



Kass.-Nr. AA040097/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Alfred Keller, Karl Spühler, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der Sekretär Roland Götte

Zirkulationsbeschluss vom 29. September 2004

in Sachen

A.

Beklagter, Appellant, Anschlussappellat und Beschwerdeführer
vertreten durch Fürsprecher X.

gegen

B.

Klägerin, Appellatin, Anschlussappellantin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt Y.

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Mai 2004 (LB030093/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 15. August 1996 war B. (Beschwerdegegnerin) von A. (Beschwerdeführer) als Servicemitarbeiterin im Restaurant "C." in D. angestellt worden; dieses Arbeitsverhältnis endete am 29. Februar 2000 (OG act. 74 S. 3 = KG act. 2 S. 3; künftig: KG act. 2). In der Folge gelangte die Beschwerdegegnerin - unter Einreichung der friedensrichterlichen Weisung (BG act. 2) - mit Klageschrift vom 30. Januar 2001 ans Bezirksgericht Dielsdorf und verlangte vom Beschwerdeführer die Bezahlung von Fr. 29'682.45 zzgl. Zins zu 5% seit dem 1. März 2000 (BG act. 1). Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, es seien ihre Nettolohnguthaben falsch errechnet, der 13. Monatslohn und die Überstunden nicht ausbezahlt sowie zuwenig Ruhetage, Feiertage und Ferien gewährt worden (BG act. 1 S. 3).

In teilweiser Guttheissung dieser Klage wurde der Beschwerdeführer mit Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 26. Juni 2003 verpflichtet, der Beschwerdegegnerin den Betrag von Fr. 18'559.50 zzgl. Zins zu 5% seit dem 1. März 2000 zu bezahlen (BG act. 48).

2. Gegen dieses Urteil erklärte der Beschwerdeführer Berufung und stellte dabei den Antrag, es sei die Klage der Beschwerdegegnerin im Umfange von Fr. 2'108.25 gutzuheissen und im Übrigen abzuweisen (BG act. 49; OG act. 59 S. 12). Sodann erklärte die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 22. März 2004 Anschlussberufung und hielt am eingeklagten Betrag von Fr. 29'682.45 fest (OG act. 67 S. 2).

Mit Beschluss des Obergerichtes (II. Zivilkammer) vom 25. Mai 2004 (KG act. 2) wurde vorgemerkt, dass das bezirksgerichtliche Urteil insoweit rechtskräftig geworden sei, als der Beschwerdeführer darin zur Bezahlung von Fr. 2'108.25 zzgl. Zins zu 5% seit dem 1. März 2000 verpflichtet werde (Dispositivziffer 1.). In Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils wurde der Beschwerdeführer darüberhinaus verpflichtet, der Beschwerdegegnerin Fr. 16'451.25 zzgl. Zins zu 5% seit dem 1. März 2000 zu bezahlen (Dispositivziffer 2.). Sodann wurden die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bestä-

tigt und der Beschwerdeführer verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 400.-- zu bezahlen (Dispositivziffern 4. und 6.).

3. Gegen diesen Beschluss hat der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 28. Juni 2004 fristgerecht Nichtigkeitsbeschwerde erhoben; dabei stellt er den Antrag, es seien die Dispositivziffern 2., 4. und 6. des angefochtenen Entscheides aufzuheben und die Klage insoweit abzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 30. Juni 2004 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt (KG act. 5).

Sowohl die Vorinstanz wie auch die Beschwerdegegnerin haben auf Vernehmlassung bzw. Beantwortung der Beschwerde verzichtet (KG act. 9 bzw. 10).

II.

1. Der Beschwerdeführer bringt vor, Stundenblätter bzw. Arbeitszeitkontrollen stellten (hinsichtlich der geleisteten Arbeit) lediglich Indizien dar, welche mit tatsächlichen Feststellungen widerlegt werden könnten (KG act. 1 S. 4 lit. b, mit Verweis auf Pra 2004 S. 493). Obwohl die Arbeitszeitkontrolle aufgrund verschiedener Fakten nachweislich nicht stimmen könne, stelle die Vorinstanz auf die am 29. April 2004 abgelieferte, auf den Arbeitszeitkontrollblättern basierende Endabrechnung ab, weshalb der angefochtene Entscheid auf willkürlichen tatsächlichen Annahmen i.S.v. § 281 Ziff. 2 ZPO beruhe (KG act. 1 S. 2 Ziff. 3; S. 3 lit. B; S. 5 lit. e; S. 6 lit. h). Hinsichtlich der (angeblichen) Unrichtigkeit der Arbeitskontrollblätter bringt er im Einzelnen Folgendes vor:

1.1 Die eingereichten Kassenzettel würden belegen, dass die Beschwerdegegnerin zu anderen Zeiten gearbeitet habe, als sie aufgeschrieben habe (KG act. 1 S. 3 lit. a). Wenn das Obergericht auf S. 19 schreibe, die Kassendaten müssten nicht unbedingt mit den Arbeitszeiten übereinstimmen, so überse-

he es die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin am 3. Januar 2000 am späten Nachmittag bis Mitternacht gearbeitet habe, in der Arbeitszeitkontrolle hingegen mit eigener Schrift den Morgen eingetragen habe. Hier handle es sich nicht um eine kleine Unstimmigkeit zwischen Kassenöffnungszeit und Arbeitszeitkontrolle - vielmehr sei dadurch erhärtet, dass die Arbeitszeiten *falsch* eingetragen worden seien (Hervorhebung gemäss Beschwerdeschrift, KG act. 1 S. 4 lit. c). Sodann würden sich die Eintragungen in der Zeitkontrolle und die Fakten der Kassenzettel auch am 21. Januar 2000 gegenseitig ausschliessen: Laut Kassenzettel habe die Beschwerdegegnerin vom späteren Nachmittag bis Mitternacht gearbeitet (effektive Kassenübergabe um 17:08 Uhr), wogegen gemäss Arbeitszeitkontrolle der Arbeitsbeginn um 06:30 Uhr und das Ende um 17:00 Uhr gewesen sei (KG act. 1 S. 5 lit. f).

1.2 Die Richtigkeit der Stundenblätter bzw. Arbeitszeitkontrollen werde sodann durch eine weitere tatsächliche Feststellung widerlegt: Die Wirtschaft "C." habe stets dieselben Öffnungszeiten gehabt, nämlich von Montag bis Freitag ab 07:00 Uhr, am Samstag ab 09:00 Uhr und am Sonntag ab 10:00 Uhr - so stehe es denn auch auf allen Rechnungsformularen des Restaurants. Während sich die Beschwerdegegnerin bis und mit Dezember 1998 an diese Öffnungs- und Arbeitszeiten gehalten habe, habe sie ab Januar 1999 bis und mit Februar 2000 den Arbeitsbeginn aber schon um 06:30 Uhr eingetragen. Auch wenn es richtig sei, dass die Kassenöffnung nicht unbedingt mit der Arbeitszeit übereinstimmen müsse, so hätte es für diese Eintragungen dennoch eine Arbeitszeitänderung bedurft, was weder behauptet worden noch jemals Tatsache geworden sei (KG act. 1 S. 4 lit. b).

1.3 Der Arbeitszeitkontrolle sei - so der Beschwerdeführer weiter - schliesslich auch ein Arztzeugnis eines Onkologen entgegenzuhalten, gemäss welchem die Beschwerdegegnerin vom 14. Oktober bis zum 7. November 1999 zu 100% arbeitsunfähig gewesen sei. In eklatantem Widerspruch dazu sei in der Arbeitszeitkontrolle am 22. Oktober 1999 jedoch ein voller zehnstündiger Arbeitstag mit Überstunden (06:15 bis 16:00 Uhr) eingetragen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz würden sich diese beiden Fakten gegenseitig ausschliessen,

denn wer zu 100% arbeitsunfähig sei, arbeite nicht 10 Stunden am Tag (KG act. 1 S. 5/6 lit. g).

2.1 Sofern der Beschwerdeführer mit seinem Vorbringen, wonach die Arbeitszeitkontrollblätter lediglich widerlegbare Indizien darstellen würden, geltend machen will, die Vorinstanz habe die Beweisregeln von Art. 8 ZGB nicht richtig angewendet, so ist darauf infolge der Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde (§ 285 ZPO) nicht einzutreten, da die Frage nach der Beweislastverteilung bzw. des anwendbaren Beweismasses eine solche des Bundesrechts ist, welche vom Bundesgericht mit freier Kognition überprüft werden kann (BGE 128 III 271 Erw. 2b; BGE 114 II 289; RB 2002 Nr. 11; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, Kap. 10 N 33).

2.2 a) 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 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

b) Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, auf eine von der Beschwerdegegnerin am 29. April 2004 abgelieferte, auf den Arbeitszeitkontrollblättern basierende Endabrechnung abgestellt zu haben, doch kann der Beschwer-

deschrift nicht entnommen werden, an welcher Stelle die Vorinstanz dies getan haben soll. Damit erscheint es von vornherein fraglich, ob auf den Vorwurf der willkürlichen Beweiswürdigung einzutreten bzw. auf die hinsichtlich der (angeblichen) Unrichtigkeit der Arbeitszeitkontrollblätter vorgebrachten Argumente überhaupt einzugehen ist (zum Erfordernis der Erheblichkeit des gerügten Mangels vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 23 ff.). Dies kann letztlich jedoch offenbleiben, da auch die einzelnen Ausführungen zur (angeblichen) Unrichtigkeit der Arbeitszeitkontrollblätter den oben dargelegten Anforderungen nicht zu genügen vermögen:

Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, die Kassenbelege würden nicht mit den Eintragungen in der Arbeitszeitkontrolle übereinstimmen, nimmt er einzig Bezug auf die Ausführungen auf S. 19 Abs. 3 des angefochtenen Beschlusses. An dieser Stelle wird jedoch lediglich in zusammengefasster Form festgehalten, dass die vom Beschwerdeführer aufgelisteten Unstimmigkeiten nicht die Unrichtigkeit der genannten Arbeitszeiten belegen vermöchten, was "bereits mehrfach ausgeführt" worden sei. Nachdem sich der Beschwerdeführer mit den dieser Schlussfolgerung zugrundeliegenden Erwägungen (siehe etwa KG act. 2 S. 16 und 17, mit Verweis auf das erstinstanzliche Urteil) nicht auseinandersetzt, ist darauf nicht einzugehen.

Ähnlich verhält es sich beim Vorbringen, wonach sich die Unrichtigkeit der Arbeitszeitkontrolle auch daraus ergäbe, dass die Beschwerdegegnerin den Arbeitsbeginn ab Januar 1999 bereits mit 06:30 Uhr eingetragen habe, obwohl nie eine Vertragsänderung stattgefunden habe. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, auf welche Stelle im angefochtenen Entscheid er sich hierbei bezieht. Damit einhergehend fehlt es denn auch an einer Auseinandersetzung mit der obergerichtlichen Argumentation auf S. 17.

Soweit der Beschwerdeführer schliesslich geltend macht, ein Arzzeugnis eines Onkologen spreche gegen die Richtigkeit der Arbeitszeitblätter, so ist er darauf hinzuweisen, dass es im Rahmen der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde nicht genügt, im Sinne einer appellatorischen Kritik zu behaupten, eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit schliesse einen Arbeitseinsatz "entgegen der Darstellung der Vorinstanz" aus, ohne sich mit den diesbezüglichen Erwägungen der

Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen. Nachdem sich der Beschwerdeführer zur Argumentation des Obergerichtes, wonach der Arzt der Beschwerdegegnerin damals erlaubt habe zu arbeiten, sofern Letztere sich stark genug fühle, nicht äussert und auch zu den von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang erwähnten Korrekturen auf der Stundenliste (vgl. KG act. 2 S. 19/20) keine Stellung nimmt, ist auch in dieser Hinsicht auf die Rüge nicht einzutreten.

III.

Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde insgesamt nicht einzutreten; von einer mutwilligen Prozessführung i.S.v. Art. 343 Abs. 3 OR kann allerdings nicht gesprochen werden, weshalb für das vorliegende Nichtigkeitsverfahren in Anwendung von Art. 343 Abs. 2 OR keine Kosten zu erheben sind (die arbeitsrechtliche Kostenfreiheit gilt in allen Instanzen und insbesondere auch im Kassationsverfahren: BGE 104 II 223 Erw. 2.a; Kass.-Nr. 2002/155Z i.S. W., Entscheidung vom 10.7.2002, Erw. 6.).

Eine (durch Art. 343 Abs. 3 OR nicht ausgeschlossene) Zusprechung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdegegnerin fällt schon deshalb ausser Betracht, weil die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren keine Anträge stellte, so dass sie nicht als obsiegende Partei i.S.v. § 68 ZPO betrachtet werden kann.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
Damit entfällt die der Nichtigkeitsbeschwerde erteilte aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz.
3. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und die II. Abteilung des Bezirksgerichts Dielsdorf, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: