

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LB150065-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 30. November 2015

in Sachen

1. **A.** _____,
2. **B.** _____,
3. ...,

Beklagte und Berufungskläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

1. **C.** _____,
2. **D.** _____,

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Anfechtung Grundstückauktion**

**Berufung gegen einen Beschluss des Zivilgerichtes des Bezirksgerichtes
Uster vom 14. September 2015; Proz. CG150005**

Rechtsbegehren:

1. Es sei in der freiwilligen öffentlichen Versteigerung der Liegenschaft E._____-strasse, Parzellen 1 und 2 des Grundbuchs G._____, vom 5. Mai 2011 im Restaurant F._____ in G._____, Auktionator Dr. A._____,
 - der Zuschlag an den Beklagten Dr. A._____ aufzuheben und
 - der Steigerungskaufvertrag zwischen B._____ (senior) und H._____ einerseits und Dr. A._____ als ungültig zu erklären.
2. Das Grundbuchamt G._____ sei anzuweisen, die Liegenschaft E._____-strasse, Parzellen 1 und 2 des Grundbuchs G._____ wieder auf den Namen der Beklagten 2 und 3 als Eigentümer einzutragen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten (act. 5/2 S. 2).

Beschluss des Bezirksgerichtes Uster vom 14. September 2015
(act. 4 = act. 6 = act. 45:

1. Der Nichteintretensantrag des Beklagten 1 wird abgewiesen und die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Uster vom 25. November 2014 als gültig angesehen.
2. Dem Kläger 2 wird eine Frist von 21 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um für die Parteientschädigung des Beklagten 1 eine Sicherheit von Fr. 14'000.– zu leisten.

Wird Sicherheit in Geld geleistet, hat die Zahlung auf das Konto der Bezirksgerichtskasse Uster (Postkonto 80-4944-0, lautend auf Bezirksgerichtskanzlei, 8610 Uster, Zahlungszweck: "Geschäfts-Nr.: CG150005-I", IBAN: CH60 0900 0000 8000 4944 0) zu erfolgen.

Sofern für die Einzahlung der Sicherheit nicht der beiliegende Einzahlungsschein verwendet wird, ist als Zahlungszweck zwingend die "Geschäfts-Nr.: CG150005-I" anzugeben.

Wird die Sicherheit durch Garantie einer in der Schweiz niedergelassenen Bank oder eines zum Geschäftsbetrieb in der Schweiz zugelassenen Versicherungsunternehmens geleistet, so ist diese unter Angabe der "Geschäfts-Nr.: CG150005-I" innert der angesetzten Frist im Original dem Gericht einzureichen.

(3.-5. Mitteilung / Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungskläger (act. 2, sinngemäss):

1. Die Dispositiv-Ziffer 1 des Beschlusses des Bezirksgerichts Uster vom 14. September 2015 sei aufzuheben.
- b) Auf die Klage sei nicht einzutreten.
- c) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen samt Mehrwertsteuerzusatz zulasten der Kläger.
- d) Es sei auf solidarische Haftung der Gesuchsteller für die Kosten- und Entschädigungsfolgen samt Mehrwertsteuerzusatz zu erkennen.

der Kläger und Berufungsbeklagten:

Erwägungen:

I.

1. Die Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend Kläger) und der Beklagte und Berufungskläger 1 (nachfolgend Beklagter 1) sind Brüder und die (einzigen) Kinder des Ehepaares B._____ und H._____, der vorinstanzlichen Beklagten 2 und 3. Der Beklagte 1 hatte am 5. Mai 2011 auf dem Wege einer freiwilligen öffentlichen Versteigerung sich den Zuschlag der elterlichen Liegenschaft als Auktionator selbst erteilt. Mit der vor Bezirksgericht Uster anhängig gemachten Klage fechten die Kläger die Versteigerung aus diversen Gründen als rechts- und sittenwidrig an und verlangen die Ungültigerklärung des Zuschlages.

2. Am 25. November 2014 fand die Schlichtungsverhandlung vor dem Friedensrichteramt Uster statt (act. 5/1). Am 3. März 2015 ging die Klageschrift unter Beilage der Klagebewilligung bei der Vorinstanz ein (act. 5/2). Mit Beschluss vom 4. März 2015 setzte die Vorinstanz den Klägern Frist an, um die Originalklagebewilligung nachzureichen und um einen Kostenvorschuss von Fr. 9'000.-- zu leisten (act. 5/6). Die Kläger kamen diesen Aufforderungen innert Frist nach (act. 5/12 und act. 5/15). Mit Verfügung vom 31. März 2015 wurde den Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 5/18). Innerhalb dieser Frist verlangte der Beklagte 1 vom Kläger 1 die Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung und ersuchte bis Eingang der Sicherheitsleistung um Abnahme der Frist zur Klageantwort. Der Kläger 1 leistete am 26. Juni 2015 eine Sicherheit für die Parteientschädigung des Beklagten 1 im Betrag von Fr. 14'000.-- (act. 5/35), worauf dem Beklagten 1 mit Verfügung vom 29. Juni 2015 neu Frist zur Erstattung der Klageantwort hinsichtlich des Klägers 1 angesetzt wurde (act. 5/36). Mit Eingabe vom 8. Juli 2015 verlangte der Beklagte 1 auch vom Kläger 2 die Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung und ersuchte bis Eingang der Sicherheitsleistung auch um Abnahme dieser Frist zur Klageantwort (act. 5/38), was ihm mit Verfügung vom 13. Juli 2015 gewährt wurde (act. 5/39). Am 24. August 2015 reichte der Beklagte 1 die Klageantwort hinsichtlich des Klägers 1 ein (act. 5/41). Er beantragte in erster Linie, auf die Klage sei mangels gültiger Klagebewilligung nicht einzutreten. Es sei unbestritten, dass der klägerische Rechtsvertreter eine

Viertelstunde zu spät an die Schlichtungsverhandlung erschienen sei. Es sei von Säumnis im Sinne von Art. 206 Abs. 1 i.V.m. Art. 147-149 ZPO auszugehen, weshalb das Verfahren vom Friedensrichter abzuschreiben gewesen wäre.

3.1. Mit Beschluss vom 14. September 2015 referierte das Bezirksgericht sorgfältig unter Bezugnahme auf die Literatur und das dem jeweiligen (Friedens-)Richter zustehende Ermessen, dass kein Säumnis der klagenden Partei im Sinne des Gesetzes vorlag (act. 4 S. 3 -7). Entsprechend wies es in Dispositiv-Ziffer 1 des genannten Beschlusses die Einrede der fehlenden Prozessvoraussetzung der gültigen Klagebewilligung und damit den Nichteintretensantrag des Beklagten 1 ab (act. 4 S. 9 Dispositivziffer 1). Der Entscheid des Bezirksgerichts ging den Beklagten am 24. September 2015 zu (act. 46). Mit Eingabe vom 26. Oktober 2015, zur Post gegeben am selben Tag, erhoben die Beklagten gegen Dispositiv-Ziffer 1 des Beschlusses vom 14. September 2015 Berufung (act. 2). Die Akten des Bezirksgerichts wurden beigezogen. Weitere prozessleitende Anordnungen wurden nicht getroffen. Der Berufungsprozess ist spruchreif.

3.2. Aufgrund des Amtsberichtes von Bezirksarzt Dr. med. I. _____ ist davon auszugehen, dass die vor Vorinstanz als Beklagte 3 aufgetretene H. _____ nicht mehr imstande ist, eine Vertretung zu bestellen (act. 5/48). Entsprechend hat das Bezirksgericht die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster auch ersucht, die Notwendigkeit von (Schutz-)Massnahmen zu prüfen (act. 5/53). Die Beklagte 3 ist demzufolge auch nicht mehr urteilsfähig in Bezug auf die Frage, ob sie gegen den Beschluss der Vorinstanz vom 14. September 2015 ein Rechtsmittel ergreifen will. Eine entsprechende Vollmacht zur Ergreifung eines Rechtsmittels kann sie daher weder dem Beklagten 2 noch einem Rechtsanwalt erteilen (siehe act. 3). Art. 374 ZGB (gesetzliches Vertretungsrecht des Ehepartners) kommt nicht zur Anwendung, weil die Vollmachterteilung an den Beklagten 2 bzw. an den Rechtsvertreter für die vorliegende Angelegenheit (Prozess über die Entäusserung ihrer Liegenschaft) nicht von den dort umschriebenen Rechtshandlungen umfasst ist. Es ist der KESB überlassen, ob sie qua Bestellung eines Vertretungsbeistandes (gestützt auf Art. 394 ZGB) im Namen der Beklagten 3 die Prozessvoraussetzung der gültigen Klagebewilligung in Frage stellen will oder

nicht; eine Klageantwort der Beklagten 3 ist denn auch noch ausstehend. Eine notwendige Streitgenossenschaft auf beklagtischer Seite liegt nicht vor, die es gebieten würde zuzuwarten, bis die KESB entschieden hat, wer im vorliegenden Berufungsverfahren für die Beklagte 3 handeln kann. Rechtsmittelkläger im vorliegenden Berufungsverfahren sind daher der Beklagte 1 und der Beklagte 2. Der Beklagte und Berufungskläger 2 (nachfolgend auch Beklagter 2) identifizierte sich im Berufungsverfahren mit dem vom Beklagten 1 vor Vorinstanz gestellten Nichteintretensantrag.

3.3. Ist wie hier das ordentliche Verfahren anwendbar, können prozessleitende Entscheide innert zehn Tagen mit Beschwerde, Zwischenentscheide innert dreissig Tagen mit Berufung angefochten werden. Ein Zwischenentscheid kann gefällt werden, wenn durch abweichende Beurteilung durch die obere Instanz sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Aufwand gespart werden kann (Art. 237 ZPO). Hier geht es um die Einrede des angeblich nicht ordnungsgemäss durchgeführten Schlichtungsverfahrens (Art. 60 ZPO i.V.m. Art. 59 ZPO). Wird die Einrede vom Bezirksgericht geschützt, ist das Verfahren durch Nichteintreten, also einen Endentscheid, zu erledigen. Das Bezirksgericht hat daher zutreffend einen Zwischenentscheid gefällt, der mit Berufung anfechtbar war (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO, so lautete auch die Rechtsmittelbelehrung). Die formellen Anforderungen an die Berufung (Antrag, Begründung) sind erfüllt.

II.

1. Im vorliegenden Berufungsverfahren dreht sich der Streit um die Gültigkeit der Klagebewilligung. Es ist zu prüfen und zu entscheiden, ob das Bezirksgericht zu Recht infolge gültiger Klagebewilligung auf die Klage eingetreten ist bzw. ob sich die Kläger auf die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Uster vom 25. November 2014 stützen können, obwohl ihr Rechtsvertreter eine Viertelstunde zu spät zur Sühnverhandlung erschienen war (act. 5/1).

2. Das Bezirksgericht Uster wies den Nichteintretensantrag des Beklagten 1 zu Recht ab. Das Bezirksgericht hielt zusammenfassend fest, dass den von ihm referierten Kommentaren zuzustimmen sei, wonach eine geringe Verspätung zu ei-

nem Termin nicht bereits als Säumnis zu werten sei. Das Bezirksgericht wies darauf hin, dass es im Ermessen des Gerichts liege, welche zeitliche Verspätung noch kein Säumnis bedeute (act. 4 S. 6 oben). An diesem Schluss vermögen für den vorliegenden Fall auch die von den Berufungsklägern erhobenen Einwände nichts zu ändern (act. 2 S. 2). Eine Partei ist säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint (Art. 147 Abs. 1 ZPO). Art. 206 statuiert für das Schlichtungsverfahren, dass bei Säumnis der klagenden Partei das Schlichtungsgesuch als zurückgezogen gilt und das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird. Es trifft zu, dass die eidgenössische ZPO keine Respektstunde nach der Art von § 197 GVG ZH vorsieht. In der von den Berufungsklägern zitierten Botschaft zur ZPO, S. 7309, wird festgehalten, dass die Säumnisfolge grundsätzlich sofort eintritt. Mit dem Hinweis, dass die Säumnisfolge grundsätzlich sofort eintritt, lässt aber auch die Botschaft offen, ob nicht doch eine (kleine) Wartezeit zu beachten ist. In der Tat kann pünktliches Erscheinen einer Partei durch Zufälligkeiten verzögert werden (vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, S. 708, N 1 zu § 197 GVG). Die von den Berufungsklägern angeführte Kommentarstelle (BK-Alvarez/Peter, ZPO 206 N 5) wiederholt den Text der Botschaft. Es findet sich auch dort keine argumentative Auseinandersetzung, weshalb in jedem Fall wegen einer viertelstündigen Verspätung eines klägerischen Rechtsvertreters die Wirkungen des Schlichtungsgesuches, nämlich insbesondere die Begründung der Rechtshängigkeit (Art. 62 ZPO) und die Fixierung des Forums (Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO), sofort und ohne Weiteres (vorbehältlich der Bewilligung eines Wiederherstellungsgesuches) dahinfallen sollte, und die klagende Person darauf verwiesen ist, ein neues gleich lautendes Schlichtungsbegehren zu stellen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass mit dem Bezirksgericht nicht in die pflichtgemässe Ausübung des Ermessens eines Friedensrichters einzugreifen ist, wenn er eine viertelstündige Verspätung zu einer Schlichtungsverhandlung noch nicht als Säumnis im Sinne des Gesetzes würdigt und nach erfolglos durchgeführtem Schlichtungsverfahren die Klagebewilligung ausstellt (Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Berufung ist abzuweisen.

III.

Dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend werden die Beklagten 1 und 2 kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist aufgrund des Streitwertes von (einstweilen) Fr. 100'000.-- zu bemessen und den Beklagten 1 und 2 je zur Hälfte aufzuerlegen, unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag (§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 2 und § 9 Abs. 2 GebV OG). Eine Parteientschädigung ist nach keiner Seite zuzusprechen, den Beklagten und Berufungsklägern nicht infolge Unterliegens und den Klägern und Berufungsbeklagten nicht mangels erheblicher Aufwendungen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten und Berufungskläger 1 und 2 wird abgewiesen, und Ziffer 1 des Beschlusses des Bezirksgerichtes Uster vom 14. September 2015 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt und den Beklagten und Berufungsklägern 1 und 2 je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag.
3. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die vorinstanzliche Beklagte 3 zuhanden der KESB Uster, an die Kläger und Berufungsbeklagten 1 und 2 unter Beilage des Doppels der Berufungsschrift (act. 2), sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 über die Zuständigkeit 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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: