

ZH_OBERGERICHT LB190023 vom 18. Juli 2019

ZH Obergericht, 2019-07-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB190023

FR: ZH_OBERGERICHT LB190023 du 18 juillet 2019

IT: ZH_OBERGERICHT LB190023 del 18 luglio 2019

Erwägungen

E. 16

ff.): 1. Es wird für den Nachlass von H._____, geboren am tt. Februar 1925, gestorben am tt.mm.2014, bis zu dessen rechtskräftigen Teilung ein (Spezial-)Erbenvertreter im Sinne von Art. 602 Abs. 3 ZGB bestellt. 2. Der Erbenvertreter hat ausschliesslich die folgenden Befugnisse: a) Sicherstellung der ordnungs- und zweckmässigen Verwaltung der Nachlasslie- genschaften, insbesondere Abwicklung/Betreuung der Mietverhältnisse inkl. Einzug der Mietzinse, Sicherstellung des ordentlichen Unterhalts der Räum- lichkeiten und der Umgebung, für allfällige Neuvermietungen besorgt zu sein, die im Zusammenhang mit den Liegenschaften anfallende[n] Kosten (Unterhalt und Reparaturen, Heiz- und Betriebskosten, Gebühren, Abgaben, Versiche- rungen etc.) zu begleichen, Führung der Liegenschaftsabrechnung.

- 5 - b) Gegenüber den Mietern und allenfalls weiteren Drittpersonen die die Nachlass- liegenschaften betreffenden Vermieterrechte und -pflichten wahrzunehmen. Dabei hat der Erbenvertreter seine Tätigkeit den Erben gegenüber in einer ausführli- chen Schlussabrechnung auszuweisen. Sodann hat er dem anordnenden Gericht ei- nen jährlichen Rechenschaftsbericht über seine Vertretungstätigkeit einzureichen. 3. Im übrigen wird das vorsorgliche Massnahmebegehren der Klägerin abgewiesen. 4. Den Parteien wird eine Frist von 10 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um zu den Personen der aus Sicht des Gerichts geeigneten Erbenvertreter - J._____, K._____ AG, ... [Adresse] oder - F._____, E._____ GmbH, ... [Adresse] schriftlich in vierfacher Ausfertigung Stellung zu nehmen und allfällige Einwendungen gegen die Vorgeschlagenen zu erheben und zu begründen. Bei Säumnis wird Verzicht auf Stellungnahme angenommen und gestützt auf die Ak- ten entschieden. 5. Die Entscheidegebühr wird auf Fr. 3'600.– festgesetzt. 6. Die Gerichtskosten werden der Klägerin zur Hälfte (Fr. 1'800.–) und den Beklagten je zu einem Sechstel (Fr. 600.–) auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagten 1 bis 3 werden je verpflichtet, der Klägerin den Betrag von je Fr. 600.– zu ersetzen. 7. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 8. (Schriftliche Mitteilung). 9. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstill- stand gemäss Art. 145 ZGB). 1.2 Die (u.a.) von der Beklagten 3 dagegen erhobene Berufung wurde mit Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. November 2018 abgewiesen und der Beschluss des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 24. Sep- tember 2018 wurde bestätigt (OGer ZH LB180050 vom 21.11.2018 = Urk. 6/40/1). Dieser Entscheid blieb unangefochten. 1.3 Mit Beschluss vom 9. April 2019 entschied die Vorinstanz wie eingangs aufgeführt (Urk. 6/55 S. 8 ff. = Urk. 2 S. 8 ff.).

- 6 - 1.4 Mit Schreiben vom 27. April 2019 erhob die Beklagte 3 innert Frist Be- schwerde mit den eingangs dargestellten Anträgen (Urk. 1 S. 2). 1.5 Mit Präsidialverfügung vom 7. Mai 2019 wurde die Beschwerde als Be- rufung entgegengenommen und gleichzeitig der

Beklagten 3 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 1'200.– angesetzt. Auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde mangels Begründung nicht eingetreten (Urk. 5 S. 3 f.). Mit Schreiben vom 8. Mai 2019 wurde G. _____ von der E. _____ GmbH mitgeteilt, dass die Erbenvertreterin tätig werden könne (Urk. 9). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 5 und Urk. 14). 2. Die Beklagte 3 bildet zwar mit den beiden anderen Beklagten eine Streitgenossenschaft, ist indes zur selbständigen Erhebung von Rechtsmitteln berechtigt (BGE 130 III 550 E. 2.1.1 und E. 2.1.2). 3. Beschwerde 3.1 Die Beklagte 3 rügt u.a. die Verletzung von Art. 124 ZPO (wonach das Gericht die notwendigen prozessleitenden Verfügungen zur zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens erlässt). Sie beanstandet, dass ihr bis dato keine Frist zum Erstellen der Klageantwort angesetzt worden sei. Dadurch sei das Beschleunigungsgebot aufs Schwerste verletzt (Urk. 1 S. 3 f.). Mit diesem Vorbringen rügt die Beklagte 3 eine Rechtsverzögerung. 3.2 Mit der Beschwerde kann Rechtsverzögerung und damit die Verletzung des Beschleunigungsgebots geltend gemacht werden (Art. 319 lit. c ZPO). Dabei ist der Gestaltungsspielraum des Gerichts, dem die Verfahrensleitung zusteht, zu berücksichtigen, weshalb eine eigentliche Pflichtverletzung und damit in diesem Sinne eine Rechtsverzögerung nur in klaren Fällen angenommen werden sollte (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., Art. 320 N 7, Art. 319 N 17 und Art. 124 N 9). 3.3.1 Es liegt keine Rechtsverzögerung vor: Die Erbteilungsklage wurde am

E. 18

August 2017 anhängig gemacht (Urk. 6/1). Gleichzeitig ersuchte die Klägerin um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Urk. 6/1 S. 2). Hierauf wurde der Klägerin mit Verfügung vom 22. August 2017 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 46'500.– angesetzt (Urk. 6/6 S. 2 f.). Gleichzeitig wurde den Beklagten Frist angesetzt, zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen Stellung zu nehmen (Urk. 6/6 S. 3). Sodann wurden die Parteien mit Verfügung vom 31. August 2017 auf den 28. September 2017 zur Instruktionsverhandlung vorgeladen (Urk. 6/7). Die gleichen Vorladungen auf denselben Zeitpunkt ergingen auch in den Verfahren CP160001 und CP160002 (Urk. 6/11/2/2 und Urk. 6/13/1/2). Die Frist zum Erstellen der Stellungnahme wurde der Beklagten 1 einmal erstreckt (Urk. 6/9). Die Gesuche aller Beklagten um Verschiebung der Instruktionsverhandlung wurden abgewiesen (Urk. 6/11/2/1; Urk. 6/12; Urk. 6/13/1/1; Urk. 6/13/2; Urk. 6/14). In der Folge reichten die Beklagten am 25. September 2017 je eine Stellungnahme ein (Urk. 6/19-25). Mit jeweiligem Schreiben vom 26. bzw. 27. September 2017 teilten die Beklagten mit, nicht an der Instruktionsverhandlung teilzunehmen (Urk. 6/26-28). Mit Beschluss vom 5. Oktober 2017 wurden für die Instruktionsverhandlung Kosten festgesetzt und diese den Beklagten unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag auferlegt. Ebenso wurden die Beklagten verpflichtet, der Klägerin für die Instruktionsverhandlung eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 900.– inkl. MwSt. zu bezahlen (Urk. 6/29 S. 5). Zwischenzeitlich wurde mit Beschlüssen der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. Oktober 2017 auf die am 2. Oktober 2017 eingereichten Beschwerden der Beklagten 2 und 3 gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 22. August 2017 nicht eingetreten (OGer ZH RB170037 vom 24.10.2017 = Urk. 6/30/2; OGer ZH RB170036 vom 24.10.2017 = Urk. 6/30/1). Auf die hiergegen von der Beklagten 3 erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 21. März 2018 nicht ein

(BGer 5A_979/2017 vom 21. März 2018 = Urk. 6/33B). Gegen den Beschluss der Vorinstanz vom 5. Oktober 2017 erhoben die Beklagten je eine eigene Beschwerde, welche die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Urteilen vom 26. Juni 2018 abwies (OGer ZH RB170041-43 vom 26.06.2018 = Urk. 6/33/1-3). Mit Beschluss der Vorinstanz vom 20. Juni 2018 fand ein Referentenwechsel statt (Urk. 6/31). Schliesslich erging am 24. September 2018 vorangehend aufgeführter Beschluss (Urk. 6/36), gegen welchen die Beklagten am 13. Oktober 2018 je Berufung erhoben. Die Be-

- 8 - rufungen wurden mit Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. November 2018 abgewiesen (OGer ZH LB180050 vom 21.11.2018 = Urk. 6/40/1). In der Folge wurden Abklärungen betreffend Erbenvertretung getätigt (Urk. 6/42-45; Urk. 6/46-54). Schliesslich erging der angefochtene Beschluss (Urk. 6/55). 3.3.2 Zwar sind seit der Anhebung der Klage knapp zwei Jahre vergangen, indes ist zu berücksichtigen, dass keine grossen Lücken hinsichtlich des prozessualen Handelns auszumachen sind. Zu bedenken ist, dass zusätzlich ein vorsorgliches Massnahmeverfahren hängig ist und die in diesem Verfahren ergangenen Beschlüsse jeweils angefochten wurden. Damit befanden sich die Prozessakten seit anfangs Oktober 2017 bis mindestens Ende Juni 2018 und erneut von Oktober 2018 bis mindestens Ende November 2018 sowie vom Mai 2019 an beim Obergericht des Kantons Zürich bzw. beim Bundesgericht. Schliesslich erschienen die Beklagten an der Instruktionsverhandlung vom 28. September 2017 unentschuldig nicht. Dabei wäre es an diesem Termin gerade um die Erörterung des Streitgegenstandes gegangen und die Parteien hätten im Sinne der gerichtlichen Fragepflicht befragt werden können (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 226 N 4). Demnach kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, das Beschleunigungsgebot verletzt zu haben. So hängt denn auch die Verfahrensdauer eines Prozesses oftmals nicht nur vom Gericht selber ab, sondern ebenso vom Verhalten der Prozessparteien. Vorliegend beachtlich ist, dass aufgrund der jeweils erhobenen Beschwerden bzw. Berufungen und der wiederholten Gesuche der Beklagten 3 um Begründung prozessleitender Verfügungen der Entscheid bezüglich Einsetzung eines Erbenvertreters als vorsorgliche Massnahme einige Zeit in Anspruch nahm, so dass das Hauptverfahren noch nicht weiter fortschreiten konnte. Auch wenn Gerichtsprozesse beförderlich zu behandeln sind (Art. 124 Abs. 1 ZPO, Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK), ist der Vorinstanz keine Rechtsverzögerung vorzuwerfen. 3.4 Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Rechtsverzögerungsbeschwerde ist abzuweisen.

- 9 - 4. Berufung 4.1.1 Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 314 Abs. 1 ZPO ist die Berufung innert 10 Tagen seit Zustellung des angefochtenen Entscheides schriftlich und begründet einzureichen. Das Erfordernis der Begründung beinhaltet nach der Rechtsprechung, dass angesichts der reformatorischen Natur der Berufung auch Anträge in der Sache gestellt werden müssen, und zwar grundsätzlich im Rechtsbegehren selber und nicht bloss in der Begründung. Auf eine Berufung mit einem formell mangelhaften Antrag ist ausnahmsweise einzutreten, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt. Entsprechend sind Rechtsmittelanträge im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 4.2 und 4.3 S. 618 f.). Sodann genügt es in der Regel nicht, nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheides zu verlangen, da die kantonale Berufungsinstanz volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat. Ein solcher

Antrag kommt indes dann in Frage, wenn die Rechtsmittelinstanz wegen fehlender Spruchreife nur kassatorisch entscheiden kann (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO; Hungerbühler, DIKE- Komm-ZPO, Art. 312 N 17). Dies ist vorliegend nicht der Fall; das vorsorgliche Massnahmeverfahren (hierzu nachfolgend Erw. 4.4.2) ist spruchreif. Damit aber fehlt es an einem genügenden formellen Antrag. Indes kann aus der Begründung der Berufung gefolgert werden, dass die Beklagte 3 nicht nur die Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses vom 9. April 2019 anstrebt, sondern die Abweisung der klägerischen Begehren um Einsetzung einer Erbenvertretung und der damit verbundenen Anordnungen beantragt. Entsprechend ist auf die Berufung einzutreten. 4.1.2 Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Zu dieser Begründungsforderung gehört, dass in der Berufungsschrift dargelegt werden muss, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Das Berufungsverfahren ist nicht einfach eine Fortsetzung oder gar Wiederholung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern es geht darin um die Überprüfung des

- 10 - von der Vorinstanz getroffenen Entscheids aufgrund von erhobenen Beanstandungen. Die Berufungsschrift muss sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz konkret und im Einzelnen auseinandersetzen; pauschale Verweisungen auf bei der Vorinstanz eingereichte Rechtsschriften oder eine bloss neuerliche Darstellung der Sach- und Rechtslage genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Das Obergericht hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 311 N 36). In diesem Rahmen ist nur insoweit auf die Berufungsvorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 141 III 28 E. 3.2.4 m.w.H.) und die Berufungsschrift verständlich und nachvollziehbar ist. 4.1.3 Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf (unechte) Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 5A_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.w.H.). Diese Einschränkung bezüglich des Novenrechts gilt auch im Anwendungsbereich der sog. sozialen bzw. eingeschränkten Untersuchungsmaxime (BGE 138 III 625; BGE 142 III 413 E. 2.2.2). Entsprechend sind die erstmals im Berufungsverfahren eingereichten Unterlagen (Urk. 4/3-9) neu und damit unzulässig und unbeachtlich, zumal die Beklagte 3 nicht aufzeigt, aus welchen Gründen es ihr nicht möglich gewesen sein sollte, die aus dem Zeitraum März 2016 bis Januar 2019 stammenden Dokumente/Schreiben früher einzureichen. Aus demselben Grund ist auch auf die in diesem Zusammenhang stehenden Ausführungen (so u.a. Urk. 1 S. 6 f.) nicht einzugehen. 4.2.1 Soweit die Beklagte 3 lediglich wiederholt, was sie bereits in früheren Rechtsmittelverfahren vorgetragen hat (so insbesondere zu den Themen betref-

- 11 - fend Trennung der Verfahren, Erbenvertretung, Parteirollenverteilung im Rechtsmittelverfahren bzw. Streitgenossenschaft), muss hierauf nicht weiter eingegangen werden. Diese Themen wurden bereits in den früheren Beschwerde- bzw. Berufungsverfahren abgehandelt und entschieden (OGer ZH RB170036 vom 24.10.2017,

E. 2.4 S. 4 = Urk. 6/30/1; OGer ZH RB170043 vom 26.06.2018 = Urk. 6/33/1; OGer ZH LB180050-52 vom 21.11.2018 = Urk. 6/40/1-3). 4.2.2 Insbesondere hinsichtlich der Thematik "Einsetzung einer Erbenvertretung" bleibt darauf hinzuweisen, dass die Beklagte 3 den Beschluss der Vorinstanz vom 24. September 2018, mit welchem diese die Einsetzung einer Erbenvertretung angeordnet hatte, mit Berufung vom 13. Oktober 2018 anfocht (Urk. 6/40/1). Diese Berufung wurde mit Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. November 2018 – wie ausgeführt – abgewiesen (O-Ger ZH LB180050 vom 21.11.2018 = Urk. 6/40/1 S. 14 f.). Dieses Urteil blieb unangefochten. Gründe für eine Abänderung dieser Anordnung bzw. eine erneute Überprüfung bringt die Beklagte 3 nicht vor (vgl. Art. 268 Abs. 1 ZPO). Sie kann im vorliegenden Berufungsverfahren auch nicht geltend machen, die damalige Rechtsauffassung des Obergerichts des Kantons Zürich sei nicht zu schützen (Urk. 1 S. 5). Hätte sie sich gegen dieses Urteil wehren wollen, hätte sie dies mittels Beschwerde ans Bundesgericht tun müssen. Heute ist sie damit verspätet. Demgemäss ist auch nicht weiter auf die Ausführungen einzugehen, ob vorliegend die Voraussetzungen für die Anordnung einer Erbenvertretung erfüllt sind (so u.a. Urk. 1 S. 5 ff.). 4.2.3 Schliesslich ist auf die Ausführungen der Beklagten 3, soweit diese den Nachlass an sich betreffen, ebenso wenig einzugehen. Dies ist nicht Gegenstand des vorliegenden vorsorglichen Massnahmeverfahrens. 4.3.1 Die Beklagte 3 kritisiert die Gerichtsbesetzung im angefochtenen Beschluss als nicht gesetzeskonform. Ihrer Ansicht nach hätte ein Einzelgericht über die Bestellung einer Erbenvertretung entscheiden müssen. Ein summarisches und ein ordentliches Verfahren könnten nicht in einem Verfahren entschieden werden (Urk. 1 S. 1 f. und S. 4).

- 12 - 4.3.2 Dies trifft nicht zu: Zwar kann jeder Miterbe beim zuständigen Gericht im summarischen Verfahren die Ernennung einer Vertretung für die Erbengemeinschaft bis zur Teilung verlangen. Die sachliche Zuständigkeit richtet sich dabei nach dem jeweiligen kantonalen Recht. Dieses Verfahren gehört grundsätzlich zur freiwilligen Gerichtsbarkeit (BGer 5P.107/2004 vom 26. April 2004, E. 1 m.w.H.; BGer 5A_416/2013 vom 26. Juli 2013, E. 5.2). Die Einsetzung des Erbenvertreters kann aber auch als vorsorgliche Massnahme im Teilungsprozess durch das Erbteilungsgericht angeordnet werden (vgl. BGer 5A_781/2017 vom

E. 20

Dezember 2017, E. 1.1 m.w.H.; BSK ZGB II-Schauvelberger/Keller Lüscher, Art. 602 N 40). Wie ausgeführt, befinden sich die Parteien im Erbteilungsprozess. Damit stellt die mit Beschluss der Vorinstanz vom 24. September 2018 angeordnete Erbenvertretung im Sinne von Art. 602 Abs. 3 ZGB eine vorsorgliche Massnahme im vorgenannten Sinne dar. Im vorliegend angefochtenen Beschluss wurde lediglich die konkrete Erbenvertreterin benannt, deren Befugnisse definiert, ihr und den Parteien die diesbezüglich notwendigen Rechte und Pflichten eingeräumt und zudem beschlossen, vom Nachlasskonto seien Fr. 30'000.– auf das von der Erbenvertreterin für die Verwaltung der Nachlassliegenschaften eröffnete Konto bei der Zürcher Kantonalbank zu überweisen. Damit hat die Vorinstanz mit dem angefochtenen Beschluss lediglich die bereits mit Beschluss vom 24. September 2018 angeordnete vorsorgliche Massnahme konkretisiert und deren Ausgestaltung geregelt. Somit ist zu unterscheiden zwischen einem Verfahren, in welchem die (blosse) Einsetzung einer Erbenvertretung verlangt wird und einem Verfahren betreffend Erbteilung, in welchem innerhalb dieses Verfahrens um Einsetzung einer Erbenvertretung ersucht wird.

Im ersten Fall ist das Einzelgericht im summarischen Verfahren zuständig (§ 137 lit. h GOG). Im zweiten Fall ist das vorsorgliche Massnahmeverfahren innerhalb des dem ordentlichen Verfahren unterliegenden Erbteilungsprozesses durchzuführen. Dieses ist – unabhängig von der Verfahrensart im Hauptverfahren – zwar ebenfalls summarischer Natur (Art. 248 lit. d ZPO), doch entscheidet hierüber das in der Hauptsache zuständige Gericht, also bei Kollegialgeschäften – wie vorliegend – das Kollegium. Mangels gesetzlicher Grundlage entfällt eine Delegation an den Referenten (Hauer/Schweri/Lieber, GOG-Komm., § 24 N 77 mit Verweis auf Art. 261 ZPO und §

- 13 - 137 N 35). Entsprechend erging der angefochtene Beschluss zu Recht in einer Kollegialbesetzung. Damit aber handelt es sich auch nicht – wie von der Beklagten 3 sinngemäss vorgetragen (Urk. 1 S. 2 f.) – um eine unzulässige Klagenhäufung im Sinne von Art. 90 ZPO (s. auch OGer ZH LB180050 vom 21.11.2018, E. 4. d7, S. 12 = Urk. 6/40/1). 4.4.1 Weiter rügt die Beklagte 3, dass Art. 255 ZPO verletzt sei, wonach bei Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen sei (Urk. 1 S. 3 f.). Die Beklagte 3 sieht auch die richterliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO verletzt (Urk. 1 S. 8). 4.4.2 Vorliegend kann letztlich aus zwei Gründen offenbleiben, ob bei der Einsetzung einer Erbenvertretung im Rahmen vorsorglicher Massnahmen die soziale Untersuchungsmaxime (Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen) anzuwenden ist oder nicht: Zum einen ist – wie eingangs ausgeführt (vgl. Erw. 4.2.2) – auf die Thematik "Einsetzung einer Erbenvertretung" nicht weiter einzugehen. Zum anderen vermag die Berufungsbegründung in diesem Punkt den gesetzlichen Vorgaben (vgl. Erw. 4.1.2) ohnehin nicht zu genügen. Die blosser Behauptung, die Untersuchungsmaxime sei verletzt, reicht nicht. So zeigt die Beklagte 3 nicht auf, inwiefern die Vorinstanz im Konkreten die genannte Maxime verletzt haben sollte. Sie bringt lediglich vor, die Vorinstanz hätte weitere Abklärungen und Erkundigungen wie beispielsweise die Aktualisierung des Kontostandes des Nachlasskontos vornehmen müssen (Urk. 1 S. 8). Nicht klar ist, was die Beklagte 3 hieraus ableiten will. Damit ist die Begründung – wie gesagt – mangelhaft und es ist nicht weiter darauf einzugehen. Daran änderte auch die Anwendbarkeit der sozialen Untersuchungsmaxime nichts, da diese die Parteien nicht davon entbindet, dem Gericht den relevanten Sachverhalt vorzutragen und Beweismittel zu nennen. Entsprechend wäre es Sache der Parteien gewesen, den aktuellen Kontostand vor Vorinstanz zu thematisieren. Hierzu hätte die Beklagte 3 ausreichend Gelegenheit gehabt. Ebenso wenig dient das Institut der richterlichen Fragepflicht dazu, Versäumnisse oder Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen bzw. zu beheben.

- 14 - 4.5.1 Die Beklagte 3 rügt in verschiedener Hinsicht die Verletzung ihres Anspruchs auf Wahrung des rechtlichen Gehörs (inkl. Verletzung des Anspruchs auf Begründung des Entscheides) und eine unrichtige Rechtsanwendung. Sie ist der Ansicht, Art. 257 ZPO sei verletzt, da der Sachverhalt gerade nicht unbestritten und die Rechtslage nicht klar sei. Es sei keine Interessenabwägung der Parteien für die Sicherungsmassnahme erfolgt. Schliesslich moniert sie, dass ihr bislang keine Frist zum Erstaten der Klageantwort angesetzt worden sei (Urk. 1 S. 4). 4.5.2 Die Beklagte 3 irrt: Vorliegend ist nicht ein Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO Gegenstand des Verfahrens, sondern – wie in Erw. 4.3.2 dargelegt – eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO. Damit ist auf die in diesem Zusammenhang stehenden Ausführungen der Beklagten 3 nicht weiter einzugehen. Sofern sich die Beklagte 3 mit ihren Ausführungen erneut gegen die Einsetzung eines Erbenvertreters an sich stellt, ist hierauf ebenso wenig einzugehen. Da

bisher – wie in Erw. 3 ausgeführt – noch keine Möglichkeit zur Fristansetzung zum Erstaten der Klageantwort bestand, zielt schliesslich auch diese Rüge ins Leere. 4.6.1 Sodann kritisiert die Beklagte 3 die Feststellung der Vorinstanz als falsch, wonach sie zu den vorgeschlagenen Erbenvertretungen keine Einwände erhoben habe. Sie habe sich nur nicht dazu geäussert. Sie habe mitgeteilt, dass sie bislang keine Veranlassung gehabt habe, zu einem geeigneten Erbenvertreter Stellung zu nehmen. Es sei nicht begründet worden, warum die Vorinstanz gerade diese zwei Erbenvertreter vorgeschlagen habe. Bei dieser mangelhaften Aktenlage könne sie keine Meinung äussern (Urk. 1 S. 6). 4.6.2 Was die Beklagte 3 mit dieser Rüge bezweckt, bleibt unerfindlich. Fakt ist, dass sie zu den beiden vorgeschlagenen Erbenvertretungen keine Stellung genommen hat (vgl. Urk. 6/38). Damit hat sie gegen diese auch keine Einwände erhoben. Das Gericht ist nicht verpflichtet, eine Mindestanzahl an Erbenvertretungen vorzuschlagen. Hätte die Beklagte 3 gegen die Auswahl opponieren wollen, hätte sie dies im Rahmen der ihr eingeräumten Möglichkeit zur Stellungnahme vornehmen können (vgl. Urk. 6/36 S. 17). Im Berufungsverfahren wäre sie

- 15 - damit ohnehin verspätet. Indes bringt die Beklagte 3 auch in diesem Rahmen nichts gegen die nun eingesetzte Erbenvertretung vor. Damit hat es sein Bewenden. 4.7.1 Weiter ist die Beklagte 3 nicht damit einverstanden, dass die Kosten für die Erbenvertretung aus dem Nachlass zu beziehen sein sollen. Zwar sei dies an sich richtig, doch sei vorliegend das Verursacherprinzip anzuwenden. Allein die Klägerin habe die Ernennung des Erbenvertreters verursacht und ihre Mitwirkung bei der Nachlassliegenschaftsverwaltung in querulatorischer Absicht verweigert. Ohne Gesuch um Einsetzung eines Erbenvertreters würden die entsprechenden Kosten nicht anfallen. Damit aber handle es sich um eine persönliche Schuld der Klägerin (Urk. 1 S. 8 f.). 4.7.2 Dem kann nicht gefolgt werden. Das Bundesgericht hielt in seinem Urteil vom 28. Mai 2014 Folgendes fest (BGer 5A_241/2014 vom 28. Mai 2014, E. 2.2): "Aufgrund der Stellung und Funktion der Erbenvertretung gehen deren Kosten zu Lasten der Erbengemeinschaft und nicht des Antragstellers (Tuor/Piconi, Berner Kommentar, 1964, N. 60, und Escher/Escher, Zürcher Kommentar, 1960, N. 78, je zu Art. 602 ZGB). Die einst gegenteilige Ansicht, der Gesuchsteller habe die Kosten der Vertretung zu tragen, eventuell auch vorzustrecken (Curti-Forrer, Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen, 1911, N. 15 zu Art. 602 ZGB), war schon zu ihrer Zeit bestritten (Tuor, Berner Kommentar, 1929, N. 49 zu Art. 602 ZGB) und wird heute – soweit ersichtlich – nicht mehr vertreten. Befürwortet wird vielmehr eine differenzierte Betrachtungsweise, wonach die Kosten dann nicht zu Lasten der Erbengemeinschaft gehen sollen, wenn ein Miterbe in querulatorischer Absicht oder zum eigenen Vorteil seine Mitwirkung verweigert und damit die anderen Miterben erst veranlasst, eine Erbenvertretung zu begehren. Unter dieser Voraussetzung sind die Kosten nach dem Verursacherprinzip zu verteilen (Studer, Bemerkungen zu BGE 125 III 219 ff., in: AJP 2000 S. 740 f. Ziff. 5; Piotet, Le principe de l'action commune des membres d'une hoirie, FS Riese, 1964, S. 377 ff., S. 389)." 4.7.3 Vorliegend steht die Bestellung einer Erbenvertretung – entgegen der Annahme der Beklagten 3 – nicht im alleinigen Interesse der Klägerin, sondern im

- 16 - wohlverstandenen Interesse aller Erben. Nicht ersichtlich ist, aus welchem Grund die Beklagte 3 der Klägerin querulatorisches Verhalten vorwirft. Will sie die von ihr in anderem Zusammenhang getätigten Ausführungen herangezogen wissen (so u.a. die behauptete jahrelange Unterlassung der Haushaltsauflösung, die Weigerung der

Schlüsselaushändigung für das Einfamilienhaus, die Wohnungen L._____, M._____ und die Garage, der verweigerte Zugang zu Nachlassakten im Einfamilienhaus sowie die Verhinderung von Fortschritten zur Beendigung der Erbengemeinschaft, Urk. 1 S. 7 f.), ist ihr entgegenzuhalten, dass dies allein für die Annahme eines querulatorischen Verhaltens nicht ausreicht. Eine Einigung über die Erbteilung kann auch ohne vorangehende Hausräumung stattfinden. Inwiefern die Klägerin damit ihre Mitwirkung zum eigenen Vorteil verweigert haben sollte, ist nicht einzusehen. Solches macht die Beklagte 3 auch nicht geltend. So war es die Klägerin selber, welche die Einsetzung eines Erbenvertreters beantragt hatte. Damit hat sie aber nicht die anderen Miterben veranlasst, eine solche zu begehren. Kommt hinzu, dass es sich vorliegend nicht um ein einseitiges, sondern um ein kontradiktorisches Verfahren unter Einbezug aller Erben gehandelt hat. Es liegt eine sogenannte Erbgangsschuld vor, d.h. eine Verpflichtung, die nach dem Tode des Erblassers zulasten der Erbengemeinschaft entstanden ist. Sie stellt deshalb keine Schuld des Erblassers dar, sondern eine solche der Erben, die dafür solidarisch haften (vgl. BGer 5A_241/2014 vom 28. Mai 2014, E. 2.3, m.w.H.). Entsprechend besteht kein Anlass, vom Grundsatz, wonach die Kosten zu Lasten der Erbengemeinschaft gehen, abzuweichen. Der Vollständigkeit halber bleibt zu erwähnen, dass es seltsam anmutet, wenn die Beklagte 3 der Klägerin querulatorisches Verhalten vorwirft, selbst indes an der Instruktionsverhandlung vom 28. September 2017, anlässlich welcher über den gesamten Nachlass hätte verhandelt werden sollen, unentschuldigt nicht erschienen ist und sich damit selber wenig kooperativ gezeigt hat (vgl. OGer ZH RB170043 vom 26.06.2018 = Urk. 6/33/1).

4.7.4 Was schliesslich den Umstand anbelangt, dass ein Spezialerbenvertreter und kein Generalerbenvertreter eingesetzt wurde, wie dies die Klägerin beantragt hatte, wurde diesem im Beschluss der Vorinstanz vom 24. September

- 17 - 2018 im Rahmen der Kostenfolge durchaus Rechnung getragen (Urk. 6/36 E. 7.4 f.).

4.8.1 Weiter sieht die Beklagte 3 ihr Recht auf Selbstbestimmung verletzt, da sie zur Auskunftserteilung an die Erbenvertretung verpflichtet worden sei. Sie als Erbin habe für diese Information eine Klage gegen die Klägerin anheben müssen. Nun solle die Erbenvertretung diese Auskünfte von ihr erhalten, obschon diese eine "reine privatrechtliche, selbständige Stellung eigenen Rechts" habe. Dies verletze den Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien. Der Erbenvertreter sei nicht der Vertreter der Ernennungsbehörde (Urk. 1 S. 9). Damit geht die Beklagte 3 wohl davon aus, dass die Erbenvertretung für die von ihr benötigten Auskünfte ebenso Klage einreichen müsste.

4.8.2 Dem ist nicht zuzustimmen. Vorliegend hat die Vorinstanz in ihrem Beschluss vom 9. April 2019 die Rechte und Pflichten der Beteiligten festgehalten. Dies zu Recht: Die Rechtsprechung hat sich dafür ausgesprochen, dem einzelnen Erben die gleiche Auskunftspflicht dem Erbenvertreter wie den Miterben gegenüber aufzuerlegen (Piconi, Der Erbenvertreter nach Art. 602 Abs. 3 ZGB, Zürcher Studien zum Privatrecht 185, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 46 f. mit Verweis auf BGE 90 II 372; BGE 118 II 264 und weitere). Die Auskunftspflicht der Erben im Rahmen der Art. 607 Abs. 3 ZGB und Art. 610 Abs. 2 ZGB erstreckt sich damit auch auf den Erbenvertreter (Piconi, a.a.O. S. 46 f. m.w.H.). Verweigern oder unterlassen die Erben oder Dritte solche Auskünfte, so kann der Erbenvertreter sein Auskunftsrecht klageweise vor dem ordentlichen Gericht durchsetzen. Dies bedeutet indes nicht, dass auf jeden Fall Klage auf Auskunftserteilung zu erheben ist. Indem die Vorinstanz (u.a.) die Beklagte 3 in Dispositivziffer 4 des angefochtenen Beschlusses zur Auskunft verpflichtet hat, hat sie nicht mehr angeordnet, als ohnehin von Gesetzes wegen an Auskunftspflicht besteht. Darüber hinaus ist der Beklagten 3

entgegenzuhalten, dass in dieser Hinsicht allein schon deswegen keine Ungleichbehandlung der Parteien vorliegen kann, da der Erbenvertreter – wie bereits ausgeführt – gerade nicht Vertreter eines einzelnen Erben und damit auch nicht Partei im vorliegenden Verfahren ist.

- 18 - 4.9.1 Die Beklagte 3 moniert schliesslich die Anordnung in Dispositivziffer 6 des angefochtenen Beschlusses, wonach die Bezirkssparkasse Dielsdorf angewiesen werden wird, Fr. 30'000.– vom Nachlasskonto auf ein Konto bei der Zürcher Kantonalbank zu überweisen. Das Handeln auf eigene Rechnung und die weitreichenden Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse stünden hierzu im Widerspruch. Diese Anweisung sei vielmehr eine Sicherstellung des Honoraranspruchs der Erbenvertretung. Eine solche sei im Gesetz nicht vorgesehen. Sodann enthielten die Fr. 68'808.–, welche sich per August 2017 auf dem Nachlasskonto befunden hätten, auch die bis heute noch nicht ausbezahlten Anteile der Erbinnen an den Liegenschaftserträgen der Jahre 2014 bis 2016. Dementsprechend sei die angestellte Überlegung, wonach die nötigen finanziellen Mittel für die Sicherstellung einer ordnungsgemässen Verwaltung vorhanden seien, falsch. Berücksichtige man nämlich die noch auszahlenden Liegenschaftserträge 2014 bis 2016, bleibe nichts mehr übrig (Urk. 1 S. 9 f.). 4.9.2 Die Beklagte 3 scheint zu übersehen, dass mit Dispositivziffer 6 des angefochtenen Beschlusses noch gar keine Anweisung erteilt, sondern eine solche erst in Aussicht gestellt wurde. Die angefochtene Dispositivziffer begründet somit (noch) keine Rechte oder Pflichten und greift weder in die Rechtsstellung der Parteien noch in diejenige eines Dritten ein. Entsprechend ist die Beklagte 3 durch sie auch nicht beschwert. Eine Beschwerde ist jedenfalls nicht ersichtlich und auch nicht dargetan. Diesbezüglich mangelt es an der Berufungsfähigkeit des angefochtenen Entscheids. 4.9.3 Selbst wenn es sich bei Dispositivziffer 6 des vorinstanzlichen Beschlusses um eine verbindliche und als solche anfechtbare Anweisung handeln würde, vermöchte die Berufung in diesem Punkt nicht durchzudringen. Einerseits hat die Beklagte 3 nicht behauptet, dass hinsichtlich der Liegenschaftserträge eine partielle Erbteilung erfolgt wäre. Damit aber fallen die Liegenschaftserträge in die unverteilte Erbmasse, weshalb diese auch noch nicht auszubezahlen sind. Entsprechend sind ausreichend liquide Mittel vorhanden, welche zur Bewirtschaftung der Liegenschaft (Zahlungsverkehr wie Mietzinseinnahmen, Zahlung von Handwerkerrechnungen, Gebühren, Service) herangezogen werden können.

- 19 - 4.9.4 Andererseits ist der Erbenvertreter ohnehin befugt, die ihm angemessene erscheinende Vergütung in Abzug zu bringen, bevor er am Ende seiner Verwaltungstätigkeit die Erbschaft den Berechtigten herausgibt. Bei länger dauernder Tätigkeit hat der Erbenvertreter auch das Recht, periodische Vorschüsse zu beziehen. Vorbehalten bleibt natürlich das Recht der Erben, anlässlich der Schlussabrechnung die Honorar- und Spesennote des Erbenvertreters zu prüfen. Sodann steht dem Erbenvertreter für den Umfang seiner Honorarforderung sowie der Spesen ein Retentionsrecht gemäss Art. 895 ZGB an den sich in seinem Besitz befindenden Nachlassgegenständen zu (Piconi, a.a.O., S. 172 f.). Demzufolge ist der Rüge der Beklagten 3, wonach der Erbenvertreter keinen Anspruch auf Sicherstellung seines Honoraranspruchs habe, der Boden entzogen. Ebenso zielt die Rüge der Gehörsverletzung hinsichtlich Entschädigung des Erbenvertreters (Urk. 1 S. 10) ins Leere. Wie ausgeführt, werden die Erbinnen hierzu nach Vorlage der Schlussrechnung angehört. 4.10 Damit erweist sich die Berufung als offensichtlich unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Berufungsantwort der Gegenparteien verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist abzuweisen und der Beschluss der Vorinstanz vom 9. April 2019 ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). 5.1 Die zweitinstanzliche

Entscheidgebühre ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 8 Abs. 3 GebV OG auf Fr. 2'400.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss der Beklagten 3 aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit ihrem Kostenvorschuss zu verrechnen. Für den Mehrbetrag wird die Obergerichtskasse Rechnung stellen. 5.2 Den Beklagten 1 und 2 und der Klägerin sind mangels relevanter Umtriebe im Rechtsmittelverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 ZPO). Die Beklagte 3 hat als unterliegende Partei ohnehin keinen Anspruch auf Parteientschädigung. Es wird erkannt:

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