



Kass.-Nr. AA080104/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Sitzungsbeschluss vom 8. Juni 2009

in Sachen

T AG,

...,

Beklagte, Appellatin, Anschlussappellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

G,

...,

Klägerin, Appellantin, Anschlussappellatin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Forderung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Ober-
gerichts des Kantons Zürich vom 7. Mai 2008 (LA060035/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beklagte betreibt das Restaurant S* in Zürich. Mit Arbeitsvertrag vom 19. November 2003 wurde die Klägerin mit Arbeitsbeginn am 5. Januar 2004 als Köchin bei der Beklagten eingestellt. Die Klägerin wurde mit Arztzeugnis von Frau Dr. M "vom 3. Juni 2004 bis auf weiteres 100% arbeitsunfähig" geschrieben. Die Beklagte machte geltend, die Klägerin habe am 28. Mai 2004 per Ende Juni 2004 gekündigt. Am 14. Juli 2004 teilte W in Vertretung der Klägerin der Beklagten mit, die Klägerin habe nicht gekündigt und werde nach ihrer Genesung wieder zur Arbeit erscheinen. In der Folge kündigte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 27. Juni 2004 vorsorglich per 31. August 2004, wobei sie darauf hinwies, dass das Arbeitsverhältnis per Ende Juni 2004 von der Klägerin gekündigt worden sei.

Die Beklagte befand sich seit dem 29. Februar 2004 mit der Prämienzahlung für die kollektive Krankentaggeldversicherung in Verzug. Demzufolge ruhte die Leistungspflicht der Versicherung bis zur Bezahlung der Prämien, d. h. bis am 7. Juni 2004. Die Versicherung verweigerte daher den Versicherungsschutz und eine Leistungspflicht für die Klägerin, da diese bereits am 3. Juni 2004 erkrankt sei.

2. Mit Eingabe vom 13. September 2004 erhob die Klägerin beim Arbeitsgericht Zürich Klage und verlangte die Bezahlung von insgesamt Fr. 35'810.05 (vgl. zu den einzelnen Positionen KG act. 2 S. 2). An der erstinstanzlichen Hauptverhandlung anerkannte die Beklagte die Forderung in der Höhe von Fr. 7'509.10 (Umsatzbeteiligung März 2003, 3 Tage nicht kompensierte Ferien, 19,6 Ruhetage und 2,25 Ferientage; KG act. 6/2/13). Das Arbeitsgericht führte ein Beweisverfahren zu den Fragen durch, ob die Klägerin vom 3. Juni 2004 bis 31. August 2004 zu 100% arbeitsunfähig gewesen sei, ob sie das Arbeitsverhältnis am 28. Mai 2004 per Ende Juni 2004 gekündigt und erklärt habe, sie werde ab dem 3. Juni 2004 Überstunden und Ferienguthaben kompensieren sowie ob die Klägerin während ihrer (bestrittenen) Arbeitsunfähigkeit zwei Wochen in Ibiza in den Ferien geweilt habe (Prot. I S. 16).

Die Erstinstanz erachtete es als erwiesen, dass die Klägerin ab 3. Juni 2004 aufgrund einer psychischen Erkrankung arbeitsunfähig gewesen sei sowie dass sie im Mai 2004 per Ende Juni 2004 gekündigt habe. Sie hiess mit Urteil vom 1. November 2006 die Klage im Umfang von Fr. 6'115.85 gut und verpflichtete die Beklagte zur Bezahlung dieses Betrages sowie des anerkannten Betrages von Fr. 7'509.10; im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen (KG act. 6/1/64 S. 24).

3. Gegen das erstinstanzliche Urteil erhob die Klägerin mit Eingabe vom 15. November 2006 Berufung. Mit ihrer am 12. Februar 2007 erstatteten Berufungsantwort erhob die Beklagte zugleich Anschlussberufung. Im Berufungsverfahren anerkannte die Beklagte die Klage – nebst des bereits anerkannten Betrages – im Umfang von weiteren Fr. 450.70, wovon das Obergericht Vormerk nahm (KG act. 2 S. 27).

Zu prüfen blieben im Berufungsverfahren der Anspruch auf Ersatz der Krankentaggelder für die Monate Juli und August 2004 (Fr. 10'562.40), die von der Beklagten bestrittenen Entschädigungen für nicht bezogene Ferien (Fr. 1'463.35 brutto) sowie die Abgeltung von Überstunden (Fr. 4'783.90 brutto). Die übrigen Positionen bildeten nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens. Es war auch nicht mehr zu prüfen, ob die Klägerin im Mai 2004 per Ende Juni 2004 gekündigt habe, da die Klägerin die entsprechende Beweiswürdigung der Erstinstanz zwar nicht anerkannte, aber ausdrücklich auf eine Anfechtung verzichtete (KG act. 2 S. 8; vgl. auch KG act. 1 S. 3 Ziff. 5).

Mit Urteil vom 7. Mai 2008 verpflichtete die I. Zivilkammer des Obergerichts die Beklagte (nachfolgend Beschwerdeführerin), der Klägerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) nebst den anerkannten Beträgen weitere Fr. 16'227.55 (Fr. 10'562.40 Ersatz Krankentaggelder und Fr. 5'665.15 Ferien und Überstunden) zu bezahlen (KG act. 2 S. 25 und 27).

4. Gegen diesen obergerichtlichen Beschluss richtet sich die vorliegende, am 18. Juni 2008 und somit rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses verlangt (KG act. 1 S. 2).

Am 11. Juli 2008 reichte die Beschwerdegegnerin innert Frist die Beschwerdeantwort ein. Sie ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und beantragt die Abweisung der von der Beschwerdeführerin gestellten Begehren (act. 10 S. 2).

Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 11). Mit Eingabe vom 28. Juli 2008 nahm die Beschwerdeführerin zur Beschwerdeantwort Stellung (KG act. 13). Die Stellungnahme wurde der Beschwerdegegnerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 14).

II.

1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Schluss der Vorinstanz, die Beschwerdegegnerin sei seit dem 3. Juni 2004 arbeitsunfähig gewesen, beruhe zu ihrem Nachteil auf willkürlicher Beweiswürdigung und leide damit unter dem Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 2 Teil 2 ZPO (KG act. 1 S. 3, Ziff. 5 am Schluss).

2. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, der der Beschwerdegegnerin auferlegte Beweis, dass sie entsprechend ihrer Behauptung ab dem 3. Juni 2004 und damit während des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses und somit während der Phase des Unterbruchs der Versicherungsdeckung zu 100% arbeitsunfähig gewesen sei, sei erbracht worden. Dabei stützte sich die Vorinstanz überwiegend auf die Zeugenaussagen der Ärztin Dr. M (KG act. 2 S. 12 ff.).

2.1 Die Beweiswürdigung der Vorinstanz erweise sich, so die Beschwerdeführerin, aus verschiedenen Gründen als willkürlich.

So habe Dr. M den Zeitpunkt des Beginns der Arbeitsunfähigkeit, den 3. Juni 2004, allein gestützt auf die ihr von der Beschwerdeführerin am 15. Juli 2004 gemachten Angaben attestiert. Gesehen habe sie ihre Patientin am 26. Mai 2004 und dann erst wieder am 15. Juli 2004. Arztzeugnisse, die sich allein auf die Patientenschilderung abstützten und ohne eigene objektive Feststellungen und zudem erst Monate später ausgestellt würden, seien nicht beweisbildend. Es sei willkürlich, wenn die Vorinstanz die Arbeitsunfähigkeit ab 3. Juni 2004 gestützt auf ein solches Arztzeugnis als erwiesen erachte (KG act. 1 S. 5f, Ziff. 2.2 und 2.3).

Ebenso sei es willkürlich, wenn die Vorinstanz aus der Mitteilung der Beschwerdeführerin vom 3. Juni 2004 an U, sie fühle sich unwohl, ableite, die Beschwerdeführerin hätte sich am 3. Juni 2004 als nicht arbeitsfähig gefühlt (S. 6, Ziff. 2.4). Es sei unzulässig, wenn die Vorinstanz wie selbstverständlich und ohne dass es von der Beschwerdegegnerin je behauptet worden wäre, davon ausgehe, diese Äusserung gegenüber U stehe im Zusammenhang mit den am 26. Mai 2004 diagnostizierten rein psychischen Beschwerden (S. 7, Ziff. 3.1).

Das Attest von Dr. M basiere auf reinen Mutmassungen. Dabei sei der einzige Anhaltspunkt, auf welchen Dr. M ihre Mutmassungen abzustützen glaubte, nämlich der Grund warum die Beschwerdegegnerin den Termin vom 23.6.04 bei ihr verpasst habe, unzutreffend. Diese Mutmassung, der Beschwerdegegnerin müsse es schlechter gegangen sein, da sie den vereinbarten Termin versäumt habe, habe sich als nachweislich falsch erwiesen; die Beschwerdegegnerin habe den Termin nicht verpasst, weil es ihr schlechter ging, sondern weil sie in den Ferien auf Ibiza weilte. Das Abstellen auf blosser Mutmassungen stelle eine willkürliche Beweiswürdigung dar (S. 8, Ziff. 3.2).

Nun meine die Vorinstanz, die fehlende eigene Wahrnehmung der Ärztin betreffend den Zeitpunkt des 3. Juni 2004 dadurch heilen zu können, dass Dr. M aus eigener Wahrnehmung anlässlich der Konsultation vom 26.5.04 auch die Arbeitsfähigkeit am 3. Juni 2004 habe beurteilen können. Dr. M habe von sich aus nicht darauf hingewiesen, dass sie die Beschwerdeführerin bereits am 26.5.04 für arbeitsunfähig gehalten habe – zu dieser Antwort sei sie erst durch die Suggestivfrage des Rechtsvertreters der Gegenpartei geführt worden. Von sich aus habe Dr. M vielmehr berichtet, dass sich der Zustand erst im Juli 2004 verdunkelt habe. Tatsache sei, dass Dr. M die Beschwerdeführerin am 26.5.04 eben nicht arbeitsunfähig geschrieben hatte. Dass sie arbeitsfähig war, habe die Beschwerdeführerin dadurch bewiesen, dass sie während sechs voller Arbeitstage ihre volle Arbeitsleistung habe erbringen können. Ohne in Willkür zu verfallen habe somit die Vorinstanz nicht basierend auf der angeblich am 26.5.04 festgestellten (und widerlegten) Arbeitsunfähigkeit auf eine solche am 3. Juni 2004 schliessen dürfen (S. 8 ff., Ziff. 4.1- 4.4).

Die Beschwerdegegnerin habe sich in den Jahren 2002/03 in einer intensiven Behandlungsphase bei Dr. M befunden und sei trotzdem nie krankgeschrieben worden, weshalb psychische Krankheit und Arbeitsunfähigkeit nicht gleichzusetzen seien. Dr. M habe ausgesagt, am positiven Stimmungsbild in Bezug auf die Arbeitsstelle habe sich bei der Konsultation im Juli 2004 etwas geändert; im Juli sei alles schwarz gefärbt gewesen. Die Begründung der Vorinstanz, die Schwarzfärbung müsse bereits Ende Mai eingetreten sein, sei durch die Aussagen der Zeugin M geradezu widerlegt und somit willkürlich. Da die Beschwerdegegnerin seit Jahren psychischen Schwankungen unterworfen gewesen sei, ohne dass diese je zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt hätten, müsse verlangt werden, dass die behauptete Arbeitsunfähigkeit durch Wahrnehmung des Sachverständigen zum massgeblichen Zeitpunkt belegt ist und nicht auf Mutmassungen und Interpretation beruhe. Dies tue aber die Vorinstanz und ver falle so in Willkür (S. 11-14, Ziff. 4.5-4.9).

2.2 Da somit der der Beschwerdegegnerin obliegende Hauptbeweis aufgrund der willkürlichen Beweiswürdigung als gescheitert zu betrachten sei, bedürfe es keines Gegenbeweises. Trotzdem seien Ausführungen zur Aktenwidrigkeit und Willkür im Zusammenhang mit dem Gegenbeweis anzubringen (S. 14 Ziff. 5). Im Wesentlichen argumentiert die Beschwerdeführerin, alle drei Zeuginnen hätten im Kerngehalt übereinstimmend ausgesagt, die Beschwerdegegnerin habe sich im Zeitpunkt der Kündigung (28.5.04) über eine neue in Aussicht stehende berufliche Herausforderung gefreut und sei voller Tatendrang gewesen; dass die Beschwerdegegnerin krank und nicht arbeitsfähig gewesen wäre, habe keine der Zeuginnen berichtet. Ebenso habe U bestätigt, dass die Beschwerdegegnerin auf Ibiza habe beruflich Fuss fassen wollen und Geld für das dortige Projekt benötigt habe. Gegen die Annahme einer Krankheit am 3.6.08 spreche auch der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin auch nach ihrer Rückkehr aus Ibiza bei der Arbeitgeberin nicht mit einem Wort erwähnt habe, sie sei im vergangenen Monat krank gewesen, sondern allein ihr Restguthaben an nicht kompensierten Tagen geltend gemacht habe. Ebenso wenig habe die Vorinstanz berücksichtigt, dass sich die Beschwerdeführerin am 23.6.08 eben gerade nicht zu ihrer Ärztin begeben habe, um sich krankschreiben zu lassen. In Wirklichkeit sei die Beschwerdeführerin eben

nicht krank gewesen, sondern habe auf Ibiza Ferien verbracht und ihre neue dortige berufliche Tätigkeit vorbereitet (S. 14 ff.).

3. Mit ihrer Beschwerdeantwort beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 10 S. 2). Sie erachtet die Kritik an der Beweiswürdigung in allen Punkten für unzutreffend. Die Vorinstanz sei in willkürfreier Beweiswürdigung zum Schluss gelangt, dass die Beschwerdegegnerin am 3.6.08 krank gewesen sei (KG act. 10 S. 4 ff.).

III.

Die Beschwerdegegnerin ersucht um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung auch für das Kassationsverfahren (KG act. 10 S. 2). Die der Beschwerdegegnerin bereits in den vorinstanzlichen Verfahren gewährte unentgeltliche Rechtspflege dauert aufgrund der unveränderten Verhältnisse fort, eines neuen formellen Entscheides bedarf es dazu nicht.

IV.

1. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe „in nicht mehr vertretbarer Weise bzw. in willkürlicher Beweiswürdigung den der Beschwerdegegnerin obliegenden Hauptbeweis als gelungen erachtet und damit den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 2 ZPO gesetzt“ (KG act. 1 S. 20). Im Folgenden ist daher auf die vorinstanzliche Beweiswürdigung und die dagegen erhobenen Rügen einzugehen.

2.1 Mit ärztlichem Zeugnis vom 15. Juli 2004 bestätigte Dr. M, dass die seit dem 5. August 2002 in ihrer Behandlung stehende Beschwerdegegnerin „vom 3. Juni 2004 bis auf weiteres 100% arbeitsunfähig“ sei (KG act. 6/2/4/11c). Als Zeugin erklärte sie, sie habe die Beschwerdegegnerin wegen Stimmungsschwankungen, Depressionen und Essstörungen behandelt. Bis April 2003 sei es eine intensive Behandlung mit meist wöchentlichen Terminen gewesen. Vom 5. April 2004 bis zum Suizidversuch vom 8. Juli 2004 und dem anschliessenden Klinikaufenthalt habe es eine längere Behandlungsphase gegeben (Prot. I S. 25 ff.).

Gestützt darauf hielt die Vorinstanz fest, es sei durchaus möglich, dass die Beschwerdegegnerin wegen ihrer Depression schon vor dem 7. Juni 2004 zu 100%

arbeitsunfähig gewesen sei, doch bleibe noch offen, ob die Arbeitsunfähigkeit tatsächlich schon vor diesem Datum eingetreten sei (KG act. 2 S. 13 unten). Diese Zwischenfeststellung der Vorinstanz ist zutreffend und wird nicht beanstandet.

2.2 U, Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, erklärte als Zeuge, die Beschwerdegegnerin habe am 28.5.04 per 3.6.04 gekündigt. Am 28.5. und dann nach den Pfingsten am 1.6. und 2.6.04 habe sie normal gearbeitet, am 3.6.04 – ihrem letzten Arbeitstag – sei sie nicht zur Arbeit erschienen. Zur Begründung habe sie am Telefon angegeben, sie fühle sich nicht wohl und werde eine Woche später ihre Sachen abholen, bevor sie nach Ibiza in die Ferien gehe (Prot. S. S. 38f.).

Die Vorinstanz hielt zutreffend fest, ein blosses „sich nicht gut fühlen“ bedinge üblicherweise keine Abwesenheit von der Arbeitsstelle. Doch sei dieses Verhalten der Beschwerdegegnerin vor allem im Lichte der Aussagen der Zeugin Dr. M zu würdigen.

2.3 Als Zeugin räumte Dr. M ein, dass sie die Beschwerdegegnerin vor dem Suizidversuch (8.7.2004) letztmals am 26. Mai 2004 gesehen habe und dann erst wieder am 15. Juli 2004. Somit steht fest, dass das ärztliche Attest nicht gestützt auf einen von der Ärztin am 3. Juni 2004 gewonnenen Eindruck von der Patientin gestellt wurde. Gefragt, weshalb sie in ihrem Zeugnis den 3. Juni 2004 als Beginn der Arbeitsunfähigkeit genannt habe, gab Dr. M zu Protokoll: *„Das war, weil die Patientin mir das erzählt hat, wie es ihr ging in der Zeit nach dem 26. Mai, als ich sie gesehen habe“* (Prot. I S. 29f.); gemeint ist, wie es ihr die Patientin am 15. Juli 2004 erzählt hat. Zu Recht wendet die Beschwerdeführerin ein, durch die Aufnahme des Datums des Beginns der Arbeitsunfähigkeit allein gestützt auf die Angaben der Beschwerdegegnerin in das von ihr ausgestellte ärztliche Zeugnis habe Dr. M eine Parteibehauptung ärztlich attestiert (KG act. 1 S. 5 f.). Ein solches Vorgehen ist nur zulässig, wenn die Ärztin konkrete, von ihr verifizierte, Anhaltspunkte für die Richtigkeit der Angabe ihrer Patientin gehabt hätte.

3. Die Vorinstanz kam im angefochtenen Urteil zum Schluss, dass solche Anhaltspunkte bestanden. Diese Beweiswürdigung erweist sich nicht als willkürlich.

3.1 Die Zeugin hatte anlässlich der Konsultation vom 26. Mai 2004 – also eine Woche vor dem 3. Juni 2004 – festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin in einer Phase gewesen sei, in der sie sehr hektisch gewesen sei und gelacht und geweint habe. Sie habe der Beschwerdegegnerin bei der Verabschiedung gesagt, sie sei wieder brutal auf der Überholspur. Sie habe das Gefühl gehabt, dass gehe so nicht mehr lange. Es sei eine instabile Stimmung mit wenig Schlaf, Lachen, Weinen gewesen; die Beschwerdegegnerin sei sehr reizbar gewesen. Aufgrund dieses Krankheitsverlaufs habe die Zeugin angenommen, dass die Angabe der Beschwerdegegnerin, sie sei ab 3. Juni 2004 arbeitsunfähig gewesen, zutreffend gewesen sei (zum Ganzen S. 14 f. des angefochtenen Urteils).

3.2 Die Vorinstanz stellte bei der Würdigung dieser Aussagen darauf ab, dass die Zeugin, welche die Beschwerdegegnerin innert drei Jahren insgesamt 81 Mal gesehen hatte, deren Krankheitsbild zuverlässig beurteilen können. Die Zeugin habe bereits Ende Mai 2004 Zweifel an der Arbeitsfähigkeit der Klägerin gehabt; im Grunde habe sie die Klägerin damals nicht mehr für arbeitsfähig erachtet. Die Vorinstanz wies auf die kurze Zeit zwischen der letzten Konsultation und dem behaupteten Beginn der Arbeitsunfähigkeit hin und folgerte, dass die Zeugin für die Angabe der Beschwerdegegnerin, sie sei ab 3. Juni 2004 arbeitsunfähig gewesen, in den eigenen Befunden vor und nach diesem Datum hinreichende Bestätigung gefunden habe, wobei insbesondere die Wahrnehmungen vom 26. Mai 2004 von Bedeutung gewesen seien. Angesichts dieser Wahrnehmungen, der Kenntnis der Zeugin von der langjährigen Krankheitsgeschichte der Beschwerdegegnerin und der Abmeldung vom Arbeitsplatz am 3. Juni 2004 könne auf dieses Datum als Beginn der Arbeitsunfähigkeit abgestellt werden (KG act. 2 S. 17 f.).

Diese Würdigung der vorhandenen Beweise ist durchaus vertretbar, jedenfalls nicht völlig unhaltbar und damit willkürlich.

4. Die Einwendungen der Beschwerdeführerin sind nicht geeignet, die Argumentation der Vorinstanz zu entkräften.

4.1. Die Beschwerdeführerin trägt vor, die von Dr. M am 15. Juli 2004 retrospektiv per 3. Juni 2004 attestierte Arbeitsunfähigkeit habe nicht auf entsprechenden

Angaben der Patientin beruht, sondern erklärermassen auf eigenen Mutmassungen über die mögliche Entwicklung des von Dr. M am 26. Mai 2004 festgestellten Beschwerdebildes (KG act. 1 Ziff 2.2 S. 5). In Ziff. 3.2 S. 7 der Beschwerdeschrift rügt die Beschwerdeführerin, mit allein aufgrund von Angaben des Patienten erstellten Arztzeugnissen und Mutmassungen über die möglichen Auswirkungen des bisherigen Krankheitsverlaufs lasse sich kein Beweis über die tatsächliche Arbeitsunfähigkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt führen, zumal es der Beschwerdegegnerin möglich und zumutbar gewesen wäre, sich den Beweis für Bestand und Beginn der angeblichen Arbeitsunfähigkeit rechtzeitig zu sichern.

Indessen beruhte die Schlussfolgerung der Zeugin Dr. M nicht einfach auf Mutmassungen, sondern auf der Würdigung einer Reihe von verifizierten Anhaltspunkten, welche die Aussage der Beschwerdegegnerin über den Eintritt der Arbeitsunfähigkeit plausibilisierten. Mit diesen Anhaltspunkten setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander. Wie vorstehend dargelegt, ist es zulässig, aus solchen Anhaltspunkten auf die Richtigkeit der Angaben zu schliessen, welche die Patientin über ihre Arbeitsunfähigkeit macht.

Damit fallen auch die Ausführungen in Ziff. 2.3. und 2.4 S. 6 der Beschwerdeschrift ins Leere.

4.2 In Ziff. 3.1 führt die Beschwerdeführerin zusammengefasst aus, die Vorinstanz habe die Verhandlungsmaxime verletzt, weil sie davon ausgegangen sei, die Beschwerdegegnerin habe sich am 3. Juni 2004 wegen Beschwerden abgemeldet, die im Zusammenhang mit den am 26. Mai 2004 diagnostizierten Beschwerden gestanden seien. Dies habe die Beschwerdegegnerin nie behauptet. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, die von der Beschwerdegegnerin behauptete Arbeitsunfähigkeit sei auf die psychische Erkrankung zurückzuführen, sei daher unhaltbar (KG act. 1 S. 7).

Der Vorwurf der Verletzung der Verhandlungsmaxime ist nicht nachvollziehbar, drehte sich doch das ganze Verfahren um die Behauptung der Beschwerdegegnerin, sie sei wegen psychischen Beschwerden, die schliesslich in einen Freitodversuch gemündet hatten, ab 3. Juni 2004 arbeitsunfähig gewesen. Die Vorinstanz stützte sich bei ihren Erwägungen massgeblich auf die Zeugin Dr. M; diese

stellte ihrerseits auf die Schilderungen der Beschwerdegegnerin über ihre psychischen Beschwerden in der Zeit vom 26. Mai bis 15. Juli 2004 ab, die sie anhand ihrer eigenen Feststellungen vom 26. Mai 2004, ihrer aus 81 Konsultationen gewonnenen Kenntnis des Krankheitsbildes der Beschwerdegegnerin und dem am 8. Juli 2004 erfolgten Freitodversuch verifizierte (Prot. I S. 29 ff.). Die Erwägungen der Vorinstanz sind nachvollziehbar, ihre Schlussfolgerung, dass die Beschwerdegegnerin ab 3. Juni 2004 arbeitsunfähig gewesen sei, jedenfalls nicht unhaltbar.

4.3 Die Beschwerdeführerin rügt, der einzige Anhaltspunkt, auf welchen Frau Dr. M sich bei ihren Mutmassungen über die weitere Entwicklung des seinerzeit festgestellten Krankheitsverlaufs abgestützt habe, sei der Umstand gewesen, dass die Beschwerdegegnerin den Termin vom 23. Juni 2004 bei ihr verpasst habe. Dr. M habe daraus gefolgert, es müsse der Beschwerdegegnerin schlechter gehen, wenn sie den vereinbarten Konsultationstermin versäumt habe. Diese Mutmassung habe sich als nachweislich falsch erwiesen (KG act. 1 S. 8).

Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin ergibt sich indessen aus den Aussagen der Zeugin, dass diese ihre Schlussfolgerung, die Beschwerdegegnerin sei ab 3. Juni 2004 arbeitsunfähig gewesen, nicht auf den verpassten Konsultationstermin im Juni abstützte, sondern auf ihre Feststellungen am 26. Mai 2004 und ihre Gespräche mit der Beschwerdegegnerin nach deren Suizidversuch am 8. Juli 2004 (vgl. Prot. I S. 29 f.). Die Rüge der Beschwerdeführerin ist daher nicht geeignet, die Schlussfolgerungen der Vorinstanz zu entkräften.

In den vorinstanzlichen Erwägungen nahmen die Aussagen der Zeugin Dr. M über den verpassten Konsultationstermin im Übrigen eine völlig untergeordnete Bedeutung ein (vgl. S. 18 des angefochtenen Urteils); es handelte sich nicht um eine tragende Erwägung. Die Vorinstanz stellte vielmehr schwergewichtig darauf ab, dass die Zeugin das Krankheitsbild der Beschwerdegegnerin aufgrund ihrer Erfahrungen und der letzten Konsultation, die kurz vor dem behaupteten Beginn der Arbeitsunfähigkeit begann, zuverlässig beurteilen konnte. Das ist wie dargelegt vertretbar.

4.4 In Ziff. 4.2 der Beschwerdeschrift rügt die Beschwerdeführerin, die Zeugin Dr. M habe dem Termin vom 26. Mai 2004 praktisch keine Bedeutung beigemessen, insbesondere nicht mit Bezug auf eine Arbeitsunfähigkeit. Erst als ihr die entsprechende Antwort durch den Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin in den Mund gelegt worden sei, habe die Zeugin angegeben, der Beschwerdegegnerin bereits am 26. Mai 2004 gesagt zu haben, dass sie krank und arbeitsunfähig sei (KG act. 1 S. 9).

Dem kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Die Zeugin brachte vor der eingeschobenen Befragung der Beschwerdegegnerin klar zum Ausdruck, dass sie anlässlich der Konsultation vom 26. Mai 2004 den Eindruck gehabt habe, *"das gehe so nicht mehr lange"*. Die Zeugin beschrieb detailliert die instabile Stimmung der Beschwerdegegnerin. Sie sagte aus, sie habe der Beschwerdegegnerin bei der Verabschiedung in der Tür gesagt, sie sei wieder brutal auf der Überholspur. Sie (die Zeugin) habe das Gefühl gehabt, das gehe so nicht mehr lange. Diese Antworten sind absolut vereinbar mit den Aussagen nach der eingeschobenen Befragung der Beschwerdegegnerin, als die Zeugin die Frage bejahte, ob sie der Beschwerdegegnerin am 26. Mai 2004 gesagt habe, dass sie krank und arbeitsunfähig sei, und ob sie ihr geraten habe, sie solle die Arbeit aussetzen und sich erholen.

Im Übrigen zieht die Vorinstanz aus dieser Aussage gar keine Schlüsse. Sie stützt die Annahme der Arbeitsunfähigkeit ab 3. Juni 2004 auf die Aussagen der Zeugin über den Zustand der Beschwerdegegnerin am 26. Mai 2004 und ihre Aussagen darüber, was die Beschwerdegegnerin ihr nach dem Suizidversuch erzählt hatte. Wie bereits erwähnt ist es vertretbar, wenn die Vorinstanz die Beschreibung des Zustandes der Beschwerdegegnerin am 26. Mai 2004 für ein ausreichendes Indiz dafür hielt, dass die Beschwerdegegnerin tatsächlich ab 3. Juni 2004 arbeitsunfähig gewesen sei, wie die Beschwerdegegnerin dies der Zeugin nach ihrem Suizidversuch mitgeteilt hatte. Dass die Beschwerdegegnerin vom 26. Mai bis 2. Juni 2004 weitergearbeitet hatte, entkräftet die Schlussfolgerungen der Zeugin nicht, auf welche die Vorinstanz abstellte.

4.5 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, Tatsache sei, dass Dr. M die Beschwerdegegnerin, selbst wenn sie sie als arbeitsunfähig betrachtet haben sollte, am 26. Mai 2004 nicht arbeitsunfähig geschrieben habe. Gerade aufgrund der

Schilderung der Zeugin M gewinne man alles andere als den Eindruck, die psychischen Probleme der Beschwerdegegnerin hätten bei ihr eine Arbeitsunfähigkeit bewirkt. Gegenteil mache es den Anschein, dass gerade die Arbeit bzw. die neue Arbeitsstelle sie aufgestellt und ihr geholfen hätten, ihre Beziehungsprobleme zu bewältigen. Gemäss den Aussagen von Dr. M habe die Beschwerdegegnerin selbst zum Ausdruck gebracht, sie wolle unbedingt weiterarbeiten, als Dr. M ihr eröffnet habe, sie solle mit der Arbeit aussetzen. Dass die Beschwerdegegnerin in der Folge auch arbeitsfähig gewesen sei, habe sie unter Beweis gestellt, indem sie an sechs vollen Arbeitstagen ihre Arbeitsleistung erbracht habe. Dies sei mit einer angeblichen Arbeitsunfähigkeit nicht zu vereinbaren (KG act. 1 S. 10 f. Ziff. 4.3).

Die Vorinstanz hat sich über mehrere Seiten mit der medizinischen Vorgeschichte der Beschwerdegegnerin, mit den Konsultationen im Mai 2004 und den Wahrnehmungen der Zeugin Dr. M und mit den diese indirekt bestätigenden Aussagen des Zeugen U auseinander gesetzt und ist zum Schluss gekommen, angesichts der eigenen Wahrnehmungen der Zeugin Dr. M, der Kenntnis der langjährigen Krankengeschichte der Beschwerdegegnerin und der Abmeldung vom Arbeitsplatz am 3. Juni 2004 könne auf dieses Datum als Beginn der Arbeitsunfähigkeit abgestellt werden. Die Vorinstanz führte in diesem Zusammenhang zu Recht aus, dass sich eine psychische Erkrankung und deren Verlauf nicht mit mathematischer Genauigkeit nachweisen liessen. Aus dem Umstand, dass die Klägerin trotz der dargelegten Beobachtungen und Beurteilungen von Dr. M nach dem 26. Mai 2004 noch bis zum 2. Juni 2004 weitergearbeitet habe, könne daher nichts abgeleitet werden (KG act. 2 S. 18 f.). Diese Schlussfolgerungen, mit denen sich die Beschwerdeführerin nicht im Einzelnen auseinandersetzt, sind nachvollziehbar und vertretbar. Die Ausführungen in der Beschwerdeschrift sind jedenfalls nicht geeignet, die vorinstanzliche Argumentation als unhaltbar und damit willkürlich erscheinen zu lassen.

4.6 Die Beschwerdeführerin führt aus, offensichtlich gehe auch Dr. M davon aus, dass die am 26. Mai 2004 allenfalls bestehende Arbeitsunfähigkeit durch die nachfolgende Arbeit während sechs Tagen widerlegt worden sei. Dr. M habe ja auch nicht den 26. Mai 2004 als Beginn der Arbeitsunfähigkeit angegeben. Auf

die angeblich am 26. Mai 2004 von Dr. M attestierte Arbeitsunfähigkeit habe die Vorinstanz für die Beurteilung einer angeblichen Arbeitsunfähigkeit ab 3. Juni 2004 nicht abstellen dürfen, ohne in Willkür zu verfallen (KG act. 1 S. 11 Ziff. 4.4).

Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, wo die Vorinstanz aus einer angeblich am 26. Mai 2004 attestierten Arbeitsunfähigkeit auf den Bestand der Arbeitsunfähigkeit am 3. Juni 2004 geschlossen habe. Aus den tragenden Erwägungen auf den S. 17 bis 20 des angefochtenen Urteils geht eine solche Beurteilung nicht hervor. Die Argumentation der Vorinstanz ist weit differenzierter. Auch mit diesem Argument legt die Beschwerdeführerin keine willkürliche Beweiswürdigung der Vorinstanz dar.

4.7 Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, entgegen der Vorinstanz sei der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin in den Jahren 2002/2003 trotz einer intensiven Behandlungsphase nicht krank geschrieben worden sei, sehr wohl von Bedeutung; damit sei erwiesen, dass Krankheit und Arbeitsunfähigkeit nicht gleichzusetzen seien (KG act. 1 S. 11 Ziff. 4.5). Auch damit legt die Beschwerdeführerin keine willkürliche Beweiswürdigung durch die Vorinstanz dar.

4.8 Die Beschwerdeführerin rügt unter Hinweis auf S. 19 des angefochtenen Urteils, die Vorinstanz gehe in Widerspruch zur Zeugenaussage von Dr. M davon aus, der Gemütszustand der Beschwerdegegnerin habe sich bereits im Mai 2004 verdüstert.

Auf S. 19 des angefochtenen Urteils schreibt die Vorinstanz, die Zeugin M habe ausgesagt, im Juli 2004 habe sich die Begeisterung der Beschwerdegegnerin für den Arbeitsplatz verändert, es sei alles schwarz gefärbt gewesen. Die Vorinstanz folgerte, nachdem die Beschwerdegegnerin seit dem 3. Juni 2004 nicht mehr für die Beschwerdeführerin gearbeitet habe, müsse sich diese Aussage jedoch (auch) auf einen früheren Zeitpunkt beziehen. Es könne daher nicht mit der Beschwerdeführerin gesagt werden, Ende Mai sei alles noch rosa gefärbt gewesen.

Auch diese Erwägung der Vorinstanz ist vertretbar. Wenn die Beschwerdeführerin seit 3. Juni 2004 nicht mehr bei der Beschwerdegegnerin arbeitete, liegt es in der Tat nahe, Aussagen, welche die Beschwerdeführerin im Juli 2004 über die Arbeitsstelle gemacht hatte, auf den Zeitpunkt zurück zu beziehen, in dem sie noch

tatsächlich an der Arbeitsstelle tätig war. Die Vorinstanz führte auch zu Recht aus, dass sich aus den Aussagen der Zeugin M nicht entnehmen lasse, die Beschwerdegegnerin sei Ende Mai euphorisch gewesen. Gegenteilig hatte die Zeugin grosse Stimmungsschwankungen (Weinen, Lachen), Hektik, eine instabile Stimmung und Reizbarkeit festgestellt (vgl. S. 14 f. des angefochtenen Urteils).

4.9 In Ziff. 4.9 der Beschwerde rügt die Beschwerdeführerin, es sei willkürlich, für den Nachweis der behaupteten Arbeitsunfähigkeit auf blosser Mutmassungen und Interpretationen abzustellen; die Arbeitsunfähigkeit müsse durch eine "Echt-Zeitbeurteilung" nachgewiesen werden, d.h. durch eigene Wahrnehmungen eines Sachverständigen zum massgeblichen Zeitpunkt (KG act. 1 S. 14). Dem kann nicht gefolgt werden; vielmehr sind die Gerichte in der Würdigung der vorhandenen Beweismittel frei. Dass die Beweiswürdigung der Vorinstanz insgesamt vertretbar war, wurde vorstehend dargelegt.

5. Insgesamt gelingt es der Beschwerdeführerin nicht, die Würdigung der Hauptbeweise durch die Vorinstanz grundlegend in Frage zu stellen.

V.

1. Die Vorinstanz kam nach ausführlicher Würdigung der von der Beschwerdeführerin angerufenen Gegenbeweismittel zum Schluss, die Überzeugungskraft des Hauptbeweises werde damit nicht derart erschüttert, dass er in Frage zu stellen sei (KG act. 2 S. 20 ff., 24).

2.1 Die Beschwerdeführerin räumt ein, dass die Aussagen der Zeugen darüber, was die Beschwerdegegnerin für Zukunftspläne geäussert habe, nicht im Detail übereinstimmend gewesen seien (KG act. 1 S. 14 Ziff. 5.1), wie dies bereits die Vorinstanz festgestellt hatte (KG act. 2 S. 21). Die Beschwerdeführerin vertritt aber die Auffassung, den Aussagen der Zeugen sei immerhin gemeinsam, dass die Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit der von ihr ausgesprochenen Kündigung von künftigen Arbeitsprojekten gesprochen habe (KG act. 1 a.a.O.).

2.2 Die Vorinstanz hatte dazu festgestellt, der Zeuge B habe keine Angaben über den Zeitpunkt der gemeinsamen Besichtigung eines Ladens in Rh mit der Beschwerdegegnerin machen können; die Aussage nehme nicht Bezug auf an-

fangs Juni 2004. Die Beschwerdegegnerin könne daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten (KG act. 2 S. 21).

Die Aussagen der Zeugin N waren gemäss der Darstellung im angefochtenen Urteil äusserst vage. Die Zeugin habe betont, man dürfe sie nicht bei ihren Aussagen behaften. Die Vorinstanz schloss daraus, dass auch mit diesen Aussagen die Zeugenaussage von Dr. M, wonach die Beschwerdegegnerin am 3. Juni 2004 krank gewesen sei, nicht in Frage gestellt worden sei. Zudem stünden die Aussagen von Frau N im Widerspruch zu den Aussagen der Zeugin H und seien damit wenig glaubhaft.

Die Zeugin Ea schliesslich konnte lediglich Aussagen darüber machen, dass die Beschwerdegegnerin am Tag der Kündigung, d.h. am 28. Mai 2004, auf sie einen freudigen Eindruck gemacht habe. Die Vorinstanz stellte auch fest, dass die Angabe von Frau Ea, wonach die Beschwerdegegnerin ein anderes Angebot gehabt habe, in keiner anderen Zeugenaussage eine Stütze finde. Gemäss H habe die Beschwerdegegnerin vielmehr gesagt, sie wolle ein eigenes Restaurant eröffnen. H habe ausgesagt, sie habe nach Kräften versucht, die Beschwerdegegnerin zu halten, da U mit ihr sehr glücklich gewesen sei. Diese Aussage stehe im Widerspruch zur Aussage der Zeugin N, die erklärt habe, H habe von der Beschwerdegegnerin verlangt, sie müsse sich bei U entschuldigen, wenn sie bleiben wolle (KG act. 2 S. 21 f.).

2.3 Es ist vertretbar, wenn die Vorinstanz bei derart lückenhaften und teilweise widersprüchlichen Zeugenaussagen zum Schluss kam, sie stellten weder die Zeugenaussagen von Dr. M in Frage, noch ergebe sich bei einer gesamthaften Würdigung ein in sich stimmiges Bild, wonach die Beschwerdegegnerin anfangs Juni gesund und voller Tatendrang gewesen sei.

2.4 Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, die Aussagen der genannten Zeugen zeichneten sehr wohl ein stimmiges Bild, wonach die Beschwerdegegnerin zumindest mit Bezug auf ihre angekündigte Veränderung ihrer beruflichen Situation voller Tatendrang war. Daran könnten die Widersprüche in den Aussagen zwischen der Zeugin N und der Zeugin H über die angeblich verlangte Entschuldigung nichts ändern. Die Beschwerdeführerin ergeht sich in Spekulationen dar-

über, wonach es durchaus möglich sei, dass Frau H in der Phase, in der die Beschwerdegegnerin sich auf ihr neues Restaurant gefreut habe, Frau N gefragt habe, wie sie die Beschwerdegegnerin wohl halten könnte bzw. in einem späteren Zeitpunkt, als diese wegen des Scheiterns des Projektes vielleicht doch froh gewesen wäre, bei der Beschwerdeführerin bleiben zu können, die Hauptinhaberin dies von einer Entschuldigung abhängig machen würde. Ein unauflöslicher Widerspruch sei nicht ersichtlich (KG act. 1 S. 15).

Mit diesen Ausführungen ist indessen nicht darzulegen, dass die gegenteilige Beweiswürdigung der Vorinstanz schlechterdings unvertretbar und damit willkürlich wäre. Vielmehr bleibt es dabei, dass die von der Vorinstanz erkannten Widersprüche in den Zeugenaussagen den Schluss als vertretbar erscheinen lassen, es ergebe sich daraus kein in sich stimmiges Bild über den Zustand der Beschwerdegegnerin anfangs Juni.

3. Die Beschwerdeführerin rügt, die Feststellung der Vorinstanz, die Angabe der Zeugin Ea finde in keiner anderen Zeugenaussage eine Stütze, sei aktenwidrig. Die Angabe der Zeugin Ea, wonach die Beschwerdegegnerin ein anderweitiges Angebot gehabt habe, finde eine Stütze in der Aussage des Zeugen Vida, der in diesem Zusammenhang sogar ausdrücklich von einem Angebot gesprochen habe, das die Beschwerdegegnerin erhalten habe. (KG act. 1 S. 16). Indessen findet sich an der von der Beschwerdeführerin angegebenen Stelle – Prot. I S. 84 – keine entsprechende Aussage, weshalb die Rüge der Aktenwidrigkeit ins Leere stösst.

4. Die Vorinstanz hält fest, aus dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin nachträglich ihr persönliches Werkzeug, nämlich die Messer und weitere Utensilien abgeholt habe, könne nicht auf das Fehlen einer Depression geschlossen werden. Die Schlussfolgerungen der Beschwerdeführerin hierzu seien reine Vermutungen (KG act. 2 S. 22). Dem hält die Beschwerdeführerin lediglich entgegen, wer gelähmt und arbeitsunfähig von Depressionen darnieder liege, sei wohl kaum darum besorgt, dass seine Messer geschliffen würden (KG act. 1 S. 16). Damit ist eine willkürliche Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht dargetan.

5.1 Die Vorinstanz erwog, die Aussagen des Zeugen U, wonach die Beschwerdegegnerin nach ihrer Rückkehr am 2. Juli 2004 erklärt habe, sie benötige CHF 20'000, "um auf Ibiza etwas realisieren zu können", könne die Diagnose einer Depression und die damit verbundene bzw. daraus abgeleitete Arbeitsunfähigkeit nicht derart erschüttern, dass nicht darauf abgestellt werden dürfte. Die knappe und keinerlei Einzelheiten enthaltende Aussage des Zeugen lasse keine Rückschlüsse auf konkrete von der Klägerin damals ernsthaft und voller Energie verfolgte Zukunftspläne zu, die nicht mit einer Depression und einer Arbeitsunfähigkeit vereinbar wären (KG act. 2 S. 22 f.).

5.2 Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, davon ausgehend, dass im Arbeitsrecht allgemein angenommen werde, dass ein Arbeitsunfähiger nicht in der Lage sei, sich um eine Stelle zu bemühen, bzw. erst recht um eine selbständige Erwerbstätigkeit, könne geschlossen werden, dass es bei jemandem mit der Arbeitsunfähigkeit nicht weit her sein könne, der sich auf die besagte Weise um eine neue Erwerbstätigkeit bemühe. Die behauptete Arbeitsunfähigkeit müsse unter solchen Umständen in Zweifel gezogen werden (KG act. 1 S. 16 f.). Auch dabei handelt es sich indessen lediglich um appellatorische Kritik. Damit kann nicht dargelegt werden, dass die Schlussfolgerung der Vorinstanz, die behauptete Aussage der Beschwerdegegnerin könne die Diagnose einer Depression nicht grundlegend erschüttern, schlechterdings unvertretbar und damit willkürlich war.

6.1 Die Vorinstanz erwog, die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin im Juni 2004 ihre Ärztin nicht aufgesucht habe, könne die Aussagekraft von deren Angaben nicht umstossen. Vielmehr könne aus ihren Aussagen genauso gut geschlossen werden, dass die Beschwerdegegnerin gerade bei instabilen Verhältnissen nicht regelmässigen Kontakt mit ihrer Ärztin gehabt habe (KG act. 2 S. 23).

6.2 Die Beschwerdeführerin rügt, gerade bei einer psychischen Krankheit hänge es im Hinblick auf eine allfällige Arbeitsunfähigkeit primär davon ab, ob sich die betroffene Person entsprechend eingeschränkt fühlte oder eben nicht. Es sei daher von vornherein unhaltbar, "über die vom Betroffenen selbst angenommene und nach aussen auch manifestierte Arbeitsfähigkeit während einer bestimmten Periode hinweg die zu einem ausserhalb dieser Periode angeblich gemachten anderslautende Feststellung eines Arztes zu setzen". Nicht nur die Tatsache,

dass es der Beschwerdegegnerin am 2. Juli 2004 nicht ansatzweise in den Sinn gekommen sei, auf ihre damals angeblich bereits seit einem Monat andauernde Arbeitsunfähigkeit hinzuweisen, sondern insbesondere die zahlreichen in die gleiche Richtung weisenden Indizien seien sehr wohl geeignet, unüberwindliche Zweifel daran aufkommen zu lassen, dass die Beschwerdegegnerin im massgeblichen Zeitraum arbeitsunfähig gewesen sei (KG act. 1 S. 17 f.).

6.3 Die Beschwerdeführerin unterlässt es, die "zahlreichen in die gleiche Richtung weisenden Indizien" näher zu bezeichnen, weshalb sich ihre Rüge à priori als ungenügend substantiiert erweist. Jedenfalls legt die Beschwerdeführerin nicht dar, weshalb die Argumentation der Vorinstanz geradezu unhaltbar und damit willkürlich sei.

7.1 Die Beschwerdeführerin wirft in diesem Zusammenhang der Vorinstanz vor, das Wesen des Gegenbeweises zu verkennen, wenn sie meine, das Nichterwähnen der Krankheit am 2. Juli 2004 widerlege die Aussage der Zeugin M nicht. Der Gegenbeweis sei bereits dann erfolgreich, wenn er die Überzeugungskraft des Hauptbeweises erschüttere (KG act. 1 S. 18).

7.2 Die Vorinstanz hatte indessen nicht erwogen, das Nichterwähnen der Krankheit am 2. Juli 2004 widerlege die Aussage der Zeugin M nicht. Vielmehr erwog sie, das Verhalten der Beschwerdegegnerin könne die Aussagekraft der Angaben von Frau Dr. M nicht umstossen (KG act. 2 S. 23). Damit drückte die Vorinstanz aus, dass der Gegenbeweis die Überzeugungskraft des Hauptbeweises nicht habe erschüttern können. Das ist in Anbetracht der insgesamt wenig übereinstimmenden Aussagen der zum Gegenbeweis angerufenen Zeugen und der in sich stimmigen Aussagen der Zeugin Dr. M vertretbar.

8.1 Die Beschwerdeführerin rügt, es sei unhaltbar, wie die Vorinstanz die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin ihre Ärztin ausgerechnet im fraglichen Zeitraum nicht aufgesucht habe, zugunsten der Beschwerdegegnerin auslege. Die Beschwerdegegnerin habe den vorgesehenen Termin vom 23. Juni 2004 nicht deshalb verpasst, weil sie sich in besonders schlechtem Zustand befunden habe, sondern weil sie sich in den Ferien befunden habe. Nach der doch sehr vereinfachenden Betrachtungsweise der Ärztin soll es also der Beschwerdegegnerin dann

relativ gut gegangen sein, wenn sie die Termine eingehalten habe, bzw. schlecht, wenn sie sie verpasst habe. Demnach müsse es der Beschwerdegegnerin am 26. Mai 2004 relativ gut gegangen sei, habe sie doch diesen Termin nicht verpasst. Es gehe aber gar nicht darum, ob die Beschwerdegegnerin im Juni 2004 einen vereinbarten Termin verpasst habe, sondern darum, dass sie ihre Ärztin auch ausserhalb eines allenfalls vereinbarten Termins nicht konsultiert habe, als es ihr angeblich schlecht gegangen sei. Als es ihr nämlich erwiesenermassen schlecht gegangen sei, nämlich ab dem 8. Juli 2004, habe sie ihre Ärztin sehr wohl kontaktiert. Das hätte die Beschwerdegegnerin wohl auch im Juni gemacht, wenn es ihr derart schlecht gegangen wäre (KG act. 1 S. 18 f. Ziff. 5.5).

8.2 Die Vorinstanz hatte in diesem Zusammenhang erwogen, die Tatsache, dass die Klägerin im Juni 2004 ihre Ärztin nicht aufgesucht habe, könne die Aussagekraft der Angaben von Dr. M nicht umstossen. Aus ihrem Aussagen könne ebenso gut geschlossen werden, dass die Beschwerdegegnerin bei instabilen Verhältnissen nicht regelmässigen Kontakt mit ihrer Ärztin gehabt habe (KG act. 2 S. 23). Das ist in Anbetracht der Aussagen von Dr. M eine haltbare Beweiswürdigung.

9 Die Beschwerdeführerin trägt vor, die von der Beschwerdegegnerin bis zuletzt bestrittene, jedoch nachgewiesene Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit der von ihr ausgesprochenen Kündigung selbst von nichts anderem ausgegangen sei, als dass sie im Juni 2004 ihr Überstunden- und Ferienguthaben kompensieren würde, sei ein weiteres Indiz dafür, dass die Beschwerdegegnerin damals auch wirklich kompensiert habe (KG act. 1 S. 19 Ziff. 5.6). Die Beschwerdeführerin legt indessen nicht dar, wo und inwiefern die Vorinstanz in diesem Punkt einen Nichtigkeitsgrund gesetzt habe. Auf die Rüge kann daher nicht eingetreten werden.

10.1 Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, die Vorinstanz habe nicht auf das sich aus den Indizien ergebende Gesamtbild abgestellt, sondern jedes einzelne Indiz zerpfückt. Auch wenn jedes einzelne Indiz für sich allein keine begründeten Zweifel am Ergebnis des Hauptbeweises zulasse, liessen sie in ihrer Gesamtheit unüberwindbare Zweifel daran zurück, weshalb sich die Beweiswürdigung durch die Vorinstanz als willkürlich erweise (KG act. 1 S. 19 f. Ziff. 5.7).

10.2 Die Vorinstanz hält in diesem Zusammenhang fest, die Beschwerdeführerin mache geltend, die Beschwerdegegnerin sei nach der Kündigung vom 28. Mai 2009 voller Tatendrang gewesen. Sie habe in ausgelassener Stimmung Gästen des Lokals gegenüber gesagt, sie habe gekündigt und von einem eigenen Projekt am Rhein gesprochen, wo sie ein Geschäft habe eröffnen wollen. Dies spreche klar gegen eine Arbeitsunfähigkeit. Die Vorinstanz fährt fort, der Zeuge B, der früher mit der Beschwerdegegnerin zusammen gearbeitet habe und weiterhin Kontakte zur Beschwerdegegnerin unterhalten habe, so die Vorinstanz, bestätige zwar, dass er mit der Beschwerdegegnerin in Rh einen Laden angeschaut habe, doch habe er keinerlei Angaben über den Zeitpunkt der entsprechenden Besichtigung machen können. Zudem habe er erwähnt, er habe der Beschwerdegegnerin gesagt, das könne nicht funktionieren. Aus dieser Aussage könne die Beschwerdeführerin daher nicht zu ihren Gunsten ableiten. Die Aussage nehme nicht Bezug auf Anfangs Juni 2004. Die Zeugin N, regelmässiger Gast im Restaurant S*, habe dagegen erklärt, sie wisse, dass die Beschwerdegegnerin gekündigt habe und in Stein am Rhein ein Restaurant habe eröffnen wollen, was dann aber nicht geklappt habe. Als sie mit der Beschwerdegegnerin gesprochen habe, habe diese gesagt, sie würde gerne noch (bei der Beschwerdeführerin) bleiben. Die Lebenspartnerin von U habe ihr dann gesagt, die Beschwerdegegnerin könne noch bleiben, wenn sie sich entschuldigen würde. Auf Ergänzungsfragen der Beschwerdeführerin, ob die Beschwerdegegnerin ins Ausland habe gehen wollen, habe N weiter festgehalten, dass sie denke, es habe sich um einen Arbeitsaufenthalt gehandelt. Es sei die Rede von arbeiten gewesen. Man dürfe sie aber nicht (bei ihren Aussagen) behaften. Sie wisse es nicht mehr genau, es wäre ungerecht, wenn sie etwas sagen würde. Sie habe auch nicht gewusst, wie oft sie die Beschwerdegegnerin nach dem entsprechenden Gespräch noch gesehen habe. Damit, so die Vorinstanz, werde auch mit diesen Aussagen die Zeugenaussage von Dr. med. M, wonach die Beschwerdegegnerin am 3. Juni 2004 krank gewesen sei, nicht in Frage gestellt. Die Aussagen stünden zudem in Widerspruch zu den nachfolgenden Aussagen der Zeugin H und seien damit wenig glaubhaft. Die Zeugin Ea, ebenfalls regelmässiger Gast im Restaurant S*, führe schliesslich aus, die Beschwerdegegnerin sei am Tag der Kündigung erfreut gekommen und habe ihr und

anderen Leuten gesagt, dass sie gekündigt habe und „gegangen wäre“. Sie habe schon früher gesagt, dass sie etwas Neues habe, sie habe ein Angebot bekommen. Diese Aussagen belegten einzig, dass die Beschwerdegegnerin am Tag der Kündigung, d.h. am 28. Mai 2004, auf die Zeugin einen freudigen Eindruck gemacht habe. Mehr könne daraus nicht geschlossen werden. Die Angabe, wonach die Beschwerdegegnerin ein anderweitiges Angebot gehabt habe, finde sodann in keiner anderen Zeugenaussage eine Stütze. H, die Lebenspartnerin von U und mit 80 % Beteiligung Hauptaktionärin der Beschwerdeführerin, habe nach ihren Angaben die Beschwerdegegnerin „einmal gefragt, ob sie wirklich gehen wolle. Sie sagte zu mir, sie wolle ein eigenes Restaurant eröffnen“. Sie habe in weiteren Gesprächen „viel probiert, dass sie bleibt“, da U mit ihr „sehr glücklich“ gewesen sei. Sie habe gewollt, dass die Beschwerdegegnerin bleibe, da U sehr zufrieden gewesen sei. Sie habe N gefragt, was sie machen müsse, damit die Beschwerdegegnerin bleibe. Dies stehe, so die Vorinstanz, in Widerspruch zu den Aussagen der Zeugin N, die – wie oben angeführt – erklärt habe, dass die Beschwerdegegnerin gesagt habe, sie wäre gerne geblieben, und dass sie sich bei U hätte entschuldigen müssen.

Die Vorinstanz fasst zusammen, die von der Beschwerdeführerin zum Gegenbeweis angeführten Zeugenaussagen stellten weder bei einer Würdigung der einzelnen Aussagen die Zeugenaussagen von Dr. med M in Frage, noch ergäben sie bei einer gesamthaften Würdigung ein in sich stimmiges Bild, wonach die Beschwerdegegnerin anfangs Juni gesund und vollere Tatendrang gewesen sei, weshalb entgegen den Aussagen von Dr. med. M nicht von der bestätigten Arbeitsunfähigkeit ausgegangen werden dürfe (KG act. 2 S. 20 – 22 Erw. II/A/3/e/bb).

Die Beschwerdeführerin verkennt somit, dass die Vorinstanz die Gegenbeweismittel sehr wohl gesamthaft würdigte. Nur kam sie zu anderen Schlüssen als die Beschwerdeführerin: Sie stellte nach ausführlicher Würdigung und Gegenüberstellung der zum Gegenbeweis angeführten Zeugenaussagen fest, dass diese kein in sich stimmiges Bild ergeben hätten, wonach die Klägerin anfangs Juni 2004 gesund und voller Tatendrang gewesen sei (KG act. 2 S. 22). In Anbetracht der wenig übereinstimmenden, öfters sogar widersprüchlichen Aussagen der

Zeugen, auf welche die Beschwerdeführerin abstellt, ist diese Würdigung nachvollziehbar und vertretbar, also nicht willkürlich.

11. Damit ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

VI.

Obwohl der Streitwert im Beschwerdeverfahren Fr. 16'227.55 beträgt und somit unter Fr. 30'000.00 liegt, gelangt aufgrund des erstinstanzlichen Streitwerts von Fr. 38'810.00 Art. 343 OR (gebührenfreies einfaches und rasches Verfahren) nicht zur Anwendung.

Ausgangsgemäss wird somit die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO).

Zudem hat die Beschwerdeführerin den unentgeltlichen Rechtsvertreter der obsiegenden Beschwerdeführerin für Umtriebe im Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen. Die Zusprechung der Mehrwertsteuer wurde nicht beantragt.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann .
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'620.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin eine Prozessentschädigung von CHF 2'200.00 (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.

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 Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 16'227.55.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 7. Mai 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie das Arbeitsgericht Zürich (AN040812), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: