

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170048-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin MLaw R. Schneebeili

Beschluss und Urteil vom 4. Dezember 2017

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____,

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend

Erbenvertretung / Aufhebung

im Nachlass von D._____, geboren am tt. April 1921, von E._____ ZH und ... ZH,
gestorben am tt.mm.2001 in F._____, wohnhaft gewesen in E._____,

Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Meilen vom 21. Juli 2017 (EN170156)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Erbenvertretung im Nachlass D._____, eingesetzt mit Urteil und Verfügung vom 21. Dezember 2016 durch das Gericht Meilen (Geschäftsnummer EN451-G), aufzuheben;
2. Es sei die Erbenvertretung im Sinne einer vorsorglichen Massnahme anzuweisen, bis zur rechtskräftigen Erledigung dieses Prozesses ihre Tätigkeiten im Rahmen der Erbenvertretung auf das unaufschiebbar Dringlichste und Notwendigste zu beschränken;
3. Es sei der Gesuchstellerin die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen;
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Gesuchsgegner, unter solidarischer Haftbarkeit."

Anträge der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten:

(act. 7 S. 2)

"Es sei das Gesuch vollumfänglich abzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zu Lasten der Gesuchstellerin."

Verfügung und Urteil des Bezirksgerichtes Meilen

vom 21. Juli 2017:

(act. 15 S. 15 f.)

- "1. Es werden die Akten des Verfahrens CP160002 beigezogen.
2. Auf das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in der Form der Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen sowie Befreiung von den Gerichtskosten wird nicht eingetreten.
3. Die Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 der Gesuchstellerin werden abgewiesen.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 4'000.–.
5. Die Gerichtskosten werden zu Lasten des Nachlasses vom Erbenvertreter RA Dr. G._____ bezogen.
6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. [Mitteilungssatz]
8. [Rechtsmittelbelehrung]"

Berufungsanträge der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin:

(act. 16 S. 2)

- "1. Es sei die Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 21. Juli 2017 (Geschäftsnummer EN170156) hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 3 aufzuheben und die Erbenvertretung im Nachlass D._____, eingesetzt mit Urteil und Verfügung vom 21. Dezember 2016 durch das Bezirksgericht Meilen, aufzuheben;
Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 21. Juli 2017 (Geschäftsnummer EN170156) hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 3 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
2. Es sei die Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 21. Juli 2017 (Geschäftsnummer EN170156) hinsichtlich Dispositiv-Ziffern 5 und 6 aufzuheben und durch eine Fassung zu ersetzen, wonach die Gerichtskosten den Gesuchsgegnern und Berufungsbeklagten auferlegt und diese verpflichtet werden, der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen, je unter solidarischer Haftbarkeit;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten, je unter solidarischer Haftbarkeit."

Prozessuale Anträge der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin:

(act. 16 S. 3)

- "1. Es seien die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens vor dem Bezirksgericht Meilen (Geschäftsnummer EN170156) beizuziehen;
2. Es sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person von Rechtsanwalt X1._____, ... [Adresse], ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Am tt.mm.2001 verstarb D._____, geboren am tt. April 1921, (nachfolgend Erblasser) in F._____ ZH. Er hinterliess seine Ehefrau, H._____, sowie vier Kinder (die Berufungsklägerin, die beiden Berufungsbeklagten und D._____ junior). Der Nachlass des Erblassers wurde mit Teilungsvertrag bzw. Grundbuchanmeldung vom 26. November 2002 weitgehend aufgeteilt. Die Erbengemeinschaft wurde einzig mit Bezug auf das Grundeigentum in E._____, bestehend aus den Grundregisterblättern 1, 2-3 sowie 4 weitergeführt. Mit partiellem Erbteilungsvertrag vom 17. Februar 2004 wurde das Grundstück mit dem Grundregisterblatt 1, Kat. Nr. 5, in die Parzellen mit dem Grundregisterblatt 1, Kat. Nr. 6, I._____, bzw. Grundregisterblatt 7, Kat. Nr. 8, aufgeteilt. Das letztgenannte Grundstück wurde hernach in das Alleineigentum des Miterben D._____ Junior, geboren am tt. April 1953, überführt. Das Grundstück mit Grundregisterblatt 1, Kat. Nr. 6, I._____, verblieb im Gesamteigentum der reduzierten Erbengemeinschaft. Die Erben vereinbarten zudem, dass beim Ableben von H._____ deren Gesamthandanteil am Grundstück I._____, Grundregisterblatt 1, Kat. Nr. 6, dem Gesamteigentum der heutigen Parteien im vorliegenden Verfahren zuzuweisen sei (vgl. act. 2/2 S. 4 f.). In den Jahren 2013/2014 liess die reduzierte Erbengemeinschaft die auf dem Grundstück I._____ bestehenden Gebäude zurückbauen und eine grössere Überbauung in der Form von vier Mehrfamilienhäusern erstellen. Am tt.mm.2016 verstarb H._____ und hinterliess als ihre Nachkommen die Berufungsklägerin, die beiden Berufungsbeklagten sowie D._____ Junior (vgl. act. 2/3 Rz. 3 f.).
2. Mit Eingabe vom 2. September 2016 beantragten die Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagte) beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen (nachfolgend Vorinstanz) im summarischen Verfahren die

Anordnung einer Erbenvertretung hinsichtlich des Grundstücks I._____, eingetragen im Grundbuch der Gemeinde E._____, Grundregisterblatt 1, Kat. Nr. 6 (act. 2/1). Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin) beantragte sinngemäss, auf das Gesuch sei nicht einzutreten bzw. eventualiter sei das Gesuch vollumfänglich abzuweisen bzw. subeventualiter sei ein spezialisierter Treuhänder oder Rechtsanwalt mit der Erbenvertretung zu beauftragen (act. 2/2 S. 4).

3. Nach durchgeführtem Verfahren wurde der noch bestehenden Erbengemeinschaft in Bezug auf die Liegenschaft I._____ mit Verfügung und Urteil der Vorinstanz vom 21. Dezember 2016 ein Generalerbenvertreter bestellt (act. 2/2 S. 17). Als Erbenvertreter wurde Rechtsanwalt Dr. iur. G._____, Fachanwalt SAV Erbrecht, ... [Adresse], eingesetzt.

4. Mit Eingabe vom 23. Mai 2017 stellte die Berufungsklägerin bei der Vorinstanz einen Antrag auf Aufhebung der am 21. Dezember 2016 angeordneten Erbenvertretung (act. 1 S. 2). Im Sinne einer vorsorglichen Massnahme beantragte sie zudem, die Erbenvertretung sei anzuweisen, bis zur rechtskräftigen Erledigung des Prozesses ihre Tätigkeiten im Rahmen der Erbenvertretung auf das unaufschiebbar Dringlichste und Notwendigste zu beschränken. Weiter stellte sie ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (act. 1 S. 2).

5. Die Berufungsbeklagten nahmen mit Eingabe vom 26. Juni 2017 zum Gesuch um Aufhebung der Erbenvertretung Stellung und beantragten damit dessen Abweisung (act. 7). Die Berufungsklägerin äusserte sich sodann mit Eingabe vom 19. Juli 2017 zu den Noven in der Stellungnahme der Berufungsbeklagten (act. 10).

6. Mit Verfügung und Urteil vom 21. Juli 2017 trat die Vorinstanz auf das Gesuch der Berufungsklägerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nicht ein und wies ihre Anträge um Aufhebung der Erbenvertretung sowie um Beschränkung der Tätigkeiten der Erbenvertretung auf das unaufschiebbar Dringlichste und Notwendigste für die Dauer des Verfahrens ab. Die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 4'000.– wurden vom Nachlass bezogen; auf das Zusprechen

von Parteientschädigungen wurde verzichtet (act. 11 = act. 15 = act. 17, nachfolgend zitiert als act. 15). Der vorinstanzliche Entscheid vom 21. Juli 2017 wurde der Berufungsklägerin am 25. Juli 2017 zugestellt (act. 12/2).

7. Gegen die Verfügung und das Urteil der Vorinstanz vom 21. Juli 2017 erhob die Berufungsklägerin am 3. August 2017 (Datum Poststempel) rechtzeitig Berufung und stellte zudem ein Gesuch um Gewährung der (umfassenden) unentgeltlichen Rechtspflege (act. 16).

8. Die Berufung der Berufungsklägerin vom 3. August 2017 ist von Rechtsanwältin MLaw X2._____ im Auftrag von Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ unterzeichnet worden. Da der Berufung keine Substitutionsvollmacht für Rechtsanwältin MLaw X2._____ beilag, wurden Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ sowie Rechtsanwältin MLaw X2._____ mit Verfügung vom 12. September 2017 aufgefordert, dem Gericht innert Frist entweder eine Substitutionsvollmacht nachzureichen oder zuhanden des Gerichts zu bestätigen, dass Rechtsanwältin MLaw X2._____ bei Erhebung der Berufung vom 3. August 2017 im Auftrag von Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ gehandelt habe (act. 20). Innert Frist bestätigte letzterer, dass Rechtsanwältin MLaw X2._____ bei Erhebung der Berufung vom 3. August 2017 in seinem Auftrag gehandelt habe (act. 22).

9. Zuzufolge des Gesuchs der Berufungsklägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde auf das Einholen eines Kostenvorschusses verzichtet (vgl. act. 16 S. 3, Antrag Nr. 2). Gestützt auf Art. 312 Abs. 1 ZPO konnte auf das Einholen einer Berufungsantwort verzichtet werden. Die vorinstanzlichen Akten (Verfahren Nr. EN170156 des Bezirksgerichts Meilen) wurden beigezogen (act. 1-13). Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif.

II.

Zur Berufung im Einzelnen

1. Parteistandpunkte im vorinstanzlichen Verfahren

1.1 Vor der Vorinstanz führte die Berufungsklägerin aus, sowohl mit Eingabe an der Erbenvertreter vom 3. März 2017 als auch mit Klageantwort vom 28. April

2017 im Erbteilungsprozess qualifizierten die Berufungsbeklagten das Gesamtverhältnis nunmehr als einfache Gesellschaft und nicht mehr als Erbengemeinschaft (act. 1 Rz. 5). Indem die Berufungsbeklagten gegenüber dem Erbenvertreter hätten ausführen lassen, dieser habe mangels Vorliegens einer Erbengemeinschaft keine Legitimation, hätten sie implizit einen Antrag auf Absetzung des Erbenvertreters gestellt bzw. einem solchen Antrag zumindest implizit zugestimmt. Da sich die Berufungsklägerin seit jeher gegen die Notwendigkeit einer Erbenvertretung ausgesprochen habe, würden somit gemeinsame Parteierklärungen in Bezug auf die Aufhebung der Erbenvertretung vorliegen. Deshalb sei die Erbenvertretung aufzuheben (act. 1 Rz. 9 f.). Überdies sei die Erbenvertretung auch deshalb aufzuheben, weil kein Erbe mehr an der Erbenvertretung festhalten wolle, die Erbenvertretung aber gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB den Antrag mindestens eines Erben voraussetze (act. 1 Rz. 11 ff.).

1.2 Mit Stellungnahme vom 26. Juni 2017 beantragten die Berufungsbeklagten die Abweisung des Gesuchs der Berufungsklägerin und erklärten, an der bereits installierten Erbenvertretung festhalten zu wollen. Die Berufungsbeklagten gaben an, zu keinem Zeitpunkt weder explizit noch implizit um die Aufhebung der Erbenvertretung ersucht zu haben und ein Abänderungs- bzw. Aufhebungsgrund gemäss Art. 256 Abs. 2 ZPO sei nicht gegeben (act. 7 Rz. 2 f.).

2. Entscheid der Vorinstanz

2.1 Die Vorinstanz prüfte zunächst eine Aufhebung der mit Verfügung und Urteil vom 21. Dezember 2016 im Verfahren Nr. EN451 (act. 2/2) angeordneten Erbenvertretung gestützt auf Art. 256 Abs. 2 ZPO. Sie hielt jedoch fest, aus heutiger Sicht erweise sich die im Entscheid vom 21. Dezember 2016 getroffene Annahme, dass es sich bei den Parteien um eine Erbengemeinschaft handle, nicht als unrichtig. Während die Berufungsklägerin nach wie vor der Ansicht sei, dass zwischen den Parteien eine Erbengemeinschaft bestehe, stellten sich die Berufungsbeklagten im inzwischen hängigen Erbteilungsprozess zwar auf den Standpunkt, die Erbengemeinschaft sei in eine einfache Gesellschaft überführt worden. Der Erbteilungsprozess stecke allerdings noch im Anfangsstadium und die gerichtliche Beurteilung der Frage der strittigen Qualifikation des Gemeinschaftsver-

hältnisses liege noch in weiter Ferne und sei nicht absehbar. Der Entscheid vom 21. Dezember 2016 über die Einrichtung einer Erbenvertretung habe sich damit zumindest bis jetzt nicht als unrichtig erwiesen, weshalb eine Aufhebung der Erbenvertretung gestützt auf Art. 256 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen sei (act. 15 S. 10 f.).

2.2 Sodann prüfte die Vorinstanz, ob die mit Entscheid vom 21. Dezember 2016 angeordnete Erbenvertretung aus anderen, von der Berufungsklägerin geltend gemachten Gründen (fehlender Antrag eines Erben oder impliziter Antrag auf Aufhebung der Erbenvertretung durch die Berufungsbeklagten) aufzuheben wäre. Dabei kam sie aber zum Schluss, die Voraussetzungen der Erbenvertretung seien zwischenzeitlich nicht weggefallen, denn die Berufungsbeklagten hätten erklärt, an der Erbenvertretung festhalten zu wollen und diesen komme – zumindest nach der Rechtsauffassung der Berufungsklägerin – Erbenqualität zu. Ebenso wenig könne aus den von den Berufungsbeklagten im Rahmen des vor dem Kollegialgericht des Bezirksgerichts Meilen hängigen Erbteilungsprozesses (Verfahren Nr. CP160002) aufgestellten Behauptungen auf einen impliziten Antrag der Berufungsbeklagten auf Absetzung des Erbenvertreters geschlossen werden, zumal die Berufungsbeklagten einen expliziten Antrag auf Aufrechterhaltung bzw. Weiterführung der Erbenvertretung gestellt hätten (act. 15 S. 11 f.).

2.3 Schliesslich setzte sich die Vorinstanz mit dem von der Berufungsklägerin erhobenen Vorwurf des widersprüchlichen Verhaltens der Berufungsbeklagten im Verfahren um Einsetzung eines Erbenvertreters (Verfahren Nr. EN451) und im mittlerweile hängigen Erbteilungsprozess (Verfahren Nr. CP160002) vor dem Kollegialgericht des Bezirksgerichts Meilen auseinander. Die Vorinstanz hielt dazu fest, es erscheine auf den ersten Blick zwar tatsächlich paradox, dass gerade diejenige Partei, die an der Erbenvertretung festhalten wolle, in einem anderen Verfahren die Ansicht vertrete, zwischen den Parteien liege keine Erbengemeinschaft vor. Doch könnten die Berufungsbeklagten gute Gründe für die Aufrechterhaltung der Erbenvertretung geltend machen, namentlich die ursprünglich aus dem Nachlass D._____ stammenden Vermögenswerte einstweilen – während einer Art "Schwebezustand" – zu sichern, bis gerichtlich festgestellt sei, ob die

Parteien nach wie vor eine Erbengemeinschaft oder nunmehr eine einfache Gesellschaft bildeten. Insgesamt sei das Verhalten der Berufungsbeklagten deshalb nicht als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren, weshalb an der mit Verfügung und Urteil vom 21. Dezember 2016 angeordneten Erbenvertretung festzuhalten sei (act. 15 S. 12 f).

3. Standpunkt der Berufungsklägerin im Berufungsverfahren

3.1 Die Berufungsklägerin rügt zusammengefasst, die Vorinstanz habe mit ihrem Entscheid vom 21. Juli 2017 (act. 15) den Sachverhalt unrichtig festgestellt, das Recht unrichtig angewendet und das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV verletzt (act. 16 Rz. 4).

3.2 Die Berufungsklägerin wirft der Vorinstanz eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes vor, da diese im Entscheid vom 21. Juli 2017 festgehalten hat, die Berufungsbeklagten würden "nunmehr" die Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft geltend machen. Damit werde impliziert, die Berufungsbeklagten hätten erst im Verlaufe der schon bestehenden Erbenvertretung (eingesetzt mit Verfügung und Urteil der Vorinstanz vom 21. Dezember 2016) den Standpunkt eingenommen, die Erbengemeinschaft sei in eine einfache Gesellschaft überführt worden. Dies sei aber unzutreffend, denn die Berufungsbeklagten hätten bereits im August 2016 im Rahmen des Schlichtungsverfahrens das Bestehen einer Erbengemeinschaft in Abrede gestellt.

3.3 Gestützt auf diese unrichtige Feststellung des Sachverhaltes – so die Berufungsklägerin weiter – habe die Vorinstanz zudem weitere unhaltbare, geradezu willkürliche Schlussfolgerungen gezogen. So sei die Vorinstanz davon ausgegangen, es bestehe eine Art Schwebezustand, während welchem unklar sei, ob die Erbengemeinschaft noch existiere oder bereits in eine einfache Gesellschaft umgewandelt worden sei. Während dieses Schwebezustandes wolle die Vorinstanz die Erbenvertretung aufrecht erhalten. Ein derartiger, von der Vorinstanz angenommener angeblicher Schwebezustand existiere indes entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht. Da die Berufungsbeklagten in ihrem Schreiben an den Erbenvertreter vom 3. März 2017 (act. 2/3) die Erbenvertretung zudem abgelehnt und

dem Erbenvertreter jegliche erbrechtliche Legitimation abgesprochen hätten, seien die Voraussetzungen für eine Erbenvertretung nicht mehr gegeben (act. 16 Rz. 23 ff.). Die Ablehnung des Erbenvertreters durch die Berufungsbeklagten selbst sei zudem entgegen der unzutreffenden Ansicht der Vorinstanz als impliziter Antrag auf Aufhebung der Erbenvertretung zu werten, weshalb die Erbenvertretung bereits aus diesem Grund aufzuheben gewesen wäre (act. 16 Rz. 27 ff.).

3.4 Zudem sei das Verhalten der Berufungsbeklagten widersprüchlich und damit offensichtlich rechtsmissbräuchlich, behaupteten sie doch im vor dem Kollegialgericht des Bezirksgerichts Meilen hängigen Erbteilungsprozess (CP160002), die Erbengemeinschaft sei in eine einfache Gesellschaft umgewandelt worden, nachdem sie noch wenige Monate zuvor um Einsetzung eines Erbenvertreters ersucht hätten (Verfahren Nr. EN451). Indem die Berufungsbeklagten zunächst unter Berufung auf das Erbrecht vom Gericht einen Erbenvertreter einsetzen liessen, obwohl sie – wie sich nun gezeigt habe – schon damals das Bestehen einer fortgesetzten Erbengemeinschaft in Abrede stellten und diese Rechtsauffassung nun auch im Rahmen des Erbteilungsprozesses verträten, hätten sie sich widersprüchlich verhalten. Widersprüchliches Verhalten stelle einen Verstoss gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs bzw. das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben gemäss Art. 52 ZPO dar. Ex post habe sich damit gezeigt, dass die Berufungsbeklagten kein Rechtsschutzinteresse an der Einsetzung eines Erbenvertreters gehabt hätten und auch weiterhin nicht hätten. Deshalb erweise sich der Entscheid vom 21. Dezember 2017 als unrichtig (act. 16 Rz. 15 ff.). Indem die Vorinstanz die Erbenvertretung aber trotz des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Berufungsbeklagten nicht aufgehoben habe, sei Art. 52 ZPO verletzt worden.

3.5 Des Weiteren habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin verletzt, indem sie sich in ihrem Entscheid vom 21. Juli 2017 mit dem von der Berufungsklägerin angerufenen Entscheid des Bundesgerichts (BGer, Urteil 5D_133/2010 vom 12. Januar 2011) in keiner Art und Weise auseinandergesetzt und nicht einmal erläutert habe, weshalb dieser Entscheid nicht einschlägig sein soll. Die Vorinstanz habe den Bundesgerichtsentscheid einfach "totgeschwiegen" (act. 16 Rz. 21).

3.6 Ohnehin seien die Erben aktuell aber nicht mehr zerstritten, denn durch die Mandatierung einer Liegenschaftsverwaltung hätten die Differenzen im Zusammenhang mit der Bezahlung von Unterhaltskosten für die Liegenschaft I. _____ in E. _____ bereinigt werden können (act. 16 Rz. 40). Das Aufrechterhalten der Erbenvertretung sei auch deshalb nicht mehr notwendig.

4. Zur Rüge der unrichtigen Feststellung des Sachverhaltes

4.1 Soweit die Berufungsklägerin in Bezug auf den Zeitpunkt der Äusserung der abweichenden rechtlichen Qualifikation durch die Berufungsbeklagten gegenüber der Vorinstanz den Vorwurf der unrichtigen Feststellung des Sachverhaltes erhoben hat, ist folgendes zu bemerken: Im Rahmen des Verfahrens Nr. EN451 um Einsetzung eines Erbenvertreters haben sich die Berufungsbeklagten noch durchwegs als Erben und nicht als Gesellschafter bezeichnet (vgl. act. 2/1). Erst mit Erstattung der Klageantwort vom 28. April 2017 im Rahmen des Erbteilungsverfahrens vor dem Kollegialgericht des Bezirksgerichts Meilen (Verfahren Nr. CP160002) haben die Berufungsbeklagten vor Gericht formell ihren davon abweichenden rechtlichen Standpunkt eingenommen, wonach die Erbengemeinschaft bereits in eine einfache Gesellschaft umgewandelt worden sei soll. Wie aus der am 28. April 2017 im Rahmen des Erbteilungsprozesses erstatteten Klageantwort hervorgeht (Verfahren Nr. CP160002, act. 2/4), haben die Berufungsbeklagten diese rechtliche Auffassung offenbar bereits anlässlich der Schlichtungsverhandlung im August 2016 vertreten. Die Berufungsklägerin hat aber selbst ausgeführt, diese Äusserungen seien damals im informellen Rahmen der Schlichtungsverhandlung erfolgt (vgl. act. 16 Rz. 16). Somit entspricht es den prozessualen Tatsachen, dass sich die Berufungsbeklagten zumindest formell nicht schon von Anfang an auf den Standpunkt gestellt haben, die Erbengemeinschaft sei bereits in eine einfache Gesellschaft überführt worden. So schreibt denn auch die Berufungsklägerin selbst, die Gesuchsgegner bzw. hiesigen Berufungsbeklagten qualifizierten das Gesamthandverhältnis in ihrer Eingabe an den Erbenvertreter vom 3. März 2017 und in der Klageantwort vom 28. April 2017 im Erbteilungsverfahren (Verfahren Nr. CP160002) *nunmehr* als einfache Gesellschaft und nicht mehr als Erbengemeinschaft (vgl. act. 1 Rz. 4). Deshalb ist die von der Vorinstanz im

Rahmen der Zusammenfassung der Parteivorbringen gemachte Aussage, wonach die Gesuchsgegner und hiesigen Berufungsbeklagten das zwischen den Parteien bestehende Gesamthandverhältnis *nunmehr* in ihrer Eingabe an den Erbenvertreter vom 3. März 2017 und mit Klageantwort im parallelen Erbteilungsprozess vom 28. April 2017 als einfache Gesellschaft qualifizierten (act. 15, III./1.), nicht zu beanstanden. Die Sachverhaltsrüge erweist sich als unbegründet.

5. Zur Rüge der unrichtigen Anwendung der Art. 52 und Art. 256 Abs. 2 ZPO

5.1 Bei der Bestellung einer Erbenvertretung handelt es sich um eine Anordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. BGer, 5A_241/2014 vom 28. Mai 2014, E. 1.2, m.w.H.). Im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit getroffene Entscheidungen erwachsen nicht in materielle Rechtskraft, so dass auf sie zurückgekommen werden kann (BGE 136 III 178, S. 182 f., E. 5.2; BGer, 5A_554/2016 vom 25. April 2017, E. 3.3). Erweist sich eine Anordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Nachhinein als unrichtig, so kann sie von Amtes wegen oder auf Antrag aufgehoben oder abgeändert werden, es sei denn, das Gesetz oder die Rechtssicherheit ständen entgegen (Art. 256 Abs. 2 ZPO). Was unter Unrichtigkeit im Sinne von Art. 256 Abs. 2 ZPO zu verstehen ist, hat die Vorinstanz in der Verfügung und dem Urteil vom 21. Juli 2017 bereits zutreffend ausgeführt (vgl. act. 15 S. 10, E. 1). Eine Aufhebung des Entscheids vom 21. Dezember 2016 im Verfahren Nr. EN451, mit welchem die Erbenvertretung angeordnet wurde, kommt somit in erster Linie dann in Betracht, wenn er aus heutiger Sicht als falsch erscheint.

5.2 Der vorinstanzliche Entscheid vom 21. Dezember 2016, mit welchem die Erbenvertretung angeordnet wurde, geht vom Bestehen einer fortgesetzten, zerstrittenen Erbgemeinschaft unter den Parteien in Bezug auf die Liegenschaft I. _____ aus (act. 2/2 S. 12 ff.). Neu steht zwar aufgrund des zwischenzeitlich geänderten Rechtsstandpunkts der Berufungsbeklagten die bereits erfolgte Überführung der Erbgemeinschaft in eine einfache Gesellschaft im Raum. Doch wie die Vorinstanz richtig erwogen hat (act. 15, S. 10 f., E. 1), ist eine gerichtliche Beurteilung der Frage ausstehend, ob die Parteien (noch) eine Erbgemeinschaft bilden, sodass der neue Rechtsstandpunkt der Berufungsbeklagten

keine Unrichtigkeit des vorinstanzlichen Entscheids vom 21. Dezember 2016 betreffend Einsetzung einer Erbenvertretung zu begründen vermag.

5.3 Im Rahmen der Berufung führt die Berufungsklägerin die Unrichtigkeit des vorinstanzlichen Entscheids vom 21. Dezember 2016 denn auch primär auf das widersprüchliche Verhalten der Berufungsbeklagten zurück. Nach Ansicht der Berufungsklägerin hätte der Entscheid vom 21. Dezember 2016 nie ergehen dürfen und die damit errichtete Erbenvertretung auf das Gesuch der Berufungsklägerin hin aufgehoben werden müssen, da es den Berufungsbeklagten von Beginn weg an einem Rechtsschutzinteresse gefehlt habe (act. 16 Rz. 15).

5.4 Nach Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO muss eine gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse am von ihr eingeleiteten Verfahren haben. Ein solches ist einer rechtsmissbräuchlich handelnden Partei abzusprechen, weshalb auf eine rechtsmissbräuchliche Klage oder ein rechtsmissbräuchliches Gesuch nicht einzutreten ist, sofern die Eingabe nicht schon von vornherein als offensichtlich rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 132 Abs. 3 ZPO erscheint. (vgl. DIKE Komm ZPO-GÖSKSU, 2. Auflage, Art. 52 ZPO N. 31; BSK ZPO-GEHRI, 3. Auflage, Art. 52 N. 16; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, 3. Auflage, Art. 52 N. 31 ff.; BGE 111 1a 148, S. 150, E. 4; BGE 107 1a 206, S. 211).

5.5 Das Verbot des Rechtsmissbrauchs ist in den Art. 2 ZGB und Art. 52 ZPO statuiert und beansprucht sowohl für das gesamte materielle Privatrecht als auch für den Zivilprozess Geltung (vgl. dazu etwa ZK ZPO-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, 3. Auflage, Art. 52 N 6 ff.). Nach Art. 2 ZGB hat jedermann seine Rechte nach Treu und Glauben auszuüben (Abs. 1). Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Abs. 2). Art. 52 ZPO wiederholt diesen Grundsatz mit Bezug auf den Zivilprozess, in welchem alle am Verfahren beteiligten Personen nach Treu und Glauben zu handeln haben. Verhält sich eine Partei in einem Verfahren widersprüchlich, kann dies grundsätzlich rechtsmissbräuchlich sein. Ein *offenbarer* Rechtsmissbrauch in Form eines widersprüchlichen Verhaltens liegt aber nicht schon dann vor, wenn jemand bei unklarer oder zweifelhafter Rechtslage widersprüchliche Positionen einnimmt. Eine Prozesspartei darf vielmehr sich widersprechende Positionen einnehmen, um ihre Rechte unabhängig vom Aus-

gang einzelner Rechtsstandpunkte optimal zu wahren (BGE 115 II 331, S. 338, E. 5a; BGer, 5C.214/2003 vom 8. Dezember 2003, E. 4.2.3). Denn es gibt keinen allgemeinen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln (BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 2012, Art. 2 N. 268; BK ZGB-MERZ, 1962, Einleitungsartikel, Art. 2 N. 401; BSK ZGB I-HONSELL, 5. Auflage, Art. 2 N. 43). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt ein widersprüchliches Verhalten insbesondere dann als rechtsmissbräuchlich, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, welches durch die neue Handlung enttäuscht würde. Schutzwürdig ist das geschaffene Vertrauen der Gegenpartei dann, wenn sie aufgrund dessen Dispositionen getroffen hat, die sich im Nachhinein als nachteilig erweisen (vgl. BGE 125 III 257, S. 259, E. 2a; BGer, 4C.18/2002 vom 26. April 2002, E. 2a; BGer, 4C.129/2002 vom 3. September 2002, E. 1.1). Nach jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann ein rechtsmissbräuchliches Verhalten sodann auch ohne Enttäuschung berechtigter Erwartungen in einer gegenwärtigen, in sich völlig unvereinbaren und darum widersprüchlichen Verhaltensweise gesehen werden (BGE 138 III 401, S. 403, E. 2.2; BGer, 4A_530/2016 vom 20. Januar 2017, E. 3.2). Die sich widersprüchlich verhaltende Partei muss sich auf ihrer widersprüchlichen Verhaltensweise behaften lassen, sofern die Gegenpartei ein schutzwürdiges Interesse daran hat (BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 2012, Art. 2 N. 278). Ob Rechtsmissbrauch vorliegt, ist im Einzelfall und unter Würdigung der gesamten Umstände zu bestimmen (BGE 138 III 401, S. 403, E. 2.2).

5.6 Die Berufungsbeklagten haben in ihrem Gesuch um Einsetzung eines Erbenvertreters vom 2. September 2016 und im weiteren Verlauf des damit initiierten Verfahrens Nr. EN451 nachweislich formell die Ansicht vertreten, dass es sich bei den Parteien um eine fortgesetzte Erbengemeinschaft handle (act. 2/1 und act. 2/2, insbes. S. 5-10, E. II/1-3). In der Eingabe an den Erbenvertreter vom 3. März 2017 (act. 2/3) und in der im Rahmen des Erbteilungsprozesses (Verfahren Nr. CP160002) erstatteten Klageantwort vom 28. April 2017 (act. 2/4) behaupten die Berufungsbeklagten demgegenüber, die fortgesetzte Erbengemeinschaft sei schon viel früher, nämlich in den Jahren 2013/2014, in eine einfache Gesellschaft überführt worden. Die von den Berufungsbeklagten zuletzt vertretene

Rechtsauffassung steht damit eindeutig im Widerspruch zu den noch im Verfahren um Einsetzung eines Erbenvertreters gemachten Ausführungen. Zu betonen ist jedoch bereits an dieser Stelle, dass die Berufungsbeklagten nicht in Bezug auf das Tatsächliche widersprüchliche Behauptungen aufgestellt haben, sondern nur in Bezug auf die rechtliche Qualifikation des Sachverhaltes, und zudem in zwei verschiedenen Verfahren.

5.7 Die Berufungsbeklagten erklärten die von ihnen eingenommenen, sich widersprechenden Rechtsstandpunkte im Rahmen der Stellungnahme vom 26. Juni 2017 (act. 7) zum Gesuch der Berufungsklägerin um Aufhebung der Erbenvertretung im Wesentlichen damit, dass sie angesichts der konkreten Umstände zum Stellen eines Gesuches um Einsetzung eines Erbenvertreters gezwungen gewesen seien. Die Überführung einer Erbgemeinschaft in eine einfache Gesellschaft werde nicht vermutet. Nur durch das Stellen eines Antrags auf Einsetzung eines Erbenvertreters hätten sie der Berufungsklägerin deshalb das Machtmittel der Verweigerung der Zustimmung zu Transaktionen und die damit verbundene Sperrung der gemeinsamen Bankkonti wirksam entziehen können (act. 7, S. 3 f.).

5.8 Wie die Berufungsbeklagten zutreffend ausgeführt haben, wird die Fortsetzung der Erbgemeinschaft vermutet, solange nennenswerte Nachlassgegenstände (z.B. das Hauptaktivum) unverteilt geblieben sind (vgl. BGer, 5D_133/2010 vom 12. Januar 2011, E. 4.3.2; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, 3. Auflage, Art. 602 N. 50). Demgegenüber hat derjenige, der die Umwandlung einer Erbgemeinschaft in eine einfache Gesellschaft behauptet, dafür den Beweis zu erbringen (Art. 8 ZGB). Zudem erbringen Eintragungen im Grundbuch gemäss Art. 9 Abs. 1 ZGB und Art. 179 ZPO für die durch sie bezeugten Tatsachen den vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist. Aus dem im Rahmen der Erteilungsklage erhobenen Rechtsbegehren Nr. 2 in der Klageantwort der Berufungsbeklagten, wonach das Grundbuch dahingehend zu berichtigen sei, dass als Rechtsgrund des Rechtsverhältnisses der Parteien "Gesamteigentümer infolge einfacher Gesellschaft" aufgeführt werde, muss zudem geschlossen werden, dass die Parteien im Grundbuch zurzeit als "Gesamteigentümer zufolge Er-

bengemeinschaft" eingetragen sind (Art. 96 Abs. 3 GBV). Somit gilt es bis zum Beweis des Gegenteils als erwiesen, dass es sich bei den Parteien um eine (fortgesetzte) Erbengemeinschaft handelt. Dies müssten die Berufungsbeklagten widerlegen, um mit ihrer Rechtsauffassung im Erbteilungsprozess CP160002 durchzudringen und dasselbe hätte für ein von den Berufungsbeklagten angestregtes Verfahren auf Einsetzung eines Liquidators anstatt eines Erbenvertreters gegolten.

5.9 Zwar waren die Berufungsbeklagten – wie sich inzwischen gezeigt hat – bereits im Zeitpunkt des Stellens des Gesuchs um Einsetzung eines Erbenvertreters am 2. September 2016 der Ansicht, die ehemalige Erbengemeinschaft sei in eine einfache Gesellschaft überführt worden. Doch angesichts der vorstehend aufgezeigten Beweislage bzw. den bestehenden Beweisschwierigkeiten ist es aus rechtlicher Sicht nachvollziehbar und vertretbar, dass sich die Berufungsbeklagten für das Stellen eines Gesuches um Einsetzung eines Erbenvertreters und nicht eines Liquidators entschieden haben, zumal sich die Berufungsklägerin mit ihrer Erbteilungsklage letztlich auf den Standpunkt stellt, die Erbengemeinschaft bestehe weiter. Die Rechtslage in Bezug auf den Rechtsgrund der zwischen den Parteien bestehenden Gesamthandschaft ist unklar und umstritten. Erst ein (rechtskräftiger) diesbezüglicher Entscheid des mit der Erbteilungsklage (Verfahren Nr. CP160002) befassten Gerichts kann Klarheit bringen. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, besteht zurzeit somit eine Art "Schwebezustand", in welchem unklar ist, ob die Parteien noch eine fortgesetzte Erbengemeinschaft oder eine einfache Gesellschaft bilden. Wie lange dieser Schwebezustand noch andauern wird, ist zurzeit nicht absehbar. Nachdem das für die Erbteilungsklage zuständige Kollegialgericht des Bezirksgerichts Meilen den Antrag der Berufungsbeklagten auf einstweilige Beschränkung des Erbteilungsprozesses auf die Frage der Qualifikation des Gemeinschaftsverhältnisses bzw. auf Erlass eines Teilentscheids über diese Frage mit Verfügung vom 4. Mai 2017 offenbar abgewiesen hat (vgl. act. 7, S. 4), dürfte bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids über diese strittige Frage noch einige Zeit vergehen. Unter diesen konkreten Umständen muss es einer Partei möglich sein, in verschiedenen Verfahren (für welche zudem unterschiedliche Verfahrensarten und damit Beweis-

masse und Beweisregeln gelten) unterschiedliche Rechtsstandpunkte einzunehmen, um ihre Rechte, nämlich die gerichtliche Einsetzung eines Vertreters zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens und zur Besorgung der laufenden Geschäfte, zu erreichen. Da die Berufungsbeklagten darauf aus dem Erbrecht grundsätzlich einen Anspruch haben und das Fortbestehen der Erbengemeinschaft bis zum Beweis des Gegenteils vermutet wird, erlangen sie durch die Einsetzung eines Erbenvertreters auch keinen ungerechtfertigten Vorteil. Als Sicherungsmassregel dient das vom Gesetzgeber geschaffene Institut der Erbenvertretung zudem gerade dem Zweck, in strittigen Situationen vorläufig den Erhalt von zufolge Erbschaft gemeinschaftlich erworbenen Vermögenswerten sicherzustellen. Es soll damit die Handlungsunfähigkeit des Nachlasses bzw. der Erbengemeinschaft vermieden werden bzw. diese wiederhergestellt werden (vgl. BK ZGB-WOLF, 2014, Art. 602 N. 137 f.). Das Institut der Erbenvertretung muss deshalb insbesondere bzw. gerade während des sogenannten "Schwebezustandes" greifen, in welchem der Fortbestand einer Erbengemeinschaft umstritten ist, aber immerhin vermutet wird.

