

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA110044-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. M. Kriech,
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
K. Montani Schmidt

Beschluss vom 19. Juli 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes am Bezirksgericht
Winterthur vom 31. August 2011 (AH110010)**

Rechtsbegehren:
(Urk. 2; Prot. I S. 2)

"Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin drei Monatslöhne à je Fr. 3'500.– brutto bzw. Fr. 3'109.05 netto (für Januar, Februar und März 2010) zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht
Winterthur vom 31. August 2011:**
(Urk. 11 S. 4 f.)

- "1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin brutto Fr. 10'500.– (entspricht netto Fr. 9'327.15) zu bezahlen.
2. Die Kosten fallen ausser Ansatz.
3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 25.– zu bezahlen.
4. (Schriftliche Mitteilung).
5. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage)."

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (Urk. 10 S. 1):

- "1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass in dieser Angelegenheit bereits am 9. Dezember 2010 ein rechtskräftiger Entscheid des Bezirksgerichts Winterthur ergangen ist. Aus diesem Grund sei auf die Klage nicht einzutreten.
3. Eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen, weil der Rechtsvertreter des Beklagten nicht zur HV vorgeladen worden war. Es ist deshalb erneut zur HV vorzuladen.

4. Eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen, weil Herr A. _____ der HV wegen leichtem Verschulden ferngeblieben ist. Deshalb sei im Sinne von Art. 148 ZPO erneut vorzuladen.
5. Subeventualiter seien aufgrund der Untersuchungsmaxime Beweise zu erheben, die Sache sei allenfalls zur Beweiserhebung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
6. Es seien mir die Akten zuzustellen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten der Klägerin."

Erwägungen:

1. Am 7. Juni 2011 ging bei der Vorinstanz die unbegründete Klage der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C. _____ vom 30. Mai 2011 ein (Urk. 1-3/1-2). Mit Verfügung vom 14. Juni 2011 wurden die Parteien auf den 31. August 2011 zur Hauptverhandlung vorgeladen (Urk. 4). Der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) holte die Vorladung indes nicht ab (Urk. 4 Anhang). In der Folge fand am 31. August 2011 die Hauptverhandlung in Abwesenheit des Beklagten statt (Prot. I S. 2 ff.). Mit Datum vom 31. August 2011 erging vorgenanntes Urteil. Dieses wurde dem Beklagten am 20. Oktober 2011 zugestellt (Urk. 6; Urk. 7).

2.1 Mit Schreiben vom 28. Oktober 2011 (Datum Poststempel 31. Oktober 2011, eingegangen am 1. November 2011) erhob der Beklagte innert 30-tägiger Frist Berufung mit den eingangs erwähnten Anträgen (Urk. 10).

2.2 Mit Verfügung vom 8. November 2011 wurde der Vorinstanz Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (Urk. 15), welche diese in der Folge mit Schreiben vom 11. November 2011 einreichte (Urk. 16). Der Klägerin wurde mit Verfügung vom 18. November 2011 Frist zur Berufungsantwort und beiden Parteien Frist zur Stellungnahme zur Vernehmlassung angesetzt (Urk. 18). Die

Klägerin liess sich innert Frist nicht vernehmen; die Stellungnahme des Beklagten ging am 23. Dezember 2011 ein (Urk. 19). Letztere wurde der Klägerin mit Datum vom 29. Dezember 2011 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 19; Urk. 20).

3.1 Der Beklagte rügt zunächst, dass es sich vorliegend um eine res iudicata handle, weshalb die Vorinstanz auf die Klage gar nicht erst hätte eintreten dürfen. Die Klägerin habe bereits am 25. Oktober 2010 bei der Vorinstanz Klage eingereicht und vom Inhaber der D._____, dem Beklagten, eine Entschädigung von Fr. 15'000.– verlangt. Diese Forderung habe die Klägerin aufgrund einer von ihr zusammen mit ihrem damaligen Lebenspartner, E._____, zunächst beabsichtigten und in der Folge gescheiterten Betriebsübernahme des Restaurants geltend gemacht. Nachdem der Beklagte ihr erklärt habe, dass für das Scheitern der Betriebsübernahme nur ihr Lebenspartner verantwortlich sei, habe sie die Klage am 9. Dezember 2010 zurückgezogen. In der Folge habe die Vorinstanz das Verfahren abgeschrieben (Urk. 10 S. 2).

3.2 Die Vorinstanz führte diesbezüglich in ihrer Vernehmlassung aus, dass im vom Beklagten erwähnten Verfahren (Geschäfts Nr. AN100060) eine Person namens F._____ eingeklagt worden sei. Es entziehe sich indes der Kenntnis des Gerichts, ob es sich dabei um dieselbe Person handle wie beim vorliegenden Beklagten. Eingeklagt worden seien zwei Personen mit unterschiedlichen Vornamen und im ersten Verfahren sei vom Beklagten nicht geltend gemacht worden, dass er nicht F._____, sondern A._____ sei (Urk. 16).

3.3.1 Massgebend für die inhaltliche Bindungswirkung eines in materielle Rechtskraft erwachsenen Entscheides sind die Identität der Parteien sowie die Identität des Streitgegenstandes. Identität zwischen den Parteien ist gegeben, wenn sich in den beiden Verfahren die gleichen Parteien gegenüber stehen. Für die Identität des Streitgegenstandes wird einerseits auf die Rechtsbegehren, andererseits auf den ihnen zugrunde liegenden Sachverhalt abgestellt (BGE 136 III 123, Erw. 4.3.1). Ob identische Rechtsbegehren vorliegen, ist nicht alleine aufgrund ihres Wortlautes, sondern objektiv und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auszulegen. Da sich ein Anspruch auf unterschiedliche Entstehungsgründe abstützen kann, muss auch auf den Rechtsgrund abgestellt

werden. Für die Beurteilung der Anspruchsidentität müssen daher bei Klagen auf Geldleistung und andere nicht individualisierte Klagen Klagebegründung und Urteilmotive beigezogen werden (BGE 136 III 345 Erw. 2.1; Zürcher in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 59 N 40 mit Verweis auf N 28 f.).

3.3.2 Aus den vom Beklagten eingereichten Unterlagen ergibt sich folgendes Bild: Die Verfügung des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Winterthur vom 9. Dezember 2010 lautet gegen den damaligen Beklagten F.____ (Urk. 13/7). Die von der damaligen (und heutigen) Klägerin mit Schreiben vom 8. Dezember 2010 verfasste Rückzugserklärung im damaligen Verfahren lautet wie folgt: "Ich ziehe die Anklage gegen F.____ zurück. Wir haben vereinbart. Die Sache ist erledigt." (Urk. 13/6). Sodann kann dem von der Klägerin im vorliegenden Verfahren an das Friedensrichteramt C.____ zugestellten und von ihr unterzeichneten Klageformular folgendes entnommen werden: als Beklagter führt die Klägerin "A1.____" [Nachname anders geschrieben] auf und bezeichnet ihn als "Chef vom Restaurant". Unter der Rubrik "Anstellung/schriftlicher Vertrag vom" hält die Klägerin fest: "F1.____ [Nachname anders geschrieben] bekommen (Kuchichef)" (Urk. 13/10). Anlässlich der Verhandlung vor Vorinstanz führte die Klägerin auf die Frage, ob es zutreffend sei, dass der Beklagte an der Schlichtungsverhandlung vor der Friedensrichterin anwesend gewesen sei, aus, dass sowohl F.____ als auch A.____ gekommen seien und beide alles abgestritten hätten. A.____ habe gemeint, dass er nicht zuständig sei. Auf die Frage, ob sie den Vertrag mit A.____ abgeschlossen habe, antwortete die Klägerin, dass sie ihn mit allen zusammen abgeschlossen habe. A.____ habe gesagt, dass er mit dem nichts zu tun haben wolle, aber F.____ habe den Vertrag gewollt (Prot. I S. 3 f.).

Damit ist davon auszugehen, dass es sich bei F.____ und A.____ um zwei verschiedene Personen und damit nicht lediglich um eine Verwechslung der Vornamen handelt. Vorliegend wird ein Beizug der Verfahrensakten AN100060 die Frage, wen die Klägerin im damaligen Verfahren einklagen wollte, allein nicht

klären können, führte die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung doch selber aus, dass vom Beklagten damals nicht geltend gemacht worden sei, er sei nicht F._____, sondern A._____. Wen die Klägerin damals tatsächlich einklagen wollte und eingeklagt hat, wird von der Vorinstanz zu ermitteln sein. Dabei wird auch zu prüfen sein, ob die Klägerin im damaligen Verfahren ihre Forderung von Fr. 15'000.– substantiiert hat und inwiefern darin – wie vom Beklagten vorgebracht – dieselben Lohnforderungen geltend gemacht worden sind wie im vorliegenden Verfahren.

4.1 Der Vollständigkeit halber ist hinsichtlich der Einwendungen des Beklagten betreffend nicht erfolgter Zustellung der Vorladung an seinen Rechtsvertreter bzw. fehlender Abholungseinladung an ihn sowie fehlender Möglichkeit zur Abholung infolge Ferienabwesenheit (Urk. 10 S. 3 f.) nachfolgendes festzuhalten:

4.2 Nach Lehre und Rechtsprechung muss eine Partei nach gescheitertem Sühnversuch mit einem Gerichtsverfahren rechnen. Konkret bedeutet dies, dass eine Partei damit rechnen kann und muss, vom ordentlichen Richter vorgeladen zu werden, nachdem ein durchgeführter Sühnversuch gescheitert ist. Entsprechend hat die betreffende Partei gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben dafür besorgt zu sein, dass eine Zustellung trotz Abwesenheit erfolgen kann (BGer 4P.30/2007, N. J. Frei in: BK ZPO, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 138 N 24 ff.). Damit hätte der Beklagte – nachdem er unbestrittenermassen an der Schlichtungsverhandlung teilgenommen hat – mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen müssen und die Zustellfiktion greift auch in diesem Falle. Entsprechend kann er hieraus nichts zu seinen Gunsten ableiten.

4.3.1 Hinsichtlich des nicht erhaltenen Abholscheins gilt Folgendes: Zwar obliegt es dem Gericht nachzuweisen, dass eine Verfügung mit einer Fristansetzung resp. einem Erscheinungstermin einer Partei zugestellt werden konnte. Indes gilt entgegen dieser allgemeinen Beweislastverteilung 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. Es findet also in diesem Fall hinsichtlich der Ausstellung der Abholungseinladung insofern eine Umkehr der Beweislast in dem Sinne statt, als im Fall der Beweislosigkeit zuungunsten des Empfängers zu entscheiden ist, der den Erhalt der Abholungseinladung bestreitet (BGer 2C_780/2010 vom 21. März 2011, Erw. 2.4, mit Verweis auf BGer 2C_38/2009 vom 5. Juni 2009, Erw. 3.2). Nachdem gemäss "Begriffserklärung der Ereignisse" der Post zu "Track & Trace" der Vermerk "zur Abholung gemeldet" bedeutet, dass ein Zustellversuch stattgefunden habe, der Empfänger der Sendung nicht vor Ort gewesen und die Sendung per Abholungseinladung dem Empfänger gemeldet worden sei (www.post.ch), lege das Fehlen entsprechender Vermerke nahe, dass für eine Sendung keine Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt worden sei (BGer 2C_780/2010 vom 21. März 2011, Erw. 2.7).

4.3.2 Vorliegend kann dem "Track & Trace"-Auszug (betr. Sendungsnummer ..., Urk. 21 und Urk. 4) entnommen werden, dass die Sendung mit der Vorladung am 15. Juni 2011 der Schweizerischen Post übergeben worden ist. Unter dem 17. Juni 2011 findet sich der Vermerk "zur Abholung gemeldet" (Urk. 21). Entsprechend ist nach der vorangehend zitierten Rechtsprechung, welche auch für das seit dem 1. Januar 2011 geltende Schweizerische Zivilprozessrecht Gültigkeit beansprucht (BGE 138 III 225), davon auszugehen, dass der Beklagte die Abholungseinladung am 17. Juni 2011 erhalten hat, nachdem er keine weiteren Argumente für das Fehlen derselben vorbringt. Entsprechend kann er auch aus diesem Einwand nichts zu seinen Gunsten ableiten.

5.1 Weiter ist zutreffend, dass die Vorladung der Vorinstanz dem Rechtsvertreter des Beklagten nicht zugestellt worden ist, kann doch der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C._____ vom 30. Mai 2011 entnommen werden, dass der Vertreter des Beklagten in derselben nicht aufgeführt worden ist (Urk. 1), obschon der Rechtsvertreter des Beklagten der Friedensrichterin am 19. Mai 2011 seine Vertretung unter Beilage einer Vollmacht des Beklagten angezeigt hat (Urk. 13/8). Den Erhalt bestätigte die

Friedensrichterin denn auch, indem sie gleichentags Kopien des Schlichtungsgesuchs an den Rechtsvertreter des Beklagten sandte (Urk. 13/9-10). Ebenso wenig kann der Klage der Klägerin ein Hinweis auf das Vertretungsverhältnis entnommen werden (Urk. 2).

5.2.1 Gemäss Art. 209 Abs. 2 lit. a ZPO sind in der Klagebewilligung die Parteien unter Angabe ihrer Adressen zu bezeichnen. Weiter sind die Rechtsvertreter zu bezeichnen, soweit diese im Schlichtungsverfahren bereits aufgetreten sind (U. Egli in: DIKE-Komm-ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 209 N 10). Dabei handelt es sich um eine zwingende Bestimmung, welche der Schlichtungsbehörde keinen Spielraum lässt (Gloor/Umbricht Lukas in: KUKO ZPO, Basel 2010 Art. 209 N 6). Indes 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 (D. Infanger in: BSK ZPO, Basel 2010, Art. 209 N 19).

5.2.2 Ist eine Partei vertreten, so erfolgt die Zustellung an die Vertretung (Art. 137 ZPO). Die Parteien und ihre Vertretung dürfen sich darauf verlassen, dass das Gericht sich an die vorliegende Bestimmung hält. Der vertretenen Partei dürfen daher keine Nachteile daraus erwachsen, dass das Gericht eine Zustellung zwar an die Partei, nicht aber an deren Vertretung vorgenommen hat. Erfolgt die Zustellung nicht an den rechtmässigen Vertreter, gilt sie als nicht gehörig und damit nicht rechtsgültig erfolgt und muss wiederholt werden. Dies ist auch dann der Fall, wenn bei einer Vorladung die vertretene Partei zur Verhandlung erscheint, nicht aber der Rechtsvertreter; es ist nicht Pflicht der Partei, dafür zu sorgen, dass auch ihre Vertretung von einer Vorladung Kenntnis erhält. Die beklagte Partei verdient sodann auch dann Schutz, soweit die klagende Partei deren Vertreter in der Klageschrift unterschlägt und die beklagte Partei in der Folge nicht bemerkt, dass die Zustellung ihrem Vertreter nicht zugegangen ist. Die Berufung auf den Formmangel findet ihre Grenze indes im Grundsatz von Treu und Glauben und es ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu

prüfen, ob die Partei durch den Mangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist (R. Weber in: KUKO ZPO, a.a.O., Art. 137 N 3; N. J. Frei, a.a.O., Art. 137 N 4, N 8; Bornatico in: BSK ZPO, a.a.O., Art. 137 N 5; L. Huber in: DIKE, a.a.O., Art. 137 N 21 f.).

5.2.3 Vorliegend ist es zwar nicht der Vorinstanz anzulasten, dass sie dem Vertreter des Beklagten keine Vorladung zugestellt hat. Nachdem die beklagte Partei aber bereits keinen Nachteil durch ein Säumnis der klagenden Partei zur Bezeichnung des Rechtsvertreters der beklagten Partei in ihrer Klageschrift erleiden soll, muss dies umso mehr für ein Säumnis der Schlichtungsbehörde gelten. Der Beklagte wie auch sein Rechtsvertreter durften sich nach der Mitteilung des Vertretungsverhältnisses an die Schlichtungsbehörde und mit Blick auf Art. 209 Abs. 2 lit. a ZPO darauf verlassen, dass das Vertretungsverhältnis in der Klagebewilligung ausgewiesen wird und dementsprechend die Vorinstanz eine Zustellung an den beklagten Rechtsvertreter vornehmen würde. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beklagte die Vorladung nicht abgeholt hat. Wie erwähnt, wird die Klagebewilligung durch diesen Mangel zwar nicht ungültig, doch entfaltet die ausschliesslich an den Beklagten zugestellte Vorladung keine Rechtswirkung.

5.3 Nachdem die nicht rechtsgültig zugestellte Vorladung keine Rechtswirkung entfaltet und die Vorladung wiederholt werden muss, ist vorliegend auch kein Tatbestand von Art. 148 ZPO (Wiederherstellung) gegeben. Dementsprechend erübrigt sich eine weitere Prüfung. Damit aber kann auch offen bleiben, ob die Vorinstanz vorliegend mit Blick auf die Untersuchungsmaxime Beweise hätte abnehmen müssen.

5.4 Das Urteil der Vorinstanz ist aufzuheben und die Sache zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6.1 In Anwendung von Art. 114 lit. c ZPO sind für das Berufungsverfahren keine Kosten zu erheben.

6.2 Vorliegend hat der Beklagte obsiegt. Indes hat sich die Klägerin nicht mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifiziert, weshalb sie auch nicht als unterliegende Partei bezeichnet werden kann. Die Schweizerische Zivilprozessordnung bietet hingegen keine Grundlage dafür, einen Kanton zur Tragung einer Parteientschädigung zu verpflichten (Urwyler in: DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., N 12 zu Art. 107 ZPO). Damit ist vorliegend keiner der Parteien eine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Winterthur vom 31. August 2011 wird aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Obergerichtskasse sowie – unter Beilage der Akten – an das Einzelgericht am Arbeitsgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.
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 Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'500.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 19. Juli 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc