



2. Abteilung

Geschäft Nr. AN060470/U1

Mitwirkende: Bezirksrichter Dr. H.-P. Egli als Vorsitzender, die Arbeitsrichter R. Ita und R. Naef sowie der juristische Sekretär lic.iur. M.-A. Völl

Beschluss und Urteil vom 30. November 2006

in Sachen

R.,

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z. AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 160'000.-- nebst Zins zu 5 % seit 18. April 2006 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung sei im Umfang gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 zu beseitigen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Anlässlich der Hauptverhandlung
erhöhtes Rechtsbegehren:

(act. 15 S. 1)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger:
 - CHF 28'846.00 (brutto) nebst Zins zu 5 % seit 18. April 2006;
 - CHF 5'529.00 (brutto) nebst Zins zu 5 % seit 18. April 2006;
 - CHF 75'000.00 (brutto) nebst Zins zu 5 % seit 18. April 2006;
 - CHF 30'632.20 (brutto) nebst Zins zu 5 % seit 18. April 2006;
 - CHF 37'953.40 (brutto) nebst Zins zu 5 % seit 18. April 2006;zu bezahlen.
2. ...
3. ..."

Rechtsbegehren der Beklagten anlässlich
der Hauptverhandlung:

(act. 17 S. 1 f.)

- " 1. Die Klage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Der Kläger und Widerbeklagte (nachfolgend der "Kläger") sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin (nachfolgend "Beklagte") CHF 874'331.65 nebst Zins zu 5% seit dem 30. März 2006 zu bezahlen;
unter Vorbehalt der Nachklage und der Klageerhöhung.
3. Es sei der Kläger unter Androhung der Bestrafung mit Haft oder Busse nach Art. 292 StGB mit sofortiger Wirkung zu verbieten, sich in selbständiger oder unselbständiger Stellung für oder in der Firma Y., oder einem anderen, die Beklagte konkurrierenden Unternehmen in irgendeiner Form zu betätigen oder sich an einer solchen zu beteiligen. Insbesondere sei ihm zu verbieten, die Kunden der Beklagten in irgend einer Form, insbesondere mündlich, schriftlich oder persönlich zu kontaktieren und/oder abzuwerben. Dieses Verbot sei schon vorsorglich für die Dauer der gerichtlichen Auseinandersetzung zu erlassen.
4. Dem Kläger sei unter der Androhung der Bestrafung mit Haft oder Busse nach Art. 292 StGB (vorsorglich) mit sofortiger Wirkung bis zum 23. Juni 2008 zu verbieten, einem Dritten die Identität und/oder weitere Informationen über Kunden und weitere

Geschäftsgeheimnisse der Beklagten zukommen zu lassen. Dieses Verbot sei schon vorsorglich für die Dauer der gerichtlichen Auseinandersetzung zu erlassen.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers."

Das Gericht zieht in Betracht:

1 Unbestrittener Sachverhalt

1.1 Die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend nur noch "Beklagte") ist in Zürich ansässig und die schweizerische Tochtergesellschaft des deutschen Unternehmens A. GmbH & Co. KG. Sie vertreibt elektromechanische Komponenten ihrer Muttergesellschaft in der Schweiz.

Am 12. Januar 1995 schlossen die A. GmbH & Co. KG (nachfolgend nur noch "Muttergesellschaft") und der Kläger und Widerbeklagte (nachfolgend nur noch "Kläger") einen schriftlichen Arbeitsvertrag über eine Anstellung des Klägers als Vertriebsleiter der noch zu gründenden Beklagten. Der Beginn des Vertragsverhältnisses wurde rückwirkend auf den 1. November 1994 datiert. Der Kläger arbeitete in der Folge einerseits als Geschäftsführer der Beklagten und andererseits bekleidete er ab Gründungsdatum bis zum 4. April 2006 die Funktion des einzigen Verwaltungsrats.

1.2 Der Arbeitsvertrag sah einen jährlich auszurichtenden Fixlohn in der Höhe von Fr. 100'000.-- vor. Sodann bestand für den Kläger ab dem zweiten Beschäftigungsjahr die Möglichkeit, dass über eine erfolgsabhängige Vergütung gesprochen werden konnte, welche später auf 5% vom Umsatzwachstum und 2% des Gewinns der Beklagten festgelegt wurden.

1.3 Mit Schreiben vom 18. April 2006 bestätigte die Muttergesellschaft dem Kläger eine am 29. März 2006 ausgesprochene fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Der genaue Zeitpunkt der fristlosen Kündigung ist zwischen den Parteien umstritten, für den vorliegenden Entscheid jedoch nicht von Bedeutung, so dass darauf nachstehend nicht mehr eingegangen zu werden braucht.

2 Prozessgeschichte

2.3 Anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. September 2006 erhöhte der Kläger die Klage auf Fr. 177'960.60. Die Beklagte erhob die Einrede der fehlenden Passivlegitimation und beantragte die Abweisung der Klage, soweit darauf einzutreten sei. Gleichzeitig forderte sie widerklageweise Fr. 874'331.65 vom Kläger und stellte die beiden eingangs erwähnten Massnahmebegehren.

2.4 Nach durchgeführter Klagebegründung und Klageantwort wurden die weiteren Parteivorträge vorläufig auf die Frage der Passivlegitimation der Beklagten hinsichtlich der Hauptklage beschränkt.

Da sich der Prozess in diesem Zusammenhang als spruchreif erweist, rechtfertigt es sich, hierüber sogleich zu entscheiden und die Widerklage abzutrennen. Bei der Passivlegitimation handelt es nicht um eine Prozessvoraussetzung, sondern um eine Frage der Sachlegitimation: Es wird darüber entschieden, ob der geltend gemachte Anspruch gegenüber der beklagten Partei besteht oder nicht. Ob sie vorliegt, ist nach Massgabe des behaupteten Sachverhalts zu prüfen. Der Entscheid darüber stellt ein Sachurteil dar (Frank/ Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 65-66 zu § 7/28 und N 1 ff. zu § 189 ZPO).

2.5 Das vorsorgliche Massnahmebegehren wurde vom Kläger zwar nicht beantwortet. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, darf darauf verzichtet werden, weil es sich sofort erweist, dass dafür dem Arbeitsgericht die sachliche Zuständigkeit fehlt.

3 Passivlegitimation der Beklagten

3.1 a) Die Beklagte begründet die fehlende Passivlegitimation damit, der Arbeitsvertrag und die für das Arbeitsverhältnis relevanten Vereinbarungen seien stets von der Muttergesellschaft verhandelt und dann auch formell von und mit ihr abgeschlossen worden. Auch die während der Dauer der Anstellung erfolgten Lohnanpassungen seien von ihr vorgenommen worden. Endlich sei auch sie es gewesen, welche die Kündigung ausgesprochen habe.

Der Kläger sei in seiner Tätigkeit stets an die Weisungen der Muttergesellschaft gebunden gewesen. Er habe regelmässig ins Mutterhaus nach Wuppertal reisen müssen, um Weisungen zu empfangen und Bericht zu erstatten. Er habe sich nicht nur in Fragen der Geschäftsführung, sondern auch in seiner Funktion als Verwaltungsrat nach den Weisungen der Muttergesellschaft zu richten gehabt. Hinzu komme, dass er nicht nur für die Beklagte tätig gewesen sei, sondern direkt Aufgaben bei der Muttergesellschaft übernommen habe. Er sei insbesondere in einer Strategiegruppe beschäftigt gewesen, welche konzernweite Unternehmensplanungen durchgeführt habe. Er habe an Sonderprojekten teilgenommen und sei in diesem Zusammenhang unter anderem auch zu einer Tochtergesellschaft nach Brasilien gereist.

Die Beklagte habe zwar die Lohn- und Spesenzahlungen an den Kläger geleistet. Sie sei jedoch nur Zahlstelle der Muttergesellschaft gewesen und folglich nie Schuldnerin der eingeklagten Forderungen. Richtig sei, dass nie direkte Ausgleichszahlungen an die Beklagte erfolgt seien. Die Muttergesellschaft habe der

Beklagten jedoch Produkte mit einem Rabatt ausgeliefert und ihr so alle notwendigen Mittel für deren Betrieb, insbesondere auch jene zur Bezahlung der Löhne des Klägers, zukommen lassen.

Nach Lehre und Rechtsprechung sei in einer Konzerngesellschaft diejenige Gesellschaft Arbeitgeberin, welche als Vertragspartei im Arbeitsvertrag aufgeführt sei. Insbesondere sei im schweizerischen Recht jene Partei Arbeitgeberin, welche als solche den Vertrag geschlossen habe. Insofern greife eine formaljuristische Betrachtungsweise Platz und es komme grundsätzlich nicht darauf an, wer den wirtschaftliche Nutzen aus der Arbeit ziehe.

b) Der Kläger bestätigt zunächst, die Grundlage des eingeklagten Anspruchs sei der Arbeitsvertrag vom 12. Januar 1995, der zwischen ihm und der deutschen Muttergesellschaft der Beklagten abgeschlossen worden sei.

Der Kläger habe seit Beginn des Arbeitsverhältnisses nie einen Lohn von der Muttergesellschaft bezahlt erhalten. Vor der Gründung der Beklagten habe diese die Buchhaltungs- und Revisionsstelle der Beklagten, die M. Treuhand, beauftragt, dem Kläger den Lohn zu überweisen. Diesen habe die Beklagte dem Treuhänder nach der Gründung ersetzt. Somit sei es die Beklagte gewesen, welche vom 1. November 1994 bis zum 31. März 2006 sämtliche Lohnbetreffnisse geleistet und dem Kläger jeweils auch die Lohnausweise für die Steuererklärung zugestellt habe. Ausgleichszahlungen seitens der Muttergesellschaft an die Beklagte habe es nie gegeben. Dementsprechend habe bewusst die Vereinbarung bestanden, dass nur die Beklagte den Kläger entschädige. Falsch sei, dass die Beklagte nur Zahlstelle gewesen sei. Das hätte so gehandhabt werden können, sei jedoch nie der Fall gewesen. Lohnanpassungen während der Anstellung seien sodann von der Muttergesellschaft nur genehmigt worden.

Richtig sei, dass der Kläger mindestens einmal pro Monat der Muttergesellschaft rapportiert habe. Er sei jedoch nicht in die dortige Arbeitsorganisation eingebunden gewesen, insbesondere habe sich das Engagement des Klägers in der

Steuerungsgruppe auf einzelne Tage beschränkt. Die Beklagte, also der Kläger als ihr Geschäftsführer, sei dagegen bezüglich des Tagesgeschäftes, der Mitarbeiterplanungen und bei den operativen Einzelheiten in der Schweiz alleine entscheidungsberechtigt gewesen. Ferner entspreche es auch beim Personalverleihgeschäft der Usanz, dass der Arbeitnehmer von einer Drittfirma Aufträge und Weisungen entgegen nehme, jedoch abschliessend vom Personalverleiher entschädigt werde.

Die Beklagte habe dem Kläger über elf Jahre hinweg ohne Einschränkung den Lohn bezahlt. Wenn sie nun behaupte, nicht sie, sondern die Muttergesellschaft sei Arbeitgeberin gewesen, verhalte sie sich widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich.

3.2 a) Unbestritten und ausgewiesen ist, dass der Anstellungsvertrag vom 12. Januar 1995 zwischen dem Kläger und der Muttergesellschaft in Deutschland geschlossen worden ist. Auch alle anderen, dem Arbeitsvertrag angehängten Vereinbarungen wurden zwischen dem Kläger und der Muttergesellschaft geschlossen.

Den Bestand und die Verbindlichkeit dieser Vereinbarungen stellte der Kläger nicht in Abrede, so dass davon ausgegangen werden kann, seine Anstellung bei der Muttergesellschaft habe im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses dem übereinstimmenden Willen beider Parteien entsprochen. Anderes behauptete der Kläger nicht. Das lässt sich auch damit in Einklang bringen, dass eine Anstellung des Klägers bei der Beklagten im November 1994 oder Januar 1995 unmöglich war, da die Beklagte noch gar nicht gegründet war.

b) Bestand somit das Arbeitsverhältnis ursprünglich zwischen dem Mutterhaus und dem Kläger, liesse sich die Passivlegitimation der Beklagten nur begründen, wenn die Parteien sich nach Abschluss des Vertrages darauf geeinigt hätten, sie trete als Arbeitgeberin an die Stelle der Muttergesellschaft oder übernehme von ihr das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger.

Eine derartige Änderung des bestehenden Vertrages (sei es für die Zukunft oder rückwirkend) kann einzelne Teile davon oder das ganze Vertragsverhältnis beschlagen. Als Grundlage kommt nebst der ausdrücklichen Parteiabrede (schriftlich oder mündlich) auch eine stillschweigende, d.h. durch konkludentes Verhalten begründete Vereinbarung in Frage.

c) Vorliegend berief sich der Kläger jedoch weder darauf, die Parteien hätten den bestehenden Vertrag zu irgendeiner Zeit ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) abgeändert noch ergibt sich das aus den Akten.

Somit bleibt lediglich zu prüfen, ob die behauptete Vertragsänderung konkludent zustande gekommen ist. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen werden, kann eine solche Vertragsänderung schon aufgrund der Vorbringen des Klägers ausgeschlossen werden.

3.3 a) Der Kläger begründet die Passivlegitimation der Beklagten einzig damit, es sei die Beklagte gewesen, welche ihm während elf Jahren den Lohn ausbezahlt habe, womit sie hinsichtlich aller Lohnansprüche die Schuldnerin sei. Es habe bewusst die Vereinbarung bestanden, die Beklagte entschädige den Kläger. Weitere Ausführungen dazu, wann eine entsprechende Vereinbarung zwischen wem getroffen worden sei und was sie genau zum Gegenstand hatte, blieben dagegen aus.

Dem Kläger mag nun immerhin beizupflichten sein, dass die Bezahlung des Lohnes durch die Beklagte auf den ersten Blick für deren Passivlegitimation spräche, da die Abgeltung der Arbeitsleistung die Hauptpflicht des Arbeitgebers ist. Allerdings ändert das nichts daran, dass in einem Arbeitsverhältnis auch ein Dritter berechtigt ist, anstelle des Arbeitgebers befreiend den Lohn zu leisten. Ohne andere Abrede handelt es sich beim Lohn nicht um eine Leistung, bei deren Erfüllung es auf die Persönlichkeit des Schuldners ankommt (Art. 68 OR). Das bestätigt letztlich auch der Kläger, wenn er ausführt, es sei in internationalen Konzernen

durchaus möglich, dass die Weisungsbefugnis und die Lohnzahlungspflicht nicht von denselben Personen übernommen würden (Prot. S. 9).

Folglich lässt sich allein aus dem Umstand, dass eine Vereinbarung bestand, wonach die Beklagte anstelle der Muttergesellschaft den Lohn bezahle, nicht viel für den Kläger gewinnen, insbesondere wird der Dritte, der anstelle des an sich Verpflichteten leistet, alleine deswegen nicht zur Vertragspartei. Es braucht somit nicht weiter ergründet zu werden, ob und in welcher Form Mutter- und Tochtergesellschaft intern die Lohnzahlungen abgerechnet haben. Selbst wenn es keinen Ausgleich gegeben hätte, lässt sich daraus allein noch nicht auf eine konkludente Übernahme des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte schliessen.

b) Gegen eine konkludente Vertragsänderung spricht sodann gewichtig, dass die Parteien sich in § 7 des Arbeitsvertrags für alle Ergänzungen oder Änderungen des Vertrages die Schriftform vorbehalten haben.

Behalten sich die Parteien eines Vertrages freiwillig die Schriftform vor (sog. gewillkürte Schriftform), so kann sie zwei Erscheinungsformen haben. Dient sie bloss der Beweissicherung, ist der mündliche geschlossene Vertrag gültig. Stellt die Schriftform hingegen Gültigkeitserfordernis dar, werden die Parteien erst mit der Unterzeichnung des Vertrags verpflichtet (Streiff/von Kaenel, Praxiskommentar, 6. A., Zürich 2006, N 4--5 zu Art. 320 OR). Das Gesagte gilt auch, wenn das Zustandekommen eines Vertrages durch konkludentes Verhalten strittig ist.

Im Normalfall gilt auch im Arbeitsvertragsrecht die Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR, wonach die Parteien im Fall der gewillkürten Schriftform, ohne näher bestimmt zu haben, ob sie lediglich Beweisfunktion oder konstitutiven Charakter besitzt, erst gebunden sein wollen, wenn der Vertrag in der vorhergesehenen Form abgeschlossen worden ist. Diese Vermutung kann indessen von den Parteien widerlegt werden, indem sie beweisen, dass die Schriftform blossen Beweis Zwecken dient oder dass sie bereits formlos und übereinstimmend ihren Abschlusswillen erklärt haben (Handkomm-Kren Kostkiewicz, OR, N 4 zu Art. 16).

Blosse Beweisfunktion besitzt die Schriftform im Zweifelsfall dann, wenn sie erst nach Einigung über den Vertragsinhalt vereinbart worden ist (Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, N 5 zu Art. 320 OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 4--5 zu Art. 320 OR, je mit Verweisen auf die Rechtsprechung). Analoges gilt, wenn es nicht um den Vertragsabschluss als solchen geht, sondern um die Abänderung eines Teils eines bestehenden Vertrages.

c) Gestützt auf den Wortlaut des Schriftlichkeitsvorbehalts ist zunächst davon auszugehen, dass die Parteien an mündliche Vereinbarungen nicht gebunden sein wollten. Das ergibt sich klar aus der Formulierung "*Mündliche Abreden sind nicht getroffen.*" In Verbindung mit dem nachfolgenden Satz, der "*alle Vertragsänderungen und Ergänzungen*" der Schriftlichkeit unterwirft, kann die Klausel zweifelsohne nur so verstanden werden, dass die vorbehaltene Schriftlichkeit Gültigkeitserfordernis hätte darstellen sollen.

Dem steht allerdings entgegen, dass die Parteien den Vorbehalt erst vereinbart haben, nachdem der Kläger seine Stelle schon am 1. November 1994 angetreten hatte. Somit wurde das Arbeitsverhältnis bereits seit rund dreieinhalb Monaten gelebt, womit dem Schriftlichkeitsvorbehalt trotz der anderslautenden Formulierung bloss Beweiszweck zukommt.

d) Gleichwohl hielten die Parteien ausdrücklich fest, nur schriftliche Vertragsänderungen sollten gültig sein, wobei der Kläger nichts vorgebracht hat, was dafür spräche, dass die Muttergesellschaft je auf diesen Vorbehalt verzichtet hätte. Er äussert sich hierzu mit keinem Wort. Alleine im Umstand, dass allenfalls die Beklagte anstelle der Muttergesellschaft den Lohn bezahlt hat, kann ein solcher Verzicht nicht liegen.

Selbst wenn dem Vorbehalt nur Beweisfunktion zukommt, spricht die Tatsache, dass die Parteien es offensichtlich nie für nötig befunden haben, den angeblichen Wechsel der Arbeitgeberin auch nur mündlich ausdrücklich zu vereinbaren,

geschweige denn wie vorbehalten schriftlich zu verankern, gewichtig dagegen, dass überhaupt je ein entsprechender Wille bestanden hat.

e) Sodann ist zwischen den Parteien nicht strittig, dass der Kläger sich während der gesamten Anstellungszeit vertragsgemäss an die Weisungen der Beklagten hat halten müssen und auch monatlich an die Muttergesellschaft in Wuppertal rapportiert hat, wozu er sich regelmässig auch dort eingefunden hat. Ebenso unbestritten ist, dass es während des laufenden Vertragsverhältnisses zwar zu Lohnanpassungen gekommen ist, die jedoch auch nach Angaben des Klägers und den Akten von der Muttergesellschaft aus bestimmt worden sind. Schliesslich war der Kläger immerhin so weit in die Arbeitsorganisation der Muttergesellschaft eingebunden, als er Mitglied einer ihrer Strategiegruppen war, die mehrmals im Jahr tagte. Auch sein Engagement in Projekten der Muttergesellschaft, die nichts mit der Beklagten und der Tätigkeit des Klägers als ihr Geschäftsführer zu tun hatte, blieb unbestritten.

Der Kläger war damit -- dem Arbeitsvertrag mit der Muttergesellschaft und seinem Pflichtenheft entsprechend -- zwar hauptsächlich für die Beklagte in Zürich tätig, nahm jedoch auch Aufgaben ausserhalb seiner Geschäftsführerfunktion direkt für die Muttergesellschaft wahr.

f) Der Vollständigkeit halber ist anzuführen, dass der Frage der Weisungsgebundenheit des Klägers in der gegebenen Konstellation keine allein entscheidende Bedeutung zukommen kann. Der Kläger war Geschäftsführer und einziger Verwaltungsrat der Beklagten und damit alleine zuständig für die Geschicke der Beklagten in der Schweiz. Damit gab es ausser der Muttergesellschaft niemanden, der ihm hätte Weisungen erteilen können, womit auch fest steht, dass die Beklagte zu keiner Zeit die arbeitbertypische Weisungsgewalt gegenüber dem Kläger ausgeübt haben kann.

Diese Weisungsgewalt nahm die Muttergesellschaft auch wahr, was sich am deutlichsten darin zeigt, dass sie es war, welche die fristlose Kündigung ausge-

sprochen hat. Der Kläger dagegen nahm die Kündigung zwar nicht ohne sachlichen Widerspruch entgegen, er beanstandete jedoch zu keiner Zeit, sie sei nicht korrekt von der arbeitgebenden Partei ausgesprochen worden. Er räumt in diesem Zusammenhang ausdrücklich ein, die Muttergesellschaft habe mit der Kündigung ein sehr weitgehendes Weisungsrecht wahrgenommen.

3.4 Zusammengefasst bestand zwischen dem Kläger und der Muttergesellschaft der Beklagten ein schriftlicher Arbeitsvertrag, der keine Zweifel offen lässt, zwischen welchen Parteien das Arbeitsverhältnis begründet worden war.

Das Arbeitsverhältnis wurde hernach während elf Jahren dem Arbeitsvertrag entsprechend gelebt, ohne dass eine ausdrückliche Vereinbarung, wonach die Beklagte als Arbeitgeberin an die Stelle der Muttergesellschaft trete oder sie das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger übernehme, auch nur behauptet worden wäre.

Ein durch konkludentes Verhalten vereinbarter Wechsel der Arbeitgeberin liegt nicht vor, insbesondere vermöchte allein der Umstand, dass der Lohn während der ganzen Dauer der Anstellung ohne Ausgleich durch die Muttergesellschaft von der Beklagten bezahlt worden wäre, keinen solchen zu begründen. Andere Umstände, welcher hierfür sprechen würden, wurden nicht behauptet und sind auch nicht ersichtlich.

Arbeitgeberin war und blieb damit dem schriftlichen Arbeitsvertrag entsprechend die Muttergesellschaft der Beklagten, weshalb es letzteren an der Passivlegitimation fehlt und der Kläger die falsche Partei eingeklagt hat. Die Hauptklage ist daher abzuweisen.

4 Widerklage

4.1 Die Beklagte erhob anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. September 2006 Widerklage und forderte Rückzahlungen von Reisespesen, welche vom Kläger zu Unrecht bezogen worden sein sollen (Fr. 726'775.--). Ferner verlangt sie weitere Rückzahlungen nicht rechtmässig bezogener Entschädigungen, nämlich Autospesen, ein Handgeld E. und Bonuszahlungen. Schliesslich verlangt sie vom Kläger Ersatz der Kosten, welche sie für die Geschäftsführungsprüfung habe aufwenden müssen. Der Streitwert beträgt Fr. 874'331.65.

4.2 Es versteht sich von selbst, dass die Beklagte für diese Forderungen nicht aktivlegitimiert wäre, so sie nicht Arbeitgeberin des Klägers ist. Die Beklagte hätte sich selbst widersprochen, hätte sie die Widerklage in eigenem Namen geltend gemacht. Gläubiger dieser Forderungen ist vielmehr die Arbeitgeberin des Klägers, die Muttergesellschaft. Diese trat indessen am 22. September 2006 sämtliche Forderungen gegen den Kläger an die Beklagte ab und diese produzierte anlässlich der Hauptverhandlung die schriftliche Globalzession zu den Akten (act. 9).

Damit ist die Beklagte hinsichtlich der Widerklage aktivlegitimiert und der Prozess ist weiterzuführen.

4.3 Gemäss § 60 Abs. 3 ZPO kann das Gericht die Widerklage abtrennen, wenn dadurch das Verfahren gefördert wird. Das ist namentlich dann der Fall, wenn die Hauptklage einfach gelagert ist und der Widerklage ein rechtlich oder tatsächlich komplizierter Sachverhalt zugrunde liegt (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO, N 21 zu § 60).

Das ist vorliegend der Fall. Die Hauptklage ist heute spruchreif, während die Widerklage erst noch verhandelt werden muss. Da es im Hauptpunkt der Widerklage offenbar darum geht, dass der Kläger zum Nachteil seiner Arbeitgeberin private Auslagen verrechnet haben soll, droht auch ein umfangreicheres Beweisverfahren.

Deshalb ist die Widerklage abzutrennen und als eigener Prozess weiterzuführen.

5 Vorsorgliches Massnahmebegehren

5.1 In den Rechtsbegehren 3 und 4 beantragte die Beklagte, es sei dem Kläger im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen zu verbieten, bei der Y. AG tätig zu sein und dieser Informationen über Kunden und weitere Geschäftsgeheimnisse zukommen zu lassen.

5.2 Gemäss § 13 GVG entscheidet das Arbeitsgericht Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Im vorliegenden Fall ist diese Voraussetzung nicht gegeben, da Arbeitgeber des Klägers die deutsche Muttergesellschaft der Beklagten war. Die Beklagte ist allerdings hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Forderungen deren Rechtsnachfolgerin, weil letztere sämtliche arbeitsrechtlichen Forderungen an die Beklagte zediert hat. Liegt eine solche Zession vor und handelt es sich um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit, werden einerseits die arbeitsrechtlichen Verfahrensvorschriften gemäss Art. 343 OR weiter angewandt (ZK-Stähelin, N 11 zu Art. 343 OR mit weiteren Verweisen) und andererseits bleibt die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit erhalten (Hauser/Schweri, GVG, N 12 zu § 13 GVG).

5.3 Im Falle der Widerklagerechtsbegehren 3 und 4 der Beklagten handelt es sich im Unterschied zu den Forderungen gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 nicht um von der Muttergesellschaft zedierete Forderungen, sondern um solche der Beklagten sui generis, denn der Kläger war bei ihr Verwaltungsrat und nicht bei der deutschen Muttergesellschaft. Da die Beklagte indessen nicht die Arbeitgeberin war, fehlt es an einer Voraussetzung der Zuständigkeit gemäss § 13 GVG.

5.4 Es handelt sich im Weiteren auch nicht um eine arbeitsrechtliche Forderung, denn der Kläger und die Muttergesellschaft haben nie ein Konkurrenzverbot vereinbart. Die Beklagte stützt den Antrag auf vorsorgliche Massnahmen

auf die Verletzung der nachwirkenden Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR.

Ob eine nachwirkende Treuepflicht eines Verwaltungsrats gegeben ist und ob diese erlaubt, einem ehemaligen Verwaltungsrat eine konkurrenzierende Tätigkeit zu verbieten, ist zwischen den Parteien umstritten, braucht hier aber nicht abgeklärt zu werden. Denn es liegt dem vorsorglichen Massnahmebegehren gar keine Streitigkeit aus einem Arbeitsverhältnis zugrunde. Das Arbeitsgericht ist indessen nur zuständig für vorsorgliche Massnahmen aus dem Arbeitsverhältnis (Hauser/Schweri, N 10 zu § 13 GVG), weshalb auf dieses nicht einzutreten ist.

6 Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1 Der Kläger unterliegt vollumfänglich, weshalb ihm die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen sind. Es ist von einem Streitwert der Hauptklage von ca. Fr. 177'960.-- auszugehen. Die Gerichtsgebühr kann jedoch reduziert werden, da keine materielle Anspruchsprüfung durchgeführt werden musste (§ 5 Abs. 1 VO über die Gerichtsgebühren).

Ferner ist der Kläger grundsätzlich zu verpflichten, der Beklagten eine volle Prozessentschädigung zuzusprechen. Da nur über die Passivlegitimation verhandelt worden ist, ist diese um einen Drittel zu reduzieren (§ 2 Abs. 2 VO über die Anwaltsgebühren).

6.2 Beim Begehren um vorsorgliche Massnahmen unterliegt die Beklagte. Auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen hat dies insofern keinen Einfluss, als darüber nicht verhandelt werden musste.

6.3 a) Der Kläger stellte mit Eingabe vom 25. Juli 2006 den Antrag, es sei ihm für die nutzlose, am gleichen Tag durchgeführte Sühnverhandlung eine Entschädigung von Fr. 1'770.-- zuzusprechen, da die Gegenpartei jegliche Vergleich-

bereitschaft habe vermissen lassen und weder bereit gewesen sei, zur fristlosen Entlassung Ausführungen zu machen noch ihre Widerklage zu begründen (act. 6).

In ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2006 entgegnete die Beklagte, sie sei durchaus vergleichsbereit gewesen, allerdings könne ein Vergleich nur unter Einbezug der von der Beklagten geltend gemachten Gegenforderung möglich sein. Die Referentin (i. c. die verhandlungsführende juristische Sekretärin) sei aber darauf nicht vorbereitet gewesen. Die Gegenforderung müsse in einer Sühnverhandlung nicht substantiiert werden. Die Stellungnahme zur Hauptklage sei substantiiert gewesen (act. 9).

b) Dem Protokoll der Sühnverhandlung ist zu entnehmen, dass der Vertreter der Beklagten am 25. Juli 2006 eingewendet hat, er sehe keine Basis für einen Vergleich, da er eine Gegenforderung von etwa Fr. 500'000.-- geltend machen werde . Die Beklagte werde diese an der Hauptverhandlung substantiieren (Prot. S. 3).

Aus diesem Protokoll geht klar hervor, dass die Beklagte lediglich bereit gewesen war, über einen Vergleich zu verhandeln, wenn die Gegenforderung mitberücksichtigt werde. Dagegen gibt es gar nichts einzuwenden. Ein Vergleich macht nämlich nur dann Sinn, wenn möglichst sämtliche offenen Fragen zwischen den vergleichsschliessenden Parteien geklärt werden. Allerdings war dazu die Beklagte anlässlich der Sühnverhandlung vom 25. Juli 2006 noch nicht in der Lage, da die Abklärungen noch in vollem Gange gewesen seien.

Daraus kann nur der Schluss gezogen werden, dass die Beklagte später vergleichsbereit sein werde, aber sicher nicht am 25. August 2006, weil ihre Gegenforderung damals noch nicht genügend genau feststand und noch weitere Abklärungen getroffen werden mussten. Das wusste die Beklagte bereits vor Beginn der Sühnverhandlung. Nicht die Referentin war ungenügend vorbereitet, wie die Beklagte meint, sondern sie selber.

c) Eine arbeitsrechtliche Sühnverhandlung ist analog einer Referentenaudienz im Sinne von § 118 ZPO zu behandeln (G. Koller, Art. 343 OR unter Berücksichtigung der Praxis des Arbeitsgerichts Zürich, S. 181/182). Bei einer Referentenaudienz oder Vergleichsverhandlung ist diejenige Partei, die keinen oder im Zeitpunkt der betreffenden Verhandlung noch keinen Vergleich abschliessen will, verpflichtet, diesen Umstand dem Gericht zuvor mitzuteilen (Frank/Sträuli/Messmer, N 3 zu § 118 ZPO). Damit kann eine unnötige Tagfahrt vermieden werden. Ausserdem gebietet das Handeln nach Treu und Glauben und die reine Höflichkeit eine solche Vororientierung.

Die Beklagte unterliess eine solche Meldung, weshalb sie dem Gericht und der Gegenpartei unnötige Kosten verursachte. Sie wird deshalb gemäss § 66 Abs. 1 ZPO kosten- und entschädigungspflichtig und ist demgemäss zu verpflichten, den Kläger für die unnötige Tagfahrt zu entschädigen (vgl. ZR 91/92 Nr. 5 S. 9). Das Quantitativ der begehrten Prozessentschädigung liess die Beklagte unbeanstandet, weshalb sie zu verpflichten ist, dem Kläger Fr. 1'770.-- zu bezahlen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Widerklage wird von der Hauptklage abgetrennt und als selbständiger Prozess mit separater Geschäftsnummer weitergeführt.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.

und beschliesst weiter:

1. Auf das Begehren der Beklagten um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen wird nicht eingetreten.
2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen werden dem nachfolgenden Urteil vorbehalten.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.
4. Ein Rekurs gegen diesen Beschluss kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich, im Doppel und mit Beilage dieses Entscheides beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, eingereicht werden. In der Rekurschrift sind die Rekursanträge zu stellen und zu begründen. Akten sind mit einem zweifachen Verzeichnis beizulegen.

und erkennt sodann:

1. Die Hauptklage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	4000.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	120.00	Vorladungsgebühr
Fr.	438.00	Schreibgebühr
Fr.	<u>76.00</u>	Zustellungsgebühr
Fr.	4634.00	Total.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 8'823.20 (Fr. 8'200.-- zuzüglich 7.6 % Mwst) zu bezahlen.

5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 1'770.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Rückschein.
7. Eine Berufung gegen dieses Teil-Urteil kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich und im Doppel beim Arbeitsgericht erklärt werden.

Der Vorsitzende:

Der juristische Sekretär:

Dr. H. P. Egli

lic. iur. M.-A. Völl