

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP250004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzoberrichterin Dr. C. Schoder
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss vom 21. Juli 2025

in Sachen

A._____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

1. **B.**____ AG,

2. **C.**____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

1 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z._____,

betreffend **Forderung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (1. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Dezember 2024; Proz. FV240060

Rechtsbegehren:

der Klägerin (act. 6/2, leicht verändert in act. 6/21):

1. Die Beklagten seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, der Klägerin Schadenersatz von CHF 30'000 zzgl. 5% Verzugszins ab dem 1. Januar 2023 zu bezahlen; nämlich
 - a. Rückzahlung von Gebühren (Courtage) an die Beklagte 1 von CHF 10'000.-;
 - b. Rückzahlung von Retrozessionszahlungen an die Beklagte 2 von CHF 10'000.-;
 - c. Schadenersatz für Verlust aus Fondsanlagen in der Höhe von CHF 5'000.-;
 - d. Schadenersatz für Verlust aus übrigen Anlagen von CHF 5'000.-;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zulasten der Beklagten.

der Beklagten 1 (act. 6/27):

1. Es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist;
2. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge.

der Beklagten 2 (act. 6/24):

1. Es sei auf die Klage mangels örtlicher Zuständigkeit bzw. wegen fehlender Prozessvoraussetzung nicht einzutreten.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

Verfügung des Einzelgerichts:

(act. 5)

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'975.- und der Klägerin auferlegt. Sie wird aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Die Schlichtungskosten werden der Klägerin definitiv auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten 1 eine Parteientschädigung von CHF 830.- zu bezahlen.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten 2 eine Parteientschädigung von CHF 830.- zu bezahlen.

6. [Mitteilungen]
7. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:
(act. 2 S. 2)

1. Der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung - Einzelgericht, vom 16. Dezember 2024 (Geschäfts-Nr. FV240060-L/U) sei aufzuheben und das Verfahren sei zur materiellen Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten 1 und 2.

Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 19. April 2024 machte die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht, (nachfolgend Vorinstanz) eine unbegründete Schadenersatzklage über Fr. 30'000.– gegen die Beklagten anhängig (act. 2, Rechtsbegehren oben abgedruckt). Mit Verfügung vom 22. Juli 2024 setzte die Vorinstanz nach einem diesbezüglichen Schriftenwechsel (act. 6/14 f., act. 6/18) Frist für eine begründete Klage an (act. 6/19). Die Klagebegründung folgte mit Eingabe vom 19. August 2024 (act. 6/21). Die Beklagten beantragten mit Eingaben vom 6. bzw. 16. September 2024, das Verfahren auf die Frage der gehörigen Prozesseinleitung zu beschränken und ihnen die Frist zur Klageantwort abzunehmen, da die Klägerin nicht die richtige Schlichtungsbehörde angerufen habe und die Beklagte 1 mit Sitz in D. _____ nicht in Zürich verklagt werden könne und eine Gerichtsstandsklausel überdies eine Klage in Zürich ausschliesse (act. 6/24 Rz. 13, act. 6/27 Rz. 5 ff., 11 ff.). Dem wurde je mit Verfügung vom 10. und 18. September 2024 stattgegeben (act. 6/25, act. 6/28). Nachdem die Klägerin sich mit Eingabe vom 15. Oktober 2024 zu den Vorbringen der Beklagten geäußert hatte, trat die Vorinstanz mit Verfügung vom 16. Dezember 2024 auf die Klage nicht ein (act. 6/33 = act. 3 = act. 5, nachfolgend zitiert als act. 5).

2. Gegen diese Verfügung der Vorinstanz erhob die Klägerin mit Eingabe vom 12. Februar 2025 (Eingang beim Obergericht) Berufung bei der Kammer. Mit Verfügung vom 7. April 2025 wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 8). Dieser ging innert Frist ein (act. 10). Zu prüfen bleibt die Rechtzeitigkeit der Berufung. Mit Verfügung vom 3. Juni 2025 wurde der Klägerin das rechtliche Gehör zur Frage der Rechtzeitigkeit der Berufung gewährt (act. 13). Die Klägerin liess sich mit Eingabe vom 17. Juni 2025 vernehmen (act. 15). Die Sache erweist sich als spruchreif. Den Beklagten ist mit diesem Entscheid je ein Doppel von act. 2 sowie act. 15 zuzustellen.

3. Die Verfügung vom 16. Dezember 2024 (act. 5) wurde der Klägerin am 9. Januar 2025 zugestellt (act. 6/34). Die 30-tägige Frist zur Erhebung einer Berufung lief der Klägerin demnach am 10. Februar 2025 ab. Zur Einhaltung einer Frist müssen Eingaben spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post übergeben werden (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Die Einhaltung der gesetzlichen Frist zur Berufungseinreichung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist Prozessvoraussetzung und als solche von Amtes wegen zu prüfen.

3.1. Die handelnde Partei trägt die Beweislast dafür, dass ihre Eingabe rechtzeitig erfolgt ist, wobei der Beweis mit dem vollen Beweismass zu erbringen ist (BGer vom 12. Dezember 2023, 4A_95/2023, E. 3.3). Wird die Eingabe in einen Briefkasten eingeworfen, so gilt das Datum des Poststempels vermutungsweise auch als Datum der Übergabe der Sendung an die Post. Dem Absender steht es indes offen, den früheren Einwurf in einen Briefkasten mittels Zeugen oder anderer Beweismittel nachzuweisen. Anwaltlich vertretene Parteien sind dabei gehalten, die durch den Einwurf in einen Briefkasten entstandene "verfahrensmässige Unsicherheit" zu beseitigen, indem sie unaufgefordert und innerhalb der Rechtsmittelfrist entsprechende Beweismittel anbieten (BGer vom 13. September 2024, 4D_76/2024, E. 3.4.2; ZR 121 [2022] Nr. 44; ZK ZPO-FUCHS, 4. Aufl. 2025, Art. 143 N 4b m.w.H.). Wurde die verfahrensmässige Unsicherheit jedoch nicht von der Rechtsvertretung verursacht, so ist von ihr auch nicht zu erwarten, dass

sie von sich aus (unaufgefordert) entsprechende Beweismittel anbietet (BGer vom 4. April 2023, 4A_556/2022, E. 2.2).

3.2. Die Rechtsmitteleingabe der Klägerin erfolgte mit der Versandart "Einschreiben Prepaid"; sie trägt keinen Poststempel. Aus der Sendungsverfolgung der Post ergibt sich, dass die Sendung am 11. Februar 2025, 21:18 Uhr, für die Zustellung sortiert wurde (act. 4). Wann sie der Post übergeben wurde, ergibt sich weder aus dem Briefumschlag noch der Sendungsverfolgung. Eine Rückfrage durch das Gericht bei der Post ergab, dass die Sendung nicht von der Post abgeholt wurde, sondern es sich wohl um eine Aufgabe via gelbem Briefkasten handle. Somit könne bedauerlicherweise nicht genau gesagt werden, wann die Sendung eingeworfen worden sei (act. 7). Auf weitere Nachfrage durch den Referenten führte die Post sodann aus, dass eingeschriebene Briefe und damit auch "Einschreiben Prepaid" nicht gestempelt werden und bei Letzteren die erste Sortierung als Aufgabe gilt. Bei wichtigen Sendungen sei es daher sinnvoll, den Brief am Schalter aufzugeben, damit eine Aufgabebestätigung ausgehändigt werde (act. 12). Dies deckt sich denn auch mit den Informationen, welche die Post im Internet ihren Kunden zur Verfügung stellt, wird doch auch dort darauf verwiesen, dass für eine Aufgabebestätigung die Sendung am Schalter abzugeben sei (<https://shop.post.ch/de/verpacken-versenden/briefversand/einschreiben-prepaid/einschreiben-prepaid/p/755604.ch>, zuletzt besucht am 16. Juli 2025).

Daraus ergibt sich, dass die verfahrensmässige Unsicherheit vorliegend von der Klägerin verursacht worden ist. Gleichwohl wurde ihr wie bereits erwähnt (oben, E. 2) in Anbetracht der etwas speziellen Umstände das rechtliche Gehör zur Frage der Rechtzeitigkeit der Aufgabe der Berufung gewährt.

4.1. Der klägerische Rechtsvertreter führt in seiner Stellungnahme vom 17. Juni 2025 aus, die Post habe "offensichtlich das Prepaid-Einschreiben nicht erfasst und die Sendung wie eine uneingeschriebene Sendung behandelt und zugestellt" (act. 15 Rz. 6). Das ist ebenso tatsachenwidrig wie die gleich anschliessende Aussage, mangels Erfassung könne die Post keinerlei Angaben über die Verarbeitung machen und das Zustelldatum sei unbekannt, was ein offensichtlicher Fehler der Post sei (ebenda). Wie bereits in der Verfügung vom 3. Juni 2025 fest-

gehalten, ergibt sich aus der Sendungsverfolgung der Post, dass die Sendung am 11. Februar 2025, 21:18 Uhr, für die Zustellung sortiert wurde (act. 13 E. 2.2.), und die Zustellung beim Gericht (via Postfach) erfolgte am 12. Februar 2025, 06:20 Uhr (act. 4). Aus der vom klägerischen Rechtsvertreter mit seiner Eingabe vom 17. Juni 2025 eingereichten "Sendungsverfolgung" (act. 16/2) ergibt sich dies alles nicht, doch hätte ihm nach Lektüre der Verfügung vom 3. Juni 2025 auffallen müssen, dass das Gericht über eine Sendungsverfolgung mit den obgenannten Informationen verfügt (act. 4). Diese ist nach wie vor abrufbar (<https://www.post.ch/de/empfangen/sendung-verfolgen>, Sendungsnummer ..., letztmals besucht am 16. Juli 2025). Die Post hat demnach entgegen seinen Ausführungen nicht die Sendung wie eine uneingeschriebene Sendung behandelt. Wie überdies ebenfalls bereits in der Verfügung vom 3. Juni 2025 ausgeführt, werden eingeschriebene Sendungen und damit auch "Einschreiben Prepaid" von der Post nicht gestempelt, weshalb "Einschreiben Prepaid"-Sendungen für die Ausstellung einer Aufgäbebestätigung am Postschalter abzugeben sind (act. 13 E. 2.2.). Dies hat der klägerische Rechtsvertreter unterlassen. Von einem Fehlverhalten der Post kann also nicht die Rede sein. Es liegt somit am klägerischen Rechtsvertreter, den Beweis der Rechtzeitigkeit der Postaufgabe zu erbringen.

In seiner Stellungnahme zur Rechtzeitigkeit der Berufung führt dieser aus, die inhaltlichen Arbeiten an der Berufungsschrift am 7. Februar 2025 abgeschlossen und die Sendung am Sonntag, 9. Februar 2025 nach dem gleichentags erfolgten Korrekturlesen, Ausdruck und Unterzeichnen um ca. 17 Uhr in den Briefkasten am Bahnhof E._____ eingeworfen zu haben (act. 15 Rz. 2 ff.). Zum Beweis offeriert er hierzu die Leistungserfassung gegenüber der Mandantin (act. 16/1) sowie eine Zeugenbescheinigung seiner Mitarbeiterin, welche beim Einwurf des Briefes in den Briefkasten anwesend gewesen sei (act. 16/3).

4.2. Soweit der Einwurf in besagten Briefkasten am Sonntag, 9. Februar 2025, ca. 17 Uhr, erfolgt sein sollte, wäre er rechtzeitig erfolgt: Der Briefkasten am Bahnhof E._____ wird von Montag bis Freitag jeweils um 08:00 Uhr geleert (https://places.post.ch/de/003BE_00314972/briefeinwurf-E._____-bahnhof-

E._____, zuletzt besucht am 16. Juli 2025). Die Frist lief wie gesehen am Montag, 10. Februar 2025, ab (oben, E. 3.).

Mit den angebotenen Beweismitteln lässt sich die Rechtzeitigkeit des Briefeinwurfs – bis spätestens Montag, 10. Februar 2025, 23:59 Uhr – nicht erbringen: Zum vornherein nichts hierzu ableiten lässt sich aus der Leistungsabrechnung gegenüber der Mandantin (act. 16/1), sagt doch das dort festgehaltene Datum des Abschlusses der Berufung (7. Februar 2025) nichts darüber aus, wann die Berufungsschrift der schweizerischen Post übergeben worden ist. Damit verbleibt die schriftliche Bestätigung der Mitarbeiterin des klägerischen Rechtsvertreters vom 14. Juni 2025, mit welcher diese bestätigt, gemeinsam mit diesem am Sonntag, 9. Februar 2025 zuerst die Sendung finalisiert und anschliessend zum Bahnhof E._____ gefahren zu sein, wo dieser die Sendung am frühen Abend des 9. Februars eingeworfen habe (act. 16/3). Es handelt sich bei dieser schriftlichen Erklärung eines Dritten, mit welcher die Wahrnehmung einer bestimmten Tatsache (Briefeinwurf am Sonntagabend) bestätigt wird, um eine Zeugenbescheinigung (auch privates Bestätigungsschreiben genannt). Eine Zeugenbescheinigung ist nicht ein eigenständiges Beweismittel, sondern eine Urkunde (Art. 179 ZPO). Der Verfasser einer Zeugenbescheinigung unterliegt weder einer prozessualen Wahrheitspflicht noch hat er seitens des Gerichts Sanktionen zu befürchten. Sie erfolgt überdies kaum spontan, sondern wird von einer Partei bestellt (KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, 3. Aufl. 2021, Art. 169 N 11 f.). Das war auch vorliegend so ("Auf Anfrage von Herrn RA X._____ bestätige ich...", act. 16/3, Einleitungssatz). Der Beweiswert eines solchen privaten Bestätigungsschreibens wird nicht einheitlich beurteilt. Ob private Bestätigungsschreiben als Beweismittel i.d.R. untauglich und daher im Rahmen zulässiger antizipierter Beweiswürdigung auszuschliessen seien (so BSK ZPO-DOLGE, 4. Aufl. 2024, Art. 177 N 12), kann hier offen bleiben. Auf jeden Fall vermögen sie eine Zeugenaussage nicht zu ersetzen (ZK ZPO-WEIBEL, 4. Aufl. 2025, Art. 177 N 15; BSK ZPO-DOLGE, Art. 177 N 12) resp. bleibt der Beweiswert auch als Urkunde bescheiden, solange ihr Inhalt nicht in den Formen der Zeugeneinvernahme erhärtet wird oder wenigstens von weiteren Indizien gestützt wird (KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, Art. 169 N 12). Der klägerische Rechtsvertreter offeriert indes seine Mitarbeiterin nicht als Zeugin.

Auch sind keine weiteren Indizien vorhanden, welche die Darstellung stützen würden – eher im Gegenteil: Die Sendung wurde wie gesehen am Dienstag, 11. Februar 2025, 21:18 Uhr, für die Zustellung sortiert. Da der fragliche Briefkasten werktags täglich (um 08:00 Uhr) geleert wird und bei der Post zum Zeitpunkt der Sortierung keine Verspätungsmeldungen eingetroffen waren (vgl. act. 7), muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass die Sendung erst am 11. Februar 2025 oder dann – anders als geltend gemacht – am 10. Februar 2025 nach der Leerung des Briefkastens aufgegeben worden ist. Der Klägerin gelingt es mit den offerierten Beweismitteln nicht, das Gericht mit Sicherheit oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit (volles Beweismass) von der Rechtzeitigkeit der Berufungseinreichung zu überzeugen. Der Beweis der Rechtzeitigkeit der Berufung ist mit anderen Worten nicht erbracht.

5. Zusammenfassend ist auf die Berufung daher nicht einzutreten.
6. Bei diesem Ausgang wird die Klägerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist gemäss § 4 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen: Der Klägerin nicht, weil sie unterliegt, den Beklagten nicht, weil ihnen keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung der Klägerin wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr für das obergerichtliche Verfahren wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt. Sie werden aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Im Mehrumfang wird ihr dieser zürückerstattet, unter Vorbehalt eines Verrechnungsrechts des Staates.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten unter Beilage je eines Doppels von act. 2 und 15 sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.
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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: