

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA200007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss vom 18. Mai 2020

in Sachen

A1._____ GmbH,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich,
1. Abteilung, vom 2. Dezember 2019 (AH190085-L)**

Erwägungen:

I.

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

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

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

4. Gegen das ihr am 15. Januar 2020 zugestellte begründete Urteil (Urk. 19/1) erhob die Beklagte mit Eingabe vom 14. Februar 2020 Berufung und stellte folgende Berufungsanträge (Urk. 23):

- "1. Es sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, AH190085, vom 2. Dezember 2019, betreffend Forderung/Zeugnis aufzuheben und die Angelegenheit zur Durchführung des Verfahrens, zur Ergänzung des Sachverhalts und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MwSt. zulasten des Berufungsbeklagten."

Mit Verfügung vom 9. März 2020 wurde dem Kläger Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 29). Die Berufungsantwort, mit welcher der Kläger auf vollumfängliche Abweisung der Berufung schloss, ging am 21. April 2020 hierorts ein (Urk. 30). Da die Beklagte mit ihrem Hauptantrag durchdringt, kann die Berufungsantwort des Klägers der Beklagten mit dem heutigen Endentscheid zugestellt werden.

II.

1. Die Vorinstanz ging von einer Säumnis der Beklagten an der Hauptverhandlung aus. Die Beklagte habe aufgrund ihrer Teilnahme an der Sühnverhandlung (gemeint Schlichtungsverhandlung) vom 27. Mai 2019 mit der gerichtlichen Zustellung einer Vorladung rechnen müssen. Eine Sendung gelte als zugestellt, wenn der Adressat der Gerichtsurkunde die Sendung nicht innert Frist von sieben Tagen ab Hinterlegung der Abholungsanzeige bei der Post abhole. Die Vorladung habe der Beklagten nicht zugestellt werden können und sei mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert worden. Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gelte die Vorladung somit als zugestellt. Bei Säumnis entscheide das Gericht androhungsgemäss auf Grundlage der Akten und Vorbringen der anwesenden Partei, soweit an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache keine erheblichen Zweifel bestünden. Vorliegend sei von einem Verzicht auf Bestreitung der klägerischen Sachdarstellung auszugehen. Aufgrund der vom Kläger eingereichten Unterlagen und seinen Ausführungen anlässlich der Hauptverhandlung ergäben sich keine erheblichen Zweifel an der Richtigkeit seiner Sachdarstellung (Urk. 24 S. 3 f.). Es sei somit unbestritten geblieben, dass die Beklagte dem Kläger in den Monaten von November 2018 bis Februar 2019 den Lohn nicht ausbezahlt habe (Urk. 24 S. 5). Der Zeugnisvorschlag des Klägers enthalte keine übergebührenden Superlati-

ve und die darin aufgeführten Hauptaufgaben des Klägers würden dem Tätigkeitsbereich eines Restaurant-Geschäftsführers entsprechen (Urk. 24 S. 7). Entsprechend sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ausstehenden Lohn im Umfang von Fr. 23'038.30 brutto bzw. Fr. 19'866.60 netto zuzüglich Zins und Betriebskosten zu bezahlen und das Zeugnis mit dem beantragten Wortlaut aus- und zuzustellen (Urk. 24 S. 5, S. 7).

2. Mit der Berufung rügt die Beklagte insbesondere eine Verletzung von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO und des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Urk. 23 S. 11). Sie stellt in Abrede, dass effektiv ein Zustellversuch, der gemäss Sendungsverfolgung am 11. Juli 2019 stattgefunden haben sollte (Urk. 27/6), unternommen worden sei, und macht geltend, sie habe bis heute keine Abholungseinladung erhalten (Urk. 23 S. 5). Sie habe weder Kenntnis des eingeleiteten Gerichtsverfahrens noch der angesetzten Hauptverhandlung erlangt. Auf eine weitere Zustellung, z.B. per A-Post PLUS, sei verzichtet worden (Urk. 23 S. 6). Es bestehe zwar eine natürliche Vermutung dafür, dass die Post die Abholungseinladung korrekt in den Briefkasten lege. Vorliegend würden aber mehrere Umstände (für jedermann zugänglicher Briefkasten; erwartete, aber wiederholt nicht bei ihr angekommene Post; regelmässig offenstehender Briefkasten und auf dem Boden liegende Post, unterbliebenes Klingeln des Postboten, obwohl Mitarbeiter bereits am Arbeiten seien; regelmässig in anderen Briefkästen liegende Abholungseinladungen) gegen die Vermutung und für einen Zustellungsfehler sprechen. Dies gelte umso mehr, als in städtischen Gebieten nicht mit der Weiterleitung falsch eingeworfener oder am Boden liegender Abholungseinladungen gerechnet werden könne. Zudem spreche der Umstand, dass es ansonsten bei der Zustellung gerichtlicher Schriftstücke zu keinen Problemen gekommen sei, gegen die Vermutung der korrekten Hinterlegung und gegen ein bewusstes Ignorieren der entsprechenden Sendung (Urk. 23 S. 5, S. 8 f.). Für ihre Darstellung offeriert sie diverse Beweismittel (Urk. 23 S. 6, Urk. 27/6-8: "Track&Trace" der Gerichtsurkunde, Ausdruck ihrer Öffnungszeiten, Parteibefragung der Geschäftsführung, Augenschein, Bewohner der C.____-Strasse ..., Zürich). Auch habe die Beklagte nach dem Eingang von Post im vorliegenden Zusammenhang stets den Kontakt zu ihrem Rechtsvertreter gesucht, was im Zeitpunkt des angeblichen Zustellungsversuchs unterblie-

ben sei. Damit sei von einem eigentlichen Zustellungsfehler auszugehen, weshalb die Zustellfiktion nicht greifen könne (Urk. 23 S. 9).

Die Beklagte hält es ausserdem für stossend, die Zustellfiktion eintreten zu lassen, da sie trotz durchgeführtem Schlichtungsverfahren im neu eingeleiteten Klageverfahren aufgrund diverser Umstände nicht mit einer Zustellung habe rechnen müssen. So sei die Klage nur wenige Tage nach dem Scheitern des Schlichtungsverfahrens eingereicht worden, als man noch mit einer letzten Kontaktierung zur aussergerichtlichen Streitbeilegung habe rechnen dürfen. Auch sei sie vom Kläger im Oktober 2019 und damit nur Wochen vor der Hauptverhandlung über die anstehende Hauptverhandlung im Dunkeln gelassen worden. Schliesslich treffe das Gericht insbesondere im vereinfachten Verfahren eine erhöhte Fürsorgepflicht, was bedeute, dass hinsichtlich des ersten und einzigen zuzustellenden Aktenstücks ein weiterer Zustellversuch hätte unternommen werden müssen. Dies sei hier unterblieben, obwohl die korrekte Zustellung gemäss einem Vermerk auf dem zurückgesandten Briefumschlag in Frage gestellt worden sei (Urk. 23 S. 9 ff.).

3. In der Berufungsantwort schildert der Kläger ausführlich die zwischen den Parteien stattgefundenen Kontakte vor und nach der Schlichtungsverhandlung sowie nach Einreichung der Klage. Er leitet daraus ab, die Beklagte habe Kenntnis vom Gerichtsverfahren und der angesetzten Hauptverhandlung gehabt und hätte sich gegebenenfalls die Informationen zum Verfahren direkt beim Gericht beschaffen müssen (Urk. 30 S. 4 f., S. 7 ff.). Zudem vermöge die Beklagte eine fehlerhafte Zustellung nicht hinreichend zu belegen. Die Erklärungsversuche und Vermutungen seien weder mit konkreten Beispielen hinsichtlich einzelner Postsendungen untermauert noch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit belegt worden. Es sei widersprüchlich, wenn die Beklagte geltend mache, es gäbe immer wieder Probleme bei der Zustellung, und andererseits vorbringe, die bisherigen Sendungen hätten problemlos zugestellt werden können (Urk. 30 S. 6, S. 10 und S. 14). Bei den geltend gemachten Problemen mit der Postzustellung hätte es der Beklagten obliegen, eine fehlerfreie Postzustellung sicherzustellen bzw. die nötigen Vorkehrungen zu treffen, um eingeschriebene Postsendungen zu erhalten.

Da die Beklagte dies unterlassen habe, habe sie eine fehlerhafte Zustellung und die damit verbundenen Konsequenzen in Kauf genommen (Urk. 30 S. 6, S. 8, S. 11 und S. 14). Nachdem der erste Zustellversuch gescheitert und die Zustellfiktion eingetreten sei, sei das Gericht weder berechtigt noch verpflichtet gewesen, einen weiteren Zustellversuch vorzunehmen (Urk. 30 S. 10 und S. 12 mit Verweis auf *OGer ZH RB170027 vom 13.7.2017, E. 2.4*).

III.

1. Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Der gestellte Rückweisungsantrag genügt, da die Beklagte eine Verletzung des rechtlichen Gehörs in seinem Teilgehalt des Anhörungsrechts rügt (BGer 5A_485/2016 vom 19. Dezember 2016, E. 2). Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO). Da die tatsächlichen Vorbringen der Beklagten durch den vorinstanzlichen Entscheid veranlasst wurden und das Prozessrechtsverhältnis betreffen, sind sie zulässig (BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471; BGE 138 III 532 E. 1.1 S. 534 die Berufungsanträge betreffend; Meyer, Wege zum Bundesgericht - Übersicht und Stolpersteine, ZBJV 2010 S. 880, mit weiteren Hinweisen).

2. Gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO erfolgen Vorladungen durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung. Sie ist erfolgt, wenn sie von der Adressatin oder vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde (Art. 138 Abs. 2 ZPO). Sie gilt zudem als erfolgt bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden ist: am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Eine Zustellfiktion greift auch, wenn der Adressat bei persönlicher Zustellung die Annahme verweigert (Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO). Das Gesetz regelt in Art. 138 Abs. 3 ZPO die Fälle böswilliger Verhinderung der Zustellung (BK ZPO-Frei, Art. 138 N 17).

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

3.2 Die Rechtshängigkeit trat mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs am 17. April 2019 ein (Art. 62 Abs. 1 ZPO; Urk. 3 S. 1). Die Beklagte war an der Schlichtungsverhandlung durch den Vorsitzenden der Geschäftsführung vertreten (Urk. 3). Der Beklagten war das Prozessrechtsverhältnis somit bekannt. Sie musste nach dem gescheiterten Einigungsversuch mit der Einreichung der Klage bei der Vorinstanz und mit der Zustellung einer gerichtlichen Vorladung rechnen, und zwar unabhängig davon, ob die Parteien nach der Schlichtungsverhandlung noch weitere Vergleichsgespräche führten (KUKO ZPO-Weber, Art. 138 N 7, und BK ZPO-Frei, Art. 138 N 24, je mit Verweis auf BGer 4P.30/2007 vom 13. März 2007, E. 5.3).

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

nicht, um die Vermutung zu widerlegen. Vielmehr müssen konkrete Anzeichen für einen Fehler vorhanden sein (BGE 142 IV 201 E. 2.3 S. 204 f. mit Hinweisen).

Lehre und Rechtsprechung sprechen in diesem Zusammenhang auch von einer natürlichen Vermutung der ordnungsgemässen Ablage in den Briefkasten. Natürliche Vermutungen dienen der Beweiserleichterung, haben aber keine Umkehr der Beweislast zur Folge. Sie können bereits durch den Gegenbeweis erschüttert werden (BGer 5A_98/2011 vom 3. März 2011, E. 2.3; BSK BGG-Amstutz/Arnold, Art. 44 N 31; BK ZPO-Frei, Art. 138 N 28).

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

Vor diesem Hintergrund hat die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich entschieden, der Adressat habe lediglich Zweifel am Hauptbeweis zu wecken, nicht aber seinerseits einen Fehler der Post nachzuweisen oder auch nur

glaubhaft zu machen. Es könne daher nicht angehen, konkrete Hinweise auf bestimmte Pflichtwidrigkeiten des Postangestellten bzw. den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit eines Zustellfehlers zu verlangen. Eine fehlerhafte Zustellung (einer Abholaufforderung oder einer A-Post Plus-Sendung) sei bereits dann anzunehmen, wenn der Adressat die tatsächliche Zustellung bestreite und dies aufgrund der Umstände plausibel erscheine. Massgeblich sei, ob die der Bestreitung zugrundeliegende Darlegung der Umstände nachvollziehbar sei und einer gewissen Wahrscheinlichkeit entspreche (*OGer ZH PS140284 vom 2. März 2015, E. 4.3*). Diese Rechtsprechung verdient nach dem in E. 4 Ausgeführten Zustimmung. An den Gegenbeweis eines Zustellfehlers dürfen keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Eine Abholungseinladung kann in eine Drucksache oder Zeitung geraten und deshalb übersehen werden, in einen falschen Briefkasten oder ein falsches Postfach gelegt werden oder aus Versehen überhaupt unterbleiben (Hauser/Schweri, GVG, Zürich 2002, § 177 N 44).

In der Lehre ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung, gemäss der eine nur schwer umzustossende Vermutung für die tatsächliche Zustellung des Avis gilt, insbesondere für den Fall kritisiert worden, in dem einer Partei im bisherigen Verlauf des Verfahrens alle gerichtlichen Sendungen zugestellt werden konnten. Zudem wird darauf hingewiesen, dass in anonymen städtischen Gebieten nicht zwingend damit zu rechnen sei, dass der unbeteiligte Dritte als irrtümlicher Empfänger einer gerichtlichen Sendung den Adressaten aufsuche und diesem die Sendung übergebe oder sie an den Absender retourniere (BK ZPO-Frei, Art. 138 N 29; BSK ZPO-Gschwend, Art. 138 N 18a).

Offengelassen werden kann, ob der Kläger dem geschäftsführenden Gesellschafter bzw. dem Geschäftsführer der Beklagten im Sommer 2019 bzw. am 24. Oktober 2019 mündlich mitteilte, dass die Verhandlung anfangs Dezember stattfinden werde bzw. das Gericht anfangs Dezember über die Angelegenheit entscheiden müsse (Urk. 30 S. 7). Eine solche mündliche Orientierung der Gegenpartei könnte die gerichtliche Vorladung nicht ersetzen und begründet im Lichte von Art. 52 ZPO entgegen der Auffassung des Klägers (Urk. 30 S. 12) auch keine

Pflicht, sich beim Gericht nach dem Stand des Verfahrens oder dem Verbleib einer Vorladung zu erkundigen.

6.1 Die Gerichtsurkunde mit der Sendungsnummer ... wurde gemäss Sendungsverfolgung am 11. Juli 2019, 9.36 Uhr, zur Abholung mittels Abholungseinladung gemeldet (Urk. 27/6). Dies stimmt mit dem Vermerk auf dem Briefumschlag überein, wonach die siebentätige Abholfrist bis am 18. Juli 2019 lief (Urk. 8). Damit besteht eine Vermutung für die korrekte Avisierung durch die Post. Allerdings lässt sich weder dem Umschlag der Gerichtsurkunde noch der Sendungsverfolgung entnehmen, ob ein Zustellversuch (Klingeln) unternommen wurde. Die Auffassung der Parteien, ob zur fraglichen Zeit die Geschäftsführer im Restaurant A2. _____ bzw. in den Räumlichkeiten anzutreffen waren, gehen auseinander (Urk. 23 S. 5, Urk. 30 S. 7). Ob der Postbote bei der Beklagten klingelte und keine Person anzutreffen war, weil das Restaurant im fraglichen Zeitpunkt erst abends öffnete, ist aufgrund der nachfolgenden Erwägungen nicht entscheidend.

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

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

7. War die Beklagte nicht ordnungsgemäss zur Verhandlung vorgeladen worden, war sie nicht in der Lage, sich zur Klage zu äussern. Auch konnten die in der Vorladung angedrohten Säumnisfolgen nicht eintreten. Im Berufungsverfahren kann die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht geheilt werden. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache ist zur Ergänzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO).

IV.

Das Berufungsverfahren ist bei einem Streitwert von Fr. 28'927.85 kostenlos. Die Regelung der Parteikosten des vorliegenden Berufungsverfahrens ist dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 2. Dezember 2019 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Berufungsverfahren ist kostenlos.

3. Die Regelung der Parteientschädigung des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Arbeitsgerichtes vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage von Urk. 30 bis Urk. 32/2-7, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist werden die erst- und zweitinstanzlichen Akten der Vorinstanz zugestellt.

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. 28'927.85.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 18. Mai 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
sn