



---

Kass.-Nr. AA050022/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## Zirkulationsbeschluss vom 21. Juli 2005

in Sachen

C,

...,

Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer

gegen

E,

...,

Kläger, Appellat und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Dezember 2004 (LA040025/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Der Kläger war seit dem 1. September 2001 als Baumonteur für die X Baumontagen tätig. Am 31. Oktober 2001 wurde der Arbeitsvertrag schriftlich geregelt. Dabei unterzeichnete der Beklagte den Vertrag als Arbeitgeber (AG act. 3/1). Am 29. Juni 2002 kündigte die X Montagebau das Arbeitsverhältnis per 30. Juni 2002. Das Kündigungsschreiben wurde vom Beklagten im Namen der X Montagebau unterzeichnet (AG act. 14/2). (Weshalb die Einstellung unter der Firma X Baumontagen, die Kündigung jedoch unter der Firma X Montagebau erfolgte, kann hier offen bleiben.)

Mit Urteil vom 15. April 2004 verpflichtete das Arbeitsgericht Zürich den Beklagten in teilweiser Gutheissung der Klage, dem Kläger Fr. 19'334.20 netto zu bezahlen (Lohn, Krankenlohn, Ferienentschädigung, 13. Monatslohn, soweit ausstehend) und ihm die Unterlagen betreffend seiner Anmeldung beim Migrationsamt, bei der AHV und der SUVA auszuhändigen (AG act. 69 = OG act. 73). Gegen dieses Urteil erhob der Beklagte „Einspruch“ (OG act. 74), was als Berufung entgegengenommen wurde.

Im Berufungsverfahren machte der Beklagte geltend, nicht er, sondern J.L. sei der Inhaber der X Montagebau. Gemäss Kollektivgesellschaftervertrag zwischen dem Beklagten und J.L. habe der Beklagte bloss seinen Namen und sein Domizil zur Verfügung gestellt (OG act. 77)

Das Obergericht (I. Zivilkammer) merkte mit Beschluss vom 23. Dezember 2004 vor, dass das erstinstanzliche Urteil soweit in Rechtskraft erwachsen sei, als die Klage "im Fr. 19'334.20 netto sowie Aushändigung der [diversen] Unterlagen übersteigenden Umfang abgewiesen" wurde. Das Obergericht verpflichtete den Beklagten, dem Kläger Fr. 17'594.10 netto zu bezahlen und wiederholte die Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger die besagten Unterlagen auszuhändigen. Im übrigen wies das Obergericht die Klage ab (OG act. 89 = KG act. 2).

2. Mit Schreiben vom 27. Januar 2005 an das Kassationsgericht ersuchte der Beklagte um Erstreckung der Frist zur Erhebung und Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde um 30 Tage (KG act. 1). Die Kanzlei des Kassationsgerichts teilte dem Beklagten mit Schreiben vom 28. Januar 2005 mit, dass es sich bei dieser Frist um eine gesetzliche handle, die nicht geändert werden dürfe (KG act. 3). Mit Eingabe vom 11. Februar 2005 (Poststempel 12. Februar 2005) erhob der Beklagte fristgerecht kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, es sei der obergerichtliche Beschluss vom 23. Dezember 2005 aufzuheben und die Sache an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 7 S. 5).

Der Kläger beantwortete die Nichtigkeitsbeschwerde nicht. Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 11).

## II.

1. Da die Kassationsinstanz nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet, sind im Kassationsverfahren neue Behauptungen oder Beweismittel, welche eine Vervollständigung des vor der Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffes bezwecken, unzulässig (Diether von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 17). Die vom Beschwerdeführer als Beilage zur Beschwerdebegründung eingereichten Unterlagen sind daher, soweit sie sich nicht bereits in den vorinstanzlichen Akten finden, nicht zu beachten.

2. Der Beschwerdeführer äussert sich auf den Seiten 2 und 3 seiner Beschwerdebegründung (KG act. 7) zur Erwägung I. des angefochtenen Beschlusses. Inhalt dieser Erwägung ist die Prozessgeschichte (KG act. 2 S. 4 f.). Das Obergericht trifft hier keine eigenständigen Feststellungen zur Sache selbst, so dass der Beschwerdeführer durch die Ausführungen des Obergerichts nicht beschwert ist.

In Erwägung I/4 hält das Obergericht fest, das erstinstanzliche Urteil sei, soweit die Klage abgewiesen worden sei, unangefochten geblieben und in Rechtskraft

erwachsen (KG act. 2 S. 5 unten). Der Beschwerdeführer rügt, durch seine Berufung sei das gesamte Urteil bestritten worden, weshalb keine Rechtskraft eingetreten sei (KG act. 7 S. 3 Mitte). Dem ist nicht zu folgen: Ziel der Berufung des Beschwerdeführers war, dass er zu keinen Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis der X Montagebau mit dem Beschwerdegegner verpflichtet werde. Für die im erstinstanzlichen Verfahren eingeklagte Summe, soweit sie Fr. 19'334.20 übersteigt, erfolgte eine solche Verpflichtung durch das arbeitsgerichtliche Urteil nicht; diesbezüglich wurde die Klage abgewiesen. Der Beschwerdegegner erhob kein Rechtsmittel gegen das arbeitsgerichtliche Urteil, so dass dieses Urteil hinsichtlich des Fr. 19'334.20 übersteigenden Betrags unangefochten blieb und in Rechtskraft erwuchs. Im übrigen wird der Beschwerdeführer durch die entsprechende Feststellung des Obergerichts nicht beschwert.

Soweit ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten.

3. a) Das Obergericht hält zur Frage der angeblich fehlenden Passivlegitimation fest, diese habe zu Beginn des erstinstanzlichen Verfahrens keinen Streitgegenstand gebildet. So habe der Beschwerdegegner in seinem Fristerstreckungsgesuch vom 11. Mai 2002 J.L. ausdrücklich als *Teilhaber* seiner Montagefirma bezeichnet (AG act. 10 S. 1). In der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 18. Juni 2002 habe der Beschwerdeführer ausdrücklich bestätigt, dass zwischen *ihm* und dem Beschwerdegegner am 31. Oktober 2001 ein Arbeitsvertrag geschlossen worden sei (AG Prot. S. 6). Zudem habe der Beschwerdeführer anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung am 5. November 2002 ausführen lassen, dass J.L. wirtschaftlich gesehen an der *Einzelfirma des Beschwerdeführers* in einem wesentlichen Umfang beteiligt gewesen sei (AG Prot. S. 30). Erst mit Eingabe vom 5. Mai 2003 von Rechtsanwalt J.D. habe der Beschwerdeführer seine Passivlegitimation bestreiten lassen, weil zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses J.L. und nicht der Beschwerdeführer Inhaber der Firma X Baumontagen gewesen sei (AG act. 41 S. 2). Mit Beschluss vom 30. Juni 2003 habe das Arbeitsgericht die entsprechenden Ziffern der genannten Eingabe in Anwendung von § 114 ZPO aus dem Recht gewiesen, da die darin neu vorgebrachten Tatsachen dem Beschwerdeführer schon anlässlich der Hauptverhandlung bekannt gewesen seien

und somit verspätet geltend gemacht worden seien (AG Prot. S. 46 f.). Das Obergericht prüft, ob die betreffenden Tatsachenbehauptungen des Beschwerdeführers (welche er in der Berufungsbegründung wiederum vorbringt) in Anwendung von Art. 343 Abs. 4 OR im Berufungsverfahren zu berücksichtigen seien. Es hält fest, gemäss § 267 ZPO seien vor der Berufungsinstanz neue Vorbringen nur unter den Voraussetzungen von §§ 115 und 138 ZPO zulässig. Gemäss § 115 ZPO seien solche Vorbringen zulässig, wenn sich ihre Richtigkeit aus den Prozessakten ergebe oder diese durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden könnten (§ 115 Ziff. 2 ZPO), ferner wenn es sich um Tatsachen handle, von denen glaubhaft gemacht werde, dass sie trotz angemessener Tätigkeit nicht hätten rechtzeitig angerufen werden können (§ 115 Ziff. 3 ZPO) und wenn es sich um Tatsachen handle, die das Gericht von Amtes wegen zu beachten habe (§ 115 Ziff. 4 ZPO). Das Obergericht hält sodann fest, dass nach Rechtsprechung des Bundesgerichts die Regel von Art. 343 Abs. 4 OR einschränkend auszulegen sei. Diese verpflichte nicht sämtliche kantonalen Instanzen zu einer inquisitorischen Ermittlung des Sachverhalts, und insbesondere für das Rechtsmittelverfahren habe sie nicht die Folge, dass jede vom kantonalen Recht festgesetzte Beschränkung des Untersuchungsgrundsatzes unbeachtlich werde. Die Kantone seien frei, die Kognition der zweiten Instanz beispielsweise durch ein Novenverbot zu beschränken. Neue Behauptungen seien unter dem Titel von § 115 Ziff. 4 ZPO nicht zulässig. Der Beschwerdeführer mache nicht geltend, dass er die von ihm eingereichten Belege und die damit verbundenen sinngemässen Behauptungen im Sinne von § 115 Ziff. 3 ZPO nicht früher habe anrufen können. Das Obergericht begründet sodann, weshalb die in den Akten liegende Bestätigung von J.L. vom 17. August 2002, dass er der Inhaber der Firma X Montagebau sei, unter den weiteren gegebenen aktenkundigen Umständen nicht geeignet sei, den diesbezüglichen sofortigen Beweis zu erbringen. Das Obergericht erachtet die Passivlegitimation des Beschwerdeführers als gegeben (KG act. 2 S. 7 - 9 Erw. II/2.3).

b) Der Beschwerdeführer macht geltend, die erstinstanzliche Hauptverhandlung habe am 18. Juni 2002 stattgefunden. Zu jenem Zeitpunkt sei noch keine schriftliche beweiskräftige Bestätigung von J.L. vorgelegen, wonach er alleiniger Inhaber der X Montagebau sei. Diese sei erst am 17. August 2002 abgefasst worden.

Somit habe die fehlende Passivlegitimation des Beschwerdeführers erst später belegt werden können. Auf diese habe das Anwaltsbüro J.D. mit Eingabe vom 5. Mai 2003 hingewiesen. Es könne deshalb nicht die Rede davon sein, dass das Gericht über diese Tatsache nicht informiert worden sei. Fakt sei jedoch, dass das Arbeitsgericht mit Schreiben vom 5. Mai 2004 darauf hingewiesen habe, dass künftige Eingaben an das Obergericht zu richten seien. Art. 343 Abs. 4 OR bestimme jedoch, dass alle rechtserheblichen Umstände, die sich im Laufe des Verfahrens ergäben, zu berücksichtigen seien, auch wenn die Parteien nicht ausdrücklich darauf Bezug genommen hätten (KG act. 7 S. 3 unten).

Der Beschwerdeführer erhob mit Eingabe vom 29. April 2004 Berufung gegen das arbeitsgerichtliche Urteil vom 15. April 2004. Das Schreiben des Arbeitsgerichts an den Beschwerdeführer vom 5. Mai 2004, wonach künftige Eingaben an das Obergericht zu richten seien, erfolgte somit nach Urteilsfällung und Berufungserklärung, also nach der erstinstanzlichen Erledigung. Aus dem Umstand, dass das Arbeitsgericht den Beschwerdeführer an das nunmehr zur Beurteilung des Rechtsstreits zuständige Obergericht verwies, kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Insbesondere äusserte sich das Arbeitsgericht im fraglichen Schreiben nicht zur Zulässigkeit einzelner Vorbringen im Berufungsverfahren.

Die Hauptverhandlung vor Arbeitsgericht fand am 18. Juni 2002 (AG Prot. S. 3 ff.) und am 3. Dezember 2002 (Fortsetzung, AG Prot. S. 25 ff.) statt. Es wäre dem Beschwerdeführer möglich gewesen, anlässlich der Hauptverhandlung vorzutragen, dass nicht er, sondern J.L. der wahre Arbeitgeber gewesen sei. Daran ändert nichts, dass die entsprechende Bestätigung J.L.s erst am 17. August 2002, also nach dem ersten Teil der Hauptverhandlung - aber immerhin vor der Fortsetzung derselben - ausgestellt wurde (AG act. 43/4). Gemäss § 114 ZPO sind Parteien mit Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie in ihrem letzten Vortrag im Hauptverfahren nicht vorgebracht haben. Die Ausnahmen von dieser Bestimmung sind in § 115 ZPO angeführt. Wie das Arbeitsgericht in seinem Beschluss vom 30. Juni 2003 (AG Prot. S. 46) zutreffend und unter Hinweis auf einschlägige Literatur festhält, bedeutet die Bestimmung von Art. 343

Abs. 4 OR, wonach das Gericht in arbeitsrechtlichen Prozessen den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt, nicht, dass das Gericht den Sachverhalt zu erforschen habe, den die Parteien absichtlich oder aus Nachlässigkeit nicht nennen, und auch nicht, dass die Parteien davon befreit seien, ihre Behauptungen in einem bestimmten Prozessstadium - hier im Hauptverfahren - vorzutragen. Zu Recht ist das Arbeitsgericht auf das verspätete Vorbringen des Beschwerdeführers nicht weiter eingegangen.

Vor der Berufungsinstanz sind neue Vorbringen nur unter den Voraussetzungen von § 115 ZPO und § 138 ZPO (welcher wiederum auf § 115 ZPO verweist) zulässig. Das Obergericht begründet im angefochtenen Entscheid zutreffend, weshalb diese Voraussetzungen - auch unter dem Gesichtswinkel von Art. 343 Abs. 4 OR - nicht gegeben sind. Es kann in zustimmendem Sinn auf die Erwägungen des Arbeitsgerichts und des Obergerichts verwiesen werden (§ 161 GVG).

c) Der Beschwerdeführer macht geltend, J.L. habe den Anstellungsvertrag mit dem Beschwerdegegner besprochen. Somit habe der Beschwerdegegner zwingend davon ausgehen müssen, dass J.L. der Inhaber der X Baumontage sei. Ebenso habe J.L. die Lohnabrechnungen mit dem Beschwerdegegner besprochen und die entsprechenden Auszahlungen vorgenommen. Ebenfalls sei der Beschwerdeführer von J.L. in die Arbeiten eingewiesen, beaufsichtigt und für die Baustellen eingeteilt worden. Auch bestätige D.L., dass er nur mit J.L. verhandelt und Aufträge abgewickelt habe und den Beschwerdeführer nicht gekannt oder mit diesem Kontakt gehabt habe. Die Rechnungen an die Kunden seien von J.L. erstellt worden. Die gegenteilige Feststellung des Obergerichts, diese seien durch den Beschwerdeführer erstellt worden, stelle „eine kühne Behauptung“ dar, die bewiesen werden müsse. Auch wenn sich J.L. selber als Sachbearbeiter ausweise, heisse dies in keiner Weise, dass er nicht Inhaber der Firma sein könne. J.L. sei nach aussen und nach innen als alleiniger Inhaber und Besitzer der X Montagebau aufgetreten. Er habe die Quellensteuer an den Kanton Zürich überwiesen und die Geschäftskonto-Auszüge der Aargauer Kantonalbank erhalten.

Aus dem Umstand, dass J.L. den Anstellungsvertrag und die Lohnabrechnungen mit dem Beschwerdeführer besprochen, die Lohnauszahlungen vorgenommen

und den Beschwerdeführer in dessen Arbeiten eingewiesen habe, ergibt sich nicht zwingend, dass J.L. der Inhaber der X Montagebau war. Immerhin wurden der Arbeitsvertrag und später die Kündigung nicht durch J.L., sondern durch den Beschwerdeführer unterzeichnet, was zumindest als Hinweis darauf verstanden werden kann, dass die Entscheidung innerhalb der X Montagebau beim Beschwerdeführer lag bzw. dass er der Inhaber war. Ebenfalls ergibt sich die behauptete alleinige Inhaberstellung von J.L. nicht zwingend daraus, dass er mit Kunden verhandelte, die Überweisung von Quellensteuern vornahm und Geschäftskontoauszüge entgegennahm. Alle diese Aufgaben können auch einem angestellten Sachbearbeiter übertragen werden.

4. Zusammenfassend weist der Beschwerdeführer nicht nach, dass der angefochtene Entscheid an einem Nichtigkeitsgrund leidet. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

### III.

Da es sich vorliegend um ein arbeitsrechtliches Verfahren handelt, sind dem Beschwerdeführer keine Kosten aufzuerlegen (Art. 343 Abs. 3 OR). Mangels erheblicher Umtriebe ist dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2. Die Kosten für das Kassationsverfahren fallen ausser Ansatz.
3. Dem Beschwerdegegner wird für das Kassationsverfahren keine Prozessschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Arbeitsgericht Zürich (2. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: