

# **BGer 4A\_443/2010 vom 26. November 2010**

Bundesgericht, 2010-11-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_443\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_443_2010)

FR: TF 4A\_443/2010 du 26 novembre 2010

IT: TF 4A\_443/2010 del 26 novembre 2010

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Da sich die Beschwerden direkt oder indirekt gegen das Urteil des Obergerichts vom 28. Januar 2009 richten, sind sie in ein und demselben Verfahren zu behandeln (vgl. Urteil 1C\_373/2009 vom 30. August 2010 E. 1).

### **E. 1.2**

Der gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG erforderliche Streitwert für die Beschwerde in Zivilsachen ist gegeben, weshalb die subsidiären Verfassungsbeschwerden ausgeschlossen sind. Diese können jedoch konvertiert und als Teil der Beschwerden in Zivilsachen entgegengenommen werden (Urteil 4A\_480/2007 vom 27. Mai 2008 E. 1.3).

### **E. 1.3**

Der Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts vom 21. Juni 2010 ist ein letztinstanzlicher Entscheid. Auf die dagegen fristgerecht erhobene Beschwerde ist demnach, vorbehaltlich zulässiger Rügen einzutreten.

### **E. 1.4**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 133 II 249 E. 1.2.2). Der Beschwerdeführer, der die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, kann sich nicht damit begnügen, den bestrittenen Feststellungen eigene tatsächliche Behauptungen gegenüberzustellen oder darzulegen, wie die Beweise seiner Ansicht nach zu würdigen gewesen wären. Vielmehr hat er klar und substantiiert aufzuzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3; 133 III 350 E. 1.3, 393 E. 7.1, 462 E. 2.4).

### **E. 1.5**

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt, was in der Beschwerde näher darzulegen ist ( Art. 99 Abs. 1 BGG ; BGE 129 III 135 E. 2.3.1 S. 144; Urteil 4A\_223/2007 vom 30. August 2007 E. 3.2).

### **E. 2.1**

Das Kassationsgericht führte aus, die Frage, ob das Obergericht aufgrund der in tatsächlicher Hinsicht nicht in Frage gestellten Gespräche über eine Vertragsänderung, u.a. "über weniger Lohn" auf eine Offerte betreffend Lohnreduktion geschlossen habe, betreffe materielles Bundesrecht und sei deshalb im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht zu prüfen.

#### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer rügt, diese Erwägung sei willkürlich, weil das Kassationsgericht bezüglich der Frage der Offerte in seinem ersten Beschluss eine Klärung durch ein Beweisverfahren verlangt habe und sich mithin zur Beurteilung dieser Frage als zuständig erachtet habe.

#### **E. 2.3**

Im Entscheid vom 15. April 2008 verlangte das Kassationsgericht nicht bezüglich der Offerte, sondern bezüglich der von der Beschwerdegegnerin behaupteten mündlichen Zustimmung bzw. des mündlichen Abschlusses eines neuen Arbeitsvertrages ein Beweisverfahren. Die Willkürüge ist somit unbegründet.

#### **E. 3**

Das Kassationsgericht kam zum Ergebnis, der Beschwerdeführer habe seine Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs wegen der Nichtbeachtung seiner klaren Ablehnung des Angebots der Lohnreduktion ungenügend begründet, da er weder aufzeige, wo entsprechende Parteivorbringen zu finden wären, noch auf Aktenstellen verweise, welchen eine Ablehnung der Offerte entnommen werden müsste.

Der Beschwerdeführer wirft dem Kassationsgericht insoweit Willkür und überspitzten Formalismus vor, ohne jedoch mit Aktenhinweisen zu belegen, dass er im Verfahren behauptet habe, den Antrag ausdrücklich abgelehnt zu haben. Die Rüge ist demnach nicht rechtsgenügend begründet.

#### **E. 4.1**

Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, nachdem die Beschwerdegegnerin mit der Transfervereinbarung vom 17. Juli 2001 (act. 11/1) und den Faxschreiben vom 11. September 2003 (act. 11/2) und vom 12. November 2003 (act. 11/3) Dokumente ins Recht gelegt habe, welche beweisen würden, dass auch sie von der Erforderlichkeit einer schriftlichen Zustimmung ausgegangen sei, sei jedenfalls klar, dass keine Vertragsänderung zustande gekommen sei.

#### **E. 4.2**

Soweit der Beschwerdeführer mit diesen Ausführungen eine willkürliche Feststellung bezüglich des tatsächlichen Willens der Beschwerdegegnerin rügen möchte, ist auf die Rüge mangels Ausschöpfung des Instanzenzugs nicht einzutreten, da der Beschwerdeführer nicht aufzeigt und nicht ersichtlich ist, dass er eine solche Rüge bereits vor Kassationsgericht erhoben hätte. Im Übrigen kann daraus, dass sich die Beschwerdegegnerin in ihrem Schreiben vom 12. November 2003 um die schriftliche Bestätigung eines gemäss ihren Angaben bereits mündlich vereinbarten Vertrages bemühte, nicht geschlossen werden, die Beschwerdegegnerin erachte die Schriftform als Gültigkeitsvoraussetzung.

#### **E. 5**

Der Beschwerdeführer gibt die Annahme des Kassationsgerichts, die Frage einer stillschweigenden Zustimmung beurteile sich nach Bundesrecht, als willkürliche aus, ohne diese Rüge jedoch rechtsgenügend zu begründen.

#### **E. 6.1**

Das Kassationsgericht kam zum Ergebnis, der Beschwerdeführer habe namentlich aufgrund der ihm zugestellten Lohnabrechnungen erkannt, dass die Überweisungen im Oktober und November 2004 keine Zahlungen des mit Vertrag vom 10. Juli 2001 vereinbarten Lohnes darstellten.

#### **E. 6.2**

Der Beschwerdeführer rügt, diese Annahme sei willkürlich, weil er aufgrund der bisher schwankenden Lohnzahlungen davon ausgegangen, sei, diese würden im Nachhinein noch ausgeglichen. Er legt jedoch nicht dar, inwiefern die Annahme, er habe aufgrund der in mehreren Lohnabrechnungen genannten Lohnes von Fr. 25'200.-- nicht mit darüber hinausgehenden Lohnzahlungen rechnen können, unhaltbar sein soll. Dies ist auch unter Berücksichtigung der höheren tatsächlichen Zahlungen im Oktober und November nicht ersichtlich, zumal er in seiner gegen das Urteil des Obergerichts erhobenen Beschwerde selber ausführt, es seien in diesen Monaten noch Nachzahlungen gemäss der Vereinbarung vom 7. Februar 2004 erfolgt. Da sich das Kassationsgericht mit diesen Zahlungen in E. 6.3.2 befasste, ist der Vorwurf des Beschwerdeführers, es habe sie nicht beachtet, offensichtlich unbegründet.

#### **E. 7**

Der Eventualbegründung des Kassationsgerichts in E. 6.3.3 betreffend ungenügende Substanziierung kommt keine entscheidende Bedeutung zu, weshalb auf die dagegen gerichtete Kritik des Beschwerdeführers nicht einzutreten ist.

#### **E. 8**

Nach dem Gesagten erweist sich die gegen den Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts gerichtete Beschwerde als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist.

#### **E. 9.1**

Die gegen das Urteil des Obergerichts gerichtete Beschwerde wurde gemäss Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG rechtzeitig erhoben.

#### **E. 9.2**

Die Beschwerde in Zivilsachen setzt voraus, dass das angefochtene Urteil letztinstanzlich ist ( Art. 75 Abs. 1 BGG ). Das Urteil des Obergerichts ist insoweit nicht letztinstanzlich, als es vom Kassationsgericht hätte überprüft werden können. Dies trifft grundsätzlich auf Rügen der Verletzung von Art. 8, 9, 29 oder 30 BV oder von Art. 6 EMRK zu ( § 285 Abs. 2 ZPO /ZH; vgl. dazu BGE 133 III 585 E. 3.2 S. 586 f. mit Hinweisen). Die Letztinstanzlichkeit des angefochtenen Urteils ist daher bezüglich solcher Rügen, welche sich direkt gegen das Urteil des Obergerichts richten, nicht gegeben, weshalb nicht darauf eingetreten werden kann. Dies betrifft namentlich die Rüge der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung. Gleiches gilt für die Rüge der Verletzung der aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ) abgeleiteten Begründungspflicht. Dass das Kassationsgericht auf diese Rüge zu Unrecht nicht eintrat, führt nicht dazu, dass sie direkt gegen das Urteil des Handelsgerichts erhoben werden kann. Vielmehr hätte der

Beschwerdeführer den kassationsgerichtlichen Entscheid insoweit zunächst wegen willkürlicher Anwendung kantonalen Rechts anfechten müssen (Urteil 4A\_141/2008 vom 8. Dezember 2009 E. 13.3). Im Übrigen wäre die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht unbegründet, da das Handelsgericht die Überlegungen nannte, von denen es sich hat leiten lassen, und damit eine sachgerechte Anfechtung seines Urteils möglich war ( BGE 133 III 439 E. 3.3 S. 445 mit Hinweisen).

### **E. 9.3**

Bezüglich der Rügen der Verletzung von Bundeszivilrecht ist das Urteil des Obergerichts letztinstanzlich (vgl. Urteil 4A\_398/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 1.2.2). Insoweit ist auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten.

### **E. 10**

10.1.1 Zum Abschluss bzw. der Abänderung eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung erforderlich, welche vorbehaltlich gesetzlicher oder vertraglicher Formvorbehalte auch stillschweigend bzw. durch konkludentes Verhalten erfolgen kann ( Art. 1 und Art. 2 Abs. 3 OR ).

10.1.2 Der Einzelarbeitsvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit grundsätzlich keiner besonderen Form ( Art. 320 Abs. 1 OR ). Er kann daher - sofern die Parteien keine Form vorbehalten haben - mündlich oder durch konkludentes Verhalten geschlossen oder abgeändert werden. Dies gilt auch für Änderungen des vereinbarten Lohnes (Urteil 4C.242/2005 vom 9. November 2005 E. 4.2).

10.1.3 Ist für einen Vertrag, der vom Gesetz an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten worden, so wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen ( Art. 16 Abs. 1 OR ). Diese Vermutung wird nach der Rechtsprechung entkräftet, wenn die Parteien die vertraglichen Leistungen trotz Nichteinhaltung der Form vorbehaltlos erbringen und entgegennehmen, weshalb in solchen Fällen ein konkludenter Verzicht auf den Formvorbehalt angenommen wird ( BGE 105 II 75 E. 1 S. 78 f.; 125 III 263 E. 4c S. 268; je mit Hinweisen; vgl. auch BGE 123 III 70 E. 3d S. 75).

10.1.4 Stillschweigen gilt nur als Zustimmung zu einem Antrag, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist und der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird ( Art. 6 OR ). Die besondere Natur des Geschäfts wird angenommen, wenn der Antrag für den Empfänger nur vorteilhaft ist. Dies trifft bei einer vom Arbeitgeber angebotenen Lohnkürzung nicht zu. Demnach kann insoweit nur von einer stillschweigenden Zustimmung des Arbeitnehmers ausgegangen werden, wenn besondere Umstände vorliegen, unter denen der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben gehalten ist, eine mögliche Ablehnung ausdrücklich zu erklären ( BGE 109 II 327 E. 2b S. 329 f.; Urteil 4C.242/2005 vom 9. November 2009 E. 4.3). Solche Umstände sind gegeben, wenn für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass der Arbeitgeber von seinem (stillschweigenden) Einverständnis ausgeht und andernfalls bestimmte Massnahmen ergreifen oder eine Kündigung aussprechen würde (Urteil 4A\_223/2010 vom 12. Juli 2010 E. 2.1.2). Trifft dies zu, hat der Arbeitnehmer seine Ablehnung der vorgeschlagenen Lohnkürzung innert angemessener Frist zum Ausdruck zu bringen (Urteil 4A\_223/2010 vom 12. Juli 2010 E. 2.4). Bezahlt der Arbeitgeber einen gemäss seiner Ankündigung gekürzten Lohn aus, wird damit für den Arbeitnehmer grundsätzlich erkennbar, dass der Arbeitgeber von einer

stillschweigenden Zustimmung zur Lohnkürzung ausgeht. Das Bundesgericht erblickte daher in der widerspruchslosen Annahme eines gekürzten Lohnes während einer festen sechsmonatigen Vertragsdauer eine konkludente Zustimmung, obwohl der Arbeitnehmer einen ihm vor Arbeitsantritt unterbreiteten neuen Vertrag, der die Lohnkürzung enthielt, nicht unterzeichnet hatte (Urteil 4C.242/2005 vom 9. November 2005 E. 4.1 und 4.4). Ebenso hat das Bundesgericht daraus, dass ein Arbeitnehmer nach einer angekündigten Provisionskürzung entsprechende Provisionszahlungen während mehr als zwei Jahren widerspruchslos annahm, auf eine stillschweigende Zustimmung geschlossen (Urteil 4A\_223/2010 vom 12. Juli 2010 E. 2.4).

### **E. 10.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, das Obergericht habe den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt, wenn es davon ausgehe, er habe stillschweigend auf die ausdrücklich vereinbarte Schriftlichkeit für Vertragsänderungen verzichtet. Ein stillschweigendes Akzept eines tieferen Lohnes könnte innerhalb der Verjährungsfrist nur angenommen werden, wenn kurz zuvor eine entsprechende Verhandlung stattgefunden hätte und der Arbeitnehmer die Lohnkürzung nicht klar abgelehnt hätte. Vorliegend fehle es jedoch am Ausbleiben einer klaren Ablehnung und an der zeitlichen Nähe. Während der temporären Ausleihe an den FC Y. \_\_\_\_\_ sei mittels einer Vereinbarung vom 7. Februar 2004 der Lohn bis Juni 2004 geregelt worden. Danach habe seitens der Beschwerdegegnerin betreffend eine Vertragsänderung keine Offerte mehr bestanden. Der Beschwerdeführer habe somit nicht annehmen müssen, die Lohnzahlung vom Juli 2004 beziehe sich auf eine Offerte vom Oktober 2003. Die Entgegennahme eines zu tiefen Lohnes während maximal 6 Monaten könne unter diesen Umständen nach Treu und Glauben nicht als stillschweigender Verzicht auf das Schriftlichkeitserfordernis gewürdigt werden. Zudem gehe aus der Bestätigung von B. \_\_\_\_\_ vom 22. Oktober 2003 (act 11/4) und den an ihn gerichteten Schreiben der Arbeitgeberin vom 1. September und 12. November 2003 (act. 11/2 und 11/3) hervor, dass die Frage der Lohnkürzung mit der Frage der Vertragsverlängerung verknüpft gewesen sei, weshalb die Annahme einer Vertragsänderung allein in Bezug auf den Lohn willkürlich sei.

### **E. 10.3**

Die Behauptung des Beschwerdeführers, er habe den ihm am 9. Oktober 2003 unterbreiteten Antrag auf eine Vertragsänderung klar abgelehnt, ist neu und damit gemäss Art. 99 Abs. 1 BGG unzulässig (vgl. E. 1.5). Demnach ist insoweit eine stillschweigende Zustimmung nicht ausgeschlossen. Da die vertragliche Regelung vom 7. Februar 2004 nur die Zeit vom 1. Februar bis 30. Juni 2004 betraf, stellte sich danach für die Parteien die Frage, ob wieder der ursprüngliche Vertrag vom 10. Juli 2001 oder der von der Beschwerdegegnerin am 9. Oktober 2003 unterbreitete neue Vertrag gelte. Gemäss der für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung des Kassationsgerichts hat der Beschwerdeführer erkannt, dass die von der Beschwerdegegnerin ab Juli 2004 überwiesenen Beträge keine Lohnzahlungen gemäss Vertrag vom 10. Juli 2001 bedeuteten (vgl. E. 6 hiervor). Er musste daher aufgrund der ihm ab Juli 2004 zugestellten Lohnabrechnungen, die (abgesehen von einer Differenz von Fr. 200.--) dem am 9. Oktober 2003 vorgelegten neuen Vertrag entsprachen, erkennen, dass die Beschwerdegegnerin von der Gültigkeit dieses Vertrags ausging und diesen ab Juli 2004 umsetzte. Hätte der Beschwerdeführer die entsprechende von ihm nicht ausdrücklich abgelehnte Vertragsänderung nicht akzeptieren wollen, wäre er namentlich aufgrund ihrer

Verknüpfung mit der Vertragsdauer nach Treu und Glauben gehalten gewesen, dies der Beschwerdegegnerin innert angemessener Frist mitzuteilen. Dies hat er jedoch unterlassen und die für ihn erkennbare Anwendung des von der Beschwerdegegnerin vorgeschlagenen neuen Vertrages trotz der Möglichkeit, sich mit seinen Beratern abzusprechen, während mehr als sechs Monaten widerspruchslos hingenommen. Dieses Verhalten ist als konkludente Zustimmung zur Vertragsänderung zu qualifizieren. In der beidseitigen Umsetzung des neuen Vertrages über eine längere Zeit liegt zudem ein stillschweigender Verzicht auf die vorbehaltene Schriftform. Demnach hat das Obergericht kein Bundesrecht verletzt, wenn es bezüglich des Lohnanspruchs des Beschwerdeführers für den Monat Juli 2004 nicht auf den ursprünglichen Arbeitsvertrag abstellte. Insoweit ist kein Anspruch auf eine Nachzahlung entstanden, weshalb entgegen der Annahme des Beschwerdeführers nicht erheblich ist, wann ein solcher Anspruch verjährt wäre. Eine Verletzung der Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB ist nicht ersichtlich.

#### **E. 11**

Nach dem Gesagten sind die Beschwerden in Zivilsachen abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig. Die Gerichtskosten werden in Anwendung von Art. 65 Abs. 4 lit. c BGG auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.