



Kass.-Nr. AA080185/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Judith Lusser Treyer

Zirkulationsbeschluss vom 10. November 2009

in Sachen

A AG,

Beklagte, Widerklägerin, Appellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. ...

gegen

B,

Kläger, Widerbeklagter, Appellat und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. ...

betreffend

Forderung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. November 2008 (LA070019/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1.a) Die Beschwerdeführerin (Beklagte, Widerklägerin und Appellantin), welche zum internationale Personalvermittlung und –verleih anbietenden Konzernverbund A Group gehört, und der Beschwerdegegner (Kläger, Widerbeklagter und Appellat) unterzeichneten am xx.yy.2005 einen Temporär-Rahmenarbeitsvertrag und am xx.yy.2005 einen dazugehörigen Einsatzvertrag. Als Einsatzbetrieb wurde die C Consulting AG bezeichnet. Der Einsatz sollte vom 1. Juni bis 31. Dezember 2005 dauern und es wurde ein Grundlohn von EUR 70.— pro Stunde vereinbart. Mit der am 29. Juni 2006 am Arbeitsgericht Zürich angehobenen Klage verlangte der Beschwerdegegner total Fr. 14'071.32 für seines Erachtens in den Monaten Juni bis Dezember 2005 zu Unrecht von seinem Lohn abgezogene Arbeitgeberkosten sowie den Monatslohn Dezember 2005 von Fr. 9'877.30, welcher ihm nicht ausbezahlt wurde, da die Beschwerdeführerin diesen mit der Zahlung von EUR 10'188.50 verrechnete, welche der Beschwerdegegner am 2. Dezember 2005 von der Beschwerdeführerin oder deren Muttergesellschaft erhalten hatte (wobei umstritten ist, von wem die Überweisung erfolgte). Das Arbeitsgericht Zürich hiess die Klage im Umfang von insgesamt Fr. 16'423.30 nebst Zins zu 5% seit dem 29. Juni 2006 netto gut und wies sie im Mehrbetrag ab. Die Widerklage wies es ebenfalls ab (angefochtener Beschluss = KG act. 2 S. 3 ff.).

b) Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich focht die Beschwerdeführerin mit Berufung an (KG act. 2 S. 5). Mit Beschluss vom 5. November 2008 verpflichtete die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) die Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner Fr. 16'423.30 netto zuzüglich 5% Zins seit dem 29. Juni 2006 zu bezahlen und wies die Widerklage ab (KG act. 2 S. 29).

c) Gegen den vorinstanzlichen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 5. Dezember 2008 Nichtigkeitsbeschwerde mit welcher sie die Aufhebung des Beschlusses des Obergerichts vom 5. November 2008 und Rückweisung zur Durchführung eines Beweisverfahrens und Neuurteilung an das Obergericht, ev. Gutheissung der Berufung, beantragt (KG act. 1 S. 2).

2. Mit Präsidialverfügung vom 9. Dezember 2008 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 3 und 4), der Vorinstanz Gelegenheit zur Vernehmlassung eingeräumt resp. dem Beschwerdeführer Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt und der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 6). Während die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtet hat (KG act. 8), reichte der Beschwerdegegner seine Beschwerdeantwort, mit welcher er beantragt, die Beschwerde abzuweisen (KG act. 9 S. 2), am 22. Dezember 2008 ein. Diese wurde der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 23. Dezember 2008 zugestellt (KG act. 10). Weitere Eingaben der Parteien in diesem Verfahren sind nicht erfolgt.

II.

1. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind 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 (oder gar eines andern) 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 schliesslich vorbringt, es sei zu einer bestimmten Tatsache(nbehauptung) kein Beweisverfahren durchgeführt bzw. angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo (Aktenstelle) er welche erheblichen und bestrittenen Tatsachen in rechtsgenügender Weise (vgl. § 113 ZPO) behauptet hat, bzw. zu welchen prozessual form- und fristgerecht erhobenen Behauptungen er sich auf die nicht ab-

genommenen Beweismittel berufen hat. Um den Anforderungen zu genügen, hat sich der Nichtigkeitskläger auch konkret mit dem angefochtenen Entscheid und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen. Erfüllt die Beschwerde oder einzelne der darin erhobenen Rügen diese Begründungsanforderungen nicht, hat dies zur Folge, dass auf die entsprechenden Vorbringen nicht eingetreten werden kann (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288 ZPO; Guldenner, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 80; RB 2002 Nr. 11 a.E.; ZR 81 Nr. 88 Erw. 6). Wo die Beschwerdeführerin diesen Anforderungen an die Begründung der Beschwerde nicht genügt, wird dies nachfolgend bei der Prüfung ihrer einzelnen Rügen ausgeführt, wobei die Ausführungen, welche die Beschwerdeführerin unter „A. Formelles“ (KG act. 1 RZ 1-7) und unter „B. Materielles, 1. Sachverhalt“ (KG act. 1 RZ 8-13) sowie zu „C. Zusammenfassung,“ (KG act. 1 RZ 42) macht, jedenfalls keine den soeben genannten Anforderungen entsprechende Rügen enthalten.

2. Gegen Entscheide, die dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 ZPO). Ein solcher Weiterzug an das Bundesgericht gilt als gegeben, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege (§ 285 Abs. 2 ZPO). Mit der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht im Sinne von Art. 72 ff. BGG kann die Verletzung von Bundesrecht inkl. Bundesverfassungsrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Ob eine solche Verletzung vorliegt, prüft das Bundesgericht auf entsprechende Rüge frei (vgl. z.B. Seiler/von Werdt/Güntherich, BGG, Bern 2007, N 10 zu Art. 95 BGG). Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 5. November 2008 unterliegt auch der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht im Sinne von Art. 72 ff. BGG (vgl. auch die entsprechende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung, KG act. 2 S. 29 f., Ziff. 7). Wo gestützt auf § 285 ZPO auf Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht eingegangen werden

kann, wird dies nachfolgend unter III. bei der Untersuchung der entsprechenden Rügen ausgeführt.

3. a) Der Beschwerdegegner weist darauf hin, dass der vorinstanzliche Entscheid gestützt auf die Alternativbegründung in Erw. B.7 selbst für den Fall, dass die Hauptbegründung keinen Bestand haben sollte, stehen bleiben würde und daher die Beschwerde, welche diese Erwägung B.7 völlig unbeachtet lasse, schon aus diesem Grunde „abzuweisen“ sei (KG act. 9 RZ 28 ff., RZ 49, RZ 58).

b) Stützt sich ein Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, kann nach langjähriger Praxis des Kassationsgerichts eine Nichtigkeitsbeschwerde nur dann zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen, wenn damit sämtliche den Entscheid selbständig tragenden Begründungen zu Fall gebracht werden. Die Beschwerde kann also nicht durchdringen, wenn sich auch nur eine der verschiedenen Argumentationen als unanfechtbar erweist oder – als Folge des im Beschwerdeverfahren geltenden Rügeprinzips – die Beschwerde sich nur gegen einzelne der verschiedenen Begründungen richtet. Diesfalls bleibt der angefochtene Entscheid nämlich jedenfalls gestützt auf die erfolglos bemängelte oder unangefochten gebliebene Begründung bestehen und trat das Kassationsgericht – abgesehen von denjenigen Fällen, in denen eine der Prüfung durch das Kassationsgericht entzogene Alternativbegründung bereits beim Bundesgericht angefochten worden ist – mangels Rechtsschutzinteresses auf eine Beschwerde, die sich lediglich gegen eine von mehreren selbständigen Begründungen richtet, nicht ein (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 24; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 291 ZPO; ZR 107 Nr. 76). Weil im Unterschied zur früheren Rechtslage nach Art. 100 Abs. 6 BGG die Frist zur (direkten) Anfechtung des ober- resp. handelsgerichtlichen Entscheids beim Bundesgericht nach Abschluss des Kassationsverfahrens zu laufen beginnt, womit die Möglichkeit einhergeht, – im Falle der bundesgerichtlichen Kompetenz zu deren Überprüfung – auch die vor Kassationsgericht unangefochten gebliebene(n) Begründung(en) (resp. wenn die Alternativbegründung zwar angefochten wird, das Kassationsgericht darauf jedoch gestützt auf § 285 ZPO nicht eintritt) noch zu Fall zu bringen, hat das Kassationsgericht unlängst entschieden, bei Erfüllung der übrigen formellen Anforderungen an eine Beschwerdebegründung zumindest im Regelfall auf Rügen gegen einzelne Alter-

nativbegründungen einzutreten und diese materiell zu beurteilen (ZR 107 Nr. 21), steht im Zeitpunkt des kassationsgerichtlichen Entscheids doch regelmässig noch nicht fest, ob sich der geltend gemachte Mangel in der bzw. den hierorts angefochtenen Begründung(en) im Ergebnis zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers ausgewirkt habe oder nicht (vgl. § 281 ZPO).

c) Die Vorinstanz hat in Erw. 7 im Sinne einer Alternativbegründung ausgeführt, bei einer fälschlicherweise erfolgten Zahlung, wie dies die Beschwerdeführerin geltend mache, sei ein Bereicherungsanspruch nur unter den Voraussetzungen von Art. 63 Abs. 1 OR gegeben, d.h. wenn nachgewiesen sei, dass sie sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden habe. Selbst wenn die neuen Behauptungen der Beschwerdeführerin zugelassen würden, würden genügend substantiierte Behauptungen derselben darüber, dass sie sich im Zeitpunkt der Zahlung in einem Irrtum über ihre Schuldpflicht befunden hätte, fehlen. Sie äussere sich auch nicht darüber, inwieweit ein allfälliger Irrtum des Mitarbeiters ihrer Muttergesellschaft zur Begründung eines ihr zustehenden Rückforderungsanspruchs herangezogen werden könnte. Entsprechend müsste ein Rückforderungsanspruch schon mangels genügend konkreter Behauptungen verneint werden und würde eine Verrechnungsmöglichkeit mangels Bestand einer verrechenbaren Gegenforderung entfallen (KG act. 2 S. 27 f. Erw. 7).

d) Die Beschwerdeführerin erwähnt die vorinstanzliche Erwägung 7 in RZ 35 ihrer Beschwerde und macht diesbezüglich geltend, soweit die Vorinstanz ausführe, dass sie die Anspruchsvoraussetzungen des Widerklageanspruchs nicht ausreichend substantiiert dargelegt habe, sei anzumerken, dass es nach § 52 und § 55 ZPO Sache des Richters sei, die Ergänzung von ungenügenden Parteivorbringen zu bewirken. Sie erkennt auch richtig, dass die richterliche Fragepflicht lediglich dann zum Tragen kommt, wenn ein bestimmter Sachverhalt andeutungsweise behauptet wurde und lediglich in gewissen Richtungen der Vervollständigung bedarf. Die Zitate ihrer Ausführungen zum Rückforderungsanspruch, welche ihrer Ansicht nach die richterliche Fragepflicht ausgelöst hätten (*„Versehentlich jedoch hatte die Beklagte dem Kläger für den Monat November 2005 nicht nur den korrekten Betrag von CHF 10'662.50 überwiesen, sondern auch den nicht geschuldeten Betrag von EUR 10'188.50“* und *„Die Rechnung wurde fälsch-*

licherweise bezahlt und dieser Betrag steht dem Kläger nicht zu.[...] Dem Kläger war ausserdem klar, dass der Lohn von der Beklagten aus der Schweiz kommt“, KG act. 1 RZ 35), haben aber nichts mit den von der Vorinstanz vermissten Behauptungen zu tun („über was genau welcher Mitarbeiter, der die Zahlung veranlasste, geirrt hat. Insbesondere [...], was sich der Mitarbeiter der Muttergesellschaft, G, bei der Veranlassung der Zahlung gedacht hat“ und "inwieweit ein allfälliger Irrtum des Mitarbeiters ihrer Muttergesellschaft zur Begründung eines ihr zustehenden Rückforderungsanspruchs herangezogen werden könnte" KG act. 2 S. 25). Die Rüge der Verletzung der Fragepflicht geht daher fehl, weshalb die vorinstanzliche Erwägung 7 im Verfahren des Kassationsgerichts nicht zu Fall gebracht werden kann. Dennoch ist auf die Beschwerde nach dem vorstehend Ausgeführten einzutreten, da die genügende Substanziierung mit Bezug auf einen bundesrechtlichen Anspruch (vorliegend Bereicherungsanspruch) eine Frage des Bundesrechts ist (BGE 123 III 188; ZR 107 Nr. 79, Erw. 4.2e mit Hinweisen; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 113 ZPO, N 13d zu § 285 ZPO; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, RZ 87) und daher die Alternativbegründung zwar nicht am Kassationsgericht, aber allenfalls auf entsprechende Rüge hin vor Bundesgericht zu Fall gebracht werden könnte. Damit sind die Rügen der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Hauptbegründung der Vorinstanz nachfolgend zu prüfen.

III.

1. Die Beschwerdeführerin macht einmal die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (§ 133 ZPO und Art. 8 ZGB) sowie eine aktenwidrige tatsächliche Annahme geltend (KG act. 1 RZ 14-23).

1.1. Zur Begründung dieser Rügen führt die Beschwerdeführerin aus, aus Art. 8 ZGB ergebe sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Anspruch der beweisbelasteten Partei, zur Beweisführung zugelassen zu werden. Wenn das Gericht trotz Fehlen jedes Beweises auf eine bestrittene Tatsache abstelle und ohne Durchführung eines Beweisverfahrens sofort den Endentscheid fälle, sei ein Nichtigkeitsgrund gegeben (ZR 22 Nr. 185; 25 Nr. 213). Vorliegend seien sowohl das Arbeitsgericht als auch die Vorinstanz (auf S. 23 in Erw. 6.1 des

Beschlusses) zur aktenwidrigen Annahme gelangt, dass die zweite Auszahlung des Lohnbetrages für November 2005 in Höhe von EUR 10'188.50 unbestritten durch die Muttergesellschaft erfolgt und folglich nicht der Beschwerdeführerin zuzurechnen sei. Dabei handle es sich bei der Frage, ob die Zahlung durch die Beschwerdeführerin erfolgt sei, um eine bestrittene Tatsache, über die Beweis zu erheben gewesen wäre (die Beschwerdeführerin gibt die Passagen aus den Parteivorträgen vor Arbeitsgericht wieder, aus denen sie herleitet, dass sie bereits dort geltend gemacht habe, dass die Zahlung von EUR 10'188.50 von ihr stamme). Im Falle einer Beweisabnahme, insbesondere der Zulassung der benannten Zeugen im Berufungsverfahren, hätte sie belegen können, dass die Zahlungen zulasten der Beschwerdeführerin erfolgt seien (KG act. 1 RZ 14-23).

1.2. a) Art. 8 ZGB gibt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der beweispflichtigen Partei in allen Zivilstreitigkeiten einen bundesrechtlichen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Sachvorbringen Beweis zu führen, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des kantonalen Rechts entspricht. Diese allgemeine Beweisvorschrift des Bundesrechts ist insbesondere dann verletzt, wenn der kantonale Richter Behauptungen einer Partei unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hin nimmt oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt (ZR 106 Nr. 32 Erw. 2.3b; ZR 95 Nr. 73 Erw. b/aa; vgl. auch BGE 126 III 315 Erw. 4.a und 130 III 321 Erw. 3.4). Art. 8 ZGB ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung überdies verletzt, wenn der Richter taugliche und formgültig beantragte Beweise zu rechtserheblichen Tatsachen nicht abnimmt, obwohl er die Sachvorbringen dazu weder als erstellt noch als widerlegt erachtet. Entsprechende Rügen sind vor Bundesgericht vorzubringen. Demgegenüber ist in Art. 8 ZGB nicht geregelt, wie der Sachverhalt abzuklären bzw. Beweise zu würdigen sind. Art. 8 ZGB wird sodann nicht tangiert, wenn das kantonale Gericht ein Beweisanbot aufgrund antizipierter Beweiswürdigung verwirft (BGer 4C.8/2002 vom 03.05.2002, Erw. 1.2). Letztere Fragen können im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde geprüft werden.

Da vorliegend weder die Beweiswürdigung noch eine antizipierte Beweiswürdigung zur Diskussion stehen, ist nach dem vorstehend Ausgeführten auf die

Rüge der Verletzung von § 133 ZPO (und Art. 8 ZGB) in Anwendung von § 285 ZPO nicht einzutreten (vgl. vorne II.2). Da die Beschwerdeführerin überdies keine Aktenstellen angibt, wo sie sich auf die nicht abgenommenen Beweismittel (insbesondere Zeugen; vgl. KG act. 1 RZ 22) berufen hätte, ist auch gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht auf die Rüge einzutreten (oben II.1).

b) Aktenwidrig ist eine Feststellung, wenn sie den Inhalt der Akten oder die Parteivorbringen unrichtig wiedergibt, also z.B. eine bestrittene Tatsache als unbestritten bezeichnet oder wenn ein Bestandteil der Akten nicht in seiner wahren Gestalt, z.B. nicht mit dem richtigen Wortlaut einbezogen worden ist und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als "blanker Irrtum" erweist (von Rechenberg, a.a.O., S. 27 mit Verweis auf ZR 55 Nr. 115). Die Auslegung prozessualer Erklärungen stellt ebenso wenig wie die Würdigung des Beweisergebnisses eine aktenwidrige tatsächliche Annahme dar, vielmehr liegt eine solche erst vor, wenn der Richter bei der Aktenwürdigung von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht (Guldener, a.a.O., S. 131).

Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz nicht angenommen, am Obergericht sei unbestritten, dass die Auszahlung des Betrages in Höhe von EUR 10'188.50 durch die Muttergesellschaft erfolgt sei – im Gegenteil (vgl. KG act. 2 S. 4, Erw. I.1 a.E.). Sie hat in Erw. 6.1 lediglich ausgeführt, gestützt auf die in Erw. 5 (KG act. 2 S. 21 ff.) detailliert wiedergegebenen Ausführungen der Parteien am Arbeitsgericht sei in Übereinstimmung mit diesem davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin im *erstinstanzlichen* Verfahren nicht bestritten habe, dass die Zahlung der EUR 10'188.50 an den Beschwerdegegner durch und zulasten der Muttergesellschaft erfolgt sei und entsprechend im Berufungsverfahren darüber zu entscheiden sei, ob die von der Beschwerdeführerin nunmehr neu vorgebrachten Behauptungen als Noven noch zugelassen werden könnten (KG act. 2 S. 23, Erw. 6.1). Die Aktenwidrigkeitsrüge geht daher fehl.

2. Ferner macht die Beschwerdeführerin die Verletzung der Fragepflicht gemäss § 55 ZPO durch das Arbeitsgericht geltend, was einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) gleichkomme (KG act. 1 RZ 24-32).

2.1. Die Begründung dieser Rüge geht im Wesentlichen dahin, dass es das Arbeitsgericht unterlassen habe, nachzufragen, ob das Vorbringen des Beschwerdegegners, wonach die Auszahlung durch die Muttergesellschaft erfolgt sei, unbestritten sei, obwohl bereits aus dem Antrag der Widerklage eindeutig die Auffassung der Beschwerdeführerin, die Forderung stehe ihr zu, hervorgegangen sei, wenn ihre Bestreitung nach Auffassung des Gerichts nicht genügend substantiiert gewesen sei. Da sich die Aussagen von ihr und dem Beschwerdegegner widersprochen hätten, hätte ihr Gelegenheit zur Behebung zugestanden werden müssen. Zudem sei das Arbeitsgericht im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht gemäss Art. 343 Abs. 2 OR zur Befragung des nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegners verpflichtet gewesen bezüglich seiner diesbezüglich widersprüchlichen Angaben (KG act. 1 RZ 24-32 mit Wiederholung in RZ 34 ff.).

2.2. Soweit die Beschwerdeführerin die Amtsermittlungspflicht gemäss Art. 343 Abs. 2 OR (recte: i.V.m. Art. 343 Abs. 4 OR), somit Bundesrecht, dessen Verletzung das Bundesgericht frei überprüft, als verletzt rügt, kann auf diese Rüge aufgrund von § 285 ZPO nicht eingetreten werden (vgl. oben II.2). Nach der kassationsgerichtlichen Rechtsprechung ist es nämlich generell nicht möglich, in Fällen, in welchen ein bestimmter Mangel (vorliegend die Verletzung von Art. 343 Abs. 4 OR) beim Bundesgericht gerügt werden kann, gleichzeitig noch an das Kassationsgericht zu gelangen mit der Begründung, es sei dadurch indirekt auch eine kantonale Vorschrift (vorliegend § 55 ZPO) verletzt worden (vgl. RB 1980 Nr. 29, Entscheid des Kassationsgerichts vom 23.03.2009, Kass.-Nr. AA080048, Erw. III.1.1.2b). Abgesehen davon bildet *Anfechtungsobjekt der Nichtigkeitsbeschwerde am Kassationsgericht* einzig der *Entscheid des Obergerichts*. Am Kassationsgericht können nicht Mängel, welche sich auf das Verfahren vor Bezirksgericht resp. Arbeitsgericht beziehen, geltend gemacht werden (Guldener, a.a.O., S. 81 f.). Mit ihren seitenweisen Beanstandungen hinsichtlich des Verfahrens am Arbeitsgericht zeigt die Beschwerdeführerin jedenfalls keinen Nichtigkeitsgrund, an dem der angefochtene Entscheid des Obergerichts leiden würde, auf.

3. Sodann wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz eine Verletzung von § 115 ZPO vor (KG act. 1 RZ 33-37).

3.1. Die Vorinstanz sei, so die Begründung der Beschwerdeführerin, im angefochtenen Beschluss zu Unrecht davon ausgegangen, dass es sich bei den Beweisangeboten und Ausführungen der Beschwerdeführerin um unechte Noven handle. Da die Beschwerdeführerin vom Arbeitsgericht oder von der Vorinstanz zu keinem Zeitpunkt aufgefordert worden sei, den Sachverhalt zu ergänzen oder weitere Beweismittel vorzulegen, würden ihre Behauptungen in der Berufungsschrift keine unechten Noven darstellen, da diese gemäss § 115 Ziff. 4 ZPO zulässig gewesen seien und von Amtes wegen hätten berücksichtigt werden müssen. Gemäss ZR 52 Nr. 210 dürften im Rahmen eines Gegenbeweises in der Beweisantretungsschrift weitere in der Hauptverhandlung noch nicht vorgetragene Tatsachen angeführt werden, wenn es sich um eine von Amtes wegen abzuklärende Frage handle. Nichts anderes dürfe für die Berufungsschrift gelten, wenn die Vorinstanz wesentliche Verfahrensgrundsätze, insbesondere Grundsätze des Beweisverfahrens verletzt habe. Durch die Zeugenaussagen, insbesondere des Revisors Darmstädter, hätte sie zweifelsfrei belegen können, dass die Auszahlung zulasten der Beschwerdeführerin erfolgt sei (KG act. 1 RZ 33-37).

3.2. Hinsichtlich in dieser Rüge enthaltener Wiederholungen bereits unter dem Titel der Verletzung der Fragepflicht gemachter Ausführungen (vgl. KG act. 1 RZ 25 und RZ 35), ist auf die vorstehenden Erwägung III.2.2 zu verweisen. Da die Beschwerdeführerin, welche nicht geltend macht, dass es ihr nicht möglich gewesen wäre, ihre am Obergericht gemachten Behauptungen und dort genannten Beweismittel bereits dem Arbeitsgericht vorzutragen, nicht begründet, weshalb das Obergericht zu Unrecht unechte Noven angenommen haben solle, ist auf diese Rüge schon mangels genügender Begründung nicht einzutreten (vgl. oben II.1). ZR 52 Nr. 210, auf den die Beschwerdeführerin verweist, ist nicht einschlägig, weil die Beschwerdeführerin gar nicht gegenbeweisbelastet wäre in Bezug auf die zur Verrechnung gestellte Forderung und dieser Entscheid aus dem Jahre 1953 die Führung des Gegenbeweises im Scheidungsverfahren durch (neue) Indizien betrifft, die nicht schon alle im Hauptverfahren angeführt wurden. Sollte sich die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge der Verletzung von § 115 Ziff. 4 ZPO, bei der sie anzugeben unterlässt, bei welcher Tatsache es sich um eine gemäss § 115 Ziff. 4 ZPO von Amtes wegen zu beachtende handle, auf den in Art. 343

Abs. 4 OR statuierten Untersuchungsgrundsatz berufen wollen, ist es zwar richtig, dass im sozialen Arbeitsprozess das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 343 Abs. 4 OR). Das heisst aber nicht, dass die Parteien untätig bleiben können. Vielmehr obliegt es auch hier in erster Linie den Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Streites darzulegen, das Fundament der Klage zu behaupten resp. diese Behauptungen zu bestreiten. Nach der zürcherischen Rechtsprechung zu §§ 267, 278 i.V.m. §§ 138 und 115 ZPO verlangt § 115 Ziff. 4 ZPO in arbeitsrechtlichen Prozessen trotz der bundesrechtlich statuierten „sozialen Untersuchungsmaxime“ gemäss Art. 343 Abs. 4 OR nicht die Zulassung von unechten Noven im Rechtsmittelverfahren (ZR 106 Nr. 6, 104 Nr. 25 mit Hinweisen, 101 Nr. 39, 100 Nr. 14; vgl. auch die Ausführungen der Vorinstanz auf S. 11 in Erw. 3, v.a. Erw. 3.2 im angefochtenen Beschluss, auf welche sie in Erw. 6.2 auf S. 23 verweist und mit denen sich die Beschwerdeführerin in keiner Weise auseinandersetzt). Zwar hat das Kassationsgericht in einem Entscheid vom 5. Juli 1999 ausgeführt, dass die Bestimmung von § 115 Abs. 4 ZPO einzig unter Bezugnahme auf § 142 ZPO (Beweiserhebung von Amtes wegen bei Rechtsverhältnissen, über welche die Parteien nicht frei verfügen können, d.h. wo die Officialmaxime als Gegensatz zur Dispositionsmaxime zur Anwendung gelangt, welche von der Untersuchungsmaxime als Gegensatz zur Verhandlungsmaxime zu unterscheiden ist) zu verstehen sei, erscheine im Rahmen der vom Bundesrecht vorgegebenen "sozialen Untersuchungsmaxime" nicht unumstösslich, hielt dann aber der bisherigen Praxis des Kassationsgerichts folgend zumindest einstweilen fest, dass § 115 Ziff. 4 ZPO in arbeitsrechtlichen Prozessen die Zulassung unechter Noven im Rechtsmittelverfahren nicht verlangt (ZR 100 Nr. 14 mit Hinweisen). Nachdem sich das Kassationsgericht mit dieser Frage seither nicht mehr zu befassen hatte (sofern die vorzitierten Entscheide des Obergerichts mit Nichtigkeitsbeschwerde am Kassationsgericht angefochten wurden, wurden die Erwägungen betreffend Unzulässigkeit von Noven im Rechtsmittelverfahren nicht gerügt) und die Beschwerdeführerin keine Argumente vorbringt, welche eine Praxisänderung aufdrängen würden, besteht für das Kassationsgericht keine Veranlassung für ein Abgehen von der bisherigen Praxis. Damit ginge die Rüge auch fehl, wenn auf sie eingetreten werden könnte.

4. Schliesslich erachtet die Beschwerdeführerin auch die Überprüfungspflicht gemäss § 269 ZPO verletzt (KG act. 1 RZ 38-40).

4.1. Die Vorinstanz habe die Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils nicht mit der gebotenen Sorgfalt vorgenommen und somit wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt. Gemäss RB 1977 Nr. 25 müsse das Urteil ohne Rücksicht darauf, wie der Berufungskläger seine Anträge begründet habe, sowohl hinsichtlich der Tatsachen als auch der Rechtsgründe überprüft werden. Die Vorinstanz habe weder die Ausübung der Fragepflicht noch der Amtsermittlungspflicht durch das Arbeitsgericht überprüft, sondern habe ohne nähere Begründung die aktenwidrige, in klarem Widerspruch zum Widerklagebegehren und Parteivortrag stehende Behauptung bestätigt, wonach in der Erstinstanz unbestritten gewesen sei, dass der Rückforderungsanspruch der Muttergesellschaft zustehe. Habe die Berufungsinstanz einen Fehler der ersten Instanz nicht korrigiert, so sei auch der Rechtsmittelentscheid selbst mit dem Mangel behaftet (KG act. 1 RZ 38-40).

4.2. Vorab ist die Beschwerdeführerin darauf hinzuweisen, dass § 269 ZPO vorliegend nicht anwendbar (und damit auch ihr Hinweis auf den denselben Paragraphen betreffenden RB 1977 Nr. 25 unbehelflich) ist, da gemäss § 259 Abs. 2 ZPO im einfachen und raschen Verfahren das weitere Berufungsverfahren nach den Bestimmungen über den Rekurs durchgeführt wird, was bedeutet, dass sich der Umfang der Überprüfung durch die Berufungsinstanz in diesen Fällen aus § 279 ZPO ergibt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 13 zu § 259 ZPO). Nach dieser Bestimmung überprüft die Rekursinstanz jedoch ebenfalls das Verfahren und den Entscheid der ersten Instanz im Rahmen der Rekursanträge und ergibt sich daraus keine Einschränkung der Prüfung auf die Rekursbegründung. Die Rekursinstanz trifft ihren Entscheid aufgrund der Vorbringen der Parteien im Rekursverfahren und der erstinstanzlichen Akten, wozu auch die Vorbringen im erstinstanzlichen Verfahren zählen (vgl. Kass.-Nr. AA070003 vom. 14.08.2007 Erw. II.3). Die Rüge geht jedoch fehl. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz die Begründung des Arbeitsgerichts anhand der dortigen Vorbringen der Beschwerdeführerin geprüft und begründet, wie sie zum Schluss in Erw. 6.1 kam. Davor gab sie nämlich in Erw. B.5 auf Seite 21 ff. die Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Erstinstanz wieder und ging gestützt

auf diese Ausführungen der Beschwerdeführerin am Arbeitsgericht davon aus, dass diese im erstinstanzlichen Verfahren nicht bestritten habe, dass die Zahlung der EUR 10'188.50 an den Beschwerdegegner durch und zulasten ihrer Muttergesellschaft erfolgt sei. Dies, weil die Beschwerdeführerin in der Klageantwort folgendes ausgeführt habe: Sie habe dem Kläger versehentlich für den Monat November 2005 nicht nur den korrekten Betrag von Fr. 10'662.50 überwiesen, sondern auch den nicht geschuldeten Betrag von EUR 10'188.50. Hintergrund dieser Überzahlung sei, dass der Kläger eine auf die Muttergesellschaft der Beklagten in London lautende Rechnung über den Betrag von EUR 10'188.50 ausgestellt habe, welche von einem Angestellten der Muttergesellschaft fälschlicherweise im guten Glauben bezahlt worden sei. Offenbar habe der Kläger - erfolgreich - versucht, sich doppelt bezahlen zu lassen, einmal als Angestellter in der Schweiz und einmal als Freiberufler gegenüber der Muttergesellschaft der Beklagten, zu der er keinerlei vertragliche Beziehung gehabt habe. Unmittelbar nach erfolgter Zahlung habe der verantwortliche Mitarbeiter der Muttergesellschaft, G, den Kläger auf die doppelte Zahlung aufmerksam gemacht und ihn gebeten, den Betrag von EUR 10'188.50 zurück zu überweisen. Der Kläger habe noch gleichentags geschrieben, dass er dies tun werde. Nachdem die Zahlung in der Folge nicht eingetroffen sei, habe sich G beim Kläger betreffend der fehlenden Rücküberweisung erkundigt. Am 10. Januar 2006 habe der Kläger wissen lassen, dass sein Konto durch Abbuchungen nicht die nötige Deckung aufweise. Erneut habe er nicht in Abrede gestellt, dass er das Geld überweisen werde. Mit E-Mail vom 26. Januar 2006 habe G geantwortet, dass die Überweisung mit dem Lohn für den Dezember 2005 verrechnet werde. Sodann habe er den Kläger mit E-Mail vom 21. Februar 2006 darüber informiert, dass der Kläger der Muttergesellschaft der Beklagten noch EUR 3'701.15 schulde und die Rückzahlung dieses Betrages bis zum 10. März 2006 gefordert. Dem habe der Kläger in der Replik entgegengehalten, das Geld sei von der britischen Firma überwiesen worden und nicht von der Beklagten. Mit dieser Firma habe er keine Verträge. Die Briten sollten sich selbst an ihn wenden und die Forderung geltend machen. Er klage vorliegend nicht gegen die A England, sondern die A Schweiz. Die Geltendmachung der Widerklage sei Sache der Briten und nicht der Beklagten. Es sei immer so abgelaufen, dass die Stundenzettel über London in die Schweiz gegangen seien. Von der Schweiz

aus sei dann jeweils das Geld ausbezahlt worden. Der Lohn sei ausschliesslich von der Beklagten bezahlt worden. Hierauf habe die Beklagte in der Duplik ausgeführt, es sei nicht nachvollziehbar, wieso die Forderung der A London und diejenige der Beklagten unterschiedlich zu behandeln seien. Der Kläger stelle eine Rechnung aus seiner Tätigkeit in der Schweiz. Es treffe zu, dass er ein "Timesheet" eingereicht habe. Dieses sei auch abgerechnet worden. Zusätzlich habe er aber eine Rechnung eingereicht, was zum einen überflüssig und zum anderen falsch gewesen sei. Aufgrund dieser zweiten Rechnung sei dem Kläger ein zweites Mal Lohn ausbezahlt worden. Es sei rechtsmissbräuchlich, wenn sich der Kläger nun auf den Standpunkt stelle, die Beklagte habe mit dieser Forderung nichts zu tun. Der anwesende Prokurist, D, wäre aber sowieso dazu bevollmächtigt, diese Forderung der A London an die Beklagte abzutreten (KG act. 2 Erw. B.5 S. 21 ff. und Erw. 6.1 S. 23). Mit diesen Erwägungen setzt sich die Beschwerdeführerin ihrerseits nicht auseinander (sondern beschränkt sich in KG act. 1 RZ 17 ff. darauf, ihre Ausführungen in der Erstinstanz wiederzugeben, die ihrer Ansicht nach eine Bestreitung der Behauptung enthielten, die Zahlung sei zu Lasten der Muttergesellschaft erfolgt), weshalb auf diese Rüge gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO schon nicht einzutreten wäre (oben II.1).

5. Zusammengefasst weist die Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund im angefochtenen Entscheid nach. Damit erübrigen sich Ausführungen zum Eventualantrag der Beschwerdeführerin auf Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und Gutheissung der Berufung (vgl. KG act. 1 S. 2 und S. 13 RZ 41).

IV.

1. Da es sich um ein arbeitsrechtliches Verfahren mit einem Streitwert unter Fr. 30'000.-- handelt, sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 343 Abs. 3 OR). Jedoch hat die Beschwerdeführerin, da sie im Kassationsverfahren unterliegt, dem Beschwerdegegner eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 2 ZPO), wobei mangels Antrags des Beschwerdegegners (KG act. 9 S. 2 Antrag 2) kein MWST-Zuschlag vorzunehmen ist (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006,

Ziff. 2.1.1). Hinsichtlich des für die Bemessung der Entschädigung massgebenden Streitwertes kann auf nachfolgende Erw. 2 verwiesen werden.

2. In arbeitsrechtlichen Fällen ist die Beschwerde ans Bundesgericht gemäss Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) nur zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 15'000.-- beträgt (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG). In Anbetracht dessen, dass die Beschwerdeführerin ihre Nichtigkeitsbeschwerde auf die im angefochtenen Beschluss Ziff. II.B (S. 16 ff.) getroffenen Feststellungen und rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz hinsichtlich des Lohnanspruchs des Beschwerdegegners (entsprechend einem Streitwert von Fr. 9'877.30 netto; KG act. 2 S. 20 Erw. 3.2) und der Widerklage der Beschwerdeführerin (deren Streitwert allerdings gemäss Art. 343 Abs. 2 OR sowie gemäss Art. 53 Abs. 1 BGG nicht zum Betrag der Hauptklage addiert wird) beschränkt (KG act. 1 RZ 6), ist hinsichtlich der Rechtsmittelbelehrung inkl. Streitwertangabe (vgl. Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG) zu untersuchen, ob der Streitwert gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG erreicht ist, andernfalls eine Beschwerde in Zivilsachen nur nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) zulässig wäre. Der Streitwert richtet sich gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG bei Beschwerden gegen Endentscheide nach den Begehren, die vor der Vorinstanz (des Bundesgerichts) streitig geblieben waren. Darunter sind die Anträge zu verstehen, die Gegenstand des Urteilsspruchs sein sollen (Beat Rudin in: BSK Bundesgerichtsgesetz, N 25 zu Art. 51 BGG). Da die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen am Kassationsgericht die gänzliche Aufhebung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. November 2008 verlangt (KG act. 1 S. 2), wo ein Betrag von Fr. 16'423.30 strittig war (vgl. KG act. 2 S. 2 f.), ist auch für das Kassationsverfahren und die Rechtsmittelbelehrung von diesem Streitwert auszugehen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Kosten des Kassationsverfahrens fallen ausser Ansatz.
3. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- zu entrichten.
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. 16'423.30.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 5. November 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, das Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer (Prozess-Nr. LA070019) und das Arbeitsgericht Zürich (Prozess-Nr. AN060520), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die jur. Sekretärin: