

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB110010-O/U

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

Beschluss vom 12. September 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter 3 und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Beklagte 1 und 2 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
2. März 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 Erteilungsklage 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 2011 rechtshilfeweise erfolgreich zugestellt werden (Urk. 7/24). Der Beklagte 2 leistete der vorgenannten Aufforderung keine Folge, worauf der Erteilungsprozess 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 Erteilungsurteils 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 2011 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 Entscheides 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 (zweiten) Entscheid des Bezirksgerichts Winterthur vom 2. März 2011 reichte der Beklagte 3 am 14. März 2011 eine 93-seitige Beschwerdeschrift ein und stellte dabei folgende Anträge (Urk. 2 S. 2 f.):

- "1. Es sei der Beschluss des Bezirkgerichts Winterthur vom 2. März 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 2. März 2011 (Geschäfts-Nr. CP080004) aufzuschieben.
3. Eventualiter sei neu zu entscheiden, der Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur vom 2. März 2011 (Geschäfts-Nr. CP080004) aufzuheben und wie folgt zu ändern:
 - 3.1 Die Eingabe des Beklagten 3 vom 21. Februar 2011 samt Beilagen (act. 154, act. 155(1-2)) wird innert Frist zu den Akten genommen.
 4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) – zuzüglich Entschädigung für das Parteigutachten von H. _____ vom 18. Februar 2011 – zu Lasten der Beschwerdegegnerin (Klägerin vor erster Instanz)."

3. Mit Verfügung vom 24. März 2011 wurde die gegen den bezirksgerichtlichen Beschluss vom 2. März 2011 (Urk. 3) gerichtete 93-seitige Beschwerde als weit-schweifig im Sinne von Art. 132 Abs. 2 ZPO taxiert und deren Nachbesserung in-nerst einer einmaligen und nicht erstreckbaren Nachfrist von fünf Tagen angeord-net; 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. 7). Dieser Aufforderung leistete der Beklagte 3 Folge, indem er innert Frist mit Eingabe vom 4. April 2011 (Urk. 8) eine nachgebesserte 16-seitige Beschwer-deschrift einreichte (Urk. 9).

4. Mit Verfügung vom 11. April 2011 wurde der Antrag des Beklagten 3, es sei die Vollstreckbarkeit der beiden angefochtenen Entscheide aufzuschieben, abge-wiesen, soweit darauf einzutreten war (Urk. 11).

5. Mit Buchungsdatum vom 27. April 2011 ging innert Frist der dem Beklagten 3 mit Verfügung vom 11. April 2011 auferlegte Kostenvorschuss für die Gerichts-kosten (Urk. 11) bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 14).

6. Mit Urteil vom 13. Juli 2011 trat das Bundesgericht auf die gegen die Verfügung 24. März 2011 gerichtete Beschwerde des Beklagten 3 nicht ein (Urk. 17).
 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 in beiden Verfahren 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 zugestellt werden (Urk. 26).
- Die Zustellung der vorgenannten Verfügungen an den Beklagten 2 erfolgte unter Beilage einer englischen Übersetzung dieser Verfügung (Urk. 20), eines Doppels der nachgebesserten Beschwerdeschrift samt Beilagenverzeichnis (Urk. 8 und Urk. 5) sowie der Beilagen in Form eines Doppels oder von Kopien (Urk. 3 und Urk. 6/3-6).
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).

II.

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.

Bereits mit Verfügung vom 24. März 2012 wurde der Beklagte 3 darauf hingewiesen, dass es im vorliegenden Beschwerdeverfahren einzig darum geht, ob die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss vom 2. März 2012 seine Eingabe vom 21. Februar 2011 zu Recht als verspätet erachtet hat oder nicht (Urk. 7 S. 2).

2.1 Gegen den (prozessleitenden) Beschluss vom 2. März 2011 ist - 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). Zur Ergreifung eines Rechtsmittels ist darüber hinaus und in jedem Fall nur legitimiert, wer über ein schützwürdiges Interesse verfügt bzw. durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist.

2.2 Der Beklagte 3 und damit die sich seiner Beschwerde anschliessende Beklagte 1 bringen vor, dass vorliegend ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil in der formellen Unverwertbarkeit der Eingabe des Beklagten 3 vom 21. Februar 2011 samt Beilagen (Urk. 32/154 und Urk. 32/155/1-2) zu erblicken sei. Die formelle Unverwertbarkeit ergebe sich aus der Auffassung der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid, wonach die besagte Eingabe als verspätet gelte und

diese ohne Weiterungen zu den Akten genommen werde. Aus dem angefochtenen Entscheid der Vorinstanz ergebe sich weiter die vorinstanzliche Auffassung, dass das Massnahmeverfahren betreffend Bestellung eines Erbenvertreters kein vom Erbteilungsprozess unabhängiges Verfahren darstelle. Mit Beschluss vom 14. Februar 2011 habe die Vorinstanz über seine mit Eingabe vom 5. November 2010 gestellten prozessualen Anträge (Urk. 32/105) entschieden (Urk. 32/145). Dieser Entscheid sei ohne Zuwarten der dem Beklagten 3 mit Verfügung der Vorinstanz vom 19. Februar 2011 anberaumten Frist zu einer allfälligen weiteren Stellungnahme des Beklagten 3 (Urk. 32/130) ergangen, was nicht rechtmässig sei. Die formelle Unverwertbarkeit habe zur Folge, dass seine Eingabe vom 21. Februar 2011 auch im Massnahmeverfahren betreffend Bestellung eines Erbenvertreters keinen Eingang finden würde (Urk. 9 S. 6). Die vom Beklagten 3 mit seinen Eingaben vom 5. November 2010 und 21. Februar 2012 geltend gemachte mangelhafte (weil unterbliebene) Zustellung einer übersetzten Klageschrift etc. an den Beklagten 2 bleibe damit im Hauptverfahren wie auch im Massnahmeverfahren folglich unberücksichtigt (vgl. Urk. 9 S. 5 f.).

2.3 Über den geltend gemachten Mangel der nicht ordnungsgemässen Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks hat die Vorinstanz mit Beschluss vom 14. Februar 2011 entschieden. Ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil wäre darin zu sehen, dass die aus dem geltend gemachten Zustellungsmangel allenfalls resultierenden vollstreckungsrechtlichen Probleme auch durch einen für den Beklagten 3 günstigen Endentscheid nicht mehr behoben resp. verhindert werden können. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, der Beklagte 3 verfüge über ein rechtlich geschütztes Interesse an der (abstrakten) Feststellung, dass seine Eingabe vom 21. Februar 2011 nicht verspätet erfolgt sei. Beschwerdeobjekt hinsichtlich des geltend gemachten mangelhaften Zustellung bildet der vorgenannte Beschluss vom 14. Februar 2011. Dieser wurde vom Beklagten 3 denn auch angefochten (Geschäfts Nr. RB110006). In jenem Beschwerdeverfahren können auch Verfahrensfehler – wie etwa die in diesem Beschwerdeverfahren gerügte Verweigerung des rechtlichen Gehörs – geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Der Beklagte 3 erleidet durch den Beschluss vom 12. März 2011, in welchem lediglich festgehalten wurde, die Eingabe vom 21. Februar 2011 sei verspätet

tet erfolgt, auch keinen leicht wiedergutzumachenden Nachteil. Der Beschluss vom 2. März 2011 ist insofern ohne Tragweite, als bereits mit Beschluss vom 14. Februar 2011 über die Verfahrensanträge des Beklagten 3 entschieden worden war und sich bereits daraus ergab, dass dessen Eingabe vom 21. Februar 2011 nicht mehr berücksichtigt werden konnte. Der Beschluss vom 2. März 2011 hätte genauso gut unterbleiben können. Seine Aufhebung bzw. die Feststellung, die Eingabe vom 21. Februar 2011 sei innert Frist erfolgt, vermöchte am Beschluss vom 14. Februar 2011 nichts (mehr) zu ändern. Soweit der Beklagte 3 vorbringt, der Beschluss vom 2. März 2011 bzw. seine Eingabe vom 21. Februar 2011 sei (auch) für das Massnahmeverfahren betreffend Feststellung eines Erbenvertreters relevant, ist er auf die in jenem Verfahren laufenden bzw. anzusetzenden Fristen und einzuholenden Stellungnahmen zu verweisen.

Auf die Beschwerde ist folglich nicht einzutreten. Die Beschwerde wäre aber, wie nachfolgend aufzuzeigen ist, auch abzuweisen gewesen, wenn auf sie hätte eingetreten werden müssen:

3.1 Der Beklagte 3 und die Beklagte 1 monieren die Auffassung der Vorinstanz, wonach vom Beklagten 3 weder umgehend noch innert gebotener Frist eine weitere Stellungnahme eingegangen sei.

Der angefochtene Beschluss basiere auf der vorinstanzlichen Verfügung vom 19. Januar 2011 (Urk. 32/130), in der dem Beklagten 3 eine "gebote Frist" angesetzt worden sei. Die Anberaumung einer "gebotenen Frist" beruhe auf keiner gesetzlichen Grundlage und sei daher rechtswidrig. Eine Frist habe in Tagen angesetzt zu werden. Indem die Vorinstanz keine präzise Fristansetzung nach Tagen festgesetzt habe, sei auch der angefochtene Beschluss nicht rechtmässig.

Nach § 190 GVG sollen richterliche Fristen, welche das Gericht zu bemessen habe, in der Regel nicht weniger als sieben und nicht mehr als 20 Tage dauern. Die dem angefochtenen Beschluss zugrunde liegende Verfügung vom 19. Januar 2011 sei beim Beklagten 3 am 4. Februar 2011 eingegangen, was sich auch aus dem sich in den Akten befindlichen Empfangsschein Nr. 499860 ergebe (Urk. 32/130). Der Beklagte 3 habe in guten Treuen unter "gebotener Frist" eine

Frist von 20 Tagen verstanden. Ohne diese 20-tägige Frist abzuwarten, habe die Vorinstanz bereits am 14. Februar 2011 einen Beschluss erlassen und darin erwogen, dass bei ihr weder umgehend noch innert gebotener Frist eine weitere Stellungnahme des Beklagten 3 eingegangen sei. Dies, obschon die Vorinstanz bis zum Ablauf der 20-tägigen Frist und damit bis zum 25. Februar 2011 mit einer Entscheidungsfällung hätte zuwarten müssen, bis sie einen Verzicht auf Stellungnahme hätte annehmen dürfen. Spätestens mit dem Fristerstreckungsgesuch des Beklagten 3 vom 14. Februar 2011, bei der Vorinstanz eingegangen am 15. Februar 2011, und damit zwei Tage vor Versand des Beschlusses vom 14. Februar 2011 sei für die Vorinstanz erkennbar gewesen, dass sie von keinem Verzicht habe ausgehen können. Der Beschluss vom 14. Februar 2011 sei beim Beklagten 3 am 25. Februar 2011 eingegangen. Indem der Beklagte 3 am 18. Tag nach Eingang der Verfügung vom 19. Januar 2011 aber noch vor dem Erhalt des Beschlusses vom 14. Februar 2011 seine Eingabe inklusive einem externen Gutachten am 22. Februar 2011 der Post übergeben habe, sei seine Eingabe vom 21. Februar 2011 innert Frist ins Recht gelegt worden. Überdies könne dem Beklagten 3 bei seiner Eingabe vom 21. Februar 2011 auch kein Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden: Der prozessuale Antrag der Nachholung der Zustellung von einleitenden Schriftstücken an den Beklagten 2 mit jeweiliger Übersetzung aller Dokumente mittels Rechtshilfe sei rechtzeitig gestellt worden (Urk. 9 S. 6 ff.).

3.2 Mit Verfügung vom 15. November 2010 wurde der Klägerin und der Beklagten 1 Frist angesetzt, um zur Eingabe des Beklagten 3 vom 5. November 2010 (Urk. 32/105) Stellung zu nehmen (Urk. 32/123), ansonst Verzicht auf Stellungnahme angenommen werde. Mit ihren jeweiligen Eingaben vom 10. Januar 2011 machten sowohl die Klägerin als auch die Beklagte 1 von ihrem Recht zur Stellungnahme Gebrauch (Urk. 32/114). In ihrer zwölfseitigen Stellungnahme schloss sich die Beklagte 1 vollumfänglich den Anträgen des Beklagten 3 in seiner Eingabe vom 5. November 2010 an (Urk. 32/114). Die Klägerin hingegen beantragte mit ihrer knapp zweiseitigen Eingabe deren vollumfängliche Abweisung (Urk. 32/115). Mit Eingabe vom 12. Januar 2011 ersuchte der Beklagte 3 um Anberaumung einer Frist von 20 Tagen, um sich zu den vorgenannten Stellungnahmen der Klägerin und der Beklagten 1 äussern zu können (Urk. 32/120). In ihrer

Verfügung vom 19. Januar 2011 erwog die Vorinstanz, dass die Stellungnahmen der Klägerin und der Beklagten 1 zum prozessualen Antrag des Beklagten 3 vom 5. November 2010 keinen Anlass geben würden, formell einen weiteren Schriftenwechsels anzuordnen, es dem Beklagten 3 aber frei stehe, innert gebotener Frist eine weitere Stellungnahme einzureichen (Urk. 32/130 S. 2). Entsprechend unterblieb im Dispositiv eine Fristansetzung an den Beklagten 3. Im Hinweis in den Erwägungen der Vorinstanz, dass es dem Beklagten 3 frei stehe, innert gebotener Frist eine weitere Stellungnahme einzureichen, ist keine formelle Fristansetzung zu erblicken. Vielmehr wurde der Beklagte mit diesem Hinweis darauf aufmerksam gemacht, dass er sich freiwillig vernehmen lassen kann, wenn die Stellungnahmen seiner Ansicht nach dazu Anlass geben sollten (vgl. Urk. 32/130). Die Rüge einer rechtswidrigen Fristansetzung schlägt fehl, wurde dem Beklagten 3 eine solche formell gar nicht angesetzt. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass dem Beklagten 3 gegen die Unterlassung des von ihm beantragten zweiten Schriftenwechsel und damit der von ihm beantragten Fristansetzung das Rechtsmittel der Beschwerde zur Verfügung gestanden hätte. Beschwerdeobjekt gegen die unterlassene Fristansetzung wäre diesfalls aber die Verfügung der Vorinstanz vom 19. Januar 2011 gewesen und nicht der angefochtene Beschluss.

3.3.1 Im angefochtenen Beschluss vom 2. März 2011 erwog die Vorinstanz, dass der Beklagte 3 mit Verfügung vom 19. Januar 2011 darauf hingewiesen worden sei, eine Stellungnahme zu den Stellungnahmen der Klägerin und der Beklagten 1 zu den von ihm (dem Beklagten 3) mit Eingabe vom 5. November 2010 gestellten Anträgen innert gebotener Frist einzureichen, sollte er eine solche für erforderlich halten. Mit Hinweis auf BGE 133 I 98 habe eine solche Stellungnahme umgehend zu erfolgen. Der Beklagte 3 habe weder umgehend noch innert gebotener Frist eine weitere Stellungnahme eingereicht, weshalb mit Beschluss vom 14. Februar 2011 über seine am 5. November 2010 gestellten Anträge entschieden worden sei. Die Eingabe vom 21. Februar 2011 stelle lediglich eine Ergänzung und Präzisierung dieser bereits am 5. November 2010 gestellten Anträge und deren Begründung dar, weshalb sie als verspätet und ohne Weiterungen zu den Akten zu nehmen sei (Urk. 3 S. 3).

3.3.2 In neuerer Zeit hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung zu Umfang und Tragweite des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV derjenigen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK angeglichen und den Gehörsanspruch dadurch erweitert. Danach haben die Parteien das (unbedingte) Recht, von jedem Aktenstück und jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme (der Gegenpartei oder der Vorinstanz) Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äussern, sofern sie dies für erforderlich halten. Im Unterschied zur früheren und insoweit überholten Praxis (zu Art. 4 aBV) ist dabei unerheblich, ob eine Eingabe entscheidrelevante neue tatsächliche Behauptungen oder rechtliche Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag respektive konkret geeignet ist, Einfluss auf den Entscheid zu nehmen. Es ist allein Sache der Parteien (und nicht des Richters) zu beurteilen, ob ein Dokument einen Kommentar erfordert. Wird einer Partei die Möglichkeit abgeschnitten, zu den Bemerkungen anderer Verfahrensbeteiligter Stellung zu nehmen, ist nach der Rechtsprechung des EGMR auch das Prinzip der Waffengleichheit verletzt, welches Bestandteil des Rechts auf ein faires Gerichtsverfahren bildet. Diese allgemeinen Verfahrensgrundsätze des "fair trial" gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV gelten nach (konstanter) bundesgerichtlicher Rechtsprechung für alle gerichtlichen Verfahren. Zugleich bildet der Anspruch einer Partei, im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu replizieren, einen Teilgehalt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV, welcher Vorschrift im Hinblick auf das Replikrecht in gerichtlichen Verfahren dieselbe Tragweite zukommt wie Art. 6 EMRK. Damit eine Partei ihr Recht auf Stellungnahme tatsächlich wahrnehmen kann, ist ihr nach mittlerweile gefestigter bundesgerichtlicher Praxis zunächst von jedem Aktenstück und insbesondere auch von jeder Eingabe der Gegenpartei Kenntnis zu geben. Mit der Zustellung des Aktenstücks kann das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel (Replik/Duplik) eröffnen oder den Parteien bzw. der Gegenpartei formell Frist zur freigestellten Stellungnahme ansetzen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, der die kassationsgerichtliche Praxis folgt, lässt es indessen auch genügen, den Parteien bzw. der Gegenpartei ohne formelle Fristansetzung und ohne ausdrücklichen Hinweis auf eine weitere Äusserungsmöglichkeit bloss ein Doppel des be-

treffenden Aktenstücks zur Kenntnisnahme zuzustellen und ihr dadurch die Möglichkeit zu bieten, sich von sich aus zu äussern. Dabei darf aber nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass keine weiteren Eingaben mehr erwünscht seien (z.B. durch den Hinweis, der Schriftenwechsel sei abgeschlossen). Will sich eine Partei diesfalls zum zugestellten Aktenstück vernehmen lassen, hat sie von sich aus umgehend ("sans délai", "sans retard") eine Stellungnahme zu erstatten oder – nach einem Teil der höchstrichterlichen Entscheide – zumindest unverzüglich um formelle Fristansetzung für die Einreichung einer solchen zu ersuchen. Innert welcher Frist eine derartige Eingabe einzureichen ist, damit sie noch als "umgehend" bzw. "unverzüglich" gelten kann, hängt insbesondere von der Art des übermittelten Aktenstücks (und allenfalls von der Art des Verfahrens) ab (vgl. zum Ganzen ZR 110 Nr. 20 m.w.H.).

Seit seinem Entscheid vom 12. Februar 2008 ging das ehemalige kantonalzürcherische Kassationsgericht davon aus, dass sich (jedenfalls im Regelfall) unter "umgehend" bzw. "unverzüglich" zwanglos eine Zeitspanne von höchstens zehn Tagen verstehen lässt. In nämlichem Entscheid erwog das Kassationsgericht, dass künftig von einem Verzicht auf weitere Stellungnahmen auszugehen sei, wenn nicht innert der genannten Frist von zehn Tagen entweder eine Stellungnahme eingehen oder zumindest ein entsprechender Antrag vorliegen würde, wobei dann allerdings grundsätzlich nur mehr mit der Ansetzung einer kurzen Frist gerechnet werden können (ZR 107 Nr. 22). Dem folgt seither grundsätzlich auch die Rechtsprechung der I. Zivilkammer am Obergericht des Kantons Zürich. Das Bundesgericht seinerseits wartet in derartigen Fällen mit der Entscheidungsfällung, bis nach den konkreten Umständen angenommen werden darf, die anhörungsberechtigten Partei habe auf eine Stellungnahme verzichtet (vgl. ZR 110 Nr. 20 m.w.H.).

3.3.3 Wie bereits erwähnt, hat der Beklagte 3 bereits am 12. Januar 2011 um eine formelle Fristansetzung für eine weitere Stellungnahme zu den Stellungnahmen der Klägerin und der Beklagten 1 vom 10. Januar 2011 ersucht. Seine Eingabe vom 12. Januar 2011, bei der Vorinstanz eingegangen am 13. Januar 2011 impliziert, dass ihm die Stellungnahmen der Klägerin und der Beklagten 1 von de-

ren Rechtsvertretern standesgemäss direkt zugestellt worden sind. Wenn davon ausgegangen wird, dass er die Stellungnahmen bereits am 11. Januar 2011 erhalten hatte, erfolgte die Eingabe des Beklagten 3 vom 21. Februar 2011 am 42. Tag nach Erhalt der Stellungnahmen. So gesehen, ist seine Eingabe zweifelsohne als verspätet zu betrachten. Mit Verfügung vom 19. Januar 2011 wurde dem Beklagten zur Kenntnis gebracht, dass von einem weiteren Schriftenwechsel abgesehen werde, es dem Beklagten 3 aber frei stehe, innert gebotener Frist eine weitere Stellungnahme einzureichen. Diese Verfügung hat der Beklagte am 4. Februar 2011 entgegen genommen. Wie der Beklagte 3 zutreffend festhält, erging seine Eingabe am 18. Tag nach Erhalt der Stellungnahmen, wenn ihm die Stellungnahmen erst mit der vorinstanzlichen Verfügung vom 19. Januar 2011 zugegangen sein sollten. Nach der oben dargestellten Rechtsprechung ist seine Eingabe vom 21. Februar 2011 – auch bei wohlwollender Betrachtung – gleichsam als verspätet zu qualifizieren. Der Beklagte 3 hätte aber auch auf seinen Antrag vom 12. Januar 2011 hin wiederum mit Blick auf die oben dargestellte Rechtsprechung nur mehr mit der Anberaumung einer kurzen Frist von weniger als zehn Tagen rechnen können. Das Vorgehen der Vorinstanz, am zehnten Tag über die am 5. November 2010 gestellten Anträge des Beklagten 3 zu entscheiden, ist demnach nicht zu beanstanden. Der Beklagte 3 hat also nicht in guten Treuen annehmen dürfen, dass ihm mit einer "gebotenen Frist" die nach § 190 GVG längstmögliche 20-tägige Frist gewährt würde. Dies umso mehr, als die nicht seinem Standpunkt folgende Stellungnahme der Klägerin knapp zwei Seiten umfasst. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass es dem Beklagten 3 frei gestanden wäre, sich bei der Vorinstanz darüber zu erkundigen, welchen Zeithorizont sie einer gebotenen Frist gleichstellt. Voranstehenden Erwägungen zufolge ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass bei ihr weder umgehend noch innert gebotener Frist eine Stellungnahme des Beklagten 3 eingegangen ist. Wieso die Vorinstanz aufgrund des Fristerstreckungsgesuches des Beklagten 3 vom 14. Februar 2011 (Urk. 32/150) nicht von einem Verzicht auf Stellungnahme hätte ausgehen können, ist nicht einsichtig, betraf dieses doch das Massnahmeverfahren betreffend Einsetzung des Erbenvertreters. Aus dem Gesagten resultiert,

dass die Eingabe des Beklagten 3 vom 21. Februar 2011 rechtmässig als verspätet qualifiziert und daher ohne Weiterungen zu den Akten genommen worden ist.

3.4 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass auch der Eventualantrag in der Beschwerde des Beklagten 3 vom 4. April 2011 abzuweisen gewesen wäre.

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 Beklagten 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 beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
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