

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RA180006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. A. Huizinga und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 17. Januar 2019

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung (Wiederaufnahme Verfahren, Fristansetzung, Begründung)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Winterthur vom 8. Mai 2018 (AH160011-K)

Erwägungen:

1.1 Am 3. Mai 2016 reichte der Kläger und Beschwerdegegner (fortan Kläger) bei der Vorinstanz eine Klage unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes F._____ vom 19. Januar 2016 gegen den Beklagten und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) ein, mit welcher er von diesem Fr. 16'884.30 netto zuzüglich Zins forderte (Urk. 6/1-Urk. 6/4/3-8). Mit Verfügung vom 11. Mai 2016 wurden die Parteien auf den 6. Juli 2016 zur Hauptverhandlung vorgeladen (Urk. 6/5). Diese Vorladung wurde dem Beklagten an die Adresse "C._____ -weg ... in D._____" geschickt (Urk. 6/5). Die Sendung wurde von der Post mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" zurückgesandt (Urk. 6/5). In der Folge wurde die Vorladung im Amtsblatt des Kantons Zürich publiziert (Urk. 6/6). Nach Durchführung der Hauptverhandlung am 6. Juli 2016 (Prot. I S. 3 f.) erging gleichentags das folgende unbegründete Urteil (Urk. 6/9 S. 2 f.):

1. In Gutheissung der Klage wird der Beklagte verpflichtet, dem Kläger netto Fr. 16'884.30 nebst Zins zu 5% ab 11. Dezember 2012 zu bezahlen.
2. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Lohnabrechnungen für die Monate Oktober, November und Dezember 2012 sowie einen Lohnausweis für das Jahr 2012 aus- und zuzustellen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 3'675.- (inklusive 8% MwSt.) zu entrichten, zahlbar an den Rechtsvertreter des Klägers.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Rechtsmittelbelehrung: Frist von 10 Tagen, um die Begründung des Urteils zu verlangen).

Dieses Urteil wurde betreffend den Beklagten am 22. Juli 2016 im Amtsblatt des Kantons Zürich publiziert (Urk. 6/9 S. 3; Urk. 6/11).

1.2 In der Folge betrieb der Kläger den Beklagten gestützt auf das Urteil der Vorinstanz vom 6. Juli 2016 auf Bezahlung von Fr. 16'884.30 (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt, Zahlungsbefehl vom 28. Juli 2017).

Dieser Zahlungsbefehl wurde dem Beklagten am 14. August 2017 zugestellt (Urk. 6/20/1).

1.3 Mit Schreiben vom 4. September 2017 (Datum Poststempel: 5. September 2017) stellte der Beklagte folgendes Gesuch (Urk. 6/12 S. 2):

- "1. Das Verfahren sei fortzusetzen und es sei dem Beklagten eine Frist zur Klageantwort anzusetzen.
2. Eventualiter sei das Urteil vom 6. Juli 2016 zu begründen.
3. Subeventualiter sei die Frist zur Beantragung einer Begründung des Urteils wiederherzustellen.
4. Die Kosten des Verfahrens seien dem Kläger aufzuerlegen und es sei dieser zu verpflichten, dem Beklagten eine angemessene Parteientschädigung auszurichten."

1.4 Mit Verfügung vom 7. September 2017 setzte die Vorinstanz dem Kläger eine Frist zur Stellungnahme an (Urk. 6/15). Diese ging innert zweimal erstreckter Frist mit folgenden Anträgen ein (Urk. 6/19 S. 2):

- "1. Der Antrag um Fortsetzung des Verfahrens sei abzuweisen.
2. Der Antrag auf Begründung des Entscheids vom 6. Juli 2016 sei abzuweisen.
3. Der Antrag, die Frist zur Beantragung einer Begründung des Urteils wiederherzustellen, sei abzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

1.5 Mit Verfügung vom 9. November 2017 setzte die Vorinstanz dem Beklagten Frist zur entsprechenden Stellungnahme an (Urk. 6/21 S. 2). Der Beklagte liess sich innert zweimal erstreckter Frist mittels E-Mail vernehmen, welche am 16. Januar 2018 bei der Vorinstanz einging (Urk. 6/25-27). Diese Eingabe wurde dem Kläger mit Verfügung vom 30. Januar 2018 zur Stellungnahme zugestellt (Urk. 6/28). Mit Schreiben vom 12. Februar 2018 zeigte der Rechtsvertreter des Beklagten die Niederlegung des Mandats an (Urk. 6/30). Die Stellungnahme des Klägers datiert vom 26. April 2018 und ging damit innert zweimal erstreckter Frist rechtzeitig ein (Urk. 6/34 – Urk. 6/35/1-15).

1.6 Am 8. Mai 2018 verfügte die Vorinstanz Folgendes (Urk. 6/36 S. 5 f. = Urk. 2 S. 5 f.):

1. Das Gesuch vom 4. September 2017 wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– (inkl. MwSt) zu bezahlen.
4. (Schriftliche Mitteilung).
5. (Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 30 Tage).

2.1 Hiergegen erhob der Beklagte mit Eingabe vom 15. Juni 2018 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 19. Juni 2018) innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

"Es sei die Verfügung des Arbeitsgerichts am Bezirksgericht Winterthur vom 8. Mai 2018 aufzuheben und davon Vormerk zu nehmen, dass das Urteil des Arbeitsgerichts am Bezirksgericht Winterthur vom 6. Juli 2016 nichtig ist und daher zu keinem Zeitpunkt eine Rechtswirkung entfalten konnte;

es sei auf die Klage vom 3. Mai 2016 betreffend arbeitsrechtlicher Forderung wegen Fehlens einer gültigen Klagebewilligung nicht einzutreten; *eventualiter* sei die Angelegenheit an das Arbeitsgericht am Bezirksgericht Winterthur zur Fortführung des Verfahrens zurückzuweisen (es sei Frist zur Klageantwort anzusetzen; *eventualiter* sei das Urteil vom 6. Juli 2016 zu begründen; *sub-eventualiter* sei die Frist für das Ersuchen um Urteilsbegründung wiederherzustellen);

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten des Klägers."

2.2 Mit Verfügung vom 15. November 2018 wurde dem Kläger Frist zum Beantworten der Beschwerde angesetzt (Urk. 8). Die Beschwerdeantwort ging innert Frist mit folgenden Anträgen ein (Urk. 12 S. 2):

- "1. Der Antrag, in Aufhebung der Verfügung des Arbeitsgerichts Winterthur vom 8. Mai 2018 sei Vormerk zu nehmen, das Urteil des Arbeitsgerichts Winterthur vom 6. Juli 2016 sei nichtig und habe daher zu keinem Zeitpunkt eine Rechtswirkung entfalten können, sei abzuweisen.
2. Der Antrag, auf die Klage vom 3. Mai 2016 betreffend arbeitsrechtlicher Forderung sei wegen Fehlens einer gültigen Klagebewilligung nicht einzutreten, sei abzuweisen.

3. Der Antrag, eventualiter die Angelegenheit an das Arbeitsgericht Winterthur zur Fortführung des Verfahrens (es sei Frist zur Klageantwort anzusetzen), eventualiter das Urteil vom 6. Juli 2016 zu begründen, sei abzuweisen.
4. Der Antrag, subeventualiter sei die Frist für das Ersuchen um Urteilsbegründung wiederherzustellen, sei abzuweisen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdeführers."

2.3 Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist nur soweit einzugehen, als dies für den Entscheid relevant ist.

3.1 Der Beklagte liess vor Vorinstanz ausführen, dass das Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Winterthur vom 6. Juli 2016 nichtig sei, da er zu keinem Zeitpunkt über die gegen ihn angehobene Klage informiert gewesen sei. Damit habe er keinerlei Möglichkeit gehabt, daran mitzuwirken. Sodann seien die Voraussetzungen für eine Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich nicht gegeben gewesen. Es seien nicht alle zumutbaren Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Beklagten erfolgt. Dieser habe sich am 30. Juni 2016 von D. _____ nach E. _____ [Stadt in England] abgemeldet und habe seine neue Adresse dem Einwohnermeldeamt D. _____ mitgeteilt. Da er keine Kenntnis vom Verfahren gehabt habe, habe er auch nicht mit einer Zustellung rechnen müssen. Demzufolge sei der Entscheid nicht ordnungsgemäss eröffnet worden und entfalte keinerlei Rechtswirkungen (Urk. 6/12 S. 2 ff.).

3.2 Die Vorinstanz erwog, der Kläger habe als Beleg seiner Aufenthaltsnachforschung eine Bestätigung des Staatssekretariats für Migration SEM vom 24. November 2015 eingereicht. Daraus gehe hervor, dass der Beklagte im zentralen Migrationsinformationssystem unter folgender Adresse registriert gewesen sei: C. _____-weg ..., D. _____ (Urk. 2 S. 3 f. mit Verweis Urk. 6/4/4). Aufenthaltsnachforschungen während des hängigen Verfahrens hätten ergeben, dass der Beklagte auch am 19. Mai 2016 gemäss Bestätigung des Staatssekretariates für Migration immer noch an derselben Wohnadresse registriert gewesen sei (Urk. 2 S. 5 mit Verweis auf Urk. 6/8). Dem Einwand des Beklagten, wonach er sich am 30. Juni 2016 von D. _____ nach E. _____ abgemeldet habe, sei entgegenzuhalten, dass das Staatssekretariat für Migration am 7. Oktober 2016 dem Vertreter

des Klägers bestätigt habe, der Beklagte sei immer noch am C.____-weg ... in D.____ registriert (Urk. 2 S. 4 mit Verweis auf Urk. 6/20/3). Die Vorladung des vorliegenden Prozesses sei dem Beklagten am 12. Mai 2016 an diese Adresse versandt worden, habe aber nicht zugestellt werden können. Die Sendung sei mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" retourniert worden (Urk. 2 S. 4 mit Verweis auf Urk. 6/5). Eine Zustellung an den offiziell registrierten Wohnsitz des Beklagten sei somit nicht möglich gewesen. Diesen Umstand habe der Beklagte zu vertreten. Somit seien die Voraussetzungen für eine öffentliche Bekanntmachung gegeben gewesen. In der Folge seien die Zustellungen daher in Anwendung von Art. 141 ZPO durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich erfolgt. Das Urteil vom 6. Juli 2016 sei am 22. Juli 2016 publiziert worden und gelte nach Art. 141 Abs. 2 ZPO per diesem Datum als zugestellt. Entsprechend sei der Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens abzuweisen.

Weiter hielt die Vorinstanz fest, dass das Gesuch um schriftliche Begründung bzw. Wiederherstellung der Frist zum Verlangen einer schriftlichen Begründung innert 10 Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes einzureichen sei, Art. 148 Abs. 2 ZPO. Vorliegend sei die Unkenntnis des Urteils der Säumnisgrund, dies in Übereinstimmung mit dem Beklagten. Aus dem bei den Akten liegenden Zahlungsbefehl vom 28. Juli 2017 gehe hervor, dass darin als Forderungsgrund das rechtskräftige Urteil des Arbeitsgerichts Winterthur vom 6. Juli 2016 angegeben worden sei. Dieser Zahlungsbefehl sei dem Beklagten am 14. August 2017 zugestellt worden. Gleichentags habe der Beklagte Rechtsvorschlag erhoben (Urk. 2 S. 4 mit Verweis auf Urk. 6/20/1). Damit habe der Beklagte an diesem Tag Kenntnis vom besagten Urteil erlangt. Die 10-tägige Frist nach Art. 148 Abs. 2 ZPO habe somit am 16. August 2017 zu laufen begonnen, weshalb die Eingabe vom 4. September 2017 verspätet erfolgt sei. Schliesslich stehe dem Gesuch auch Art. 148 Abs. 3 ZPO entgegen, da das Urteil vom 6. Juli 2016 am 26. August 2016 in Rechtskraft erwachsen sei und das Gesuch über ein Jahr nach Eintritt der Rechtskraft eingereicht worden sei. Damit sei das Gesuch abzuweisen (Urk. 2 S. 4 f.).

3.3 Dem hält der Kläger zusammengefasst entgegen, dass das vorinstanzliche Urteil vom 6. Juli 2016 nichtig sei, da die Klagebewilligung ungültig gewesen sei: Zum einen sei die Vorladung nicht ordnungsgemäss 10 Tage vor der stattfindenden Schlichtungsverhandlung zugestellt worden, so dass infolge Verletzung von Art. 134 ZPO der Gehörsanspruch des Beklagten verletzt und die Vorladung nichtig sei. Entsprechend habe auch kein Prozessrechtsverhältnis begründet werden können. Zum anderen habe kein Grund für eine Publikation der Vorladung im kantonalen Amtsblatt bestanden. Eine einmalige Auskunft des Staatssekretariates für Migration SEM, die rund zwei Monate vor der Schlichtungsverhandlung eingeholt worden sei, genüge den Anforderungen an Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO nicht (Urk. 1 S. 4 ff.).

Des Weiteren bringt der Beklagte vor, die Vorinstanz habe ihm die Klageschrift nie zugestellt und ihm auch keine Frist zur schriftlichen Stellungnahme im Sinne von Art. 245 Abs. 2 ZPO angesetzt. Dies hätte sie aber tun müssen, da die Klageschrift eine Begründung enthalten habe. Entsprechend seien die prozessualen Voraussetzungen für die Ausfällung eines Sachurteils nie eingetreten. Sodann habe auch durch die Zustellung der Klageschrift inklusive Beilagen am 11. Mai 2016 kein Prozessrechtsverhältnis begründet werden können: Die Sendung sei retourniert worden und die Zustellfiktion sei nicht eingetreten, da der Beklagte zu diesem Zeitpunkt nicht mit einer Zustellung habe rechnen müssen. In der Folge habe die Vorinstanz – ohne selber weitere Abklärungen vorzunehmen – die Vorladung zur Hauptverhandlung publiziert. In der Publikation sei indes die Klageschrift mit keinem Wort erwähnt worden. Damit habe die Vorinstanz seinen Gehörsanspruch verletzt, was zur Aufhebung des Urteils vom 6. Juli 2016 führe (Urk. 1 S. 7 f.).

Zudem seien die Voraussetzungen für die Publikation im kantonalen Amtsblatt nach Art. 141 ZPO nicht erfüllt gewesen: So fehle es zum einen an mehreren Zustellungsversuchen, zum anderen müsse das Gericht einen Zustellungsversuch durch einen Gerichtsdienner, Vollstreckungs- oder Polizeibeamten unternehmen. So dürfe von einer unmöglichen Zustellung erst ausgegangen werden, wenn mindestens zwei oder mehr gerichtliche Zustellungsversuche gescheitert seien. Des

Weiteren dürfe der Aufenthaltsort einer Partei nur dann als unbekannt gelten, wenn er auch Personen unbekannt sei, die dem Adressaten naheständen. Das Gericht müsse von Amtes wegen weitere Nachforschungen anstellen. Dies umfasse die Nutzung des Internets und das Vorlegen einer Bescheinigung des Bevölkerungsamtes genüge nicht, falls ergänzende Nachforschungen unterblieben. Eine blosser Nachfrage bei der Einwohnerkontrolle zusammen mit der Konsultation eines Online-Telefonbuches stellten noch keine genügenden Nachforschungen dar. Vielmehr habe sich das Gericht noch bei anderen Stellen, so beim Arbeitgeber oder anderen Personen aus dem persönlichen Umfeld des Adressaten über dessen Aufenthaltsort zu erkundigen. Diese Abklärungen seien vor jeder Publikation erneut vorzunehmen (Urk. 1 S. 8 ff.). Diesen Anforderungen habe die Vorinstanz keine Beachtung geschenkt: Sie habe keine eigenen Abklärungen vorgenommen, keinen zweiten Zustellungsversuch unternommen und keine Erkundigungen eingezogen. Es entziehe sich seiner Kenntnis, warum die Post die Sendung im Mai 2016 zurückgesandt habe. Tatsache sei jedenfalls, dass der Beklagte unter der Adresse "C.____-weg ..., D.____" erreichbar gewesen sei. Damit hätte die Vorinstanz zumindest einen zweiten ordentlichen Zustellungsversuch per Post oder eine Ersatzzustellung mittels Beamten unternehmen müssen. Weiter bleibe darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz aufgrund der Angaben des Klägers, wonach er seinen gewöhnlichen Arbeitsort in F.____ an der G.____-strasse ... gehabt habe, einen Zustellungsversuch an diese Adresse hätte unternehmen oder zumindest Nachforschungen darüber hätte anstellen müssen, ob der Beklagte dort zu erreichen gewesen wäre. Schliesslich habe die Vorinstanz auch Frau Dr. H.____, die Partnerin des Beklagten, nicht nach dessen Aufenthaltsort gefragt, obschon der Kläger von dieser Beziehung Kenntnis gehabt habe. Indem die Vorinstanz all dies unterlassen und die Vorladung publiziert habe, sei ihm diese nicht korrekt zugestellt worden (Urk. 1 S. 11 ff.).

Ebenso sei das Urteil vom 6. Juli 2016 nicht korrekt eröffnet worden, da die Vorinstanz auch dieses nicht hätte publizieren dürfen. So habe er sich mittels Formular am 30. Juni 2016 auf unbestimmte Zeit bei der Einwohnerkontrolle der Stadt D.____ ins Ausland abgemeldet. Die korrekte Abmeldung sei auch bereits dadurch bewiesen, dass das Betreibungsamt Seeland seinen Zahlungsbefehl

vom 13. Oktober 2016 in der Betreuung Nr. 2, welcher an die Adresse G._____-strasse ..., F._____, zugestellt habe werden sollen, mit dem Vermerk "Wegzug nach England" zurückgesandt habe. Das Betreibungsamt Seeland habe offensichtlich bei der Einwohnerkontrolle Nachforschungen angestellt und von der Abmeldung Kenntnis erlangt. Dies habe die Vorinstanz unterlassen. So hätte die Vorinstanz ein kostenloses Profil bei I._____, erstellen und in Erfahrung bringen können, welche aktuellen Mandate der Beklagte bei welchen Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz habe, und Ersatzzustellungen vornehmen müssen (Urk. 1 S. 13 ff.).

3.4 Der Kläger schliesst sich im Wesentlichen der Ansicht der Vorinstanz an. Sodann erachtet er den Einwand der Nichtigkeit der Klagebewilligung aufgrund des im Beschwerdeverfahren geltenden Novenverbots als unbeachtlich. Bezüglich Klagebewilligung sei aber zu beachten, dass sich Art. 133 ff. ZPO auf gerichtliche Vorladungen beziehe. Art. 202 Abs. 3 ZPO regle die Vorladungen zur Schlichtungsverhandlung; dieser verweise nicht auf Art. 133 ff. ZPO. Zudem hätte der Beklagte eine mangelhafte Vorladung spätestens in seiner Eingabe vom 4. September 2017 vor Vorinstanz vorbringen müssen. Dies gelte ebenso für die weiteren, nun erstmals im Beschwerdeverfahren vorgebrachten Verfahrensmängel. So habe er vor Vorinstanz nicht vorgebracht, dass ihm die Klageschrift nicht zugestellt und ihm auch keine Frist zur schriftlichen Stellungnahme im Sinne von Art. 245 Abs. 2 ZPO angesetzt worden sei. Schliesslich sei es dem Beklagten selber zuzuschreiben, dass er vom Verfahren keine Kenntnis gehabt habe: So erstaune, dass er gegen Ende März 2016 eine Einschreibesendung der Post angenommen habe, dagegen die ca. zwei Monate später versandte Sendung der Vorinstanz mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" nicht habe zugestellt werden können; dies, obschon der Beklagte nach eigenen Angaben erst am 30. Juni 2016 das Formular "Wegzug ins Ausland" den zuständigen Behörden übermittelt habe. Es sei davon auszugehen, dass er von der Publikation des Friedensrichteramtes F._____ im Amtsblatt des Kantons Zürich Kenntnis erhalten und somit eine Zustellung an die behördlich bekannte Adresse "C._____-weg ..., D._____" verhindert habe. Derjenige, welcher sich rechtsmissbräuchlich verhalte, könne den angeblich verletzten Gehörsan-

spruch nicht beanspruchen. Sodann hält der Kläger dafür, dass seine mehrfachen sachdienlichen Nachforschungen die Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich begründet hätten. Des Weiteren bestätige die Tatsache, dass dem Beklagten der Waffenerwerbsschein und der amtliche Führerausweis an die Adresse C.____-weg ... in D.____ habe zugestellt werden können, keineswegs, dass die Postanschrift am Briefkasten im Zeitpunkt der gerichtlichen Zustellung derart verändert gewesen sei, dass eine Zustellung nicht möglich gewesen wäre; dies obschon der Beklagte noch an der besagten Adresse sowohl in der Stadt D.____ als auch beim Migrationsamt gemeldet gewesen sei. Es mache den Anschein, dass der Beklagte bereits vor seinem Wegzug Postzustellungen verunmöglicht habe. Es könne nicht über die Tatsache hinweggesehen werden, dass die Vorladung des Friedensrichteramtes F.____ vom 7. Dezember 2015 und die Vorladung des Arbeitsgerichts Winterthur vom 11. Mai 2016 an die Adresse C.____-weg ... in D.____ zugestellt worden seien. So sei der Beklagte im Umgang mit den Behörden ausserordentlich vertraut, wie der Blick in den aufgelegten Internet-Auszug zum Namen des Beklagten zeige. Nachdem sich dieser wiederholt in F.____ aufgehalten habe, habe er von den Publikationen im Amtsblatt auch erfahren müssen, ebenso wie von anderen Zustellungen wie von der Zustellung des Zahlungsbefehls des Betreibungsamtes Seeland, Dienststelle D.____. Hier sei die Adresse "A.____, D.____, c/o J.____ AG, G.____-str. ..., F.____" vermerkt. Offensichtlich habe der Beklagte in D.____ eine Zustelladresse in F.____ hinterlassen. Schliesslich bestreitet der Kläger die Kenntnis der Tatsache, dass Frau Dr. H.____ die Lebenspartnerin des Beklagten gewesen sei, da ansonsten die Abklärungen im Sommer 2013 nicht im Sande verlaufen wären. Demgemäss sei die Publikation zu Recht erfolgt.

Des Weiteren bringt der Kläger vor, dass eine Zustellung an die G.____-strasse in F.____ nicht möglich gewesen wäre, da der Beklagte im relevanten Zeitpunkt dort nachweislich keinen Wohnsitz gehabt habe. Im Übrigen habe auch nicht auf die im Handelsregister verzeichneten Wohnsitze des Beklagten zurückgegriffen werden können: Der Beklagte führe aus, sich vom 1. Juli 2016 bis zum 1. Mai 2017 nach E.____ abgemeldet zu haben. Der Vergleich mit den Auszügen des Handelsregisters des Kantons Zürich (Urk. 6/35/9-15) zeige, dass dort

falsche Wohnsitzangaben vermerkt seien. Auch im Tagesregister der K._____ GmbH vom 15. November 2016 sei der Wohnsitz des Beklagten mit Zürich festgehalten. Im Tagesregister-Eintrag der L._____ GmbH sei der Wohnort des Beklagten bis zum 14. Dezember 2017 mit Zürich und erst danach mit F._____ vermerkt. Damit mache sich der Beklagte die Sache einfach, auf Recherchen im Handelsregister zu verweisen, wenn die dortigen Wohnsitzvermerke bewusst nicht rechtzeitig angepasst gewesen seien. So würden der Wohnsitz in D._____ und derjenige in E._____ in den Handelsregistereinträgen nicht erscheinen. Es dürfte zudem von Interesse sein, dass sich der Beklagte teils mit dem Namen "Dr. A._____", teils mit dem Namen " Dr. A'._____" ins Handelsregister habe eintragen lassen. Damit habe der Beklagte die fehlenden Zustellungen amtlicher Verfügungen und Entscheide seinem eigenen Verhalten zuzuschreiben, weshalb der in der Sache ergangene Entscheid keineswegs nichtig sei.

Schliesslich hält der Kläger fest, dass der Beklagte die Frist zur Wiederherstellung der Frist zum Stellen des Gesuchs um Begründung verpasst habe, da er spätestens seit Zustellung des Zahlungsbefehls in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt (Zahlungsbefehl vom 28. Juli 2017) am 14. August 2017 Kenntnis vom Urteil der Vorinstanz vom 16. Juli 2016 erhalten habe. Hierauf sei der Beklagte in seiner Beschwerde nicht eingegangen. Ebenso wenig gehe der Beklagte auf die Argumentation der Vorinstanz ein, wonach einem Wiederherstellungsgesuch auch Art. 148 Abs. 3 ZPO entgegenstehe (Urk. 12 S. 3 ff.).

4.1.1 Der Beklagte reicht den Waffenerwerbsschein vom 17. November 2015 (Urk. 4/3), eine Kopie seines Führerscheins (Urk. 4/4), den Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Seeland vom 13. Oktober 2016 (Urk. 4/6), einen undatierten Auszug der Internetrecherche (Urk. 4/7), die undatierte, ihn betreffende Mandatsliste von I._____ (Urk. 4/8) sowie die undatierten Auszüge betreffend L._____ GmbH und M._____ AG von I._____ (Urk. 4/9-10) erstmals im Beschwerdeverfahren ein. Zu beachten ist, dass im Beschwerdeverfahren neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen sind (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch für unechte Noven. Dieses umfasst ebenso diejenigen Fälle, in

denen die Untersuchungsmaxime herrscht und der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist (BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3.; Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 326 N 4). Entsprechend sind die erstmals im Beschwerdeverfahren eingereichten Unterlagen und die damit in Zusammenhang stehenden Behauptungen unzulässig und demgemäss unbeachtlich.

4.1.2 Nach dem Gesagten sind auch die Ausführungen, welche über das bereits vor Vorinstanz Dargelegte hinausgehen, neu und damit unzulässig und unbeachtlich.

4.2.1 Wie eingangs aufgeführt, beantragte der Beklagte mit Gesuch vom 4. September 2017 (1) die Fortsetzung des Verfahrens, (2) eventualiter die Begründung des Urteils und (3) subeventualiter die Wiederherstellung der Frist gemäss Art. 239 Abs. 2 ZPO.

4.2.2 Vorliegend kann es lediglich darauf ankommen, ob das Urteil vom 6. Juli 2016 richtig zugestellt wurde. Wurde dieses nicht korrekt zugestellt, wurde es dem Beklagten noch nicht eröffnet, so dass die Frist zum Stellen des Begehrens um Begründung des besagten Urteils nicht zu dem von der Vorinstanz genannten Zeitpunkt (Publikation des Urteils vom 22. Juli 2016) zu laufen begann. Eine allenfalls inkorrekte Vorladung zur Schlichtungsverhandlung und eine damit einhergehende ungültige Klagebewilligung sowie die allenfalls unrichtige Vorladung zur Hauptverhandlung wären erst und gegebenenfalls mit der Berufung gegen das (begründete) Urteil zu rügen. Damit ist auch gesagt, dass Antrag 1 auf Fortsetzung des Verfahrens von Beginn an nicht zielführend war. In diesem Sinne ist daher auf die Beschwerde nur insoweit einzutreten, als die Begründung des Urteils vom 6. Juli 2016 bzw. die Wiederherstellung der Frist gemäss Art. 239 Abs. 2 ZPO erstritten werden soll. Entsprechend aber können die Fragen, ob das Schlichtungsverfahren ordnungsgemäss durchgeführt und zur Hauptverhandlung rechtsgültig vorgeladen wurde, offenbleiben. Lediglich der Vollständigkeit halber bleibt darauf hinzuweisen, dass eine ungültige Klagebewilligung das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht Winterthur vom 6. Juli 2016 nicht nichtig werden lässt: Das Schlichtungsverfahren wurde mit dem

Ausstellen der Klagebewilligung abgeschlossen (Art. 209 ZPO). Gemäss aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei der Klagebewilligung um keine anfechtbare Entscheidung im Sinne von Art. 319 lit. a ZPO und Art. 308 ZPO (BGE 139 III 273 E. 2.3; BGer 4A_131/2013 vom 3. September 2013, E. 2.2.2.1). Damit aber kann die Klagebewilligung als solche nicht angefochten werden. Einwendungen gegen die Gültigkeit der Klagebewilligung sind im erstinstanzlichen Verfahren vorzubringen. Wie erwähnt, wird dies gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt zu prüfen sein.

4.3.1 Nach dem Gesagten sind lediglich die in der Beschwerdeschrift vorgebrachten Rügen bezüglich Eröffnung des vorinstanzlichen Urteils vom 6. Juli 2016 (s. hierzu Urk. 1 S. 13 ff. Rz. 47 ff.) und die damit in Zusammenhang stehenden Entgegnungen des Klägers in seiner Beschwerdeantwort relevant.

4.3.2 Die Vorinstanz publizierte das Urteil vom 6. Juli 2016 im Amtsblatt des Kantons Zürich; die Publikation erfolgte am 22. Juli 2016 (Urk. 6/11). Die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder Schweizerischen Handelsamtsblatt kann erfolgen, wenn (a) der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann, (b) eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre oder (c) eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat (Art. 141 Abs. 1 ZPO). Dabei gilt die Zustellung am Tag der Publikation als erfolgt (Art. 141 Abs. 2 ZPO). Zu beachten ist, dass nur die rechtmässig angeordnete öffentliche Bekanntmachung – d.h. das Vorliegen eines unter lit. a bis c aufgezählten Falles – die Fiktion des Erhalts der Gerichtsurkunde herbeizuführen vermag (BK ZPO-Frei, Art. 141 N 2; BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, Art. 141 N 9; A. Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 141 N 2).

4.3.3 Entgegen der Ansicht des Beklagten gelangte Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO gerade nicht zur Anwendung, da sein Wohnort bekannt war: Entsprechend zielt das Argument des Beklagten ins Leere, die Vorinstanz hätte Ersatzzustellungen an die diversen Unternehmen, an welchen der Beklagte beteiligt ist, vorneh-

men sollen. Hierzu war sie gerade nicht verpflichtet, verfügte der Beklagte doch zu diesem Zeitpunkt über einen offiziellen Wohnort. Daran ändert nichts, dass es sich bei der Bestätigung seines Wohnsitzes nicht um einen Auszug des Einwohnermeldeamtes der Stadt D._____, sondern um die Bestätigung des Staatssekretariats für Migration SEM handelt, welche sowohl vom 24. November 2015 (Urk. 6/4/4) als auch vom 19. Mai 2016 (Urk. 6/8) datiert, da es sich dabei ebenso um eine Auskunft eines zuständigen Amtes handelt. Sodann geht auch der Verweis des Beklagten auf den Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. April 2012 fehl: In diesem Entscheid hatte der Gläubiger bereits mit dem Stellen des Konkursbegehrens mitgeteilt, dass der Schuldner zwar noch an einer bestimmten Adresse gemeldet, indes nicht mehr auffindbar sei, was von der Einwohnerkontrolle der betreffenden Gemeinde bestätigt worden war (*OGer ZH PS120041 vom 12.04.2012, E. 1.1, S. 2*). Ebenso wenig ist der vom Beklagten zitierte Bundesgerichtsentscheid (BGer 5A_456/2012 vom 16. August 2012, E. 3.2.2.2-3.2.2.3) einschlägig, da der Wohnort der dortigen Partei nicht bekannt war (vgl. die diesbezügliche E. A). Des Weiteren ist die vorliegende Situation auch nicht mit einer solchen vergleichbar, in welcher eine Partei eine Vorladung nicht abholt. Unbestrittenermassen war auch die Auskunft des Staatssekretariats für Migration SEM vom 24. November 2015 und 19. Mai 2016 korrekt. Diesbezüglich vermag dem Beklagten auch das von ihm eingereichte Abmeldeformular an das Einwohnermeldeamt der Stadt D._____ vom 30. Juni 2016 nicht weiterzuhelfen, wonach er sich per 1. Juli 2016 ins Ausland abgemeldet haben will. Es handelt sich nicht um eine Bestätigung des Einwohnermeldeamtes der Stadt D._____, sondern um ein vom Beklagten ausgefülltes Formular, aus welchem nicht ersichtlich ist, ob er dieses tatsächlich an das Einwohnermeldeamt versandt hat. Die Bestätigung des Staatssekretariats für Migration SEM vom 7. Oktober 2016 lässt daran denn auch erhebliche Zweifel aufkommen, zumal daraus hervorgeht, dass der Beklagte zu diesem Zeitpunkt nach wie vor am C._____-weg ... in D._____ gemeldet war (vgl. Urk. 6/20/3). Damit aber hatte der Beklagte zum Zeitpunkt des Erlasses des vorinstanzlichen Urteils einen bekannten Wohnort.

4.3.4 Entgegen der Ansicht der Vorinstanz konnte im Juli 2016 aber auch nicht von der Unmöglichkeit der Zustellung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO ausgegangen werden: Unter den Tatbestand der Unmöglichkeit der Zustellung zu subsumieren ist, wenn ein Adressat zwar eine bekannte Adresse hat, indes nie zu Hause ist oder avisierte Sendungen schlichtweg nicht abholt. Dabei kann nach mehreren Zustellungsversuchen von der (faktischen) Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden (Strobel, Stämpfli Handkommentar, ZPO 141 N 18). Nachdem die Sendung der Vorinstanz mit der Verfügung vom 11. Mai 2016 (Vorladung der Parteien auf den 6. Juli 2016 zur Hauptverhandlung) mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" retourniert wurde (Urk. 6/5), hat die Vorinstanz im Juli 2016 – nach Durchführung der Hauptverhandlung – keinerlei Bemühungen mehr unternommen, dem Beklagten das Urteil auf postalischem Weg oder via Gemeindeammannamt an seine Adresse zuzustellen bzw. zu prüfen, ob der Beklagte nach wie vor – wie mit Bestätigung des Staatssekretariats für Migration SEM vom 19. Mai 2016 (Urk. 6/8) festgehalten – an der Adresse "C. _____-weg ... in D. _____" gemeldet war. Ohne entsprechende Zustellungsversuche und ohne entsprechende Wohnortabklärungen waren die Voraussetzungen von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO nicht gegeben und die Publikation nicht rechtmässig. Dementsprechend aber stellt die Publikation keine rechtsgültige Zustellung des Urteils der Vorinstanz vom 6. Juli 2016 dar und die Frist gemäss Art. 239 Abs. 2 ZPO begann für den Beklagten noch gar nicht zu laufen. Damit hat die Vorinstanz zu Unrecht das Gesuch um Begründung ihres Urteils vom 6. Juli 2016 abgewiesen. Demgemäss ist die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 8. Mai 2018 aufzuheben und die Sache zur Begründung des Urteils der Vorinstanz vom 6. Juli 2016 zurückzuweisen.

5.1 Das Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).

5.2 Beide Parteien beantragen die Zusprechung einer Entschädigung (Urk. 1 S. 2; Urk. 12 S. 2). Vorliegend obsiegt keine der Parteien vollumfänglich. Der Beklagte unterliegt hinsichtlich seines Hauptantrages sowie eines Teils seiner Eventualanträge; der Kläger unterliegt in Bezug auf seinen Antrag auf Abweisung des Gesuchs um Begründung des vorinstanzlichen Urteils vom 6. Juli 2016. Ent-

sprechend rechtfertigt es sich vorliegend, die Parteientschädigungen wettzuschlagen.

Es wird beschlossen:

1. Die Verfügung des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich im vereinfachten Verfahren vom 8. Mai 2018 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage je eines Doppels der Urk. 12, Urk. 13 und Urk. 14/1-4, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 16'884.30. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 17. Januar 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
sf