



---

Kass.-Nr. AA100136-P/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Michaela Sauer

## **Zirkulationsbeschluss vom 29. September 2011**

in Sachen

X.,

...

Klägerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Y.,

...

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner  
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**unentgeltliche Prozessführung / unentgeltliche Rechtsvertretung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. Oktober 2010 (LN100031/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. a) Mit Eingabe vom 17. November 2009 und unter Einreichung der Weisung des Friedensrichteramtes \_\_\_\_\_ (BG act. 1) machte die Klägerin beim Bezirksgericht \_\_\_\_\_ eine arbeitsrechtliche Klage über Fr. 49'694.– zuzüglich 5% Zins seit 1. Juni 2009 hängig. Gleichzeitig liess sie den Antrag stellen, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt lic.iur. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (BG act. 1 S. 2).

b) Mit Beschluss vom 2. Juni 2010 wies das Bezirksgericht \_\_\_\_\_ (fortan Erstinstanz) den Antrag der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung ab (BG act. 16).

c) Dagegen liess die Klägerin rechtzeitig Rekurs erheben. Sie beantragte, es sei der erstinstanzliche Beschluss aufzuheben und ihr Gesuch um Gewährung des Armenrechts sei gutzuheissen (OG act. 2 S. 2).

d) Mit Beschluss vom 26. Oktober 2010 wies die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (fortan Vorinstanz) den Rekurs der Klägerin ab und bestätigte den Beschluss der Erstinstanz (OG act. 8 = KG act. 2). Mit gleichem Datum nahm die Vorinstanz einen Minderheitsantrag zu den Akten (OG act. 9).

2. a) Gegen den Beschluss vom 26. Oktober 2010 richtet sich die vorliegende, vom 30. November 2010 datierte, gleichentags zur Post gegebene und damit rechtzeitig (vgl. § 287 ZPO ZH und §§ 191 - 193 GVG) erhobene Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, es sei das Urteil [recte: der Beschluss] der Vorinstanz aufzuheben und es sei das Gesuch der Klägerin (fortan Beschwerdeführerin) vom 17. November 2009 um Gewährung des Armenrechts gutzuheissen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Beklagten (fortan Beschwerdegegner) (KG act. 1 S. 2).

b) Sodann stellte die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 30. November 2010 auch für das Beschwerdeverfahren das Gesuch, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihr in der Person von Rechtsanwalt lic.iur. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (KG act. 1 S. 2). Mit Eingabe vom 28. Dezember 2010 erneuerte die Beschwerdeführerin ihr Gesuch und dokumentierte das hiesige Gericht mit ergänzenden Unterlagen zur wirtschaftlichen Situation der Beschwerdeführerin (KG act. 10 und act. 11).

c) Mit Präsidialverfügung vom 1. Dezember 2010 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5). Eine Kautionspflicht war der Beschwerdeführerin nicht aufzuerlegen (vgl. § 75 Abs. 2 ZPO ZH). Die Vorinstanz sowie der Beschwerdegegner verzichteten ausdrücklich auf eine Vernehmlassung bzw. Stellungnahme zur Beschwerde (KG act. 9 und act. 16). Damit ist die Sache spruchreif.

## II.

1. a) Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war.

b) Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV); vgl. dazu § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010.

2. Beim angefochtenen Beschluss (OG act. 8 = KG act. 2) handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid. Ein solcher ist nur unter den Voraussetzungen von § 282 Abs. 1 ZPO ZH selbständig (d.h. unabhängig vom Endentscheid) anfechtbar. Diese Voraussetzungen sind bei einer Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege regelmässig erfüllt (Frank/ Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 5b zu § 282; Kass.- Nr. AA080058 vom 16. Februar 2009 i.S. B., Erw. II.1). Unter diesem Aspekt ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde einzutreten.

3. Bevor im Einzelnen auf die in der Beschwerdeschrift erhobenen Rügen eingegangen wird, ist 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 mit der Beschwerde angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO ZH leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO ZH), wobei neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren (selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 115 ZPO ZH) nicht zulässig sind (sog. Novenverbot; vgl. Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288 [und N 7b zu § 115]); gemäss § 290 ZPO ZH

werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip).

Um den 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 ZH 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. In diesem Sinne muss beispielsweise, wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher (präzis zu nennenden) Aktenstellen willkürlich sein sollen, wobei es hierfür insbesondere nicht ausreicht, tatsächliche Annahmen der Vorinstanz bloss zu bestreiten oder der vorinstanzlichen Beweiswürdigung einfach die eigene Meinung gegenüberzustellen. 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.; s.a. Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288). Soweit die Beschwerde oder einzelne der darin erhobenen Rügen diese Begründungsanforderungen nicht erfüllen, kann auf die entsprechenden Vorbringen nicht eingetreten werden.

### III.

1. a) Die Vorinstanz (vgl. KG act. 2 S. 5 ff.) fasste zuerst den unbestrittenen Sachverhalt zusammen, nämlich wie folgt: Die Beschwerdeführerin habe seit Februar 2008 beim Beschwerdegegner gearbeitet, zuletzt durchschnittlich zu 80%. Einen Tag davon sei sie im A.-Sekretariat tätig gewesen, die restliche Zeit habe sie zusammen mit einer Frau C. und einer Frau D. im B.-Sekretariat gearbeitet. Im letztgenannten Bereich habe es ab einem gewissen Zeitpunkt Probleme gegeben. Jedenfalls habe die Beschwerdeführerin am 19. Dezember 2008 in der Kaffeepause gegenüber Frau C. erklärt, "dass sie nicht mehr mit ihr sowie der Frau D. im B.-Sekretariat zusammen arbeiten möchte, da dies offensichtlich nicht mehr möglich schien". Wesentlicher Streitpunkt sei nun, ob die Beschwerdeführerin mit dieser Äusserung fristlos gekündigt habe oder nicht. Die eingeklagte Forderung beruhe auf der Sachdarstellung der Beschwerdeführerin, dass sie das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt habe, sondern dass dieses mindestens noch bis Oktober 2009 unverändert fortbestanden habe.

b) Danach zitierte die Vorinstanz die Ausführungen der Beschwerdeführerin im Rahmen der Klagebegründung und jene des Beschwerdegegners im Rahmen der Klageantwort vor der Erstinstanz. Ebenso gab sie die Erwägungen der Erstinstanz wieder. Die dann anschliessenden Erwägungen der Vorinstanz können folgendermassen zusammengefasst werden:

c) Die Äusserungen der Beschwerdeführerin, nicht mehr im B.-Sekretariat arbeiten zu wollen, liessen an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig und könnten nicht als diffus bezeichnet werden. Sie seien an die für eine Kündigung zuständigen Personen gerichtet worden, zunächst an Frau C. und dann an Herrn E. Die Beschwerdeführerin sei sodann keine langjährige Mitarbeiterin, so dass an die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Sinne von Art. 328 OR, welche die Beschwerdeführerin offenbar anspreche, wenn sie sich auf den Standpunkt stelle, dass der Beschwerdegegner sie offenbar hätte fragen müssen, ob sie an der gestellten Forderung auch festhalte, wenn diese die Kündigung bedeute, in diesem Fall keine erhöhten Anforderungen zu stellen seien. Im Übrigen sei davon

auszugehen, dass die Beschwerdeführerin bereits im Büro von Herrn E. darauf hingewiesen worden sei, dass ihr keine andere Arbeit auf der Geschäftsstelle zugewiesen werden könne. Die Klarheit der Äusserungen der Beschwerdeführerin würde zudem durch die Schlüsselabgabe noch verstärkt.

d) Die Beschwerdeführerin habe vor Erstinstanz und im Rekursverfahren deutlich gemacht, dass sie unter keinen Umständen mehr im B.-Sekretariat mit Frau C. zusammenarbeiten wolle (sondern mehr im Materiallager – ebenso einem B.-Bereich – mit Frau \_\_\_\_\_ eingesetzt werden wolle). Grundsätzlich habe jedoch nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber das Recht, Arbeitsort und Tätigkeiten seiner Angestellten zu bestimmen. Die Beschwerdeführerin habe im Rekursverfahren keine konkreten Umstände behauptet, die ihr einen Anspruch gegenüber dem Beschwerdegegner einräumen würden, in einem anderen als dem vertraglich festgelegten Tätigkeitsbereich eingesetzt zu werden. Ihre Äusserung, nicht mehr mit den Frauen C. und D. im B.-Sekretariat zusammenarbeiten zu wollen, könne vor diesem Hintergrund nur so verstanden werden, dass die Beschwerdeführerin nicht mehr für den Beschwerdegegner tätig sein wollte. Der Beschwerdegegner habe diese Äusserungen nach dem Vertrauensprinzip so verstehen können und dürfen, dass die Beschwerdeführerin den Arbeitsvertrag im B.-Sekretariat per sofort habe kündigen wollen.

e) Der Gegenbeweis dürfte der Beschwerdeführerin nicht gelingen, insbesondere auch nicht unter Berücksichtigung ihrer späteren Schreiben (z.B. jenes vom 28. Januar 2009: "Ich bitte Sie daher, mir bis Mitte nächster Woche einen Vorschlag zu unterbreiten, wie wir mein Arbeitsverhältnis unter fairen Bedingungen beenden können"). Der Umstand mit den abgegebenen Schlüsseln passe wie schon erwähnt in dieses Bild.

f) Abschliessend sei mit der Erstinstanz davon auszugehen, dass mangels gegenteiliger Anhaltspunkte die verschiedenen Arbeitstätigkeiten der Beschwerdeführerin auf einem Arbeitsvertrag basierten, sodass die Kündigung der B.-Tätigkeit auch die Kündigung der Anstellung im A.-Sekretariat und damit des gesamten Arbeitsvertrages zur Folge gehabt habe. Falls es der Beschwerdeführerin aber gelänge, das Vorhandensein von zwei separaten Arbeitsverhältnissen zu

beweisen, so hätte sie Anspruch auf 20.9% Lohn und sie würde im Umfang von Fr. 17'432.65 obsiegen. Das entspreche rund 27% der (um zwischenzeitlich fällig gewordene Lohnansprüche) allenfalls erweiterten Klagesumme von Fr. 64'602.20. Damit seien die Gewinnchancen der Beschwerdeführerin beträchtlich geringer als die Verlustgefahren, weshalb sich der Prozessstandpunkt der Beschwerdeführerin als aussichtslos erweise. Selbst wenn man aber nicht die Gesamtsumme der Klage als relevante Vergleichsgrösse ansehe, sondern die drohenden Kostenfolgen bei einer Klageabweisung, komme man zu keinem anderen Resultat. Diese Kostenfolgen würden sich in concreto auf ca. Fr. 17'000.– belaufen. Somit erhelle, dass eine durchschnittliche Klägerin den vorliegenden Prozess bei diesem Risiko gerade nicht führen würde.

g) Die Vorinstanz beschloss, dass der Rekurs der Beschwerdeführerin abzuweisen und der erstinstanzliche Beschluss betreffend Abweisung des Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung zu bestätigen sei (OG act. 2 S. 17); ein Richter gab einen Minderheitsantrag zu Protokoll (OG act. 9).

2. a) Zuerst einmal führt die Beschwerdeführerin aus, dass sich ihre Aussagen auf die Zusammenarbeit mit Frau C. und Frau D. beschränkt hätten (was unbestritten sei), was wiederum nicht mit dem gesamten Tätigkeitsbereich in der Abteilung B. gleichgesetzt werden könne. Der angefochtene Entscheid basiere allerdings stets auf dieser falschen Annahme (vgl. Sachverhaltswiedergabe im OG-Beschluss, Erw. 3.3) (KG act. 1 Ziff. 12 erste Hälfte). In sämtlichen vorinstanzlichen Erwägungen werde die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin jeweils explizit vom B.-Büro und nicht von der B.-Abteilung gesprochen habe, komplett unterschlagen. Die Vorinstanz setze tatsachenwidrig Frau C. mit dem Arbeitsbereich B. gleich (KG act. 1 Ziff. 13 S. 7 unten). Damit macht die Beschwerdeführerin sinngemäss eine willkürliche tatsächliche Annahme der Vorinstanz geltend.

b) In der von der Beschwerdeführerin genannten Ziffer 3.3 des angefochtenen Beschlusses hat die Vorinstanz keine (allenfalls willkürlichen) tatsächlichen Annahmen getroffen, sondern lediglich wiedergegeben, was der Beschwerdegegner vor der Erstinstanz ausgeführt habe. Wenn nun die Beschwerdeführerin

die Ausführungen in dieser Ziffer bemängelt, so kritisiert sie Behauptungen des Beschwerdegegners. Sie zeigt aber nicht auf, dass bzw. wo die Vorinstanz die Auffassung vertreten haben solle, dass sich die Aussagen der Beschwerdeführerin nicht nur auf die Zusammenarbeit mit den Frauen C. und D. beschränkt habe, sondern dies mit dem gesamten Tätigkeitsbereich in der Abteilung B. gleichgesetzt werden könne. Weil die Beschwerdeführerin also nicht genau darlegt, welche tatsächliche Annahme des angefochtenen Entscheides willkürlich sein solle (vgl. dazu oben Ziff. II.4), ist auf ihre Rüge insoweit nicht einzutreten.

Im Übrigen geht die Rüge an den Erwägungen der Vorinstanz vorbei: Die Vorinstanz führt in Ziffer 3.5 ihres Entscheids aus, dass die Beschwerdeführerin geäußert habe, eine weitere Zusammenarbeit mit Frau C. und mit Frau D. auf dem B.-Sekretariat sei unzumutbar bzw. die Beschwerdeführerin wolle im B.-Sekretariat nicht mehr arbeiten. Damit unterschied die Vorinstanz sehr wohl zwischen dem B.-Sekretariat und dem B. als Bereich (KG act. 2 S. 12 und S. 13).

3. a) Die Beschwerdeführerin rügt, das Vorgehen der Vorinstanz stelle eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) dar. Die Beschwerdeführerin könne aus den vorinstanzlichen Erwägungen nicht einmal ersehen, dass ihre Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt worden seien. Vielmehr sei die Sache so beurteilt worden, als hätte die Beschwerdeführerin pauschal ihre Versetzung aus einem gesamten Arbeitsbereich verlangt (KG act. 1 Ziff. 13 ganz unten).

b) Auf die hier geltend gemachte Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. sinngemäss auch der Verletzung der Begründungspflicht kann nicht eingetreten werden. Dies, weil nicht gesagt wird, wo die entsprechenden Ausführungen, auf welche die Vorinstanz angeblich nicht eingegangen sein soll, vorgebracht wurden.

4. a) In der Hauptsache ist die Beschwerdeführerin jedoch der Ansicht, dass ihr die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu Unrecht nicht gewährt worden sei.

b) Die Beschwerdeführerin zitiert die Rechtsprechung des Kassationsgerichts, wonach bei Unsicherheit über die Frage der Aussichten einem Armenrechtsgesuch einstweilen zu entsprechen sei. Der "hervorragend begründete" Minderheitsantrag offenbare die unterschiedlichen Meinungen innerhalb des Spruchkörpers der Vorinstanz, weshalb auch aus diesem Grunde dem Gesuch zu entsprechen sei (KG act. 1 Ziff. 12 zweite Hälfte).

Das Kassationsgericht hat in mehreren Entscheiden festgehalten, dass, wenn aufgrund der Akten nicht feststehe, ob die Voraussetzungen für die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (und um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege) seien, das Gericht die für die Abklärung notwendigen Anordnungen zu treffen habe. Diese Anordnungen könnten in einer richterlichen Befragung, im Einfordern von Urkunden oder in der vorsorglichen Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters, dessen Auftrag allenfalls vorerst auf die Begründung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtsverteistandung beschränkt werden könne, bestehen. Bei Unsicherheiten über die Frage der Aussichtslosigkeit sei dem Gesuch also einstweilen – unter Vorbehalt des späteren Entzuges des unentgeltlichen Rechtsvertreters – zu entsprechen (ZR 88 Nr. 133; Kass.-Nr. 96/322 Z, Entscheid vom 24. August 1997 i.S. C., Erw. II.3.c).

Dass die Vorinstanz bei der Beschlussfassung am 26. Oktober 2010 einen Minderheitsantrag zu den Akten nahm, bedeutet nicht, dass es der Mehrheit des vorinstanzlichen Gerichts an den nötigen Grundlagen fehlte, um über die Frage der Aussichtslosigkeit des Standpunktes der Beschwerdeführerin zu befinden. Das Vorliegen eines Minderheitsantrags mag in gewissen Fällen ein Indiz dafür sein, bedeutet aber nicht grundsätzlich, dass beim Rest der Besetzung Unsicherheiten über die Frage der Aussichten des Armenrechtsgesuches bestanden hätten. Somit ist vorliegend vielmehr davon auszugehen, dass die Mehrheit des Spruchkörpers ihren Entscheid aufgrund der Akten ohne Unsicherheiten treffen konnte. Dies auch, nachdem zu diesem Zeitpunkt im erstinstanzlichen Verfahren nicht nur bereits die Klage begründet, sondern auch die Klageantwort erstattet worden war (jeweils durch einen Rechtsanwalt und unter Einreichung von Beila-

gen) und diese Akten durch die Vorinstanz beigezogen worden waren. Damit dringt die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge nicht durch.

c) Zur Begründung der Auffassung, wonach ihr die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu Unrecht nicht gewährt worden sei, bringt die Beschwerdeführerin verschiedene Behauptungen vor, bezüglich derer sie nicht mit entsprechenden Aktenhinweisen darlegt, dass sie bereits im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens Eingang in die Akten gefunden haben (z.B. KG act. 1 Ziff. 14). Es bleibt daher unklar, inwieweit es sich bei den fraglichen Vorbringen um den Prozessstoff erweiternde unzulässige Noven handelt, die im Kasationsverfahren keine Berücksichtigung finden können.

d) Ansonsten aber begründet die Beschwerdeführerin ihre Auffassung zusammengefasst wie folgt:

Wenn eine Arbeitnehmerin einen differenzierten Versetzungswunsch äussere, wie das die Beschwerdeführerin getan habe, der klar auf den Büroraum des B.-Sekretariats beschränkt gewesen sei, gebiete die Fürsorgepflicht eine Antwort, und bei abschlägiger Beantwortung einen Hinweis auf die Konsequenzen bei Festhalten an der Forderung. Statt den Antrag zu diskutieren, sei er ohne weitere Begründung abgewiesen und kurzerhand in eine fristlose Kündigung umgedeutet worden. Aus einem Versetzungswunsch dürfe aber nicht auf eine Kündigung geschlossen werden. Oberrichter \_\_\_\_\_ habe in seinem Minderheitsantrag denn auch richtigerweise ausgeführt, dass bei einer konkludenten Kündigung der auf Aufhebung des Arbeitsverhältnisses gerichtete Wille deutlich und unmissverständlich erkennbar sein müsse. Aus der Äusserung der Beschwerdeführerin während der Pause dürfe aber noch nicht auf einen definitiven Willen zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses geschlossen werden. Die Vorinstanz aber versuche die Äusserungen der Beschwerdeführerin im Pausenraum als klare und unmissverständliche Arbeitsverweigerung darzustellen, indem sie im Rahmen des Gerichtsverfahrens getätigte Aussagen herbeiziehe. Dass die Beschwerdeführerin *mittlerweile* eine Zusammenarbeit mit den betroffenen Personen als unzumutbar erachte, dürfe nicht zur Würdigung der Äusserungen im Rahmen des Streitgespräches herangezogen werden.

Die Vorinstanz habe bei der Würdigung des Verhaltens des Beschwerdegegners die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers missachtet. Diese Fürsorgepflicht hätte zur Folge gehabt, dass der Arbeitgeber hätte versuchen müssen, den Konflikt zu entschärfen und den Arbeitnehmer auf die Konsequenzen aufmerksam zu machen, die sich aus der Weigerung des Arbeitnehmers, mit bestimmten Personen zusammenzuarbeiten, hätten ergeben können.

Aus dem Schreiben vom 23. Dezember 2008 ergebe sich, dass der Beschwerdegegners selbst davon ausgegangen sei, die Beschwerdeführerin sei bereit, in einem anderen Bereich weiterzuarbeiten (weil er ausgeführt habe, dass man der Beschwerdeführerin in keinem anderen Bereich der Geschäftsstelle eine Arbeit offerieren könne).

Auch die Rückgabe der Schlüssel durch die verdutzte Beschwerdeführerin könne nicht als Kündigungshandlung qualifiziert werden. Die Deponierung der Schlüssel sei eine Folge der Eröffnung der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Frau C. und Herrn E. gewesen. Es dürfe nicht sein, dass die Befolgung einer Weisung des Arbeitgebers hier und generell zu Lasten der Angestellten ausgelegt würde.

Zusammengefasst lasse die vorinstanzliche Beurteilung der Erfolgchancen die Anforderungen an eine Kündigung und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ausser Acht. Der trotz emotionaler Erregung differenziert (d.h. auf zwei bestimmte Personen und einen bestimmten Arbeitsraum bezogen) vorgebrachte Versetzungswunsch könne nicht leichtfertig in eine Kündigung umgedeutet werden. Eine Kündigung hätte ihrerseits deutlich und unmissverständlich erfolgen müssen, sodass am Kündigungswunsch keine Zweifel mehr bestanden hätten. Hiervon könne in concreto nicht die Rede sein. Der Beschwerdegegners hätte versuchen müssen, den Konflikt zu schlichten, und bei abschlägigem Entscheid bezüglich des Versetzungswunsches hätte er auf die Konsequenzen einer tatsächlichen Weigerung einer bestimmten Arbeit hinweisen müssen (KG act. 1 Ziff. 13 ff.).

e) Mit der Rüge (wonach die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zu Unrecht das Armenrecht verweigert und die Forderungsklage zu Unrecht als aussichtslos betrachtet habe) macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Vorschriften von §§ 84 und 87 ZPO ZH geltend. Diese Vorschriften gehören zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH (vgl. Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 24 zu § 281), deren Missachtung das Kassationsgericht – im Rahmen der rechtsgenügend erhobenen Rügen – mit freier Kognition prüft (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281).

f) Bezüglich der theoretischen Ausführungen betreffend Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung kann zunächst – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – im Sinne von § 161 GVG auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanzen verwiesen werden (KG act. 2 Ziff. 2.1).

g) Eine Kündigung muss den Willen, den Vertrag zu beenden, und den Zeitpunkt der Beendigung hinreichend klar und unmissverständlich zum Ausdruck bringen. Der Kündigende muss zudem ausdrücklich klarstellen, dass er ausserordentlich kündigen will. Andernfalls liegt keine wirksame Kündigung vor. Eine Kündigung kann auch durch konkludentes Verhalten zum Ausdruck gebracht werden. Aber auch eine durch konkludentes Verhalten ausgesprochene Kündigung darf bei der Gegenpartei keine vernünftigen Zweifel an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufkommen lassen. Die Auslegung der Kündigungserklärung erfolgt nach dem Vertrauensprinzip. Massgebend ist, wie der Empfänger die Erklärung nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste. Vieldeutige Erklärungen oder Handlungen wie sie vor allem in Unmut oder in der Aufregung fallen, genügen nicht als gültige Kündigung. Eine gültige Kündigung liegt aber z.B. vor, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit einstellt und erklärt, der Arbeitgeber solle seinen Dreck alleine machen (vgl. dazu BSK OR I-Portmann, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 4. Auflage, Basel 2007, N 8 und N 11 zu Art. 335; BK-Rehbinder, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1992, N 6 zu Art. 335 OR; ZK-Staehelin, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich 1996, N 4 zu Art. 335 OR).

h) Die Beschwerdeführerin behauptet vor Erst- und Vorinstanz, im Dezember 2008 in der Kaffeepause gegenüber Frau C. erklärt zu haben, dass sie nicht mehr mit ihr und Frau D. im B.-Sekretariat zusammen arbeiten wolle, weil es ihr nicht mehr möglich scheine (BG act. 10 S. 7, OG act. 2 S. 3 und S. 4). Es stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin damit ihren Willen, den Vertrag zu beenden, genügend klar zum Ausdruck gebracht hatte. Die Frage ist aus folgenden Gründen zu verneinen:

Im Pausenraum herrschte an jenem Dezembertag im Jahre 2008 eine aufgebrachte Stimmung. Der Beschwerdegegner selbst weist darauf hin, dass die Beschwerdeführerin völlig ausgerastet sei (BG act. 10 S. 7). Eine Erklärung, wie sie die Beschwerdeführerin in ihrer Aufregung machte, genügt unter diesen Umständen nicht als gültige Kündigung. Zudem kann aus der Äusserung, nicht mehr mit Frau C. und Frau D. im B.-Sekretariat zusammenarbeiten zu wollen, nicht abgeleitet werden, dass ein definitiver Wille zur Auflösung des gesamten Arbeitsverhältnisses bestanden hätte. Gegen Letzteres spricht auch, dass die Beschwerdeführerin weder ausführte, dass sie ausserordentlich und per sofort kündigen wolle, noch dass sie einen anderen Kündigungstermin nannte.

Dass die Beschwerdeführerin nicht unmissverständlich zum Ausdruck brachte, das Arbeitsverhältnis zu beenden, zeigt im Übrigen auch, dass der Beschwerdegegner in seinem Schreiben vom 23. Dezember 2008 davon spricht, die Beschwerdeführerin habe den Wunsch geäussert, "diese" Arbeit mit sofortiger Wirkung nicht mehr ausführen zu müssen, man könne ihr aber in keinem anderen Bereich der Geschäftsstelle eine Arbeit offerieren (BG act. 4/1). Daraus ergibt sich – wie bereits im Minderheitsantrag von Oberrichter \_\_\_\_\_ ausgeführt (OG act. 9) – dass selbst der Beschwerdegegner davon ausging, die Beschwerdeführerin sei bereit, in einem andern Bereich weiterzuarbeiten, und sie habe lediglich einen Versetzungswunsch geäussert. Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, dem Beschwerdegegner seien keine Zweifel an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgekommen.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass auch die Rückgabe der Schlüssel nicht als eindeutige Kündigungshandlung qualifiziert werden kann (vgl.

auch diesbezüglich den Minderheitsantrag OG act. 9). Die Beschwerdeführerin hatte die Schlüssel nicht von sich aus auf den Tisch gelegt, sondern deponierte diese – folgt man ihrer Darstellung (BG act. 2 S. 5; OG act. 2 S. 8) – als Folge der Eröffnung einer sofortigen Auflösung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber.

Die zentrale Annahme der Vorinstanz, wonach der Beschwerdegegner die unbestrittenen Äusserungen der Beschwerdeführerin so verstehen durfte, dass sie das Arbeitsverhältnis im B.-Sekretariat per sofort kündigen wollte, und dass der Beschwerdeführerin der Gegenbeweis nicht gelingen dürfte (KG act. 2 S. 14), erweist sich damit als unrichtig und der Prozess erscheint damit für die Beschwerdeführerin nicht als aussichtslos.

i) Nebenbei sei angemerkt: Es tut nichts zur Sache, dass der Beschwerdegegner die Aussage der Beschwerdeführerin, nicht mehr mit Frau C. sowie Frau D. im B.-Sekretariat zusammen arbeiten zu wollen, da dies nicht mehr möglich scheine, – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz (KG act. 2 S. 5 f. und S. 12) – bestritten hat. Der Beschwerdegegner führte seinerseits nämlich aus, dass es sich bei der Schilderung des Sachverhaltes durch die Beschwerdeführerin um eine ungemaine Verschönerung und Verzerrung handle. Die Beschwerdeführerin habe Frau C. klar und unmissverständlich gesagt, dass sie nun genug habe und gehe. Sie wolle nicht mehr für den Beschwerdegegner arbeiten. Danach sei sie ins Büro von Herrn E. gestürmt und habe wiederholt, dass sie nun gehe und nie mehr für den Bereich B. arbeiten werde (BG act. 10 S. 7 f.). Auch unter Berücksichtigung dieser von der Vorinstanz nicht gesehenen Bestreitung kann nicht davon ausgegangen werden, dass im Zeitpunkt des Entscheids (der vor Durchführung eines Beweisverfahrens erging) die Gewinnaussichten der Beschwerdeführerin beträchtlich geringer gewesen seien als die Verlustgefahren und demnach kaum als ernsthaft bezeichnet werden könnten.

j) Die Vorinstanz ist somit im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen von §§ 84 und 87 ZPO ZH zum betreffenden Zeitpunkt zu Unrecht von der überwiegenden Aussichtslosigkeit der Klage der Beschwerdeführerin ausgegangen. Der Beschluss der Vorinstanz vom 26. Oktober 2010 ist demnach aufzuheben und die Sache ist zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen,

nachdem diese die Frage der Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin bisher nicht abschliessend geprüft hat.

#### IV.

1. Die Beschwerdeführerin stellt auch für das Beschwerdeverfahren den Antrag, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen (KG act. 1 S. 2; sowie oben Ziff. I.2.b). Nachdem die vorliegende Beschwerde gutzuheissen ist und die Beschwerdeführerin nicht kostenpflichtig wird, ist ihr Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren gegenstandslos geworden und als dadurch erledigt abzuschreiben. Hingegen ist darüber zu entscheiden, ob ihr für das Beschwerdeverfahren ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen ist.

2. a) Gemäss § 87 ZPO ZH (und Art. 29 Abs. 3 BV) hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung, wenn ihr die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Kosten für die Rechtsvertretung aufzubringen und der Prozess nicht aussichtslos ist, sofern sie für die gehörige Führung des Prozesses einer solchen bedarf.

b) Wie sich gezeigt hat, kann die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Sodann erscheint die Erhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde im Zusammenhang mit den sich im arbeitsrechtlichen Prozess stellenden Fragen eher als komplex. Die Beschwerdeführerin ist somit für die gehörige Führung des Prozesses auf einen Rechtsvertreter angewiesen, zumal auch der Beschwerdegegner rechtsanwaltlich vertreten wird. Aus diesen Gründen und angesichts der finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin (vgl. KG act. 3/3 - act. 3/7, act. 10 und act. 11) ist ihr in der Person von Rechtsanwalt lic.iur. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

## V.

1. Die Beschwerdeführerin obsiegt mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde, weshalb die Kosten des Beschwerdeverfahrens nicht ihr aufzuerlegen sind. Der Beschwerdegegner hat sich am Kassationsverfahren nicht beteiligt, weshalb er nicht als unterliegende Partei gilt (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO ZH). Somit sind die Kosten des Kassationsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Der Beschwerdegegner, dem keine Kosten aufzuerlegen sind, kann nicht zu einer Prozessentschädigung an die Beschwerdeführerin verpflichtet werden (§ 68 Abs. 1 ZPO ZH). Für eine Prozessentschädigung an die Beschwerdeführerin aus der Gerichtskasse besteht keine gesetzliche Grundlage. Somit sind für das Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

## VI.

Der vom Bundesgericht nach Ermessen festzusetzende (Rechtsmittel-) Streitwert beträgt Fr. 49'694.– (BG act. 2 S. 2) und übersteigt somit Fr. 15'000.–, womit gegen den vorliegenden Entscheid insofern die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig ist (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Da es sich jedoch um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG handelt (BGE 134 III 136, E. 1.2), ist ein direkter Weiterzug mittels Beschwerde an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig, worüber das Bundesgericht zu entscheiden hätte.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Der Beschwerdeführerin wird für das Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwalt lic.iur. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.

3. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. Oktober 2010 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
  4. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'400.—.
  5. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
  6. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
  7. 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. 49'694.—.
- Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht \_\_\_\_\_ (ad CG090042), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: