

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB160087-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

## Beschluss vom 18. April 2017

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ Immobilien AG,**  
Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

1. **Stockwerkeigentümergeinschaft B. \_\_\_\_\_-Strasse .../....,**
2. **C. \_\_\_\_\_,**  
Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **negative Feststellungsklage**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichts Zürich,  
10. Abteilung, vom 10. November 2016 (CG160082-L)**

## Erwägungen:

### I.

1. Die Klägerin besorgte bis 2010 die Verwaltung der Beklagten 1 (Urk. 4/2 S. 2 f.). Mit Klageschrift vom 31. August 2016 und Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich Kreise ... (fortan Friedensrichteramt) vom 15. Juli 2016 machte die Klägerin gegen die Beklagten die vorliegende negative Feststellungsklage anhängig (Urk. 5/1, Urk. 5/2). Die Klägerin verlangt die Feststellung, dass sie elf vom Beklagten 2 im eigenen Namen und als Vertreter der Beklagten 1 in Betreuung gesetzte Beträge, total Fr. 550'731.–, nicht schuldet (Rechtsbegehren Ziffer 1) und die elf eingeleiteten Betreibungen (Urk. 5/4/2-12) zu Unrecht erfolgten (Rechtsbegehren Ziffer 2). Am 21. Oktober 2016 erkundigte sich die Vorinstanz beim Friedensrichteramt telefonisch, "wie die Beklagte 1 (Stockwerkeigentümergeinschaft B.\_\_\_\_-Strasse ... / ...) zur Schlichtungsverhandlung vorgeladen worden sei" (Urk. 5/7). Gleichentags übermittelte das Friedensrichteramt der Vorinstanz per Telefax das Schlichtungsgesuch und die Vorladung zur Schlichtungsverhandlung (Urk. 5/8). Am 10. November 2016 erging der Beschluss, mit dem auf die Klage gegen die Beklagte 1 kostenfällig nicht eingetreten wurde (Urk. 5/9 = Urk. 2).

2. Gegen den ihr am 14. November 2016 zugestellten Entscheid (Urk. 5/10/1) führt die Klägerin mit Eingabe vom 14. Dezember 2016, gleichentags zur Post gegeben, Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 10. November 2016 (Geschäfts-Nr. CG160082) sei aufzuheben.
2. Es sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese auf die Klage gegen die Beklagte 1 einzutreten und das Verfahren fortzuführen hat.

Eventualiter

3. In Gutheissung der Berufung sei Dispositiv Ziff. 3 des Beschlusses des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 10. November 2016 aufzuheben, es seien die Kosten für den vorinstanzlichen Entscheid C.\_\_\_\_ aufzuerlegen und es sei C.\_\_\_\_ zu verpflichten, der Klägerin eine Parteienschädigung (zzgl. MwSt) zu bezahlen.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten der Staatskasse, eventualiter zulasten von C.\_\_\_\_\_."

Der Kostenvorschuss von Fr. 4'000.– wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 6 und 7). Mit Verfügung vom 26. Januar 2017 wurde den Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 8). Am 16. Februar 2017 ging eine vom Beklagten 2 verfasste Berufungsantwort, überschrieben mit "Replik" ein (Urk. 9). Dazu nahm die Klägerin am 14. März 2017 Stellung (Urk. 12). Seit Zustellung dieser Stellungnahme an die Beklagten (Urk. 13/1+2) sind keine weiteren Eingaben mehr erfolgt.

## II.

1. Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid vermögensrechtlicher Natur. Der Streitwert übersteigt Fr. 10'000.–. Der Berufungsantrag, der einzig auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzielt, erweist sich in der vorliegenden Konstellation, in der die Vorinstanz auf die Klage noch gar nicht eingetreten ist und die Berufungsinstanz nur kassatorisch entscheiden kann, ausnahmsweise als zulässig (*OGer ZH LA140005 vom 9.4.2014 E. II/2 S. 4 f.*). Auf die Berufung ist – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO).

2. Die Vorinstanz erwog, die Durchführung des Schlichtungsverfahrens bilde eine Prozessvoraussetzung. Zur Schlichtungsverhandlung hätten die Parteien persönlich zu erscheinen. Die Versammlung der Stockwerkeigentümer könne für den Prozess einen Vertreter oder einen Verwalter bestellen und habe letzteren für den Prozess gehörig zu bevollmächtigen (Art. 712m Abs. 1 in Verbindung mit Art. 712t Abs. 2 ZGB). Für die Beklagte 1 sei C.\_\_\_\_\_ zur Schlichtungsverhandlung erschienen, der weder einen Verwaltungsvertrag noch eine Prozessermächtigung der Beklagten 1 habe vorweisen bzw. nachreichen können. Mangels Prozessermächtigung durch die Stockwerkeigentümergeinschaft sei C.\_\_\_\_\_ für die Beklagte 1 für den vorliegenden Prozess nicht prozessführungsberechtigt, weshalb die Beklagte 1 nicht gültig an der Schlichtungsverhandlung vom 14. Juli 2016 vertreten gewesen sei. Eine gesetzliche Ausnahme von der obligatorischen

Durchführung des Schlichtungsverfahrens bestehe nicht. Demzufolge sei das Schlichtungsverfahren mit Bezug auf die Beklagte 1 nicht gesetzeskonform durchgeführt worden. Damit fehle es an einer Prozessvoraussetzung, weshalb auf die Klage gegen die Beklagte 1 nicht einzutreten sei (Urk. 2 S. 4 f.).

3. Die Klägerin rügt zunächst, ein Nichteintretensentscheid hätte auch dann nicht ergehen dürfen, wenn C.\_\_\_\_\_ anlässlich der Schlichtungsverhandlung tatsächlich nicht prozessführungsberechtigt gewesen wäre. Vielmehr wäre in diesem Fall die Beklagte 1 mangels korrekter Vertretung säumig im Sinne von Art. 204 und 206 ZPO gewesen. Damit wäre der Klägerin wegen Säumnis der Beklagten 1 genauso die Klagebewilligung auszustellen gewesen (Art. 206 Abs. 2 und 209 ZPO). Die Klägerin habe denn auch nicht auf die obligatorische Durchführung des Schlichtungsverfahrens verzichtet (Urk. 1 S. 3 f. Ziff. 5).

4.1 Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Das Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung (Art. 209 ZPO) ist eine solche Prozessvoraussetzung, die das Gericht von Amtes wegen zu prüfen hat (BGE 139 III 273 E. 2.1 S. 275 f. mit Hinweisen). Zur Anwendung kommt der Untersuchungsgrundsatz (BK ZPO-Zingg, Art. 60 N 4).

4.2 Die Klagebewilligung ist vorliegend auch gegen die Beklagte 1 ausgestellt. Welche inhaltlichen Mängel zur Ungültigkeit der Klagebewilligung führen, ist nicht ohne weiteres klar (BK ZPO-Zingg, Art. 59 N 164; ZR 112 [2013] Nr. 40 S. 164). Ungültig ist die Klagebewilligung etwa, wenn die Schlichtungsbehörde mangels persönlichen Erscheinens der klagenden Partei (Art. 204 Abs. 1 ZPO) das Verfahren hätte abschreiben müssen, weil bei Säumnis der klagenden Partei das Schlichtungsgesuch nach Art. 206 Abs. 1 ZPO als zurückgezogen gilt (BGE 140 III 70 E. 5 S. 74). Im hier zu beurteilenden Fall ist indes das Erscheinen der beklagten Partei zu beurteilen. Bei Säumnis der beklagten Partei verfährt die Schlichtungsbehörde gemäss Art. 206 Abs. 2 ZPO, wie wenn keine Einigung zustande gekommen wäre, d.h. gemäss Art. 209 bis 212 ZPO, wobei die Schlichtungsbehörde an der Schlichtungsverhandlung möglichst rasch und gestützt auf Urkunden (vgl. Art. 203 Abs. 2 ZPO) darüber befinden können muss, ob die Voraussetzung des persönlichen Erscheinens nach Art. 204 Abs. 1 ZPO erfüllt ist

oder ob sie aufgrund von Säumnis der klagenden Partei das Verfahren abschreiben bzw. aufgrund von Säumnis der beklagten Partei nach Art. 209-212 ZPO verfahren soll (BGE 141 III 159 E. 2.4 und E. 2.6 S. 165 f.).

4.3 Die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer ist partei- und prozessfähig (Art. 712l Abs. 2 ZGB). An die Stockwerkeigentümer insgesamt gerichtete Erklärungen, Aufforderungen, Urteile und Verfügungen können durch Zustellung an den Verwalter an seinem Wohnsitz oder am Ort der gelegenen Sache wirksam mitgeteilt werden (Art. 712t Abs. 3 ZGB). Hingegen besitzt der Verwalter keine gesetzliche Vertretungsmacht für das ordentliche Verfahren (Art. 712t Abs. 2 ZGB; ZK-Wermelinger, Art. 712t ZGB N 52). Es ist Sache der Stockwerkeigentümergeinschaft bzw. -versammlung einen Vertreter (den Verwalter, einen Stockwerkeigentümer oder einen Dritten) zu bevollmächtigen (ZK-Wermelinger, Art. 712l ZGB N 133, Art. 712t ZGB N 69 f. und N 73; BK-Meier-Hayoz/Rey, Art. 712t ZGB N 38). Ein protokollierter Beschluss der Stockwerkeigentümersammlung reicht nach der neueren Lehre und Rechtsprechung für die Bevollmächtigung des Verwalters aus (ZK-Wermelinger, Art. 712t ZGB N 70; BGer 5A\_364/2011 vom 18. Juli 2011, E. 2 und 3.3; 5D\_98/2012 vom 14. August 2012, E. 3.3).

4.4 Aus der Berufungsbeilage 2 (Beschluss-Protokoll der Stockwerkeigentümersammlung vom 24. Juni 2010) ist ersichtlich, dass der Beklagte 2 (Wertquote 514/1000) mit der Verwaltung der Beklagten 1 betraut wurde (Traktandum 6 lit. g; Urk. 4/2 S. 3). Im Berufungsverfahren war daher der Beklagte 2 als Zustellungsempfänger der Beklagten 1, mangels eines entsprechenden Nachweises aber nicht als Vertreter der Beklagten 1 ins Rubrum aufzunehmen (vgl. Urk. 8 S. 2). Daran ändert auch nichts, dass entgegen der Darstellung in der Berufungsantwort (Urk. 9 S. 2 Ziff. 4: "Träger der Verwalter ist das einfache Mehr. Dieser ist C.\_\_\_\_.") gemäss Berufungsantwortbeilage 16 (Protokoll der ausserordentlichen Stockwerkeigentümersammlung vom 23. Mai 2011) der Beklagte 2 (Wertquote 553/1000) und der Stockwerkeigentümer D.\_\_\_\_ (Wertquote 271/1000) *gemeinsam* als Verwalter gewählt und *kollektiv zu zweien* mit der Vertretung der Stockwerkeigentümergeinschaft betraut wurden (Urk. 10/16 S. 2). Denn in Fällen, in

denen eine Stockwerkeigentümergeinschaft mehrere Verwalter bestellt hat, muss davon ausgegangen werden, dass jeder Verwalter die Mitteilung des Dritten entgegennehmen darf und muss, ungeachtet davon, ob sich die Zustellung im vertraglichen Zuständigkeitsbereich des empfangenden Verwalters befindet oder nicht (ZK-Wermelinger, Art. 712t ZGB N 81). Aus der Berufungsantwortbeilage 4 (Benutzungs- und Verwaltungsreglement) geht schliesslich hervor, dass der Träger der Verwaltung mit einfachem Mehr bestimmt wird (Art. 20).

5.1 Die Beklagte 1 wurde vom Friedensrichteramt daher ordnungsgemäss – und im Übrigen so wie im Schlichtungsgesuch von der Klägerin angegeben – zur Schlichtungsverhandlung vorgeladen (vgl. Urk. 5/7 und 5/8 [Schlichtungsgesuch sowie Eingangsanzeige / Vorladung S. 3]). Zur Schlichtungsverhandlung erschien der Beklagte 2 ohne Verwaltungsvertrag oder Prozessermächtigung der einzelnen Stockwerkeigentümer (Urk. 5/1 S. 2). Als Ergebnis der Schlichtungsverhandlung hielt das Friedensrichteramt u.a. fest (Urk. 5/1 S. 4):

"[...]

Herr C.\_\_\_\_\_, gleichzeitig Beklagter 2, welcher auf mehrfache Nachfrage hin bestätigt, **die Beklagte 1** rechtsgültig vor Friedensrichter zu vertreten – entsprechende Papiere wie einen Verwaltungsvertrag oder dgl. oder Zustimmungserklärungen der einzelnen Stockwerkeigentümer zur Prozessführung, können von Herr C.\_\_\_\_\_ weder eingereicht noch nachgereicht werden – bestreitet die Klage.

[...]"

5.2 Konnte sich der Beklagte 2 vor dem Friedensrichteramt nicht mittels Urkunden über seine Bevollmächtigung zur Prozessführung ausweisen, war die Beklagte zur Schlichtungsverhandlung nicht (persönlich) erschienen. Wollte man für das Schlichtungsverfahren wie für das summarische Verfahren die Vertretung durch den Verwalter genügen lassen (Art. 712t Abs. 2 ZGB), ändert dies nichts daran, dass auch seine rechtsgültige Bestellung als Verwalter nicht dokumentiert wurde (vgl. ZK-Wermelinger, Art. 712t ZGB N 50).

5.3 Die Vorinstanz ist insofern zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte 1 "nicht gültig an der Schlichtungsverhandlung vom 14. Juli 2016 vertreten war" (Urk. 2 S. 5 E. 5). Die Vorinstanz hat aber Bundesrecht verletzt, indem sie daraus folgerte, das Schlichtungsverfahren sei mit Bezug auf die Beklagte 1 nicht

gesetzeskonform durchgeführt worden und es fehle an einer Prozessvoraussetzung. Bei Säumnis der beklagten Partei verfährt die Schlichtungsbehörde, wie wenn keine Einigung zustande gekommen wäre (Art. 206 Abs. 2 ZPO). Kommt es zu keiner Einigung, so hält die Schlichtungsbehörde dies im Protokoll fest und erteilt die Klagebewilligung (Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies ist vorliegend geschehen (Urk. 1 S. 5). Nicht ersichtlich ist, wie die schwer verständlichen Ausführungen in der als "Replik" bezeichneten Berufungsantwort des Beklagten 2 (Urk. 9) an diesem Resultat etwas ändern könnten. Soweit der Beklagte 2 geltend macht, gemäss Art. 10 ZPO seien Klagen gegen eine natürliche Person an deren Wohnsitz zu erheben (Urk. 9 S. 2 Ziff. 2), übersieht er, dass sich die Vorinstanz zu ihrer örtlichen Zuständigkeit gar nicht geäussert hat.

dass erstens die Vorinstanz gegen ihn noch keinen Entscheid gefällt hat und zweitens der Betriebene vom Gericht des Betriebungsortes jederzeit feststellen lassen kann, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht (Art. 85a SchKG).

5.4 Die Berufung erweist sich als begründet. Damit erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den übrigen von der Klägerin vorgetragene Rügen (Urk. 1 S. 4 ff. Ziff. 6 ff.). Der angefochtene Beschluss ist aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur weiteren Prüfung der Klage gegen die Beklagte 1 zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Dabei wird die Vorinstanz mit Blick auf Zustellungen und die Vertretungsverhältnisse bei der Beklagten 1 den vorstehenden Erwägungen Rechnung zu tragen haben.

### III.

Bei diesem Ausgang ist für das zweitinstanzliche Verfahren lediglich eine Entscheidgebühr festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 und § 10 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Der Streitwert beträgt Fr. 199'811.– (Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. h, j und k). Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens ist dem neuen Entscheid des Bezirksgerichts vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 10. November 2016 wird aufgehoben und die Sache zur weiteren Prüfung der Klage gegen die Beklagte 1 und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichts vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 4'000.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist werden die erst- und zweitinstanzlichen Akten der Vorinstanz zugestellt.

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 beträgt Fr. 199'811.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 18. April 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N. Gerber

versandt am:  
cm