



---

Kass.-Nr. AA080113/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Michaela Sauer

## Zirkulationsbeschluss vom 30. Juni 2009

in Sachen

1. X.,

...

Beschwerdeführer 1

2. Y.,

...

Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer 2

vertreten durch Rechtsanwalt X.

Z.,

...

Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Kostenauflage**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Juni 2008 (NE080002/Z05)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. a) Zwischen den Parteien ist vor der II. Zivilkammer des Obergerichts (fortan Vorinstanz) ein Berufungsverfahren betreffend arbeitsrechtliche Forderung (Geschäfts-Nr. NE080002) hängig.

b) Nachdem dem Beklagten und Appellanten von der Vorinstanz die Frist zur Stellung und Begründung der Berufungsanträge letztmals bis 6. März 2008 erstreckt worden war (OG act. 39), ging die entsprechende Schrift (OG act. 41) am 10. März 2008 beim Obergericht ein. Der Poststempel datiert vom 7. März 2008, 21 Uhr, und die Ortsangabe gemäss Stempel ist "Zürich-Mülligen" (OG act. 42 und act. 56). Der Briefumschlag trägt einen handschriftlichen Vermerk des Anwalts des Beklagten und Appellanten. Danach sei die Briefsendung am 6. März 2008, 23.25 Uhr, der Sihlpost zur "automatischen Leerung" übergeben worden. Eine weitere Person, Frau A. (OG act. 48/2), hat die Postaufgabe auf dem Briefumschlag bestätigt (OG act. 42).

2. a) Gestützt auf die Angaben der von der Vorinstanz einvernommenen Zeugin A. (OG Prot. S. 6 f.) und die auf Aufforderung durch das Obergericht von der Post erteilten schriftlichen Auskünfte (OG act. 56) erwog die Vorinstanz mit Beschluss vom 5. Juni 2008, dass die Berufungsschrift der Post in der Tat – und entgegen dem Poststempel – noch am 6. März 2008 und damit rechtzeitig übergeben worden sei. Die Eingabe wurde in der Folge als rechtzeitig entgegengenommen (OG act. 60 = KG act. 2 S. 3).

b) Die Umtriebe im Zusammenhang mit der Frage, ob die Berufungsschrift rechtzeitig zur Post gegeben worden sei, habe jedoch – so die Vorinstanz weiter – einzig der Anwalt des Beklagten und Appellanten zu vertreten. Dieser habe die Rechtsschrift in buchstäblich letzter Stunde der Post auf unübliche Art übergeben. Somit habe über die Rechtzeitigkeit ein förmliches Beweisverfahren durchgeführt werden müssen, womit Rechtsanwalt X. schuldhaft Kosten verur-

sacht habe. Es rechtfertige sich daher, für den prozessleitenden Entscheid im Sinne von § 71 Satz 3 ZPO Kosten festzusetzen und diese gemäss § 66 Abs. 3 ZPO dem Rechtsvertreter des Beklagten und Appellanten aufzuerlegen. Da dieser nicht Partei im Prozess sei, sei die Kostenaufgabe nicht von der Kostenfreiheit gemäss Art. 343 Abs. 3 OR erfasst (OG act. 60 = KG act. 2 S. 3).

3. a) Die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich gegen diesen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 5. Juni 2008. Rechtsanwalt X. (fortan Beschwerdeführer 1) sowie der Beklagte und Appellant (fortan Beschwerdeführer 2) beantragen damit, es sei der angefochtene Beschluss hinsichtlich der Kostenfolgen (Dispositivziffern 3 und 4) aufzuheben und zur Neuentscheidung in dem Sinne, dass keine Gerichtsgebühr anzusetzen und die Zulässigkeit der Kostenaufgabe an den Rechtsvertreter zu verneinen sei, an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

b) Gestützt auf § 53 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO i.V.m. § 78 Ziff. 2 ZPO wurde keine Kautionsanforderung gestellt. Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (KG act. 6). Die Klägerin und Appellatin (fortan Beschwerdegegnerin) liess sich innert Frist nicht vernehmen. Weitere Eingaben der Parteien erfolgten in diesem Verfahren nicht.

## II.

1. Beim angefochtenen Beschluss der Vorinstanz handelt es sich grundsätzlich um einen prozessleitenden Entscheid. Ein solcher kann nur unter den Voraussetzungen von § 282 ZPO mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Beschlusses liegt jedoch ein Erledigungsentscheid vor, wenn ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses über die Kosten (und allenfalls Entschädigung) endgültig entschieden wird (vgl. ZR 73 Nr. 19, Erw. 1.a; Kass.-Nr.98/242 Z, Entscheid vom 7. Juni 1999 i.S. A., Erw. III.1). Gegen einen solchen Entscheid ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig (Frank/ Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcheri-

schen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 71; Kass.-Nr. 88/485, Entscheid vom 19. August 1989 i.S. M., Erw. II).

2. a) Dem vor der Vorinstanz als Vertreter des Beschwerdeführers 2 handelnden Beschwerdeführer 1 kam weder im erst- noch im zweitinstanzlichen Verfahren Parteistellung zu. Aus verfahrensrechtlicher Sicht hat er demnach als Dritter zu gelten. Gemäss § 283 ZPO in Verbindung mit § 273 ZPO kann ein Dritter gegen jeden Entscheid Nichtigkeitsbeschwerde führen, der in seine Rechte eingreift. Letzteres trifft mit Bezug auf die Dispositivziffern 3 und 4 des angefochtenen Beschlusses – die den Beschwerdeführer 1 hinsichtlich der Umtriebe im Zusammenhang mit der Frage, ob die Berufungsschrift rechtzeitig zur Post gegeben wurde, für kostenpflichtig erklären – zweifellos zu. Soweit der Beschwerdeführer 1 (in eigenem Namen) diese Kostenaufgabe anfechtet, ist er demnach zur Beschwerdeführung legitimiert.

b) Die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Beschwerdeführer 1 auch im Namen des Beschwerdeführers 2 erhoben, was sich verschiedenen Textstellen der Nichtigkeitsbeschwerde entnehmen lässt: "Bezüglich der Vertretung wird auf die Vollmacht bei den Vorakten verwiesen"; "Die angeführten Beschwerdeführer sind somit legitimiert, [...]". Der Beschwerdeführer 1 begründete die Erhebung der Beschwerde im Namen des Beschwerdeführers 2 damit, dass durch die Festlegung einer Gerichtsgebühr in Dispositivziffer 3 des Beschlusses der Vorinstanz auch die von ihm vertretene Partei, also der Beschwerdeführer 2, beschwert sei (KG act. 1 S. 2).

Was die im Namen des Beschwerdeführers 2 erhobenen Rügen angeht, ist Folgendes auszuführen: In Dispositivziffer 3 des angefochtenen Beschlusses legte die Vorinstanz die Gerichtsgebühr auf Fr. 1'000.– fest und bezifferte die Zeugenentschädigung mit Fr. 50.–. In Dispositivziffer 4 auferlegte sie die "Kosten von Fr. 1'050.– gemäss Ziff. 3 hievore" Rechtsanwalt lic.iur. X. (KG act. 2 S. 4). Die Festlegung der Gerichtsgebühr in Dispositivziffer 3 ist somit nicht unabhängig von Dispositivziffer 4 zu betrachten, sondern die beiden Ziffern stehen – wie dies der Beschwerdeführer 1 ja selbst ausführt – in einem "zwingenden Zusammenhang" (KG act. 1 S. 2). Folglich ist der Beschwerdeführer 2 durch die

Festlegung einer Gerichtsgebühr, welche im vollen Umfang zusammen mit den Auslagen für die Zeugenentschädigung seinem Rechtsvertreter auferlegt wird, nicht beschwert. Nachdem also der Beschwerdeführer 2 weder in Dispositivziffer 3 noch in Dispositivziffer 4 zur Übernahme von Kosten verpflichtet wurde, liegt kein Eingriff in seine Rechte vor. Fehlt es dem Beschwerdeführer 2 demzufolge aber an der für die Beschwerdeführung notwendigen Beschwerde (vgl. § 281 ZPO: "zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers"), kann diesbezüglich nicht auf seine Beschwerde eingetreten werden.

3. a) Die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) stellen materielles Recht dar (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281). Bei der Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich eine beschränkte Überprüfungsbefugnis zu (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28).

b) Der Kassationsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts (§ 281 Ziff. 3 ZPO) ist nur dann gegeben, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar ist und ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung des materiellen Rechts vorliegt. Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides kann deshalb nur erfolgen, wenn über die Auslegung einer Rechtsregel kein begründeter Zweifel bestehen kann. Insbesondere ist es der Kassationsinstanz im Rahmen von § 281 Ziff. 3 ZPO verwehrt, in das dem Sachrichter durch §§ 64 ff. ZPO eingeräumte und von diesem pflichtgemäss ausgeübte Ermessen einzugreifen (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 51 ff. zu § 281; Spühler/ Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 69 f.).

4. Der Beschwerdeführer 1 beanstandet zusammengefasst (vgl. KG act. 1 S. 4 ff.), dass die Vorinstanz ausführte, er habe seine Rechtsschrift auf unübliche Art und Weise der Post übergeben und dadurch schuldhaft Kosten verursacht. Gemäss einhelliger Lehre und Rechtsprechung zu § 193 GVG sei das Einwerfen eines Briefes in den Briefkasten der schweizerischen Post eine zulässige Art der Fristwahrung und damit per se nicht schuldhaft oder unüblich in dem Sinne, dass

damit die Voraussetzungen zur Kostenaufgabe gemäss § 66 Abs. 3 ZPO erfüllt wären. Ein gemäss § 193 GVG zulässiges Verhalten als schuldhaft im Sinne von § 66 ZPO zu würdigen, sei willkürlich, weil absolut widersprüchlich. Schuldhaft bedeute, dass einer Person ein Verschulden vorgeworfen werden könne. Ausser dem Einwurf in den Briefkasten und der Tatsache, dass der Einwurf zwischen 23 Uhr und 24 Uhr erfolgte, habe aber die Vorinstanz keine weiteren Gründe anführen können. Sinngemäss rügt der Beschwerdeführer 1 somit in der Hauptsache, die Vorinstanz habe ihn zu Unrecht für persönlich kostenpflichtig erklärt.

5. a) Der Beschwerdeführer 1 macht in seiner Beschwerde mehrfach geltend, die Vorinstanz habe mit ihren Ausführungen bzw. ihrem Entscheid die Nichtigkeitsgründe von § 281 Ziff. 1, 2 und 3 gesetzt (KG act. 1 S. 3 Ziff. 1 Abs. 3, S. 3 Ziff. 2, S. 4 Abs. 1, 2 und 3).

b) Im Sinne einer Vorbemerkung ist festzuhalten, dass es sich bei der Frage, ob eine Partei (bzw. ein Dritter) gestützt auf § 66 ZPO Kosten zu tragen hat, wie oben in Ziffer 3.a bereits ausgeführt, um eine materiell- und keine verfahrensrechtliche Frage handelt. Entsprechend kann mit der Rüge, die Kostenaufgabe gestützt auf § 66 Abs. 3 ZPO sei zu Unrecht erfolgt, nur der Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 3 ZPO geltend gemacht werden. Da die Nichtigkeitsgründe nur hinsichtlich ihrer tatsächlichen Grundlage in der Beschwerdeschrift anzugeben sind und die Subsumtion unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund von § 281 ZPO Sache des Gerichts ist (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288), schadet es dem Beschwerdeführer 1 jedoch nicht, dass er diesbezüglich (auch) eine Verletzung von § 281 Ziff. 1 und 2 ZPO gerügt hat.

6. a) Hat eine Partei unnötigerweise Kosten verursacht, werden sie ihr ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses auferlegt (§ 66 Abs. 1 ZPO). Gemäss Abs. 3 der genannten Bestimmung können Zeugen oder anderen Dritten (nach gefestigter Praxis kann auch ein Parteivertreter "Dritter" im Sinne dieser Bestimmung sein; ZR 85 Nr. 129; Kass.-Nr. 2000/426, Entscheid vom 21. Februar 2001 i.S. I., Erw. II.3.2.c) die Kosten auferlegt werden, welche sie schuldhaft verursacht haben.

Es ist also zu prüfen, ob die Auferlegung der im angefochtenen Beschluss festgelegten Kosten unter dem von der Vorinstanz ins Feld geführten Aspekt – wonach der Beschwerdeführer 1 als Dritter *schuldhaft* Kosten verursacht habe – vertretbar erscheint. Ob sie darüber hinaus auch angemessen sei, ist angesichts der bloss beschränkten Kognitionsbefugnis (vgl. oben Ziff. 3) nicht zu entscheiden.

b) Wer die Rechtzeitigkeit seiner Eingabe nicht mit dem Poststempel beweisen kann, muss die behauptete effektive Postaufgabe gemäss Bundesgericht in einem Beweisverfahren nachweisen (BGE 109 Ia 184 f.; aber auch BGER 5P.113/2005 vom 13. September 2006, Erw. 3.1). Im Lichte dieser Rechtsprechung (gemeint ist die Rechtsprechung in BGE 109 Ia 184 f.) prüfte das Kassationsgericht in einem früheren Entscheid folgenden Sachverhalt: Der dazumaligen Beschwerdeführerin war die Frist zur Einreichung der Replikschrift letztmals bis am 15. Oktober 1997 erstreckt worden. Die Schrift war jedoch erst am 17. Oktober 1997 beim Handelsgericht eingegangen und hatte einen Stempel vom 16. Oktober 1997, 13.00 Uhr, getragen. Die dazumalige Beschwerdeführerin hatte geltend gemacht, die Sendung fristgerecht am 15. Oktober 1997, 23.45 Uhr, in einen Briefkasten am Beatenplatz in Zürich eingeworfen zu haben. Der Vorgang sei in Anwesenheit von zwei Zeugen erfolgt, wobei einer von diesen den fraglichen Umschlag auf der Rückseite paraphiert habe. Obwohl ein Beweisverfahren ergeben hatte, dass die Replikschrift rechtzeitig eingegangen war, hatte das Handelsgericht (die damalige Vorinstanz) die Kosten in der Höhe von Fr. 677.–, die im Zusammenhang mit der Abklärung der Fristwahrung entstanden waren, der Beschwerdeführerin auferlegt.

Mit Sitzungsbeschluss vom 7. Juni 1999 (Kass.-Nr. 98/242 Z, Entscheid vom 7. Juni 1999 i.S. A., Erw. III.4.d) entschied das hiesige Gericht in der Folge, dass ohne Willkür festgestellt werden könne, aus einem solchen Beweisverfahren entstandene Kosten seien unnötigerweise durch die beweisbelastete Partei veranlasst worden. Folglich seien der Beschwerdeführerin die Kosten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens aufzuerlegen.

Im erwähnten Entscheid des Kassationsgerichts hatte dieses also zu prüfen, ob das Handelsgericht insofern klares materielles Recht verletzt hatte, indem es von *unnötigerweise* verursachten Kosten im Sinne von § 66 Abs. 1 ZPO ausgegangen war. Das Kassationsgericht verneinte eine Verletzung klaren Rechts, mit anderen Worten befand es die Auferlegung der im Zusammenhang mit der Fristwahrung entstandenen Kosten an die dazumalige Beschwerdeführerin als vertretbar. Wäre in concreto also über die Auflage solcher durch im Zusammenhang mit der Fristwahrung unnötigerweise entstandener Kosten an eine Partei (z.B. den Beschwerdeführer 2) zu entscheiden, so könnte diese Kostenaufgabe (unter der Annahme, dass der Beschwerdeführer 2 nicht von der Kostenfreiheit gemäss Art. 343 Abs. 3 OR erfasst würde) grundsätzlich durchaus ebenfalls als vertretbar bezeichnet werden.

Der genannte Fall aus dem Jahre 1999 unterscheidet sich jedoch – so ähnlich er auf den ersten Blick auch scheinen mag – vom im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Sachverhalt. So geht es nämlich im konkreten Fall nicht um die *Auflage von Kosten an eine Partei, die diese unnötigerweise verursacht hat* (§ 66 Abs. 1 ZPO), sondern um die *Auflage von Kosten an einen Dritten, die dieser schuldhaft verursacht hat* (§ 66 Abs. 3 ZPO). Da der zu beurteilende Sachverhalt also nicht unter Absatz 1 von § 66 ZPO sondern unter dessen Absatz 3 zu subsumieren ist, ist im vorliegenden Fall zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer 1 vorgeworfen werden kann, *schuldhaft* (und nicht nur *unnötigerweise* bzw. "wenigstens ordnungswidrig"; vgl. diesbezüglich Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 1 zu § 66) Kosten verursacht zu haben.

c) Die Vorinstanz führte aus, die Umtriebe im Zusammenhang mit der Frage, ob die Berufungsschrift rechtzeitig zur Post gegeben wurde, habe einzig der Anwalt des Beklagten, also der Beschwerdeführer 1, zu vertreten (KG act. 2 S. 3). Dieser Ansicht der Vorinstanz ist aus folgenden Gründen zuzustimmen:

d) Der Beschwerdeführer 1 führt selbst aus, dass er am fraglichen Tag mit der Berufungsschrift um 19.45 Uhr fertig geworden sei und dass die Postaufgabe bei der Sihlpost grundsätzlich bis 22.30 Uhr möglich gewesen wäre. Aufgrund einer falschen Zeitangabe auf seinem Mobiltelefon (welches eine Stunde

nachging; vgl. OG act. 59 S. 2) habe er es aber nicht geschafft, den Sihlpost-Schalter vor diesem Zeitpunkt aufzusuchen (OG act. 47 S. 2). Die Einvernahme von Zeugin A. am 19. Mai 2008 ergab sodann, dass der Beschwerdeführer 1 und die genannte Zeugin am Abend des 6. März 2008 bei einer Kollegin der Zeugin, Frau B., zum Nachtessen eingeladen gewesen waren. Zu dieser seien sie und der Beschwerdeführer 1 zwischen 20.30 Uhr und 21.00 Uhr gefahren. Nach 23.00 Uhr habe der Beschwerdeführer 1 plötzlich gesagt, er müsse noch zwei Briefe aufgeben und er habe sie (die Zeugin) gefragt, ob sie ihn zur Post begleite. Daraufhin sei man mit dem Auto des Beschwerdeführers 1 zur Sihlpost gefahren (OG Prot. S. 6).

Wenn nun der Beschwerdeführer 1 nach eigenen Angabe mit der Berufungsschrift um 19.45 Uhr fertig war, hätte er problemlos zur Sihlpost fahren und seine Eingabe dort vor Schalterschluss abgeben können. Selbst wenn es – aufgrund des Irrtums über die Zeit, der durch die nachgehende Handyuhr entstanden war – nicht erst 19.45 Uhr sondern in Realität schon 20.45 Uhr gewesen wäre, hätte der Beschwerdeführer 1 noch einen offenen Schalter bei der Sihlpost vorgefunden, schliesst doch dieser Schalter bekanntermassen erst um 22.30 Uhr. Der Beschwerdeführer 1 brachte nach Fertigstellung seiner Berufungseingabe diese jedoch nicht gleich zur Post. Vielmehr nahm er einen örtlichen und zeitlichen Umweg in Kauf, sodass über die Rechtzeitigkeit der Postaufgabe ein förmliches Beweisverfahren durchgeführt werden musste. Unter diesen Umständen scheint die Annahme der Vorinstanz, der Beschwerdeführer 1 habe schuldhaft Kosten verursacht, durchaus vertretbar.

e) Daran ändert sich nichts, wenn der Beschwerdeführer geltend macht, dass das Einwerfen eines Briefs in den Briefkasten der schweizerischen Post gemäss einhelliger Lehre und Rechtsprechung zu § 193 GVG eine zulässige Art der Fristwahrung sei und damit per se nicht schuldhaft oder unüblich in dem Sinne sei, dass die Voraussetzungen zur Kostenaufgabe gemäss § 66 Abs. 3 ZPO erfüllt seien (KG act. 1 S. 4).

Die Berechtigung zum Einwurf in einen Briefkasten und die Bestätigung der Fristwahrung durch eine Zeugin wurde von der Vorinstanz ja denn auch be-

jaht, nahm diese doch die Berufungsschrift als rechtzeitig entgegen (KG act. 2 S. 3). Unabhängig davon beantwortete die Vorinstanz aber die Frage, wem die durch den in letzter Stunde erfolgten Einwurf entstandenen Kosten aufzuerlegen seien. Sie berücksichtigte dabei, dass der Beschwerdeführer 1 grundsätzlich nicht auf den Einwurf in letzter Stunde angewiesen gewesen wäre, hätte er seine Eingabe nach deren Fertigstellung zur Post gebracht. Dabei stellte die Vorinstanz (unter anderem) auf die Erkenntnisse aus der Zeugeneinvernahme ab. Den Einwurf in den Briefkasten unter Beizug einer Zeugin hatte der Beschwerdeführer 1 aus freien Stücken gewählt. Es gab und gibt im konkreten Fall keinen zwingenden Grund, erst kurz vor Mitternacht zur Briefaufgabe zu schreiten.

Daraus erhellt, dass die Vorinstanz ohne Willkür feststellen durfte, die daraus (gemeint sind die aus dem förmlichen Beweisverfahren über die Rechtzeitigkeit) entstandenen Kosten seien schuldhaft durch den Rechtsvertreter der beweisbelasteten Partei veranlasst worden. Die Auflage der Kosten an den Beschwerdeführer 1 gestützt auf § 66 Abs. 3 ZPO, ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens, ist damit nicht zu beanstanden (ob die vorinstanzliche Auffassung darüber hinaus auch richtig bzw. angemessen sei oder ob eine andere Lösung allenfalls sachgerechter wäre, d.h. ob das Kassationsgericht als Sachrichter ebenso entschieden hätte, ist angesichts der bloss beschränkten Kognitionsbefugnis bzw. auf klare Rechtsverstösse beschränkten Kognition [vgl. oben Ziff. 3] nicht zu entscheiden).

f) Der Beschwerdeführer 1 rügt im Übrigen, dem Gericht sei zusätzlich zur Bestätigung auf dem Couvert eine Bestätigung der Zeugin mit Kopie eines Identifikationspapiere eingereicht worden und unter diesen Umständen seien alle vom Gericht vorgenommenen Weiterungen (spezielle Abklärungen und insbesondere Einvernahme der Zeugin) unnötig gewesen. Soweit er dies geltend macht, ist auf seine eigenen Ausführungen auf Seite 3 der Eingabe vom 7. April 2008 (OG act. 47) hinzuweisen. Aus diesem Aktenstück ergibt sich, dass der Beschwerdeführer 1 zum Beweis der von ihm behaupteten Rechzeitigkeit der Berufungseingabe ja selbst die Einvernahme der Zeugin A. beantragt hatte. Zudem darf in Fällen wie dem vorliegenden, in welchem die Berufungseingabe den Poststempel

des auf den Ablauf der Frist folgenden Tags trägt, nicht einfach ohne weitere Abklärungen bzw. gestützt auf die auf dem Couvert angebrachte Zeugenerklärung von der Rechtzeitigkeit einer Eingabe ausgegangen werden, ebenso wenig wie einer Partei umgekehrt der Nachweis der Rechtzeitigkeit nicht verwehrt werden darf (beides würde gegen fundamentale zivilprozessuale Verfahrensgrundsätze verstossen; vgl. Hauser/ Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 11 zu § 193). Auch unter diesem Aspekt kann der Beschwerdeführer also nichts dartun, was einen Nichtigkeitsgrund darstellen würde.

g) Auch der weiteren Rüge des Beschwerdeführers 1, die Gegenseite habe zur Frage der Fristwahrung keine Stellung genommen bzw. die Rechtzeitigkeit der Eingabe weder angezweifelt noch die Bestätigung auf dem Couvert bestritten (KG act. 1 S. 5 und 6), kann nicht gefolgt werden, hatte die Vorinstanz die Frage der Rechtzeitigkeit der Eingabe doch von Amtes wegen abzuklären.

h) Im Ergebnis lässt sich der Vorinstanz zusammengefasst nicht vorwerfen, mit der getroffenen Kostenregelung den einschlägigen Gesetzesbestimmungen (insbesondere § 66 Abs. 3 ZPO) eine Bedeutung beigemessen zu haben, welche "offensichtlich jenseits dessen liegt, was vom Gesetz gewollt sein kann" (Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 137). Hinsichtlich der Kostenaufgabe gestützt auf § 66 Abs. 3 ZPO ist eine Verletzung klaren materiellen Rechts somit zu verneinen; dies umso mehr, als Bestimmungen der vorliegenden Art ("können") ohnehin kaum klares Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO darstellen (vgl. Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 52 zu § 281).

7. a) Der Beschwerdeführer 1 ist sodann der Ansicht, es sei in Konsequenz der falschen Auslegung von § 193 GVG und § 66 Abs. 3 ZPO auch Art. 343 Abs. 3 OR verletzt worden (KG act. 1 S. 3 und 4).

b) Bei der Festsetzung einer Gerichtsgebühr nach § 201 GVG handelt es sich nach ständiger Praxis nicht um einen Akt der Rechtsprechung, sondern um einen solchen der Justizverwaltung. Gleiches gilt gemäss ZR 90 Nr. 34

(Erw. 2.g) für den Fall, wo es um die Frage der Kostenfreiheit nach § 201 ff. GVG geht. Anders kann es nun aber nicht sein, wenn wie vorliegend die Frage der Kostenfreiheit gestützt auf Art. 343 Abs. 3 OR zu beantworten ist, oder anders gesagt: die Kostenfreiheit ihre Grundlage nicht im kantonalen Recht, sondern im Bundesrecht hat. Diesbezügliche Mängel sind ebenfalls nicht mittels kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde bei der Kassationsinstanz zu rügen, sondern der Beschwerdeführer 1 ist (gegebenenfalls) auf den Weg der Kostenbeschwerde bei der Aufsichtsbehörde zu verweisen (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O. N 14 f. zu § 64).

Daran ändert auch die Vorschrift von § 206 Satz 2 GVG nichts, wonach im Falle, in welchem gegen einen Entscheid Berufung oder Rekurs erhoben wird, die (Kosten-)Beschwerde mit diesem Rechtsmittel zu verbinden ist. Diese Bestimmung sieht die gleichzeitige Anfechtung der Kostenansätze im Rahmen einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht vor. Dementsprechend hält die Praxis eine solche – insbesondere bei an das Kassationsgericht zu richtenden Kassationsbeschwerden – für unzulässig (ZR 88 Nr. 29). Liegen Rügen betreffend die Höhe der Gerichtsgebühr bzw. betreffend die Frage der Kostenfreiheit somit ausserhalb der kassationsgerichtlichen Beurteilungskompetenz, kann diesbezüglich nicht auf die Beschwerde eingetreten werden.

8. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer 1 keinen Nachweis erbracht hat, dass der angefochtene Entscheid zu seinem Nachteil an den geltend gemachten Nichtigkeitsgründen leiden würde. Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 ist deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

### III.

1. a) Der Streitwert im Kassationsverfahren beträgt Fr. 1'050.– (im Beschluss der Vorinstanz vom 5. Juni 2008 festgesetzte Kosten, inklusive Zeugenentschädigung; vgl. KG act. 2 S. 4). Gemäss Art. 343 Abs. 3 OR dürfen den Parteien bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– – auch im Rechtsmittelverfahren – weder Gebühren noch Auslagen

des Gerichts auferlegt werden. Aufgrund ihres sozialpolitischen Gehalts ist diese Vorschrift dahingehend zu verstehen, dass *das Verfahren als solches grundsätzlich kostenlos sein muss* (Schweizerisches Privatrecht, Vischer, Band VII/4, Der Arbeitsvertrag, 3., erweiterte Auflage, Basel 2005, S. 384), und nicht dahingehend, dass gestützt auf den Wortlaut der Bestimmung nur den *Parteien* keine Kosten und Gebühren auferlegt werden dürfen. Von der Kostenfreiheit erfasst werden somit gegebenenfalls auch Dritte.

Nachdem also die Kostenfreiheit sämtliche Beteiligten erfasst, muss nicht darüber entschieden werden, ob der Beschwerdeführer 1, welcher ohne Zweifel Rechtsmittelpartei ist, auch als Partei im Sinne von Art. 343 OR anzusehen ist. Da im Übrigen von mutwilliger Prozessführung (Art. 343 Abs. 3 Satz 2) des Beschwerdeführers 1 nicht die Rede sein kann, sind die ihn betreffenden Kosten des Kassationsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen.

b) Die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 ist zwar aussichtslos, von mutwilliger Prozessführung kann jedoch ebenfalls nicht die Rede sein. Folglich sind auch bezüglich des Beschwerdeführers 2 die Kosten des Kassationsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Nachdem die Beschwerdegegnerin die Beschwerde nicht beantwortet hat und ihr vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO) entstanden sind, fällt die Zusprechung einer Prozessentschädigung ausser Betracht.

#### IV.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht. Der Streitwert im gesamten Verfahren vor Vorinstanz (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit c. BGG und Art. 53 BGG) beträgt rund Fr. 4'500.–.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 wird nicht eingetreten.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens fallen ausser Ansatz.
4. Der Beschwerdegegnerin wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
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 Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt rund Fr. 4'500.–. Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 5. Juni 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 sowie an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (ad NE080002), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: