

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070074 vom 15. April 2008

Zh Kassationsgericht, 2008-04-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA070074](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA070074)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070074 du 15 avril 2008

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070074 del 15 aprile 2008

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien schlossen am 10. Juli 2001 einen schriftlichen Arbeitsvertrag für die Dauer vom 1. Juli 2001 bis zum 30. Juni 2005 (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 4). Im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses entstanden Differenzen über den Lohn. Am 7. April 2005 reichte der Beschwerdegegner beim Arbeitsgericht Zürich eine Klage gegen die Beschwerdeführerin ein (AG [=Arbeitsgericht] act. 1). Anlässlich der Hauptverhandlung beantragte er, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihm Fr. 40'761.-- zu bezahlen. Ferner sei festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien am 30.6.2005 geendet habe (AG act. 17 S. 2). Die Beschwerdeführerin erhob eine Widerklage mit dem Rechtsbegehren, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, ihr Fr. 5'850.-- zu bezahlen (AG act. 20 S. 2).

### E. 2

Mit Urteil vom 23. August 2005 verpflichtete das Arbeitsgericht die Beschwerdeführerin in teilweiser Gutheissung der Klage, dem Beschwerdegegner Fr. 24'793.85 zu bezahlen, stellte fest, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien am 30. Juni 2005 geendet habe, und wies die Klage im Übrigen sowie die Widerklage im vollen Umfang ab (AG act. 25 S. 20 f.). Dagegen erklärte die Beschwerdeführerin Berufung (OG act. 29). Mit dieser beantragte sie, die Klage sei im Umfang von Fr. 19'571.82 sowie bezüglich der Feststellung abzuweisen, und die Widerklage sei vollumfänglich gutzuheissen; eventualiter seien das arbeitsgerichtliche Urteil aufzuheben und der Prozess zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neuurteilung an das Arbeitsgericht zurückzuweisen (OG act. 33 S. 2). Mit Beschluss vom 13. April 2007 trat das Obergericht des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) auf die Feststellungsklage (dass das Arbeitsverhältnis der Parteien am 30. Juni 2005 geendet habe) nicht ein und merkte vor, dass das Urteil des Arbeitsgerichts insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Beschwerdeführerin verpflichtet wurde, dem Beschwerdegegner Fr. 5'222.-- zu bezahlen (KG act. 2 S. 24). Mit gleichzeitigem Urteil verpflichtete das Obergericht

- 3 - die Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner weitere Fr. 19'571.85 zu bezahlen, und wies die Widerklage ab (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 25).

### E. 3

Die Vorinstanz erwog, der Arbeitsvertrag vom 10. Juli 2001 hätte nur schriftlich abgeändert werden können (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 12, S. 15). Der "Arbeitsvertrag II", auf den sich die Beschwerdeführerin berufe, sei demgegenüber nicht schriftlich abgefasst. Eine Änderung des Vertrages vom 10. Juli 2001 sei deshalb nicht gültig zustande gekommen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 13 lit. c). Die formlose Änderung eines der Schriftform unterstellten Arbeitsvertrages bedürfe einer entsprechenden Einigung, die zwar auch

formlos sein könne, die sich aber mindestens aus den gesamten Umständen klar ergeben müsse (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 14 Ziff. 3.b). Aus den gesamten Umständen des vorliegenden Falles könne nicht auf eine stillschweigende Aufhebung des vertraglich vereinbarten Formvorbehaltes geschlossen werden. Vorweg sei nicht behauptet worden, dass die Parteien in einer ausdrücklichen Vereinbarung den Wegfall des Formvorbehaltes vereinbart hätten. Zwar könne sich der gemeinsame Wille, den Formvorbehalt aufzuheben, auch aus den konkreten Umständen ergeben und sei zu vermuten, wenn die vertraglichen Leistungen vorbehaltlos erbracht und entgegengenommen würden. Daran fehle es aber, wenn trotz der Erbringung von Leistungen die endgültige Einigung über den Vertrag ausstehe. Gerade das sei hier indes der Fall gewesen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 15). Entgegen dem Argument der Beschwerdeführerin könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdegegner den (nach der Behauptung der Beschwerdeführerin) abgeänderten Vertrag rund zwei Jahre lang

- 5 - erfüllt und die Lohnzahlungen gemäss neuer Regelung vorbehaltlos entgegengenommen habe (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 16 f.). Das (weitere) Argument der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegner habe stillschweigend eine Lohnkürzung akzeptiert, sei bereits deshalb hinfällig, weil ihm die Beschwerdeführerin (im Anschluss an einen Ausleihvertrag an eine andere Arbeitgeberin) kein neues Angebot habe zukommen lassen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 18 unten, S. 22 lit. dd). Die Zahlungen der Beschwerdeführerin an den Beschwerdegegner in den Monaten August 2004 bis Februar 2005 hätten erheblich variiert. Auch deshalb könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdegegner stillschweigend eine Lohnreduktion akzeptiert hätte (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 20 - 22). Schliesslich sei beizufügen, dass die Beschwerdeführerin nicht eine einseitige Lohnkürzung habe vornehmen wollen, welche der Beschwerdegegner aufgrund einer Erklärung der Beschwerdeführerin hätte stillschweigend akzeptieren können, sondern dass sie zu Unrecht vom Zustandekommen eines neuen Vertrages ausgegangen sei. Für dessen Gültigkeit habe es aber an der erforderlichen Schriftform gemangelt (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 22 lit. ee). Der Lohnanspruch des Beschwerdegegners bemesse sich damit nach dem Vertrag vom 10. Juli 2001 (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 22 Ziff. 5).

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin verweist (wie auch der Beschwerdegegner; Beschwerdeantwort KG act. 10 S. 2 Ziff. I.1) einleitend auf ihre Sachverhaltsdarstellung vor den Vorinstanzen und erklärt diese zum integrierenden Bestandteil der Beschwerdebegründung (Beschwerde KG act. 1 S. 3 Rz 5). Dies ist unzulässig und unbeachtlich. Die Parteien sind auf formelle Erfordernisse im Beschwerdeverfahren hinzuweisen: Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im

- 6 - Beschwerdeverfahren nicht zulässig. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde nachzuweisen; die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und

Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 f. zu § 288 mit Hinweisen; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288; Spühler/Vock, a.a.O., S. 72 f.; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.). Auf die Nichtigkeitsbeschwerde ist nur einzutreten, soweit sie diesen formellen Erfordernissen gerecht wird.

## **E. 5**

Die Beschwerdeführerin beanstandet hauptsächlich die vorinstanzliche Erwägung, eine endgültige Einigung über den "Arbeitsvertrag II" sei nicht zustande gekommen (Beschwerde KG act. 1 S. 7 f. Rz 21, 24 und 25). Diese Feststellung basiere auf einer Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrund-

- 7 -satzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO, indem die Vorinstanz dazu kein Beweisverfahren durchgeführt habe (Beschwerde KG act. 1 S. 7 Rz 22, S. 11 ff.). a) Die Vorinstanz erwog vorab, dass eine Änderung des Vertrages vom

## **E. 10**

Juli 2001 der Schriftlichkeit bedurft hätte, dass aber keine solche schriftliche Änderung vorgenommen worden sei. Deshalb könne auch aus der behaupteten Besprechung vom 9. Oktober 2003 (und, sinngemäss, einem mündlichen Vertragsabschluss am 9. Oktober 2003) nicht abgeleitet werden, eine Änderung des Vertrages vom 10. Juli 2001 sei gültig zustande gekommen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 12 - 14 Erw. 2). Diese Erwägungen werden in der Nichtigkeitsbeschwerde nicht gerügt. In diesem Zusammenhang kam es mithin nicht darauf an, ob am 9. Oktober 2003 ein mündlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde oder nicht und war deshalb kein Beweisverfahren darüber durchzuführen. b) Die Beschwerdeführerin hatte indes vor Vorinstanz (neben der von dieser verworfenen Position, dass bereits der am 9. Oktober 2003 mündlich geschlossene Vertrag gültig sei [vgl. KG act. 2 S. 10 f. und vorstehend lit. a]) geltend gemacht, ein vertraglicher Vorbehalt der Schriftlichkeit könne formlos aufgehoben werden, unter anderem dann, wenn die Parteien den nicht der vereinbarten Form entsprechenden Vertrag vorbehaltlos erfüllten. Mit der (mündlichen) Vereinbarung des "Arbeitsvertrages II" hätten die Parteien den Schriftlichkeitsvorbehalt aufgehoben. Der Beschwerdegegner habe die mit dem "Arbeitsvertrag II" vereinbarten vertraglichen Leistungen über beinahe zwei Jahre hinweg entgegengenommen und damit dokumentiert, dass über den "Arbeitsvertrag II" Einigkeit bestanden habe (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 11, S. 14, S. 16; Beschwerde KG act. 1

S. 6 Rz 17 mit Verweisung auf OG act. 33 Ziff. 33 - 59; vgl. insbes. Ziff. 49 - 52). Dazu erwo- gen die Vorinstanz, zwar könne ein (schriftlicher) Formvorbehalt auch mündlich, stillschweigend oder konkludent aufgehoben werden. Aus den gesamten Umständen des vorliegenden Falles könne aber nicht auf eine still- schweigende Aufhebung des vertraglich vereinbarten Formvorbehaltes geschlos- sen werden. Der gemeinsame Wille, den Formvorbehalt aufzuheben, könne sich zwar auch aus den konkreten Umständen ergeben und sei zu vermuten, wenn die

- 8 - vertraglichen Leistungen vorbehaltlos erbracht und entgegengenommen würden. Das sei indes nicht der Fall, wenn trotz der Erbringung von Leistungen die end- gültige Einigung über den Vertrag ausstehe. Gerade dies sei vorliegend aber so gewesen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 15). Damit stellte die Vorinstanz fest, dass keine endgültige Einigung (gemeint: auch nicht mündlich) über den "Arbeitsvertrag II" vorgelegen habe. Darauf bezieht sich die Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes durch die Unterlassung eines Beweis- verfahrens. c) Die Rüge ist begründet. Über erhebliche streitige Tatsachen ist Beweis zu erheben (§ 133 ZPO), wobei das Beweisverfahren durch einen Beweisaufgabe- beschluss zu eröffnen ist (§ 136 ZPO). Die Beschwerdeführerin hatte bereits vor Erstinstanz behauptet, die Parteien hätten am 9. Oktober 2003 den bisherigen Arbeitsvertrag durch den mündlich geschlossenen "Arbeitsvertrag II" ersetzt (Beschwerde KG act. 1 S. 5 Rz 12 mit Verweisung auf AG act. 20 Ziff. 11 - 19). Sie behauptete, anlässlich der Besprechung vom 9. Oktober 2003, an welcher der Beschwerdegegner, A., B. und C. teilgenommen hätten, sei vereinbart worden, "dass die Parteien den bisherigen Arbeitsvertrag I rückwirkend per 1. Juli 2003 durch einen neuen Arbeitsvertrag (nachfolgend "Arbeitsvertrag II"), welcher bis zum 30. Juni 2007 Geltung hat," "ersetzen". Die Parteien hätten "diese neue Ver- einbarung" per Handschlag bekräftigt. Sie hätten vereinbart, dass der Beschwer- degegner bei Gelegenheit einen entsprechenden Vertrag auf ihrer Geschäftsstelle unterzeichnen sollte, damit dieser bei der \_\_\_\_\_ hin- terlegt werden könne. Dazu offerierte die Beschwerdeführerin A., B. und C. als Zeugen (AG act. 20 S. 6 f. Rz 15 - 18 i.V. mit AG Prot. S. 30; vgl. auch KG act. 2 S. 10 unten mit Verweisung auf OG act. 33 S. 11). Damit behauptete die - Beschwerdeführerin klar eine "endgültige Einigung" bereits am 9. Oktober 2003 über den "Arbeitsvertrag II". Diese Behauptung war nach den rechtlichen Er- wägungen der Vorinstanz grundsätzlich (im Zusammenhang mit der Frage der [formlosen] Aufhebung des Formvorbehaltes) erheblich. Sie war vom Beschwer- degegner bestritten (vgl. AG Prot. S. 32 unten, S. 34; OG act. 37 S. 11 ad Ziff. 33 und 34; vgl. auch Beschwerdeantwort KG act. 10 S. 4; allerdings ohne Akten- hinweis). Somit hätte über diese erhebliche streitige Behauptung ein Beweis-

- 9 - verfahren nach §§ 133 ff. ZPO durchgeführt werden müssen. Weder die Erst- instanz noch die Vorinstanz führten aber ein Beweisverfahren durch. Die Vorinstanz erläuterte nicht explizit, aus welchen Gründen sie darauf (oder auf eine Rückweisung der Sache an die Erstinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens) verzichtete. Zwar begründete sie, aus welchen Gründen sie zur Feststellung gelangte, dass eine endgültige Einigung über den Vertrag aus- stehend gewesen sei: Die Beschwerdeführerin habe noch mit Fax vom

## **E. 12**

Die Vorinstanz hielt fest, die Beschwerdeführerin habe weiter geltend gemacht, der Beschwerdegegner habe seit Juli 2003 Lohnzahlungen entgegen- genommen, welche nicht denjenigen des Vertrages vom 10. Juli 2001 ent- sprochen hätten. Darin liege - so die

Beschwerdeführerin - zumindest die Annahme einer Offerte zum Vertragsschluss betreffend neue Lohnbedingungen. Die kommentarlose Entgegennahme von Lohn während zweier Jahre könne nach Treu und Glauben nur so ausgelegt werden, dass der Beschwerdegegner die neuen Lohnbedingungen akzeptiert habe (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 17 Erw. 4.a). In diesem Zusammenhang erwog die Vorinstanz, die Frage, ob der Beschwerdegegner stillschweigend Lohnzahlungen entgegengenommen habe, die nicht der vertraglichen Vereinbarung entsprochen hätten, stelle sich erst ab Juli 2004. Denn die Parteien hätten mit ihrer Vereinbarung vom 7. Februar 2004 die Frage der Lohnzahlungen für die Zeit bis und mit der Ausleihe des Beschwer-

- 15 - degners an den \_\_\_\_\_, d.h. bis zum 30. Juni 2004 schriftlich geregelt. Es könne daher nicht die Rede davon sein, dass der Beschwerdegegner während zweier Jahre kommentarlos einen tieferen Lohn als mit Vertrag vom 10. Juli 2001 vereinbart entgegengenommen habe (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 17 Erw. 4.b mit Verweisung auf AG act. 11/6). a) Die Beschwerdeführerin verweist dazu auf ihre Rüge zur vorinstanzlichen Würdigung von AG act. 11/6 (Beschwerde KG act. 1 S. 18 Rz 50.a). Dazu kann auf die vorstehende Erw. 10 verwiesen werden. Die Vorinstanz verletzte einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz, indem sie über die Behauptung der Beschwerdeführerin kein Beweisverfahren durchführte, dass der Beschwerdegegner ab Juli 2003 während rund zweier Jahre tiefere Lohnzahlungen als mit dem Vertrag vom 10. Juli 2001 vereinbart entgegengenommen habe. Ferner verletzte sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin, indem sie sich nicht mit ihrer Behauptung auseinandersetzte, die in der Vereinbarung vom 7. Februar 2004 (AG act. 11/6) enthaltene Nachzahlung von 7 x Fr. 6'000.-- für die 7 Monate vom Juli 2003 bis Januar 2004 habe auf dem "Arbeitsvertrag II" basiert bzw. dessen Erfüllung gedient. Diese Nichtigkeitsgründe betreffen damit auch die vorinstanzliche Erw. 4.b. b) Weiter erwog die Vorinstanz in diesem Zusammenhang, habe der Arbeitnehmer einen geringeren als den ursprünglich vereinbarten Lohn mehrmals vorbehaltlos entgegengenommen, so spreche eine tatsächliche Vermutung für seine Zustimmung zum Lohnabbau. Dies könne indes nur dann gelten, wenn eine Offerte zu einer Lohnreduktion angezeigt worden sei. Eine solche Anzeige sei nicht erfolgt. Die Beschwerdeführerin habe dem Beschwerdegegner im Anschluss an den Ausleihvertrag an den \_\_\_\_\_ vom 7. Februar 2004 (AG act. 11/6) kein neues Angebot zukommen lassen. Im Grunde sei damit ihr Argument, wonach eine Lohnkürzung akzeptiert worden sei, bereits hinfällig (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 18). Die Beschwerdeführerin macht dazu geltend, hätte die Vorinstanz AG act. 11/6 richtig gewürdigt, hätte sie festgestellt, dass der "Arbeitsvertrag II" trotz AG act. 11/6 zustandegekommen sei. Damit hätte sie auch kein neues Angebot

- 16 - für die Zeit ab Juli 2004 (damit offensichtlich gemeint: im Anschluss an den Ausleihvertrag an den \_\_\_\_\_ vom 7. Februar 2004) verlangen müssen. Dies hätte zur gegenteiligen Beurteilung der Situation geführt (Beschwerde KG act. 1 S. 18 Rz 50.a). Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, die vorinstanzliche Feststellung treffe nicht zu, dass sie dem Beschwerdegegner im Anschluss an den Ausleihvertrag an den \_\_\_\_\_ kein neues Angebot zukommen liess. Sie macht sinngemäss geltend, das sei gar nicht relevant (weil der "Arbeitsvertrag II" zustandegekommen sei). Ob dies relevant ist oder nicht, ist eine Frage der Anwendung des Bundesrechts. Ob der "Arbeitsvertrag II" zustandegekommen ist, ist nach Durchführung eines Beweisverfahrens neu zu prüfen und nicht im vorliegenden Verfahren zu entscheiden. Auf diese Rüge ist nicht einzutreten.

### E. 13

Im Zusammenhang mit der Prüfung der Behauptung der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegner habe stillschweigend die mit dem "Arbeitsvertrag II" vereinbarten tieferen Lohnzahlungen (als gemäss Vertrag vom 10. Juli 2001) entgegengenommen, womit dieser Arbeitsvertrag gültig zustande gekommen sei, hielt die Vorinstanz fest, dass dem Beschwerdegegner ab Juli 2004 folgende Entschädigungen seitens der Beschwerdeführerin zugegangen sind (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 20 f.): 9. August 2004 (recte; vgl. AG act. 11/11/1): Fr. 18'653.15 7. September 2004: Fr. 18'150.60 6. Oktober 2004: Fr. 37'702.40 5. November 2004: Fr. 36'972.65 8. Dezember 2004: Fr. 16'632.35 10. Januar 2005: Fr. 16'784.85 3. Februar 2005: Fr. 15'272.60 Dazu erwog die Vorinstanz, entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin, dass mit den Überweisungen für September und Oktober 2004 die Nachzahlung gemäss Vereinbarung vom 7. Februar 2004 von insgesamt Fr. 42'000.-- (AG act. 11/6; vgl. vorstehend Erw. 10) in zwei Tranchen à Fr. 21'000.-- ausgerichtet worden sei, ergebe zwar die Auszahlung für September 2004 einen

- 17 - Betrag von Fr. 16'702.40 gemäss Lohnabrechnung zuzüglich Fr. 21'000.--, nämlich die überwiesenen Fr. 37'702.40, nicht aber die Auszahlung für Oktober 2004, wo bei einem Lohnbetreffnis gemäss der Beschwerdeführerin von Fr. 16'972.65 lediglich Fr. 36'972.65 ausbezahlt worden seien. Die Beschwerdeführerin habe demnach - gemäss ihren Überweisungen - nur Fr. 41'000.-- nachbezahlt. Wesentlich sei sodann, dass sie - gemäss den vorliegenden Akten - dem Beschwerdegegner nicht angezeigt habe, dass mit den Überweisungen anfangs Oktober und anfangs November die am 7. Februar 2004 zugesicherten Nachzahlungen ausgerichtet würden. Deshalb könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdegegner stillschweigend über eine längere Zeitdauer einen tieferen Lohn als vertraglich vereinbart entgegengenommen habe. Die Überweisungen hätten vielmehr erheblich variiert. Zudem seien - gemäss dem bisherigen Vertrag vom 10. Juli 2001 - Anpassungen an den Wechselkurs CHF/US\$ vorzunehmen gewesen, so dass der effektiv geschuldete Betrag nicht sofort ersichtlich gewesen sei. Daher könne schon aus all diesen Umständen nicht geschlossen werden, dass der Beschwerdegegner stillschweigend eine Lohnreduktion akzeptiert habe (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 21 f.). a) Die Beschwerdeführerin bezeichnet die Feststellung als falsch, dass die Schwankungen (bei den von August 2004 bis Februar 2005 ausbezahlten Beträgen) ein erhebliches Ausmass angenommen hätten. Die Lohnzahlungen hätten in diesem Zeitraum zwischen Fr. 15'272.60 und Fr. 18'363.15 geschwankt. Die Schwankungen seien auf unterschiedliche Prämienzahlungen zurückzuführen. Die von der Vorinstanz aufgeführten Überweisungen in den Monaten Oktober und November 2004 seien offensichtlich durch die Auszahlung der in AG act. 11/6 vereinbarten Nachzahlung begründet gewesen. Die Lohnausweise für diese Monate hätten Lohnzahlungen von Fr. 16'702.40 und Fr. 16'972.65 aufgewiesen (Beschwerde KG act. 1 S. 18 Rz 50.c mit Verweisung auf AG act. 11/12). b) Die vorinstanzlichen Erwägungen und die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin betreffen die Behauptung der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegner habe über eine längere Zeitdauer einen tieferen Lohn als mit dem Vertrag vom 10. Juli 2001 vereinbart entgegengenommen. War diese

- 18 - Behauptung streitig - und davon ging die Vorinstanz bei ihrer Prüfung aus -, wäre auch diesbezüglich ein Beweisverfahren durchzuführen gewesen und dürfen ohne solches

keine tatsächlichen Feststellungen getroffen werden. Da die Vorinstanz indes trotzdem feststellte, dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Beschwerdegegner stillschweigend über eine längere Zeitdauer einen tieferen Lohn als vertraglich vereinbart entgegen genommen hat, da die Beschwerdeführerin diesbezüglich nicht rügte, dass kein Beweisverfahren durchgeführt worden ist, sondern die vorinstanzliche Feststellung als willkürlich rügte, und im Hinblick auf die neue vorinstanzliche Prüfung ist zur gerügten vorinstanzlichen Feststellung beim jetzigen Aktenstand (ohne dem Ergebnis eines Beweisverfahrens vorzugreifen) Folgendes festzuhalten: c) Zwar trifft die vorinstanzliche Feststellung offensichtlich zu, dass die Überweisungen von August 2004 bis Februar 2005 erheblich variierten (vgl. die vorstehend aufgelisteten Beträge). Dies ergibt sich nur schon aus der erheblichen Differenz zwischen den im Oktober und November 2004 überwiesenen und den übrigen Beträgen. Die diesbezügliche Rüge geht fehl. d) Eine andere Frage ist aber, ob aus diesen Differenzen bzw. Schwankungen der gerügte vorinstanzliche Schluss zulässig ist, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdegegner über diese Dauer einen tieferen Lohn als vertraglich (gemeint mit dem Vertrag vom 10. Juli 2001) vereinbart entgegengenommen habe. Die Beschwerdeführerin rügt dies sinngemäss als willkürlich. Die Schwankungen seien durchaus erklärbar bzw. es sei offensichtlich, dass mit den Überweisungen von Oktober und November 2004 die mit AG act. 11/6 vereinbarten Nachzahlungen geleistet worden seien und die Überweisungen im Übrigen der mit dem "Arbeitsvertrag II" vereinbarte Lohn zuzüglich allfällige Prämien gewesen sei. e) Gemäss dem Vertrag vom 10. Juli 2001 hätte der Beschwerdegegner von Juli 2004 bis Februar 2005 einen Monatslohn in der Grössenordnung von Fr. 45'000.-- bzw. Fr. 48'750.-- zuzüglich Prämien erhalten sollen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 4). Gemäss den von der Beschwerdeführerin zitierten Lohn-

- 19 - abrechnungen AG act. 11/12 (11/12/1 - 11/12/10) wurden dem Beschwerdegegner für die Monate Juli 2004 - Februar 2005 Nettolöhne (inkl. Spesenentschädigungen) zwischen Fr. 15'272.60 (AG act. 12/12/7) bis Fr. 18'653.15 (AG act. 12/12/1) ausbezahlt. Diese liegen so weit unter den mit Vertrag vom 10. Juli 2001 vereinbarten Monatslöhnen in der Grössenordnung von mindestens Fr. 45'000.--, dass es gestützt auf diese (d.h. vorbehaltlich weiterer Beweismittel nach Durchführung eines Beweisverfahrens) nicht haltbar ist, nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner über diesen Zeitraum einen tieferen Lohn als mit dem Vertrag vom 10. Juli 2001 vereinbart entgegengenommen hat. Daran ändern die Überweisungen von Fr. 37'702.40 und Fr. 36'972.65 am 6. Oktober 2004 und 5. November 2004 ebensowenig wie der Umstand, dass nach dem Vertrag vom 10. Juli 2001 Anpassungen an den Wechselkurs CHF/US\$ vorzunehmen gewesen wären. Dabei kann an dieser Stelle offen gelassen werden, ob die über die Lohnabrechnungen für September und Oktober 2004 von Fr. 16'702.40 (AG act. 11/12/3) und Fr. 16'972.65 (AG act. 11/12/4) hinausgehenden Überweisungen vom 6. Oktober 2004 und 5. November 2004 die am 7. Februar 2004 vereinbarten Nachzahlungen von Fr. 7 x Fr. 6'000.-- für die 7 Monate vom Juli 2003 bis Januar 2004 (AG act. 11/6 Ziff. 4) bedeuteten oder nicht. Jedenfalls konnte der Beschwerdegegner schon aufgrund der Lohnabrechnungen für September und Oktober 2004 (AG act. 11/12/3 und 11/12/4), aber auch anetrachts der Höhe der Überweisungen nicht davon ausgehen, sie bedeuteten Zahlungen des mit Vertrag vom 10. Juli 2001 vereinbarten Lohnes. Auch der Umstand, dass gemäss dem Vertrag vom 10. Juli 2001 Anpassungen an den Wechselkurs vorzunehmen waren, konnte in keiner Weise zur Annahme führen, die Überweisungen vom 9. August 2004 bis zum 3. Februar 2005 bedeuteten Lohn gemäss Vertrag vom 10. Juli 2001 unter Einbezug von Anpassungen

an den Wechselkurs. Einerseits weist die Beschwerdeführerin zutreffend darauf hin, dass solche Anpassungen per 30. Juni jeden Jahres vorzunehmen gewesen wären (Beschwerde KG act. 1 S. 19 lit. d; AG act. 4/1 Anhang 3 Ziff. 3). Andererseits entsprechen die im angefochtenen Urteil aufgeführten Überweisungen vom 9. August 2004 bis 3. Februar 2005 (KG act. 2 S. 20 f.; vorstehend eingangs dieser Erw. 13) auf den Rappen genau den Beträgen der Lohnabrechnungen für

- 20 - die Monate Juli 2004 bis Januar 2005 (AG act. 11/12/1 - 11/12/7), mit Ausnahme der erwähnten zusätzlichen runden Überweisungen von Fr. 21'000.-- und Fr. 20'000.-- am 6. Oktober und 5. November 2004, ohne dass in diesen Lohn- abrechnungen Anpassungen an den Wechselkurs CHF/US\$ erwähnt sind. Schliesslich sind die Differenzen zwischen den mit Vertrag vom 10. Juli 2001 vereinbarten Monatslöhnen und den im angefochtenen Urteil angeführten Über- weisungen vom 9. August 2004 bis 3. Februar 2005 so gross, dass auch deshalb eine Erklärung mit Anpassungen an den Wechselkurs CHF/US\$ nicht nachvoll- ziehbar ist. Keinesfalls konnten diese Überweisungen in irgendeinem Zusammen- hang mit Anpassungen an den Wechselkurs CHF/US\$ gemäss Vertrag vom 10. Juli 2001 gesehen werden. Der gegenteilige Hinweis der Vorinstanz ist nicht haltbar. Auch wenn die Überweisungen der Beschwerdeführerin an den Beschwer- degegner vom August 2004 bis Februar 2005 variierten, bezüglich der Über- weisungen vom 6. Oktober und 5. November 2004 sogar ganz erheblich variierten, nämlich zwischen Fr. 15'272.60 und Fr. 37'702.40, ist es nicht nur anbedachts der Lohnabrechnungen für die Monate Juli bis Dezember 2004 (AG act. 11/12/1 - 11/12/6; vgl. KG act. 2 S. 21 oben), sondern bereits aufgrund der Höhe dieser Überweisungen, aber anbedachts der genannten Lohnabrechnungen noch besonders, nicht haltbar, sondern (im Gegensatz zur Auffassung des Beschwerdegegners, der sich nicht im Einzelnen mit der Argumentation der Beschwerdeführerin auseinandersetzt; Beschwerdeantwort KG act. 10 S. 6 f. Rz 9) willkürlich, gestützt darauf festzustellen, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdegegner mit der Entgegennahme dieser Über- weisungen über diese Zeitdauer einen tieferen Lohn als vertraglich (mit dem Ver- trag vom 10. Juli 2001) vereinbart (also mindestens Fr. 45'000.-- netto monatlich) entgegengenommen hat. Ob sich aus einem Beweisverfahren andere Erkenntnis- se ergeben, ob der Beschwerdegegner diese offensichtlich wesentlich tieferen Lohnzahlungen stillschweigend, gemeint unwidersprochen entgegennahm und welche Schlüsse daraus zu ziehen sind, insbesondere ob der Beschwerdegegner damit stillschweigend eine Lohnreduktion akzeptiert hat, sind Fragen, die nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, sondern offen und ggfs.

- 21 - von der Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht abzuklären und in rechtlicher Hinsicht neu zu prüfen sind.

#### **E. 14**

Die weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin (Beschwerde KG act. 1 S. 19 Rz 50.e und Rz 51, S. 20 Rz 53 - 55) machen keine zusätzlichen Nichtigkeitsgründe geltend (als solche wären sie ungenügend substantiiert), sondern beinhalten Rückverweisungen auf bereits behandelte Ausführungen und Zusammenfassungen.

