

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP200003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 14. Mai 2020

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Baugenossenschaft B._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Immissionsschutz / Eigentumsfreiheit**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des Bezirks-
gerichtes Zürich vom 27. September 2019; Proz. FV190095**

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, die auf seinem Grundstück Grundbuch Blatt-Nr. 1, Kataster-Nr. 2, EGRID-Nr. 3, C._____, gegen die Grenze zu der klägerischen Parzelle Grundbuch Blatt-Nr. 4, Kataster-Nr. 5, EGRID-Nr. 6, C._____, stehende Fassade vom Dachfirst seiner Liegenschaft auf der ganzen Länge des Ortgangs den Sparren entlang bis zur Traufe an der Grundstücksgrenze sowie in der Mitte vom klägerischen Dachfirst bis zum Dachfirst seines Gebäudes auf seinem Grundstück innert einer richterlich zu setzenden Frist auf seine Kosten vollständig mit einem Kupferblech abzudecken resp. abdecken zu lassen, so dass diese Fassade undurchlässig ist und inskünftig nicht mehr wasserdurchlässig ist.
2. Es sei die gänzliche und teilweise Missachtung dieses richterlichen Gebotes gemäss Art. 292 StGB mit einer Geldbusse bis zu Fr. 5'000.00 zu bedrohen.
3. Die Klägerin sei im Nichtbefolgungsfall nach unbenutztem Fristablauf dazu zu berechtigen, dem Bezirksgericht direkt zuhanden der Vollzugsbehörde den Zwangsvollzug (Ersatzvornahme) auf Kosten des Beklagten zu verlangen.
4. Es sei vom Nachklagevorbehalt Vormerk zu nehmen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

(act. 2)

Urteil des Bezirksgerichtes:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, innert 20 Tagen ab Rechtskraft des vorliegenden Urteils die auf seinem Grundstück Grundbuch Blatt-Nr. 1, Kataster-Nr. 2, EGRID-Nr. 3, C._____, gegen die Grenze zu der klägerischen Parzelle Grundbuch Blatt-Nr. 4, Kataster-Nr. 5, EGRID-Nr. 6, C._____, stehende Fassade vom Dachfirst seiner Liegenschaft auf der ganzen Länge des Ortgangs den Sparren entlang bis zur Traufe an der Grundstücksgrenze sowie in der Mitte vom klägerischen Dachfirst bis zum Dachfirst seines Gebäudes auf seinem Grundstück auf seine Kosten vollständig mit einem Kupferblech abzudecken resp. abdecken zu lassen, so dass diese Fassade undurchlässig ist und inskünftig nicht mehr wasserdurchlässig ist.

2. Für den Fall der Nichtbefolgung der Verpflichtung gemäss Erkenntnis-Ziffer 1 hiervor wird der Beklagte zudem auf die Strafdrohung von Art. 292 StGB aufmerksam gemacht, wonach mit Busse bestraft werden kann, wer dem von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Urteil nicht Folge leistet.
3. Für den Fall der Nichtbefolgung der Verpflichtung gemäss Erkenntnis-Ziffer 1 hiervor wird die Klägerin ermächtigt, die Massnahmen gemäss Erkenntnis-Ziffer 1 hiervor im Sinne einer Ersatzmassnahme auf Kosten des Beklagten vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen.
4. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Restbetrag wird der Klägerin zurückerstattet.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'400.– zu bezahlen. Zudem hat er der Klägerin den Kostenvorschuss im beanspruchten Umfang sowie die Kosten für das Schlichtungsverfahren von Fr. 420.– zu ersetzen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je als Gerichtsurkunde.
8. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

des Beklagten (act. 30):

"Es sei in Gutheissung der Berufung:

1. Das Urteil vom 27. September 2019 des Bezirksgerichts Zürich (10. Abteilung-Einzelgericht) im Geschäft Nr. FV 190095 aufzuheben und den Streitfall an die 1. Instanz zur Durchführung einer Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Entscheides zurückzuweisen;
2. Im Eventualfall sei das Urteil vom 27. September 2019 des Bezirksgerichts Zürich (10. Abteilung-Einzelgericht) im Geschäft Nr. FV 190095 aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7 Mehrwertsteuer) für beide Instanzen zulasten der Berufungsbeklagten."

der Klägerin (act. 39):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 27. September 2019 sei zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I. Sachverhalt

Die Parteien sind Eigentümer benachbarter, älterer Liegenschaften in C._____. Die Liegenschaft des Beklagten überragt nach Darstellung der Klägerin deren Liegenschaft um ein Geschoss und wird seitlich durch eine verputzte Fassade begrenzt. Seit Sommer 2017 soll im obersten Geschoss der klägerischen Liegenschaft Feuchtigkeit aufgetreten sein. Sanierungsbemühungen der Klägerin sollen erfolglos geblieben sein. Die Klägerin ist der Auffassung, dass die undichte Fassade der beklaglichen Liegenschaft Ursache des Feuchtigkeitseintritts ist. Mit

der am 30. Mai 2019 erhobenen Klage verlangt die Klägerin vom Beklagten die Sanierung seiner Fassade (act. 2).

II. Verfahren vor Vorinstanz

1. Nach Klageeingang setzte die Vorinstanz dem Beklagten Frist an, um zur Klagebegründung Stellung zu nehmen, unter der Androhung, dass bei Säumnis Verzicht auf Stellungnahme angenommen werde (act. 6). Diese Verfügung wurde am 8. Juni 2019 von dem vom Beklagten bevollmächtigten D. _____ entgegengenommen (act. 7/1). Mit Vorladung vom 27. Juni 2019 wurde den Parteien die Hauptverhandlung auf den 13. September 2019 angezeigt (act. 9/1 und 9/2). Diese Postsendung nahm am 2. Juli 2019 wiederum D. _____ entgegen (act. 9/3). Ob dem Beklagten die ihm mit Kurzbrief vom 19. Juli 2019 zugeschickten Unterlagen (Beilagen zur Klagebegründung, vgl. act. 10) zugegangen sind, geht aus den Akten nicht hervor (act. 11). Zur Hauptverhandlung vom 13. September 2019 erschien der Beklagte nicht (Prot. VI S. 5). In der Folge lud die Vorinstanz die Parteien erneut zur Hauptverhandlung auf den 27. September 2019 vor (act. 14). Den Empfang dieser Vorladung quittierte am 19. September 2019 wiederum D. _____, wobei er in der Sendungsinformation als Empfänger persönlich aufgeführt wird, obschon der Beklagte Empfängeradressat war (act. 14/3). Am 25. September 2019 teilte D. _____ der Vorinstanz telefonisch mit, der Beklagte könne nicht zur Hauptverhandlung vom 27. September 2019 erscheinen, da er bereits im Sanatorium sei wegen einer OP. D. _____ stellte sodann ein Arztzeugnis samt Begleitschreiben in Aussicht (act. 15). Mit Schreiben vom 26. September 2019, bei der Vorinstanz am 27. September 2019 eingegangen, schickte D. _____ das angekündigte Arztzeugnis (act. 17) und hielt im Begleitschreiben fest, dass sich der Beklagte in der kommenden Woche einer Operation unterziehen müsse (act. 16).

2. Mit Verfügung vom 27. September 2019 wies die Vorinstanz das vom Beklagten sinngemäss gestellte Verschiebungsgesuch ab. Eine Rechtsmittelbelehrung wurde nicht erteilt (act. 19).

Mit gleichem Datum, aber separatem Entscheid trat die Vorinstanz zunächst auf den Antrag der Klägerin, es sei von ihrem Nachklagerecht Vormerk zu neh-

men, nicht ein und hiess im Übrigen die Klage gut. Dieser Entscheid wurde vorerst unbegründet erlassen (act. 20).

Diese separaten Entscheide wurden am 14. Oktober 2019 gemäss der Sendungsinformation D._____, Mitbewohner (des Beklagten) ausgehändigt, wobei allerdings eine E._____ den Empfang unterschriftlich bestätigte (act. 22).

3. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2019 verlangte der vom Beklagten bevollmächtigte Rechtsanwalt lic. iur. F._____ die schriftliche Begründung des Urteils (act. 23). Am 12. November 2019 zeigte Rechtsanwalt lic. iur. F._____ der Vorinstanz die Mandatsniederlegung an (act. 24).

Der begründete Entscheid wurde daher persönlich an den Beklagten adressiert (act. 27). Die Sendungsinformation gibt dagegen D._____ als Empfangsperson und Empfänger persönlich an (act. 27). Wer den Empfang dieser Sendung tatsächlich bestätigte, bleibt unklar.

4. Mit Eingabe vom 20. Januar 2020 lässt der Beklagte durch seinen neu mandatierten Rechtsvertreter Rechtsanwalt lic. iur. X._____ Berufung erheben und stellt die eingangs erwähnten Rechtsbegehren (act. 30). Die Berufungsantwort der Klägerin ging fristgerecht ein (act. 39).

III. Berufungsverfahren

1. Der Beklagte wendet sich zunächst gegen die Abweisung seines Verschiebungsgesuchs. Er macht geltend, er habe sich aufgrund einer dringlichen Zuweisung vom Stadtspital Triemli wegen einer schweren Erkrankung in stationärer Behandlung und unter ärztlich-pflegerischer Überwachung mit Einsatz von seditiven Medikamenten vom 6. September bis zum 3. Oktober 2019 im Sanatorium Kilchberg befunden und sei anschliessend ins Stadtspital Triemli zur operativen Weiterbehandlung überwiesen worden. Aufgrund seines körperlichen, seelischen und psychischen Zustandes sei er nicht in der Lage gewesen, das Sanatorium Kilchberg zu verlassen und an einer Gerichtsverhandlung teilzunehmen. Wegen seiner krankheitsbedingten Verfassung und seiner spitalbedingten Abwesenheit sei er auch nur beschränkt fähig gewesen, seine rechtlichen Interessen zu wahr-

ren; insbesondere sei er ausser Stande gewesen, D._____ zu instruieren und ihm die notwendigen Informationen und Anweisungen zu geben. Dieser wäre auch nicht in der Lage gewesen, ihn an der vorinstanzlichen Verhandlung ordnungsgemäss zu vertreten. Er selber sei nur noch fähig gewesen, D._____, welcher in seiner Wohnung lebe, zu bitten und zu beauftragen, das Gericht über seine Abwesenheit zu informieren und ein Verschiebungsgesuch zu stellen. Diesen Auftrag habe er D._____ Tags nach Erhalt der Vorladung erteilt, welcher in der Folge zunächst ein ärztliches Zeugnis besorgt habe. Im Weiteren macht er geltend, die Vorladung für die erste Verhandlung nicht erhalten zu haben bzw. sich jedenfalls nicht daran erinnern zu können. Er sei aber damals wegen seines Umstandes gar nicht in der Lage gewesen, zu handeln. Weiter bringt er vor, unglücklicherweise habe das Sanatorium Kilchberg nur die 100% Arbeitsunfähigkeit bescheinigt. Es sei aber weder ihm noch D._____ noch dem Sanatorium Kilchberg die Unterscheidung zwischen Arbeits- und Prozessunfähigkeit bekannt gewesen; alle Involvierten seien davon ausgegangen, dass es insoweit keinen Unterschied gebe. Es sei ihnen nicht bekannt gewesen, dass das eingereichte ärztliche Zeugnis für eine Verschiebung nicht ausreiche. Er wirft sodann der Vorinstanz vor, diese hätte ihm eine Nachfrist ansetzen müssen, um ein vollständiges Zeugnis einzureichen; stattdessen habe die Vorinstanz ohne weitere Rückfragen das Verschiebungsgesuch abgelehnt, so dass er seine Recht im vorinstanzlichen Verfahren nicht wahrnehmen können (act. 30 S. 4 - 6 Ziff. 3a).

2. Die Klägerin schildert in ihrer Berufungsantwort vorab den Sachverhalt, welcher ihrer Klage zugrunde liegt (act. 39 S. 3/4 Rz 3 - 9). Im Weiteren führt sie aus, der Beklagte habe mit Generalvollmacht vom 20. September 2019 einen Bevollmächtigten bestellt, weshalb davon auszugehen sei, dass dieser den Berufungskläger hätte an der Verhandlung vom 27. September 2019 vertreten dürfen. Der Bevollmächtigte habe für sich kein Verschiebungsgesuch gestellt, so dass die Vorinstanz das Verschiebungsgesuch zu Recht abgewiesen habe (a.a.O. S. 5/6 Rz 11/12 und Rz 15). Sodann macht die Klägerin geltend, die Vorladungen vom 27. Juni 2019 und 13. September 2019 hätten unter der Rubrik "Wichtige Hinweise" in Ziffer 4 festgehalten, dass im Krankheitsfall unverzüglich ein Arztzeugnis einzureichen sei, welches die Verhandlungsunfähigkeit bescheinige. Arbeitsunfä-

higkeit und Verhandlungsunfähigkeit stimmten nicht in jedem Fall überein; die Krankheit müsse derart sein, dass die rechtsuchende Person durch sie davon abgehalten werde, selber innert Frist zu handeln. Das vorgelegte Arztzeugnis spreche sich nicht darüber aus, aus welchem konkreten Grund der Berufungskläger nicht hätte zur Verhandlung vom 27. September 2019 erscheinen können, vielmehr sei es von so geringer Aussagekraft, dass damit der Beweis für ein entschuldbares Fernbleiben von der Gerichtsverhandlung nicht erbracht sei (a.a.O. S. 6/7 Rz 17 - 20). Da keine entsprechenden Bestätigungen vorlägen, sei davon auszugehen, dass der Berufungskläger am 27. September 2019 verhandlungsfähig gewesen sei (a.a.O. S. 7 Rz 22). Zudem habe der Bevollmächtigte bereits bei der Zustellung der Vorladungen angegeben, Bevollmächtigter zu sein, so dass er den Berufungskläger hätte vertreten können (ebenda Rz 23 und S. 9 Rz 29). Im Weiteren ist die Klägerin der Auffassung, die Vorinstanz wäre nicht verpflichtet gewesen, den Berufungskläger ein zweites Mal vorzuladen, vielmehr hätte sie bereits am 13. September 2019 aufgrund der Akten entscheiden müssen (a.a.O. S. 8 Rz 25 - 27). Ferner äussert sich die Klägerin zum materiellen Gehalt des vorinstanzlichen Entscheides (a.a.O. S. 9 -11 Rz 31 -39).

3.1. Beim abgelehnten Verschiebungsgesuch handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid, der nur bei einem drohenden Nachteil gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO angefochten werden kann. Die Abweisung des Verschiebungsgesuches ist vom Beklagten zusammen mit dem begründeten Endentscheid angefochten. Auf die diesbezüglichen Rügen des Beklagten ist somit einzutreten.

3.2. Das Gericht kann einen Erscheinungstermin aus zureichenden Gründen verschieben, entweder von Amtes wegen (a) oder wenn es vor dem Termin darum ersucht wird (b) (Art. 135 ZPO). Als zureichende Gründe gelten Krankheit, Unfall, Spitalaufenthalt, Militär- oder Zivildienst, Todesfall naher Angehöriger, Geschäftsreisen, Ferien, Arbeitsüberlastung, Weitläufigkeit der Sache oder fehlende Unterlagen, Beizug eines Rechtsvertreters (Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 135 N 12; Staehelin in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., Art. 135 N 3 mit Verweis auf Art. 144 N 5). Das Gesuch um Verschiebung muss sodann dem Gericht vor dem Verhandlungstermin gestellt wer-

den (Staeclin, a.a.O., Art. 135 N 4). Das Verschiebungsgesuch ist ferner glaubhaft zu begründen und soweit möglich mit entsprechenden Dokumenten zu belegen (Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 135 N 9).

4. Die Vorinstanz erwog, das vom Beklagten eingereichte ärztliche Zeugnis bescheinige ihm lediglich Arbeitsunfähigkeit, nicht aber die von ihm geltend gemachte Verhandlungsunfähigkeit (act. 19 S. 2 E. 3). Worauf sich die Vorinstanz bei ihrer Einschätzung bezog, der Beklagte habe Verhandlungsunfähigkeit geltend gemacht, eine solche aber nicht belegt, ergibt sich aus ihren Erwägungen nicht, aber auch nicht aus den Akten. Danach hat D. _____ der Vorinstanz am 25. September 2019 telefonisch mitgeteilt, der Beklagte befinde sich wegen einer OP bereits im Sanatorium (act. 15). Damit hat D. _____ der Vorinstanz gegenüber klarerweise zum Ausdruck gebracht, der Beklagte sei hospitalisiert. Ob der von der Vorinstanz und auch der Klägerin offenbar vertretenen Auffassung, ein Arztzeugnis müsse die Verhandlungsunfähigkeit bescheinigen, die blossere Arbeitsunfähigkeit reiche nicht aus, um einen Verhandlungstermin zu verschieben, zu folgen ist, kann hier offen gelassen werden. Zwar ist ohne weiteres denkbar, dass eine Arbeitsunfähigkeit nicht in jedem Fall eine Verhandlungsunfähigkeit nach sich zieht. Wer beispielsweise als handwerklich oder künstlerisch tätige Person einen Armbruch erleidet, dürfte ausser Stande sein, ihrer üblichen beruflichen Tätigkeit nachzugehen, ohne dass sie gleichzeitig in ihrer Denkweise eingeschränkt wird, was sie daran hindern könnte, an einer Gerichtsverhandlung teilzunehmen und ihre eigene Sache zu vertreten oder einen Vertreter zu bestimmen. Wer mit Grippe und damit einhergehend Fieber, Glieder- und Kopfschmerzen zu Hause im Bett liegt, dürfte dagegen nicht nur körperlich beeinträchtigt sein, sondern auch in seinen intellektuellen Fähigkeiten wie klar denken und Entscheide treffen, eingeschränkt sein. Bescheinigt ein Psychiater einer hospitalisierten Partei eine Arbeitsunfähigkeit, ist davon auszugehen, dass diese Person in ihrer psychischen und/oder geistigen Gesundheit derart beeinträchtigt ist, dass sie weder physische noch geistige Arbeit verrichten und entsprechend auch nicht an einer Gerichtsverhandlung teilnehmen und ihren Standpunkt vortragen kann. Wer sich in einer Klinik, einem Spital oder einem Sanatorium aufhält, wird offensichtlich stationär behandelt und ist insoweit grundsätzlich in seiner Bewegungsfreiheit einge-

schränkt, was die Teilnahme an einer Gerichtsverhandlung in der Regel ausschliessen dürfte. Der Beklagte reichte ein Arzzeugnis des Sanatoriums Kilchberg, Privatklinik für Psychiatrie und Psychotherapie, ein, welches ihm bescheinigt, in Behandlung und vom 6. - 29. September 2019 zu 100% arbeitsunfähig zu sein (act. 17). Damit hat er entgegen der Auffassung der Klägerin (act. 39 S. 6 Rz 19) ausreichend dargetan, nicht in der Lage zu sein, am vorgesehenen Gerichtstermin teilnehmen zu können.

Da der Beklagte sich seit dem 6. September 2019 offensichtlich in der Klinik Kilchberg befand, kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wenn sie dem Beklagten vorwirft, er hätte sich in Anbetracht des Arzzeugnisses bereits für die erste Verhandlung vom 13. September 2019 entschuldigen resp. um eine Vertretung bemühen können (act. 19). Wie oben unter II/1 ausgeführt, nahm D._____ als Bevollmächtigter die Vorladung für die Verhandlung vom 13. September 2019 am 2. Juli 2019 entgegen (act. 9/3). Dies muss sich der Beklagte entgegenhalten lassen, auch wenn er nunmehr vorbringt, sich nicht daran erinnern zu können, diese erhalten zu haben (act. 30 S. 6).

Zu prüfen ist hingegen, ob die Zeitspanne zwischen dem 19. September 2019, als D._____ die Vorladung für die auf den 27. September 2019 angesetzte Verhandlung in Empfang nahm, und dem 25. September 2019, als D._____ der Vorinstanz vorab telefonisch mitteilte, der Beklagte befinde sich im Sanatorium Kilchberg und könne an der Verhandlung nicht teilnehmen, und ein Arzzeugnis in Aussicht stellte, als zu lang einzustufen ist und das Verschiebungsgesuch von der Vorinstanz zu Recht als verspätet beurteilt und abgewiesen wurde. Tatsächlich hat derjenige, der einen Gerichtstermin verschieben lassen will, ein entsprechendes Gesuch nach Treu und Glauben umgehend zu stellen, sobald er vom Hinderungsgrund Kenntnis erhält. Hier ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte, welcher im fraglichen Zeitpunkt hospitalisiert war, die Vorladung nicht persönlich entgegennehmen konnte und diesbezüglich wie auch für die Gesuchstellung um Terminverschiebung auf die Mitwirkung einer Drittperson angewiesen war. Bei einer derartigen Konstellation darf die erwähnte Zeitdauer noch nicht als zu lang

bezeichnet werden; das Verschiebungsgesuch wurde demnach nicht verspätet gestellt.

Nicht gefolgt werden kann auch der Auffassung der Klägerin, D._____ hätte als Bevollmächtigter für den Beklagten handeln können und müssen (act. 39 S. 5 Rz 12 und S. 6 Rz 15). Zwar trifft es zu, dass D._____ die Vorladung zum ersten Verhandlungstermin als Bevollmächtigter für den Beklagten entgegengenommen hat, ebenso diejenige für den zweiten Verhandlungstermin (act. 9/3 und act. 14/3). Dabei hat es sich um die Berechtigung gehandelt, eingeschriebene Postsendungen entgegenzunehmen. Daraus kann nicht auf eine Vertretungsmacht für ein gerichtliches Verfahren geschlossen werden; die Klägerin kann hieraus nichts für sich ableiten. Zuzustimmen ist der Klägerin insoweit, als der Beklagte D._____ am 20. September 2019 eine Generalvollmacht ausstellte, welche diesem u.a. die Befugnis einräumte, ihn vor Gerichtsinstanzen zu vertreten (act. 18). Diese Vollmacht wurde aber offenbar zu einem Zeitpunkt ausgestellt, als der Beklagte bereits im Sanatorium Kilchberg hospitalisiert war und dem Beklagten zuzugestehen ist, arbeitsunfähig gewesen zu sein. Eine wirksame Vertretung ist nur möglich, wenn der Auftraggeber physisch und psychisch in der Lage ist, sachdienliche Instruktionen zu erteilen. Da der Beklagte im fraglichen Zeitpunkt in einer Klinik untergebracht war, kann davon nicht ausgegangen werden.

Zusammengefasst ist demnach festzuhalten, dass die Kritik des Beklagten berechtigt ist. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides und zur Rückweisung und erneuten Durchführung des Verfahrens und neuer Entscheidung.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolge

1. Zu regeln ist die Kosten- und Entschädigungsfolge für das Berufungsverfahren. Da die Klägerin unterliegt, hat sie die Kosten zu tragen. Die Entscheidgebür ist auf Fr. 1'000.00 festzusetzen.

2. Die Klägerin hat den Beklagten für das Berufungsverfahren zu entschädigen. Die Parteienschädigung ist auf Fr. 1'600.00 zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer zu veranschlagen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und das Verfahren wird im Sinne der Erwägungen zur erneuten Durchführung des Verfahrens und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 1'000.00 festgesetzt und der Klägerin auferlegt.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'600.00 zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer zu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 39 sowie an das Bezirksgericht Zürich unter Rücksendung der Akten, 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. S. Bohli Roth