

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RA120007-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. B. Demuth.

Urteil vom 12. April 2013

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung (Durchgriff)**

Beschwerde gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 5. April 2012 (AH110205)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 1)

"Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 6'587.75 netto nebst Zins zu 5 % seit 21. Juli 2010 zu bezahlen;

unter Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten."

Prozessualer Antrag:

(Urk. 9 S. 1)

"Die Eingabe des Beklagten vom 19. Januar 2012 sei aus dem Recht zu weisen."

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 5. April 2012:

(Urk. 12 = Urk. 17)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Dem Beklagten wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
4. [Mitteilung]
5. [Rechtsmittel]

Beschwerdeanträge:

der Klägerin und Beschwerdeführerin (Urk. 16 S. 2):

- "1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich sei aufzuheben;
 2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 6'587.75 netto nebst Zins zu 5% seit 21. Juli 2010 zu bezahlen;
 3. Die Eingabe des Beklagten vom 19. Januar 2012 sei aus dem Recht zu weisen;
 4. Eventuell: Der Prozess sei an das Arbeitsgericht zu neuer Entscheidung zurückzuweisen;
- unter Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten."

des Beklagten und Beschwerdegegners (Urk. 21 S. 2):

- "1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten; eventuell sei sie abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin und Beschwerdeführerin."

Erwägungen:

I.

1. Dem vorliegenden Verfahren ging ein Verfahren am Arbeitsgericht Zürich voraus, welches mit Urteil vom 13. Juli 2011 beendet wurde. Die damalige Beklagte – die C._____ AG [recte: GmbH] mit Sitz in D._____ (GL), vormals E._____ GmbH mit Sitz in F._____ – wurde in Gutheissung der Klage verpflichtet, der Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) Fr. 6'587.75 netto nebst Zins zu 5% seit 21. Juli 2010 zu bezahlen (Urk. 4/7). Grundlage für diese Verpflichtung bildete das vom 1. März 2009 bis 31. März 2010 dauernde Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der – damals noch unter diesem Namen auftretenden und im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen – E._____ GmbH mit Sitz in F._____. Die Klägerin hatte im Gasthof G._____ in H._____ gearbeitet (Urk. 4/7 S. 8, Urk. 9 S.2 Rz. 10), welches Restaurant damals von der E._____ GmbH geführt wurde. Die E._____ GmbH hat ihren Sitz schliesslich von F._____ nach D._____ (GL) verlegt und ihre Firma in C._____ GmbH geändert. Im Handelsregister des Kantons Zürich wurde sie deshalb mit Datum vom tt. Juni 2011 von Amtes wegen gelöscht und im Handelsregister des Kantons Glarus eingetragen.

2. Die Klägerin reichte mit Eingabe vom 19. Dezember 2011 vor Vorinstanz schliesslich die vorliegende Klage mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren unter Beilage der Klagebewilligung vom 18. November 2011 ein (Urk. 1 und Urk. 3). Mit Vorladung vom 22. Dezember 2011 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 24. Januar 2012 vorgeladen (Urk. 5). Mit Eingabe vom 19. Januar 2011 [recte 2012] nahm der Beklagte und Beschwerdegegner (fortan

Beklagter) zur Zuständigkeit und zur Klage Stellung und teilte mit, dass weder er noch sein Vertreter – Rechtsanwalt Dr. Y. _____ – an der Verhandlung vom 24. Januar 2012 teilnehmen würden (Urk. 8 S. 2). Die Vollmacht von Rechtsanwalt Dr. Y. _____ wurde am 27. Januar 2012 (Posteingang) nachgereicht und datiert vom 23. Januar 2012 (Urk. 11). Mit Urteil vom 5. April 2012 hat die Vorinstanz die Klage abgewiesen (Urk. 12 = Urk. 17).

3. Gegen das Urteil der Vorinstanz vom 5. April 2012 hat die Klägerin rechtzeitig Beschwerde mit den eingangs wiedergegebenen Begehren eingereicht (Urk. 16). Die Beschwerdeantwort des Beklagten datiert vom 14. August 2012 (Urk. 21). Die Klägerin liess sich mit Eingabe vom 23. August 2012 unaufgefordert erneut vernehmen (Urk. 27), worauf der Beklagte mit Eingabe vom 29. August 2012 darauf hinwies, dass die Eingabe der Klägerin vom 23. August 2012 aus dem Recht zu weisen und für die Beurteilung der Beschwerde unbeachtlich sei (Urk. 29). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz hat ihre Zuständigkeit bejaht und ist auf die vorliegende Klage eingetreten mit der Begründung, es liege weder materielle Rechtskraft vor noch bestehe die Gefahr sich widersprechender Urteile (Urk. 17 S. 8 ff.). Zur detaillierten Begründung kann auf die entsprechenden Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden. Die Vorinstanz ist somit davon ausgegangen, dass es sich vorliegend – wie schon im Verfahren gegen die E. _____ GmbH bzw. die C. _____ GmbH (Geschäfts-Nr. AN100476) – um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit handelt.

2. Die Klägerin geht ebenfalls vom Vorliegen eines arbeitsrechtlichen Anspruches aus. Schon vor Vorinstanz hat sie behauptet, das Arbeitsgericht Zürich sei auch für den vorliegenden Fall sachlich zuständig (Urk. 9 S. 1 Rz. 1). Sie will den ihr – ebenfalls vom Arbeitsgericht Zürich – im Verfahren gegen die C. _____ GmbH (vormals E. _____ GmbH) (Geschäfts-Nr. AN100476) zugesprochenen Anspruch – welcher klar und unbestritten arbeitsrechtlicher Natur ist – auf dem Weg

des Durchgriffs gegen den Beklagten persönlich durchsetzen. Die Klägerin sei – wie sie schon vor Vorinstanz geltend gemacht hat – nicht bereit, den Konkurs der C._____ GmbH im Sinne von Art. 169 SchKG mit Fr. 5'000.– zu bevorschussen und wolle daher auf dem Weg des Durchgriffs direkt den Einzelgesellschafter und Geschäftsführer der erwähnten GmbH belangen (Urk. 9 S. 8 Rz. 36). Am Anspruch ändere sich deshalb aber nichts, bestehe der Durchgriff doch einzig darin, dass die Trennung zwischen der juristischen Person und dem Gesellschafter aufgehoben werde. Der Beklagte müsse bei einem Durchgriff ebenso als Arbeitgeber gelten wie die E._____ GmbH resp. die C._____ GmbH (Urk. 9 S. 1 Rz. 1). Der Beklagte sei sodann nicht ein Dritter, sondern "der wahre und wirkliche Arbeitgeber der Klägerin", der die E._____ GmbH nur vorgeschoben habe (Urk. 16 S. 3 Rz. 5).

3. Der Beklagte bestreitet – wie bereits in seiner Eingabe vom 19. Januar 2012 – das Vorliegen eines arbeitsrechtlichen Anspruches und macht geltend, er wohne in I._____ (SZ), weshalb der massgebliche Gerichtsstand gemäss Art. 10 lit. a ZPO I._____ (SZ) und nicht Zürich sei. Die Klägerin könne sich nicht auf die arbeitsrechtliche Regelung stützen, wonach bei Arbeitsstreitigkeiten gemäss Art. 34 Abs. 1 ZPO auch der Arbeitsort als Gerichtsstand gewählt werden könne (Urk. 21 S. 4 Rz. 9). Den Arbeitsvertrag habe die Klägerin mit der E._____ GmbH und nicht mit dem Beklagten persönlich abgeschlossen, weshalb die dem angefochtenen Urteil zugrunde liegende Forderung nicht arbeitsrechtlicher Natur sei und folglich der Gerichtsstand des Arbeitsortes nicht angerufen werden könne, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei (Urk. 21 S. 4 Rz. 9).

4. Die Klägerin liess im Verfahren vor Vorinstanz ausführen, per 1. März 2009 mit der E._____ GmbH ein Arbeitsverhältnis eingegangen zu sein und im Gasthof G._____ in H._____ als Servicemitarbeiterin gearbeitet zu haben (Urk. 9 S. 2 Rz. 9 und Rz. 10). Der entsprechende Arbeitsvertrag liegt bei den Akten (Urk. 4/3). Auch im Beschwerdeverfahren bringt die Klägerin vor, mit der E._____ GmbH vom 1. März 2009 bis zum 31. März 2010 in einem Arbeitsverhältnis gestanden zu haben (Urk. 16 S. 3 Rz. 6). Indes sei der "wahre und wirkliche Arbeit-

geber der Klägerin" der Beklagte gewesen, der die E. _____ GmbH nur vorgeschoben habe (Urk. 16 S. 3 Rz. 5).

5. Der Beklagte liess bereits in der Eingabe vom 19. Januar 2012 ausführen, er habe zu keinem Zeitpunkt mit der Klägerin in einem Arbeitsverhältnis gestanden. Die Forderung ihm gegenüber stamme deshalb nicht aus Arbeitsrecht (Urk. 8 S. 2). Im Beschwerdeverfahren hält der Beklagte daran fest, dass die Klägerin mit dem Beklagten keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen und daher zu ihm nie in einem Arbeitsverhältnis gestanden habe (Urk. 21 S. 4).

6. Es steht ausser Zweifel, dass die Klägerin das Arbeitsverhältnis mit der E. _____ GmbH und nicht mit dem Beklagten persönlich eingegangen ist. Dies wird schon durch den eingereichten Arbeitsvertrag genügend belegt und es wurde von keiner Partei behauptet respektive belegt, dass dieser ungültig wäre. Zu prüfen bleibt deshalb vielmehr, ob der gegen den Beklagten persönlich eingeklagte Anspruch auch als solcher arbeitsrechtlicher Natur zu gelten hat. Die Vorinstanz ist auf die Klage eingetreten mit der Begründung, dieser liege der zweifelsohne arbeitsrechtliche Anspruch der Klägerin aus dem Verfahren gegen die E. _____ GmbH resp. später C. _____ GmbH zugrunde, welcher nun auf dem Weg des Durchgriffs auf den hinter der Gesellschaft stehenden Beklagten durchgesetzt werden soll. Dem ist beizupflichten. Das Arbeitsverhältnis hat zwar zwischen der E. _____ GmbH und der Klägerin bestanden, indes ändert sich an der Natur des Anspruches nichts, wenn nun der Beklagte als hinter der Gesellschaft und ehemaligen Arbeitgeberin stehender und wirtschaftlich allein an ihr Berechtigter eingeklagt wird. Die Vorinstanz ist damit zu Recht vom Vorliegen eines arbeitsrechtlichen Anspruches ausgegangen und hat ihre Zuständigkeit gestützt darauf richtigerweise bejaht.

7. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Freiburghaus/Afheldt, N 15 zu Art. 321 ZPO), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung,

offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheidung ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht gerügt wird, hat grundsätzlich Bestand. Werden keine, unzulässige oder ungenügende Rügen erhoben, stellt dies einen nicht behebbaren Mangel dar (vgl. Art. 132 ZPO), d.h. ist nicht eine Nachfrist zur ergänzenden Begründung anzusetzen, sondern ist die Beschwerde abzuweisen.

8. Während der Begriff der unrichtigen Rechtsanwendung jeden Verstoß gegen das geschriebene und ungeschriebene Recht umfasst und die Beschwerdeinstanz diese Rüge mit freier Kognition überprüft, gilt für die Beschwerde hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung eine beschränkte Kognition: Erforderlich ist eine *qualifiziert* fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts, wobei "offensichtlich unrichtig" - analog zu Art. 97 Abs. 1 BGG - gleichbedeutend mit willkürlich im Sinn von Art. 9 BV ist. Willkür liegt etwa dann vor, wenn die Vorinstanz ohne eine Begründung vom Ergebnis einer gerichtlichen Expertise abweicht oder eine von einer Partei behauptete und von der anderen Seite bestrittene rechtserhebliche Tatsache trotz Fehlens jeglicher Beweise als bewiesen erachtet (ZPO-Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 3 ff. zu Art. 320 ZPO).

9. Im Beschwerdeverfahren sind sodann neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für unechte als auch für echte Noven (ZPO-Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 3 f. zu Art. 326 ZPO).

III.

1.1. Im Folgenden ist gestützt auf die Rügen der Klägerin zu prüfen, inwiefern die Vorinstanz bei ihren Erwägungen zum Durchgriff den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt bzw. das Recht unrichtig angewendet hat (Art. 320 ZPO). Zu den Voraussetzungen für den Durchgriff kann zunächst auf die vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (Urk. 17 S. 11 f.). Neben der wirtschaftli-

chen Identität wird zudem verlangt, dass die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person rechtsmissbräuchlich ist. Zur Annahme von Rechtsmissbrauch muss "eine Massierung unterschiedlicher und ausserordentlicher Verhaltensweisen im Sinne eigentlicher Machenschaften und eine qualifizierte Schädigung Dritter vorliegen" (BGer 5A_498/2007 Erw. 2.2).

1.2. Die Klägerin rügt im Wesentlichen, die Vorinstanz habe willkürlich gehandelt, indem sie einerseits für ihren Entscheid nicht alle von ihr [der Klägerin] vorgebrachten und dargelegten Indizien für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs von Seiten des Beklagten gewürdigt und sich andererseits die Frage nicht gestellt habe, ob diese Indizien im Gesamtzusammenhang betrachtet das Bild eines Missbrauchs ergeben würden (Urk. 16 S. 9 Rz. 34). Die Vorinstanz habe überdies das Recht auf Beweis im Sinne von Art. 8 ZGB verletzt, indem sie von der Klägerin angebotene Beweise nicht abgenommen, die behaupteten Tatsachen aber dennoch als nicht bewiesen erachtet habe (Urk. 16 S. 12 Rz. 50).

1.3. Die Klägerin hat im Verfahren vor Vorinstanz vorgebracht, dass die C._____ GmbH (vormals E._____ GmbH) an ihrem Sitz in D._____ über keinerlei Infrastruktur verfüge. So habe der Zahlungsbefehl gegen sie an die Adresse der J._____ GmbH in K._____ zugestellt werden müssen (Urk. 9 S. 5 Rz. 22). Die Vorinstanz verwarf dieses Argument und führte aus, der Durchgriff sei nur bei Missbrauch zulässig. Der Umstand, dass der Zahlungsbefehl an eine andere Firma des Beklagten habe zugestellt werden müssen und die C._____ GmbH deren Briefkasten benütze, sei *für sich allein* nicht missbräuchlich (Urk. 17 S. 12).

1.4. In zwei weiteren Fällen sei sodann – laut den Vorbringen der Klägerin – betrieben und definitive Rechtsöffnung erteilt respektive eine Konkursandrohung erwirkt worden (Urk. 9 S. 6 Rz. 23 – 25, Urk. 10/7). Dabei sei es um Ansprüche von zwei Arbeitnehmerinnen gegangen, welche ebenfalls im Gasthof G._____ in H._____ gearbeitet hätten. Die Vorinstanz führte dazu lediglich aus, die genannten Vollstreckungsverfahren seien nicht zu Ende geführt worden, weshalb die finanziellen Verhältnisse der C._____ GmbH unklar bleiben würden und für einen Durchgriff daraus nichts abgeleitet werden könne (Urk. 17 S. 15).

1.5. Die Klägerin behauptete, der Beklagte verfolge mit seinen zahlreichen GmbHs einzig das Ziel, Forderungen nicht erfüllen zu müssen (Urk. 9 S. 6 Rz. 26). Dies lasse sich am Schicksal der L._____ GmbH und der M._____ GmbH ablesen. Beide Gesellschaften seien in Konkurs gefallen und beide Male sei dieser mangels Aktiven eingestellt worden (Urk. 16 S. 6 Rz. 23, Urk. 9/14 und 9/24). Die Vorinstanz sah darin ebenfalls keinen Hinweis auf ein missbräuchliches Verhalten. Nur weil zwei der 27 Gesellschaften des Beklagten Konkurs gegangen seien, müsse dies nicht heissen, dass auch bei der C._____ GmbH keine Mittel mehr vorhanden seien oder die Gesellschaft vom Beklagten systematisch vorge-schoben werde (Urk. 17 S. 15).

1.6. Weiter hat die Klägerin behauptet, die C._____ GmbH entfalte keinerlei Aktivitäten und habe keine Kunden; die Sitzverlegung von F._____ nach D._____ sowie die Namensänderung von E._____ GmbH in C._____ GmbH würden wirtschaftlich überhaupt keinen Sinn machen (Urk. 9 S. 6 Rz. 27). Dazu führte die Vorinstanz aus, es sei unerheblich, ob der in den Statuten angegebene Sitz mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimme, d.h. ob er das Zentrum der Gesellschaft angebe oder ob ihm überhaupt eine Rechtsbeziehung zugrunde liege. Vorbehalten bleibe nur das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Urk. 17 S. 14 mit Verweis auf Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, § 16 N 133). Der Sitz einer Gesellschaft sei somit frei wählbar. Mit der Sitzverlegung der C._____ GmbH nach D._____ sei zwar möglicherweise deren Belangung erschwert worden, was aber zur Begründung eines Durchgriffs auf den Beklagten persönlich nicht ausreiche (Urk. 17 S. 14).

1.7. Die Klägerin brachte sodann vor, der Gasthof G._____ in H._____ sei vom Beklagten persönlich und nicht von der C._____ GmbH respektive von der E._____ GmbH gemietet worden (Urk. 9 S. 7 Rz. 28, vgl. auch Urk. 23/4). Dazu führte die Vorinstanz aus, wenn der Beklagte – was nicht belegt sei – tatsächlich Mieter des Restaurants wäre, könne dies *ein Indiz* dafür sein, dass die C._____ GmbH nicht vollständig selbständig sei. Damit sei jedoch nicht dargelegt, dass die Berufung des Beklagten auf die Selbständigkeit der C._____ GmbH missbräuchlich sei (Urk. 17 S. 13).

1.8. Weiter monierte die Klägerin, schon die Anzahl der vom Beklagten betriebenen GmbHs sei ein Indiz für deren rechtsmissbräuchliche Verwendung, habe doch keine dieser 27 Gesellschaften eigenes Personal. Einzig die J._____ GmbH verwalte 11 Restaurants und 6 Hotels (Urk. 9 S. 7 Rz. 29, Urk. 16 S. 6 Rz. 21 und 22). Die Vorinstanz führte dazu lediglich aus, dass *allein* aus dem Umstand, dass der Beklagte über 27 GmbHs verfüge, von denen zwei inzwischen gelöscht worden seien, nicht geschlossen werden könne, dass die C._____ GmbH dasselbe Schicksal ereilen werde bzw. dass der Beklagte systematisch Gesellschaften vorschiebe. Das Vorschieben einer Gesellschaft zur Haftungsbeschränkung sei legitim, schliesslich diene das Gesellschaftsrecht gerade dazu (Urk. 17 S. 12 f. mit Verweis auf BGE 108 II 213 E. 6). Weitere Ausführungen zu diesem Sachkomplex – insbesondere zur Vielzahl der GmbHs des Beklagten im Zusammenhang mit den anderen eben erwähnten sowie den übrigen Vorbringen der Klägerin – lassen sich dem Entscheid der Vorinstanz nicht entnehmen.

1.9. Die Klägerin brachte schliesslich vor, die E._____ GmbH sei einzig zum Zweck gegründet worden, berechnete Ansprüche ins Leere laufen zu lassen. So werde der Betrieb – der Gasthof G._____ – in Tat und Wahrheit vom Beklagten geführt, die Verwaltung zentral von K._____ aus von der J._____ GmbH besorgt und die E._____ GmbH respektive neu die C._____ GmbH agiere lediglich als leere Hülse, um sich vor den Forderungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu schützen (Urk. 9 S. 7 Rz. 30, Urk. 16 S. 6 Rz. 22). Die Vorinstanz führte dazu aus, die Berufung des Beklagten auf die Selbständigkeit der C._____ GmbH wäre erst dann missbräuchlich, wenn klar wäre, dass die Klägerin von der C._____ GmbH nichts mehr erhalte bzw. der Beklagte irgendwelche Werte der C._____ GmbH – und damit dem Zugriff der Gläubiger – zu entziehen versuchen würde (Urk. 17 S. 13). Solange die Möglichkeit aber theoretisch bestehe, von der C._____ GmbH Geld zu erhalten, könne eine allfällige Mitmischung des Beklagten als Privatperson gar nicht missbräuchlich sein.

1.10. Weiter erhob die Klägerin den Vorwurf, wie die anderen Gesellschaften, verfüge auch die C._____ GmbH über keinerlei Aktiven und keine wirtschaftlich fassbare Infrastruktur. Sämtliche Funktionen würden durch andere Gesellschaf-

ten, zur Hauptsache durch die J._____ GmbH, erfüllt (Urk. 9 S. 8 Rz. 33). Den vorinstanzlichen Ausführungen lässt sich dazu nichts entnehmen.

1.11. Die Klägerin brachte vor, der Beklagte schaffe mit System Gesellschaften ohne Aktiven, um sie im Bedarfsfall Konkurs gehen zu lassen. Dies sei am Beispiel der L._____ GmbH und der M._____ GmbH unschwer zu erkennen (Urk. 9 S. 8 Rz. 34). Auch daran konnte die Vorinstanz indes nichts erkennen, was einen Durchgriff auf den Beklagten zu begründen vermocht hätte. Das Vorschalten einer Gesellschaft zur Haftungsbeschränkung sei legitim; das Gesellschaftsrecht diene genau dazu (Urk. 17 S. 13 mit Verweis auf BGE 108 II 213 E. 6).

1.12. Zur Solvenz der C._____ GmbH führte die Vorinstanz schliesslich aus, die Klägerin habe diesbezüglich keinen Beleg eingereicht, weshalb die finanzielle Lage der C._____ GmbH gänzlich unbekannt sei. Selbst wenn Letztere unterkapitalisiert gewesen wäre, stelle dies lediglich *ein Indiz* für deren missbräuchliche Verwendung dar. Weder lägen dem Gericht jedoch Geschäftsbücher der C._____ GmbH noch ein Auszug aus dem Betreibungsregister vor. Zur Begründung eines Durchgriffs lasse sich aus der blossen Existenz der C._____ GmbH ohne Kenntnisse über deren finanzielle Lage *allein* jedoch nichts ableiten (Urk. 17 S. 14 f.). Die Klägerin machte hierzu geltend, sie könne als Aussenstehende dem Gericht weder Geschäftsbücher noch Bilanzen der C._____ GmbH oder der E._____ GmbH vorlegen. Sie habe indes drei Betreibungen gegen die beiden Gesellschaften nachgewiesen und eine Konkursandrohung vorgelegt (Urk. 16 S. 11 Rz. 41 mit Verweis auf Urk. 10/2-4 und Urk. 10/7). Die Vorinstanz hat es einerseits als nicht erwiesen erachtet, dass die C._____ GmbH über keine genügende Liquidität verfügt, es andererseits aber unterlassen, die zur Beurteilung der Solvenz der C._____ GmbH erforderlichen Unterlagen einzufordern respektive darüber Beweis zu erheben, obwohl sie selbst festgehalten hatte, dass eine Unterkapitalisierung ein Indiz für die missbräuchliche Verwendung der GmbH darstellen würde.

1.13. Für sich alleine betrachtet vermögen die Ausführungen der Vorinstanz zu den einzelnen Vorbringen der Klägerin zutreffen. Keines der vorgebrachten Argumente für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs als Voraussetzung für einen Durchgriff würde *für sich alleine* ausreichen, um einen solchen zu begründen. Die

Vorinstanz räumt denn auch an diversen Stellen ein, dass gewisse Umstände ein Indiz für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs sein könnten, lässt diese für sich alleine jedoch nicht genügen. Die Vorinstanz hat es indes – und darin ist die willkürliche Sachverhaltsfeststellung zu erblicken – unterlassen, die anlässlich der Hauptverhandlung vom 24. Januar 2012 vorgetragene und allesamt unbestritten gebliebenen Argumente und Vorbringen der Klägerin in einem Gesamtzusammenhang zu betrachten und unter dem Gesichtspunkt einer möglicherweise vorliegenden missbräuchlichen Verwendung bzw. Vorschlebung der GmbH, wie die Klägerin geltend macht, zu würdigen. Damit ist der Klägerin dahingehend zuzustimmen, dass die Vorinstanz wesentliche Umstände als nicht erwiesen erachtet und trotz Geltung der – wenn auch abgeschwächten bzw. sozialen – Untersuchungsmaxime den Sachverhalt nicht von Amtes wegen festgestellt bzw. – hätte sie an der klägerischen Darstellung ernsthafte Zweifel gehabt – darüber Beweis erhoben und die von der Klägerin vorgebrachten Argumente nicht in ihrer Gesamtheit gewürdigt hat, weshalb sowohl der Vorwurf der Willkür bezüglich der Sachverhaltsfeststellung als auch derjenige der unrichtigen Rechtsanwendung begründet ist.

1.14. Die klägerischen Ausführungen in der Klagebegründung zum Durchgriff blieben wie gesehen allesamt unbestritten. Die Klägerin bringt dies in der Beschwerdebegründung auch mehrfach vor (Urk. 16 S. 5 N 19, S. 10 N 40, S. 11 N 43, S. 13 N 51). Ein *Beweisverfahren* über behauptete und unbestritten gebliebene Tatsachen ist lediglich dann durchzuführen, wenn erhebliche Zweifel an deren Richtigkeit bestehen (vgl. Berner Kommentar zur ZPO, Laurent Killias, N 19 f. zu Art. 234 ZPO). Da vorliegend keine erheblichen Zweifel an der Richtigkeit der von der Klägerin behaupteten Tatsachen bestehen, erübrigt sich die Durchführung eines Beweisverfahrens. Daran ändert auch nichts, dass die Eingabe vom 19. Januar 2012 (Urk. 8) von der Vorinstanz nicht berücksichtigt wurde. Noven und Bestreitungen in der Beschwerdeantwort des Beklagten vom 14. August 2012 (Urk. 21) sind sodann unbeachtlich. Eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens erübrigt sich damit. Die Beschwerdeinstanz kann bei Gutheissung der Beschwerde den Entscheid aufheben und die Sache an die Vorinstanz zurückweisen (sog. kassatorischer Entscheid) oder neu

entscheiden, wenn die Sache spruchreif ist (sog. reformatorischer Entscheid; Art. 327 Abs. 3 ZPO). Die beiden Entscheidungsarten stehen grundsätzlich gleichwertig nebeneinander (ZPO-Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 10 zu Art. 327). Spruchreif ist die Streitsache, wenn die Beschwerdeinstanz über alle für einen Sachentscheid notwendigen Grundlagen verfügt und kein weiteres Beweisverfahren notwendig ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt die Beschwerdeinstanz grundsätzlich nach freiem Ermessen und ohne Bindung an Parteianträge (ZPO-Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 11 zu Art. 327). Entscheidet die Beschwerdeinstanz reformatorisch, tritt sie an die Stelle der Vorinstanz und urteilt mit freier Kognition und freier Beweiswürdigung (ZPO-Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 12 zu Art. 327 ZPO). Da die vorliegende Streitsache spruchreif ist, ist von der Beschwerdeinstanz ein neuer Entscheid zu fällen.

1.15. Die Gesamtheit der – unbestritten gebliebenen – von der Klägerin behaupteten Tatsachen führt zum Schluss, dass der Beklagte die C._____ GmbH in rechts-missbräuchlicher Weise vorschiebt respektive sich in rechtsmissbräuchlicher Weise auf deren juristische Selbständigkeit beruft, um den berechtigten Anspruch der Klägerin abzuwenden und sich seiner Erfüllung zu entziehen. Die Voraussetzungen für den Durchgriff sind damit erfüllt. Ein Konkurs der C._____ GmbH ist im Übrigen als Voraussetzung zum Durchgriff – wie dies von der Vorinstanz angetönt wird (vgl. Urk. 17 S. 15) – nicht nötig.

2.1. Die Vorinstanz hat die Eingabe des Beklagten vom 19. Januar 2012 (Urk. 8) nicht berücksichtigt. Dies mit der Begründung, dass es sich dabei einerseits um eine unaufgefordert getätigte schriftliche Eingabe handle, die an die an Stelle des mündlichen Parteivortrages treten soll und andererseits die genannte Eingabe nicht von der Vollmacht an den Vertreter des Beklagten, Rechtsanwalt Dr. Y._____, gedeckt sei (Urk. 17 S. 3). Die Vollmacht von Rechtsanwalt Dr. Y._____ – welche am 27. Januar 2012, mithin drei Tage nach der Verhandlung vom 24. Januar 2012, eingereicht worden war – sei verspätet eingegangen. Selbst wenn von einer nachträglichen Genehmigung der ohne Vollmacht erfolgten

Prozesshandlung ausgegangen würde, wäre die Eingabe vom 19. Januar 2012 davon nicht gedeckt, datiere doch die Vollmacht an Rechtsanwalt Dr. Y. _____ erst vom 23. Januar 2012, weshalb die Vorbringen des Beklagten nicht zu berücksichtigen seien (Urk. 17 S. 3). Im Beschwerdeverfahren verlangt die Klägerin erneut, die Eingabe des Beklagten vom 19. Januar 2012 sei aus dem Recht zu weisen, da die Vorinstanz ihrem Antrag zwar gefolgt sei, dies aber im Dispositiv des Entscheides vom 5. April 2012 nicht entsprechend festgehalten habe (Urk. 16 S. 2, S. 5 Rz. 18).

2.2. Gemäss Art. 132 Abs. 1 ZPO hat das Gericht beim Fehlen einer Vollmacht der Partei, welche die mangelhafte Eingabe eingereicht hat, eine Nachfrist zu deren Einreichung anzusetzen. Insbesondere bei Fehlen der Unterschrift bzw. der Vollmacht muss sich das Gericht vergewissern, ob die Partei die betreffende Eingabe überhaupt einreichen wollte bzw. ihr Vertreter entsprechend bevollmächtigt ist (Dike Kommentar ZPO, Michael Kramer/Nadja Kubat Erk, N 2 zu Art. 132). Wird die Vollmacht nachgereicht, gilt sie auch als rückwirkende Genehmigung der zuvor ohne Vollmacht erfolgten Prozesshandlung (BSK ZPO, Remo Bornatico, N 12 zu Art. 132 mit weiteren Hinweisen). Weder aus den Akten noch aus dem Protokoll des vorinstanzlichen Verfahrens ergibt sich, dass dem Beklagten eine solche Nachfrist angesetzt worden wäre. Der Beklagte hat indes – wie in der Eingabe vom 19. Januar 2012 angekündigt – eine Vollmacht an Rechtsanwalt Dr. Y. _____ nachgereicht (Urk. 11). Dass diese vom 23. Januar 2012 datiert, spielt keine Rolle. Die von Rechtsanwalt Dr. Y. _____ eingereichte Eingabe vom 19. Januar 2012 wurde somit vom Beklagten rückwirkend genehmigt und ist von der Vollmacht vom 23. Januar 2012 gedeckt.

2.3. Es stellt sich damit die Frage, ob die Vorinstanz die Eingabe des Beklagten vom 19. Januar 2012 für ihren Entscheid hätte berücksichtigen müssen. Ausgehend vom Vorliegen einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit gilt vorliegend die – abgeschwächte bzw. soziale – Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO. Dies bedeutet, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und dazu entsprechend Beweis erhebt (ZPO Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Hauck, N 32 zu Art. 247). Die Parteien werden

dadurch jedoch nicht von der Mitwirkung an der Erhebung der Beweise und der Erstellung des Sachverhaltes entbunden. Sie sind es, die primär die Verantwortung für die Ermittlung des Sachverhaltes tragen. Nur wenn an der Vollständigkeit der Behauptungen oder Beweise ernsthafte Zweifel bestehen, muss das Gericht nachforschen. Diese Nachforschung besteht aber allein darin, die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie auf die Pflicht zum Beibringen von Beweisen hinzuweisen (ZPO Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 33 zu Art. 247, mit weiteren Hinweisen).

2.4. Erscheint eine Partei nicht an der Hauptverhandlung, wird diese trotzdem durchgeführt. Die erschienene Partei wird zum einseitigen Vortrag zugelassen und alsdann gestützt auf den gesamten (u.U. mittels Beweiserhebung erwarnten) Prozessstoff entschieden (Dike Kommentar ZPO, Eric Pahud, N 3 zu Art. 234). Für seine Entscheidung berücksichtigt das Gericht zunächst die Eingaben, die nach Massgabe des Gesetzes eingereicht worden sind (Art. 234 Abs. 1 Satz 1), und zwar auch diejenigen der säumigen Partei. Es handelt sich hierbei um die im Rahmen des Vorbereitungsverfahrens form- und fristgerecht eingereichten Rechtsschriften. Nicht zu berücksichtigen sind demgegenüber etwa unaufgefordert getätigte schriftliche Eingaben, die an Stelle des mündlichen Parteivortrags (Art. 228 ZPO) treten sollen (Dike Kommentar ZPO, Eric Pahud, N 5 zu Art. 234 mit Verweis auf BSK ZPO, Sylvia Frei/Daniel Willisegger, N 12 zu Art. 234). Die Vorinstanz ist in ihren Erwägungen davon ausgegangen, dass es sich bei der Eingabe des Beklagten vom 19. Januar 2012 um eine solche unaufgefordert getätigte schriftliche Eingabe handle, welche an die Stelle des mündlichen Parteivortrags treten solle (Urk. 17 S. 3). Es mag zwar zutreffen, dass die Eingabe des Beklagten ohne Aufforderung erfolgte, aber im Lichte der im vorliegenden Verfahren gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO herrschenden Untersuchungsmaxime erschiene es unangemessen, diese Eingabe unberücksichtigt zu lassen. Grundlage eines jeden Säumnisurteils bilden sämtliche Vorbringen, die entsprechend dem bisherigen Verfahrensverlauf ordnungsgemäss in den Prozess Eingang gefunden haben, also auch jene der abwesenden Partei. Schriftlich vorgebrachte Tatsachenbehauptungen und –bestreitungen, Einreden und Anträge der Parteien berücksichtigt das Gericht allerdings nur insoweit, als sie in einer Eingabe nach

Massgabe des Gesetzes, mithin form- und fristgerecht, vorgebracht wurden (BSK ZPO, a.a.O., N 12 zu Art. 234). Die Eingabe des Beklagten erfolgte – wie vorstehend gezeigt – formgerecht, mit – wenn auch erst nachträglich erteilter – gehöriger Vollmacht des Vertreters, und ging am 23. Januar 2012, mithin einen Tag vor der Hauptverhandlung bei der Vorinstanz ein, womit sie als fristgerecht zu gelten hat und folglich zu berücksichtigen gewesen wäre. Die Androhung der Säumnisfolgen in der Vorladung zur Hauptverhandlung auf den 24. Januar 2012 vom 22. Dezember 2011 lautet denn auch dahingehend, dass "bei nicht genügend entschuldigtem Ausbleiben einer der Parteien" das Gericht "die bisher eingereichten Eingaben" berücksichtigt (vgl. Urk. 5). Selbst wenn das Fernbleiben des Beklagten von der Hauptverhandlung als nicht genügend entschuldigt zu erachten gewesen wäre, hätten die bisher eingereichten Eingaben berücksichtigt werden müssen. Indem die Vorinstanz die vor der Hauptverhandlung eingereichte Eingabe des Beklagten vom 19. Januar 2012 nicht berücksichtigt hat, steht ihr Verhalten in klarem Widerspruch zur Androhung in der Vorladung.

2.5. Da vorliegend gestützt auf Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO durch die Beschwerdeinstanz ein neuer Entscheid gefällt wird, ist die Eingabe des Beklagten vom 19. Januar 2012 nunmehr im Beschwerdeverfahren zu beachten. In formeller Hinsicht bestreitet der Beklagte darin zunächst sowohl die sachliche als auch die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz (Urk. 8 S. 2). Er bringt vor, es habe zwischen dem Beklagten und der Klägerin nie ein Arbeitsverhältnis bestanden, weshalb keine arbeitsrechtliche Streitigkeit vorliege und sich die Klägerin folglich auch nicht auf den für arbeitsrechtliche Streitigkeiten vorgesehenen Gerichtsstand am Arbeitsort gemäss Art. 34 Abs. 1 ZPO berufen könne. Hierzu kann auf die vorstehenden Erwägungen zur Zuständigkeit verwiesen werden. Im Übrigen hat die Klägerin nicht behauptet, mit dem Beklagten in einem Arbeitsverhältnis gestanden zu haben. Im Weiteren begnügt sich der Beklagte mit Ausführungen darüber, was die Klägerin im konkreten Fall für Möglichkeiten hätte, um ihren – unbestrittenen – Anspruch gegenüber der C._____ GmbH durchzusetzen. So weist er darauf hin, dass der Klägerin der Vollstreckungsweg über das SchKG zur Verfügung stehe und sie selbst bei einem allfälligen Konkurs nicht schutzlos wäre, da ihr dannzumal die Verantwortlichkeitsklage offen stünde und ihre Forderungen für die letzten

6 Monate vor dem Konkurs im Übrigen über die Arbeitslosenkasse sichergestellt wären (Urk. 8 S. 2, S. 3). Die Ausführungen des Beklagten zum Sinn einer GmbH, welcher genau darin liege, die Haftung von einer Privatperson auf eine juristische Person zu übertragen, führen schliesslich ebenso ins Leere wie seine Behauptung, die Klägerin versuche eine solidarische Haftung des Beklagten zu konstruieren (Urk. 8 S. 2 f.). Zum Durchgriff und dessen Voraussetzungen, insbesondere zum rechtsmissbräuchlichen Vorschieben einer GmbH, macht der Beklagte wiederum vorwiegend allgemeine Ausführungen und bestreitet weder die konkreten Vorbringen der Klägerin, noch belegt er in irgendeiner Art und Weise, weshalb im vorliegenden Fall keine Missbräuchlichkeit vorliegen soll. Er führt lediglich aus, die E. _____ GmbH sei schon lange vor dem Arbeitsantritt der Klägerin mit dem Zweck gegründet und im Handelsregister eingetragen worden, den Gasthof G. _____ in H. _____ in Pacht zu übernehmen und zu führen. Mit der Abwälzung von allfälligen Forderungen gegen den Beklagten als Gesellschafter stehe dieser normale Geschäftsvorgang in keinem Zusammenhang. Der Beklagte führe sämtliche von ihm gepachteten Restaurants als GmbH oder AG, um deren Selbständigkeit und die Messbarkeit des wirtschaftlichen Erfolges sicherzustellen (Urk. 8 S. 3). Zusammenfassend ergibt sich, dass die allgemeinen Ausführungen des Beklagten in der Eingabe vom 19. Januar 2012 keine Bestreitungen der konkreten Behauptungen der Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung vom 24. Januar 2012 darstellen. Insofern ändert am Ergebnis nichts, dass die Vorinstanz diese Eingabe (nach den vorstehenden Ausführungen zu Unrecht) unberücksichtigt liess.

2.6. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 6'587.75 nebst Zins zu 5% seit 21. Juli 2010 zu bezahlen.

IV.

1. Gestützt auf Art. 114 lit. c ZPO sind für das Beschwerdeverfahren keine Gerichtskosten zu erheben.

2. Ausgangsgemäss ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsvertreter der Klägerin hat seine Honorarnote eingereicht, die auch das Schlichtungsverfahren erfasst (Urk. 19/4). Unter Berücksichtigung des Obsiegens der Klägerin und in Anwendung von § 2, § 4 Abs. 1, § 11 und § 13 Abs. 1 und 2 sowie § 22 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) ist die Parteientschädigung für beide Instanzen auf Fr. 2'700.– zuzüglich Mehrwertsteuer festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 6'587.75 netto nebst Zins zu 5% seit 21. Juli 2010 zu bezahlen.
2. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für beide Instanzen eine Parteientschädigung von Fr. 2'916.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 arbeitsrechtlich Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 6'587.75.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 12. April 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende

Die Gerichtsschreiberin

Dr. R. Klopfer

lic. iur. B. Demuth

versandt am:

mc