

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}

5A\_813/2014

Urteil vom 24. November 2014

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter von Werdt, Präsident,  
Bundesrichter Herrmann, Bovey,  
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte  
A.A.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

Notar des Notariatskreises U.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdegegner.

Gegenstand  
Beschwerde gegen den Erbenvertreter,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts  
des Kantons Zürich, II. Zivilkammer,  
vom 19. September 2014.

Sachverhalt:

A.  
E.A.\_\_\_\_\_ sen. verstarb am 30. August 2007. Er hinterliess seine Ehefrau C.A.\_\_\_\_\_, die Tochter B.A.\_\_\_\_\_ sowie die beiden Söhne D.A.\_\_\_\_\_ und A.A.\_\_\_\_\_.

B.  
Seit dem 19. Mai 2008 ist beim Bezirksgericht Winterthur der von B.A.\_\_\_\_\_ eingeleitete Erbteilungsprozess hängig.

Am 19. August 2013 beschloss das Bezirksgericht, einen Erbenvertreter im Sinn von Art. 602 Abs. 3 ZGB zu bestellen. Es schlug den Parteien vor, mit der Aufgabe den Notar des Kreises U.\_\_\_\_\_ zu betrauen. Als niemand dagegen opponierte, erging am 2. Oktober 2013 ein entsprechender Beschluss mit der Massgabe, dass die Vertretung bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit zwei Liegenschaften des Nachlasses umfasse.

C.  
Mit Schreiben vom 13. Dezember 2013 teilte das Notariat U.\_\_\_\_\_ den Erben mit, dass die Betreuung von Liegenschaften nicht zu den Fachkompetenzen eines Notariats gehöre und daher die G.\_\_\_\_\_ AG als Hilfsperson beigezogen worden sei.

Am 30. Dezember 2013 reichte A.A.\_\_\_\_\_ beim Bezirksgericht Winterthur eine Aufsichtsbeschwerde gegen dieses Vorgehen ein, zusammengefasst mit den Begehren, dem Erbenvertreter sei unter Strafandrohung zu untersagen, die betreffende Firma als Hilfsperson beizuziehen und dieser Unterlagen herauszugeben, er sei unter Strafandrohung zu verpflichten, alle herausgegebenen Unterlagen zurückzuverlangen, und er sei zu ermahnen, seine ausschliesslichen Befugnisse persönlich auszuüben, rechtskonforme Zustellungen an den Erben in Florida vorzunehmen und seiner Offenlegungs- und Informationspflicht nachzukommen.

Mit Noveneingabe vom 10. Februar 2014 verlangte A.A.\_\_\_\_\_ zusätzlich die Anweisung des Erbenvertreters unter Strafandrohung, den jährlichen Rechenschaftsbericht 2013 über die Vertretungstätigkeit bis zum 28. Februar 2014 einzureichen.

Mit Urteil vom 5. März 2014 wies das Bezirksgericht Winterthur die Beschwerde ab. Es erwog, dass sich die Aufsicht auf eine Überprüfung der formellen Korrektheit und Vertretbarkeit von Massnahmen des Erbenvertreters beschränke. Dieser habe seine Befugnisse und das ihm zustehende Ermessen nicht missbraucht, zumal der gerichtliche Beschluss, mit dem die Erbenvertretung angeordnet worden sei, ausdrücklich festhalte, dass der Notar zum Beizug von Hilfspersonen befugt sei.

Dagegen erhob A.A.\_\_\_\_\_ Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich, welches diese mit Urteil vom 19. September 2014 abwies.

D.

Gegen das obergerichtliche Urteil hat A.A.\_\_\_\_\_ am 17. Oktober 2014 eine Beschwerde erhoben mit den Begehren um dessen Aufhebung und Rückweisung der Sache an das Obergericht, eventualiter um neue Entscheidung mit strafbewehrten Verboten, Anweisungen und Ermahnungen des Erbenvertreters im sub Lit. C erwähnten Sinn. Mit Präsidialverfügung vom 4. November 2014 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt. In der Sache selbst wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist der kantonal letztinstanzliche Entscheid in einer Angelegenheit betreffend Aufsicht über den Erbenvertreter (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 5 und Art. 75 Abs. 1 BGG), welche grundsätzlich vermögensrechtlicher Natur ist, so dass ein Mindeststreitwert von Fr. 30'000.-- vorliegen muss (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; Urteile 5A\_395/2010 vom 22. Oktober 2010 E. 1.2; 5A\_794/2011 vom 16. Februar 2012 E. 1). Im angefochtenen Entscheid ist der Streitwert mit Fr. 43'000.-- beziffert und es besteht kein Anlass, von etwas anderem auszugehen. Die Beschwerde in Zivilsachen steht somit offen.

Weil schon die Einsetzung eines Erbenvertreters eine vorsorgliche Massnahme gemäss Art. 98 BGG ist (Urteile 5A\_787/2008 vom 22. Januar 2009 E. 1.1; 5A\_267/2012 vom 21. November 2012 E. 2; 5A\_241/2014 vom 28. Mai 2014 E. 1.2), muss dies auch für Entscheide im Zusammenhang mit diesem Amt gelten (vgl. 5D\_65/2014 vom 9. September 2014 E. 1). Gerügt werden kann deshalb einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (vgl. Art. 98 BGG). Der Beschwerdeführer beruft sich denn auch auf eine ganze Palette verfassungsrechtlicher Grundsätze (Art. 9, Art. 29 Abs. 1 und 2 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 Ziff. 1 UNO Pakt II).

2.

Das Obergericht hat erwogen, der Erbenvertreter übe eine rein privatrechtliche Funktion aus und er sei deshalb weder verpflichtet, die Sendungen an den einen in den USA wohnhaften Erben offiziell auf dem Rechtshilfeweg zuzustellen noch den Erben zu jeder Handlung das rechtliche Gehör im Sinn einer Verfahrensgarantie zu gewähren; vielmehr habe er lediglich die Pflicht, diese laufend über beabsichtigte oder bereits ausgeführte Verwaltungshandlungen zu orientieren. Das Obergericht hat weiter befunden, dass der Erbenvertreter zwar mit Blick auf die Liegenschaften eingesetzt worden sei, deren Verwaltung aber nicht zu den Fachkompetenzen eines Notariats gehöre und die Übertragung an eine erfahrene Drittperson unter den konkret gegebenen Umständen durchaus gerechtfertigt sei. Entsprechend habe der Erbenvertreter dieser Hilfsperson auch die nötigen Unterlagen herausgeben dürfen.

3.

Nach Lehre und Rechtsprechung bekleidet der Erbenvertreter, ähnlich wie der Willensvollstrecker und der Erbschaftsverwalter, ein privatrechtliches und nicht ein staatliches Amt (vgl. BGE 90 II 376 E. 2 S. 380 f.; 101 II 47 E. 2 S. 53; 130 III 97 E. 2.3 und 3.1 S. 99 f.; Urteil 5P.107/2004 vom 26. April 2004 E. 2.3), wobei von einem privatrechtlichen Institut sui generis auszugehen ist (dazu PICENONI, Der Erbenvertreter nach Art. 602 Abs. 3 ZGB, Diss. Zürich 2004, S. 14 f., m.w.H.).

Der Beschwerdeführer hält die analogen Erwägungen des Obergerichts mit Blick auf die von der Verwaltungskommission angeordnete Stellvertretung für willkürlich. Jene ist aber Thema des

Verfahrens 5A\_518/2014 und daraus kann für die rechtliche Einordnung der Erbenvertretung nichts abgeleitet werden; insbesondere wird in jenem Verfahren nirgends festgehalten, dass es sich bei der Erbenvertretung um eine hoheitliche Tätigkeit oder gar ein gerichtliches Verfahren handeln würde, für welches der Beschwerdeführer die nachfolgend zu thematisierenden Garantien in Anspruch nehmen könnte.

Aufgrund des vorstehend Gesagten geht das Hauptanliegen des Beschwerdeführers, der Erbenvertreter müsse ihm vorgängig zu jeder einzelnen Handlung das rechtliche Gehör und Akteneinsicht gewähren, ansonsten seine verfahrensmässigen Grundrechte gemäss Art. 9 und 29 BV, Art. 6 EMRK, etc. verletzt seien, an der Sache vorbei. Der Erbenvertreter ist im Rahmen seines Auftrags denn auch der gesetzliche Vertreter der Erbengemeinschaft, die er ohne ihre vorgängige Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung berechtigen und verpflichten kann, was im Übrigen eigenes Handeln der Erben für den Nachlass in dem an den Erbenvertreter übertragenen Tätigkeitsbereich ausschliesst (Urteile 5A\_416/2013 vom 26. Juli 2013 E. 3.1; 5A\_241/2014 vom 28. Mai 2014 E. 2.1).

4.

Ein weiteres Kernanliegen des Beschwerdeführers ist, dass der Erbenvertreter keine Delegation hätte vornehmen und schon gar nicht die eigentliche Liegenschaftsverwaltung übertragen dürfen.

Diesbezüglich ist zu beachten, dass sich die Aufsichtsbehörde auf Aufsichtsbeschwerde hin nicht gleichsam an die Stelle des Erbenvertreters zu setzen und zu prüfen hat, wie sie selber als privatrechtliche Erbenvertreterin die Geschäfte der Erbschaft besorgen würde, sondern sie hat als staatliche Behörde bei der inhaltlichen Kontrolle erst einzuschreiten, wenn der Erbenvertreter die ihm gesetzten gesetzlichen und verfassungsmässigen Schranken missachtet, insbesondere seinen erheblichen Ermessensspielraum sprengt und damit das Willkürverbot verletzt; es handelt sich dabei um eine inhaltliche Schranke der Ermessensausübung des Erbenvertreters und nicht um eine verfahrensrechtliche Kognitionsbeschränkung der Aufsichtsbehörde (Urteil 5P.107/2004 vom 26. April 2004 E. 2.3; ebenso SCHAUFELBERGER/KELLER, in: Basler Kommentar, N. 51 zu Art. 602 ZGB; WEIBEL, in: Praxiskommentar Erbrecht, N. 78 zu Art. 602 ZGB).

Bereits für den durch den Erblasser bezeichneten Willensvollstrecker wird allgemein eine Delegationsbefugnis bejaht (statt vieler KARRER, in: Basler Kommentar, N. 15 zu Art. 518 ZGB m.w.H.). Umso mehr gilt dies für den Erbenvertreter. Zwar kann dieser nicht seine Stellung delegieren, wohl aber Bevollmächtigte ernennen und Hilfspersonen beiziehen (TUOR/PICENONI, in: Berner Kommentar, N. 57 zu Art. 602 ZGB). Vor diesem und dem vorgenannten Hintergrund der blossen Aufsichtsfunktion erscheint es nicht willkürlich, wenn die kantonalen Instanzen befunden haben, die eigentliche Liegenschaftsverwaltung gehöre nicht zur Kernkompetenz eines Amtsnotars und dieser dürfe deshalb, auch angesichts seiner Arbeitsbelastung und dem vorliegend zu erwartenden Umfang des Mandats, die Verwaltung der beiden Liegenschaften auf eine im betreffenden Bereich tätige Firma übertragen, selbst wenn er in der Hauptsache zu diesem Zweck als Erbenvertreter eingesetzt sei. Willkür lässt sich auch nicht mit dem vom Beschwerdeführer angerufenen Zitat bei PICENONI, a.a.O., S. 43, begründen. Dort wird festgehalten, dass der Erbenvertreter nicht die Hauptpflicht übertragen kann. Gemeint ist damit der schon erwähnte Grundsatz, dass nicht das Mandat als solches bzw. die Stellung als Erbenvertreter übertragen werden darf, was vorliegend auch nicht zutrifft. Umso weniger ist im vorliegenden Einzelfall von Willkür auszugehen, als der die Erbenvertretung anordnende Beschluss die Delegation von Befugnissen gerade ausdrücklich vorbehalten und als selbstverständlich erachtet hat.

Nichts zur Sache tun die schon im kantonalen Verfahren gemachten Ausführungen zur Prüfungstätigkeit des Notars, zur Belastungssituation auf dem Notariat und zur beauftragten Liegenschaftsverwaltung, welche der Beschwerdeführer ohne Nennung objektiver Anhaltspunkte zu diffamieren versucht. Erweist sich aber die Übertragung der Liegenschaftsverwaltung in der vorliegenden Konstellation nicht als willkürlich, so kann dies auch mit Bezug auf die Übergabe der notwendigen Unterlagen an die Liegenschaftsfirma nicht der Fall sein.

Keine Willkür in Bezug auf die Aufsichtstätigkeit ist schliesslich ersichtlich im Zusammenhang mit den Erwägungen der kantonalen Gerichte zum Rechenschaftsbericht, wonach nunmehr das Notariat V.\_\_\_\_\_ zuständig sei und dieses für dessen Erstellung um Fristverlängerung gebeten habe, welche gewährt worden sei.

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Bezüglich aufschiebender Wirkung ist nicht im Sinn der Gegenseite entschieden worden, weshalb für die betreffende Stellungnahme praxisgemäss keine Entschädigungspflicht besteht.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Notariat V. \_\_\_\_\_ und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. November 2014

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Möckli