

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB170022-O/U

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

Beschluss vom 27. Juni 2017

in Sachen

A. _____,

Beklagter 3 und Beschwerdeführer

gegen

1. **B.** _____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

2. **C.** _____,

3. **D.** _____,

Beklagte 1 und 2 und Beschwerdegegner

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

betreffend **Erbteilung (Augenschein)**

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur vom 15. Mai 2017 (CP080004-K)

Erwägungen:

1. a) Mit Beschluss vom 15. Mai 2017 entschied die Vorinstanz unter anderem das Folgende (Urk. 2 S. 9 f.):

" 1. Den Parteien wird je eine einmalige Frist von 14 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um dem Gericht folgende Unterlagen einzureichen, sofern sie in deren Besitz sind:

- Zu Grundstück (1), E. _____ -Str., Winterthur:

- aktueller Gebäudeversicherungsnachweis
- Grundrisspläne aller Geschosse

- Zu Grundstück (2) F. _____, Gde. G. _____ /TG:

- aktueller Gebäudeversicherungsnachweis
- Grundrisspläne aller Geschosse

Im Säumnisfall würde ohne Weiteres davon ausgegangen, dass die Parteien nicht im Besitz dieser Unterlagen sind, womit der Gutachter gemäss Auftrag und Instruktion ohne Weiteres berechtigt wäre, diese Unterlagen bei den zuständigen Stellen (etwa Behörden oder Versicherungen) direkt einzufordern, unter Inrechnungstellung der Kosten zusammen mit seinem Honorar.

2. Der Augenschein an den Grundstücken mitsamt Liegenschaften (1), E. _____ -Str., Winterthur, und (2), F. _____, Gde. G. _____ /TG, findet am Freitag, 7. Juli 2017, ab 9.00 Uhr statt, und zwar wie folgt: (1) ab 9.00 Uhr (voraussichtlich eine Stunde bei reibungslosem Verlauf) und (2) im Anschluss daran bzw. geplant ab ca. 11.00 Uhr (voraussichtlich eine halbe Stunde bei reibungslosem Verlauf).

Die Parteien, ihre Rechtsvertreter und die H. _____ AG sind berechtigt, am Augenschein teilzunehmen, die H. _____ AG nur hinsichtlich Grundstück mitsamt Liegenschaften (1). Sollten sie verhindert sein, so wären sie berechtigt, eine zur Vertretung bevollmächtigte Person daran teilnehmen zu lassen.

3. Die Parteien und die H. _____ AG werden verpflichtet, dem Gutachter und der Gerichtsdelegation am besagten Augenschein uneingeschränkter Zugang zu den beiden Grundstücken mitsamt Liegenschaften zu gewähren und zu verschaffen, sofern und soweit sie sich in ihrem Gewahrsam befinden, die H. _____ AG nur hinsichtlich Grundstück mitsamt Liegenschaften (1). Sollte kein uneingeschränkter Zugang bestehen, so würde ein Schlüsselservice dem Gutachter und der Gerichtsdelegation uneingeschränkter Zugang verschaffen. Überdies behält sich das Gericht vor, eine polizeiliche Begleitung zum Augenschein anzubieten. Dies alles unter Kostenfolge.

4. Den Parteien und der H. _____ AG wird je eine einmalige Frist von 14 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um dem Gericht schriftlich anzugeben, ob und wenn ja, inwieweit sie oder eine Vertretung am besagten Augenschein dem Gutachter und der Gerichtsdelegation Zugang zu den beiden Grundstücken mitsamt Liegenschaften verschaffen wird, die H. _____ AG nur hinsichtlich Grundstück mitsamt Liegenschaften (1). Im Säumnisfall würde ohne Weiteres davon ausgegangen, dass die betreffende Person hierzu nicht in der Lage oder nicht gewillt ist."

b) Innert Frist erhob der Beklagte 3 mit Eingabe vom 22. Mai 2017 Beschwerde (Urk. 1). Er stellte dabei folgende Anträge (Urk. 1 S. 2):

- " 1. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
2. es sei der angefochtene Beschluss aufzuheben;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Mit Verfügung vom 26. Mai 2017 wurde auf den Antrag des Beklagten 3, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, in Bezug auf Dispositivziffer 1 des angefochtenen Beschlusses nicht eingetreten. Sodann wurde der Beschwerde des Beklagten 3 gegen Dispositivziffer 4 des angefochtenen Beschlusses die aufschiebende Wirkung einstweilen erteilt und die ihm darin angesetzte Frist von 14 Tagen einstweilen abgenommen. Der Klägerin und den Beklagten 1 und 2 wurde ferner Frist zur Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung betreffend die Dispositivziffern 2 bis 4 des angefochtenen Beschlusses sowie Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt. Schliesslich wurde dem Beklagten 3 Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 500.– zu leisten (Urk. 3).

Mit fristgerechter Eingabe vom 31. Mai 2017 reichte die Beklagte 1 die Beschwerdeantwort ein. Zudem nahm sie Stellung zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung betreffend die Dispositivziffern 2 bis 4 des angefochtenen Beschlusses. Sie stellte dabei den Antrag, das Gesuch des Beklagten 3 um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei gutzuheissen. Im Übrigen teilte sie

die Ausführungen des Beklagten 3 in seiner Beschwerdeschrift vom 22. Mai 2017, soweit sie sich auf den Erbstreit beziehen (Urk. 7).

Innert Frist ging der Kostenvorschuss des Beklagten 3 ein (Urk. 3 i.V.m. Urk. 10).

Die Klägerin sowie der Beklagte 2 liessen sich bis zum heutigen Tag nicht vernehmen.

2. a) Der Beklagte 3 führte in seiner Beschwerdeschrift aus, dass die Vorinstanz einen Augenscheintermin angesetzt habe, obwohl die Frage über den Gutachter strittig sei. Er habe den Beschluss vom 13. Februar 2017, mit welchem der Gutachter I. _____ eingesetzt worden sei, angefochten. Sollte das Obergericht die gegen die Einsetzung des Gutachters erhobene Beschwerde gutheissen, so müsste der angesetzte Augenschein durch einen anderen Gutachter wiederholt werden. Dies hätte unnötigen Aufwand und unnötige Kosten für sämtliche Beteiligten zur Folge. Bei einem rund neunjährigen Verfahren gebe es nicht den geringsten Anlass dazu, einen Augenscheintermin anzusetzen, wenn die Einsetzung des Gutachters strittig sei. Solange über die Frage der Einsetzung des Gutachters Unklarheit bestehe, sei kein Grund dafür ersichtlich, dass der Gutachter irgendwelche Handlungen vornehmen dürfe. Entsprechend sei er beispielsweise nicht gehalten, sich beim Gutachter zu melden. Ebenso wenig bestehe Anlass dafür, einen Augenscheintermin festzulegen, bevor klar sei, ob der Gutachter I. _____ je einen Gutachtensauftrag übernehmen könne. Der angefochtene Beschluss setze sich stillschweigend über die Tatsache hinweg, dass die Frage der Person des Gutachters noch nicht geklärt sei. Solches sei nicht akzeptabel und willkürlich. Es führe zu unnötigem Aufwand. Sollte seinen Einwänden gefolgt werden, so hätte dies womöglich zur Folge, dass ohne Not ein Augenschein durchgeführt werde, dessen Ergebnisse nicht verwertet werden könnten, da der Gutachter gar nicht zur Vornahme von entsprechenden Handlungen berechtigt gewesen sei. Bei einem bald neunjährigen Verfahren gebe es nicht den geringsten Grund, einen Augenschein durch einen vor Obergericht angefochtenen Gutachter durchzuführen. Durch das unnötige Vorpreschen der Vorinstanz sei mit neuen Verzögerungen zu rechnen, was der Sache nicht diene. Im Zusammenhang mit den eingeforderten

Planunterlagen werde ihm die Vorinstanz wieder obstruktives Verhalten vorwerfen wollen, wenn er keine solche einreiche. Tatsache sei indessen, dass er nicht über die eingeforderten Unterlagen verfüge (Urk. 1).

b) Die Beklagte 1 führte zur Beschwerde des Beklagten 3 aus, sie halte den Augenscheintermin für verfrüht, da aktuell noch das Anfechtungsverfahren betreffend den Gutachter I._____ pendent sei. Unnötige, weil eventuell doppelte Kosten sollten vermieden werden. Vorab seien die ungeklärten Fragen des Beklagten 3 bezüglich des Gutachters I._____ rechtskräftig zu beurteilen und erst anschließend sei ein Augenscheintermin zu verfügen (Urk. 7).

3. a) Die angefochtene Verfügung ist prozessleitender Natur. Gegen prozessleitende Verfügungen ist die Beschwerde – von den hier nicht einschlägigen, im Gesetz explizit vorgesehenen Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) abgesehen – nur zulässig, wenn durch sie der Beschwerde führenden Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Ein drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ist ohne Weiteres anzunehmen, wenn er auch durch einen für den Ansprecher günstigen Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Indes ist bei der Annahme eines solchen Nachteils grundsätzlich Zurückhaltung angebracht. Der Gesetzgeber hat die selbstständige Anfechtung gewöhnlicher Inzidenzentscheide absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7377).

Das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen (Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels) ist von Amtes wegen zu prüfen, doch, wie allgemein bei der Prüfung von Prozessvoraussetzungen, nur auf Basis des dem Gericht vorgelegten Tatsachenmaterials (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 60 N 1). Entsprechend muss die betroffene Partei den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dartun, d.h. sie ist beweispflichtig, sofern die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (BK ZPO-Sterchi, Art. 319 N 15 m.w.H.). Zudem muss sie darlegen, warum sich der von ihr geltend gemachte Nachteil später nicht mehr leicht wiedergutmachen lassen soll. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, von Amtes wegen darüber Nachforschungen anzustellen. Fehlt die Rechtsmittelvoraussetzung des

drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Die entsprechende prozessleitende Verfügung kann in diesem Fall erst zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden.

b) Weder macht der Beklagte 3 in seiner Eingabe vom 22. Mai 2017 betreffend die Dispositivziffer 1 des angefochtenen Beschlusses einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil geltend, noch ist ein solcher offenkundig. Er führt hierzu einzig aus, dass ihm die Vorinstanz obstruktives Verhalten vorwerfen werde, sofern er die eingeforderten Planunterlagen nicht einreichen werde (Urk. 1 S. 3). Worin hier ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil bestehen soll, führt er hingegen nicht aus. Entsprechend ist auf seine Beschwerde betreffend die angefochtene Dispositivziffer 1 nicht einzutreten.

c) Die beschliessende Kammer folgt der herrschenden Lehrmeinung, dass der in Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO geforderte Nachteil im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht zwingend rechtlicher Natur sein muss. Es kann sich bei ihm auch um einen Nachteil tatsächlicher Natur handeln (Stahelin/Stahelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2013, § 26 N 31a; ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, Art. 319 N 27 m.w.H.; Spühler/Vock, Rechtsmittel, 2. Aufl., S. 40 m.w.H.; Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 470; Freiburghaus/Afheldt, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 319 N 15 m.w.H.; Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 40 m.w.H.; Gehri, OFK-ZPO, ZPO 319 N 3 m.w.H.; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, Art. 319 N 3 i.V.m. Art. 261 N 4; Reich, Stämpflis Handkommentar, ZPO 319 N 9; **a.M.** BK ZPO-Sterchi, Art. 319 N 12 sowie BSK ZPO-Spühler, 2. Aufl., Art. 319 N 7 und N 14). So genügt grundsätzlich ein wirtschaftliches Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Entscheides, etwa der Anordnung einer gerichtlichen Expertise wegen der drohenden Verteuerung des Verfahrens (Stahelin/Stahelin/Grolimund, a.a.O., § 26 N 31a; Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 40 m.w.H.). In der Regel keinen genügenden Nachteil begründet die Anordnung von Beweismassnahmen, die sich hinsichtlich des damit verbundenen Aufwands im Rahmen des Üblichen bewegen (ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, Art. 319 N 29 m.w.H.).

Der Beklagte 3 führte zum drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil aus, dass der angesetzte Augenschein durch einen anderen Gutachter wiederholt werden müsste, sofern das Obergericht die gegen die Einsetzung des Gutachters erhobene Beschwerde gutheissen sollte. Dies hätte unnötigen Aufwand und unnötige Kosten für sämtliche Beteiligten zur Folge. Bei einer Verfahrensdauer von bereits neuen Jahren rechtfertige es sich nicht, den Augenschein vor dem Beschwerdeentscheid des Obergerichts über die Einsetzung des Gutachters durchzuführen (Urk. 1 S. 3).

Indem der Beklagte 3 geltend macht, es entstünden ihm unnötige Kosten, sofern der Augenschein durchgeführt würde, macht er einen tatsächlichen Nachteil geltend, welcher das Eintreten auf die Beschwerde gemäss Art. 319 lit. b Abs. 2 ZPO begründen könnte. Der Beklagte 3 unterlässt es in seiner Beschwerdeschrift hingegen, den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil substantiiert zu behaupten (vgl. Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 40 m.w.H.). Lediglich auszuführen, dass der auf den 7. Juli 2017 angesetzte Augenschein unnötigen Aufwand und unnötige Kosten für sämtliche Beteiligten zur Folge hätte, sofern das Obergericht die gegen die Einsetzung des Gutachters erhobene Beschwerde gutheissen sollte, genügt hierzu nicht. So macht der Beklagte 3 nicht geltend, dass sich der Aufwand für den Augenscheintermin vom 7. Juli 2017 nicht im Rahmen des Üblichen bewege. Sodann substantiiert er die seines Erachtens aufgrund des Augenscheins anfallenden unnötigen Kosten nicht einmal im Ansatz. Zudem ist im gegenwärtigen Zeitpunkt auch nicht klar, wer schliesslich (in welchem Verhältnis) die Verfahrenskosten zu tragen haben wird. Ob dem Beklagten 3 daher tatsächlich bedeutende Mehrkosten drohen, sofern der Augenschein am 7. Juli 2017 durchgeführt werden wird, steht zur Zeit nicht fest und kann erst mit Erlass des Endentscheides beurteilt werden. Zur Beurteilung der Wesentlichkeit der durch den Augenschein anfallenden Kosten wären diese zudem mit dem Streitwert des vorliegenden Erbteilungsverfahrens zu vergleichen, welcher eine Million Franken übersteigt. Da bei der Annahme eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils grundsätzlich Zurückhaltung angebracht ist, genügen die durch den Beklagten 3 vorgebrachten Argumente nicht für ein Eintreten auf die Beschwerde. Ein anderer nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ist vorlie-

gend ferner nicht offenkundig. Entsprechend ist auf die Beschwerde des Beklagten 3 gegen die Dispositivziffern 2 bis 4 des angefochtenen Beschlusses nicht einzutreten. Mit dem vorliegenden Entscheid wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung betreffend die Dispositivziffern 2 bis 4 des angefochtenen Beschlusses gegenstandslos. Insbesondere wird auch die mit Verfügung vom 26. Mai 2017 einstweilen gewährte aufschiebende Wirkung betreffend Dispositivziffer 4 des angefochtenen Beschlusses mit vorliegendem Entscheid gegenstandslos.

4. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Vorliegend unterstützte die Beklagte 1 den Beklagten 3 mit ihren Anträgen, weshalb die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens diesen je hälftig aufzuerlegen sind. Für die Bemessung der Gerichtskosten gelangen § 9 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG zur Anwendung. Mangels wesentlicher Aufwendungen sind der Klägerin und dem Beklagten 2 für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde des Beklagten 3 wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung betreffend die Dispositivziffern 2 bis 4 des Beschlusses des Bezirksgerichtes Winterthur vom 15. Mai 2017 wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren werden auf Fr. 500.– festgesetzt.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Beklagten 1 und dem Beklagten 3 je hälftig auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte 1 wird verpflichtet, dem Beklagten 3 den geleisteten Vorschuss in der Höhe von Fr. 250.– zu ersetzen.

5. Der Klägerin und dem Beklagten 2 werden für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten 3 sowie die Klägerin unter Zustellung je eines Doppels der Urk. 7, je gegen Empfangsschein, an den Beklagten 2 unter Beilage eines Doppels der Urk. 7 in die Akten und durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich, sowie an die Vorinstanz.
7. 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 der Hauptsache übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 27. Juni 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
cm