

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF120008-O/U,
damit vereinigt PF120009

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.
P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Beschluss und Urteil vom 21. Mai 2012

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin Nr. 1,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

sowie

B._____,

Beschwerdeführerin Nr. 2,

gegen

Notariat C._____, Notar-Stellvertreter **D.**_____,

Beschwerdegegner,

betreffend

Beschwerde gegen den Erbenvertreter / Rückweisung

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes - Freiwillige Gerichtsbarkeit des
Bezirksgerichtes Zürich vom 2. Februar 2012 (EA110004)

Erwägungen:

I. Sachverhalt/Prozessgeschichte

1. Die Beschwerdeführerinnen sind die einzigen Erbinnen ihrer am tt.mm.2008 verstorbenen Mutter E._____ (act. 3/8 S. 2 = act. 2/11 S. 2 = act. 2/13 S. 2). Gestützt auf eine Vereinbarung mit der Erblasserin vom 23. September 1996 nutzt die Beschwerdeführerin 2 mit ihrem Ehemann die Nachlassliegenschaft F._____ ... in G._____ oder immerhin Teile davon (act. 3/3/11) zu einem monatlichen Mietzins von aktuell Fr. 2'133.– (exklusiv Nebenkosten; act. 3/1 S. 5).

Auf Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 hin setzte die Kammer mit Beschluss vom 8. Februar 2010 in Bezug auf die Verwaltung der Liegenschaft F._____ ... das Notariat C._____ als Erbenvertreter gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB ein (act. 3/3/9).

Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann bezüglich dem Sachverhalt im Einzelnen auf die Erwägungen der Kammer im Urteil vom 24. November 2011 verwiesen werden (act. 1 S. 2 f = act. 2/21 S. 2 f.). Die Beschwerdeführerin 1 verlangte vom Erbenvertreter (nachfolgend Beschwerdegegner), es sei der von der Beschwerdeführerin 2 und ihrem Ehegatten zu bezahlende Mietzins für die Liegenschaft an der F._____ ... angemessen anzupassen bzw. das Mietverhältnis zu kündigen. Der Beschwerdegegner lehnte eine entsprechende Anpassung mangels Gefährdung des verwalteten Vermögenswerts bzw. dessen Substanz einstweilen ab und gab an, 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_717/2009 vom 2. Februar 2010 erscheine dies immerhin fraglich (act. 3/3/3-6).

2. Mit Eingabe vom 8. April 2011 beantragte die Beschwerdeführerin 1 bei der Vorinstanz als untere Aufsichtsbehörde über den Erbenvertreter die Anweisung

des Beschwerdegegners, es sei das Mietverhältnis mit den Eheleuten B1._____ (Beschwerdeführerin 2 u. Ehegatte) zur Erzielung eines höheren Mietzinses auf den nächstmöglichen Termin zu kündigen (act. 3/1). Mit Urteil vom 19. August 2011 wies die Vorinstanz die Beschwerde ab (act. 2/11 = act. 2/13 = act. 3/8).

3. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin 1 mit Eingabe vom 1. September 2011 fristgerecht Beschwerde (act. 2/12). Die Kammer hob mit Urteil vom 24. November 2011 das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 19. August 2011 auf und wies die Sache zur Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts bzw. zur Ergänzung des Verfahrens sowie zur Neubeurteilung zurück (act. 1 = act. 2/21).

Die Vorinstanz hiess die Beschwerde ohne Weiterungen mit Urteil vom 2. Februar 2012 teilweise gut und wies den Beschwerdegegner an, im Rahmen der mit Beschluss des Obergerichts vom 8. Februar 2010 angeordneten Erbschaftsverwaltung (betr. die Liegenschaft F._____str. ... in G._____; Mietverhältnis mit B._____ [Beschwerdeführerin 2] und B2._____ [Ehemann der Beschwerdeführerin 2]) auf den nächstmöglichen Termin eine Mietzinserhöhung auszusprechen. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen (act. 5 = act. 7 = act. 9 = act. 10/7 = act. 10/9).

4. Dagegen erhoben sowohl die Beschwerdeführerin 2 (Prozess-Nr. PF120008) als auch die Beschwerdeführerin 1 (Prozess-Nr. PF120009) fristgemäss Beschwerde (act. 8; act. 10/8). Mit Verfügung der Kammer vom 2. März 2012 wurden die Verfahren unter der Prozess-Nr. PF120008 vereinigt und dasjenige mit der Prozess-Nr. PF120009 als dadurch erledigt abgeschrieben (act. 12). Zudem wurde beiden Beschwerdeführerinnen Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Die Vorschüsse gingen fristgerecht bei der Obergerichtskasse ein (act. 14 u. 15). Der Beschwerdegegner verzichtete mit Schreiben vom 30. März 2012 auf eine Stellungnahme zur Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 (act. 16 u. act. 20). Wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, kommt der Beschwerdeführerin 2 im hiesigen Verfahren keine Parteistellung zu, weshalb zu ihrer Beschwerde keine Stellungnahme einzuholen war.

5. Mit Eingabe vom 31. März 2012 (act. 21) ergänzte die Beschwerdeführerin 2 ihre Beschwerdeschrift vom 23. Februar 2012 (act. 8) und stellte weitere Anträge. Auf die Zulässigkeit dieser Eingabe wird nachfolgend zurückzukommen sein.

6. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-5). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuales

1. Zum anwendbaren Recht und zur Verfahrensart im aufsichtsrechtlichen Beschwerdeverfahren kann auf die ausführlichen Erwägungen der Kammer im Urteil vom 24. November 2011 (Rückweisungsentscheid) verwiesen werden (act. 2/21 S. 4 ff.). Das aufsichtsrechtliche Beschwerdeverfahren richtet sich nach den §§ 82 ff. GOG.

2. Das Beschwerdeverfahren wurde ursprünglich von der Beschwerdeführerin 1 mit Eingabe vom 8. April 2011 angehoben (act. 3/1). Sowohl vor Vorinstanz als auch im (ersten) Rechtsmittelverfahren (Prozess-Nr. LF110100) wurde der Beschwerdeführerin 2 als beteiligte Person bzw. Miterbin das rechtliche Gehör gewährt (vgl. § 83 Abs. 2 GOG) und die Endentscheide wurden ihr zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 3/5 u. 6; act. 3/8 S. 10; act. 2/17; act. 2/20; act.2/21 S. 16). Nach dem Rückweisungsentscheid der Kammer vom 24. November 2011 entschied die Vorinstanz mit Urteil vom 2. Februar 2012 neu (act. 5). Im Rubrum wurde als Verfahrensbeteiligte nach wie vor richtigerweise nur die Beschwerdeführerin 1 geführt (act. 5 S. 1). Mit Eingabe vom 23. Februar 2012 erhob die Beschwerdeführerin 2 innert Frist ebenfalls Beschwerde (act. 8). Zu ihrer Beschwerdelegitimation gibt sie an, sie sei als Verfahrensbeteiligte mit Parteistellung und mit eigenem schutzwürdigen Interesse am Verfahrensausgang zur Führung der Beschwerde legitimiert (act. 8 S. 1).

3. Mit ausdrücklichem Verweis in § 84 GOG sind für das Rechtsmittel gegen Beschwerdeentscheide der Bezirksgerichte die Art. 319 ff. ZPO sinngemäss anwendbar. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 2 gilt es also im

Lichte der ZPO zu prüfen. Die Berechtigung Dritter zur Erhebung einer Beschwerde wird in der ZPO nicht ausdrücklich geregelt (im Gegensatz zu vormalig § 273 ZPO/ZH). Die Legitimation leitet sich somit aus der Beschwer ab, was dem Rechtsschutzinteresse nach Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO im erstinstanzlichen Verfahren entspricht. Damit die Zulässigkeitsvoraussetzung der Beschwer gegeben ist, muss die Drittperson formell und/oder materiell beschwert sein. Ohne Parteistellung im vorinstanzlichen Verfahren kann die Beschwerdeführerin 2 im Rechtsmittelverfahren nicht formell beschwert sein. Materiell beschwert bedeutet hingegen, dass die Rechtsstellung einer (rechtsmittelwilligen) Partei durch den erstinstanzlichen Entscheid tangiert wird, indem dieser in seiner rechtlichen Wirkung nachteilig für die Partei ist und dadurch der Partei ein Interesse an einer Änderung verschafft (vgl. ZK ZPO-REETZ, Vorbemerkungen zu den Art. 308-318, N 30 ff.).

4. Die Vorinstanz wies den Erbenvertreter in Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils vom 2. Februar 2012 an, auf den nächstmöglichen Termin eine Mietzinserhöhung auszusprechen (act. 7 S. 9). Auf den ersten Blick erscheint die Beschwerdeführerin 2 durch diese Anordnung direkt betroffen, was eine Beschwerdelegitimation begründen könnte. Die vorliegende Parteikonstellation zeichnet sich dadurch aus, dass die Beschwerdeführerin 2 sowohl Mieterin als auch – zusammen mit der Beschwerdeführerin 1 im Rahmen der Erbengemeinschaft – Vermieterin der Liegenschaft F._____ ... ist. Um der daraus sich ergebenden offensichtlichen Interessenkollision der Beschwerdeführerin 2 Rechnung tragen zu können, setzte die Kammer zweitinstanzlich auf Begehren der Beschwerdeführerin 1 mit Beschluss vom 8. Februar 2010 in Bezug auf die Verwaltung der Liegenschaft F._____ ... den Beschwerdegegner als Erbenvertreter ein (act. 3/3/9 S. 9).

5. Im Verhältnis zwischen dem Beschwerdegegner als Erbenvertreter und der Beschwerdeführerin 1 als Miterbin/Vermieterin sowie der Beschwerdeführerin 2 als Miterbin/Vermieterin/Mieterin der Nachlassliegenschaft, ist zunächst auf deren unterschiedliche Interessenlage am Ausgang des Beschwerdeverfahrens einzugehen. Der Erbenvertreter hat grundsätzlich die Interessen der Erbengemeinschaft und nicht diejenigen der einzelnen Erben zu berücksichtigen. Zudem sollte er unabhängig vom Willen der einzelnen Erben oder deren Mehrheit handeln

(PICENONI, Der Erbenvertreter nach Art. 602 Abs. 3 ZGB, Diss. Zürich 2004, S. 41). Allerdings hat der Erbenvertreter auf die sich diametral zuwiderlaufenden Interessen unter den Erben Rücksicht zu nehmen (vgl. BGE 125 III 219 E. 1.d; SCHICKER, Die Rechtsstellung des nach Art. 602 Abs. 3 ZGB für seine Erbengemeinschaft ernannten Vertreter, Diss. Zürich 1951, S. 61). Die Beschwerdeführerin 1 als Miterbin/Vermieterin ist selbstredend an einer Mehrung der Erbschaftswerte und folglich an höheren Mietzinserträgen interessiert (act. 12 S. 3). Die Beschwerdeführerin 2 gibt an, die bei ihr vom Obergericht festgestellte Interessenkollision aktualisiere sich erst bei einer Entscheidung über das Mietverhältnis. Erst nach Kenntnisnahme des Entscheids könne sich die Frage stellen, ob sie – die Beschwerdeführerin 2 – ihren Interessen als Mit-Vermieterin oder den Interessen als Mit-Mieterin Vorrang gewähre. Bis zum Zeitpunkt des Entscheids über die Mietangelegenheit (Entscheid, ob eine Mietzinserhöhung aus objektiver Sicht angezeigt sei) könne sie nur die Interessen der Erbengemeinschaft bzw. der Vermieterschaft vertreten (act. 8 S. 6). Das letztere ist der springende Punkt. Die Beschwerdeführerin 2 verkörpert eine Doppelrolle als Miterbin/Mitvermieterin und als Mieterin, welche eben gerade nicht je nach Verfahren abgelegt werden kann. Wegen dieser Doppelrolle können die Interessen der Beschwerdeführerin 2 als Teil der Erbengemeinschaft in Bezug auf die Liegenschaft F._____ ... im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden (vgl. dazu BGE 137 III 67 E. 3.1 m.w.H.). Dafür wurde die Erbenvertretung bestellt. Wie die Beschwerdeführerin 2 letztlich selber ausführt, wären ihre durch eine Mietzinserhöhung tangierten Interessen bzw. die dadurch verletzten mietrechtlichen Bestimmungen als Mieterin in einem mietrechtlichen Verfahren geltend zu machen. Überdies ist sie durch die Anweisung des Erbenvertreters den Mietzins zu erhöhen (noch) nicht direkt betroffen, da die Erhöhung in den gesetzlichen Formen erst auszusprechen wäre und danach durch die Beschwerdeführerin 2 und ihren Ehegatten angefochten werden könnte.

Im Sinne dieser Erwägungen ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin 2 nicht legitimiert ist, im vorliegenden Beschwerdeverfahren selbständig Beschwerde zu erheben. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 vom 24. Februar 2012 (act. 8) ist daher nicht einzutreten.

6. In Ergänzung der Beschwerdeschrift stellte die Beschwerdeführerin 2 mit Eingabe vom 31. März 2012 das Gesuch auf Zustellung einer Kopie der Beschwerdeschrift der Beschwerdeführerin 1 (act. 8/10) und folgende Anträge (act. 21 S. 4 u. 5):

- "1. Es sei die angeordnete Mietzinserhöhung auf den nächstmöglichen Termin im Mietverhältnis B._____ und B2._____ betr. Liegenschaft F._____ ..., G._____, aufzuheben.
2. Es sei vielmehr das Notariat C._____ anzuweisen, die Angemessenheit des zur Zeit geltenden Mietzinses im Mietverhältnis B._____ und B2._____ betr. Liegenschaft F._____ ..., G._____, aus objektiver Sicht und anhand von Vergleichsmieten abzuklären.
 - 2.1 Ist aus objektiver Sicht und anhand von Vergleichsmieten eine Mietzinsanpassung angebracht, so prüft das Notariat C._____, ob eine solche Mietzinsanpassung im Interesse der Erbengemeinschaft liegt und schutzwürdige Interessen berücksichtigt werden.
 - 2.2 Kommt daraufhin das Notariat C._____ zum Schluss, eine Mietzinsanpassung sei im Interesse der Erbengemeinschaft und berücksichtige schutzwürdige Interesse, so fasst es darüber einen formellen Entscheid und ordnet auf der Grundlage dieses Entscheides eine begründete Mietzinsanpassung an."

Mangels Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 2 ist auf diese Anträge nicht einzutreten. Lediglich der Vollständigkeit halber seien folgende Erwägungen anzufügen: Wie dargelegt, sind auf den Weiterzug eines Beschwerdeentscheids die Art. 319 ff. ZPO sinngemäss anwendbar (§ 84 GOG). Die Beschwerdeschrift muss innerhalb der Beschwerdefrist abschliessend begründet und mit Anträgen versehen eingereicht werden (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Die Eingabe der Beschwerdeführerin 2 vom 31. März 2012 ging nach Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist ein, weshalb die ergänzenden Anträge ohnehin verspätet eingegangen wären. Im Übrigen ist Gegenstand des vorliegenden Verfahrens eine administrative Untersuchung kraft Aufsichtsrecht und nicht ein Prozess über die Feststellung des Mietverhältnisses bzw. der Angemessenheit des darauf beruhenden Mietzinses. Somit entfällt von vornherein auch das Rechtsschutzinteresse am Feststellungsbegehren.

III. Materielles

1. Mit Urteil vom 19. August 2011 kam die Vorinstanz zusammengefasst zum Schluss, die Nichtanpassung der Mietzinsvereinbarung durch den Beschwerdegegner liege in seinem Ermessen und sei daher weder willkürlich noch schlichtweg unhaltbar oder offensichtlich unsachlich. Die Massnahmen des Beschwerdegegners seien formell korrekt und vertretbar. Der Aufsichtsbehörde bliebe somit ein Einschreiten verwehrt und die Beschwerde sei abzuweisen. Ob dem Erbenvertreter die Kompetenz zu einer Mietzinsanpassung zustehe und ob eine solche nach mietrechtlichen Gesichtspunkten überhaupt möglich sei, könne folglich dahingestellt bleiben (act. 3/8 S. 9).

2. Auf Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 hin erwog die Kammer mit Urteil vom 24. November 2011 im Wesentlichen, allein aus den von den Parteien wiedergegebenen Depositionen vor Vorinstanz und den restlichen Akten werde 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 sei oder nicht. Aus dem lapidaren Hinweis des Vorderrichters, 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, könne dies jedenfalls nicht gefolgert werden. Weiter wies die Kammer darauf hin, dass aufgrund der geschilderten Sachlage die angeführten Ungeheimheiten von Amtes wegen hätten abgeklärt werden müssen und der rechtserhebliche Sachverhalt zu eruieren gewesen wäre. Ein Verzicht darauf könne nicht allein mit dem Argument des weiten Ermessens der Erbenvertretung erfolgen. Die nicht zu übersehende Unangemessenheit würde vielmehr erst die konkrete Sachverhaltsermittlung ergeben. Eine Entscheidung werde erst nach Feststellung des Sachverhalts möglich und zulässig sein. Insbesondere könne nicht definitiv gesagt werden, ob zur Ermittlung des angemessenen Mietertrags aus der Liegenschaft (in vollem Umfang) auf die Expertise des Hauseigentümerversbands vom 15. Juli 2010 (act. 3/2) abgestellt werden könne oder nicht. Abschliessend kam

die Kammer zum Schluss, der Prozess sei zur Ergänzung des Verfahrens und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 1).

3. Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass der Vorderrichter keine weiteren Sachverhaltsabklärungen vornahm, sondern ohne Weiterungen unter dem Datum des 2. Februar 2012 ein neues Urteil fällte (act. 5). Im Wesentlichen erwo er gestützt auf denselben Sachverhalt neu, es sei zutreffend, dass die Erbenvertretung zur Erhaltung und (vorsichtigen) Vermehrung der Erbschaftswerte verantwortlich sei. Vorliegend sei aktenkundig, dass die Beschwerdeführerin 2 für die (ganze) Liegenschaft, also die Wohnungen im Erd- und Obergeschoss einen Mietzins von Fr. 2'133.– exkl. Nebenkosten bezahle (act. 3/1 S. 5). Ebenso sei aktenkundig, dass eine Mietwertschätzung des Hauseigentümerversandes Zürich vom tt. Juli 2010 einen Mittelwert von Fr. 4'835.– ergeben habe (Fr. 2'730.– plus Fr. 1'755.– und Fr. 350.–). Damit stehe fest, dass die Beschwerdeführerin 2 weniger als die Hälfte des kürzlich gutachterlich festgestellten Mietzinses bezahle. Ob bei der vorliegenden Konstellation ein Mietzins in der vom Gutachter errechneten Höhe gerechtfertigt sei, könne und dürfe an dieser Stelle nicht entschieden werden. Diese Frage werde im Streitfall vielmehr von den dafür zuständigen Ämtern (Schlichtungsbehörde und Mietgericht) zu klären sein. Fakt sei jedoch, dass zumindest der offenkundige Anschein bestehe, als würde die Beschwerdeführerin 2 lediglich rund 44% des marktüblichen Zinses entrichten, wodurch dem Nachlass, für dessen Erhaltung und Vermehrung der Erbenvertreter besorgt sein müsse, monatlich ein namhafter Betrag entgehe. Ein Beweisverfahren durchzuführen sei für diese Feststellung unnötig. Es sei daher festzuhalten, dass die Weigerung des Beschwerdegegners, von der Beschwerdeführerin 2 mittels einer von ihm ausgesprochenen Mietzinserhöhung zu einer Überprüfung des angemessenen Mietzinses zu zwingen, willkürlich und schlichtweg unhaltbar sei. Es sei nicht vertretbar, dass der Erbenvertreter die Vermehrung der Erbschaftswerte derart krass unterlasse, wie es angesichts des Gutachtens – einstweilen – den Anschein mache. Er sei daher anzuhalten, auf den nächstmöglichen Termin eine Mietzinserhöhung auszusprechen. Diesbezüglich sei die Beschwerde gutzuheissen. Insoweit die Beschwerdeführerin 1 auch die Kündigung des Mietverhältnisses mit der Be-

schwerdeführerin 2 und deren Ehegatten fordere, sei sie abzuweisen (act. 5 S. 7 f.).

4. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin 1 ein Rechtsmittel und stellte folgenden Antrag (act. 10/8 S. 2):

"Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht, vom 2. Februar 2012 aufzuheben und es sei das Notariat C._____ anzuweisen, im Rahmen der mit Beschluss des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 8. Februar 2010 angeordneten Erbschaftsverwaltung (Verwaltung der Liegenschaft F._____ ... in G._____) das Mietverhältnis mit B._____ und Herrn B2._____ auf den nächstmöglichen Termin zur Erzielung eines höheren Mietzinses von einem Dritten zu kündigen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates."

Zur Begründung ihres Antrags gibt die Beschwerdeführerin 1 an, die Vorinstanz habe im Sinne einer Mietzinserhöhung entschieden, indem die Erbenvertretung angewiesen worden sei, diese auf den nächstmöglichen Termin auszusprechen. Begründet worden sei dieser Entscheid lediglich mit dem Hinweis, dass der von der Beschwerdeführerin 1 gerügten mangelhaften Vermehrung der Erbschaftswerte bereits mit einer Erhöhung des Mietzinses Genüge getan werde und ein Mieterwechsel daher nicht notwendig sei. Ziel des Antrags sei die Erhaltung und Vermehrung des Nachlasses, was unbestrittenermassen zu den Aufgaben des Erbenvertreters gehöre. Mit der Anweisung zur Erhöhung des Mietzinses werde dem Erbenvertreter jedoch ein zum vornherein untaugliches Werkzeug zur Verfügung gestellt, da eine Mietzinserhöhung auf diesem Weg nicht durchsetzbar sei. Im derzeit laufenden Mietverhältnis könne eine Mietzinserhöhung nur gestützt auf Art. 269a lit. b und e OR (dazu Art. 12, 13, 16 VMVG) d.h. wegen Kostensteigerung, Hypothekarzins (heute Referenzzinssatz) und Teuerungsausgleich durchgesetzt werden. Aktualisiere man den Mietzins seit der Festsetzung bei Vertragsabschluss im Jahre 1996 dürfte sogar eine Senkung resultieren (Hypothekarzinsatz von 5% auf 2,5%), welche durch den 40%-igen Anteil an der Teuerung und der Kostensteigerung (0.5% p.a.) nicht aufgefangen werden könne. Weitere Möglichkeiten wie Indexanpassung, Staffelung oder Mehrleistungen des Vermieters würden vorliegend entfallen. Eine Berufung auf die Orts- und Quartierüblichkeit falle schliesslich deshalb ausser Betracht, weil im Mietvertrag dieser Anpas-

sungsgrund nicht gültig vorbehalten worden sei (Verweis auf Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, S. 440, N 21/5.3.4). Damit stehe fest, dass eine Mietzinserhöhung durch den Erbenvertreter auf diesem Weg nicht durchsetzbar sei. In solchen Fällen stehe dem Vermieter und damit dem Erbenvertreter lediglich die legitime und nicht missbräuchliche Möglichkeit offen, von einem Dritten einen höheren (nicht missbräuchlichen) Mietzins erzielen zu wollen (sog. ökonomische Kündigung). Diese Möglichkeit anerkenne die Praxis ausdrücklich. Zusammengefasst ergebe lediglich die beantragte Kündigung des Mietverhältnisses dem Erbenvertreter das notwendige und einzig wirksame Instrument in die Hand, seiner Aufgabe, die Nachlasswerte zu erhalten und zu vermehren, nachzukommen. Diese Massnahme erweise sich weder als unzulässig noch als unverhältnismässig (act. 8/10 S. 3 ff.).

5. Die Beschwerdeführerin 1 beantragt die Kündigung des Mietverhältnisses und beruft sich dafür unter anderem auch auf mietrechtliche Gründe. Sie macht im Kern geltend, im bestehenden Mietverhältnis sei die Anordnung einer Mietzinserhöhung ein untaugliches Mittel, um einen höheren Mietzins verlangen zu können, da wegen der Ausgestaltung des Mietvertrags den gesetzlichen Erhöhungsmöglichkeiten von vornherein kein Erfolg beschieden sei.

5.1 Die Vorinstanz hielt in zutreffender Weise fest, die aufsichtsrechtliche Funktion der Beschwerdeinstanz beschränke sich auf eine Überprüfung der formellen Korrektheit und Vertretbarkeit der Massnahmen des Erbenvertreters. Der Erbenvertreter verfüge innerhalb der ihm gesetzten Grenzen über ein weites Ermessen. Eine Ermessensprüfung, die Überprüfung, ob eine Entscheidung von mehreren vertretbaren Entscheidungen angemessen war, stehe der Aufsichtsbehörde nicht zu und sie werde in der Beurteilung von Amtsführung und Handlungen des Erbenvertreters in der Regel zurückhaltend sei. Mit anderen Worten sei es lediglich Aufgabe der Aufsichtsbehörde, bei rechtswidrigen, willkürlichen, also schlichtweg unhaltbaren, oder offenbar unsachlichen Handlungen des Erbenvertreters einzuschreiten (act. 5 S. 5).

5.2 Die Beschwerdeführerin 1 macht nun aber keineswegs geltend, die Vorinstanz habe durch ihre Anweisung zur Mietzinserhöhung zu unrecht in den Er-

messensspielraum des Erbenvertreters eingegriffen. Sie behauptet auch nicht, eine durch den Erbenvertreter ausgesprochene Mietzinserhöhung sei eine rechtswidrige oder unhaltbare Handlung. Stattdessen beruft sich die Beschwerdeführerin 1 auf Fragen des materiellen Mietrechts und behauptet, eine Erhöhung im geforderten Masse sei nicht durchsetzbar.

Zwischen der Beschwerdeführerin 2 und der Erbengemeinschaft besteht nicht bloss ein erbrechtliches, sondern auch ein mietrechtliches Verhältnis (vgl. act. 3/3/11; BGer 5A_572/2010 vom 22. Februar 2011 E. 5.3). Eine Mietzinserhöhung müsste daher auf einem vom Kanton genehmigten Formular mitgeteilt werden (Art. 269d OR). Die im Rahmen einer Anfechtung der Kündigung sich stellende Frage, ob der neu verlangte Mietzins im Sinne von Art. 269 und 269a OR missbräuchlich wäre, ist vom ordentlichen Richter, das heisst vorab von der paritätischen Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen (§ 66 GOG) und sodann vom Mietgericht zu entscheiden. Die Aufsichtsbehörde darf keine Fragen des materiellen Rechts prüfen, auch nicht vorfrageweise (vgl. ZR 76/1977 S. 264). Die geltend gemachten Einwände der Beschwerdeführerin 1 sind damit unbehelflich. Darüber hinaus bringt sie keine Gründe vor, weshalb unabhängig der mietrechtlichen Aspekte, die Kündigung des Mietverhältnisses der milderen Massnahme im Sinne einer Mietzinserhöhung vorzuziehen wäre.

Obwohl sich die Aufsichtsbehörde nicht über Fragen des materiellen Mietrechts äussern darf, erscheinen doch einige Bemerkungen zur erwähnten sog. "ökonomischen Kündigung" angebracht. Der Beschwerdeführerin 1 ist insofern beizupflichten, als dass es gemäss konstanter bundesgerichtlicher Praxis zulässig ist, ein Mietverhältnis mit der Begründung zu kündigen, das Mietobjekt einem Dritten zu einem höheren, aber nicht missbräuchlichen Mietzins vermieten zu wollen (BGE 120 II 105 = Pra 84 (1995) Nr. 144; BGer 4A_448/2009 vom 1. Februar 2009 wiedergegeben in MRA 2/11 S. 77; BGer 4A_379/2009 vom 21. Oktober 2009 wiedergegeben in MRA 2/10 S. 90). Mit Blick auf die vorliegende Konstellation kann nicht ohne Weiteres auf diese Rechtsprechung Bezug genommen werden. Die Erblasserin schloss am 23. September 1996 mit der Beschwerdeführerin 2 und deren Ehegatten eine Vereinbarung betreffend die Vermietung der Liegen-

schaft F._____ ... (act. 3/11). Gemäss dieser Vereinbarung mietete die Beschwerdeführerin 2 die Liegenschaft, aber gleichzeitig sollte die Erblasserin darin als Untermieterin wohnen bleiben. Als Mietzins wurde ein monatlicher Betrag von insgesamt Fr. 2'966.60 (Fr. 35'600.– / 12) festgesetzt, womit jedoch Fr. 400.– für die Untermiete direkt zu verrechnen waren. Das ergäbe einen Nettomietzins von Fr. 2'566.60. Weshalb die Beschwerdeführerin 2 dennoch unbestrittenermassen nur Fr. 2'133.– bezahlt (act. 3/1 S. 5), geht aus den Akten nicht hervor. Ob die Herabsetzung aus der Anpassung des ursprünglich geltenden Hypothekarzinsatzes von 5% resultiert ist unklar, zumal die Beschwerdeführerin 1 selber vorbringt, der Leitzinssatz von 5% sei zuerst auf den aktuellen Stand von 2,5% anzupassen (act. 10/8 S. 4). Daraus erhellt, dass bereits der Abschluss des Mietvertrags durch eine besondere Konstellation geprägt war, indem die Mutter ihre Tochter gegen Entgelt in der Liegenschaft wohnen liess, aber gleichzeitig zumindest auf dem Papier ein Untermietverhältnis bestand. Die letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 24. Juli 1997 statuiert als Teilungsvorschrift, dass die Liegenschaft F._____ ... an die Beschwerdeführerin 1 und jene in H._____ an die Beschwerdeführerin 2 gehen soll (act. 3/3/9 S. 2). Soweit ersichtlich bestreiten die Beschwerdeführerinnen diese Teilungsvorschrift nicht. Die Beschwerdeführerin 2 beabsichtigt den eigenen Angaben zu Folge, nach Teilung des Nachlasses die Liegenschaft F._____ ... zu verlassen und Wohnsitz in der Liegenschaft in H._____ zu begründen (act. 3/9 S. 5; act. 2/20 S. 6). Im Übrigen wird seitens der Beschwerdeführerin 1 nicht bestritten, dass die Anpassung des Mietzinses lediglich den Zeitraum bis zum Vollzug der Erbteilung betrifft. Die Beschwerdeführerin 1 macht zwar geltend, es sei eine Kündigung des Mietverhältnisses nötig, damit von Dritten ein angemessener Mietzins verlangt werden könne. Gleichzeitig bleibt jedoch unklar, ob die Beschwerdeführerin 1 nach der Erbteilung gar selber in die Liegenschaft F._____ ... einziehen wird und ein Mietverhältnis mit Drittpersonen daher nur von kurzer Dauer wäre. Würde eine Kündigung ausgesprochen und angefochten werden, wären jedenfalls die Gesamtumstände in die Beurteilung einer allfällig missbräuchlichen Kündigung miteinzubeziehen. Die Kündigung ist im Spannungsfeld der grundsätzlich zulässigen "ökonomischen Kündigung" und einer treuwidrigen "Änderungskündigung" nach Art. 271a lit. b OR zu betrach-

ten, zumal die Beschwerdeführerin 1 bereits seit dem Tod der Erblasserin im mm.2008 einen höheren Mietzins verlangen möchte (act. 3/9 S. 6 oben). Selbst wenn die Kündigung letztlich nicht treuwidrig wäre, würde sich immer noch die Frage einer möglichen Erstreckung des Mietverhältnisses stellen, so dass der tatsächliche Auszug ohne Weiteres mit der Erbteilung zusammen fallen könnte, was im Resultat stossend wäre. Alles in allem erscheint eine Kündigung des Mietverhältnisses auch mit Blick auf diese Gesichtspunkte nicht ohne Weiteres zulässig. Ein unsicherer Prozess birgt nicht zuletzt ein erhebliches Kostenrisiko, was ein Erbenvertreter berücksichtigen darf und muss. Es lag daher im Ermessen des Beschwerdegegners, keine Kündigung des Mietverhältnisses auszusprechen.

5.3 Der Beschwerdegegner vertritt die Ansicht, die Liegenschaft F._____ ... sei in der Substanz nicht gefährdet, da die heute eingehenden Mietzinse den gewöhnlichen Unterhalt samt Hypothekarzinsen decken. Aus diesem Grund erübrige sich im heutigen Zeitpunkt eine Änderung der Mietzinsvereinbarung (act. 3/3). Die Beschwerdeführerin 1 beantragt zwar die Kündigung des Mietverhältnisses, stellt aber keinen Eventualantrag auf Erhöhung des Mietzinses (vgl. act. 10/8 S. 2). Vielmehr argumentiert sie wie gesehen, ein solches Vorgehen wäre aussichtslos. Auch ihre Miterbin, die Beschwerdeführerin 2, stellt (begrifflicherweise) nicht den Antrag, der Erbenvertreter sei zu einer Zinserhöhung anzuhalten. Beide stellten sich also gegen die vom Einzelrichter getroffene Anordnung. Richtig ist, dass die Aufsichtsbehörde nicht an die Parteianträge gebunden ist (BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER-KELLER, 3. Auflage 2007, Art. 602 N 51; PICENONI, a.a.O., S. 120). Dennoch sollte mit Blick auf den weiten Ermessensspielraum des Erbenvertreters nur zurückhaltend in seine Amtsführung eingegriffen werden. Schliesslich darf die Aufsichtsbehörde nur Anordnungen erteilen, wenn die Weigerung des Erbenvertreters, eine Handlung vorzunehmen, schlichtweg unhaltbar ist. Das ist nur schwer vorstellbar, wenn die Erben in einem bestimmten Punkt übereinstimmen und keine Dritt-Interessen (z.B. von Vermächtnisnehmern) in Frage stehen. So ist es hier.

Die Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirkes Zürich vom 2. Februar 2012 ist aufzuheben. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 ist im Übrigen abzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1).
2. Für das Rechtsmittelverfahren ist von einem Streitwert von Fr. 32'424.– auszugehen (vgl. act. 2/14 S. 3). Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren der Beschwerdeführerin 1 sind in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 und § 12 GebV OG auf Fr. 2'500.– festzusetzen. Zur Hälfte sind sie der Beschwerdeführerin 1 aufzuerlegen und zur Hälfte auf die Staatskasse zu nehmen.

Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren der Beschwerdeführerin 2 sind in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 sowie § 10 Abs. 1 und § 12 GebV OG auf Fr. 1'250.– festzusetzen.

Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'250.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin 2 auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 32'400.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

sodann wird erkannt:

1. Die Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 2. Februar 2012 wird aufgehoben.
2. Im Übrigen wird die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.- festgesetzt, zur Hälfte der Beschwerdeführerin 1 auferlegt und zur Hälfte auf die Staatskasse genommen. Die Hälfte der Beschwerdeführerin 1 wird von dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerinnen je unter Beilage eines Doppels von act. 20, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht - freiwillige Gerichtsbarkeit, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 32'400.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Weibel

versandt am: