



---

Kass.-Nr. AA050031/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## Zirkulationsbeschluss vom 24. August 2005

in Sachen

**D.V.,**

...,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt ...

sowie

**Arbeitslosenkasse S.,**

...,

Nebenintervenientin

gegen

**H Transporte GmbH,**

...,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ....

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Januar 2005 (LA040048/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Die Beklagte stellt die Zustellung von Paketen im Auftrag von Paketdienstleistungsfirmen in der Schweiz sicher. Seit dem 23. April 2002 war der Kläger Angestellter der Beklagten mit einem Monatslohn von Fr. 4'000.-- brutto bzw. Fr. 3'838.40 netto. Seine Aufgabe bestand darin, bei den Kunden der Vertragspartner der Beklagten mit dem Firmenfahrzeug Pakete abzuholen und den Vertragspartnern zu bringen oder Pakete der Vertragspartner deren Kunden zu bringen.

Am 1. November 2002 hatte der Kläger Nachtschicht, wobei er zwischen 06.00 Uhr und 06.30 Uhr von seiner Tour ins Lager zurückkehrte, um Pakete der C und der D für die nächste Tour zu verladen. Dabei war er berechtigt, die Pakete der C selber bereit zu stellen und zu verladen. Demgegenüber war er nicht berechtigt, Pakete der D ohne vorherige Kontrolle durch eine andere Person bereit zu stellen und zu verladen. An diesem Morgen hatte der Lagerist M.C. die Pakete der D zum Verteilen für den Kläger bereit gestellt. Nachdem M.C. diese Pakete für die neue Tour des Klägers gezählt hatte, begann dieser die Pakete in sein Firmenfahrzeug, das er zuvor vollständig geleert hatte, zu verladen. Die Pakete der C waren kleine und weisse Optikerpakete mit Linsen, die einen Warenwert von Fr. 148.-- aufwiesen. Die Pakete der D waren grösser und braun. Sie enthielten meistens ein bis drei Notebooks. Zuerst verlad der Kläger die Pakete der C in seinen Wagen. Dann erfolgte der Verlad der Pakete der D. Dabei erkundigte sich der Kläger bei M.C., wie viele Pakete der D es sein sollten. Dieser nannte ihm die Zahl 21. Da der Kläger nur 20 Pakete zählte, ging er in das Büro der Beklagten zu E.D. und erklärte diesem, er habe nur 20 Pakete erhalten. E.D. ging darauf in den Lagerraum und kontrollierte die Anzahl der Pakete, wobei er bei mehrfachem Zählen feststellen konnte, dass nur 20 Pakete vorhanden waren. Hierauf forderte er den Kläger auf, alle Pakete aus seinem Geschäftsauto auszuladen. Dabei kam das fehlende Paket zum Vorschein. Zudem wurde festgestellt, dass die Etikette eines Pakets mit drei Laptops mit derjenigen eines Pakets mit Laptop-Batterien vertauscht worden war. Zudem war das gesuchte Paket der D mit mehreren Pa-

keten der C mittels Gummibändern zu einem Bündel wie folgt zusammengebunden: oben ein C-Paket, dann eine C-Box, dann das Paket der D und zuunterst wieder ein C-Paket. Weil E.D. bei dieser Sachlage auf einen versuchten Diebstahl durch den Kläger schloss, rief er die Polizei an, welche ihm sagte, er solle mit dem Kläger auf den Posten der Stadtpolizei Altstetten zur Protokollaufnahme kommen. E.D. und M.P., der durch E.D. telefonisch aufgefordert auch auf dem Arbeitsplatz erschienen war, forderten hierauf den Kläger auf, mit ihnen zur Polizei zu kommen. Dieser nahm indessen seine Tasche und fuhr mit seinem privaten PW weg. Dabei erfolgte seine mündliche fristlose Entlassung. Bei der am gleichen Tag zwischen 12.30 Uhr und 13.00 Uhr am Wohnort des Klägers durchgeführten Hausdurchsuchung durch die Polizei wurden keine Gegenstände sichergestellt. Im Laufe des Nachmittags erfolgte die Einvernahme von E.D. und des Klägers durch Beamte der Stadtpolizei Zürich. Mit Schreiben vom 4. November 2002 liess der Kläger durch seinen Anwalt der Beklagten seine Arbeitskraft anbieten.

2. Mit Eingabe vom 14. Februar 2003 erhob der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich Klage mit dem Rechtsbegehren, es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger zweimal das Gehalt von Fr. 4'000.-- zuzüglich Kinderzulagen von dreimal Fr. 170.- - sowie eine Entschädigung in Höhe von zwei Monatslöhnen, also Fr. 8'000.- zu bezahlen. Weiter sei die Beklagte zu verpflichten dem Kläger ein Arbeitszeugnis mit den in der Klageschrift einzeln aufgeführten Merkmalen auszustellen (AG act. 1). Mit Eingabe vom 7. Mai 2003 erklärte die Arbeitslosenkasse S (Nebenintervenantin), sie trete im Umfang der ausbezahlten Arbeitslosenentschädigung in die strittige Lohnforderung ein (AG act. 14).

Mit Verfügung vom 6. September 2004 merkte der Einzelrichter am Arbeitsgericht vor, dass die Beklagte den Anspruch des Klägers auf Aus- und Zustellung eines Arbeitszeugnisses anerkannt habe, und schrieb in diesem Umfang den Prozess ab. Sodann erkannte der Einzelrichter, die Beklagte werde in teilweiser Gutheissung der Klage verpflichtet, dem Kläger Fr. 96.30 netto zuzüglich Zins (Lohn für die vom Kläger am 1. November 2002 vor der Entlassung geleistete Nachtschicht) zu bezahlen. Im Mehrumfang wies der Einzelrichter die Klage ab (AG act. 36 = OG act. 42). Gegen dieses Urteil erhob der Kläger Berufung (OG act. 43).

Das Obergericht (I. Zivilkammer) bestätigte mit Beschluss vom 28. Januar 2005 das erstinstanzliche Urteil (OG act. 54 = KG act. 2). Gegen dieses Urteil führt der Kläger kantonale Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht (KG act. 1).

3. Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Kläger, es sei der obergerichtliche Beschluss vom 28. Januar 2005 aufzuheben und die Klage gutzuheissen (KG act. 1a S. 2). Die Beklagte beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 9 S. 2). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

Mit Verfügung vom 14. März 2005 verlieh der Präsident des Kassationsgerichts der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung (KG act. 6).

Der Kläger beantragt, es sei die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung aufrechtzuerhalten (KG act. 1a S. 2 Antrag 3). Das Verfahren in Arbeitsstreitigkeiten ist kostenlos (Art. 343 OR), so dass sich die Frage der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nicht stellt. Der Einzelrichter bestellte dem Kläger mit Verfügung vom 29. April 2003 in der Person seinen Rechtsvertreters einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (AG Prot. S. 20 f.). Das Obergericht traf für das Berufungsverfahren keinen abweichenden Entscheid (vgl. KG act. 2 S. 23 Erw. V/1b). Für das Kassationsverfahren besteht ebenfalls kein Anlass, dem Kläger die unentgeltliche Rechtsvertretung zu entziehen, so dass die erstinstanzliche Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung auch im vorliegenden Kassationsverfahren gilt.

## 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 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. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, 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.).

2. Unter Ziffer 3 „Entscheidsmängel“ verweist der Beschwerdeführer hinsichtlich des streitigen Sachverhalts zunächst auf die Darstellung im angefochtenen Urteil (Beschwerdeschrift KG act. 1a S. 2 Ziff. 3.1). Hernach gibt der Beschwerdeführer unter Ziffer 3.2. die Schlüsse wieder, zu denen das Obergericht nach Würdigung der Akten gekommen sei (Beschwerdeschrift S. 2 - 4). So sei das Obergericht zum Schluss gelangt, der Beschwerdeführer habe vor dem Einladen selber ein Paket der D mit anderen Paketen der C mit Gummibändern zu einem Bündel zusammengebunden. Er rügt, für diese Annahme des Gerichts gebe es keine schlüssigen Akten (Beschwerdeschrift S. 3).

Der Beschwerdeführer verweist in diesem Zusammenhang auf die Erwägungen des Obergerichts auf den Seiten 19 und 20 des angefochtenen Beschlusses (Erw. IV/8/f/aa und bb), in welchen Aussagen des Beschwerdeführers und Vorbringen desselben in der Berufungsbegründung wiedergegeben werden. Er macht jedoch nicht geltend, das Obergericht habe an den genannten Stellen die Vorbringen des Beschwerdeführers fehlerhaft wiedergegeben. In den genannten Erwägungen finden sich keine eigenständigen tatsächlichen Feststellungen des Obergerichts, somit auch nicht die gerügte Feststellung, der Beschwerdeführer habe vor dem Einladen selber ein Paket der D mit anderen Paketen der C mit Gummibändern zu einem Bündel zusammengebunden. Das Vorbringen des Beschwerdeführers

in diesem Abschnitt der Beschwerdeschrift, aus den Akten liesse sich nicht auf eine solche Feststellung schliessen, stellt somit keine Auseinandersetzung mit den obergerichtlichen Erwägungen und insbesondere keinen Nachweis eines Nichtigkeitsgrundes dar.

Die gerügte Feststellung, der Beschwerdeführer habe vor dem Einladen selber ein Paket der D mit anderen Paketen der C mit Gummibändern zu einem Bündel zusammengebunden, findet sich auf Seite 22 des angefochtenen Beschlusses (Erw. IV/9). Mit den zu dieser Feststellung führenden Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander, sondern er stellt seine eigene Würdigung der Aktenlage derjenigen des Obergerichts gegenüber. Aus dem Umstand allein, dass eine bestimmte Aktenlage möglicherweise zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen führen kann, ergibt sich nicht zwingend, dass die für den Beschwerdeführer nachteilige Würdigung durch das Obergericht willkürlich sei.

3. Das Obergericht fährt in der Erwägung IV/9 des angefochtenen Beschlusses fort, daraus dass der Beschwerdeführer vor dem Einladen selber ein Paket der D mit anderen Paketen der C mit Gummibändern zu einem Bündel zusammengebunden und die Pakete in sein Fahrzeug verladen habe, könne noch nicht geschlossen werden, er habe das fragliche Paket entwenden wollen. Der Beschwerdeführer habe bei seiner polizeilichen Einvernahme geltend gemacht, dies sei versehentlich geschehen. Das Obergericht kommt jedoch zum Schluss, ein unbeabsichtigtes Missgeschick des Klägers müsse aufgrund der gesamten Umstände ausgeschlossen werden, und es wiesen alle Begebenheiten auf ein bewusstes Handeln durch den Beschwerdeführer hin. So seien seine Aussagen widersprüchlich, indem er vorerst erklärt habe, dass er das Paketbündel mit Gummibändern zusammengebunden habe. Dann habe er versucht, dies dem Lageristen anzulasten. Der Beschwerdeführer sei am fraglichen Morgen - im Gegensatz zu andern Tagen - in besonderer Eile gewesen. Der bei den Untersuchungsakten liegenden Fotodokumentation könne entnommen werden, dass es sich nicht um ein versehentliches Zusammenbinden habe handeln können, seien doch die verschiedenen Pakete recht unterschiedlich gewesen, und zwar nicht nur in der Farbe, sondern auch in ihrer Ausstattung und Grösse. Auch die Platzierung des Paketbündels im Fahrzeug - nicht unmittelbar sichtbar unter den C-Paketen - deute

auf ein beabsichtigtes Verheimlichen hin. Der Beschwerdeführer habe zwar zu-  
treffend darauf hingewiesen, dass er selber zu E.D. ins Büro gegangen sei, um  
das fehlende Paket zu melden. Daraus könne er aber nichts zu seinen Gunsten  
herleiten, habe er doch nicht damit rechnen müssen, dass er vor seiner Wegfahrt  
die ganze Ladung zu Zählzwecken werde ausladen müssen. Gegen den Be-  
schwerdeführer spreche auch die Tatsache, dass er sich geweigert habe, umge-  
hend mit E.D. und M.P. zur Sachverhaltsabklärung zur Polizei zu gehen (Be-  
schwerdeschrift S. 22 f.).

Der Beschwerdeführer bringt hierzu vor, die Feststellung, er habe sich wider-  
sprüchlich geäußert, gelte insgesamt nur in Bezug auf die Frage, wer die unter-  
schiedlichen Pakete zusammengeschnürt habe. Dabei sei zu berücksichtigen,  
dass der Beschwerdeführer dazu anlässlich der Polizeieinvernahme nicht sicher  
gewesen sei, ob er nun selber das Gummiband um die unterschiedlichen Grup-  
pen angehörenden Pakete gelegt habe. Anlässlich der Hauptverhandlung des Ar-  
beitsgerichts habe er diesbezüglich spontan und klar ausgesagt (Beschwerde-  
schrift S. 4 f. Ziff. 3.3). Der Beschwerdeführer relativiert damit zwar die Feststel-  
lung des Obergerichts, er habe widersprüchlich ausgesagt, zeigt aber nicht auf,  
dass diese falsch bzw. willkürlich sei.

Mit Bezug auf die Feststellung des Obergerichts, er sei am fraglichen Tag, im  
Unterschied zu andern Tagen, in besonderer Eile gewesen, bringt der Beschwer-  
deführer vor, der Zeuge M.C., auf dessen Aussagen (neben denjenigen von E.D.)  
sich das Obergericht stütze, habe sich diesbezüglich sehr ungenau und unver-  
bindlich geäußert: der Beschwerdeführer sei normalerweise so gelassen gewe-  
sen, an diesem Morgen sei er aber zügiger dran gewesen. Der Zeuge E.D. habe  
zwar ausgesagt, dass der Beschwerdeführer bei der Suche des fraglichen Pakets  
Druck aufgesetzt habe. Aber dies sei verständlich, habe doch der Beschwerde-  
führer, der das Fehlen eines Pakets selbst beanstandet habe, durch die Konfron-  
tation damit, dass ihm effektiv schon nach seiner Meldung ein Diebstahlsversuch  
vorgehalten worden sei, und damit, dass er den Wagen unter Aufsicht habe voll-  
ständig ausladen müssen, massiv Zeit verloren (Beschwerdeschrift S. 5 Mitte). Mit  
diesen Ausführungen relativiert der Beschwerdeführer zwar wiederum die ent-

sprechende Feststellung des Obergerichts, ohne jedoch nachzuweisen, dass diese falsch bzw. willkürlich sei.

4. Hinzu komme, so der Beschwerdeführer weiter, dass das Obergericht zwar den Hinweis des Beschwerdeführers in der Berufungsbegründung bejahe, dass sich der zweite Hauptzeuge, E.D. (Geschäftsführer), widersprochen habe, indem er anlässlich der Duplik erklärt habe, es seien dem Beschwerdeführer Fallen gestellt worden, und als Zeuge das Gegenteil ausgesagt habe, trotzdem aber das Obergericht auf dessen Aussagen unkritisch abstelle und letztlich zum Einwand in der Berufungsbegründung, dem Beschwerdeführer eine Falle gestellt worden, bemerke, dies müsse nicht abgeklärt werden. Ob dem Beschwerdeführer eine Falle gestellt worden sei, sei sehr wohl relevant, sei doch derjenige, der eine Falle stelle, meist voreingenommen und als Zeuge gänzlich ungeeignet. Vorliegend gelte das in besonderem Mass, wobei das Obergericht die Relevanz dessen, ob dem Beschwerdeführer eine Falle gestellt worden sei, und auch die Tatsache, dass dem so sei, selber festhalte, ohne dies auszuwerten: Auf Seite 17 des angefochtenen Beschlusses werde die Aussage E.D.s gegenüber der Polizei festgehalten, dass er mit M.P. abgesprochen habe, man verhalte sich gegenüber dem verdächtigten Beschwerdeführer normal, damit er nichts merke, sowie die Aussage E.D.s zur Duplik, man habe dem Beschwerdeführer Fallen gestellt. Weiter halte das Obergericht bei der Zusammenfassung der Aussagen des Lageristen M.C. eine in diesem Zusammenhang bedeutsame Angabe fest: er habe zwei- oder dreimal gezählt, weil der Chef gemeint habe, er solle zwei- bis dreimal zählen, es könne sein, dass man ein kleines Päckchen übersehe (angefochtener Beschluss S. 13 unten). Diese Aussage habe sich offensichtlich auf den fraglichen Morgen bezogen. Dazu passe die weitere Zeugenaussage, E.D. sei in dem Moment, als er mit dem Beschwerdeführer über dessen Hinweis, dass ein Paket weniger sei, diskutiert habe, wie gerufen gekommen (Beschwerdeschrift S. 5 f., erste Ziffer 3.4; die Beschwerdeschrift enthält zwei Ziffern 3.4).

Das Obergericht nimmt im angefochtenen Beschluss (S. 18 f. Erw. IV/8/d/cc) vom Vorbringen des Beschwerdeführers, E.D. habe mit Bezug auf die Frage, ob dem Beschwerdeführer Fallen gestellt worden seien, widersprüchliche Aussagen gemacht, Kenntnis und bezeichnet dieses Vorbringen als zutreffend. E.D. ist Ge-

schäftsführer der Beschwerdegegnerin. Dem Obergericht ist die Stellung E.D.s als Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin bekannt. Der Umstand, dass schon vor dem Vorfall, welcher zu der Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreit bildenden fristlosen Kündigung führte, der Verdacht aufgetreten war, der Beschwerdeführer könnte etwas mit früher eingetretenen Warenverlusten zu tun haben, war grundsätzlich dazu geeignet, auf eine gewisse Voreingenommenheit E.D.s gegenüber dem Beschwerdeführer zu schliessen und deshalb bei der Würdigung der Aussagen von E.D. zu beachten. Dies führt jedoch nicht dazu, dass E.D. als Zeuge unverwertbar sei.

Was der Beschwerdeführer daraus ableiten will, dass M.C. auf Aufforderung seines Vorgesetzten die Pakete mehrmals gezählt hat, ist nicht ersichtlich. Jedenfalls lässt sich daraus nicht auf eine besondere Voreingenommenheit gegenüber dem Beschwerdeführer schliessen. Dasselbe gilt für die vom Obergericht wiedergegebene Aussage von M.C., E.D. sei „wie gerufen“ aufgetaucht, nachdem der Beschwerdeführer mitgeteilt habe, es fehle ein Paket. Immerhin war es M.C., der die Pakete der D für den Beschwerdeführer bereitgestellt hatte. Wäre das fragliche einundzwanzigste Paket tatsächlich abhanden gekommen, so hätte dies M.C. allenfalls zur Last gelegt werden können. In dem Sinne ist es verständlich, dass M.C. froh war, als E.D. die Suche nach dem fraglichen Paket selbst annahm, was letztlich zur Entlastung von M.C. führte, weshalb also E.D. für M.C. „wie gerufen“ kam.

5. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, auch wenn die beiden Paketgruppen (D und C) sich in Grösse und Farbe stark unterschieden hätten, schliesse dies nicht aus, dass solche versehentlich zusammengebunden sein könnten. Zudem sei keineswegs auszuschliessen, dass E.D. und allenfalls M.P. beim Fallenstellen im Übereifer selber ein solches Bündel bestehend aus C-Päckchen und einem Paket der D gemacht hätten (Beschwerdeschrift S. 6 f., zweite Ziffer 3.4).

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass sich die Päckchen der C und die Pakete der D in Grösse und Farbe stark unterscheiden. Die Annahme des Obergerichts, dass unter diesen Umständen ein versehentliches Zusammenbinden ausgeschlossen werden könne, ist nachvollziehbar und damit nicht willkürlich. Anhaltspunkte dafür, dass E.D. und M.P. ein Bündel mit Paketen der C und der D

erstellt hätten, und dass dies im Sinne eines Fallenstellens erfolgt sei, nennt der Beschwerdeführer nicht und ist auch nicht ersichtlich. Hierbei handelt es sich offensichtlich um eine nicht fundierte Unterstellung.

6. Zusammenfassend erweisen sich die Rügen des Beschwerdeführers als unbegründet und ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

### III.

Das vorliegende arbeitsrechtliche Verfahren ist kostenlos (Art. 343 OR). Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ist für seine Bemühungen und Barauslagen im Kassationsverfahren aus der Gerichtskasse zu entschädigen (§ 89 Abs. 2 ZPO).

#### **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. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und die 4. Abteilung des Arbeitsgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: