

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA110018-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,  
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan und sowie Gerichtsschreiber  
lic. iur. Ch. Büchi

## Beschlüsse und Urteil vom 18. Mai 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung / Zeugnis**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom  
5. April 2011 (AN100559)**

**Rechtsbegehren:**

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 264'865.60 netto zuzüglich Zins seit 18. Mai 2010 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, die Sozialleistungen für den Kläger vollumfänglich zu erbringen und einzubezahlen.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ein korrektes Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen.

**Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 5. April 2011:**

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 134'000.– brutto bzw. Fr. 123'037.20 netto zuzüglich 5% Zins seit 20. Juli 2010 zu bezahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 16'320.–.
4. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
5. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

**Berufungsanträge:**

**der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. Urk. 33 S. 2):**

- 1.1 Das angefochtene Urteil sei in Ziff. 1 aufzuheben, wonach die Beklagte zu verpflichten sei, dem Kläger Fr. 134'000.– brutto bzw. Fr. 123'037.20 netto zuzüglich 5% Zins seit 20. Juli 2010 zu bezahlen und der Entscheid sei an die Vorinstanz zurückzuführen, zur Ergänzung des Sachverhalts bzw. zur Durchführung eines Beweisverfahrens.  
  
Eventualiter
- 1.2 Das angefochtene Urteil sei in Ziff. 1 aufzuheben, wonach die Beklagte zu verpflichten sei, dem Kläger Fr. 134'000.– brutto bzw. Fr. 123'037.20 netto zuzüglich 5% Zins seit 20. Juli 2010 zu bezahlen und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Neufestsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im erstinstanzlichen Verfahren.

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 38 S. 1):

1. Die Berufung der Berufungsklägerin vom 6. Mai 2011 sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 5. April 2011 sei vollumfänglich zu bestätigen.

### **Sachverhalt und Prozessgeschichte:**

1. a) Der Kläger ist Fussballtrainer. Die Beklagte wurde am 3. April 2008 vom Kläger, C.\_\_\_\_, D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ gegründet. Zweck der Gesellschaft ist, eine Privatschule zu betreiben, die es sportlich (insbesondere fussballerisch) talentierten Jugendlichen beiderlei Geschlechts ermöglichen soll, das Absolvieren einer Berufsausbildung im kaufmännischen Bereich effizient mit der Entwicklung des sportlichen Talents zu verbinden. Die Gründung der Beklagten war die Folge einer von den erwähnten Personen im Jahre 2006 in Angriff genommenen Aufbauarbeit. Die Beteiligten sind sich darüber einig, dass alle vier Fronarbeit leisteten, dass der Kläger das wohl wesentlichste Mitglied hinsichtlich des fussballerischen Fachwissens war und dass E.\_\_\_\_ als langjähriger Lehrer an der F.\_\_\_\_, Inhaber eines Sportlehrerdiploms der ETH und als Jurist und Rechtsanwalt wohl der wichtigste Gesellschafter der Beklagten ist. Es war geplant, die Tätigkeit des Klägers nach Beginn der Betriebsaufnahme in ein ordentliches Arbeitsverhältnis mit einem regelmässigen Monatslohn zu überführen (vgl. ergänzend die Darstellung im angefochtenen Urteil: Urk. 34 S. 3 f. Ziff. 1.1 und 1.2).

b) Vor dem Beginn einer Testwoche vom Montag, 20. April 2009 bis Freitag, 24. April 2009, mit welcher Kandidaten zur Anmeldung für den Ausbildungsgang motiviert werden sollten, regelten die Beteiligten das Arbeitsverhältnis des Klägers. Die Regelung wurde im Protokoll der Geschäftsleitungssitzung vom 18. April 2009 festgehalten (Urk. 3/1=16/3=18/2=21/19). Die dabei festgehaltene Widerrufsfrist bis 23. April 2009 blieb ungenutzt. Es ist deshalb davon auszuge-

hen, dass ein Arbeitsvertrag gemäss erwähntem Protokoll zustande gekommen war (vgl. ergänzend die Darstellung im angefochtenen Urteil: Urk. 34 S. 4 f. Ziff. 1.3 lit. a und b). Danach wurde die Tätigkeit des Klägers rückwirkend per 1. April 2009 bis zum 31. März 2012 wie folgt in ein Anstellungsverhältnis überführt (Urk. 3/1):

- Das Arbeitsverhältnis von B. \_\_\_\_\_ beginnt rückwirkend auf den 1. April 2009 und dauert fest bis zum 31. März 2012.

- B. \_\_\_\_\_ bekleidet die Position "als Sportlicher Leiter" der A. \_\_\_\_\_.

- Die Aufgaben von B. \_\_\_\_\_ (und auch dessen Entlöhnung) orientieren sich an dessen Pflichtenheft.

- Je Klasse zu mindestens 18 Schülern erhält B. \_\_\_\_\_ einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 5'000.–, der jedoch den Betrag von Fr. 15'000.– nicht übersteigen und den Betrag von Fr. 7'000.– nicht unterschreiten darf. Das maximale Jahres-Bruttogehalt liegt bei Fr. 180'000.–.

- Kann B. \_\_\_\_\_ (aus welchen Gründen auch immer) seine Aufgaben gemäss Pflichtenheft nicht vollumfänglich erfüllen, reduziert sich sein Lohn entsprechend.

c) Die Beklagte kündigte dem Kläger am 30. November 2009 per 31. Dezember 2009 (Urk. 3/4). Da der Kläger am 30. November 2009 krank war, kündigte die Beklagte am 1. Dezember 2009 neu auf den 31. Januar 2010. Die Kündigung erging mit der Begründung, der Kläger habe das Pensionierungsalter erreicht (Urk. 3/7). Das Arbeitsverhältnis wurde damit per 31. Januar 2010 beendet. Am 6. Januar 2010 erhob der Kläger Einsprache gegen die Kündigung (Urk. 3/8).

2. a) Mit Eingabe vom 8. Juli 2010 erhob der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich Klage. Er machte dabei geltend, dass die Kündigung missbräuchlich erfolgt sei, und er beantragte - nebst der Ausstellung eines korrekten Arbeitszeugnisses - eine Entschädigung und Schadenersatzleistungen im Sinne von Art. 336a OR über insgesamt Fr. 264'865.60 (Urk. 1).

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 26. Oktober 2010 hielt der Kläger fest, dass ihm ab April 2009 der vereinbarte Lohn von Fr. 7'000.– ausbezahlt wor-

den sei. Ab August 2009 habe der erste Lehrgang mit zwei Klassen mit insgesamt 40 Jugendlichen gestartet werden können. Obwohl er nun Anspruch auf einen Monatslohn von Fr. 10'000.– gehabt habe, seien ihm - trotz schriftliche Abmahnung - weiterhin lediglich Fr. 7'000.– ausbezahlt worden. Die Kündigung sei angesichts der festen Vertragsdauer nicht zulässig gewesen. Das Pensionierungsalter sei nur vorgeschoben gewesen, da er nicht bereit gewesen sei, einen Vertrag mit schlechteren Konditionen zu akzeptieren. Seine Forderung bezifferte er wie folgt (Urk. 15 S. 22):

- Lohnausfall (Fr. 7'000.– statt Fr. 10'000.–):	Fr. 18'000.–
- Schadenersatz aufgrund des festen Arbeitsverhältnisses:	Fr. 200'000.–
- Feriensprüche:	Fr. 4'680.–
- Pönalentschädigung:	<u>Fr. 60'000.–</u>
total brutto	Fr. 282'680.–
minus Sozialabzüge	Fr. 17'814.40
Forderung total netto:	<u>Fr. 264'865.60</u>

b) Die Beklagte machte dagegen geltend, der Vertrag vom 18. April 2009 mit den hohen Bezügen sei nur zustande gekommen, weil der Kläger hohe Forderungen gestellt und gedroht habe, er würde ansonst die für die Realisierung des Projekts wesentliche Testwoche, für die sich 26 potentiell Lernende gemeldet hatten, absagen. Dies nachdem zuvor erst 10 Ausbildungsverträge hatten abgeschlossen werden können und ein Jahr zuvor das Projekt hatte kurzfristig abgesagt werden müssen (Urk. 17 S. 3 ff.). Nachdem 2009 zwei Klassen zustande gekommen seien, habe man aus Goodwill ein monatliches Salär von Fr. 7'000.– überwiesen. Der Kläger habe gegen die ersten Salärzahlungen nicht remonstriert, weshalb man von einer konkludenten Einigung ausgegangen sei. Im Oktober habe er aber an seinen exorbitanten Forderungen festgehalten. Weitere Gespräche seien erfolglos geblieben (Urk. 17 S. 7 ff.).

c) Für die weiteren Vorbringen der Parteien kann auf die entsprechende Wiedergabe im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 34 S. 3-5 und S. 8-12).

d) Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Parteien am 18. April 2009 ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbarten, das bis zum 31. März 2012 dauern sollte (Urk. 34 S. 12-15). Da ein befristetes Arbeitsverhältnis nicht durch ordentliche Kündigung beendet werden kann, nahm das Arbeitsgericht weiter an, dass die am 1. Dezember 2009 ausgesprochene Kündigung nichtig sei und keinerlei Rechtswirkungen habe entfallen können (Urk. 34 S. 15). Gestützt hierauf sprach die Vorinstanz dem Kläger - ausgehend von zwei Klassen und dem entsprechend vereinbarten Salär von Fr. 10'000.- pro Monat - eine Lohnnachzahlung von August 2009 bis Januar 2010 sowie die bis zum Urteilszeitpunkt, d.h. bis Ende März 2011 fälligen Löhne zu. Dabei beachtete sie, dass der Kläger bis Juli 2010 einen Lohn von Fr. 10'000.- zu Gute hatte, und dass er danach nur den Minimallohn von Fr. 7'000.- pro Monat eingeklagt hatte. Das Arbeitsgericht ermittelte so einen Lohnanspruch von Fr. 134'000.- brutto bzw. Fr. 123'037.20 netto (Urk. 34 S. 15-17). Die Zeugnisklage schrieb die Vorinstanz - nachdem ein Zeugnis zugestellt worden war - als gegenstandslos geworden ab (Urk. 34 S. 18).

3. Mit Eingabe vom 6. Mai 2011 erhob die Beklagte rechtzeitig Berufung (Urk. 30/2 und 33). Mit Verfügung vom 9. Mai 2011 wurde ihr in der Folge Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss zu leisten (Urk. 35). Dieser Vorschuss von Fr. 10'070.- wurde fristgerecht einbezahlt (Urk. 36), worauf dem Kläger mit Verfügung vom 24. Mai 2011 Frist angesetzt wurde, um die Berufung zu beantworten (Urk. 37). Die ebenfalls rechtzeitig erstattete Berufungsantwort datiert vom 1. Juli 2011 (Urk. 38). Mit Verfügung vom 7. Juli 2011 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um zu neu eingereichten Urkunden Stellung zu nehmen (Urk. 42). Die entsprechende Stellungnahme ging am 3. August 2011 ein (Urk. 43) und wurde mit Verfügung vom selben Tag dem Kläger zur Kenntnis gebracht (Urk. 45).

### **Erwägungen:**

#### I.

1. Das angefochtene Urteil datiert vom 5. April 2011 (Urk. 33). Damit ist auf das Berufungsverfahren die seit dem 1. Januar 2011 in Kraft stehende Schweizerische Zivilprozessordnung anzuwenden (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Da der angefochtene Entscheid indes noch unter der Anwendung des kantonalzürcherischen Zivilprozessrechtes (ZPO/ZH) erging, ist der Entscheid bzw. das Verfahren vor erster Instanz nach dem bisherigen kantonalen Prozessrecht zu überprüfen.

2. Gemäss neuer ZPO ist die Berufung innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO) und innert 30 Tagen zu beantworten (Art. 312 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz sodann eine Verhandlung durchführen, aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO) oder einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Art. 316 Abs. 2 ZPO). Diese Regelung stellt es ins Ermessen der Rechtsmittelinstanz, das für den konkreten Fall Geeignete vorzukehren (Peter Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 316 N 1). Die Berufungsinstanz kann damit selbst entscheiden, ob das Berufungsverfahren mündlich oder schriftlich durchgeführt wird. Wenn die Sache spruchreif ist, kann bereits nach der Berufungsschrift und der Berufungsantwort - d.h. ohne zweiten Schriftenwechsel bzw. ohne mündliche Berufungsverhandlung - entschieden werden. Die Sache ist dann spruchreif und ein Aktenentscheid angezeigt, wenn die Berufungsschrift und die Berufungsantwort hinreichend aufschlussreich sind, so dass sich die Berufungsinstanz bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eine abschliessende Meinung bilden kann. Dies wird häufig anzunehmen sein (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 316 N 34). Wie im Folgenden zu zeigen sein

wird, ist die Sache spruchreif, so dass bereits nach dem ersten Schriftenwechsel aufgrund der Akten zu entscheiden ist.

3. Im Rahmen der Berufungsbegründung ist darzulegen, weshalb die in der Berufungsschrift aufgeführten Berufungsanträge gestellt werden und gestützt auf welche Sachverhaltselemente und Rechtsgrundlagen sich diese Berufungsanträge rechtfertigen. Die Begründung eines Rechtsmittels hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Der Berufungskläger hat sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann die geltend gemachten Punkte zu prüfen. Sie hat nicht von sich aus den erstinstanzlichen Entscheid auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Partei gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 311 N 36). Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Berufungsbegründung mit den entsprechenden Rügen grundsätzlich den Umfang der Prüfungsbefugnis und der Prüfungspflicht der Berufungsinstanz umschreibt. Die Berufungsinstanz kann die gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüfen und sie muss sie auch überprüfen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 310 N 5 f.). Dabei ist sie aufgrund der umfassenden Überprüfungsbeugnis nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen.

4. a) Der Beschluss der Vorinstanz vom 5. April 2011, mit dem das Begehren um Kautionsleistung abgewiesen und sodann das Verfahren mit Bezug auf Rechtsbegehren 3 (Zeugnisklage) als gegenstandlos geworden abgeschrieben wurden (Urk. 34 S. 19), blieb unangefochten. Dieser Beschluss ist daher nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

b) Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Der Kläger hat den erstinstanzlichen Entscheid, wonach die Klage "im Übrigen" ab-

gewiesen wurde (Urk. 34 S. 20 Disp. Ziff. 2), nicht angefochten. Er hat mit der Berufungsantwort auch keine Anschlussberufung erhoben. Damit ist das Urteil der Vorinstanz, insofern als die Klage im Fr. 134'000.– brutto bzw. Fr. 123'037.20 netto zuzüglich 5% Zins seit dem 20. Juli 2010 übersteigenden Umfang abgewiesen wurde, am 4. Juli 2011 (Eingang der Berufungsantwort) in Rechtskraft erwachsen (vgl. zum Zeitpunkt: Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 313 N 20 a.E.). Dies ist vorzumerken.

Damit ist im vorliegenden Verfahren nicht über allfällige Lohnansprüche des Klägers ab April 2011 zu befinden, zu denen die Beklagte (auch) Verrechnungsansprüche geltend machen will (Urk. 33 S. 8 Abs. 2 und 3). Solche Verrechnungsansprüche sind daher nicht zu prüfen. Der Vollständigkeit halber sei bloss beigefügt, dass solche Ansprüche nicht mittels eines Beweisverfahrens substantiiert werden könnten.

## II.

1. Die Beklagte macht mit der Berufung unter dem Titel unrichtige rechtliche Würdigung erneut geltend, der Vertrag vom 18. April 2009 sei für sie nicht verbindlich, da der Kläger mit seiner Drohung, die Testwoche nicht durchzuführen, ihr widerrechtlich einen ihm nicht zustehenden Lohn abgenötigt habe. Sinngemäss bringt sie damit vor, der Vertrag sei - wie bereits mit Schreiben vom 13. Oktober 2009 festgehalten (Urk. 14/3) - gemäss Art. 29 OR unverbindlich (Urk. 33 S. 4 f.).

Diese Darstellung ist indes haltlos. Die Beklagte setzt sich denn auch nicht mit den klaren Erwägungen der Vorinstanz auseinander, wonach unter den gegebenen Umständen in keiner Art und Weise von einer Furchterregung im Sinne von Art. 29 OR auszugehen ist. Es kann daher vorweg auf diese völlig zutreffenden Erwägungen verwiesen werden (Urk. 34 S. 10-12). Es liegt keine widerrechtliche Beeinflussung des Gegners vor, wenn jemand den Abbruch der Geschäftsbeziehungen in Aussicht stellt, falls sich der Gegner nicht zu einer bisher nicht geschuldeten Leistung bereit erklärt bzw. wenn ein Partner bei Vertragsverhandlungen

gen erklärt, er schliesse den Vertrag nur zu bestimmten Bedingungen ab. Daran ändert nichts, dass der Beginn des Arbeitsverhältnisses mit dem Vertrag vom 18. April 2009 rückwirkend auf den 1. April 2009 festgesetzt wurde. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers für die Durchführung der Testwoche entstand erst mit dem Abschluss des Vertrages. Zuvor fehlte dieses Weisungsrecht. Im Übrigen fehlt es auch an der Substantiierung eines Vermögensschadens im Sinne von Art. 30 Abs. 1 OR, nachdem (vor Vorinstanz) bloss geltend gemacht wurde, dass bei einer Nichtdurchführung der Testwoche das Projekt gefährdet gewesen wäre. Es ist daher mit der Vorinstanz von der Gültigkeit des Vertrages vom 18. April 2009 auszugehen, gegen den im Übrigen bis zum 23. April 2009 - d.h. faktisch bis zum Abschluss der Testwoche - hätte Einsprache erhoben werden können. Ein solcher Einspruch erfolgte indes nicht.

2. Wie bereits erwähnt konnte ab August 2009 der erste Lehrgang mit zwei Klassen mit insgesamt 40 Jugendlichen gestartet werden. Gemäss Vertrag hatte der Kläger demnach ab August 2009 Anspruch auf einen Monatslohn von brutto Fr. 10'000.- (Urk. 14/1). Die Beklagte macht jedoch geltend, der Kläger habe konkludent einen Lohn von Fr. 7'000.- akzeptiert. Er habe nie gegen die entsprechenden Lohnauszahlungen von Fr. 7'000.- remonstriert (Urk. 33 S. 9 oben).

Die Festsetzung der Lohnhöhe ist grundsätzlich Sache der vertraglichen Übereinkunft der Parteien. Es besteht Formfreiheit, so dass das Entgelt mündlich, schriftlich oder durch konkludentes Verhalten vereinbart werden kann (Rehbinder, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 322 ZGB). Eine Lohnreduktion (hier gegenüber der Vereinbarung vom 18. April 2009) bedarf sodann als Vertragsänderung stets der übereinstimmenden Willensäusserung der Parteien. Einseitige Lohnkürzungen durch den Arbeitgeber sind unzulässig. Kürzt ein Arbeitgeber den Lohn ohne Zustimmung des Arbeitnehmers, so ändert dies nichts an seiner Schuldpflicht. Ein stillschweigendes Akzept einer Lohnreduktion kann nur ausnahmsweise dann angenommen werden, wenn der Arbeitnehmer aufgrund der besonderen Umstände nach Treu und Glauben zu einer Ablehnung der Reduktionsofferte verpflichtet war. Hat der Arbeitnehmer einen geringeren als den ursprünglich vereinbarten

Lohn jedoch mehrmals vorbehaltlos entgegen genommen, so spricht eine tatsächliche Vermutung für seine Zustimmung zum Lohnabbau. Dies kann indes nur dann gelten, wenn eine Offerte zur Vertragsänderung angezeigt worden ist. Nur wenn eine Offerte zu einer Vertragsänderung vorliegt, kann diese - allenfalls stillschweigend - angenommen werden. Eine solche Offerte könnte dem Arbeitsvertragsentwurf der Beklagten vom 1. Oktober 2010 entnommen werden, mit welchem die Lohnzahlung für das erste Jahr auf brutto Fr. 7'000.- pro Monat reduziert werden sollte (Urk. 18/3). Gegen eine solche Reduktion hat sich der Kläger indes mit Schreiben seines Vertreters vom 19. November 2009 zur Wehr gesetzt und auf den vereinbarten Lohn von Fr. 10'000.- ab August 2009 hingewiesen (Urk. 3/3). Damit kann von einer konkludent akzeptierten Lohnreduktion keine Rede sein, zumal der Kläger zuvor schon selber eine Nachzahlung für August und September 2009 verlangt hatte (Schreiben vom 6. Oktober 2009, Urk. 18/4).

3. a) Die Vorinstanz erwähnte zwar, dass die Parteien festgehalten hätten, dass eine Reduktion des Lohnes vorbehalten sei, falls der Kläger seine Aufgaben nicht mehr vollumfänglich erfüllen könne. Dieser interpretationsbedürftige Absatz sei aber von den Parteien nicht angerufen worden, weshalb er nicht ausgelegt zu werden brauche. Die Beklagte habe den ihrer Meinung nach dem Kläger zustehenden Lohn immer bezahlt, ohne je wegen mangelnder Leistung einen Abzug zu machen (Urk. 34 S. 5 Ziff. 1.4 Abs. 3).

b) Dies trifft so nicht zu. Die Beklagte hat sich sowohl mit der Klageantwort als auch mit der Duplik auf den Passus gemäss Protokoll der Geschäftsleitungssitzung vom 18. April 2009 berufen, wonach der Lohn reduziert werde, wenn der Kläger seine Aufgaben nicht erfüllen könne. Sie hat geltend gemacht, dass der Kläger aufgrund seiner Selbsteinschätzung die ihm übertragenen Aufgaben zu rund 30% nicht erfüllt habe (Urk. 17 S. 24) bzw. dass er nach Auffassung der Beklagten lediglich 35 - 45% seiner Aufgaben gemäss Pflichtenheft erfüllt habe, weshalb ein Lohnabzug von bis zu 65% gerechtfertigt wäre (Urk. 17 S. 25 und 24 S. 47). Es werde daher zwingend festgestellt werden müssen, welche Punkte des Pflichtenhefts der Kläger nicht erfüllt habe und wie diese Punkte

zu gewichten seien. Hiefür sei die Einholung eines Expertengutachtens anzuordnen (Urk. 24 S. 46). An diesen Ausführungen hielt die Beklagte mit der Berufung fest und machte erneut geltend, es sei ein Gutachten einzuholen zur "Feststellung der genauen prozentualen Reduktionssumme des Salärs". Die Parteien hätten eine Kombination zwischen einem Zeit- und Leistungslohnmodell gewählt (Urk. 33 S. 3).

c) Trotz diesen Ausführungen der Beklagten ist in diesem Punkt kein Beweisverfahren durchzuführen. Beweis abzunehmen ist nur über bestrittene Tatsachenbehauptungen. Das Beweisverfahren ist nicht dazu da, ungenügende bzw. unvollständige Sachverhaltsdarstellungen zu ergänzen oder zu vervollständigen (vgl. dazu u.a. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 5 zu § 133 ZPO/ZH). Es kann nicht - wie von der Beklagten angebeht (Urk. 33 S. 3) - Aufgabe eines Beweisverfahrens bzw. eines Gutachtens sein, eine genaue prozentuale Reduktionsumme eines Salärs zu ermitteln, wenn Angaben dazu fehlen, welche Pflichterfüllungen ein volles, gänzlich erfülltes Pensum ergeben hätten und wie die einzelnen angeblich nicht erfüllten Pflichten zu gewichten seien. Hiezu und auch zum hiefür im Einzelnen vorgesehen Zeitaufwand fehlen Angaben. Hinzu kommt, dass die Beklagte nicht geltend macht, dass sie den Kläger mit Bezug auf seine Pflichterfüllung abgemahnt, eine Lohnreduktion angedroht oder eine solche gar vollzogen habe. Damit erscheinen die Voraussetzungen für eine nachträgliche Lohnreduktion ohnehin fraglich (vgl. dazu Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 6. A., N 11 zu Art. 322 OR). Es braucht damit auf diese Einwendungen nicht weiter eingegangen zu werden.

4. Die Beklagte macht schliesslich Verrechnungsansprüche für anderweitige Tätigkeiten des Klägers in den Monaten Juli und August 2009 geltend (Urk. 33 S. 8 Abs. 1). Auch hier ist vorweg darauf hinzuweisen, dass es nicht Aufgabe eines Beweisverfahrens ist, nach allfälliger Schwarzarbeit zu forschen, damit daraus allfällige Schadenersatzansprüche bzw. Verrechnungsansprüche abgeleitet werden können. Die von der Beklagten angeführte Untersuchungsmaxime für arbeits-

rechtliche Verfahren ist hier entgegen ihrer Auffassung (Urk. 33 S. 8) nicht anzuwenden. Diese Untersuchungsmaxime wurde nur für Verfahren bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– eingeführt (vgl. Art. 343 Abs. 4 aOR i.V. mit Art. 343 Abs. 2 aOR). Der Streitwert im vorliegenden Verfahren ist indes wesentlich höher. Eine entsprechende Fragepflicht bestand daher nicht. Zudem blieb die Behauptung des Klägers unbestritten, dass der Beklagten die Tätigkeit des Klägers für die G.\_\_\_\_\_ (...) bekannt war und dass dagegen keine Einwände erhoben worden seien (Urk. 20 S. 25 i.V. mit Urk. 24 S. 33). Es wurde lediglich geltend gemacht, dass der Kläger die Beklagte nicht über den Umfang der Tätigkeit informiert habe. Damit lag aber keine Schwarzarbeit des Klägers im Sinne von Art. 321a Abs. 3 OR vor. Es wurde sodann auch nicht dargelegt, in welchem Umfang der Kläger welche Aufgaben zu Gunsten der Beklagten im Juli und August 2009 nicht wahrnehmen können. Es kann nicht Aufgabe eines Beweisverfahrens sein, ohne entsprechende Behauptungen allfällige fehlende Arbeitsstunden zu ermitteln. Was sodann die Behauptung anbelangt, dass der Kläger zusammen mit Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ beabsichtigt habe, einen Spielervermittlungs- bzw. Spielerberatungsvertrag mit H.\_\_\_\_\_ abzuschliessen (Urk. 33 S. 8 i.V. mit Urk. 24 S. 41), ist nicht ersichtlich, weshalb hieraus eine Schadenersatzpflicht soll abgeleitet werden können. Damit sind keine Verrechnungsansprüche zu berücksichtigen. Solche sind im Übrigen auch nicht beziffert worden.

5. a) Gemäss Protokoll der Geschäftsleitungssitzung vom 18. April 2009 wurde mit Bezug auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses folgende Regelung festgehalten (Urk. 3/1):

"Das Arbeitsverhältnis von B.\_\_\_\_\_ beginnt rückwirkend auf den 1. April 2009 und dauert fest bis zum 31. März 2012."

Währenddem der Kläger aus dieser Bestimmung ableitet, dass damit ein bis zum 31. März 2012 befristetes Arbeitsverhältnis abgeschlossen worden sei, stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass die Parteien von einem kündbaren Arbeitsverhältnis mit einer Maximaldauer von drei Jahren ausgegangen seien (Urk. 34 S. 12 f.).

b) Ein Arbeitsvertrag kann auf unbestimmte Zeit oder für eine feste Dauer abgeschlossen werden. Ein befristetes Arbeitsverhältnis endet stets ohne Kündigung (Art. 334 Abs. 1 OR). Auch ein befristetes Arbeitsverhältnis kann mit einer Kündigungsmöglichkeit verbunden werden, endet aber spätestens mit Ablauf der vereinbarten Dauer.

Die Vorinstanz ging zu Recht davon aus, dass derjenige, welcher ein befristetes Arbeitsverhältnis behauptet und daraus Rechte ableitet, dieses zu beweisen habe (Urk. 34 S. 13). Sie prüfte in der Folge indes allein aufgrund des Protokolls der Geschäftsleitungssitzung vom 18. April 2009, ob ein befristetes Arbeitsverhältnis angenommen werden müsse und hielt fest, der oben angeführte Vertragstext lasse "an seiner Deutlichkeit keinen Zweifel offen". Es sei nicht von einer Höchstdauer die Rede und auch eine allfällige Kündigungsmöglichkeit werde nicht erwähnt. Es heisse vielmehr klar: "fest bis zum 31. März 2012". Eine solche klare Zeitangabe sei das deutlichste Indiz für eine Befristung. Der Ausdruck "fest" könne in diesem Zusammenhang nur die Bedeutung haben, dass der Vertrag bis zu jenem Datum eben nicht einseitig aufgelöst werden könne. Ein Beweisverfahren sei deshalb nicht durchzuführen (Urk. 34 S. 13 f.).

c) Der Bestand eines Vertrages ist wie dessen Inhalt durch Auslegung der Willensäusserungen der Parteien zu bestimmen. Ziel der Vertragsauslegung ist es in erster Linie, den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzustellen. Steht eine tatsächliche Willensübereinstimmung jedoch fest, bleibt für eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz kein Raum. Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, wenn die entsprechende Tatfrage nicht geklärt werden kann, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 626 mit weiteren Hinweisen).

Entgegen der Darstellung im angefochtenen Urteil (Urk. 34 S. 14 Abs. 2) hat die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, dass die Parteien von einem kündbaren Arbeitsverhältnis mit einer Maximaldauer von drei Jahren

ausgegangen seien (Urk. 17 S. 29 oben und Urk. 24 S. 49 unten). Mit dieser Behauptung wurde ein übereinstimmender Parteiwille geltend gemacht, wonach mit der Begrenzung lediglich eine Maximaldauer von drei Jahren vereinbart worden sei. Ob ein solcher übereinstimmender Parteiwille vorlag, ist vorweg zu prüfen. Steht ein derartiger übereinstimmender Parteiwille fest, so bleibt nach dem Gesagten für eine Vertrausauslegung kein Raum. Daran ändert nichts, dass der Wortlaut - wie dies von der Vorinstanz festgehalten wurde (Urk. 34 S. 13 f.) - für eine Befristung des Arbeitsvertrages spricht. Es ist der Beklagten daher Gelegenheit zu gewähren, Beweismittel für ihre Behauptung zu nennen, wonach beide Parteien von einem kündbaren Arbeitsverhältnis mit einer Maximaldauer von drei Jahren ausgegangen sind. Bei der Prüfung dieser vorab zu klärenden Tatsachenbehauptung wird auch das Verhalten des Klägers nach der Kündigung des Vertrages durch die Beklagte zu würdigen sein. Das nachträgliche Verhalten einer Partei ist nämlich von Bedeutung, wenn es um die Klärung der Frage geht, ob ein gemeinsamer Wille der Parteien vorlag; es kann allenfalls auf einen gemeinsamen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 132 III 626 E 3.1 a.E.; Gauch/Schluemp/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 9.A., Rz 1215). In diesem Zusammenhang hat die Beklagte auf die Reaktion des Klägers nach der Kündigung verwiesen, wo dieser in der Tat in seiner ersten Stellungnahme mit keinem Wort auf eine feste Vertragsdauer verwiesen hat, sondern geltend gemacht hat, die Kündigung sei "missbräuchlich" erfolgt (Urk. 18/14: Einsprache vom 6. Januar 2010). Ebenso wurde in den nachfolgenden Zuschriften zur Frage einer Vertragsänderung mit keinem Wort auf eine feste Vertragsdauer hingewiesen (Urk. 18/16 und 18/17 sowie 25/77-79). Dies alles lässt die Darstellung der Beklagten jedenfalls nicht als von Anfang an völlig unmöglich erscheinen. Der Kläger hat zudem auch die Arbeit nicht weiter geführt bzw. diese nicht umgehend weiter angeboten. Andererseits hat aber auch die Beklagte nach eigenen Angaben den Kläger nach der Kündigung aufgefordert, "nicht mehr auf Platz zu erscheinen" (Urk. 24 S. 24).

Gemäss der hier für das erstinstanzliche Verfahren noch anzuwendenden ZPO/ZH wird daher ein Beweisverfahren über die angeführte erhebliche streitige

Tatsache durchzuführen sein, welches nach dem bisherigen Prozessrecht mittels Beweisaufgabe zu eröffnen ist, worauf die Parteien die Möglichkeit haben, abschliessend (und in Ergänzung zu ihren bisherigen Beweisofferten) ihre Haupt- und Gegenbeweismittel zu nennen.

6. a) Schliesslich bringt die Beklagte vor, dass sie ab 31. Juli 2010 über gar keine Schulkonzession mehr verfügt habe, weshalb der Kläger seinen Aufgaben als technischer Leiter gar nicht mehr habe nachkommen können. Der Kläger habe selber der Einstellung des Schulbetriebes zugestimmt. Entsprechend der Lohnreduktionsklausel entfalle daher ein Lohnanspruch spätestens ab August 2010 (Urk. 33 S. 9). Die Beklagte hat bereits mit der Klageantwort vor Vorinstanz vorgebracht, dass die Ermächtigung zum Verkauf des Geschäfts der Beklagten einstimmig, d.h. mit Zustimmung des Klägers erteilt worden sei. Da eine erfolgreiche Weiterführung des Projekts nicht mehr abzusehen gewesen sei, sei dann auch ein Teil des Geschäfts verkauft worden und die Beklagte habe ab August 2010 nicht mehr über eine Bewilligung für den Schulbetrieb verfügt (Urk. 17 S. 14). Es sei nicht voraussehbar gewesen, dass der Betrieb im Sommer 2010 wegen massiver wirtschaftlicher Schwierigkeiten eingestellt werden müsse. Ohne Schulbetrieb bedürfe es aber auch keiner Angestellten mehr, weshalb der Kläger - der die Einstellung des Schulbetriebes mitgetragen habe - ab August 2010 auch keinen Lohnanspruch mehr gehabt habe (Urk. 17 S. 27 f. und 24 S. 48 f.).

Der Kläger wandte dagegen einerseits ein, das Projekt sei von den massgeblichen Personen unter der Firma AA. \_\_\_\_\_ weiter geführt worden (Urk. 20 S. 22 f. und 38 S. 16 f.), und andererseits sei die Einstellung des Schulbetriebes irrelevant. Der Arbeitgeber bleibe an den festen Arbeitsvertrag gebunden (Urk. 20 S. 38). Ein festes Arbeitsverhältnis werde durch die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung nicht aufgehoben, das Arbeitsverhältnis werde dadurch nicht beendet (Urk. 38 S. 15).

b) Weder die Vorinstanz noch der Kläger haben sich mit ihren Erwägungen bzw. Ausführungen mit der auf die Lohnreduktionsklausel gestützten Behauptung der Beklagten auseinandergesetzt, wonach ein Lohnanspruch des Klä-

gers ab August 2010 entfallende, da die Beklagte die Schule nicht mehr weitergeführt habe bzw. aus wirtschaftlichen Gründen nicht mehr weiterführen können.

Die Beklagte kann indes aus der Bestimmung, wonach sich der Lohn des Klägers reduziere, wenn er "aus welchen Gründen auch immer" seine Aufgaben gemäss Pflichtenheft nicht mehr erfüllen könne, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wie vom Kläger geltend gemacht, führen wirtschaftliche Gründe nicht zur Beendigung eines festen Arbeitsvertrages (Portmann, Basler Kommentar, N 11 zu Art. 334 OR). Dies ist indes nicht allein entscheidend. Wesentlich ist nämlich auch, dass bei einem Annahmeverzug des Arbeitgebers der Lohn trotzdem geschuldet ist. Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber das wirtschaftliche Risiko. Kann der Arbeitnehmer aus Gründen des Betriebes seine Arbeit nicht (mehr) verrichten, so tritt deshalb gewöhnlich ein Annahmeverzug des Arbeitgebers ein. Die entsprechende Bestimmung von Art. 324 Abs. 1 OR ist relativ zwingendes Recht (Art. 362 OR), d.h. sie kann durch Abrede höchstens zu Gunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden. Eine im Voraus getroffene Abrede, wonach der Arbeitnehmer bei Arbeitsmangel entschädigungslos aussetzen muss, ist daher unzulässig (Staelin, Zürcher Kommentar, N 13 und 29 zu Art. 324 OR und Streiff/von Kanel, a.a.O., N 14 zu Art. 324 OR).

Sollte von einem festen Vertrag bis 31. März 2012 auszugehen sein, so kann die Beklagte daher gegen die Ansprüche des Klägers nicht anführen, eine Arbeitsleistung sei unmöglich gewesen, da sie gar keinen Schulbetrieb mehr geführt habe. Der Kläger hätte trotz Lohnreduktionsklausel Anspruch auf den vereinbarten Lohn. Die Bestimmung ist insoweit ungültig. Im Übrigen hat der Kläger am 12. Januar 2010 nicht einer Einstellung des Schulbetriebes zugestimmt, sondern bloss einem allfälligen Verkauf des Betriebes (Urk. 18/21 S. 2). Es liegt daher kein widersprüchliches Verhalten vor.

7. Zusammengefasst steht damit fest, dass das Verfahren nur mit Bezug auf die geforderten Lohnnachzahlungen für die Monate August 2009 bis Januar 2010 spruchreif ist. Für diese Zeitspanne blieb die Berechnung der Vorinstanz (Urk. 34 S. 16 f.) im Quantitativ unbestritten. Im Übrigen ist der Entscheid der Vorinstanz

jedoch aufzuheben. Die Berufungsinstanz kann das Verfahren zur Neuurteilung zurückweisen, wenn der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Dies ist dann der Fall, wenn kein Beweisverfahren durchgeführt wurde. Es ist grundsätzlich nicht Sache der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 318 N 35 f.). Das Verfahren ist deshalb zur Ergänzung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da eine Rückweisung andererseits nur insoweit zu erfolgen hat, als sich dies als notwendig erweist, ist auch nur eine teilweise Rückweisung möglich. Gerade wenn mehrere Ansprüche im Streit sind und einzelne spruchreif sind, können diese getrennt und durch Entscheidung der Berufungsinstanz teilweise definitiv erledigt werden, auch wenn im Übrigen eine Rückweisung erfolgt (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 318 N 30). Hier sind - wie dargelegt - die Ansprüche auf Lohnnachzahlung bis Januar 2010 spruchreif. Gemäss der im Quantitativ unbestritten gebliebenen Berechnung der Vorinstanz ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für die Monate August bis und mit November 2009 netto Fr. 10'528.80 und für die Monate Dezember 2009 und Januar 2012 zusammen netto Fr. 5'533.20, insgesamt somit Fr. 18'000.– brutto bzw. Fr. 16'062.– netto nachzuzahlen. Für die Beurteilung der weiteren Lohnforderungen ist der Entscheid dagegen aufzuheben, und das Verfahren ist im Sinne der Erwägungen zur Ergänzung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### III.

Zufolge der Rückweisung eines erheblichen Teils des Verfahrens können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt werden. Es sind daher zwar für das Berufungsverfahren Kosten festzusetzen, doch der Entscheid über die Kostenaufgabe (inklusive Verwendung des Kostenvorschusses der Beklagten) und die Regelung der Entschädigungsfolgen sind dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten. Da das Verfahren nicht abgeschlossen wird, ist die Entscheidgebühr für das Beru-

fungsverfahren nur auf drei Viertel der ordentlichen Gebühr, d.h. gerundet auf Fr. 7'500.– festzusetzen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 5. April 2011, insoweit als die Klage im Fr. 134'000.– brutto bzw. Fr. 123'037.20 netto zuzüglich 5% Zins seit 20. Juli 2010 übersteigenden Umfang abgewiesen wurde, am 4. Juli 2011 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 18'000.– brutto bzw. Fr. 16'062.– netto zuzüglich Zins zu 5% seit 20. Juli 2010 zu bezahlen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'500.– festgesetzt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, je gegen Empfangsschein, sowie an die Kasse des Obergerichts.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

4. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt für diesen Teil Fr. 18'000.– brutto bzw. Fr. 16'062.– netto.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

### **Es wird weiter beschlossen:**

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 5. April 2011, wird im Übrigen (Lohnforderung / Schadenersatzforderung für die Zeit von Februar 2010 bis und mit März 2011 sowie Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen) aufgehoben, und der Prozess wird zur Durchführung eines Beweisverfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche Verfahren sowie für das Berufungsverfahren (inkl. Verwendung des Kostenvorschusses der Beklagten) wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, und an die Kasse des Obergerichts mit dem vorstehenden Urteil.
4. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt für diesen Teil Fr. 116'000.– brutto bzw. Fr. 106'975.20 netto.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.  
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, den 18. Mai 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. Ch. Büchi

versandt am:  
mc