

# **BGer 5A\_564/2023 vom 26. Oktober 2023**

Bundesgericht, 2023-10-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_564\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_564_2023)

FR: TF 5A\_564/2023 du 26 octobre 2023

IT: TF 5A\_564/2023 del 26 ottobre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Verfahren 5A\_564/2023 und 5A\_582/2023 betreffen die gleichen Parteien und den gleichen Streitgegenstand. Sie können antragsgemäss vereinigt werden ( Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 BZP ).

### **E. 1.2**

Angefochten sind zwei kantonal letzt- und oberinstanzliche Rechtsmittelentscheide ( Art. 75 und Art. 90 BGG ), mit welchem eine Erbenvertreterin eingesetzt wurde ( Art. 602 Abs. 3 ZGB ). Es handelt sich um eine Zivilsache im Sinn von Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 5 BGG in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit.

#### **E. 1.2.1**

Das Obergericht bemass den Streitwert ausgehend vom Nominalwert der Aktien der F.\_\_\_\_\_ AG auf Fr. 1'000'000.--. Die Beschwerdeführer bestreiten die Höhe dieses Streitwerts; ihres Erachtens soll er maximal Fr. 100'000.-- betragen. Wie hoch der Streitwert mit Blick auf die Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen tatsächlich ist, kann offen bleiben, denn das Streitwerterfordernis von mindestens Fr. 30'000.-- ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ) ist sowohl nach Massgabe des im angefochtenen Entscheid angegebenen Streitwerts als auch nach der von den Beschwerdeführern vertretenen Auffassung erfüllt.

#### **E. 1.2.2**

In Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen (dazu: E. 1.3 unten) gilt gemäss Art. 46 BGG der Fristenstillstand nicht (Abs. 2; BGE 134 III 667 E. 1.3; 135 III 430 E. 1.1; Urteil 5A\_554/2016 vom 25. April 2017).

##### **E. 1.2.2.1**

Der angefochtene Entscheid wurde dem Beschwerdeführer 1 am 4. Juli 2023 zugestellt. Die Beschwerdefrist von dreissig Tagen ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) hat damit am 5. Juli 2023 zu laufen begonnen ( Art. 44 Abs. 1 BGG ) und am 3. August 2023 geendet. Die Eingabe vom 27. Juli 2023 erfolgte folglich fristgerecht.

##### **E. 1.2.2.2**

Dem Beschwerdeführer 2 wurde der angefochtene Entscheid am 4. Juli 2023 zur Abholung gemeldet und am 11. Juli um 11.02 Uhr am Schalter zugestellt. Die Beschwerdefrist von dreissig Tagen ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) hat damit am 12. Juli 2023 zu laufen begonnen ( Art. 44 Abs. 1 BGG ) und am 10. August 2023 (Donnerstag) geendet. Seine Eingabe an das Bundesgericht vom 8. August 2023 hat der Beschwerdeführer 2 mithin ebenfalls innert Frist der Schweizerischen Post übergeben.

##### **E. 1.2.3**

Die angefochtenen Entscheide lauten je zum Nachteil der Beschwerdeführer, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert sind ( Art. 76 Abs. 1 BGG ).

### **E. 1.3**

Die Einsetzung einer Erbenvertretung gilt als eine vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 98 BGG (Urteile 5A\_130/2020 vom 28. September 2020 E. 1.2; 5A\_781/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 1.1 mit Hinweisen). Daher kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Auch die Anwendung von Bundesgesetzen prüft das Bundesgericht im Rahmen von Art. 98 BGG nur auf die Verletzung des Willkürverbots ( Art. 9 BV ) hin (Urteil 5A\_261/2022 vom 1. Dezember 2022 E. 2.1; zum Begriff der Willkür: BGE 141 I 49 E. 3.4).

### **E. 1.4**

Für die Geltendmachung der Verletzung verfassungsmässiger Rechte gilt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen prüft. Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 149 III 81 E. 1.3 mit Hinweisen). Auch eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen kommt nur in Frage, wenn die kantonale Instanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat ( BGE 133 III 585 E. 4.1).

### **E. 1.5**

Wer sich auf eine Verletzung des Willkürverbots ( Art. 9 BV ) berufen will, kann sich demnach nicht darauf beschränken, die Sach- oder Rechtslage aus seiner Sicht darzulegen und den davon abweichenden angefochtenen Entscheid als willkürlich zu bezeichnen (Urteil 5A\_822/2022 vom 14. März 2023 E. 2.3). Vielmehr ist anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen darzutun, inwiefern das kantonale Gericht willkürlich entschieden haben soll und der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet ( BGE 136 I 49 E. 1.4.1; 134 II 244 E. 2.2 ; 130 I 258 E. 1.3). Willkür liegt zudem nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheids, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, begründet keine Willkür ( BGE 148 III 95 E. 4.1 mit Hinweisen).

### **E. 1.6**

Mit Bezug auf die Anordnung einer Erbenvertretung, aber auch hinsichtlich der Auswahl der Person, welche mit der Erbenvertretung beauftragt werden soll, steht der anordnenden Behörde ein Ermessen zu (vgl. Urteil 5A\_893/2018 vom 10. April 2019 E. 3.1). In Verfahren, die Art. 98 BGG unterstehen, bleibt der Willkürmassstab entscheidend. Das Bundesgericht schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz den Ermessensspielraum über- oder unterschritten oder das Ermessen missbraucht hat und damit zu einem offensichtlich unbilligen, in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken widersprechenden Ergebnis gelangt ist ( BGE 143 III 140 E. 4.1.3 mit Hinweis). Missbrauch liegt namentlich dann vor, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Das Bundesgericht hebt einen Ermessensentscheid allerdings nur dann auf, wenn er sich auch im Ergebnis als offensichtlich unbillig oder als in stossender Weise ungerecht erweist.

## **E. 2**

Gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB kann die zuständige Behörde auf Begehren eines Miterben für die Erbengemeinschaft bis zur Teilung eine Vertretung bestellen.

### **E. 2.1**

Als Erbenvertreter kann jede handlungsfähige (natürliche oder juristische) Person eingesetzt werden. Ob auch eine Behörde als Erbenvertretung eingesetzt werden kann, hat das Bundesgericht bisher offengelassen; diese Möglichkeit wird in der Literatur indes weitgehend bejaht (vgl. Urteil 5A\_121/2012 vom 16. April 2012 E. 2.2). Grundsätzlich ist es auch möglich, einen der Erben zum Erbenvertreter zu ernennen. Zur Vermeidung eines Interessenkonflikts sollte aber bei Opposition der übrigen Erben - begründete Ausnahmefälle vorbehalten - davon abgesehen werden (Urteil 5A\_893/2018 vom 10. April 2019 E. 3.1; WEIBEL, in: Erbrecht, Praxiskommentar, Abt/Weibel [Hrsg.], 5. Aufl. 2023, N. 69 zu Art. 602 ZGB ).

### **E. 2.2**

Die Behörde kann der Erbenvertretung einen generellen Auftrag geben und ihr die ganze Verwaltung der Erbschaft anvertrauen, in welchem Fall sich ihre Rechtsstellung derjenigen des amtlichen Erbschaftsverwalters angleicht. Sie kann die Vertretung aber auch für bestimmte einzelne Handlungen bestellen, über die sich die Erben nicht zu einigen vermögen (Urteile 5A\_554/2016 vom 25. April 2017 E. 3.1; 5P.83/2003 vom 8. Juli 2003 E. 1).

### **E. 2.3**

Die Einsetzung einer Erbenvertretung erfolgt mit Wirkung für die Erbengemeinschaft (Urteile 5A\_1036/2017 vom 23. März 2018 E. 1.2.2; 5D\_133/2010 vom 12. Januar 2011 E. 1.4). Selbst wenn das gerichtliche Verfahren zur Ernennung eines Erbenvertreeters der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuordnen ist (Urteile 5A\_241/2014 vom 28. Mai 2014 E. 1.2 mit Hinweisen; 5P.107/2004 vom 26. April 2004 E. 1), sind grundsätzlich alle Miterben in das Verfahren einzubeziehen (Urteile 5A\_1036/2017 vom 23. März 2018 E. 1.2.2; 5A\_979/2017 vom 21. März 2018 E. 2; WEIBEL, a.a.O., N. 62 zu Art. 602 ZGB ; WOLF, in: Berner Kommentar, 2014, N. 149 zu Art. 602 ZGB ; a.M. wohl Obergericht des Kantons Zürich, Entscheid PE130005 vom 21. Januar 2014 E. 3.4).

### **E. 2.4**

Der Erbenvertreter wird für die Erbengemeinschaft bestellt und nicht als Vertreter und im Interesse eines einzelnen Erben (Urteile 5A\_796/2014 vom 3. März 2015 E. 5.2; 5A\_241/2014 vom 28. Mai 2014 E. 2.1). Er ist im Rahmen seines Auftrags gesetzlicher Vertreter der Erbengemeinschaft, die er ohne ihre Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung berechtigen und verpflichten kann, und schliesst im ihm übertragenen Tätigkeitsbereich eigenes Handeln der Erben für den Nachlass aus (Urteile 5A\_554/2016 vom 25. April 2017 E. 3.1; 5A\_416/2013 und 5A\_424/2013 vom 26. Juli 2013 E. 3.1). Für die Regelung rein interner Zwistigkeiten ist die Erbenvertretung nicht geeignet und auch nicht vorgesehen. Doch kann sie dafür sorgen, dass die Erbschaft im Interesse aller Erben verwaltet wird und Eigenmächtigkeiten einzelner Erben unterbunden werden (Urteil 5D\_133/2010 vom 12. Januar 2011 E. 5.2.2). Der Erbenvertreter hat die zweckmässige Verwaltung der Nachlassgegenstände zu gewährleisten. Anders als der Willensvollstrecker ( Art. 518 Abs. 2 ZGB ) ist der Erbenvertreter nicht dazu berufen, die Erbteilung

durchzuführen (Urteil 5A\_416/2013 und 5A\_424/2013 vom 26. Juli 2013 E. 3.2; WEIBEL, a.a.O., N. 74 zu Art. 602 ZGB ; MINNIG, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 7. Aufl. 2023, N. 60 zu Art. 602 ZGB ; WOLF, a.a.O., N. 162 zu Art. 602 ZGB ).

### **E. 2.5**

Der Erbenvertreter hat Anspruch auf Entschädigung. Aufgrund der Stellung und Funktion der Erbenvertretung gehen deren Kosten zu Lasten der Erbengemeinschaft. Sie können allerdings dann einem Miterben überbunden werden, wenn dieser in querulatorischer Absicht oder zum eigenen Vorteil seine Mitwirkung verweigert und damit die anderen Miterben erst veranlasst, eine Erbenvertretung zu begehren. In diesem Fall sind die Kosten nach dem Verursacherprinzip zu verteilen (zit. Urteil 5A\_241/2014 E. 2.2).

### **E. 2.6**

Der Erbenvertreter steht unter der Aufsicht der ernennenden Behörde. Damit verbunden ist die Befugnis der Erben, bei der Aufsichtsbehörde gegen die vom Erbschaftsverwalter beabsichtigten oder getroffenen Massregeln Beschwerde zu erheben (zit. Urteil 5P.83/2003 E. 1).

### **E. 3**

Das Obergericht stellte im Wesentlichen auf die Erwägungen des Bezirksgerichts ab. Dieses erwog, bei der Tätigkeit als Erbenvertretung der sich im Nachlass befindlichen Aktien der F. \_\_\_\_\_ AG handle es sich um eine komplexe Aufgabe, die fachliche Kenntnisse in unterschiedlichen Rechtsgebieten erfordere. Ebenso sei vorausgesetzt, dass die Erbenvertretung über genügend Ressourcen verfüge. Daher kämen einzig grosse Kanzleien, welche naturgemäss für ihre Tätigkeit auch ein der Komplexität des Falls entsprechendes Honorar in Rechnung stellten, infrage. Da die Beschwerdeführer dem vormaligen Erbenvertreter vorgeworfen hätten, den Verwaltungsrat der F. \_\_\_\_\_ AG nur mit Personen aus seinem wirtschaftlichen Bekanntenkreis besetzt und keine unabhängigen Verwaltungsräte eingesetzt zu haben, erscheine es zudem nicht als angezeigt, eine Person aus dem Raum U. \_\_\_\_\_ als Erbenvertretung einzusetzen. Die Z. \_\_\_\_\_ AG mit Rechtsanwältin Dr. I. \_\_\_\_\_ als Mandatsleiterin erfülle die an die Erbenvertretung im vorliegenden Fall gestellten Anforderungen vollumfänglich.

Das Obergericht meinte ferner, die Überlegungen des Bezirksgerichts seien nachvollziehbar und es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass dieses von unangemessenen Anforderungen an die vorliegende Erbenvertretung ausgegangen wäre oder die Z. \_\_\_\_\_ AG den Anforderungen nicht entspreche. Soweit die Beschwerdeführer dafür hielten, es müsse eine einzige integre und erfahrene Person mit Authentizität, Überzeugungskraft, Rückgrat und Durchhaltewille anstatt ein Team von Wirtschaftsanwälten eingesetzt werden, sei abgesehen vom keineswegs zwingenden Kriterium der Einzelperson nicht zu sehen, inwiefern die Anwälte der Z. \_\_\_\_\_ AG diesen Anforderungen nicht genügen sollten.

Mit Bezug auf die Entschädigung der Erbenvertreterin wies das Obergericht darauf hin, dass lediglich der Stundenansatz der Mandatsleiterin bei Fr. 740.-- liege, derjenige für die weiteren Mitarbeiter bei Fr. 230.-- bis Fr. 450.--. Zudem sei zu berücksichtigen, dass das Bezirksgericht explizit eine Grosskanzlei als geeignete Erbenvertreterin eingesetzt habe, was nicht zu beanstanden sei. Dabei seien Stundenansätze von Anwälten einer Grosskanzlei üblicherweise höher als solche von Anwälten kleinerer Kanzleien. Der Stundenansatz der Mandatsleiterin sei zwar höher als derjenige des bisherigen Erbenvertreters und durchaus in

einer Höhe, deren Notwendigkeit für sich gesehen grundsätzlich näher zu erläutern wäre. Jedoch liege derjenige der weiteren Mitarbeiter, welche die Mandatsleiterin grösstenteils beiziehen wolle, teilweise wesentlich darunter. Das Bezirksgericht habe dazu in erster Linie erwogen, das von der Mandatsleiterin verlangte Honorar von Fr. 740.-- sowie Fr. 230.-- bis Fr. 450.-- für eingesetzte Mitarbeitende spreche nicht gegen deren Einsetzung. Damit handle es sich letztlich um eine "Mischrechnung", wobei das Bezirksgericht von einem insgesamt angemessenen Honorar ausgegangen sei. Die Beschwerdeführer hätten sich mit dieser Differenzierung betreffend das Honorar, mithin dem aus unterschiedlichen Stundenansätzen bestehenden Gesamthonorar, in der Berufung nicht auseinandergesetzt. Folglich bleibe es beim bezirksgerichtlichen Entscheid, wonach das verlangte Honorar die Erbenvertretung nicht ausschliesse.

Schliesslich sei das Bezirksgericht nicht verpflichtet gewesen, weitere Vorschläge für die Erbenvertretung einzuholen, zumal die zuständige Behörde in der Wahl der Erbenvertretung frei und an die Vorschläge der Parteien nicht gebunden sei; im Vorgehen des Bezirksgerichts sei weder eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes noch des rechtlichen Gehörs zu sehen.

#### **E. 4**

Vorab ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Beschwerdeführer widmen der Wiedergabe des Sachverhalts im Rahmen ihrer Beschwerde knapp zwanzig Seiten, ohne dass sie konkrete Sachverhaltsrügen erheben. Ihre Ausführungen sind daher für das Bundesgericht unbeachtlich (vgl. E. 1.4). Der spätere Hinweis der Beschwerdeführer, die "entsprechenden Ausführungen" gälten auch im Rahmen ihrer Rüge einer willkürlichen Sachverhaltsannahme, vermögen an diesem Schluss nichts zu ändern.

#### **E. 4.1**

Zunächst rügen die Beschwerdeführer eine offensichtlich unrichtige bzw. unvollständige Sachverhaltsfeststellung ( Art. 9 BV ), Willkür in der Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes ( Art. 9 BV i.V.m. Art. 255 lit. b ZPO ) sowie die Verletzung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ). Das Obergericht führe in ihrer E. 3.4.3 aus, dass sich der Stundenansatz der Mandatsleiterin von Fr. 740.-- zzgl. MWST in einer Höhe befinde, deren Notwendigkeit für sich gesehen grundsätzlich näher zu erläutern wäre. Der Stundenansatz von Fr. 740.-- betrage mehr als das 6-fache des in Ziff. 3.1 NotGebV [recte: Ziff. 3.1 des Anhangs zur NotGebV, LS 243] des Kantons Zürich vorgesehenen Normalansatzes von Fr. 120.--. Das Obergericht relativiere alsdann den grundsätzlich kritischen Standpunkt, indem es ausführe, der Stundenansatz der weiteren Mitarbeiter, welche die Mandatsleiterin gemäss ihrer E-Mail vom 2. Februar 2023 grösstenteils beiziehen wolle, liege teilweise wesentlich darunter und es könne somit in einer Mischrechnung von einem angemessenen Honorar ausgegangen werden. Bei diesem Mischrechnungs-Ansatz stütze sich das Obergericht auf einen offensichtlich unrichtigen bzw. unvollständigen und damit willkürlichen Sachverhalt, welcher seinerseits auf eine willkürliche Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes zurückzuführen sei. In der E-Mail vom 2. Februar 2023 habe die Mandatsleiterin ausgeführt, für diese Angelegenheit würde sie grösstenteils Mitarbeiter aus ihrem Private Clients Team (Stundenansatz Fr. 230.-- bis Fr. 450.--, je nach Fragestellung) beiziehen. In der der E-Mail angehängten Mandatsvereinbarung stehe allerdings: "Soweit es der Umfang des Mandats erfordert, werden wir weitere Partner, Konsulenten, Associates, Praktikanten und/oder Paralegals

beziehen, wobei wir auf eine stufengerechte Arbeitsteilung achten." In Ziffer 3 der Mandatsvereinbarung würden sodann die Stundensätze aufgelistet, nämlich: Partner: ab Fr. 670.--, Konsulenten: Fr. 610.-- bis Fr. 940.--. Im weiteren E-Mail-Verkehr zwischen dem Bezirksgericht und Rechtsanwältin Dr. I. \_\_\_\_\_ vom 2. Februar 2023 werde einzig klargestellt, dass die Erbenvertretung durch die Z. \_\_\_\_\_ AG mit der Partner-Rechtsanwältin als Mandatsleiterin eingesetzt werden soll, mit Unterstützung weiterer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Damit bleibe in sachverhaltlicher Hinsicht in unhaltbarer, willkürlicher Weise ungeklärt, ob von der Mandatsleiterin weitere Personen der Z. \_\_\_\_\_ AG und insbesondere weitere Partner mit Stundenansätzen ab Fr. 610.-- wie auch Konsulenten mit Stundenansätzen von Fr. 610.-- bis Fr. 940.-- beigezogen würden. Die Klärung dieses Sachverhaltspunkts sei aber notwendig gewesen für die weitere (bestrittene) Argumentation des Obergerichts einer Honorar-Mischrechnung. Ebenfalls bleibe in sachverhaltlicher Hinsicht ungeklärt, worauf sich das Wort "grösstenteils" beziehe. Es sei ungeklärt, ob die Mandatsleiterin damit meine, sie werde grösstenteils Mitarbeiter aus ihrem Team beiziehen und zu einem kleineren Teil Mitarbeiter aus anderen Teams bzw. andere Mitarbeiter der Z. \_\_\_\_\_ AG, oder ob sie stattdessen damit meine, sie werde die Mandatserledigung grösstenteils nicht selbst übernehmen, sondern durch ihre Mitarbeiter aus ihrem Client Management Team ausführen lassen. Das Bezirksgericht wie auch das Obergericht seien in Willkür verfallen, indem sie eine Klärung dieses Sachverhaltspunkts im Kontext ihrer Argumentation der Honorar-Mischrechnung als unnötig erachtet hätten. Sodann erfolge eine willkürliche Sachverhaltsannahme, indem das Obergericht offensichtlich die Ansicht vertrete, es könnten junge und/oder unerfahrene Mitarbeiter der Z. \_\_\_\_\_ AG für Vor- und/oder Teilarbeiten bzw. Abklärungen eingesetzt werden, anstatt dass es - wie auch das Bezirksgericht - hätte erkennen müssen, dass dies aufgrund der Vorgeschichte ausser Betracht falle, zumal die Mitarbeiter von den Beschwerdegegnern in Kürze in die Flucht geschlagen würden, wie dies bei sämtlichen früheren Funktionsträgern geschehen sei und die Z. \_\_\_\_\_ AG werde sich verständlicherweise in Kürze vom Mandat verabschieden. Rechtsanwältin Dr. I. \_\_\_\_\_ gehe aufgrund ihres Kurzkontaktes mit dem Bezirksgericht und mangels Aktenkenntnis offenbar von der Annahme aus, es seien Tätigkeiten für die F. \_\_\_\_\_ AG und umfangreiche Erhebungen vorzunehmen bzw. es gehe um eine Vertretung der F. \_\_\_\_\_ AG. Dabei gehe es in tatsächlicher Hinsicht um die Beseitigung der Organverwaisung bzw. des Organmangels bei der F. \_\_\_\_\_ AG. Sie, die Beschwerdeführer, hätten dies vor Obergericht im Detail ausgeführt; diese Ausführungen seien allerdings nicht gehört worden, was eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bedeute.

#### **E. 4.2**

Sodann rügen die Beschwerdeführer Willkür in der Ermessensausübung ( Art. 9 BV ) verbunden mit einer Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2) und einer willkürlichen Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes ( Art. 9 BV ). Sie tragen vor, bei jeder Bestellung einer Erbenvertretung seien die durch den Erbenvertreter verursachten Kosten ein wichtiger, mitzuberücksichtigender Punkt im Rahmen der Prüfung der Ermessensausübung, was in der Rechtslehre mit "Interesse der Begrenzung der Kosten" umschrieben werde. Im Kanton Zürich kämen daher gemäss § 138 Abs. 1 GOG/ZH primär die Amtsnotarin bzw. der Amtsnotar als Erbenvertreterin bzw. Erbenvertreter zum Einsatz, wobei gemäss Ziffer 3.1 NotGebV/ZH [recte: Ziffer 3.1 des Anhangs zur NotGebV, LS 243] der Honoraransatz Fr. 120.-- betrage. Ausnahmsweise könne gemäss § 138 Abs. 2 GOG davon abgewichen werden und eine andere geeignete Person mit dem Mandat betraut

werden. Bisher habe der Honoraransatz des Erbenvertreters Fr. 400.-- zzgl. MWST betragen, was die Parteien als gerade noch angemessen erachtet hätten. Bei den vom Erbenvertreter zu verwaltenden Aktien der F.\_\_\_\_\_ AG handle es sich um keinen grossen Nachlasswert, sondern um die Aktien einer organverwaisten Aktiengesellschaft, welche ihren Betrieb eingestellt habe, wobei gerichtliche Massnahmen aufgrund der Organverwaisung kurz bevorstünden. Der Einsatz junger und/oder unerfahrener Mitarbeiter der Z.\_\_\_\_\_ AG falle sodann aufgrund der konkreten Vorgeschichte bzw. Situation gänzlich ausser Betracht. Hinsichtlich des Anforderungsprofils brauche es als Erbenvertreter lediglich eine Person (selbstverständlich mit entsprechend tauglicher Stellvertreterregelung in Abwesenheits- und Verhinderungsfällen) und zwar eine erfahrene Person mit Überzeugungskraft, Rückgrat, grossem Durchhaltewillen und dem Mut, den Beschwerdegegner 2 aus der F.\_\_\_\_\_ AG zu stellen und ihm den Schlüssel wegzunehmen. Es brauche

eine Person, welche nicht exorbitante Fr. 740.-- zzgl. MWST als Honoraransatz verlange. Die Mandatsleiterin gehe offenbar von der falschen Annahme aus, dass Tätigkeiten für die F.\_\_\_\_\_ AG und umfangreiche Erhebungen vorzunehmen seien. Es gehe aber nicht um eine Vertretung der F.\_\_\_\_\_ AG, sondern um die Beseitigung des Organmangels bei der F.\_\_\_\_\_ AG (als Erbenvertreterin für die Erbengemeinschaft als Alleinaktionärin). Hierfür eine Erbenvertreterin mit einem Stundenansatz von Fr. 740.-- einsetzen zu wollen, welche mehr als das 6-fache des im Kanton Zürich vorgesehenen Normal-Ansatzes von Fr. 120.-- ausmache, sei nicht verhältnismässig und angemessen. Das Obergericht gehe von der falschen Annahme aus, dass ein möglichst hoher Stundenansatz auf Kompetenz schliessen lasse und dass die Lösung in der Quantität liege, was beides verfehlt sei. Dem Beschwerdegegner 2 werde sodann keine moderne Mentalität zugesprochen, was die Mandatsleiterin umgehend erfahren werde. Hinzu komme, dass das Obergericht die Vergleichsofferten, welche die Beschwerdeführer eingereicht und damit aufgezeigt hätten, dass Partner-Anwälte von renommierten Anwaltskanzleien in der Stadt V.\_\_\_\_\_ sich zur Erbenvertretung bereit erklärt hätten, und zwar zu Stundenansätzen, welche deutlich unter dem exorbitanten Stundenansatz der Mandatsleiterin liegen würden, vollständig ignoriert und sich mit keinem einzigen Wort dazu geäussert habe, womit es eine frappante Gehörsverletzung begangen habe. Zum anderen habe das Obergericht den Fakt des Vorhandenseins zahlreicher Erbenvertreter-Angebote zu angemessenen Konditionen nicht berücksichtigt, die jedoch eine Rolle spielten und damit sei es in willkürliche Ermessensprüfung verfallen. Es mache ganz den Eindruck, dass das Obergericht diese Erbenvertreter-Angebote schlicht übersehen oder vergessen habe. Mit der Einsetzung der Gross-Wirtschaftskanzlei Z.\_\_\_\_\_ AG und einem ganzen Team der Z.\_\_\_\_\_ AG sei völlig über das Ziel hinausgeschossen worden und das Obergericht habe den wichtigen Kostenpunkt in einem falschen Verständnis, dass ein hoher Honoraransatz auf Kompetenz schliesse und die Lösung in der Quantität liege, in willkürlicher Weise missachtet. Bereits nach Rückmeldung des exorbitanten Partner-Stundenansatzes der Mandatsleiterin hätte das Bezirksgericht weitere Abklärungen treffen bzw. weitere Offerten einholen müssen, was das Obergericht verkenne. Damit habe es zugleich in willkürlicher Weise den Untersuchungsgrundsatz von Art. 255 lit. b ZPO angewendet. Eine weitere willkürliche Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes liege darin, dass das Bezirksgericht bereits einen Entscheid über die Einsetzung einer neuen Erbenvertretung gefällt habe, bevor ein formeller Entscheid über die Entlassung des bisherigen Erbenvertreters aus dem Amt gefällt worden sei.

### **E. 4.3**

Schliesslich beklagen sich die Beschwerdeführer darüber, dass sie das Erbenvertreterhonorar "vorzuschliessen" hätten. Das Obergericht verletze das rechtliche Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ), die Eigentumsgarantie ( Art. 26 Abs. 1 BV ), das Recht auf ein faires Verfahren ( Art. 6 EMRK ) und - in willkürlicher Weise ( Art. 9 BV ) - das Verursacherprinzip.

### **E. 5.1**

Der Auftrag des Bezirksgerichts an die Erbenvertreterin geht dahin, "die sich im Nachlass befindlichen 1'000 Namenaktien der F. \_\_\_\_\_ AG zu verwalten und sämtliche zur Erfüllung dieser Aufgabe erforderlichen Handlungen, insbesondere die Wahrnehmung des Stimmrechts, vorzunehmen". Mithin nimmt die Erbenvertreterin als gesetzliche Vertreterin die Stellung der alleinigen Aktionärin der F. \_\_\_\_\_ AG ein.

#### **E. 5.1.1**

In finanzieller Hinsicht hat jeder Aktionär nach Massgabe von Gesetz und Statuten ein Recht auf einen Gewinn- und Liquidationsanteil ( Art. 660 ff. OR ). Er übt seine persönlichen Mitgliedschaftsrechte in der Generalversammlung aus ( Art. 689 Abs. 1 OR ). Ausserdem verfügt jeder Aktionär über ein Auskunfts- ( Art. 697 Abs. 1 OR ) und über ein Einsichtsrecht ( Art. 697a Abs. 1 OR ), sowie über weitere Rechte, die im vorliegenden Sachzusammenhang keine Rolle spielen.

#### **E. 5.1.2**

Gemäss Art. 698 Abs. 2 OR stehen der Generalversammlung folgende unübertragbare Befugnisse zu: die Festsetzung und Änderung der Statuten (Ziff. 1); die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle (Ziff.2); die Genehmigung des Lageberichts und der Konzernrechnung (Ziff. 3); die Genehmigung der Jahresrechnung sowie die Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinnes, insbesondere die Festsetzung der Dividende und der Tantieme (Ziff. 4); die Festsetzung der Zwischendividende und die Genehmigung des dafür erforderlichen Zwischenabschlusses (Ziff. 5); die Beschlussfassung über die Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve (Ziff. 6); die Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrats (Ziff. 7); die Dekotierung der Beteiligungspapiere der Gesellschaft (Ziff. 8); die Beschlussfassung über die Gegenstände, die der Generalversammlung durch das Gesetz oder die Statuten vorbehalten sind (Ziff. 9).

#### **E. 5.1.3**

Die operative Leitung einer Aktiengesellschaft obliegt dem Verwaltungsrat; ihm stehen die in Art. 716a OR genannten "unentziehbaren" Aufgaben zu. Die Statuten können den Verwaltungsrat ermächtigen, die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglements ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an Dritte zu übertragen ( Art. 716b Abs. 1 OR ).

#### **E. 5.1.4**

Die Generalversammlung wird durch den Verwaltungsrat, nötigenfalls durch die Revisionsstelle einberufen. Das Einberufungsrecht steht auch den Liquidatoren und den Vertretern der Anleiensgläubiger zu ( Art. 699 Abs. 1 OR ). Aktionäre nicht kotierter Aktiengesellschaften können die Einberufung einer Generalversammlung verlangen, sofern sie zehn Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen verfügen ( Art. 699 Abs. 3 Ziff. 2 OR ). Sie müssen die Einberufung schriftlich verlangen und die Verhandlungsgegenstände und

Anträge müssen im Begehren enthalten sein ( Art. 699 Abs. 4 OR ). Entspricht der Verwaltungsrat dem Begehren nicht innert angemessener Frist, längstens aber innert 60 Tagen, so können die Gesuchsteller dem Gericht beantragen, die Einberufung anzuordnen ( Art. 699 Abs. 5 OR ). Sodann können die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien, falls kein Widerspruch erhoben wird, eine Generalversammlung ohne Einhaltung der für die Einberufung geltenden Vorschriften abhalten ( Art. 701 Abs. 1 OR ). In dieser Universalversammlung kann über alle in den Geschäftskreis der Generalversammlung fallenden Gegenstände gültig verhandelt und Beschluss gefasst werden, solange die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien daran teilnehmen ( Art. 701 Abs. 2 OR ).

#### **E. 5.1.5**

Stellt das Handelsregisteramt Mängel fest in der gesetzlich als zwingend vorgeschriebenen Organisation von Aktiengesellschaften, fordert es die betreffende Rechtseinheit auf, den Mangel zu beheben, und setzt ihr dazu eine Frist ( Art. 939 Abs. 1 OR ). Wird der Mangel nicht innerhalb der Frist behoben, so überweist es die Angelegenheit dem Gericht. Dieses ergreift die erforderlichen Massnahmen ( Art. 939 Abs. 2 OR ). Gemäss Art. 731b Abs. 1bis OR kann das Gericht insbesondere: der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen deren der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Ziff. 1); das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Ziff. 2); die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Ziff. 3). Ernennet das Gericht das fehlende Organ oder einen Sachwalter, so bestimmt es die Dauer, für die die Ernennung gültig ist. Es verpflichtet die Gesellschaft, die Kosten zu tragen und den ernannten Personen einen Vorschuss zu leisten ( Art. 731b Abs. 2 OR ).

#### **E. 5.2**

Zufolge des bestehenden Organisationsmangels wird die Erbenvertreterin eine Universalversammlung durchführen und nach Massgabe der Statuten das Mitglied oder die Mitglieder des Verwaltungsrats, die sie freilich noch zu suchen und anzufragen hat, wählen. Danach beschränkt sich die Aufgabe der Erbenvertreterin auf die Wahrnehmung der Aktionärsrechte, im Prinzip also in der Generalversammlung. Das Tagesgeschäft wird vom Verwaltungsrat oder der von diesem eingesetzten Geschäftsleitung geführt. Die dem oder den Mitgliedern des Verwaltungsrats zustehenden Entschädigungen gehen zulasten der F. \_\_\_\_\_ AG. Ob die Befürchtungen der Beschwerdeführer, die Mandatsleiterin habe den Umfang ihres Mandats missverstanden und werde einen umfangreichen Aufwand betreiben, zutreffen, kann offenbleiben. Sollte diese Tätigkeiten vornehmen, welche nicht vom Auftrag erfasst sind, kann sie hierfür keine Entschädigung fordern. Dasselbe gilt für formell innerhalb des Auftrags liegende, in der Sache aber unnötige Aufwendungen.

#### **E. 5.3.1**

Nach dem Ausgeführten ist nicht unmittelbar ersichtlich, was am Auftrag der Erbenvertreterin - vielleicht mit Ausnahme des persönlichen Umgangs mit den Erben, die aber mit Bezug auf die Aktien der F. \_\_\_\_\_ AG gerade nichts zu sagen haben - besonders komplex sein soll oder inwiefern fachliche Kenntnisse in unterschiedlichen Rechtsgebieten erforderlich sein sollen. Die Mandatsleiterin wird sich auf ihrer Zusicherung behaften lassen müssen, die Aufgaben fragenbezogen und stufengerecht an ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit tieferen Stundenansätzen delegieren zu wollen, zumal sie für unnötige Aufwendungen keine Entschädigung wird fordern können (E. 5.2).

### **E. 5.3.2**

Damit erweist sich die Rüge, das Obergericht habe mit Bezug auf die "Mischrechnung" auf einen offensichtlich unrichtigen bzw. unvollständigen und damit willkürlichen Sachverhalt abgestellt, als unbegründet, und zielt die daran anknüpfende Rüge der willkürlichen Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes ins Leere; darauf ist nicht weiter einzugehen. Wird der von der Erbenvertreterin in Rechnung zu stellende Aufwand durchschnittlich Fr. 500.--/Stunde voraussichtlich nicht übersteigen, ist der Hauptsorge der Beschwerdeführer Rechnung getragen; gemessen an ihrem Hauptbegehren, mit welchem sie einen Stundenansatz von "maximal" Fr. 500.-- für zulässig erachten, ist mithin keine willkürliche Ermessensausübung ersichtlich. Ebenso wenig leuchtet ein, wieso junge und/oder unerfahrene Mitarbeiter der Erbenvertreterin für Vor- oder Teilarbeiten und/oder Abklärungen zur F. \_\_\_\_\_ AG bzw. "an die Front" geschickt werden sollten; die diesbezüglichen Rügen zielen mithin an der Sache vorbei.

### **E. 5.3.3**

Die Rüge, das Obergericht habe die Vergleichsofferten, welche die Beschwerdeführer eingereicht hätten, vollständig ignoriert und sich mit keinem einzigen Wort dazu geäußert, womit es eine frappante Gehörsverletzung begangen habe, ist unbegründet, und zwar aus folgenden Gründen:

Als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist das Gericht verpflichtet, seinen Entscheid zu begründen ( BGE 146 II 335 E. 5.1). Es hat seinen Entscheid derart abzufassen, dass sich der Betroffene über die Tragweite desselben Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinn muss das Gericht wenigstens kurz die Überlegungen nennen, von denen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Es darf dabei auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken und ist nicht verpflichtet, jedes einzelne Vorbringen des Beschwerdeführers ausdrücklich zu widerlegen ( BGE 143 III 65 E. 5.2 ; 138 I 232 E. 5.1). Schliesslich kann die Begründung implizit erfolgen und sich aus verschiedenen Erwägungen des angefochtenen Entscheids ergeben ( BGE 141 V 557 E. 3.2.1).

Vorliegend hat das Obergericht ausgeführt, die Ermessenskontrolle beziehe sich auf die Frage der korrekten Handhabung von Art. 4 ZGB und es sei zu unterscheiden, ob eine Rechtsverletzung im Umfang einer Ermessensüber- oder -unterschreitung oder eines Ermessensmissbrauchs geltend gemacht werde oder aber eine blosser Angemessenheitsüberprüfung verlangt werde. Grundsätzlich auferlege sich die Berufungsinstanz bei der Überprüfung von Ermessenentscheiden ihrer Vorinstanz insoweit Zurückhaltung, als sie nicht eigenes Rechtsfolgeermessen ohne Weiteres an die Stelle des vorinstanzlichen stelle, insbesondere dann, wenn es örtliche und persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen gelte, denen das Sachgericht näher stehe. Die Berufungsinstanz habe sich - abgesehen von offensichtlichen Mängeln - grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben würden. Sodann erwog das Obergericht, das Bezirksgericht sei nicht verpflichtet gewesen, weitere Vorschläge für die Erbenvertretung einzuholen, zumal die zuständige Behörde in der Wahl der Erbenvertretung frei und an die Vorschläge der Parteien nicht gebunden sei. Gegen diese Erwägungen erheben die Beschwerdeführer keine Verfassungsprüfungen. Daraus ergibt sich aber ohne Weiteres, dass das Obergericht implizit die Notwendigkeit der Berücksichtigung der im oberinstanzlichen Verfahren eingereichten Vergleichsofferten verneint und damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer nicht

verletzt hat. Gleichermassen erweist sich der Vorwurf, das Bezirksgericht hätte weitere Abklärungen treffen bzw. weitere Offerten einholen müssen, und zufolge Unterlassung habe das Obergericht in willkürlicher Weise den Untersuchungsgrundsatz angewendet, als unbegründet.

#### **E. 5.3.4**

Auf die Rüge der willkürlichen Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes, weil das Bezirksgericht bereits einen Entscheid über die Einsetzung einer neuen Erbenvertretung gefällt habe, bevor ein formeller Entscheid über die Entlassung des bisherigen Erbenvertreters aus dem Amt gefällt worden sei, kann nicht eingetreten werden, denn die Beschwerdeführer setzen sich mit der Erwägung des Obergerichts, wonach die Einsetzung einer Erbenvertretung nach Rücktritt des bisherigen Erbenvertreters nicht beanstandet werde, nicht auseinander. Namentlich machen sie diesbezüglich keine Willkür in der Feststellung des Prozesssachverhalts geltend. Folglich kann auf diese Rüge mangels materieller Ausschöpfung des Instanzenzuges nicht eingetreten werden (zu den Anforderungen an die materielle Ausschöpfung vgl. BGE 146 III 203 E. 3.3.4; 143 III 290 E. 1.1; je mit Hinweisen).

#### **E. 5.4**

Schliesslich lässt sich weder den Erwägungen noch dem Dispositiv des Bezirksgerichts, welches das Obergericht bestätigt hat (Dispositiv-Ziff. 1), entnehmen, dass die Beschwerdeführer das Erbenvertreterhonorar "vorzuschliessen" hätten. Gemäss Dispositiv-Ziff. 4 des bezirksgerichtlichen Entscheids werden lediglich "die Kosten des Verfahrens" von Fr. 500.-- (vgl. Dispositiv-Ziff. 3) dem Nachlass von E. \_\_\_\_\_ auferlegt, vorerst aber bei den Beschwerdeführern bezogen. Daher zielen die diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdeführer an der Sache vorbei. Inwiefern der Bezug der Verfahrenskosten von Fr. 500.-- das rechtliche Gehör ( Art. 29 Abs. 1 BV ), die Eigentumsgarantie ( Art. 26 Abs. 1 BV ), das Recht auf ein faires Verfahren ( Art. 6 EMRK ) oder das Verursacherprinzip verletzen könnte, ist weder behauptet noch ersichtlich.

#### **E. 6**

Nach dem Ausgeführten erweisen sich die Beschwerden als unbegründet; sie werden abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Die Beschwerdeführer werden jeweils kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Für die Zwecke der Festsetzung der Gerichtskosten geht das Bundesgericht von einem Streitwert von Fr. 100'000.-- aus; es berücksichtigt aber auch, dass zwei Beschwerden erhoben wurden. Parteientschädigungen sind keine geschuldet, zumal sich die Beschwerdegegner lediglich zum Gesuch um aufschiebende Wirkung zu äussern hatten, sie mit ihrem diesbezüglichen Antrag auf Abweisung nicht durchgedrungen sind und ihnen entsprechend kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ist ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.