der gleichzeitig mit dem Urteil erlassenen Verfügung vom 23. Mai 2012 sei die "Betreiber-gesellschaft A._____/B._____" als Klägerin zu löschen und es seien dort weiterhin A._____ als Kläger 1 und B._____ als Kläger 2 aufzuführen. Diese Rüge betrifft jedoch nicht die Sache selbst und es stellt sich die Frage, ob allein die Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit der prozessleitenden Verfügung als Thema der Anschlussberufung überhaupt möglich ist. Diese Frage kann jedoch – wie die nachstehenden Ausführungen zeigen – offen bleiben.

3.4. Die Anträge der Beklagten bezüglich der Berufung der Klägerin und ihrer eigenen Anschlussberufung widersprechen sich, wenn einerseits das die Klage der Klägerin abweisende Urteil bestätigt werden und andererseits aber die Klägerin im Rubrum der Verfügung durch A._____ als Kläger 1 und B._____ als Kläger 2 ersetzt werden soll. Das ist nicht zulässig. Der Beklagten fehlt es aber insbesondere an einem rechtlich schützenswerten Interesse, dass an der Verfügung vom 23. Mai 2013 etwas geändert werden soll. Durch die Verfügung allein ist die Beklagte nicht beschwert. Sie bringt zwar vor, sie habe ein rechtliches Interesse daran, dass im Rubrum wieder A._____ als Kläger 1 und B._____ als Kläger 2 aufgeführt und die von ihnen erhobene Klage auch ihnen gegenüber abgewiesen

werde. Sie sei von den beiden persönlich bereits im März 2010 (Zahlungsbefehl vom 28. März 2011, Urk. 18/4) für den eingeklagten Anspruch betrieben worden. Die beiden Kläger persönlich hätten den selben Anspruch schliesslich mit Klage vom 18. August 2011 gerichtlich geltend gemacht und wiederum die Kläger persönlich hätten die Beklagte nach Ergehen des vorinstanzlichen Entscheides vom 28. März 2012 Ende Juni 2012 erneut betrieben (Zahlungsbefehl vom 25. Juni 2012, Urk. 34/1). Der Beklagten ist diesbezüglich entgegenzuhalten, dass es nicht in ihrem Belieben steht, zusätzliche Kläger in das Verfahren einzubringen. Im vorliegenden Fall ist die klagende Partei entweder die Kollektivgesellschaft "Betreiber-gesellschaft A._____/B._____" oder die einfache Gesellschaft, bestehend aus A._____ als Kläger 1 und B._____ als Kläger 2. Beides zugleich ist jedoch nicht möglich. In Bezug auf den Eventualantrag ihrer Anschlussberufung fehlt es der Beklagten sodann in gleicher Weise an einem rechtlich schützenswerten Interesse. Sie hätte mit der Anschlussberufung die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Abweisung der Klage unter dem ursprünglichen Rubrum – lautend auf A._____ als Kläger 1 und B._____ als Kläger 2 – beziehungsweise die Rückweisung an die Vorinstanz zur Korrektur des Rubrums und zur Klageabweisung verlangen müssen. Die anwaltlich vertretene Beklagte hat dies jedoch gerade nicht getan, worauf sie zu behaften ist.

3.5. Auf die Anschlussberufung der Beklagten ist daher gestützt auf die vorstehenden Erwägungen mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten und es bleibt als Folge dahingestellt, ob die Vorinstanz die Berichtigung des Rubrums zu Recht vorgenommen hat oder nicht. Es erübrigt sich damit auch, auf das Vorbringen der Beklagten, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie die Eingabe der Beklagten vom 16. März 2012 nicht berücksichtigt habe, einzugehen, und es kann ausserdem offen bleiben, ob die Vorinstanz diese Eingabe der Klägerin nicht hätte zur Stellungnahme zustellen und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen sollen.

III.

1. Das Verfahren betrifft eine arbeitsrechtliche Streitigkeit und der Streitwert liegt unter Fr. 30'000.–. Das Verfahren ist daher kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).

2. Demgegenüber sind die Parteientschädigungen für das erstinstanzliche Verfahren und das Berufungsverfahren festzusetzen. Die Klägerin unterliegt sowohl im vorinstanzlichen Verfahren als auch im Berufungsverfahren. Die Beklagte unterliegt mit der Anschlussberufung. Die Berufung der Klägerin ist im Verhältnis zur Anschlussberufung der Beklagten mit zwei Dritteln zu gewichten. Die Vorinstanz hat die Entschädigung in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 [AnwGebV] auf Fr. 4'200.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer festgesetzt. Die Höhe dieser Entschädigung wird nicht beanstandet und aufgrund des Ausgangs des Verfahrens besteht kein Anlass, an der Verlegung dieser Kosten etwas zu ändern. Die Grundgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 4 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 3'300.– festzusetzen. In Anwendung von § 13 Abs. 2 AnwGebV ist sie auf Fr. 2'200.– zu reduzieren und gemäss § 11 Abs. 2 und 3 AnwGebV ist für weitere notwendige Rechtsschriften ein Pauschalzuschlag von Fr. 2'000.– zu berechnen, womit die Entschädigung Fr. 4'200.– beträgt. Unter Berücksichtigung des Unterliegens der Beklagten in der Anschlussberufung ist die Klägerin daher zu verpflichten, der Beklagten eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'400.– zu bezahlen. Zusätzlich ist antragsgemäss ein Mehrwertsteuerzuschlag von 8% zu vergüten (Urk. 32 S. 3). Die Entschädigung für das Berufungsverfahren beträgt somit total Fr. 1'512.–.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung der Klägerin wird abgewiesen.
2. Auf die Anschlussberufung der Beklagten wird nicht eingetreten.

3. Die Gerichtskosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren fallen ausser Ansatz.
4. Das erstinstanzliche Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffer 3) wird bestätigt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'512.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht am Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine 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. 16'165.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 26. August 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. B. Demuth

versandt am:
mc