

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF130072-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 31. Juli 2014

in Sachen

A. _____,

Berufungskläger,

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

3. **D.** _____,

Berufungsbeklagte,

Nr. 1 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____,

Nr. 3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2. _____,

betreffend
Einsetzung eines Erbenvertreters

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarisches Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 14. November 2013 (EN130189)

Rechtsbegehren:
(act. 1 S. 2-3)

- "1. Es sei im Nachlass der am tt.mm.2005 mit letztem Wohnsitz in E._____ verstorbenen Frau F._____ geb., geboren am tt. April 1920, von Winterthur/ZH, ein Spezialerbenvertreter einzusetzen, und es sei dieser Erbenvertreter gerichtlich zu beauftragen, alle Rechte, insbesondere die Stimmrechte aus den 800 von insgesamt 950 Namenaktien im Gesamteigentum der Erbegemeinschaft (300 Namenaktien à CHF 5'000, sowie 500 Namenaktien à CHF 500 nominal) der G._____ AG (Sitz in H._____, ...-Strasse ...) auszuüben;
2. Es sei die Person des Erbenvertreters, der unabhängig und nicht Miterbe sein soll, nach Anhörung der Erben zu bestimmen, eventualiter sei mit der Erbenvertretung das zuständige Notariat am Sitz der G._____ AG, sub-eventualiter am letzten Wohnsitz der Erblasserin, zu beauftragen;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegner, eventualiter zulasten des Nachlasses, Parteientschädigung zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer."

Urteil des Bezirksgerichtes (act. 71 S. 9-10):

1. Zur Ausübung der Rechte, insbesondere der Stimmrechte aus dem 800 [recte: aus den 800 von insgesamt 950 Namenaktien] (nämlich 300 Namenaktion à CHF 5'000.– und 500 Namenaktion à CHF 500.– nominal) der G._____ AG (Sitz in H._____, ...-Strasse ...), welche im Gesamteigentum der Erbegemeinschaft F._____ -..., geboren am tt. April 1920, von Winterthur, gestorben am tt.mm.2005 in E._____ ZH, stehen, wird ein Erbenvertreter bestellt.
- 2-3. SM / RMB.

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (act. 37 S. 2):

"1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 14. November 2013 (...) aufzuheben und das Gesuch des Berufungsbeklagten 1 [recte: 3] um Einsetzung eines Erbenvertreters vom 14. Juli 2013 sei vollumfänglich abzuweisen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) für das erstinstanzliche und das zweitinstanzliche Verfahren zu Lasten des Berufungsbeklagten 1 [recte: 3], eventualiter zulasten des Nachlasses."

des Berufungsbeklagten 3 (act. 59 S. 2):

"1. Es seien die Rechtsbegehren in der Berufung vom 2. Dezember 2013 gegen das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren ergangene Urteil vom 14. November 2013, ... vollumfänglich abzuweisen;

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

1. a) Am tt.mm.2005 verstarb F._____. Alleinige Erben sind ihre vier Kinder, nämlich A._____, B._____, C._____ und D._____ (act. 3/1). Der Nachlass, welcher nebst diversen Grundstücken, Investitionsvehikeln und einem Wertpapierdepot bei der UBS AG aus Aktien der G._____ AG mit Sitz in H._____ besteht (act. 1 S. 8), ist mit Ausnahme weniger Sachwerte unverteilt (act. 1 S. 6-7). Der einzige in der Schweiz wohnende Miterbe, D._____, war bis zum Entzug der Vollmachten durch B._____ und A._____ (Juni bzw. Juli 2012, act. 3/3-4) bevollmächtigt, die erforderlichen Verwaltungshandlungen für die Erbengemeinschaft und für die G._____ AG vorzunehmen. D._____ (Gesuchsteller und Berufungsbeklagter 3, nachfolgend Berufungsbeklagter 3) stellte mit Eingabe vom 15. Juli 2013 (Poststempel) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen ein Gesuch um Einsetzung eines Erbenvertreters (act. 1). Mit Urteil und Verfügung vom 14. November 2013 ordnete das Einzelgericht im summarischen Ver-

fahren des Bezirksgerichtes Meilen für die Erbengemeinschaft F.____-... die Bestellung eines Erbenvertreters an (Urteil Dispositiv Ziffer 1, act. 71 S. 9-10) und setzte den Parteien Frist an, um sich zur Person des Erbenvertreters zu äussern (Verfügung Dispositiv Ziffer 1, act. 71 S. 10).

b) Mit Eingabe vom 2. Dezember 2013 focht A.____ (Gesuchsgegner 3 und Berufungskläger, nachfolgend Berufungskläger) innert Rechtsmittelfrist (act. 37 i.V.m. act. 40 und act. 31/4) die Einsetzung eines Erbenvertreters mit Berufung an und verlangte die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils sowie die Abweisung des Gesuches um Einsetzung eines Erbenvertreters (act. 37 S. 2). Da Rechtsanwalt Dr. iur. X1.____ vor Obergericht einerseits als Vertreter von A.____ (Berufungskläger) und andererseits von B.____ (Berufungsbeklagter 1) auftrat, wurde dem Rechtsvertreter Frist angesetzt, um sich zur Frage der Doppelvertretung zu äussern. Gleichzeitig wurde der Berufungskläger aufgefordert, innert Frist einen Kostenvorschuss zu leisten (act. 43). Nach Eingang der Stellungnahme von Rechtsanwalt Dr. iur. X1.____ (act. 50) nahm das Obergericht mit Beschluss vom 28. Januar 2014 vom rechtzeitigen Eingang des Kostenvorschusses Vormerk, liess Rechtsanwalt Dr. iur. X1.____ (und/oder Dr. iur. X3.____) als Rechtsvertreter von A.____ nicht zu und setzte A.____ Frist an, um die Ausführungen von Rechtsanwalt Dr. iur. X1.____ in der Berufungsschrift zu genehmigen (act. 53). A.____ kam dieser Auflage mit Schreiben vom 14. Februar 2014 nach (act. 55). Mit Verfügung vom 17. Februar 2014 wurde den Berufungsbeklagten Frist zur Einreichung einer Berufungsantwort angesetzt (act. 56). Innert Frist reichte D.____ eine Berufungsantwort ein (act. 59 i.V.m act. 56 und 57/3), B.____ (Berufungsbeklagter 1) verzichtete förmlich auf die Erstattung einer Berufungsantwort (act. 58) und C.____ (Berufungsbeklagte 2) liess die Frist unbenutzt verstreichen (vgl. act. 61). Mit Verfügung vom 6. März 2014 wurden die beiden Eingaben dem Berufungskläger zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 61). Der Berufungskläger nahm in der Folge dazu Stellung und reichte als Beilage die Aberkennungsklage vom 20. März 2014 (act. 64) ein, welche er zum integrierenden Bestandteil seiner Stellungnahme erklärte (act. 63). Mit Verfügung vom 3. April 2014 wurde

sein Antrag auf Beizug der gesamten Prozessakten in Sachen G._____ AG ca. I._____ etc. betreffend Aberkennungsklage abgewiesen. Ferner wurde diese Stellungnahme zur Berufungsantwort den Berufungsbeklagten zur Kenntnisnahme zugestellt. In den Erwägungen wurde ferner darauf hingewiesen, dass im Endentscheid über die Zulässigkeit der in der Aberkennungsklage aufgestellten Behauptungen entschieden werde (act. 65). D._____ liess sich in der Folge zur Stellungnahme zur Berufungsantwort vernehmen (act. 67) und A._____ äusserte sich zu dieser weiteren Eingabe des Berufungsbeklagten 3 (act. 69). In der Folge wurde auch diese Stellungnahme des Berufungsklägers den Berufungsbeklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 70/1-3).

2. Die Vorinstanz prüfte die Voraussetzungen für die Bestellung eines Erbenvertreters, u.a. die Stellung eines Gesuches durch einen Erben, Fehlen eines Willensvollstreckers oder Erbschaftsverwalters und der Bestand einer Erbengemeinschaft. Diese formellen Voraussetzungen erachtete die Vorinstanz als erfüllt (act. 71 Erw. VI. 1-3, S. 7-8). Sie liess offen, ob eine fortgesetzte Erbengemeinschaft, welche nicht mehr die Teilung, sondern die gemeinschaftliche Bewirtschaftung des Nachlasses bezwecke, vorliege. Da – so die Vorinstanz – der Gesuchsteller (D._____, Berufungsbeklagter 3) eine Erbteilungsklage zumindest in naher Zukunft angekündigt habe, dürfe davon ausgegangen werden, dass die Erbengemeinschaft der Parteien nicht mehr von unbestimmter Dauer sei. Letztendlich wolle die Rechtsprechung zum Thema "fortgesetzte Erbengemeinschaft" wohl in erster Linie verhindern, dass das Institut eines Erbenvertreters missbraucht werde. Es könne nicht sein, dass ein Erbenvertreter jahrelang Vermögen verwalte und die Erben keine Schritte zur Tilgung bzw. zur Beendigung der Erbengemeinschaft unternähmen. Hier werde es in erster Linie am Gesuchsteller liegen, tätig zu werden. Sollte sich nach Ablauf einer angemessenen Zeit zeigen, dass die Parteien keine Teilungspläne hegten, dürfte jeder Erbe berechtigt sein, die Aufhebung der Erbenvertretung zu beantragen (act. 71 Erw. VI. S. 7-8). Das Einzelgericht führte weiter aus, da es vorliegend allein um die Bestellung eines Erbenvertreters für die Vertretung von 800 Aktien der G._____ AG ge-

he, sei die letzte Voraussetzung, nämlich ob eine rationelle Einhaltung und Verwaltung der Erbschaft unmöglich oder erheblich erschwert sei, rein in Bezug auf diesen Nachlassgegenstand zu prüfen (act. 71 Erw. VI.4 S. 8). Dass die Parteien hinsichtlich der Verwaltung der G._____ AG zerstritten seien, sei offensichtlich. Die Behauptung der Gesuchsgegner 1 und 3 (B._____ und A._____), diesbezüglich liege nur eine Meinungsverschiedenheit vor, müsse angesichts der bekannten Fakten als verniedlichende Darstellung der Umstände bezeichnet werden. Die Gesuchsgegner 1 und 3 führten Prozesse gegen die G._____ AG, mit dem zentralen Ziel den Gesuchsteller (D._____) als Verwaltungspräsident dieser Firma abzusetzen. Wer dabei im Recht sei, könne offen gelassen werden. Die Unfähigkeit sich über die Stimmrechte an 800 Aktien zu einigen, führe zwar – mangels Quoren – nicht zur Blockierung der Gesellschaft. Es bleibe aber dabei, dass ein wesentlicher Teil des Nachlassvermögens brach liege, indem alle Stimmrechte von 800 Aktien nicht ausgeübt werden könnten. Damit seien die Voraussetzungen für die Bestellung eines Spezialerbenvertreters gegeben. Dieser sei zu beauftragen, alle Rechte, insbesondere die Stimmrechte aus den 800 von insgesamt 950 Namenaktien im Gesamteigentum der Erbgemeinschaft der G._____ AG auszuüben (act. 71 Erw. VI.4 S. 8-9).

3. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Echte Noven sind damit immer zulässig, unechte jedoch nur beschränkt im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO. Inwieweit die Ausführungen der Parteien unter dem Gesichtspunkt der Novenfrage zulässig sind, ist im Zusammenhang mit der Wiedergabe der Parteivorbringen zu prüfen.
4. a) Der Berufungskläger rügte, die Vorinstanz habe sein rechtliches Gehör verletzt, indem ihm (bzw. den anderen Parteien) das Schreiben des Berufungsbeklagten 1 [recte: 3] vom 22. Oktober 2013 (act. 41/6 = act. 25) erst mit dem Urteil zugestellt worden sei (act. 37 2.1 N 7).

b) Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Seine Verletzung führt grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Sache selbst zur Gutheissung desselben und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Die Garantie umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann jedoch eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz mit voller Kognition zu äussern und wenn ihr kein Nachteil erwächst. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGer 5A_296/2013 vom 9. Juli 2013 mit Hinweis auf BGE 137 I 195 E. 2.3.2, BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2, BGE 133 I 201 E. 2.2).

c) Dem Berufungskläger ist beizupflichten, dass die Vorinstanz – entgegen den Ausführungen des Berufungsbeklagten 3 (act. 59 Ziff. 1., S. 3-4) – das rechtliche Gehör verletzt hat, indem sie ihm nicht vorgängig, vor Zustellung des Urteils vom 14. November 2013, die Eingabe vom 22. Oktober 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt hat. Irrelevant ist dabei, ob die Eingabe Noven enthielt, die dem Berufungskläger bekannt waren. Solange solche nicht ins Verfahren eingebracht wurden, hatte der Berufungskläger keine Veranlassung, dazu Stellung zu nehmen. Zudem wurde – allerdings ohne dies weiter auszuführen – die Behauptung aufgestellt, die G._____ AG werde (nach Einschätzung von D._____) zufolge Abgangs der beiden früheren aktiven Mitglieder des Verwaltungsrates in schwere Turbulenzen gelangen, was eine nachhaltige Schädigung der Erbgemeinschaft insgesamt zufolge haben werde (act. 41/6 S. 2 = 25 S. 2). Mit der Erhebung der Berufung hatte

der Berufungskläger gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO die Möglichkeit, sich auch zu dieser Behauptung zu äussern, was er auch getan hat. Der Mangel kann somit vor Obergericht, wovon auch der Berufungskläger ausgeht (vgl. act. 37 2.1 N 7, S. 4) geheilt werden, und eine Rückweisung an die Vorinstanz kann unterbleiben.

5. a) Der Berufungskläger führte in seiner Berufungsschrift aus, im Schreiben vom 22. Oktober 2013 stelle D._____ haltlose Spekulationen über die Folgen seiner Abwahl an und berufe sich auf eine angebliche zeitliche Dringlichkeit. Die Vorinstanz meine zwar, dass die Frage, ob die Absetzung von D._____ als Verwaltungsratspräsident richtig sei, oder nicht, nicht von Belang sei, verkenne jedoch dabei, dass D._____ das Gesuch um Bestellung eines Erbenvertreters wider Treu und Glauben stelle und dieses Gesuch deshalb keinen Rechtsschutz erfahren dürfe. Dass ihm das rechtliche Gehör abgeschnitten werde, wiege umso schwerer als D._____ darin behaupte, seine erfolgte Abwahl würde eine nachhaltige Schädigung nach sich ziehen und nur eine "kurzfristige Reaktion mit Hilfe des Erbenvertreters" würde "Korrekturen" bringen. Was aber D._____ verschweige, und was er – der Berufungskläger – erst mit seiner Tätigkeit als neuer Verwaltungsrat in Erfahrung habe bringen können, sei, dass D._____ in seiner Eigenschaft als ehemaliger Verwaltungsrat bewusst Darlehensverträge abgeschlossen habe, die eine "Poison Pill" enthalten. Zum Nachteil der G._____ AG habe D._____ eine "Change of Management-Klausel" in die Darlehensverträge eingefügt, welche eine automatische Rückzahlung der Darlehen und zudem einen Strafzins von 11% auslösen soll, wenn er oder sein Gehilfe J._____ abgewählt werden (act. 37 2.1. N 8-10, S. 4). Das Einfügen einer solchen Klausel wiege umso schwerer als im Zeitpunkt der Unterzeichnung des vorerwähnten Darlehensvertrages bereits ein Verfahren vor Handelsgericht hängig und damit die Abwahl von ihm respektive seinem Gehilfen, J._____, vorhersehbar gewesen sei. Mit anderen Worten, die angeblichen Turbulenzen, welche der Berufungsbeklagte in seinem Schreiben vom 22. Oktober 2013 heraufbeschwöre, seien dann auf sein eigenmächtiges und auf den eigenen Machterhalt bedachtes Verhalten zurückzuführen, ohne Rücksicht auf

Verluste der G._____ und damit auch Aktiven der Erbengemeinschaft (act. 37 2.1 N 11, S. 5). Der von D._____ gesetzte Traktandumsantrag: "Als Verwaltungsräte seien C._____ -..., B._____, A._____, D._____ sowie J._____ zu wählen" zeige dann auch, dass D._____ weiterhin auf die Machterhaltung abziele, indem er offenbar eine Patt-Situation heraufbeschwören möchte, mit ihm und Frau C._____ auf der einen Seite und B._____ und A._____ auf der anderen Seite. Herr J._____, der bisherige Gehilfe von D._____, soll dann als Zünglein an der Waage den Willen von D._____ durchsetzen. Die von D._____ im Schreiben vom 22. Oktober 2013 erwähnten "Korrekturen" schöpften sich einzig im Wunsch, einmal mehr die eigene Position im Verwaltungsrat zu halten, wie er es bereits mit der Poison Pill-Klausel im Darlehensvertrag versucht habe (act. 37 2.1. N 14-15, S. 6). Aus dem Darlehensvertrag und dem Traktandierungsantrag gehe deshalb hervor, dass D._____ gerade keinen Teilungsplan hege (wie dies die Vorinstanz offenbar zu Unrecht ihrem Entscheid zugrunde lege), vielmehr suche D._____ einzig seine Stelle als Verwaltungsrat zu halten (bzw. jetzt wieder zu erlangen), um damit von der G._____ AG zu profitieren ohne je die Teilung zu verlangen. Das von der Vorinstanz beschriebene Szenario, d.h. es solle ein Missbrauch des Instituts Erbenvertreter vermieden werden, würde somit bei einer Ernennung eines Erbenvertreter gerade eintreten (act. 37 2.1 N 16-17, S. 6). Der Berufungskläger geht unter Hinweis auf die in den Besprechungen der Erbengemeinschaft vom 12. Juni 2009, 5. März 2010 und 16. April 2010 getroffenen Entscheidungen davon aus, dass es sich um eine fortgesetzte Erbengemeinschaft handle, welche primär die gemeinsame Bewirtschaftung des Nachlasses oder zumindest einzelner Nachlassteile bezwecke. Deshalb sei – so der Berufungskläger – auch unter Berücksichtigung des Entscheides des Bundesgerichtes vom 12. Januar 2010, 5D_133/2010 kein Erbenvertreter einzusetzen (act. 37 2.2 N 20-24, S. 7-9). Die Fortsetzung der Erbengemeinschaft ohne Teilung, werde durch den jüngsten Traktandierungsantrag von D._____ noch unterstrichen, so beabsichtige respektive erhoffe D._____ den Verwaltungsrat künftig so zusammensetzen, dass sämtliche Erben neu im Verwaltungsrat sein sollen. Da-

mit solle die Erbengemeinschaft nun im Gesamtverwaltungsrat ihre Fortsetzung finden (act. 37 2.2 N 25, S. 9). Unter Hinweis auf das bereits im ersten Verfahren gestellte Gesuch von D._____ um Einsetzung eines Erbenvertreters vom 23. Mai 2013 und die damalige Bemerkung, eine Klage auf Feststellung und Teilung des Nachlasses Frau F._____ -... sel. sei (noch) nicht anhängig gemacht, eine derartige Erbteilungsklage bleibe aber explizit vorbehalten und die gleiche Formulierung im Gesuch vom 14. Juli 2013 und die inzwischen verstrichene Zeit von einem halben Jahr, in welchem der Berufungsbeklagte 3 untätig blieb, stellte der Berufungskläger fest, dass bereits eine angemessene Zeit verstrichen sei. In richtiger Ausübung des Ermessens hätte nach Ansicht des Berufungsklägers deshalb von vorherein auf die Bestellung eines Erbenvertreters verzichtet werden müssen, statt einen Erbenvertreter einzusetzen und es dann den Erben aufzutragen diesen "nachträglich", in einem weiteren Verfahren, wieder abzusetzen (act. 37 2.2 N 27-30, S. 9-10). Auch in seiner Stellungnahme zur Berufungsantwort blieb er dabei, dass die Einsetzung eines Erbenvertreters nicht angebracht sei. Er brachte vor, die Bewirtschaftung der fortgesetzten Erbengemeinschaft funktioniere auch heute, und es sei nicht im Sinne der Parteien, gegeneinander, sondern vielmehr miteinander den Weg zu suchen. Aufgrund der inzwischen analysierten Situation gelangt der Berufungskläger zum Schluss, der Berufungsbeklagte 3 habe die Bewirtschaftungsschwäche selber zu verantworten und habe sie höchst wahrscheinlich absichtlich verursacht. Diesbezüglich verwies er auf die inzwischen eingereichte Aberkennungsklage und erklärte sie zum integrierenden Bestandteil seiner Stellungnahme (act. 63 Ziff. 1, S. 2). Aufgrund der in der Aberkennungsklage dargelegten Sachlage – so der Berufungskläger – ergebe sich, dass die Bewirtschaftung in keiner Weise gefährdet sei, sondern sich die Situation mit zunehmender Analyse der Verhältnisse am Verbessern sei (act. 63 Ziff. 1, S. 2).

Der Berufungskläger unterliess es, aufzuzeigen, welche in der Aberkennungsklage erwähnten Tatsachen diese Behauptungen belegen sollen. Ein genereller Verweis auf eine in einem anderen Verfahren eingereichte Rechtsschrift ist nicht zulässig. Ausserdem wurden die Noven verspätet vor-

gebracht. Die vom Berufungskläger als Beilage zu seiner Stellungnahme eingereichte Aberkennungsklage vom 20. März 2014 (act. 64) datiert nach Erlass des angefochtenen Urteils und stellt damit ein neues, an sich zulässiges Beweismittel im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar. Da ein nachträglich entstandenes Beweismittel für eine verspätet vorgebrachte Behauptung die Behauptung selbst nicht zu ersetzen vermag, wären die Ausführungen in der Aberkennungsklage auch aus diesem Grunde nicht zulässig. Sämtliche Behauptungen in der Aberkennungsklage stellen unechte Noven dar und hätten, so weit sie aus der Einsichtnahme in die Geschäftsbücher gewonnene Tatsachen betrafen, spätestens in der Berufungsschrift vorgebracht werden müssen. Nach seiner Wahl in den Verwaltungsrat, 9. Oktober 2013 (act. 26/24), konnte nämlich dem Berufungskläger die Einsicht in die Geschäftsbücher nicht mehr verwehrt werden (vgl. act. 37 Ziff. 2.1 N 10, S. 4).

In der Stellungnahme zur Berufungsantwort führte der Beschwerdeführer zudem aus, aus der Berufungsantwort und den dazu eingereichten Beilagen, insbesondere der E-Mail von D. _____ an B. _____ vom 14. Januar 2014 ergebe sich schon aus zwei der drei vorgeschlagenen Lösungswege, dass die Parteien alle daran interessiert seien, neben der Fortführung der Bewirtschaftung, die Erbteilungsgespräche fortzusetzen. Der beantragte Erbenvertreter habe sowohl bei der Bewirtschaftung als auch in diesen Lösungsweegen keinen Platz, sondern werde die Bewirtschaftung und die Verhandlungen bestenfalls bremsen oder gar blockieren. Aus diesen beiden Teilungslösungswegen ergebe sich zudem, dass alle daran interessiert seien, von den bisherigen beidseitigen Vorschlägen auszugehen und sie auf Basis verbesserter Dokumentationen während der fortgesetzten Bewirtschaftung weiter zu verhandeln. Auch dazu brauche es gemäss Rechtsprechung keinen Erbenvertreter. Wie D. _____ bereits im 2. Abschnitt seiner Vorbemerkungen richtig festhalte, sei keine der Parteien an einer gerichtlichen Erbteilung ernsthaft interessiert, einerseits aus Kostengründen und andererseits, weil in einem solchen Prozess drei Brüder und – wie D. _____ richtig sage nur pro forma – die Schwester gegeneinander antreten müssten. Dies wolle keine Partei, weshalb eigentlich auch niemand ernsthaft einen Erbenvertreter wol-

le (act. 63 Ziff. 2-3, S. 2-3). In seiner Eingabe vom 8. Mai 2014 brachte A._____ nichts Neues vor (act. 69).

b) Der Berufungsbeklagte 3 führte u.a. aus, dass er und die anderen Mitglieder der Erbengemeinschaft bis anhin noch keine Erbteilungsklage eingeleitet hätten, habe verschiedene gewichtige Gründe, unter anderem: Angesichts des sehr hohen Streitwerts, und des sehr hohen Prozessaufwands (insbesondere im Zusammenhang mit Schätzungen zahlreicher Grundstücke) wäre mit sehr hohen Gerichts- und Parteikosten zu rechnen, zudem wäre alleine angesichts der Komplexität der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen mit einer langen Dauer nur schon des erstinstanzlichen Verfahrens zu rechnen, von Rechtsmittelverfahren ganz zu schweigen, und zudem handle es sich doch um den Nachlass der gemeinsamen Mutter der Parteien, und richte sich die Erbteilungsklage gegen seine Brüder (sowie nur pro forma seine Schwester). Aus diesen Gründen habe er sich dazu entschieden, (vorerst) den Weg über die Bestellung eines Spezialerbenvertreters zu gehen, in der durchaus begründeten Hoffnung und Annahme, dass damit die Verhältnisse in der G._____ AG stabilisiert und rationalisiert werden könnten und somit eine wesentliche Voraussetzung für die anstehende Erbteilung geschaffen werden könne (act. 59 S. 3). Ein krasserer Beispiel für eine handlungsunfähige Erbengemeinschaft sei kaum auszumachen. Diese Handlungsunfähigkeit sei nicht "nur" beschränkt auf die G._____ AG, sondern auf den gesamten Nachlass, weshalb die Erben mittlerweile Betreibungsandrohungen ausgesetzt seien im Zusammenhang mit Grundeigentum der Erbengemeinschaft in Davos (act. 59 Ziff. 2, S. 5). Bezüglich der Frage, ob im Rahmen einer fortgesetzten Erbengemeinschaft überhaupt ein Erbenvertreter eingesetzt werden könne, führte er aus, es bestehe ein Konsens aller vier Erben, dass der Nachlass (endlich) geteilt werde, so habe er schon am 25. Dezember 2012 einen Teilungsvorschlag unterbreitet. Gerade er bestreite jeglichen Fortsetzungswille, was ja bereits ausreichend sei, nachdem jedes Mitglied der Erbengemeinschaft jederzeit die Teilung des Nachlasses verlangen könne. Am 13. und 27. Dezember 2013 hätten sich die Mitglieder der Erbengemeinschaft F._____ sel. getroffen, um einmal mehr die anstehende

Teilung zu besprechen. Es seien die Herren A._____ und B._____ gewesen, die ein neues Erbteilungskonzept unterbreiteten. Der Vorschlag sei zurückgewiesen worden. Im Wesentlichen sei es um die krass mangelhafte Bewertung der einzelnen Nachlassaktiven gegangen (act. 59 Ziff. 2, S. 6). Ferner führte er aus, die neue Führung der Gesellschaft G._____ (G._____ AG) sei ihrer Aufgabe nicht gewachsen. Es drohe der Kollaps, womit zum Nachteil der Erbengemeinschaft erhebliche Substanz vernichtet würde (Zwangsversteigerung der Grundstücke deutlich unter dem Verkehrswert). Die Gläubigerin aus Darlehensvertrag, Frau I._____, habe ihre Forderung in Betreuung gesetzt; am 11. Februar habe die Verhandlung vor dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Hinwil stattgefunden; der formelle Entscheid zur Gewährung der provisorischen Rechtsöffnung sei ausstehend; es sei aber von der Gewährung der Rechtsöffnung auszugehen, was die G._____ einem erheblichen Konkursrisiko aussetze. Die G._____ verfüge nach seinem Wissen nicht über die erforderliche Liquidität oder Kreditfähigkeit bei der Hausbank, um die Darlehensschuld in Höhe von CHF 550'000 plus Zins von rund CHF 40'000 zurückzuzahlen (at. 59 Ziff. 3, S. 7). Er sei sich bewusst, dass ein solch hochprofessioneller Erbenvertreter einige Kosten verursachen werde, sehe aber auch, dass dies wiederum katalytisch wirken und die Erbteilung zu einem (nach Möglichkeit aussergerichtlichen) Ende bringen könne. Verloren sei mit der Einsetzung eines Erbenvertreter nichts, gewonnen aber sehr viel: Die G._____ AG werde wieder korrekt geführt, wozu die Mitglieder der Erbengemeinschaft ja offensichtlich mangels erforderlicher Einstimmigkeit in der Beschlussfassung nicht in der Lage seien (act. 59 S. 8). In seiner Vernehmlassung zur Stellungnahme der Berufungsantwort führte er u.a. aus, er verwahre sich in aller Form gegen die haltlose Behauptung, wonach er die Bewirtschaftungsschwäche selber zu verantworten und höchstwahrscheinlich absichtlich verursacht habe. Ebenso haltlos seien die Behauptungen, mit der Abwahl des vormaligen Verwaltungsrates Herr D._____ (und Herr J._____) sei eine Wende zum Besseren eingeleitet worden (act. 67 Ziff. 2, S. 2). Die übrigen Ausführungen des Berufungsklägers belegten nur, wie unheilbar zerstritten die Erbenge-

meinschaft sei, weshalb die angebehrte Erbeneinsetzung eines Spezialerbenvertreters dringend geboten bleibe. Dieser neutrale, familienexterne Erbenvertreter solle mit der nötigen Distanz Ordnung schaffen in der G. _____ AG (act. 67 Ziff. 2 S. 3).

6. a) Beerben mehrere Erben den Erblasser, so besteht unter ihnen, bis die Erbschaft geteilt wird, infolge des Erbanges eine Gemeinschaft aller Rechte und Pflichten (Art. 602 Abs. 1 ZGB). Sie werden Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände und verfügen unter Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse über die Rechte der Erbschaft gemeinsam (Art. 602 Abs. 2 ZGB). Das Einstimmigkeitsprinzip, wonach Verwaltungs- und Verfügungshandlungen der Zustimmung aller Miterben bedürfen, kann bei Uneinigkeit leicht zur Handlungsunfähigkeit der Erbengemeinschaft führen. Deshalb sieht das Gesetz die Möglichkeit der Bestellung eines Erbenvertreters vor. Gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB kann die zuständige Behörde für die Erbengemeinschaft bis zur Teilung auf Begehren eines Erben eine Vertretung bestellen. Als Erbenvertreter kann jede handlungsfähige Person ernannt werden, also auch eine juristische Person (z.Bsp. eine Treuhandgesellschaft). Der Erbenvertreter nimmt ein privatrechtliches, kein staatliches Amt wahr und handelt aus eigenem Recht in eigenem Namen (BSK ZGB II- Schaufelberger/Keller Lüscher, 4. Auflage, Art. 206 N 41). Er wird für die Erbengemeinschaft bestellt und nicht als Vertreter und im Interesse eines einzelnen Erben. Er ist im Rahmen seines Auftrags gesetzlicher Vertreter der Erbengemeinschaft, die er ohne ihre Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung berechtigen und verpflichten kann, und schliesst im ihm übertragenen Tätigkeitsbereich eigenes Handeln der Erben für den Nachlass aus (BGer 5A_241/2014 vom 28.5.2014, Erw. 2.1).

b) Formelle Voraussetzungen für die Einsetzung eines Erbenvertreters sind das Begehren eines Erben, das Vorliegen einer Erbengemeinschaft sowie das Fehlen eines Willensvollstreckers oder einer Erbschaftsverwaltung. Das Gesetz legt die materiellen Voraussetzungen nicht fest. Auf Grund der "Kann-Formulierung" (Art. 602 Abs. 3 ZGB) steht der Behörde ein weiter

Spielraum des Ermessens zu, doch ist sie nicht völlig frei in der Anordnung einer Erbenvertretung. Es müssen dafür wichtige Gründe vorliegen. Diese müssen zu einer Handlungsunfähigkeit der Erbengemeinschaft in dem Sinne führen, dass eine rationelle Erhaltung und Verwaltung der Erbschaft unmöglich oder erschwert ist (BSK ZGB II-Schaufelberger/Keller Lüscher, 4. Auflage, Art. 602 N 46). Wichtige Gründe sind vorhanden, wenn die Erben oder einzelne von ihnen abwesend oder zur Besorgung der Verwaltung unfähig sind, wenn unter ihnen über eine zu treffende Massnahme Meinungsverschiedenheiten bestehen, so dass ein einstimmiger Beschluss nicht möglich ist, ferner wenn es gilt, die Gemeinschaft vor den Handlungen eines einzelnen Erben zu schützen. Die Behörde hat die Interessen der Erbschaft als Ganzes, nicht bloss einzelner Erben zu würdigen und objektiv zu prüfen, ob dieser Eingriff notwendig erscheint. Blosser Meinungsverschiedenheiten über die Bewirtschaftung oder Verwaltung des Nachlasses rechtfertigen diesen kostspieligen Eingriff in die Rechtsstellung der Erben im Allgemeinen nicht (BSK ZGB II-Schaufelberger/Keller Lüscher, 4. Auflage, Art. 602 N 46). Interessensunterschiede und Meinungsverschiedenheiten gehören zur erbrechtlichen Auseinandersetzung (BGer 5A_416/2013 u. 5A_424/2013 vom 26.7.2013, Erw. 4.3) Dass eine unrichtige oder unzweckmässige Verwaltung oder gar eine Überschreitung der einem Erben als Vertreter eingeräumten Befugnisse nachgewiesen werden kann, ist nicht Voraussetzung für die Bestellung eines Erbenvertreters. Es muss genügen, dass das Vertrauensverhältnis unter den Erben zerstört ist (BGer 5D_133/2010 vom 12.1.2011, Erw. 5.1) Für die Regelung rein interner Zwistigkeiten ist die Erbenvertretung nicht geeignet und auch nicht vorgesehen. Doch kann sie dafür sorgen, dass die Erbschaft im Interesse aller Erben verwaltet wird und Eigenmächtigkeiten einzelner Erben unterbunden werden (BGer 5A_241/2014 vom 28.5.2014, Erw. 2.1). Auszugehen ist von der ständigen Praxis, dass an den die Erbenvertretung rechtfertigenden Konflikt unter Miterben keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Es genügt insbesondere das Vorliegen einer die rationelle Verwaltung beeinträchtigende Uneinigkeit (ZR 84 [1985] Nr. 3 E. 3a mit Hinweisen). Die Unstimmigkeit unter den Erben muss die anstehende

henden Verfügungs- und Verwaltungshandlungen verunmöglichen oder zumindest erheblich erschweren.

Selbst bei einer fortgesetzten Erbengemeinschaft ist die Bestellung eines Erbenvertreters möglich. Zum Teil wird in Lehre und kantonaler Praxis zur Zurückhaltung ermahnt, weil die fortgesetzte Erbengemeinschaft nicht mehr die Teilung, sondern die gemeinsame Bewirtschaftung des Nachlasses oder einzelner Nachlassteile bezweckt (vgl. BGer 5D_133/2010 vom 12.1.2011, Erw. 4.3.4)

7. a) Bestritten ist im Berufungsverfahren lediglich das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen. Aufgrund der Aktenlage besteht kein Anlass vom vorinstanzlichen Entscheid abzuweichen. Ob die Gemeinschaft der Parteien als fortgesetzte Erbengemeinschaft zu qualifizieren ist, welche nicht mehr die Teilung sondern die gemeinschaftliche Bewirtschaftung des Nachlasses bezweckt, kann offen gelassen werden. Zu Recht ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass die Erbengemeinschaft der Parteien nicht mehr von unbestimmter Dauer sein wird und deshalb die Einsetzung eines Erbenvertreters durchaus möglich ist. Diesbezüglich kann auf die erwähnten Teilungsvorschläge (act. 60/1-3), insbesondere den E-Mail-Verkehr nach der Urteilsfällung (act. 60/4) hingewiesen werden. Eine Teilung scheint zur Zeit am derzeitigen Schätzungswert der Grundstücke zu scheitern. Der Umstand, dass die Anordnung einer Erbenvertretung in der Sache streitig ist, spricht in der Regel bereits für das Vorliegen der (materiellen) Voraussetzungen. Hauptbestandteil des Nachlasses bildet die G._____ AG (mit den Liegenschaften), deren Geschäfte in den letzten Jahren (und bis vor kurzem) der Berufungsbeklagte 3, D._____, führte. Zum Nachlassvermögen gehören u.a. Aktien an der G._____ AG, welche ein Aktienkapital von 2,5 Millionen – aufgeteilt in 450 Namenaktien à Fr. 5'000.- und 500 Namenaktien à Fr. 500.- – aufweist und zu 100% liberiert ist. Gemäss Statuten kommt jeder Aktie eine Stimme zu. Die drei männlichen Nachkommen der Erblasserin sind Eigentümer von je 50 Namenaktien à Fr. 5'000.-. Die restlichen 800 Namenaktien – 300 à Fr. 5'000.- und 500 à Fr. 500.- – stehen im Gesamteigentum der Erbengemeinschaft (vgl. act. 71 Erw. I. S. 2). Die Stimmrechte daran können

mangels Einstimmigkeit sämtlicher Erben in der Beschlussfassung nicht ausgeübt werden. Wie bereits die Vorinstanz feststellte, können de facto immer zwei der männlichen Erben, welche sich einig sind, die Geschicke der Firma bestimmen (vgl. act. 71 Erw. I S. 3). A._____ hat Wohnsitz in Chile und B._____ in Jamaika. Diese Tatsache spricht zunächst dafür, dass allfällig anstehende Verfügungshandlungen sicherlich erschwert würden, auch wenn die G._____ AG an sich keineswegs handlungsunfähig ist, jedenfalls solange Entscheide des Verwaltungsrates, dessen Kompetenzen sich aus dem Aktienrecht ergeben, anstehen. Es ist offensichtlich, dass die Parteien hinsichtlich der Verwaltung der G._____ AG zerstritten sind. Bereits die Vorinstanz wies auf die von B._____ und A._____ geführten Prozesse gegen die G._____ AG hin, mit dem zentralen Ziel, den Berufungsbeklagten 3 als Verwaltungspräsidenten dieser Firma abzusetzen. Wie aus dem Beschluss der Generalversammlung vom 9. Oktober 2013 ersichtlich ist, erfolgte kurz vor Urteilsfällung ein Wechsel im Verwaltungsrat. A._____ und B._____ sind aktuell Mitglieder des Verwaltungsrates und der bisherige Verwaltungsratspräsident, D._____, und der Verwaltungsrat J._____ sind abgewählt worden (act. 26/24). Es ist der Berufungskläger, der dem Berufungsbeklagten 3 unterstellte, die Firma mit dem auf eigene Machterhaltung bezwecktes Verhalten geführt zu haben, ohne Rücksicht auf Verluste der G._____ und damit Aktiven der Erbengemeinschaft (act. 37 Ziff. 1 S. 4). B._____ warf D._____ vor Vorinstanz vor, dieser habe mit der Führung der G._____ AG erhebliche Verluste verursacht, welche aus der Substanz der G._____ AG gedeckt werden müssen (act. 10 S. 11). Demgegenüber geht D._____ davon aus, die neue Führung der Gesellschaft sei ihrer Aufgabe nicht gewachsen. Es drohe der Kollaps und dadurch die Gefahr der Zwangsversteigerung der Grundstücke unter dem Verkehrswert (act. 59 Ziff. 3, S. 7). All dies macht deutlich, dass zwischen B._____ und A._____ einerseits und D._____ andererseits kein Vertrauensverhältnis mehr besteht. Die Zerstrittenheit der Parteien geht über bloße Meinungsverschiedenheiten hinaus. Wie vorgängig ausgeführt, ist bereits das fehlende Vertrauensverhältnis für sich allein ein Grund, einen Erbenvertreter zu bestellen. Unter diesen Umständen ist ein

einträchtiges Zusammenwirken und eine gemeinsame ordentliche Verwaltung des Nachlasses nicht mehr gewährleistet. Die Vorinstanz hat zu Recht dem Gesuch um Bestellung eines Erbenvertreters entsprochen. Die Berufung ist deshalb abzuweisen.

8. Der Berufungskläger verlangte Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten 1 [recte: 3], eventualiter zulasten des Nachlasses (act. 37 S. 2). D._____ beantragte eine Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Berufungsklägers (act. 59 S. 2).

Die Kosten des Erbenvertreters sind zwar auf den Nachlass zu nehmen, jedoch rechtfertigt es sich nicht, die Kosten des Berufungsverfahrens betreffend Bestellung eines Erbenvertreters dem Nachlass aufzuerlegen. Vielmehr sind die vorliegenden Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung, Art. 95 Abs. 1 ZPO) ausgangsgemäss der unterliegenden Partei, dem Berufungskläger, aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Grundlage für die Festsetzung der Entscheidgebühr bildet der Streitwert, der Zeitaufwand des Gerichtes und die Schwierigkeit des Falles (§ 2 GebV OG). Auszugehen ist vorliegend von einem Streitwert von mindestens Fr. 100'000.- (act. 1 S. 5.). In Anwendung von § 12 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Entscheidgebühr auf Fr. 4'400.- festzusetzen. Der Berufungsbeklagte 1 und die Berufungsbeklagte 2 haben sich im Berufungsverfahren nicht zur Sache vernehmen lassen (act. 58, act. 61), weshalb ihnen keine Entschädigung zuzusprechen ist. Der Berufungsbeklagte 3 war anwaltlich vertreten und verlangte eine Parteientschädigung inkl. MWSt. Der Berufungskläger ist deshalb zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten 3 in Anwendung von § 13 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 9 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 5'500.- (zuzüglich 8 % MWSt) auszurichten.

9. Die Bestellung eines Erbenvertreters ist eine vorsorgliche Massnahme und kann mit Beschwerde im Sinne von Art. 98 BGG ans Bundesgericht weitergezogen werden (BGer 5A_121/2012 vom 16. April 2012, Erw. 1).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das vorinstanzliche Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 14. November 2013 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'400.- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Berufungskläger wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten 3 für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'500.- zuzüglich 8 % MWSt zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 100'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: