

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB170027-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss vom 4. Mai 2017

in Sachen

1. **A.**_____

2. **B.**_____

Beklagte und Berufungskläger

2 vertreten durch A._____

gegen

C._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Erteilung**

**Berufung gegen eine Verfügung des Bezirksgerichtes Horgen vom 4. April
2017 (CP150004-F)**

Erwägungen:

1. a) Die Klägerin ist die Tochter, die Beklagte 1 die Ehefrau bzw. Witwe und der Beklagte 2 der Sohn des am tt.mm.2003 verstorbenen Erblassers D._____ (Vi-Urk. 4/1). Am 12. August 2015 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Horgen (Vorinstanz) eine Klage auf Nichtigerklärung der letztwilligen Verfügung des Erblassers vom 25. Januar 2003 und auf Feststellung sowie Teilung des Nachlasses des Erblassers ein (Vi-Urk. 2; samt entsprechender Klagebewilligung vom 17. Juni 2015, Vi-Urk. 1). Nach gescheiterten Vergleichsbemühungen der Vorinstanz (vgl. Vi-Prot. S. 31 f., Vi-Urk. 50A) ersuchte die Klägerin am 29. November 2016 um Einsetzung einer Erbenvertretung (Vi-Urk. 57). Mit Verfügung vom 4. April 2017 (Vi-Urk. 79 = Urk. 2) setzte die Vorinstanz der Beklagten 1 Frist zur Einreichung des Originaltestaments an (Disp.-Ziff. 1), bestellte im Nachlass des Erblassers einen Erbenvertreter (Disp.-Ziff. 2), setzte als Erbenvertreter den Notar des Wahlkreises E._____ ein (Disp.-Ziff. 4) und behielt die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vor (Disp.-Ziff. 5).

b) Hiergegen haben die Beklagten am 15. April 2017 fristgerecht Berufung erhoben und stellen die Berufungsanträge (Urk. 1 S. 2):

- "1. Der Prozess soll, wie vom Bezirksgericht Horgen vorgeschlagen, in zwei Teile aufgeteilt werden.
2. Das Bezirksgericht soll unmittelbar, zuhanden des beauftragten Verkäufers Herrn F._____, ... [Adresse] verfügen, dass die Liegenschaft, G._____-Strasse ... in H._____, sofort verkauft wird.
3. Der zweite Teil des Prozesses soll, d.h. die Erbteilung soll anschließend durchgeführt und baldmöglichst abgeschlossen werden.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf prozessuale Weiterungen verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Der Beklagte 2 hat die Beklagte 1 mit Vollmacht vom 30. Januar 2016 als seine "uneingeschränkte Vertretung" bezeichnet (Vi-Urk. 27). Die Vorinstanz hat dem Beklagten 2 zwar mit Verfügung vom 16. Dezember 2016 Frist ange-

setzt, um einen Rechtsvertreter oder einen anderen Zustellungsempfänger zu benennen oder zu erklären, dass er sich nicht am Verfahren beteilige und jedes Resultat gegen sich gelten lassen werde (Vi-Urk. 68 Disp.-Ziff. 4). Da jedoch diese Frist ohne Erklärung des Beklagten 2 verstrichen ist und die Vorinstanz mit der Fristansetzung keine Säumnisandrohung verbunden hat – dass sie erwogen hat, die Beklagte 1 werde als Zustellungsempfängerin betrachtet, bis der Beklagte 2 der Aufforderung nachgekommen sei (Vi-Urk. 68 S. 3), hat keinen Eingang ins Dispositiv gefunden –, ist für das Berufungsverfahren von einer Vertretung des Beklagten 2 durch die Beklagte 1 auszugehen.

3. a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Mit einem Rechtsmittel kann jedoch nur das angefochten werden, was tatsächlich entschieden wurde; was nicht Gegenstand des angefochtenen Entscheids war, kann nicht angefochten werden (Ausnahme: wenn die Vorinstanz über ein Begehren nicht entschieden hat, obwohl sie darüber hätte entscheiden können und sollen, kann dies mit einer Beschwerde wegen Rechtsverzögerung geltend gemacht werden; Art. 319 lit. c ZPO).

Vorliegend kann aus der Einleitung vor den Berufungsanträgen – "namentlich der Punkte, 2. 3. und 6." (Urk. 1 S. 2) – geschlossen werden, dass sich die Berufung gegen die Einsetzung einer Erbenvertretung (Disp.-Ziff. 2) und die Person derselben (Disp.-Ziff. 3) richtet, die Berufungsanträge beziehen sich sodann jedoch in keiner Weise darauf, sondern beschlagen Themen, die nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung waren. Schon aus diesem Grund kann auf die Berufung nicht eingetreten werden.

b) Die Berufung ist sodann begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO; vgl. auch die Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Entscheids, Urk. 2 Disp.-Ziff. 6). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Berufungsschrift – im Sinne einer Eintretensvoraussetzung – konkret und im Einzelnen dargelegt werden muss, weshalb der vorinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll; sie muss sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen und die Berufungsinstanz hat

sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung derjenigen Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (BGE 138 III 374 Erw. 4.3.1.; BGE 142 III 413 Erw. 2.2.4).

Vorliegend setzt sich die Berufung mit den vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 2 S. 6-8: Die Erbgemeinschaft sei nicht einig über die Verwaltung des Nachlasses und den Verkauf einer dringend sanierungsbedürftigen Liegenschaft in H.____; eine blosser gerichtliche Anweisung für diesen Verkauf genüge nicht, da die Erbgemeinschaft immer noch hinsichtlich der Verwaltung uneinig bleiben würde; notwendig sei eine generelle Erbenvertretung, welcher keine Weisungen zu erteilen seien) in keiner Weise auseinander. Dass die Beklagten vorbringen, das Notariat E.____ verfüge nicht über die nötige Verwaltungskompetenz, stellt keine genügende Beanstandung dar, denn es wird mit keinem Wort gesagt, wieso das Notariat – das immerhin auch umfangreiche Konkursverfahren zu bewältigen hat – zur Vertretung und Verwaltung eines grundsätzlich überschaubaren Nachlasses nicht imstande sein sollte. Auch aus diesem Grund kann auf die Berufung nicht eingetreten werden.

c) Die Beklagten machen in ihrer Berufung am Rande geltend, der vorinstanzliche Richter und Notar I.____ vom Notariat E.____ seien ihres Erachtens befangen, weil sie massgebend am Ausgang eines "unnötig langjährigen" vorangegangenen Erbteilungsprozesses der Herkunftsfamilie der Beklagten 1 beteiligt gewesen seien (Urk. 1 S. 2).

Nachdem die Beklagten gar nicht erst ausführen, wieso bzw. inwieweit die Beteiligung an einem anderen Gerichtsverfahren (welchem konkret?) zu einer irgendwie gearteten Befangenheit im vorliegenden Verfahren führen sollte, kann auch hierauf nicht eingetreten werden. Ohnehin wäre ein allfälliger (konkret darzulegender) Ausstandsgrund nicht bei der Rechtsmittelinstanz, sondern bei der Vorinstanz geltend zu machen (Art. 49 Abs. 1 ZPO).

d) Nach dem Gesagten kann auf die Berufung insgesamt nicht eingetreten werden.

4. a) In der Hauptsache ist von einem Streitwert von Fr. 750'000.-- auszugehen (Vi-Urk. 5 S. 2). Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 1'800.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss den Beklagten im Verhältnis ihrer Erbanteile (Beklagte 1: Hälfte des Nachlasses; Beklagter 2: ein Viertel; vgl. Vi-Urk. 4/1), d.h. im Verhältnis 2:1, und unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO).

c) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, den Beklagten zufolge ihres Unterliegens, der Klägerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'800.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten 1 zu zwei Dritteln und dem Beklagten 2 zu einem Drittel auferlegt, je unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 1, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 4. Mai 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
sf