

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB170008-O/U;

damit vereinigt: Geschäfts-Nr.: RB170011-O

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber lic. iur. L. Casciaro

Beschluss vom 29. Juni 2017

in Sachen

A. _____,

Beklagter 3 und Beschwerdeführer

gegen

1. **B.** _____, lic. iur.,

Klägerin und Beschwerdegegnerin 1

2. **C.** _____,

Beklagte 1 und Beschwerdegegnerin 2

3. **D.** _____

Beklagter 2 und Beschwerdegegner 3

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Erteilung (Bestellung Sachverständiger)**

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur vom 13. Februar 2017 (CP080004-K)

Erwägungen:

I.

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

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).

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

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.

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.

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).

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;
2. es sei festzustellen, dass bis dato noch keine fristauslösende Zustellung erfolgt ist;
3. event. seien die Fristen zur Anfechtung des Beschlusses vom 13. Februar 2017 wiederherzustellen.
4. subevent. der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung an das Bezirksgericht Winterthur zurückzuweisen
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).

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.

1.7. Nebst der Beschwerde an das Obergericht gelangte der Beklagte am 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):

- "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 Zustellung 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 Zustellung 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 Beklagte 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 Zustellung unterbleiben. Mit Bezug auf die Anträge 2 und 3 mangle es an der Zuständigkeit. Sowohl die Feststellung, ob eine die Rechtsmittelfrist auslösende Zustellung erfolgt sei, als auch die Wiederherstellung derselben falle in die Kompetenz 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.

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-

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

2.1. Das seit 2008 hängige Verfahren wird vor Vorinstanz nach bisherigem Zürcher 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 demgegenüber 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).

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 gemäss 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 vorinstanzlichen 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 Geschäfts-Nr. RB170008-O ganz und von Beschwerdeantrag 1 in Geschäfts-Nr. RB170011-O teilweise dahinfallen. Aus diesen Gründen ist eine Vereinigung beider Beschwerdeverfahren angezeigt (Art. 125 lit. c ZPO). Deshalb ist das Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. RB170011-O mit dem vorliegenden Beschwer-

deverfahren Geschäfts-Nr. RB170008-O zu vereinigen und unter dieser Nummer weiterzuführen. Als Folge der Vereinigung ist das Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. RB170011-O als durch Vereinigung erledigt abzuschreiben und dessen Akten sind als Urk. 16/1-15 zu den Akten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens Geschäfts-Nr. RB170008-O zu nehmen.

4. Keine Beschwerdefähigkeit hinsichtlich Antrag 4 in RB170008

4.1. Der angefochtene Beschluss vom 13. Februar 2017, mit welchem ein Gutachter ernannt wurde, ist prozessleitender Natur (vgl. anstatt vieler: BSK ZPO-Dolge, Art. 183 N 32). Prozessleitende Entscheide sind mit Beschwerde anfechtbar, in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) oder wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO).

4.2. Die Anfechtung eines prozessleitenden Entscheids, der die Ernennung eines gerichtlichen Sachverständigen zum Gegenstand hat, ist weder in der schweizerischen noch in der Zürcher ZPO ausdrücklich vorgesehen, wobei es einzig auf die Regelung in der schweizerischen ZPO ankommt (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Für den Sachverständigen gelten allerdings nach altem und neuem Recht dieselben Ausstandsgründe wie für Gerichtspersonen (§ 173 Abs. 2 ZPO/ZH; Art. 183 Abs. 2 ZPO). Mit Bezug auf die Beschwerdelegitimation bedeutet dies, dass das Verfahren nach Art. 48-50 ZPO zum Tragen kommt. Den Parteien steht dementsprechend auch das – vom Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO unabhängige – Beschwerderecht von Art. 50 Abs. 2 ZPO zu, wenn das Gericht einen von ihnen abgelehnten Sachverständigen einsetzt (vgl. *OGer ZH PF120017 vom 10. Mai 2012, E. 2.1*; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 183 N 17, a.M.: Dolge, a.a.O., N 32). Das Beschwerderecht lässt sich allerdings nur insofern aus Art. 50 Abs. 2 ZPO ableiten, als sich die Beschwerde auf das Vorliegen eines Ausstandsgrundes bezieht. Ungenügende Fachkenntnisse begründen keinen Ausstandsgrund; diese können lediglich dazu führen, dass die Auswahl des Gutachters bzw. die Beweistauglichkeit seines Gutachtens und gegebenenfalls die darauf beruhende Beweiswürdigung durch das Gericht in Frage gestellt werden können (Müller, a.a.O., N 19). Wird die fachliche

Eignung des Sachverständigen bestritten, steht folglich der Beschwerdeweg nur unter den Voraussetzungen von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO offen, mithin wenn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Dolge, a.a.O.; BK ZPO-Rüetschi, Art. 183 N 51 f.).

4.3. Der drohende, nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil kann rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein. Tatsächliche Nachteile müssen sich direkt im Verfahren auf die Rechtsstellung der Parteien nachteilig auswirken. Dies ist etwa der Fall bei der verweigerten Dispensation vom persönlichen Erscheinen einer auslandsabwesenden Partei oder bei der Abnahme von Beweismitteln, die über Gebühr Zeit beansprucht oder Kosten verursacht. Die Beweislast für das Bestehen der Gefahr eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils trägt in jedem Fall die Beschwerde führende Partei, falls die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist. Die Beschwerde führende Partei hat den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil somit substantiiert zu behaupten und allenfalls zu beweisen. Weiter hat sie Ausführungen zur Frage zu machen, inwiefern und weshalb sich der Nachteil später nicht mehr leicht wiedergutmachen lassen soll. Es ist nicht Aufgabe des Gerichtes, von Amtes wegen Nachforschungen anzustellen. Bei der Anwendung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils ist Zurückhaltung angebracht (*OGer ZH PC160039 vom 5. Oktober 2016, E. 4.5*, m.w.H. auf Literatur und Rechtsprechung).

4.4. Der Beklagte 3 äussert sich weder in der Begründung seines Beschwerdeantrags 4 in Geschäfts-Nr. RB170008, mit welchem er die Aufhebung des Beschlusses vom 13. Februar 2017 verlangt, mit welchem lic. oec. HSG J. _____ als Sachverständiger bestellt wurde, noch in seinen Ausführungen zum Formellen zum Vorliegen der Gefahr eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (Urk. 1 S. 2 und 4). Es ist auch nicht offenkundig, dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, zumal allfällige Mängel des Gutachtens im Verfahren nach §§ 180 f. ZPO/ZH bereinigt werden könnten, sodass grundsätzlich (anders als bei Vorliegen von Ausstandsgründen) keine Unverwertbarkeit des Gutachtens verbunden mit unnötigen Kosten für die Parteien zu befürchten ist. Folglich wäre auf die Beschwerde gegen den Beschluss vom 13. Februar 2017 nur in-

sofern einzutreten, als der Beklagte 3 damit die Nichtbeachtung von Ausstandsgründen im Sinne von Art. 47 ZPO bzw. von Ausschluss- oder Ablehnungsgründen im Sinne von § 173 Abs. 2 ZPO/ZH i.V.m. §§ 95 f. GVG/ZH beanstanden würde. Hingegen ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit der Beklagte 3 die Ernennung des Gutachters infolge fehlender fachlicher Eignung rügt.

4.5. Der Beklagte 3 rügt mit Bezug auf die Bestellung von lic. oec. HSG J._____, die Vorinstanz habe sich nicht genügend mit den vom Beklagten 3 vorgebrachten Einwänden gegen den Gutachter auseinandergesetzt, dieser sei ungenügend qualifiziert, habe keine Kenntnisse der Asylsituation bzw. vom Bau der Asylunterkunft in Winterthur und habe selber darauf hingewiesen, er greife bei Wald- und Wiesenparzellen auf Standardwerte zurück (Urk. 1 S. 4). Diese Einwendungen betreffen einzig die fachliche Qualifikation des Gutachters, nicht jedoch Ausstandsgründe im Sinne von Art. 47 ZPO bzw. Ausschluss-/Ablehnungsgründe im Sinne von §§ 95 f. GVG/ZH. Die vor Vorinstanz vorgebrachten Einwendungen gegen den Gutachter, dieser sei sehr einseitig gerichts- und behördenbezogen und damit vermutlich nicht neutral, sowie die Vorinstanz habe dem neu vorgeschlagenen Gutachter mit dem Hinweis, der Umgang mit den Parteien habe sich teilweise als schwierig erwiesen, tendenziöse, falsche Informationen erteilt, was eine unbefangene Gutachtertätigkeit zweifelhaft erscheinen lasse, betrafen zwar Ausstands- bzw. Ausschluss-/Ablehnungsgründe. Der Beklagte 3 hat diese Vorbringen in der Beschwerde aber fallen gelassen. Damit erschöpft sich die Beschwerde in der Kritik, die Vorinstanz habe die Einwendungen des Beklagten 3 gegen die fachliche Eignung des Sachverständigen nicht beachtet. Auf die Beschwerde mit dieser Begründung kann mangels Behauptung eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO nicht eingetreten werden.

5. Kein Rechtsschutzinteresse hinsichtlich Anträge 1-3 in RB170008 und in RB170011 (erneute Zustellung des Beschlusses vom 13. Februar 2017)

5.1. Mit Beschwerdeantrag 2 und 3 in Geschäfts-Nr. RB170008 verlangt der Beklagte, es sei festzustellen, dass bis dato noch keine fristauslösende Zustellung erfolgt sei, eventualiter seien die Fristen zur Anfechtung des Beschlusses vom

13. Februar 2017 wiederherzustellen (Urk. 1 S. 2). Diese Anträge richten sich nicht in der Sache gegen den mit der Beschwerde Geschäfts-Nr. RB170008 angefochtenen Beschluss vom 13. Februar 2017, sondern betreffen einzig die Prozessvoraussetzung der Wahrung der Beschwerdefrist für prozessleitende Verfügungen von zehn Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Sie sind quasi Hilfsanträge zu Beschwerdeantrag 4 in Geschäfts-Nr. RB170008 und haben keine eigenständige Bedeutung, da sie sich nicht gegen den (mit Beschwerdeantrag 4 angefochtenen) Beschluss vom 13. Februar 2017 an sich richten. Wäre der Beschwerdeantrag 2 als eigenständiges Rechtsbegehren zu behandeln, liesse sich sagen, indem die Beschwerdelegitimation bezüglich Beschwerdeantrag 4 als weitere Prozessvoraussetzung geprüft und verneint wurde (oben Ziffer 4), sei dem Beschwerdeantrag 2 insofern implizit stattgegeben worden, als dass dem Beklagten 3 nicht vorgehalten wurde, die Beschwerdefrist verpasst zu haben. Dadurch wäre zugleich das Fristwiederherstellungsgesuch im eventualiter gestellten Beschwerdeantrag 3 hinfällig geworden. An der Feststellung, dass bis dato keine die Beschwerdefrist auslösende Zustellung des angefochtenen Beschlusses erfolgt ist (Beschwerdeantrag 2), und an der eventualiter verlangten Wiederherstellung der Beschwerdefrist (Beschwerdeantrag 3), geht dem Beklagten aber bereits deshalb das Rechtsschutzinteresse ab, weil auf die Beschwerde aus anderen Gründen ohnehin nicht einzutreten ist, es mithin auf die Fristwahrung gar nicht ankommt. Es kann somit dahingestellt bleiben, ob der Beklagte 3 rechtzeitig Beschwerde erhoben hat, und damit auch, ob bezüglich der gescheiterten Zustellung des Beschlusses vom 13. Februar 2017 die Zustellungsfiktion im Sinne von § 179 Abs. 2 GVG/ZH greift. Mangels Rechtsschutzinteresse ist auf die Beschwerdeanträge 2 und 3 in Geschäfts-Nr. RB170011 somit nicht einzutreten.

5.2. Darüber hinaus verlangt der Beklagte 3 in Antrag 1 in Geschäfts-Nr. RB170008, die Vorinstanz sei anzuweisen, ihm den Beschluss vom 13. Februar 2017 erneut zuzustellen (Urk. 1 S. 2). Dasselbe begehrt der Beklagte 3 im Ergebnis mit Beschwerdeantrag 1 Geschäfts-Nr. RB170011 an, wenn er beantragt, die vorinstanzliche Verfügung vom 17. März 2017 sei aufzuheben (Urk. 16/1 S. 2). Mit dieser Verfügung verweigerte ihm die Vorinstanz (unter anderem) die erneute Zu-

stellung des Beschlusses vom 13. Februar 2017 (Urk. 16/2 S. 2 [Antrag 1] und S. 10).

5.2.1. Hat eine Partei trotz gescheiterter bzw. mangelhafter Zustellung vom ganzen Inhalt des Akts Kenntnis erhalten, würde eine erneute und ordentliche Zustellung der Partei keine zusätzlichen Erkenntnisse vermitteln und liefe auf einen überspitzten Formalismus hinaus (BGE 112 III 81, E. 2b). Solange die Rechte der betroffenen Partei trotz gescheiterter Zustellung gewahrt wurden, mithin sie rechtzeitig vom zugestellten Akt Kenntnis erhalten hat und durch die Zustellung des Akts ausgelöste, gesetzliche oder richterliche Fristen wahren konnte, gilt die gescheiterte Zustellung als geheilt bzw. wäre eine Berufung auf den Mangel rechtsmissbräuchlich (BGer 5A_852/2011 vom 20. Februar 2012, E. 5 f., m.w.H.; OGer ZH PS110196 vom 19. Dezember 2011, E. 5.3). Ist eine Zustellung mangelhaft oder gescheitert, beginnen durch die Zustellung ausgelöste Fristen mit der tatsächlichen Kenntnisnahme zu laufen (BGE 104 III 12, Regeste).

5.2.2. Die ordentliche Zustellung des Beschlusses vom 13. Februar 2017 mit Gerichtsurkunde scheiterte. Wie sich der Sendungsnachverfolgung entnehmen lässt, wurde dem Beklagten 3 nie die Sendung oder ein Abholavis in den Briefkasten gelegt (Vi-Urk. 512). Hingegen wurden dem Beklagten 3 am 27. Februar 2017 im Anhang zum Schreiben vom gleichen Tag Kopien der Verfügung vom 7. Februar 2017 und des Beschlusses vom 13. Februar 2017 zugestellt. Die Vorinstanz wies den Beklagten 3 in diesem Schreiben ferner darauf hin, dass die fraglichen Entscheide gestützt auf § 179 Abs. 2 GVG/ZH als zugestellt gelten würden und es seine Obliegenheit sei, während des ganzen Prozesses über eine Zustelladresse zu verfügen (Vi-Urk. 518 S. 2). Der Beklagte 3 nahm dieses Schreiben eigenen, nicht zu widerlegenden Angaben zufolge am 3. März 2017 eingescannt per Mail via epost in Empfang (Urk. 1 S. 2). Damit steht fest, dass der Beklagte 3 am 3. März 2017 vom Beschluss vom 13. Februar 2017 Kenntnis erhielt. Gemäss der bereits mit BGE 104 III 12 begründeten, konstanten Praxis des Bundesgerichts begann folglich die Rechtsmittelfrist, sofern sie nicht bereits durch eine allfällige Zustellungsfiktion ausgelöst wurde, spätestens mit der tatsächlichen Kenntnisnahme am 3. März 2017 zu laufen. Dass sich die Vorinstanz auf den Standpunkt

stellte, die Zustellungsfiktion sei bereits eingetreten, jedoch trotzdem "ausnahmsweise" (Vi-Urk. 518 S. 2) Kopien der fraglichen Entscheide dem Beklagten 3 zustellte, könnte zu Missverständnissen führen. Der Beklagte 3 erkannte jedoch, dass spätestens mit seiner Kenntnisnahme vom Beschluss vom 13. Februar 2017 am 3. März 2017 die Beschwerdefrist zu laufen begann; so führt er in der Beschwerde vom 13. März 2017 selber aus (Urk. 1 S. 2; Hervorhebung durch das Gericht): "Die vorliegende Eingabe erfolgt **fristgerecht** innerhalb von 10 Tagen". Ausserdem erklärte er anlässlich eines Telefonats vom 13. März 2017 gegenüber dem vorinstanzlichen Gerichtsschreiber, die Beschwerdefrist laufe heute ab, "falls die Zustellung bereits mit der Zustellung vom 27. Februar 2017 als erfolgt gelten würde" (Vi-Urk. 526). Der Beklagte 3 ging also trotz der Ausführungen zur Zustellungsfiktion im vorinstanzlichen Schreiben vom 27. Februar 2017 klarerweise davon aus, dass die Beschwerdefrist bis zum 13. März 2017 laufe, sofern sie nicht durch eine erneute Zustellung bzw. eine Wiederherstellung neu ausgelöst würde. Schliesslich reichte der Beklagte 3 denn auch innert der durch die Kenntnisnahme vom angefochtenen Beschluss am 3. März 2017 ausgelösten zehntägigen Frist mit Poststempel vom 13. März 2017 eine Beschwerde ein, in welcher er den Beschluss vom 13. Februar 2017 (auch) in der Sache rügte. Auf diese ist indessen aus anderen Gründen als dem (allfälligen) Verpassen der Beschwerdefrist nicht einzutreten (siehe oben Ziff. 4 f.). Im Ergebnis hatte der Beklagte 3 somit ab Kenntnisnahme vom Beschluss vom 13. Februar 2017 am 3. März 2017 die in Art. 312 Abs. 2 ZPO vorgesehenen zehn Tage Zeit, um die am 13. März 2017 ergriffene Beschwerde zu verfassen. Bei dieser Ausgangslage würde die angebehrte erneute Zustellung des Beschlusses vom 13. Februar 2017 dem Beklagten 3 keine zusätzlichen Erkenntnisse vermitteln. Vielmehr wurden die Rechte des Beklagten 3 bereits durch die informelle Kenntnisnahme des Beschlusses vom 13. Februar 2017 am 3. März 2017 gewahrt. Auch durch eine erneute Zustellung würde die Beschwerdefrist nicht ein zweites Mal ausgelöst. Es fehlt dem Beklagten 3 deshalb ein schutzwürdiges Interesse an einer erneuten Zustellung, weshalb auf Beschwerdeantrag 1 in Geschäfts-Nr. RB170008 sowie auf Beschwerdeantrag 1 in Geschäfts-Nr. RB170011 mit Bezug auf den Beschluss vom 13. Februar 2017 nicht einzutreten ist.

6. Kein Rechtsschutzinteresse hinsichtlich Antrag 1 in RB170011 (erneute Zustellung der Verfügung vom 7. Februar 2017)

Mit Verfügung vom 17. März 2017 (Vi-Urk. 529 S. 2 und 10), deren Aufhebung der Beklagte 3 in Beschwerdeantrag 1 in Geschäfts-Nr. RB170011 verlangt (Urk. 16/1 S. 2), verweigerte ihm die Vorinstanz (unter anderem) die erneute Zustellung der Verfügung vom 7. Februar 2017 (Vi-Urk. 505). Mit Verfügung vom 7. Februar 2017 wurde den Parteien der 4. Rechenschaftsbericht des Erbenvertreters vom 27. Januar 2017 (Vi-Urk. 503) samt Beilagen (Vi-Urk. 504/1-3) zugestellt. Es wurden darin keine Fristen angesetzt. Das oben (Ziff. 5.2) Ausgeführte gilt folglich auch mit Bezug auf die angebehrte erneute Zustellung der Verfügung vom 7. Februar 2017. Der Beklagte 3 hat mit Erhalt des Schreibens der Vorinstanz vom 27. Februar 2017 samt dessen Beilagen (Vi-Urk. 518) am 3. März 2017 (Urk. 1 S. 2) vom Inhalt der Verfügung vom 7. Februar 2017 und dem 4. Rechenschaftsbericht des Erbenvertreters Kenntnis erhalten. Eine erneute, formelle Zustellung brächte ihm keine zusätzlichen Erkenntnisse. Es mangelt dem Beklagten 3 deshalb an einem schutzwürdigen Interesse an einer erneuten Zustellung, umso mehr als mit der Verfügung vom 7. Februar 2017 keine Fristen ausgelöst wurden. Infolge fehlenden Rechtsschutzinteresses ist deshalb auf Beschwerdeantrag 1 in Geschäfts-Nr. RB170011 (erneute Zustellung der Verfügung vom 7. Februar 2017) nicht einzutreten.

7. Keine Begründung der Beschwerde hinsichtlich Antrag 1 in RB170011 (Feststellung, dass bis dato noch keine fristauslösende Zustellung erfolgt ist, und Wiederherstellung der Anfechtungsfristen)

7.1. Beschwerdeantrag 1 in Geschäfts-Nr. RB170011 zielt auf die vollständige Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung vom 17. März 2017 (Urk. 16/1 S. 2). Damit verlangt der Beklagte 3 auch, die Verfügung vom 17. März 2017 sei mit Bezug auf das Nichteintreten auf die vor Vorinstanz gestellten Anträge 2 und 3 (Urk. 16/2 S. 2) aufzuheben. Die Vorinstanz trat auf den Antrag des Beklagten, "es sei festzustellen, dass bis dato noch keine fristauslösende Zustellung erfolgt ist" (Antrag 2), und "event. seien die Fristen zur Anfechtung der beiden Entschiede wiederherzustellen" (Antrag 3) nicht ein mit der – zutreffenden – Begründung,

es liege in der Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz, im Falle der Ergreifung eines Rechtsmittels über diese Anträge zu entscheiden (Urk. 16/2 S. 7 und S. 10).

7.2. Die Beschwerde des Beklagten 3 wäre diesbezüglich unter Verweis auf die korrekte Begründung der Vorinstanz in der Sache sofort abzuweisen gewesen. Da die Beschwerde mit Bezug auf die vor Vorinstanz vom Beklagten gestellten Anträge 2 und 3 gänzlich unbegründet blieb (Urk. 16/1 S. 3 f.), ist darauf aber schon gar nicht einzutreten. Eine Beschwerde ist nämlich begründet einzureichen und der Beschwerdeführer hat sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinanderzusetzen und die Mängel zu bezeichnen, an denen der angefochtene Entscheid leide (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Eine gänzlich fehlende Begründung hat Nichteintreten auf die Beschwerde zur Folge (BSK ZPO-Spühler, Art. 321 N 4 und Art. 311 N 18).

8. Fazit

Zusammenfassend ist auf sämtliche in Geschäfts-Nr. RB170008 und Geschäfts-Nr. RB170011 gestellten Beschwerdeanträge nicht einzutreten.

II.

Die Entscheidgebühr für das vorliegende Beschwerdeverfahren und das mit diesem vereinigte Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. RB170011 ist in Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. a, c und d GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beklagten 3 aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels entsprechender Anträge und wesentlichen Aufwands ist den Gegenparteien keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. RB170011-O wird mit dem vorliegenden Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. RB170008-O vereinigt und unter dieser Nummer weitergeführt.
2. Das Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. RB170011-O wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
3. Die Akten des Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. RB170011-O werden als Urk. 16/1-15 zu den Akten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens Geschäfts-Nr. RB170008-O genommen.
4. Auf beide Beschwerden wird nicht eingetreten.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf insgesamt Fr. 1'000.– festgesetzt.
6. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten 3 auferlegt und mit seinem Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 1'000.– verrechnet.
7. Es werden keine Parteienschädigungen für das zweitinstanzliche Verfahren zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien als Gerichtsurkunde, an den Beklagten 2 durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

9. 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. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt in der Hauptsache mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 29. Juni 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. L. Casciaro

versandt am:
mc