

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB160027-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichter Dr. M. Kriech
und Oberrichter Dr. M. Nietlispach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
G. Ramer Jenny

Urteil vom 9. November 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagter 3 und Beschwerdeführer

gegen

1. **B.** _____,

Beklagte 1 und Beschwerdegegnerin 1

2. **C.** _____,

Beklagter 2 und Beschwerdegegner 2

3. **D.** _____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin 3

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

betreffend **Erteilung (Kostenfolge, Verweis)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur vom
5. September 2016 (CP080004-K)**

Erwägungen:

1.a) Die Parteien stehen seit dem 20. Mai 2008 vor Vorinstanz in einem Erbteilungsprozess. In dessen Beweisverfahren wurde mit Beschluss vom 29. Juni 2016 Dipl. Arch. FH/SIA E._____ als gerichtlicher Sachverständiger bestellt (Urk. 6/447 S. 11). Die Wiedererwägungsgesuche der Klägerin und Beschwerdegegnerin 3 (fortan Klägerin) und des Beklagten 3 und Beschwerdeführers (fortan Beklagter 3) wurden abgelehnt (Urk. 6/454, Urk. 6/456-458, Urk. 6/464, Urk. 6/466-468). Mit Schreiben vom 20. August 2016 trat E._____ per sofort vom Gutachtensauftrag zurück, da er sich aufgrund der Äusserungen des Beklagten 3, welche ihn zutiefst betroffen und entsetzt hätten, ausserstande sehe, eine unbefangene Gutachtertätigkeit auszuüben (Urk. 6/480). Mit Beschluss vom 5. September 2016 wurde unter anderem E._____ aus seiner Pflicht als gerichtlicher Sachverständiger mit sofortiger Wirkung entlassen (Dispositiv-Ziffer 1) und dem Beklagten 3 ein Verweis mit der Androhung erteilt, dass ein erneutes disziplinarisches Fehlverhalten im Verfahren, insbesondere gegenüber dem neu zu beauftragenden Gutachter, mit einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 1'000.– sanktioniert werden könne (Dispositiv-Ziffer 2). Zudem wurden ihm die Kosten des Entscheides von Fr. 800.– auferlegt (Dispositiv-Ziffer 4+5; Urk. 6/487 = Urk. 2).

b) Dagegen erhob der Beklagte 3 mit Eingabe vom 19. September 2016 innert Frist (Urk. 6/490; Briefumschlag zu Urk. 1) Beschwerde mit folgenden Anträgen:

"Der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung an das Bezirksgericht Winterthur zurückzuweisen;

eventualiter hat das Obergericht einen dem Sinne der nachfolgenden Ausführungen entsprechenden Entscheid zu treffen und dabei Ziff. 2 und 5 des angefochtenen Entscheides vom 5. September 2016 aufzuheben und die Kosten des angefochtenen Beschlusses neu aufzuerlegen bzw. auf die Staatskasse zu nehmen;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Beschwerde - wie nachstehend gezeigt - sogleich als offensichtlich unbegründet resp. unzulässig erweist, kann auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. Während sich der Erbteilungsprozess vor Vorinstanz nach bisherigem Verfahrensrecht (ZPO/ZH) beurteilt, richtet sich das Beschwerdeverfahren nach der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 404 f. ZPO). Dieser unterstehen Kognition und Prüfung der Beschwerdegründe. Materiell sind indes die im angefochtenen Entscheid zugrunde gelegten kantonalzürcherischen Verfahrensvorschriften anwendbar (ZPO/ZH und GVG/ZH).

3.a) Die Beschwerde des Beklagten 3 richtet sich zunächst gegen den Verweis. Er sei zu widerrufen, da ihm - dem Beklagten 3 - in krasser Weise das rechtliche Gehör verweigert worden sei, indem ihm das Gericht keine Gelegenheit zur Stellungnahme zum Schreiben des Gutachters E. _____ vom 20. August 2016 (Urk. 6/480), seiner Darstellung und den möglichen Folgen gegeben habe (Urk. 1 S. 2 f.).

b) Der angefochtene Beschluss ist prozessleitender Natur. Er ist mit Beschwerde anfechtbar 1) in den vom Gesetz bestimmten Fällen oder 2) wenn durch ihn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 1 und 2 ZPO). Von den Disziplinarstrafen ist einzig die Ordnungsbusse kraft gesetzlicher Anordnung beschwerdefähig (Art. 128 Abs. 4 ZPO). Für die Anfechtbarkeit des vorliegenden Verweises hat daher ein drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil vorzuliegen, was vom Beklagten 3 darzulegen ist. In Frage kommen drohende Nachteile rechtlicher Natur, namentlich solche, welche selbst im Falle einer erfolgreichen Anfechtung des Endentscheids nicht mehr behoben werden können, sowie materieller oder immaterieller Natur, namentlich indem eine Verteuerung oder Verlängerung des Verfahrens resultiert (ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, Art. 319 N 23 ff.).

c) Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im geschilderten Sinne liegt nicht vor. Der ausgesprochene Verweis hat keine Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Beklagten 3 und dessen Anträge im Prozess. Sodann ist kein schützenswertes tatsächliches Interesse an der Anfechtung erkennbar, zumal durch den Verweis an sich weder eine Verlängerung des Verfahrens oder dessen Verteuerung resultiert noch andere Nachteile ersichtlich sind, welche die Lage für den

Beklagten 3 erheblich erschweren. Der in diesem Zusammenhang vom Beklagten 3 erhobene Einwand der Gehörsverletzung wäre denn auch nicht stichhaltig. Der ihm vorgeworfene Disziplinarfehler - die negativ qualifizierenden Äusserungen betreffend den Gerichtsgutachter - ergibt sich aus dem aktenkundigen Verhalten des Beklagten 3 selbst, weshalb auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine vorgängige Anhörung des Betroffenen nicht zwingend notwendig ist (vgl. BK ZPO-Frei, Art. 128 N 31; BGE 111 IA 273 E. 2.b+c). Ist bei der Ausfällung von Ordnungsbussen so zu entscheiden (BGE 111 IA 273), muss dies erst recht vorliegend für die mildere Massnahme des Verweises gelten, mit welchem eine Ordnungsbusse lediglich angedroht wurde.

d) Hinsichtlich der Anfechtung des Verweises fehlt es somit an einer prozessualen Zulässigkeitsvoraussetzung für die Beschwerde, weshalb insofern nicht auf sie einzutreten ist.

4.a) Des weiteren ficht der Beklagte 3 die Kostenaufgabe für den Entscheid an. Diesbezüglich ist der prozessleitende Beschluss beschwerdefähig (Art. 110 ZPO).

Der Beklagte 3 rügt, die Kosten des Entscheides seien nicht ihm, sondern der Vorinstanz aufzuerlegen bzw. auf die Staatskasse zu nehmen, allenfalls dem Gutachter E._____ zu verrechnen (Urk. 1 S. 2). Zur Begründung verweist er wiederum auf seine Gehörsverletzung. So hätte ihm vor Erlass des angefochtenen Beschlusses Gelegenheit zur Stellungnahme zum Antrag und der Darstellung von Gutachter E._____ gegeben werden müssen. Stattdessen sei das Gericht dem Rücktrittsgesuch des Gutachters unkritisch gefolgt und habe behauptet, er - der Beklagte 3 - habe sich massiv in der Wortwahl vergriffen. In der Sache seien seine Äusserungen jedoch weder unwahr noch ehrverletzend. Sie könnten einen seit 37 Jahren tätigen Geschäftsmann auch nicht dermassen betroffen machen. Das Schreiben des Beklagten 3 vom 20. August 2016 habe E._____ sodann zum Zeitpunkt seines Rücktritts noch gar nicht erhalten (Urk. 1 S. 3 ff.). Die wahren Gründe für seinen Rücktritt seien somit nicht die Formulierungen des Beklagten 3 gewesen, sondern dieser habe daraus nachträglich die Rechtfertigung konstruiert, um sich von einem unbequemen Auftrag zurückzuziehen. Der Rücktritt komme daher zur Unzeit (Urk. 1 S. 2 ff.).

b) Die Vorinstanz stellte die Rücktrittserklärung des Gutachters E._____ (Urk. 6/480) dem Beklagten 3 nicht vor Beschlussfassung, sondern erst zusammen mit dem angefochtenen Entscheid zu (Dispositiv-Ziffer 7; Urk. 2 S. 7). Von einer Rückweisung infolge Verletzung des rechtlichen Gehörs kann indes abgesehen werden, kann eine Heilung im Rechtsmittelverfahren doch erfolgen, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor der Rechtsmittelinstanz zu äussern und letztere Sachverhalt wie Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. statt vieler BGE 133 I 201 E. 2.2, 132 V 387 E. 5.1, 127 V 431 E. 3.d.aa). Eine Beschwerde kann wegen unrichtiger Rechtsanwendung und wegen offensichtlich unrichtiger Feststellung des Sachverhaltes erhoben werden (Art. 320 ZPO). Bei Rechtsfragen hat die Beschwerdeinstanz die gleiche Kognition wie die Vorinstanz (Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 320 N 1). Für die beanstandete Kostenauflegung ist relevant, wie die aktenkundigen tatsächlichen Äusserungen des Beklagten 3 bezüglich Gerichtsgutachter E._____ vernünftigerweise verstanden werden mussten, mithin ob sie zum Rücktritt vom Gutachtensauftrag berechtigten und damit die fraglichen unnötigen Kosten verursachten. Dabei handelt es sich um Rechtsfragen, welche von der Beschwerdeinstanz frei überprüfbar sind. Entsprechend kann vorliegend von der beantragten Rückweisung abgesehen werden, führte eine solche doch zu einem formalistischen Leerlauf und damit einer unnötigen Verzögerung, die auch mit dem Interesse des Beklagten 3 an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht vereinbar wäre (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen).

c) Dem Beklagten 3 ist zunächst insofern beizupflichten, als der Gutachter von dessen Schreiben vom 20. August 2016 (Urk. 6/486) im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung (Urk. 6/480) keine Kenntnis hatte. Dieses konnte somit für den Rücktritt nicht kausal sein. Der Beklagte 3 äusserte sich jedoch bereits in seinem Wiedererwägungsgesuch vom 28. Juli 2016 abfällig über den Gutachter und warf ihm sinngemäss Vetternwirtschaft vor. So führte er aus, es scheine ihm, E._____ habe gegenüber dem Gericht eine Sonderstellung als "alter Bekannter", der mit dem Gericht spiele, was offensichtlich "unter Freunden" toleriert werde. Sein Vorgehen könne "beim besten Willen nicht als integer bezeichnet werden" (Urk. 6/464 S. 4). Den Vorwurf der Vetternwirtschaft richtete der Beklagte 3 sodann mit Schreiben

vom 16. August 2016 in aller Deutlichkeit auch an den Gutachter direkt und kritisierte zudem dessen Infrastruktur als inadäquat und nicht zeitgemäss (Urk. 6/481/1). Die fraglichen Einwände sind klar und können auch von einem unbefangenen Dritten nur so verstanden werden, als sie sich gegen die Integrität und Fachkompetenz des Gerichtsgutachters richten. Diese Aspekte sind für die Ausübung der Gutachtertätigkeit derart zentral, dass ein Angriff darauf geeignet ist, den Sachverständigen gegenüber der angreifenden Partei befangen zu machen und ihn in Nachachtung seiner Sorgfaltspflicht zum Rücktritt zu bewegen. Dass dieser unmittelbare Reaktion auf die Einwände des Beklagten 3 war, zeigt auch der Umstand, dass er zwei Tage nach Erhalt des Schreibens des Beklagten 3 vom 16. August 2016 erklärt wurde. Anhaltspunkte, wonach der Gutachter aus anderen Gründen vom Auftrag zurückgetreten sei, liegen dagegen keine vor. Angesichts der Schärfe der erwähnten Vorwürfe ist der Rücktritt nachvollziehbar und nicht zur Unzeit erfolgt. Durch das Verhalten des Beklagten 3 wurden somit unnötigerweise Kosten im Zusammenhang mit der Bestellung eines neuen Gutachters verursacht, welche ihm in Nachachtung von § 66 ZPO/ZH auferlegt werden konnten. Die Kostenaufgabe im angefochtenen Beschluss ist demzufolge nicht zu beanstanden.

d) Ferner moniert der Beklagte 3, die Vorinstanz habe ihn im Laufe des Verfahrens wiederholt mit Kostenaufgaben und Anschuldigungen wie "unsubstantiierte Äusserungen", "verwerfliches Verhalten" sowie "disziplinarisches Fehlverhalten" konfrontiert (Urk. 1 S. 3). Dieser Einwand des Beklagten 3 ist in seiner Allgemeinheit nicht zu hören, hat sich die Beschwerde doch mit den behaupteten Mängeln im angefochtenen Entscheid konkret auseinanderzusetzen, was bei der angeführten pauschalen Rüge am vorinstanzlichen Verfahren nicht der Fall ist.

e) Der Beklagte 3 beanstandet sodann, ihm seien Unterlagen unvollständig zugestellt worden, "z.B." das im Brief des Gutachters erwähnte Schreiben von X2._____ vom 2. August 2016 (Urk. 6/481/2). Auch darin sei eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu sehen (Urk. 1 S. 3). Wie aus den Akten ersichtlich, hat die Vorinstanz das fragliche Schreiben inzwischen dem Beklagten 3 per A-Post zugestellt und ihm damit das rechtliche Gehör gewährt (Urk. 6/492, Urk. 6/493). Die

Rüge erweist sich daher als unbegründet. Eine Gehörsverletzung hinsichtlich weiterer Unterlagen wurde nicht hinreichend substantiiert gerügt.

5. Insgesamt bringt der Beklagte 3 somit keine Rügen vor, welche die Rechtsanwendung der Vorinstanz als unrichtig oder ihre Sachverhaltsdarstellung gar als offensichtlich unrichtig erscheinen liessen. Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 9 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) auf Fr. 800.– festzusetzen und ausgangsgemäss dem unterliegenden Beklagten 3 aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, dem Beklagten 3 infolge seines Unterliegens, den Beklagten 1 und 2 sowie der Klägerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1 ZPO, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten 3 auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Vorinstanz, an die Klägerin und die Beklagte 1 unter Beilage je eines Doppels von Urk. 1, Urk. 3 und Urk. 4/2-4, je gegen Empfangsschein, an den Beklagten 2 unter Beilage je einer Kopie von Urk. 1, Urk. 3 und Urk. 4/2-4 in die Akten sowie durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich.

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 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, 9. November 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am: