

**Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, keine Zustellungen nach Belieben.** *Wenn die Zustellung als erfolgt gilt, darf das Gericht nicht nach Gutdünken weitere Zustellungen vornehmen (E. 2.4).* **Art. 52 ZPO, Vertrauensschutz bei einem Fehler des Gerichts.** *Eine Frist gilt nur dann gestützt auf den Vertrauensschutz als gewahrt, wenn die Partei bei korrektem Verhalten des Gerichts hätte richtig handeln können (E. 2.4.1/2.4.2).*

(Erwägungen des Obergerichts:)

1.1 Am 31. Mai 2017 erliess das Bezirksgericht Meilen (nachfolgend Vorinstanz) im zwischen den Parteien hängigen Verfahren über eine Auskunfts-, Ausgleichungs-, Herabsetzungs- und Erbteilungsklage der Klägerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Klägerin) ein Urteil und einen Beschluss. Im Urteil verpflichtete die Vorinstanz den Beklagten 1 und Beschwerdeführer (nachfolgend Beklagten) und die weiteren beklagten Parteien zur Erteilung von verschiedenen Auskünften an die Klägerin. Der gleichzeitig ergangene Beschluss betrifft die Sistierung des Verfahrens über die Klage und die Fristansetzung an die Klägerin zur Mitteilung, ob sie hinsichtlich der angeordneten Auskünfte bei der zuständigen Behörde weitere Vollstreckungsmassnahmen verlangt habe (zusätzlich zur bereits von der Vorinstanz angedrohten Bestrafung nach Art. 292 StGB) oder ob sie die Fortsetzung des Erbteilungsprozesses wünsche.

1.2 Mit Eingabe vom 5. Juli 2017, hier eingegangen am 7. Juli 2017 (Datum Poststempel: 6. Juli 2017), erhob der Beschwerdeführer und Beklagte 1 "vorsorglich" Beschwerde (sowie eine im Verfahren LB170034 angelegte Berufung) gegen das Urteil und den Beschluss der Vorinstanz vom 31. Mai 2017. Er erklärt, er weise Urteil und Beschluss zurück und verlange die "Übertragung zum OG Zürich".

1.3 Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen. Es wurde davon abgesehen, vom Beklagten einen Kostenvorschuss einzufordern und von der Klägerin eine Beschwerdeantwort einzuholen (vgl. Art. 98 und Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Allerdings ist der Klägerin mit dem vorliegenden Entscheid noch ein Doppel bzw. eine Kopie von act. 2 zuzustellen.

2.1 Die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO ist in Wahrung der 10- bzw. 30tägigen Beschwerdefrist schriftlich und begründet bei der Beschwerdeinstanz einzureichen (Art. 321 Abs. 1-2 ZPO). Die Beschwerdefrist ist eine gesetzliche und als solche nicht erstreckbare Frist (vgl. Art. 144 Abs. 1 ZPO sowie ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDt, 3. Auflage 2016, Art. 321 N 5), weshalb die Beschwerde in Wahrung der Beschwerdefrist abschliessend zu begründen ist. Die Frist ruht während der Gerichtsferien (Art. 145 Abs. 1 ZPO).

2.2 Die Vorinstanz wies in der Rechtsmittelbelehrung zum angefochtenen Beschluss auf die 30tägige Beschwerdefrist hin. Der angefochtene Beschluss ist prozessleitender Natur. Die Beschwerdefrist beträgt daher nach Art. 321 Abs. 2 ZPO 10 Tage. Die Tatsache, dass der Beschluss am gleichen Datum wie das Urteil in der Hauptsache gefällt wurde, vermag an dieser Qualifikation nichts zu ändern (vgl. BGer 4A\_507/2011 vom 1. November 2011, E. 2.1). Die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz ist demnach unrichtig. Richtigerweise ist von einer 10tägigen Rechtsmittelfrist auszugehen.

2.3 Die Rechtsmittelfrist läuft ab der Zustellung des angefochtenen Entscheids (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung kann nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO fingiert werden, wenn eine Partei, die mit einer Zustellung rechnen musste, eine eingeschriebene Sendung nicht abholt. So verhielt es sich im vorliegenden Fall mit dem ersten Versuch der Zustellung des angefochtenen Entscheids an den Beklagten. Die Sendung wurde ihm am 3. Juni 2017 zur Abholung am Schalter (mit Frist bis 10. Juni 2017) ins Postfach avisiert. Am 12. Juni 2017 wurde die Sendung mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert (vgl. act. 5/194/4). Der Beklagte hatte Kenntnis vom Verfahren. Die Sendung galt ihm gegenüber daher nach der erwähnten Bestimmung am 10. Juni 2017 als zugestellt. An diesem Datum wurde die Rechtsmittelfrist ausgelöst. Sie lief bis zum 20. Juni 2017. Die Beschwerdeeingabe, welche der Beklagte wie erwähnt am 6. Juli 2017 zuhanden des Obergerichts der Post übergab, erfolgte somit (ausgehend von der fingierten Zustellung und der 10tägigen Rechtsmittelfrist) verspätet.

2.4 Die Vorinstanz unternahm indessen nach dem gescheiterten Versuch der Zustellung (obwohl die ZPO das nicht vorsieht und auch nicht erlaubt) einen zweiten und nach dessen Scheitern einen dritten eingeschriebenen Zustellversuch an den Beklagten. Sie tat das soweit ersichtlich ohne den Beklagten darauf hinzuweisen, dass für die Fristberechnung die erwähnte Zustellungsfiktion massgeblich sei. Der dritte Versuch führte am 29. Juni 2017 zur Zustellung des angefochtenen Entscheids an den Beklagten. Zu prüfen ist, ob die Beschwerde deshalb – oder aufgrund der erwähnten falschen Rechtsmittelbelehrung – nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) als rechtzeitig entgegen zu nehmen ist.

2.4.1 Zum Zeitpunkt der effektiven Zustellung (29. Juni 2017) war die 10tägige Beschwerdefrist, die wie gesehen nach der massgeblichen Zustellungsfiktion bis 20. Juni 2017 lief, bereits verstrichen. Das Gebot von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) kann in dieser Situation nicht dazu führen, dass ein nach der späteren Zustellung eingereichtes Rechtsmittel als rechtzeitig entgegen zu nehmen wäre. Anders könnte es sich im Fall einer zweiten (nicht massgeblichen) Zustellung verhalten, die noch während laufender Frist erfolgt. Eine solche in der ZPO nicht vorgesehene zweite Zustellung könnte den Empfänger davon abhalten, fristgemäss zu handeln (weil sie den Eindruck erweckt, er habe noch 10 statt beispielsweise 3 Tage Zeit dafür). Dies könnte es nach Treu und Glauben rechtfertigen, auf eine solche zweite Zustellung abzustellen. Ein solcher Fall liegt aber nicht vor. Die Beschwerdefrist war im Zeitpunkt der effektiven Zustellung an den Beklagten bereits verstrichen, ein fristgemässes Handeln also gar nicht mehr möglich. Der behördliche Fehler (die zweite und dritte Zustellung) konnte sich auf den Fristenlauf nicht mehr auswirken (vgl. *OGer ZH Lf 140015* vom 10. April 2014, E. II./1.4). Die nach dem massgeblichen Fristablauf erfolgte Zustellung vermochte somit keinen Vertrauenstatbestand zu setzen, aufgrund dessen die Beschwerde als rechtzeitig entgegen zu nehmen wäre.

2.4.2 Mit der falschen Rechtsmittelbelehrung verhält es sich gleich. Zwar kann eine unrichtige Auskunft die Rechtslage nicht ändern. Gegen ein Urteil über weniger als Fr. 10'000.-- ist keine Berufung möglich, und sie wird es auch nicht, wenn das Urteil zu Unrecht eine entsprechende Rechtsmittelbelehrung enthält.

Das Gleiche gilt für die Dauer der Rechtsmittelfrist. Wie im soeben erwogenen Fall einer an sich unzulässigen zweiten Zustellung kann allerdings Treu und Glauben gebieten, auf ein objektiv verspätetes Rechtsmittel einzutreten – *wenn* (aber auch *nur wenn*) die unrichtige Auskunft oder Rechtsmittelbelehrung den Betroffenen davon abhielt, rechtzeitig zu handeln. Im Zeitpunkt, als der Beklagte von der vermeintlichen 30tägigen Rechtsmittelfrist Kenntnis erhielt (anlässlich der effektiven Zustellung vom 29. Juni 2017), war die massgebliche 10tägige Beschwerdefrist bereits verstrichen. Auch die falsche Rechtsmittelbelehrung (auf die sich der Beklagte als juristischer Laie wohl, anders als ein Rechtsanwalt, im Grundsatz hätte verlassen dürfen [vgl. zum Fall des Rechtsanwalts in derselben Situation *BGer 4A\_507/2011* vom 1. November 2011, E. 2.3-4]) hielt den Beklagten somit nicht davon ab, fristgemäss zu handeln. Auch der weitere behördliche Fehler der falschen Rechtsmittelbelehrung konnte sich nicht mehr auf den Fristenlauf auswirken, da ein fristgemässes Handeln im Zeitpunkt der Kenntnisnahme durch den Beklagten nicht mehr möglich war.

2.5 Es bleibt daher dabei, dass die Beschwerde zu spät erhoben wurde. Auf die Beschwerde des Beklagten ist daher nicht einzutreten, ohne dass auf die Frage einzugehen wäre, ob die Beschwerdeschrift den Anforderungen von Art. 321 Abs. 1 ZPO an die Stellung eines Antrags und an die Begründung des Rechtsmittels genüge.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Beschluss vom 13. Juli 2017  
RB170029-O/U