



---

Kass.-Nr. AA040092/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Dieter Zobl, Alfred Keller, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

**Zirkulationsbeschluss vom 2. Dezember 2004**

in Sachen

X.,

Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer

gegen

1. Y.,

Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

2. **Arbeitslosenkasse Gewerkschaft Bau & Industrie GBI**,

Bahnhofstrasse 196, Postfach, 8622 Wetzikon,

Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

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

betreffend

**Forderung aus Arbeitsverhältnis**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Mai 2004 (NE040004/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Y. (Klägerin 1, Widerbeklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin 1; nachfolgend Beschwerdegegnerin) arbeitete von anfangs 1992 bis April 1998 und wieder ab Frühjahr/Mitte 2000 mit einem Beschäftigungsgrad von 20 % (zeitweise 40 %) als Sekretärin in der Anwaltskanzlei Z. (ER act. 2/4/7; ER act. 25 S. 2; ER Prot. S. 21). Im Juli 2001 kündigte X. (Beklagter, Widerkläger, Appellant und Beschwerdeführer; nachfolgend Beschwerdeführer) der Beschwerdegegnerin wie auch zwei weiteren Teilzeitmitarbeiterinnen vorsorglich per Ende September 2001 (ER act. 26/1), da eine Umstrukturierung im Bereich des Sekretariates in Planung war. Daraufhin kündigte die Beschwerdegegnerin ihrerseits das Arbeitsverhältnis definitiv per Ende September 2001 (ER act. 26/2) und reichte dem Beschwerdeführer gleichzeitig ein Arztzeugnis ein, welches ihr eine vierwöchige krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit bescheinigte (ER act. 2/4/5 bzw. ER act. 26/3). Der Beschwerdeführer informierte die Beschwerdegegnerin gleichentags, dass er das Arztzeugnis nicht akzeptiere (ER act. 2/4/3 bzw. ER act. 26/4). Nach diverser Korrespondenz zwischen den Parteien kündigte der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin mit Brief vom 26. Juli 2001 fristlos wegen trotz wiederholter Abmahnung erneutem unentschuldigtem Nichterscheinen zur Arbeit (ER act. 2/4/8 bzw. ER act. 26/13).

2. Nach Einleitung einer Forderungsklage durch die Beschwerdegegnerin vor Bezirksgericht A. (ER act. 2/1) und nach dem Prozesseintritt der Arbeitslosenkasse GBI (Klägerin 2, Appellatin und Beschwerdegegnerin 2; nachfolgend Arbeitslosenkasse) mit eigener Klage (ER act. 2/6) wurde der Prozess an das Bezirksgericht B. überwiesen (ER act. 1; vgl. auch Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 9. Januar 2002 [ER act. 2/10]). Mit Urteil vom 1. Dezember 2003 verpflichtete der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes B. (Erstinstanz) den Beschwerdeführer zur Bezahlung von Fr. 4'284.65 nebst Zins zu 5 % seit 1. Oktober 2001 an die Beschwerdegegnerin, im Mehrbe-

trag wurde die Klage der Beschwerdegegnerin abgewiesen. Des Weiteren verpflichtete der Einzelrichter den Beschwerdeführer zur Zahlung von Fr. 3'171.55 nebst 5 % Zins seit 1. Oktober 2001 an die Arbeitslosenkasse. Die Widerklage des Beschwerdeführers wurde abgewiesen (ER act. 95 bzw. KG act. 3).

3. Gegen diesen erstinstanzlichen Entscheid erhob der Beschwerdeführer Berufung mit dem Antrag, das Urteil des Einzelrichters sei aufzuheben und es sei die Sache zur Neubeurteilung von Klage und Widerklage an die Erstinstanz zurückzuweisen (OG act. 107; OG act. 111 S. 2). Mit Beschluss vom 12. Mai 2004 bestätigte die II. Zivilkammer (Vorinstanz) den einzelrichterlichen Entscheid (OG act. 112 bzw. KG act. 2).

4. Gegen den Beschluss des Obergerichts richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingereichte (vgl. OG act. 113/1; § 287 ZPO und § 192 GVG) Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Der Beschwerdeführer beantragt, es sei der Beschluss des Obergerichts aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Der Beschwerdeführer ist nicht kautionspflichtig (§ 78 Ziff. 2 ZPO i.V.m. § 53 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO und Art. 343 Abs. 2 und 3 OR). Mit Präsidialverfügung vom 16. Juni 2004 wurde der Beschwerde - wie beantragt (KG act. 1 S. 2) - die aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 9). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmung (KG act. 10). Die Beschwerdegegnerin beantragt mit ihrer Beschwerdeantwort, die Nichtigkeitsbeschwerde sei abzuweisen (KG act. 10). Die Arbeitslosenkasse reichte keine Beschwerdeantwort ein.

## II.

1. Die Vorinstanz erwog - soweit für das vorliegende kassationsgerichtliche Verfahren von Belang -, der Beschwerdeführer betrachte nunmehr nicht mehr (nur) die seiner Ansicht nach unentschuldigte Abwesenheit als hauptsächlichen Grund für die fristlose Entlassung, sondern angeblich treuwidriges Verhalten der Beschwerdegegnerin vor deren Erkrankung. Damit übergehe er einerseits die eigene Grundangabe in der fristlosen Kündigung, andererseits stelle sich die Frage

nach der Zulässigkeit der Geltendmachung eines anderen Grundes für die ausgesprochene fristlose Entlassung. Nach der Darstellung der (uneinheitlichen) Literatur hielt die Vorinstanz weiter fest, aufgrund der Aussagen der vom Einzelrichter einvernommenen Mitarbeiter des Beschwerdeführers sei davon auszugehen, dass im Gefolge der vom Beschwerdeführer am 12. Juli 2001 gegenüber allen Mitarbeiterinnen ausgesprochenen Kündigung - welches Schreiben die Beschwerdegegnerin zu verfassen hatte - die Beschwerdegegnerin gegenüber ihren Kolleginnen äusserte, sie sollten doch alle die Arbeit niederlegen. Die fragliche Äusserung sei demnach vor der fristlosen Entlassung gemacht worden, so dass die nachträgliche Berufung hierauf als zulässig zu betrachten sei. Aus den Angaben der Zeugin D. ergebe sich aber deutlich, dass die Beschwerdegegnerin diese Möglichkeit der gemeinsamen Arbeitsniederlegung einzig in den Raum gestellt und sie um ihre Meinung gefragt habe. Dass die Beschwerdegegnerin ihren Kolleginnen gegenüber auf dieser Vorgehensweise beharrt oder diese hartnäckig davon zu überzeugen versucht hätte, lasse sich den Einvernahmen der Zeuginnen E. und D. nicht entnehmen. Von einem Aufwiegeln oder Aufhetzen könne bei einem solchen Vorgehen nicht gesprochen werden. Die beanstandete Äusserung habe die Beschwerdegegnerin vor dem Hintergrund der vom Beschwerdeführer allen Mitarbeiterinnen gegenüber ausgesprochenen Kündigung gemacht, welche die Mitarbeiterinnen aus dem Kündigungsschreiben zu schliessen wegen ihrer unflexiblen Haltung selber zu verantworten gehabt hätten. Die Äusserung der Beschwerdegegnerin sei offensichtlich eine Reaktion auf das zumindest diskutabile Kündigungsschreiben gewesen und nicht zusammenhangslos erfolgt. Von einem treuwidrigen Verhalten der Beschwerdegegnerin gegenüber dem Beschwerdeführer, das diesem die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der zunächst von ihm ausgelösten ordentlichen Kündigungsfrist verunmöglicht hätte, könne keine Rede sein (KG act. 2 S. 9 f.).

2. Der Beschwerdeführer erachtet die vorinstanzliche Auffassung als unhaltbar. Er bringt vor, die Beschwerdegegnerin habe "zu mehreren Malen" zwei verschiedene Mitarbeiterinnen aufgefordert, die Arbeit in der Kanzlei des Beschwerdeführers zu verweigern. Die Mitarbeiterin E. habe sie zunächst mündlich zur gemeinsamen Arbeitsniederlegung aufgefordert und diese Aufforderung eine Woche

später telefonisch wiederholt. Auch die Mitarbeiterin D. sei von der Beschwerdegegnerin erwiesenermassen telefonisch aufgefordert worden, sie, resp. alle Angestellten, sollten "alles hinschmeissen". Damit habe die Beschwerdegegnerin wiederholt Mitarbeiterinnen zu einer Pflichtverletzung zu verleiten versucht, insbesondere zu einem rechtswidrigen Streik, mit dem Ziel, die Kanzlei des Beschwerdeführers lahm zu legen. Wären die Mitarbeiterinnen E. und D. dem Aufruf gefolgt, so wäre der Beschwerdeführer gänzlich ohne Mitarbeiterinnen gewesen. Das Verhalten der Beschwerdegegnerin sei unbestreitbar als schwere Verletzung der Treuepflicht zu werten. Diese Verletzung sei um so schwerwiegender, als sie von einer erfahrenen Anwaltssekretärin begangen worden sei, die seit über 10 Jahren in der Praxis des Beschwerdeführers tätig gewesen und sie sich der Konsequenzen ihres Verhaltens genau bewusst gewesen sei. Damit sei erstellt, dass das Vertrauen des Arbeitgebers in die fragliche Arbeitnehmerin - zu Recht - erschüttert gewesen sei, sodass eine Weiterbeschäftigung derselben ausser Frage gestanden habe (KG act. 1 S. 3 f. Ziff. 2.2).

Angesichts der Vorgehensweise der Beschwerdegegnerin, so der Beschwerdeführer weiter, seien die von der Vorinstanz bezeichneten Kriterien des Beharrens oder des hartnäckigen Überzeugungsversuchs, die von einem Aufwiegeln oder Aufhetzen sprechen liessen, überrissen. Eine gewisse Hartnäckigkeit lasse sich zumindest im Falle E. nicht verneinen, habe die Beschwerdegegnerin doch eine Woche nach ihrem ersten Vorschlag die Zeugin noch zu Hause angerufen und versucht, sie erneut für ihr Vorhaben zu gewinnen. Art. 337 OR nenne sodann nicht ein eigentliches Aufwiegeln oder hartnäckiges Überzeugen zur Arbeitsniederlegung als Voraussetzung für eine fristlose Entlassung. Voraussetzung sei vielmehr das schwerwiegend erschütterte Vertrauen des Kündigenden in die andere Vertragspartei. Mehrfaches Drängen der Mitarbeiterinnen zur kollektiven Arbeitsniederlegung erfülle diese Voraussetzungen zweifelsohne.

Keine Rolle spiele, ob das verwerfliche und ungesetzliche Verhalten der Beschwerdegegnerin eine Reaktion auf ein Kündigungsschreiben gewesen oder "zusammenhangslos" erfolgt sei. Ein derart schwerwiegender Verstoss gegen die

Treuepflicht könne niemals als Reaktion auf ein Kündigungsschreiben gerechtfertigt werden.

Mit ihrer Auslegung von Art. 337 OR resp. ihrer Definition des wichtigen Grundes habe die Vorinstanz offenkundig und in unvertretbar schwerer, mithin willkürlicher Weise, materielles Rechts verletzt, wodurch der Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 3 ZPO erfüllt sei (KG act. 1 S. 4 f. Ziff. 2.3).

3. Mit seiner Beschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 337 OR.

a) Gemäss § 285 ZPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dieses den geltend gemachten Mangel mit freier Kognition überprüfen kann. Auf eidgenössische Berufung hin überprüft das Bundesgericht insbesondere eine behauptete Verletzung von Bundesrecht frei (vgl. Art. 43 OG). Dreht sich der Rechtsstreit um ein dem Bundesprivatrecht unterstehendes Rechtsverhältnis, ist die Rüge der Verletzung von Bundesrecht in berufungsfähigen Fällen nicht im kantonalen Beschwerdeverfahren, sondern mittels Berufung vor Bundesgericht zu erheben.

Infolge des geringen Streitwerts ist die Berufung ans Bundesgericht gegen den angefochtenen Entscheid vorliegend nicht möglich (vgl. KG act. 2 S. 11). Auf die im kantonalen Beschwerdeverfahren erhobene Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO ist deshalb einzutreten.

b) Der Kassationsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts ist nur dann gegeben, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar ist und ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung des materiellen Rechts vorliegt. Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides kann nur erfolgen, wenn über die Auslegung einer Rechtsregel insoweit kein begründeter Zweifel bestehen kann. Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde vermag also lediglich gegen grobe Verstösse und Irrtümer bei der Anwendung materiellen Rechts Abhilfe zu schaffen (vgl. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Straf-

sachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 28; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Aufl., Zürich 1997, N 51 zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 68 f.).

Die Beschränkung der kassationsgerichtlichen Kognition auf klare Rechtsverstösse zeigt sich in besonderer Weise in denjenigen Fällen, in welchen der Sachrichter - wie hier - nach Ermessen zu entscheiden hat (vgl. Art. 337 Abs. 3 OR). Hier kann es nicht Aufgabe der Kassationsinstanz sein, ihr Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz zu setzen. Eine Verletzung klaren Rechts liegt vielmehr nur dann vor, wenn der Vorderrichter das ihm zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 52 und 52a zu § 281 ZPO; ZR 99 Nr. 25, Erw. 2.4; Kass.-Nr. 2000/430 Z, Entscheid vom 9. März 2001 i.S. E., Erw. II.1.b; Kass.-Nr. 2001/010 Z, Entscheid vom 29. April 2001 i.S. S., Erw. II.3. Kass.-Nr. 2001/068 Z, Entscheid vom 18. Juli 2001 i.S. E., Erw. II.4.).

4. a) Gemäss Art. 337 Abs. 1 OR kann aus wichtigen Gründen der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt nach Abs. 2 jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Die in Art. 337 Abs. 2 OR vorgeschriebene Beurteilung der Unzumutbarkeit setzt "nach Treu und Glauben" eine Interessenabwägung beider Parteien voraus, so dass kein Kündigungsgrund in dem Sinne absolut ist, dass er bereits als solcher zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt (extreme Vertragswidrigkeiten ausgenommen) (BK-Rehbinder, Bern 1992, N 2 zu Art. 337 OR). Vielmehr ist der "wichtige" Grund immer in einer zweistufigen Prüfung zu ermitteln: Der Grund muss an sich geeignet sein, eine ausserordentliche Kündigung zu rechtfertigen, d.h. er muss einen typischen Kündigungssachverhalt betreffen. Sodann sind die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und zusammen mit den Interessen der Vertragsparteien vollständig und widerspruchsfrei zu würdigen und abzuwägen (BK-Rehbinder, a.a.O.). Notwendig ist, dass das Vertrauen tatsächlich zerstört ist (Vischer, Der Arbeitsvertrag, Basel

1994, S. 178, mit Verweis auf BGE 97 II 142, 145). Nur objektive oder nur subjektive Schwere des Falles reicht für sich allein nicht aus: objektiv schwerwiegende Vorfälle, die vom Betroffenen subjektiv nicht als gravierend empfunden werden, berechtigen nicht zur fristlosen Kündigung (ZK-Staehelin, Zürich 1996, N 3 zu Art. 337 OR). Im Prozess steht die objektive Betrachtungsweise im Vordergrund, da sich das subjektive Empfinden oft nur schwer beweisen lässt.

b) Der Beschwerdeführer beruft sich - soweit im vorliegenden Kassationsverfahren noch von Interesse - auf eine Verletzung der Treuepflicht durch die Beschwerdegegnerin als wichtigen Grund für die fristlose Entlassung.

Die in Art. 321a Abs. 1 OR festgehaltene allgemeine Treuepflicht des Arbeitnehmers ist in erster Linie eine Unterlassungspflicht, mithin muss der Arbeitnehmer alles unterlassen, was den Arbeitserfolg vereiteln oder sich sonst nachteilig auf den Arbeitgeber und seinen Betrieb auswirken könnte, und zwar nicht nur während der Arbeitszeit, sondern auch während der Freizeit (ZK-Staehelin, a.a.O., N 14 zu Art. 321a OR; BS-Rehbinder/Portmann, Basel u.a. 2003, N 2 zu Art. 321a OR). Entsprechend liegt grundsätzlich eine Verletzung der Treuepflicht vor, wenn ein Arbeitnehmer seine Mitarbeiter zu einem Vertragsbruch verleitet (ZK-Staehelin, a.a.O., N 23 zu Art. 321a OR; BS-Rehbinder/Portmann, a.a.O., N 3 zu Art. 321a OR, je mit Hinweis auf BGE 104 II 31). Ausgehend von diesen Grundsätzen und der Feststellung der Vorinstanz, aufgrund der Aussagen der vom Einzelrichter einvernommenen Mitarbeiter des Beschwerdeführers sei davon auszugehen, dass im Gefolge der vom Beschwerdeführer am 12. Juli 2001 gegenüber allen Mitarbeiterinnen ausgesprochenen Kündigung die Beschwerdegegnerin gegenüber ihren Kolleginnen geäußert habe, sie sollten doch alle die Arbeit niederlegen (KG act. 2 S. 9), könnte dieses Verhalten der Beschwerdegegnerin wohl als Verletzung der Treuepflicht betrachtet werden, was im vorliegenden Verfahren jedoch nicht abschliessend beurteilt werden muss. Denn selbst wenn von einer Verletzung der Treuepflicht auszugehen wäre, bedeutet dies noch nicht, dass damit auch ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung im Sinne von Art. 337 OR gegeben ist. Nach Rechtsprechung und Literatur rechtfertigen nämlich nur besonders schwere Verfehlungen eine fristlose Entlassung, mithin darf ih-

re Zulässigkeit nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden (ZK-Staehelin, a.a.O., N 4 zu Art. 337 OR; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Aufl., Zürich 1992, N 3 zu Art. 337 mit weiteren Hinweisen; Pra 2004 Nr. 115 Erw. 4.1; Urteil des Bundesgerichts (4C.222/2003) vom 2. September 2003 Erw. 1.2; BGE 129 III 382). Entsprechend ist, entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers (KG act. 1 S. 4), nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz eine gewisse Intensität des Verhaltens der Beschwerdegegnerin - des Verleitenwollens zur Arbeitsniederlegung - fordert. Ebenso wenig ist zu bemängeln, dass das Obergericht im vorliegenden Fall diese vorausgesetzte Intensität verneinte. Die Zeugin D. bestätigte, dass die Beschwerdegegnerin sie zu Hause angerufen habe. Es sei eine Zeit her, aber die Beschwerdegegnerin sei der Meinung gewesen, dass sie (die Mitarbeiterinnen des Beschwerdeführers) alles hinschmeissen sollten und die Beschwerdegegnerin habe die Zeugin gefragt, was ihre Meinung dazu sei. Sie habe ihr geantwortet, dass dies für sie nicht in Frage komme (ER act. 82 S. 1 und 2). Angesichts dieser Aussagen kann zweifellos nicht von einem ernsthaften und intensiven Beeinflussungsversuch gegenüber der Zeugin D. gesprochen werden. Die Zeugin E. gab zu Protokoll, die Beschwerdegegnerin habe ihr, nachdem sie (die Beschwerdegegnerin) die Kündigung(en) geschrieben habe, diese gezeigt und gemeint, sie alle drei, die anderen Sekretärinnen und die Zeugin, sollten doch sofort die Arbeit niederlegen. Es treffe zu, dass die Beschwerdegegnerin sie am 16. Juli 2001 angerufen habe. Es sei wieder um die Aufforderung gegangen, dass alle drei Mitarbeiterinnen die Arbeit niederlegen sollten. Weiter führte die Zeugin aus: "Sodann ist es so, dass ich auch das Personalwesen betreute und die Unterlagen zu Hause hatte. Bereits im Vorfeld hatte es Diskussionen gegeben und Fragen betr. Zulagen beim Stundenlohn. Konkret ging es im Gespräch [gemeint im Telefongespräch] um die Arbeitslosenversicherung ..." (ER act. 78 S. 1 bis 3). Aus diesen Aussagen geht zwar hervor, dass die Beschwerdegegnerin gegenüber der Zeugin E. zweimal eine Arbeitsniederlegung erwähnte. Dabei erfolgte die Erwähnung das erste Mal direkt im Anschluss an das Verfassen der Kündigung durch die Beschwerdegegnerin. Bei der zweiten Kontaktnahme - vier Tage, und nicht wie vom Beschwerdeführer behauptet eine Woche später - bildete dieses Thema offensichtlich nicht den alleinigen Grund für das Telefongespräch zwi-

schen der Zeugin und der Beschwerdegegnerin. Eine besondere Intensität im Sinne eines ernsthaften Aufforderns, Beharrens, Aufwiegelns oder Aufhetzens ist auch den Aussagen der Zeugin E. nicht zu entnehmen.

Nicht zu folgen ist der Argumentation des Beschwerdeführers sodann, wenn er meint, es könne keine Rolle spielen, ob das Verhalten der Beschwerdegegnerin eine Reaktion auf das Kündigungsschreiben gewesen sei (KG act. 1 S. 5). Es wurde bereits vorstehend dargelegt, dass alle Umstände des konkreten Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Dazu kann auch gehören, dass sich der Arbeitnehmer wegen der Aussergewöhnlichkeit der Situation in verständlicher Erregung befindet (ZK-Staehelin, a.a.O., N 7 zu Art. 337 OR). Wenn die Vorinstanz entsprechend erwog, die Beschwerdegegnerin habe die beanstandeten Äusserungen vor dem Hintergrund der vom Beschwerdeführer allen Mitarbeiterinnen gegenüber ausgesprochenen Kündigung, welche die Mitarbeiterinnen aus dem Kündigungsschreiben zu schliessen wegen ihrer unflexiblen Haltung selber zu verantworten hätten, gemacht, und die Äusserungen seien demnach offensichtlich eine Reaktion auf das zumindest diskutabile Kündigungsschreiben gewesen, sie mithin nicht zusammenhangslos erfolgt seien, so erweist sich die Kritik des Beschwerdeführers auch diesbezüglich als unberechtigt.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass weder ein Ermessensmissbrauch noch eine Ermessensüberschreitung durch die Vorinstanz dargetan ist. Daran vermögen auch die weiteren Ausführungen des Beschwerdeführers, die Beschwerdegegnerin sei bereits mehrere Jahre für ihn tätig gewesen und er habe ihr andere Arbeit offeriert (KG act. 1 S. 4 und 5), nichts zu ändern. Im Lichte der beschränkten Kognition des Kassationsgerichtes kann nicht von einer Verletzung klaren materiellen Rechts ausgegangen werden, wenn die Vorinstanz die fristlose Kündigung vorliegend als ungerechtfertigt erachtete. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demzufolge abzuweisen. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

### III.

1. Gemäss Art. 343 Abs. 3 Satz 1 OR herrscht in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten der vorliegenden Art der Grundsatz der Kostenfreiheit. Da sich die Vorschrift auf alle Verfahrensstufen und Instanzen bezieht (BGE 104 II 223, Erw. 2; Kass.-Nr. 91/268 vom 12.12.1991 i.S. M.c.F., Erw. III; BK-Rehbinder, a.a.O., N 18 zu Art. 343 OR; ZK-Staehelin, a.a.O., N 27 zu Art. 343 OR), findet sie namentlich auch für das Kassationsverfahren Anwendung (statt vieler Kass.-Nr. 2002/155 Z vom 10.7.2002 i.S. W.c.B., Erw. 6). Die in Art. 343 Abs. 3 Satz 2 OR erwähnte Ausnahme fällt in casu ausser Betracht, kann von einer mutwilligen Prozessführung durch den Beschwerdeführer (dazu BK-Rehbinder, a.a.O., N 20 zu Art. 343 OR; ZK-Staehelin, a.a.O., N 28 zu Art. 343 OR) doch nicht die Rede sein. Demzufolge sind die Kosten des Kassationsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. a) Der Beschwerdegegnerin wurde vor Erstinstanz die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (ER act. 35). Diese erstinstanzliche Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gilt im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich weiter, soweit die Rechtsmittelinstanz nicht einen selbstständigen Entscheid fällt (§ 90 Abs. 2 ZPO). Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, diesbezüglich einen solchen Entscheid zu fällen.

b) Die bundesrechtlich statuierte Kostenbefreiung bezieht sich nur auf die Gerichtskosten; demgegenüber schliesst sie die Auferlegung einer Parteientschädigung nicht aus (BGE 100 Ia 130 Erw. 7). Ob eine solche geschuldet ist, beurteilt sich nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts (BGE 115 II 42, Erw. 5.c; 113 Ia 118, Erw. 5; ZR 71 Nr. 75, Erw. 3; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 und 14 zu § 68 ZPO; s.a. BK-Rehbinder, a.a.O., N 19 zu Art. 343 OR; Koller, Art. 343 OR unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des Arbeitsgerichts Zürich, Diss. Zürich 1995, S. 67 und 143 f.). Da die anwaltschaftlich vertretene Beschwerdegegnerin die Beschwerde beantworten liess (KG act. 10) und ihr im Kassationsverfahren damit entschädigungspflichtige Kosten und Umtriebe erwachsen sind, ist der mit seinen Anträgen unterliegende Beschwerdeführer ausgangsgemäss zu

verpflichten, derselben eine Prozessentschädigung auszurichten (vgl. § 68 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 2 ZPO [analog]; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 68 ZPO), deren Höhe im Rahmen von §§ 2 ff. AnwGebV nach Ermessen festzusetzen ist (§ 69 ZPO; zum Ganzen auch Koller, a.a.O., S. 143 ff.). Zuzufolge der unentgeltlichen Rechtsvertretung ist die Prozessentschädigung direkt an den unentgeltlichen Rechtsbeistand der Beschwerdegegnerin zu bezahlen (§ 89 Abs. 1 ZPO).

c) Die Arbeitslosenkasse GBI hat sich am Kassationsverfahren nicht beteiligt. Es ist ihr demzufolge keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.  
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin 1 für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 800.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.  
Der Beschwerdegegnerin 2 wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes B. (Proz.-Nr. FO020014), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: