

Beschluss vom 23. Februar 2021

ZK2 2020 58

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsidentin lic. iur. Daniela Pérez-Steiner,
Kantonsrichterinnen Dr. Veronika Bürgler Trutmann und Bettina Krienbühl,
Gerichtsschreiberin lic. iur. Cornelia Spörri-Kessler.

In Sachen **A.** _____,
Gesuchstellerin und Berufungsführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____,

gegen

1. **C.** _____,
Gesuchsgegner und Berufungsgegner,
2. **D.** _____,
Gesuchsgegner und Berufungsgegner,
3. **E.** _____,
Gesuchsgegnerin und Berufungsgegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt F. _____,
4. **G.** _____,
Gesuchsgegnerin und Berufungsgegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt F. _____,

betreffend Einsetzung eines Erbenvertreters (Art. 602 Abs. 3 ZGB)
(Berufung gegen die Verfügung der Einzelrichterin am Bezirksgericht Schwyz
vom 14. September 2020, ZES 2020 220);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben

A. Der am _____ verstorbene Q. _____ hinterliess als gesetzliche Erben seine Ehefrau (Gesuchstellerin) sowie seine beiden Söhne (Gesuchsgegner 1 und 2). In seinem Testament vom 27. Juni 2016 setzte er seine Schwestern, die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4, als Erbinnen ein und wies ihnen die freiverfügbare Quote von einem Viertel zu (vgl. Vi-KB 2 f.). Bis zu seinem Tod bewohnte der Erblasser die am 30. November 1990 von ihm und der Gesuchstellerin zu je hälftigem Miteigentum erworbene Liegenschaft am H. _____ weg xx in R. _____ (Vi-KB 5).

B. Mit Gesuch vom 5. Mai 2020 stellte die Gesuchstellerin bei der Einzelrichterin am Bezirksgericht Schwyz folgende Rechtsbegehren (Vi-act. 1):

1. Es sei in der Erbschaftssache des am _____ verstorbenen Q. _____, Herr J. _____, als gesetzlicher Erbenvertreter gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB einzusetzen.
2. Der gesetzliche Erbenvertreter sei als Spezialerbenvertreter zu beauftragen, die sich im je hälftigen Miteigentum von Q. _____ sel. bzw. dessen Erbengemeinschaft und der Gesuchstellerin befindliche Liegenschaft GB yy, Wohnhaus mit 793 m² Gebäudegrundfläche und Hofraum am H. _____ weg xx in R. _____ bis zur (partiellen oder vollständigen) Erbteilung mit Zuteilung der vorstehenden Liegenschaft zu verwalten, wobei darunter insbesondere
 - die Überprüfung der Heizung;
 - die Bestellung von Heizöl;
 - die Räumung der Liegenschaft;
 - die Instandstellung der Liegenschaft;
 - die Pflege der Umgebung;
 - die Einziehung sämtlicher Hausschlüssel;
 - die baldmöglichste Vermietung;
 - die Bezahlung der mit der Verwaltung zusammenhängenden Kosten;fallen; zu diesem Zwecke sei dem gesetzlichen Erbenvertreter die Einzelzeichnungsberechtigung über das sich bei der K. _____ (Bank I) befindliche Privatkonto Nr. zz, lautend auf Erben Q. _____, zu erteilen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zulasten der Gesuchsgegnerinnen 3 und 4, eventualiter zulasten des Nachlasses.

Am 10. Juli 2020 ersuchten die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 innert erstreckter Frist um Abweisung des Gesuchs um Einsetzung eines Erbenvertreters gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin (Vi-act. 8).

Nach Ablauf der angesetzten Frist, am 21. Juli 2020, teilte die Beiständin des Gesuchsgegners 2 mit, dass sie einen Erbenvertreter, welcher bis zur partiellen oder vollständigen Erbteilung das Wohnhaus mit Gebäudegrundfläche und Hofraum am H. _____ weg xx in R. _____ verwalte, _____ begrüsse
(Vi-act. 11).

Mit Eingabe vom 22. Juli 2020 änderte die Gesuchstellerin Ziffer 1 ihres Rechtsbegehrens wie folgt ab (Vi-act. 12).

1. Es sei in der Erbschaftssache des am _____ verstorbenen Q. _____, die L. _____ AG, vertreten durch Herrn RA M. _____ und Frau S. _____, als gesetzliche Erbenvertreterin gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB einzusetzen.

Die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 nahmen am 6. August 2020 zu den Eingaben der Beiständin sowie der Gesuchstellerin Stellung (Vi-act. 16).

C. Mit Verfügung vom 4. September 2020 wies die Vorderrichterin das Gesuch um Einsetzung eines Erbenvertreters ab (Dispositivziffer 1), auferlegte die Gerichtskosten der Gesuchstellerin (Dispositivziffer 2) und verpflichtete diese, die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 mit Fr. 3'239.60 (inkl. Auslagen und MWST) zu entschädigen (Dispositivziffer 3.2). Den

Gesuchsgegnern 1 und 2 sprach sie keine Parteientschädigung zu (Dispositivziffer 3.1).

D. Dagegen erhob die Gesuchstellerin am 25. September 2020 fristgerecht Berufung mit den folgenden Anträgen (KG-act. 1):

1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Schwyz vom 14. September 2020 (ZES 2020 220) aufzuheben und es sei in der Erbschaftssache des am _____ verstorbenen Q._____, die L._____ AG, vertreten durch Herrn RA M._____ und Frau S._____, als gesetzliche Erbenvertreterin gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB einzusetzen.
2. Die gesetzliche Erbenvertreterin sei als Spezialerbenvertreterin zu beauftragen, die sich im je hälftigen Miteigentum von Q._____ sel. bzw. dessen Erbengemeinschaft sowie der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin befindliche Liegenschaft GB yy, Wohnhaus mit 793 m2 Gebäudegrundfläche und Hofraum am H._____weg xx in R._____ bis zur (partiellen oder vollständigen) Erbteilung mit Zuteilung der vorstehenden Liegenschaft zu verwalten, wobei darunter insbesondere
 - die Überprüfung der Heizung;
 - die Bestellung von Heizöl;
 - die Räumung der Liegenschaft;
 - die Instandstellung der Liegenschaft;
 - die Pflege der Umgebung;
 - die Einziehung sämtlicher Hausschlüssel;
 - die baldmöglichste Vermietung;
 - die Bezahlung der mit der Verwaltung zusammenhängenden Kosten;fallen; zu diesem Zwecke sei der gesetzlichen Erbenvertreterin die Einzelzeichnungsberechtigung über das sich bei der K._____ (Bank I) befindliche Privatkonto Nr. zz, lautend auf Erben Q._____, zu erteilen.
3. Eventualiter sei die Verfügung des Bezirksgerichts Schwyz vom 14. September 2020 (ZES 2020 220) aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zulasten der Gesuchsgegnerinnen 3 und 4, eventualiter zulasten des Nachlasses.

Mit Eingabe vom 8. Oktober 2020 forderte der Gesuchsgegner 1 sinngemäss eine Gutheissung der Berufung (KG-act. 7). Gleichentags ersuchten die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 um Abweisung der Berufung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin (KG-act. 9). Mit Eingabe vom 9. Oktober 2020 befürwortete der Gesuchsgegner 2 die Einsetzung eines Erbenvertreters, enthielt sich aber eines Antrags (KG-act. 8). Am 26. Oktober 2020 nahm die Gesuchstellerin zur Berufungsantwort der Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 und am 30. Oktober 2020 nahmen Letztere zu den Eingaben der Gesuchsgegner 1 und 2 Stellung (KG-act. 12 und 15). Eine weitere Stellungnahme der Gesuchstellerin (zur Eingabe des Gesuchsgegners 2) datiert vom 9. November 2020 (KG-act. 17). Am 13. November 2020 liessen sich der Gesuchsgegner 1 und die Gesuchstellerin zur Stellungnahme der Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 und am 13. sowie 26. November 2020 die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 zu den neuen Eingaben der Gesuchstellerin und des Gesuchsgegners 1 vernehmen (KG-act. 18-20 und 22). Mit Eingabe vom 22. Januar 2021 verneinte Rechtsanwalt N._____ seine Einsetzung als Prozessbeistand für den Gesuchsgegner 2, mit dessen Volljährigkeit auch die Kindesschutzmassnahme endete (vgl. KG-act. 25 und 25/1).

Auf die Vorbringen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen;-

in Erwägung:

1. Vorliegend bestimmt nach kantonalem Recht der Einzelrichter im summarischen Verfahren den Erbenvertreter, weshalb gegen die angefochtene Verfügung über eine vorsorgliche Massnahme (BGer, Urteil 5A_241/2014 vom 28. Mai 2014 E. 1.2 mit Hinweisen; Weibel, in: Abt/Weibel, Praxiskommentar Erbrecht, 3. A. 2015, N 63 zu Art. 602 ZGB mit Hinweisen)

im Streitwert von über Fr. 10'000.00 (vgl. auch KG GR, Urteil ZK1 16 182 vom 26. April 2017 E. 1b) die zivilprozessuale Berufung zulässig ist (Art. 248 lit. e und 308 Abs. 1 lit. b und 2 ZPO; § 31 Abs. 2 lit. d JG und § 2 Abs. 1 lit. c Ziff. 9 EGzZGB; Weibel, a.a.O., N 64 zu Art. 602 ZGB mit Hinweisen; vgl. auch KG SZ, Beschluss ZK2 2018 16 vom 21. November 2018 E. 2).

2. a) Beerben mehrere Erben den Erblasser, so besteht unter ihnen, bis die Erbschaft geteilt wird, infolge des Erbganges 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 Erbegemeinschaft führen. Das Gesetz sieht deshalb die Möglichkeit der Bestellung eines Erbenvertreters vor. Gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB kann die zuständige Behörde für die Erbegemeinschaft bis zur Teilung auf Begehren eines Erben eine Vertretung bestellen. Das Institut des Erbenvertreters dient als Handhabe, um einer drohenden Handlungsunfähigkeit zu entgehen, die sich aufgrund der Erfordernisse der Einstimmigkeit und des gemeinsamen Handelns in der Erbegemeinschaft ergeben kann (vgl. Weibel, a.a.O., N 56 zu Art. 602 ZGB). Als Erbenvertreter kann jede handlungsfähige Person ernannt werden, also auch eine juristische Person (z.B. eine Treuhandgesellschaft). Der Erbenvertreter nimmt ein privatrechtliches, kein staatliches Amt wahr und handelt aus eigenem Recht in eigenem Namen (Schaufelberger/Keller Lüscher, Basler Kommentar, 6. A. 2019, N 41 zu Art. 602 ZGB; OGer ZH, Urteil LF130072-O/U vom 31. Juli 2014 E. 6a). Er wird für die Erbegemeinschaft bestellt und nicht als Vertreter und im Interesse eines einzelnen Erben. Er ist im Rahmen seines Auftrags gesetzlicher Vertreter der Erbegemeinschaft, 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, Urteil 5A_781/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 2.3).

b) Gemäss den unbeanstandet gebliebenen Erwägungen der Vorderrichterin sind die formellen Voraussetzungen für die Einsetzung eines Erbenvertreters (Begehren eines Erben; bestehende Erbengemeinschaft; kein Willensvollstrecker; kein Erbschaftsverwalter) vorliegend erfüllt (vgl. angef. Verfügung E. 1.2, S. 4). Nebst dem Vorliegen des Begehrens eines Miterben legt das Gesetz die Voraussetzungen nicht fest. Aufgrund der "Kann-Formulierung" (Art. 602 Abs. 3 ZGB) steht der Behörde ein (weites) Ermessen zu

(BGer, Urteil 5D_133/2010 vom 12. Januar 2011 E. 5.1; BGer, Urteil 5A_893/2018 vom 10. April 2019 E. 3.1; Wolf, Berner Kommentar, 2014, N 143 zu Art. 602 ZGB). Dem gesetzgeberischen Zweck des Instituts entsprechend ist in erster Linie vorzusetzen, dass die Miterben nicht in der Lage sind, fristgerecht die erforderlichen, den Nachlass betreffenden Entscheide zu fällen und nach aussen zu handeln (Wolf, a.a.O., N 138 zu Art. 602 ZGB). In der Praxis wird dem Begehren im Allgemeinen entsprochen, wenn eine rationelle Erhaltung und Verwaltung der Erbschaft unmöglich oder erheblich erschwert ist, wie bei Abwesenheit von Erben, deren Unfähigkeit, die Erbschaft zu verwalten oder zu einem einstimmigen Entscheid zu gelangen, Zerstrittenheit unter den Erben etc., allgemein bei Handlungsunfähigkeit der Erbengemeinschaft, gleichgültig, wie es zu dieser kam. Die Behörde hat dabei 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 (Schaufelberger/Keller Lüscher, a.a.O., N 46 zu Art. 602 ZGB). Interessensunterschiede und Meinungsverschiedenheiten gehören zur erbrechtlichen Auseinandersetzung

