

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB130069-O/U.doc

damit vereinigt Geschäfts-Nr.: LB140002

damit vereinigt Geschäfts-Nr.: RB130062

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

Beschluss und Urteil vom 6. März 2014

in Sachen

A. _____,

Beklagter 3 und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

2. **C.** _____,

3. **D.** _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____,

2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2. _____

betreffend **Erteilung (Nichteintreten/Sistierung/Kosten- und Entschädigungsfolgen)**

**Berufung und Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes
Winterthur vom 29. November 2013 (CP080004-K)**

Anträge des Beklagten 3:

(Urk. 268 S. 2)

- " 1. Auf die Klage sei nicht einzutreten; eventualiter seien die durch RA Y1._____ getätigten Handlungen, insb. eingereichten Eingaben, bis zum 05.09.2013 (Eintrag im Anwaltsregister) aus dem Recht zu weisen bzw. für nichtig zu erklären.
2. Das Verfahren sei einzustellen, bis über Antrag 1 rechtskräftig entschieden wurde.
3. Sämtliche Kosten des Verfahrens bis zum 05.09.2013 seien Herrn RA Y1._____ aufzuerlegen, eventualiter seien die Kosten des Summarverfahrens sowie alle übrigen Kosten der Verfahren (zuzüglich MWST) der Klägerin aufzuerlegen; alles unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur vom 29. November 2013:

1. Die Anträge des Beklagten 3 um Nichteintreten, eventualiter Nichtigerklärung werden abgewiesen.
2. Der Sistierungsantrag wird abgewiesen.
3. Die Kosten für diesen Entscheid werden festgesetzt auf Fr. 1'800.—.
4. Die Kosten für diesen Entscheid werden dem Beklagten 3 auferlegt.
5. Der Klägerin und den Beklagten 1 und 2 wird für diesen Entscheid keine Entschädigung zugesprochen.
6. (Schriftliche Mitteilung)
7. (Rechtsmittel)

Anträge:

Des Beklagten 3 und Berufungsklägers im Verfahren LB130069 (Urk. 7/1):

- " 1. Es sei Dispositiv Ziffer 1 des Beschlusses des Bezirksgerichts Winterthur vom 29. November 2013 (Geschäfts-Nr. CP080004) aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei neu zu entscheiden, der Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur vom 29. November 2013 (Geschäfts-Nr. CP080004) aufzuheben und wie folgt zu ändern:
 - 2.1 Die Anträge des Beklagten 3 um Nichteintreten, eventualiter Nichtigerklärung seien gutzuheissen, insb. sei auf die Erbteilungsklage nicht einzutreten; eventualiter seien die durch RA Y1._____ getätigten Handlungen, insb. eingereichte Eingaben, bis zum 05.09.2013 (Eintrag im Anwaltsregister) aus dem Recht zu weisen bzw. für nichtig zu erklären.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Vertreters der Berufungsbeklagten 3; eventualiter alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Berufungsbeklagten 3 (Klägerin vor erster Instanz)."

Des Beklagten 3 und Beschwerdeführers im Verfahren RB130062 (Urk. 13/1):

- " 1. Es seien Dispositiv Ziffer 2-5 des Beschlusses des Bezirksgerichts Winterthur vom 29. November 2013 (Geschäfts-Nr. CP080004) aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei neu zu entscheiden, der Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur vom 29. November 2013 (Geschäfts-Nr. CP080004) aufzuheben und wie folgt zu ändern:
 - 2.1 Der Sistierungsantrag sei gutzuheissen.
 - 2.2 Die Kosten für diesen Entscheid seien auf Fr. 600.– festzusetzen, subeventualiter auf einen durch das Gericht zu bestimmenden Betrag.
 - 2.3 Die Kosten für diesen Entscheid seien auf die Gerichtskasse zu nehmen, subeventualiter der Klägerin zu auferlegen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beschwerdegegner 2 und 3 (Beklagter 2 und Klägerin vor erster Instanz)."

Erwägungen:

A. Sachverhaltsüberblick/Prozessgeschichte

1. E. _____ ... verstarb am tt.mm.2007. Er hinterliess seine Ehefrau C. _____ (fortan: Beklagte 1), die Tochter B. _____ (fortan: Klägerin) und die beiden Söhne D. _____ (fortan: Beklagter 2) und A. _____ (fortan: Beklagter 3).
2. Mit Einreichung der Weisung des Friedensrichteramts Winterthur (Urk. 1) und der Klageschrift vom 19. Mai 2008 (Urk. 2) erhob Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____ namens und im Auftrag der Klägerin bei der Vorinstanz Erbteilungsklage. In der vom Beklagten 3 unter dem Datum vom 29. September 2008 eingereichten Klageantwort wurde darauf hingewiesen, dass Rechtsanwalt Y1. _____ derzeit (im September 2008) nicht im Anwaltsregister des Kantons Zürich eingetragen sei (Urk. 22 S. 6). Vorerst gingen weder die Vorinstanz noch die Klägerin persönlich, noch Rechtsanwalt Y1. _____ auf diesen Hinweis ein. Rechtsanwalt Y1. _____ erstattete im weiteren Verlauf des Verfahrens nebst der Klage- und Replikschrift (Urk. 1 und 43) diverse weitere Eingaben für die Klägerin (Urk. 25, 40, 42, 67, 75, 76, 92, 102, 109, 115, 116, 118, 127, 150, 164, 165, 170, 172, 192, 208, 213, 225, 244, 247, 276) und trat in dieser Sache auch in den von den Parteien angestrebten Rechtsmittelverfahren vor Obergericht des Kantons Zürich sowie dem Bundesgericht im Namen der Klägerin auf (vgl. Urk. 145, Urk. 160, Urk. 217 f. und Urk. 228 f.).
3. Nach Wiederanhandnahme des Prozesses nach Abschluss der vorerwähnten Rechtsmittelverfahren im Juli 2013 griff die Vorinstanz den Hinweis des Beklagten 3 auf den fehlenden Registereintrag von Rechtsanwalt Y1. _____ auf und forderte Letzteren mit Beschluss vom 19. August 2013 auf, seine Legitimation zur Vertretung der Klägerin im vorliegenden Prozess darzutun (Urk. 230 Dispositiv-Ziffer 6). Mit Eingabe vom 12. September 2013 führte Rechtsanwalt Y1. _____ diesbezüglich aus, dass er der Überzeugung gewesen sei, korrekt im Anwaltsregister des Kantons Zürich eingetragen zu sein. Nachdem sich diese Annahme aber als falsch erwiesen habe, habe er un-

- verzüglich seine korrekte Eintragung veranlasst. Mit Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte vom 5. September 2013 sei er in das Register eingetragen worden (Urk. 244).
4. Mit Eingabe vom 14. Oktober 2013 stellte der Beklagte 3 die eingangs erwähnten Anträge und forderte die Vorinstanz auf, auf die Erbteilungsklage zufolge fehlender Postulationsfähigkeit von Rechtsanwalt Y1._____ nicht einzutreten, eventualiter die von ihm getätigten Eingaben aus dem Recht zu weisen. Das Verfahren sei bis zum Entscheid über die Auswirkungen der fehlenden Postulationsfähigkeit von Rechtsanwalt Y1._____ zu sistieren (Urk. 268 S. 2).
 5. Rechtsanwalt Y1._____, der Klägerin persönlich sowie den Beklagten 1 und 2 wurde in der Folge Frist angesetzt, um sich zur Eingabe bzw. zu den Anträgen des Beklagten 3 zu äussern (Urk. 270). Die Klägerin genehmigte in ihrer diesbezüglichen Eingabe vom 4. November 2013 ausdrücklich sämtliche von Rechtsanwalt Y1._____ im vorliegenden Erbteilungsverfahren vor dem 5. September 2013 (Datum der Eintragung im Anwaltsregister) getätigten Handlungen, insbesondere die gemachten Eingaben, unbesehen ihrer rechtlichen Qualifikation (Rechtsschriften, Gesuche, Fristverlängerungen, etc.), (Urk. 276). Rechtsanwalt Y1._____ verwies in seiner Stellungnahme auf die soeben erwähnte Genehmigung seitens der Klägerin persönlich (Urk. 280 S. 5 i.V.m. Urk. 281/9). Die Beklagten 1 und 2 haben sich innert Frist nicht vernehmen lassen. Die Eingaben der Klägerin persönlich und von Rechtsanwalt Y1._____ wurden den Beklagten 1-3 mit Kurzbrief vom 15. November 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 287 f.). Am 24. November 2013 hat der Beklagte 3 unaufgefordert eine Stellungnahme eingereicht und sich auf den Standpunkt gestellt, die fehlende Postulationsfähigkeit von Rechtsanwalt Y1._____ stelle einen unheilbaren Mangel dar, woran eine Genehmigung der von ihm getätigten Handlungen durch die Klägerin nichts ändern könne (Urk. 293).
 6. Die Vorinstanz hat die Begehren des Beklagten 3 mit Beschluss vom 29. November 2013 vollumfänglich abgewiesen und ihm die in diesem Zu-

sammenhang entstandenen Kosten auferlegt (Urk. 298 = Urk. 2 in den Verfahren RB130062 und LB130069 und LB140002, fortan Urk. 2).

7. Die Abweisung des Sistierungsbegehrens sowie die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen hat der Beklagte 3 mit Eingabe vom 19. Dezember 2013 mit Beschwerde angefochten (Urk. 1). Da er in der Rechtsmittelbegründung aufgrund der geltend gemachten Befangenheit von Ersatzrichter lic. iur. F._____ die Aufhebung des gesamten vorinstanzlichen Urteils - und damit auch die Aufhebung der mit Berufung anfechtbaren Dispositiv-Ziffer 1 - verlangte, wurde neben dem Beschwerdeverfahren mit der Verfahrensnummer RB130062 zusätzlich ein Berufungsverfahren mit der Verfahrensnummer LB130069 angelegt.

Mit Eingabe vom 7. Januar 2014 hat der Beklagte 3 innert Frist zusätzlich Berufung gegen Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Beschlusses (Abweisung des Antrages auf Nichteintreten resp. Nichtigerklärung) erhoben. Dieses Verfahren wurde unter der Geschäftsnummer LB140002 angelegt. Dieses Berufungsverfahren wurde in der Folge mit dem von der Kammer bereits unter der Geschäftsnummer LB130069 angelegten Berufungsverfahren vereinigt und unter der Verfahrensnummer LB130069 weitergeführt (Urk. 7/6 und 8).

8. Da sich die Berufung sowie die Beschwerde des Beklagten 3 sofort als unbegründet erweisen, kann auf die Einholung einer Berufungs- bzw. Beschwerdeantwort verzichtet werden.
9. Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens bildet die Frage, ob Eingaben eines nicht zur Prozessführung befugten Rechtsanwaltes nachträglich genehmigt und dadurch wirksam werden können (nachstehend Erw. D). Im Weiteren ist über das Sistierungsgesuch des Beklagten 3 (nachstehend Erw. F) sowie die erstinstanzliche Regelung Kosten- und Entschädigungsfolgen (nachstehend Erw. G) zu befinden. Weiter ist dem Vorwurf der Befangenheit von Ersatzrichter F._____ nachzugehen (nachstehend Erw. E).

B. Vorbemerkung

1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft getreten (Zivilprozessordnung [ZPO]; SR 272). Das vorliegende Rechtsmittelverfahren wurde nachher eingeleitet, sodass diesbezüglich das neue Verfahrensrecht gilt. Das vorinstanzliche Verfahren unterstand dem alten Recht (Art. 404 ZPO), weshalb der Entscheid materiell nach altem Verfahrensrecht (ZPO/ZH, GVG/ZH) zu prüfen ist.
2. Ebenfalls am 1. Januar 2011 ist die Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 in Kraft getreten (GebV OG; LS 211.11). Als Folge dessen, dass für die Beurteilung der Kostenhöhe und der Kostenverteilung das bisherige Verfahrensrecht gilt, ist diesbezüglich weiterhin die Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (Ger-GebV) anwendbar (§ 23 GebV OG). Für das Berufungsverfahren gilt indes infolge der Anwendbarkeit des neuen Verfahrensrechts die Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (§ 22 GebV OG).

C. Verfahrensvereinigung

Da sich im vorliegenden Verfahren wie auch im Beschwerdeverfahren RB130062 dieselben Parteien in derselben Rechtssache gegenüberstehen und die Themen beider Verfahren eng miteinander verknüpft sind, ist das Beschwerdeverfahren RB130062 mit dem vorliegenden Verfahren zu vereinigen, unter der Prozessnummer LB130069 weiterzuführen und als dadurch erledigt abzuschreiben.

D. Heilung der mangelhaften Eingaben

1. Der Beklagte 3 stellt sich zusammengefasst auf den Standpunkt, Rechtsanwalt Y1. _____ sei bis zu seiner Eintragung im Anwaltsregister des Kantons Zürich per 5. September 2013 nicht zur berufsmässigen Vertretung der Klägerin im vorliegenden Prozess legitimiert gewesen, weshalb die von ihm für die Klägerin bis zu diesem Zeitpunkt getätigten Handlungen unwirksam seien. Unbesehen davon, dass die nachträgliche Genehmigung der Handlungen

gen durch die Klägerin nach fünfjährigem Prozessieren rechtsmissbräuchlich sei, bleibe eine solche Genehmigung prozessrechtlich wirkungslos. Beim fehlenden Registereintrag von Rechtsanwalt Y1._____ handle es sich nämlich um einen unheilbaren Mangel, weil auch eine nachträgliche Genehmigung der von Rechtsanwalt Y1._____ getätigten Handlungen nicht zu einem rückwirkenden Eintrag im Register führen könne. Die von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang angeführte Literatur, wonach einer durch eine postulationsunfähige Person vertretenen Partei aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus Gelegenheit zur Behebung dieses Mangels gegeben werden müsse, sei nicht einschlägig, da sich diese Zitate zum einen auf den Fall des vollmachtlosen Prozessierens (und nicht des Prozessierens ohne Registereintrag) beziehen würden und zum anderen das Prozessieren von ausländischen und ausserkantonalen Anwälten zum Thema hätten. Seit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (fortan BGFA) sei die Freizügigkeit der Rechtsanwälte eidgenössisch geregelt, weshalb die Erwägungen der Vorinstanz mit Bezug auf die ausländischen und ausserkantonalen Rechtsanwälte lediglich von rechtshistorischem Interesse seien. Selbst wenn indes dem Verbot des überspitzten Formalismus im vorliegenden Fall eine Bedeutung zukommen würde, könne sich die Klägerin als im Anwaltsregister eingetragene Rechtsanwältin nicht darauf berufen, da für sie als rechtskundige Person ein strengerer Massstab gelte (Urk. 268 S. 3 ff. und Urk. 7/1 S. 7-10).

Schliesslich habe das Bundesgericht in BGer 5A_461/2012 festgehalten, dass eine Nachfristansetzung zur Heilung eines Mangels lediglich bei versehentlichen Unterlassungen angezeigt sei. Nachdem der Beklagte 3 bereits in seiner Klageantwort vom 29. September 2008 auf den fehlenden Registereintrag hingewiesen habe, sei eine versehentliche Unterlassung der rechtskundigen Klägerin auszuschliessen (Urk. 7/1 S. 7 f.).

2. Dem Beklagten 3 ist insofern zuzustimmen, als dass ein Eintrag im Anwaltsregister - welcher seit Inkrafttreten des BGFA Voraussetzung für die berufsmässige Parteivertretung in allen Zivilverfahren ist (Art. 4 BGFA) - weder

rückwirkend erreicht noch durch Genehmigung erwirkt werden kann. Fest steht, dass Rechtsanwalt Y1._____ erst ab dem 5. September 2013 im Anwaltsregister eingetragen war und damit erst ab diesem Zeitpunkt zur berufsmässigen Vertretung der Klägerin in Zivilverfahren befähigt war.

Nicht zutreffend ist aber die Ansicht des Beklagten 3, wonach die von Rechtsanwalt Y1._____ eingereichten Eingaben trotz Genehmigung der Klägerin unwirksam bleiben. Wie die urteilende Kammer bereits in ZR 78 Nr. 106 festgehalten hat, ist der Partei bei einer Eingabe ihres ausländischen Rechtsanwaltes ohne Bewilligung zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes bzw. zur berufsmässigen Vertretung von Parteien im Zivilverfahren Frist anzusetzen, um die Eingabe zu genehmigen und den Mangel so zu heilen. Auch Frank/Sträuli/Messmer halten eine Fristansetzung an die Partei zur Genehmigung einer von einem ausserkantonalen Rechtsanwalt ohne Prozessführungsbefugnis eingereichten Eingabe für angezeigt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 29 N 13). Dass sich diese Äusserungen von Lehre und Rechtsprechung auf Anwendungsfälle vor dem Inkrafttreten des BGFA beziehen, ändert an der Kernaussage, wonach Eingaben eines nicht zur Vertretung befugten Rechtsanwaltes nachträglich genehmigt werden können, nichts. Dies gilt auch unverändert unter Geltung des BGFA. So erachten auch Staehlin/Oetiker in der Kommentierung des BGFA eine Genehmigung einer Eingabe eines postulationsunfähigen Rechtsanwalts als möglich (Staehelin). Gleiches gilt im Übrigen auch im Verfahren vor dem Bundesgericht, wo die Möglichkeit der Genehmigung positiv Eingang in das Gesetz findet. In diesem Sinne ist der vorliegend zu beurteilende Mangel entgegen der Ansicht des Beklagten 3 durch Genehmigung heilbar. Aus dem vom Beklagten 3 in diesem Zusammenhang ins Feld geführten Bundesgerichtsentscheid (BGer 5A.461/2012) ist nichts Gegenteiliges abzuleiten. Das Bundesgericht qualifiziert die Einreichung einer Eingabe durch einen postulationsunfähigen Rechtsvertreter nämlich entgegen der Darstellung des Beklagten 3 nicht als freiwillige, nicht versehentliche Unterlassung, welche unheilbar wäre. Vielmehr lässt es diese Frage offen und führt aus, dass der Man-

gel im zu beurteilenden Fall selbst nach Aufforderung zum Nachweis der Postulationsfähigkeit nicht behoben worden sei, weshalb die Eingabe ohnehin als unwirksam zu gelten habe (Erw. 4.2). Daraus kann der Beklagte 3 nichts zu seinen Gunsten ableiten.

3. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin sämtliche Eingaben von Rechtsanwalt Y1._____ mit Schreiben vom 4. November 2013 genehmigt (Urk. 276). Damit sind die von Rechtsanwalt Y1._____ vor dem 5. September 2013 getätigten Äusserungen im Erbteilungsverfahren der Klägerin anzurechnen. Inwiefern die Ausübung des Genehmigungsrechts im vorliegenden Fall rechtsmissbräuchlich sein soll resp. worin der dadurch zweckwidrig erlangte Vorteil der Klägerin bestehen soll, ist nicht ersichtlich. Weder liefern die Akten hierzu Anhaltspunkte, noch tut dies der Beklagte 3. Der blosser Zeitablauf kann vorliegend jedenfalls keinen Rechtsmissbrauch indizieren, zumal die Klägerin die Genehmigung umgehend nach Bekanntwerden der bis anhin fehlenden Prozessführungsbefugnis von Rechtsanwalt Y1._____ ausgesprochen hat. Zwar erfolgte bereits im Jahre 2008 der Hinweis des fehlenden Registereintrages durch den Beklagten 3; dieser wurde aber im weiteren Verlauf des Verfahrens von sämtlichen Beteiligten - darunter auch der Vorinstanz, dem Obergericht des Kantons Zürich sowie dem Bundesgericht - nicht beachtet. Daher ist es nachvollziehbar, dass die Klägerin - auch als rechtskundige Partei - keinen Handlungsbedarf sah. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten kann in der Ausübung des Genehmigungsrechts jedenfalls nicht erblickt werden.
4. Die Vorinstanz hat den Antrag des Beklagten 3, auf das Erbteilungsverfahren sei nicht einzutreten, eventualiter seien die von Rechtsanwalt Y1._____ getätigten Eingaben aus dem Recht zu weisen, zu Recht abgewiesen.

E. Befangenheit von Ersatzrichter lic. iur. F.

1. Der Beklagte 3 macht weiter geltend, der angefochtene Entscheid sei mangelhaft, weil mit Ersatzrichter F._____ ein befangener Richter mitgewirkt habe. Er führt in diesem Zusammenhang aus, Ersatzrichter F._____ habe einseitig mit dem klägerischen Rechtsvertreter kommuniziert, indem er ihm mit Kurzbrief vom 1. Oktober 2013 mitgeteilt habe, er sei mit seiner Eingabe vom 12. September 2013 der gerichtlichen Aufforderung, die Berechtigung zur Vertretung der Klägerin im vorliegenden Prozess darzutun, nachgekommen (Urk. 252). Dieses Schreiben sei der Rechtsvertreterin des Beklagten 3 erst rund eineinhalb Monate später nebenbei als Beilage zugestellt worden (Urk. 1 S. 7). Weiter habe Ersatzrichter F._____ den Parteien mit Kurzbrief vom 15. November 2013 mitgeteilt, dass ein Entscheid zum Thema "Nichteintreten/Nichtigkeit" innert Kürze ergehen werde (Urk. 287). Da der Beklagte 3 seinen Antrag unter dem Betreff "Nichtigkeit" gestellt (vgl. Urk. 268) und dieser auch so im Aktenverzeichnis der Vorinstanz aufgenommen sei, müsse daraus geschlossen werden, dass das Nichtigkeitsgesuch des Beklagten 3 durch Nichteintreten habe erledigt werden sollen. Dazu passe auch, dass laut Ersatzrichter F._____ entgegen dem Replikrecht "Keine Stellungnahme erforderlich" sei. Daraus müsse zwingend geschlossen werden, dass der Entscheid am 15. November 2013 inhaltlich bereits gefallen sei. Ersatzrichter F._____ habe daher am Beschluss vom 29. November 2013 nicht mehr unvoreingenommen mitwirken können (Urk. 1 S. 8).
2. Nach der klaren und gefestigten Praxis des Bundesgerichts ist ein Ablehnungsgrund nach Treu und Glauben unverzüglich geltend zu machen, andernfalls ist die Berufung darauf verwirkt (für die kantonale Praxis Hausser/Schweri, GVG/Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, § 98 N. 4; für die Praxis des Bundesgerichts: BGE 134 I 20 Erw. 4.3.1, BGE 132 II 485 Erw. 4.3, BGE 121 I 225). Diese langjährige Praxis hat mittlerweile im neuen Recht positiv Eingang gefunden (Art. 49 Abs. 1 ZPO; Botschaft ZPO 7273).

Im vorliegenden Fall wusste der Beklagte 3 ab Erhalt des Schreibens von Ersatzrichter F. _____ vom 15. November 2013 sowohl um den beanstandeten Kurzbrief von Ersatzrichter F. _____ an Rechtsanwalt Y1. _____ vom 1. Oktober 2013 als auch um den beanstandeten Betreff "Nichteintreten/Nichtigkeit" sowie die Bemerkung, dass keine Stellungnahme erforderlich sei (vgl. Urk. 287). Obwohl der Beklagte 3 am 24. November 2013 zum Thema der Postulationsfähigkeit von Rechtsanwalt Y1. _____ eine umfassende Stellungnahme eingereicht hat, erwähnte er mit keinem Wort, dass er an der Unvoreingenommenheit von Ersatzrichter F. _____ zweifle, und stellte entsprechend auch kein Ausstandsbegehren. Nach der obgenannten Praxis wäre es aber am Beklagten 3 gewesen, sich unverzüglich auf den Ablehnungsgrund zu berufen. Indem er dies nicht getan hat, hat er sein Ablehnungsrecht verwirkt und kann sich nicht im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens darauf berufen. Auf die Rüge der Befangenheit von Ersatzrichter F. _____ ist vor diesem Hintergrund nicht weiter einzugehen.

3. Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die vom Beklagten 3 vorgebrachten Argumente keine begründete Besorgnis der Befangenheit von Ersatzrichter F. _____ zu begründen vermögen. Was den Vorwurf der einseitigen Kommunikation von Ersatzrichter F. _____ mit Rechtsanwalt Y1. _____ betrifft, wurde Rechtsanwalt Y1. _____ mit dem Kurzbrief vom 1. Oktober 2013 auf die verfahrensrechtliche Tatsache hingewiesen, dass seine Eingabe der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt werde (Urk. 252). Das Schreiben enthält keine beratenden Merkmale, sondern stellt eine behördliche Auskunft über das weitere Vorgehen dar. Eine solche Kommunikation erscheint unbedenklich. Der Kurzbrief wurde der Rechtsvertreterin des Beklagten 3 nur deshalb nicht zugestellt, weil die darin erteilte Auskunft über die Zustellung der Eingabe an die Gegenseite nur Rechtsanwalt Y1. _____ betraf.

Die Beanstandung, der Kurzbrief vom 15. November 2013 trage den Betreff "Nichteintreten/Nichtigkeit", woraus ersichtlich sei, dass das Nichtigkeitsgesuch durch Nichteintreten habe erledigt werden sollen und dieser Entscheid

am 15. November 2013 inhaltlich bereits gefallen sei, ist in doppelter Hinsicht nicht zielführend. Zum einen hat der Beklagte 3 selber als Hauptantrag ein Nichteintreten auf die Erbteilungsklage beantragt, weshalb die Betreffwahl von Ersatzrichter F. _____ wohl eher auf den Antrag des Beklagten 3 als auf seine Absicht der Gesuchserledigung zurückzuführen ist. Zum anderen wurde das Gesuch des Beklagten 3 nicht - wie gemäss Beklagtem 3 am 15. November 2013 bereits entschieden - durch Nichteintreten, sondern durch Abweisung erledigt.

F. Sistierung des Verfahrens

1. Der Beklagte 3 verlangte die Sistierung des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Entscheid über den Nichteintretens- bzw. Nichtigerklärungsantrag (Urk. 268 S. 2 Ziff. 2). Die Vorinstanz hat das Sistierungsbegehren mit der Begründung abgewiesen, es sei nicht dargetan und auch nicht ersichtlich, welche konkreten Nachteile, insbesondere finanzieller Natur, dem Beklagten bei Abweisung des Sistierungsantrages erwachsen könnten. Dies gelte umso mehr, als sein Antrag um Nichteintreten resp. Nichtigerklärung abzuweisen sei (Urk. 2 S. 7-9).
2. Der Beklagte 3 bringt in seiner Beschwerde vor, die Vorinstanz lasse ausser Acht, dass er bei einem Fortgang des Verfahrens neben eigenen Aufwendungen auch solche des Erbenvertreters sowie seiner Rechtsvertreterin zu gewärtigen habe. Zur Vermeidung weiterer unnötiger Kosten sei das Verfahren daher zu sistieren (Urk. 1 S. 5).
3. Soweit der vorinstanzliche Entscheid über den Sistierungsantrag mit Blick auf Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO/CH überhaupt selbständig anfechtbar und der Sistierungsantrag durch den gefällten vorinstanzlichen Entscheid nicht gegenstandslos geworden ist, ist die Abweisung in der Sache im Ergebnis nicht zu beanstanden. § 53a ZPO/ZH sieht vor, dass ein Verfahren aus zureichenden Gründen eingestellt werden kann. Solche zureichenden Gründe sind aus den Akten weder ersichtlich, noch sind solche vom Beklagten 3 hinreichend dargetan worden. Der Beklagte 3 hat im vorinstanzlichen Verfahren

nichts Konkretes vorgebracht und weder dargelegt, inwiefern die Sistierung zu einer Vereinfachung des Verfahrens beitragen würde, noch inwiefern die Entstehung von weiteren Kosten vermieden werden könnte. Soweit der Beklagte 3 sein Begehren im Rahmen der Beschwerdeschrift nachbegründet, handelt es sich dabei um unzulässige Noven im Sinne von Art. 326 Abs. 1 ZPO. Aus diesen Gründen besteht kein Anlass, den vorinstanzlichen Entscheid zu korrigieren.

G. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Vorinstanz hat die Kosten des angefochtenen Beschlusses angesichts des Aufwandes des Gerichts auf Fr. 1'800.– festgesetzt und diese dem Beklagten 3 auferlegt. Zur Begründung führt sie an, die Anträge des Beklagten 3 seien von vornherein aussichtslos gewesen, da bereits seit Erstattung der Replik - mithin seit rund vier Jahren - von einer konkludenten Genehmigung der von Rechtsanwalt Y1._____ vorgenommenen Prozesshandlungen der Klägerin habe ausgegangen werden dürfen. Der Beklagte 3 habe die Kosten des Beschlusses vom 29. November 2013 daher unnötigerweise verursacht (Urk. 2 S. 9).
2. Der Beklagte 3 kritisiert die Festsetzung von Gerichtskosten im vorliegenden prozessleitenden Entscheid. Seine Begehren seien nicht aussichtslos gewesen, da eine Genehmigung nur bei einem im Anwaltsregister eingetragenen Anwalt ohne Vollmacht erfolgen und dabei rückwirkend heilend wirken könne. Bei einem nicht im Anwaltsregister eingetragenen Anwalt führe die Genehmigung hingegen nicht rückwirkend zu einem Eintrag im Anwaltsregister, weshalb es bei der Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit der getätigten Handlungen bleibe. Dem Beklagten 3 könne vor diesem Hintergrund kein schuldhaftes oder ordnungswidriges Verhalten vorgeworfen werden, welches eine Festsetzung von Gerichtskosten in einem prozessleitenden Entscheid rechtfertigen würde (Urk. 1 S. 5 f.).

Will das Gericht in Abweichung vom Grundsatz der Gesamterledigung in einem prozessleitenden Entscheid Nebenfolgen unabhängig vom Ausgang in

der Sache selbst regeln, hat es zu begründen, inwiefern zureichende Gründe vorliegen. Solche liegen vor, wenn eine Partei einen mutwilligen (aussichtslosen) Antrag stellt oder wenn der Antrag bedeutenden Aufwand verursacht (RB KassGer ZH 2007 Nr. 67).

Der Beklagte 3 lag mit seiner Ansicht, Handlungen von einem nicht zur Prozessführung befugten Anwalt könnten nicht genehmigt werden, falsch (vgl. Erw. Ziffer D). Dass die Klägerin die Prozesshandlungen von Rechtsanwalt Y1._____ bereits konkludent genehmigt hatte bzw. diese nachträglich auch ausdrücklich genehmigen würde, lag dabei auf der Hand und war auch für den Beklagten 3 erkennbar. Die vorinstanzliche Ansicht, wonach die Begehren des Beklagten 3 von vornherein ohne Aussicht auf Erfolg waren und die Kosten des Beschlusses vom 29. November 2013 daher unnötigerweise verursacht worden seien, liegt dabei im Rahmen des dem Gericht durch § 71 ZPO/ZH eingeräumten Ermessens.

3. Weiter kritisiert der Beklagte 3 die Höhe der veranschlagten Kosten. Die Höhe der Entscheidegebühr von Fr. 1'800.– sei beim geringen Aufwand des Gerichts - unter Verwendung von Blocksätzen zum Thema der Sistierung und der Auferlegung unnötiger Kosten - nicht gerechtfertigt. Es könne vorausgesetzt werden, dass der Sachverhalt nach sechs Jahren Prozessieren bekannt sei. Vor diesem Hintergrund seien - so wie dies in der Verfügung vom 10. Dezember 2013 geschehen sei - Kosten von Fr. 600.– festzusetzen, um das Gleichbehandlungsgebot, die Wahrung von Treu und Glauben sowie den Anspruch auf ein faires Verfahren nicht zu verletzen (Urk. 1 S. 7).

Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 166'667.– beträgt die Gerichtsgebühr für eine prozessleitende Verfügung nach § 4 Abs. 1 i.V.m. § 7 GerGebV rund Fr. 7'600.–. Dem geringen Aufwand des Gerichts wurde durch Anwendung des Reduktionsgrundes von § 4 Abs. 2 GerGebV angemessen Rechnung getragen, indem offensichtlich nicht bloss eine Reduktion um einen Drittel (wie für den Normalfall vorgesehen), sondern eine solche um $\frac{3}{4}$ vorgenommen wurde. Dass in Nachachtung des Gleichbehandlungsgebotes für sämtliche prozessleitenden Verfügungen die gleichen Entscheidegebühren

ren festzusetzen seien - wie der Beklagte 3 offenbar geltend machen will - trifft nicht zu. Grundlage für die Festsetzung der Gebühren bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falles (§ 2 Abs. 1 GerGebV). Vor diesem Hintergrund ist es möglich, dass für eine prozessleitende Verfügung aufgrund des grösseren Zeitaufwandes des Gerichts oder der erhöhten Schwierigkeit der zu beurteilenden Fragestellungen höhere Entscheidkosten festgesetzt werden müssen als für eine weitere prozessleitende Verfügung im selben Verfahren. Inwiefern dies gegen das Gebot von Treu und Glauben verstossen oder den Anspruch auf ein faires Verfahren verletzen sollte, ist nicht ersichtlich. Damit hat es mit der von der Vorinstanz festgesetzten Entscheidgebühr sein Bewenden.

H. Zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 Abs. 2 GebV OG auf Fr. 4'000.- festzusetzen und ausgangsgemäss dem Beklagten 3 aufzuerlegen (Art. 106 ZPO).
2. Mangels relevanter Umtriebe ist der Klägerin sowie den Beklagten 1 und 2 keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. RB130062 wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt, unter der Geschäfts-Nr. LB130062 weitergeführt und als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Anträge des Beklagten 3 um Nichteintreten, eventualiter Nichtigerklärung werden abgewiesen.

2. Der Sistierungsantrag wird abgewiesen.
3. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr für diesen Entscheid wird festgesetzt auf Fr. 1'800.–.
4. Die Entscheidgebühr des erstinstanzlichen Verfahrens wird dem Beklagten 3 auferlegt.
5. Der Klägerin und den Beklagten 1 und 2 wird im erstinstanzlichen Verfahren für diesen Entscheid keine Entschädigung zugesprochen.
6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
7. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten 3 auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
8. Im zweitinstanzlichen Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und die Beklagten 1-2 unter Beilage des Doppels von Urk. 1, 7/1 und 13/1, an den Beklagten 2 durch Publikation im kantonalen Amtsblatt, sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG,

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 166'667.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 6. März 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. L. Stünzi

versandt am: js