

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB200038-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

Beschluss vom 11. November 2021

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

3. **D.**_____,

4. **E.**_____,

5. **F.**_____,

6. **G.**_____,

7. **H.**_____,

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1._____

1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____

betreffend **Erteilung**

Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Uster im ordentlichen Verfahren vom 21. September 2020 (CP200003-I)

Erwägungen:

I.

1. Am tt.mm 2013 verstarb I. _____ in J. _____ ZH. Die Kläger und der Beklagte sind die Erben der Verstorbenen und bilden zusammen eine Erbengemeinschaft im Sinne von Art. 560 ZGB (Urk. 6/4/10). Am 11. März 2020 reichten die Kläger beim Friedensrichteramt K. _____ ein Schlichtungsgesuch ein und stellten Anträge zur Erbteilung. Zur Schlichtungsverhandlung vom 22. Juni 2020 erschienen die Klägerin 2 und Rechtsanwältin Y1. _____ als Rechtsvertreterin der Kläger. Der Friedensrichter hielt in der gleichentags ausgestellten Klagebewilligung fest, die Schlichtungsverhandlung sei gescheitert (Urk. 6/1).

2. Am 24. Juli 2020 erhoben die Kläger bei der Vorinstanz Klage auf Feststellung und Teilung des Nachlasses von I. _____ und reichten die Klagebewilligung vom 22. Juni 2020 ein (Urk. 6/2). Mit Eingabe vom 14. August 2020 bestritt der Beklagte die Gültigkeit der Klagebewilligung (Urk. 6/8). Mit Beschluss vom 21. September 2020 wies die Vorinstanz den (sinngemässen) Nichteintretensantrag des Beklagten ab und erklärte die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes K. _____ vom 22. Juni 2020 für gültig (Urk. 2). Gegen diesen Beschluss erhob der Beklagte mit Eingabe vom 19. Oktober 2020 fristgerecht Berufung und stellte folgende Anträge (Urk. 1 S. 1):

- "1. Es sei festzustellen, dass die Klagebewilligung (act1) aufgrund des Fehlens einer Prozessvoraussetzung ungültig ist.
2. Der Friedensrichter, Herr L. _____, habe wegen Befangenheit in den Ausstand zu treten.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen seien dem Friedensrichteramt K. _____ zu auferlegen.
4. Die Rechtmässigkeit des vom Bezirksgericht Uster gefällten Beschlusses sei angesichts des im Folgenden erwähnten Formfehlers zu überprüfen. Im Falle der Unrechtmässigkeit sei der Beschluss zurückzuweisen."

Der Beklagte hat rechtzeitig einen Kostenvorschuss von Fr. 4'700.– geleistet (Urk. 7 und 8). Die Berufungsantwort datiert vom 18. Februar 2021. Darin stellen die Kläger folgende Anträge (Urk. 10 S. 3):

- "1. Es sei die Berufung, sofern überhaupt darauf einzutreten ist, vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Berufungsklägers."

Mit Eingabe vom 19. April 2021 (Datum des Poststempels) nahm der vom Kläger neu mandatierte Rechtsvertreter, Rechtsanwalt Dr. X._____, zur Berufungsantwort Stellung (Urk. 17). Ein Doppel dieses Schreibens wurde der Gegenpartei zugestellt. Weitere Eingaben der Parteien sind nicht erfolgt.

II.

Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_580/2015 vom 11.04.2016, E. 2.2 [nicht publiziert in BGE 142 III 271]). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsge-

richt, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGE 144 III 394 E. 4.1.4, m.w.H.).

III.

1. Die Vorinstanz führt im angefochtenen Beschluss aus, der Beklagte sei vom Friedensrichteramt K. _____ ordnungsgemäss auf den 22. Juni 2020 vorgeladen worden, wobei er auf die Säumnisfolgen aufmerksam gemacht worden sei. Er habe dem Friedensrichteramt mit Schreiben vom 18. Juni 2020 mitgeteilt, er entschuldige sich für den genannten Termin. Er sei zurzeit erkältet und habe keinen Rechtsvertreter. Der Beklagte mache somit selbst gar nicht geltend, er sei kurzfristig vor dem Verhandlungstermin schwer erkrankt, weshalb ihm die rechtzeitige Beibringung eines Arzteugnisses nicht möglich gewesen wäre. Der vorgebrachte Entschuldigungsgrund (Krankheit) erweise sich deshalb umgehend als unbeachtlich, da es – obwohl es dem Beklagten zeitlich problemlos möglich gewesen wäre – sowohl an der Glaubhaftmachung des Bestandes wie auch der notwendigen Intensität der Krankheit vollumfänglich mangle. Der (spätere) Verweis des Beklagten auf die Ergänzungen auf der Vorladung des Friedensrichteramtes betreffend Corona-Virus erweise sich ebenso als unbehilflich, da dort die Parteien in keiner Weise dazu ermächtigt worden seien, sich ohne Einwilligung des Friedensrichters in eigener Kompetenz von der Schlichtungsverhandlung zu dispensieren. Vielmehr würden die Parteien, die allenfalls an Symptomen litten, ausdrücklich dazu aufgefordert, sich vorgängig telefonisch beim Friedensrichter zu melden. Dem Beklagten sei somit das persönliche Erscheinen an der Schlichtungsverhandlung nie ordnungsgemäss erlassen worden, weshalb er zur Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung am 22. Juni 2020 verpflichtet gewesen wäre. Der Beklagte, der an der fraglichen Schlichtungsverhandlung unbestrittenmassen nicht teilgenommen habe, sei als säumig im Sinne von Art. 206 ZPO

zu qualifizieren, weshalb die entsprechend angedrohten Säumnisfolgen einzutreten hätten. Die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes K. _____ vom 22. Juni 2020 sei demgemäss zu Recht ergangen und gültig (Urk. 2 S. 7).

2. a) Der Beklagte macht in seiner Berufungsschrift geltend, der Friedensrichter habe mit hervorgehobener roter Schrift mitgeteilt: "Personen, die krank sind oder Erkältungssymptome haben, werden zu Verhandlungen grundsätzlich nicht zugelassen." Es bleibe an ihm, dem Beklagten, festzustellen, ob er Erkältungssymptome habe oder nicht, und dies höflicherweise rechtzeitig mitzuteilen (Urk. 1 S. 2).

b) Gemäss Art. 204 Abs. 3 lit. b ZPO muss eine Partei zur Schlichtungsverhandlung nicht persönlich erscheinen und kann sich vertreten lassen, wenn sie wegen Krankheit, Alter oder anderen wichtigen Gründen verhindert ist. Die Verhinderung wegen Krankheit ist durch ein ärztliches Zeugnis zu belegen (Egli, DIKE-Komm-ZPO, Art. 204 N 20; BSK ZPO-Infanger, Art. 204 N 4; Dolge/Infanger, Schlichtungsverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 65; vgl. schon Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 129 N 2).

In der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung vom 16. März 2020 steht unter "Wichtige Hinweise" u.a. Folgendes (Urk. 6/17 S. 2):

"3. Verhinderung wegen **Krankheit, Alter** oder aus **ähnlichen zwingenden Gründen** (beispielsweise Militärdienst) ist der Schlichtungsbehörde sofort mitzuteilen. Im Krankheitsfall ist unverzüglich ein ärztliches Zeugnis einzureichen, das eine Verhandlungsunfähigkeit bescheinigt. In allen übrigen Fällen sind Belege einzureichen, die den wichtigen Grund ausweisen (Art. 135 ZPO). **In diesen Fällen wird der betreffenden Partei auf Gesuch hin das persönliche Erscheinen mittels Verfügung erlassen und sie kann sich vertreten lassen** (Art. 204 Abs. 3 lit. b ZPO)."

Entgegen der Auffassung des Beklagten wird diese Anordnung durch die ergänzenden Mitteilungen aufgrund des Corona-Virus auf Seite 3 der Vorladung (Urk. 6/9/1 = Urk. 6/17 S. 3) nicht hinfällig. Wie die Kläger zu Recht darauf hinweisen, heisst es dort, dass Parteien, die zum persönlichen Erscheinen verpflichtet

sind und solche Symptome (d.h. Erkältungssymptome) haben, gebeten werden, sich vorgängig telefonisch zu melden (Urk. 10 S. 5). Dies tat der Beklagte nicht. Er schrieb dem Friedensrichter lediglich: "Ich entschuldige mich für den genannten Termin. Zurzeit bin ich erkältet und habe keinen Rechtsvertreter." (Urk. 6/9/2 = Urk. 6/13). Der Beklagte stellte damit lediglich in Aussicht, dass er an der Schlichtungsverhandlung nicht teilnehmen werde. Er stellte jedoch kein Dispensationsgesuch und sein Erscheinen wurde ihm nicht mittels Verfügung erlassen, weshalb er an der Schlichtungsverhandlung säumig war, wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat.

3. a) Der Beklagte rügt, die Eingaben des Friedensrichteramtes und der Kläger (Urk. 6/12-14) seien ihm bloss zur Kenntnisnahme zugestellt worden. Er habe nicht gewusst, dass er sich dazu gegenüber dem Gericht noch hätte äussern dürfen (Urk. 1 S. 3).

b) Die Vorinstanz hatte mit Verfügung vom 26. August 2020 dem Friedensrichteramt und den Klägern Frist angesetzt, um zur Eingabe des Beklagten vom 14. August 2020, worin dieser die Gültigkeit der Klagebewilligung bestritt, Stellung zu nehmen. Das Friedensrichteramt wurde überdies ersucht, "relevante Dokumente" einzureichen (Urk. 6/10). Die Stellungnahmen der Kläger und des Friedensrichteramtes samt Beilage wurden dem Beklagten am 9. September 2020 zugestellt (Urk. 6/15). Die Vorinstanz hielt fest, dieser habe sich seither nicht mehr vernehmen lassen (Urk. 2 S. 3).

Nach Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör und auf ein faires Gerichtsverfahren, unter Beachtung des Grundsatzes der Waffengleichheit. Diese Garantien umfassen das Recht, von allen bei Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die Eingaben neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten. Es ist Sache der Parteien zu beurteilen, ob eine Entgegnung erforderlich ist oder nicht. Es ist Aufgabe des Gerichts, in jedem Einzelfall ein effektives Replikrecht der Parteien zu gewährleisten. Hierzu kann es einen zweiten Schriftenwechsel anordnen oder den Parteien Frist für eine allfällige Stellungnahme ansetzen. Es kann Eingaben

aber auch lediglich zur Kenntnisnahme zustellen, wenn von den Parteien erwartet werden kann, dass sie umgehend unaufgefordert Stellung nehmen oder eine Stellungnahme beantragen, was namentlich bei anwaltlich Vertretenen oder Rechtskundigen der Fall ist. Das Gericht hat bei der letztgenannten Vorgehensweise mit der Entscheidung so lange zuzuwarten, bis es annehmen darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (BGer 4A_215/2014 vom 18.09.2014, E. 2.1, m.w.H.).

Vorliegend war der Beklagte vor Vorinstanz nicht anwaltlich vertreten und es steht nicht fest, inwieweit er rechtskundig ist – er selbst bezeichnet sich als "vollständiger Neuling in Gerichtssachen" (Urk. 1 S. 3). Allerdings hatte er sich mit Eingabe vom 14. August 2020 unaufgefordert an die Vorinstanz gewandt und geltend gemacht, dass die Klagebewilligung nicht gültig sei, und seinen Standpunkt auch begründet (Urk. 6/8). Die Vorinstanz durfte daher davon ausgehen, dass der Beklagte auch unaufgefordert zu den Eingaben der Kläger und des Friedensrichters Stellung nehmen würde, wenn er dies für notwendig erachtet hätte. Zudem hat die Vorinstanz die Minimalfrist von 10 Tagen gewahrt, indem sie den angefochtenen Zwischenentscheid am 21. September 2020 fällte (vgl. BGer 5A_242/2020 vom 30.06.2020, E.3.2.1). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor. Im Übrigen schliesst der Beklagte aus der Bemerkung der Vorinstanz, er habe sich nach Zustellung der Stellungnahmen nicht mehr vernehmen lassen (Urk. 2 S. 3), zu Unrecht darauf, eigentlich sei von ihm noch eine Äusserung erwartet worden bzw. das Ausbleiben einer solchen habe "einen Einfluss auf den Gang der Dinge" gehabt (Urk. 1 S. 3). Die Vorinstanz hat unter Ziffer 1 der Erwägungen nur die Prozessgeschichte wiedergegeben (Urk. 2 S. 3). Und in den entscheidenden Erwägungen hat die Vorinstanz nirgends auf die Stellungnahmen der Kläger bzw. des Friedensrichters Bezug genommen (Urk. 2 S. 7 E. 3.4). Sie hat einzig das Schreiben des Beklagten an das Friedensrichteramt zitiert (Urk. 6/13), das der Beklagte zuvor schon selber eingereicht hatte (Urk. 6/9/2).

c) Die Ausführungen des Beklagten zur Polemik zwischen den Parteien, ob die Kläger mit dem Schreiben ihrer Rechtsvertreterin vom 23. Juni 2020 Hand zu einer aussergerichtlichen Einigung geboten haben, und zur Schlussabrechnung

des Willensvollstreckers beschlagen nicht die Gültigkeit der Klagebewilligung (Urk. 2 S. 4). Darauf ist nicht weiter einzugehen.

4. Der Beklagte hat ein Ausstandsbegehren gegen den Friedensrichter L. _____ gestellt. Über streitige Ausstandsbegehren gegen Friedensrichter entscheidet das Bezirksgericht (§ 127 lit. c GOG). Darauf ist nicht einzutreten. Ob das Ausstandsbegehren verspätet gestellt wurde, wie die Kläger geltend machen (Urk. 10 S. 6), kann unter diesen Umständen offenbleiben.

5. Zusammenfassend ist die Berufung des Beklagten abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

IV.

Ausgangsgemäss wird der Beklagte für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt rund Fr. 400'000.– (Urk. 6/5 S. 2). Die Entscheidungsbüher ist auf Fr. 4'700.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 und § 9 Abs. 2 GebV), die Parteientschädigung auf Fr. 4'600.– inkl. 7,7 % MwSt. (§ 13 Abs. 1 i.V.m. § 2 und § 10 lit. a AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist, und der Beschluss des Bezirksgerichtes Uster vom 21. September 2020 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüher wird auf Fr. 4'700.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'600.– zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 rund Fr. 400'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG

Zürich, 11. November 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:
Im