

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LB130033-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie die Ge-
richtsschreiberin lic. iur. M. Weibel

Urteil vom 4. Oktober 2013

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

3. **D.** _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Erbteilung**

**Berufung gegen einen Beschluss der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zü-
rich vom 29. Mai 2013; Proz. CP120005**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei der Nachlass des am tt.mm.2000 verstorbenen E._____, geb. tt. April 1919, von Zürich, zuletzt wohnhaft gewesen ... [Adresse], festzustellen;
2. Es sei festzustellen, dass die Parteien an diesem Nachlass wie folgt beteiligt sind:
- der Kläger zu 8/12
 - der Beklagte 1 zu 2/12
 - die Beklagte 2 zu 1/12
 - der Beklagte 3 zu 1/12
3. Es sei die Erbteilung durchzuführen;
unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolge."

Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich (3. Abteilung) vom 29. Mai 2013:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf Fr. 4'200.-.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Mehrbetrag wird ihm herausgegeben.
4. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten 1 eine Parteientschädigung von Fr. 3'780.- (inklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Den Beklagten 2 und 3 wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

...

(Mitteilung/Rechtsmittel)

Berufungsanträge des Klägers und Berufungsklägers (act. 32 S. 2):

1. Der Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 29. Mai 2013 (Geschäfts-Nr. CP120005) sei aufzuheben;
2. Die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten 1/Berufungsbeklagten 1.

Erwägungen:

I.

(Übersicht zum Sachverhalt/Prozessgeschichten)

1. Am tt.mm.2000 verstarb E._____ in Zürich. A._____, der Kläger, ist sein Sohn aus zweiter Ehe mit der am tt.mm.2002 verstorbenen F._____. E._____ hatte keine Verfügungen von Todes wegen getroffen. Die Erbschaft fiel daher an die gesetzlichen Erben. Das sind heute einerseits der Kläger sowie andererseits die Nachkommen von E._____ aus erster Ehe, nämlich der Sohn B._____ (Beklagter 1) sowie die Enkel C._____ und D._____ (Beklagte 2 und 3).

Der Kläger will das Erbe geteilt haben. Sein Anliegen unterbreitete er im Juni 2012, ohne vorgängig die Schlichtungsbehörde angerufen zu haben, mit einer Klage direkt dem Bezirksgericht Zürich.

2. Der Schriftsatz, mit dem der Kläger an das Bezirksgericht Zürich gelangte, datiert vom 15. Juni 2012 (vgl. act. 1). Dabei hielt er ausdrücklich fest, er mache "von der Möglichkeit Gebrauch, einseitig auf das Schlichtungsverfahren zu verzichten, nachdem die Beklagte 2 und der Beklagte 3 ihren Wohnsitz im Ausland" (act. 1 S. 3) hätten.

Das Bezirksgericht forderte zunächst vom Kläger einen Kostenvorschuss ein (vgl. act. 4 und act. 6). Mit Verfügung vom 29. August 2012 verlangte es sodann von den Beklagten 2 und 3 die Bezeichnung eines Zustellungsempfängers bzw. -domizils für gerichtliche Zusendungen in der Schweiz. Dabei wies es darauf hin,

im Säumnisfall würden die Zustellungen des Gerichts durch öffentliche Bekanntmachung i.S. des Art. 140 ZPO erfolgen (act. 7). Die Beklagten 2 und 3 erhielten die Verfügung vom 29. August 2012 auf dem Rechtshilfeweg (vgl. act. 12 und act. 15), bezeichneten indessen keinen Zustellungsempfänger.

Im Januar 2013 konnte den Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt werden (vgl. act. 16). Anfangs Mai 2013 liess der Beklagte 1 einen entsprechenden Schriftsatz einreichen und beantragte aus prozessrechtlichen Gründen im Wesentlichen, es sei auf die Klage nicht einzutreten. Für den Fall des Eintretens erklärte er, sich dem Urteil zu unterziehen, wie auch immer es ausfallen werde (vgl. act. 26 S. 2).

Mit Beschluss vom 29. Mai 2013 trat das Bezirksgericht auf die Klage nicht ein (act. 34 [= act. 27 = act. 33/1]).

3. Der Kläger führt mit Schriftsatz vom 2. Juli 2013 (vgl. act. 32 f.) gegen den Beschluss vom 29. Mai 2013 rechtzeitig Berufung (der angefochtene Entscheid ging ihm am 4. Juni 2013 zu; die Zustellung an die Beklagten erfolgte demgegenüber am 7. Juni und am 19. Juli 2013). Das Verfahren ist – wie noch zu zeigen sein wird – mit dem unbenützten Ablauf der Berufungsfrist für die Beklagten spruchreif geworden. Das Einholen einer Berufungsantwort erübrigt sich daher. Den Beklagten ist jedoch die Berufungsschrift (act. 32) noch zur Kenntnis zu bringen.

Auf Ersuchen des Klägers wurde das Verfahren bis Ende September 2013 nicht gefördert (vgl. act. 37); der vom Kläger zusammen mit dem Ersuchen in Aussicht gestellte Vergleich ging indessen nicht ein. Demnach ist der Entscheid heute zu fällen.

II.

(Zur Berufung im Einzelnen)

1. - 1.1 Das Bezirksgericht hat im angefochtenen Beschluss im Wesentlichen erkannt, der gerichtlichen Behandlung der Streitigkeit zwischen den Parteien habe von Gesetzes wegen ein Schlichtungsverfahren voranzugehen. Ein solches habe der Kläger gar nicht angestrebt. Sei aber ein Schlichtungsverfahren nicht durchgeführt worden, fehle es an einer Prozessvoraussetzung, was von Amtes wegen

zu berücksichtigen sei (vgl. act. 34 S. 3 f.). Die Parteien hätten das vom Gesetz vorgesehene Schlichtungsverfahren nur dann umgehen können, wenn sie alle darauf verzichtet hätten. Das treffe erstelltermassen beim Beklagten 1 nicht zu (vgl. act. 34 S. 3). Bei einer notwendigen Streitgenossenschaft, wie sie im Falle der Beklagten gegeben sei, führe das Fehlen einer Prozessvoraussetzung auch bei nur einem Streitgenossen – wie hier beim Beklagten 1 – dazu, dass auf die alle Beklagten umfassende Klage nicht eingetreten werden könne bzw. dürfe (a.a.O., S. 4).

Das Bezirksgericht hielt ferner sinngemäss fest, das Fehlen einer Prozessvoraussetzung stelle keinen behebbaren Mangel i.S.v. Art. 132 ZPO dar. Die ZPO kenne zudem das Institut der allgemeinen Prozessüberweisung nicht. Es habe daher beim blossen Nichteintreten auf die Klage zu bleiben (a.a.O.).

1.2 Der Kläger legt in seiner Berufungsschrift zunächst "Formelles" dar (vgl. act. 32 S. 2 f.) und rekapituliert danach eine "Prozessgeschichte" (vgl. a.a.O. S. 3-5). Rügen zum angefochtenen Beschluss bringt er danach vor, und zwar grundsätzlich unter drei Gesichtspunkten (vgl. act. 32 S. 5 ff.). Zusätzlich vermeint der Kläger, er sei von der Vorinstanz in seinem rechtlichen Gehör verletzt worden.

Die wesentlichen Rügen des Klägers in Stichworten: Erstens habe das Bezirksgericht den Art. 199 Abs. 2 lit. a ZPO verletzt bzw. nicht richtig ausgelegt (a.a.O., S. 5 - 7). Nach seiner – des Klägers – Auffassung müsse es bei einer notwendigen Streitgenossenschaft wie im Fall der Beklagten genügen, wenn wenigstens ein Streitgenosse im Ausland den Wohnsitz habe. Denn es "kann nicht sein, dass bei einer notwendigen Streitgenossenschaft für verschiedene Beteiligte verschiedene Prozessvoraussetzungen gelten" (act. 32 S. 6). Zweitens habe das Bezirksgericht den Art. 132 ZPO verletzt (a.a.O., S. 7-9). Diese Bestimmung wolle sicher stellen, dass Rechtssuchenden, denen ein Fehler unterlaufen sei, der Rechtsweg nicht voreilig und aus formalistischen Gründen abgeschnitten werde. Die Vorinstanz hätte ihm eine Nachfrist ansetzen müssen, um den von ihr angenommenen prozessualen Mangel zu beheben. Drittens habe sich der Beklagte 1 offensichtlich rechtsmissbräuchlich verhalten (vgl. act. 32 S. 11-14), nämlich schikanös, indem er sich einerseits auf eine fehlende Prozessvoraussetzung berufen

habe und an der Schlichtung festhalte, andererseits aber zugleich kundgebe, er unterziehe sich einem Urteil des Gerichtes, wie immer dieses auch ausfallen werde.

Selbstredend kann eine stichwortartige Wiedergabe von wesentlichen Rügen die Vorbringen einer Partei als solche nicht ersetzen. Die nachfolgenden Erwägungen berücksichtigen indessen alle Einwände und Rügen des Klägers in der Berufungsschrift, soweit sie der Rügeobliegenheit (vgl. dazu etwa BGE 138 III 375, ferner OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, mit Verweisen etwa auf HUNGERBÜHLER, in: Dike-Komm-ZPO, Art. 311 N 27-29 und N 33 sowie REETZ/THEILER, in: Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich 2013, Art. 311 N 36) sowie den Anforderungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO genügen, selbst dann und soweit, wie sie nicht näher erwähnt werden.

2. Das Bezirksgericht ist im angefochtenen Beschluss zutreffend vom erstellten Sachverhalt ausgegangen (vgl. act.34 S. 2): Eine Sühnverhandlung hat nicht stattgefunden (vorn Ziff. I/1, a.E.), und zwar nach dem ausdrücklichen Willen des Klägers (vorn Ziff. I/2, a.A., mit Verweis auf act. 1 S. 3). Zutreffend hat das Bezirksgericht die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen dargelegt und die richtigen Schlüsse gezogen. Die entsprechenden Erwägungen (vgl. act. 34 S. 3-4) müssen daher hier nicht nochmals wiederholt werden. Vielmehr kann vollumfänglich auf sie verwiesen werden. Ergänzend und verdeutlichend noch, was folgt:

2.1 Die Durchführung des Schlichtungsverfahrens ist eine vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte Prozessvoraussetzung (vgl. Botschaft zur ZPO in: BBI 2006 7333 bzw. FF 2006 6941). Rechtsprechung und Literatur halten daran richtigerweise fest (vgl. BGer, Urteil 4A_28/2013 vom 3. Juni 2013 E. 2.1 mit Verweisen). Besteht eine Partei aus mehreren Personen (wie bei der notwendigen Streitgenossenschaft), haben die Prozessvoraussetzungen in Bezug auf alle diese Personen erfüllt zu sein (so z.B. schon GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 299: "Ein Sachurteil kann überhaupt nur ausgefällt werden, wenn mit Bezug auf sämtliche Streitgenossen die Prozessvoraussetzungen vorhanden sind"). Die Rechtslage ist – entgegen der Auffassung des Klägers – in allen diesen Punkten ebenso klar wie der Sachverhalt, aus dem sie sich

ergibt, nämlich die klägerische Feststellung in der Klageschrift, es sei gar keine Schlichtung wenigstens gegenüber dem Beklagten 1 versucht worden.

2.2 Klar und unzweideutig ist ebenso der Wortlaut von Art. 199 Abs. 2 lit. a ZPO. Ein Verzicht auf Schlichtung durch eine klagende Partei ist nur dann möglich, wenn "die beklagte Partei Sitz oder Wohnsitz im Ausland hat". Der Beklagte 1 hatte weder vor der Klageeinleitung noch heute einen Sitz oder Wohnsitz im Ausland. Ergo hatte die vom Kläger ins Recht gefasste "beklagte Partei", die sich notwendigerweise aus den Beklagten 1-3 zusammensetzt, ganz offensichtlich in keinem massgeblichen Zeitpunkt je den Wohnsitz im Ausland. Raum für eine andere Sicht, namentlich für eine Auslegung der Bestimmung gegen ihren klaren Wortlaut (also contra legem), bleibt von daher keiner.

2.3 Gemäss Art. 59 Abs. 1 ZPO tritt das Gericht auf die Klage oder auf ein Gesuch dann ein, wenn die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Umgekehrt darf es auf die Klage oder auf ein Gesuch gerade nicht eintreten, wenn nur schon eine Prozessvoraussetzung unerfüllt ist. Ob und inwieweit das im Einzelfall zutrifft, hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Und ebenso von Amtes wegen (also: ex officio; vgl. auch Art. 58 Abs. 2 ZPO) hat es dann, wenn eine Prozessvoraussetzung unerfüllt ist, auf die Klage nicht einzutreten, unbeschadet anderweitiger Vorstellungen einer oder beider Parteien und unabhängig von den Anträgen einer oder beider Parteien. Denn darauf kommt es gerade nicht an (vgl. dazu, statt vieler: ZÜRCHER, in: Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 2. A., Zürich 2013, Art. 60 N 6 f.).

Die Prozessvoraussetzung der versuchten Schlichtung fehlte in Bezug auf den Beklagten 1 von Anfang an, was zwangsläufig zu einem Nichteintreten auf die Klage führen musste und muss. Auf Ansichten und Anträge des Klägers und des Beklagten 1 kam und kommt es insoweit gar nicht an. Die Frage rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Beklagten 1 kann sich deshalb gar nicht stellen. Es erübrigte sich insofern eigentlich der Hinweis darauf, dass das Nichteintreten des Bezirksgerichtes seine Ursache ohnehin ausschliesslich im Verhalten des Klägers vor und bei der Klageeinleitung hat: Er hat von vornherein auf das Schlichtungsverfahren gegen den Beklagten 1 verzichtet und das gegenüber dem Bezirksge-

richt sogleich klar kundgetan (vgl. act. 1 S. 3). Damit hat er sich zugleich im Massgeblichen, nämlich zur fehlenden Prozessvoraussetzung, abschliessend geäussert. Denn was der Kläger auch sonst noch hätte vorbringen können oder wollen, konnte und kann seit dem Eingang der Klage beim Bezirksgericht an der Tatsache, dass er diese Klage beim Gericht anhängig machte, ohne zuvor das Schlichtungsverfahren zu beschreiten, nichts mehr ändern. Die Rügen des Klägers zur Gehörsverletzung zielen somit insgesamt an der Sache vorbei und dürfen unbeachtet bleiben (ansonsten man in offensichtlich nutzlosen [vgl. auch nachstehende Ziff. II/2.4] und damit überspitzten Formalismus verfielen).

2.4 Das Bezirksgericht ist auf die Klage nicht eingetreten, weil es in Bezug auf den Beklagten 1 an der Prozessvoraussetzung des erfolglos versuchten Schlichtungsverfahrens fehlt. Diese Rechtsfolge ist – wie schon angesprochen – in Art. 60 ZPO geregelt (und zwar abschliessend). Der Kläger will allerdings, dass nicht diese Norm Anwendung findet, sondern der Art. 132 ZPO. Der Art. 132 ZPO befasst sich einzig mit Eingaben der Parteien an das Gericht, und zwar soweit diese mangelhaft bzw. fehlerhaft oder querulatorisch oder rechtsmissbräuchlich sind. Der Kläger behauptet zu Recht nicht, seine Klageschrift an das Bezirksgericht (act. 1) erfülle eine dieser Kategorien, sei namentlich mit einem innert Nachfrist leicht zu behebbenden Fehler (wie z.B. fehlender Unterschrift) behaftet gewesen. Der Art. 132 ZPO kann daher gar nicht zur Anwendung gelangen.

Fehlerhaft war, um das nochmals ausdrücklich festzuhalten, die Klageeinleitung durch den Kläger. Wie in Ziff. II/2.3 bereits angesprochen, erweist sich dieser Fehler des Klägers mit Bezug auf die Klage vom 15. Juni 2012 als unheilbar (das kennzeichnet Überlegungen zu seiner Heilung innert Nachfrist a priori für untauglich, auch wenn sie – wie der Kläger angibt – in der Literatur vertreten werden mögen). "Heilung" ist einzig dadurch möglich, dass der Kläger das Schlichtungsverfahren einleitet und, sollte dieses erfolglos bleiben, nochmals mit einer Klage an das Gericht gelangt. Dies entspricht in Fällen wie dem vorliegenden der Vorstellung des Gesetzgebers (vgl. vorn Ziff. II/2.1).

3. Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass es in Bezug auf den Beklagten 1 ab der Klageeinleitung im Juni 2012 an der Prozessvoraussetzung erfolglos ver-

suchter Schlichtung fehlte. Das Bezirksgericht ist daher zu Recht auf die Klage nicht eingetreten. Die Berufung erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

III.

(Kosten- und Entschädigungsfolge)

Der Kläger und Berufungskläger unterliegt in erster und zweiter Instanz vollumfänglich. Diesem Ausgang entsprechend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) ist vorab die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestätigen.

Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, welche die Entscheidgebür und die Kosten der öffentlichen Bekanntmachung (vgl. vorn Ziff. I/2.1) umfassen, sind vollumfänglich dem Kläger und Berufungskläger aufzuerlegen. Die Entscheidgebür ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 - 2 GebV OG und § 4 Abs. 2 GebV OG auf ca. ein Drittel der einfachen Grundgebür i.S. § 4 Abs. 1 GebV OG zu bemessen, ausgehend von einem Streitwert von rund Fr. 196'000.- (vgl. dazu act. 1 S. 4).

Den Beklagten ist mangels wesentlicher Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und es wird der Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 29. Mai 2013 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 4'200.- festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren (umfassend die Entscheidgebür und die Kosten der öffentlichen Bekanntmachung) werden dem Kläger und Berufungskläger auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung gegen Empfangsschein an

- den Kläger und Berufungskläger,
 - den Beklagten und Berufungsbeklagten 1 unter Beilage des Doppels von act. 32,
 - das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung,
 - die Obergerichtskasse,
- durch öffentliche Bekanntmachung im Dispositiv an
- die Beklagten und Berufungsbeklagten 2-3, verbunden mit dem Hinweis, dass für sie je eine vollständige Ausfertigung dieses Urteils sowie je ein Doppel von act. 32 während 30 Tagen – gerechnet ab der Publikation im kantonalen Amtsblatt – auf der Kanzlei der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich, Hirschengraben 15, 8001 Zürich, zum Bezug aufliegt.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 196'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. M. Weibel

versandt am: