

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB110006-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und lic. iur. M. Spahn,
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber lic. iur.
Ch. Büchi.

Urteil vom 12. September 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Beklagte und Beschwerdegegner

3. **D.** _____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Erteilung**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur vom
14. Februar 2011 (CP080004)**

Erwägungen:

I.

1. E._____ verstarb am tt. August 2007. Mit Einreichen der Weisung des Friedensrichteramtes F._____ (Urk. 7/1) und der Klageschrift vom 19. Mai 2008 (Urk. 7/2) erhob seine Tochter D._____ (Klägerin und Beschwerdegegnerin; fortan Klägerin) am Bezirksgericht Winterthur Erbteilungsklage gegen die Witwe B._____ (Beklagte und Beschwerdegegnerin; fortan Beklagte 1) sowie ihre beiden Geschwister C._____ (Beklagter und Beschwerdegegner; fortan Beklagter 2) und A._____ (Beklagter und Beschwerdeführer; fortan Beklagter 3).

In der Klageschrift wurde die Klägerin als Zustellungsempfängerin des im US-Bundesstaat G._____ wohnhaften Beklagten 2 bezeichnet (vgl. Urk. 7/2 S. 1). Die Klägerin lehnte es indes am 11. Juli 2008 gegenüber dem Bezirksgericht Winterthur ab, als Zustellungsempfängerin zu fungieren (vgl. Urk. 9 und Urk. 10). Mit vorinstanzlichem Entscheid vom 16. Juli 2008 wurde der Beklagte 2 in Anwendung von § 30 ZPO/ZH aufgefordert, einen Zustellungsempfänger in der Schweiz zu bezeichnen (Urk. 7/11). Dieser Entscheid konnte dem Beklagten 2 am 18. August 2008 rechtshilfeweise erfolgreich zugestellt werden (Urk. 7/24). Der Beklagte 2 leistete der vorgenannten Aufforderung keine Folge, worauf der Erbteilungsprozess seinen Lauf nahm.

Nachdem der Beklagte 3 in seiner Duplik vom 12. April 2010 Widerklage erhoben hatte (Urk. 7/55), stellte er am 5. November 2010 mehrere prozessuale Anträge. Mit diesen verlangte er im Wesentlichen, das Verfahren sei einstweilen zu sistieren, und es sei – mit Blick auf die spätere Vollstreckung des Erbteilungsurteils in G._____ – dem Beklagten 2 Weisung, Klageschrift und Klagebeilagen (je inklusive deren Übersetzung ins Englische) rechtshilfeweise zuzustellen; die blosser Aufforderung einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen, genüge den Anforderungen an das sogenannte verfahrenseinleitende Schriftstück gemäss anwendbarem amerikanischen Recht nicht (Urk. 7/105).

Die Klägerin und die Beklagte 1 nahmen am 10. Januar 2011 zu den prozessualen Anträgen des Beklagten 3 Stellung (Urk. 7/114 und Urk. 7/118). Am 12. Januar 2011 ersuchte der Beklagte 3 um Ansetzung einer zwanzigtägigen Frist, um sich seinerseits wieder zu den eingegangenen beiden Stellungnahmen zu äussern (Urk. 7/120). Mit Entscheid der Vorinstanz vom 19. Januar 2011 wurde dem Beklagten 3 mitgeteilt, dass es keinen Anlass gebe, einen weiteren Schriftenwechsel anzuordnen, es ihm aber (im Lichte von BGE 133 I 98 sowie BGE 132 I 42) frei stehe, "innert gebotener Frist" eine weitere Stellungnahme einzureichen, sofern er dies für nötig halte (Urk. 7/130). Dieser Entscheid wurde am 27. Januar 2011 versandt (vgl. Urk. 7/131) und vom Beklagten 3 am 4. Februar in Empfang genommen (vgl. Urk. 7/143).

Am 14. Februar 2011 entschied das Bezirksgericht Winterthur über die prozessualen Anträge des Beklagten 3 vom 5. November 2010. Es ordnete an, dem Beklagten 2 sei je eine Kopie der bis dahin vorliegenden Rechtschriften zuzustellen und es sei ihm eine Frist zur Einreichung einer Klageantwort bzw. zu weiteren Stellungnahmen zu den übrigen Rechtsschriften anzusetzen. Im Übrigen wies das Bezirksgericht die gestellten prozessualen Anträge (soweit nicht ohnehin gegenstandslos geworden) ab (Urk. 3). Dieser Entscheid wurde dem Beklagten 2 "in die Akten" zugestellt und an die übrigen Parteien am 17. Februar 2011 versandt (vgl. Urk. 7/147), vom Beklagten 3 aber erst am 25. Februar 2011 in Empfang genommen (vgl. Urk. 7/149).

Wenige Tage vor Inempfangnahme des vorgenannten Entscheids wandte sich der Beklagte 3 mit Eingabe vom 21. Februar 2011 erneut an das Bezirksgericht Winterthur (dortiger Eingang per 23. Februar 2011). Darin griff er die bereits in seiner Eingabe vom 5. November 2010 dargelegte Thematik und prozessualen Anträge auf 38 Seiten wieder auf (Urk. 7/154) und verwies auf ein beigelegtes 19-seitiges rechtliches Kurz-Gutachten von Dr. H. _____ vom 18. Februar 2011 (Urk. 7/155/1). Am 2. März 2011 entschied das Bezirksgericht Winterthur, diese Eingabe sei verspätet und ohne Weiterungen zu den Akten zu nehmen (Urk. 7/160). Dieser Entscheid wurde am 3. März 2011 versandt (vgl. Urk. 7/160) und vom Beklagten 3 am 7. März 2011 in Empfang genommen (vgl. Urk. 7/149).

2. Gegen den (ersten) Entscheid des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. Februar 2011, welcher elf Seiten umfasst (Urk. 3), reichte der Beklagte 3 am 7. März 2011 eine 73-seitige Beschwerde ein und stellte dabei folgende Anträge (Urk. 10 S. 2 f.):

- "1. Es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. Februar 2011 (Geschäfts-Nr. CP080004) aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Es sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen bzw. die Vollstreckung des Beschlusses des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. Februar 2011 (Geschäfts-Nr. CP080004) aufzuschieben.
3. Eventualiter sei neu zu entscheiden, der Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. Februar 2011 (Geschäfts-Nr. CP080004) aufzuheben und wie folgt zu ändern:
 - 3.1 Dem Beklagten 2 wird das den Rechtsstreit einleitende Schriftstück mit Übersetzung in englischer Sprache rechtshilfweise zugestellt, insbesondere die Weisung (act. 1), die Klage (act. 2), die Beilagen zur Klagebegründung (act. 4/2-17) sowie die Verfügung vom 1. Juli 2008 (act. 5).
 - 3.2 Die Kosten der Übersetzung der Weisung (act. 1), der Klage (act. 2), der Beilagen zur Klagebegründung (act. 4/2-17) sowie der Verfügung vom 1. Juli 2008 (act. 5) und die Kosten der rechtshilfweisen Zustellung werden auf die Gerichtskasse genommen.
 - 3.3 Dem Beklagten 2 wird die Verfügung vom 16. Juli 2008 (act. 11) mit Übersetzung in englischer Sprache rechtshilfweise zugestellt.
 - 3.4 Die Kosten der Übersetzung der Verfügung vom 16. Juli 2008 (act. 11) sowie die Kosten der rechtshilfweisen Zustellung werden auf die Gerichtskasse genommen.
 - 3.5 Das Verfahren wird ausgesetzt, bis die Zustellung der unter Ziffer 3.1 und 3.3 erwähnten Schriftstücke mit Übersetzung an den Beklagten 2 auf dem Rechtshilfeweg erfolgt ist und die Frist zur Stellungnahme abgelaufen ist.
 - 3.6 Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen der Klägerin und des Beklagten 2.
4. Subeventualiter sei Ziffer 4 des Beschlusses des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. Februar 2011 (Geschäfts-Nr. CP080004) aufzuheben und die Kosten vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) – zuzüglich Entschädigung für das Parteigutachten von Dr. H. _____ vom 18. Februar 2011 – zu Lasten der Beschwerdegegner 2 und 3 (Beklagte 2 und Klägerin vor erster Instanz)."

3. Mit Verfügung vom 17. März 2012 wurde die gegen den bezirksgerichtlichen Beschluss vom 14. Februar 2011 (Urk. 3) gerichtete 73-seitige Beschwerde als weitschweifig im Sinne von Art. 132 Abs. 2 ZPO taxiert und deren Nachbesserung innert einer einmaligen und nicht erstreckbaren Nachfrist von fünf Tagen angeordnet; die Eingabe sei massiv zu kürzen und auf das Wesentliche zu beschränken, ansonsten sie in Anwendung von Art. 132 Abs. 1 ZPO als nicht erfolgt gelte (Urk. 8). Dieser Aufforderung leistete der Beklagte 3 Folge, indem er innert Frist mit Eingabe vom 4. April 2011 (Urk. 9) eine nachgebesserte 25-seitige Beschwerdeschrift einreichte (Urk. 10).

4. Mit Verfügung vom 11. April 2011 wurde der Antrag des Beklagten 3, es sei die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides aufzuschieben, abgewiesen, soweit darauf einzutreten war (Urk. 12).

5. Mit Buchungsdatum vom 27. April 2011 ging innert Frist der dem Beklagten 3 mit Verfügung vom 11. April 2011 auferlegte Kostenvorschuss für die Gerichtskosten (Urk. 12) bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 16).

6. Mit Urteil vom 13. Juli 2011 trat das Bundesgericht auf die gegen die Verfügung vom 17. März 2012 gerichtete Beschwerde des Beklagten 3 nicht ein (Urk. 18).

7. Mit Verfügung vom 29. November 2011 wurde der Klägerin, der Beklagten 1 und dem Beklagten 2 eine nicht erstreckbare 30-tägige Frist zur Beschwerdeantwort anberaumt. Gleichzeitig wurde der Beklagte 2 angewiesen, innert der Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen, ansonsten künftige Zustellungen durch Publikation im kantonalen Amtsblatt erfolgen würden (Urk. 19).

8. Mit ihrer Eingabe vom 7. Januar 2012 teilte die Klägerin den Verzicht auf eine Beschwerdeantwort mit (Urk. 23).

9. Mit ihrer Eingabe vom 20. Januar 2012 schloss sich die Beklagte 1 vollumfänglich den Anträgen des Beklagten 3 an; dessen Anträge seien folglich gutzuheissen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Klägerin und des Beklagten 2 (Urk. 24).

10. Die Verfügung vom 29. November 2011 konnte dem Beklagten 2 am 17. Januar 2012 rechtshilfeweise erfolgreich zugestellt werden (Urk. 26).

Die Zustellung der vorgenannten Verfügung an den Beklagten 2 erfolgte unter Beilage einer englischen Übersetzung dieser Verfügung (Urk. 20), eines Doppels der nachgebesserten Beschwerdeschrift samt Beilagenverzeichnis (Urk. 10 und Urk. 5) sowie der Beilagen in Form eines Doppels oder von Kopien (Urk. 3 und Urk. 6/3-5).

11. Innert Frist erging vom Beklagten 2 weder eine Beschwerdeantwort, noch bezeichnete er ein Zustellungsdomizil in der Schweiz.

12. Mit Verfügung vom 30. März 2012 wurden den Gegenparteien unter Hinweis darauf, dass der Schriftenwechsel im Beschwerdeverfahren abgeschlossen ist, die eingegangenen Beschwerdeantwortschriften zugestellt (Urk. 27). Die Zustellung an den Beklagten 2 erfolgte androhungsgemäss durch Veröffentlichung im Amtsblatt des Kantons Zürich (vgl. Urk. 28, Urk. 30 und Urk. 31).

13. Mit Eingang vom 25. Juli 2012 orientierte die Klägerin über ihre Eingabe vom 23. Juli 2012 bei der Vorinstanz (Urk. 32).

14. Mit Datum vom 27. Juli 2012 ging der vorinstanzliche Beschluss vom 25. Juli 2012, womit die superprovisorische Einsetzung eines Erbenvertreters abgewiesen und den Beklagten Frist zur Stellungnahme angesetzt wurde, ein (Urk. 34).

1.1 Das Rechtsmittelverfahren steht unter der Herrschaft der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272; Art. 405 Abs. 1 ZPO).

1.2 In Bezug auf das Verfahren vor Vorinstanz gilt es zu berücksichtigen, dass dieses vor Inkrafttreten der ZPO eingeleitet wurde, sodass bis zu dessen Abschluss das bisherige Verfahrensrecht (ZPO/ZH) gilt (Art. 404 Abs. 1 ZPO).

1.3 Auf die Parteivorbringen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

2.1 Gegen den (prozessleitenden) Beschluss vom 14. Februar 2011 ist die Beschwerde - von der hier ausser Betracht fallenden alternativen Voraussetzung nach Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO abgesehen - nur zulässig, wenn dem Beklagten 3 durch ihn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b ZPO).

2.2 Der Beklagte 3 und damit die sich seiner Beschwerde anschliessende Beklagte 1 bringen vor, dass ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil in einem in der Schweiz ergangenen und in den Vereinigten Staaten von Amerika (fortan USA) nicht vollstreckbaren Entscheid bestehe. Die mangelhafte (bzw. gar nicht erfolgte) Zustellung der klageeinleitenden Schriftstücke, welche eine Nichtbeteiligung des Beklagten 2 als notwendigen Streitgenossen zur Folge habe, stehe einer allfälligen Vollstreckung eines Entscheides im vorinstanzlichen Verfahren betreffend Erbteilung in den USA entgegen (vgl. Urk. 10 S. 6 f.).

2.3 Ein drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ist jedenfalls bei einer rechtlichen Belastung zu bejahen. Der geltend gemachte Mangel der nicht ordnungsgemässen Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks an den Beklagten 3 bzw. die allenfalls daraus resultierenden vollstreckungsrechtlichen Probleme sind rechtlicher Natur und könnte/n auch durch einen für den Beklagten 3 günstigen Endentscheid nicht mehr behoben resp. verhindert werden. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

3.1 Im angefochtenen Entscheid erwog die Vorinstanz, dass dem Beklagten 3 und der Beklagten 1 die von ihnen behauptete mangelhafte (weil unterbliebene Zustellung) einer übersetzten Klageschrift an den Beklagten 2 seit Mitte des Jahres 2008 bekannt gewesen sei. Es verstösse gegen Treu und Glauben, mehr als zwei Jahre zuzuwarten und erst im November 2010 die angeblich mangelhafte Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks zu rügen und die Sistierung des Verfahrens zu beantragen (vgl. ZR 84 Nr. 25). Würde tatsächlich eine mangelhafte Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks vorliegen, sei die diesbezügliche Rüge auf Grund verzögerter Rechtsausübung (Art. 2 ZGB) an sich verwirkt (Urk. 3 S. 6 f., E. 4.). Im Übrigen stehe die (blosse) Aufforderung eines Zustellungsempfängers einer Anerkennung eines späteren Entscheides in den USA nicht entgegen (Urk. 3 S. 8, E. 5.). Zu beanstanden und von Amtes wegen zu beachten sei einzig, dass dem Beklagten 2 nach Zustellung des Beschlusses vom 16. Juli 2008 (Aufforderung zur Bezeichnung eines Zustellempfängers) die Verfügung vom 1. Juli 2008 nicht formell – durch Ablage in die Akten – zugestellt worden sei und für ihn die Frist zur Einreichung einer Klageantwort bislang nicht zu laufen begonnen habe. Ebenso wenig seien dem Beklagten 2 die weiteren Rechtsschriften der übrigen Verfahrensparteien, die verschiedenen bereits erledigten Massnahmebegehren sowie das Massnahmebegehren der Klägerin um Einsetzung eines Erbenvertreters mitgeteilt und ihm diesbezüglich Frist zur Stellungnahme angesetzt worden, was unter Vorbehalt der erledigten Massnahmebegehren nachzuholen sei (Urk. 3 S. 9 E. 6.).

3.2 Der Beklagte 3 moniert die Auffassung der Vorinstanz, wonach er bereits seit Mitte des Jahres 2008 von der mangelhaften, weil unterbliebenen Zustellung einer übersetzten Klageschrift an den Beklagten 2 Kenntnis gehabt, jedoch erst im November 2010 diesbezüglich prozessuale Anträge gestellt habe.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei dem Beklagten 3 erst um den 27. Oktober 2010 herum bekannt geworden, dass eine mangelhafte bzw. unterbliebene Zustellung der Klage mittels internationaler Rechtshilfe an den Beschwerdegegner 2 stattgefunden habe. Der Beklagte 2 habe in guten Treuen annehmen können, dass die Vorinstanz ihrer "Kardinalspflicht", der Prozessleitung, welche zum

Ordre public gehöre, nachgekommen sei, alle beklagten Parteien in genügender Weise von der erfolgten Einleitung eines Gerichtsverfahrens informiert und für eine korrekte Zustellung mittels internationaler Rechtshilfe gesorgt habe. Die Vorinstanz habe weder über die zugestellten Dokumente, die Form, noch den Stand der Zustellung informiert. Sie habe nie mitgeteilt, ob die weiteren Zustellungen gegebenenfalls durch Veröffentlichungen erfolgen oder unterbleiben würden. Unter diesen Umständen könne nicht von Rechtsmissbrauch die Rede sein. Es sei die Beklagte 1 gewesen, welche den Beklagten 3 informiert und ihm die entsprechenden Akten (Urk. 7/10, Urk. 7/13, Urk. 7/14, Urk. 7/24) zugestellt habe.

Der Beklagte 3 habe sofort nach Kenntnisnahme der Fehlzustellung gehandelt. Die Sachdarstellung der Vorinstanz stehe mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch. Es sei zu vermuten, dass sich die Richter auf diese Weise ihrer Verantwortung würden entziehen wollen. Der Fehler der unterlassenen Zustellung liege beim Gericht, welches die Verfahrensleitung habe und von Amtes wegen für eine Zustellung der Klage an alle beklagten Parteien zu sorgen habe. Unter anderem stelle das Gericht die Klage sowie das Beilagenverzeichnis den beklagten Parteien zu und setze eine Frist zur schriftlichen Klageantwort. Die Zustellung an den Beklagten 2 hätte mittels internationaler Rechtshilfe vorgenommen werden sollen. Wie, ob und mit welchem Inhalt dies erfolgt sei, habe für den Beklagten 3 nie erkennbar sein können.

Schwer wiege, dass im vorinstanzlichen Verfahren die erste Referentin seit dem 11. Juli 2008 nicht für eine einwandfreie Zustellung an den Beklagten 2 gesorgt habe. Auch bei der Übergabe der Prozessleitung an die zweite und jetzige Referentin, welche die Akten seit dem 14. Juni 2010 studiert habe, hätte dieser die mangelnde Zustellung an den Beklagten 2 auffallen müssen. Letztere hätte die nötigen verfahrensleitenden Schritte umgehend anordnen müssen, was sie nicht getan habe.

In Erwägung 2 des angefochtenen Beschlusses dann noch festzuhalten, dass der Beklagte 3 bereits mit Schreiben vom 27. Oktober 2010 die falsche Angabe seiner Vertretungsverhältnisse moniert habe, sei "dick". Um den 27. Oktober 2010 her-

um habe der Beklagte 3 festgestellt, dass neben den falschen Angaben zu seinen Vertretungsverhältnissen und der Zustellung von Akten an einen unbevollmächtigten Dritten eine Unterlassung der Fristansetzung an den Beklagten 2 stattgefunden habe. Der Beklagte 3 habe sofort mit Eingabe vom 5. November 2010 reagiert (Urk. 7/105). Von einer Partei eine sofortige Eingabe zu verlangen, nachdem zwei Richterinnen seit Monaten untätig gewesen seien, sei realitätsfremd. Dies umso mehr, als die Bezirksrichter elf Monate benötigt hätten, um die Klageantworten des Beklagten 3 und der Beklagten 1 an die Klägerin zwecks Einreichung einer Replik zuzustellen.

Die Parteien müssten sich in guten Treuen darauf verlassen können, dass die Richter ihre Aufgabe ernst nehmen, ihren Pflichten nachkommen und auch sie sich nach Treu und Glauben verhalten würden. Im vorliegenden Fall sei die fehlende Unterlassung der Zustellung der klageeinleitenden Schriftstücke an den Beklagten 2 vermutungsweise auf die Überforderung von Justizpersonen zurückzuführen (Urk. 10 S. 8 ff.).

3.3.2 Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts sind formelle Fragen ihrer Natur nach frühstmöglich zu bereinigen, bevor das Verfahren seinen Fortgang nimmt. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und des Verbots des Rechtsmissbrauchs ist ein Verfahrensfehler so früh als möglich geltend zu machen, d.h. sobald eine Partei davon Kenntnis erlangt. Das Recht, sich auf einen Verfahrensmangel zu berufen, ist verwirkt, wenn mit der Rüge zugewartet wird, obwohl der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können (BGE 135 III 334 E. 2.2 S. 336, 134 I 20 E. 4.3.1 S. 21, 132 II 485 E. 4.3 S. 496, 130 III 66 E. 4.3 S. 75).

3.3.3.1 Der vorinstanzliche Beschluss, in dem der Beklagte 2 zur Bezeichnung eines Zustellungsempfängers in der Schweiz unter Androhung der Säumnisfolgen aufgefordert worden ist, datiert vom 16. Juli 2008 (Urk. 7/11). Aus ihm geht hervor, dass der Beklagte 2 entgegen der Klageschrift (Urk. 7/2 S. 1) über keinen Zustellungsempfänger in der Schweiz verfügte (Urk. 7/11 S. 2). Weiter ist diesem zu entnehmen, dass dessen schriftliche Mitteilung an die Parteien mit Empfangs-

schein, an den Beklagten 2 (mit Formularbrief) auf dem Rechtshilfeweg erfolgt. Von einer Beilage ist im Mitteilungssatz keine Rede (vgl. Urk. 7/11, Dispositivziffer 2). Dem Beklagten 3 und der Beklagten 1 hat dieser Beschluss am 24. Juli 2008 respektive am 23. Juli 2008 (vgl. Urk. 7/12), dem Beklagten 2 rechtshilfeweise am 18. August 2008 erfolgreich zugestellt werden können (Urk. 7/24). Sowohl im Zustellungsgesuch der Vorinstanz an die Internationale Rechtshilfe am Obergericht Zürich vom 18. Juli 2008 (Urk. 7/13), der von der Vorinstanz vorbereiteten Empfangsbestätigung vom 18. Juli 2008 für den Beklagten 2 (Urk. 7/14) sowie der Kopie des Terminprotokolls der Internationalen Rechtshilfe am Obergericht Zürich (Urk. 7/24) ist zu entnehmen, dass der vorgenannte Beschluss vom 16. Juli 2008 ohne Beilagen zu versenden war bzw. versendet wurde.

Mit Beschluss der Vorinstanz vom 7. Oktober 2008 wurden der Beklagte 3 und die – zwischenzeitlich anwaltlich vertretene – Beklagte 1 zur Stellungnahme des klägerischen Massnahmebegehrens vom 3. Oktober 2008 aufgefordert (Urk. 7/29). In diesem Beschluss erwog die Vorinstanz, dass der im Ausland lebende Beklagte 2 innert der ihm angesetzten Frist keinen Zustellungsempfänger in der Schweiz bezeichnet habe, weshalb androhungsgemäss eine Zustellung des Massnahmebegehrens an ihn unterbleiben könne (Urk. 7/29 S. 2). Dieser Beschluss wurde vom Beklagten 3 und von der Beklagten 1 am 15. Oktober 2008 respektive am 8. Oktober 2008 in Empfang genommen (Urk. 7/30). Das Verfahren betreffend dem klägerischen Begehren um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen (Urk. 7/25) fand in der Folge ohne den Beklagten 2 statt und seinen Abschluss ohne schriftliche Mitteilung an den Beklagten 2. Letzteres kann wiederum dem Mitteilungssatz des vorinstanzlichen Beschlusses vom 1. Dezember 2008 entnommen werden (Urk. 7/36), welcher dem Beklagten 3 und der Beklagten 1 am 10. Dezember 2008 respektive am 8. Dezember 2008 zuzuging (vgl. Urk. 7/37).

Auch das Hauptverfahren nahm ohne den Beklagten 2 seinen Fortgang. Gemäss Verfügung der Vorinstanz vom 22. Januar 2010 wurde die Replik lediglich dem Beklagten 3 und der Beklagten 1 zugestellt (Urk. 7/45 S. 2, Dispositivziffer 1). Diese Verfügung wurde vom Beklagten 3 und der Beklagten 1 am 8. Februar 2010 respektive am 3. Februar 2010 in Empfang genommen (vgl. Urk. 7/46). Mit

Eingabe vom 12. April 2010 respektive 6. April 2010 erfolgte einerseits die Duplik des – nunmehr auch in der Hauptsache anwaltlich vertretenen – Beklagten 3 (Urk. 7/55) und andererseits diejenige der Beklagten 1 (Urk. 7/53). Gemäss der dem Beklagten 3 und der Beklagten 1 am 18. Juni 2010 respektive am 19. Juni 2010 (vgl. Urk. 7/64) zugestellten Verfügung der Vorinstanz vom 11. Juni 2010 unterblieb auch die Zustellung der Duplikschriften an den Beklagten 2 (Urk. 7/63 S. 2, Dispositivziffer 4). Sodann ergibt sich aus der vorinstanzlichen Verfügung vom 25. Juni 2010, welche die noch nicht zugestellten Klageantworten beinhaltet, dass auch diesbezüglich von einer Zustellung an den Beklagten 2 abgesehen wurde (Urk. 7/73, S. 2, Dispositivziffer 3). Diese wurde vom Beklagten 3 und von der Beklagten 1 am 1. Juli 2010 respektive am 29. Juni 2010 entgegen genommen.

Gemäss dem Mitteilungssatz in vorinstanzlichen Beschluss vom 1. Juni 2010 fand auch das Verfahren betreffend dem Begehren um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen des Beklagten 3 ohne den Beklagten 2 statt (Urk. 7/59 S. 2, Dispositivziffer 3). Dieser Beschluss ist dem Beklagten 3 und der Beklagten 1 am 7. Juni 2010 zugegangen (vgl. Urk. 7/60). Am 11. August 2010 ersuchte der Beklagte 3 um eine Rechtskraftbescheinigung des Entscheides über sein Massnahmebegehren in Form des vorinstanzlichen Beschlusses vom 20. Juli 2010 (Urk. 7/78), dem Beklagten 3 und der Beklagten 1 am 23. Juli 2010 zugegangen (vgl. Urk. 7/79), welchem die Vorinstanz gleichentags nachgekommen ist (vgl. Urk. 7/89).

3.3.3.2 Die Auffassung des Beklagten 3, wonach ihm die behauptete Fehlzustellung erst um den 27. Oktober 2010 bekannt geworden sei, ist nicht zutreffend.

Wie soeben erwähnt, ist bereits im dem Beklagten 2 rechthilfweise erfolgreich zugestellten Beschluss der Vorinstanz vom 16. Juli 2008, insbesondere in seinem Mitteilungssatz, keine Rede von der Zustellung von Beilagen. Informationen darüber, welche Aktenstücke, welcher Partei, welchem Verfahrensbeteiligten oder welchem Dritten zugestellt werden, finden regelmässig in das Dispositiv eines Entscheides Eingang. Gehen solche nicht aus den jeweiligen Mitteilungssätzen

selbst hervor, ergeben sie sich meist in Verbindung mit einer anderen Dispositivziffer. Diese im Dispositiv enthaltenen Informationen vermitteln den in den Prozess miteinbezogenen Personen, wer von welchem Aktenstück im hängigen Verfahren Kenntnis erlangt. Die entsprechenden Informationen vermögen daher einen Vertrauensschutz auszulösen. Hieraus ergibt sich aber auch, dass eine in den Prozess miteinbezogene Person sich darauf verlassen darf, dass nicht andere als die sich aus dem Dispositiv eines Entscheides ergebenden Aktenstücke versandt werden. Mangels einer entsprechenden Information im angefochtenen Entscheid über den Versand der Klageschrift, des Beilagenverzeichnisses oder der Klagebeilagen, konnte demnach weder der Beklagte 3 noch die Beklagte 1 darauf vertrauen, dass diese Aktenstücke dem Beklagten 2 zugestellt werden bzw. worden sind.

Sodann gilt es zu berücksichtigen, dass für die Parteien in aller Regel ein vollumfängliches Akteneinsichtsrecht besteht (§ 56 Abs. 2 ZPO/ZH). Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich denn auch nicht, dass eine Gefährdung der Parteien oder Dritten vorgelegen und zu einer Beschränkung des Akteneinsichtsrechts der Parteien geführt hätte (vgl. § 145 ZPO/ZH). Seit dem 1. Oktober 2008 hat die Kopie des Terminprotokolls der Internationalen Rechtshilfe am Obergericht Zürich in den Akten Bestand. Aus ihm geht zweifelsohne hervor, dass der Beschluss vom 16. Juli 2008 ohne Beilagen versendet wurde, worauf indes aber bereits aufgrund des Zustellungsgesuches der Vorinstanz an die Internationale Rechtshilfe am Obergericht Zürich sowie der von der Vorinstanz vorbereiteten Empfangsbestätigung vom 18. Juli 2008 für den Beklagten 2 geschlossen werden konnte. Aufgrund des soeben Gesagten wird grundsätzlich von einer vollumfänglichen Aktenkenntnis der Parteien ausgegangen. Dies muss umso mehr gelten, als sowohl der Beklagte 3 wie auch die Beklagte 1 im Hauptverfahren je eine Klageantwort und eine Duplik ins Recht gelegt haben. Die Duplik und damit der jeweils zweite Vortrag im Hauptverfahren des Beklagten 3 datiert vom 12. April 2010, diejenige der Beklagten 1 vom 6. April 2010. Die Eingabe eines Parteivortrages setzt Aktenkenntnis voraus. Hinzu kommt, dass sich auch alle Parteien – freilich ohne den Beklagten 2 – ordnungsgemäss an zwei Massnahmeverfahren beteiligt haben.

Das letzte dieser Massnahmeverfahren endete mit Beschluss vom 20. Juli 2010. Insgesamt erscheint daher nicht frühere Erkennbarkeit für den Beklagten 3 und die Beklagte 1 vor dem 27. Oktober 2010 als blosser Schutzbehauptung. Die behauptete Fehlzustellung ist seit dem Sommer 2008 aktenkundig.

Nicht zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass es jeder Partei zudem frei gestanden hätte, einen für sie unklaren oder widersprüchlichen Entscheid vom Gericht innert gebotener Frist erläutern zu lassen (§162 GVG/ZH).

Aus dem Gesagten resultiert, dass für den Beklagten 3 und die Beklagte 1 die geltend gemachte Fehlzustellung bereits zu einem bedeutend früheren Zeitpunkt erkennbar war, namentlich nach Erhalt des Beschlusses vom 16. Juli 2008 und damit ab dem 24. Juli 2008 respektive 23. Juli 2008. Der Beklagte 3 und die Beklagte 1 haben bis am 5. November 2011 gegen die behauptete Fehlzustellung jedoch nie interveniert. Wie bereits ausgeführt, verstösst es gegen Treu und Glauben, einen Fehler ungerügt zu lassen und das Verfahren während einiger Zeit weiterlaufen zu lassen und erst im Nachhinein einen allfälligen Fehler noch zu rügen (vgl. auch ZR 84 Nr. 25). Aufgrund des über zweijährigen Zuwartens ist die Eingabe des Beklagten 3 vom 5. November 2011 als verspätet und das Recht, sich auf den geltend gemachten Verfahrensfehler zu berufen, als verwirkt zu taxieren.

3.3.3.3 Nachdem der Beklagte 2 innert Frist keinen Zustellungsempfänger in der Schweiz bezeichnet hat, nahm das vorinstanzliche Verfahren ohne seine aktive Beteiligung seinen Fortgang, dies sowohl hinsichtlich des Hauptverfahrens als auch hinsichtlich der beiden ersten und abgeschlossenen Massnahmeverfahren. Vorliegend hat insbesondere auch die Tatsache Beachtung zu finden, dass es der Beklagte 3 selbst war, der mit Eingabe vom 20. Mai 2010 das zweite Massnahmeverfahren eingeleitet hat (vgl. Urk. 57). Nach Abschluss dieses Verfahrens ersuchte der Beklagte 3 am 11. August 2010 um eine Bescheinigung, dass der Massnahmeentscheid vom 20. Juli 2010 in Rechtskraft erwachsen ist. Darin war der Beklagte 3 ermächtigt worden, gewisse Sanierungsarbeiten an der Liegenschaft ...Strasse ... in F._____ namens und auf Rechnung der Erbgemein-

schaft E. _____ vornehmen zu lassen (Urk. 7/78). Dass dieses Verfahren ohne aktive Beteiligung des Beklagten 2 vonstatten ging, monierte der Beklagte 3 zu keinem Zeitpunkt. Dem Beklagten 2 kommt aber auch im Verfahren betreffend Anordnung von vorsorglichen Massnahmen die gleiche Parteistellung zu wie im Hauptverfahren. Dies gilt auch dann, wenn das vom Beklagten 3 eingeleitete Massnahmeverfahren ausnahmslos Ansprüche beinhaltet, die in der Schweiz zu vollstrecken sind und den geltend gemachten Ansprüchen eine zeitliche Dringlichkeit zugrunde liegt. Wenn sich der Beklagte 3 auf den Standpunkt stellt, gegenüber dem Beklagten 2 sei aufgrund der behaupteten Fehlzustellung kein Prozessrechtsverhältnis begründet worden, dann gilt dies nicht nur für in den USA liegende Vermögenswerte, sondern auch für solche in der Schweiz. Indem der Beklagte 3 die behauptete Fehlzustellung nur für eine allfällige Vollstreckung in den USA geltend macht, verhält er sich widersprüchlich. Einen Mangel innerhalb desselben Prozesses für die Durchsetzung eines Anspruches ungerügt zu lassen und für die Durchsetzung eines anderen Anspruches zu rügen, ist mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar. Ein solches Vorgehen ist als missbräuchlich zu qualifizieren. Dem vermag auch die Argumentation des Beklagten 3, wonach die korrekte Zustellung dem Gericht obliege, welches die Verfahrensleitung inne habe, nicht abzuhelpen. Das Gesagte muss auch für die Beklagte 1 gelten, hat sie sich doch gleichermassen wie der Beklagte 3 am zweiten Massnahmebegehren beteiligt (Urk. 7/65).

3.3.4 Voranstehenden Erwägungen zufolge ist die vorgebrachte Rüge des Beklagten 3 und der Beklagten 1 der behaupteten Fehlzustellung infolge verzögerter Rechtsausübung und widersprüchlichen Verhaltens verwirkt (Art. 2 ZGB; § 50 Abs. 1 ZPO/ZH; Art. 52 ZPO). Damit erübrigen sich weitere Ausführungen zur Zustellung an den Beklagten 2. Der Hauptantrag in der Beschwerde gegen den (ersten) Entscheid des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. Februar 2011 ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der angefochtene Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. Februar 2011 ist zu bestätigen.

3.4 Da der angefochtene Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. Februar 2011 zu bestätigen ist, sind auch der Eventual- sowie der Subeven-

tualantrag in der Beschwerde des Beklagten 3 vom 4. April 2011 abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

III.

1. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren sind ausgangsgemäss dem Beklagten 3 und der Beklagten 1 als unterliegende Parteien unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung der §§ 9 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GebV OG ist die Höhe Gerichtsgebühr auf Fr. 3'000.– festzusetzen.
2. Weiter sind ausgangsgemäss die Kosten für das Parteigutachten von Dr. H. _____ vom 18. Februar 2011 von den unterliegenden Parteien selbst zu tragen.
3. Die Klägerin und der Beklagte 2 haben im vorliegenden Beschwerdeverfahren keine Anträge gestellt. Ihnen ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und der Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. Februar 2011 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. Die Kosten für die Übersetzung betragen Fr. 112.50. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten 3 und der Beklagten 1 unter solidarischer Haftung auferlegt und mit dem Kostenvorschuss des Beklagten 3 verrechnet.

4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Winterthur und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein,

an den Beklagten 2 durch Veröffentlichung im Amtsblatt des Kantons Zürich und mit dem Hinweis, dass dieses Urteil auf der Gerichtskanzlei zur Einsicht aufliegt.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert in der Hauptsache beträgt Fr. 166'667.– (Urk. 7/36 S. 22).

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 12. September 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ch. Büchi

versandt am:
mc