

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB150030-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. M. Schaffitz, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlisbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Urteil vom 23. Juli 2015

in Sachen

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____,
4. **D.**_____,
5. **E.**_____,
6. **F.**_____,
7. **G.**_____,
8. **H.**_____,
9. **I.**_____,

Kläger und Berufungskläger

1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

J._____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Dienstbarkeit / Besitzerschutz**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung,
vom 11. Mai 2015 (CG150056-L)**

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei der Beklagten zu verbieten, das Bauvorhaben gemäss Baubewilligung ... der Bausektion des Stadtrates der Stadt Zürich vom 20. August 2013 auf dem Grundstück Kat.-Nr. ... wegen Verletzung der Dienstbarkeit SP Art. ... zu realisieren.
2. Es sei der Beklagten zu verbieten, auf dem Grundstück Kat.-Nr. ... Änderungen am Äusseren ihres Gebäudes (An-, Um-, Aufbauten, Änderungen am Farbton der Fassaden, Fensterläden, Bedachungen usw.) und an der Umgebung vorzunehmen und keine weiteren Bauten inklusive Neubauten zu errichten, die den Charakter der Siedlung verändern oder stören und somit gegen die Dienstbarkeit SP Art. ... verstossen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 11. Mai 2015:

(Urk. 11 S. 5)

- "1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'400.–.
3. Die Gerichtskosten werden den Klägern je zu 1/7 auferlegt.
4. Es wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. ... (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage)."

Berufungsanträge:

der Berufungskläger (Urk. 10 S. 2):

- "1. Es sei der Beschluss vom 11. Mai 2015 der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Es sei die Berufung sofort nach Eingang zu sistieren, bis die Vorinstanz über die Zulässigkeit der Neueinreichung der Klage nach Art. 63 ZPO entschieden hat.
3. Es sei dem Beschluss vom 11. Mai 2015 die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsgegnerin."

Erwägungen:

1.1 Die Parteien sind Eigentümer von Liegenschaften der Siedlung K.____-Strasse ... - ... (Urk. 3/11-19). Die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) plant auf ihrem Grundstück (K.____-Strasse ...) den Abbruch des bestehenden Einfamilienhauses und den Neubau eines Wohnhauses (zwei 5-Zimmer-Wohnungen und eine 3-Zimmer-Wohnung) und hat eine entsprechende Baubewilligung erhalten (Urk. 3/18).

1.2 Die Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) reichten zunächst beim Einzelgericht Audienz am Bezirksgericht Zürich ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme im Sinne eines sofortigen Verbotes von Änderungsbauten und dem Gebrauch der Baubewilligung ... der Bausektion des Stadtrates der Stadt Zürich vom 20. August 2013 durch die Beklagte ein. In diesem Verfahren (Geschäfts Nr. ET140069-L) hatten sich die Parteien darauf geeinigt, dass die Beklagte bis zur rechtskräftigen Erledigung des von den Klägern innert Frist anzuhebenden Hauptverfahrens keinen Gebrauch von der Baubewilligung mache und die bestehende Liegenschaft nicht abbreche. Die Kläger ihrerseits verpflichteten sich, die Hauptklage bis spätestens 31. März 2015 direkt beim zuständigen Gericht anzuheben (Urk. 3/9 S. 2 f.).

1.3 In der Folge ging am 26. März 2015 (Datum Poststempel) die Klage betreffend Dienstbarkeit/Besitzerschutz bei der Vorinstanz ein (Urk. 1).

2.1 In der Folge erging am 11. Mai 2015 vorgenannter Beschluss (Urk. 6 = Urk. 11).

2.2 Hiergegen erhoben die Kläger innert Frist mit Schreiben vom 17. Juni 2015 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 18. Juni 2015) Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 10).

3.1 Die Vorinstanz trat aufgrund fehlender sachlicher Zuständigkeit auf die Klage nicht ein. Sie erwog, dass die Kläger eine einfache Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 71 ZPO bildeten. Es sei davon auszugehen, dass der Streitwert für jedes Grundstück 1% des durchschnittlichen Grundstückwertes von Fr. 710'000.– betrage, mithin Fr. 7'100.–, so dass gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO von einem Streitwert von Fr. 49'700.– auszugehen sei. Indessen halte Art. 93 Abs. 2 ZPO ausdrücklich fest, dass bei einfacher Streitgenossenschaft die Verfahrensart trotz Zusammenrechnens des Streitwertes erhalten bleibe. Dies aber habe zur Folge, dass vorliegend – entgegen der Ansicht der Kläger – nicht das ordentliche, sondern das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelange, wofür nicht das Kollegialgericht, sondern das Einzelgericht gemäss Art. 243 ZPO und § 24 GOG zuständig sei. Entsprechend sei auf die Klage mangels sachlicher Zuständigkeit bzw. zufolge fehlender Prozessvoraussetzung gemäss Art. 59 ZPO und Art. 60 ZPO nicht einzutreten. Sodann merkte die Vorinstanz an, dass gemäss Art. 63 Abs. 1 und 2 ZPO das Datum der ersten Einreichung als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit gelte, wenn eine Eingabe, auf welche nicht eingetreten worden sei, innert eines Monats seit dem Nichteintretensentscheid bei der zuständigen Schlichtungsbehörde oder beim zuständigen Gericht neu eingereicht werde. Dies gelange auch dann zur Anwendung, wenn eine Klage nicht im richtigen Verfahren eingereicht worden sei (Urk. 11 S. 4).

3.2 Die Berufung richtet sich massgeblich gegen den Umstand, dass die Vorinstanz das Verfahren nicht an das zuständige Einzelgericht weitergeleitet hat. Die Kläger sind der Ansicht, dass sie ihre Klage zwar an den falschen Spruchkörper, an das Kollegialgericht statt das Einzelgericht, adressiert hätten. Indes setze sich das Bezirksgericht aus verschiedenen Abteilungen zusammen, worunter u.a. auch die Einzelgerichte seien. Da keines der spezifischen Einzelgerichte am Bezirksgericht Zürich für Besitzesschutzklagen zuständig sei und das Einzelgericht aus dem Richtergrremium der zehn Abteilungen des Bezirksgerichts ausgewählt werde, sei lediglich der falsche Spruchkörper angerufen worden. Diesfalls aber hätte eine interne Weiterleitung an den zuständigen Spruchkörper des Bezirksgerichts Zürich erfolgen müssen (Urk. 10 S. 3 f. mit Verweis auf Isabelle Berger-Steiner, Art. 63 ZPO N 22). Entsprechend sei der Nichteintretensentscheid zu Un-

recht ergangen. Dies sei überspitzt formalistisch; der Entscheid sei aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen. Schliesslich halten die Kläger fest, dass die Berufung rein vorsorglich erhoben werde, um sicherzustellen, dass die Rechtshängigkeit des Streitgegenstands während der Wiedereinreichung der Klage gemäss Art. 63 ZPO beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich erhalten bleibe (Urk. 10 S. 3 Rz. 9)

4.1 Rechtsmittel sind bedingungsfeindlich (BGE 134 III 332 E. 2.2). Herrscht Unklarheit darüber, ob überhaupt ein Rechtsmittel ergriffen worden ist (und nur dann), hat die Rechtsmittelinstanz gegebenenfalls in Ausübung ihrer richterlichen Fragepflicht abzuklären, ob der Rechtsmittelführer das Rechtsmittel vorbehaltlos aufrechterhalten oder auf dieses vorbehaltlos verzichten will. Ergibt die Prüfung, dass ein Rechtsmittel unzulässig ist, hat ein Nichteintretensentscheid zu erfolgen (Reetz in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Vorbemerkungen zu den Art. 308-318, N 49 f.).

4.2 Die vorliegende Rechtsmittelschrift wurde explizit als Berufung bezeichnet und an die angerufene Kammer adressiert, enthält Rechtsbegehren und verlangt gar die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Sodann ist zu berücksichtigen, dass die Kläger anwaltlich vertreten sind. Entsprechend aber ist nicht von einer Unklarheit auszugehen; weitere Abklärungen erübrigen sich. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ein Wille zur Berufungserhebung klar bestanden hat; die Kläger haben die Berufung nur für den Fall erhoben, dass die Rechtshängigkeit des Streitgegenstandes vom Einzelgericht bei Wiedereinreichung als nicht erhalten qualifiziert würde. Dies ist – wie soeben ausgeführt – unzulässig, weshalb auf die Berufung nicht einzutreten ist.

4.3 Selbst wenn auf die Berufung einzutreten gewesen wäre, hätte sie abgewiesen werden müssen: Entgegen der Ansicht der Kläger hat die Vorinstanz das Verfahren zu Recht nicht intern an das Einzelgericht weitergeleitet. Art. 63 Abs. 1 ZPO hält fest, dass als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung gelte, wenn eine Eingabe, die mangels Zuständigkeit zurückgezogen oder auf die nicht eingetreten worden sei, innert eines Monats seit dem

Rückzug oder dem Nichteintretensentscheid bei der zuständigen Schlichtungsbehörde oder beim zuständigen Gericht neu eingereicht werde. Damit aber findet keine Überweisung mehr statt, wie dies noch nach der früheren zürcherischen Zivilprozessordnung vorgesehen war (§ 112 ZPO/ZH). Dies hat sowohl bei fehlender örtlicher als auch bei fehlender sachlicher Zuständigkeit zu gelten, was denn auch in Art. 63 Abs. 2 ZPO explizit festgehalten ist, nämlich dass gleiches (wie gemäss Abs. 1) gelte, wenn eine Klage nicht im richtigen Verfahren eingeleitet worden sei. Bei der Wahl des falschen Verfahrens ist etwa an den Fall zu denken, bei dem der Kläger die Eingabe gemäss dem vereinfachten Verfahren statt dem ordentlichen Verfahren vornimmt. Diesfalls hat ein Nichteintretensentscheid zu ergehen (Sutter-Somm/Hedinger in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 63 N 8 und N 10). Eine Überweisung – wobei es sich dabei weniger um eine Prozessüberweisung als vielmehr eine Zuweisung an den zuständigen Spruchkörper innerhalb desselben Gerichts handelt – findet lediglich statt, wenn beispielsweise ein Rechtsmittel bei einer funktionell unzuständigen Behörde eingereicht wird. Dies ist aber vorliegend gerade nicht der Fall: Vorliegend wurde die Klage von den anwaltlich vertretenen Klägern an das Bezirksgericht gerichtet und explizit ausgeführt, dass für ihre Klage das ordentliche Verfahren zur Anwendung gelange (Urk. 1 S. 3 Rz. 4). Damit aber wurde nicht nur der falsche Spruchkörper angerufen, sondern die falsche Verfahrensart gewählt. Entsprechend ist das Vorgehen der Vorinstanz keineswegs als überspitzt formalistisch zu qualifizieren; sie ist zu Recht auf die Klage nicht eingetreten. Demgemäss wäre die Berufung abzuweisen gewesen, wenn darauf eingetreten worden wäre.

5.1 Nach dem soeben Ausgeführten und mit vorliegendem (Erledigungs-) Entscheid wird das Sistierungsgesuch gegenstandslos und ist dementsprechend abzuschreiben.

5.2 Ebenso erübrigt sich ein Entscheid um Erteilung der aufschiebenden Wirkung; ohnehin aber wäre darauf nicht einzutreten gewesen, da der Berufung – wie von den Klägern selber ausgeführt (Urk. 10 S. 3 Rz. 8) – ohnehin von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 1 ZPO) und keine der Ausnahmen gemäss Art. 315 Abs. 4 und 5 ZPO vorliegt.

6.1 Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'400.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss zu je 1/7 den Klägern 1, 2 und 3 (gemeinsam), 4,5,6,7 sowie 8 und 9 (gemeinsam) aufzuerlegen, unter solidarischer Haftung jedes einzelnen Klägers für den gesamten Betrag (Art. 106 Abs. 1 und 3 ZPO; KUKO ZPO-Schmid Art. 106 N 5; DIKE Komm ZPO-Urwyler Art. 106 N 7).

6.2 Der Beklagten ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Das Sistierungsgesuch der Kläger wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
3. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'400.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu je 1/7 den Klägern 1, 2 und 3 (gemeinsam), 4, 5, 6, 7 sowie 8 und 9 (gemeinsam) auf-erlegt, unter solidarischer Haftung jedes einzelnen Klägers für den gesamten Betrag.
6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage je eines Doppels von Urk. 10; Urk. 12; Urk. 13 und Urk. 14/9-11, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 Fr. 49'700.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 23. Juli 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Schaffitz

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am: js