

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC240001-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichter Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker
sowie Gerichtsschreiberin MLaw L. Hengartner

Beschluss vom 29. Januar 2024

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Zuständigkeit)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 16. November 2023 (FE230038-F)

Erwägungen:

1.1. Mit Verfügung vom 16. November 2023 trat die Vorinstanz auf die Scheidungsklage des Klägers und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) infolge örtlicher Zuständigkeit ein (Urk. 1 S. 10 = Urk. 6/32 S. 10). Dagegen erhob die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) mit Eingabe vom 5. Januar 2024 (Datum des Poststempels: 8. Januar 2024) Berufung mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 10 f.):

"1. Die Berufung vom 3. Januar 2024 sei **gutzuheissen**.

Hauptsächlich:

2a. Der Entscheid vom 16. November 2023 des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Horgen sei wie folgt **abzuändern**:

Ziff. 1: Auf die Scheidungsklage vom 8. März 2023 wird infolge mangelnder örtlicher Zuständigkeit nicht eingetreten.

Ziff. 2. (aufgehoben)

Subsidiär:

2b. Die Angelegenheit sei an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen zurückzuschicken, um im Sinne der Erwägungen des Obergerichts eine neue Verfügung zu treffen.

4. Die Kosten des Erst- und Zweitinstanzlichen Verfahrens seien dem Berufungsgegner aufzuerlegen.

5. Für das Berufungsverfahren sei der Berufungsgegner zur Bezahlung einer, gestützt auf einer einzureichenden Kostenliste festgesetzten, Parteienschädigung an die Berufungsführerin zu verurteilen."

1.2. Die Beklagte wurde mit Verfügung vom 12. Januar 2024 aufgefordert, sich zur Frage der Rechtzeitigkeit der Berufung zu äussern sowie eine rechtsgültig unterzeichnete Vollmacht einzureichen (Urk. 7). Die Beklagte nahm fristgerecht Stellung und reichte die bereits eingereichte Vollmacht in deutscher anstatt in französischer Sprache ein (Urk. 8-9).

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1-34). Da sich die Berufung sogleich als offensichtlich unzulässig erweist, ist auf das Einholen einer Berufungsantwort zu verzichten (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Die Beklagte führt aus, die Berufung sei vom Praktikanten C._____ unterzeichnet worden, welcher hierzu legitimiert sei, da Rechtsanwalt X._____ in der Vollmacht vom 9. Mai 2023 das Substitutionsrecht eingeräumt worden sei. Zur Rechtzeitigkeit führt sie aus, die Berufung sei fristgerecht am 5. Januar 2024 gesendet, aus Versehen aber leider mit normaler Post abgeschickt worden. Der Briefumschlag sei aus unerklärlichen und bei der Post zu suchenden Gründen scheinbar erst am 8. Januar 2024 abgestempelt worden (Urk. 8 S. 1).

3.1. Entgegen der Ansicht der Beklagten war C._____ – trotz des Passus' in der Vollmacht, wonach Rechtsanwalt X._____ ein Substitutionsrecht eingeräumt werde (Urk. 9) – nicht zur Unterzeichnung der Berufungsschrift legitimiert. Zur berufsmässigen Vertretung sind nämlich lediglich Anwältinnen und Anwälte zugelassen, welche gemäss dem Anwaltsgesetz berechtigt sind, Parteien vor den schweizerischen Gerichten zu vertreten (Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO). C._____ ist in keinem Anwaltsregister eingetragen und demgemäss nicht zur berufsmässigen Vertretung befugt. Mit Eingabe vom 23. Januar 2024 genehmigte Rechtsanwalt X._____ jedoch sinngemäss die zuvor nicht rechtsgültig unterzeichnete Berufungsschrift (Urk. 8), weshalb Weiterungen hierzu unterbleiben können.

3.2. Die 30-tägige Berufungsfrist lief im vorliegenden Fall am 5. Januar 2024 ab (Urk. 6/33/2). Gemäss Poststempel wurde die Berufungsschrift aber erst am 8. Januar 2024 der Schweizerischen Post übergeben (Urk. 1). Vermutungsweise gilt das Datum des Poststempels als Aufgabedatum, weshalb die Beklagte mit geeigneten Beweismitteln den Gegenbeweis hätte führen müssen, dass die Berufungsschrift bereits am 5. Januar 2024 bei der Post aufgegeben wurde. Sie trägt die Beweislast für die rechtzeitige Aufgabe der Sendung (BGer 5A_503/2019 vom 20. Dezember 2019, E. 4.1.). Beweismittel offeriert die Beklagte jedoch keine; insbesondere handelt es sich beim Vorbringen, die Gründe für das Datum des Poststempels seien bei der Post zu suchen, um keine gültige Beweisofferte, da damit keines der von der Zivilprozessordnung vorgesehenen Beweismittel angeboten wird (Art. 168 Abs. 1 ZPO). Der Beklagten gelingt mit der blossen Behauptung, dass sie die Berufungsschrift am 5. Januar 2024 der Post übergeben habe, der

Nachweis der Rechtzeitigkeit nicht, weshalb auf die Berufung wegen Verspätung nicht einzutreten ist.

4. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind in Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9 Abs. 2 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzulegen und ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, der Beklagten angesichts ihres Unterliegens und dem Kläger mangels Umtrieben (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Beklagten auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage der Doppel von Urk. 1 und Urk. 8-9, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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. 92 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 29. Januar 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw L. Hengartner

versandt am:
Im