



---

Kass.-Nr. AA050111/U/cap

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

## **Zirkulationsbeschluss vom 17. Juli 2006**

in Sachen

**St.**,

....,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwalt ....

gegen

1. **...**,

2. **UA**

....,

Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Forderung aus Arbeitsverhältnis**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Juni 2005 (NE050006/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1.a) Die Beschwerdegegnerin (Klägerin und Appellatin) hat am 31. März 2004 zusammen mit Frau A, iranische Staatsangehörige, (die Klägerin 1) Klage gegen die Beschwerdeführerin (Beklagte und Appellantin) eingereicht. Alle drei Parteien erschienen persönlich oder durch ihre Vertreter resp. Organe zur Sühnverhandlung am 28. April 2004, wo es nicht zu einer Einigung kam. In der Folge stellte die Friedensrichterin eine Weisung aus, datiert vom 30. April 2004.

b) Die Klägerin 1 reichte durch ihren Vertreter am 16. Juni 2004 in dieser Sache beim Einzelrichter am Bezirksgericht Horgen eine Klageschrift zusammen mit der Weisung ein (BGH act. 1 und 2/1) und machte ihre Klage damit anhängig. Am 17. Juni reichte die Beschwerdegegnerin beim Einzelrichter am Bezirksgericht Horgen ebenfalls eine Klageschrift ein, welche sie mit „Forderungsklage / Prozessvereinigung“ betitelte (BGH act. 5). Der Einzelrichter legte in der Folge unter der Akten-Nr. FO040029 für beide Klagen ein einziges Geschäft an und schloss das Verfahren mit Urteil und Verfügung vom 17. Dezember 2004 (BGH act. 19) ab.

2. Gegen dieses Urteil des Einzelrichters erhob die Beschwerdeführerin fristgerecht Berufung (BGH act. 22; die Verfügung des Einzelrichters betreffend Arbeitszeugnis blieb unangefochten). Mit Beschluss vom 29. Juni 2005 (OG act. 46 = KG act. 2, hinsichtlich der Rechtsmittelbelehrung ergänzt durch die Berichtigung vom 18. Juli 2005, OG act. 48 = KG act. 3) trat die Vorinstanz auf die Berufung insoweit nicht ein, als sie die Beschwerdegegnerin betraf (OG act. 46 = KG act. 2, Dispositiv Ziff. 1; hinsichtlich der Klägerin 1 wurde das einzelrichterliche Urteil teilweise aufgehoben und zur Ergänzung des Verfahrens und neuem Entscheid an den Einzelrichter am Bezirksgericht Horgen zurückgewiesen). Auf die Ausführungen des Obergerichts wird, soweit sie für das Kassationsverfahren relevant sind, im Rahmen der Beurteilung der einzelnen Rügen eingegangen.

3. Da das Verfahren als einfaches und rasches Verfahren i.S.v. Art. 343 OR i.V.m. § 53 Ziff. 3 ZPO durchzuführen ist, stehen die gesetzlichen und richterlichen Fristen während der Gerichtsferien nicht still (§ 140 Abs. 2 ZPO). Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde am 5. August 2005 der Post übergeben und traf am 8. August 2005 beim Kassationsgericht ein. Damit ist die Frist von § 287 ZPO gewahrt. Die Beschwerdeführerin hat keine aufschiebende Wirkung beantragt. Auf eine Kautionsauflage wurde gemäss § 78 Ziff. 2 ZPO verzichtet.

Die Beschwerdegegnerin beantragte Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 10). Das Obergericht verzichtete auf eine Vernehmlassung (KG act. 9). Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 2. Juni 2006 Stellung zur Beschwerdeantwort (KG act. 14).

## II.

1. Die Beschwerdeführerin macht zusammengefasst geltend, die Vorinstanz habe klar eine aktenwidrige Annahme i.S.v. § 281 Ziff. 2 getroffen bzw. wesentliche Verfahrensgrundsätze i.S.v. § 281 Ziff. 1 verletzt, indem sie über eine Klage einen Beschluss gefasst habe, die gar nie resp. nicht richtig rechtshängig gemacht worden sei (unten RZ 3), resp., wenn sie richtig anhängig gemacht worden wäre, hätte diese mit der Klage der Klägerin 1 zu einer Streitgenossenschaft zusammengeschlossen werden sollen (unten RZ 4).

2. Bezüglich der Rüge der aktenwidrigen Annahme i.S.v. § 281 Ziff. 2 ZPO (KG act. 1 S. 5 RZ 11) ist vorab zu bemerken, dass unter diesem Titel allein die willkürliche Feststellung von Tatsachen gerügt werden kann. Nicht Frage der Beweisswürdigung, sondern der rechtlichen Würdigung ist es, wenn das Obergericht bestimmte, in tatsächlicher Hinsicht richtig erfasste Schritte und Massnahmen des Einzelrichters am Bezirksgericht in einer bestimmten Weise rechtlich interpretiert. Dieser Rüge kommt demnach – neben der Rüge der Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze i.S.v. § 281 Ziff. 1 ZPO - keine selbständige Bedeutung zu.

3.a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Klage der Beschwerdegegnerin sei gar nie resp. nicht formrichtig rechtshängig gemacht worden, und es liege deshalb überhaupt keine Klage der Beschwerdegegnerin vor, über welche die Vorinstanz hätte Beschluss fassen können. Die Vorinstanz hätte deshalb - ebenso wie der Einzelrichter am Bezirksgericht Horgen – auf die Klage der Beschwerdegegnerin gar nicht eintreten dürfen (KG act. 1 S. 4 RZ 8). Die Beschwerdeführerin begründet dies im Wesentlichen damit, die Beschwerdegegnerin habe mit ihrer Klageschrift vom 17. Juni keine Weisung eingereicht. Gemäss der Vorschrift von § 102 ZPO Abs. 1 wird ein „Rechtsstreit durch Einreichung der Weisung beim Gericht rechtshängig gemacht“. Eine solche habe aber die Beschwerdegegnerin tatsächlich beim Einzelrichter am Bezirksgericht Horgen nie eingereicht. Die Beschwerdeführerin (act. 1 RZ 6, S. 7) beruft sich dabei auch auf eine Stelle im Beschluss der Vorinstanz, wonach „dies die Rechtshängigkeit der Klage durch Einreichen der Weisung doch voraussetze, dass die Weisung vom betreffenden Kläger eingereicht wird. Die Einreichung der Weisung durch einen Dritten vermag keine Rechtswirkung zu entfalten.“ (KG act 2, S 7).

Damit verkennt die Beschwerdeführerin sowohl den Gehalt von § 102 ZPO als auch die eigentliche Aussage der Vorinstanz an der zitierten Stelle ihres Beschlusses. § 102 ZPO setzt für die Rechtshängigkeit voraus, dass die betreffende Person durch Einreichen der Weisung beim Gericht zu erkennen gibt, dass sie einen Prozess anhängig machen will. Eine Weisung, die dem Gericht auf anderem Weg zukommt, etwa im Zuge der Aufsichtstätigkeit der Bezirksgerichte über die Friedensrichter gemäss § 107 Abs. 1 GVG, begründet selbstverständlich keine Rechtshängigkeit bezüglich des darin ausgedrückten Anspruchs. Dasselbe galt auch bezüglich des Anspruchs der Beschwerdegegnerin, als die Klägerin 1 die Weisung (die bekanntlich auch die Beschwerdegegnerin als Klägerin nannte) beim Bezirksgericht einreichte. Dadurch wurde bezüglich des Anspruchs der Beschwerdegegnerin keine Rechtshängigkeit begründet. Das ist selbstverständlich, und nichts anderes wollte die Vorinstanz an der von der Beschwerdeführerin zitierten Stelle zum Ausdruck bringen.

§ 102 ZPO verlangt nicht zwingend, dass die klagende Partei eine Weisung einzureichen habe, wenn diese bereits beim Gericht liegt. In diesem Fall kann die betreffende Partei ihren Willen, die Klage anhängig zu machen, dem Gericht auch auf anderem Weg zum Ausdruck bringen, etwa durch einen Brief, eine Protokollerklärung oder eben durch Einreichen der Klageschrift. Dies ist im vorliegenden Fall geschehen (BGH act. 5). Der vorliegende Fall unterscheidet sich wesentlich vom Fall, in dem „die dafür ausgestellte Weisung vergessen worden“ ist (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N 5 zu § 102): Nichts deutet darauf hin, die Beschwerdegegnerin habe die Weisung einzureichen vergessen; sie hatte diese bei Einreichung ihrer Klageschrift gar nicht mehr, diese lag nämlich bereits beim Einzelrichter, da sie von der Klägerin 1 eingereicht worden war. In dieser Situation von der Beschwerdegegnerin zu verlangen, sie hätte von der Friedensrichterin ein Duplikat der Weisung verlangen und dieses mit ihrer Klageschrift einreichen müssen, um ihre Klage rechtshängig zu machen, wäre von Sinn und Zweck von § 102 ZPO nicht erfasst und stellt einen überspitzten Formalismus dar.

b) Die Beschwerdeführerin führt aus, die Beschwerdegegnerin hätte auch gar keinen Willen bekundet, eine selbständige Klage einzurechnen. Die Beschwerdegegnerin sei vielmehr von den Voraussetzungen eines Parteiwechsels während der Prozessdauer i.S.v. § 49 Abs. 1 ausgegangen, wobei die entsprechenden Voraussetzungen allerdings nicht gegeben gewesen seien (KG act. 1 S. 4 RZ 7). Wohl ist der Antrag 1 der Beschwerdeführerin in ihrer Klageschrift (BGH act. 5), „Es sei der Eintritt der Arbeitslosenkasse GBI in den Prozess der oben erwähnten Prozess der Klägern [1] vorzumerken, nicht ganz klar. Die Beschwerdeführerin macht allerdings nicht geltend, wo sich die Beschwerdegegnerin – über den Antrag 1 in ihrer Klageschrift hinaus - auf einen Parteiwechsel berufen habe. Etwas Derartiges ist auch nirgends erkennbar und wurde von der Beschwerdeführerin, soweit ersichtlich, vor der Vorinstanz nicht geltend gemacht. Die Vorinstanz hat ausdrücklich erklärt, dass kein Fall der Hauptintervention i.S.v. § 43 ZPO vorliege, weil die Beschwerdegegnerin nicht ein besseres Recht am Gegenstand der Klage der Klägerin 1 geltend mache, da die Klägerin 1 vom von ihr eingeklagten Betrag exakt den Betrag, welcher dann von der Beschwerdegegnerin geltend ge-

macht wurde, in Abzug gebracht habe (KG act. 2 S. 7 Ziff. 3.1.4). Dass die Vorinstanz den Antrag nicht als Hauptintervention i.S.v. § 43 ZPO, die bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen zu einem Parteiwechsel i.S.v. § 49 ZPO geführt hätte, ausgelegt hat (was wegen Fehlen der entsprechenden Voraussetzungen zu einer Abweisung geführt hätte), sondern i.S. einer Auslegung zu Gunsten der Gültigkeit des Antrags als eigene Klage interpretiert hat, ist ohne weiteres vertretbar.

Die Vorinstanz hat somit keine wesentlichen Verfahrensgrundsätze i.S.v. § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt, indem sie annahm, die Klage der Beschwerdegegnerin sie durch Einreichen der Klageschrift vom 27. Juni 2004 rechtshängig geworden.

4.a) Die Beschwerdeführerin rügt weiter, selbst wenn angenommen würde, die Beschwerdegegnerin habe eine Klage eingereicht und entsprechend § 102 ZPO rechtshängig gemacht, habe die Vorinstanz durch Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze i.S.v. § 281 Ziff. 1 einen Nichtigkeitsgrund gesetzt. Sie habe nämlich angenommen, die Klägerin 1 und die Beschwerdegegnerin hätten je eine separate Klage eingereicht, und der Einzelrichter am Bezirksgericht habe diese getrennt eingereichten Klagen i.S.v. § 40 Abs. 3 ZPO vereinigt, wobei dies in einem formlosen Realakt, durch Anlegen eines einzigen Geschäftes, geschehen sei (vgl. KG act. 2, Ziff. 3.1.5, S. 8). Die Beschwerdeführerin rügt (KG act 1 RZ 9, S. 4 f.), das zürcherische Zivilprozessrecht kenne keine „konkludente Prozessvereinigung“.

b) Die Vorinstanz hat implizite eine Streitgenossenschaft ausgeschlossen, indem sie festgehalten hat, es würden zwei von einander unabhängige Klagen vorliegen, die bei der Vorinstanz separat anhängig gemacht worden seien, und die nur die gleiche Thematik beschlagen (KG act. 2 Ziff. 3.1.4, S. 7). D.h. die Klägerin 1 und die Beschwerdegegnerin hätten ihre Ansprüche durch separate Klageschriften, die an unterschiedlichen Tagen eingereicht worden sind, rechtshängig gemacht, weshalb keine (einfache) Streitgenossenschaft vorliege.

Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was begründen würde, warum die Vorinstanz dadurch, dass sie von zwei selbständigen Klagen ausgegangen ist

(die nachträglich vereinigt worden sind, dazu unten RZ 4.c), und nicht von einer Streitgenossenschaft, gesetzliche Prozessformen verletzt habe. Insbesondere macht sie nichts geltend, was dafür sprechen würde, die beiden Klagen hätten, obwohl sie in verschiedenen Klageschriften zu unterschiedlichen Zeitpunkten rechtshängig gemacht worden sind, nachträglich zu einer Streitgenossenschaft vereinigt werden sollen. Ob eine Streitgenossenschaft im Nachhinein überhaupt noch begründet werden kann, kann hier mangels diesbezüglicher Rüge offen gelassen werden. In jedem Fall wäre dafür eine entsprechende Erklärung beider Parteien notwendig, worin diese zum Ausdruck bringen, untereinander eine Streitgenossenschaft bilden zu wollen. Andernfalls liegt jedenfalls kein **gemeinsames** Auftreten als Kläger i.S.v. § 40 ZPO vor. Dass eine solche Willenserklärung beider Parteien vorgelegen hätte, macht der Beschwerdeführer nicht geltend. Vielmehr liegt das Gegenteil nahe, indem der Antrag 1 in der Klageschrift der Beschwerdegegnerin (BGH act. 5) im Lichte der Überschrift „Forderungsklage/Prozess**vereinigung**“ (Hervorhebung durch das urteilende Gericht) auszulegen ist. Daraus ergibt sich eindeutig, dass die Beschwerdegegnerin von einer selbständigen Klage ausging, die mit derjenigen der Klägerin 1 zu vereinigen sei (vgl. Eingabe der Beschwerdegegnerin (KG act. 10, S. 2). Nichts anderes hat der Einzelrichter in der Folge getan und das Obergericht daraufhin geschützt. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin geht somit fehl.

c) Die Beschwerdeführerin führt aus, die Vorinstanz (KG act. 2, S. 8) habe zu Unrecht angenommen, der Einzelrichter hätte die beiden Klagen nicht stillschweigend vereinigen dürfen. Vielmehr hätte der Einzelrichtern dazu zuerst zwei Geschäfte anlegen und dann beide durch eine formelle Verfügung vereinigen müssen (KG act. 1 RZ 9, S. 4). Eine Pflicht zu einem solchen Vorgehen findet im Zürcher Zivilprozessrecht keine Grundlage. § 26 ZPO schreibt keine Form für die Vereinigung von Prozessen vor. Ein solcher Formalismus liegt umso weniger nahe, als gegen die Anordnung einer Prozessvereinigung kein Rechtsmittel gegeben ist. Dagegen könnte höchstens eine Beschwerde wegen Verletzung des Beschleunigungsgebots erhoben werden, wenn eine Partei geltend machen wollte, die Vereinigung führe zu einer Verzögerung (statt Beschleunigung) des Verfahrens (Frank/Sträuli/Messmer, N 1 zu § 26 ZPO).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Einzelrichter selbst sei von einer Streitgenossenschaft i.S.v. § 40 ZPO ausgegangen. Was sie damit für ihre Rechtsposition ableiten will, bleibt unklar. Offensichtlich könnte eine falsche Anwendung des Prozessrechts durch die erste Instanz (wenn denn eine solche vorgelegen hätte), die durch die zweite Instanz korrigiert wird, nicht Grundlage für eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen den zweitinstanzlichen Entscheid bilden. Aber das von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Argument, der Einzelrichter sei von einer Streitgenossenschaft ausgegangen, wäre auch dann, wenn es relevant wäre, nicht überzeugend begründet. Das Rubrum, das die Klägerin 1 und die Beschwerdegegnerin als Klägerinnen nennt, lässt keinen Rückschluss darauf zu, ob eine Prozessvereinigung oder eine Streitgenossenschaft vorliege, und das Zusprechen von gesonderten Beträgen an die Klägerinnen in Ziff. 1 und 2 des Dispositivs und von gesonderten Prozessentschädigungen in Ziff. 4 des Dispositivs spricht vielmehr für gesonderte Klagen, ebenso die Erwägungen des Einzelrichters betreffend Streitwert in Ziff. IV seines Entscheids (BGH act. 19, S. 16 f.). Daraus, dass es der Einzelrichter unterlassen hat, darauf hinzuweisen, dass eine Berufung gegen das Urteil zu Gunsten der Beschwerdeführerin nicht möglich sei, weil die dafür notwendige Schwelle gemäss § 259 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO i.V.m. Art 46 OG nicht erreicht sei, kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung kann evtl. zu Folgen i.S. des Vertrauensschutzes führen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen (Entgegennahme einer Eingabe, die im Vertrauen auf eine Rechtsmittelbelehrung, die unrichtigerweise eine längere als die gesetzlich vorgesehene Rechtsmittelfrist nannte, an sich zu spät eingereicht wird etc.), sie kann jedoch nicht zur Zulässigkeit eines Rechtsmittels führen, das nach dem Gesetz nicht zur Verfügung steht (BGE 119 IV 334 E. 1c = Pra 1995 Nr. 239 S. 783). Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, die Vorinstanz hätte ihre Berufung gegen das Urteil zu Gunsten der Beschwerdeführerin, anstatt darauf nicht einzutreten, als Nichtigkeitsbeschwerde behandeln müssen.

Die Rüge, der Einzelrichter hätte die Parteien nicht über die Vereinigung der Prozesse informiert (KG act 1 Rz 9, S. 5 oben), stösst ins Leere, da die Beschwerdeführerin spätestens seit der Vorladung vom 6. Juli 2004 an den Vertreter

der Beschwerdeführerin (BGH act. 7.2) über die Vereinigung der beiden Klagen im Bilde war.

5. Im Lichte dieser Erwägungen ist die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

6. Dass angesichts der Rückweisung des Klage über die Forderung der Klägerin 1 und der Rechtskraft des Entscheids über die Forderung der Beschwerdegegnerin als Ergebnis der unterschiedlichen Rechtsmittelmöglichkeiten widersprüchliche Urteile resultieren können, mag für die Beschwerdegegnerin unbefriedigend sein, ist aber als Folge der gesetzlichen Regelung betreffend Streitwertberechnung und Rechtsmittelvoraussetzungen hinzunehmen. Es bleibt der Beschwerdeführerin überlassen zu prüfen, ob je nach Ausgang des Verfahrens gegen die Klägerin 1 möglicherweise eine Revision i.S.v. § 293 ZPO offen steht.

### III.

Art. 343 OR gilt auch für das Verfahren vor dem Kassationsgericht. In diesem Sinn sind der Beschwerdeführerin keine Kosten aufzuerlegen. Art. 343 OR hindert aber auch im Verfahren einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht an der Zuspprechung einer Entschädigung an die Gegenpartei i.S.v. § 68 ZPO. In diesem Sinne ist der Beschwerdegegnerin, die sich hat vernehmen lassen (KG act. 10), eine Entschädigung zuzusprechen, wobei der Streitwert von Fr. 7'276.10 und die Tatsache, dass sie nicht anwaltlich vertreten ist, zu berücksichtigen sind.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Gerichtskosten fallen ausser Ansatz.

3. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 350.-- zu entrichten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: