

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



PC120019-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter Dr. G. Pfister
und lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

Beschluss vom 10. Juli 2012

in Sachen

A._____,

mitwirkungspflichtiger Dritter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Klägerin

sowie

C._____,

Beklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Ehescheidung (Editionspflicht eines Dritten)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts in Zivilsachen am
Bezirksgericht Hinwil vom 16. Februar 2012 (FE090067)**

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Beweisabnahmeverfügung vom 16. Februar 2012 wurde dem mitwirkungspflichtigen Dritten und Beschwerdeführer (fortan: Beschwerdeführer) von der Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren zwischen der Klägerin sowie dem Beklagten folgende Pflicht auferlegt:

"9. A._____ wird verpflichtet, dem Einzelrichter innert 20 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung folgende Urkunden einzureichen:

- seine Steuererklärungen, die rechtskräftigen Steuereinschätzungen und Steuerrechnungen 2006 bis 2011
- vollständige Bankauszüge der Konti, auf welche die Zahlungen der D._____ AG an A._____ bzw. Bauplan Management bzw. Hausbau Team geleistet worden sind, für die Jahre 2007 bis 2011.

Ist er nicht im Besitz einer dieser Urkunden, so hat er dem Gericht innert der gleichen Frist schriftlich im Doppel über deren Verbleib Auskunft zu geben. Weigern [recte: Weigert] er sich, diese Unterlagen einzureichen, so kann er mit Ordnungsbusse bis zu Fr. 1'000.– bestraft werden."

Die Verfügung erfolgte unbegründet und ohne Rechtsmittelbelehrung (Urk. 2 S. 81 f.).

1.2. Mit Schreiben vom 8. März 2012 ersuchte der Beschwerdeführer bei der Vorinstanz um Fristerstreckung. Zur Begründung führte er zusammengefasst aus, er kenne die Parteien nicht und sei nicht bereit, seine private Buchhaltung wie gewünscht vorzulegen. Im Übrigen sei er verheiratet und werde als Ehepaar besteuert. Die Vorinstanz habe jederzeit die Möglichkeit, die gewünschten Unterlagen vollständig bei seinem Treuhänder zu prüfen oder einzusehen. Die Vorinstanz erstreckte dem Beschwerdeführer daraufhin am 22. März 2012 die Frist für die Einreichung der Unterlagen bis und mit 12. April 2012 (Urk. 4/3).

1.3. Mit Eingabe vom 10. April 2012 erhob A._____ Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Rechtsmittelfrist betreffend die Beweisabnahmeverfügung vom 16. Februar 2012 gegen den mitwirkungspflichtigen Dritten i.S. B. _____ gegen C. _____ betreffend Ehescheidung wiederherzustellen.
2. Es sei demzufolge die vorliegende Eingabe als innert gewahrter (wiederhergestellter) Frist entgegenzunehmen und auf die Beschwerde sei einzutreten.
3. Ziffer 9 der Beweisabnahmeverfügung vom 16. Februar 2012 des Bezirksgerichts Hinwil (FE090067-E/Z18) sei ersatzlos aufzuheben.
4. Eventualiter sei Ziffer 9 der Beweisabnahmeverfügung vom 16. Februar 2012 des Bezirksgerichts Hinwil (FE090067-E/Z18) folgendermassen abzuändern: *A. _____ wird verpflichtet, dem Einzelrichter folgende Urkunden einzureichen: vollständige Bankauszüge der Konti, auf welche die Zahlungen der D. _____ AG an A. _____ bzw. Bauplan Management bzw. Hausbau Team geleistet worden sind, für die Jahre 2009 und 2010.*"

1.4. Mit Eingabe vom 30. April 2012 stellte der Beschwerdeführer zudem das Gesuch, es sei die Vollstreckbarkeit der Beweisabnahmeverfügung vom 16. Februar 2012 ihm gegenüber aufzuschieben (Urk. 6 S. 2). Dem wurde mit Verfügung vom 7. Mai 2012 entsprochen (Urk. 9).

1.5. Mit Verfügung vom 8. Juni 2012 wurde sowohl der Klägerin als auch dem Beklagten in Anwendung von Art. 149 ZPO Frist angesetzt, um zum Wiederherstellungsgesuch des Beschwerdeführers Stellung zu nehmen (Urk. 11). Der Beklagte erklärte mit Eingabe vom 18. Juni 2012, keine Einwendungen gegen die Wiederherstellung der Frist zu erheben (Urk. 13). Die Klägerin verzichtete mit Eingabe vom 21. Juni 2012 (Poststempel: 22. Juni 2012) auf eine Stellungnahme (Urk. 14).

2. Anwendbares Recht

Während sich das Scheidungsverfahren vor Vorinstanz nach bisherigem Recht (ZPO/ZH) beurteilt, gilt für Rechtsmittel das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Das gilt auch für das vorliegend zu beurteilende Wiederherstellungsgesuch (vgl. BSK ZPO-Frei/Willisegger, Art. 405 N 6). Für die Beweisabnahmeverfügung vom 16. Februar 2012 und eine allfällige inhaltliche Überprüfung derselben ist jedoch – mit Ausnahme der Rechtsmittelbelehrung – das alte Zivilprozessrecht (ZPO/ZH) massgebend.

3. Fristwiederherstellung

3.1. Das Gericht kann auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren oder zu einem Termin erneut vorladen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft (Art. 148 Abs. 1 ZPO). Als weitere Voraussetzung darf die Wiederherstellung für den Ausgang des Prozesses nicht offensichtlich unerheblich, d.h. für den Entscheid in der Sache selber ohne jede Bedeutung sein. Dies wird zwar in Art. 148 ZPO nicht ausdrücklich normiert, ergibt sich aber aus dem erforderlichen Rechtsschutzinteresse der gesuchstellenden Partei (Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 148 N 12).

3.2. Der Beschwerdeführer macht geltend, erst Kenntnis über seine Verfahrensrechte erhalten zu haben, als er innert der ihm von der Vorinstanz erstreckten Frist am 4. April 2012 seinen Rechtsanwalt aufgesucht habe. Die Überprüfung der Beweisabnahmeverfügung habe erkennen lassen, dass diese in formeller Hinsicht mangelhaft aufgestellt worden sei, indem dem Betroffenen nicht mitgeteilt worden sei, inwiefern er gegen die behördliche Anordnung vorgehen könnte (Urk. 1 Rz. 6). Indem dem Betroffenen in unzulässiger Weise die formelle Rechtsmittelbelehrung vorenthalten worden sei, habe dieser nicht um seine Verfahrensrechte wissen können. Als Nichtjurist könne dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden, dass er um die Rechtsmittelfrist hätte wissen müssen (Urk. 1 Rz. 8).

3.3. Es fragt sich, ob die Vorinstanz den Beschwerdeführer in der Beweisabnahmeverfügung über ein allfälliges Beschwerderecht hätte belehren müssen (Art. 167 Abs. 3 ZPO), da sie ihm – offenbar versehentlich gemäss Schweizerischer Zivilprozessordnung statt nach ZPO/ZH – eine Ordnungsbusse bis zu Fr. 1'000.– entsprechend Art. 167 Abs. 1 lit. a ZPO androhte. Gemäss der für das Rechtsmittelverfahren massgeblichen Bestimmung von Art. 167 Abs. 3 ZPO kann die dritte Person die gerichtliche Anordnung mit Beschwerde anfechten. Nach dem Gesetzeswortlaut ist damit erst die gerichtliche Anordnung der Sanktion mit Beschwerde anfechtbar, nicht schon deren Androhung (Botschaft ZPO, 7320; Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 167 N 17). Zwar gibt es Kommentatoren, die fordern, das Beschwerderecht solle ent-

gegen der Formulierung von Art. 167 Abs. 3 ZPO der dritten Person nicht erst dann zustehen, wenn eine Sanktion getroffen worden ist, vielmehr solle schon gegen den richterlichen Entscheid, der die Mitwirkungsverweigerung für unrechtmässig hält, Beschwerde geführt werden können (BSK ZPO-Schmid, Art. 167 N 4, mit Hinweisen; so wohl auch Peter Higi, DIKE-Komm-ZPO, Art. 167 N 37). Vorliegend ist jedoch weder eine Ordnungsbusse angeordnet worden noch ein Entscheid über die Mitwirkungsverweigerung des Beschwerdeführers ergangen. Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer in der Beweisabnahmeverfügung vom 16. Februar 2012 auch nicht auf seine Verweigerungsrechte gemäss § 184 Abs. 1 i.V.m. §§ 158 bis 160 ZPO/ZH hingewiesen. Sie holte dies jedoch in einem Brief vom 22. März 2012 nach und wies den Beschwerdeführer zudem darauf hin, er könne in Anwendung von § 145 ZPO/ZH geeignete Schutzmassnahmen beantragen, wenn die Beweisabnahme seine schutzwürdigen Interessen gefährden sollte (act. 194). Der in der Beweisabnahmeverfügung fehlende Hinweis auf die Verweigerungsrechte hat nicht die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Unverwertbarkeit gemäss Art. 161 ZPO zur Folge (Urk. 1 Rz. 18). Denn eine Belehrung über das Ablehnungsrecht ist gemäss ZPO/ZH nicht vorgeschrieben, weil der Dritte sich nicht der Gefahr einer Falschaussage aussetzt (sie kann sich aber im Einzelfall durchaus aufdrängen; Frank/Sträuli/Messmer, ZPO Kommentar, § 184 N 2). Der Beschwerdeführer hat – statt nach Erhalt des Briefes vom 22. März 2012 Mitwirkungsverweigerungsrechte bei der Vorinstanz geltend zu machen bzw. Schutzmassnahmen zu beantragen – das vorliegend zu beurteilende Fristwiederherstellungsgesuch gestellt. Darin macht er allerdings keine Verweigerungsrechte im Sinne von § 184 Abs. 1 i.V.m. §§ 158 bis 160 ZPO/ZH geltend, sondern ruft vor allem den Grundsatz der Verhältnismässigkeit an und verlangt geeignete Schutzmassnahmen (Urk. 1 Rz. 15 ff.).

Gemäss dem insoweit klaren und unzweideutigen Wortlaut des Art. 167 ZPO ist vom Gericht eine Rechtsmittelbelehrung nur dann formell zu eröffnen, wenn es eine Massregel bzw. Sanktion gemäss den Abs. 1 und 2 der Norm tatsächlich ergriffen bzw. verhängt hat (Peter Higi, DIKE-Komm-ZPO, Art. 167 N 37). Daraus ergibt sich, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer in der Beweisabnahmeverfügung vom 16. Februar 2012 nicht über ein Rechtsmittel hat belehren müssen. In

der unterbliebenen Rechtsmittelbelehrung durch die Vorinstanz kann deshalb kein Grund gesehen werden, welcher die Wiederherstellung der versäumten Rechtsmittelfrist rechtfertigen würde (vgl. Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, vor Art. 308 – 318 N 25).

3.4. Eine Fristwiederherstellung scheitert vorliegend aber bereits am erforderlichen Rechtsschutzinteresse, da der Beschwerdeführer im jetzigen Verfahrensstadium noch gar nicht beschwert ist. Die Urkundenedition Dritter erfolgt gemäss ZPO/ZH zweistufig: Zunächst wird der Dritte ersucht, bestimmte Urkunden einzureichen, und darauf aufmerksam gemacht, dass unbegründete Weigerung mit Busse oder Haft bestraft werden kann (§ 184 Abs. 1 ZPO/ZH). Normalerweise wird damit ein Hinweis auf die Weigerungsmöglichkeiten gemäss §§ 158 bis 160 ZPO/ZH verbunden. Trägt der Dritte Einwendungen vor, entscheidet das Gericht darüber, ob die geltend gemachten Verweigerungsgründe berechtigt oder unberechtigt sind. Bei unberechtigter Verweigerung erlässt das Gericht eine erneute Aufforderung in Form einer Verpflichtung zur Einreichung der Urkunden unter Androhung der im Gesetz vorgesehenen Säumnisfolgen. Diese definitive Aufforderung ist mit Rekurs/Beschwerde anfechtbar und – jedenfalls nachträglich – mit einer Begründung zu versehen (§ 159 GVG in Verbindung mit § 273 ZPO/ZH; Art. 238 lit. f und g ZPO, Art. 239 ZPO). Da Noven im Beschwerdeverfahren generell ausgeschlossen sind (Art. 326 ZPO), macht die zweistufige Vorgehensweise auch unter der Herrschaft der neuen ZPO Sinn. Dies nahm im Übrigen wohl auch die Vorinstanz an, obwohl sie den Beschwerdeführer zur Urkundenedition verpflichtete, sonst hätte sie die Beweisabnahmeverfügung betreffend den Beschwerdeführer begründen oder zumindest auf die Möglichkeit, eine schriftliche Begründung zu verlangen, hinweisen müssen. Dass die Vorinstanz noch nicht definitiv über die Mitwirkungspflicht des Beschwerdeführers entschied, ergibt sich auch aus ihrem Brief vom 22. März 2012, mit dem sie ihn erst auf seine Verweigerungs- und Schutzrechte hinwies. Die Vorinstanz wird die Einwendungen des Beschwerdeführers im Fristwiederherstellungsgesuch als solche im Sinne von § 145 ZPO/ZH zu würdigen und hernach über seine Editionsspflicht definitiv zu entscheiden haben. Trotz der Verweisung auf die Ordnung des Zeugnisverweigerungsrechts kann sich nämlich im Einzelfall eine Befreiung von der Vorlegung einer Urkunde

auch aus andern Gründen ergeben, wenn deren Einreichung nicht tunlich ist oder berechnigte Interessen verletzen würde. So wird sich das Gericht etwa bei einer umfangreichen Geschäftsbuchhaltung mit dem Einblick an Ort und Stelle oder mit Kopien und Auszügen begnügen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 184 N 2a). Nach dieser Prüfung wird eine Beschwerde (allenfalls) möglich sein. Im gegenwärtigen Stadium des Verfahrens wird hingegen noch nicht unmittelbar in die Rechte des Beschwerdeführers eingegriffen, weil ihm innert der angesetzten (und mittlerweile abgelaufenen) Frist zur Edition gleichzeitig die Möglichkeit noch offen stand, Einwendungen gegen die ihm auferlegte Urkundenedition zu erheben bzw. der Beschwerdeführer mit dem Fristwiederherstellungsgesuch und der Beschwerde schon davon Gebrauch machte.

3.5. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde daher (noch) nicht zulässig und auf das Fristwiederherstellungsgesuch und die Beschwerde ist mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten. Die Vorinstanz wird sich mit den innert Frist bei der Rechtsmittelinstanz erhobenen Einwendungen zu befassen haben.

4. Kosten- und Entschädigungsfolge

Aus dem vorinstanzlichen Entscheid wird das oben geschilderte zweistufige Prozedere nicht klar ersichtlich. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind damit auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine Entschädigungspflicht besteht in solchen Fällen im Kanton Zürich nicht (Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, N 12 zu Art. 107 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf das Fristwiederherstellungsgesuch und die Beschwerde vom 16. Februar 2012 wird nicht eingetreten.
2. Die Eingabe des Beschwerdeführers vom 10. April 2012 wird der Vorinstanz zur Prüfung und zum definitiven Entscheid über die Editionsspflicht überwiesen.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdeführer unter Beilage eines Doppels von Urk. 13 und einer Kopie von Urk. 14, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 13 und an den Beklagten unter Beilage einer Kopie von Urk. 14, sowie an das Bezirksgericht Hinwil unter Beilage je einer Kopie von Urk. 1 und 6, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 10. Juli 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
ss