



Kass.-Nr. AA070186/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 10. Oktober 2008

in Sachen

X (Gesellschaft),

...,

Beklagte, Zweitappellantin, Erstappellatin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

Z,

...,

Klägerin, Erstappellantin, Zweitappellatin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

arbeitsrechtliche Forderung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. November 2007 (NE070006/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

Am 8. November 2000 erlitt die Beschwerdegegnerin einen Unfall, als sie in der Filiale G der Beschwerdeführerin damit beschäftigt war, die Verkaufsregale aufzufüllen. Da die Milch ausgegangen war, begab sie sich in den Kühlraum und ergriff einen sogenannten Tetratainer, gefüllt mit 144 Milchpackungen. Da der normalerweise auf vier Rollen oder Rädern laufende Gitterwagen defekt war, indem eine Rolle bzw. ein Rad fehlte, kippte er beim Hinausbewegen aus dem Kühlraum um und verletzte die gestürzte Beschwerdegegnerin, welche Prellungen und Quetschungen davon trug, am linken Fuss. Der Versuch, ihr eine sitzende Arbeit an der Kasse zu ermöglichen, scheiterte, und die Beschwerdegegnerin blieb während längerer Zeit arbeitsunfähig (KG act. 1, S. 3f., Ziff. 1.1.-1.2.).

Mit Eingabe vom 28. April 2003 gelangte die Beschwerdegegnerin an den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht R und verlangte die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Bezahlung von CHF 19'451.00 nebst Zins als Ersatz für den Haushaltführungsschaden zwischen dem 8. November 2000 und dem 31. März 2002. Forderungen für andere Zeitabschnitte oder Schadenersatzpositionen behielt sie sich ausdrücklich vor (ER act. 1, S.2). Die Beschwerdeführerin liess die Abweisung der Klage beantragen (ER act. 9; Prot. ER, S. 4).

Mit Urteil vom 22. Dezember 2006 sprach der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht R der Beschwerdegegnerin CHF 2'005.00 nebst Zins zu und wies die Klage im Mehrbetrage von CHF 17'352.00 ab(KG act. 55).

Dagegen erklärten beide Parteien Berufung (ER act. 51 und 52).

Im Berufungsverfahren reduzierte die Beschwerdegegnerin ihre Klage auf den Betrag von CHF 6'194.05, womit die Klageabweisung im übersteigenden Mehrbetrag in Rechtskraft erwuchs.

Mit Beschluss vom 10. November 2007 verpflichtete das Obergericht des Kantons Zürich die Beschwerdeführerin zur Bezahlung von CHF 2'938.00 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 2. Juli 2001 an die Beschwerdegegnerin und wies die Klage im Mehrbetrage ab (KLAGE act. 2, S. 28, Ziff. 2). Als haftungsbegründend hatte es zusammengefasst das Fehlen einer Weisung, defekte Tetratiner aus dem Verkehr zu nehmen, als schuldhafte Vertragsverletzung erkannt (KG act. 2, S. 12, Ziff. 4.5. am Ende). Gegen diesen Entscheid richtet sich die rechtzeitig erstattete Nichtigkeitsbeschwerde vom 17. Dezember 2007, mit welcher beantragt wird, Ziff. 2 bis 6 des Dispositives des Beschlusses des Obergerichtes des Kantons Zürich seien aufzuheben und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen. Eventuelliter sei die Sache zur Durchführung eines weiteren Beweisverfahrens und zur Neubeurteilung der Streitigkeit an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1, S. 2).

Die Vorinstanz hat mit Eingabe vom 18. Dezember 2007 auf eine Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9), und die Beschwerdegegnerin liess mit Beschwerdeantwort vom 11. Januar 2008 die Abweisung der Beschwerde beantragen (KG act.10).

II.

1. Die Vorinstanz hat unter Ziff. 2.2. auf S. 5 Ihres Beschlusses darauf hingewiesen, dass der Prozess über die arbeitsrechtliche Forderung der Beschwerdegegnerin gemäß Art. 343 Abs. 2 OR und §53 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO im einfachen und raschen Verfahren und deshalb gestützt auf §259 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit §276 ff. ZPO nur mit einem einfachen Schriftenwechsel durchzuführen gewesen sei. Dieser sei nach Eingang der Berufungsbegründung der Beschwerdegegnerin (Klägerin, Erstappellantin und Zweitappellatin) gemäss OG act. 59, der Berufungsantwort und Zweitberufungsbegründung der Beschwerdeführerin (Beklagte, Erstappellatin und Zweitappellantin) gemäss OG act. 64 sowie der Zweitberufungsantwort der Beschwerdegegnerin gemäss OG act. 69 abgeschlossen gewesen. Wenn sich die Beschwerdeführerin mit unaufgeforderter Eingabe vom 6. Au-

gust 2007 gemäss OG act. 73 (erneut) an die Kammer gewandt habe, stehe ihr das offen. Mit der Zustellung dieser Eingabe an die Gegenpartei gemäss OG act. 74 sei der Prozess spruchreif.

Die Vorinstanz hat konsequenterweise die Eingabe vom 6. August 2007 gemäss OG act. 73 - von der Beschwerdeführerin selbst als „Berufungsreplik“ bezeichnet - nicht in ihre Erwägungen mit einbezogen, was von der Beschwerdeführerin (zu Recht) auch nicht gerügt wird. Im Rahmen der Behandlung ihrer Nichtigkeitsbeschwerde ist gleich zu verfahren und sind die beschwerdeführerischen Hinweise auf OG act. 73 nicht zu berücksichtigen.

2. Mit Blick auf die Zulässigkeit der erhobenen Rügen bzw. die Prüfungsbefugnis des Kassationsgerichtes ist sodann §285 ZPO zu beachten. Danach sind Nichtigkeitsbeschwerden unzulässig, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dieses mit freier Kognition überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt.

Im konkreten Fall handelt es sich um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert von CHF 6'194.05. Damit ist die in Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG vorgesehene Streitwertgrenze von CHF 15'000.00 nicht erreicht. Eine Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht im Sinne von Art. 72 BGG wäre demnach nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellte (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Davon ist bei den von der Beschwerdeführerin vorgetragene Rügen für das vorliegende Verfahren nicht auszugehen (für das bundesgerichtliche Verfahren würde das Bundesgericht darüber auf entsprechendes Vorbringen selbständig entscheiden).

Verfassungsmässige Rügen, welche das Bundesgericht im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 BGG frei prüfte, werden von der Beschwerdeführerin in der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde nicht vorgetragen. §285 ZPO steht der Beschwerde demnach nicht entgegen.

III.

1a) Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, als schlechterdings unhaltbar und Willkür müsse die Annahme des Obergerichts bezeichnet werden, dass es bei vergleichbaren Konstruktionen (zum vorliegend in Frage stehenden Tetratiner) wie Einkaufswagen in Supermärkten, Gepäckwagen an Flughäfen oder sonstigen Handwagen gelegentlich vorkomme, dass ein Rad fehle. Hieraus leite das Obergericht dann ab, dass es nach der Erfahrung notwendig gewesen wäre, dass die Beschwerdeführerin eine Weisung erlassen hätte mit dem Inhalt, dass als defekt erkannte Gitterwagen aus dem Verkehr zu ziehen seien (KG act. 1, S. 5, Ziff. (1), mit Hinweis auf KG act. 2, Ziff. 4.4., S. 10). Dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin sei noch nie ein Einkaufs-, Gepäck- oder sonstiger Handwagen mit drei Rädern begegnet, ebenso wenig den zehn Personen aus seinem Bekanntenkreis, die er befragt habe. Die Annahme des Obergerichts, dass Wagen mit drei Rädern immer wieder vorkämen und dies sogar einer allgemeinen Lebenserfahrung entspreche, sei umso unverständlicher, als sogar die Beschwerdegegnerin anerkannt habe, dass es sich beim verwendeten Gitterwagen um eine stabile und seit Jahren bewährte Konstruktion handle und es noch nie vorgekommen sei, dass Räder abgefallen wären oder gefehlt hätten. Auch die Befragungen der als Zeugen einvernommenen X-Angestellten Claudia Oberdanner, Ilhan Bardakci, Minire Krasniqi sowie Christina Petralli sowie der Beschwerdegegnerin selbst hätten keinerlei Hinweise darauf geliefert, dass es mit den Minicontainern je Probleme gegeben hätte (KG 1, S. 6, Zf. (2), mit Hinweis auf Prot. ER, S. 25ff, S. 41ff, S. 43ff, S. 46ff).

Die Rüge geht fehl:

Die Vorinstanz hat auf S. 10, Ziff. 4.4., ausgeführt, dass aus Sicht der Beschwerdeführerin eine Weisung, defekte Wagen aus dem Verkehr zu ziehen, nicht notwendig sei, weil fehlende Räder an einem Tetratiner bislang ein völlig unbekanntes Problem gewesen seien. Vor Vorinstanz habe die Beschwerdeführerin ihren Glattbrugger Filialleiter Werner Gameter und den Produktionsleiter der Emmi AG, Marco Jöri, als Zeugen angeboten, weil diese noch nie einen Fall erlebt hät-

ten, in welchem ein Tetratiner nur drei Räder gehabt habe. Der Vorderrichter habe diese Zeugen zu Recht nicht befragt. Ohne Unfall sei das Fehlen eines Rades unspektakulär. Auf einer waagerechten Fläche lasse sich der defekte Tetratiner nach wie vor ohne besonderen Kraftaufwand benützen. Bei Türschwellen, Unebenheiten usw. gelte es jedoch zu verhindern, dass er kippe. Es sei daher davon auszugehen, dass die angebotenen Zeugen nicht jedes Fehlen eines Rades in ihrem Einflussbereich wahrgenommen oder auch nur davon gehört hätten. Der angestrebte Beweis lasse sich mit ihnen nicht führen. Die allgemeine Lebenserfahrung lege im Gegenteil nahe, dass fehlende Räder kein singuläres Problem seien. Bei vergleichbaren Konstruktionen wie etwa Einkaufswagen in Supermärkten, Gepäckwagen an Flughäfen oder sonstigen Handwagen komme es gelegentlich vor, dass ein Rad fehle.

Bei einer kaum abschätzbaren Unzahl von Einkaufswagen, Gepäckwagen und anderen Handwagen, die in Supermärkten, auf Flughäfen und anderswo tagtäglich in Verkehr sind, darf ohne Verletzung des Willkürverbotes angenommen werden, das Fehlen eines Rades sei nicht singulär, stelle also keine ausgesprochene Ausnahme dar, sondern komme gelegentlich vor. An der Haltbarkeit dieser Feststellung ändert insbesondere nichts, dass dem sehr kleinen Kreis von zehn Bekannten des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin und den angerufenen Zeugen nie aufgefallen sei, dass bei entsprechenden Wagen einmal ein Rad gefehlt habe. Ebenso wenig berührt die Vertretbarkeit der vorinstanzlichen Feststellung, dass es sich bei den von der Beschwerdeführerin benutzten Tetratainern um stabile und bewährte Konstruktionen handelt. Das gilt umso mehr, als die Vorinstanz unter fraglicher Ziffer auf S. 10 zu recht darauf hinweist, dass weder behauptet noch dargetan worden sei, die fraglichen Wagen wiesen konstruktive Besonderheiten auf, welche das Abfallen eines Rades verhinderten.

b) Die Beschwerdeführerin rügt in Ziff. 3 auf S. 7 ihrer Beschwerde weiter, das vorinstanzliche Urteil leide im Zusammenhang mit der Annahme, dass fehlende Räder nach der allgemeinen Lebenserfahrung gelegentlich vorkämen, an einer Verletzung klaren Rechtes, sofern die Feststellung aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung nicht als Tat-, sondern als Rechtsfrage betrachtet werde.

Der Kassationsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechtes ist nur dann gegeben, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar ist und ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung des materiellen Rechtes vorliegt. Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides kann daher nur erfolgen, wenn über die Auslegung einer Rechtsregel kein begründeter Zweifel bestehen kann (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 51 zu §281; von Rechenberg, die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und Bund, Zürich 1999, S. 69).

Auf die Rüge ist nicht einzutreten:

So setzt sich die Beschwerdeführerin mit den Ausführungen und der Begründung der Vorinstanz unter Ziff. 4.4., S. 10 unten, des angefochtenen Entscheides nicht auseinander, warum es nach der Erfahrung notwendig sei, defekte Tetratiner aus dem Verkehr zu ziehen. Und sie tut auch nicht dar, inwiefern die Vorinstanz damit in unvertretbarer Weise gegen eine klare Rechtsregel, über deren Auslegung keine Zweifel bestehen, in grober Weise verstossen hätte oder bei deren Anwendung einem Irrtum unterlegen wäre. Damit kommt sie ihrer im Nichtigkeitsverfahren geltenden Rügepflicht nicht nach.

c) Unter Ziff. (3) rügt die Beschwerdeführerin auf S. 6/7 schliesslich, wie sich aus den Ausführungen auf S. 10, oberster Absatz des angefochtenen Entscheides ergebe, gehe die Vorinstanz implizit davon aus, es sei Sache der Beschwerdeführerin zu beweisen, dass eine Weisung nach der Erfahrung nicht notwendig gewesen sei. Die Vorinstanz nehme damit eine unzutreffende Beweislastverteilung und damit eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes vor. Da das Fehlen einer nach der Erfahrung notwendigen Weisung eine Vertragsverletzung darstelle, sei sie nach allgemeinen Grundsätzen nicht von der Beschwerdeführerin, sondern der Beschwerdegegnerin zu beweisen (KG act. 1, Ziff. (3) S. 6 unten/7 oben).

Die Rüge ist unbegründet:

An bezeichneter Stelle hat die Vorinstanz erwogen, dass sich auch mit den von der Beschwerdeführerin angebotenen Zeugen der angestrebte Beweis nicht führen lasse (dass eine Weisung, defekte Tetratiner aus dem Verkehr zu nehmen, nach der Erfahrung nicht notwendig gewesen wäre). Mit den Ausführungen der Vorinstanz auf S. 10 oben des angefochtenen Entscheides setzt sich die Beschwerdeführerin im Einzelnen nicht auseinander. Diese Ausführungen münden in der Erkenntnis der Vorinstanz, dass das Fehlen eines Rades unspektakulär und deshalb davon auszugehen sei, dass die angebotenen Zeugen nicht jedes Fehlen eines Rades in ihrem Einflussbereich wahrgenommen oder auch nur davon gehört hätten. Eine unzulässige, Art. 8 ZGB verletzende Umverteilung der Beweislast ist nicht ersichtlich.

2a) Unter dem Titel „Kein Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung (Nichterlassen einer Weisung) und Unfall / keine Berücksichtigung rechtmässigen Alternativverhaltens“ trägt die Beschwerdeführerin auf S. 7 ff. sodann verschiedene Rügen vor und behauptet das Vorliegen mehrer Nichtigkeitsgründe:

Im bisherigen Verfahren sei von ihr mehrmals eingewendet worden, dass sich der Unfall auch dann ereignet hätte, wenn X eine Weisung erlassen hätte, dass als defekt erkannte Wagen aus dem Verkehr zu ziehen seien. Entscheidend sei nämlich, dass keinem X-Mitarbeiter aufgefallen sei, dass der Wagen bereits beim Reinstossen in den Kühlraum defekt gewesen sei. Daher hätte auch die verlangte Weisung den Unfall nicht verhindern können (KG act. 1, S. 8, Ziff. 2 mit Hinweis auf Prot. ER, S. 8, Ziff. 2; Berufungsantwort vom 15.6.2007, S. 6, zweitletzter Absatz, OG act. 64). Der Sache nach gehe es um den Einwand des fehlenden Kausalzusammenhanges bzw. der Berücksichtigung rechtmässigen Alternativverhaltens. Zum Beweis dafür habe sie, die Beschwerdeführerin, die Einvernahme des Filialleiters sowie sämtlicher Angestellten offeriert, welche am Unfalltag in der Filiale Glattbrugg gearbeitet hätten (KG act. 1, S. 9 unten, mit Hinweis auf Prot. ER, S. 8, Ziff. 2). Da die Frage des Kausalzusammenhanges bzw. des rechtmässigen Alternativverhaltens zentral für die Haftungsbeurteilung im vorliegenden Fall sei und der Einwand von der Beschwerdeführerin substantiiert, form- und fristgerecht vorgebracht worden sei, stelle die durch die Vorinstanz geschützte Nichtabnahme

der offerierten Beweise (implizit: Urteil Vorinstanz S. 12/2. Hälfte) eine Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze dar (KG act. 1, S. 10 oben).

Eine antizipierte Beweiswürdigung sei nach der Rechtsprechung (nur) dann zulässig, wenn der Sachverhalt bereits hinlänglich abgeklärt worden sei. Im vorliegenden Fall könne keine Rede davon sein, dass der Sachverhalt abgeklärt worden wäre. Sowohl die Vorinstanz wie der Einzelrichter hätten es abgelehnt, die von der Beschwerdeführerin beantragten Zeugen zu befragen oder eine technische Expertise am Unfallort durchzuführen. Erst diese Beweisabnahme hätte Aufschluss darüber gegeben, ob das fehlende Rad tatsächlich bereits beim Reinstossen bemerkt worden sei bzw. tatsächlich in jedem Fall bemerkt werden könne (KG act. 1, S. 12).

b) Die Vorinstanz führte auf S. 11 des angefochtenen Urteils unter Ziff. 4.5. zunächst aus, der Beschwerdeführerin sei zuzustimmen, dass ihre Haftung nicht allein aus einem bestimmten Erfolg wie dem Umstand abgeleitet werden dürfe, dass ein defekter Tetratiner aufgetaucht sei. Dieser Erfolg begründe mit Blick auf Art. 41 Abs. 2 VUV eine Vertragsverletzung, zur Begründung des Verschuldens aber müssten der Beschwerdeführerin zuzurechnende Personen falsch gehandelt bzw. gebotenes Handeln unterlassen haben.

Unter Ziff. 4.6. führt die Vorinstanz dann auf S. 11 weiter aus, die Beschwerdeführerin halte dafür, ein fehlendes Rad könne nur entdeckt werden, wenn man unter den Tetratiner krieche. Unter dem Titel „angemessene Wartung“ könne solches nicht verlangt werden. Zudem ergebe sich daraus, dass eine Weisung, defekte Tetratiner aus dem Verkehr zu ziehen, den Unfall nicht verhindert hätte (KG act. 2, S. 11, mit Hinweis auf OG act. 64, S. 5). Der Unfallhergang, so die Vorinstanz weiter, spreche gegen diese Auffassung. Damit ein Tetratiner mit 144 Milchpakungen überhaupt umstürzen könne, müsse sich die Last mehr als nur einige wenige Zentimeter über dem Boden befinden. Entsprechend gross müssten die Räder sein. Zwar habe der Vorderrichter festgehalten, die Räder seien „aus der Perspektive einer stehenden Person“ nicht bzw. nicht gut sichtbar (KG act. 2, S. 12, mit Hinweis auf OG act. 55, S. 26). Dies treffe nur auf Personen zu, die nahe beim Tetratiner stünden, so dass sie den Blick deutlich senken müssten, um die Räder

der zu sehen. Einige Schritte entfernt seien die Räder bzw. deren Fehlen zumindest erkennbar. Zudem sei erstellt, dass der Tetratiner mit nur drei Rädern im Kühlraum gestanden habe, an dessen Eingang eine Schwelle zu überwinden sei. Dem Mitarbeiter, der den Tetratiner in den Kühlraum gestellt habe, müsse das fehlende Rad aufgefallen sein, selbst wenn dies leicht zu übersehen sein sollte, denn auf einer schiefen Ebene brauche es Kraft, um den defekten Tetratiner im Gleichgewicht zu halten. Die verlangte Weisung hätte daher den Unfall verhindert. Zugleich sei darin die angemessene Massnahme zur Umsetzung von Art. 41 Abs. 2 VUV bzw. zur Instandhaltung im Sinne von Art. 32 b Abs. 1 VUV zu erblicken.

c) Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs umfasst auch den Anspruch auf Berücksichtigung der rechtzeitig und formrichtig gestellten Beweisanträge. Das bedeutet aber nicht, dass sämtliche angebotenen Beweise vom Richter abgenommen werden müssen. Auf eine Beweisabnahme kann dann verzichtet werden, wenn das Beweismittel als solches untauglich ist, wenn bereits feststehende Tatsachen (noch einmal) bewiesen werden sollen, wenn im vornherein gewiss ist, dass der offerierte Beweis aus materiellrechtlichen Gründen unerheblich oder prozessrechtlich unzulässig ist oder wenn er wegen Offenkundigkeit einer Tatsache nicht nötig ist (vgl. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 321; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 3 ff. zu § 140). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 aBV (vgl. jetzt Art. 9 und 29 Abs. 2 BV) ist die antizipierte (vorweggenommene) Beweiswürdigung in beschränktem Umfang zulässig; der Richter darf danach das Beweisverfahren schliessen, wenn er den Sachverhalt für genügend geklärt erachtet, d.h. wenn er aufgrund bereits abgenommener Beweise davon überzeugt ist, dass über die erheblichen Tatsachen kein zusätzlicher Beweis mehr geführt zu werden braucht. Das Bundesgericht überprüft dabei im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde nur, ob der Richter ohne Willkür annehmen durfte, die weiteren Beweise könnten am feststehenden Beweisergebnis nichts ändern (BGE 122 III 223/24). Weiter ist darauf hinzuweisen, dass auch Art. 6 EMRK einer solchen antizipierten Beweiswürdigung durch den Richter grundsätzlich nicht entgegensteht (vgl. BGE 125 I 135; ferner G. Walter, Das Recht auf

Beweis im Lichte der EMRK und der Bundesverfassung, ZBJV 1991, S. 316 ff., 319 mit Beispielen).

Nach der Praxis des Kassationsgerichtes ist die vorweggenommene Beweiswürdigung zulässig, wenn mit Sicherheit gesagt werden kann, dass die Abnahme des Beweismittels auch dann an der richterlichen Überzeugung nichts mehr ändern könnte, wenn ihr Ergebnis die vom Beschwerdeführer aufgestellte Behauptung stützen würde (ZR 87 Nr. 125, Erw. 4a; RB 1999 Nr. 87, 1985 Nr. 54). Dabei wird auch vom Kassationsgericht die antizipierte Beweiswürdigung des Sachrichters nicht frei, sondern – im Rahmen von § 281 Ziff. 2 ZPO – allein auf ihre Vertretbarkeit hin überprüft, mit anderen Worten darauf, ob die sachrichterliche Annahme der Gewissheit willkürlich ist oder nicht (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 42).

d) Die Rüge der verbotenen antizipierten Beweiswürdigung ist begründet: Zwar ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin ihren im Verfahren vor dem Einzelrichter am Bezirksgericht R formulierten Beweis Antrag, es seien sämtliche X-Mitarbeiter, welche am Unfalltag im Einsatz gewesen seien, zur Behauptung zu befragen, keiner von ihnen habe gemerkt, dass nur drei Räder am Wagen gewesen seien (Prot. ER, S. 8, Ziff. 2), weder im Nachgang zur Zustellung der Verfügung betreffend direkte Beweisabnahme, welche diese Beweisofferte nicht berücksichtigte (ER act. 14), noch in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis erneuerte (ER act. 47). Sie hat auch im Berufungsverfahren die Nichtabnahme ihrer Beweisofferte durch den Einzelrichter nicht gerügt. Merkwürdig mutet schliesslich an, dass die Beschwerdeführerin in Nachachtung von Ziff. 6 der Verfügung des Einzelrichters betreffend direkte Beweisabnahme, nur die Namen und Anschriften der von der Klägerin als Zeugen angerufenen X-Angestellten A, B und C aufführte, obwohl sie damals offensichtlich schon im Besitze sämtlicher Namen und Anschriften aller am Unfalltag beschäftigten X-Angestellten, auf welche sie sich ja als Zeugen berufen hatte, war (ER act. 18, Eingabe der Beschwerdeführerin vom 3. März 2004; Beilage 2 zur Kassationsbeschwerde, Schreiben der X vom 2. März 2004 an ihren Rechtsvertreter mit Namensliste). Kritik an der Nichtabnahme ihrer

Beweisofferte wäre ebenso schon in ihrer Eingabe vom 2. März 2004 an den Einzelrichter zu erwarten gewesen wie die Bekanntgabe von Namen und Anschriften jener Zeugen, auf die sie sich berufen hatte. Vorgelegt aber wurde diese Namensliste bekanntlich erst im vorliegenden Nichtigkeitsverfahren.

Indessen geht dennoch nicht an und ist unvertretbar, ohne Befragung der angebotenen Zeugen, nämlich des von der Beschwerdeführerin am Unfalltage eingesetzten Personals und mithin in verbotener antizipierter Beweiswürdigung festzustellen, dem Mitarbeiter, welcher den Tetratiner in den Kühlraum gestossen habe, müsse das fehlende Rad aufgefallen sein, selbst wenn dies leicht zu übersehen sein sollte, denn auf einer schiefen Ebene brauche es Kraft, um den defekten Tetratiner im Gleichgewicht zu halten. Das gilt, wie die Beschwerdeführerin zu Recht anmerkt, insbesondere auch darum, weil im vorliegenden Fall gestützt auf Art. 343 Abs. 4 OR der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen war.

Der angefochtene Beschluss der Vorinstanz ist daher mit Ausnahme von Ziff. 1 aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Damit sind die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin unter Ziff. 2 auf S. 7 ff. ihrer Beschwerdebeurteilung nicht weiter zu behandeln.

IV.

Gestützt auf Art. 343 Abs. 3 OR bleiben die Kosten des Kassationsverfahrens ausser Ansatz.

Die Beschwerdegegnerin, welche die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragen liess, ist gestützt auf §68 Abs. 2 ZPO zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung in der Höhe von CHF 1'000.00 inklusive Mehrwertsteuer zu bezahlen.

V.

Die Beschwerdegegnerin beantragt unter Ziff. III., 20., S. 6 der Beschwerdeantwort, dass ihr die unentgeltlichen Prozessführung sowie die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person von Herrn Rechtsanwalt Dr. V auch für das Kassationsverfahren gewährt werde. Die vom Einzelrichter am Bezirksgericht R mit Verfügung vom 6. Februar 2004 gewährte vollumfängliche Armenrechtspflege gilt für den ganzen kantonalen Instanzenzug, soweit sie nicht widerrufen wird.

VII.

Bei einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit mit einem Streitwert von CHF 6'194.05 ist, wie bereits unter II., 2. hiavor ausgeführt, eine Beschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG nicht zulässig. Eine allfällige auf Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG gestützte Beschwerde wegen Beurteilung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung würde das Bundesgericht auf entsprechendes Vorbringen selbständig prüfen. Der Beschwerdeführerin steht gestützt auf Art. 113 BGG die Erhebung einer subsidiären Verfassungsbeschwerde zu.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird der angefochtene Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. November 2008 mit Ausnahme von Ziffer 1 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Kassationsverfahrens fallen ausser Ansatz.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. MWST) zu bezahlen.
4. Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin, Rechtsanwalt Dr. V, wird für dessen Bemühungen und Barauslagen im Kassationsverfahren eine Entschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. MWST) aus der Gerichtskasse zugesprochen. Eine Nachzahlung durch die Beschwerdegegnerin gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 6'194.05.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes R, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: