

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF200081-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur.  
T. Engler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

## **Beschluss und Urteil vom 11. Dezember 2020**

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchs- und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1. \_\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwältin MLaw  
Y2. \_\_\_\_\_,

betreffend

### **Einsetzung eines Erbenvertreters / Kostenvorschuss**

im Nachlass von C. \_\_\_\_\_, geboren am tt. August 1918, von ... [Ortschaft],  
gestorben am tt.mm.1977, wohnhaft gewesen in D. \_\_\_\_\_ [Ortschaft],

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 1. Oktober 2020 (EN200232)

## Erwägungen:

### I.

1. Gegenstand der Beschwerde ist der von der Vorinstanz festgesetzte Streitwert und damit die Höhe des verlangten Kostenvorschusses für das Verfahren betreffend Einsetzung eines Erbenvertreters sowie die Auferlegung des Vorschusses an die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Beschwerdeführerin).

2.1 Die Parteien sind Schwestern und bilden seit dem Tod ihres Vaters C.\_\_\_\_\_ (fortan Erblasser) im Jahr 1977 eine fortgesetzte Erbengemeinschaft, bis vor einem Jahr noch zusammen mit ihrer 2019 verstorbenen Mutter und Ehefrau des Erblassers. Unbestritten ist, dass der unverteilter Nachlass des Erblassers hauptsächlich aus vier Liegenschaften in D'.\_\_\_\_\_ besteht. Bezüglich der Verwaltung dieser Liegenschaften sind die Parteien zerstritten (vgl. act. 7/1, act. 7/3/7-8).

2.2 Mit Eingabe vom 11. August 2020 ersuchte die Beschwerdeführerin beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Meilen um Einsetzung einer Erbenvertretung im Nachlass des Erblassers (act. 7/1). Die Vorinstanz setzte den Parteien mit Verfügung vom 18. August 2020 Frist an, um sich zum Streitwert des Verfahrens zu äussern (act. 7/5). Die Parteien reichten mit Eingabe vom 25. August 2020 (= Beschwerdeführerin, act. 7/7) und 9. September 2020 (= Gesuchs- und Beschwerdegegnerin, act. 7/9 inkl. Beilagen act. 7/11/1-3) ihre Stellungnahmen ein. Diese wurden mit Kurzbrief vom 16. September 2020 der jeweiligen Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 7/13-14; act. 9). Mit Verfügung vom 1. Oktober 2020 setzte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Frist an, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss von Fr. 33'500.– zu leisten, verbunden mit der Androhung des Nichteintretens im Säumnisfall (act. 7/17 = act. 6). Am 5. Oktober 2020 ging bei der Vorinstanz die Replik der Beschwerdeführerin vom 2. Oktober 2020 (Poststempel) ein (act. 7/15-16).

3. Gegen die mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene erste Fristansetzung zur Vorschussleistung liess die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 14. Oktober 2020 (Poststempel) fristgerecht Beschwerde erheben (act. 2 inkl. Beilagen act. 5/3-8; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 7/18/2), mit den folgenden Anträgen (act. 2 S. 2):

- "1. Es sei Ziffer 1 der Verfügung aufzuheben, womit der Gesuchstellerin eine Frist von 10 Tagen ab Zustellung der Verfügung vom 1.10.20 angesetzt wurde, um für die Gerichtskosten bei der Bezirksgerichtskasse einen Kostenvorschuss von Fr. 33'500.- zu leisten.
2. Es sei der Beschwerde gestützt auf Art. 325 Abs. 2 ZPO die aufschiebende Wirkung bis zum Abschluss dieser Entscheidung zu erteilen und ihr eventualiter eine Nachfrist zu gewähren, damit die Vollstreckung aufgeschoben wird.
3. Der Gerichtskostenvorschuss sei auf max. CHF 13'462.50 festzulegen unter erneuter Fristansetzung.
4. Der Gerichtskostenvorschuss sei aus dem Liegenschaftenkonto bei der E.\_\_\_\_\_ [Bank], D.\_\_\_\_\_, ... (Privatkonto Liegenschaft C'.\_\_\_\_\_), lautend auf F.\_\_\_\_\_ zu leisten und die Gesuchstellerin sei zu ermächtigen, den Kostenvorschuss von diesem Konto zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

4. Den Parteien wurde der Eingang der Beschwerde angezeigt (act. 8/1-2). Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 7/1-18). Von der Forderung nach einem Prozesskostenvorschuss wurde ebenso abgesehen wie von der Einholung einer Beschwerdeantwort (Art. 322 Abs. 1 ZPO), letzteres aus dem Grund, dass die Gesuchs- und Beschwerdegegnerin (fortan Beschwerdegegnerin) durch den vorliegend zu treffenden Entscheid nicht beschwert wird. Ihr ist zusammen mit diesem Entscheid ein Doppel der Beschwerdeschrift (act. 2) zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

1.1 Die Beschwerdeführerin macht u.a. geltend, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör verletzt, indem sie ihre Stellungnahme vom 1. Oktober 2020 unbeachtet und damit informell aus dem Recht gewiesen habe. Entgegen den vor-

instanzlichen Erwägungen habe sie nicht auf ihr Replikrecht verzichtet (act. 2 S. 9 f.).

1.2 Wegen ihrer formellen Natur ist die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 BV) zuerst zu prüfen (vgl. BGer 5D\_81/2015 E. 2).

Wie vorstehend dargelegt (Ziff. I.2.2), erliess die Vorinstanz am 1. Oktober 2020 die Kostenvorschussverfügung, nachdem vorgängig die Stellungnahmen der Parteien zum Streitwert der jeweiligen Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt worden waren (act. 7/13/2, act. 7/14/2, act. 9). Die Verfügung wurde am 2. Oktober 2020 versandt. Die Replik der Beschwerdeführerin, welche vom 2. Oktober 2020 datiert (Poststempel), ging am 5. Oktober 2020 und damit nach Erlass der Kostenvorschussverfügung bei der Vorinstanz ein (vgl. act. 7/15 f.). Die Rüge, die Replik sei aus dem Recht gewiesen worden, überzeugt nicht. Die Beschwerdeführerin macht nicht explizit geltend, die Vorinstanz habe mit ihrem Entscheid länger zuwarten müssen (act. 2 S. 10 oben; vgl. zum Replikrecht BGer 5D\_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.4). Die Rechtsprechung setzt für eine erfolgreiche Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs im Übrigen grundsätzlich auch voraus, dass die Beschwerde führende Partei in der Begründung des Rechtsmittels angibt, welche Vorbringen sie bei Gewährung des rechtlichen Gehörs noch in das Verfahren eingeführt hätte und inwiefern diese hätten erheblich sein können (vgl. BGer 5A\_561/2018 vom 14. Dezember 2018, E. 2.3, sowie OGerZH PS200014 vom 25. März 2020, E. 5b je mit Hinweisen). Auf die Rüge einer Gehörsverletzung ist nicht weiter einzugehen.

2.1 Zum Streitwert des Verfahrens betreffend Einsetzung eines Erbenvertreters liess die Beschwerdeführerin vor Vorinstanz geltend machen, dieser basiere auf dem Verwaltungshonorar, welches F.\_\_\_\_\_, dem Ehemann der Gesuchsgegnerin, monatlich für die Verwaltung der Nachlassliegenschaften überwiesen werde und damit auf einem umstrittenen monatlichen Betrag von Fr. 1000.– bis zur Erbteilung. Da weder die Erben noch die Erbschaft an sich umstritten seien, sondern einzig der Entscheid über die neutrale Verwaltung der Liegenschaften, sei für die Dauer der Erbteilung von einem Verfahren von maximal drei Jahren auszugehen. Auch liege die Lebenserwartung der Beschwerdeführerin in diesem

Bereich. Auf diese annähernd bestimmbare Dauer der Leistungserbringung der umstrittenen Liegenschaftenverwaltung, nämlich bis zur abschliessenden Zuteilung der Nachlassgegenstände, sei abzustellen und es bestehe kein Raum für eine Kapitalisierung nach Art. 92 Abs. 2 ZPO. Somit betrage der Streitwert maximal Fr. 36'000.– (act. 7/7 S. 3).

2.2 Demgegenüber hat die Beschwerdegegnerin zur Berechnung des Streitwertes auf die jährlichen Nettoerträge der von F. \_\_\_\_\_ verwalteten und vermieteten Nachlassliegenschaften in Höhe von Fr. 120'000.– abgestellt. Sie machte geltend, diese Erträge erfolgten wiederkehrend und für eine nicht voraussehbare bzw. unbestimmte Dauer, weshalb sie basierend auf Art. 92 Abs. 2 ZPO zu kapitalisieren seien, was einen Streitwert von Fr. 2'400'000.– ergebe (act. 7/9 S. 3 f.).

2.3 Die Vorinstanz erwog, der wirtschaftliche Wert des Nachlasses, der durch die Handlungen des Erbenvertreters erhalten bleiben solle, bilde den Streitwert. Gemäss übereinstimmenden Ausführungen der Parteien bestehe der Nachlass des Erblassers nur noch aus mehreren Ertragsliegenschaften in D'. \_\_\_\_\_. Die Beschwerdeführerin habe geltend gemacht, F. \_\_\_\_\_, Ehemann der Gegenpartei und derzeitiger Verwalter der Liegenschaften, müsse dringend abgesetzt werden. Er verweigere ihr den Zutritt zur Liegenschaft, kümmere sich nur ungenügend um die Liegenschaften und unterliege ferner einem Interessenkonflikt. Damit solle die Aufgabe des Erbenvertreters darin bestehen, die Liegenschaften in ihrem Wert zu erhalten, deren renditebringende Vermietung sicherzustellen und die Teilung vorzubereiten, weshalb es als angemessener erscheine, (zumindest einstweilen) auf die gesuchsgegnerische Streitwertberechnung abzustellen. Die Kapitalisierung rechtfertige sich vorliegend trotz des Gesundheitszustandes der Beschwerdeführerin, da von der Erbenvertretung auch ihre Erben betroffen wären. Die Vorinstanz ging folglich von einem Streitwert von Fr. 2'400'000.– aus und setzte den von der Beschwerdeführerin zu leistenden Kostenvorschuss gestützt auf § 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebVOG auf einstweilen Fr. 33'500.– fest (act. 6 S. 3 f.).

3. Die Beschwerdeführerin rügt in der Rechtsmittelschrift, die Vorinstanz habe die Zeitdauer bis zum Abschluss des geplanten Erbteilungsprozesses und den Umstand, dass auf sie, die Beschwerdeführerin, nur der hälftige Anteil des jährlichen Liegenschaftenertrages von Fr. 120'000.–, also Fr. 60'000.– entfalle, bei der Streitwertberechnung nicht berücksichtigt. Bereits im Gesuch um Bestellung einer Erbenvertretung vom 11. August 2020 sei begründet worden, dass es um die Vorbereitung der Erbteilungsklage gehe. Aus diesem Grund sei die Erbengemeinschaft bzw. beantragte Erbenvertretung nicht auf unbestimmte Zeit gerichtet und die von der Vorinstanz vorgenommene Kapitalisierung falsch. Vielmehr sei bis zum Abschluss der Erbteilungsklage von rund drei Jahren auszugehen und darauf abzustellen. Dies ergäbe für den Anteil der Beschwerdeführerin von jährlich Fr. 60'000.– einen maximalen Streitwert von Fr. 180'000.– und damit Gerichtskosten von rund Fr. 6'500.–, bzw. ausgehend vom gesamten Liegenschaftenertrag in Höhe von Fr. 120'000.– einen Streitwert von Fr. 360'000.– und somit Kosten von Fr. 13'462.50. In diesem Umfang sei der Gerichtskostenvorschuss maximal anzusetzen (act. 2 S. 3 f. und 6-8).

4.1 Wie die Beschwerdeführerin selbst ausführte (act. 7/7 S. 3), wird der Erbenvertreter für die Erbengemeinschaft bestellt und nicht als Vertreter und im Interesse eines einzelnen Erben (vgl. BGer 5A\_554/2016 vom 25. April 2017, E. 3.4). Die individuellen Interessen einzelner Erben spielen in dessen Aufgabenbereich grundsätzlich keine Rolle. Insoweit ist der Vorinstanz beizupflichten, dass für die Streitwertberechnung auf die jährlichen Nettoerträge der von F. \_\_\_\_\_ verwalteten und vermieteten Nachlassliegenschaften in Höhe von Fr. 120'000.– abzustellen ist und nicht, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, auf den ihr zustehenden hälftigen Anteil daran.

4.2 Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Eingabe vom 11. August 2020 eine Erbteilungsklage angekündigt. So machte sie geltend, der Auflösung der fortgesetzten Erbengemeinschaft stehe mit dem Tod der Mutter, welche Nutzniesserin aller Nachlassliegenschaften des Erblassers gewesen sei, nichts mehr im Wege. Sie sei jedoch nicht damit einverstanden, die Nachlassliegenschaften in einem Teilungsvertrag unter dem Marktwert auf die Beschwerdegegnerin überschreiben

zu lassen. Eine amtliche Schätzung zur Einleitung der Erbteilungsklage sei im Moment nicht möglich, weil F. \_\_\_\_\_ die Herausgabe eines Liegenschaftenschlüssels verweigere (act. 7/1 S. 3 f. und act. 7/3/2). Vor diesem Hintergrund ist für die Streitwertberechnung davon auszugehen, dass die Erbengemeinschaft der Parteien und damit die umstrittene Verwaltung der jährlichen Liegenschaftenerträge zugunsten der Erbengemeinschaft als solcher nicht (mehr) von unbestimmter Dauer sein wird. Wenn auch die Erbteilungsklage noch nicht erhoben wurde und sich die Dauer des Verfahrens bis zur abschliessenden Zuteilung der Nachlassliegenschaften nicht voraussagen lässt, erscheint die geschätzte und geltend gemachte Zeitdauer von drei Jahren angemessen, zumal die Erbschaft (vier Liegenschaften) und die Erben unbestritten sind. Da sich das zu erwartende Ende der Erbengemeinschaft abschätzen lässt, ist darauf abzustellen (vgl. Peter Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 92 N 7; ZK ZPO-Stein-Wigger, 3. Aufl. 2016, Art. 92 N 10) und erscheint die von der Vorinstanz vorgenommene Kapitalisierung nach Art. 92 Abs. 2, 1. Halbsatz ZPO nicht sachgerecht.

4.3 Nach dem vorstehend Gesagten ist von einem Streitwert von Fr. 360'000.– (Fr. 120'000.– x 3 Jahre) auszugehen und erweist sich folglich der von der Vorinstanz verlangte Kostenvorschuss als zu hoch. In Gutheissung der Beschwerde ist daher Dispositiv Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben. Einstweilen rechtfertigt sich ein Kostenvorschuss von Fr. 6'500.–, entsprechend rund einem Drittel der vollen Grundgebühr (§ 4 Abs. 1 und 3 sowie § 8 Abs. 1 GebVOG; Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO).

4.4 Der Kostenvorschuss kann nur bei der klagenden Partei eingeholt werden (Art. 98 ZPO). Klagende Partei ist, wer dem Gericht die Prüfung eines Rechtsanspruchs beantragt. Dies ist im vorliegenden Fall die Beschwerdeführerin, welche vor Vorinstanz um Einsetzung einer Erbenvertretung ersucht hat. Ihre Ausführungen, wonach die Kosten des Verfahrens zur Bestellung einer Erbenvertretung die Erbengemeinschaft zu tragen habe (act. 2 S. 8 f.), ändert daran nichts (vgl. auch Michael Nonn, in: successio 2016, S. 46). Über die Kostenverteilung und den Bezug der Kosten wird die Vorinstanz mit dem Entscheid in der Sache zu befinden haben. Der Antrag der Beschwerdeführerin, der Gerichtskostenvor-

schuss sei aus dem auf F. \_\_\_\_\_ lautenden Privatkonto Liegenschaft C'. \_\_\_\_\_ bei der E. \_\_\_\_\_ in D. \_\_\_\_\_ (...) zu leisten bzw. sie sei zu ermächtigen, den Kostenvorschuss von diesem Konto zu bezahlen, ist daher abzuweisen.

4.5 Wird die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenvorschusses mit Beschwerde angefochten (Art. 103 ZPO, Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO), geht die Kammer in ständiger Praxis von einem sinngemäss eventualiter gestellten Gesuch um Fristerstreckung aus und setzt die Frist für die Bezahlung des Vorschusses mit dem Erledigungsentscheid neu an. Die Kammer sieht auch bei entsprechendem Antrag keine Veranlassung für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung, zumal die Vorinstanzen während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens regelmässig keine Nachfristen ansetzen (nebst vielen OGerZH PD190011/Z1 vom 26. Juli 2019, E. 2, PD180010/Z01 vom 6. September 2018, E. 2, PC150007 vom 1. April 2015, E. II.5.2). Die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses konnte nach dem Gesagten nicht säumniswirksam ablaufen. Der Beschwerdeführerin ist daher die erstmalige Frist zur Leistung des Kostenvorschusses (in der angepassten Höhe von Fr. 13'450.–) neu anzusetzen. Die Modalitäten der Vorschussleistung richten sich nach den übrigen Bestimmungen der Verfügung vom 1. Oktober 2020. Erst im Falle des unbenützten Ablaufs der neu angesetzten ersten Frist hätte die Vorinstanz die Nachfrist im Sinne des Art. 101 Abs. 3 ZPO anzusetzen (vgl. OGerZH NP110002 vom 27. September 2011 = ZR 110/2011 Nr. 82).

5. Der Antrag der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird mit dem vorliegenden Entscheid gegenstandslos und ist abzuschreiben.

#### IV.

Umständehalber sind keine Kosten zu erheben. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Die Beschwerdeführerin obsiegt zwar teilweise mit ihrer Beschwerde. Jedoch wurde die Beschwerdegegnerin mangels Beschwer durch den vorliegenden Entscheid nicht angehört. Sie stellte sich entsprechend nicht gegen die Beschwerdeanträge der Klägerin und kann nicht als unterliegend betrachtet



werden. Und die bloss unterschiedliche Beurteilung einer Rechtsfrage durch die Vorinstanz löst für sich allein keine Entschädigungspflicht des Staates aus (vgl. OGerZH PQ140040 vom 25 September 2014, E. 6).

**Es wird beschlossen:**

1. Der Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Der Antrag, der Gerichtskostenvorschuss sei aus dem Liegenschaftenkonto bei der E.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, ... (Privatkonto Liegenschaft C'.\_\_\_\_\_), lautend auf F.\_\_\_\_\_, zu leisten und die Beschwerdeführerin sei zu ermächtigen, den Kostenvorschuss von diesem Konto zu bezahlen, wird abgewiesen.
2. Im übrigen Umfang wird die Beschwerde gutgeheissen und wird Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 1. Oktober 2020 (EN200232) aufgehoben.

3. Der Beschwerdeführerin wird eine Frist von 10 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um für die mutmasslichen Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens bei der Bezirksgerichtskasse Meilen in bar oder durch Überweisung auf das ...-Konto (...-Konto ..., IBAN CH...) einen Vorschuss in der Höhe von Fr. 6'500.– zu leisten. Die spätere Erhöhung des Vorschusses bleibt vorbehalten.

Die Frist für die Zahlung ist eingehalten, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist zugunsten des Gerichts der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist. Die Rechtzeitigkeit ist im Zweifelsfalle von der vorschusspflichtigen Partei nachzuweisen. Bei Zahlungsauftrag an eine Bank ist dafür zu sorgen, dass diese den Auftrag rechtzeitig ausführt.

Die Frist steht während der Gerichtsferien nicht still (Art. 145 Abs. 2 und 3 ZPO).

4. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten und unter Beilage einer Kopie der Empfangsbestätigungen des vorliegenden Entscheids – an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Meilen, je gegen Empfangsschein.
7. 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 beträgt Fr. 360'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am:  
14. Dezember 2020