



---

Kass.-Nr. AA080031/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Georg Naegeli, sowie der juristische Sekretär Lukas Künzli

## **Sitzungsbeschluss vom 8. September 2008**

in Sachen

**A.-AG,**

Klägerin, Appellatin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt [...]

gegen

1. B.,

2. C.,

Beklagte, Appellanten und Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt [...]

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Januar 2008 (NE070009/U)**

### **Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Die Beschwerdegegner bilden unter der Bezeichnung "Betriebsgemeinschaft [...]" eine einfache Gesellschaft. Der Beschwerdegegner 2 verrichtete Ar-

beiten für die Beschwerdeführerin, nach ursprünglicher Auffassung der Beschwerdeführerin im Rahmen eines Vertrages zwischen ihr und der einfachen Gesellschaft. Die Parteien gingen davon aus, die Betriebsgemeinschaft [...] habe den Beschwerdegegner 2 der Beschwerdeführerin gewissermassen "ausgeliehen".

Die SUVA stellte innerhalb einer Arbeitgeberkontrolle ein Arbeitsverhältnis zwischen Beschwerdeführerin und Beschwerdegegner 2 fest. Am 2. Juni 2004 schlossen die Parteien Vereinbarungen, wonach unter anderem die Betriebsgemeinschaft [...] Nachzahlungen übernahm, welche die AHV aus dem Arbeitsverhältnis Beschwerdeführerin/Beschwerdegegner forderte.

Gestützt auf diese Vereinbarung verlangte die Beschwerdeführerin von den Beschwerdegegnern klageweise Fr. 19'528.30. Die Beschwerdegegner liessen diese Vereinbarung nicht gelten, sondern wandten ein, der Beschwerdegegner 2 habe im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses für die Beschwerdeführerin gearbeitet. Die Vereinbarung sei innerhalb eines Monats nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschlossen worden und daher gemäss Art. 341 OR nichtig. Zudem stünden dem Beschwerdegegner 2 arbeitsrechtliche Forderungen von Fr. 30'032.10 zu. Diese würden mit der eingeklagten Forderung verrechnet, wenn diese überhaupt zu Recht bestehe.

2. Die Vorinstanz qualifizierte das Verhältnis zwischen Beschwerdegegner 2 und Beschwerdeführerin als Arbeitsverhältnis. Sie erachtete die zur Verrechnung gestellten Forderungen des Beschwerdegegners 2 von insgesamt Fr. 25'052.10 als erwiesen und wies die Klage ab, weil die begründeten Verrechnungsforderungen die Forderung der Beschwerdeführerin überstiegen.

Die Vorinstanz auferlegte der Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten. Sie erwog, es handle sich nicht um eine Streitigkeit aus einem Arbeitsvertrag gemäss Art. 343 OR. Die Klage stütze sich ausschliesslich auf die Vereinbarung vom 2. Juni 2004 zwischen der Beschwerdeführerin und der "Betriebsgemeinschaft [...]", womit die ordentlichen Vorschriften des Zivilprozesses zur Anwendung kämen.

3. Gegen das Urteil der Vorinstanz erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht (KG act. 1). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung (KG act. 8). Die Beschwerdegegner verzichteten auf Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 9).

## II.

1. Gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, soweit der Weiterzug an das Bundesgericht möglich ist und dieses dabei frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege. Das Kassationsgericht hatte unter der Herrschaft des OG die (eidgenössische) Berufungsfähigkeit des mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochtenen Entscheids im Hinblick auf die ihm vom Gesetz (§ 281 i.V.m. § 285 ZPO) verliehene Prüfungskompetenz als Vorfrage von Amtes wegen zu prüfen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar ZPO ZH, Zürich 1997, N 19 a.E. zu § 285 ZPO; ebenso statt vieler Kass.-Nr. 97/229, Beschluss vom 30. September 1997 in Sachen H.c.P., E. II/2/b; 97/429, Beschluss vom 14. Dezember 1998 in Sachen M.c.O., E. II/3/b; 97/019, Beschluss vom 23. April 1999 in Sachen H.c.T., E. II/3/2/b; s.a. BGE 83 II 422). Diese Pflicht zur vorfrageweisen Abklärung der Weiterzugsmöglichkeiten an das Bundesgericht gilt unter der Herrschaft des BGG weiterhin (vgl. Kass.-Nr. AA070099, Beschluss vom 26. Juni 2008, in Sachen L., E. II/3/3, zur Publikation in ZR vorgesehen).

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde in Zivilsachen nur zulässig, wenn der Streitwert Fr. 15'000.– in arbeits- und mietrechtlichen Fällen und Fr. 30'000.– in allen übrigen Fällen erreicht (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. a und b BGG). Vorliegend beträgt der Streitwert Fr. 19'528.30.

Die Zulässigkeit der bundesrechtlichen Beschwerde hängt somit von der (vorfrageweisen) Qualifikation des Streitverhältnisses als arbeitsrechtlicher Fall im Sinne von Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG ab. Diese Qualifikation ist in Anlehnung an die verfahrensrechtlichen Regelungen nach Art. 343 OR vorzunehmen, d.h. konkret unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zur Frage, ob eine Streitigkeit aus

dem Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 343 OR vorliegt (vgl. RÜDIN, BSK BGG, Basel 2008, N 10f. zu Art. 74). (Anzumerken ist, dass es dabei lediglich um eine vorläufige, für das Bundesgericht nicht präjudizierende Beurteilung geht, die aber im Hinblick auf die erforderliche Abgrenzung der kassationsgerichtlichen Kognition unabdingbar ist und der sich das Kassationsgericht nicht entziehen kann, indem es z.B. seine Zuständigkeit im Zweifel bejaht [vgl. Kass.-Nr. AA070099, a.a.O., E. II/3/3/b]. Weiter ist auf § 285 Abs. 3 ZPO hinzuweisen. Diese Bestimmung erlaubt eine nachträgliche Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerde, falls das Bundesgericht im Verfahren der bundesrechtlichen Beschwerde eine andere Auffassung vertreten und sich zur Behandlung der entsprechenden Rüge ebenfalls für unzuständig erklären sollte.)

Art. 343 OR findet Anwendung auf Streitigkeiten "aus dem Arbeitsverhältnis". Der Begriff ist materiell derselbe wie der Begriff der arbeitsrechtlichen Klage gemäss Art. 24 GestG (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich 2006, N 5 zu Art. 343 OR). Darunter sind in einer weiten Begriffsauslegung alle Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 319 OR zu verstehen. Entscheidend ist nicht der Rechtsgrund der streitigen Forderung, sondern der Sachverhalt, auf welchen sie sich stützt. Der Anspruch muss jedoch aus dem Arbeitsverhältnis fliessen; eine Darlehens- oder Mietzinsforderung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer ist keine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis. Trotz weiter Anwendung genügt nicht jeder irgendwie geartete Zusammenhang der Forderung zum Arbeitsverhältnis (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 2a zu Art. 343 OR mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

Unerheblich sind die Personen der Forderungsbeteiligten; es wird sich meistens, muss sich aber nicht, um Arbeitgeber und Arbeitnehmer handeln (GROSS, in: Müller/Wirth, Gerichtsstandsgesetz, Zürich 2001, N 32 zu Art. 24 GestG). Eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis liegt auch nach einem Parteiwechsel z.B. durch Erbnachfolge, Abtretung oder Legalzession vor (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 2a zu Art. 343 OR mit Hinweisen).

Als Beispiele für arbeitsrechtliche Streitigkeiten werden genannt der Prozess um die Frage, ob ein Arbeitsvertrag zustande gekommen ist; Klagen gegen den

Arbeitgeber auf Rückerstattung von zu Unrecht abgezogenen AHV-Beiträgen; Klagen auf mit dem Arbeitsverhältnis verbundene Nebenleistungen, selbst wenn diese atypisch sind, wie etwa von mit dem Arbeitgeber verbundenen Drittgeseellschaften geschuldete Mitarbeiteraktien; Klagen über Zusagen des Arbeitgebers, gewisse Einlagen in die berufliche Vorsorge zu erbringen, oder Klagen über Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, die erst mit oder nach dessen Beendigung entstehen oder fällig werden, wie beispielsweise Ansprüche aus Aufhebungsverträgen.

Keine arbeitsrechtlichen Streitigkeiten sind beispielsweise Streitigkeiten aus Arbeit, die nicht im Rahmen eines Arbeitsvertrages, sondern aus Auftrag, Agentur oder Werkvertrag geleistet wird; Streitigkeiten aus dem Vorsorgeverhältnis einschliesslich des nichtobligatorischen Teils und arbeitsrechtliche Vorfragen oder Klagen gegen Unfallversicherungen und Ausgleichskassen. Ferner gilt Art. 343 OR nicht für Streitfälle aus dem Verleihvertrag zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb (zum Ganzen: STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 2a zu Art. 343 OR mit zahlreichen Hinweisen).

Massgebend ist wie dargelegt nicht der Rechtsgrund der klägerischen Forderung, sondern der Sachverhalt, auf den sie sich stützt. Diesbezüglich fällt in Betracht, dass die SUVA Winterthur die Tätigkeit des Beschwerdegegners 2 bei der Beschwerdeführerin als unselbständige Erwerbstätigkeit betrachtet, weshalb seine Bezüge über die Arbeitgeberin bei AHV/SUVA abgerechnet werden müssten. Auch die Vorinstanz kam nach ausführlicher Würdigung der Vorbringen der Parteien zum Schluss, dass es sich beim Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner 2 um ein Arbeitsverhältnis handle (KG act. 2 S. 9f.).

In der Vereinbarung vom 2. Juni 2004 regelten die Parteien die Folgen der von den Behörden verlangten Nachzahlungen von Sozialversicherungs-Prämien aus dem Arbeitsverhältnis des Beschwerdegegners 2 mit der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdegegner verpflichteten sich zur Übernahme der Nachzahlungspflicht. Zwar trifft es zu, dass die Vereinbarung nicht allein zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses getroffen wurde, sondern der Beschwerdegegner 2 sie

zusammen mit dem Beschwerdegegner 1 im Rahmen ihrer einfachen Gesellschaft einging. Doch ändert dies nichts daran, dass die aus der Vereinbarung vom 2. Juni 2004 fliessenden Forderungen sachlich auf dem Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdegegner 2 und der Beschwerdeführerin beruhen. Insbesondere beruhen sie nicht auf einem Personalleihverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und den Beschwerdegegnern.

Damit liegt eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis gemäss Art. 343 OR vor. In Anlehnung an diese Qualifikation ist das Streitverhältnis als arbeitsrechtlicher Fall im Sinne von Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG zu qualifizieren. Dies führt zur Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen; der Streitwert liegt über Fr. 15'000.–.

Im Rahmen dieses Rechtsmittels überprüft das Bundesgericht insbesondere eine behauptete Verletzung von Bundesrecht mit freier Kognition (Art. 95 lit. a BGG; vgl. SEILER, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern 2007, N 10 zu Art. 95; vgl. SCHOTT, BSK, a.a.O., N 3 zu Art. 95). Das bedeutet für das vorliegenden Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde, dass das Kassationsgericht auf Rügen, mit welchen eine Verletzung von Bundesrecht geltend gemacht wird, nicht eintreten kann.

2.1 a) Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO in Verbindung mit § 56 ZPO und Art. 29 – 30 BV vor (vgl. KG act. 1 S. 3 unten). Sie macht geltend, dass über die von ihr eingeklagte Forderung im angefochtenen Urteil nicht entschieden worden sei, und rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass die Vorinstanz die Klage abgewiesen habe, obwohl sie die eingeklagte Forderung ausdrücklich nicht geprüft habe. Die Frage, ob die eingeklagte Forderung bestehe, könne entgegen der Auffassung im angefochtenen Urteil nicht offen gelassen werden. Im Fall der teilweise oder vollumfänglichen Tilgung der (bestehenden) klägerischen Forderung durch Verrechnung wäre auch die allfällige Gegenforderung der Beschwerdegegner (recte: des Beschwerdegegners 2) entsprechend reduziert worden. Die Vorinstanz habe offen gelassen, ob die eingeklagte Forderung überhaupt bestanden habe; demgemäss könnten sich die Beschwerdegegner (recte: der Beschwerdegegner 2) auf den

Standpunkt stellen, es stehe ihnen die ganze zur Verrechnung gestellte Forderung von Fr. 25'052.10 zu (vgl. KG act. 1 S. 6-8).

b) Wie einleitend erwähnt, erachtete die Vorinstanz die zur Verrechnung gestellten Forderungen des Beschwerdegegners 2 im (Gesamt-)Betrag von Fr. 25'052.10 als ausgewiesen und stellte fest, dass der Beschwerdegegner 2 diese Forderungen zulässigerweise der Klageforderung von Fr. 19'528.30 zur Verrechnung gegenüberstelle, weshalb diese auf jeden Fall getilgt werde und die Klage folglich abzuweisen sei (vgl. KG act. 2 S. 15/16). Die Vorinstanz stellte auch ausdrücklich fest, dass bei dieser Sach- und Rechtslage nicht geprüft und offen bleiben könne, ob die Klageforderung ausgewiesen sei (vgl. KG act. 2 S. 6).

Die Frage, ob und inwieweit die Verrechnung die Hauptklageforderung und die Verrechnungsforderung zum Erlöschen bringt, beurteilt sich nach materiellem Bundesrecht (vgl. Art. 120ff. OR). Bundesrechtlicher Natur ist daher auch die Frage, ob die Vorinstanz die Klage nach erfolgter Verrechnungseinrede abweisen durfte und ob sie den Bestand der Klageforderung nicht mehr zu prüfen brauchte. Die weitere Frage, ob der Beschwerdegegner 2 in Anbetracht des vorinstanzlichen Vorgehens (Nichtprüfung der Klageforderung) gegenüber der Beschwerdeführerin die Verrechnungsforderung nochmals geltend machen könnte, hängt folglich wiederum von der richtigen Anwendung von Bundesrecht ab und beschlägt die Frage der Tragweite der materiellen Rechtskraft der Urteilerwägungen im angefochtenen Entscheid. Bundesrecht bestimmt aber auch, ob eine abgeurteilte Sache anzunehmen ist, wenn ein Anspruch aus Bundesrecht erneut erhoben wird (vgl. BGE 125 V 347, 121 III 476f.; ZR 90 Nr. 68; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 4 zu § 191 ZPO). Entsprechende Rügen, welche sich um die Frage der materiellen Rechtskraft drehen, können folglich im Verfahren der bundesrechtlichen Zivilrechtsbeschwerde vor Bundesgericht vorgebracht werden, was deren Überprüfung vorliegend ausschliesst (§ 285 ZPO; vgl. auch altrechtliche Rechtsprechung zu OG: BGE 114 II 186; ebenso MESSMER/IMBODEN, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 86; vgl. zuletzt auch: Kass.-Nr. AA070068 v.m. AA070070, Beschluss vom 25. März 2008, in Sachen W., E. III/3/b/ee). Nach der kassationsgerichtlichen Recht-

sprechung ist es sodann generell nicht möglich, in Fällen, in welchen ein bestimmter Mangel beim Bundesgericht gerügt werden kann, gleichzeitig noch an das Kassationsgericht zu gelangen mit der Begründung, es sei dadurch indirekt auch eine kantonale Vorschrift verletzt worden (vgl. RB 1980 Nr. 29, Kass.-Nr. 96/026 Z Beschluss vom 2. Juni 1997, in Sachen A., E. II/3/b/dd, m.w.H.). Soweit sich die Beschwerdeführerin auf den in § 56 ZPO statuierten Grundsatz des rechtlichen Gehörs beruft, vermag sie daher an der Unzulässigkeit der Rüge nichts zu ändern.

2.2 Auf die im gleichen Sachzusammenhang erhobenen Rüge, dass sich die Vorinstanz nicht mit dem eingeklagten Zinsanspruch befasst habe (vgl. KG act. 1 S. 8), kann nach § 285 ZPO ebenfalls nicht eingetreten werden. Zum einen kommt der Rüge neben der vorstehend behandelten Rüge keine selbstständige Bedeutung und zum anderen beurteilt sich nach Bundesrecht, ob ein Zinsanspruch entstehen konnte, nachdem die Klageforderung der Beschwerdeführerin getilgt worden wäre, wenn sie Bestand gehabt hätte.

2.3 Weiter wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz eine Verletzung klaren materiellen Rechts nach § 281 Ziff. 3 ZPO vor, weil sie ihr trotz Vorliegens einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit im Sinne von Art. 343 OR Kosten und Gebühren auferlegt habe (vgl. KG act. 1 S. 4 oben, S. 8-9).

Zu den Normen des Bundesrechts gehören auch bundesrechtliche Verfahrensvorschriften wie Art. 343 OR (vgl. etwa: BGE 4C.36/2006, Urteil vom 29. März 2006, E. 3). Das Bundesgericht überprüft somit mit freier Kognition, ob es sich vorliegend um eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 343 Abs. 2 und 3 OR handelt oder nicht. Die entsprechende Rüge (KG act. 1 S. 8-9) ist im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde folglich nicht zulässig (§ 285 ZPO).

3. Somit ergibt, dass auf die Beschwerde in sämtlichen Punkten nicht eingetreten werden kann.

### III.

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Verfahrens der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde sind vom Kassationsgericht losgelöst von der Frage der Zulässigkeit einzelner Rügen in der Hauptsache zu regeln. Dabei ist im Sinne der vorstehenden Ausführungen (E. II/1) von der Kostenlosigkeit nach 343 Abs. 3 OR auszugehen. Eine Prozessentschädigung an die Beschwerdegegner fällt mangels Beschwerdeantwort bzw. Antrag zur Sache ausser Betracht.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Beschwerde nicht eingetreten.  
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Das Kassationsverfahren ist kostenlos.
3. Für das Kassationsverfahren wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 19'528.30.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 15. Januar 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon (vom 11. Januar 2007, Proz. GO060035), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: