

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RA170016-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 29. November 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Arbeitsgericht Zürich

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts am Arbeitsgericht
Zürich, 3. Abteilung, vom 20. September 2017 (AH170068-L)**

Erwägungen:

1. a) Der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) steht vor Vorinstanz in einem arbeitsrechtlichen Verfahren (Urk. 5/1-44).

Mit Verfügung vom 20. September 2017 entschied der erstinstanzliche Richter betreffend das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege folgendermassen (Urk. 5/34 S. 7 f.):

- " 1. Das Gesuch des Klägers um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin/eines unentgeltlichen Rechtsvertreters wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage einer Kopie von act. 30.
3. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen."

Diese Verfügung wurde von der Vorinstanz an den Kläger persönlich am 21. September 2017 versandt (Urk. 5/40; Sendungsnummer der Post ...). Da der Kläger die Sendung bei der für ihn zuständigen Poststelle nicht abholte, wurde sie nach Ablauf der siebentägigen Abholfrist an die Vorinstanz zurückgesandt. Die Vorinstanz versuchte in der Folge dem Kläger mit Sendung vom 3. Oktober 2017 die Verfügung vom 20. September 2017 ein zweites Mal zuzustellen (Urk. 5/41; Sendungsnummer der Post ...). Auch dieses Mal holte er die Verfügung innert der siebentägigen Frist nicht ab, worauf die Post sie an die Vorinstanz zurückschickte.

Am 26. Oktober 2017 erkundigte sich der Kläger bei der Vorinstanz nach dem Verfahrensstand. Ihm wurde mitgeteilt, dass trotz zweimaliger Zustellversuche die Verfügung vom 20. September 2017 von ihm bei der Post nicht innert sieben Tagen abgeholt worden sei. Somit gelte die Verfügung gemäss Art. 138 ZPO als zugestellt, und die Rechtsmittelfrist sei bereits abgelaufen. Der Gerichtsschreiber erklärte sich bereit, dem Kläger die Verfügung und den Begleitbrief vom 20. September 2017 (Urk. 5/38) zu seiner Orientierung nochmals per Post zu

schicken (Urk. 5/42). Gleichentags stellte die Vorinstanz dem Kläger die genannte Verfügung und das Begleitschreiben nochmals zu. Dies mit dem Hinweis, dass die in der Verfügung genannte Rechtsmittelfrist aufgrund eingetretener Zustellfiktion (unter Hinweis auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO) bereits abgelaufen sei (Urk. 43). Der Kläger quittierte den Empfang persönlich am 3. November 2017 (Urk. 44).

b) Mit Eingabe vom 13. November 2017 (hierorts am 14. November 2017 eingegangen) erhob der Kläger Einsprache gegen die Verfügung vom 20. September 2017 (Urk. 1).

c) Das zulässige Rechtsmittel gegen Entscheide, mit denen die unentgeltliche Rechtspflege abgelehnt wurde, stellt die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO dar (Art. 121 ZPO; vgl. auch Urk. 5/34 S. 8 Dispositivziffer 3). Die beschliessende Kammer eröffnete daher vorliegend ein Beschwerdeverfahren, obwohl der Kläger in seiner Eingabe jeweils die "Einsprache" erwähnte.

2. a) Die Zustellung von Verfügungen gilt bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Der Kläger hat das erstinstanzliche Verfahren selber anhängig gemacht, weshalb er mit einer Zustellung der Vorinstanz rechnen musste. Da die zweite Zustellung der Verfügung vom 20. September 2017 dem Kläger am 4. Oktober 2017 zur Abholung gemeldet wurde (Zeitpunkt der Abholungsmeldung bis Ende März 2018 auf der Webseite "<https://service.post.ch/EasyTrack/?lang=de&service=ttb#simpleSearch>" abrufbar), ist die siebentägige Frist gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO am 11. Oktober 2017 abgelaufen. Die Verfügung gilt daher am 11. Oktober 2017 als dem Kläger zugestellt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage seit der Zustellung der begründeten prozessleitenden Verfügung (Art. 321 Abs. 2 ZPO, vgl. auch Urk. 5/34 S. 8 Dispositivziffer 3), weshalb die Beschwerdefrist am 23. Oktober 2017 abgelaufen ist (Art. 142 Abs. 1 und 3 ZPO). Gemäss Art. 143 Abs. 1 ZPO müssen Eingaben

spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post übergeben werden.

b) Wann der Kläger seine Rechtsmitteleingabe zur Post gegeben bzw. in den Briefkasten des Obergerichts geworfen hat, ist dem entsprechenden Briefumschlag nicht zu entnehmen. Seine Eingabe datiert hingegen vom 13. November 2017; der Eingang beim Obergericht ist am 14. November 2017 quittiert worden (Urk. 1). Es ist daher davon auszugehen, dass die Rechtsmitteleingabe nicht vor dem 13. November 2017 der Post übergeben bzw. in den Briefkasten des Obergerichts geworfen worden ist. Da die Beschwerdefrist am 23. Oktober 2017 abgelaufen ist, ist die Rechtsmitteleingabe vom 13. November 2017 als verspätet zu betrachten.

3. a) Der Kläger führt in seiner Rechtsmitteleingabe vom 13. November 2017 aus, dass er der Vorinstanz am 4. August ein Schreiben gesandt habe, in dem er einerseits die Interpretation seines Zeugnisses seitens des vorinstanzlichen Richters bemängelt und andererseits Angaben zu seiner finanziellen Situation gemacht habe. Dies in der Hoffnung, dass die unentgeltliche Rechtspflege vom Arbeitsgericht gebilligt werden würde. Da er seit diesem Datum keine weiteren Meldungen von der Vorinstanz erhalten habe und ihm die Wartezeit unüblich lang erschienen sei, habe er am 26. Oktober 2017 bei der Vorinstanz angerufen. Der Gerichtsschreiber lic. iur. B. _____ habe beteuert, die Vorinstanz habe im Monat September zweimal einen Brief versandt, der nicht abgeholt worden sei. Ein Benachrichtigungszettel sei im Briefkasten jedoch nicht zu finden gewesen, so dass er von diesem Brief erst am 26. Oktober 2017 während des Telefonats Kenntnis erlangt habe. Dessen Inhalt sei ihm erst am 3. November 2017 bekannt geworden (Urk. 1 S. 1). Bezüglich der Zustellfiktion (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO) möchte er nachdrücklich betonen, dass er von dem im September zweimal versandten Brief keinerlei Benachrichtigung im Briefkasten vorgefunden habe. Folglich sei eine fristgerechte Einsprache gegen die abgewiesene unentgeltliche Rechtspflege absolut unmöglich gewesen. Wenn er keine Benachrichtigung erhalten habe, könne er doch nicht täglich zur Post gehen und nachfragen, ob es für ihn eventuell einen Brief gebe, dessen Benachrichtigungsschein aus geheimnisvollen Gründen mög-

licherweise untergetaucht sein könnte. Das Obergericht werde ersucht, seiner Einsprache gegen die Abweisung des Antrags auf unentgeltliche Rechtspflege und vermeintliche Nichtbeachtung der Abholfrist stattzugeben (Urk. 1 S. 2).

b) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten behördliche Sendungen in Prozessverfahren nicht erst dann als zugestellt, wenn der Adressat sie tatsächlich in Empfang nimmt. Es genügt, wenn die Sendung in den Machtbereich des Adressaten gelangt, sodass er sie zur Kenntnis nehmen kann. Wird der Empfänger einer eingeschriebenen Briefpostsendung oder Gerichtsurkunde nicht angetroffen und wird daher eine Abholungseinladung in seinen Briefkasten oder in sein Postfach gelegt, so gilt die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in dem sie auf der Poststelle abgeholt wird. Geschieht dies nicht innert der Abholfrist, die sieben Tage beträgt, wird die Sendung am letzten Tag dieser Frist als eröffnet vermutet (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Diese sogenannte "Zustellfiktion" rechtfertigt sich, weil für die an einem Verfahren Beteiligten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben die Pflicht besteht, dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte eröffnet werden können. Die Rechtsprechung gilt während eines hängigen Verfahrens, wenn die Verfahrensbeteiligten mit der Zustellung eines behördlichen oder gerichtlichen Entscheides oder einer Verfügung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit rechnen müssen (BGer 2C_35/2016 vom 18. Juli 2016, E. 3.1 m.w.H.).

Die Beweislast für die Zustellung von Verfügungen und Entscheiden trägt die Behörde. Sie hat auf geeignete Art den Beweis dafür zu erbringen, dass und wann die Zustellung erfolgt ist bzw. dass der erste – erfolglose – Zustellungsversuch tatsächlich stattgefunden hat. Entgegen dieser allgemeinen Beweislastverteilung gilt bei eingeschriebenen Sendungen eine widerlegbare Vermutung, dass der oder die Postangestellte den Avis ordnungsgemäss in den Briefkasten des Empfängers gelegt hat und das Zustellungsdatum korrekt registriert wurde. Dies gilt namentlich auch dann, wenn die Sendung im elektronischen Suchsystem "Sendungen verfolgen" (früher "Track & Trace") der Post erfasst ist, mit welchem es möglich ist, die Sendung bis zum Empfangsbereich des Empfängers zu verfolgen. Es findet also in diesem Fall hinsichtlich der Ausstellung der Abholungseinladung insofern eine Umkehr der Beweislast in dem Sinn statt, als im Fall der Be-

weislosigkeit zuungunsten des Empfängers zu entscheiden ist, 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 theoretische Möglichkeit eines Fehlers bei der Poststelle genügt aber nicht, um die Vermutung zu widerlegen, solange nicht konkrete Anzeichen für einen derartigen Fehler vorhanden sind (BGer 2C_713/2015 vom 13. Dezember 2015, E. 3.3 m.w.H.).

c) Der Kläger führt zu den Abholungseinladungen der Post einzig aus, dass er diese im Briefkasten nicht vorgefunden habe. Da er somit nicht in der Lage ist, den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung vorzubringen, gilt die Vermutung, dass die Abholungseinladung(en) durch die Post ordnungsgemäss in den Briefkasten des Empfängers gelegt wurde(n).

d) Dem Kläger gelang es nicht, konkrete Anzeichen für einen Fehler bei der Zustellung der angefochtenen Verfügung darzulegen. Auf seine Beschwerde ist nicht einzutreten, da er diese verspätet erhoben hat.

4. Der Streitwert beträgt Fr. 29'660.– (vgl. Urk. 5/26 S. 2 E. 1 und S. 5 f. E. 3.7), weshalb das Beschwerdeverfahren kostenlos ist (Art. 114 lit. c ZPO). Von der Zusprechung einer Parteientschädigung ist abzusehen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Das Beschwerdeverfahren ist kostenlos.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage je einer Kopie der Urk. 1 und Urk. 3/1-3, sowie an die Beklagte, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert der Hauptsache beträgt Fr. 29'660.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 29. November 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
bz