#### **E. 15**

Zusammenfassend sind folgende vorinstanzlichen Erwägungen und Feststellungen mit Nichtigkeitsgründen behaftet: Eine endgültige mündliche Einigung über den "Arbeitsvertrag II" (behaupteter Arbeitsvertrag vom 9. Oktober 2003) sei nach dem 9.

Oktober 2003 noch ausstehend gewesen (vorstehend Erw. 5), und damit die auch darauf beruhende Feststellung, es könne nicht auf eine stillschweigende Aufhebung des vertraglich vereinbarten Formvorbehaltes geschlossen werden (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 15); die Nachzahlung von 7 x Fr. 6'000.-- für die Monate Juli 2003 bis Januar 2004 gemäss Vereinbarung vom 7. Februar 2004 habe nicht der Erfüllung des behaupteten Vertrages vom 9. Oktober 2003 gedient (vorstehend Erw. 10); es treffe nicht zu, dass der Beschwerdegegner über längere Zeit einen tieferen Lohn als mit dem Vertrag vom 10. Juli 2001 vereinbart entgegengenommen habe (vorstehend Erw. 13). Die übrigen Rügen gehen fehl, soweit sie überhaupt geprüft werden können. Das angefochtene Urteil beruht zumindest teilweise auf diesen mit Nichtigkeitsgründen behafteten Feststellungen. Es handelt sich nicht um blosser Alternativenwägungen zur Hauptbegründung, dass eine Änderung des Vertrages vom 10. Juli 2001 der Schriftform bedurft hätte, diese aber nicht gewahrt wurde. Vielmehr hätte sich für die Vorinstanz nach ihren Erwägungen die Frage einer Klageabweisung auch gestellt, wenn die Parteien den behaupteten mündlichen Vertrag vom 9. Oktober 2003 abgeschlossen und dafür stillschweigend den Formvorbehalt aufgehoben hätten und/oder wenn der Beschwerdegegner über längere Zeit stillschweigend einen tieferen Lohn als mit dem Vertrag vom 10. Juli 2001 vereinbart entgegengenommen hätte. Die mit Nichtigkeitsgründen behafteten Erwägungen wirkten sich darauf aus. Das angefochtene Urteil ist deshalb

- 22 - antragsgemäss aufzuheben, und die Sache ist zur allfälligen Ergänzung des Verfahrens und zur neuen Beurteilung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das bedeutet entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (und ihrem Antrag) aber nicht zwingend, dass ein Beweisverfahren durchgeführt werden müsste. Dies wäre nur der Fall, wenn streitige tatsächliche Behauptungen der Parteien für die vorinstanzliche Beurteilung relevant wären. Darüber ist nicht in diesem Beschwerdeverfahren zu entscheiden. III. Ausgangsgemäss ist die Gebühr für das Beschwerdeverfahren dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der Umstand, dass das Beschwerdeverfahren lediglich noch die (weitere) Forderung von Fr. 19'571.85 gemäss Dispositiv Ziffer 1 des angefochtenen Urteils sowie die Widerklage von Fr. 5'850.-- (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 2; S. 25 Dispositiv Ziff. 2) betraf (vgl. Beschwerde KG act. 1 S. 4 Rz 10), mithin noch Fr. 25'421.85, führt nicht zur Kostenlosigkeit im Sinne von Art. 343 OR, da es dafür auf den Streitwert bei der Klageeinleitung ankommt (Kass.-Nr. 95/441 vom 8.3.1996 Erw. 2b mit Verweisungen auf BGE 100 II 358, 115 II 41 E.b sowie auf Berner Kommentar, Rehbinder, N 13 zu Art. 343 OR und auf Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 18). Dieser belief sich auf mehr als Fr. 30'000.-- (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 2). Ferner ist der Beschwerdegegner zu verpflichten, die Beschwerdeführerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr und der Prozessentschädigung richten sich nach dem Streitwert vor Kassationsgericht (§ 13 Abs. 2 der Verordnung über die Gerichtsgebühren; § 12 Abs. 3 der Verordnung über die Anwaltsgebühren). Dieser beträgt Fr. 25'421.85. Die Beschwerdeführerin leistete eine Prozesskaution von Fr. 4'000.-- nach § 75 und § 76 ZPO (KG act. 4, act. 9). Die dem Beschwerdegegner aufzuerlegende Gerichtsgebühr ist aus dieser Kautions zu beziehen. Der Beschwerdeführerin ist ein entsprechendes Rückgriffsrecht auf den Beschwerdegegner einzuräumen.

- 23 - IV. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht. Das Gericht beschliesst:

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