

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB160037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 10. Januar 2017

in Sachen

A. _____,

Beklagte 1 und Beschwerdeführerin

gegen

1. **B.** _____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

2. **C.** _____, Dr. med.,

Beklagte 2 und Beschwerdegegnerin

1 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

betreffend **Erteilung (Frist gemäss Art. 225 ZPO, Ausstand)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Bezirksgerichtes Meilen vom 15. November 2016 (CP160001-G)

Erwägungen:

1.1 Die Parteien stehen vor Bezirksgericht Meilen in einem Erbteilungsprozess. Mit Verfügung vom 15. November 2016 wurde der Beklagten 1 und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte 1) eine einmal erstreckbare Frist von vierzig Tagen angesetzt, um die schriftliche Duplik einzureichen; dies unter Androhung, dass bei Säumnis die Beklagte 1 mit einer schriftlichen Duplik ausgeschlossen sei (Urk. 2).

1.2 Innert Frist erhob die Beklagte 1 mit Eingabe vom 30. November 2016 (Datum Poststempel: 5. Dezember 2016, eingegangen am 7. Dezember 2016) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 1 f.):

- "1.1 Es sei die Fortführung des erneuten und gleichen Erbprozesses von Frau D._____ durch das Bezirksgericht Meilen zu unterbinden, da die Prozessvoraussetzungen nach Gesetz nicht gegeben sind.
- 1.2 Es sei der erneut gleiche Erbteilungsprozess durch die Vorinstanz abzuschreiben.
- 1.3 Wegen der mangelnden Zulässigkeitsvoraussetzungen muss dieser als unzulässig sofort abgewiesen werden, ohne dass überhaupt die Sache über den gleichen Streitgegenstand aufgenommen werden darf.
- 1.4 Es werden von der Beschwerdegegnerin 1 noch zu beziffernde Schadenersatzansprüche eingereicht (materiell und immaterieller Schaden).
- 1.5 Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin 1, inklusive MWST."

2. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die von der Beklagten 1 genannte Prozessnummer CP160002-G ein anderes Verfahren mit anderen Parteien als den von ihr genannten Erbteilungsprozess beschlägt. Dieser läuft unter der Prozessnummer CP160001-G.

3.1.1 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, BBI 2006, S. 7377).

3.1.2 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.

3.2 Die Beklagte 1 führt in ihrer Eingabe vom 30. November 2016 aus, dass ihr kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil entstehen dürfe, was hier klar der Fall sei, da es sich um einen Entscheid rechtlicher Natur handle, welcher durch den Endentscheid nicht mehr geheilt werden könne. So verletze die Fortführung des vorliegenden Erbteilungsprozesses ohne eine Verfügung, ob die Klage überhaupt zulässig sei, schwerwiegend ihren Anspruch auf Wahrung des

rechtlichen Gehörs. Dies verstosse gegen das Willkürverbot (Urk. 1 S. 5). In der Hauptsache ist sie der Ansicht, dass es sich bei der vorliegenden Klage um eine bereits abgeurteilte Sache handelt, weshalb ihr – ohne vorgängigen Entscheid hierüber – keine Frist zum Erstellen der Duplik hätte angesetzt werden dürfen (Urk. 1 S. 5).

3.3 Die Beklagte 1 hatte ihre im Jahre 2014 anhängig gemachte Erbteilungsklage am 7. Mai 2015 zurückgezogen. Dieses Verfahren (CP140002-G) wurde mit Zirkulationsbeschluss vom 12. Mai 2015 abgeschrieben (Urk. 4/11). Im vorliegenden Verfahren wurde am 10. August 2016 verfügt, dass ein zweiter Schriftenwechsel stattzufinden habe, da sich die Beklagte 1 zwar nicht zur Sache geäussert, jedoch das Fehlen einer Prozessvoraussetzung gerügt habe. Entsprechend wurde der Klägerin Frist zum Erstellen der Replik angesetzt (Urk. 43 S. 2). Damit aber sah sich die Vorinstanz aufgrund der Einwendungen der Beklagten 1 zur Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels nach Art. 225 ZPO veranlasst. Inwiefern der Beklagten 1 damit ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, ist nicht einzusehen. So macht die Beklagte 1 auch keine Rechtsverzögerung geltend.

3.4 Die von ihr gegen die Zulässigkeit der Klage vorgebrachten Einwendungen hat sie nicht im Beschwerdeverfahren vorzutragen, sondern kann sie im Rahmen der Duplik vorbringen. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

4.1 Erneut erhebt die Beklagte 1 gegen die Ersatzrichterin lic. iur. V. Seiler ein Ausstandsbegehren. Die im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens vorgebrachten Ausstandsgründe (gleiche Richterin wie im Verfahren CP140002-G; begangene Verfahrensfehler anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 18. März 2015 im Verfahren CP140002-G) wurden mit Verfügung vom 10. Juni 2016 bereits beurteilt; auf das Ausstandsgesuch wurde nicht eingetreten (Urk. 39, Geschäfts-Nr. BV160011-G). Dieser Entscheid blieb unangefochten. Entsprechend ist einerseits eine Anfechtung zum jetzigen Zeitpunkt infolge Ablaufs der Rechtsmittelfrist gemäss Art. 321 Abs. 2 ZPO (10 Tage) nicht mehr möglich; andererseits können diese Ausstandsgründe gestützt auf dieselben Vorkommnisse nicht erneut vorgebracht werden. Damit ist auf das Begehren nicht einzutreten.

4.2 Soweit die Beklagte 1 einen neuen Ausstandsgrund aufgrund des Schreibens der Vorinstanz vom 22. April 2016 (Urk. 19) geltend machen will (Urk. 1 S. 5), ist hierauf infolge Verspätung ebenso wenig einzutreten. So hat eine Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, dem Gericht *unverzüglich* ein entsprechendes Gesuch zu stellen, Art. 49 Abs. 1 ZPO, d.h. ein solches ist so früh wie möglich, d.h. nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit vorzutragen (BGE 132 II 485 E. 4.3). Nachdem die Beklagte 1 diesen Ausstandsgrund trotz entsprechender Möglichkeiten bis dato nicht vorgebracht hat, ist von einem Verzicht auf die Geltendmachung dieses Ausstandsgrundes auszugehen. Entsprechend hat es damit sein Bewenden.

5.1 Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzen und ausgangsgemäss der unterliegenden Beklagten 1 aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2 Mangels wesentlicher Umtriebe ist der Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) sowie der Beklagten 2 und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte 2) für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf das Ausstandsgesuch der Beklagten 1 wird nicht eingetreten.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden der Beklagten 1 auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und die Beklagte 2 je unter Beilage eines Doppels bzw. einer Kopie der Urk. 1, Urk. 3 und Urk. 4/2-13, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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, 10. Januar 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
kt