

Obergericht des Kantons Zürich

Rekurskommission



Geschäfts-Nr.: KD140001-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterinnen und Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann,
Vorsitzender, Dr. H.A. Müller, lic. iur. A. Katzenstein, Dr. M. Schaffitz
und Dr. P. Martin sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Urteil vom 14. Mai 2014

in Sachen

A. _____,

Beklagter 3 und Rekurrent

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

sowie

B. _____,

Beklagte 1

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

C. _____,

Beklagter 2

D. _____,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

Beteiligte im Verfahren CP080004 des Bezirksgerichtes Winterthur

betreffend **Erbenvertretung**

**Rekurs gegen einen Beschluss der Verwaltungskommission des
Obergerichtes des Kantons Zürich vom 22. Januar 2014; Proz. NI-A14-001**

Erwägungen:

1. Im seit 2008 hängigen Prozess um die Teilung des Nachlasses von E. _____ (gestorben 2007) stehen sich vor Bezirksgericht Winterthur der Rekurrent, zwei Geschwister und ihre gemeinsame Mutter gegenüber. Am 19. August 2013 beschloss das Gericht, einen Erbenvertreter im Sinne von Art. 602 Abs. 3 ZGB zu bestellen und schlug den Parteien vor, mit der Aufgabe den Notar des Kreises F. _____ zu betrauen. Als niemand dagegen opponierte, wurde so beschlossen, mit der Massgabe, dass die Vertretung ausschliesslich bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit zwei Nachlass-Liegenschaften umfasse (VK-act. 2/2).

Am 22. Januar 2014 beschloss die Verwaltungskommission des Obergerichts, das Notariat G. _____ als ausserordentliches stellvertretendes Amt für das Amt F. _____ zu bestimmen, verbunden mit dem Auftrag, die dem letzteren anvertraute Erbenvertretung ab sofort weiter zu führen (VK-act. 3). Dagegen richtet sich der heute zu beurteilende Rekurs. Mit diesem wird beantragt, es sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und durch die folgende Fassung zu ersetzen:

"Das Notariat G. _____ wird NICHT zum ausserordentlichen stellvertretenden Amt für das Notariat F. _____ bestimmt. - Notar H. _____ führt die Erbenvertretung im Nachlass E. _____ bzw. im Verfahren D. _____ gegen B. _____, C. _____ und A. _____ betreffend Erbteilung (Geschäfts-Nr. CP080004-K) im Sinne von Art. 602 Abs. 3 ZGB gemäss den Beschlüssen des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. August 2013 und 2. Oktober 2013 weiter." (act. 2 S. 2).

2. Der Rekurs ist rechtzeitig (VK-act. 14 und act. 2).

Die Rekurskommission zog von der Verwaltungskommission die Akten bei (§ 26a VRG).

Am 25. Februar 2014 wurde ein Gesuch des Rekurrenten betreffend aufschiebende Wirkung des Rekurses abgewiesen (act. 11). Gleichentags wurde dem in den USA wohnhaften Verfahrensbeteiligten Frist zur Nennung einer Zustelladresse in der Schweiz angesetzt (act. 13). Die Verfügung wurde ihm am 1. April 2014 ausgehändigt, was der Rekurskommission am 30. April 2014 zur Kenntnis kam (act. 15).

Ein Kostenvorschuss war nicht zu erheben (§ 15 VRG).

3. Die Rekurskommission beurteilt Rechtsmittel gegen Entscheide der Verwaltungskommission, welche diese im Rahmen ihrer Zuständigkeit als erste Instanz gefasst hat (§ 19 OrgV OG). In der Regel sind das Geschäfte der Justizverwaltung; darum heisst das Rechtsmittel Rekurs und wird auf das Verfahren des VRG angewendet. Nur in den übergangsrechtlich in erster Instanz nach altem Prozessrecht geführten Fällen, wo es um Ausstandsbegehren geht, wird die Terminologie der ZPO (nach deren Art. 50: "Beschwerde") übernommen und subsidiär das neue Zivilprozessrecht angewendet (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

Der Beklagte 2 hat innert Frist und bis heute keine Zustelladresse genannt. Der heutige Entscheid ist ihm daher durch Publikation im Amtsblatt zu eröffnen (§ 6b Abs. 2 VRG).

Der Rekurrent leitet seine Legitimation zum Rekurs daraus ab, dass er im Sinne von § 21 Abs. 1 VRG von der Anordnung berührt sei (act. 2 Rz. 9). Wenn die Verwaltungskommission die Stellvertretung unter den einzelnen Notariaten regelt, betrifft das aktuell oder potentiell alle Personen, welche mit diesem Amt in Kontakt treten oder in Kontakt treten wollen. Eine Einzelne unter ihnen ist damit von der Anordnung der Stellvertretung wohl berührt, aber nicht stärker als jede beliebige Andere oder als die Allgemeinheit, und damit spricht ihr die Praxis das in § 21 VRG ebenfalls geforderte schutzwürdige Interesse am Rekurs ab

(M. Bertschi, in Griffel et al., Kommentar zum Zürcher VRG, § 21 N. 11 ff. - mit kritischen Bemerkungen zum Berührtsein "stärker als ein beliebiger Anderer", welche heute unerörtert bleiben können). Im vorliegenden Fall liegen die Verhältnisse allerdings anders, weil sich die angeordnete Stellvertretung ausschliesslich auf die Tätigkeit im unter den Erben ABCD. _____ streitigen Nachlass bezieht. Der Rekurrent und seine Miterben stehen daher nicht nur in einer besonders nahen Beziehung zur angefochtenen Anordnung, sondern sind jedenfalls der Sache nach deren primäre Adressaten im Sinne der Praxis zur Rekurslegitimation (Bertschi, in Griffel et al. § 21 N. 41). So hat die Verwaltungskommission ihren Entscheid richtigerweise auch den Parteien im Erbteilungsprozess mitgeteilt und ihnen eine entsprechende Rechtsmittelbelehrung erteilt. Auf den Rekurs ist einzutreten.

4.1 In erster Linie rügt der Rekurrent, dass ihm im Verfahren der Verwaltungskommission das rechtliche Gehör nicht gewährt worden sei (act. 2 Rz. 26 ff.).

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist im kantonalen Recht des Verwaltungsverfahrens nicht kodifiziert (anders als im Bund: Art. 30 VwVG); er wird als Recht von Verfassungsrang (Art. 29 Abs. 2 BV) stillschweigend vorausgesetzt. Es gilt dabei die gleiche Differenzierung wie sie oben bei der Legitimation zum Rekurs erörtert wurde: der Anspruch des Einzelnen, vor einer seine Interessen betreffenden Verfügung angehört zu werden, hängt von der Qualität dieser Betroffenheit ab (Griffel, op. cit. § 8 N. 30). Wird die Stellvertretung zwischen zwei Notariaten generell geregelt, etwa wegen einer längeren Vakanz nach einer Pensionierung, sind von dieser Massnahme die Personen, welche mit dem Amt in Kontakt treten, sehr wohl betroffen. Gleichwohl käme es nicht in Frage, vor der Anordnung der Stellvertretung den konkret oder potentiell Interessierten Gelegenheit zur Äusserung zu geben. Anders ist es allerdings dann, wenn die Stellvertretung nur ein bestimmtes Geschäft betrifft. Die daran Beteiligten haben dann Anspruch darauf, sich vorgängig zu äussern. Dass die Verwaltungskommission die besondere Sach-Nähe und Betroffenheit der Erben ABCD. _____ anerkannte, zeigt sich daran, dass sie ihnen die angefochtene

Anordnung eröffnete und ihnen eine Rechtsmittelbelehrung erteilte. Das bedeutet aber auch, dass sie vorgängig das rechtliche Gehör hätte gewähren sollen.

Die Rüge der Verletzung von Verfahrensrecht ist daher begründet.

4.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist so genannter formeller Natur, und der darin Verletzte muss daher für den Erfolg eines Rechtsmittels nicht ausführen, was er vorgetragen hätte, wenn er Gelegenheit zur Äusserung gehabt hätte, und ebenso wenig muss er nachweisen, dass die angefochtene Anordnung anders oder gar nicht erlassen worden wäre. Vielmehr führt die Feststellung einer Gehörsverletzung grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides und zur Rückweisung an die Vorinstanz, damit sie das Verfahren rechtskonform wiederhole. Davon gibt es allerdings eine Ausnahme: wenn der Verletzte sich vor der Rechtsmittelinstanz umfassend äussert und diese die Sache mit gleich weiter Kognition wie die Vorinstanz prüfen kann, so dass eine Rückweisung nur einen formalistischen Leerlauf und eine unnötige Verzögerung bedeutete (Griffel, op. cit. § 8 N. 38).

Die Rekurskommission überprüft den angefochtenen Entscheid frei, insbesondere auch auf Ermessen (§ 20 Abs. 1 VRG). Neue Behauptungen sind zulässig (§ 20a Abs. 2 VRG). Da der Rekurrent der Vorinstanz keinen Antrag stellen konnte, weil er im Verfahren überhaupt nicht begrüsst wurde, ist er ausnahmsweise und entgegen § 20a Abs. 1 VRG auch berechtigt, einen Antrag zur Sache zu stellen (vgl. die analoge Praxis im Zivilprozess, die auch im neuen Recht beibehalten worden ist: ZR 100/2001 Nr. 17 und *OGerZH* RU130042 vom 10. Juli 2013 E. 3.4.3 und 3.5). Die Sache ist spruchreif. Von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltungskommission ist daher abzusehen.

4.3 a) Der Rekurrent rügt, die Befugnis zum Anordnen einer Stellvertretung stehe einzig dem Bezirksgericht Winterthur zu, welches den Erbenvertreter einsetzte. Die Verwaltungskommission sei "zum Entscheid, Herrn Notar I. _____ anstelle von Notar H. _____ den Auftrag zu erteilen,..." nicht zuständig gewesen. Der angefochtene Entscheid sei daher nichtig (act. 2 Rz. 38).

Die Rüge des Rekurrenten beruht auf einem Missverständnis, dem freilich auch die Verwaltungskommission erlegen ist: Diese erwog im angefochtenen Entscheid, es sei H._____, Notar... als Erbenvertreter tätig (act. 4/1). Das Bezirksgericht hat aber nicht Notar H._____ als Erbenvertreter vorgeschlagen und eingesetzt, sondern "den Notar des Notariatskreises (resp. des Notariates) F._____" (VK-act. 2/1 und 2/2). Notar H._____ ist zwar als Amtsvorsteher des Notariates gewählt und daher in erster Linie zuständig zum Wahrnehmen der Erbenvertretung in Sachen ABCD._____. Das Mandat ist ihm aber gerade nicht persönlich anvertraut. Ist er für kürzere oder längere Zeit verhindert, oder tritt er vom Amt als Notar zurück, muss das Bezirksgericht seine Anordnung nicht anpassen. Dafür gibt es die gesetzlich vorgesehene ordentliche und ausserordentliche Stellvertretung: Das Obergericht, welchem mit Unterstützung des Notariatsinspektorates die Notariatsverwaltung obliegt (§§ 32 ff. NotG), bezeichnet für jedes Amt ein benachbartes Amt als Stellvertretung (§ 3 Abs. 1 NotG). Es kann die Stellvertretung auch anders regeln, insbesondere bei länger dauernder Verhinderung, beim Tod eines Notars oder bei vorübergehender Überlastung eines Amtes (§ 3 Abs. 2 NotG). Durch den Hinweis auf die rechtliche Grundlage (§ 3 Abs. 2 NotG) und die ausdrückliche Formulierung im Dispositiv "Das Notariat G._____" wird klar, dass die Verwaltungskommission die vom Gesetz vorgesehene ausserordentliche Stellvertretung anordnen wollte und anordnete. Solche Massnahmen haben selbstredend nicht nur die abstrakten Rahmenbedingungen wie Stellenprozente und Geschäftszahlen zu berücksichtigen, sondern auch die Situation der konkret betroffenen und mit den fraglichen Aufgaben befassten Personen. Wohl darum nennt der angefochtene Entscheid (auch) die Namen der beiden Amtsvorsteher ausdrücklich. Das ändert aber nichts daran, dass das Notariat G._____ nun die Erbenvertretung in Sachen ABCD._____ wahrzunehmen hat. Diese Anordnung konnte die Verwaltungskommission im Rahmen der ihr übertragenen Befugnis (§ 18 lit. k Ziff. 2 OrgV OG) treffen, ohne in die Anordnung des Bezirksgerichts einzugreifen, und die Rüge der Unzuständigkeit ist daher nicht begründet.

b) Der Rekurrent wehrt sich gegen den im Beschluss der Verwaltungskommission enthaltenen Vorwurf, den er auf sich und seine Anwältin

bezieht, dass "Notar H._____ vor allem von einem Erben und dessen Rechtsvertreterin in dermassen aussergewöhnlicher Art und Weise kritisiert und in Frage gestellt" werde (act. 2 Rz. 12 ff. und act. 4/1 S. 1). Der Sachverhalt sei ungenügend abgeklärt und es seien offenkundig nicht alle Kontakte und Gespräche aktenkundig gemacht worden. Dass er (der Rekurrent) auf Notar H._____ Druck ausübe, sei unrichtig. Gesundheitliche Probleme des Notars würden bestritten und seien nicht durch ein Arztzeugnis belegt. Endlich sei die Behauptung einer Überlastung "lächerlich" - das Mandat habe bisher im Durchschnitt nur eine Stunde Arbeit pro Woche beansprucht (act. 2 Rz.13 ff.).

Richtig ist, dass die Verwaltungsbehörden den massgebenden Sachverhalt von Amtes wegen abklären (§ 7 VRG), und als Ausfluss des rechtlichen Gehörs müssen solche Abklärungen aktenkundig gemacht werden. Das steht freilich in einer Spannung zu den Pflichten des Staates als Arbeitgeber. Als solcher hat dieser weit gehende Fürsorgepflichten und muss er namentlich die Persönlichkeit des Arbeitnehmers schützen. Wenn ein Notar oder ein Angestellter eines Notariates wegen persönlicher Schwierigkeiten seine vorgesetzten Behörden (das Bezirksgericht nach § 33 NotG, die Verwaltungskommission des Obergerichts und das Notariatsinspektorat nach § 34 f. NotG) kontaktiert, müssen die darüber erstellten Akten strikt vertraulich behandelt werden und gehören keinesfalls in ein Dossier, das Dritten zugänglich ist. Möglicherweise ist es im heutigen Fall anders, weil der Notariatsinspektor anfangs meinte, die Anordnung der Stellvertretung könne ohne Mitteilung an die Erben ABCD._____ erfolgen (VK-act. 2/8). Zu Recht ist dem die Verwaltungskommission nicht gefolgt, hat aber die persönlichkeitsrechtlich problematischen Akten dennoch nicht aus dem den Erben ABCD._____ zugänglichen Dossier entfernt. Damit enthält dieses entgegen der Ansicht des Rekurrenten nicht zu wenige, sondern zu viele Informationen.

Wie in der Verfügung vom 25. Februar 2014 erwogen wurde, bringt der Wechsel der Zuständigkeit vom Notariat F._____ zum Notariat G._____ für die betroffenen Erben keine erheblichen Nachteile, und im Rekurs wird dazu auch nichts vorgetragen (act. 2 Rz. 10 f. und passim). Wie gross der verrechenbare Zeitaufwand für den Notar des Kreises F._____ bisher war, ist nicht von primärer

Bedeutung. Die Arbeitslast bei den Notariaten ist sehr erheblich, wie dem Obergericht aus der Tätigkeit als Aufsichtsbehörde bekannt ist, und auf den Notaren als Chefs der einzelnen Ämter lastet eine grosse Verantwortung. Wie sie damit umgehen, und was für Schwierigkeiten sich im Einzelfall wie belastend auswirken, ist sehr vom Einzelfall abhängig. Wie ausgeführt kommt es aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes nicht in Frage, Details zur Situation eines Mitarbeiters Dritten zur Kenntnis zu bringen. Im vorliegenden Fall ist immerhin festzustellen, dass die Erben einen aussergewöhnlich hartnäckigen Teilungsprozess führen - ob das der Rekurrent allein verantwortet oder eine andere Partei oder alle zusammen, ist nicht von Bedeutung. Der Rekurrent legt einen Brief vom 22. November 2013 an das Bezirksgericht Winterthur ins Recht, aus dem hervorgeht, dass sich Notar H._____ des ihm erteilten Mandates zeitnah und umsichtig annahm (act. 4/5). Bereits am 13. Dezember 2013 informierte die Vertreterin des heutigen Rekurrenten das Notariatsinspektorat über ihre Demarche beim Bezirksgericht betreffend Befugnisse des Erbenvertreters (VK-act. 2/5 und 2/6). Am 14. Dezember 2013 wandte sich der heutige Rekurrent mit einem sehr kritischen Brief an Notar H._____, unter anderem mit dem Vorwurf, er übernehme "genau gleich wie das Gericht" unbesehen Behauptungen des Prozessgegners (VK-act. 2/4). Am 30. Dezember 2013 liess der heutige Rekurrent durch seine Vertreterin eine umfangreiche Beschwerde gegen den Erbenvertreter erheben. Sie verlangte, diesem seien unter der Androhung von Bestrafung zahlreiche Tätigkeiten zu verbieten. Namentlich dürfe er die Verwaltung der Nachlassliegenschaften nicht weiter delegieren. Notar H._____ verstehe ja selber genug von Immobilien, insbesondere da er ein Einfamilienhaus mit Umschwung bewohne, für das er baurechtliche Bewilligungen erhalten habe, nämlich im Jahr 2005 für ein Geräte- und Gartenhaus und im Jahr 2013 für einen überdachten Sitzplatz (VK-act. 2/7). - An allen diesen Ausführungen ist nichts Rechtswidriges. Es ist aber auch zutreffend, wenn Notariatsinspektorat und Verwaltungskommission die am Erbenvertreter geübte Kritik, namentlich die Hinweise auf seine persönlichen Verhältnisse als ungewöhnlich bezeichnen. Damit war es sachlich richtig, wenn die Aufsichtsbehörde das Notariat F._____ und damit seinen Chef Notar H._____ auf entsprechenden Wunsch von der

Erbenvertretung in Sachen ABCD. _____ entlastete und die Aufgabe dem Notariat G. _____ unter der Leitung von Notar I. _____ übertrug. Weitere Ausführungen dazu verbieten sich mit Rücksicht auf die Persönlichkeit der betroffenen Personen.

c) Damit ist der Rekurs abzuweisen. Obschon der Rekurs nach kantonalem Verwaltungsrecht devolutiven Charakter hat, wird nach ständiger Praxis bei Abweisung des Rechtsmittels das Dispositiv des angefochtenen Entscheides nicht wiederholt.

5. Umstände halber ist auf das Erheben von Kosten zu verzichten. Andererseits fehlt es aber auch an den Voraussetzungen für die Parteientschädigung (§ 17 Abs. 2 VRG).

Es wird erkannt:

1. Der Rekurs wird abgewiesen.
2. Kosten werden nicht erhoben.
3. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Rekurrenten und an die weiteren im Erbteilungsprozess CP080004 des Bezirksgerichts Winterthur Beteiligten (an den Beklagten 2 durch Publikation im Amtsblatt), an die Vorsteher der Notariate F. _____ und G. _____, sowie unter Beilage der Akten an die Verwaltungskommission (im Doppel, auch für das Notariatsinspektorat).
5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert des diesem Verfahren zugrunde liegenden Erbteilungsprozesses resp. der angeordneten thematisch eingeschränkten Erbschaftsverwaltung wurde im Rekurs nicht beziffert.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
Rekurskommission

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Graf

versandt am: