

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC160009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. A. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Ge-
richtsschreiberin Dr. M. Isler

Beschluss und Urteil vom 5. April 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Ver-
fahren des Bezirksgerichtes Uster vom 28. Januar 2016; Proz. FE120363**

Erwägungen:

1.1 Zwischen den Parteien ist vor dem Bezirksgericht Uster ein Ehescheidungsprozess (Rückweisung) hängig, bei dem es noch um die güterrechtliche Auseinandersetzung geht. In diesem Zusammenhang sind in C._____ [Staat] Gutachten zum aktuellen Verkehrswert dreier Grundstücke eingeholt worden (act. 5/213, 5/214, 5/217).

1.2 Mit Verfügung vom 21. Dezember 2015 setzte die Vorinstanz den Parteien eine Frist von 21 Tagen, um zu den Gutachten Stellung zu nehmen und unter Angaben von Gründen eine Erläuterung der Gutachten oder Ergänzungsfragen zu beantragen. Bei Säumnis seien die Parteien mit derartigen Anträgen ausgeschlossen und es werde Verzicht auf Stellungnahme angenommen (act. 5/229). Die Beschwerdeführerin liess mit überbrachter Eingabe vom 27. Januar 2016 ein Gesuch um Erstreckung dieser Frist stellen (act. 5/235). Die Vorinstanz wies das Gesuch mit Verfügung vom 28. Januar 2016 ab (act. 5/237 = act. 3 = act. 4 Dispositivziffer 1).

1.3 Gegen diesen Entscheid liess die Beschwerdeführerin hierorts fristgerecht Beschwerde erheben (act. 2, act. 5/238). Sie beantragt, Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben und es sei ihr eine neue Frist anzusetzen, um zu den Gutachten Stellung zu nehmen und unter Angabe von Gründen eine Erläuterung der Gutachten oder Ergänzungsfragen zu beantragen. In prozessualer Hinsicht stellte sie ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Zwischenzeitlich wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 16. Februar 2016 ein von der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin in derselben Angelegenheit gestelltes Fristwiederherstellungsgesuch ab (act. 5/240). Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wurde von der Kammer mit Verfügung vom 25. Februar 2016 abgewiesen. Gleichzeitig wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort angesetzt (act. 6 Dispositivziffern 1 und 2). Diese ging rechtzeitig ein (act. 8). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 5/1-244). Die Sache erweist sich nunmehr als spruchreif.

2.1 Die Abweisung eines Fristerstreckungsgesuchs stellt eine prozessleitende Verfügung dar. Mangels einer einschlägigen gesetzlichen Bestimmung kann diese nur dann mit Beschwerde angefochten werden, wenn der betroffenen Partei dadurch ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Dieser kann sowohl rechtlicher als auch tatsächlicher Natur sein. Ob unter den konkret dargelegten Umständen von einem solchen Nachteil auszugehen ist, beurteilt das Gericht nach (pflichtgemäsem) Ermessen (ZK ZPO-FREIBURGH/AUS/AFHELDT, 3. Aufl., Art. 319 N 13 ff.; DIKE-Komm. ZPO-BLICKENSTORFER, Art. 319 N 39). Fehlt es an der Rechtsmittelvoraussetzung des drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (zum Ganzen: OGer ZH PE110026 vom 6. Februar 2012; OGer ZH RB130002 vom 21. März 2013 = ZR 112/2013 Nr. 52).

2.2 Die Beschwerdeführerin lässt darlegen, dass aus den im Rahmen des Scheidungsprozesses eingeholten Gutachten nicht hervorgehe, ob Aspekte, welche die fragliche Gegend erheblich aufwerten würden, berücksichtigt worden seien. Ausserdem würden zwischen den Aussagen des Schätzers der Liegenschaft und desjenigen der Grundstücke zahlreiche Widersprüche vorliegen und in Bezug auf die gewichtige Frage nach dem wirtschaftlichen Wert der Grundstücke zu einem bereits früher beigezogenen Gutachter eine gegenteilige Auffassung bestehen. Es ergebe sich somit ohne weiteres, dass sie Anlass habe, zu den Gutachten Stellung zu nehmen, eine Erläuterung zu beantragen und Ergänzungsfragen zu stellen. Dies wiederum sei für den Prozessausgang entscheidend.

2.3 Dem ist zuzustimmen. Ist der Beschwerdeführerin eine Stellungnahme zu den Gutachten bzw. die Möglichkeit, Ergänzungsfragen zu stellen, verwehrt, kann dieser Nachteil in einem Endentscheid nicht mehr beseitigt werden. Die Behauptung des Beschwerdegegners, dass es der Beschwerdeführerin lediglich um eine Verfahrensverzögerung gehe (act. 8 S. 3 f.), ist nicht untermauert und würde auch keine höherrangige Gewichtung verdienen, zumal seitens des Beschwerdegegners ebenfalls eine Stellungnahme zu den Gutachten einging und es ihm frei gestanden hätte, eine Erläuterung zu beantragen oder Ergänzungsfragen zu formulieren (act. 5/242). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

3. Die Vorinstanz begründete die Abweisung des Fristerstreckungsgesuchs damit, dass der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin (Rechtsanwältin X._____) die Verfügung vom 21. Dezember 2015, mit welcher Frist zur Stellungnahme angesetzt wurde, in Anwendung von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO als am 30. Dezember 2015 zugestellt gelte. Die 21-tägige Frist sei daher – unter Berücksichtigung des Stillstands gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO – bis am 25. Januar 2016 gelaufen. Somit sei das am 27. Januar 2016 überbrachte Fristerstreckungsgesuch erst nach Fristablauf gestellt worden und gestützt auf Art. 144 Abs. 2 ZPO abzuweisen (act. 4 S. 2).

4.1 Rechtsanwältin X._____ führt in ihrer Beschwerdeschrift aus, dass die vorinstanzliche Verfügung am 23. Dezember 2015 beim Hauptpostamt ... eingegangen und am 30. Dezember 2015 nach Ablauf der siebentägigen Abholfrist an die Vorinstanz zurückgesandt worden sei, was sie am 4. Januar 2016 in Erfahrung gebracht habe. Auf telefonische Anfrage bei der Vorinstanz habe ihr eine Kanzleimitarbeiterin in Aussicht gestellt, die betreffende Postsendung erneut zuzustellen; sie habe diese per Einschreiben am 7. Januar 2016 in Empfang genommen (act. 2 S. 3).

Da sie während der Weihnachtsferien einen Sportunfall erlitten habe, habe sie nicht wie ursprünglich vorgesehen zwischen Weihnacht und Neujahr nach Hause reisen und anstehende Arbeiten erledigen können, sondern es sei während dieser Zeit niemand erreichbar gewesen und es habe auch niemand ihre Stellvertretung übernehmen können. Aufgrund der Verletzung und der damit einhergehenden reduzierten Arbeitsfähigkeit habe sie sich veranlasst gesehen, eine Fristerstreckung zu beantragen, wobei sie den Fristenlauf gestützt auf die zweite Zustellung am 7. Januar 2016 berechnet habe. Dies habe sie nach Treu und Glauben auch tun dürfen, da einer Partei ungeachtet der Zustellfiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO aus einer zweiten Zustellung kein Nachteil erwachsen dürfe (act. 2 S. 4).

4.2 Seitens des Beschwerdegegners wird geltend gemacht, dass Rechtsanwältin X._____ den behaupteten Sportunfall und die daraus resultierende Arbeitsunfähigkeit nicht belegt habe, was von einer Anwältin zu erwarten gewesen wäre.

Für die Frage, ob entschuldbare Umstände für das Fristversäumnis vorgelegen hätten, sei ferner nicht der Zeitpunkt der Nichtabholung (also der 30. Dezember 2015) massgebend, sondern der Zeitpunkt, in dem das Fristerstreckungsgesuch hätte gestellt werden müssen (der 25. Januar 2016). Dass sie am 25. Januar 2016 noch immer verhindert gewesen sei, ein Fristerstreckungsgesuch zu stellen, habe Rechtsanwältin X._____ nicht behauptet und davon sei auch nicht auszugehen, da sie zwischen dem 13. und dem 26. Januar 2016 diverse Handlungen für den zugrundeliegenden Scheidungsprozess vorgenommen habe. Schliesslich habe sie im Fristerstreckungsgesuch vom 27. Februar 2016 den Unfall nicht einmal erwähnt.

5.1 Die Argumentation des Beschwerdegegners zielt an der Sache vorbei. Vorliegend geht es nicht um die Frage, ob das Fristerstreckungsgesuch vom 27. Januar 2016 aus zureichenden Gründen (vgl. Art. 144 Abs. 2 ZPO) gestellt wurde, mithin ob Rechtsanwältin X._____ durch die unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit daran gehindert war, die Stellungnahme zum Gutachten rechtzeitig beizubringen. Es muss auch nicht entschieden werden, ob Rechtsanwältin X._____ kein oder nur ein leichtes Verschulden an der Fristversäumnis trifft – darüber zu befinden war Gegenstand des Wiederherstellungsgesuchs. Zu beurteilen ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren (entsprechend der vorinstanzlichen Begründung) einzig, ob Rechtsanwältin X._____ nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass die zweite Zustellung der Verfügung vom 21. Dezember 2015 fristauslösend war und ob ihr Fristerstreckungsgesuch damit zu Unrecht als verspätet abgewiesen wurde.

5.2 Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Vorinstanz in ihrer Wiederherstellungsentscheid vom 16. Februar 2016 und der Beschwerdegegner beziehen sich einerseits auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und andererseits des Obergerichts, um ihren Standpunkt bezüglich der Bedeutung einer zweiten Zustellung für den Fristenlauf zu untermauern. Die Vorinstanz erwog unter Hinweis auf BGer 5A_211/2012 vom 25. Juni 2012 und OGer ZH PS140186 vom 13. August 2014, dass die Zustellfiktion bei Parteien, die anwaltlich vertreten seien, uneingeschränkt zu gelten habe und ein Abstellen auf Treu und Glauben bei einer Ver-

längerung der Abholfrist durch die Post bzw. einer erneuten Zustellung durch das Gericht nur bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien Anwendung finden könne (act. 5/240 S. 2). Der Beschwerdegegner verwies zusätzlich auf einen – allerdings früheren – Entscheid des Bundesgerichts (BGE 127 I 31), in welchem festgehalten worden sei, dass von einem Anwalt erwartet werden könne, dass er wisse, dass die Zustellfiktion nach siebentägiger Frist eintrete (act. 8 S. 3). Demgegenüber ist die Beschwerdeführerin der Auffassung, dass für alle Parteien nach Treu und Glauben eine zweite Zustellung durch das Gericht massgebend sei (act. 2 S. 4).

5.3 Im zitierten Entscheid des Obergerichts scheiterte die erste Zustellung des Konkursdekretes an einen Schuldner, worauf die Gerichtskanzlei eine erneute Zustellung vornahm und den Schuldner telefonisch aufforderte, den Entscheid abzuholen. Das Obergericht kam zum Schluss, dass einer Partei daraus, dass die Vorinstanz die Zustellung ungeachtet der Zustellfiktion von Art. 138 Abs. 2 lit. a ZPO wiederholt habe, kein Nachteil erwachsen dürfe. Für den Fristenlauf sei nach Treu und Glauben die zweite Zustellung massgebend (OGer ZH PS140186 vom 13. August 2014 E. 1). Im Beschwerdeverfahren vor Obergericht war der Schuldner anwaltlich vertreten; ob er dies vor dem erstinstanzlichen Konkursgericht auch bereits war, ergibt sich – darauf weist der Beschwerdegegner zu Recht hin (act. 8 S. 3) – aus dem Entscheid nicht.

Das Bundesgericht schützte in jüngeren Fällen, wo auf dem Avis eine längere als die vorgesehene siebentägige Abholfrist vermerkt war oder die Post die Sendung aus anderen Gründen nach Ablauf von sieben Tagen noch aushändigte, den Adressaten (selbst wenn er ein Jurist sei) ebenfalls (BGer 5A_211/2012 vom 25. Juni 2012 E. 1.3; BGer 1C_85/2010 vom 4. Juni 2010 E. 1.4.3). Einzig in einem etwas älteren Entscheid wurde dafür gehalten, dass ein Anwalt mit der siebentägigen Abholfrist und der damit verbundenen Zustellfiktion vertraut sein und daher erkennen müsse, wenn diese nicht mit der (späteren) Aushändigung durch die Post übereinstimme (BGE 127 I 31 E. 3.b bb)).

5.4 Für den vorliegenden Fall, in welchem das Gericht ungeachtet der Zustellfiktion von Art. 138 Abs. 2 lit. a ZPO eine erneute Zustellung an einen Anwalt vor-

nimmt, besteht soweit ersichtlich kein Präjudiz. Im Unterschied zu einer von der Post nicht richtig vermerkten Abholfrist oder auch im Unterschied zu einer falschen Rechtsmittelbelehrung durch die Vorinstanz kann sich die betroffene Partei nicht durch einen Blick ins Gesetz Kenntnis von der klaren Rechtslage – also des korrekten Rechtsmittels oder der siebentägigen Abholfrist – verschaffen. Die adressierte Partei hat sich im Gegenteil lediglich auf das Handeln des Gerichts zu verlassen. Daher kann auch die juristische Bildung oder der Anwaltsberuf nicht das (einzig) massgebende Kriterium sein, ob die zweite Zustellung nach Treu und Glauben als fristauslösend betrachtet werden durfte. Zu fragen ist vielmehr danach, ob die Partei bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte merken müssen, dass das Gericht die erste Zustellung als entscheidend erachtet (vgl. BGE 127 I 31 E. 3.a). Dies ist sicher dann der Fall, wenn das Gericht – wie es sich gebieten würde – mit der zweiten Zustellung explizit klarstellt, dass diese nicht fristauslösend sei. Wenn indessen wie vorliegend in einem Verfahren mit Fristenstillstand eine Zustellung über die Feiertage (zwischen dem 18. Dezember und dem 2. Januar) vorgenommen wird, welche nach mündlicher Erklärung und Hinweis auf das unfallbedingte Versäumnis vom Gericht ohne jeglichen weiteren Kommentar wiederholt wird, musste auch eine Rechtsanwältin nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, dass sie für den Fristenlauf nicht auf diese Zustellung abstellen dürfe.

5.5 Die Beschwerde ist nach dem Gesagten gutzuheissen. Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung ist aufzuheben und der Beschwerdeführerin ist durch die Vorinstanz nochmals eine angemessene Frist anzusetzen, um zu den Gutachten Stellung zu nehmen und unter Angabe von Gründen eine Erläuterung derselben oder Ergänzungsfragen zu beantragen.

6.1 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln (Art. 106 ZPO).

6.2 Mit der Aufhebung der Dispositivziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung ist die Beschwerdeführerin die im Beschwerdeverfahren obsiegende Partei. Sie wird daher nicht kostenpflichtig, weshalb ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Verfahrensführung (act. 2 S. 2) als gegenstandslos abzuschreiben ist.

6.3 Der Beschwerdegegner formulierte in seiner Eingabe folgendes Rechtsbegehren: "Der Kläger überlässt den Entscheid dem Gericht, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten oder der Staatskasse". Unter "Materielles" bezog er in der Folge hingegen unmissverständlich Stellung, dass nur eine nicht anwaltlich vertretene Partei gegebenenfalls eine zweite Zustellung nach Treu und Glauben als fristauslösend betrachten dürfe (act. 8 S. 3). Wenn er abschliessend festhält, dass er "wegen des bestehenden Kosten- und Entschädigungsrisikos" den Entscheid aber dem Gericht überlasse und sich "mit den erstinstanzlichen Entscheiden vom 28.1.2016 und 16.2.2016 nie identifiziert habe", betreibt er damit Schönfärberei. Auf diese Weise distanziert man sich nicht von einem vorinstanzlichen Entscheid; der Beschwerdegegner hat mit seiner Stellungnahme sein Einverständnis mit den vorinstanzlichen Erwägungen klar zum Ausdruck gebracht. Er gilt daher im vorliegenden Beschwerdeverfahren als unterliegend und wird demzufolge kostenpflichtig.

6.4 In Anwendung von § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 9 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG sind die Gerichtskosten auf Fr. 500.– festzusetzen.

7.1 Die Beschwerdeführerin stellte für das Beschwerdeverfahren einen Antrag auf Parteientschädigung zulasten der Gerichtskasse (act. 2 S. 2).

7.2 Wenn der Staat wie hier nicht wie ein Privater am Verfahren beteiligt ist, kommt eine aus der Staatskasse auszurichtende Parteientschädigung nur in ganz besonderen Fällen, wie etwa bei einer festgestellten Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung, in Betracht. Ein solcher Fall liegt nicht vor. Die unterschiedliche Beurteilung durch mehrere Instanzen ergibt sich aus dem System der Rechtsmittel und gehört zum Risiko jedes Prozesses – sie löst keine Entschädigungspflicht des Staates aus.

7.3 Im Unterschied zu den Gerichtskosten wird die Parteientschädigung nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Antrag zugesprochen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Da die Beschwerdeführerin von der Gegenpartei keine Entschädigung beantragt, ist ihr auch keine solche zuzusprechen.

7.4 Das Unterlassen eines Antrags auf Parteientschädigung zu Lasten der Gegenpartei wirkt sich nachteilig auf das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin aus. Hätte sie bzw. ihre Vertreterin einen Antrag gestellt, wäre ihr als obsiegende Partei zu Lasten der Gegenpartei eine Parteientschädigung zugesprochen worden. Die Entschädigungspflicht des Kantons könnte sich in diesem Fall nur dann realisieren, wenn die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht einbringlich wäre. Folge davon wäre, dass mit der Zahlung der Anspruch auf Parteientschädigung auf den Kanton überginge (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Diesen "Regress"-Anspruch des Kantons hat die Beschwerdeführerin bzw. ihre Vertreterin vereitelt, was zur Abweisung des Gesuchs um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin führt. Die Beschwerdeführerin dürfte daraus keinen Nachteil erleiden. Es darf angenommen werden, dass ihre Vertreterin wegen dieses prozessualen Versäumnisses auf eine Verrechnung ihres Aufwandes für dieses Beschwerdeverfahren zu Lasten der Beschwerdeführerin verzichtet.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen, soweit es nicht als gegenstandslos abgeschrieben wird.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen und Dispositivziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Uster wird aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt und dem Beschwerdegegner auferlegt.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Uster, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: