

# ZH\_OBERGERICHT LA200007 vom 18. Mai 2020

ZH Obergericht, 2020-05-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA200007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA200007)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA200007 du 18 mai 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT LA200007 del 18 maggio 2020

## Erwägungen

### E. 1

Die Beklagte betreibt das Restaurant A2.\_\_\_\_\_ an der C.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in Zürich. Der Kläger, der gemäss eigener Darstellung ab Juni 2018 bis Ende Februar 2019 als einer der Geschäftsführer des Restaurants A2.\_\_\_\_\_ angestellt war, machte mit seiner am Arbeitsgericht Zürich eingereichten Klage vom 6. Juni 2019 Lohnansprüche für die Zeit von November 2018 bis Februar 2019, total Fr. 23'038.30 zuzüglich Zins, geltend (Urk. 1). Zudem verlangte er die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses und die Beseitigung des Rechtsvorschlages in der gegen die Beklagte angehobenen Betreibung. Die Klagebewilligung datiert vom 3. Juni 2019 (Urk. 3).

### E. 2

Am 9. Juli 2019 wurden die Parteien auf den 2. Dezember 2019 zur Hauptverhandlung vorgeladen. Die Vorladung enthält (in Schriftgrösse 8) unter anderem folgende Androhung (Urk. 6): "Erscheint weder die Partei persönlich noch eine von ihr bestellte Vertretung zur Verhandlung berücksichtigt das Gericht die bisher eingereichten Eingaben. Es kann seinem Entscheid die Akten sowie die Vorbringen der anwesenden Partei zu Grunde legen (Art. 234 Abs. 1 ZPO)". Die für die Beklagte bestimmte Sendung wurde nicht abgeholt und von der Post an die Vorinstanz retourniert (Urk. 8).

### E. 3

Zur Hauptverhandlung erschien der Kläger in Begleitung seiner Rechtsvertreterin. Die Beklagte blieb der Verhandlung unentschuldig fern (Prot. I S. 4). Mit Urteil vom gleichen Tag hiess die Vorinstanz die Klage gut. Das unbegründete Urteil wurde der Beklagten am 12. Dezember 2019 zugestellt (Urk. 13/2). Mit Eingabe vom 20. Dezember 2019 ersuchte die Beklagte, nunmehr anwaltlich vertreten, um Begründung des Urteils (Urk. 14).

#### E. 3.1

Nach der Rechtsprechung entsteht mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, das die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte zugestellt werden können, die das Verfahren betreffen. Ab Begründung des Verfahrensverhältnisses müssen Prozessparteien während der Dauer des gesamten Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes rechnen (BGE 138 III 225 E. 3.1 S. 227, 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399).

#### E. 3.2

Die Rechtshängigkeit trat mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs am 17. April 2019 ein (Art. 62 Abs. 1 ZPO; Urk. 3 S. 1). Die Beklagte war an der Schlichtungsverhandlung durch den Vorsitzenden der Geschäftsführung vertreten (Urk. 3). Der Beklagten war das

Prozessrechtsverhältnis somit bekannt. Sie musste nach dem gescheiterten Einigungsversuch mit der Einreichung der Klage bei der Vorinstanz und mit der Zustellung einer gerichtlichen Vorladung rechnen, und zwar unabhängig davon, ob die Parteien nach der Schlichtungsverhandlung noch weitere Vergleichsgespräche führten (KUKO ZPO-Weber, Art. 138 N 7, und BK ZPO-Frei, Art. 138 N 24, je mit Verweis auf BGer 4P.30/2007 vom 13. März 2007, E. 5.3).

#### **E. 4**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt bei eingeschriebenen Postsendungen eine widerlegbare Vermutung, dass der oder die Postangestellte den Avis (Abholungseinladung) ordnungsgemäss in den Briefkasten oder in das Postfach des Empfängers gelegt hat und das Zustellungsdatum korrekt registriert worden ist. Es findet in diesem Fall eine Umkehr der Beweislast in dem Sinne statt, als bei Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten des Empfängers ausfällt, der den Erhalt der Abholungseinladung bestreitet. Diese Vermutung kann durch den Gegenbeweis umgestossen werden. Sie gilt so lange, als der Empfänger nicht den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung erbringt. Da der Nichtzugang einer Abholungseinladung eine negative Tatsache ist, kann dafür naturgemäss kaum je der volle Beweis erbracht werden. Die immer bestehende Möglichkeit von Fehlern bei der Poststelle genügt

- 8 - nicht, um die Vermutung zu widerlegen. Vielmehr müssen konkrete Anzeichen für einen Fehler vorhanden sein (BGE 142 IV 201 E. 2.3 S. 204 f. mit Hinweisen). Lehre und Rechtsprechung sprechen in diesem Zusammenhang auch von einer natürlichen Vermutung der ordnungsgemässen Ablage in den Briefkasten. Natürliche Vermutungen dienen der Beweiserleichterung, haben aber keine Umkehr der Beweislast zur Folge. Sie können bereits durch den Gegenbeweis erschüttert werden (BGer 5A\_98/2011 vom 3. März 2011, E. 2.3; BSK BGG- Amstutz/Arnold, Art. 44 N 31; BK ZPO-Frei, Art. 138 N 28).

#### **E. 5**

Für die Zustellung von Aktenstücken trägt das Gericht die Verantwortung und die Beweislast (Stahelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Art. 138 N 3). Im Prinzip braucht es dazu den strikten Beweis und nicht nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit; der blosser Einwurf in einen Briefkasten vermag für eine Zustellung nicht zu genügen (BK ZPO-Frei, Art. 138 N 10). Nach der Postgesetzgebung werden eingeschriebene Sendungen und Sendungen mit Zustellnachweis nur gegen Unterschrift des Empfängers übergeben. Damit ist der Zustellungsnachweis und der Empfänger klar nachweisbar (BSK ZPO-Gschwend, Art. 138 N 6). Dies ist bei der – im Sozialversicherungsrecht zulässigen – Versandart "A-Post Plus" oder bei der Zustellung eines Avis nicht der Fall. Es ist kaum miteinander zu vereinbaren, für die Zustellung von Aktenstücken eine unterschriebene Empfangsbestätigung zu verlangen, für den Nachweis der Zustellung einer Abholungseinladung aber die (widerlegbare) Vermutung der ordnungsgemässen Deponierung des Avis im Briefkasten genügen zu lassen und von einer Partei konkrete Anhaltspunkte für Fehler bei der Zustellung zu fordern. Zumal Fehler bei der Postzustellung nicht derart ausserhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegen, dass nicht damit gerechnet werden müsste und die Behörde sich für den Nachweis ausschliesslich mit einer aus Wahrscheinlichkeitsüberlegungen fliesenden Fiktion begnügen könnte (BGer 2A.293/2001 vom 21. Mai 2002, E. 1.b). Vor diesem Hintergrund hat die II. Zivilkammer

des Obergerichts des Kantons Zürich entschieden, der Adressat habe lediglich Zweifel am Hauptbeweis zu wecken, nicht aber seinerseits einen Fehler der Post nachzuweisen oder auch nur

- 9 - glaubhaft zu machen. Es könne daher nicht angehen, konkrete Hinweise auf bestimmte Pflichtwidrigkeiten des Postangestellten bzw. den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit eines Zustellfehlers zu verlangen. Eine fehlerhafte Zustellung (einer Abholaufforderung oder einer A-Post Plus-Sendung) sei bereits dann anzunehmen, wenn der Adressat die tatsächliche Zustellung bestreite und dies aufgrund der Umstände plausibel erscheine. Massgeblich sei, ob die der Bestreitung zugrundeliegende Darlegung der Umstände nachvollziehbar sei und einer gewissen Wahrscheinlichkeit entspreche (OGer ZH PS140284 vom 2. März 2015, E. 4.3). Diese Rechtsprechung verdient nach dem in E. 4 Ausgeführten Zustimmung. An den Gegenbeweis eines Zustellfehlers dürfen keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Eine Abholungseinladung kann in eine Drucksache oder Zeitung geraten und deshalb übersehen werden, in einen falschen Briefkasten oder ein falsches Postfach gelegt werden oder aus Versehen überhaupt unterbleiben (Hauser/Schweri, GVG, Zürich 2002, § 177 N 44). In der Lehre ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung, gemäss der eine nur schwer umzustossende Vermutung für die tatsächliche Zustellung des Avis gilt, insbesondere für den Fall kritisiert worden, in dem einer Partei im bisherigen Verlauf des Verfahrens alle gerichtlichen Sendungen zugestellt werden konnten. Zudem wird darauf hingewiesen, dass in anonymen städtischen Gebieten nicht zwingend damit zu rechnen sei, dass der unbeteiligte Dritte als irrtümlicher Empfänger einer gerichtlichen Sendung den Adressaten aufsuche und diesem die Sendung übergebe oder sie an den Absender retourniere (BK ZPO-Frei, Art. 138 N 29; BSK ZPO-Gschwend, Art. 138 N 18a). Offengelassen werden kann, ob der Kläger dem geschäftsführenden Gesellschafter bzw. dem Geschäftsführer der Beklagten im Sommer 2019 bzw. am 24. Oktober 2019 mündlich mitteilte, dass die Verhandlung anfangs Dezember stattfinden werde bzw. das Gericht anfangs Dezember über die Angelegenheit entscheiden müsse (Urk. 30 S. 7). Eine solche mündliche Orientierung der Gegenpartei könnte die gerichtliche Vorladung nicht ersetzen und begründet im Lichte von Art. 52 ZPO entgegen der Auffassung des Klägers (Urk. 30 S. 12) auch keine

- 10 - Pflicht, sich beim Gericht nach dem Stand des Verfahrens oder dem Verbleib einer Vorladung zu erkundigen. 6.1 Die Gerichtsurkunde mit der Sendungsnummer ... wurde gemäss Sendungsverfolgung am 11. Juli 2019, 9.36 Uhr, zur Abholung mittels Abholungseinladung gemeldet (Urk. 27/6). Dies stimmt mit dem Vermerk auf dem Briefumschlag überein, wonach die siebentätige Abholfrist bis am 18. Juli 2019 lief (Urk. 8). Damit besteht eine Vermutung für die korrekte Avisierung durch die Post. Allerdings lässt sich weder dem Umschlag der Gerichtsurkunde noch der Sendungsverfolgung entnehmen, ob ein Zustellversuch (Klingeln) unternommen wurde. Die Auffassung der Parteien, ob zur fraglichen Zeit die Geschäftsführer im Restaurant A2.\_\_\_\_ bzw. in den Räumlichkeiten anzutreffen waren, gehen auseinander (Urk. 23 S. 5, Urk. 30 S. 7). Ob der Postbote bei der Beklagten klingelte und keine Person anzutreffen war, weil das Restaurant im fraglichen Zeitpunkt erst abends öffnete, ist aufgrund der nachfolgenden Erwägungen nicht entscheidend. 6.2 Es ist unbestritten geblieben bzw. aus dem eingereichten Foto ersichtlich, dass am Eingang der Liegenschaft C.\_\_\_\_-Strasse ..., dem Sitz der Beklagten, mehrere Briefkästen montiert sind, die von der Strasse zugänglich sind und theoretisch verwechselt werden können. Die von der Beklagten geltend gemachten

Erklärungsversuche für den Nichterhalt der Abholungseinladung konnten nicht näher substantiiert oder belegt werden. Die Möglichkeit, dass Dritte den Avis wieder aus dem Briefkasten genommen haben könnten, äusserte die Beklagte als reine Hypothese und stellt keine Anerkennung des Empfangs des Avis dar. Ihre Behauptung geht dahin, dass kein Zustellversuch unternommen und kein Avis im Briefkasten deponiert wurde (Urk. 23 S. 5 Rz 12). Zugunsten der Beklagten ist zu würdigen, dass sie der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung Folge leistete und das unbegründete Urteil innerhalb der siebentätigen Abholfrist abholte (Urk. 13/2). Dies spricht dagegen, dass die Beklagte der Zustellung von Gerichtsurkunden aus dem Weg zu gehen suchte. Es ist denn auch nicht verständlich, dass eine Partei den Schlichtungstermin wahrnimmt und weitere Zustellungen ignoriert, um dann wiederum gegen das Säumnisurteil auf dem Rechtsmittelweg vorzugehen.

- 11 - Andere missglückte Zustellungen sind nicht aktenkundig. Aufgrund der vorliegenden Umstände ist daher ein Fehler bei der Postzustellung zumindest plausibel gemacht. Auch der Kläger spricht lediglich von einem Verdacht, die Geschäftsführer der Beklagten hätten der Abholungseinladung keine Folge geleistet, bzw. von einer Vermutung, die Beklagte habe sich nicht um die Angelegenheit kümmern wollen (Urk. 30 S. 10, S. 12). Aufgrund des einen gescheiterten Zustellungsversuchs kann daher nicht darauf geschlossen werden, die Abholungseinladung sei in den (richtigen) Briefkasten gelegt worden. Dass für die Zustellung eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, genügt nicht. Dies käme einer Umkehr der Beweislast gleich, die mit einer natürlichen Vermutung nicht verbunden ist.

## **E. 7**

War die Beklagte nicht ordnungsgemäss zur Verhandlung vorgeladen worden, war sie nicht in der Lage, sich zur Klage zu äussern. Auch konnten die in der Vorladung angedrohten Säumnisfolgen nicht eintreten. Im Berufungsverfahren kann die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht geheilt werden. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache ist zur Ergänzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). IV. Das Berufungsverfahren ist bei einem Streitwert von Fr. 28'927.85 kostenlos. Die Regelung der Parteikosten des vorliegenden Berufungsverfahrens ist dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.