



Kass.-Nr. AA070147/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## Zirkulationsbeschluss vom 21. Dezember 2007

in Sachen

1. F. A-W,

....,

Klägerin, Gesuchsgegnerin, Rekursgegnerin und Beschwerdeführerin

2. .....

3. W. X,

..., Rechtsanwalt, ...

Gesuchsgegner, Rekursgegner und Beschwerdeführer

1 vertreten durch Rechtsanwalt ....

gegen

H. W,

....,

Beklagter, Gesuchsteller, Rekurrent und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt ....h

betreffend

**vorsorgliche Massnahmen (Bestellung eines Erbenvertreters)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. August 2007 (LN060062/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Am 10. September 1952 starb J. W-N. Er hinterliess als einzige Erben seine drei Kinder J.-J. W-L, A.-E. W und E.-K. W. Am 30. November 1968 starb J.-J. W-L. Er hinterliess als gesetzliche Erben seine Ehefrau M. W-L (Klägerin 2) und die Nachkommen R. B-W, H. W (Beklagter) und F. A-W (Klägerin 1; "kleine Erben-gemeinschaft"). Die gesamte Erben-gemeinschaft besteht somit aus den gesetzli-chen Erben von J. W-N und J.-J. W ("grosse Erben-gemeinschaft"). R. B-W schied mit partiellem Erbteilungsvertrag vom Januar 1977 aus der grossen und der klei-nen Erben-gemeinschaft aus. Am 14. Januar 2001 starb E.-K. W; in seinem Te-stament setzte er F. W (Klägerin 1) als Alleinerbin ein, wies A.-E. W die Nutznie-ssung über den Nachlass zu und bestimmte Rechtsanwalt Dr. X (Gesuchsgegner 3) zum Willensvollstrecker.

Am 19. November 2001 klagten die Klägerinnen 1 und 2 sowie A.-E. W (dazumal Klägerin 3) beim Bezirksgericht Horgen auf Feststellung und Teilung des Nach-lasses von J. W-N. Am 11. Juni 2002 starb A.-E. W. In ihrem Testament setzte sie die Klägerin 1 als Alleinerbin ein, wies der Klägerin 2 die Nutzniessung über den Nachlass zu und bestimmte den Gesuchsgegner 3 zum Willensvollstrecker.

Mit Beschluss vom 18. Dezember 2002 entschied das Bezirksgericht über ein Be-gehren der Klägerinnen um Erlass vorsorglicher Massnahmen und belegte ein Bankkonto mit einer Verfügungsbeschränkung. In der Folge führen die Parteien aussergerichtliche Vergleichsgespräche, welche jedoch scheiterten.

Am 14. September 2005 beantragte der Beklagte, es sei im Nachlass von J. W-N gestützt auf Art. 602 Abs. 3 ZGB eine Erbenvertretung als vorsorgliche Mass-nahme anzuordnen. Die Klägerin 1 und der Gesuchsgegner 3 hielten dafür, für die Beurteilung des Begehrens um Bestellung eines Erbenvertreters sei der Ein-zelrichter im summarischen Verfahren gemäss § 215 Ziffer 24 ZPO in einem se-

paraten Verfahren und nicht das mit dem Erbteilungsprozess befasste Gericht im Massnahmeverfahren zuständig.

Das Bezirksgericht Horgen wies mit Beschluss vom 11. Oktober 2006 die Unzuständigkeitseinrede der Klägerin 1 und des Willensvollstreckers als Gesuchsgegner 3 ab. Mit gleichem Beschluss wies es sodann das Begehren des Beklagten um Bestellung eines Erbenvertreters ab (OG act. 3). Gegen diesen Beschluss erhob der Beklagte Rekurs beim Obergericht (I. Zivilkammer) mit dem erneuten Begehren, es sei im Nachlass von J. W-N gestützt auf Art. 602 Abs. 3 ZGB eine Erbenvertretung als vorsorgliche Massnahme anzuordnen (OG act. 1). Die Klägerin 1 wiederholte in der Folge die Unzuständigkeitseinrede, wonach ein Begehren um Bestellung eines Erbenvertreters durch den Einzelrichter im summarischen Verfahren und nicht im Rahmen des Erbteilungsprozesses zu beurteilen sei (OG act. 15 S. 5 f. Ziffern 3 und 4). Die Beklagte 2 beantragte Abweisung des Rekurses, stellte jedoch die grundsätzliche Möglichkeit, einer Erbengemeinschaft auch im Verfahren über vorsorgliche Massnahmen einen Erbenvertreter beizugeben, nicht in Frage (OG act. 19 S. 5 Ziffer 3.3). Der Gesuchsgegner 3 verzichtete auf eine Rekursantwort und verwies auf die "zutreffende Sachdarstellung" der Klägerinnen 1 und 2 (OG act. 18).

Mit Beschluss vom 27. August 2007 weist das Obergericht die Unzuständigkeitseinrede der Klägerin 1 ab und heisst den Rekurs des Beklagten gut. Es ordnet die Einsetzung eines Erbenvertreters für die Erbengemeinschaft von J. W-N an und wies den Prozess an das Bezirksgericht zur Bestimmung des Erbenvertreters zurück (OG act. 44 = KG act. 2).

2. Mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Klägerin 1, Dispositiv Ziffer 1 (Abweisung der Unzuständigkeitseinrede) und daraus folgend der gesamte Beschluss des Obergerichts vom 27. August 2007 seien aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Klägerin 2 gab die Erklärung ab, dass sie sich am Kassationsverfahren nicht beteiligen wolle, sich aber jedem Entscheid des Kassationsgerichts, wie immer er ausfalle, unterziehen werde (KG act. 4/1). Der Gesuchsgegner 3 erklärte sich mit den gestellten Anträgen und der Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin

1 einverstanden und verzichtete im Übrigen auf eine Mitwirkung am Kassationsverfahren (KG act. 4/2). Da der Gesuchsgegner sich somit der Beschwerde der Klägerin 1 anschliesst, ist er ebenfalls als Beschwerdeführer zu betrachten. Der Beklagte und das Obergericht verzichten auf eine Stellungnahme zur Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 10 und 12).

Die Klägerin 1 leistete die ihr auferlegte Prozesskaution für das Kassationsverfahren fristgerecht (KG act. 11). Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung (Verfügung vom 5. Oktober 2007, KG act. 8, Dispositiv Ziffer 5).

## II.

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht zulässig gegen Rekursentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen (§ 284 Ziffer 7 ZPO).

Die Klägerinnen und der Willensvollstrecker (Gesuchsgegner 3) erhoben gegen den Beschluss des Bezirksgericht Horgen vom 11. Oktober 2006 keinen Rekurs, so dass der bezirksgerichtliche Entscheid, das Unzuständigkeitsbegehren der Klägerin 1 und des Willensvollstreckers abzuweisen, unangefochten blieb. Dispositiv Ziffer 1 des nun angefochtenen Beschlusses des Obergerichts, wonach die erneute Unzuständigkeitseinrede der Klägerin 1 abgewiesen werde, erging zwar in einem Rekursverfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen, bildet aber - da nicht auf der ursprünglichen Unzuständigkeitseinrede vor Bezirksgericht, sondern auf der erneuten Einrede vor Obergericht beruhend - keinen Rekursentscheid.

Somit kommt § 284 Ziffer 7 ZPO nicht zur Anwendung und es ist die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde zulässig.

2. Die Beschwerdeführer halten dafür, auf das Begehren um Bestellung eines Erbenvertreters im Sinne einer vorsorglichen Massnahme sei nicht einzutreten, da sich vorsorgliche Massnahmen stets auf den Hauptprozess bezögen und sich daher im Haupt- wie im Massnahmeverfahren die gleichen Parteien gegenüberste-

hen müssten. Diese Voraussetzung sei im vorliegenden Fall nicht erfüllt, weil zwar allenfalls die Bestellung eines Erbenvertreters, nicht jedoch die Erbteilung den Willensvollstrecker betreffe. Da die Parteien im Massnahmeverfahren und im Hauptverfahren nicht identisch seien, sei das Begehren des Beklagten (Beschwerdegegner) um Bestellung einer Erbenvertretung in dem vom Gesetz vorgesehenen separaten Verfahren vom Einzelrichter im summarischen Verfahren nach § 215 Ziffer 24 ZPO zu beurteilen. Das Obergericht gehe im angefochtenen Beschluss mit dem Bezirksgericht und den Beschwerdeführern davon aus, dem Willensvollstrecker komme keine Parteistellung im Erbteilungsprozess zu, also keine Parteistellung im Hauptverfahren. Als Willensvollstecker in den Nachlässen von A.-E. W und E.-K. W habe der Gesuchsgegner 3 das ausschliessliche Besitz-, Verwaltungs- und Verfügungsrecht über beide Nachlässe und die diesbezüglichen Rechte der Klägerin 1 seien sistiert. Der Willensvollstrecker führe den den Nachlass betreffenden Prozess in eigenem Namen als Partei. Der Willensvollstrecker mache dabei nicht eigenes materielles Recht geltend, Rechtsträger blieben die Erben. In materieller Hinsicht stünden sich somit in dem vor Bezirksgericht hängigen Erbteilungsprozess dieselben Parteien gegenüber wie im vorsorglichen Massnahmeverfahren betreffend Bestellung eines Erbenvertreters. Insofern sei Parteiidentität gewahrt (KG act. 2 S. 10). Das Obergericht anerkenne, dass die Parteiidentität nur in materieller Hinsicht gegeben sei, in formeller Hinsicht jedoch fehle (KG act. 2 S. 11; KG act. 1 S. 5 f. Ziffern 6 - 9).

Die Beschwerdeführer fahren fort, der angefochtene Entscheid stütze sich als vorsorgliche Massnahme innerhalb des hängigen Erbteilungsverfahrens prozessual allein auf § 110 ZPO, nicht direkt und ausschliesslich auf Art. 602 Abs. 3 ZGB. Das Bundesrecht sehe keine speziellen Mindestanforderungen an das Verfahren zur Bestellung eines Erbenvertreters vor, enthalte also keine prozessuale Norm, weshalb sich das Verfahren nach kantonalem Prozessrecht richte. Das kantonale Recht behandle die Parteistellung jedoch ausschliesslich als formellen Aspekt im Hinblick auf die Prozessvoraussetzungen. Mit Blick auf § 157 Ziffer 3 GVG ("Bezeichnung der Parteien") sei vor allem die klagende Partei aufgerufen, als Teil des Rechtsbegehrens die Partei genau zu bezeichnen. Erforderlich seien die Parteibezeichnungen, um die Identität festzustellen und Zweifel darüber aus-

zuschliessen, wer gegen wen klage. Die materielle Berechtigung, die Rechtsträgerschaft, spiele demgegenüber keine Rolle. Fehle die Passivlegitimation, führe dies zur Abweisung der Klage. Eine Klage gegen einen Gemeinschuldner, einen Verstorbenen, einen Urteilsunfähigen oder gar gegen ein nicht-existentes Subjekt könne deshalb unter genauer Bezeichnung der Person erhoben werden, sei jedoch zum Scheitern verurteilt und abzuweisen, ohne dass über die erst in zweiter Linie massgebliche materiellrechtliche Frage zu entscheiden sei, ob der geltend gemachte Anspruch bestehe. Vielmehr sei es dem Gericht bei Fehlen der Passivlegitimation nicht gestattet, ein Sachurteil zu fällen. Der vom Obergericht eingeschlagene Weg, von der materiellen Rechtsträgerschaft auf die korrekte formelle Parteibezeichnung rückzuschliessen und dann auch noch den Gesuchsgegner 3 formell in vorsorgliche Massnahmeverfahren einzuschliessen, obschon er nicht Partei des Hauptverfahrens sei, sei nicht gangbar (KG act. 1 S. 6 - 8 Ziffern 10 und 11).

3. a) Das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen bestimmt sich, soweit das Bundesrecht nicht selbst gewisse Mindestanforderungen stellt, nach kantonalem Prozessrecht. Nach zürcherischem Prozessrecht ergeht die Entscheidung nach Anhängigmachung des Hauptprozesses in einem summarischen Verfahren, so dass §§ 205 ff. ZPO analog anwendbar sind (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N66 zu § 110 ZPO).

Nach Art. 602 Abs. 3 ZGB kann die zuständige Behörde auf Begehren eines Mit-erben für die Erbengemeinschaft eine Vertretung bis zur Teilung des Nachlasses bestimmen. Ob sich aus dem Bundesrecht bestimmte Anforderungen an die zuständige Behörde ergeben, ist vorliegend nicht zu prüfen, da gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig ist (Art. 92 Abs. 1 BGG) und mit dieser die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden kann (Art. 95 lit. a BGG, § 285 ZPO). Die Beschwerdeführer gehen davon aus, dass entsprechende bundesrechtliche Mindestanforderungen an das Verfahren zur Bestellung eines Erbenvertreters nicht bestehen.

Grundsätzlich liegen die in § 215 ZPO aufgeführten Geschäfte in der ausschliesslichen Zuständigkeit des Einzelrichters im summarischen Verfahren. Nach der Natur der Sache können solche Begehren auch direkt in einem hängigen ordentlichen Prozess angebracht werden, wenn es sich sinngemäss um eine vorsorgliche Massnahme handelt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 vor § 215 ZPO). Somit kann aus der Einleitung von § 215 ZPO ("Der Einzelrichter entscheidet im summarischen Verfahren auf Grund des Zivilgesetzbuches über: ...") nicht auf eine Unzuständigkeit des Sachrichters im ordentlichen Prozess, entsprechende Massnahmeentscheide zu treffen, geschlossen werden. Die Bestellung eines Erbenvertreters im Sinne von Art. 602 Abs. 2 ZGB bzw. § 215 Ziffer 24 ZPO kann grundsätzlich als vorsorgliche Massnahme im Erbteilungsprozess ergehen (ZR 64/1965 Nr. 164: Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 70 zu § 215 ZPO).

b/aa) Die Besonderheit im vorliegenden Fall ist, dass sämtliche direkten Erben von J. W-N nachverstorben sind. Parteien des Erbteilungsprozesses sind die Erben A.-E. W und E.-K. W haben beide die Beschwerdeführerin 1 zur Alleinerbin und den Beschwerdeführer 3 zum Willensvollstrecker bestimmt. Wie das Obergericht zutreffend festhält (KG act. 2 S. 9 f., Erw. III/3/b), hat der Beschwerdeführer 3, solange er in den beiden Nachlässen A.-E. W und E.-K. W als Willensvollstrecker amtet, das ausschliessliche Besitz-, Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die beiden Nachlässe und sind die diesbezüglichen Rechte der Beschwerdeführerin 1 als Alleinerbin entzogen (Martin Karrer, in Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Aufl., Basel 2003, N 6 und 14 zu Art. 518 ZGB). Hinsichtlich der Frage, ob für die grosse Erbengemeinschaft (Nachlass J. W-N) ein Erbenvertreter zu bestellen sei, ist auch die Verwaltung der Nachlässe von A.-E. W und E.-K. W betroffen. Nur der Beschwerdeführer 3 ist hinsichtlich der Frage der Bestellung eines Erbenvertreters prozessführungsbefugt. Dabei handelt er als Willensvollstrecker aus eigenem Recht frei und selbständig und muss keine Anweisungen der Beschwerdeführerin 1 als Alleinerbin befolgen und kann von ihr nicht abgesetzt werden (Karrer, a.a.O., N 14 zu Art. 518 ZGB).

Das Obergericht fährt nun fort, der Willensvollstrecker führe den Nachlass betreffende Prozesse als Prozessstandschafter, d.h. anstelle der Erben im eigenen Namen als Partei. Er mache dabei nicht eigenes materielles Recht geltend; Rechtsträger blieben die Erben. In materieller Hinsicht stünden sich somit im vor Bezirksgericht hängigen Erbteilungsprozess dieselben Parteien gegenüber wie im vorsorglichen Massnahmeverfahren betreffend Bestellung eines Erbenvertreters. Insofern sei die Parteiidentität gewahrt. Die Auffassung der Klägerin 1, dass Parteiidentität im Erbteilungsprozess und im vorsorglichen Massnahmeverfahren auch in formeller Hinsicht gegeben sein müsse, sei abzulehnen, da ansonsten in einem Erbteilungsprozess keine vorsorglichen Massnahmen zur Erhaltung des Nachlasses angeordnet werden könnten, wenn - wie vorliegend - eine Partei zwar im Erbteilungsprozess formelle Parteistellung habe, nicht aber im formellen Massnahmeverfahren, weil der Gegenstand des vorsorglichen Massnahmeverfahrens in den Zuständigkeitsbereich eines Willensvollstreckers falle. In einem solchen Fall könnte zur Erhaltung des Nachlasses nun noch ein Erbenvertreter gestützt auf § 215 Ziffer 24 ZPO bestellt werden. Die Anordnung einer weniger weit gehenden Massnahme zur Erhaltung des Nachlasses wäre ausgeschlossen und damit das Prinzip der Verhältnismässigkeit bei der Anordnung eines Erbenvertreters nach Art. 602 Abs. 3 ZGB nicht mehr gewahrt. Zudem könne die Zulässigkeit der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen im Erbteilungsprozess nicht davon abhängen, welche Parteien im Erbteilungsprozess auftreten. Das Bezirksgericht habe dem Gesuchsgegner 3 im vorsorglichen Massnahmeverfahren betreffend Bestellung eines Erbenvertreters zu Recht die Parteistellung als Willensvollstrecker in den Nachlässen von A.-E. W und E.-K. W zuerkannt (KG act. 1 S. 10 f. Erw. III/3/c und d).

bb) Bezüglich des Erbanspruchs des nachverstorbenen J.-J. W-L am Nachlass von J. W-N sind die Klägerinnen 1 und 2 jedenfalls prozessführungsbefugte Parteien im vorliegenden Erbteilungsprozess, da sie Teil der "kleinen" Erbengemeinschaft J. W-L sind und für diese keine Willensvollstreckung besteht. Bezüglich der Erbansprüche der nachverstorbenen A.-E. W und E.-K. W am genannten Nachlass von J. W-N liegt die Prozessführungsbefugnis beim Willensvollstrecker, dem Gesuchsgegner 3 als Prozessstandschafter. Dies gilt sowohl für den Hauptpro-



zess betreffend Erbteilung wie auch für das Massnahmeverfahren betreffend Einsetzung eines Erbenvertreters. Die vom Obergericht vorgenommene Spaltung zwischen materieller und formeller Parteiidentität, auf welche sich auch die beiden Beschwerdeführer stützen, vermag deshalb keinen Grund zu bilden, von der oben lit. a genannten Regel, dass die Bestellung eines Erbenvertreters im Sinne von Art. 602 Abs. 2 ZGB bzw. § 215 Ziffer 24 ZPO als vorsorgliche Massnahme im Erbteilungsprozess ergehen kann, abzuweichen. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanzen dem Willensvollstrecker in den Nachlässen von A.-E. W und E.-K. W im Massnahmeverfahren betreffend Einsetzung eines Erbenvertreters die Parteistellung als Gesuchsgegner 3 zuerkannten.

Somit sind das Bezirksgericht und das Obergericht zuständig, über das Begehren des Beklagten um Bestellung eines Erbenvertreters im Nachlass J. W-N bzw. über den diesbezüglichen Rekurs zu entscheiden. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen.

### III.

Ausgangsgemäss werden die Klägerin 1 und der Gesuchsgegner 3 als Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO), wobei solidarische Haftbarkeit anzuordnen ist (§ 70 Abs. 1 ZPO). Bei der Bemessung der Prozessentschädigung ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte (Beschwerdegegner) nur eine kurze Eingabe machte und auf eine Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde verzichtete. Das Obergericht ist im angefochtenen Entscheid von einem Streitwert von Fr. 100'000.-- ausgegangen (KG act. 2 S. 30).

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.  
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 285.-- Schreibgebühren,  
Fr. 190.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den beiden Beschwerdeführern je zur Hälfte unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.
4. Die beiden Beschwerdeführer werden solidarisch verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 500.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 100'000.--.  
  
Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 27. August 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).  
  
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Horgen (II. Abteilung) sowie zur Kenntnisnahme an Rechtsanwalt Y (z. Hd. der Klägerin 2), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: