

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF170067-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur  
sowie Leitender Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden

## Urteil vom 9. April 2018

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

sowie

**C.**\_\_\_\_\_,

Verfahrensbeteiligte,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Z.\_\_\_\_\_,

betreffend **Bestellung eines Erbenvertreters in den Nachlässen von D.\_\_\_\_\_**  
**und E.\_\_\_\_\_**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
des Bezirksgerichtes Uster vom 27. Oktober 2017 (EN170127)

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

1. In den Nachlässen des am tt.mm. 2008 verstorbenen Dr. D.\_\_\_\_\_, zuletzt wohnhaft gewesen in F.\_\_\_\_\_, und der am tt.mm.2016 verstorbenen Dr. E.\_\_\_\_\_, zuletzt wohnhaft gewesen in F.\_\_\_\_\_, sei ein Erbenvertreter gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB einzusetzen.
2. Die Person des unabhängigen, nicht Erbenstellung aufweisenden Erbenvertreters sei vom Einzelgericht nach Anhörung der Erben zu bestimmen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Mehrwertsteuerzusatz von 8%) zulasten der Gesuchsgegnerinnen, eventua-  
liter zulasten des Nachlasses.

**Urteil des Bezirksgerichtes Uster:**

(act. 33)

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 5'500.–.
3. Die Entscheidgebühr wird der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteient-  
schädigung von Fr. 6'000.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
5. [Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung]

**Berufungsanträge:**

der Berufungsklägerin (act. 34):

1. Es sei die Verfügung vom 27. Oktober 2017 des Bezirksgerichts Uster im Verfahren EN170127 vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei in den Nachlässen des am tt.mm.2008 verstorbenen Dr. D.\_\_\_\_\_, zuletzt wohnhaft gewesen in F.\_\_\_\_\_, und der am

tt.mm.2016 verstorbenen Dr. E.\_\_\_\_\_, zuletzt wohnhaft gewesen in F.\_\_\_\_\_, ein Generalerbenvertreter gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB einzusetzen.

3. Es sei die Person des unabhängigen, nicht Erbenstellung aufweisenden Erbenvertreters vom Obergericht nach Anhörung der Erben zu bestimmen.

**Eventualiter:**

4. Es sei die Verfügung vom 27. Oktober 2017 des Bezirksgerichts Uster im Verfahren EN170127 zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Mehrwertsteuerzusatz von 8%) sowohl bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrens als auch des Berufungsverfahrens zulasten der Berufungsbeklagten.

der Berufungsbeklagten (act. 43):

1. Die Berufung sei im Haupt- und Eventualbegehren vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. gesetzlicher MWSt. zulasten der Berufungsklägerin.

**Erwägungen:**

1. Einleitung, Prozessgeschichte

D.\_\_\_\_ (geboren am tt. Juli 1915) war mit E.\_\_\_\_ (geboren am tt. Juni 1914) verheiratet. Sie hatten drei Töchter: A.\_\_\_\_ (geboren am tt. Februar 1954), B.\_\_\_\_ (geboren am tt. November 1955) und C.\_\_\_\_ (geboren am tt. Dezember 1957). Der Vater verstarb am tt.mm.2008, die Mutter am tt.mm.2016.

Am 22. Juni 2017 stellte A.\_\_\_\_ (Gesuchstellerin und Berufungsklägerin) beim Bezirksgericht Uster gegen ihre beiden Schwestern ein Gesuch um Bestellung eines Erbenvertreters. B.\_\_\_\_ (Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte) stellte den Antrag, das Gesuch sei abzuweisen. C.\_\_\_\_ (Verfahrensbeteiligte) erklärte, sie verzichte auf eine Stellungnahme und unterwerfe sich unabhängig vom Ergebnis dem Entscheid. Nach durchgeführtem Verfahren wies die Vorinstanz das Gesuch ab. Der Entscheid wurde A.\_\_\_\_ am 3. November 2017 zugestellt

(act. 31). Am 13. November 2017 (Datum Poststempel) erhob sie rechtzeitig Berufung (act. 34). Mit Verfügung vom 24. November 2017 wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 5'000.00 angesetzt (act. 38). Der Vorschuss wurde bezahlt (act. 40). Mit Verfügung vom 19. Februar 2018 wurde der Berufungsbeklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 41). Diese wurde am 2. März 2018 erstattet (act. 43). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog, die Einsetzung eines Erbenvertreters im Sinne von Art. 602 Abs. 3 ZGB setze formell den Bestand einer Erbengemeinschaft und das Fehlen eines Willensvollstreckers oder einer Erbschaftsverwaltung voraus. Diese Voraussetzungen seien erfüllt. Materiell werde die Handlungsunfähigkeit der Erbengemeinschaft vorausgesetzt, blosse Meinungsverschiedenheiten genügten nicht. Es seien die Interessen der Erbschaft als Ganzes zu berücksichtigen und nach objektiven Kriterien zu prüfen, ob die Bestellung eines Erbenvertreters im Hinblick auf den Grundsatz der freien privaten Erbteilung als gerechtfertigt erscheine. Das Gesuch werde in einem summarischen, der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörenden Verfahren geprüft. Der Sachverhalt sei zwar von Amtes wegen festzustellen. Die Beweislast treffe indes die Gesuchstellerin, die für den von ihr behaupteten Sachverhalt den strikten Beweis zu erbringen habe.

Zum Nachlass des Vaters gehörten die Villen G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ im Tessin, eine Bauparzelle im gleichen Kanton, Landwirtschaftsland in I.\_\_\_\_\_ und ein Chalet in J.\_\_\_\_\_. Zum Nachlass der Mutter zähle ein UBS-Portfolio mit einem Wert von rund 1.2 Millionen Franken sowie die in Winterthur gelegene Villa K.\_\_\_\_\_ und eine Liegenschaft in L.\_\_\_\_\_/TG.

In Bezug auf die Liegenschaften im Tessin habe die Berufungsklägerin behauptet, mangels Einigung der Erbengemeinschaft könnten dringende Unterhaltsarbeiten nicht mehr durchgeführt werden. Die Substanz der Häuser sei bedroht. Wegen des schlechten Zustandes könne die Villa G.\_\_\_\_\_ nicht mehr zu marktkonformen Bedingungen vermietet werden. Zudem habe die Stadt M.\_\_\_\_\_ eine radikale In-

standstellung der Liegenschaft verlangt und den Erbinnen Frist zur Benennung eines gemeinsamen Vertreters angesetzt. Der Nachbar N. \_\_\_\_\_ habe die Erbinnen auf Instandstellung des Gebäudes verklagt. Die Vorinstanz ging davon aus, die Villa G. \_\_\_\_\_ werde zurzeit für monatlich 7'000 Franken vermietet. Mit der Behauptung, dies sei nicht marktkonform, dringe die Berufungsklägerin nicht durch. Aufgrund der eingereichten Fotos sei zwar erwiesen, dass die Villa G. \_\_\_\_\_ renovationsbedürftig sei, die behaupteten grob substanzbedrohenden Mängel seien indes nicht erstellt. Bezüglich der Bestellung eines gemeinsamen Vertreters habe die Verfahrensbeteiligte sich zur Unterzeichnung einer Vollmacht an Rechtsanwalt O. \_\_\_\_\_ bereit erklärt, falls die Kosten in der Angelegenheit "Baugesuch P. \_\_\_\_\_" von derjenigen Erbin übernommen würden, welche die Villa G. \_\_\_\_\_ im Rahmen der Erbteilung übernehme. In der Sache P. \_\_\_\_\_ sei ein Vergleich erzielt worden. Die Berufungsklägerin habe den Beweis für die Behauptung, die Erbengemeinschaft werde nicht durch Rechtsanwalt O. \_\_\_\_\_ vertreten, nicht erbracht. Weiter sei nicht davon auszugehen, dass die Erbinnen nicht in der Lage seien, die Tessiner Liegenschaften zu erhalten und zu verwalten. Die Einsetzung eines Erbenvertreter wäre deshalb unverhältnismässig. Daran ändere auch die Behauptung der Berufungsklägerin bezüglich Schwierigkeiten bei der Eigennutzung nichts, da dadurch weder die Erhaltung noch die Verwaltung der Liegenschaften erschwert werde.

Hinsichtlich des Chalets in J. \_\_\_\_\_ habe die Berufungsklägerin behauptet, die Liegenschaft stehe seit über einem Jahr leer. Es sei wiederholt zu Mottenplagen gekommen, die Fahrhabe sei gefährdet. Im Bad und in der Küche sei das Wasser abgestellt worden, was zu schlechten Gerüchen und Schäden führen können. Das Chalet sei von Holzwürmern befallen und der Zugangsweg beginne völlig zu überwachsen. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Berufungsklägerin keine substantiierten Behauptungen zum Zustand der Liegenschaft erhoben habe. Was sie ausgeführt habe, deute nicht auf eine Gefährdung der Substanz der Liegenschaft hin.

Die Berufungsklägerin habe behauptet, die Liegenschaften in Winterthur und L. \_\_\_\_\_ würden zurzeit von der Q. \_\_\_\_\_ AG verwaltet, doch laufe der Vertrag

aus. Komme es zu keiner Einigung zwischen den Erbinnen, werde die Gesellschaft das Mandat nicht mehr weiterführen. Die Vorinstanz hielt fest, die Berufungsklägerin habe die Deblockierung des Bewirtschaftungskontos bei der UBS AG für die Q.\_\_\_\_\_ AG in die Wege geleitet. Es sei nicht davon auszugehen, dass das Mandat nicht weitergeführt werde.

Die Berufungsklägerin habe weiter geltend gemacht, Bezahlungen aus dem Nachlass könnten, wenn überhaupt, nur noch mit grösster Mühe bewerkstelligt werden. Das ZKB-Konto sei bald aufgebraucht. Eine nötige Überweisung von 130'000 Franken aus dem UBS-Konto sei von der Berufungsbeklagten abgelehnt worden. Namhafte Beträge seien von den Erbinnen aus dem eigenen Vermögen bezahlt worden, was im Rahmen des Erbteilungsprozesses zu erheblichen Meinungsverschiedenheiten führen werde. Ohne die Einsetzung eines Erbenvertreters drohten rufschädigende Beteiligungen und es könne sein, dass Bauhandwerkerpfandrechte eingetragen würden. Zudem sei eine Verwaltung des namhaften mütterlichen Portfolios ausgeschlossen. Die Vorinstanz hielt dem entgegen, dass es in der Natur der Sache liege, dass die Bezahlung von Nachlassrechnungen die Zustimmung aller Erbinnen voraussetze. Was von den Erbinnen aus der eigenen Tasche bezahlt worden sei, könne im Rahmen der Erbteilung berücksichtigt werden. Im Laufe des Jahres 2016 sei für eine gewisse Zeit die Entgegennahme von Nachlasskorrespondenz ungeregelt geblieben. Das Problem sei aber gelöst worden. Der behauptete Liquiditätsengpass bestehe nicht, da Zahlungen auch direkt vom UBS-Konto erfolgen könnten. Hinsichtlich der Verwaltung des Portfolios sei zwar einzuräumen, dass ein höherer Ertrag zu erwarten sei, wenn die Vermögenswerte professionell verwaltet würden. Indes sei nicht behauptet worden, die Erwirtschaftung der ordentlichen Erträge sei gefährdet.

Die Berufungsklägerin habe vorgebracht, die Erbengemeinschaft sei in mehrere gerichtliche Verfahren involviert und mit der R. \_\_\_\_\_ sei ein Dienstbarkeitsvertrag auszuhandeln. Die Erbinnen seien sich uneinig. Die Vorinstanz erwog, die Verfahren seien durch Vergleich erledigt worden. Diesbezüglich bestehe kein Bedarf mehr zur Bestellung eines Erbenvertreters. Bezüglich des auszuhandelnden Dienstbarkeitsvertrages sei zu bedenken, dass die Entscheidungsfindung einer Erbengemeinschaft naturgemäss eher ineffizient sei. Es sei aber davon auszugehen, dass innert nützlich Frist ein Konsens gefunden werden könne.

Schliesslich habe die Berufungsklägerin behauptet, die Berufungsbeklagte habe ein auf ihren Namen lautendes "Baukonto" bei der UBS eröffnet. Von ihrem Rechtsvertreter habe die Berufungsbeklagte ein Darlehen in der Höhe von 150'000 Franken erhalten. Auf dem Konto müssten mittlerweile rund 252'000 Franken sein. Dieser Betrag müsste auch Mietzinseinnahmen der Villa G. \_\_\_\_\_ enthalten. Von der Berufungsbeklagten erhalte die Berufungsklägerin keine genügenden Auskünfte. Anlässlich einer Schlichtungsverhandlung im August 2017 habe die Berufungsbeklagte eingeräumt, das Konto saldiert und das Geld zur Rückzahlung des Darlehens verwendet zu haben. Nach Darstellung der Berufungsklägerin zeige dies, dass die übrigen Erbinnen der Eigenmacht der Berufungsbeklagten ausgeliefert seien und namhafte Nachlasswerte gefährdet seien. Die Vorinstanz erinnerte daran, dass die Sanierung der Villa G. \_\_\_\_\_ bereits im Jahr 2010 zu Streit und zum Verfahren EN100048 geführt habe. Bereits damals sei festgehalten worden, dass im Verfahren um die Bestellung eines Erbenvertreters nicht retrospektiv Handlungen einzelner Erbinnen zu beurteilen seien. So sei es auch heute noch. Die Ausführungen der Berufungsklägerinnen in diesem Punkt seien irrelevant.

Auf die Einzelheiten der vorinstanzlichen Begründung sowie der Argumente der Parteien ist soweit erforderlich im Rahmen der Würdigung einzugehen.



### 3. Argumente der Berufungsklägerin

Die Berufungsklägerin bringt vor, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass ein Erbenvertreter erst zu bestellen sei, wenn die Substanz des Nachlasses gefährdet sei. Nach Lehre und Rechtsprechung genüge eine erhebliche Erschwerung der rationellen Erhaltung und Verwaltung der Erbschaft. Diese Anforderung sei vorliegendenfalls erfüllt, die Erbengemeinschaft sei handlungsunfähig.

Bezüglich der Liegenschaften im Tessin sei die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen, die Erbengemeinschaft werde durch Rechtsanwalt O.\_\_\_\_\_ vertreten. Der Anwalt handle im Interesse der Berufungsbeklagten. Unzutreffend sei auch die Annahme, die Villa G.\_\_\_\_\_ werde zurzeit zum Preis von monatlich 7'000 Franken vermietet. Das Haus stehe sei Jahren leer. Mit der Anordnung der Erbenvertretung werde auch beabsichtigt, die verbotene Eigenmacht der Berufungsbeklagten zu beenden. Diese habe ohne Zustimmung der Miterbinnen ein Rissprotokoll erstellen lassen. Dem Baugesuch "P.\_\_\_\_\_" habe die Berufungsklägerin zwar tatsächlich zugestimmt, jedoch unter der Bedingung, dass die Berufungsbeklagte zustimme, dass die Kosten zu Lasten des Baukontos bei der UBS gingen. Eine Zustimmung seitens der Berufungsbeklagten liege nicht vor.

Hinsichtlich des Chalets in J.\_\_\_\_\_ bringt die Berufungsklägerin vor, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt. Es sei davon auszugehen, dass erneut ein Einsatz des Kammerjägers nötig werde, die Kosten würden an der Berufungsklägerin hängen bleiben. Die Liegenschaft sei ein Risiko für das Nachlassvermögen.

Im Hinblick auf die Liegenschaften in Winterthur und L.\_\_\_\_\_ drohe nach wie vor die Mandatsniederlegung durch die Q.\_\_\_\_\_ AG. Die Berufungsbeklagte biete nicht Hand für den Neuabschluss des Vertrages. Dies zeige, dass die Erbengemeinschaft handlungsunfähig sei.

Die Handlungsunfähigkeit der Erbengemeinschaft zeige sich auch im Zusammenhang mit dem ZKB-Konto. Die Berufungsklägerin habe mit einer Umschichtung auf eine andere Bank die Risiken eines Bankausfalls minimieren und einen gere-

gelten Zahlungsverkehr erhalten wollen. Viele Zahlungen seien erst nach der zweiten oder letzten Mahnung erfolgt, was zeige, dass rufschädigende Beteiligungen drohten. Entgegen der Annahme der Vorinstanz seien auch die Probleme bei der Entgegennahme von Nachlasspost belegt.

Die Erbinnen seien in die Gerichtsverfahren N.\_\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_\_ hineingezogen worden. Die Berufungsklägerin stellt nicht in Abrede, dass diese Verfahren durch Vergleich erledigt wurden, stellt sich aber auf den Standpunkt, dass die Verfahren nicht nötig gewesen wären, wenn die Erbengemeinschaft funktioniert hätte.

Der Streit um das Baukonto bei der UBS zeige, dass die Erbengemeinschaft nicht handlungsfähig sei. Entgegen dem Vorwurf der Vorinstanz gehe es der Berufungsklägerin nicht darum, durch Einsetzung eines Erbenvertreters retrospektiv das Handeln einzelner Erbinnen beurteilen zu lassen. Es gehe ihr um den Schutz vor künftigem eigenmächtigem Verhalten der Berufungsbeklagten.

#### 4. Argumente der Berufungsbeklagten

Die Berufungsbeklagte macht geltend, die Erbinnen hätten zwar Meinungsverschiedenheiten, hätten aber in wichtigen Angelegenheiten immer einen Konsens finden können. Dies gehe unter anderem aus dem Umstand hervor, dass man in der Sache "P.\_\_\_\_\_" mit Rechtsanwalt O.\_\_\_\_\_ einen gemeinsamen Vertreter bestellt und schliesslich einen Vergleich geschlossen habe. Ob dieser Vergleich an Bedingungen geknüpft sei, sei nicht relevant. Die Substanz der Liegenschaften sei nicht gefährdet. Mit dem Vergleich sei auch die Erstellung eines Rissprotokoll vereinbart worden. Dies habe die Berufungsbeklagte an die Hand genommen. Es wäre der Berufungsklägerin frei gestanden, dies selber zu tun. Die Erbinnen seien sich darüber einig, dass jede Erbin die nicht unmittelbar substanznotwendigen Investitionen für diejenigen Liegenschaften übernehme, die sie in der Erbteilung übernehmen wolle. Die Auslagen würden später zum Ausgleich gebracht. Anlässlich der Sitzung vom 19. August 2017 hätten sich die Erbinnen darauf geeinigt, die Teilung zügig an die Hand zu nehmen. Aus diesem Grund seien nur noch dringende Investitionen vorzunehmen.

Die notwendigen Zahlungen seien von den Erbinnen stets ausgelöst worden. Eine Betreuung gegen eine der Erbinnen sei nicht zu befürchten. Erst seit Einreichung der Berufung verweigere die Berufungsklägerin die Mitwirkung aus verfahrensstrategischen Gründen, wohl um die Handlungsunfähigkeit zu belegen.

Zutreffend sei die Behauptung der Berufungsklägern, wonach die Villa G.\_\_\_\_\_ nicht mehr vermietet werden könne. Die Substanz des Hauses werde dadurch nicht gefährdet. Die Erbinnen hätten vereinbart, Gespräche über die Erbteilung zu führen. Deshalb würden keine Investitionen mehr vorgenommen. Die Berufungsklägerin verweigere das Gespräch. Die Berufungsbeklagte habe Rechtsanwalt O.\_\_\_\_\_ mandatiert, damit dieser die ganze Erbengemeinschaft vertreten könne. Selbstverständlich habe die Berufungsbeklagte ihre Schwestern nicht verpflichten können. Rechtsanwalt O.\_\_\_\_\_ habe mit dem Vertreter der Berufungsklägerin Kontakt aufgenommen.

Entgegen der Darstellung der Berufungsklägerin sei die Substanz des Chalets in J.\_\_\_\_\_ nicht gefährdet. Meistens habe sich die Verfahrensbeteiligte um die Verwaltung gekümmert. Die Erbengemeinschaft habe substanzerhaltende Investitionen gemeinsam getragen.

Ebenfalls zu Unrecht befürchte die Berufungsklägerin eine Mandatsniederlegung durch die Q.\_\_\_\_\_ AG. Die anfallenden Kosten, inklusive des Mandatshonorares, würden über das UBS-Konto bezahlt.

Aus den Auseinandersetzungen mit S.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ leite die Berufungsklägerin zu Unrecht die Handlungsunfähigkeit der Erbengemeinschaft ab. S.\_\_\_\_\_ sei als Arbeitnehmerin für die Betreuung der Mutter der Erbinnen zuständig gewesen. Bei N.\_\_\_\_\_ handle es sich um einen Tessiner Nachbarn, der versucht habe, die Erbengemeinschaft zum Schneiden von Sträuchern und Bäumen zu verpflichten. Unabhängig von der Harmonie der Erbengemeinschaft seien solche Verfahren immer möglich.

Der Streit um das Baukonto sei für das Verfahren nicht relevant. Ein eigenmächtiges Vorgehen durch die Berufungsbeklagte drohe nicht.

## 5. Würdigung

5.1. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Die Berufungsinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und ist dabei weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden.

Gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB kann die zuständige Behörde auf Begehren eines Miterben für die Erbgemeinschaft bis zur Teilung eine Vertretung bestellen. Zuständige Behörde ist im Kanton Zürich das Einzelgericht am Bezirksgericht (§ 137 lit. h GOG). Die Bestellung eines Erbenvertreters ist eine vorsorgliche Massnahme und eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit (BGer 5A\_121/2012 E. 1, BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, 5. Auflage, Art. 602 N 40). Das summarische Verfahren ist anwendbar (Art. 248 lit. d und e ZPO). Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 255 lit. b ZPO). Weil es um eine vorsorgliche Massnahme geht, gilt das Beweismass des Glaubhaftmachens (BSK ZGB I-LARDELLI, 5. Auflage, Art. 8 N 21). Aus der von der Vorinstanz zitierten Meinung (BSK ZPO-MAZAN, 2. Auflage, Art. 256 N 7) ergibt sich entgegen ihrer Ansicht nicht, dass das Regelbeweismass gilt. MAZAN hält dort zutreffend fest, dass die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes nicht zu einer Beweismassbeschränkung führt. Dies bedeutet aber nicht, dass im Verfahren der vorsorglichen Massnahme das Beweismass des Glaubhaftmachens nicht zur Anwendung gelangt, wenn (zusätzlich) der Untersuchungsgrundsatz gilt.

Die Kann-Formulierung in Art. 602 Abs. 3 ZGB gibt dem Gericht einen grossen Ermessensspielraum. Dennoch ist es nicht völlig frei in der Anordnung einer Erbenvertretung. Es müssen dafür wichtige Gründe vorliegen. Sie sind unter anderem dann vorhanden, wenn die Erben zur Besorgung der Verwaltung unfähig sind, wenn unter ihnen über eine zu treffende Massnahme Meinungsverschiedenheiten bestehen, so dass ein einstimmiger Beschluss nicht möglich ist, und ferner wenn es gilt, die Gemeinschaft vor den Handlungen eines einzelnen Erben zu schützen. Dass eine unrichtige oder unzweckmässige Verwaltung oder gar eine Überschreitung der einem Erben als Vertreter eingeräumten Befugnisse nachge-

wiesen werden kann, ist nicht Voraussetzung für die Bestellung eines Erbenvertreters. Es muss genügen, dass das Vertrauensverhältnis unter den Erben zerstört ist. Bei der Ausübung des Ermessens ist auch zu berücksichtigen, dass die Erbenvertretung Kosten verursacht (BGer 5D\_133/2010 E. 5.1.). Nach der ständigen Praxis sind an den die Erbenvertretung rechtfertigenden Konflikt unter Miterben keine hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt insbesondere das Vorliegen einer die rationelle Verwaltung beeinträchtigenden Uneinigkeit (OGer ZH, LF130072 mit Hinweis auf ZR 84 Nr. 3).

5.2. Die Parteien und die Verfahrensbeteiligte bilden seit dem Tod ihres Vaters im Jahr 2008 eine Erbengemeinschaft (damals noch zusammen mit der 2016 verstorbenen Mutter). Bereits im Jahr 2010 wurde ein Gesuch um Bestellung eines Erbenvertreters (damals durch die heutige Verfahrensbeteiligte) gestellt, hauptsächlich wegen Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Sanierung der Tessiner Villen. Das Gesuch wurde abgewiesen, da eine völlige Zerstrittenheit und Handlungsunfähigkeit der Erbengemeinschaft nicht glaubhaft gemacht worden sei (act. 11/32). Auch im vorliegenden Verfahren geht es zu einem wesentlichen Teil um die Villen G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_. Die Berufungsklägerin behauptete im Gesuch vom 22. Juni 2017, die Erbengemeinschaft könne nicht mehr die für den Unterhalt nötigen Beschlüsse fassen. Die Villa G.\_\_\_\_\_ sei in einen desolaten Zustand geraten, weshalb eine marktkonforme Vermietung nicht mehr möglich sei. Dies führe zu erheblichen Ausfällen (act. 1 S. 6 f.). Die Berufungsbeklagte bestritt dies in der Gesuchsantwort, räumte jedoch immerhin ein, dass der Umschwung der Grundstücke im Tessin gepflegt werden sollte. Weder die Berufungsbeklagte noch die Verfahrensbeteiligte seien jedoch bereit, weitere Kosten zu tragen, da sich alle Erbinnen darauf verständigt hätten, dass umfangreiche Arbeiten von derjenigen Erbin vorgenommen würden, welche die Liegenschaft bei der Teilung übernehme (act. 19 S. 6). In einer späteren Eingabe behauptete die Berufungsbeklagte, die Villa G.\_\_\_\_\_ werde seit September 2010 für monatlich 7'000 Franken vermietet (act. 28 S. 4). Daraus schloss die Vorinstanz, dass die Liegenschaft immer noch zu diesem Preis vermietet werde und deshalb nicht in einem so schlechten Zustand sei könne, wie dies die Berufungsklägerin behauptete. Im Berufungsverfahren räumte die Berufungsbeklagte ein, dass die Villa G.\_\_\_\_\_ auf-

grund ihres schlechten Zustandes nicht mehr vermietet werden könne und seit Jahren leer stehe. Die Substanz des Hauses sei aber nicht gefährdet (act. 34 S. 8 und act. 43 S. 5 f.).

Die Parteien sind sich mittlerweile darüber einig, dass sich der Zustand der Villa G.\_\_\_\_\_, die vor Jahren noch zu einem monatlichen Mietzins von 7'000 Franken vermietet werden konnte, soweit verschlechtert hat, dass eine Vermietung nicht mehr möglich ist. Dies erscheint im Übrigen auch ohne die Zugabe der Berufungsbeklagten aufgrund der eingereichten Fotos (act. 4/7 und 37/3) ohne Weiteres als glaubhaft gemacht. Durch die unmöglich gewordene Vermietung entgehen der Erbgemeinschaft namhafte Mieterträge, was die Berufungsklägerin nicht hinnehmen muss. Aufgrund des nunmehr eingetretenen schlechten Zustandes erscheint zumindest als glaubhaft gemacht, dass die Erbinnen nicht mehr in der Lage sind, die nötigen Beschlüsse für substanzerhaltende Massnahmen zu fassen. Ruft man sich in Erinnerung, dass die Erbinnen bereits vor über sieben Jahren über das Mass der vorzunehmenden Sanierungsarbeiten stritten (act. 11/32 S. 5), so erscheint zumindest als glaubhaft gemacht, dass das Vertrauensverhältnis unter den Erbinnen zerstört ist und dass ein einstimmiger Beschluss nicht mehr möglich ist. Auch die gemeinsame Vertretung durch Rechtsanwalt O.\_\_\_\_\_ kam nicht zustande. Die Berufungsbeklagte behauptet zwar das Gegenteil, indem sie darauf hinweist, dass Rechtsanwalt O.\_\_\_\_\_ bereit gewesen sei, alle Erbinnen zu vertreten. Sie behauptet weiter aber nur, das Vollmachtsformular sei der Berufungsklägerin zugestellt worden, nicht aber, dass die Berufungsklägerin und die Verfahrensbeteiligte die Vollmacht erteilten (act. 43 S. 6). Allein schon aufgrund des Streitens um den Unterhalt der Villa G.\_\_\_\_\_ erscheint es als gerechtfertigt, einen Erbenvertreter einzusetzen. Aufgrund des erheblichen Wertes der Liegenschaft ist die Massnahme auch in Anbetracht der durch die Erbenvertretung entstehenden Kosten gerechtfertigt. Der Hinweis der Berufungsbeklagten auf geplante Gespräche über eine Erbteilung vermögen daran nichts zu ändern. Sofern es bis zur Teilung – was zu erwarten ist – noch einige Zeit dauert, ist die Erbenvertretung ohnehin notwendig. Kommt es hingegen rasch zu einer Teilung, so wird mit deren Vollzug auch das Erbenvertretermandat beendet, womit der von der Be-

rufungsbeklagten monierte Eingriff in die Freiheit der Erben sowie die Kosten kaum ins Gewicht fallen.

5.3. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob noch weitere Gründe für die Anordnung der Erbenvertretung sprechen. Der Vollständigkeit halber ist aber das Folgende zu bemerken: In Bezug auf das Chalet in J. \_\_\_\_\_ macht die Berufungsbeklagte geltend, die Verfahrensbeteiligte habe sich "meist" um die Verwaltung gekümmert. Die Substanz des Hauses sei nicht bedroht (act. 43 S. 7). Die Berufungsbeklagte übersieht, dass auch der laufende Unterhalt grundsätzlich von der Erbengemeinschaft gemeinsam beschlossen werden muss, auch wenn die Verfahrensbeteiligte offenbar die Absicht hat, im Rahmen der Teilung das Chalet zu übernehmen. Zudem ist eine Erbenvertretung nicht erst dann anzuordnen, wenn Teile des Nachlasses in der Substanz bedroht sind, denn dann wäre es oft schon zu spät. Es genügt, wenn die Erben über die laufende Verwaltung keine einstimmigen Beschlüsse mehr fassen können. Im Massnahmeverfahren um Anordnung einer Erbenvertretung geht es auch nicht um die Frage, wer eine Blockade verursacht hat, sondern nur darum ob eine solche besteht. Aus dem Argument der Berufungsbeklagten, es sei die Berufungsklägerin selbst, die das Gespräch verweigere (act. 43 S. 6) lässt sich deshalb nichts gewinnen.

Die Berufungsklägerin behauptete im Massnahmegesuch, das namhafte mütterliche Portfolio könne von den Erbinnen nicht mehr adäquat verwaltet werden (act. 1 S. 9 f.). Dies wurde von der Berufungsbeklagten nicht bestritten (insbesondere act. 19 S. 9). Auch aus diesem Grund ist die Anordnung einer Erbenvertretung angezeigt. Daran ändert auch nichts, wenn davon ausgegangen wird, dass das Portfolio zurzeit keiner intensiven Pflege bedarf. Denn ein Handlungsbedarf kann sich unvermittelt einstellen und im Hinblick darauf ist die Handlungsfähigkeit sicherzustellen.

5.4. Nach dem Gesagten sind die Voraussetzungen für die Anordnung einer Erbenvertretung nach Art. 602 Abs. 3 ZGB erfüllt. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache ist an die Vorinstanz zur Bestellung eines Erbenvertreters zurückzuweisen.

## 6. Prozesskosten

Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Berufungsbeklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Streitigkeiten betreffend Erbenvertretung sind vermögensrechtlicher Natur. Streitwert bildet jedoch nicht das gesamte Nachlassvermögen, welches vorliegend gemäss nicht gerügter vorinstanzlicher Feststellung einen Steuerwert von Fr. 3.165 Millionen aufweist (vgl. act. 33 S. 20), sondern der wirtschaftliche Wert, welcher durch die Handlungen des Erbenvertreters erhalten bleiben soll (vgl. ANDREAS BAUMANN, in: successio 2013 S. 5 ff., S. 10 sowie auch BGer Urteil 5A\_518/2014 vom 24. November 2014 E. 1). Das Verfahren zur Ernennung eines Erbenvertreters gehört sodann grundsätzlich zur freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. BGer Urteil 5P.107/2004 vom 26. April 2004 E. 1). Es ist daher nicht vom gesamten Nachlass, aber jedenfalls von einem beträchtlichen Interessewert auszugehen, weshalb vorliegend in Anwendung von § 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 und § 8 GebV OG die Gerichtsgebühr auf CHF 5'000.00 festzusetzen ist.

Die Berufungsbeklagte ist zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung von CHF 3'000.00 (§§ 4 Abs. 1, 9 sowie 13 Abs. 1 und 4 AnwGebV) zu bezahlen. Hinzu kommt ein Mehrwertsteuerzuschlag von 8% (Satz gültig bis Ende 2017), da der Aufwand der Berufungsklägerin im vergangenen Jahr entstanden ist.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird gutgeheissen. Der Entscheid des Bezirksgerichts Uster vom 27. Oktober 2017 wird aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 5'000.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsbeklagten auferlegt und aus dem Vorschuss der Berufungsklägerin be-



zogen. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin CHF 5'000.00 zu bezahlen.

4. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 3'240.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Verfahrensbeteiligte, an die Berufungsklägerin und die Verfahrensbeteiligte unter Beilage eines Doppels von act. 43 und 44/1-13, sowie an das Bezirksgericht Uster und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt CHF 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

lic. iur. P. Diggelmann

versandt am: