

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP160041-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

## Beschluss vom 2. Februar 2017

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_,
2. **B.**\_\_\_\_\_,

Beklagte, Berufungskläger und Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**C.**\_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y. \_\_\_\_\_

sowie

**Bezirksgericht Andelfingen,**

Beschwerdegegner

betreffend **Dienstbarkeit (Prozessfähigkeit)**

**Berufung gegen eine Verfügung vom 9. September 2016 und Beschwerde im Verfahren des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen (FV160002-B)**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Am 18. Februar 2016 reichte die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes D.\_\_\_\_\_ vom 11. November 2015 (Urk. 5/1) bei der Vorinstanz eine Klage betreffend Löschung einer Dienstbarkeit ein (Urk. 5/2). Innert dreimal erstreckter Frist für die schriftliche Stellungnahme gemäss Art. 245 Abs. 2 ZPO beantragten die Beklagten, Berufungskläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Beklagte) mit Eingabe vom 27. Juni 2016, es sei auf die Klage mangels Prozessfähigkeit der Klägerin, eventualiter mangels Rechtsschutzinteresses, nicht einzutreten. Weiter sei ihnen die Frist zum Einreichen der Klageantwort abzunehmen und diese nach dem Entscheid betreffend Eintreten auf die Klage gegebenenfalls neu anzusetzen (Urk. 5/13). Am 5. September 2016 nahm die Klägerin zur Eingabe der Beklagten Stellung und beantragte die Abweisung der Anträge der Beklagten, soweit darauf einzutreten sei (Urk. 5/18). Mit Verfügung vom 9. September 2016 entschied die Vorinstanz Folgendes (Urk. 2 = Urk. 5/20):

1. Der Antrag/Eventualantrag der Beklagten, es sei auf die Klage mangels Prozessfähigkeit der Klägerin bzw. mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten, wird abgewiesen.
2. Der klägerische Antrag auf Unterlassung des Bezugs der KESB-Akten betreffend die Klägerin wird gutgeheissen.
3. Die Kosten dieses Zwischenverfahrens in Höhe von pauschal Fr. 400.– werden den Beklagten, je solidarisch haftend für den ganzen Betrag, auferlegt.
4. Die beklagte Partei wird verpflichtet, die Klägerin für das Zwischenverfahren mit pauschal Fr. 1'000.–, zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, prozessual zu entschädigen.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Beschwerde)

2. Gegen diesen Entscheid erhoben die Beklagten Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 3):

- "1. Die angefochtene Verfügung des Bezirksgerichts Andelfingen vom 9. September 2016 (FV160002-B) sei aufzuheben.

2. Es sei über den Antrag 1 der Beschwerdeführer gemäss der Eingabe vom 27. Juni 2016 (Abnahme der Frist zur Einreichung der Klageantwort) zu entscheiden.
3. Es sei die Sache zwecks Ergänzung des Sachverhalts mittels Durchführung einer Beweiserhebung und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Die Kosten des vorinstanzlichen und des Beschwerdeverfahrens seien vollumfänglich der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und es sei diese zu verpflichten, den Beschwerdeführern sowohl für das vorinstanzliche Verfahren wie auch für das Beschwerdeverfahren eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. 8% MWST.) zu entrichten."

3. Mit Präsidialverfügung vom 3. Oktober 2016 wurde die Rechtsmittelschrift als Berufung entgegengenommen und den Beklagten Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 1'800.– angesetzt (Urk. 6), welcher rechtzeitig einging (Urk. 12). Mit Eingabe vom 4. Oktober 2016 beantragten die Beklagten, es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 7 S. 2). Auf diesen Antrag wurde mit Verfügung vom 5. Oktober 2016 nicht eingetreten (Urk. 10 S. 2). Innert Frist äusserte sich die Klägerin mit dem Antrag auf kostenfällige Abweisung (Urk. 14 S. 2). Diese Eingabe wurde den Beklagten zur Kenntnis gebracht (Urk. 17). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

## II.

1. Die Vorinstanz erwog in der angefochtenen Verfügung, bezüglich der Prozessfähigkeit der Klägerin sei festzustellen, dass sie 87 Jahre alt sei, ihren Haushalt aber mit Unterstützung der Spitex immer noch selbständig führe. Am 23. Juni 2016 sei bei der KESB Winterthur/Andelfingen eine anonyme Gefährdungsmeldung eingegangen, wonach anzunehmen sei, dass die Klägerin durch eine Drittperson manipuliert werde und infolge fortgeschrittener Altersdemenz urteilsunfähig sei. Der gegenwärtige Stand der Abklärungen der KESB sei nicht bekannt. Es könne aber davon ausgegangen werden, dass bis anhin noch kein KESB-Entscheid zur Frage einer allfälligen Beistandschaft für die Klägerin ergangen sei. Deshalb bestehe keine Grundlage, an der Urteilsfähigkeit der Klägerin zu zweifeln. Ausserdem sei sie anwaltlich vertreten und könne daher ihre Rechte durch ihren Rechtsvertreter umfassend wahrnehmen, selbst wenn sie in ihrer Urteilsfä-

higkeit eingeschränkt sein sollte. Die Prozessfähigkeit der Klägerin sei zum jetzigen Zeitpunkt zweifelsfrei gegeben, weshalb der Antrag der Beklagten auf Nichteintreten auf die Klage abzuweisen sei. Damit sei auch der Antrag der Klägerin auf Unterlassung des Bezugs der KESB-Akten betreffend die Klägerin zumindest für den aktuellen Verfahrensstand gutzuheissen (Urk. 2 S. 3 f.).

2.1. Indem die Vorinstanz den Einwand der fehlenden Prozessfähigkeit abwies, bejahte sie das Vorliegen einer (positiven) Prozessvoraussetzung. Bei einer abweichenden Beurteilung hätte – sofern der Mangel nicht geheilt würde (vgl. BK ZPO-Zingg, Art. 60 N 52; ZK ZPO-Zürcher, Art. 60 N 19) – ein Nichteintretensentscheid zu ergehen, weshalb der Entscheid der Vorinstanz als Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 ZPO zu qualifizieren ist (vgl. BK ZPO-Sterchi, Art. 67 N 1; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, § 7 Rn 227; ZK ZPO-Staehelin, Art. 237 N 5; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 308 N 28), welcher mit Berufung anfechtbar ist (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO).

2.2. Die Berufung muss schriftlich und begründet eingereicht werden (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus dem Begründungserfordernis folgt die Notwendigkeit eines Antrags. Dieser muss so bestimmt sein, dass er im Fall der Gutheissung des Rechtsmittels unverändert zum Urteil erhoben werden kann (BGE 137 III 617 E. 4.2.2 und E. 4.3). Es ist daher grundsätzlich ein Antrag zur Sache zu stellen. Wird wie vorliegend (vgl. oben Ziff. I/1.2) bloss die Aufhebung und Rückweisung beantragt, genügt dies nur dann, wenn die Rechtsmittelinstanz wegen fehlender Spruchreife lediglich kassatorisch entscheiden kann (*OGer ZH LA150016 vom 13. August 2015, E. 3.2; OGer ZH LA140005 vom 9. April 2014, E. II/2; Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 20; a.M. ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 34*). Wie nachfolgend unter Ziff. 3.3 aufzuzeigen sein wird, verletzte die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beklagten in mehrfacher Hinsicht und damit in schwerwiegender Weise. Infolgedessen ist eine Heilung im vorliegenden Rechtsmittelverfahren ausgeschlossen, da eine solche nur bei nicht gravierenden Verletzungen zulässig ist (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 N 27). Damit kommt ein reformatorischer Entscheid nicht in Betracht,

weshalb die Rechtsmittelanträge Ziff. 1 und 3 der Beklagten nicht zu beanstanden sind. Auf die Berufung ist einzutreten.

3.1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Bezüglich der Sachverhaltsfeststellung rügen die Beklagten, die Vorinstanz habe allein aufgrund einer Aktennotiz der KESB vom 8. August 2016 (Urk. 5/19/4), wonach die Klägerin fähig sei, ihren Haushalt zwar mit Unterstützung der Spitex, aber immer noch selbständig zu führen, die Schlussfolgerung gezogen, dass diese urteils- und prozessfähig sei. In dieser Aktennotiz werde allerdings auch aufgeführt, dass die Klägerin durch zwei Nachbarn "eng begleitet" werde und dass bei ihr gemäss Hausarzt "klar eine dementielle Entwicklung" vorliege. Dennoch habe die Vorinstanz sämtliche von den Beklagten angebotenen Beweise weder als Beweismittel in Erwägung gezogen noch zugelassen. Offensichtlich zweifle die Vorinstanz aber an der Prozessfähigkeit der Klägerin und habe daher die Absicht geäussert, sich anlässlich einer Verhandlung einen persönlichen Eindruck zu verschaffen. Ihre Erwägung, wonach derzeit kein Anlass bestehe, an der Urteilsfähigkeit der Klägerin zu zweifeln, beruhe auf einem offensichtlich unvollständig festgestellten und einseitig gewürdigten Sachverhalt und sei willkürlich (Urk. 1 S. 7 f.).

3.2. Prozessfähig ist, wer handlungsfähig, d.h. volljährig und urteilsfähig ist (Art. 67 Abs. 1 ZPO, Art. 13 ZGB). Nicht handlungsfähig sind Personen, die urteilsunfähig sind oder unter umfassender Beistandschaft stehen (Art. 17 ZGB). Ausserdem kann die Handlungsfähigkeit durch eine Massnahme des Erwachsenenschutzes eingeschränkt werden (Art. 19d ZGB). Die Urteilsfähigkeit wird aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung vermutet (BGE 124 III 5 E. 1b). Sie kann aber unter anderem bei einer dementiellen Erkrankung eingeschränkt sein oder gar entfallen. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Urteilsfähigkeit in zeitlicher und sachlicher Hinsicht relativ ist. Das heisst, sie ist in Bezug auf eine konkrete Handlung in einem bestimmten Zeitpunkt zu prüfen. Je nach Handlung sind unterschiedliche Anforderungen an Vernunft, Bewusstsein und Entschlusskraft zu stellen; es ist denkbar, dass eine Person mit allgemeiner Beeinträchtigung der Urteilsfähigkeit bezüglich Alltagsgeschäfte urteilsfähig, für anspruchsvollere Ge-

schäfte aber urteilsunfähig ist (BGE 124 III 5 E. 1a). Für eine anwaltlich vertretene Partei sind die Hürden indes nicht allzu hoch anzusetzen. Vielmehr hat zu genügen, wenn die betreffende Person die Tragweite des Prozesses und auch der Anwaltsvollmacht abzuschätzen vermag. Dennoch kann vorliegend allein aufgrund des Umstands, dass die Klägerin trotz ihres hohen Alters ihren Haushalt noch selbständig zu führen vermag (vgl. Urk. 5/19/4), nicht auf ihre Urteils- und damit Prozessfähigkeit im vorliegenden Verfahren geschlossen werden.

3.3. Nach einer Gefährdungsmeldung am 21. Juni 2016 wegen fortgeschrittener Altersdemenz (Urk. 5/19/1) leitete die zuständige KESB entsprechende Abklärungen ein (Urk. 5/19/2). Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid fest, der gegenwärtige Stand dieser Abklärungen sei nicht bekannt. Dennoch kam sie ohne Weiterungen zum Schluss, es sei davon auszugehen, dass noch kein Entscheid der KESB ergangen sei, und es bestehe daher kein Anlass, an der Urteilsfähigkeit der Klägerin zu zweifeln (Urk. 2 S. 3). Bei dieser Sachlage hätte die Vorinstanz allerdings vor Fällung des Zwischenentscheids im Sinne von Art. 60 ZPO von Amtes wegen weitere Abklärungen vornehmen müssen. Indem sie dies unterliess, stellte sie den Sachverhalt unvollständig fest. Hinzu kommt, dass die Vorinstanz ohne jegliche Begründung keines der von den Beklagten zur Frage der Urteilsfähigkeit der Klägerin offerierten Beweismittel (Urk. 5/13 S. 4 f.) abnahm und dadurch das Recht auf Beweis (Art. 152 ZPO) der Beklagten verletzte. Ausserdem verletzte die Vorinstanz das Replikrecht der Beklagten, indem sie diesen die Stellungnahme der Klägerin vom 5. September 2016 (Urk. 5/18) erst mit dem Entscheid vom 9. September 2016 zustellte (vgl. Urk. 2 S. 5). Deshalb ist die Berufung gutzuheissen und der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich die Prüfung der weiteren berufsungsweise geltend gemachten Rügen der Beklagten.

3.4. Das Verfahren ist nicht spruchreif, da der Sachverhalt betreffend die Urteilsfähigkeit der Klägerin in wesentlichen Teilen zu ergänzen ist. Das ist jedoch nicht Aufgabe der Berufungsinstanz (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 35). Das Verfahren ist daher zwecks Vervollständigung des Sachverhalts und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Diese

wird darüber zu befinden haben, ob angesichts der im Rechtsmittelverfahren neu eingereichten Unterlagen (Urk. 16/1-3) sowie einer allfälligen (ursprünglich von ihr vorgesehenen) Parteibefragung der Klägerin zu den im Hinblick auf ihre Prozessfähigkeit relevanten Tatsachen Anlass für weitere Beweisabnahmen (Beizug KESB-Akten, Zeugen, Gutachten) besteht oder ob darauf in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden kann.

### III.

1. Die Beklagten rügen, die Vorinstanz habe ihnen das Recht verweigert, indem sie bezüglich ihres Antrags, es sei ihnen die Frist zur Erstattung der Klageantwort abzunehmen und das Verfahren auf die Frage der Prozessfähigkeit der Klägerin zu beschränken, keinen formellen Entscheid gefällt habe. Die Vorinstanz sei daher aufzufordern, über diesen Antrag zu entscheiden (Urk. 1 S. 2 und S. 11 mit Verweis auf Urk. 5/13 S. 2). Die Klägerin beantragt, es sei über diesen Antrag zu befinden und er sei abzuweisen (Urk. 14 S. 2 und S. 11 ff.).

2. Nach Art. 319 lit. c ZPO sind Fälle von Rechtsverzögerung mit Beschwerde anfechtbar. Entgegen dem Wortlaut der Bestimmung können nicht nur Rechtsverzögerungen, sondern auch die qualifizierte Form der Rechtsverweigerung nach Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK gerügt werden (formelle Rechtsverweigerung; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 319 N 16 f.; Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 46). Der Rechtsmittelantrag Ziff. 2 der Beklagten ist demnach als Beschwerde im Sinne von Art. 319 ff. ZPO zu behandeln. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde richtet sich gegen die Vorinstanz (BGE 142 III 110 E. 3.2; Blickenstorfer, a.a.O., Art. 319 N 47), welche dementsprechend als Beschwerdegegnerin in das Rubrum aufzunehmen ist.

3. Die Vorinstanz fällte bezüglich der Prozessfähigkeit der Klägerin einen Zwischenentscheid. Bei einer abweichenden Beurteilung hätte wegen des Fehlens einer Prozessvoraussetzung grundsätzlich ein verfahrenserledigender Nichteintretensentscheid zu ergehen (vgl. dazu oben Ziff. II/2.1). Es wurde weder dargelegt noch ist ersichtlich, weshalb die Vorinstanz bereits vor Eintritt der Rechtskraft des

Zwischenentscheids weitere prozessleitende Anordnungen hätte treffen sollen. Vielmehr scheint unter diesen Umständen ein Zuwarten bis zum Eintritt der Rechtskraft aus prozessökonomischen Gründen zweckmässig und mit dem Beschleunigungsgebot vereinbar. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde erweist sich daher als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen.

#### IV.

1. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und § 9 Abs. 2 GebV OG auf Fr. 1'800.– festzusetzen.
2. Bezüglich der Rechtsverweigerungsbeschwerde unterliegen die Beklagten vollständig, weshalb ihnen nach Art. 106 Abs. 1 ZPO der auf die Beschwerde entfallende Anteil der zweitinstanzlichen Entscheidgebühr, welcher auf Fr. 600.– zu beziffern ist, aufzuerlegen und mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen ist. Dem Beschwerdegegner ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 ZPO, Art. 106 Abs. 1 ZPO).
3. Die Verteilung des auf die Berufung entfallenden Anteils der Entscheidgebühr (Fr. 1'200.–) sowie der Entscheid über die Parteientschädigung, soweit sie nicht den Beschwerdegegner betrifft, ist hingegen dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen, d.h. von deren Beurteilung der Prozessfähigkeit der Klägerin abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Schliesslich ist vorzumerken, dass die Beklagten zur Deckung der Kosten des Rechtsmittelverfahrens einen Vorschuss von Fr. 1'800.– leisteten (Urk. 12).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Die Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 9. September 2016 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'800.– festgesetzt.
4. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden im Umfang von Fr. 600.– den Beklagten auferlegt und mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Dem Beschwerdegegner werden keine Kosten auferlegt und keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Die Verteilung der verbleibenden Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens (Fr. 1'200.–) sowie der Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
7. Es wird vorgemerkt, dass die Beklagten einen Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– (wovon nach der Verrechnung gemäss Dispositiv-Ziff. 4 Fr. 1'200.– verbleiben) geleistet haben.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz.

9. 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 (betr. Ziff. 2) und ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt (in der Hauptsache) Fr. 25'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 2. Februar 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am: jo