(BGer, Urteil 5A_416/2013 + 5A_424/2013 vom 26. Juli 2013 E. 4.3). Dass eine unrichtige oder unzweckmässige Verwaltung oder gar eine Überschreitung der einem Erben als Vertreter eingeräumten Befugnisse nachgewiesen werden kann, ist indes nicht Voraussetzung für die Bestellung eines Erbenvertreters. Es muss genügen, dass das Vertrauensverhältnis unter den Erben zerstört ist (BGer, Urteil 5D_133/2010 vom 12. Januar 2011 E. 5.1). Für die Regelung rein interner Zwistigkeiten ist die Erbenvertretung nicht vorgesehen. Doch kann sie dafür sorgen, dass die Erbschaft im Interesse aller Erben verwaltet wird und Eigenmächtigkeiten einzelner Erben unterbunden werden (BGer, Urteil 5A_241/2014 vom 28. Mai 2014 E. 2.1). An den die Erbenvertretung rechtfertigenden Konflikt unter Miterben sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt insbesondere das Vorliegen einer die rationelle Verwaltung beeinträchtigende Uneinigkeit (ZR 84/1985 Nr. 3 E. 3a). Die Unstimmigkeit unter den Erben muss die anstehenden Verfügungs- und Verwaltungshandlungen verunmöglichen oder zumindest erheblich erschweren (OGer ZH, Urteil LF130072-O/U vom 31. Juli 2014 E. 6b; KG GR, Urteil ZK1 16 182 vom 26. April 2017 E. 3).

c) Die Aufgaben des Erbenvertreters ergeben sich in erster Linie aus dem anlässlich seiner Ernennung Vorgesehenen. Die zuständige Behörde kann ihn generell mit der Nachlassverwaltung (Generalerbenvertreter) oder ihn nur mit der Vornahme bestimmter, einzelner Handlungen (Spezialerbenvertreter) betrauen (Wolf, a.a.O., N 161 zu Art. 602 ZGB mit Verweisen). Der Generalerbenvertreter hat dieselben Aufgaben und Befugnisse wie der Willensvollstrecker und der amtliche Erbschaftsverwalter (Weibel, a.a.O., N 71 zu Art. 602 ZGB). Er ist anstelle der Erben zur Verwaltung der Erbschaft befugt, das heisst zur Besorgung der laufenden Geschäfte, zur Erhaltung und (vorsichtigen) Mehrung der Erbschaftswerte, zur Bezahlung der Erbschaftsschulden, zur Ausrichtung der Vermächtnisse und zur Vorbereitung der Erbteilung, nicht aber deren Durchführung. Er darf dabei über Erbschaftswerte verfügen und diese gegebenenfalls auch freihändig

veräussern, um sich die erforderlichen Mittel zur Zahlung von Erbschaftsschulden oder zur Ausrichtung der Vermächtnisse zu verschaffen. Die Erbteilung selber ist nicht mehr Aufgabe des Erbenvertreters (Wolf, a.a.O., N 162 f. zu Art. 602 ZGB; Weibel, a.a.O., N 74 zu Art. 602 ZGB). Vorliegend ersuchte die Gesuchstellerin um Einsetzung eines Spezialerbenvertreters, welcher die Liegenschaft am H._____weg xx in R._____ bis zur Erbteilung verwalten soll. Bei der Liegenschaftsverwaltung hat der Erbenvertreter die Stellung des Vermieters, wozu der laufende Betrieb, Unterhalt und Reparatur zur Werterhaltung der Liegenschaft gehören (Karrer/Vogt/Leu, Basler Kommentar, a.a.O., N 30 zu Art. 518 ZGB).

3. Die Vorderrichterin wies das Gesuch um Einsetzung eines Erbenvertreters ab mit der Begründung, die Gesuchstellerin vermöge eine Gefährdung der Substanz oder ordentlichen Erträge des Nachlasses nicht glaubhaft zu machen. Die Gesuchstellerin hält der Vorderrichterin eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie eine unzureichende Würdigung ihrer im Recht liegenden Beweise vor. Insbesondere habe die Vorderrichterin den Sachverhalt unvollständig ermittelt, indem sie – trotz Art. 255 lit. b ZPO – keine weiteren Beweise wie beispielsweise die offerierte Parteibefragung der Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 abgenommen habe, um deren unsubstanzierte Behauptungen zu überprüfen und zur Kenntnis zu gelangen, dass diese das Geschehene nicht wahrheitsgetreu wiedergegeben hätten. Als Folge der unrichtigen Sachverhaltsdarstellung habe die Vorderrichterin die Voraussetzungen von Art. 602 Abs. 3 ZGB zu Unrecht als nicht erfüllt angesehen (KG-act. 1 N 16 f., S. 12 f.). Auch die Gesuchsgegner 1 und 2 befürworteten in ihren Berufungsantworten die Einsetzung eines Erbenvertreters infolge Zerstrittenheit (KG-act. 7 f.). Vor erster Instanz reichte der Gesuchsgegner 1 keine und der Gesuchsgegner 2 eine verspätete Stellungnahme ein. Zum geänderten Rechtsbegehren der Gesuchstellerin äusserten sich beide nicht. Soweit insbesondere der Gesuchsgegner 1 Noven vorbringt, ist er damit im Berufungsverfahren nicht zu hören, da neue

Tatsachen und Beweismittel gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden können (lit. b). Im Folgenden ist auf die Rügen der Gesuchstellerin einzugehen.

a) Vorwegzunehmen ist, dass das Gericht den Sachverhalt bei Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. BGer, Urteil 5A_554/2016 vom 25. April 2017 E. 3.3; vgl. auch Schaufelberger/Keller Löscher, a.a.O., N 40 zu Art. 602 ZGB; Feller/Bloch, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, N 25 zu Art. 19 ZPO; OGer ZH, Urteil LF1700067-O/U vom 9. April 2018 E. 5.1) von Amtes wegen feststellt (Art. 255 lit. b ZPO). Auch bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit erfolgt die Rechtsanwendung in einem Verfahren, in dem sich unter Umständen zwei Parteien gegenüberstehen können, aber nicht notwendig gegenüberstehen müssen. Zudem mündet das Verfahren in ein (streitiges) Zweiparteienverfahren, wenn ein Betroffener gegen den Entscheid bzw. die Amtshandlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit Einspruch erhebt oder ein Rechtsmittel ergreift; diesfalls wird das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sachlich zu einem Zivilprozess, der aber formell als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit weitergeführt wird (BGE 136 III 178 E. 5.2, S. 182). Dem Einwand der Gesuchsgegnerinnen 3 und 4, es liege kein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor (vgl. KG-act. 9 N 13, S. 6), kann mithin nicht gefolgt werden. Gemäss den von ihnen angeführten Literaturstellen (vgl. KG-act. 9 N 13, S. 5 f.) betrifft Art. 255 ZPO sodann die dem Gericht zugewiesenen Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit und beansprucht die ZPO (nur) auf die gerichtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung (Pesenti bzw. Klingler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 23 zu Art. 248 ZPO und N 6 zu Art. 255 ZPO). Es handelt sich insofern um ein atypisches Summarverfahren, weil aufgrund der geltenden Untersuchungsmaxime keine Beweismittelbeschränkung

vorgesehen ist und es keine generelle Beschränkung des Beweismasses gibt, sondern grundsätzlich der Regelbeweis der vollen Überzeugung gilt (Mazan, Basler Kommentar, 3. A. 2017, N 14 zu Art. 248 ZPO und N 7 zu Art. 255 ZPO; Pesenti, a.a.O., N 24 zu Art. 248 ZPO; OGer ZH, Urteil LF190040-O/U vom 7. November 2019 E. 5.1). Vorliegend geht es indes um die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme, weshalb das Beweismass des Glaubhaftmachens gilt (OGer ZH, Urteil LF1700067-O/U vom 9. April 2018 E. 5.1; Lardelli/Vetter, Basler Kommentar, 6. A. 2018, N 21 zu Art. 8 ZGB). Da das Gericht den Sachverhalt zwar von Amtes wegen feststellt, ihn aber nicht zu erforschen hat, ist die Gesuchstellerin nicht davon befreit, an der Erstellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die zu erhebenden Beweise bzw. Beweismittel zu bezeichnen. Sie trägt die primäre Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung, unter gerichtlicher Mithilfe jedoch, indem ein Hinweis auf die Mitwirkungspflicht sowie das Beibringen von Beweisen zu erfolgen hat (Klingler, a.a.O., N 1 zu Art. 255 ZPO; OGer ZH, Urteil LF190040-O/U vom 7. November 2019 E. 5.1). Das Gericht hat sich nur über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen. Die sozialpolitisch begründete Untersuchungsmaxime wurde vor allem zum Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien oder ungleichen juristischen Kenntnissen geschaffen. Wenn die Parteien durch Rechtsanwälte vertreten sind, soll und muss sich das Gericht Zurückhaltung auferlegen wie im ordentlichen Prozess (BGer, Urteil 4A_674/2016 vom 20. April 2017 E. 2.1; BGer, Urteil 4A_106/2020 vom 8. Juli 2020 E. 2; KG BL, Entscheid 410 14 315 vom 10. Februar 2015 E. 3.2). Die Untersuchungsmaxime hat überdies keinen Einfluss auf die Verteilung der objektiven Beweislast (Sutter-Somm/Schrank, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 76 zu Art. 55 ZPO; OGer ZH, Urteil LF190040-O/U vom 7. November 2019 E. 5.1).

b) Die Vorderrichterin stellte fest, die von der Gesuchstellerin angeführten Argumente würden durch die Ausführungen der Gesuchsgegnerinnen 3 und 4

stark relativiert und teilweise gar widerlegt. Die Parteien seien sich zwar über den Verkehrswert der Liegenschaft uneinig, eine Blockade würde hinsichtlich einer Verkehrswertschätzung indes nicht bestehen. Das von den Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 eingereichte Verkehrswertgutachten untermaure deren Ausführungen über die Einigung auf ein Vorgehen für die Wertermittlung (Mittelwert von zwei Verkehrswertschätzungen). Überdies wäre die Ermittlung eines Verkehrswerts ohnehin nicht Sache eines Erbenvertreters. Im Weiteren hätten sich die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 mit diversen Reparaturen, welche die Gesuchstellerin für die Begründung der Verwahrlosung der Liegenschaft und der Notwendigkeit der Einsetzung eines Erbenvertreters vorbringe, einverstanden erklärt, namentlich mit der Kontrolle der Heizung, dem Bestellen von Heizöl sowie einer gewissen Pflege des Gartens (Schneiden der Hecke) und der Umgebung. Zu Recht würden sie anfügen, dass die Rechnungen auf die Erbengemeinschaft ausgestellt werden müssten. Die Notwendigkeit weiterer Arbeiten an der Liegenschaft, so die Reparatur der Dachrinne und Fensterbänke, vermöge die Gesuchstellerin nicht glaubhaft zu machen. Der Gutachter bewerte den Zustand des Objekts vielmehr als „intakt bis gut“. Zu berücksichtigen sei sodann, dass bislang keine Mietverhältnisse bestanden hätten und es keine Mieterträge aufrecht zu erhalten gälte. Die Vorderrichterin verweist sodann auf die mit Einsetzung eines Erbenvertreters anfallenden Kosten und dass nicht dargetan sei, dass eine Vermietung im jetzigen Zustand der Liegenschaft bzw. nach Vornahme des notwendigen Unterhalts nicht möglich wäre. Ob die Liegenschaft letztlich vermietet oder verkauft werden soll, sei ausserdem keine Frage, die ein Erbenvertreter beantworten dürfe. Nebst Ausführungen zu den persönlichen Gegenständen der Erben hält die Vorderrichterin weiter fest, dass die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 ihre Bereitschaft kundgetan hätten, sich um die Räumung der Liegenschaft zu kümmern. Zusammenfassend würden sich die Vorstellungen der Parteien in Bezug auf die Erhaltung und Verwaltung des Nachlasses grossmehrheitlich decken und lediglich in einzelnen Punkten (noch) Unstimmigkeiten bestehen, wobei zumindest die Gesuchsgegnerinnen

3 und 4 Diskussions- und Kompromissbereitschaft zeigen würden. Die Einsetzung der L. _____ AG für die Steuererklärungen und die Einigung bezüglich der Wertermittlung der Liegenschaft würden zeigen, dass trotz anfänglicher gegenteiliger Ansichten eine Übereinstimmung erzielt werden könne. Dass insbesondere eine Einigung über die Frage des Verkaufs der Liegenschaft allenfalls einige Zeit in Anspruch nehme, sei notorisch und rechtfertige per se noch keinen derart schweren Eingriff in die Rechtsstellung der Erben. Eine Gefährdung der Substanz oder ordentlichen Erträge des Nachlasses vermöge die Gesuchstellerin nicht glaubhaft zu machen (angef. Verfügung E. 1.3.3, S. 5 ff.).

c) aa) Nach dem Dafürhalten der Gesuchstellerin könne die Erbengemeinschaft seit Versterben des Erblassers bereits über die kleinsten Angelegenheiten wie die Bezahlung der Unterhaltskosten der Liegenschaft, das Zurückschneiden von Hecken und Sträucher oder deren Räumung keine Einigung erzielen. Dadurch drohe die Verrottung der Liegenschaft. Die Vorderrichterin halte unrichtigerweise fest, die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 hätten sich mit den Reparaturen und Unterhaltsarbeiten der Liegenschaft, namentlich mit der Kontrolle der Heizung, dem Bestellen von Heizöl und der Gartenpflege, einverstanden gezeigt. Sie stelle ausschliesslich auf deren unsubstanzierte Behauptungen ab. Zu den eingereichten Gesuchsbeilagen 7-13 äussere sich die Vorderrichterin mit keinem Wort. Dass die Abwicklung der Rechnungen über den Nachlass einzig deswegen nicht habe vorgenommen werden können, weil sie nicht auf die Erbengemeinschaft ausgestellt worden seien, sei unbehelflich. Die Vorderrichterin hätte gestützt auf Art. 255 lit. b. ZPO weitere Sachverhaltsabklärungen, wie die Parteibefragung, an welcher der unüberwindbare Konflikt unweigerlich zum Vorschein getreten wäre, treffen müssen (KG-act. 1 N 5, S. 5, N 9, S. 8 f., und N 12, S. 11).

bb) Die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 bezeichnen die Erbengemeinschaft demgegenüber als durchaus in der Lage, innert nützlicher Frist Lösungen zu

finden, wenn auch Meinungsverschiedenheiten bestehen würden. Die Bezahlung der Heizölrechnung und weiterer Rechnungen habe sich damals deshalb als umständlich gestaltet, weil keine Kollektivzeichnungsberechtigung abgemacht worden sei und die Heizölrechnung auf die Gesuchstellerin gelautet habe. Zudem habe die Gesuchstellerin häufig eigenmächtig gehandelt und die Erbengemeinschaft nicht involviert. Sie hätten darauf bestanden bzw. vorgeschlagen, dass die entsprechenden Rechnungen auf die Erbengemeinschaft lauten würden, sie über die Angelegenheiten der Erbengemeinschaft vollumfänglich informiert würden und eine Zeichnungsberechtigung mit einer Kollektivunterschrift zu zweien eingerichtet werde. Insbesondere gegen Letzteres habe sich die Gesuchstellerin stets gewehrt. Selbst die etwas schwierige Frage der Heizölrechnung, welche im Übrigen bald ein Jahr zurückliege, habe aber gelöst werden können. KB 7-13 würden praktisch alle eine einzige Heizölbeschaffung betreffen. Im Weiteren hätten sie am 23. Juli 2020 ohne weiteres das Einverständnis für das Fällen der Birken gefällt und das Zurückschneiden der Hecke gegeben, wie die Flurgenossenschaft dies verlangt habe. Ebenso hätten sie sich mit der Sanierung der Strasse einverstanden erklärt. Die wenigen Punkte könnten keine Handlungsunfähigkeit belegen. Die Substanz der Liegenschaft sei nicht gefährdet. Weder verrotte diese noch könne von einem erheblichen Wertverlust die Rede sein, wobei sich der Zustand der Liegenschaft seit dem etwas mehr als ein Jahr zurückliegenden Hinschied des Erblassers nicht merklich verändert habe, was Fotos beweisen würden (KG-act. 9 N 12, S. 5, N 17, S. 10 ff., und N 20, S. 14 f.).

cc) Die Gesuchstellerin sah in ihrem Gesuch eine Überprüfung der Heizung, die Bestellung von Heizöl sowie die Zahlung an die Flurgenossenschaft für die Strasse als erforderlich an. Die Parteien hätten sich über eine Räumung nicht einigen können. Ausserdem sei die Dachrinne undicht, müssten die Fensterbänke repariert und der Garten sowie die ganze Umgebung gepflegt werden. Sie könne und wolle all diese anstehenden Arbeiten nicht in Auftrag

geben und selber bezahlen. Komme hinzu, dass bei Aufträgen, welche die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 nicht für notwendig erachten würden, Widerstand entstehen dürfte. Erst wenn die Liegenschaft geräumt, instand gestellt und die wichtigsten Vorkehrungen getroffen worden seien, könne an eine Vermietung gedacht werden, was so rasch als möglich zu erfolgen habe, damit die laufenden Kosten abgedeckt und letztlich ein kleiner Nettoertrag resultieren werde. Als Beweis legte die Gesuchstellerin KB 7-13 zu den Akten. Zu den im Berufungsverfahren neu eingereichten Fotos, welche die Verwahrlosung bzw. Verrottung der Liegenschaft verdeutlichen sollen (vgl. KG-act. 1/2), legt sie nicht dar, dass und inwiefern diese Belege vor erster Instanz nicht hatten vorgebracht werden können bzw. nicht vorzubringen waren (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 61 zu Art. 317 ZPO; vgl. auch Art. 229 Abs. 3 ZPO). Entsprechendes hat für die Fotos der Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 über den angeblichen Zustand der Liegenschaft im Zeitpunkt, als sie noch vom Erblasser bewohnt wurde (vgl. KG-act. 9/5-19/8), zu gelten. Die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 bestreiten indes nicht, dass gewisse Unterhalts- und Umgebungsarbeiten erledigt werden müssen und die Heizung kontrolliert sowie Heizöl bestellt werden muss (vgl. Vi-act. 8 N 16, S. 9). Ebenso wenig ist in Frage gestellt, dass es bei Zahlungen zu Verzögerungen – ob mit Bezug auf die Heizölrechnung von knapp drei oder gar neun Monaten (vgl. KG-act. 12 N 4, S. 3, und KG-act. 20 N 2a, S. 2) – kam. Gemäss dem von der Gesuchstellerin erstinstanzlich eingereichten Mailverkehr soll es Probleme bei der Begleichung von Rechnungen der Strassengenossenschaft, der O._____ (Heizöl), der P._____ (Versicherung I) (Leistungsabrechnung), der Gemeinde R._____ sowie der T._____ AG gegeben haben. Am 2. Dezember 2019 teilte die Gesuchstellerin ihrem Anwalt mit, dass bezüglich der Heizölrechnung Verzugszinsen angefallen seien. Ihrer Nachricht vom 20. März 2020 folgend will sie Fr. 5'000.00 für die Begleichung von Rechnungen vorgeschossen haben. Im Zusammenhang mit der Umgebung

gab die Gesuchstellerin alleine einen Auftrag für das Schneiden der Hecken (vgl. Vi-KB 7-9 und 13). Gestützt auf diese Belege, auf welche die Vorderrichterin nicht näher einging, erscheint glaubhaft, dass es entgegen den Vorbringen der Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 nicht nur bezüglich der Heizölrechnung zu Problemen kam. Der von den Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 im Zusammenhang mit der Bezahlung von Rechnungen neu eingereichte E-Mail-Verkehr (KG-act. 9/3) erfährt aus novenrechtlichen Gründen keine Berücksichtigung, zumal keine Novenberechtigung geltend gemacht wird. Selbst im Falle einer Berücksichtigung ergäbe sich, dass die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 sich zumindest gegen eine Bezahlung der „Rechnung der O. _____ über CHF 1'759.75“ stellten, weil sie nicht auf die Erbengemeinschaft lautete. Es kann der Gesuchstellerin beigezählt werden, dass die falsche Adressierung gewisser Rechnungen im Falle fehlender Zerstrittenheit nicht zu namhaften Verzögerungen geführt hätte. Die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 weisen im Weiteren selber auf angeblich eigenmächtiges Handeln der Gesuchstellerin sowie Probleme über fehlende Informationen hin. Ebenso wenig soll eine Zeichnungsberechtigung mit Kollektivunterschrift zu zweien eingerichtet worden sein, weil sich die Gesuchstellerin nach den Vorbringen der Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 dagegen gewehrt haben soll. Folglich erscheint es fraglich, ob die Zahlungsabläufe künftig ohne Probleme erfolgen werden (vgl. auch OGer BE, Entscheid ZK 18 395 vom 3. Dezember 2018 E. III./31.3). Im Weiteren handelt es sich auch bei dem von den Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 eingereichten Mailverkehr über das Fällen der Birken und Zurückschneiden der Hecke (KG-act. 9/4) um unechte Noven, bezüglich welcher keine Novenberechtigung dargelegt wird. Ungeachtet dessen erfolgte das Einverständnis erst nach Prozessanhebung. Wenn auch die Gesuchstellerin bis anhin gewisse Handlungen selber vornahm, ändert das nichts daran, dass nach dem Gesagten die Erbengemeinschaft als solche infolge des Unvermögens, gemeinsame Entscheide zu tragen, handlungsunfähig zu sein scheint. Dass bei nicht ordnungsgemässer Verwaltung einer Liegenschaft deren Substanz

und deren ordentlichen Erträge gefährdet sind, ist als allgemeinbekannte Tatsache sodann ohne Weiteres als glaubhaft anzusehen (vgl. OGer ZH, Beschluss und Urteil LB180050-O/U vom 21. November 2018 E. 3c1). Eine Erbenvertretung hat gerade sicherzustellen, dass ein Grundstück zweckmässig verwaltet wird (Einzug von Zinsen, Bezahlung von Rechnungen, Information der Erben etc.). Zudem kann sie dafür sorgen, dass die Erbschaft im Interesse aller Erben verwaltet wird und Eigenmächtigkeiten einzelner Erben unterbunden werden (vgl. BGer, Urteil 5D_133/2010 vom 12. Januar 2011 E. 5.2.2). Eine Erbenvertretung ist ausserdem nicht erst dann anzuordnen, wenn Teile des Nachlasses in der Substanz bedroht sind. Es genügt, wenn die Erben über die laufende Verwaltung keine einstimmigen Beschlüsse mehr fassen können. Relevant ist dabei nicht, wer eine Blockade verursacht, sondern nur, dass eine solche besteht (OGer ZH, Urteil LF170067-O/U vom 9. April 2018 E. 5.3). Zumindest erschweren vorliegend die Unstimmigkeiten unter den Erben die anstehenden Verfügungs- und Verwaltungshandlungen erheblich und ein einträchtiges Zusammenwirken sowie eine gemeinsame ordentliche Verwaltung des Nachlasses scheint nicht mehr gewährleistet zu sein (OGer ZH, Urteil LF130072-O/U vom 31. Juli 2014 E. 6 f.). Überdies sind sich die Parteien offenbar auch uneinig über das Ausmass der vorzunehmenden Unterhalts- bzw. Sanierungsarbeiten, weshalb in diesem Zusammenhang von weiteren Konflikten auszugehen ist (vgl. auch OGer ZH, Urteil LF170067-O/U vom 9. April 2018 E. 5.2). Ungeachtet dessen Aussagekraft ist von untergeordneter Bedeutung, dass der Zustand der Liegenschaft in dem von den Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 eingereichten Bericht als „intakt bis gut“ eingestuft wurde (vgl. Vi-BB 3, S. 7).

d) aa) Die Gesuchstellerin bezeichnet es weiter als reine Mutmassung, wenn die Vorderrichterin die Kundgabe der Gesuchsgegnerinnen 3 und 4, die Liegenschaft räumen zu wollen, als ausreichend glaubhaft dargelegt ansehe. Sie hätte sich über den Wahrheitsgehalt der Behauptung beispielsweise mittels angebotener Parteibefragung vergewissern müssen. Mit einer

geräumten und ordentlich unterhaltenen Liegenschaft könnte durch Vermietung ein Ertrag erzielt werden, welcher wohl mehr als nur die Kosten des Erbenvertreters abdecken würde. Zudem sei gerichtsnotorisch, dass eine bewohnte Liegenschaft einer Werterhaltung förderlich sei (KG-act. 1 N 10 und 13, S. 9 ff.).

bb) Die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 sprechen sich für eine Räumung aus, welche indes durch die Erben zu erfolgen habe, da vorab viele Papiere und Materialien aussortiert werden müssten (Sicherstellung von Akten, Schlüsseln von Dritten, Militärwaffen und familiären Dokumenten sowie persönlichen Andenken). Sie seien zuversichtlich, dass eine Lösung gefunden werden könne. Ob die Liegenschaft zu vermieten sei, müssten die Erben gemeinsam entscheiden. Ein solcher sei nicht vorzuziehen, da die Erbteilung nicht mehr sehr lange aus sich warten lasse. Es sei unzulässig, einen Erbenvertreter zu bestellen, um die Interessen einzelner Erben durchzusetzen. Es werde ausserdem bestritten, dass die Vermietung der Liegenschaft dessen Kosten decken würden (KG-act. 9 N 18 und N 20 f., S. 13 ff.).

cc) Fest steht, dass die Liegenschaft aufgrund verschiedener Vorstellungen über die Art und Weise der Durchführung bis anhin nicht geräumt wurde. Abgesehen davon, dass es sich bei den eingereichten E-Mails vom September 2019 und Mai 2020 (KG-act. 9/9 und 9/10) um unechte Noven handelt, deren Berechtigung nicht dargelegt wird, kann deshalb offenbleiben, ob und inwieweit die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 eine Räumung thematisierten. Die Erben konnten sich darüber nicht einigen, wer auch immer dies bisher zu verantworten hatte. Im Weiteren strebt die Gesuchstellerin eine Vermietung der Liegenschaft an, während sich die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 dagegenstellen. Bevor nicht klar sei, ob die Liegenschaft verkauft werden müsse oder ob ein oder mehrere Erben die Liegenschaft übernehmen könnten, mache eine Instandstellung keinen Sinn, so die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 (Vi-act. 8 N 15, S.8). Letztere führten selber

aber auch aus, dass „es noch eine gewisse Zeit dauern“ dürfte, „bis das Schicksal der Liegenschaft geklärt ist“ (Vi-act. 8 N 15, S. 7). Daran vermag das Schreiben der L._____ AG vom 24. August 2020 inkl. Inventaraufnahme (KG-act. 9/1 und 9/2) nichts zu ändern. Einerseits legen die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 keine Novemberechtigung dar. Andererseits lässt die erfolgte Inventaraufnahme noch nicht auf eine zeitnahe Erledigung schliessen. Es ist in diesem Zusammenhang ferner auch nicht von einem rein internen Zwist auszugehen, da eine Drittvermietung denkbar ist (vgl. auch Engler/Kämpfen, Die Erbenvertretung aus gerichtlicher Sicht, 8. März 2019, S. 20). Aufgrund der Uneinigkeit über eine Vermietung erscheint daher die Einsetzung einer Erbenvertretung ebenso erforderlich (vgl. auch OGer BE, Entscheid ZK 18 395 vom 3. Dezember 2018, Regeste). Denn eine Vermietung entspricht einer zweckmässigen Verwaltung der Liegenschaft. Nicht entscheidend ist dabei, dass die Liegenschaft früher nicht vermietet wurde. Andernfalls käme eine solche in Fällen, in welchen der Erblasser eine Liegenschaft bis zu seinem Tod selber bewohnte, nie in Betracht. Mit ihrer Weigerung zur Vermietung gefährden die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 ordentliche Erträge der Liegenschaft. Eine rationelle Verwaltung ist in Bezug auf das Haus derzeit mithin unmöglich (vgl. auch KG GR, Urteil ZK1 18 41 vom 29. Juni 2018 E. 6.4). Daran vermag nichts zu ändern, dass der Erbenvertreter nicht zu entscheiden hat, ob die Liegenschaft zuletzt verkauft wird.

e) aa) Gemäss den Vorbringen der Gesuchstellerin hätten sich die Parteien zwar darauf geeinigt, die Liegenschaft am H._____weg xx in R._____ von zwei Schätzern bewerten zu lassen, wobei der Mittelwert verbindlich sein soll. Es sei aber vereinbart worden, dass die von ihr und den Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 je bezeichneten Schätzer von allen Erben zu genehmigen wären. Dies wäre vereinbarungsgemäss erst nach Vorliegen einer Einigung in güterrechtlicher Hinsicht angestanden. Indem die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 einen Bewertungsbericht einreichen würden,

welcher rund vier Wochen nach Rechtshängigkeit des Verfahrens datiere und zu welchem Schätzer sie sich im Vorfeld nicht habe äussern können, hätten sie ihre Kooperationsbereitschaft nicht belegt. Ferner gehe aus dem Bericht hervor, dass der Schätzer die Liegenschaft nicht persönlich und vor Ort begutachtet habe. Es sei gerichtsnotorisch, dass eine hedonische Schätzung aufgrund ihrer Ungenauigkeit nicht zu einer Einigung über den Liegenschaftswert führen werde. Bereits deshalb hätte die Vorderrichterin an der Glaubwürdigkeit der Behauptung der Gesuchsgegnerinnen 3 und 4, sie würden die Verkehrswertbestimmung nicht blockieren wollen, zweifeln und deren Wahrheitsgehalt mittels der angebotenen Parteiaussage von Amtes wegen überprüfen müssen (KG-act. 1 N 8, S. 6 f.).

bb) Die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 bestreiten Meinungsverschiedenheiten über den Verkehrswert nicht; dies betreffe aber den vorliegend gestellten Antrag nicht. Sie würden sie sich, so die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4, im Gegensatz zur Gesuchstellerin, nicht gegen eine Verkehrswertschätzung wehren. Mit einer hedonischen, nicht zu Prozesszwecken erfolgten Liegenschaftsbewertung seien sie ihrer Verpflichtung grundsätzlich nachgekommen. Sie hätten sich nicht ohne die anderen Erben mit dem Schätzer in die Liegenschaft begeben wollen. Falsch und unbelegt sei die Behauptung, dass alle Erben die bezeichneten Schätzer zu genehmigen hätten. Dass in güterrechtlicher Hinsicht noch keine Einigung gefunden worden sei, habe damit zu tun, dass noch nicht alle Unterlagen für eine güterrechtliche Auseinandersetzung vorhanden gewesen seien, was sich zwischenzeitlich gebessert habe (mit Verweis auf das Schreiben der L. _____ AG vom 24. August 2020). Insbesondere aber würden die güterrechtlichen Unterlagen bei der Gesuchstellerin liegen, womit sie die güterrechtliche Auseinandersetzung beschleunigen könnte (KG-act. 9 N 16, S. 7 ff.).

cc) Abgesehen davon, dass es sich um neue Einwände handelt, deren Novemberechtigung nicht dargelegt wird (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Hunsperger/Wicki, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess und Lösungsvorschläge de lege ferenda, in: AJP 7/2013 S. 982) – was im Übrigen auch für das am 13. November 2020 eingereichte Schreiben vom 21. November 2018 (KG-act. 19/1) gilt –, vermochte die Gesuchstellerin nicht glaubhaft zu machen, dass eine Genehmigung der Schätzer durch alle Erben und eine persönliche Begutachtung vor Ort vereinbart worden wäre. Dass Ersteres andernfalls „unsinnig“ wäre, kann zumindest nicht gesagt werden (vgl. KG-act. 12 N 3, S. 2 f.). Was sich aus dem Umstand, dass die Schätzungen erst nach Vorliegen der güterrechtlichen Einigung angestanden hätten, zu ihren Gunsten ableiten lässt, ist nicht ersichtlich. Zudem soll der Erbenvertreter gestützt auf Antrag Ziffer 2 des Gesuchs mit der Verwaltung der Liegenschaft am H._____weg xx in R._____ beauftragt werden. Hiervon nicht erfasst ist die der güterrechtlichen Auseinandersetzung und Erbteilung dienende Schätzung der Liegenschaft bzw. das Einholen einer solchen. Ungeachtet dessen aber, was die Erben hierüber konkret vereinbarten, illustrieren die Vorbringen beider Seiten, dass nicht nur Uneinigkeit über den Wert der Liegenschaft – wie auch deren güterrechtliche Zuweisung (vgl. KG-act. 9 N 15 f., S. 6 f.) –, sondern ebenso darüber besteht, wie dieses Problem zu beheben ist. Dies spricht gegen eine baldige Erbteilung. Ausserdem zeigen die Vorbringen rund um die Schätzung, dass das Vertrauensverhältnis zerstört ist, nachdem beide Parteien das Verhalten der anderen beanstanden bzw. trotz angeblicher Einigung abweichende Behauptungen anstellen (vgl. auch OGer ZH, Urteil LF130072-O/U vom 31. Juli 2014 E. 7).

f) aa) Im Weiteren bezeichnete es die Gesuchstellerin bezüglich der Erstellung des Inventars und der Steuererklärungen 2018 und 2019 als stossend, dass die Vorderrichterin den Ausführungen der Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 vertraut und ihre Darlegungen einzig mit dem

Kommentar gewürdigt habe, die Parteien hätten sich ja auf die L. _____ AG einigen können. Dass die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 einer Auftragserteilung an die I. _____ (Bank II) mündlich zugestimmt, diese Zustimmung aber später schriftlich nicht bestätigt hätten, sei exemplarisch. Weshalb sie diese nicht als unabhängig betrachtet hätten, sei in der Gesuchsantwort nicht nachzulesen. Eine Einigung sei nur nach mehrmaligem Abmahnen hinsichtlich der Einreichung des Inventars und der Steuererklärungen zustande gekommen (KG-act. 1 N 11, S. 10).

bb) Die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 erklären, sie seien schlicht und einfach der Ansicht gewesen, dass die I. _____ (Bank II) keine Gewähr für eine unabhängige und unvoreingenommene Arbeit biete, was aber eine alte Geschichte sei. Inzwischen hätten sich alle auf die L. _____ AG einigen können. Die Erben seien also in der Lage, trotz Meinungsverschiedenheiten Lösungen zu finden. Durch die Mitarbeit der L. _____ AG seien sie bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung und dem Erstellen des Nachlasses weitergekommen. Ausserdem sei es in vielen Punkten die Gesuchstellerin selbst, welche den Ablauf der Erstellung des Nachlasses verzögere und die Erbteilung damit hinausschiebe. Im Übrigen habe die Frage der Erstellung des Nachlasses bzw. der Erbteilung nichts damit zu tun, ob ein Erbenvertreter eingesetzt werden soll (KG-act. 9 N 8 f., S. 4, N 16, S. 8, und N 19 f., S. 14 f.).

cc) Auch wenn der Erbenvertreter in diesem Zusammenhang nicht als zuständig anzusehen ist und sich die Parteien zuletzt auf die L. _____ AG einigen konnten, lassen die Bemerkungen von M. _____ von der L. _____ AG, der von länger dauernden Differenzen sprach und auf das Risiko eines fortlaufenden Wertverlusts einzelner Nachlasswerte hinwies, doch aufhorchen. Dass er den Erben ein gemeinsames Gespräch anbot, zeigt gerade, dass die Erben ohne fremde Hilfe nur schwer gemeinsame Beschlüsse fassen können, sofern sie unterschiedlicher Meinungen sind (vgl. Vi-BB 5). Schliesslich spricht der Umstand, dass die Anordnung einer

Erbenvertretung in der Sache streitig ist, in der Regel bereits für das Vorliegen der (materiellen) Voraussetzungen (OGer ZH, Urteil LF130072-O/U vom 31. Juli 2014 E. 7). Daran können die mit der Einsetzung einer Erbenvertretung verbundenen Kosten nichts ändern.

4. Zusammenfassend sind die Voraussetzungen für die Einsetzung eines Erbenvertreters nach Art. 602 Abs. 3 ZGB erfüllt. Bei diesem gestützt auf die Parteivorbringen sowie die zu berücksichtigenden Unterlagen erfolgten Ergebnis erübrigen sich weitere Beweisabnahmen (wie die Parteibefragung). Die Rechtsmittelinstanz kann die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO). Die angefochtene Verfügung ist daher aufzuheben und die Sache zur Bestellung eines Erbenvertreters sowie zur Prüfung und Festlegung seines Verwaltungsauftrags an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei wird sie auch ihre Kostenregelung neu festzulegen haben. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 2'000.00 werden ausgangsgemäss unter solidarischer Haftbarkeit den Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie haben die Gesuchstellerin unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 2'500.00 (inkl. Auslagen und MWST) zu entschädigen (vgl. §§ 2 und 10 GebTRA). Eine Entschädigung des Gesuchsgegners 1 fällt bereits mangels Rechtsvertretung bzw. eines begründeten Antrags auf Zusprechung einer angemessenen Umtriebsentschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO ausser Betracht. Das Gesagte gilt ebenso für den inzwischen volljährigen Gesuchsgegner 2, nachdem Rechtsanwalt N._____ nicht zum Prozessbeistand ernannt worden war (vgl. KG-act. 25). Davon abgesehen entstand dem Gesuchsgegner 2 auch kein nennenswerter Aufwand;-

beschlossen:

1. In Gutheissung der Berufung wird die angefochtene der Einzelrichterin am Bezirksgericht Schwyz vom 14. September 2020 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 2'000.00 werden unter solidarischer Haftbarkeit den Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 auferlegt und vom Kostenvorschuss der Gesuchstellerin in gleicher Höhe bezogen. Die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 haben unter solidarischer Haftbarkeit der Gesuchstellerin unter dem Titel Gerichtskostenersatz Fr. 2'000.00 zu bezahlen.
3. Die Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 haben die Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 2'500.00 (inkl. Auslagen und MWST) zu entschädigen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 98 BGG) beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.00.
5. Zufertigung an Rechtsanwalt B._____ (2/R), C._____ (1/R), D._____ (1/R), Rechtsanwalt F._____ (3/R) und die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, unter Rückgabe der Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer
Die Kantonsgerichtsvizepräsidentin

Die Gerichtsschreiberin

Versand

1. März 2021 sl