

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA160030-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

Urteil vom 8. Dezember 2016

in Sachen

Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich,

Klägerin und Berufungsklägerin

gegen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 21. September 2016 (AH160121-L)

Erwägungen:

I.

1. Dem vorliegenden Verfahren liegt eine arbeitsrechtliche Streitigkeit zwischen der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) und ihrem ehemaligen Arbeitnehmer, B._____, zugrunde. Am 29. Januar 2016 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit B._____ unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten sechsmonatigen Kündigungsfrist (Urk. 4/2 Ziff. 4) und offerierte ihm gleichzeitig einen neuen Arbeitsvertrag (Urk. 4/4). Nachdem B._____ den angebotenen Arbeitsvertrag nicht unterzeichnete, hätte das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 31. Juli 2016 geendet (Urk. 1 S. 2; Urk. 4/4). Nachdem B._____ die Beklagte jedoch mehrfach auf ausstehende Lohnzahlungen aufmerksam gemacht und mit der Niederlegung seiner Arbeit gedroht hatte (Urk. 4/6-8), kündigte er mit Schreiben vom 11. Februar 2016 das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fristlos (Urk. 4/9). Daraufhin bezahlte die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) B._____ für die Monate Februar 2016 bis Juli 2016 eine Arbeitslosenentschädigung von insgesamt Fr. 29'262.25 netto aus (Urk. 4/10a-f). Der Anspruch von B._____ gegenüber seiner (ehemaligen) Arbeitgeberin ging im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigung gemäss Art. 29 Abs. 2 AVIG auf die Klägerin über. Entsprechend machte sie vor Vorinstanz, dem Einzelgericht am Arbeitsgericht Zürich, gegenüber der Beklagten eine Forderung in Höhe der geleisteten Arbeitslosenentschädigung von Fr. 29'262.25 geltend (Urk. 1).

2. Mit Verfügung vom 21. September 2016 bzw. Berichtigungsverfügung vom 27. September 2016 trat die Vorinstanz mangels richtiger Verfahrensart nicht auf die Klage ein (Urk. 22; Urk. 23). Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin mit Eingabe vom 6. Oktober 2016 innert Frist Berufung mit folgendem Rechtsbegehren (Urk. 21 S. 2):

"1. Die Verfügung des Arbeitsgerichts Zürich vom 21.09.2016 sei aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-20). Da sich die Berufung sogleich als offensichtlich unzulässig erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Begründung der Berufungsanträge noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Ihre Kognitionsbefugnis ist in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend.

2. Neue Vorbringen sind im Berufungsverfahren lediglich eingeschränkt zulässig. Zu berücksichtigen sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel, welche kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, die der eingeschränkten Untersuchungsmaxime unterstehen (Art. 247 Abs. 2 ZPO), ist doch eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren abzulehnen, da dies der im Gesetz eigens vorgesehenen abweichenden Regelung von Art. 317 ZPO entgegensteht (BGE 138 III 625 E. 2.2 = Pra 102 [2013] Nr. 26; ZR 111 [2012] Nr. 35).

III.

1. Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, bei Lohnklagen sei zur Bemessung des Streitwerts auf den Bruttolohn abzustellen. Dieser Auffassung sei insbesondere für den Fall, dass der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber vorgehe, zuzustimmen, weil der Arbeitgeber im Falle seines Unterliegens auch die Ar-

beitnehmerbeiträge an die Ausgleichskasse bzw. an die Vorsorgeeinrichtung zu bezahlen habe. Im vorliegenden Fall sei die Klägerin aufgrund der Legalzession an die Stelle des Arbeitnehmers getreten. Die Klägerin habe – wie aus den Taggeldabrechnungen ersichtlich sei – auch die Beiträge an die Sozialversicherungen geleistet. Insoweit bestehe kein Anlass, von der vorgenannten Praxis betreffend Streitwertberechnung abzuweichen. Mithin sei vom Brutto-Entschädigungsanspruch auszugehen, weshalb der Streitwert Fr. 31'872.– betrage. Die vorliegende Klage sei somit im ordentlichen Verfahren zu behandeln. Demnach sei auf die Klage mangels richtiger Verfahrensart nicht einzutreten (Urk. 22 E. II./2-6).

2. Die Klägerin bringt berufsungsweise vor, die Vorinstanz verkenne, dass im Falle des Obsiegens der Klägerin die Arbeitnehmerbeiträge, welche von ihr bereits bezahlt worden seien, via Zentrale Ausgleichsstelle ("ZAS") storniert bzw. zurückgebucht würden. Die Arbeitslosenkasse sei eine Versicherung und nicht gleichzusetzen mit einem Arbeitnehmer, der ein unmittelbares Interesse am Erhalt der Brutto-Lohnforderung habe. Die Klägerin habe die Arbeitnehmerbeiträge an die ZAS überwiesen, diese würden aber bei Obsiegen der Klägerin von der ZAS storniert bzw. zurückgebucht. Die Arbeitslosenkasse habe entsprechend ihrem Rechtsbegehren einzig ein Interesse am Erhalt der Netto-Lohnforderung. Es sei deshalb nicht einsehbar, weshalb vom klaren Wortlaut von Art. 91 Abs. 1 ZPO abgewichen werden solle. Die Klägerin könne die geleisteten Arbeitnehmerbeiträge mangels Rechtsschutzinteresse nicht einklagen, weshalb sich der Streitwert durch das Rechtsbegehren der Klägerin bestimme. Damit betrage der Streitwert Fr. 29'262.35, weshalb die Vorinstanz sachlich zuständig sei (Urk. 21 S. 3 f.).

3. Wie vorstehend bereits ausgeführt, werden Noven im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. a und b). Die Tatsache, dass die Klägerin die Arbeitnehmerbeiträge an die ZAS überwiesen habe und diese bei Obsiegen der Klägerin von der ZAS wieder storniert bzw. zurückgebucht würden, bringt die Klägerin erst(mals) im Berufungsverfahren vor. In ihrer vorinstanzlichen Stellungnahme zur Streitwertberechnung vom 5. September 2016 stützte sich die Klägerin aus-

schliesslich auf Art. 91 Abs. 1 ZPO und argumentierte, der Streitwert bestimme sich einzig durch das klägerische Rechtsbegehren (Urk. 12). Die angebliche Überweisung der Sozialversicherungsbeiträge an die ZAS und die darauffolgende Stornierung bzw. Zurückbuchung war vor Erstinstanz noch kein Thema. Das Berufungsverfahren dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachholen bzw. nachbessern können. Alles, was relevant ist, ist rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfliessen zu lassen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 63, m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen vorbringt, hat zunächst zu behaupten und zu belegen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit dieser Noven. Sie muss Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie die neu vorgebrachten Tatsachen auch bei zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor Erstinstanz vorbringen konnte (*OGer ZH LC150019 vom 27.11.2015, E. II./1b* mit Verweis auf BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1). Dies hat die Klägerin vorliegend nicht getan. Aus ihren Ausführungen in der Berufungsschrift geht nicht hervor, wann genau die behauptete Überweisung an die ZAS stattgefunden hat; entsprechende Belege diesbezüglich legt sie nicht ins Recht. Die Klägerin hat nicht dargelegt, weshalb sie diese neuen Sachverhaltselemente nicht schon vor Erstinstanz (nötigenfalls mittels Noveneingabe) vorgebracht hat. Sie ist somit ihren prozessualen Pflichten nicht nachgekommen, weshalb die neu vorgebrachten Tatsachen als verspätete Noven nicht zu berücksichtigen sind. Darüber hinaus setzt sich die Klägerin mit den Erwägungen der Vorinstanz nicht weiter auseinander, weshalb die Berufung bereits aus diesem Grund abzuweisen wäre.

4. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Berufung der Klägerin auch dann keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte, wenn die neu vorgebrachten Tatsachen noch hätten berücksichtigt werden können.

4.1 Der Streitwert einer Klage bestimmt sich grundsätzlich nach dem Rechtsbegehren (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Geht das Rechtsbegehren auf Geldzahlung, deckt sich der Streitwert in der Regel mit dem Begehren (BSK ZPO-Rüegg, Art. 91 N 3). Bei arbeitsrechtlichen Lohnklagen drängt sich bezüglich der Streitwertberechnung

jedoch eine differenzierte Betrachtungsweise auf. Aus Sicht des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitslosenkasse interessiert primär der Nettolohn, also was schlussendlich nach allen Abzügen ausbezahlt wird. Der Arbeitgeber andererseits muss nicht nur den Nettolohn bezahlen, sondern zusätzlich die Arbeitnehmerbeiträge sowie seine eigenen Beiträge an die Ausgleichskasse bzw. die Vorsorgeeinrichtung leisten (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 49). Aufgrund dieser Überlegung, bemisst sich der Streitwert in arbeitsrechtlichen Prozessen stets nach dem Bruttolohn ohne Abzug der Arbeitnehmerbeiträge aus öffentlichem Recht oder aus Vertrag (ZR 106 [2007] Nr. 6, E. 3.1.1; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Einl. v. Art. 319 ff. N 60; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., 2012, S. 41; Heinzmann/Egloff, Das zukünftige arbeitsgerichtliche Verfahren im Kanton Bern, in: ZBJV 2010, S. 1057; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., 2005, Art. 343 N 11; BK OR-Rehbinder [1992], Art. 343 N 13; vgl. auch das Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen 10/2013/25 vom 21.02.2014, in: CAN 2015 Nr. 31, S. 85).

4.2 In casu gibt es keinen Grund von der vorerwähnten Methode zur Streitwertberechnung abzuweichen und es rechtfertigt sich auch vorliegend, von den Bruttotbeträgen auszugehen. Aus den aktenkundigen Taggeldabrechnungen geht hervor, dass die Klägerin jeweils von der Brutto-Entschädigung die Sozialversicherungsbeiträge abgezogen und entsprechend nur die Nettobeträge an den Versicherten ausbezahlt hat (Urk. 4/10a-f). Insgesamt betragen die kumulierten Abzüge für die Monate Februar 2016 bis Juli 2016 Fr. 2'609.75. Gemäss Art. 29 Abs. 2 AVIG gehen alle Ansprüche des Versicherten im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigungen auf die Arbeitslosenkasse über. Die Arbeitslosenkasse subrogiert insoweit von Gesetzes wegen in die Ersatzforderung des Arbeitnehmers, als sie tatsächlich Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet hat, während ein allfälliger Restanspruch beim Versicherten verbleibt (Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, 1987, Art. 29 N 17). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden von der Legalzession nicht nur die Netto-Auszahlungen erfasst. Soweit auf der Arbeitslosenentschädigung Sozialabgaben vom Versicherten zu tragen sind und die Arbeitslosenkasse diese direkt an die Sozialversicherungsträger bezahlt, subrogiert sie auch in die entsprechenden

Brutto-Lohnansprüche der versicherten Person. Denn es könne, gemäss Bundesgericht, nicht darauf ankommen, wer formell zur Abrechnung verpflichtet sei. Massgebend sei allein die materielle Abgabepflicht. Soweit diese den arbeitslosen Arbeitnehmer belaste, erfolge die Zahlung der Arbeitslosenentschädigung auch insoweit für ihn, als zu seinen Gunsten – sei es direkt an die entsprechenden Sozialversicherungsträger – Sozialabgaben ausgerichtet würden. Die versicherte Person ist an den Sozialversicherungsabgaben, die für sie von der Arbeitslosenkasse abgerechnet wurden, nicht mehr aktivlegitimiert (BGer 4C.275/2002 vom 5. Dezember 2002, E. 3.1). Die Legalzession im Sinne von Art. 29 Abs. 2 AVIG umfasst nach dem Gesagten somit die gesamte Brutto-Entschädigung und nicht nur die an den Versicherten ausbezahlten Nettobeträge.

4.3 Die Klägerin bringt nun erstmals im Berufungsverfahren vor, die von ihr geleisteten Sozialversicherungsbeiträge würden im Falle ihres Obsiegens von der ZAS storniert bzw. zurückgebucht. In diesem Fall wäre die Beklagte als ehemalige Arbeitgeberin verpflichtet, die Beiträge zu Gunsten von B._____ an die entsprechenden Sozialversicherungsträger zu bezahlen. Auf diesen Umstand wurde die Beklagte in den diversen Subrogationsanzeigen der Klägerin auch mehrmals hingewiesen (Urk. 4/11a-e): *"Selbstverständlich steht es Ihnen [der Beklagten] frei, uns den genannten Betrag, für welchen Sie die Sozialversicherungsbeiträge abrechnen müssen, umgehend zu überweisen oder schriftlich anzuerkennen."* Somit geht die Klägerin selbst explizit davon aus, dass die Beklagte nicht nur die Netto-Arbeitslosenentschädigung zu ersetzen, sondern eben zusätzlich auch die Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten hat. Im Falle ihres Unterliegens hat die Beklagte demnach neben der durch die Klägerin bereits ausbezahlten Netto-Entschädigung auch noch die Arbeitnehmerbeiträge zu leisten, weshalb sich das wirtschaftliche "Streitinteresse" der Beklagten um diesen Betrag erhöht. Neben der eingeklagten Summe von Fr. 29'262.25 müsste die Beklagte diesfalls zumindest auch noch die Arbeitnehmerbeiträge von insgesamt Fr. 2'609.75 bezahlen. Für die Beklagte stehen im vorliegenden Prozess zusammenfassend eben nicht nur Fr. 29'262.25, sondern mindestens Fr. 31'872.– auf dem Spiel.

5. Nach dem Gesagten wäre die Streitwertberechnung der Vorinstanz auch dann nicht zu beanstanden, wenn die von der Klägerin erstmals vor Obergericht vorgebrachten Noven noch berücksichtigt werden könnten. Da der Streitwert der vorliegenden Klage somit Fr. 30'000.– übersteigt, ist in Anwendung von § 25 GOG e contrario nicht das Einzelgericht, sondern das Kollegialgericht im ordentlichen Verfahren zuständig (Art. 243 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO).

6. Abschliessend ist noch die Frage zu klären, ob die Vorinstanz – anstatt auf die Klage nicht einzutreten – das Verfahren intern an das zuständige Kollegialgericht hätte überweisen müssen.

6.1 Die Klägerin hat ihre Klage nicht explizit im vereinfachten Verfahren eingereicht. Auch richtete sie die Klage an das "Arbeitsgericht" und nicht spezifiziert an das "Arbeitsgericht als Einzelgericht" (vgl. Urk. 1). Allerdings beantragte die Klägerin mit ihrem Rechtsbegehren ausdrücklich die Bezahlung von Fr. 29'262.25 und stellte nur bezüglich den Entschädigungsfolgen einen Antrag. Zu den Kostenfolgen äusserte sich die Klägerin nicht, dies wohl deshalb, weil sie davon ausging, arbeitsrechtliche Verfahren bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– seien kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Spätestens jedoch in ihrer Eingabe vom 5. September 2016 bezifferte die Klägerin den Streitwert explizit auf Fr. 29'262.25 und vertrat die Ansicht, dass demgemäss "das Einzelgericht sachlich zuständig" sei (Urk. 12 S. 2). Aufgrund der Angaben der Klägerin konnte die Vorinstanz somit davon ausgehen, dass die Klägerin die Durchführung eines vereinfachten Verfahrens beim Einzelgericht beabsichtigte.

6.2 Art. 63 ZPO regelt ausdrücklich den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit bei fehlender Zuständigkeit und falscher Verfahrensart. Das Gesetz geht 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 des Gerichts vermeiden wollte (BGer 8C_223/2016 vom 13. September 2016, E. 3.2.3.2). Wie das Gericht jedoch vorzugehen hat, wenn unklar ist, von welchem Spruchkör-

per und in welchem Verfahren die klagende Partei ihre Eingabe beurteilt haben möchte, etwa weil sie sich hierzu nicht äussert, oder wenn gar anzunehmen ist, sie habe die Eingabe versehentlich an den falschen Spruchkörper adressiert, liess das Bundesgericht ausdrücklich offen (BGer 4A_332/2015 vom 10. Februar 2016, E. 4.4.2). Vorliegend hat die Klägerin ihre Klage nicht versehentlich beim sachlich unzuständigen Gericht eingereicht. Sie hat sich bewusst für das vereinfachte Verfahren entschieden und explizit festgehalten, dass das Einzelgericht sachlich zuständig sei (Urk. 12 S. 2). Eine Zuweisung der Eingabe an den nach kantonalem Recht sachlich zuständigen Spruchkörper ist jedenfalls dann nicht angebracht, wenn feststeht, dass die klagende Partei ihre Klage gerade durch den angerufenen Spruchkörper und in der von ihr gewählten Verfahrensart beurteilt haben möchte. Unter solchen Umständen hat auch dieser Spruchkörper über die Zulässigkeit der Klage im entsprechenden Verfahren zu entscheiden. Kommt er zum Schluss, dass die Prozessvoraussetzungen nicht vorliegen, trägt es der zivilprozessualen Dispositionsbefugnis der klagenden Partei Rechnung, wenn auf ihre Klage nicht eingetreten und ihr damit die Wahl gelassen wird, ihr Begehren – unter den Voraussetzungen von Art. 63 ZPO in Wahrung der Rechtshängigkeit – bei der zuständigen Behörde und im richtigen Verfahren neu einzureichen oder eben auch nicht. In derartigen Fällen kann es nicht angehen, im Namen der klagenden Partei ungefragt ein von ihr nicht beantragtes (kostenpflichtiges) Verfahren zu eröffnen (BGer 4A_332/2015 vom 10. Februar 2016, E. 4.4.2).

6.3 Nach dem Gesagten ist die Vorinstanz im vorliegenden Fall zu Recht nicht auf die Klage eingetreten. Eine interne Überweisung an das Kollegialgericht kommt aus den genannten Gründen nicht in Frage.

7. Zusammenfassend erweist sich die Berufung als unbegründet; sie ist demgemäss abzuweisen und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

IV.

1. Wie schon das erstinstanzliche Verfahren ist auch das Berufungsverfahren kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).
2. Für das Berufungsverfahren sind sodann keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Der Beklagten sind im Berufungsverfahren keine entschädigungspflichtigen Kosten entstanden (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), und die Beklagte hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung, weil sie im Berufungsverfahren vollumfänglich unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung vom 21. September 2016 in Verbindung mit der Berichtigungsverfügung vom 27. September 2016 des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, wird bestätigt.
2. Das Berufungsverfahren ist kostenlos.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 8. Dezember 2016

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am: jo