

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP210006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Urteil vom 29. März 2021

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Kläger, Widerbeklagte und Berufungskläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. X._____,

gegen

1. **C.**_____,

2. **D.**_____,

Beklagte, Widerkläger und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Nachbarrecht**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 4. Dezember 2020; Proz. FV200021

Rechtsbegehren:

Klage: (act. 6/17 S. 2)

1. Die Kirschlorbeerhecke entlang der Grenze der beiden Grundstücke Kat.Nrn. 1 (E._____ [Strasse] 2, F._____ [Ort]) und 3 (G._____ -strasse 4, F._____) sei so zu versetzen, dass sie einen Grenzabstand von mindestens 60 cm zum Grundstück Kat.-Nr. 3 aufweist. Zudem sei die vorerwähnte Kirschlorbeerhecke ganzjährig so unter der Schere zu halten, dass ihre Höhe nie mehr als das Doppelte ihres Abstands zum Grundstück Kat.-Nr. 3 beträgt;
2. Die Glanzmispelhecke entlang der Grenze der beiden Grundstücke Kat.Nrn. 1 (E._____ 2, F._____) und 3 (G._____ -strasse 4, F._____) sei so zu versetzen, dass sie einen Grenzabstand von mindestens 60 cm zum Grundstück Kat.-Nr. 3 aufweist. Zudem sei die vorerwähnte Glanzmispelhecke ganzjährig so unter der Schere zu halten, dass ihre Höhe nie mehr als das Doppelte ihres Abstands zum Grundstück Kat.-Nr. 3 beträgt;
3. Die Topfpflanzen (Glanzmispeln und Koniferen) sowie die Glanzmispelhecke entlang der beiden Grundstücke Kat.-Nrn. 1 (E._____ 2, F._____) und 5 (unbebautes Grundstück; in Zukunft E._____ 6, F._____) seien so zu versetzen, dass sie einen Grenzabstand von mindestens 60 cm zum Grundstück Kat.-Nr. 5 aufweisen. Zudem seien die vorerwähnten Topfpflanzen und die Glanzmispelhecke ganzjährig so unter der Schere zu halten, dass ihre Höhe nie mehr als das Doppelte ihres Abstands zum Grundstück Kat.-Nr. 5 beträgt;
4. es sei die Lampe an der Nordgrenze des Grundstücks Kat.-Nr. 1 (E._____ 2, F._____) so auszurichten, dass das Grundstück Kat.-Nr. 5 (unbebautes Grundstück; in Zukunft E._____ 6, F._____) nicht mehr beleuchtet wird;
5. es sei den Beklagten zu verbieten, vom Grundstück Kat.-Nr. 5 (unbebautes Grundstück; in Zukunft E._____ 6, F._____) aus Arbeiten jeglicher Art (Bauarbeiten; Gärtnerarbeiten; Vermessungsarbeiten etc.) auszuführen beziehungsweise ausführen zu lassen unter Strafandrohung im Widerhandlungsfall gestützt auf Art. 292 StGB;
6. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu 7.7 % zu Lasten der Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit.

Widerklage (act. 6/19 S. 2)

1. Die Widerbeklagten 1 und 2 seien zu verpflichten, die auf ihrem Grundstück Kat.-Nr. 3, G._____ -str. 4, F._____ , entlang ihrer nördlichen Grenze zum Grundstück Kat.-Nr. 1, E._____ 2, F._____ wachsende Chinaschilf-Hecke (*Miscanthus sinensis*), welche den Abstandsbereich von

60 cm ab der Grenze unterschreitet, innert einer Frist von 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils zu beseitigen, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle.

2. Die Widerbeklagten 1 und 2 seien zu verpflichten, den im Bereich der nördlichen Grenze des Grundstücks Kat.-Nr. 3, G. _____-str. 4, F. _____, zum klägerischen Grundstück Kat.-Nr. 1, E. _____ 2, F. _____, hinübertretenden Maschendrahtzaun und Steinkorb innert einer Frist von 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils von Kat.-Nr. 1 zu beseitigen, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle.
3. Die Widerbeklagten 1 und 2 seien zu verpflichten, die im Bereich der nördlichen Grenze des Grundstücks Kat.-Nr. 3 G. _____-str. 4, F. _____, wachsenden drei toskanischen Säulenzypressen und den KugelTrompetenbaum auf einer maximalen Höhe von 496.0 m.ü.M. bzw. auf einer Höhe von 2 m ab gewachsenen Terrain unter der Schere zu halten, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer) zulasten der Widerbeklagten 1 und 2 - unter solidarischer Haftung.

Entscheid des Bezirksgerichtes:

(act. 3)

1. Auf die Klage gegen die Beklagte 2 wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'300.-.
3. Die Kosten werden den Klägern unter solidarischer Haftung auferlegt und aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Kläger werden verpflichtet, der Beklagten 2 eine Parteientschädigung von Fr. 1'800.- (inkl. MWST) zu bezahlen, wofür sie solidarisch haften.
5. (Frist an Kläger für Kostenvorschuss)
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.
7. Eine Berufung gegen Dispositivziffern 1-4 dieses Entscheids kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach,

8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

8. (Hinweis auf eine mögliche Beschwerde gegen Dispositivziffer 5)

Berufungsanträge:

der Kläger (act. 2):

1. Die Disp.-Ziff. 1 bis 4 der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 4. Dezember 2020 im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. FV200021-F seien aufzuheben;
2. eventualiter seien die Disp.-Ziff. 1 bis 4 der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 4. Dezember 2020 im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. FV200021-F aufzuheben und die Sache zur Einräumung des rechtlichen Gehörs und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt von 7.7% zulasten der Berufungsbeklagten unter solidarischer Haftbarkeit.

der Beklagten (act. 14):

1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer) zulasten der Berufungskläger - unter solidarischer Haftung.

Erwägungen:

1. Die Parteien sind Nachbarn am Richtung Norden und gegen den Zürichsee abfallenden Hang im "H. _____" in F. _____. Die Kläger bewohnen die Liegenschaft G. _____-strasse 4 Kat.Nr. 3. Die direkt angrenzende Liegenschaft G. _____-strasse/E. _____ Kat.Nr. 5 ist unüberbaut und steht ebenfalls in ihrem Eigentum. Die Beklagten bewohnen die Liegenschaft E. _____ 2, welche die südliche Grenze knapp zur Hälfte mit derjenigen der Kläger gemeinsam hat (zur Situation act. 6/11/2 und 6/20/35 erstes Blatt). Aus den Rechtsbegehren von

Klage und Widerklage sind die diversen nachbarlichen Anstände zwischen ihnen ersichtlich.

Unter Beilage einer Klagebewilligung vom 22. Juli 2020 reichten die Kläger am 6. August 2020 gegen die Beklagten Klage ein. Der Einzelrichter führte eine mündliche Verhandlung durch, an welcher er Klage und Klageantwort erstatten liess. Im Einverständnis der Parteien schloss er ein informelles Vergleichsgespräch an, welches zu keiner Lösung führte (Prot. I S. 5 ff.). In der Folge erliess das Gericht (in mittlerweile anderer Besetzung) am 4. Dezember 2020 die angefochtene Verfügung. Es ging davon aus, gegen die Beklagte 2 habe kein korrektes Schlichtungsverfahren stattgefunden, sodass es mit Bezug auf sie an einer Prozessvoraussetzung fehle (act. 6/21 = act. 3). Der Entscheid wurde dem Vertreter der Kläger am 9. Dezember 2020 zugestellt (act. 6/22/2).

2. Unter Berücksichtigung der Gerichtsferien rechtzeitig führen die Kläger Berufung gegen den Nichteintretensentscheid des Einzelrichters (act. 2). Den ihnen auferlegten Kostenvorschuss leisteten sie auf erste Aufforderung hin.

Es wurden die Akten des Friedensrichteramtes F. _____ beigezogen und dem Dossier des Obergerichts beigefügt (act. 9/1-15). Den Beklagten wurde unter Hinweis auf diese Aktenergänzung mit Verfügung vom 18. Februar 2021 Frist zur Berufungsantwort angesetzt; diese reichten die Beklagten mit Datum vom 17. März 2021 fristgerecht ein.

3.1 Das Nichteintreten auf eine Klage ist ein Endentscheid; es ist in einer vermögensrechtlichen Sache dann mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert mindestens Fr. 10'000.-- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Friedensrichterin gab den Streitwert in der Klagebewilligung mit "unter Fr. 5'000.--" an (act. 6/1). Die vorläufige Klage bezifferte den Streitwert mit Fr. 3'000.--, aufgrund der Annahme, es gehe finanziell um Gärtnerarbeiten von 2 Stunden à Fr. 75.-- pro Jahr während 20 Jahren (act. 6/2 S. 5 oben), was der Einzelrichter zunächst übernahm (act. 6/4 S. 2). In der Eingabe vom 26. Oktober 2020 zum Prozessualen erklärten die Beklagten einzig, der Streitwert liege unter Fr. 30'000.-- (act. 6/10 S. 2 unten). In der mündlichen Klagebegründung äusserten sich die Kläger zum Streitwert nicht

(act. 6/17, Prot. I S. 5). Die Beklagten schätzten den Streitwert der Klage auf Fr. 20'000.--, wobei sie damit argumentierten, um wie viel das von Immissionen betroffene Grundstück an Wert zunehme oder um wie viel das Immissionen verursachende Grundstück an Wert verliere, wenn Pflanzen beseitigt oder regelmässig gestutzt würden (act. 6/19 S. 3). Die Kläger wurden nicht zu einer Stellungnahme dazu aufgefordert (Prot. I S. 7). Der Einzelrichter schätzt den Streitwert in Anwendung von Art. 91 Abs. 2 ZPO auf Fr. 20'000.--. Die Kläger pflichten dem in der Berufung bei (act. 2 S. 3), die Beklagten nehmen den Punkt nicht auf (act. 14 passim).

Ob der Einzelrichter die im angefochtenen Entscheid auf S. 8 zitierten *siebzehn* Urteile des Bundesgerichts alle gelesen hat, darf bezweifelt werden, es wäre wenig sinnvoll verwendete Arbeitszeit. Im Ergebnis ist ihm zuzustimmen, und die Sache ist berufungsfähig.

3.2 Die Kläger rügen vorab, dass der Einzelrichter ihnen keine Gelegenheit gab, sich zu den Einwendungen der Beklagten in der Klageantwort zu äussern, welche das Schlichtungsverfahren betrafen. Schon aus diesem Grund müsse der angefochtene Entscheid aufgehoben und an den Einzelrichter zurückgewiesen werden (act. 2 S. 4/5, 6, 9 und 10/11). Die Beklagten erachten die Rüge als nicht berechtigt, weil die Kläger genau gewusst hätten, dass der Einwand des hinsichtlich der Beklagten 2 nicht korrekt durchgeführten Schlichtungsverfahrens erhoben werde (act. 14 S. 3).

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, welcher das Obergericht uneingeschränkt folgt, hat das Recht auf Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 ZPO) mit dem so genannten Replikrecht präzisiert. Dieses hat mit der technischen "Replik" (dem dritten Vortrag, welcher auf denjenigen der Beklagten folgt) nichts zu tun; es wird besser mit dem Ausdruck "Recht auf das letzte Wort" umschrieben, und es bedeutet, dass nicht zu Ungunsten einer Partei entschieden werden darf, welche nicht oder jedenfalls nicht zu den massgebenden Vorträgen oder Beweismitteln abschliessend Stellung nehmen konnte (BGE 138 I 48). Sodann wird der Gehörsanspruch als "formelles Recht" bezeichnet: seine Verletzung führt grundsätzlich zur Aufhebung des fehlerhaft zustande

gekommenen Entscheides (BGE 137 I 195 E. 2.2). Nach der Rechtsprechung stellt die Wahrung des rechtlichen Gehörs trotz dessen formellen Charakters aber keinen Selbstzweck dar. Wenn die Rückweisung einen blossen Leerlauf bedeuten würde, namentlich wenn eine Rechtsmittelinstanz den fraglichen Punkt mit gleicher Kognition wie die Vorinstanz überprüfen kann, darf von einer Rückweisung abgesehen werden (dass damit der in der Frage unterliegenden Partei eine Instanz verloren geht, wird bewusst in Kauf genommen). In der Regel wird das nur in Fällen minderer Schwere der Gehörsverletzung so gehandhabt, das Bundesgericht hat allerdings vom Prüfen dieser Voraussetzung auch schon abgesehen (BGer 4A_453/2016 mit Hinweisen auf weitere Entscheide).

Im vorliegenden Fall haben die Beklagten zwar bereits vorgängig zur mündlichen Verhandlung schriftlich ihren Einwand geltend gemacht und begründet, auf die Klage gegen die Beklagte 2 dürfe mangels eines korrekt durchgeführten Schlichtungsverfahrens nicht eingetreten werden (act. 6/10). Diese Eingabe wurde den Klägern zugestellt (act. 6/12). Sie hätten also kaum mit Erfolg an der mündlichen Verhandlung argumentieren können, dieser Einwand sei für sie neu und unerwartet, und sie müssten Gelegenheit haben, noch innert einer ihnen anzusetzenden Frist dazu Stellung zu nehmen. Sie waren aber nicht verpflichtet, schon in ihrem ersten Vortrag gleichsam vorsorglich dazu Stellung zu nehmen. Der erste Vortrag der Kläger in der mündlichen Verhandlung war entgegen der Auffassung der Beklagten im Übrigen keine Replik; wie die Kammer immer wieder, wenn auch mit bisher nur mässiger Resonanz bei den Einzelgerichten festgehalten hat, ist die fakultative Begründung im Sinne des Art. 245 Abs. 2 ZPO keine Klagebegründung, und darum ist auch die Stellungnahme im Sinne von Art. 245 Abs. 2 ZPO ebenso fakultativ, und wenn die beklagte Partei sich nicht äussert, dürfen ihr nicht die Säumnisfolgen von Art. 223 ZPO angedroht werden.

Die Beklagten äusserten sich in der mündlichen Verhandlung eingehend zu ihrer Einrede. Nach ihrem Vortrag schloss der die Verhandlung führende Richter direkt informelle Vergleichsgespräche an, welche allerdings scheiterten. Die Kläger kamen nicht mehr formell zu Wort (Prot. I S. 7). Damit wurde ihnen das

rechtliche Gehör im Sinne des letzten Wortes nicht gewährt. Ihre Rüge ist insofern begründet.

Was der Richter unter dem Titel "weiterer Ablauf der Verhandlung" (Prot. I S. 7) erläutert hatte, wurde im Protokoll nicht festgehalten. Sollte er erklärt haben, falls keine Einigung zustande komme, werde er vorweg über die Einrede der Beklagten entscheiden, hätten die anwaltlich vertretenen Kläger möglicherweise Anlass gehabt, ihr Recht zum letzten Wort einzufordern. Andererseits mochten sie sich darauf verlassen, dass sie erforderlichenfalls dazu eingeladen würden, und das wäre kein die so genannte Eventualmaxime missachtendes Verhalten gewesen - denn sie konnten auch hoffen oder spekulieren, der Einzelrichter plane den Einwand der Beklagten zu verwerfen, und weil diese dazu das letzte Wort gehabt hatten, wären Weiterungen unter dem Aspekt des Gehörs dann nicht nötig gewesen. Wie dem aber auch sei:

Auch wenn das rechtliche Gehör der Kläger verletzt wurde, war diese Verletzung nicht besonders schwer wiegend: dass sie zum fraglichen Einwand nicht noch einmal Stellung nehmen konnten, war nicht korrekt, aber sie kannten diesen Einwand doch schon vor der mündlichen Verhandlung. Auch wenn sie nicht dazu verpflichtet waren, hätten sie dazu in ihrem ersten mündlichen Vortrag Stellung nehmen können. In der Berufung handeln sie den Punkt nun eingehend ab und nennen auch Beweismittel (act. 2). Die Kammer kann die Frage mit der nämlichen Kognition überprüfen wie die Vorinstanz. Nach dem Prinzip, dass die konkret anzuwendenden Verfahrensmaximen auch im Rechtsmittelverfahren gelten, ist die Frage, ob das erforderliche Schlichtungsverfahren durchgeführt worden ist, als (wenn auch in Art. 59 ZPO nicht genannte) Prozessvoraussetzung zudem nach Art. 60 ZPO von Amtes wegen zu prüfen - gestützt darauf wurden auch die Akten des Schlichtungsverfahrens von Amtes wegen beigezogen. Unter diesen Umständen wäre die Rückweisung der Sache an den Einzelrichter, damit dieser die Kläger zu einem (weiteren) Vortrag zur Einwendung des ungenügenden Schlichtungsverfahrens auffordere, im Sinne der Praxis ein Leerlauf, und es ist davon abzusehen.

3.3 Damit ist nun zu entscheiden, ob die Einrede der Beklagten "ungenügendes Schlichtungsverfahren mit Bezug auf die Beklagte 2" stichhaltig ist. Die Beklagten betonen, die Beklagte 2 habe nicht als Partei, sondern nur als Begleitperson ihres Mannes an der Schlichtungsverhandlung teilgenommen. Sie habe am Anfang der Verhandlung ausdrücklich erklärt, sie sei gar nicht als Partei genannt und auch nicht vorgeladen worden, und die Friedensrichterin habe sie nie gefragt, ob sie bereit sei, Partei zu werden. Sie habe wohl aktiv mitdiskutiert, aber das stelle keine Einlassung dar, weil eine solche gar nicht möglich sei (act. 14 passim, besonders S. 4).

Dem Entscheidverfahren geht ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voraus (Art. 197 ZPO). Keine der zahlreichen gesetzlichen Ausnahmen von diesem Prinzip (Art. 198 f. ZPO) liegt vor. Das ordnungsgemäss durchgeführte Schlichtungsverfahren ist eine Prozessvoraussetzung im Sinne von Art. 59 ZPO (noch zum alten kantonalen Recht *OGerZH* LB110040 vom 20. Oktober 2011, zum neuen BGE 139 III 273 E. 2.1). Die Charakterisierung als Prozessvoraussetzung bringt mit sich, dass auf eine Klage nicht eingetreten werden darf, wenn kein Schlichtungsverfahren stattfand (BGE 137 III 380, ferner präzisierend *BGer* 4A_387/2013 vom 17. Februar 2014).

Das Sühnebegehren der Kläger hatte nur den Beklagten 1 genannt (act. 9/1/1), der Kostenvorschuss wurde nur von ihm gefordert, und auch die Eingangsanzeige/Vorladung lautete auf der beklagten Seite nur auf den Beklagten 1. Auf die Besonderheiten des Schlichtungsverfahrens ist zurückzukommen. Fürs Erste ist festzustellen, dass das Schlichtungsverfahren jedenfalls in dem Sinn nicht ordnungsgemäss durchgeführt wurde, als die Beklagte 2 im Begehren nicht genannt und in der Folge auch nicht vorgeladen wurde. Grundsätzlich führt das wie gesehen zum Nichteintreten auf die gegen sie gerichtete Klage (ob ein Fall notwendiger Streitgenossenschaft vorliegt, in der Sache demnach die Einrede der mehreren Streitgenossen erfolgreich sein könnte, ist hier nicht zu entscheiden: das wäre keine Frage der Prozessvoraussetzung, sondern des materiellen Rechts und führt gegebenenfalls

nicht zum Nichteintreten, sondern zur Abweisung der Klage - wenn auch ohne materielle Rechtskraft für eine später gegen beide Beklagten gerichtete Klage).

Als Merkwürdigkeit ist anzuführen, dass die Friedensrichterin die Klagebewilligung auf beide Beklagten ausstellte (act. 6/1). Grundsätzlich steht es der Friedensrichterin nicht zu, die an ihrem Verfahren beteiligten Parteien von sich aus zu ergänzen oder auszuwechseln. Reine Verschiebe oder klare Irrtümer darf sie zwar richtig stellen: wenn eine Partei die Filiale einer Bank einklagt (was häufig vorkommt), bestehen keine Bedenken dagegen, dass die Friedensrichterin von Amtes wegen die Bank als juristische Person in ihren Unterlagen aufführt und Vorladung und Klagebewilligung entsprechend ausstellt - wenn auch vielleicht mit dem Vermerk "Zustellungsadresse: Filiale xy". Bereits bei Mutter- und Tochtergesellschaft ist das aber keinesfalls zulässig, auch wenn die Friedensrichterin aufgrund der Akten erkennen mag, dass ein Vertrag auf die Muttergesellschaft lautet und gleichwohl die Tochtergesellschaft eingeklagt wird: ob zum Beispiel eine Abtretung oder eine Schuldübernahme erfolgt sind, ist im Schlichtungsverfahren nicht von Amtes wegen zu untersuchen. Gerade jüngst musste die Kammer rügen, dass eine Friedensrichterin eine gegen eine Stockwerkeigentümerschaft gerichtete Klage eigenmächtig in eine Klage gegen die einzelnen Miteigentümer abänderte und (nur) diese einzeln vorlud - auch wenn sie der (dort irrümlichen) Meinung war, das müsse so sein, war sie dazu keinesfalls befugt. Auch wenn die Friedensrichterin im vorliegenden Fall zu wissen glaubte, das fragliche Grundstück stehe im Miteigentum der Beklagten, durfte sie also nicht von sich aus auch die Beklagte 2 ins Verfahren einbeziehen.

Die Beklagten haben auch durchaus Recht mit ihrem Einwand, dass das Institut der Streitgenossenschaft nicht erlaubt, nachträglich eine Partei ins (gerichtliche) Verfahren aufzunehmen - es wäre denn vielleicht in analoger Anwendung von Art. 83 Abs. 4 ZPO mit Zustimmung der Gegenpartei. Wenn ein Beklagter im Schlichtungsverfahren vergessen gegangen ist, mag der Kläger dieses gegen ihn nachholen, dann die Klagebewilligung unverzüglich dem Gericht einreichen und um Vereinigung der beiden Prozesse ersuchen (Art. 125 lit. c ZPO). Das hilft den Klägern in diesem Fall allerdings nicht.

Gleichwohl bleibt die Frage, ob das Beharren auf einem formell einwandfreien Schlichtungsverfahren in diesem Fall darum nicht angezeigt ist, weil materiell die Voraussetzungen des Gesetzes erfüllt sind und das Nachholen des Schlichtungsverfahrens gegen die Beklagte 2 oder nun gegen die Beklagten 1 und 2 zusammen einen blossen Leerlauf bedeutete. Vom Grundsatz her stellt sich das Problem ähnlich wie vorstehend bei der Verletzung des rechtlichen Gehörs - mit dem Unterschied, dass dort die Kläger an einem strikten Vorgehen "nach dem Buchstaben" interessiert sind, und hier nun die Beklagten.

Das strenge Durchsetzen formeller Bestimmungen hat nicht selten den Ruch von Schikane oder überspitztem Formalismus. Nur schon aus Gründen der Gleichbehandlung der Rechtsgenossen kann es den Gerichten aber nicht erlaubt sein, gleichsam nach freiem Ermessen Formvorschriften durchzusetzen oder nicht. So mag eine Partei nur schwer verstehen, dass sie aufgrund ihrer Säumnis mit einer Eingabe ausgeschlossen ist, während die Referentin krank oder in den Ferien ist und die Sache daher ohnehin nicht bearbeiten kann. Oder wenn die fristbelastete Partei ihre Eingabe am Tag nach Fristablauf, aber noch vor dem üblichen Eingang der Post ans Gericht bringt, der Postweg (Art. 143 Abs. 1 ZPO) also zu einem späteren Eingang geführt hätte. Hier im Einzelfall Ausnahmen zu machen, verletzte das Gleichheitsgebot und wäre willkürlich.

Das Schlichtungsverfahren soll nicht nur der äusseren Form nach, sondern materiell in einem Vergleichsgespräch unter den am konkreten Streit beteiligten Personen bestehen. So muss die Partei persönlich an der Verhandlung teilnehmen, was beim Erscheinen nur ihres Anwaltes nicht der Fall ist, mag er auch mit der Sache vertraut und zum Abschluss eines Vergleichs ermächtigt sein (BGE 140 III 70). Ebenso wenig kann ein faktisches Organ die Vertretung wahrnehmen (BGE 141 III 159). Die Durchführung der Einigungsverhandlung im Sinne von Art. 291 ZPO ist zwingend, und bevor sie durchgeführt worden ist, darf keine Partei zu einem förmlichen Vortrag angehalten werden (BGE 138 III 366). Im Sinne des letzt-zitierten Entscheides war die kantonale Praxis zum alten § 109 ZPO/ZH: zwar sollte eine Sache, die einmal am Gericht rechtshängig geworden war, wegen Mängeln des (damals so genannten) Sühnverfahrens nur dann

zurückgewiesen werden, wenn Aussicht auf eine gütliche Einigung bestand. Dabei wurde aber unterschieden danach, ob ein Sühnverfahren wenn auch mangelhaft immerhin stattgefunden hatte, oder ob es überhaupt kein Sühnverfahren gegeben hatte - weil das die Rechtshängigkeit nach § 102 Abs. 1 ZPO/ZH ausschloss (Frank/Sträuli/ Messmer, Kommentar zur Zürcherischen ZPO, 3. Aufl.1997, bei § 109 ZPO). Dabei wurde das Fehlen eines Sühnverfahrens gegenüber auch nur einer von mehreren Parteien mit Bezug auf diese als "(überhaupt) kein Sühnverfahren" verstanden, trat also mit Bezug auf sie keine Rechtshängigkeit ein und war die Heilung des Mangels in Anwendung von § 109 ZPO/ZH nicht möglich.

Der Sachverhalt im vorliegenden Fall ist allerdings einigermaßen singulär: obgleich nur der Beklagte 1 vorgeladen worden war, erschien zur Schlichtungsverhandlung auch die Beklagte 2. Zwar verwahrten sich die Beklagten gleich zu Beginn dagegen, in Anwesenheit beider Ehepaare zu verhandeln (so die Kläger in act. 6/3/2 S. 7 oben, wenn auch in der Berufung bestritten: act. 2). Sie liessen sich dann aber trotz des Hinweises auf den formellen Mangel beide unstreitig auf das Schlichtungsgespräch ein, wobei die Beklagte 2 nach eigener Darstellung "aktiv mitdiskutierte" (act. 14 S. 4). Nach einiger Zeit verliess der Beklagte 1 die Verhandlung aus familiären Gründen, und die Beklagte 2 blieb allein mit der Beraterin ihrer Rechtsschutzversicherung zurück (zu deren Anwesenheit act. 9/2/2). Die Beklagten sind der Meinung, die Beklagte 2 sei nur als Begleitperson ihres Ehemannes und als Miteigentümerin natürlich an der Sache interessierte Person im Raum geblieben (act. 14 S. 6). Wie lange das Schlichtungs-Gespräch ohne den Beklagten 1 dann noch weiter ging (die Beklagten erinnern sich, es sei keinesfalls mehr eine Stunde gegangen: act. 14 S. 6), ist nicht wesentlich, ebenso wenig, ob die Beklagte 2 "kaum noch etwas zum Gespräch beitragen konnte". Entscheidend ist vielmehr, dass die Beklagte 2 und die Beraterin der Rechtsschutzversicherung nicht mit dem Beklagten 1 die Verhandlung verliessen, was zu erwarten gewesen wäre, wenn sie daran festhalten wollten, Partei des Verfahrens sei nur der Beklagte 1, sondern dass sie sich auf den Fortgang des Gespräches einliessen, auch wenn dieses nicht mehr lange gedauert haben mag, und wenn es am Ende erfolglos war. Es mag sein,

dass die Beklagte 2 nicht die Absicht hatte, als Partei an der Verhandlung teilzunehmen, und "nur schauen wollte, was es mit den kuriosen Anschuldigungen auf sich hat und ob eine aussergerichtliche Lösung möglich ist" (act. 14 S. 10 oben). Ihr Verhalten an der Verhandlung (wesentlich dabei ihr Bleiben nach dem Weggang ihres Gatten) durfte und musste nach Treu und Glauben aber trotz des anfänglichen formellen Vorbehaltes, sie sei nicht vorgeladen, als Teilnahme in der Funktion einer Partei verstanden werden. Wenn ihre Absicht nach eigenem Bekunden darin bestand, zu "schauen (...), ob eine aussergerichtliche Lösung möglich ist" und dabei "aktiv mitdiskutierte", ist präzise das der Sinn und Zweck einer Schlichtungsverhandlung. Diese hat somit materiell auch ihr gegenüber stattgefunden.

Ohne dass es darauf noch entscheidend ankäme, bestätigt das Verhalten der Parteien im Anschluss an die Schlichtungsverhandlung die Auffassung, dass die Beklagte 2 materiell am Schlichtungsversuch beteiligt war: nach der Verhandlung vom 2. Juli 2020 unterbreitete die Friedensrichterin den Beteiligten einen Vergleichsvorschlag, in welchem sie ausdrücklich beide Ehepaare als Parteien aufführte (act. 9/5). Der Beklagte 1 reagierte damit mit einem Brief, den er zwar alleine unterzeichnete, aber ausdrücklich in "wir-"Form abfasste, und in welchem er die beklagte Seite als "(D._____ &) C._____" bezeichnete (act. 9/7). Eine korrigierte Fassung richtete die Friedensrichterin wiederum an beide Eheleute C._____D._____, und diese ersuchten um eine weitere Überlegungsfrist mit einem von beiden unterzeichneten Brief (act. 9/9), welcher eingangs aufführte:

Verfahrensnummer: GV.2020.00022
Kläger B._____ und A._____
Beklagter C._____ und D._____
Gegenstand Nachbarrecht

Am 15. Juli 2020 erklärten und erläuterten die Absender "D._____ und C._____" schriftlich Ablehnung des Vergleiches, mit der Rubrizierung:

in Sachen
B. _____ & A. _____ Kläger
G. _____-strasse 4
F. _____
gegen
D. _____ & C. _____ Beklagte
E. _____ 2
F. _____

Unterzeichnet ist der Brief von beiden Eheleuten C. _____ D. _____ (act. 9/10). Selbstredend haben die Beklagten Recht mit dem Hinweis, dass es einer an einem Prozess nicht beteiligten Partei frei steht, an aussergerichtlichen Vergleichsgesprächen teilzunehmen, ohne dass sie dadurch zur Partei werden muss (act. 14 S. 10). In diesem Fall hat die Beklagte 2 aber unzweifelhaft und trotz des zu Beginn der mündlichen Schlichtungsverhandlung geäusserten Vorbehaltes zu erkennen gegeben, dass sie sich im Rahmen des Verfahrens der Friedensrichterin an den Gesprächen beteiligte, und sie hat sich auch ausdrücklich als Beklagte bezeichnet. Auch wenn sie im Schlichtungsgesuch nicht genannt worden und nicht zur Schlichtungsverhandlung vorgeladen worden war, hat das Schlichtungsverfahren auch gegen sie stattgefunden.

Unter diesen Umständen stellte es einen blossen Leerlauf ohne erkennbaren Nutzen und einen überspitzten Formalismus dar, wenn zusätzlich zum materiell bereits durchgeführten Schlichtungsverfahren ein solches erneut durchgeführt werden müsste. Die Berufung ist begründet. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben, und der Einzelrichter ist einzuladen, das Verfahren auch gegen die Beklagte 2 fortzusetzen.

4. Bei diesem Ausgang tragen die Beklagten die Kosten des Berufungsverfahrens und haben die Kläger für dieses zu entschädigen. Bei der Höhe der Entschädigung ist zu berücksichtigen, dass in der Berufung im Wesentlichen das bereits vor und im einzelrichterlichen Verfahren Diskutierte Thema war, und dass der Prozess nach dem heutigen Entscheid nicht erledigt ist, dass es also materiell um einen Zuschlag im Sinne von § 11 AnwGebV geht.

Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche Verfahren werden im Endentscheid zu regeln sein.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, und der angefochtene Entscheid wird aufgehoben. Der Einzelrichter wird eingeladen, das Verfahren auch gegen die Beklagte 2 fortzusetzen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.-- festgesetzt und den Berufungsbeklagten auferlegt.
3. Die Kosten werden aus dem Kostenvorschuss der Berufungskläger bezogen. Die Berufungsbeklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Berufungsklägern die Fr. 800.-- zu ersetzen.
4. Die Berufungsbeklagten werden solidarisch verpflichtet, den Berufungsklägern für die Berufung eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- zuzüglich 7.7% MWSt zu zahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungskläger unter Beilage des Doppels der Berufungsantwort act. 14, sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem 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. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw B. Lakic

versandt am: