

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB170042-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach sowie Leitende Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Ferreño

Urteil vom 26. Juni 2018

in Sachen

1. ...

2. **A.**_____,

Beklagte 2 und Beschwerdeführerin

3. ...

gegen

B._____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt X._____

betreffend **Erteilung (Kosten- und Entschädigungsfolgen)**

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 5. Oktober 2017 (CP170003-D)

Erwägungen:

1. Die Parteien des vorinstanzlichen Verfahrens sind die Erbinnen des am tt.mm.2014 verstorbenen C._____ (die Klägerin als zweite Ehefrau und die Beklagten als Töchter des Erblassers; Urk. 6/5/2). Als die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) am 18. August 2017 vor Vorinstanz eine Klage auf Erbteilung einreichte und ein Massnahmegesuch um Bestellung eines Generalerbenvertreters stellte (Urk. 6/1; Klagebewilligung vom 7. April 2017, Urk. 6/3), waren bei der Vorinstanz zwischen den Parteien bereits zwei den Nachlass betreffende Verfahren pendent (CP160001 und CP160002). Mit Verfügung vom 22. August 2017 setzte die Vorinstanz der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses und den Beklagten Frist zur Stellungnahme zum Massnahmebegehren an (Urk. 6/6). Am 31. August 2017 wurden die Parteien zu einer Instruktionsverhandlung am 28. September 2017 vorgeladen (Urk. 6/7). Die gleichen Vorladungen auf denselben Zeitpunkt ergingen auch in den Verfahren CP160001 und CP160002 (Urk. 6/11/2/2 und 6/13/1/2). In der Folge stellten die Beklagten 1 bis 3 Verschiebungsgesuche für die anberaumte Instruktionsverhandlung, welche sie damit begründeten, diese Instruktionsverhandlung würde mit den Instruktionsverhandlungen in den anderen Verfahren kollidieren (Urk. 6/11/2/1 und 6/13/1/1). Mit Schreiben vom 12. bzw. 13. September 2017 wies die Vorinstanz die Verschiebungsgesuche ab und erwog, diese Instruktionsverhandlung umfasse sämtliche drei den Nachlass betreffende Verfahren, weshalb nicht eine einzelne Instruktionsverhandlung verschoben werden könne (Urk. 6/12, 6/13/2 und 6/14). Hierauf teilten die Beklagten am 26. bzw. 27. September 2017 mit, dass sie an der Instruktionsverhandlung nicht teilnehmen würden. Die Beklagten 1 und 3 begründeten dies damit, dass sie nicht in unterschiedlicher Parteistellung ihre Rechte wahrnehmen könnten, die Beklagte 2 damit, dass sie zurzeit arbeitsunfähig sei (Urk. 6/26, 6/27 und 6/28/1). Mit Beschluss vom 5. Oktober 2017 setzte die Vorinstanz die Kosten für die Instruktionsverhandlung vom 28. September 2017 auf Fr. 600.– fest, auferlegte sie den Beklagten 1 bis 3 unter solidarischer Haftung und verpflichtete diese, der Klägerin für die Instruktionsverhandlung eine Parteientschädigung von Fr. 900.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen (Urk. 6/29 = Urk. 2).

2. a) Hiergegen erhob die Beklagte 2 und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte 2) mit Eingabe vom 3. November 2017, eingegangen am 6. November 2017, fristgerecht Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Kostenaufgabe für unnötige Prozesskosten aufzuheben; d.h. es seien meine Gerichtskosten für die Instruktionsverhandlung vom 28. September 2017 auf CHF 0.00 festzusetzen.
2. Da keine solidarische Haftung unter den Beklagten besteht, sei die Solidarhaftung für die Kosten aufzuheben.
3. Die Parteientschädigung sei aufzuheben; d.h. auf CHF 0.00 festzusetzen.

Für das Beschwerdeverfahren seien keine Kosten zu erheben (Art. 107 Abs. 2 ZPO)."

b) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Sie waren von Dezember 2017 bis April 2018 am Bundesgericht.

3. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde führende Partei hat aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird, das heisst, sie hat darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 321 N 15; BK ZPO-Sterchi, Art. 321 N 17 ff.).

4. a) Die Vorinstanz erwog, das Vorbringen der Beklagten 1 und 3, wonach sie nicht in unterschiedlicher Parteistellung ihre Rechte wahrnehmen könnten, überzeuge nicht. Zum einen sei es ihnen freigestellt, sich anwaltlich vertreten zu lassen, und zum anderen habe ihnen spätestens seit der Zustellung des Beschlusses vom 24. November 2016 im Verfahren CP160002 bekannt sein müssen, wie eng die Verfahren verflochten seien, womit es legitim und sinnvoll gewesen sei, in allen drei Verfahren gleichzeitig zu einer Instruktionsverhandlung vorzuladen. Die Beklagte 2 habe angegeben, zufolge Arbeitsunfähigkeit bis zum 2. Oktober 2017 nicht teilnehmen zu können; das beigelegte Arztzeugnis attestiere ihr jedoch keine Verhandlungsunfähigkeit, sondern lediglich Arbeitsunfähigkeit, was keinen hinreichenden Verhinderungsgrund darstelle. Zur Instruktionsverhand-

lung sei nur der Vertreter der Klägerin erschienen, die Beklagten 1 bis 3 seien unentschuldigt nicht erschienen. Eine Instruktionsverhandlung werde immer mit allen Parteien durchgeführt (Urk. 2 S. 3). Einerseits ermögliche die persönliche Teilnahme den Parteien, die Ausführungen des Gerichts direkt wahrzunehmen und fundiert zur vorläufigen Einschätzung des Gerichts oder zu Vorbringen der Gegenpartei Stellung zu nehmen (Urk. 2 S. 3 f.). Andererseits könne das Gericht nur bei persönlicher Teilnahme der Entscheidungsträger unmittelbar auf die Parteien einwirken. Daher seien die Parteien in der Vorladung explizit aufgefordert worden, persönlich zu erscheinen. Bei Missachtung dieser Pflicht könne schlechterdings keine Instruktionsverhandlung durchgeführt werden. Da die Parteien in der Vorladung allesamt explizit auf die Säumnisfolgen bei unentschuldigtem Fernbleiben hingewiesen worden seien, seien in Anwendung von Art. 108 ZPO den Beklagten 1 bis 3 die durch ihr unentschuldigtes Fernbleiben an der Instruktionsverhandlung unnötig entstandenen Gerichtskosten von Fr. 600.– aufzuerlegen. Ferner seien sie zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Klägerin für die betreffenden Aufwendungen eine Parteientschädigung von Fr. 900.– (inklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen (Urk. 2 S. 4).

b) Unzutreffend ist die Kritik der Beklagten 2 in ihrer Beschwerdeschrift, wonach die gleichzeitige Vorladung zu drei verschiedenen Gerichtsverfahren mit unterschiedlichen Parteien und Parteistellungen auf denselben Zeitpunkt von der Vorinstanz nicht konkret begründet worden sei (Urk. 1 S. 2 und 4). Dass alle drei bei der Vorinstanz hängigen Verfahren über den Nachlass des Vaters der Beklagten aus der Sicht der Vorinstanz eng verflochten seien, wird von der Beklagten 2 nicht als unrichtig gerügt und ist offenkundig. Das Vorgehen der Vorinstanz, zu einer einzigen und damit zeitgleichen Instruktionsverhandlung für alle drei Verfahren vorzuladen, ist nicht zu beanstanden. Die Beklagten 1 bis 3 waren darüber informiert (Urk. 6/12, 6/13/2 und 6/14).

c) Weiter moniert die Beklagte 2, sie habe erst mit dem angefochtenen Entscheid erfahren, dass ihr Fernbleiben nicht akzeptiert werde, da ihr Arztzeugnis nicht genüge. Dies erstaune, da der Gerichtsschreiber, D._____, sie am 27. September 2017 um 15.50 Uhr aus dringlichen Gründen sogar angerufen und

zur Teilnahme an der Instruktionsverhandlung gedrängt habe. Sie habe an starken Kopfschmerzen und Fieber gelitten. Sie habe dem Gerichtsschreiber am Telefon mitgeteilt, sie sei infolge eines Anfalls eines Wespenschwarms im Gesicht mit massiven Gesichtsschwellungen nicht verhandlungsfähig gewesen. Mit keinem Wort habe der Gerichtsschreiber erwähnt, dass ihr ärztliches Zeugnis nicht genüge. Ihr Versäumnis beruhe auf höherer Gewalt und sei entschuldbar (Urk. 1 S. 3). Die Beklagte 2 hat an der von der Vorinstanz auf den 28. September 2017 angesetzten Instruktionsverhandlung unentschuldigt nicht teilgenommen (Prot. I S. 7; Urk. 28/1-2). Übereinstimmend mit der Vorinstanz attestierte das dem Schreiben der Beklagten 2 vom 27. September 2017 beigelegte Arztzeugnis von E. _____ keine Verhandlungsunfähigkeit, sondern lediglich Arbeitsunfähigkeit, was keinen hinreichenden Verhinderungsgrund darstellt. In der Vorladung vom 31. August 2017 wurde denn auch unter dem Titel "Wichtige Hinweise" Folgendes ausgeführt: "Verhinderung wegen Krankheit oder aus ähnlichen zwingenden Gründen ist dem Gericht sofort mitzuteilen. Im Krankheitsfall ist unverzüglich ein ärztliches Zeugnis einzureichen, das eine Verhandlungsunfähigkeit bescheinigt (...)" (Urk. 6/7 S. 2). Das Gericht war daher nicht gehalten, der Beklagten 2 mitzuteilen, dass ihr Arztzeugnis nicht genügt. Auch wurde mit dem Vorgehen der Vorinstanz der Grundsatz von Treu und Glauben und das rechtliche Gehör nicht verletzt (vgl. Urk. 1 S. 3). In diesem Zusammenhang reicht die Beklagte 2 erstmals im Beschwerdeverfahren ein Arztzeugnis UVG von E. _____ vom 12. Oktober 2017 und ein Schreiben vom 1. November 2017 ein (Urk. 4/8-9), in welchem ihr eine Verhandlungsunfähigkeit infolge mehrerer Wespenstiche im Gesicht bescheinigt wird. Neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind nach Art. 326 Abs. 1 ZPO im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen, d.h. was im erstinstanzlichen Verfahren nicht vorgetragen wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr geltend gemacht werden bzw. nachgeholt werden. Das Novenverbot ist umfassend (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 326 N 3 f.). Vor diesem Hintergrund sind die von der Beklagten 2 im Beschwerdeverfahren neu eingereichten Urk. 4/8-9 unzulässig und daher nicht zu beachten. Die weiteren von der Beklagten 2 im Beschwerdeverfahren eingereichten Unterlagen (Urk. 4/1-7) befinden sich bereits in den vorinstanzlichen Akten.

d) Unbegründet erweist sich die Kritik der Beklagten 2, wonach es dem Gericht möglich gewesen sei, die Verhandlung abzusagen und auf einen späteren Termin zu verschieben, da es Kenntnis vom Fernbleiben der Beklagten 1 bis 3 gehabt habe (Urk. 1 S. 4). Alle Beklagten kündigten ihre Nichtteilnahme an der Instruktionsverhandlung mit ihren Schreiben, die ein bzw. zwei Tage vor der Verhandlung eintrafen, bei der Vorinstanz an. Eine Abnahme der Vorladung wäre grundsätzlich möglich gewesen. Es steht jedoch nicht im Belieben einer Partei, welche zum persönlichen Erscheinen verpflichtet wurde, an einer Verhandlung, zu der sie ordnungsgemäss vorgeladen wurde, teilzunehmen oder nicht, bzw. durch eine angekündigte Nichtteilnahme die Verhandlung zu verhindern. Eine Pflicht der Vorinstanz, die angesetzte Instruktionsverhandlung kurzfristig abzusagen, bestand nicht. Entsprechend hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass die Beklagte 2 der Instruktionsverhandlung vom 28. September 2017 unentschuldigt ferngeblieben sei (Urk. 2 S. 3).

e) Anstoss nimmt die Beklagte 2 an den sich nicht aus dem angefochtenen Entscheid erschliessenden Kriterien für die Festsetzung der Gerichtskosten auf Fr. 600.– (Urk. 1 S. 4). Das Gericht setzt die Gerichtskosten von Amtes wegen fest (Art. 105 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühren wird nach Tarif bemessen (Art. 96 ZPO), im Kanton Zürich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG). Gemäss § 9 Abs. 1 GebV OG beträgt die Gebühr für prozessleitende Verfügungen, eine solche wurde vorliegend angefochten, Fr. 100.– bis Fr. 7'000.–. Die Vorinstanz setzte die Gerichtsgebühr im untersten Bereich des Rahmens fest und hatte dabei die von der Klägerin behauptete Nachlasshöhe von gerundet Fr. 1.2 Mio. (Urk. 6/1 S. 9, Urk. 6/3) sowie den Umstand zu berücksichtigen, dass mehrere Verfahren betroffen waren. Eine ausdrückliche Begründung erscheint daher entbehrlich. Es liegt keine unrichtige Rechtsanwendung vor. Darüber hinaus erscheint die Höhe der Gerichtsgebühr dem entstandenen Aufwand des Gerichts für die Vorladung, Vorbereitung und Teilnahme an der Instruktionsverhandlung angemessen. Damit hat es sein Bewenden.

Der Beklagten 2 fehlt es in Bezug auf ihr Vorbringen, wonach die Kostenaufgabe die Rechtsgleichheit verletze, da die Säumnis beide Gerichtsverfahren CP160002 und CP170003 betreffe (Urk. 1 S. 4), an der Beschwer. Korrekt ist, dass den Beklagten 1 bis 3 in einem der drei hängigen Verfahren Kosten für das unentschuldigte Fernbleiben an der Instruktionsverhandlung vom 28. September 2017 auferlegt wurden, was nicht zu beanstanden ist. Eine Kostenaufgabe in allen – bzw. in den von der Beklagten 2 aufgeführten – Verfahren hätte wohl höhere Kosten für die Beklagten 1 bis 3 zur Folge gehabt. Der Beklagten ist damit kein Nachteil erwachsen. Ein solcher ist jedenfalls nicht dargetan. Auf diese Rüge ist nach Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO nicht einzutreten.

f) Ferner beanstandet die Beklagte 2 in ihrer Beschwerdeschrift die Solidarhaftung. Die Beklagten würden eine einfache Streitgenossenschaft bilden. Sie habe keinen Einfluss auf die Entscheide der anderen beiden Beklagten und sei selber auch nicht für deren Nichterscheinen verantwortlich (Urk. 1 S. 4). Die Vorbringen der Beklagten 2 zielen ins Leere. Das ebenfalls unentschuldigte Nichterscheinen der Beklagten 1 und 3 zur Instruktionsverhandlung vom 28. September 2017 (vgl. Prot. I S. 7) hat für die Beklagte 2 keinen Nachteil zur Folge, hätte sie doch, wäre sie im Gegensatz zu den Beklagten 1 und 3 als Einzige nicht zur Instruktionsverhandlung erschienen, die von der Vorinstanz festgesetzten Gerichtskosten und Parteientschädigung alleine tragen müssen. Was die Solidarhaftung angeht, kann das Gericht nach Art. 106 Abs. 3 ZPO bei Beteiligung von mehreren Haupt- oder Nebenparteien an einem Prozess deren Anteil an den Prozesskosten festlegen und auf solidarische Haftung erkennen. Folglich ist der Entscheid, den Beklagten 1 bis 3 unter solidarischer Haftung die Prozesskosten für das unentschuldigte Fernbleiben an der Instruktionsverhandlung aufzuerlegen, nicht zu beanstanden. Inwiefern ihre Beschwerde im Verfahren RB170037-O gegen eine Verfügung der Vorinstanz vom 22. August 2017 (Geschäfts-Nr. CP170003) für den Ausschluss der Solidarhaftung herangezogen werden kann, ist nicht einsichtig, wies doch die erkennende Kammer mit Beschluss vom 24. Oktober 2017 das Gesuch der Beklagten 2 um Wiederherstellung der Beschwerdefrist ab und trat auf die Beschwerde nicht ein.

g) Unzutreffend ist schliesslich das Vorbringen der Beklagten 2, wonach dem Vertreter der Klägerin kein belegter Mehraufwand zu den üblichen Prozesskosten entstanden sei (Urk. 1 S. 5). Alle drei bei der Vorinstanz hängigen Verfahren hinsichtlich des Nachlasses des Vaters der Beklagten waren Thema der Instruktionsverhandlung. Dem Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 28. September 2017 lässt sich entnehmen, dass der Rechtsvertreter der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe von mindestens 3 Stunden à Fr. 350.– zuzüglich Mehrwertsteuer beantragte (Prot. I S. 7). Die von der Vorinstanz zugesprochene Pauschalentschädigung von Fr. 900.– (inklusive Mehrwertsteuer und Auslagen) für die notwendige Vorbereitung der drei Verfahren war angesichts des hohen Streitwerts der Verfahren und unter Berücksichtigung der Reisezeit, der Verhandlungsdauer (Prot. I S. 7: rund eine halbe Stunde) und der Tragweite der Sache durchaus angemessen.

h) Zusammenfassend bringt die Beklagte 2 keine Rügen vor, welche die Rechtsanwendung der Vorinstanz als unrichtig oder deren Sachverhaltsfeststellung gar als offensichtlich unrichtig erscheinen liessen. Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde der Beklagten 2 als unbegründet. Es kann daher davon abgesehen werden, eine Beschwerdeantwort der Klägerin oder eine Stellungnahme der Vorinstanz einzuholen (Art. 322 ZPO, Art. 324 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

5. a) Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der unterliegenden Beklagten 2 aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidungsbühe ist in Anwendung von § 9 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) auf Fr. 300.– festzusetzen.

b) Der Klägerin ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden der Beklagten 2 auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen für das Beschwerdeverfahren zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage je eines Doppels von Urk. 1, Urk. 3 und Urk. 4/2-9, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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, 26. Juni 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Leitende Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Ferreño

versandt am:
am