

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF110100-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

## Urteil vom 24. November 2011

in Sachen

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

Beschwerdeführerin,

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

gegen

**Notariat B.**\_\_\_\_\_, Notar-Stellvertreter C.\_\_\_\_\_,

Beschwerdegegner,

betreffend

### **Beschwerde gegen den Erbenvertreter**

Beschwerde gegen ein Urteil der 5. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom  
19. August 2011 (EA110002)

## Erwägungen:

### I.

#### **Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. Die Beschwerdeführerin und D.\_\_\_\_\_ sind die einzigen Erbinnen ihrer am tt.mm.2008 verstorbenen Mutter E.\_\_\_\_\_ (act. 8 S. 2 = act. 11 S. 2 = act. 13 S. 2). Gestützt auf eine Vereinbarung mit der Erblasserin vom 23. September 1996 nutzen die Eheleute D1.\_\_\_\_\_ die Nachlassliegenschaft F.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in G.\_\_\_\_\_ oder immerhin Teile davon (act. 3/11) zu einem monatlichen Mietzins von aktuell offenbar Fr. 2'133.00 (exklusiv Nebenkosten; act. 1 S. 5).

Mit Beschluss vom 8. Februar 2010 setzte die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich in Bezug auf die Verwaltung der Liegenschaft F.\_\_\_\_\_ - Strasse ... in G.\_\_\_\_\_ das Notariat B.\_\_\_\_\_ als Erbenvertreter gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB ein. Die zur Anordnung einer Erbenvertretung notwendige offensichtliche Interessenkollision lag nach Ansicht der Kammer darin, dass D.\_\_\_\_\_ sowohl Mieterin als - gemeinsam mit ihrer Schwester - auch Vermieterin der fraglichen Liegenschaft sei. Aus diesem Grund habe D.\_\_\_\_\_ gegensätzliche Interessen zu vertreten. Dies könne dazu führen, dass sie im Rahmen der Liegenschaftsverwaltung im Zweifel zu Gunsten der Mieterschaft entscheide und beispielsweise eine aus objektiver Sicht allenfalls angezeigte Mietzinserhöhung blockiere. Ein solches Vorgehen habe D.\_\_\_\_\_ bereits angekündigt. Für die Dauer der Erbengemeinschaft sei der Beschwerdeführerin daher die Anpassung des Mietzinses mangels Mitwirkung der Miterbin verwehrt. Obwohl davon auszugehen sei, dass die Substanz des Nachlasses dadurch nicht in Gefahr sei, sei die Verwaltung der Liegenschaft F.\_\_\_\_\_ trasse ... dennoch teilweise blockiert (act. 3/9 S. 7 ff.).

2. Für die Zeit ab 1. Juli 2010 schloss das Notariat mit dem Hauseigentümerverband H.\_\_\_\_\_ ein Verwaltungsmandat (act. 3/10). Mit Expertise vom 15. Juli 2010 schätzte der Hauseigentümerverband den aktuell im Markt erzielbaren Mietwert des Zweifamilienhauses an der F.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in G.\_\_\_\_\_ auf

insgesamt Fr. 4'835.00 (act. 3/2). Mit Schreiben vom 29. November 2010 teilte die Erbenvertretung den Erbeninnen in Bezug auf die zwischen ihnen hängige Frage mit, dass eine Mietzinsanpassung mangels Gefährdung des verwalteten Vermögenswerts bzw. dessen Substanz einstweilen abgelehnt werde. Die aktuell eingehenden Mietzinse würden den gewöhnlichen Unterhalt inklusive Hypothekarzinsen decken. Daher könne die Frage, ob dem Erbenvertreter die Kompetenz zur Mietzinsanpassung vorliegend überhaupt zustehe, offenbleiben. Nach der Lektüre von BGer 5A\_727/2009 vom 2. Februar 2010 erscheine dies immerhin fraglich (act. 3/3). Mit Schreiben vom 16. Dezember 2010 ersuchte die Beschwerdeführerin das Notariat, umgehend die notwendigen Massnahmen zur Schadensminderung einzuleiten. Da der angemessene Mietzins aufgrund der Schätzung praktisch das Doppelte des aktuell entrichteten betrage, entgingen dem Nachlass erhebliche Mittel, weshalb er sehr wohl gefährdet sei. Ein weiteres Zuwarten mit der Kündigung lasse sich nicht verantworten, auch deshalb nicht, weil sich die Mieter jeglicher Mietzinsanpassung entgegenstellen würden (act. 3/4). Die Erbenvertretung beharrte in der Folge auf ihrem Standpunkt gemäss Schreiben vom 29. November 2010 (act. 3/5 und letztmals act. 3/8 vom 29. März 2011; vgl. auch die weitere Korrespondenz in act. 3/6 bis act. 3/7).

Mit Eingabe vom 8. April 2011 beantragte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz die Anweisung der Erbenvertretung, im Rahmen der mit Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Februar 2010 angeordneten Verwaltung der Liegenschaft F.\_\_\_\_-Strasse ... in G.\_\_\_\_, das Mietverhältnis mit den Eheleuten D1.\_\_\_\_ zur Erzielung eines höheren Mietzinses auf den nächstmöglichen Termin zu kündigen (act. 1). Mit Verfügung vom 27. Mai 2011 wurde dem Notariat und D.\_\_\_\_ Frist zur Beantwortung der Beschwerde bzw. Vernehmlassung angesetzt (act. 5). Mit Eingabe vom 23. Juni 2011 wies D.\_\_\_\_ den von der Beschwerdeführerin geschilderten Sachverhalt als falsch zurück, verzichtete jedoch gleichzeitig auf Stellungnahme zu deren Ausführungen (act. 6). Die Erbenvertretung verzichtete mit Schreiben vom 29. Juni 2011 auf Vernehmlassung (act. 7). Mit Urteil vom 19. August 2011 wies die Vorinstanz die Beschwerde schliesslich ab (act. 8 = act. 11 = act. 13).

3. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 1. September 2011 fristgerecht (vgl. act. 9) ein Rechtsmittel (act. 12). Mit Verfügung vom 13. September 2011 wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt und die weitere Prozessleitung delegiert (act. 14). Der Vorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 16; act. 15/1). In Anwendung von Art. 322 ZPO, teilweise in Verbindung mit § 83 Abs. 2 GOG wurde dem Notariat am 28. September 2011 Frist zur Beantwortung und D. \_\_\_\_\_ solche zur Stellungnahme zum Rechtsmittel angesetzt (act. 17). Mit Eingabe vom 30. September 2011 verzichtete die Erbenvertretung darauf (act. 19); D. \_\_\_\_\_ kam der gerichtlichen Aufforderung unter dem 10. Oktober 2011 nach (act. 20).

## **II. Anwendbares Recht**

1. Am 1. Januar 2011 trat die schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft. Sowohl der vorinstanzliche Prozess als auch das Rechtsmittelverfahren wurden nach deren Inkrafttreten anhängig gemacht. Das gesamte Verfahren steht demnach unter der Herrschaft der nationalen Zivilprozessordnung. Sobald die ZPO anwendbar ist, gilt dies auch für deren kantonales Ausführungsgesetz (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess [GOG] vom 10. Mai 2010, OS 211.1).

2. a) Gemäss Lehre und Rechtsprechung untersteht der Erbenvertreter analog Art. 595 Abs. 3 ZGB der behördlichen Aufsicht mit Beschwerderecht der Erben (BGer 5P.83/2003 vom 8. Juli 2003; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER, 3. Aufl. 2007, Art. 602 N 49 ff.; JENNIFER PICENONI, Der Erbenvertreter nach Art. 602 Abs. 3 ZGB, Zürich 2004, S. 106 ff. mit dort aufgeführter Rechtsprechung).

In der ZPO ist diese Beschwerde nicht ausdrücklich geregelt.

b) Zum aufsichtsrechtlichen Verfahren vor erster Instanz legt § 83 GOG in Verbindung mit § 85 GOG lediglich einige wenige Grundzüge fest. Neben der Beschwerdefrist und ein paar formellen Vorschriften in Abs. 1 sieht Abs. 2 derselben

Bestimmung bei sich nicht sofort als unbegründet erweisenden Beschwerden deren Zustellung zu schriftlicher Vernehmlassung an die Betroffenen und ebensolcher Beantwortung an weitere beteiligte Personen vor. Abs. 3 gibt schliesslich die Untersuchung des Sachverhalts durch die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen vor und erklärt die Vorschriften der Zivilprozessordnung, insbesondere über das Beweisverfahren, als sinngemäss anwendbar.

In welcher Verfahrensart erbrechtliche Aufsichtsbeschwerden zu behandeln sind, wird aus diesen Bestimmungen nicht klar. Es fällt allerdings auf, dass das Aufsichtsbeschwerdeverfahren ausser einer schriftlichen Beschwerdeschrift keine weiteren obligatorischen Parteivorträge kennt. Insbesondere ist eine Antwort auch im Verfahren der ersten Aufsichtsinstanz nicht erforderlich, wenn sich die Beschwerde sofort als unbegründet erweist (§ 83 Abs. 2 GOG). Dieses fundamentale Element unterscheidet die aufsichtsrechtliche Beschwerde vom ordentlichen und vom vereinfachten Verfahren der ZPO (dazu Art. 222 f. ZPO respektive Art. 245 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO), entspricht aber der Regelung im summarischen Verfahren (Art. 253 ZPO). Im summarischen Verfahren hat zudem der Grundsatz der Untersuchungsmaxime ebenso Platz (etwa im so genannten nichtstreitigen Verfahren, vgl. dazu KuKo ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 248 N 27) wie nicht nur die Glaubhaftmachung, sondern auch strenge Beweismassstäbe gelten können (etwa bei der definitiven Rechtsöffnung oder beim Konkurs, Art. 251 ZPO in Verbindung mit den Art. 81 SchKG respektive Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Daneben wurde durch den Gesetzgeber in den wenigen Regelungen sowohl für die erstinstanzliche Beschwerde als auch deren Weiterzug eine kurze Frist von nur zehn Tagen festgelegt. Damit sollte das Verfahren offenkundig beschleunigt werden, zumal mit aufsichtsrechtlichen Mitteln praktisch immer in laufende Verfahren bzw. Mandate eingegriffen wird. Entsprechend verneint die Kammer praxisgemäss für die betreibungsrechtliche Beschwerde (OGer ZH, PS110142-O vom 8. August 2011), Rechtsmittel gegen familienrechtliche Entscheide der Bezirksräte und das Verfahren des fürsorgerischen Freiheitsentzuges (für beide Verfahren OGer ZH, NQ110028-O vom 30. Juni 2011) die Geltung der Gerichtsferien. Insgesamt sind Aufsichtsbeschwerden demnach mindestens in der Nähe von summarischen Verfahren einzuordnen.

c) Nach § 84 GOG kann gegen Beschwerdeentscheide der Bezirksgerichte nach § 139 GOG innert zehn Tagen seit Mitteilung Aufsichtsbeschwerde beim Obergericht erhoben werden. Auf dieses Rechtsmittelverfahren sind nach ausdrücklicher Verweisung die Bestimmungen der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO sinngemäss anwendbar (vgl. auch OGer ZH, LF110053-O vom 9. Juni 2011 zur vergleichbaren Situation bei Beschwerden gegen Willensvollstrecker). Entgegen der Rechtsmittelbelehrung auf dem angefochtenen Entscheid stand demnach nicht die Berufung, sondern die Beschwerde im Sinne von Art. 319 ff. ZPO zur Verfügung. Das vorliegende Rechtsmittel ist daher als Beschwerde in diesem Sinne entgegenzunehmen und zu behandeln.

### **III. Formelles**

1. D.\_\_\_\_\_ beantragte in ihrer Stellungnahme vom 10. Oktober 2011, das Obergericht habe auf die Beschwerde nicht einzutreten, weil weder unrichtige Rechtsanwendung noch offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz geltend gemacht werde. Vielmehr verlange die Beschwerdeführerin mit der Kündigung des Mietverhältnisses eine Massnahme durch den gerichtlich eingesetzten Erbenvertreter (act. 20 S. 4).

Mit diesen Ausführungen vermischt D.\_\_\_\_\_ einerseits Antrag und Begründung (= Beschwerdegründe) eines Rechtsmittels und verkennt andererseits die Anforderungen an die Begründung. In einer Rechtsmittelschrift sind vorab Anträge oder Rechtsbegehren zu stellen. Darin ist zu erklären, welche Änderungen im Dispositiv des angefochtenen Entscheids verlangt werden. Weil die Rechtsmittelinstanz bei der Beschwerde in der Regel nur kassatorisch und nicht reformatorisch entscheidet (Art. 327 Abs. 3 ZPO), reicht hier häufig ein Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Ein Antrag in der Sache ist dann erforderlich, wenn die Angelegenheit bei Spruchreife von der Rechtsmittelinstanz neu entschieden werden kann. In der Begründung ist dann darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und deshalb abgeändert werden muss (IVO W. HUNGERBÜHLER,

DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 15 und N 28 in Verbindung mit Art. 321 N 17 und N 19). Indem sie die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Anweisung der Erbenvertretung zur Kündigung des Mietverhältnisses auf den nächstmöglichen Termin zur Erzielung eines höheren Mietzinses beantragte, ist das Rechtsmittelbegehren der Beschwerdeführerin nach dem Gesagten nicht zu beanstanden. Gleiches gilt für die Begründung des Rechtsmittels. Mit dem Vorbringen, wonach die Vorinstanz zu Unrecht eine Pflichtverletzung der Erbenvertretung verneint (act. 12 S. 3 f.) und die Frage nach einer Mietzinsanpassung als in deren Ermessensbereich liegend angenommen habe, rügt die Beschwerdeführerin mindestens deren unrichtige Rechtsanwendung. Da sie denn auch nicht ausschliesslich pauschal auf die erstinstanzlich eingebrachten Rechtsschriften verweist sondern sich vielmehr durchaus mit den Argumenten der Vorinstanz auseinandersetzt (act. 20 S. 4 f.), ist die Begründung auch in dieser Hinsicht ausreichend (IVO W. HUNGERBÜHLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 25 in Verbindung mit Art. 321 N 21).

2. Weiter bestritt D.\_\_\_\_\_ die Rechtzeitigkeit der Beschwerdeeinreichung vor Vorinstanz, weil die Frist ihrer Meinung nach nicht mit dem letzten Festhalten der Erbenvertretung an ihrer Ansicht betreffend fehlender Notwendigkeit einer Mietzinsanpassung mit Schreiben vom 15. März 2011 sondern bereits mit dem ursprünglichen Entscheid vom 29. November 2010 zu laufen begonnen habe (act. 20 S. 7 f.).

Aus den Akten ergibt sich, dass das Notariat den Erbinnen in Bezug auf die Frage einer allfälligen Mietzinsanpassung tatsächlich bereits mit Schreiben vom 29. November 2010 mitteilte, ihrer Meinung nach erübrige sich eine Änderung der Mietzinsvereinbarung im heutigen Zeitpunkt (act. 3/3). Bei den weiteren eingereichten Schreiben der Erbenvertretung handelt es sich lediglich um Bestätigungen dieses ersten Entscheids bzw. um die Bekanntgabe, dass daran festgehalten werde (act. 3/5 und act. 3/8). Die Beschwerde vom 8. April 2011 erfolgte damit wohl nicht innert zehn Tagen nach dem abschlägigen Bescheid der Erbenvertretung. Ein gegenteiliger Entscheid hätte zur Folge, dass ein Beschwerdeführer durch weitere Nachfragen faktisch eine Verlängerung der Beschwerdefrist nach seinem Belieben herbeiführen könnte. Am Gesagten ändert auch nichts, dass vor-

liegend ein Handeln im Rahmen eines andauernden Mandats zur Beurteilung ansteht. Ein erneuter bzw. späterer fristauslösender Entscheid könnte auch hier lediglich nach wiederholtem abschlägigem Bescheid nach nochmaliger Gesuchstellung eines Betroffenen infolge veränderter Verhältnisse angenommen werden. Eine abschliessende Beurteilung der Frage in Bezug auf die vorliegenden Abläufe erübrigt sich jedoch aufgrund der nachstehenden Erwägungen.

Ungeachtet des Umstands, dass gegen Handlungen und Verfügungen des Notariats als Erbenvertretung vorab die Beschwerde an die untere Aufsichtsbehörde gegeben ist, steht der Rechtsmittelinstanz bei augenfälligen Pflichtverletzungen auch ein aufsichtsrechtliches Einschreiten von Amtes wegen zu. Die Aufsichtsbehörde kann nämlich entweder auf Antrag eines materiell an der Erbschaft Beteiligten oder auch von Amtes wegen handeln, sei es auf Anzeige durch einen unbeteiligten Dritten oder infolge sonst wie gemachter Wahrnehmungen (vgl. zum vergleichbaren Problem beim Willensvollstrecker BGE 90 II 376 [383]; Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Februar 1994 im Geschäft Nr. NL930050; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER, a.a.O., Art. 602 N 52 f.; JENNIFER PICENONI, a.a.O., S. 106 f.). Vorliegend wehrte sich die Erbenvertretung mit dem alleinigen Argument, der zu verwaltende Vermögenswert bzw. dessen Substanz werde als nicht gefährdet angesehen, weil die aktuell eingehenden Mietzinse von weniger als der Hälfte der Mietwertschätzung des Hauseigentümergeverbandes H.\_\_\_\_\_ vom 15. Juli 2010 den gewöhnlichen Unterhalt samt Hypothekarzinsen decken würden, gegen die Erzielung eines höheren Mietzinses aus der Nachlassliegenschaft. Daneben sind seit Erstellung der Expertise wiederum fast eineinhalb Jahre verstrichen. Es besteht somit ausreichend Grund zur Infragestellung der angefochtenen Verfügung von Amtes wegen und ein entsprechendes aufsichtsrechtliches Einschreiten insofern, als die nachfolgend aufgezeigten offenen Punkte zu klären sind (vgl. dazu auch den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Februar 1994 im Geschäft Nr. NL930050, insbesondere S. 9 f.).

Lediglich der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass eine fristungebundene Beschwerde infolge formeller Rechtsverweigerung (act. 1 S. 3) le-



diglich dann in Frage kommt, wenn gerade kein Entscheid ergangen ist. Da es bei der formellen Rechtsverweigerung infolge Untätigkeit der Behörde bereits definitiv gemäss an einem Anfechtungsobjekt und somit einem fristauslösenden Sachverhalt fehlt, ist die Rechtsverzögerungsbeschwerde *in der Regel* nicht an eine Frist gebunden. Ergibt sich die formelle Rechtsverweigerung dagegen nicht aus einem stillschweigenden oder faktischen Verhalten, sondern aus einem anfechtbaren formellen Entscheid, ist jedoch auch bei diesem speziellen Beschwerdegund innert der Frist von Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO Beschwerde zu erheben (KURT BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 44 und IVO W. HUNGERBÜHLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 321 N 12).

#### **IV. Materielles**

1. Die Vorinstanz erachtete das Nichteinschreiten der Erbenvertretung gegen den tiefen Mietzins trotz gutachterlicher Feststellung als in deren (weitem) Ermessen liegend. Die Nichtanpassung des Mietzinses oder das Absehen von einer Kündigung könne nicht als willkürlich oder gar gesetzeswidrig angesehen werden. Ein als nicht adäquat angesehenes Handeln oder Nichthandeln sei nicht schlichtweg unhaltbar sondern eben lediglich nicht adäquat. Die Aufsichtsbehörde habe sich nicht dazu zu äussern, ob das Verhalten des Erbenvertreters vorliegend tatsächlich adäquat sei oder nicht. Aus der Feststellung einer Interessenkollision zwischen den Miterbinnen mit Bezug auf die Liegenschaft F. \_\_\_\_\_-Strasse ... durch das Obergericht in seinem Beschluss vom 8. Februar 2010, welche dazu führen könne, dass beispielsweise eine aus objektiver Sicht allenfalls angezeigte Mietzinserhöhung blockiert sei, könne keine Handlungspflicht des Erbenvertreters abgeleitet werden. Es treffe zwar zu, dass die Erbenvertretung für die Erhaltung und vorsichtige Vermehrung der Erbschaftswerte zu sorgen habe. Das Obergericht habe die Substanz des Nachlasses jedoch keineswegs in Gefahr gesehen. Die Erhaltung der Erbschaftswerte sei also garantiert. Der Umstand, dass durch eine Erhöhung des Mietzinses eine umfassende Vermehrung der Erbschaftswerte erzielt werden könne, vermöge das Nichtanpassen der Mietzinsverhältnisse noch nicht als offensichtlich sachwidrig bzw. nicht mehr vertretbar erscheinen lassen.

Ob dem Erbenvertreter die Kompetenz zur Mietzinsanpassung zustehen würde und ob eine solche nach mietrechtlichen Gesichtspunkten überhaupt möglich wäre, könne bei diesem Ergebnis dahingestellt bleiben (act. 8 S. 7 ff. = act. 11 S. 7 ff. = act. 13 S. 7 ff.).

Die Beschwerdeführerin hatte vor Vorinstanz ausgeführt, dass die Anordnung der Erbenvertretung im Umfang der Liegenschaft F.\_\_\_\_-Strasse ... in G.\_\_\_\_ als umfassende Erbenvertretung zu betrachten sei. Deren Befugnisse würden nicht detailliert genannt. Allerdings sei die Ernennung vor allem deswegen erfolgt, weil ohne solche Anordnung eine aus objektiver Sicht allenfalls angezeigte Mietzinserhöhung blockiert sei. Zur Konkretisierung dieser objektiven Sicht sei von der Erbenvertretung denn auch eine Mietwertschätzung durch den Hauseigentümergeverband in Auftrag gegeben worden. Umso weniger sei die heutige Haltung des Notariats verständlich. Ganz offensichtlich stosse die Erbenvertretung bei der Mietzinserhöhung bzw. einer allfälligen Neuregelung des Mietverhältnisses im vorliegenden Fall bei ihrer Tätigkeit auf den Widerstand der Mieterin D.\_\_\_\_. Die ordnungsgemässe Verwaltung des Nachlasses stehe deshalb in Frage und die notwendigen Massnahmen seien im Aufsichtsverfahren anzuordnen. Die einzig adäquate Massnahme sei die Kündigung des Mietvertrags zur Erzielung eines höheren Mietzinses. Vorliegend sei gutachterlich eine krasse Unterschreitung um mehr als die Hälfte des marktkonformen Mietzinses festgestellt worden. Dieser Umstand verpflichte die Erbenvertretung zum Einschreiten. Beim Argument, eine Mietzinsanpassung erübrige sich, weil die Substanz des Nachlasses nicht in Gefahr sei, werde verkannt, dass die Erbenvertretung bei Verwaltung einer Liegenschaft auch die Überwachung der Mietverträge und die Erhaltung und (vorsichtige) Vermehrung der Erbschaftswerte und damit die Erzielung eines angemessenen Mietertrags umfasse. Wegen zu tiefer Mietzinse entgingen dem Nachlass zurzeit monatlich Fr. 2'702.00 an Einnahmen. Obwohl die Erbenvertretung grundsätzlich über ein weiteres Ermessen verfüge, sei die Weigerung des Notariats zur Kündigung des Mietvertrags und damit der Ermöglichung eines angemessenen Mietertrags schlichtweg unhaltbar. Damit lägen auch die Voraussetzungen für ein Eingreifen vor. Immerhin weigere sich die auf Grundlage der mangelnden Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin im mietrechtlichen Verfahren

angeordnete Erbschaftsverwaltung, die im Sinne einer rationellen und optimalen Verwaltung der Erbschaft notwendige Massnahme durchzuführen. Durch die Untätigkeit der Erbenvertretung sei bereits heute ein beträchtlicher Schaden für den Nachlass entstanden (act. 1).

Als Grund für ihre Weigerung zur Mietzinsanpassung gab die Erbenvertretung im der Beschwerde beigelegten Schreiben an die Erbinnen vom 29. November 2010 an, der zu verwaltende Vermögenswert bzw. dessen Substanz werde als nicht gefährdet angesehen. Die aktuell eingehenden Mietzinse würden den gewöhnlichen Unterhalt samt Hypothekarzinsen decken, was bereits die anordnende Gerichtsbehörde festgehalten habe. Daher erübrige sich im heutigen Zeitpunkt eine Änderung der Mietzinsvereinbarung. Gemäss BGer 5A\_717/2009 vom 2. Februar 2010 stehe dem Erbenvertreter die Kompetenz zur Mietzinsanpassung zudem gar nicht zu. Dies insbesondere dann nicht, wenn - wie im vorliegenden Fall - kein wirtschaftlicher Schaden gegeben sei (act. 3/3).

2. Gemäss § 83 Abs. 3 GOG gilt im vorliegenden Verfahren die Untersuchungsmaxime; die Aufsichtsbehörde hat den Sachverhalt demnach in jedem Fall von Amtes wegen zu klären (vgl. zur Untersuchungsmaxime LEUENBERGER/UFFER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, S. 118 ff.). Zudem hat sie unter Umständen vor Fällung eines Urteils von Amtes wegen Beweise zu erheben (Art. 153 Abs. 1 ZPO; KUKO ZPO-NAEGELI, Art. 223 N 11). Schliesslich ist sie nicht an die Parteianträge gebunden (BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER, a.a.O., Art. 602 N 51; JENNIFER PICENONI, a.a.O., S. 120). Diese Grundsätze können durchaus auch mit einem dem summarischen nahestehenden Verfahren in Einklang gebracht werden. Die Schnelligkeit dieser Verfahrensart wird nämlich im Wesentlichen durch den in der Regel einzelrichterlichen und oft mündlichen Prozess ohne Sühnverfahren (Art. 198 lit. a ZPO) und Fristenstillstand (Art. 145 Abs. 1 ZPO) sowie mit abgekürzter Rechtsmittelfrist erreicht (LEUENBERGER/UFFER, a.a.O., S. 346).

Allein aus den oben wiedergegebenen Depositionen vor Vorinstanz und den restlichen Akten wird nun jedoch nicht klar, ob die Erbenvertretung ihrer Pflicht zum Erhalt des verwalteten Vermögens in seinem ursprünglichen Bestand und

zur Vermehrung nach den Regeln einer ordnungsgemässen Wirtschaft wirklich nachgekommen ist oder nicht. Aus dem lapidaren Hinweis, dass der zu verwaltende Vermögenswert bzw. dessen Substanz als nicht gefährdet angesehen werde, weil die aktuell eingehenden Mietzinse den gewöhnlichen Unterhalt samt Hypothekarzinsen decken würden, kann dies jedenfalls nicht gefolgert werden. Einerseits ist unbekannt, was mit dem Begriff "gewöhnlicher Unterhalt" genau gemeint ist. Gewöhnlicher Unterhalt verstanden als regelmässige Reinigung, Kontrolle und Wartung im Sinne von kleineren Reparaturen könnte jedenfalls nicht generell mit Werterhalt oder gar Wertvermehrung gleichgesetzt werden. Es kann vielmehr nicht allgemein gesagt werden, dass der Wert einer Liegenschaft bei gewöhnlichem Unterhalt im erwähnten Sinn nicht abnehme. So würde beispielsweise wohl Ersatz bzw. Austausch eines defekten Dachziegels zum gewöhnlichen Unterhalt gehören. Würde diese Arbeit nicht gemacht, könnten allenfalls Dachbalken oder andere Teile der Dachstruktur angegriffen und damit der Wert der Liegenschaft vermindert werden. Umgekehrt kann daraus jedoch nicht geschlossen werden, dass der Wert bei Austausch von defekten Ziegeln nicht abnehme. Vielmehr kann eine Werteinbusse auch aus anderen Gründen eintreten, beispielsweise weil wesentliche Gebäudeteile - z.B. das Dach - nach einer bestimmten Zeit nicht überholt werden. In der Regel wird daher mindestens bei nicht nur kurzfristigen Mandaten zur ordnungsgemässen Verwaltung im Sinne von Betreuung mit Werterhalt auch die Äufnung von liquiden Mitteln für derartige werterhaltende Arbeiten gehören. Ob die Erbenvertretung aus dem Mietzins auch solches Kapital abschöpfen kann oder nicht, ist nicht bekannt. Dazu kommt, dass von einem Erbenvertreter nicht nur der Werterhalt sondern auch die konservative Wertvermehrung verlangt wird. Weshalb die Erzielung eines Mietzinses im marktüblichen Bereich für eine Nachlassliegenschaft nicht unter diese Art der Wertvermehrung fallen sollte, ist nicht einsichtig. Die Nichtanpassung des gemäss von ihr selber beauftragten Experten unter der Hälfte des auf dem im Markt erzielbaren Mietwertes liegenden Zinses durch die Erbenvertretung gestützt auf das alleinige Argument der nicht gefährdeten Substanz des verwalteten Vermögenswerts, ist nach dem Gesagten jedenfalls nicht vertretbar. Ob sich der Verzicht auf Festlegung eines marktüblichen Mietertrags allenfalls aus einem anderen Grund, wie beispielsweise

kurz bevorstehende Erbteilung oder dergleichen, rechtfertigen würde, kann aufgrund des derzeitigen Aktenstands nicht beurteilt werden. Ebenso wenig kann definitiv gesagt werden, ob zur Ermittlung des angemessenen Mietertrags aus der Liegenschaft (in vollem Umfang) auf die Expertise des Hauseigentümerversbands vom 15. Juli 2010 abzustellen sein wird oder nicht.

Im Zusammenhang mit der Erzielung eines quartier- oder marktüblichen Mietertrags für die gesamte Liegenschaft F. \_\_\_\_\_-Strasse ... könnte daneben allenfalls bedeutsam werden, dass diese offenbar aus einem sogenannten Mädchenzimmer mit separatem Eingang im Untergeschoss, einer 3½- bis 4-Zimmerwohnung im Erdgeschoss und einer 4½-Zimmerwohnung im Obergeschoss besteht (act. 3/2, insbesondere S. 4). Ob die Eheleute D1. \_\_\_\_\_ das gesamte Haus bewohnen oder lediglich einen Teil davon, ist nicht bekannt. Allenfalls könnte je nach der konkreten Situation auch eine separate Vermietung der nicht bewohnten Räume in Frage kommen. Bei Prüfung der tatsächlichen Vermietbarkeit von freistehenden Flächen und der diesbezüglichen Mietzinsfestsetzung wäre beispielsweise der Zustand der Räumlichkeiten und deren konkrete Anordnung zu berücksichtigen. Immerhin ist gemäss Umschreibung des Raumprogramms im Gutachten des Hauseigentümerversbands vom 15. Juli 2010 nicht ausgeschlossen, dass die Wohnungen im Erd- und Obergeschoss miteinander verbunden sind. Ob eine separate Vermietung aufgrund der genauen Gegebenheiten überhaupt möglich wäre, ist nicht bekannt. Einstweilen nicht abgeschätzt werden kann daher auch, ob der Verwaltungsaufwand aufgrund zusätzlicher Vermietung in angemessenem Verhältnis zum Ertrag stehen würde.

Aus dem Hinweis im obergerichtlichen Entscheid betreffend Anordnung der Erbenvertretung, wonach die Substanz des Nachlasses durch die fehlende Möglichkeit der Mietzinsanpassung für die Dauer der Erbengemeinschaft keineswegs in Gefahr sei, kann nichts für die fehlende Wertverminderung des verwalteten Nachlassteils gewonnen werden. Daneben, dass von verschiedenen Vermögensteilen die Rede ist, ist auch der Prüfungsgegenstand ein anderer. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist eine offensichtliche Verletzung der Vermögenserhaltungs- bzw. Vermehrungspflicht bezüglich des anvertrauten Guts durch die

Erbenvertretung. Im Anordnungsverfahren war es eine die Erbenvertretung rechtfertigende Interessenkollision. Auch wenn eine Gefährdung der Substanz des verwalteten Nachlasswerts zweifellos den Schluss auf eine evidente Pflichtverletzung der Erbenvertretung zulassen würde, heisst dies nicht, dass eine solche nicht auch anders begründet werden könnte.

Bei der geschilderten Sachlage hätten die angeführten Ungereimtheiten von Amtes wegen geklärt werden müssen. Daran ändert auch nichts, dass sich die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde auf die Überprüfung des Vorgehens des Erbenvertreters in formeller Hinsicht und die Vertretbarkeit seiner Massnahmen im Sinne von Aufhebung oder Verbot willkürlicher oder offenbar unsachlicher Handlungen und Einschreiten bei unkorrekter Amtsführung sowie Untätigkeit beschränkt. Dass die Aufsichtsbehörden nicht an Stelle des Erbenvertreters entscheiden dürfen und nicht zum Einschreiten befugt sind, solange sich dessen Vorgehen im Rahmen des vertretbaren Ermessens bewegt (BGer 5P.107/2004 vom 26. April 2004; BGer 5P.83/2003 vom 8. Juli 2003; JENNIFER PICENONI, a.a.O., S. 114), entbindet das Gericht nicht von seiner Feststellungspflicht bezüglich Sachverhalt. Auch zur Beurteilung von evidenter Unsachlichkeit muss der relevante Sachverhalt eruiert werden. Ein Verzicht darauf kann nicht allein mit dem Argument des weiten Ermessens der Erbenvertretung erfolgen. Die nicht zu übersehende Unangemessenheit würde vielmehr erst die konkrete Sachverhaltsermittlung ergeben. Eine Entscheidfällung wird erst nach Feststellung des Sachverhalts möglich und zulässig sein. Dabei ist die Vorinstanz - wie bereits erwähnt - nicht an die Anträge der Parteien gebunden. Sollte sie beispielsweise eine Kündigung des Mietverhältnisses durch die Erbenvertretung als unverhältnismässig oder gar unzulässig erachten, käme unter Umständen auch die Erteilung einer anderen Anweisung in Frage. Diese könnte beispielsweise auf Festsetzung eines angemessenen Mietzinses für die gesamte Liegenschaft lauten, sei es durch Erhöhung der von den Eheleuten D1.\_\_\_\_\_ bezahlten Miete, Neuvermietung bisher leerstehender Teile der Liegenschaft oder auf andere Weise (vgl. hierzu auch Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Februar 1994 im Geschäft Nr. NL930050).

3. Aus den aufgeführten Gründen ist der Prozess zur Ergänzung des Verfahrens und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

## **V. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens sind nach Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Staatskasse zu nehmen. Für eine Entschädigung zulasten des Staates fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage (ADRIAN URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 15).

## **VI. Rechtsmittel**

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei Bestellung des Erbschaftsverwalters und Umschreibung seines Aufgabenkreises um eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG (BGer 5A\_257/2009 vom 26. Oktober 2009; BGer 5A\_717/2009 vom 2. Februar 2010). Ebenso qualifizierte das Bundesgericht einen Entscheid, bei dem allfällige Rechte an einer Nachlassliegenschaft erst nach Abschluss des Erbteilungsprozesses endgültig feststehen, als nicht auf Dauer angelegt und damit als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG (BGer 5A\_717/2009 vom 2. Februar 2010; BGer 5A\_574/2007 vom 11. März 2008). Ob dies gleichermassen für den vorliegenden Fall gilt, wird bei einem Weiterzug das Bundesgericht zu bestimmen haben; ihm obliegt letztlich der Entscheid über die Eintretensvoraussetzungen eines allfälligen Rechtsmittels.

### **Es wird erkannt:**

1. Das Urteil des Einzelgerichts der 5. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. August 2011 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an das zuständige Einzelgericht zurückgewiesen.

2. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens fallen ausser Ansatz.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und D.\_\_\_\_\_ sowie – unter Beilage der erst- und zweitinstanzlichen Akten – an die 5. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein sowie an die Obergerichtskasse.
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).

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 32'400.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Findeisen

versandt am: