

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120112-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. M. Kriech
und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. E. Iseli

Beschluss vom 2. April 2013

in Sachen

1. **A1.**_____,
2. **A2.**_____,
3. **A3.**_____,
4. **A4.**_____,
5. **A5.**_____,
6. **A6.**_____,
7. **A7.**_____,
8. **A8.**_____,
9. **A9.**_____,
10. **A10.**_____,
11. **A11.**_____ (vormals B._____),
12. **A12.**_____ (vormals C._____),
13. **A13.**_____,
14. **A14.**_____,
15. **A15.**_____,
16. **A16.**_____,
17. **A17.**_____,
18. **A18.**_____,
19. **A19.**_____,
20. **A20.**_____,
21. **A21.**_____,

- 22. **A22.**_____,
- 23. **A23.**_____,
- 24. **A24.**_____,
- 25. **A25.**_____,
- 26. **A26.**_____,
- 27. **A27.**_____,
- 28. **A28.**_____,
- 29. **A29.**_____,
- 30. **A30.**_____,
- 31. **A31.**_____,
- 32. **A32.**_____,
- 33. **A33.**_____,
- 34. **A34.**_____,
- 35. **A35.**_____,
- 36. **A36.**_____,

Kläger und Berufungskläger

1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24,
25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 vertreten durch
Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

D._____ **AG HBP** (vormals ... D._____ AG),
Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Bevorschussung, Ersatzvornahme, Minderung,
Schadenersatzforderung (Nichteintreten)**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Dielsdorf,
I. Abteilung, vom 23. Oktober 2012 (CG120008)**

Erwägungen:

1. Die Kläger und Berufungskläger (fortan: Kläger) machen vor Vorinstanz Mängelrechte gegen die Gesellschafter des Baukonsortiums "E._____" geltend. Das Baukonsortium bzw. dessen Gesellschafter hatte den Klägern Stockwerkeigentum veräussert. Die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan: Beklagte) ist einer von sieben Gesellschaftern des Baukonsortiums (act. 5/4).

Die Schlichtungsverhandlung fand am 21. März 2012 vor dem Friedensrichteramt F._____ statt (Urk. 4/3). Sowohl den Klägern als auch den Gesellschaftern des Baukonsortiums bzw. deren Organen wurde das persönliche Erscheinen erlassen (Urk. 1 S. 5, Urk. 14 S. 5). Die Kläger liessen sich durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____ und die Gesellschafter des Baukonsortiums durch Rechtsanwalt Dr. Y._____ vertreten (Urk. 1 S. 5, Urk. 4/3, Urk. 14 S. 4). Nach durchgeführter Schlichtungsverhandlung wurde die Klagebewilligung statt auf den Namen der Beklagten auf deren Vorgänger-Firma ... D._____ AG ausgestellt (Urk. 4/3). Bei der Beklagten handelt es sich um die ehemalige ... D._____ AG, welche am 13. Januar 2010 in die D._____ AG HPB umfirmiert wurde und die ihren Sitz zeitgleich nach ... verlegte (Urk. 4/8). Mit Eingabe vom 20. Juni 2012 machten die Kläger die Klage bei der Vorinstanz anhängig (act. 1). Nachdem ein Beschluss vom 8. August 2012 der Beklagten (unter ihrer Vorgänger-Firma ... D._____ AG) nicht hatte zugestellt werden können (act. 6 und 8), teilten die Kläger der Vorinstanz die neue Firma und Adresse der Beklagten mit Schreiben vom 7. September 2012 unter Beilage eines Handelsregisterauszugs mit (Urk. 4/7+8 = act. 9).

2. Die Vorinstanz erliess daraufhin am 23. Oktober 2012 einen Nichteintretensbeschluss betreffend die Klage der Kläger gegen die Beklagte (Urk. 2) und begründete dies damit, dass die Beklagte als Rechtsnachfolgerin der ... D. _____ AG nicht zur Schlichtungsverhandlung vorgeladen und die Klage gegen die Beklagte folglich ohne Klagebewilligung eingereicht worden sei (Urk. 2 S. 7).

3. Gegen den Nichteintretensbeschluss erhoben die Kläger am 30. November 2012 Berufung. Den Prozesskostenvorschuss haben sie innert einer Nachfrist am 18. Januar 2013 rechtzeitig geleistet (Urk. 12). Die Kläger beantragen (Urk. 1 S. 3):

- "1. Es seien Ziff. 1 des Beschlusses des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 23. Oktober 2012, nach welchem auf die Klage der Kläger gegen die Beklagte 5 (vormals ... D. _____ AG) nicht eingetreten wird, sowie Ziff. 2 – 4 desselben Beschlusses aufzuheben.
2. Es sei das Bezirksgericht Dielsdorf anzuweisen, auf die Klage der Kläger gegen die Beklagte 5 (vormals ... D. _____ AG) einzutreten.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, auch für das erstinstanzliche Verfahren, zulasten der Beklagten/Berufungsbeklagten 5, zuzüglich MwSt."

Die Kläger machen geltend, da an der Schlichtungsverhandlung sämtliche Gesellschafter des Baukonsortiums, namentlich auch die Beklagte – damals bezeichnet mit ihrer vormaligen Firma ... D. _____ AG –, durch Rechtsanwalt Dr. Y. _____ vertreten gewesen (Urk. 4/3) und für den Verzicht des persönlichen Erscheinens offenbar wichtige Gründe im Sinne von Art. 204 Abs. 3 lit. b ZPO angenommen worden seien, sei auf die persönliche Anwesenheit der Parteien verzichtet worden. Die Schlichtungsverhandlung sei im Sinne von Art. 203 f. ZPO ordnungsgemäss durchgeführt worden (Urk. 1 S. 7 f.).

4. In ihrer Berufungsantwort vom 6. März 2013 fordert auch die Beklagte, auf die Klage sei einzutreten und der Nichteintretensbeschluss der Vorinstanz sei aufzuheben (Urk. 14 S. 4). Das Friedensrichteramt F. _____ sei mit E-Mail-Schreiben vom 15. März 2012 über die Vertretung – insbesondere auch der Beklagten – informiert (unter Beilage der Vollmacht lautend auf die D. _____ AG

HBP) und es sei ein Gesuch um Entbindung aller Beklagten vom Erscheinen gestellt worden (Urk. 14 S. 5 unter Hinweis auf Urk. 15/2). Da sich das Vermittlungsbegehren gegen alle Gesellschafter des Konsortiums gerichtet habe, sei die Beklagte über das Schlichtungsverfahren informiert gewesen, obwohl offenbar eine schriftliche Vorladung bei der Berufungsbeklagten nicht eingegangen sei. Es sei auch richtig, dass die Kläger eine falsche Parteibezeichnung für die Beklagte verwendet hätten. Nichtsdestotrotz habe Rechtsanwalt Dr. Y. _____ die Beklagte an der Schlichtungsverhandlung vertreten, ohne Einwendungen hinsichtlich der Vorladung zu erheben (Urk. 14 S. 5). Für die Beklagte habe kein Zweifel daran bestanden, dass sie mit der Klage ins Recht gefasst werden sollte. Die Beklagte habe im Übrigen von der Vorinstanz keine Gelegenheit erhalten, sich zur Eintretensfrage zu äussern (Urk. 14 S. 6).

5. Die Vorladung ist eine gerichtliche Prozesshandlung, mit welcher der Anspruch des Vorgeladenen auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) gewährleistet wird. Entsprechend der formellen Rechtsnatur des Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. statt vieler: BGE 132 V 387 E. 5.1) haben Vorladungsmängel unter Vorbehalt ihrer rechtzeitigen Heilung Rechtsunwirksamkeit der nicht ordnungsgemässen Vorladung zur Folge (BSK ZPO-Bühler, Art. 133 N 3). Die Teilnahme an einer Verhandlung trotz mangelhafter Vorladung führt in der Regel zur Genehmigung des Mangels (Stahelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 133 N 6). Der Formfehler in einer Vorladung wird geheilt, wenn die nicht gehörig vorgeladene Person vorbereitet zur Verhandlung erscheint und sich materiell auf das Verfahren einlässt oder wenn sie die Rüge der nichtgehörigen Vorladung unnötigerweise hinauszögert (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 133 N 28). Enthält die Vorladung eine unrichtige Parteibezeichnung, so kann dieser Fehler korrigiert werden (BGE 114 II 335 E. 3; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen GVG, § 174 N 19). Daran hat sich unter eidgenössischer Zivilprozessordnung nichts geändert. Die Berichtigung einer Parteibezeichnung ist kein Parteiwechsel im Sinne von Art. 83 ZPO. Eine Berichtigung ist zulässig, wenn der Kläger zwar die richtige Person einklagen wollte, sie aber irrtümlich falsch bezeichnet hat. Dass dem so ist, muss sich gestützt auf das Vertrauensprinzip aus der Klageschrift sowie den gesamten Umständen ergeben

(Schwander, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 83 N 14 mit Hinweis auf BGE 114 II 335 E. 3a). Da die Beklagte vorliegend selbst ausführt, für sie habe kein Zweifel daran bestanden, dass sie mit der Klage ins Recht gefasst werden sollte, ist die falsche Parteibezeichnung in Anbetracht der obigen Ausführungen unschädlich. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Beklagte nicht nur unter falscher Parteibezeichnung vorgeladen wurde (womit die Vorinstanz ihren Nichteintretensbeschluss begründet hat), sondern ihr die Vorladung aufgrund dieses Umstandes gar nicht hat zugestellt werden können (Prot. I S. 9). Der Anspruch auf rechtliches Gehör der Beklagten wurde anlässlich der Schlichtungsverhandlung nämlich nicht verletzt, da Rechtsanwalt Dr. Y. _____ aufgrund der Vertretung der anderen Gesellschafter des Baukonsortiums davon erfuhr, dass auch die Beklagte ins Recht gefasst werden sollte (Urk. 15/2; vgl. Art. 137 ZPO). Sie war in der Wahrung ihrer Rechte mit anderen Worten nicht beeinträchtigt. Die letztgenannte Urkunde, mit welcher Rechtsanwalt Dr. Y. _____ die Friedensrichterin betreffend die Vertretung des Baukonsortiums – und insbesondere der Beklagten – informierte, stellt zwar ein unechtes Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO dar, welches jedoch zu berücksichtigen ist, nachdem die Vorinstanz es unterliess, die Parteien vor dem Nichteintretensbeschluss anzuhören (Stichwort: Orientierungspflicht vor "überraschender Rechtsanwendung"; statt vieler BGE 115 Ia 94 Regeste; Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 53 N 10). Schliesslich beeinträchtigt die mangelhafte Vorladung auch keinerlei öffentliche Interessen (vgl. BGE 132 I 249 E. 7); ihrer Heilung steht folglich nichts entgegen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der angefochtene Nichteintretensbeschluss (inkl. Kosten- und Entschädigungsfolgen) in Gutheissung der Berufung aufzuheben und die Sache zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

6. Da keine Partei das Verfahren veranlasst hat, ist keine Gerichtsgebühr festzusetzen (Art. 107 Abs. 2 ZPO), und der von den Klägern geleistete Prozesskostenvorschuss ist zurückzuerstatten. Den Parteien ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, weil keine Partei unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und weil für

eine Entschädigungspflicht des Staates keine Rechtsgrundlage ersichtlich ist (vgl. Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 107 N 26).

Es wird beschlossen:

1. Der Nichteintretensbeschluss des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 23. Oktober 2012 wird aufgehoben und die Sache zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es wird keine Gerichtsgebühr erhoben.
3. Der von den Klägern geleistete Prozesskostenvorschuss wird zurückerstattet.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf und die Kasse des Obergerichts, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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. 93 BGG.

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

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 2. April 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
mc