

# ZH\_OBERGERICHT RB170008 vom 29. Juni 2017

ZH Obergericht, 2017-06-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RB170008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RB170008)

FR: ZH\_OBERGERICHT RB170008 du 29 juin 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT RB170008 del 29 giugno 2017

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Die Parteien stehen sich seit neun Jahren vor dem Bezirksgericht Winterthur (Vorinstanz) in einem Erbteilungsstreit gegenüber. Mitunter bilden fünf Grundstücke Gegenstand der Erbteilung (eine Gewerbeliegenschaft in E.\_\_\_\_\_, in welcher die vom Beschwerdeführer und Beklagten 3 beherrschte F.\_\_\_\_\_ AG domiziliert ist, ein Ferienhaus und zwei Acker-/Wiesen-/Waldparzellen in G.\_\_\_\_\_ sowie eine Wiesen-/Waldparzelle in H.\_\_\_\_\_). Mit Beweisabnahmebeschlüssen vom 27. Mai 2016 (Vi-Urk. 431) und vom 29. Juni 2017 (Vi-Urk. 447) ordnete die Vorinstanz die Einholung eines Gutachtens zur Schätzung dieser Grundstücke an. Nachdem der erste gerichtlich bestellte Gutachter I.\_\_\_\_\_ seinen Auftrag niedergelegt hatte, weil der Beschwerdeführer und Beklagte 3 (fortan: Beklagter 3) ihn persönlich und fachlich ungebührlich angegriffen habe (Vi-Urk. 480), schlug die Vorinstanz mit Beschluss vom 5. September 2016 (vom Beklagten am 9. September 2016 entgegengenommen, Vi-Urk. 490) den Parteien als neuen Gutachter lic. oec. HSG J.\_\_\_\_\_ vor und setzte ihnen eine 10-tägige Frist an, um Einwendungen gegen diesen zu erheben (Vi-Urk. 487). Mit Eingabe vom 19. September 2016 erhob der Beklagte 3 rechtzeitig diverse Einwendungen gegen den vorgeschlagenen Gutachter (Vi-Urk. 499).

#### E. 1.2

Am 27. Januar 2017 erstatte der Erbenvertreter seinen 4. Rechenschaftsbericht für das Jahr 2016 (Vi-Urk. 503). Mit Verfügung vom 7. Februar 2017 wurde dieser den Parteien zur Kenntnis gebracht (Vi-Urk. 505). Die Zustellung dieser Verfügung an den Beklagten 3 scheiterte allerdings. Wie der Sendungsnachverfolgung, der Umetikettierung, der handschriftlichen Umadressierung und dem Vermerk auf dem Couvert zu entnehmen ist (Vi-Urk. 507), wurde die Sendung per Nachsendeauftrag zunächst an "K.\_\_\_\_\_ [und] L.\_\_\_\_\_, M.\_\_\_\_\_, N.\_\_\_\_\_, O.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_ c/o F.\_\_\_\_\_ AG, ... [Adresse 1]" umgeleitet. Von dort wurde die Sendung (in nicht nachvollziehbarer Reihenfolge) in die sogenannte Swiss

- 3 - Post Box ... von "K.\_\_\_\_\_ [und] L.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_" bzw. an "K.\_\_\_\_\_ ... [Adresse 2]" weitergeleitet, wobei die Empfängerin an der letztgenannten Adresse nicht ermittelt werden konnte. Die Sendung wurde in der Folge an die Vorinstanz retourniert.

#### E. 1.3

Mit Beschluss vom 13. Februar 2017 verwarf die Vorinstanz die vom Beklagten 3 erhobenen Einwendungen gegen den Gutachter lic. oec. HSG J.\_\_\_\_\_ (Vi-Urk. 508 S. 3 f.) und bestellte diesen zum gerichtlichen Sachverständigen (Vi-Urk. 508 S. 5). Der

Gutachtensauftrag erfolgte mit separatem Schreiben (Vi- Urk. 509). Der Versuch, den Beschluss vom 13. Februar 2017 dem Beklagten 3 zuzustellen, blieb erfolglos. Die Sendungsnachverfolgung, die Umetikettierung, die handschriftliche Umadressierung und der Vermerk auf dem Couvert lassen darauf schliessen, dass diese Sendung denselben Weg wie die Sendung mit der Verfügung vom 7. Februar 2017 nahm.

#### **E. 1.4**

Mit A-Post-Schreiben vom 16. Februar 2017 brachte die Vorinstanz den Parteien das "Kostendach Gutachtensauftrag" vom 15. Februar 2017 zur Kenntnis (Vi-Urk. 514 und 515). Diese Sendung erreichte den Beklagten 3 offenbar: Am 24. Februar 2017 ging sein Schreiben vom Vortag bei der Vorinstanz ein, mit welcher er sich zum Kostendach äusserte bzw. die Frage aufwarf, auf welche Grundstücke sich dieses beziehe (Vi-Urk. 517). Die Vorinstanz reagierte darauf mit Schreiben vom 27. Februar 2017. Nebst Ausführungen zum Gegenstand des Gutachtens wies die Vorinstanz auf die gescheiterten Zustellungen der Verfügungen vom 7. und 13. Februar 2017 hin. Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass der Beklagte 3 seine Obliegenheit, während des gesamten Prozesses über eine Zustelladresse zu verfügen, verletzt habe, weshalb die beiden Entscheide im Sinne einer Zustellfiktion als zugestellt gelten würden. Dennoch liess ihm die Vorinstanz "ausnahmsweise eine Kopie der vorerwähnten Entscheide als Beilage zu vorliegendem Schreiben per A-Post zukommen" (Vi-Urk. 518). Dieses Schreiben der Vorinstanz vom 27. Februar 2017 erreichte den Beklagten 3 gemäss dessen – mangels Zustellung gegen Empfangsbestätigung – nicht widerlegbaren Angaben zufolge am 3. März 2017 über seinen E-Post Account als von der Post eingescanntes Dokument (Urk. 1 S. 2).

- 4 -

#### **E. 1.5**

Mit Eingabe vom 13. März 2017 (Poststempel vom gleichen Tag) erhob der Beklagte 3 gegen die Verfügung vom 13. Februar 2017 Beschwerde (Urk. 1, Beilagen und -verzeichnis: Urk. 3 und 4/3-9). Die Beschwerde erfolgte damit innert der in der Verfügung vom 13. Februar 2017 belehrten zehntägigen Frist ab Erhalt der Verfügung, welche gemäss den unwiderlegbaren Angaben des Beklagten 3 auf den 3. März 2017 zu datieren ist. Der Beklagte 3 stellte mit der Beschwerde folgende Rechtsbegehren: "1. Es sei das Bezirksgericht anzuweisen, dem Beschwerdeführer den Beschluss vom 13. Februar 2017 erneut zuzustellen;

#### **E. 1.6**

Der mit Verfügung vom 11. April 2017 verlangte Gerichtskostenvorschuss von Fr. 500.– ging am 24. April 2017 rechtzeitig ein (Urk. 8 und 10). Mit Verfügung vom 26. Mai 2017 wurde den Beschwerdegegnern Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (Urk. 11), welche diese unbenützt verstreichen liessen. Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif.

#### **E. 1.7**

Nebst der Beschwerde an das Obergericht gelangte der Beklagte am

#### **E. 1.8**

Mit Eingabe vom 5. April 2017 (Poststempel vom gleichen Tag) erhob der Beklagte 3 auch gegen die Verfügung vom 17. März 2017 rechtzeitig Beschwerde mit folgenden Anträgen

(Urk. 16/1; Beilagen und -verzeichnis: Urk. 16/4/2-10): "1. Es sei der angefochtene Beschluss aufzuheben; 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse." Es wurde ein Beschwerdeverfahren mit der Geschäfts-Nr. RB170011-O angelegt. Der mit Verfügung vom 11. April 2017 im Verfahren Geschäfts-Nr. RB170011-O verlangte Gerichtskostenvorschuss von Fr. 500.– ging am 24. April 2017 rechtzei-

- 6 - tig ein (Urk. 16/7 und 16/9). Mit Verfügung vom 26. Mai 2017 wurde den Beschwerdegegnern Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (Urk. 11), welche diese unbenützt verstreichen liessen. Das Verfahren Geschäfts-Nr. RB170011-O erweist sich folglich ebenfalls als spruchreif. 2. Anwendbares Recht

## **E. 2**

es sei festzustellen, dass bis dato noch keine fristauslösende Zu- stellung erfolgt ist;

### **E. 2.1**

Das seit 2008 hängige Verfahren wird vor Vorinstanz nach bisherigem Zür- cher Prozessrecht geführt (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Soweit Prozesshandlungen der Vorinstanz Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sind, ist zu prüfen, ob diese im Einklang mit dem bisherigen Zürcher Prozessrecht erfolgten. Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels und das Rechtsmittelverfahren an sich richten sich demge- genüber nach dem Recht, das bei der Eröffnung des betreffenden Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu anstatt vieler: Schwander, DIKE-Komm- ZPO, Art. 405 N 2).

### **E. 2.2**

Beide Beschwerdeverfahren richten sich gegen unter Geltung des neuen Rechts eröffnete Entscheide. Deshalb ist im Folgenden die Zulässigkeit beider Beschwerden nach neuem Recht zu prüfen und das Beschwerdeverfahren ge- mäss der schweizerischen Zivilprozessordnung zu führen. 3. Vereinigung In beiden Beschwerdeverfahren (Geschäfts-Nr. RB170008-O und Geschäfts-Nr. RB170011-O) bildet im Ergebnis unter anderem die Zustellung des vorinstanzli- chen Beschlusses vom 13. Februar 2017 Streitgegenstand und folglich stellen sich in beiden Verfahren teilweise dieselben Tat- und Rechtsfragen. Wie unten zu zeigen ist, lässt das Nichteintreten auf Beschwerdeantrag 4 in Geschäfts- Nr. RB170008-O wegen fehlender Beschwerdelegitimation ausserdem das Rechtsschutzinteresse des Beklagten an der Prüfung der weiteren Anträge in Ge- schäfts-Nr. RB170008-O ganz und von Beschwerdeantrag 1 in Geschäfts- Nr. RB170011-O teilweise dahinfallen.

## **E. 3**

event. seien die Fristen zur Anfechtung des Beschlusses vom 13. Februar 2017 wiederherzustellen.

## **E. 4**

subevent. der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung an das Bezirksgericht Win- terthur zurückzuweisen

## **E. 5**

unter Kosten- und Entschädigungsfolge." Mit ergänzender Eingabe vom 16. März 2017 reichte der Beklagte 3 eine E-Mail der Schweizerischen Post vom 16. März 2017 ein, aus welcher hervorgeht, dass die Sendungen mit den vorinstanzlichen Entscheiden vom 7. Februar und 13. Februar 2017 nicht an den Absender retourniert, sondern an eine

Zustelladresse hätten weitergeleitet werden sollen (Urk. 5 und 6).

## **E. 6**

März 2017 bezüglich der gescheiterten Zustellung der Entscheide vom 7. und 13. Februar 2017 auch an die Vorinstanz und stellte folgende Anträge (Vi- Urk. 523; Beilagen: Vi-Urk. 524/1-3):

- 5 - "1. Es seien die Verfügung vom 7. Februar 2017 und der Beschluss vom 13. Februar 2017 A. \_\_\_\_\_ erneut zuzustellen; 2. es sei festzustellen, dass bis dato noch keine fristauslösende Zu- stellung erfolgt ist; 3. event. seien die Fristen zur Anfechtung der beiden Entscheide wiederherzustellen." Die Vorinstanz wies mit Verfügung vom 17. März 2017 Antrag 1 ab und trat auf die Anträge 2 und 3 nicht ein. Zusammengefasst erwog die Vorinstanz, die Zustel- lung der Entscheide könne fingiert werden, obwohl keine zweite Zustellung im Sinne von § 179 GVG/ZH stattgefunden habe. Eine solche habe unterbleiben können, da eine zweite Zustellung nicht erfolgsversprechend gewesen wäre. Die vom Beklagten 3 gewählte E-Post-Dienstleistung taue nicht zum Empfang von Gerichtsurkunden. Deshalb habe der Beklagte 3 die gescheiterte Zustellung zu verantworten, mit der Folge der Fiktion der Zustellung. Ausserdem habe der Be- klagte 3 nachweislich mit der Zustellung der Kopien der fraglichen Entscheide mit Schreiben vom 27. Februar 2017 Kenntnis vom Inhalt erlangt, womit eine allfällig fehlerhafte Zustellung geheilt werde. Bei dieser Sachlage könne eine weitere Zu- stellung unterbleiben. Mit Bezug auf die Anträge 2 und 3 mangle es an der Zu- ständigkeit. Sowohl die Feststellung, ob eine die Rechtsmittelfrist auslösende Zu- stellung erfolgt sei, als auch die Wiederherstellung derselben falle in die Kompe- tenz der Rechtsmittelinstanz (Vi-Urk. 529 S. 2 ff.). Gemäss dem handschriftlichen Vermerk auf Urk. 16/2 wurde dem Beklagten 3 die Verfügung am 27. März 2017 zugestellt, womit er diese frühestens am 28. März 2017 erhielt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.