

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA160027-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

Beschluss und Urteil vom 16. Dezember 2016

in Sachen

A. _____,

Kläger 1 und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichts am
Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 16. August 2016 (AH160042-L)**

Rechtsbegehren des Klägers 1:

Klage 1 vom 14. April 2016 (Prozess-Nr. AH160042; Urk. 1 S. 2):

1. Es sei die Beklagte im Sinne einer Teilklage zu verpflichten, dem Kläger den restlichen Lohn für den Monat Januar 2016 von Fr. 6'541.75 (netto inkl. Kinderzulagen) zzgl. Zins zu 5 % seit 1. Februar 2016 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte im Sinne einer Teilklage zu verpflichten, dem Kläger den Lohn für den Monat Februar 2016 von Fr. 9'541.75 (netto inkl. Kinderzulagen) zzgl. Zins zu 5 % seit 11. Februar 2016 zu bezahlen.
3. Es sei die Beklagte im Sinne einer Teilklage zu verpflichten, dem Kläger den Lohn für den Monat März 2016 von Fr. 9'541.75 (netto inkl. Kinderzulagen) zzgl. Zins zu 5 % seit 11. Februar 2016 zu bezahlen.
4. Es sei die Beklagte im Sinne einer Teilklage zu verpflichten, dem Kläger für nicht bezogene Ferien von neun Tagen den Betrag von Fr. 3'964.50 (netto) zzgl. Zins zu 5 % seit 11. Februar 2016 zu bezahlen (unter Vorbehalt der Restforderung von netto Fr. 51'538.50 für weitere 117 Ferientage).
5. Alles unter Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Beklagten.

Klage 2 vom 10. Juni 2016 (Prozess-Nr. AH160086; Urk. 29/1 S. 2):

1. Es sei die Beklagte im Sinne einer Teilklage zu verpflichten, dem Kläger für nicht bezogene Ferien von 60 Tagen den Betrag von Fr. 26'430.00 (netto) zzgl. Zins zu 5 % seit 11. Februar 2016 zu bezahlen.
2. Unter Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Beklagten.

**Anlässlich der Hauptverhandlung modifiziertes Rechtsbegehren
des Klägers betreffend Klage 1 und 2:**

(Urk. 21 S. 2 f.; Prot. I S. 8 sinngemäss)

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den restlichen Lohn für den Monat Januar 2016 von Fr. 6'541.75 (netto inkl. Kinderzulagen) zzgl. Zins zu 5 % seit 1. Februar 2016 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Lohn für den Monat Februar 2016 von Fr. 7'763.35 (netto inkl. Kinderzulagen) zzgl. Zins zu 5 % seit 11. Februar 2016 zu bezahlen.

3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Lohn für den Monat März 2016 von Fr. 1'370.25 (netto inkl. Kinderzulagen) zzgl. Zins zu 5 % seit 11. Februar 2016 zu bezahlen.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Lohn für den Monat April 2016 von Fr. 2'080.60 (netto inkl. Kinderzulagen) zzgl. Zins zu 5 % seit 11. Februar 2016 zu bezahlen.
5. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Lohn für den Monat Mai 2016 von Fr. 1'800.07 (netto inkl. Kinderzulagen) zzgl. Zins zu 5 % seit 11. Februar 2016 zu bezahlen.
6. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für nicht bezogene Ferien von 69 Tagen den Betrag von Fr. 33'438.44 (netto) zzgl. Zins zu 5 % seit 11. Februar 2016 zu bezahlen (unter Vorbehalt der Restforderung von netto Fr. 27'623.05 für weitere 57 Ferientage).
7. Alles unter Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Beklagten.

Rechtsbegehren der Beklagten:

betreffend Klage 1 (Urk. 25 S. 1):

1. Auf die Klage des Klägers 1, eingereicht mit Eingabe vom 14. April 2016, sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei sie vollumfänglich abzuweisen.
3. Die Kosten des Verfahrens seien vom Kläger 1 zu tragen.
4. Der Kläger 1 sei zu verpflichten, der Beklagten eine volle Prozessentschädigung zu zahlen.

betreffend Klage 2 (Urk. 26 S. 1):

1. Die Klage des Klägers 1, eingereicht mit Eingabe vom 10. Juni 2016, sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Der Kläger 1 sei zu verpflichten, der Beklagten eine volle Prozessentschädigung zu zahlen.

Verfügung des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 16. August 2016:

(Urk. 30 = Urk. 35 S. 16)

1. Auf die Klage der Klägerin 2 wird nicht eingetreten.

2. Auf die Klage des Klägers 1 wird im Fr. 26'430.– netto zzgl. Zins zu 5 % seit 11. Februar 2016 (Entschädigung für nicht bezogene Ferien von 60 Tagen) übersteigenden Betrag nicht eingetreten.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Der Kläger 1 wird verpflichtet, der Beklagten für diesen Nichteintretensentscheid eine Prozessentschädigung von Fr. 3'600.– zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung.]
6. [Rechtsmittel: Berufung, Frist 30 Tage.]

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 16. August 2016:

(Urk. 30 = Urk. 35 S. 17)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 1 Fr. 26'430.– netto zzgl. Zins zu 5 % seit 12. Februar 2016 zu bezahlen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 1 eine Prozessentschädigung von Fr. 3'500.– (zzgl. 8 % MwSt.) zu bezahlen.
4. [Schriftliche Mitteilung.]
5. [Rechtsmittel: Berufung, Frist 30 Tage.]

Berufungsanträge:

des Klägers 1, Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten

(Urk. 34 S. 2 f.):

1. Der Entscheid der Vorinstanz vom 16. August 2016 in der Sache AH160042-L/U sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Die Vorinstanz sei anzuweisen, die Klage vom 14. April 2016 mit der Geschäfts-Nr. AH160086 (recte: AH160042) an das sachlich zuständige Kollegialgericht zu überweisen.
3. Es seien alle Prozesshandlungen der Vorinstanz in der Sache mit der Geschäfts-Nr. AH160086 aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, diese zu wiederholen.

4. Es seien die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens beizuziehen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu lasten der Berufungsbeklagten.

der Beklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin
(Urk. 39 S. 2):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Der Kläger 1 und Berufungskläger sei zu verpflichten, der Beklagten und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren, inklusive Anschlussberufung eine angemessene Parteientschädigung zu zahlen.

Anschlussberufung:

1. Ziffer 4 der Verfügung vom 16. August 2016, mit welcher der Kläger 1 und Berufungskläger verpflichtet wurde, der Beklagten und Berufungsbeklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 3'600.– zu bezahlen, sei aufzuheben.
2. Der Kläger 1 und Berufungskläger sei zu verpflichten, der Beklagten und Berufungsbeklagten für den Nichteintretensentscheid im vorinstanzlichen Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 5'378.– zu bezahlen.

Erwägungen:

1.1. Mit Eingabe vom 14. April 2016 (Urk. 1) und unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramts der Stadt Zürich, Kreise 3 + 9, vom 24. März 2016 (Urk. 3) machte der Kläger 1 beim Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung (fortan: Vorinstanz), die Klage 1 mit den eingangs genannten Anträgen anhängig. Das Geschäft wurde unter der Geschäfts-Nr. AH160042 angelegt. Aufgrund der Bezeichnung als Teilklage im vereinfachten Verfahren und der Streitwertangabe von Fr. 29'589.75 wurde das Verfahren dem Einzelgericht zugewiesen (Urk. 1 S. 2 f.). Die Parteien wurden sodann auf den 26. Mai 2016 zur Hauptverhandlung im vereinfachten Verfahren vorgeladen (Urk. 6). Nachdem der Rechtsvertreter der Beklagten am 27. April 2016 die Vertretung angezeigt hatte, wurde die Verhandlung auf sein Ersuchen auf den 6. Juli 2016 verschoben (Urk. 8 ff.). Am 12. Mai 2016

ersuchte die öffentliche Arbeitslosenkasse des Kantons Aargau um Beitritt ins Verfahren, da sie dem Kläger 1 zwischenzeitlich Arbeitslosengelder ausgerichtet hatte (Urk. 12). Am 18. Mai 2016 verfügte die Vorinstanz den Eintritt der Arbeitslosenkasse ins Verfahren (Urk. 16). Diese trat fortan als Klägerin 2 im Verfahren auf. Mit Eingabe vom 10. Juni 2016 reichte der Kläger 1 eine zweite Teilklage (Klage 2) mit den eingangs genannten Anträgen ins Recht (Urk. 29/1), welches Geschäft zunächst unter der Geschäfts-Nr. AH160086 geführt wurde. Am 15. Juni 2016 vereinigte die Vorinstanz die beiden Verfahren und schrieb das Verfahren AH160086 als dadurch erledigt ab (Urk. 18). In der Folge fand am 6. Juli 2016 die vorinstanzliche Hauptverhandlung statt. Mit Verfügung vom 16. August 2016 trat die Vorinstanz schliesslich auf die Klage 1 des Klägers 1 sowie die Klage der Klägerin 2 mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein. Die Klage 2 hiess die Vorinstanz mit Urteil vom 16. August 2016 vollumfänglich gut (Urk. 35).

1.2. Hiergegen erhob der Kläger 1 mit Eingabe vom 15. September 2016 fristgerecht Berufung (Urk. 34). Er verlangt, dass der Entscheid der Vorinstanz vom 16. August 2016 vollumfänglich aufgehoben und die Vorinstanz angewiesen wird, die Klage 1 vom 14. April 2016 von Amtes wegen an das sachlich zuständige Kollegialgericht zu überweisen sowie sämtliche Prozesshandlungen mit Bezug auf die Beurteilung der Klage 2 vom 10. Juni 2016 zu wiederholen (Urk. 34 S. 2). Die Beklagte schliesst auf kostenfällige Abweisung der Berufung. Sie erhebt zudem Anschlussberufung mit Bezug auf die vorinstanzlichen Entschädigungsfolgen (Urk. 39 S. 2).

2.1. Der Kläger 1 bringt in der Berufung vor, dass eine objektive Klagenhäufung zur Vereinigung von Klagen führe, wenn eine klagende Partei mehrere Ansprüche gegen dieselbe Gegenpartei in einer einzigen Klage geltend mache. Die objektive Klagenhäufung sei zulässig, wenn das Gericht für alle Ansprüche sachlich zuständig und die gleiche Verfahrensart anwendbar sei. Hätte die Vorinstanz zum Zeitpunkt der Einreichung der Klagen die Prozessvoraussetzungen geprüft, wäre klar gewesen, dass die beiden Verfahren nicht dieselbe sachliche Zuständigkeit betreffen und nicht hätten vereinigt werden dürfen. Damit hätte auch die Hauptverhandlung nicht für beide Verfahren gleichzeitig geführt werden dürfen. Die Ver-

fügungen und Entscheide des Einzelgerichts seien daher mangels Zuständigkeit aufzuheben (Urk. 34 S. 8 f.).

2.2. Zur Vereinfachung des Prozesses kann das Gericht selbständig eingereichte Klagen vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO). Dabei handelt es sich letztlich um eine objektive Klagenhäufung, die durch das Gericht veranlasst wird. Eine objektive Klagenhäufung ist jedoch, wie der Kläger 1 zutreffend vorbringt, nur zulässig, wenn das Gericht für alle der zu vereinigenden Klagen sachlich zuständig ist und auf alle Klagen die gleiche Verfahrensart Anwendung findet (vgl. Art. 90 ZPO). Dem Kläger 1 ist zuzustimmen, dass die Vorinstanz die beiden Klagen – da sich der Streitwert der Klage 1 offensichtlich auf über Fr. 30'000.– belief (Urk. 35 S. 8) – nicht hätte vereinigen dürfen.

2.3. Die Vorinstanz vereinigte die beiden Klagen des Klägers 1 mittels prozessleitender Verfügung (Urk. 18). Im Gegensatz zu Zwischenentscheiden im Sinne von Art. 237 ZPO sind prozessleitende Entscheide grundsätzlich erst mit dem Endentscheid anfechtbar. Soweit der Kläger 1 sich gegen die Vereinigung der beiden Klagen durch die Vorinstanz wehrt und moniert, die Hauptverhandlung hätte nicht für beide Verfahren zusammen geführt werden dürfen (Urk. 34 S. 9), gilt Folgendes: Auch bei einer Vereinigung von Klagen bleibt deren materielle Eigenständigkeit ungeachtet ihrer Verbindung erhalten. Das bedeutet, dass die Klagen ihr eigenes Schicksal haben, auch wenn über sie formell im gleichen Verfahren verhandelt wird (BK ZPO I - Frei, Art. 125 N. 23). Letztlich werden nicht die Klagen, sondern nur die der Beurteilung der Klagen dienenden Verfahren zwecks Vereinfachung des Prozesses zu einem einzigen Verfahren vereinigt, wobei die ursprüngliche Verfahrensart erhalten bleibt. Trotzdem ergeht ein Entscheid für jedes einzelne Rechtsbegehren, wie wenn für jedes Rechtsbegehren ein separater Prozess geführt worden wäre (ZK ZPO - Staehelin, Art. 125 N 5). Da auf die Klage 1 – wie nachfolgend zu zeigen sein wird (vgl. Erw. 3), nicht einzutreten ist – besteht für den Kläger 1 die Möglichkeit, die Klage innert Monatsfrist beim zuständigen Gericht erneut einzureichen (Art. 63 ZPO). Diesbezüglich erwächst ihm aus der Vereinigung der Klagen kein Nachteil, ist doch der Prozess mit Bezug auf die Klage 1 ohnehin neu zu führen und findet entsprechend eine Wiederholung

der einzelnen Prozesshandlungen statt. Dies muss umso mehr gelten, als die Vorinstanz für das erstinstanzliche Verfahren keine Kosten erhoben hat. Dass der Kläger 1 der Beklagten infolge des Nichteintretensentscheids eine Prozessentschädigung schuldet, ist Folge dessen, dass er die Klage 1 im falschen Verfahren eingereicht hat. Der Streitwert der Klage 2 liegt hingegen unter Fr. 30'000.– (Urk. 29/1 und Urk. 35 S. 14), weshalb sie im vereinfachten Verfahren zu behandeln war. Damit ist die Klage 2 vom 10. Juni 2016 in der richtigen Verfahrensart vom sachlich zuständigen Gericht beurteilt worden, weshalb dem Kläger 1 auch diesbezüglich kein Nachteil erwuchs. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die Klage 2 des Klägers 1 von der Vorinstanz vollumfänglich gutgeheissen wurde. Entsprechend besteht entgegen der Ansicht des Klägers 1 weder Anlass für eine Wiederholung einzelner Prozesshandlungen noch der Hauptverhandlung. Es kommt hinzu, dass die Beklagte anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung die Klage 2 in einem separaten Plädoyer und unabhängig von der Klage 1 beantwortete (Urk. 25 f.), so dass es für den Kläger 1 ohne Weiteres möglich war, zu den Ausführungen der Beklagten zur Klage 2 Stellung zu nehmen. Was im Übrigen die inhaltliche Beurteilung der Klage 2 betrifft, so ist diese nicht Gegenstand des vorliegenden, sondern des parallelen Berufungsverfahrens (Prozess-Nr. LA160026). Damit werden die beiden Klagen durch die zwei separat zu beurteilenden Berufungsverfahren wieder getrennt. Sodann ist vorzumerken, dass die Dispositiv-Ziffern 1 und 3 der vorinstanzlichen Verfügung vom 16. August 2016 unangefochten blieben und in Rechtskraft erwachsen sind.

3.1. Die Vorinstanz hielt zu Recht fest, dass bei Lohnklagen zur Bestimmung des Streitwerts auf den Bruttolohn abzustellen sei, da der Arbeitgeber im Falle seines Unterliegens auf der eingeklagten Lohnsumme zwingend die Arbeitgeberbeiträge an die Ausgleichsklasse und allenfalls an die Vorsorgeeinrichtung zu bezahlen habe (Urk. 35 S. 7). Der Kläger 1, so die Vorinstanz, sei in seiner Klage 1 von einem geschuldeten Lohn für die Monate Januar bis März 2016 sowie einer Ferienentschädigung für neun Tage von insgesamt netto Fr. 29'589.75 ausgegangen. Ausgehend von diesem Nettolohn betrage der Bruttolohn unter Berücksichtigung der obligatorischen Sozialabgaben von 6.225 % Fr. 31'554.–. Im massgeblichen Zeitpunkt der Klageeinreichung habe der Streitwert der Klage 1 damit

die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.– überstiegen, woran der spätere Eintritt der Klägerin 2 in den Prozess nichts ändere. Der Kläger 1 habe seine erste Klage zudem explizit im vereinfachten Verfahren und unter falscher Bezifferung des Streitwerts eingereicht. Er habe sich eine Begründung der Klage für die mündliche Verhandlung vorbehalten. Diesem expliziten Antrag des Klägers 1 sei zu entsprechen und der Prozess ins vereinfachte Verfahren zu verweisen gewesen (Urk. 35 S. 8 f.). Die Vorinstanz kam daher zum Schluss, dass die Klage 1 des Klägers 1 mit einem Streitwert von Fr. 31'554.– in die Zuständigkeit des Kollegialgerichts falle, weshalb auf sie nicht einzutreten sei (Urk. 35 S. 8 f.).

3.2. Der Kläger 1 beanstandet, dass eine falsche Bezeichnung des Spruchkörpers in der Klage nicht zu einem Nichteintretensentscheid führen könne, solange die Klage an das sachlich zuständige Gericht adressiert sei. Es obliege dem angerufenen Gericht selbst, die Rechtssache dem zuständigen Spruchkörper zuzuweisen. Die Vorinstanz hätte zum Zeitpunkt der Einreichung der Klage die Prozessvoraussetzungen prüfen müssen (Urk. 34 S. 8). Eine beim falschen Spruchkörper innerhalb des zuständigen Gerichts eingereichte Klage sei gerichtsintern formlos an den zuständigen Spruchkörper weiterzuleiten, ohne dass ein förmlicher Nichteintretensentscheid zu ergehen habe und ohne dass Art. 63 ZPO Anwendung finde (Urk. 34 S. 9).

3.3.1. Der Kläger 1 richtete seine Klage 1 vom 14. April 2016 ganz allgemein an das "Bezirksgericht Zürich" und damit weder an das Arbeitsgericht noch an das Einzelgericht. Das Arbeitsgericht ist sachlich zuständig (§ 20 Abs. 1 lit. a GOG). Die Sache wurde vom Arbeitsgericht behandelt. Dagegen hat sich denn auch keine der Parteien zur Wehr gesetzt. Dagegen muss sich der Kläger entgegenhalten lassen, dass er ausdrücklich eine Teilklage im vereinfachten Verfahren eingereicht hat (Urk. 1). Es ist der Beklagten insoweit zuzustimmen, als sie in der Berufungsantwort vorbringt, die Klage 1 sei nicht an den falschen Spruchkörper gerichtet gewesen, sondern der Kläger 1 habe die falsche Verfahrensart gewählt (Urk. 39 S. 4). Die schweizerische ZPO – anders als einst die ZPO/ZH – kennt das Institut der Prozessüberweisung im Fall fehlender Zuständigkeit des angerufenen Gerichts oder im Fall der Einreichung im falschen Verfahren nicht. Tritt ein

Gericht auf eine Klage nicht ein, weil es wegen der vom Kläger falsch gewählten Verfahrensart zu deren Behandlung nicht zuständig ist, hat es mit dem Nichteintretensentscheid sein Bewenden. Art. 63 ZPO regelt ausdrücklich den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit bei fehlender Zuständigkeit und falscher Verfahrensart. Das Gesetz geht mithin vom Grundsatz aus, dass es der klagenden Partei obliegt, ihre Klage beim zuständigen Gericht und in der richtigen Verfahrensart anhängig zu machen, und dass entsprechende Mängel das Nichteintreten auf die Klage zur Folge haben. Demgegenüber ist die Überweisung von Amtes wegen in der Zivilprozessordnung bewusst nicht vorgesehen, weil der Gesetzgeber die damit einhergehende Zusatzbelastung der Gerichte vermeiden wollte (BGer 4A_332/2015 vom 10. Februar 2016 E. 4.2.; BGer 8C_223/2016 vom 13. September 2016 E. 3.2.3.2.).

3.3.2. Ein Teil der Lehre mag zwar die Auffassung vertreten, dass bei Einreichung einer Eingabe an einen sachlich unzuständigen Spruchkörper des gleichen Gerichts die Eingabe intern an die zuständige Instanz weitergeleitet werden müsse. Dasselbe gelte – entgegen dem Wortlaut von Art. 63 Abs. 2 ZPO –, wenn eine Klage nicht im richtigen Verfahren eingeleitet worden sei. Die falsche Bezeichnung der Verfahrensart durch die Parteien schade diesen nur, sofern die Eingabe den Formvorschriften für das richtige Verfahren nicht entspreche. Begründet wird dies damit, dass das Gericht von Amtes wegen festlege, welcher Spruchkörper zuständig bzw. welches Verfahren anwendbar sei (Stahelin/Stahelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2013, § 12 N 5; BK ZPO I - Berger-Steiner, Art. 63 N 22 ff.; Schleifer Marais, Stämpflis Handkommentar, ZPO 63 N 5 ff.). Auf diese Lehrmeinung will sich scheinbar auch der Kläger 1 berufen. Er verweist diesbezüglich auf einen Entscheid der erkennenden Kammer vom 25. November 2015 (OGer LA150031; Urk. 34 S. 8 f.). Dieser Entscheid muss mit Blick auf die aktuellste höchstrichterliche Rechtsprechung jedoch als überholt gelten: Auch wenn das Gericht von Amtes wegen festlegt, welcher Spruchkörper intern zuständig ist bzw. welches Verfahren zur Anwendung gelangt, geschieht dies auf der Grundlage des durch die klagende Partei dargelegten Sachverhalts und der von ihr gewählten Verfahrensart. Aufgrund der Angaben des Klägers 1 musste die Vorinstanz davon ausgehen, dass dieser die Durchführung des vereinfachten Verfah-

rens (Art. 243 ff. ZPO) beim Einzelgericht (§ 24 GOG) verlangte, wohl nicht zuletzt deshalb, weil dieses kostenlos ist. Kommt die Vorinstanz also zum Schluss, dass die Prozessvoraussetzungen nicht vorliegen, trägt sie der zivilprozessualen Dispositionsbefugnis der klagenden Partei Rechnung, wenn auf die Klage nicht eingetreten und der Partei damit die Wahl gelassen wird, ihr Begehren unter den Voraussetzungen von Art. 63 ZPO bei der zuständigen Behörde und im richtigen Verfahren neu einzureichen oder nicht (BGer 4A_332/2015 vom 10. Februar 2016, E. 4.4.2.). Eine formlose Überweisung von Amtes wegen an das Kollegialgericht hätte für den Kläger 1 ein kostenpflichtiges Verfahren zur Folge gehabt, ohne dass er die Überweisung hätte anfechten können. Es ist somit nicht zu be-
anstanden, dass die Vorinstanz auf die Klage 1 des Klägers 1 nicht eintrat und von einer administrativen Überweisung der Klage an das Arbeitsgericht als Kollegialgericht absah. Wie die Beklagte in der Berufungsantwort richtig festhält (Urk. 39 S. 4), sieht die ZPO nicht vor, dass bei der Wahl der falschen Verfahrensart das Gericht die Klage dem richtigen Verfahren zuweisen muss oder kann, andernfalls Art. 63 Abs. 2 ZPO überflüssig wäre. Somit ist Dispositiv-Ziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung vom 16. August 2016 zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). Zur besseren Verständlichkeit des Entscheids ist jedoch Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung vom 16. August 2016 dahingehend neu zu formulieren, als auf die Klage 1 des Klägers 1 vom 14. April 2016 nicht einzutreten ist.

4.1. Die Beklagte erhebt bezüglich der vorinstanzlichen Entschädigungsfolgen Anschlussberufung. Sie führt ins Feld, dass die Vorinstanz zum Schluss komme, die ordentliche Parteientschädigung betrage mit Blick auf den Nichteintretensentscheid Fr. 5'378.–. Die Vorinstanz habe die Entschädigung jedoch um rund einen Drittel auf Fr. 3'600.– reduziert mit der Begründung, anstatt einer vollständigen Beantwortung der Klage 1 durch die Beklagte sei nur eine Stellungnahme zur Höhe des Streitwerts im Rahmen des Nichteintretensantrags erfolgt. Diese Reduktion der ordentlichen Prozessentschädigung um einen Drittel stelle eine Verletzung von § 11 Abs. 1 AnwGebV i.V.m. § 4 AnwGebV dar. Die Beklagte habe sich so vorbereiten müssen, dass sie am Verhandlungstag in der Lage gewesen wäre, sowohl die Klageantwort als auch die Duplik zu halten, die Beweise zu nennen und zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Sie habe sich nicht darauf verlas-

sen können, dass die Vorinstanz ihrem Antrag auf Nichteintreten stattgeben würde (Urk. 39 S. 5 f.). Da für die Vorinstanz die Sach- und Rechtslage klar gewesen sei, habe sie die Beklagte nicht mehr aufgefordert, materiell zur Klage 1 Stellung zu nehmen. Trotzdem sei die Beklagte entsprechend vorbereitet gewesen (Urk. 39 S. 6).

4.2. Die Vorinstanz berechnete die Parteientschädigung für die beiden Klagen des Klägers 1 sowie die Klage der Klägerin 2 ausgehend von einem Gesamtstreitwert von Fr. 71'824.85 mit total Fr. 8'964.–. Sie hielt fest, dass davon etwa 60 % auf die Klage 1 des Klägers 1 sowie die Klage der Klägerin 2 entfielen, in welchem Umfang die Kläger unterlägen. Grundsätzlich wären in diesem Umfang beide Kläger nach Streitwertanteilen zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Vorliegend sei jedoch die Klägerin 2 nach guten Treuen zur Prozessführung und zum Prozessbeitritt veranlasst gewesen. Die falsche Verfahrenswahl des Klägers 1 könne ihr nicht angelastet werden, weshalb die Parteientschädigung vollumfänglich dem Kläger 1 aufzuerlegen sei. Da anstelle einer vollständigen Beantwortung der Klage 1 durch die Beklagte lediglich eine Stellungnahme zur Höhe des Streitwerts im Rahmen des Nichteintretensantrags erfolgt sei, sei die vom Kläger 1 an die Beklagte zu bezahlende Parteientschädigung um einen Drittel auf rund Fr. 3'600.– zu reduzieren (Urk. 35 S. 15 f.).

4.3.1. Die von der Vorinstanz festgesetzte Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO) ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV, LS 215.3) festzusetzen (Art. 96 ZPO). Die für die Bemessung der erstinstanzlichen Parteientschädigung massgeblichen Bestimmungen finden sich in §§ 2 Abs. 1 und 2, 4 Abs. 1 und 2 und 11 AnwGebV. Die Klage 1 des Klägers 1 ist als vermögensrechtliche, arbeitsrechtliche Streitigkeit zu qualifizieren. Gemäss Vorinstanz beträgt die 100 %-ige ordentliche Parteientschädigung für das gesamte Verfahren, mithin für die Beurteilung beider Klagen Fr. 8'964.–, wovon 60 % bzw. Fr. 5'378.– auf die Klage 1 entfallen würden (Urk. 35 S. 15 f.). Die Höhe der Gerichtsgebühr wurde von den Parteien nicht beanstandet.

4.3.2. Ist die Verantwortung oder der Zeitaufwand der Vertretung oder die Schwierigkeit des Falls besonders hoch oder tief, *kann* die Gebühr bis zu einem

Drittel erhöht oder ermässigt werden (§ 4 Abs. 2 AnwGebV). Daraus ist ersichtlich, dass dem Gericht bei der Festsetzung der Parteientschädigung von vornherein ein gewisser Ermessensspielraum zukommt. Im Vergleich zu anderen arbeitsrechtlichen Verfahren handelt es sich vorliegend um einen vergleichsweise einfachen Fall bzw. stellen sich keine atypischen oder besonders komplizierten Fragen, so dass Verantwortung und Schwierigkeit des Falls nicht als besonders hoch zu qualifizieren sind. Was den Zeitaufwand anbelangt, so bringt die Beklagte mit der Anschlussberufung zu Recht vor, sie habe im Sinne der Vorladung auf die Hauptverhandlung vom 6. Juli 2016 vorbereitet sein müssen, um auch materiell zur Klage 1 zu plädieren (vgl. Urk. 10). Sie reicht dazu ein 12-seitiges Plädoyer ins Recht (Urk. 42/2). Insgesamt verfasste die Beklagte damit in Vorbereitung auf die Hauptverhandlung vom 6. Juli 2016 16 Seiten Plädoyer. Rechnet man im Sinne einer Faustregel pro Plädoyerseite eine Stunde Zeitaufwand, so beträgt der Zeitaufwand der Beklagten mit Blick auf die dreistündige Hauptverhandlung (Prot. I. S. 5 und S. 21) und unter Berücksichtigung eines Aufwands von zwei Stunden für Instruktion und Korrespondenz rund 21 Stunden. Ausgehend von einer Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'600.– ergibt sich ein Stundenansatz von rund Fr. 170.– pro Stunde, was als eher tief einzustufen ist. So hat das Bundesgericht in anderem Zusammenhang kürzlich festgehalten, dass die zugesprochene Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters die Selbstkosten abzugelten und einen bescheidenen, nicht nur symbolischen Verdienst des Anwalts zu gewährleisten habe. Im Sinne einer Faustregel sei davon auszugehen, dass sich die Entschädigung für einen amtlichen Anwalt im schweizerischen Durchschnitt in der Grössenordnung von Fr. 180.– pro Stunde (zuzüglich Mehrwertsteuer) bewegen müsse, um vor der Verfassung standzuhalten (u.a. mit Verweis auf BGE 141 I 124 E. 3.2). Auch wenn vorliegend kein Fall von unentgeltlicher Rechtsvertretung zu beurteilen ist, erweist es sich als sachgerecht, die der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren zugesprochene Parteientschädigung zu erhöhen. Unter Berücksichtigung vorerwähnter Bemessungsfaktoren erweist sich eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.– (mangels Antrags ohne MwSt., Urk. 25) als angemessen. Damit ist der Beklagten in teilweiser Gutheissung der

Anschlussberufung für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.– zuzusprechen (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO).

5.1. Da die Anträge der Beklagten und Anschlussberufungsklägerin materiell beurteilt wurden, sind die Prozesskosten so zu verteilen, wie wenn die Parteien je selbständig Berufung eingelegt hätten, mithin nach Massgabe des jeweiligen Ob-siegens in der Hauptberufung einerseits und Anschlussberufung andererseits (ZK ZPO - Reetz/Hilber, Art. 313 N 60; Art. 106 ZPO). In der Regel werden also im Rahmen der Bemessung der Höhe der Prozesskosten Berufung und Anschlussberufung je separat betrachtet, weshalb sich das Kostenrisiko bei Erhebung einer Anschlussberufung für beide Parteien erhöht (ZK ZPO-Reetz, Vorbemerkungen zu Art. 308-318 N 47).

5.2. Der Streitwert der Hauptberufung beträgt Fr. 28'218.10, derjenige der Anschlussberufung Fr. 1'778.– (Fr. 5'378.– ./ Fr. 3'600.–). Im Berufungsverfahren unterliegt der Kläger zu über 97 %, weshalb es sich rechtfertigt, ihm zufolge seines mehrheitlichen Unterliegens die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 4 und 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'500.– festzusetzen. Darüber hinaus ist der Kläger 1 zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen (§§ 4 Abs. 1, 11 Abs. 1, 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV), mangels Antrags ohne zusätzliche Mehrwertsteuer (Urk. 39 S. 2).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 und 3 der Verfügung des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 16. August 2016 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts am Arbeitsgericht, 3. Abteilung, vom 16. August 2016 wird bestätigt.
2. In teilweiser Gutheissung der Anschlussberufung wird der Kläger 1 verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.– zu bezahlen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger 1 auferlegt.
5. Der Kläger 1 wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 übersteigt Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 16. Dezember 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. N. Gerber

versandt am: jo