



Kass.-Nr. AA080034/U/mum

Mitwirkende: der Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli, Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Michaela Bürger

Zirkulationsbeschluss vom 1. Dezember 2008

in Sachen

X. AG,

...

Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin

gegen

Y.,

...

Kläger, Appellat und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Januar 2008 (LA070022/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Y. (Kläger, Appellat und Beschwerdegegner; nachfolgend "Beschwerdegegner") schloss am 5. März 2003 - unter dem Namen _____, geboren am _____ - einen Arbeitsvertrag mit der X. AG (Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin; nachfolgend "Beschwerdeführerin") mit einer Anstellung ab 1. April 2003 (AG act. 3/1). Am 23. Februar 2005 kündigte die Beschwerdeführerin das Arbeitsverhältnis per 30. April 2005 und stellte den Beschwerdegegner ab dem 24. Februar 2005 frei (AG act. 3/2).

2. a) Mit Eingabe vom 28. April 2005 (Datum des Poststempels) leitete der Beschwerdegegner ein Verfahren betreffend Forderung beim Arbeitsgericht Zürich ein (AG act. 1). Mit Beschluss vom 7. Juni 2007 schrieb das Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung, den Prozess im Umfang von Fr. 3'040.25 netto als durch Anerkennung erledigt ab. Mit Urteil des gleichen Tages verpflichtete es die Beschwerdeführerin zur Zahlung von Fr. 9'397.10 netto. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab (AG act. 70 S. 26 f.).

b) Gegen das erstinstanzliche Urteil vom 7. Juni 2007 erhob die Beschwerdeführerin Berufung (OG act. 71). Mit Beschluss vom 28. Januar 2008 merkte das Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vor, dass das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 4. Abteilung, insoweit, als die Klage im Fr. 9'397.10 übersteigenden Umfang abgewiesen wurde, in Rechtskraft erwachsen sei. Sodann verpflichtete es die Beschwerdeführerin, zu den anerkannten Fr. 3'040.25 netto hinzu weitere Fr. 6'006.70 netto zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab (OG act. 81 = KG act. 2 S. 18).

3. a) Gegen diesen Beschluss des Obergerichts richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingereichte (vgl. OG act. 82/2; § 287 ZPO) Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei der Entscheid zu kassieren (KG act. 1 S. 1).

b) Die Beschwerdeführerin ist nicht kautionspflichtig (§ 78 Ziff. 2 ZPO i.V.m. § 53 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO und Art. 343 Abs. 2 und 3 OR). Die vorinstanzlichen Akten zog das Kassationsgericht bei. Mit Präsidialverfügung vom 28. Februar 2008 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5 S. 2). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Mit seiner rechtzeitigen Beschwerdeantwort beantragt der Beschwerdegegner die vollumfängliche Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde sowie die Bestätigung des Entscheids der Vorinstanz (KG act. 10 S. 2). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zugestellt (KG act. 11 S. 2).

II.

1. a) Angesichts der Ausgestaltung ihrer Beschwerde ist die Beschwerdeführerin auf die besondere Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter (mit umfassender Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht der Rechtsmittelinstanz bezüglich des gesamten Prozessstoffes sowohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht) dar. Zu prüfen ist vielmehr (allein), ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem (der kassationsgerichtlichen Prüfung zugänglichen) besonderen Mangel, nämlich einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO, leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger, der anzugeben hat, inwieweit er den vorinstanzlichen Entscheid anfechtet und welche Änderungen (in dessen Dispositiv, d.h. Entscheidformel) er beantragt (§ 288 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO), den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO); gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip).

b) Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen und hierbei darzulegen, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund

rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene, abweichende Ansicht entgegengestellt) wird. Vielmehr sind in der Beschwerdebegründung insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen möglichen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einlässlich zum Ganzen von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Spühler/ Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f. und S. 72 f.; siehe auch Frank/ Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 288). Erfüllt die Beschwerde oder erfüllen einzelne der darin erhobenen Rügen diese Begründungsanforderungen nicht, hat dies zur Folge, dass auf die entsprechenden Vorbringen nicht eingetreten werden kann.

2. a) Die zu behandelnde Beschwerde vermag den vorstehend skizzierten, zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen auch von einer rechtsunkundigen Partei zu beachtenden gesetzlichen Begründungsanforderungen (§ 288 ZPO), nicht zu genügen. So fällt in formeller Hinsicht zunächst auf, dass der darin gestellte Rechtsmittelantrag (KG act. 1 S. 1: "Der Entscheid ist zu kassieren" bzw. "Auch dieser Beschluss muss daher kassiert werden") nicht eindeutig erkennen lässt, gegen welche vorinstanzlichen Anordnungen (oder anders ausgedrückt: gegen welche Dispositivziffer bzw. gegen welche Dispositivziffern) sich die Beschwerde letztlich richtet bzw. inwiefern das vorinstanzliche Entscheiddispositiv abzuändern sei. Überdies fehlen konkrete Hinweise auf bestimmte Stellen im angefochtenen Entscheid oder auf andere Stellen in den vorinstanzlichen Akten weitestgehend. Sodann lassen die Ausführungen in der Beschwerdeschrift auch in inhaltlicher Hinsicht jede Bezugnahme auf die entscheidrelevanten Erwägungen der Vorinstanz vermissen. Von einer eigentlichen argumentativen Auseinandersetzung mit der von der Vorinstanz gegebenen Entscheidbegründung kann erst recht keine Rede sein.

b) So wird in der Beschwerde beispielsweise nicht konkret bzw. verständlich aufgezeigt, dass und inwiefern die vorinstanzlichen Ausführungen - wonach dem Beschwerdegegner unter den Titeln "Nicht bezogene Ruhetage" Fr. 4'390.91 brutto (KG act. 2 S. 9 ff.), "Ferienanspruch des Beschwerdegegners" Fr. 1'610.- brutto (KG act. 2 S. 12 ff.) und "Feiertage" Fr. 1'960.23 brutto (KG act. 2 S. 15 f.), mithin gesamthaft Fr. 7'961.14 brutto bzw. Fr. 6'006.70 netto, zuzusprechen seien - zum Nachteil der Beschwerdeführerin an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO leiden sollten. Statt konkret einen Nichtigkeitsgrund darzutun, beschränkt sich die Beschwerdeführerin darauf, ihre eigene Sicht der Dinge darzulegen (insbesondere in KG act. 1 S. 2 f., "Zu 3. nicht bezogene Ruhetage"). Ausführungen wie zum Beispiel jene, wonach in der Anstellungsdauer des Beschwerdegegners an keinem einzigen Samstag hätte gearbeitet werden müssen, was aufgrund von Computerausdrucken belegt sei (KG act. 1 S. 2, Abs. 1), oder dass die Beschwerdeführerin eindeutig bewiesen habe, dass das X.-Hotel an sämtlichen Feiertagen geschlossen sei (KG act. 1 S. 1, Ziff. 5), stellen der Sache nach rein appellatorische und als solche unzulässige Kritik am vorinstanzlichen Entscheid dar. Überdies ist aus der Beschwerdeschrift nicht ersichtlich, auf welche Aktenstellen sich die Beschwerdeführerin stützt, wenn sie zum Beispiel einwendet, aus der Formulierung der Arbeitszeitzeit Montag bis Freitag, 0800 bis 1200 und 1300 bis 1700 + 2 ½ Restzeit ergebe sich klar, dass es darum gehe, den Mitarbeiter zu motivieren, eine begonnene Arbeit fertig zu machen; eine Kontrolle darüber wäre demotivierend; Samstagsarbeit könne es gar nicht sein, da gemäss Lohnabrechnung ausserordentliche Einsätze separat vergütet worden seien (KG act. 1 S. 2). Auf solche Rügen ist folglich nicht einzutreten.

c) Die Beschwerdeführerin zeigt im Übrigen auch nicht auf, wo sie bereits vor Vorinstanz geltend gemacht hätte oder woraus sich ergeben sollte, sie hätte eine Zeiterfassung der heimlichen Samstagsarbeit, die ja nach Beschäftigungsende in verschiedenen Varianten stattgefunden habe, nicht machen können; kein Arbeitgeber, dessen Mitarbeiter einen eindeutigen Vertrag hätten, würde an freien Tagen kontrollieren, ob die Mitarbeiter nun arbeiteten oder nicht; und der Arbeitnehmer könne nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht plötzlich sagen, er ha-

be an freien Samstagen gearbeitet, obschon er zuvor diesbezüglich nie etwas sagte (KG act. 1 S. 2, Abs. 3). Solche Behauptungen gelten mangels Belegstellen als Noven, auf welche nicht eingetreten werden kann.

d) Weiter rügt die Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegner hätte hinsichtlich der nicht bezogenen Ruhetage in keiner Art und Weise einen Beweis erbracht und die eindeutigen Gegenbeweise seien unberücksichtigt geblieben (KG act. 1 S. 1, Ziff. 3). Diesbezüglich macht der Beschwerdeführer wohl den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 2 ZPO (willkürliche Beweiswürdigung) geltend.

Abgesehen davon, dass es zur Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht genügt, pauschal zu behaupten, der Beschwerdegegner hätte in keiner Art und Weise einen Beweis erbracht, verkennt die Beschwerdeführerin, dass sie die Beweislast hinsichtlich der nicht bezogenen Ruhetage trug. So ist es die Beschwerdeführerin, die hätte nachweisen müssen, dass der Beschwerdegegner die vorgeschriebenen Ruhetage auch einhalten konnte (vgl. auch KG act. 2 S. 11). Was sodann die "eindeutigen Gegenbeweise" betrifft, führt die Beschwerdeführerin nicht aus, worum es sich dabei handelt, genau so wenig erläutert die Beschwerdeführerin, inwiefern deren Berücksichtigung zu einem anderen Ergebnis geführt hätte. Damit ginge die Rüge der Beschwerdeführerin, wäre denn im Fall genügender Substantiierung auf sie einzutreten, ebenfalls fehl.

Auch auf Seite 2, Abs. 4 sowie auf S. 3, Abs. 1 der Beschwerde (KG act. 1) will die Beschwerdeführerin wohl den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 2 ZPO geltend machen ("Die Zeugenaussagen von A. und B., die beide [nacheinander] im X.-Shop als Alleinverkäufer, samstags von 10 bis 16 Uhr arbeiteten und keine Funktion im X.-Hotel hatten, sind tatsächlich unbrauchbar, da objektiv gar nicht möglich. X.-Hotel besteht aus 5 Liegenschaften, X.-Shop ist separat. Zudem widersprechen die Zeugenaussagen von C. und D., die beide ab Mai 2005 unter B., der ab dann mit seinem Freund auch die Rezeption führte, den Aussagen B.'s, der behauptete, es habe jeden Samstag jemand gearbeitet. Die beiden haben jedenfalls ausgesagt, dass sie nie am Samstag arbeiten mussten. Da sie später bei den Brüdern E. ebenfalls das Gleiche aussagten, gilt auch die Aussage des Klä-

gers, sie seien eben abhängig und befürchteten eine Kündigung, nicht, da der Beklagte nicht mehr ihr Arbeitgeber ist").

Die Beschwerdeführerin nimmt auch hier nicht auf eine bestimmte Erwägung der Vorinstanz Bezug und belegt nicht mit den erforderlichen Aktenzitate, dass bzw. wo die Vorinstanz Entsprechendes ausgeführt hat. Dies führt zu einem Nichteintretensentscheid hinsichtlich dieser Beschwerdepunkte, weil das Kassationsgericht nicht nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrund zu suchen hat.

e) Ebenfalls ins Leere zielt die (im Übrigen unsubstantiierte) sinngemässe Kritik der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe aufgrund von Gästewechseln an Samstagen einen Reinigungsbedarf angenommen, ohne freie Kapazitäten zu berücksichtigen (KG act. 1 S. 2, Abs. 1). Die Beschwerdeführerin übersieht, dass die Vorinstanz nicht einfach auf die Computerlisten abstellte, sondern unter anderem die Aussagen der Zeugin A. und des Zeugen B. würdigte und so zum Schluss kam, der Beschwerdegegner hätte an 28 Samstagen gearbeitet (vgl. KG act. 2 S. 11 f.).

f) Hinsichtlich der nicht bezogenen Ferientage rügt die Beschwerdeführerin, es sei nicht richtig, gestützt auf die "ständige Praxis" nur einen Drittel der Freistellungsdauer als Ferienbezug zu betrachten; der Beschwerdegegner habe als abgewiesener und untergetauchter Asylbewerber gar keine Stelle suchen können, in der Folge habe er die Arbeitslosenentschädigung erschlichen (KG act. 1 S. 1, Ziff. 4).

Bei der Frage, ob Ferientage mit der freien Zeit in der Freistellung zu kompensieren seien, handelt es sich um eine Rechtsfrage (BGE 128 III 271 ff., Erw. 4.a). Wenn der Beschwerdeführer (sinngemäss) rügt, es sei diesbezüglich klares materielles Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO verletzt worden, so bedarf es zur Begründung der Rüge entsprechender rechtlicher Ausführungen (Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 76 f.; Kass.-Nr. 91/201, Entscheid vom 23. September 1991 i.S. T., Erw. 2). Die Beschwerdeführerin legt jedoch in der Beschwerde mit keinem Wort

dar, welche klare(n) gesetzliche(n) Bestimmung(en) verletzt worden sein soll(en). Im Übrigen übersieht sie, dass die Vorinstanz nicht lediglich einen Drittel der Freistellungsdauer als Ferienbezug betrachtete, sondern in Abweichung zur Erstinstanz (welche noch von einem Drittel ausgegangen war; vgl. AG act. 70 S. 22) innerhalb der Freistellungszeit von etwas mehr als zwei Monaten einen Ferienbezug von vier Wochen und zwei Tagen annahm (was ungefähr der Hälfte entspricht). Dies tat die Vorinstanz denn auch gerade mit der Begründung, dass der Beschwerdegegner keinerlei konkrete Bemühungen zur Suche einer neuen Stelle namhaft gemacht habe (KG act. 2 S. 15). Folglich gelingt es dem Beschwerdeführer auch hier nicht, einen Nichtigkeitsgrund substantiiert darzutun.

g) Es kann somit zusammenfassend festgehalten werden, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf mangels rechtsgenügender Begründung überhaupt eingetreten werden kann.

III.

1. Gemäss Art. 343 Abs. 3 Satz 1 OR herrscht in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten der vorliegenden Art (Streitwert unter Fr. 30'000.–) der Grundsatz der Kostenfreiheit. Da sich die Vorschrift auf alle Verfahrensstufen und Instanzen bezieht (BGE 104 II 223, Erw. 2; BK-Rehbinder, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1992, N 18 zu Art. 343 OR; ZK-Staehelin, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich 1996, N 27 zu Art. 343 OR), findet sie namentlich auch für das Kassationsverfahren Anwendung (statt vieler: Kass.-Nr. AA060089 vom 14. Dezember 2006 i.S. A., Erw. 3.1). Die in Art. 343 Abs. 3 Satz 2 OR erwähnte Ausnahme fällt in casu ausser Betracht, kann doch der Beschwerdeführerin keine mutwillige Prozessführung vorgeworfen werden (dazu BK-Rehbinder, a.a.O., N 20 zu Art. 343 OR; ZK-Staehelin, a.a.O., N 28 zu Art. 343 OR). Demzufolge sind für das Kassationsverfahren keine Kosten zu erheben.

2. Der Beschwerdegegner liess sich im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren anwaltlich vertreten. Es sind ihm daher im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO entschädi-

gungspflichtige Kosten und Umtriebe entstanden. Da gemäss Art. 343 Abs. 3 OR die Zusprechung einer Prozessentschädigung nicht ausser Betracht fällt, ist die vollumfänglich unterliegende Beschwerdeführerin zu verpflichten, dem Beschwerdegegner eine angemessene Prozessentschädigung, antragsgemäss zuzüglich Mehrwertsteuer (KG act. 10 S. 2; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006), zu bezahlen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Für das Kassationsverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'400.– (zuzüglich 7.6% MWST im Betrag von Fr. 106.40) zu entrichten.
4. 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 weniger als Fr. 15'000.–.

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

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: