

**Art. 8 ZPO, gewillkürte einzige Instanz.** Die Zustimmung der Gegenpartei kann konkludent durch Einlassung angegeben werden (E. 2.1). **Art. 50 Abs. 1 ZPO, Ausstand eines ganzen Gerichts.** Die ZPO gibt keine Hilfe für den Fall, dass ein ganzes Gericht oder sogar alle Richter eines Kantons im Ausstand sein sollten (E. 2.3). **Art. 199 Abs. 1 ZPO, Verzicht auf das Schlichtungsverfahren.** Die Zustimmung der Gegenpartei kann konkludent durch Einlassung angegeben werden (E. 2.2).

Der Kläger klagt in einer erbrechtlichen Sache direkt beim Obergericht. Den Beklagten wurde vorerst Gelegenheit gegeben, sich zu den Prozessvoraussetzungen zu äussern.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

2.1 Der Kläger richtet seine Klage direkt ans Obergericht. Das ist möglich, wenn der Streitwert Fr. 100'000.-- übersteigt, und "mit Zustimmung der beklagten Partei" (Art. 8 ZPO). In welcher Form und zu welchem Zeitpunkt diese Zustimmung erfolgen muss, sagt das Gesetz nicht. Die Botschaft des Bundesrates zur ZPO gibt dazu ebenfalls keinen Hinweis. Die Literatur ist fast einstimmig der Auffassung, es genüge auch eine stillschweigende Zustimmung (im Einzelnen: ZK ZPO-Rüetschi 2. Aufl., Art. 8 N. 11; CR CPC-Haldy, art. 8 n 2; Dike Komm ZPO-Brunner, Art. 8 N. 5; BSK ZPO-Vock/Nater 2. Aufl. Art. 8 N. 1[anders als noch die erste Auflage] ; KuKo ZPO-Haas/Schlumpf 2. Aufl., Art. 8 N. 6; OFK ZPO-Gordon, Art. 8 N. 1; Handkommentar ZPO-Härtsch, Art. 8 N. 10). Eine Meinung weicht ab: da die Disposition über die sachliche Zuständigkeit nicht möglich und die Einlassung keine Sonderform der Prorogation sei (BK ZPO-Berger, Art. 8 N. 9). Die Möglichkeit der Disposition über die sachliche (hier eigentlich die funktionelle: das obere Gericht kann als erste und einzige statt wie üblich zweite Instanz wirken) Zuständigkeit liegt aber gerade in Art. 8 ZPO, das gibt kein Problem. Prorogation eines an sich örtlich nicht zuständigen Gerichts (Art. 17 ZPO) und Einlassung sind wohl verschieden, aber der Unterschied liegt vor allem darin, dass die einvernehmliche Wahl des Gerichtsstandes im Sinne von Art. 17 ZPO auch vor dem Prozess getroffen werden kann und dann in der Regel verbindlich wird (Art. 17 Abs. 1 zweiter Satz ZPO). Dafür eine Form vorzubehalten (Art. 17 Abs. 2 ZPO) ist sachlich zu begründen, schliesst aber die formlose Einlassung vor einem örtlich unzuständigen Gericht nach Art. 18 ZPO nicht aus. Die Wahl des oberen als ein-

ziges Gericht auch stillschweigend zuzulassen, ist sinnvoll: bei hohen Streitwerten kann ein besonderes Bedürfnis nach Verkürzung des Instanzenzuges bestehen, der beklagten Partei steht die Einlassung völlig frei, und der Kläger, welcher ohne vorherige Absprache mit den Beklagten klagt, geht selbstverantwortlich das Risiko ein, dass der Prozess an der mangelnden Zustimmung seiner Gegner scheitert. Es ist sinnvoll, die Einlassung gelten zu lassen.

Die Beklagten erklären, dass sie mit einer direkten Zuständigkeit des Obergerichts nicht einverstanden sind. Der Kläger hält dem entgegen, der Streitwert übersteige die Schwelle von Fr. 100'000.--. Dabei scheint er zu übersehen, dass Art. 8 ZPO nicht bestimmt, ab Fr. 100'000.-- sei das obere Gericht zuständig. Vielmehr sind die Parteien bei einem so hohen Streitwert frei, in gegenseitigem Einvernehmen den Instanzenzug zu verkürzen und die Sache direkt dem Obergericht vorzulegen. Dieses gegenseitige Einvernehmen ist aber im vorliegenden Fall nicht gegeben, weil die Beklagten nicht zustimmen.

Auf die Klage kann aus diesem Grund nicht eingetreten werden.

2.2 Die nächste Prozessvoraussetzung ist die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens. Dieses entfällt bei Streitigkeiten vor dem Handelsgericht und bei ganz speziellen Materien ganz (Art. 198 lit. f ZPO); in Verfahren mit einem Streitwert von mindestens Fr. 100'000.-- können die Parteien einvernehmlich auf das Schlichtungsverfahren verzichten (Art. 199 Abs. 1 ZPO). Auch hier stellt sich die Frage, wann und wie das erfolgen muss. Der Bundesrat war der Meinung, Einlassung der beklagten Partei auf die Sache reiche aus (Botschaft S. 7329 unten), und der grösste Teil der Literatur folgt dem (CR CPC-Bohnet, art. 199 n 6; Dike Komm ZPO-Egli, Art. 199 N. 7; BSK ZPO-Infanger 2. Aufl. Art. 199 N. 4; KuKo ZPO-Gloor/Umbricht Lukas 2. Aufl., Art. 199 N. 2; OFK ZPO-Frey, Art. 199 N. 3; Handkommentar ZPO-Möhler, Art. 199 N. 4). Anderer Auffassung ist ZK ZPO-Honegger 2. Aufl. Art. 199 N. 2, denn die Klagebewilligung sei eine Prozessvoraussetzung (mit Verweis auf Sutter-Somm Zivilprozessrecht 2. Aufl., Rz. 602 und 606). Das ist nicht schlüssig: die Klagebewilligung bildet unstreitig eine Prozessvoraussetzung, gleich wie bei Fehlen einer solchen (nach Sutter-Somm ausdrücklich: [erst] im Urteils-Zeitpunkt) auf die Klage nicht eingetreten wird (Art. 59 Abs. 1

ZPO e contrario) – aber die Qualität der Klagebewilligung als Prozessvoraussetzung wird eben relativiert durch die Möglichkeit des (gemeinsamen) Verzichts, und aus Art. 59 ZPO lässt sich kein Argument für oder gegen die konkludente Einigung durch Einlassung gewinnen; vielmehr ist es sinnvoll, diese auch hier zuzulassen.

Die Beklagten haben erklärt, auf das Schlichtungsverfahren nicht verzichten zu wollen. Der Kläger "verzichtet (...) hiermit auf die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens im Sinne ZPO Art. 197; unter Hinweis auf das Verhältnismässigkeits-Prinzip". Einer Schlichtungsverhandlung vor einem Zürcher Gericht würde er zustimmen; eine Schlichtungsverhandlung erachtet er nicht als sinnvoll. Unter diesen Umständen fehlt es am gemeinsamen Verzicht auf das Schlichtungsverfahren. Ein solches ist nicht durchgeführt worden, es existiert damit auch keine Klagebewilligung im Sinne von Art. 209 ZPO, und auch darum kann auf die Klage nicht eingetreten werden.

2.3 Endlich fehlt es an der (örtlichen) Zuständigkeit des Obergerichts und überhaupt der Zürcherischen Gerichte. Für erbrechtliche Klagen – und darum geht es im vorliegenden Fall – ist das Gericht am letzten Wohnsitz des Erblassers zuständig (Art. 28 ZPO). Das dürfte hier das erstinstanzlich für Mühleberg zuständige und jedenfalls – wovon auch der Kläger ausgeht – ein Gericht im Kanton Bern sein. Der Kläger erwähnt in seinen Eingaben mehrmals Grundstücke, welche offenbar früher im Eigentum seiner Mutter oder des Erblassers Fritz B. standen. Für Streitigkeiten über Grundstücke könnten die Gerichte an dem Ort zuständig sein, an welchem die Grundstücke im Grundbuch aufgenommen sind, eventuell die Gerichte am Wohnsitz der Beklagten, was überhaupt die ordentliche oder die Auffang-Kompetenz darstellt (Art. 29 und 10 ZPO). Nach allen diesen Bestimmungen gibt es keine Zuständigkeit der Zürcherischen Gerichte.

Der Kläger erläutert, dass er früher von einem im Kanton Zürich niedergelassenen Anwalt vertreten wurde, gegen den er offenbar Ansprüche zu haben glaubt ("weil er ... meine Enterbung verursacht hat"). Er verweist darauf, dass dann zweitinstanzlich das Zürcher Obergericht das Thema zu beurteilen haben würde. Es sei eine "beim Gericht Zürich deponierte Vaterschaftsklage zu bearbei-

ten" [Anmerkung: es geht dem Kläger offenbar um die *Anfechtung* der Vaterschaft Fritz B.s], und es werde "voraussichtlich ein Zürcher-Anwalt ... mandatiert werden". Im heutigen Prozess des Klägers gegen seine drei Halbgeschwister kann daraus aber keine Zuständigkeit abgeleitet werden – die Prozessordnung sieht das einfach nicht vor.

Der Kläger hat Recht mit seinem Hinweis, dass der erbrechtliche Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des Erblassers nicht zwingend ist. Die Gerichte im Kanton Zürich könnten für die Klage des Klägers zuständig sein, wenn die Beklagten die Zuständigkeit nicht bestritten (Art. 18 ZPO). Die Beklagten haben das aber ausdrücklich getan. Die Kammer hat keine Möglichkeit, gegenüber den Beklagten "eine Gerichtsstandsvereinbarung mittels Gerichts-Entscheidung zu erzwingen", wie sich das der Kläger wünscht.

Es bleibt der Einwand des Klägers, die Gerichte im Kanton Bern, offenbar vorweg das Obergericht, seien ihm gegenüber befangen. Zur Frage eines solchen Ausstandes kann sich die Kammer kein Urteil erlauben, dazu fehlen die Grundlagen. Das Prozessrecht sieht aber auch grundsätzlich nicht vor, dass eine Partei von sich aus ihre Sache einem anderen als dem gesetzlich zuständigen Gericht vorlegen könnte – wären die Ausstandsgründe auch noch so klar. Die Klage muss am zuständigen Gericht eingeleitet werden, allenfalls verbunden mit einem konkret begründeten Ausstandsgesuch. Welche Instanz dann über den Ausstand entscheidet, bestimmt das kantonale Recht. Werden Ausstandsgesuche gutgeheissen, muss das betreffende Gericht mit nicht befangenen Personen ergänzt werden. Ob in einem Fall des Ausstandes aller Gerichtsmitglieder eine Aufsichtsbehörde die Behandlung der Sache durch eine andere Instanz gleicher Ordnung anordnen könnte, wurde soweit ersichtlich bisher nie entschieden – jedenfalls obläge es aber nicht der klagenden Partei, diese Ersatz-Instanz selber zu wählen.

Auch unter dem Aspekt der örtlichen Zuständigkeit ist auf die Klage nicht einzutreten.

3.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Kläger grundsätzlich kostenpflichtig; die Entscheidgebühr ist auf Fr. 1'500.-- anzusetzen. Den Beklagten

sind durch die Stellungnahme zu den Prozessvoraussetzungen keine Aufwendungen entstanden, welche eine Parteientschädigung verlangten.

Der Kläger stellte ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung, und auf Fristansetzung durch das Gericht hin reichte er Unterlagen ein, darunter den Nachweis, dass er Ergänzungsleistungen zur AHV bezieht und ihm die Krankenkasse bezahlt wird, zusammen mit dem entsprechenden Berechnungsblatt des Thurgauer Sozialversicherungszentrums, welches ein Vermögen von Null nennt. Damit ist die Mittellosigkeit im Sinne des Rechts der unentgeltlichen Prozessführung (Art. 117 lit. a ZPO) ausreichend dargetan. - Die Aussichten des Verfahrens (Art. 117 lit. b ZPO) müssen bezogen auf den Zeitpunkt der Klageeinleitung beurteilt werden. Die formellen Voraussetzungen des Prozesses hingen zwar von der Stellungnahme der Beklagten ab, waren aber damit offen. Die materiell streitigen erbrechtlichen Verhältnisse waren aufgrund der Darstellung und der Unterlagen des Klägers nicht leicht zu durchschauen. Auf den ersten Blick mutet es seltsam an, dass er die Vaterschaft des Erblassers bestreitet und gleichwohl Erbe sein will. Das hat aber offenbar mit den sehr schwierigen familiären Verhältnissen zu tun und damit, dass den Kläger die weit zurück liegenden Sexualdelikte des Erblassers immer noch so umtreiben, dass er in seinen Worten seine (eigene) "Rehabilitation" dadurch anstrebt, dass er die Verwandtschaft zum Täter aufzulösen sucht. Falls das nicht gelänge, beanspruchte er doch seinen Pflichtteil am Erbe. Die Enterbung ist nach den hier vorliegenden Unterlagen nicht ohne weiteres unangreifbar, auch wenn der Erblasser in einem Prozess gegen den Kläger obsiegte und erreichte, dass dieser mit einer (bescheidenen) Busse wegen übler Nachrede verurteilt wurde. Die Befreiung der ehelichen Nachkommen von jeder Ausgleichspflicht unter ausdrücklichem Hinweis auf die seit der Schenkung vergangenen mehr als fünf Jahre schliesst zudem nicht aus – könnte sogar gegenteils den Verdacht wecken – , dass der Erblasser damit eine Verletzung des Pflichtteils des Klägers mindestens in Kauf nahm, vor allem vor dem Hintergrund der bereits zuvor erklärten Enterbung. Die Darstellung der massgeblichen Sachverhalte in der Klage und weiteren Eingaben und die Formulierung der Anträge war trotz einwandfreier Sprache unbeholfen. Wäre die Sache ins Stadium der materiellen Diskussion gelangt, wäre im Sinne von Art. 69 Abs. 1 ZPO (Aufforderung zum Bestel-

len eines Vertreters, allenfalls Bezeichnung eines solchen direkt durch das Gericht) vorzugehen gewesen. Die Sache war damit für den Kläger nicht aussichtslos, und die unentgeltliche Rechtspflege ist zu bewilligen.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Beschluss vom 18. Dezember 2015  
Geschäfts-Nr.: L150001-O/U