

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA170021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

## **Beschluss und Urteil vom 29. August 2018**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Fürsprecher Y.\_\_\_\_\_

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil vom 6. Juni 2017 und eine Verfügung vom 28. Juni 2017 des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung (AH170079-L)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 1 und 2, Prot. I S. 6 ff.; sinngemäss)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 6'638.10 für fehlenden Lohn der Kündigungsfrist vom 21.06.2016 bis 31.07.2016 sowie CHF 341.65 (Anteil 13. Monatslohn) zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 8'200.00 als Entschädigung wegen fristloser Entlassung zu bezahlen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ein Zeugnis über Leistung und Verhalten aus- und zuzustellen."

**Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich vom 6. Juni 2017:**

(Urk. 20)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger
  - Fr. 4'097.30 netto (Lohn und Anteil 13. Monatslohn für Juli 2016 ohne Berücksichtigung des Quellensteuerabzugs) und
  - Fr. 3'000.– netto (Entschädigung)zu bezahlen.  
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger ein Arbeitszeugnis (Vollzeugnis) aus- und zuzustellen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Vom Verzicht des Klägers auf eine Umtriebsentschädigung wird Vormerk genommen.
5. Der Beklagten wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
6. (Schriftliche Mitteilung)
7. (Rechtsmittelbelehrung)

**Verfügung des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich vom 28. Juni 2017:**

(Urk. 21)

1. Das Wiederherstellungsgesuch der Beklagten wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Beklagten wird für das Wiederherstellungsverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Dem Kläger wird für das Wiederherstellungsverfahren keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
5. (Schriftliche Mitteilung)

### **Berufungsanträge:**

#### A. Der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 19 S. 2):

- "1. Das angefochtene Urteil vom 6. Juni 2017 sei vollumfänglich aufzuheben und an die erste Instanz zurückzuweisen,  
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8 % MwSt) zu Lasten der Staatskasse, eventualiter des Berufungsbe-  
klagten -"

#### B. Des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 26 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung vom 14.07.2017 abzuweisen und es sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 6. Juni 2017 (AH170079-L/U) vollumfänglich zu bestätigen.
2. Dem Kläger und Berufungsbeklagten sei die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu bewilligen und es sei RA Y. \_\_\_\_\_, Zürich, zum unentgeltlichen Rechtsbeistand zu ernennen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten und Berufungsklägerin."

### **Erwägungen:**

1.1. Mit Eingabe vom 7. Dezember 2016 reichte der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger) beim Friedensrichteramt C. \_\_\_\_\_, ein Schlichtungsgesuch ein und machte gegen die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) eine Forderung aus Arbeitsvertrag geltend. Am 7. Februar 2017 fand die Schlichtungsverhandlung statt (Urk. 2 S. 1). Gleichentags stellte der Friedensrichter dem Kläger die Klagebewilligung aus (Urk. 2 S. 1).

1.2. Der Kläger gelangte mit Eingabe vom 26. April 2017 samt Klagebewilligung vom 7. Februar 2017 an die Vorinstanz und stellte das eingangs aufgeführte Rechtsbegehren (Urk. 1 und 2, Prot. I S. 6 ff.). Die Parteien wurden zur Hauptverhandlung auf den 6. Juni 2017 vorgeladen (Urk. 5). Während dem Kläger die Vorladung erfolgreich zugestellt werden konnte, holte die Beklagte die Vorladung nicht ab (Urk. 6 und 7). Zur Hauptverhandlung am 6. Juni 2017 erschien lediglich der Kläger; die Beklagte blieb der Verhandlung unentschuldigt fern (Prot. I S. 3). Gleichentags fällte die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene (Säumnis-) Ur-

teil (Urk. 8 = Urk. 20). Dieses wurde der Beklagten am 14. Juni 2017 zugestellt (Urk. 9). Nicht erfolgreich war die Zustellung an den Kläger (an Urk. 13 angeheftetes Couvert). Er nahm jedoch das Urteil am 23. Juni 2017 persönlich bei der Vorinstanz entgegen (Urk. 13).

1.3. Mit Fax (-Schreiben) vom 14. Juni 2017 (Urk. 10) teilte Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ der Vorinstanz mit, die Beklagte habe ihn mit der Wahrung ihrer Interessen betraut gehabt und er sei an der Schlichtungsverhandlung bevollmächtigt anwesend gewesen (Urk. 11 [Vollmacht vom 7. Februar 2017]). Die Akten wurden ihm zur Einsicht überlassen (Urk. 12). In der Folge beantragte die Beklagte mit Eingabe vom 26. Juni 2017, es sei gestützt auf Art. 148 ZPO die Hauptverhandlung zu wiederholen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt.) zu Lasten des Klägers, eventuell der Staatskasse (Urk. 14 S. 2). Die Vorinstanz wies das Wiederherstellungsgesuch mit Verfügung vom 28. Juni 2017 ab (Urk. 16 = Urk. 21; Dispositiv eingangs wiedergegeben). Die Zustellung an den Rechtsvertreter der Beklagten erfolgte am 6. Juli 2017 (Urk. 18). Der Kläger holte die Sendung nicht ab (Urk. 17).

1.4. Die Beklagte erhob mit Eingabe vom 14. Juli 2017 Berufung gegen das Urteil vom 6. Juni 2017 und die Verfügung vom 28. Juni 2017 mit den eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 20 S. 2). Die Berufungsantwort datiert vom 8. Dezember 2017 (Urk. 26). Mit Verfügung vom 6. März 2018 wurde das Gesuch des Klägers um Nachfristansetzung zur ergänzenden Begründung der Berufungsantwort abgewiesen und der Beklagten die Berufungsantwort zur Kenntnis gebracht (Urk. 30). Mit Beschluss vom 13. April 2018 (Urk. 31 und 32) wurden die Akten des Schlichtungsverfahrens (Urk. 34/1-10) sowie eine schriftliche Auskunft (Urk. 33) bei Friedensrichter D.\_\_\_\_\_ eingeholt. Die Parteien nahmen dazu mit Eingaben vom 27. April 2018 (Urk. 36) und vom 22. Mai 2018 (Urk. 39) Stellung. Diese wurden der jeweiligen Gegenpartei zur Kenntnis gebracht (Urk. 39 und 41). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

2.1. In Bezug auf das Wiederherstellungsgesuch ging die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 28. Juni 2017 von der Endgültigkeit ihres Entscheids im Sinne von Art. 149 ZPO aus, hielt jedoch unter Bezugnahme auf ein Urteil der Kammer

(*OGer ZH LA140005 vom 9. April 2014, E. II/1*) fest, dass der Wiederherstellungsentscheid mit dem Rechtsmittel gegen den im vorliegenden Verfahren ergangenen Endentscheid angefochten werden könne (Urk. 21 S. 3). Diese Rechtsmittelbelehrung ist nicht gänzlich korrekt. Art. 149 ZPO schliesst nur ein Rechtsmittel gegen den selbständigen Wiederherstellungsentscheid während des Verfahrens aus. Die Endgültigkeit des Entscheids gilt demgegenüber nicht für Gesuche, die – wie vorliegend – nach dem Endentscheid eingereicht werden, können doch allfällige Fehler im Zusammenhang mit der Prüfung des Wiederherstellungsgesuchs nicht mehr im Rahmen der Anfechtung des Endentscheids gerügt werden (ZR 110/2011 Nr. 91). Aus Sicht des Bundesgerichts steht entgegen dem Wortlaut von Art. 149 ZPO gegen die Verweigerung eines Wiederherstellungsgesuchs ein Rechtsmittel zur Verfügung, wenn die Nichtwiederherstellung der Frist zum endgültigen Verlust der Möglichkeit zur Klage oder eines Angriffsmittels führt (BGE 139 III 478 E. 6.3 = Pra 2014 Nr. 46 S. 351). Mit der Verfügung vom 28. Juni 2017 (Urk. 21) wurde das vorinstanzliche Verfahren abgeschlossen, welches mit dem Wiederherstellungsgesuch der Beklagten (wieder) eröffnet worden war. Die Verweigerung der Wiederherstellung entspricht vorliegend einem Endentscheid im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO (BGE 139 III 478 E. 7.3 = Pra 2014 Nr. 46 S. 353). Dagegen ist mit Blick auf den Streitwert von Fr. 11'194.60 die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Aus der Berufungsschrift der Beklagten ergibt sich, dass sie sowohl das Urteil als auch die Verfügung anfechten will (Urk. 19 S. 2). Die gegen beide Entscheide der Vorinstanz erhobene Berufung der Beklagten ist zulässig und auf diese ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen einzutreten.

2.2. Die Beklagte beantragt die vollumfängliche Aufhebung des Urteils der Vorinstanz vom 6. Juni 2017 (Urk. 19 S. 2). Mangels Beschwer ist indessen auf die Berufung insoweit nicht einzutreten, als sie sich gegen Dispositiv-Ziff. 1 letzter Absatz des angefochtenen Urteils richtet, mit dem die Klage durch die Vorinstanz teilweise abgewiesen wurde. Auch hinsichtlich des Kostenentscheids gemäss Dispositiv-Ziff. 3 des angefochtenen Entscheids ist die Beklagte nicht beschwert, weshalb diesbezüglich ebenfalls nicht auf die Berufung einzutreten ist.

2.3. Die Beklagte beantragt die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und die Rückweisung der Streitsache zur Neuurteilung an die Vorinstanz (Urk. 19 S. 2). Sie stellt damit lediglich einen Rückweisungsantrag, hingegen keinen Antrag in der Sache selbst. Die Berufungsschrift hat klare Anträge zu enthalten, die dahingehend lauten, wie die Rechtsmittelinstanz neu entscheiden soll. Kann die Rechtsmittelinstanz reformatorisch entscheiden, so genügt in der Regel ein blosser Rückweisungsantrag an die Erstinstanz nicht. Vielmehr hat der Berufungskläger für den Fall eines materiellen Entscheids durch die Rechtsmittelinstanz auch diesbezügliche Anträge zu stellen. Ausnahmsweise reicht ein blosser Rückweisungsantrag aus, wenn die Rechtsmittelinstanz im Falle der Gutheissung mangels Spruchreife nur kassatorisch entscheiden kann (BGE 133 III 489 E. 3.1; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 34). Die Beklagte stellt sich im Berufungsverfahren auf den Standpunkt, sie sei im vorinstanzlichen Verfahren nicht richtig vorgeladen worden, weshalb keine Säumnis vorliege (Urk. 19 S. 2 und 5). Erweist sich diese Rüge als begründet, wäre die Sache an die Vorinstanz zur Wiederholung der Hauptverhandlung zurückzuweisen. Da die Kammer somit bei einer allfälligen Gutheissung der Berufung lediglich kassatorisch entscheiden kann, ist der Aufhebungs- und Rückweisungsantrag der Beklagten zulässig.

3. Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Urteil im Wesentlichen, für die Beklagte sei trotz gehöriger Vorladung niemand an der Hauptverhandlung vom 6. Juni 2017 erschienen, weshalb von einem Verzicht der Beklagten auf Bestreitung der klägerischen Behauptungen auszugehen sei. Anhand der vom Kläger eingereichten Unterlagen und gemachten Ausführungen bestünden keine erheblichen Zweifel an der Richtigkeit seiner Vorbringen (Art. 234 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 153 Abs. 2 ZPO; Urk. 20 S. 3). Es habe kein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 2 OR vorgelegen, weshalb die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses seitens der Beklagten ungerechtfertigt gewesen sei (Urk. 20 S. 5). Die Beklagte sei daher zu verpflichten, dem Kläger Lohn in der Höhe von Fr. 4'097.30 netto sowie eine Entschädigung von Fr. 3'000.– netto zu bezahlen und ihm ein Arbeitszeugnis (Vollzeugnis) aus- und zuzustellen (Urk. 20 S. 6 f.).

4.1. Die Beklagte rügt, die Vorladung für die Verhandlung am 6. Juni 2017 hätte zwingend an ihren Rechtsvertreter zugestellt werden müssen. Die Zustellung an sie persönlich sei nichtig und daher wirkungslos, weshalb ihr Nichterscheinen zur Hauptverhandlung vom 6. Juni 2017 keine Säumnisfolgen habe nach sich ziehen dürfen. Ihr könne nicht angelastet werden, dass das Vertretungsverhältnis fälschlicherweise nicht in der Klagebewilligung aufgeführt werde, obwohl ihr Rechtsvertreter als Rechtsbeistand an der Schlichtungsverhandlung teilgenommen und eine entsprechende Vollmacht vorgelegt habe. Vielmehr sei von einer ungültigen Klagebewilligung auszugehen. Das angefochtene Urteil vom 6. Juni 2017 sei daher aufzuheben und die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 19 S. 2 ff. mit Verweis auf Urk. 11 [Vollmacht vom 7. Februar 2017]).

4.2. Der Kläger bringt dagegen vor, selbst wenn man davon ausginge, dass die Zustellung nur an den Rechtsvertreter der Beklagten hätte erfolgen müssen, wäre es an dieser gewesen, bei offensichtlich korrekter Zustellung der Vorladung sofort ihren Anwalt zu kontaktieren und das weitere Vorgehen zu besprechen. Dies hätte nach Treu und Glauben erfolgen müssen, da die Beklagte – wie sie geltend mache – schon an der Schlichtungsverhandlung einen Anwalt gehabt habe und somit den Fall mit diesem hätte besprechen müssen. Einen allfälligen Zustellungsmangel hätte der Anwalt der Beklagten umgehend bei der Vorinstanz geltend machen müssen. Mittlerweile sei der Einwand verwirkt. Erschwerend komme hinzu, dass die Beklagte die Vorladung nicht entgegengenommen habe. Bei einer juristischen Person sei jedoch zwingend davon auszugehen, dass sie Post von Behörden entgegenzunehmen habe. Unterlasse sie dies, dürfe ein solches Verhalten nach Treu und Glauben nicht geschützt werden. Soweit der Rechtsvertreter der Beklagten sodann geltend mache, er sei bereits an der Schlichtungsverhandlung als deren Anwalt bevollmächtigt gewesen, aber fälschlicherweise in der Klagebewilligung bloss als Erschienenener aufgeführt worden, weshalb die Klagebewilligung ungültig sei, werde diese Meinung bestritten. Sie sei auch nicht substantiiert, zumal unklar sei, wann die Vollmacht ausgestellt worden sei und welche Rolle der im Berufungsverfahren mandatierte Anwalt im Schlichtungsverfahren innegehabt habe bzw. ob die Vollmacht tatsächlich im Rahmen der Schlichtungsverhandlung ins Recht gelegt worden sei (Urk. 26 S. 5 f.).

5. Das Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung (Art. 209 ZPO) ist eine Prozessvoraussetzung (BGE 139 III 273 E. 2.1 = Pra 2014 Nr. 6), welche vom Gericht von Amtes zu prüfen ist (Art. 60 ZPO). Welche inhaltlichen Mängel zur Ungültigkeit der Klagebewilligung führen, ist nicht ohne Weiteres klar (BK ZPO-Zingg, Art. 59 N 164; ZR 112/2013 Nr. 40). Ungültig ist die Klagebewilligung etwa, wenn die Schlichtungsbehörde mangels persönlichen Erscheinens der klagenden Partei (Art. 204 Abs. 1 ZPO) das Verfahren hätte abschreiben müssen, weil bei Säumnis der klagenden Partei das Schlichtungsgesuch nach Art. 206 Abs. 1 ZPO als zurückgezogen gilt (BGE 140 III 70 E. 5). Hingegen führen fehlerhafte Bezeichnungen der Vertreter, mangelhafte Angaben über den Erfolg bzw. Misserfolg der Verhandlung oder die Nichterwähnung, dass eine Partei ausgeblieben ist, nicht zu einer Zurückweisung oder gar zur Ungültigkeit der Klagebewilligung, beschlagen sie doch lediglich eine Ordnungsvorschrift (BSK ZPO-Infanger, Art. 209 N 19). Der Beklagten kann daher nicht gefolgt werden, dass die allenfalls unterbliebene Angabe ihres Rechtsvertreters in der Klagebewilligung zu deren Ungültigkeit führte.

6.1. Weder aus der Klagebewilligung vom 7. Februar 2017 (Urk. 2) noch aus der Klage vom 26. April 2017 (Urk. 1) geht eine Rechtsvertretung der Beklagten hervor. Im Zeitpunkt des Versands der Vorladung war demnach für die Vorinstanz kein Vertretungsverhältnis erkennbar, zumal sie auf ein solches nicht allein aufgrund des Umstands, dass der in der Klagebewilligung als Begleitperson aufgeführte nunmehrige Rechtsvertreter der Beklagten zur berufsmässigen Parteivertretung befugt ist, schliessen musste. Ebenso wenig bestand für die Vorinstanz Anlass, bei der Beklagten nachzufragen, ob sie sich anwaltlich vertreten lasse. Vielmehr wäre es Sache der Beklagten bzw. von deren nunmehrigen Rechtsvertreter gewesen, der Vorinstanz das Vertretungsverhältnis anzuzeigen. Da dies unterblieb, erfolgte die Zustellung der Vorladung zu Recht direkt an die Beklagte, da die Anwendbarkeit von Art. 137 ZPO entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 19 S. 3 f.) nicht nur voraussetzt, dass die Vertretung im Zeitpunkt des Versands besteht, sondern auch, dass sie dem Gericht bekanntgegeben worden ist (BGE 143 III 28 E. 2.2.1 m.w.H.). Vor diesem Hintergrund erweist sich die Rüge der Beklag-



ten, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, sie sei an der Hauptverhandlung säumig gewesen, als unbegründet.

6.2.1. Lediglich im Sinne einer Eventualbegründung ist noch auf das Vorbringen der Beklagten einzugehen, aufgrund der unterbliebenen zwingenden Mitteilung des Vertretungsverhältnisses in der Klagebewilligung hätten sie jedenfalls keine Säumnisfolgen treffen dürfen, zumal ihr der Fehler des Friedensrichters nicht anzulasten sei (Urk. 19 S. 3 f.).

6.2.2. Vorliegend ist unbestritten, dass Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ die Beklagte an die Schlichtungsverhandlung vom 7. Februar 2017 begleitete (vgl. Urk. 2 S. 1; Urk. 26 S. 5 f.). Aufgrund der unterschiedlichen Darstellungen der Parteien bezüglich der Frage, in welcher Funktion der nunmehrige Rechtsvertreter der Beklagten deren Geschäftsführer an die Schlichtungsverhandlung begleitete, wurde mit Beschluss vom 13. April 2018 eine schriftliche Auskunft bei Friedensrichter D.\_\_\_\_\_ eingeholt und wurden die Akten des Schlichtungsverfahrens beigezogen (Urk. 31 und 32). Der Friedensrichter teilte mit Schreiben vom 18. April 2018 mit, der nunmehrige Rechtsvertreter der Beklagten sei anlässlich der Schlichtungsverhandlung als Begleitperson von deren Geschäftsführer erschienen. Ihm liege keine Vollmacht vor (Urk. 33). Dementsprechend findet sich in den eingereichten Akten des Schlichtungsverfahrens keine Vollmacht. Ebenso wenig wird eine solche im Aktenverzeichnis aufgeführt (Urk. 34/1-10).

6.2.3. Die Beklagte führte dazu aus, wenn dem Friedensrichteramt keine Vollmacht mehr vorliege, sei das dessen Versehen und nicht ihrem Rechtsvertreter anzulasten, zumal es diesem nicht obliege, sich zu vergewissern, dass seine Vollmacht in die Akten aufgenommen werde. Ihr Rechtsvertreter habe denn auch die in den Akten befindliche Vollmacht an der Schlichtungsverhandlung vorgelegt. Es sei bar jeder Vernunft, wenn nun sinngemäss behauptet werde, ihr Rechtsvertreter als patentierter und berufsmässig befähigter Anwalt im Sinne von § 11 AnwG sei nur als Begleiter, mithin lediglich als Vertrauensperson erschienen. So sei dieser weder mit ihrer Geschäftsführung näher bekannt, noch sei er je nicht berufsmässig für sie tätig gewesen. Es könne nur vermutet werden, weshalb ihr Rechtsvertreter nicht als solcher in der Klagebewilligung aufgeführt worden sei.

Zum einen liege die Vollmacht trotz persönlicher Vorlage an der Schlichtungsverhandlung dem Friedensrichteramt nicht mehr vor respektive werde behauptet, es läge keine mehr vor. Zum anderen seien die beiden Begleitpersonen nur handschriftlich im Rubrum (Urk. 34/6) vermerkt worden, da sie vor der Verhandlung nicht bekannt gewesen seien. Bei ihrem Rechtsvertreter sei tatsachenwidrig weder der Titel noch die Funktion als Rechtsvertreter festgehalten worden. Dieses Versehen beruhe wohl darauf, dass der Friedensrichter ihren Rechtsvertreter persönlich kenne. Das Sekretariat des Friedensrichteramtes habe dann bei der Ausfertigung der Klagebewilligung das falsche Rubrum übernommen, welches der Friedensrichter bei der Unterzeichnung offenbar nicht mehr kontrolliert habe. Es handle sich dabei um eine Kette von verschiedenen, ihr absolut nicht vorzuwerfenden Fehlern des Friedensrichteramtes (Urk. 39 S. 1 f.).

6.2.4. Die Beklagte behauptet zwar vorliegend, ihr Rechtsvertreter habe dem Friedensrichter die Vertretung angezeigt und überdies eine Vollmacht vorgelegt. Allerdings findet sich für diese (vom Kläger bestrittene Behauptung, vgl. Urk. 26 S. 6) weder in den Akten des Schlichtungsverfahrens noch in der schriftlichen Auskunft des Friedensrichters eine Stütze. Allein aufgrund des Umstands, dass der nunmehrige Rechtsvertreter der Beklagten zur berufsmässigen Parteivertretung befugt ist, mussten – entgegen deren Ansicht (Urk. 19 S. 3 f., Urk. 39 S. 2 f.) – weder der Friedensrichter noch die Vorinstanz darauf schliessen, dass jener den Geschäftsführer der Beklagten *in der Funktion als Rechtsvertreter* an die Schlichtungsverhandlung begleitete. Vielmehr wäre es Sache des nunmehrigen Rechtsvertreters gewesen, dem Friedensrichter das Vertretungsverhältnis anzuzeigen. Wie bereits erwähnt, gibt es jedoch keinerlei Anhaltspunkte, dass dies erfolgte, zumal die Beklagte zu dieser Frage keine weiteren Beweismittel nannte. Dem Friedensrichter ist daher keine Missachtung von Art. 209 Abs. 2 lit. a ZPO vorzuwerfen.

6.3. Nach dem Gesagten ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Vorladung für die Verhandlung am 6. Juni 2017 der Beklagten direkt zustellte. Trotz ordnungsgemässer Vorladung blieb die Beklagte der Verhandlung unentschuldigt fern (Prot. I S. 3) und war somit säumig.

7.1. Gemäss Art. 148 Abs. 1 ZPO kann das Gericht auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren oder zu einem Termin erneut vorladen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Das Gesuch ist innert zehn Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes einzureichen (Art. 148 Abs. 2 ZPO). Nachdem die Beklagte das Urteil der Vorinstanz vom 6. Juni 2017 am 14. Juni 2017 erhalten hatte (Urk. 9), stellte sie mit Eingabe vom 26. Juni 2017 rechtzeitig ein Wiederherstellungsgesuch und beantragte die Wiederholung der Hauptverhandlung (Urk. 14). Die Vorinstanz erwog, aus dem "Track & Trace"-Auszug der Post (Urk. 15) gehe hervor, dass die Vorladung der Beklagten am 8. Mai 2017 zur Abholung gemeldet worden sei. Der Beklagten gelinge der Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung nicht. Die gerichtliche Vorladung der Beklagten gelte daher als ordnungsgemäss zugestellt. Der Vertreter der Beklagten habe seit Ausstellung der Klagebewilligung am 7. Februar 2017 bis zur Hauptverhandlung am 6. Juni 2017 genügend Zeit gehabt, sich beim Gericht hinsichtlich der Hängigkeit des Verfahrens zu erkundigen. Insgesamt sei das Verschulden der Beklagten für die Säumnis als nicht mehr leicht zu qualifizieren (Urk. 21 S. 3).

7.2. Diesbezüglich rügt die Beklagte allerdings bloss, der ablehnende Entscheid betreffend Neuansetzung der Hauptverhandlung sei nicht nur diskutabel, sondern falsch. Dass ihrem Rechtsvertreter noch vorgehalten werde, er hätte sich nach Ausstellung der Klagebewilligung beim Gericht betreffend Hängigkeit des Verfahrens erkundigen müssen, sei beim besten Willen weder nachvollziehbar noch verständlich (Urk. 19 S. 4 f.). Hingegen zeigt sie nicht konkret auf, weshalb die Vorinstanz zu Unrecht von einem nicht mehr leichten Verschulden ihrerseits an der Säumnis ausgegangen sein soll. Ein bloss geringes Verschulden ist denn auch nicht ersichtlich: Die Beklagte hätte aufgrund des bestehenden Prozessrechtsverhältnisses dafür zu sorgen gehabt, dass ihr Sendungen des Gerichts zugestellt werden können (BGE 138 III 225 E. 3.1; BGE 130 III 396 E. 1.2.3). Dieser Obliegenheit beziehungsweise prozessualen Last ist die Beklagte indes – ohne ersichtlichen Hinderungsgrund – nicht nachgekommen. Sie unterliess damit die Beachtung der ihr zumutbaren Sorgfalt, weshalb von einer Nachlässigkeit auszugehen und ihr nicht mehr ein bloss leichtes Verschulden vorzuwerfen ist (KUKO ZPO-

Hoffmann-Nowotny, Art. 148 N 6; BSK ZPO-Gozzi, Art. 148 N 11; ZK ZPO-Staehelin, Art. 148 N 8). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Wiederherstellungsgesuch der Beklagten abwies.

8. Zusammenfassend erweist sich die Berufung der Beklagten als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist. Dementsprechend sind das Urteil vom 6. Juni 2017 sowie die Verfügung vom 28. Juni 2017 zu bestätigen.

9.1. Das Berufungsverfahren ist aufgrund des Fr. 30'000.– nicht übersteigenden Streitwerts kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).

9.2. Ausgangsgemäss ist die im Berufungsverfahren vollständig unterliegende Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'200.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen (§ 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 2 AnwGebV).

9.3.1. Da dem Kläger für das Berufungsverfahren keine Kosten auferlegt werden, ist dessen Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenstandslos, soweit es sich auf die Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) bezieht. Hingegen ist das Gesuch des Klägers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands materiell zu behandeln, da ihm zwar eine Parteientschädigung zuzusprechen ist, die finanziellen Verhältnisse der Beklagten aber unbekannt sind und deshalb nicht gesagt werden kann, deren Solvenz stehe ausser Frage.

9.3.2. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Als bedürftig gilt, wer für die Kosten des Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf. Für die Beurteilung der

prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei zu würdigen, wobei nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist (BGE 141 III 369 E. 4.1). Die gesuchstellende Partei hat sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse vollständig darzulegen und soweit möglich zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Sie hat ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen (BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 38). Legt eine Partei ihre finanzielle Situation nicht von sich aus schlüssig dar, obwohl sie um diese Obliegenheit weiss oder wissen muss, kann ihr Gesuch ohne vorgängige Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen werden. Das gilt insbesondere bei anwaltlich vertretenen Parteien, denen das Wissen ihres Rechtsvertreters anzurechnen ist und die deshalb nicht als prozessual unbeholfen gelten können (vgl. BGer 4D\_69/2016 vom 28. November 2016, E. 5.4.3 m.w.H.; 5A\_62/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 5.3).

9.3.3. Der Kläger bringt bezüglich seiner finanziellen Verhältnisse vor, infolge der von der Vorinstanz festgestellten ungerechtfertigten fristlosen Kündigung sei er arbeitslos. Von der Arbeitslosenversicherung erhalte er Taggelder in der Höhe von rund Fr. 3'000.– pro Monat. Soweit bekannt, verfüge er über kein nennenswertes Vermögen, habe aber Schulden. Falls notwendig, könne die finanzielle Situation noch substantiiert werden (Urk. 26 S. 7 f.). Damit legt der anwaltlich vertretene Kläger seine finanzielle Situation nicht schlüssig dar. Namentlich unterlässt er es, die behauptete Vermögenslosigkeit (mit Kontoauszügen, einer aktuellen Steuererklärung o.ä.) zu belegen. Da der Kläger somit seiner Mitwirkungspflicht nicht nachkommt, ist sein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung ohne Weiterungen abzuweisen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Auf die Berufung wird insoweit nicht eingetreten, als sie sich gegen Dispositiv-Ziffer 1 letzter Absatz und Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Urteils richtet.

2. Das Gesuch des Klägers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands wird abgewiesen. Im Übrigen wird sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und das Urteil vom 6. Juni 2017 sowie die Verfügung vom 28. Juni 2017 des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, werden bestätigt.
2. Das Berufungsverfahren ist kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'200.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz und die Akten des Schlichtungsverfahrens an das Friedensrichteramt C.\_\_\_\_\_, [Adresse], zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit arbeitsrechtlicher Natur. Der Streitwert beträgt Fr. 11'194.60. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 29. August 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:  
sf