

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB110023-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

Urteil vom 28. September 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen die Verfügung der III. Abteilung des Bezirksgerichtes
Horgen vom 21. März 2011 (eröffnet mit Verfügung vom 31. Mai 2011);
Proz. CG100045**

Erwägungen:

I.

1. Dem vorliegenden Verfahren liegt ein Darlehensvertrag zwischen der Klägerin als Geberin und dem Beklagten als Nehmer vom 1. Juli 1998 über den Betrag von Fr. 300'000.00 zuzüglich Zins zugrunde (act. 8/4/2).

2. Am 6. März 2010 ging beim Friedensrichteramt C._____ eine Klage ein, worin die Klägerin die Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung von insgesamt Fr. 361'590.50 zuzüglich Zins beantragte (act. 8/1). Am 27. April 2010 wurde eine Sühnverhandlung durchgeführt, zu welcher einerseits der klägerische Rechtsvertreter und andererseits der Beklagte mit einer Begleitperson erschien (act. 8/1). Da anlässlich der Sühnverhandlung keine Vereinbarung erzielt werden konnte (act. 8/1), reichte die Klägerin am 7. September 2010 beim Bezirksgericht Horgen Klage über Fr. 360'145.90 ein (act. 8/2).

Nach gescheiterten Vergleichsgesprächen der Parteien (act. 8/5 bis act. 8/11) setzte die Vorinstanz dem Beklagten am 15. Dezember 2010 Frist zur Erstattung der Klageantwort an (act. 8/12). Innert zweimal erstreckter Frist (act. 8/15 bis act. 8/20) reichte der Beklagte am 4. März 2011 seine Stellungnahme ein (act. 8/21). Darin beantragte er einerseits, auf die Klage nicht einzugehen und begründete dies mit der Unzuständigkeit des Friedensrichteramts C._____, der fehlenden persönlichen Anwesenheit der Klägerin an der Sühnverhandlung, der unterlassenen Mitteilung der anwaltlichen Vertretung der Klägerin an ihn sowie der Nichtvorlage von Arztzeugnis und weiteren Unterlagen (act. 8/21 S. 1 f.). Weiter machte er diverse Gegenforderungen gegenüber der Klägerin geltend und beantragte die Abweisung der Klage (act. 8/21 S. 2 f.). Mit Verfügung vom 21. März 2011 wurden die Parteien - unter konkludenter Abweisung des sinngemässen Antrags des Beklagten auf Rückweisung der rechtshängigen Klage wegen Mängeln des Sühnverfahrens gemäss § 109 Abs. 1 ZPO/ZH - auf den 17. Juni 2011 zu einer Referentenaudienz / Vergleichsverhandlung vorgeladen. Zudem wurde dem Beklagten Frist zur Bezifferung und detaillierten Begründung

der ihm persönlich gegenüber der Klägerin zustehenden Gegenforderungen angesetzt (act. 8/23 = act. 6). Neben Ausführungen zu den von ihm geltend gemachten Gegenforderungen zeigte der Beklagte der Vorinstanz mit Eingabe vom 1. April 2011 an, dass er mit der Abweisung seines Rückweisungsantrags nicht einverstanden sei und sich gegen die Weiterführung des Verfahrens wehre (act. 8/25). Am 11. April 2011 reichte die Klägerin zum Beleg ihrer fehlenden Verhandlungsfähigkeit im Hinblick auf die Verhandlung vom 17. Juni 2011 ein Arztzeugnis von Dr. med. D. _____ vom 8. April 2011 zu den Akten (act. 8/27 und act. 8/28). Mit Verfügung vom 31. Mai 2011 setzte die Vorinstanz dem Beklagten unter Hinweis auf die fehlende Rechtsmittelbelehrung in der Verfügung vom 21. März 2011 zur Beschwerdeeinreichung am Obergericht eine Frist von zehn Tagen an und nahm die Vorladung zur Verhandlung vom 17. Juni 2011 ab (act. 8/29 = act. 7).

3. Mit Eingabe vom 17. Juni 2011 führte der Beklagte gegen die mit Verfügung vom 31. Mai 2011 eröffnete Verfügung vom 21. März 2011 fristgerecht (act. 8/30) Beschwerde (act. 2). Am 1. Juli 2011 wurde dem Beklagten Frist (act. 9) und am 30. August 2011 Nachfrist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 13). Am 6. September 2011 ging der geforderte Betrag bei der Obergerichtskasse ein (act. 15). In Anwendung von Art. 322 ZPO wurde auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet.

II.

1. Am 1. Januar 2011 trat die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der ZPO rechtshängige Verfahren bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz das bisherige Verfahrensrecht. Das vorinstanzliche Verfahren wurde vor Inkrafttreten dieses Gesetzes anhängig gemacht. Es richtet sich demnach weiterhin nach den Bestimmungen der zürcherischen ZPO (ZPO/ZH) und denjenigen des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich (GVG) vom 13. Juni 1976. Für die gegen den Entscheid vom 21. März 2011 zur Verfügung stehenden Rechtsmittel gilt dagegen das bei dessen Eröffnung in Kraft stehende

Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Damit ist auf das vorliegende Beschwerdeverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung mit deren kantonalem Ausführungsgesetz (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess [GOG] vom 10. Mai 2010) anwendbar. Dass das vor Vorinstanz nach wie vor hängige Verfahren nach altem Recht zu Ende zu führen ist (Art. 404 Abs. 1 ZPO), ändert daran nichts (ZR 110/2011 Nr. 32). Gleichviel welchen Regeln das Verfahren in der zweiten Instanz folgt, ist das Rechtsmittel daraufhin zu prüfen, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden (alten) Normen richtig angewandte.

2. Der Beklagte brachte in seiner Beschwerde auch vor, die vorinstanzliche Verfügung vom 21. März 2011 sei wegen der fehlenden Rechtsmittelbelehrung mangelhaft (act. 2 S. 2). In Analogie zur Praxis bei unrichtiger Rechtsmittelbelehrung darf dem Beklagten aus deren Fehlen grundsätzlich kein Nachteil erwachsen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Anhang II im Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 157 GVG N 20). Dies ist aufgrund des Vorgehens der Vorinstanz mit nachgeholter Eröffnung der angefochtenen Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung im Entscheid vom 31. Mai 2011 ausgeschlossen. Dem Beklagten war die fristgerechte Beschwerdeerhebung denn auch möglich.

III.

1. a) Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens sind allfällige Mängel des Sühnverfahrens bzw. die Rückweisung einer rechtshängigen Klage aus diesem Grund nach § 109 Abs. 1 ZPO/ZH.

b) Die Vorinstanz stellte sich auf den Standpunkt, § 109 Abs. 1 ZPO/ZH sehe eine Rückweisung des Prozesses wegen Mängeln des Sühnverfahrens nur dann vor, wenn Aussicht bestehe, dass ein gehöriger Sühnversuch zur gütlichen Erledigung führe. Die Abwicklung des Sühnverfahrens vor einer örtlich unzuständigen Behörde stelle grundsätzlich keinen Rückweisungsgrund dar. Da aufgrund der bisherigen Vorbringen der Parteien im Verfahren ohnehin die Durchführung

einer gerichtlichen Referentenaudienz / Vergleichsverhandlung mit dem Ziel einer gütlichen Einigung angezeigt erscheine, komme unabhängig von deren Erfolg eine Rückweisung ans Friedensrichteramt nicht in Frage (act. 8/23 = act. 6).

c) Der Beklagte brachte dagegen in seiner Klageantwort vor Vorinstanz vor, dass das Verfahren falsch eingeleitet und damit ungültig sei. Für die Sühnverhandlung wäre seiner Meinung nach nicht das Friedensrichteramt in C._____ sondern dasjenige am Wohnort der Klägerin in E._____ zuständig gewesen. Im Weiteren hätte die Klägerin nach § 31 ff. ZPO/ZH persönlich an der Sühnverhandlung teilnehmen müssen. Bei der Sühnverhandlung sei auch kein ärztliches Zeugnis vorgelegt worden. Die Klägerin wäre denn auch gesundheitlich in der Lage gewesen an der Verhandlung teilzunehmen. Immerhin sei sie in dieser Zeit öfters alleine in die Ferien gefahren, was Zeugen bestätigen könnten. Dem Beklagten sei weiter nicht mitgeteilt worden, dass sich die Klägerin durch einen Anwalt vertreten lasse, wie dies die ZPO/ZH vorschreibe. Der Vertreter der Klägerin habe beim Friedensrichter auch keine Akten gemäss § 96 ff. ZPO/ZH vorgelegt. Wegen diesen Formfehlern sei auf die Klage nicht einzugehen (act. 8/21 S. 1 f.).

Mit Beschwerde vom 17. Juni 2011 ergänzte er die bisherigen Vorbringen derart, dass der Verfahrensablauf für ihn sehr grosse Nachteile gebracht habe. Die Darlehensgeberin habe damals die Aufsetzung eines Darlehensvertrags verlangt, inklusive dessen Punkt 5. Ein wichtiger Grund für diese Bestimmung sei gewesen, dass der Gerichtsstand immer an ihrem Wohnsitz liegen sollte, damit sie an einer allfälligen Verhandlung zu jeder Zeit - auch noch in ihrem Alter - persönlich anwesend sein könne (act. 2 S. 1). Wenn sich die Parteien erst vor Bezirksgericht Horgen persönlich treffen würden, werde die Verhandlung immer schwieriger. Jeder wisse, dass die Gerichtskosten in Horgen sehr hoch seien und keine Partei diese Kosten übernehmen wolle. Dagegen seien die Kosten vor dem Friedensrichter wesentlich tiefer. Er sei heute noch überzeugt davon, dass es bei einer Verhandlung vor dem Friedensrichter eine friedliche Lösung geben würde. Er habe seine Begründung und Beweismittel bis heute der Klägerin nicht persönlich mitteilen und übergeben können (act. 2 S. 2).

2. a) Soweit nichts anderes bestimmt war, ging nach altem Recht dem ordentlichen Verfahren das Sühnverfahren vor dem Friedensrichter voraus. Durch Einreichung der Weisung (als amtlichen Ausweis über die [zumindest zum Teil] erfolglose Durchführung des Sühnverfahrens) beim Gericht wurde der Rechtsstreit rechtshängig gemacht (§ 93 ZPO/ZH und § 102 Abs. 1 ZPO/ZH; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 100 N 1). Die Rechtshängigkeit trat auch bei Mängeln im Sühnverfahren mit Einreichung der Weisung ein (ZR 86 Nr. 60). Nach § 109 Abs. 1 ZPO/ZH wurde eine rechtshängige Klage bei Mängeln des Sühnverfahrens nur dann zurückgewiesen, wenn Aussicht bestand, ein gehöriger Sühnversuch führe zur gütlichen Erledigung.

b) Mit einer solchen gütlichen Erledigung konnte im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung jedoch nicht ernsthaft gerechnet werden. Nachdem die Parteien die Streitigkeit bereits vor Friedensrichter nicht vergleichsweise erledigt hatten (act. 8/1), konnte auch in den rund drei Monaten nach Klageeinleitung bei der Vorinstanz - selbst unter Beizug anwaltlicher Vertretungen auf beiden Seiten - keine Vereinbarung erzielt werden (act. 8/5 bis act. 11). Zudem führen die familiären Verbindungen der Parteien ohne weiteres zur Annahme, die Klägerin habe sich ein gerichtliches Vorgehen gegen ihren Sohn reiflich überlegt und sei zur Durchsetzung des geltend gemachten Anspruchs mindestens zu einem grossen Teil entschlossen. Dies umso mehr als der 1922 geborenen Klägerin dieser Entschluss nicht leicht gefallen sein dürfte. Im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Verfügung erschien es daher als wenig wahrscheinlich, dass sich die Klägerin dem (mindestens) auf einen Klagerückzug hinauslaufenden Standpunkt des Beklagten (act. 8/21) derart nähern würde, dass es zu einem Vergleich hätte kommen können. Inwiefern die persönliche Anwesenheit der Klägerin an einer Sühnverhandlung vor dem Friedensrichter an ihrem Wohnort daran etwas ändern würde (act. 8/21 S. 1), ist nicht ersichtlich. Ganz abgesehen davon, dass in Bezug auf deren Fernbleiben vor dem Friedensrichter in C._____ - entgegen der Darstellung des Beklagten (act. 8/21 S. 1 unten) - sehr wohl ein Arztzeugnis eingereicht worden war (act. 8/1 S. 2). Daneben ersuchte sie unter Hinweis auf ein erneutes Attest auch für die Verhandlung vom 17. Juni 2011 um Dispensation (act. 8/27 und

act. 8/28). Es ist daher unklar, ob die Klägerin überhaupt an einer Verhandlung persönlich anwesend sein würde.

Die Vorladung zu einer Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlungen im Rahmen der angefochtenen Verfügung steht zur fehlenden Aussicht auf gütliche Erledigung nur scheinbar in Widerspruch. Ein Gericht konnte Referentenaudienzen einerseits zur Vorbereitung oder Vereinfachung des Hauptverfahrens oder andererseits zur Verdeutlichung, Ergänzung, Berichtigung oder Vereinfachung von Parteivorbringen anordnen (§ 118 ZPO/ZH). Die zweite Variante diene dabei insbesondere zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO/ZH, vor allem auch bei nicht rechtskundig vertretenen Parteien wie es der Beklagte ab Mitte Dezember 2010 war (§ 118 Abs. 1 ZPO/ZH; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 55 N 10). Wie dies die Vorinstanz vorliegend tat, konnte die Referentenaudienz nach § 118 Abs. 3 ZPO/ZH unter anderem mit Vergleichsverhandlungen verbunden werden. Dieses Vorgehen drängte sich in der Praxis geradezu auf. Es widerspräche einem beförderlichen Verfahrensgang, wenn nach vorläufiger Bekanntgabe der Angriffs- und Verteidigungsmittel bzw. Klärung der Parteivorbringen sowie einstweiliger Einschätzung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht mangels Vorladung keine Vergleichsgespräche geführt werden dürften. Die Hoffnung auf Vergleichsbereitschaft nach Durchführung einer Referentenaudienz kann jedoch nicht mit der Aussicht auf eine gütliche Erledigung davor gleichgesetzt werden.

c) Daneben stellten die vom Beklagten als Mängel des Sühnverfahrens angeführten Umstände nach altem Recht und entsprechender Praxis entweder keine solchen dar oder deren Vorbringung nach Abschluss des friedensrichterlichen Prozesses wurde als unzulässig angesehen.

So rechtfertigte die Durchführung eines Sühnverfahrens vor einer örtlich oder sachlich unzuständigen Behörde im Allgemeinen keine Rückweisung der Klage. Es lag nicht nur dann kein zur Ungültigkeit führender Mangel vor, wenn sich sowohl das zuständige als auch das unzuständige Amt im gleichen Gerichtssprengel befand. Sofern die Klage dennoch beim zuständigen Gericht erfolgte, war das vor unzuständigem Friedensrichter geführte Sühnverfahren vielmehr ge-

nerell nicht mangelhaft. Die Unzuständigkeit war lediglich dann beachtlich, falls die Klageeinleitung bei einem unzuständigen Friedensrichter die Überleitung an ein ebensolches Gericht zur Folge hatte (ZR 79 Nr. 132; ZR 67 Nr. 60 mit Hinweis auf ZR 45 Nr. 126). Das Bezirksgericht Horgen ist jedoch zur Behandlung der vorliegenden Klage unstreitig zuständig.

Unzulässige Vertretung oder nicht rechtzeitige Benachrichtigung der Gegenpartei führten im altrechtlichen Prozess vor Friedensrichter dazu, dass die Teilnahme an der Sühnverhandlung abgelehnt werden konnte, unter Kostenauflage zu Lasten der vertretenen Partei (§ 31 ZPO/ZH in Verbindung mit § 66 Abs. 1 ZPO/ZH). Verzichtete die Gegenpartei allerdings auf eine unverzügliche Beanstandung und berief sich - wie der Beklagte - erst vor Bezirksgericht auf die fraglichen Punkte, wurde ihr Verhalten von der Rechtsprechung als gegen Treu und Glauben verstossend qualifiziert (vgl. OGer ZH NG090003 vom 25. Februar 2009). Entsprechend sind die diesbezüglichen Einwände des Beklagten verwirkt und nicht zu hören. Vorliegend kommt hinzu, dass der klägerische Vertreter - entgegen der Vorbringen des Beklagten (act. 8/21 S. 1 unten) - an der Sühnverhandlung durchaus ein Arztzeugnis vorgelegt hat (act. 8/1 S. 2). Es fehlen Ausführungen des Beklagten dazu, weshalb darauf nicht abgestellt werden kann und Weiterungen wie beispielsweise Zeugenbefragungen notwendig sein sollen (vgl. act. 8/21 S. 2).

Durch die Akten widerlegt ist schliesslich auch die beklagtische Behauptung, wonach von Seiten der Klägerschaft an der Sühnverhandlung keinerlei Akten vorgelegt worden seien (act. 8/21 S. 2). Die Weisung des Friedensrichteramts C._____ führt vielmehr diverse vom Vertreter der Klägerin vorgelegte Unterlagen auf (act. 8/1 S. 2 oben). Prima vista handelt es sich dabei zudem um die einstweilen zur Beurteilung der fraglichen Streitsache massgeblichen Dokumente.

3. Aus den aufgeführten Gründen verzichtete die Vorinstanz demnach zu Recht auf eine Rückweisung des Verfahrens an den Friedensrichter. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist daher abzuweisen.

Die Vorladung zur Verhandlung vom 17. Juni 2011 wurde mit Verfügung vom 31. Mai 2011 abgenommen (act. 8/29 S. 2 Ziff. 2 = act. 7 S. 2 Ziff. 2). Die Vorinstanz wird deshalb neu über die Weiterführung ihres Verfahrens zu entscheiden haben.

IV.

Grundlage zur Festsetzung der Gerichtskosten für das Rechtsmittelverfahren bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse sowie der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 GebV vom 8. September 2010). Zudem gibt vorliegend § 9 Abs. 1 GebV einen Gebührenrahmen von Fr. 100.00 bis Fr. 7'000.00 vor, woran sich auch die Taxe eines Rechtsmittelverfahrens gegen prozessleitende Verfügungen orientieren sollte.

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und damit dessen Streitwert bildet der beachtliche Betrag von rund Fr. 360'000.00 (act. 8/2 S. 2; act. 8/21, act. 8/25 und act. 2). Allerdings war das vorliegende Beschwerdeverfahren für ein solches ordentlicher Natur leicht unterdurchschnittlich aufwändig und mittelmässig anspruchsvoll. Die Einholung einer Beschwerdeantwort war nicht notwendig, dagegen musste zur Leistung des Kostenvorschusses eine Nachfrist angesetzt werden (act. 11 und act. 13). Nach dem Gesagten rechtfertigt sich daher eine Gerichtsgebühr von leicht unter dem Mittelwert des von § 9 Abs. 1 GebV vorgegebenen Minimal- und Maximalbetrags. Die Gerichtsgebühr ist demnach auf Fr. 2'000.00 festzusetzen.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels prozessualer Umtriebe ist der Klägerin für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.00 festgesetzt.

3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die III. Abteilung des Bezirksgerichts Horgen, je gegen Empfangsschein sowie an die Obergerichtskasse.
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. 360'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Findeisen

versandt am: