

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA100033-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,
Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
C. Heuberger

Beschluss vom 25. April 2012

in Sachen

A._____,

Erbin des +B._____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

C._____ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
19. November 2010 (AN090715)**

Rechtsbegehren:

"Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen Betrag von Fr. 123'060.65 (netto) nebst Verzugszins zu 5% seit 1. Januar 2009 zu bezahlen, unter Vorbehalt der späteren Erhöhung der Klagesumme und der Nachklage."

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 19. November 2010:

1. Die Klage aus Arbeitsvertrag wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 9'900.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 16'445.– zu bezahlen.

Berufungsanträge:

des Klägers und Appellanten (Urk. 35 S. 2):

1. Ziff. 1 des Urteils des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 19. November 2010 sei aufzuheben und die Sache zur materiellen Prüfung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Ziff. 2 bis 4 des Urteils des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 19. November 2010 seien aufzuheben.

der Beklagten und Appellatin (Urk. 42 S. 2):

1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 19. November 2010 aufzuheben und auf die Klage nicht einzutreten.
3. Subeventualiter sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 19. November 2010 aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, dem Kläger Gelegenheit zur Stellungnahme zu allfälligen Noven in der Duplik zu geben.

Sachverhalt und Prozessgeschichte:

1. a) Zweck der Beklagten ist in erster Linie Handel, Beratung, Projektierung, Entwicklung und Fabrikation sowie Lizenzierung insbesondere auf dem Gebiet der Lager, Förder-, Abfüll- und Verpackungs- sowie Handhabungstechnik. Die Gesellschaft verfügt über ein Aktienkapital von Fr. 300'000.–, das in 300 Namenaktien à Fr. 1'000.– gestückelt ist. Im Zeitpunkt der Klageeinleitung war die D._____ GmbH mit 200 Namenaktien und B._____ mit 100 Namenaktien beteiligt. Seit der Generalversammlung vom 14. April 2010 verfügte B._____ nur noch über eine Namenaktie, während die D._____ GmbH die restlichen 299 Aktien hält (Urk. 35 Rz 10 und Urk. 42 Rz 6).

B._____ nahm am 1. März 1966 seine Tätigkeit bei der Beklagten auf. Anfänglich bekleidete er die Funktion eines Verkaufsleiters. Am 9. Juni 1969 erhielt er die Kollektivprokura, und am 24. Juli 1970 wurde er in den Verwaltungsrat gewählt sowie zugleich zum Direktor bestellt. Bis zum Ausscheiden des damaligen Mehrheitsaktionärs E._____ führten dieser und der Kläger die Geschäfte des Unternehmens. Danach war B._____ gemeinsam mit Dr. F._____ Verwaltungsrat und alleiniger Geschäftsführer der Beklagten. Am 5. September 1995 wurden die Rechte und Pflichten von B._____ und der Beklagten rückwirkend ab 1. Januar 1995 schriftlich geregelt. An der Generalversammlung vom 28. Juni 2007 beschloss die Beklagte gewissermassen die stille Liquidation der Gesellschaft. Ab dem 29. Oktober 2007 war B._____ als einziger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen. Am 19. Mai 2009 wurde er nicht wiedergewählt und neu G._____ als einziger Verwaltungsrat eingesetzt. B._____ bestritt die Gültigkeit dieses Wahlgeschäfts. Mit Entscheid vom 30. September 2009 bestätigte das Bezirksgericht Zürich, Audienzrichteramt, die Ungültigkeit des Generalversammlungsbeschlusses betreffend die Wahl von G._____, worauf eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen wurde. Anlässlich dieser Versammlung vom 9. Oktober 2009 wurde die Wahl von G._____ bekräftigt. Die entsprechende Wahl wurde am 12. November 2009 im Handelsregister eingetragen.

b) B._____ ging davon aus, dass er seit dem 5. September 1995 in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis gestanden habe. Am 28. Juni 2007 sei zwar im Rahmen der Generalversammlung entschieden worden, die Kerntätigkeit des Unternehmens per Ende 2007 aufzugeben, er sei aber bis auf Weiteres mit der stillen Liquidation betraut gewesen. Bis Ende Dezember 2008 sei ihm auch der bisherige Lohn ausgerichtet worden. Mit der am 2. September 2009 angehobenen Klage beantragte er schliesslich die Lohnzahlung für die Monate Januar 2009 bis und mit November 2009 (Urk. 9 S. 3).

Die Beklagte machte dagegen geltend, das Arbeitsgericht Zürich sei nicht zuständig zur Beurteilung der Klage. Es habe sich bei der Geschäftsbeziehung zwischen B._____ und der Beklagten nicht um ein Arbeitsverhältnis gehandelt, sondern um ein organschaftliches Rechtsverhältnis mit Gesellschaftsrechtlicher und vertragsrechtlicher Doppelnatur, womit keine arbeitsrechtlichen Normen zur Anwendung gelangten. Zudem brachte die Beklagte vor, dass der am 5. September 1995 geschlossene Vertrag spätestens per Ende 2008 mittels Aufhebungsvertrag beendet worden sei.

2. Mit Eingabe vom 2. September 2009 beantragte B._____ vorerst die Zuspprechung von Fr. 90'002.90 (Urk. 1 S. 2). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 15. Dezember 2009 (Klagebegründung und Klageantwort) beantragte er neu, dass die Beklagte zu verpflichten sei, ihm netto Fr. 123'060.85 nebst Zins zu 5 % seit 1. Juni 2009 zu bezahlen (Urk. 9 S. 2). Die Beklagte stellte den Antrag, dass auf die Klage nicht einzutreten sei; eventuell sei sie abzuweisen (Urk. 11 S. 1). Das Hauptverfahren wurde am 8. April 2010 mit der Replik fortgesetzt (Prot. I S. 8). Im Anschluss an diese Verhandlung wurde der Beklagten Frist zu schriftlicher Duplik gewährt (Prot. I S. 13, Urk. 16), welche am 7. Juni 2010 erstattet wurde (Urk. 20). Die Parteien hielten mit Replik und Duplik an ihren bisherigen Anträgen fest. Am 16. Juli 2010 wurde die Duplik B._____ zugestellt. Mit Urteil vom 19. November 2010 wurde "die Klage aus Arbeitsvertrag abgewiesen" (Urk. 29 S. 19, Disp. Ziff. 1). Das Arbeitsgericht ging dabei davon aus, dass seit dem 29. Oktober 2007 grundsätzlich kein Arbeitsverhältnis mehr, sondern nur noch ein Auftragsverhältnis bestanden habe (Urk. 29 S. 15). Die Vorinstanz wies dabei darauf hin,

dass die Frage, ob (noch) ein Arbeitsverhältnis vorgelegen habe, als doppelrelevante Tatsache sowohl für die Frage der Zuständigkeit als auch für die materielle Beurteilung erst im Erkenntnisverfahren zu prüfen gewesen sei. Unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung hielt sie deshalb zur Vermeidung der Einrede der abgeurteilten Sache bei einer erneuten Klageerhebung vor einem anderen Gericht fest, dass "die Klage aus Arbeitsverhältnis" abgewiesen werde. Damit sollte B._____ die Möglichkeit belassen werden, eine neue Klage aus Auftrag nach Art. 394 ff. OR zu erheben (Urk. 29 S. 16-19).

3. a) Mit Eingabe vom 6. Dezember 2010 erhob B._____ rechtzeitig Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichts vom 19. November 2010 (Urk. 25 und 30), worauf ihm mit Verfügung vom 16. Dezember 2010 Frist zur Begründung der Berufung angesetzt wurde (Urk. 32). Die Berufungsbegründung datiert vom 17. Februar 2011 (Urk. 35), die Berufungsantwort vom 4. April 2011 (Urk. 42). Das Verfahren wurde mit Verfügung vom 6. April 2011 schriftlich fortgesetzt (Urk. 45). Die Replikschrift ging am 20. Mai 2011 ein (Urk. 47) die Duplikatschrift am 6. Juli 2011 (Urk. 52). Letztere wurde mit Verfügung vom 6. Juli 2011 B._____ zugestellt (Urk. 53).

b) Am 16. November 2011 teilte sein Vertreter mit, dass B._____ verstorben sei (Urk. 54). Hierauf wurde das Verfahren mit Beschluss vom 24. November 2011 sistiert, bis über den Antritt oder die Ausschlagung der Erbschaft entschieden sei (Urk. 55). Gestützt auf die entsprechende Eingabe des bisherigen Vertreters vom 19. Januar 2012 (Urk. 56) und die damit eingereichte Erbbescheinigung vom 4. Januar 2012 (Urk. 57) wurde mit Beschluss vom 27. Januar 2012 vorgemerkt, dass die Ehefrau des verstorbenen B._____, A._____, als Erbin in den Prozess eingetreten ist. Die Sistierung des Verfahrens wurde aufgehoben (Urk. 58, Disp. Ziff. 1 und 2). Am 13. Februar 2012 reichte der bisherige Vertreter die Vollmacht von A._____ für das vorliegende Verfahren nach (Urk. 59 und 60).

Erwägungen:

1. a) Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt indes für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden.

b) B._____ (nachfolgend: der Kläger) beantragte im Hauptantrag, es sei das Urteil der Vorinstanz aufzuheben und die Sache zur materiellen Prüfung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 35 S. 2). Ein Antrag auf Rückweisung des Verfahrens kommt in aller Regel jedoch nur als Eventualantrag in Frage. Als Hauptantrag kann ein solcher Antrag dann gestellt werden, wenn die Vorinstanz ihren Entscheid in eine falsche Form gekleidet oder einen Sachentscheid gefällt hat, ohne das Hauptverfahren vorschriftsgemäss zu Ende zu führen. Solche Entscheide sind ohne Prüfung der Frage, ob in der Sache richtig entschieden worden ist, aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen (Frank/Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 2a zu § 264 ZPO/ZH mit weiteren Hinweisen).

Der Kläger machte mit der Berufung einerseits geltend, das rechtliche Gehör sei verletzt worden, da ihm vor Vorinstanz nicht Gelegenheit eingeräumt worden sei, zu den neuen Behauptungen in der Duplik der Beklagten Stellung zu nehmen. Das Hauptverfahren sei damit nicht ordnungsgemäss abgeschlossen worden. Ausserdem habe die Vorinstanz nicht auf bestrittene Umstände abstellen dürfen, ohne hierüber ein Beweisverfahren durchzuführen (Urk. 35 S. 7). Unter diesen Vorgaben ist auf die Berufung einzutreten, und es sind die entsprechenden Vorbringen zu prüfen. Im Übrigen geht aus der Berufung - auch wenn dies in der Berufungsschrift nicht explizit erwähnt wird - hervor, dass letztlich eine Gutheissung der Klage angestrebt wird (vgl. Urk. 35).

2. a) Gemäss bisheriger Regelung sind vor der Berufungsinstanz neue Vorbringen (Noven: tatsächliche Behauptungen, Einreden und Beweismittel) nur

noch unter den Voraussetzungen der §§ 115 und 138 ZPO/ZH zulässig (§ 267 Abs. 1 ZPO/ZH). Nach § 115 ZPO/ZH sind solche Vorbringen - soweit für das vorliegende Verfahren von Belang - daher nur zulässig, wenn sich ihre Richtigkeit aus den Prozessakten ergibt oder diese durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können (§ 115 Ziff. 2 ZPO/ZH), oder wenn es sich um Tatsachen handelt, von denen glaubhaft gemacht wird, dass sie trotz angemessener Tätigkeit nicht rechtzeitig angerufen werden konnten (§ 115 Ziff. 3 ZPO/ZH). Liegt keiner dieser Umstände vor, so sind die neuen Vorbringen nicht weiter zu prüfen.

b) Mit der Berufung wird zu Unrecht geltend gemacht, dass zu all den in der erstinstanzlichen Duplik vorgetragenen neuen Behauptungen wiederum neue Behauptungen entgegengestellt werden dürften. Zwar machte der Kläger unter Hinweis auf Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 121 ZPO/ZH zu Recht geltend, dass nach zürcherischem Prozessrecht nach der Duplik weitere Vorträge anzuordnen waren, wenn in der Duplik neue Behauptungen aufgestellt wurden, über welche sich der Kläger noch nicht habe aussprechen können. Dies galt jedoch nur insoweit, als neue und erhebliche Behauptungen geltend gemacht wurden bzw. im Entscheid auf solche abgestellt wurde. Im Übrigen beinhaltet der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht zwingend eine Fristansetzung zur Stellungnahme, sondern bloss eine Zustellung der entsprechenden Eingabe an die Gegenpartei, die ihr die Möglichkeit eröffnete, von diesem Aktenstück Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äussern, sofern sie es für notwendig erachtet. Wird eine neue Eingabe der Gegenpartei zugestellt ohne ausdrücklichen Hinweis auf eine allfällige weitere Äusserungsmöglichkeit, so ist es Sache der Parteien, wenn sie zum Schluss gelangen, sie möchten nochmals zur Sache Stellung nehmen, dies zu tun oder um Ansetzung einer Frist nachzusuchen (BGE 133 I 98 E 2.2 und BGE 133 I 100 E 4.2 und 4.6). Tut dies eine Partei nicht, so ist davon auszugehen, dass sie auf eine Stellungnahme verzichtet (BGE 133 I 100 E 4.8).

Nachdem die Vorinstanz mit Verfügung vom 16. Juli 2010 die Duplikenschrift samt Kopien der Beilagen ohne Hinweis auf einen Abschluss des Schriftenwechsels dem Kläger zugestellt hat und diese am 20. Juli 2010 in Empfang genommen wurden (Urk. 22 und 23/1), erscheint angesichts des Umstandes, dass das ange-

fochtene Urteil erst am 19. November 2010 gefällt wurde, der Anspruch des Klägers auf Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht grundsätzlich verletzt. Zu prüfen bleibt allerdings, ob die Vorinstanz ihren Entscheid auf neue Vorbringen in der Duplik abgestützt hat, was nach der hier noch anzuwendenden kantonalen Praxis nicht zulässig gewesen wäre.

c) Der von der Vorinstanz zur Frage des Vorliegens eines Arbeitsvertrages geprüfte Sachverhalt (Urk. 29 S. 13 f.) basiert vorab auf der Prüfung der Vorbringen des Klägers in Klagebegründung und Replik sowie den mit der Klageantwort erhobenen Einwendungen der Beklagten. Bereits mit der Klageantwort machte die Beklagte geltend, dass spätestens ab dem Zeitpunkt des Ausscheidens von Dr. F. _____ aus dem Verwaltungsrat am 29. Oktober 2007 nicht die geringste Unterordnung mehr ersichtlich gewesen sei (Urk. 11 S. 7, angeführt in Urk. 29 S. 13 lit. d Abs. 1). Wenn die Vorinstanz weiter auf die klägerischen Ausführungen Bezug nahm und erwähnte, dass das Weisungsrecht an die Muttergesellschaft oder die Mehrheitsaktionärin delegiert werden könne, dass im Vertrag zwischen den Parteien jedoch keine Delegation des Weisungsrechtes festgehalten und kein Organisationsreglement vorgelegt worden sei, nahm sie ebenfalls nicht auf neue Behauptungen der Beklagten in der Duplik Bezug (Urk. 29 S. 13 lit. d Abs. 2). Weiter beruht auch die Erwägung, dass für die Beurteilung der Vertragsverhältnisse grundsätzlich die Verhältnisse zwischen Januar 2009 und November 2009 entscheidend seien (Urk. 29 S. 13 lit. d Abs. 3), auf den entsprechenden Ausführungen der Beklagten in der Klageantwort (Urk. 11 S. 7 f.). Schliesslich würdigte die Vorinstanz in ihrer Beurteilung der Verhältnisse ab dem 29. Oktober 2007 (Urk. 29 S. 13 f.) - ohne auf die Vorbringen der Beklagten in der Duplik Bezug zu nehmen - die Vorbringen des Klägers in der Replik (Urk. 14) und die damit eingereichten Urkunden (Urk. 15/6-11, 15/13 und 15/25-44).

Damit bestand im Sinne der obigen Erwägungen insoweit indes kein Anlass, dem Kläger Frist anzusetzen, um zu den Noven in der Duplik Stellung zu nehmen. Es besteht demnach auch kein Anlass, den erstinstanzlichen Entscheid aufgrund des angeblich nicht gewährten rechtlichen Gehörs zur Frage des Vorliegens eines

Arbeitsverhältnisses aufzuheben und das Verfahren unter diesen Vorgaben an die Vorinstanz zur Ergänzung und zu neuer Entscheidung zurückzuweisen.

3. a) Zu prüfen bleibt allerdings, ob die Vorinstanz - wie vom Kläger weiter gerügt (Urk. 35 S. 7) - ohne ein Beweisverfahren über die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche befinden und ohne ein solches Verfahren schliessen durfte, dass in der massgeblichen Zeit, als der Kläger alleiniger Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Beklagten war, keinerlei Korrespondenz zwischen dem Kläger und der Konzernmutter vorliegen würde, aus welchen ein Unterordnungsverhältnis in Form von verbindlichen Weisungen seitens der Konzernmutter ersichtlich wäre (Urk. 29 S. 15 oben). Diese Schlussfolgerung war entscheidend dafür, dass das Rechtsverhältnis ab dem 29. Oktober 2007 nicht mehr als Arbeitsverhältnis, sondern nur noch als Auftragsverhältnis qualifiziert wurde (Urk. 29 S. 15 Ziff. 4 Abs. 2), was zur Abweisung der "Klage aus Arbeitsrecht" führte.

b) Der Kläger hatte mit der Klagebegründung unter Hinweis auf einen Arbeitsvertrag vom 5. September 1995 die angeblich ausstehenden Lohnbetreffnisse für den Zeitraum Januar 2009 bis November 2009 eingeklagt (Urk. 9 S. 3 und 9 i.V. mit Urk. 3/3). Dabei machte er u.a. geltend, dass er am 24. Juli 1970 in den Verwaltungsrat gewählt und zugleich zum Direktor bestellt worden sei. Bis zum Ausscheiden des damaligen Mehrheitsaktionärs E. _____ hätten dieser und der Kläger die Geschäfte des Unternehmens geführt. Nach dem Ausscheiden E. _____s sei er gemeinsam mit Rechtsanwalt Dr. F. _____ Verwaltungsrat und überdies alleiniger Geschäftsführer gewesen (Urk. 9 S. 4 Ziff. 11). Aktionäre und Verwaltungsrat der Beklagten hätten im Juni 2007 entschieden, die Kerntätigkeit des Unternehmens per Ende 2007 aufzugeben. An der Generalversammlung vom 28. Juni 2007 sei beschlossen worden, den Mitarbeitern - mit Ausnahme des Klägers - zu kündigen. Die letzten Mitarbeiter hätten im Zeitraum September bis Dezember 2007 ihre Vollzeitbeschäftigung verloren, zwei seien aber weiterhin noch auf Abruf beschäftigt worden. Obschon die Gesellschaft ihre Kerntätigkeit aufgegeben habe, sei sie in reduziertem Umfang operativ tätig geblieben, es seien auch 2009 weiterhin Bestellungen eingegangen (Urk. 9 S. 4 f. Ziff. 12). Im Nachgang zur Generalversammlung vom 28. Juni 2007 hätten sich der Inhalt des Ar-

beitsverhältnisses und die Aufgaben des Klägers geändert. Seine Aufgaben hätten im Wesentlichen darin bestanden, die von der Generalversammlung beschlossene stille Liquidation umzusetzen. Daneben seien für die bestehenden Kunden die bereits erteilten sowie auch neue Aufträge bearbeitet worden, da die Beklagte noch über grosse Lagerbestände verfügt habe. Weiter hätten die frei werdenden Räumlichkeiten vermietet und Massnahmen zum Unterhalt der Liegenschaften getroffen werden müssen. In diesem Sinne habe der Inhalt seines Arbeitsverhältnisses eine Änderung erfahren; sein Arbeitsverhältnis sei nicht gekündigt worden (Urk. 9 S. 5 Ziff. 13 und 14 sowie S. 7 Ziff. 17). Entsprechend sei auch der Lohn bis Ende 2008 bezahlt worden (Urk. 9 S. 5 f. Ziff. 15).

Mit der erstinstanzlichen Replik nahm der Kläger Stellung zu den Ausführungen der Beklagten, wonach zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis, sondern ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit auftragsrechtlichem Schwerpunkt bestanden habe. Er hielt dabei daran fest, dass von einem Arbeitsverhältnis auszugehen sei, das nicht gekündigt worden sei, und er äusserte sich zum Unterordnungsverhältnis und zur "Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation" bzw. zum Abhängigkeitsverhältnis, insbesondere auch des einzigen Verwaltungsrates (Urk. 14 S. 3 ff.). Dabei machte er (zu Recht) geltend, es sei anhand der konkreten Umstände zu prüfen, ob ein Arbeitsverhältnis oder ein auftragsähnliches Verhältnis bestanden habe (Urk. 14 S. 5 Ziff. 10). Für die massgebliche Zeit nach dem 27. Oktober 2007 hat der Kläger hiezu u.a. vorgebracht, dass der D.____-Konzern auch die Provisionsgutschriften der Kunden der Beklagten jeweils verbindlich vorgeschrieben habe, dass der D.____-Konzern den Kläger immer wieder angewiesen habe, welche Forderungen der Beklagten er zu begleichen habe, dass D.____ eindeutigweise Geschäftsführungsentscheide getroffen habe und solche sich bzw. dem D.____-Konzern vorbehalten habe (Urk. 14 S. 11 f.). An diesem Weisungsrecht des D.____-Konzerns habe sich mit dem Rücktritt von Dr. F.____ nichts geändert (Urk. 14 S. 12 Ziff. 19). Der Mehrheitsaktionär bzw. der D.____-Konzern habe letztlich (weiterhin) alles Wesentliche bestimmt, so z.B. die Entscheide, welchem Makler der Verkauf der Liegenschaft übertragen werde, welche Rechnungen zu bezahlen seien. D.____ habe sich derart in die Geschäftsführung der Beklagten eingemischt, dass er damit zum faktischen Or-

gan geworden sei (Urk. 14 S. 14). Die Ferien habe er mit dem D._____-Konzern absprechen müssen (Urk. 14 S. 15). All dies spreche nach dem Kläger dafür, dass - auch wenn er nach Oktober 2007 bis Mai 2009 bzw. Oktober 2009 einziger Verwaltungsrat der Beklagten gewesen sei - doch (weiterhin) ein Arbeitsverhältnis vorgelegen habe (Urk. 14 S. 18). Am alleinigen Weisungsrecht der Mehrheitsaktiönäre bzw. des D._____-Konzerns habe sich nichts geändert (Urk. 14 S. 19). Das Arbeitsverhältnis sei weder durch eine Kündigung noch durch Zeitablauf beendet worden (Urk. 14 S. 21). Das Schreiben der Beklagten an die Suva vom 1. Dezember 2008, wonach ab 1. Januar 2009 keine Löhne mehr bezahlt werden, bedeute nicht, dass der Arbeitsvertrag des Klägers per Ende 2008 geendet habe. Diese Mitteilung sei einzig deshalb erfolgt, weil man angesichts der angespannten Liquiditätssituation keine hohen Akontozahlungen mehr habe machen wollen, zumal der Verkauf der Gesellschaft bzw. der Aktien vorgesehen gewesen sei (Urk. 14 S. 22). Es sei allen Beteiligten klar gewesen, dass die teilweise weiter beschäftigten H.____ und I.____ sowie der Kläger auch im Jahre 2009 Lohnzahlungen empfangen würden und dass diese nachher abgerechnet werden müssten (Urk. 14 S. 22 f.). Der Kläger habe seinen Lohn gestundet (Urk. 14 S. 25).

Die Vorinstanz hat diese - bestrittenen - Behauptungen des Klägers allein aufgrund der von ihm eingereichten Urkunden geprüft (vgl. Urk. 29 S. 14) und aufgrund dieser Urkunden ein Unterordnungsverhältnis und damit das Vorliegen eines Arbeitsvertrages verneint (Urk. 29 S. 14). Die hier noch anzuwendende ZPO/ZH sieht jedoch zwingend vor, dass über erhebliche streitige Tatsachen ein Beweisverfahren durchzuführen ist, welches nach dem hier noch anzuwendenden bisherigen Prozessrecht mittels Beweisauflagebeschluss zu eröffnen ist, worauf die Parteien die Möglichkeit haben, abschliessend (und in Ergänzung zu ihren bisherigen Beweisofferten) ihre Haupt- und Gegenbeweismittel für die behaupteten streitigen Tatsachen zu nennen. Bevor den Parteien durch einen Beweisauflagebeschluss die Möglichkeit zur abschliessenden Nennung ihrer Beweismittel gegeben ist, ist es nicht zulässig, aufgrund der Würdigung bereits im Hauptverfahren eingereichter Beweismittel behauptete streitige Tatsachen abschliessend als erwiesen oder als nicht nachgewiesen zu erachten und aus diesem Grund auf die

Durchführung eines Beweisverfahrens zu verzichten; es kann dem Gericht noch gar nicht bekannt sein, welche Beweis- und Gegenbeweismittel die Parteien abschliessend bezeichnen bzw. vorlegen werden. Eine abschliessende Beweiswürdigung im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung war nach bisheriger Regelung frühestens dann möglich, wenn die Parteien die Haupt- und Gegenbeweismittel abschliessend genannt hatten (ZR 95 Nr. 73 mit weiteren Hinweisen).

Es ist deshalb zur Frage, ob aufgrund eines Unterordnungsverhältnisses auch nach dem 29. Oktober 2007 und insbesondere für die Zeit von Januar 2009 bis November 2009 (weiterhin) von einem Arbeitsverhältnis auszugehen sei, ein mit einer Beweisaufgabe zu eröffnendes Beweisverfahren durchzuführen.

c) Der Entscheid der Vorinstanz ist somit aufzuheben. Die Berufungsinstanz kann das Verfahren zur Neuurteilung zurückweisen (§ 270 ZPO/ZH). Dies rechtfertigt sich vor allem dann, wenn aufgrund der erstinstanzlichen Vorbringen ein Beweisverfahren durchzuführen ist. Dies ist hier der Fall. Das Verfahren ist daher zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei ist es der Vorinstanz zu überlassen, die einzelnen Beweissätze zu formulieren. Sollte aufgrund der erstinstanzlichen Duplik der Beklagten Gelegenheit eröffnet werden, Gegenbeweise zu erbringen, so müsste allerdings der klägerischen Partei vorerst die Möglichkeit zur Stellungnahme zu den Noven in der Duplik gewährt werden (vgl. hiezu die Vorbringen des Klägers in Urk. 35 S. 6 f. und den entsprechenden Subeventualantrag der Beklagten in Urk. 42 S. 2 Ziff. 3 und Rz 5.4).

4. a) Im Hinblick auf die erneute Entscheidung erscheinen sodann folgende weitere Erwägungen angebracht: Die Frage, ob der eingeklagte Anspruch auf einem Arbeitsvertrag beruht oder nicht, ist sowohl für die Prüfung der Zuständigkeit als auch für die materielle Beurteilung der Klage erheblich. Es handelt sich dabei - wie von der Vorinstanz ausgeführt - um doppelrelevante Tatsachen. Massgebend für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit ist gemäss einem allgemeinen prozessualen Grundsatz primär der von der klagenden Partei vorgebrachte Anspruch und dessen Begründung. Die von B. _____ behaupteten Tatsachen - das Vorliegen eines Arbeitsvertrages und die daraus geforderte Lohnzah-

lung für die Monate Januar 2009 bis und mit November 2009 - sind sowohl für die Frage der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich. Sie sind für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Moment der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht; diesbezügliche Einwände sind im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich. Eine Ausnahme würde nur für den Fall gelten, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erschiene und durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden könnte (BGE 137 III 32 E. 2.2 und 2.3). Für die Prüfung der Zuständigkeit ist bzw. war daher vorläufig ausschliesslich auf den Tatsachenvortrag der klagenden Partei abzustellen. Gemäss Tatsachenvortrag des Klägers vor Vorinstanz wurde denn auch ein Anspruch aus Arbeitsvertrag begründet. Dieser Anspruch wurde von der Beklagten bestritten, welche mit der Klageantwort einen Antrag auf Nichteintreten stellte (Urk. 11 S. 1). Die Vorinstanz ging indes zu Recht davon aus, dass keine Ausnahme vorlag, die einen Nichteintretensbeschluss im Anschluss an die Klageantwort (vgl. dazu § 111 Abs. 1 ZPO/ZH) gerechtfertigt hätte, sondern sie ging mit der Fortsetzung des Hauptverfahrens sinngemäss davon aus, dass die Vorbringen des Klägers zu prüfen sein würden. Mit Bezug auf doppelrelevante Tatsachen ist für den Entscheid über die Zuständigkeit (in der Regel) denn auch kein Beweisverfahren durchzuführen. Zu ergänzen ist höchstens, dass auch bei einem einzigen Verwaltungsrat und Geschäftsführer das Vorliegen eines Arbeitsvertrages durchaus möglich ist (vgl. ZR 83 Nr. 78).

b) Bei doppelrelevanten Tatsachen ist schliesslich - wie bereits erwähnt - der tatsächlich erstellte bzw. der bewiesene Sachverhalt für den Entscheid über die materielle Begründetheit der Klage, nicht aber für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts erheblich (BGE 137 III 32; Bundesgericht 4A_407/2011, Urteil vom 5. Dezember 2011; vgl. auch ZR 99 Nr. 107 und 111 Nr. 6, je mit weiteren Hinweisen). Trotzdem führt eine für die klägerische Partei letztlich negative Beurteilung der materiellen Begründetheit der Klage zu einem nachträglichen Nichteintreten. Wird im Laufe des Verfahrens festgestellt, dass kein Arbeitsvertrag vorliegt, so fällt die aufgrund des vorerst behaupteten Sachverhalts anzunehmende

Zuständigkeit nachträglich weg; es ist alsdann ein Prozessurteil zu fällen, und es ist damit - jedenfalls nach der hier noch anzuwendenden bisherigen zürcherischen Zivilprozessordnung und der Praxis der Kammer - auf die Klage nicht einzutreten (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 22 zu § 108 ZPO/ZH; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., S. 211; vgl. auch ZR 76 Nr. 51 E 6). In diesem Sinne hat die Kammer z.B. im Jahre 2005 entschieden. Sie ist - nachdem das Arbeitsgericht eine Klage gutgeheissen und die Beklagte verpflichtet hatte, der Klägerin Fr. 150'456.75 zu bezahlen - mit dem Entscheid im Berufungsverfahren auf die Klage nicht eingetreten, da von einem Franchisevertrag und nicht von einem Arbeitsvertrag auszugehen war (LA040062, Beschluss vom 16. März 2005). Eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen diesen Entscheid wurde vom Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 14. März 2006 abgewiesen. Eine hiegegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde wurde mit Urteil des Bundesgerichts vom 25. September 2006 ebenfalls abgewiesen (Bundesgericht 4P.104/2006). Im selben Sinne entschied sodann das Kantonsgericht St. Gallen am 22. Juni 2006, als es einen Entscheid des Arbeitsgerichts aufhob und auf eine Klage nicht eintrat, da das Vertragsverhältnis in Abweichung von der Auffassung der Vorinstanz nicht als Arbeitsvertrag, sondern als Auftrag bzw. Agenturvertrag qualifiziert wurde. Auch hier blieb eine bundesrechtliche Berufung gegen diesen Entscheid ohne Erfolg (Bundesgericht 4C.276/ 2006, Urteil vom 25. Januar 2007).

c) Die Vorinstanz hat ein Sachurteil gefällt, um dem Kläger die Möglichkeit einzuräumen, allenfalls eine neue Klage gestützt auf Art. 394 ff. OR einzureichen (Urk. 29 S. 18 unten). Dies kann die klägerische Partei indes auch dann, wenn ein Prozessurteil gefällt wird. Es kommt dem Entscheid keine anspruchsbetreffende materielle Rechtskraft zu (Alexander Zürcher in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 60 N 29). Andererseits muss sich aber die beklagte Partei bei einem Nichteintretensentscheid auch nicht ein weiteres Mal mit einer "Forderung aus Arbeitsrecht" auseinandersetzen. Zwar erwächst ein Prozessurteil nicht in der Sache selbst in Rechtskraft, jedoch bezüglich der Prozessvoraussetzungen. Nach heute herrschender Auffassung beschlägt dies auch die durch das Gericht behandelten Sachurteilsvoraussetzungen, d.h. hier gegebenenfalls das Fehlen eines Arbeitsvertrages. Müsste in einem späteren Verfahren die

identische Eintretensfrage beurteilt werden, so wäre der Zweitrichter diesbezüglich an den Entscheid des Erstrichters gebunden (Zürcher, a.a.O., Art. 59 N 48).

Ob bei Anwendung der (neuen) Schweizerischen Zivilprozessordnung im Sinne eines Teils der Lehre ein Sachurteil zu fällen und bei Verneinung eines Arbeitsvertrages die Klage abzuweisen wäre, kann hier offen gelassen werden. Letzteres wird u.a. von Tanja Domej unter Hinweis auf Urs H. Hoffmann-Nowotny (Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Diss. Zürich 2010, Rz 103 ff.) gefordert (KUKO-Domej, Art. 60 N 6). Begründet wird dies vorab damit, dass bei mangelnder Verwirklichung der behaupteten Tatsachen der beklagten Partei mit einem Sachurteil mehr gedient sei als mit einem blossen Unzuständigkeitsentscheid, welcher ein erneutes Einbringen der Klage vor einem anderen Gericht ermöglichen würde. Dieser insbesondere auch auf die Kommentierung der deutschen Zivilprozessordnung abgestützten Lehrmeinung (vgl. dazu Hoffmann-Nowotny, a.a.O., Rz 185 ff., Rz 200) stehen indes auch abweichende Auffassungen gegenüber. Nach diesen soll (auch) beim nachträglichen Wegfall einer Prozessvoraussetzung ein Nichteintretensentscheid gefällt werden (Zürcher, a.a.O., N 28 zu Art. 60 ZPO, vgl. auch Myriam A. Gehri, Basler Kommentar, N 2 und 11 zu Art. 60 ZPO). Es erscheint denn auch fraglich, ob die beklagte Partei, welche die Zuständigkeit - hier des Arbeitsgerichts - bestreitet, in dem Sinne "zwangsbeglückt" werden soll, dass grundsätzlich über den klägerischen Anspruch zu verhandeln ist, und dass das Gericht - hier das Arbeitsgericht - zu zwingen ist, die Begründetheit der Klage allenfalls auch unter Gesichtspunkten zu beurteilen, für welches es an sich nicht zuständig ist. Dies wird auch von Hoffmann-Nowotny, a.a.O., Rz 208, in Frage gestellt mit dem Hinweis, dass die beklagte Partei - vorbehältlich zwingender Prozessvoraussetzungen - einen Sachentscheid anstreben könne, indem ihr die Möglichkeit einer Einlassung offen stehe.

5. Zuzugriff Rückweisung des Verfahrens ist noch nicht über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden. Dieser Entscheid ist dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten. Es ist deshalb einstweilen erst die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren festzusetzen. Diese ist in Anwendung der § 4 Abs. 1

und § 10 Abs. 1 i.V. mit § 10 Abs. 1 der GGebVO vom 4. April 2007 auf Fr. 5'000.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 19. November 2010 wird aufgehoben, und der Prozess wird zur Durchführung eines Beweisverfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von Urk. 59, sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück, und es werden auch die zweitinstanzlichen Akten zugestellt.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt brutto Fr. 130'548.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 25. April 2012

Obergericht des Kantons
Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur C. Heuberger.

versandt am: js