5.10 Des Weiteren ist nicht ersichtlich, welcher Nachteil der Berufungsklägerin aus den widersprüchlichen rechtlichen Qualifikationen durch die Berufungsbeklagten erwachsen sollte. Die Berufungsklägerin hat bis heute konsequent die Rechtauffassung vertreten, dass es sich bei den Parteien in Bezug auf die Liegenschaft I. _____ um eine Erbengemeinschaft handle und vertritt diese auch weiterhin. Sie verlangt nun aber, die Berufungsbeklagten seien auf der von ihr (der Berufungsklägerin) vehement bestrittenen (!) Rechtauffassung zu behaften, dass es sich bei den Parteien um eine einfache Gesellschaft handle. Dies offenbar einzig mit dem Ziel, sich der mit Verfügung vom 21. Dezember 2016 angeordnete Erbenvertretung zu entledigen, gegen welche sie sich von Anfang an gewehrt hatte. Damit mutet das Verhalten der Berufungsklägerin selbst unübersehbar widersprüchlich an und vermag kein schutzwürdiges Interesse der Berufungsklägerin an der Behaftung der Berufungsbeklagten auf ihrer ursprünglichen Rechtauffassung zu begründen. Das Verhalten der Berufungsbeklagten im Rahmen des Verfahrens um Einsetzung einer Erbenvertretung war überdies auch nicht dazu geeignet, bei der Berufungsklägerin ein schutzwürdiges Vertrauen zu

erwecken: So hat die Berufungsklägerin selbst ausgeführt, die Berufungsbeklagten hätten für sie überraschend erstmals anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 9. August 2016 ausgeführt, die Erbengemeinschaft sei bereits in eine einfache Gesellschaft überführt worden (act. 16 Rz. 9). Nach der Schlichtungsverhandlung vom 9. August 2016 musste die Berufungsklägerin demnach damit rechnen, dass sich die Berufungsbeklagten in einem Erbteilungsprozess möglicherweise auf den Standpunkt stellen könnten, die fortgesetzte Erbengemeinschaft sei inzwischen in eine einfache Gesellschaft überführt worden.

5.11 Unter Berücksichtigung der konkreten Umstände erweist sich das Vorgehen bzw. das Verhalten der Berufungsbeklagten in den Prozessen (CP160002, EN451 und EN170156) nicht als rechtsmissbräuchlich und der Entscheid der Vorinstanz vom 21. Dezember 2016 erscheint auch im Nachhinein noch als richtig. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die bestehende Erbenvertretung gestützt auf Art. 256 Abs. 2 ZPO nicht aufgehoben hat. Die Rüge der unrichtigen Anwendung der Art. 52 und Art. 256 Abs. 2 ZPO erweist sich damit ebenfalls als unbegründet.

6. Zum Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV)

6.1 Soweit die Berufungsklägerin die Verletzung ihres rechtlichen Gehörs in der Ausprägung der Begründungspflicht durch die Vorinstanz rügt, indem diese den von ihr zitierten Bundesgerichtsentscheid 5D_133/2010 vom 12. Januar 2011 mit keinem Wort erwähnt bzw. "totgeschwiegen" habe (vgl. act. 16 Rz. 21), ist folgendes zu bemerken: Die Pflicht einer Behörde zur Begründung ihrer Entscheide ist Ausfluss des Anspruchs einer Partei auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Die Begründung soll der Partei eine sachgerechte Anfechtung ermöglichen und muss daher zumindest kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, die das Gericht angestellt hat. Es ist aber nicht erforderlich, dass sich der Entscheid ausführlich mit allen Parteivorbringen auseinandersetzt (vgl. etwa BGE 130 II 530, S. 540, E. 4.3; BGE 129 I 232, E. 3.2; BGE 133 III 439, E. 3.3).

6.2 Die Vorinstanz hat das widersprüchliche Verhalten der Berufungsbeklagten im Verfahren um Einsetzung eines Erbenvertreters und im Erbteilungsprozess

thematisiert. Sie ist dabei aber zur Überzeugung gelangt, dass die Berufungsbe-
klagten gute Gründe für das von ihnen an den Tag gelegte, unbestrittenermassen
widersprüchliche Verhalten hätten und kein offener Rechtsmissbrauch betrie-
ben worden sei (act. 15, S. 12, E. 4). Es ist zwar zutreffend, dass die Vorinstanz
dabei auf den von der Berufungsklägerin angerufenen Bundesgerichtsentscheid
5D_133/2010 vom 12. Januar 2011 nicht eingegangen ist, doch wie vorstehend
ausgeführt, muss sich ein Gericht in der Begründung nicht mit allen Parteivorbrin-
gen auseinandersetzen. Hinzu kommt, dass die Beurteilung, ob ein Verhalten
rechtsmissbräuchlich ist oder nicht, jeweils im konkreten Einzelfall und unter Wür-
digung der gesamten Umstände zu erfolgen hat (vgl. BGE 138 III 401, S. 403,
E. 2.2 und vorstehende E. II/5.5). Insofern war die Vorinstanz nicht dazu
verpflichtet, sich in der Begründung explizit zum von der Berufungsklägerin ins
Feld geführten Bundesgerichtsentscheid zu äussern, zumal sich das
Bundesgericht in fraglichen Entscheid mit keinem Wort zum Thema
Rechtsmissbrauch geäussert hat.

6.3 Dem von der Berufungsklägerin zitierten Entscheid des Bundesgerichts vom
12. Januar 2011 im Verfahren Nr. 5D_133/2010 lag der folgende Sachverhalt zu-
grunde: Der Erbe C weigerte sich, die Grundbuchanmeldung zu unterzeichnen,
nachdem er und seine Miterben mit dem Käufer K einen öffentlich beurkundeten
Kaufvertrag über im Zuge der Erbschaft erworbene Grundstücke abgeschlossen
hatten. Deswegen stellten die Miterben des C ein Gesuch um Einsetzung eines
Erbenvertreters, worauf C dagegen einwandte, aufgrund des Erbteilungsurteils
aus dem Jahr 2003 sei die Erbengemeinschaft bereits aufgelöst worden und die
Einsetzung eines Erbenvertreters komme somit nicht mehr in Frage. Gleichzeitig
führte C aber im Verfahren des Erwerbers der Grundstücke (K) gegen die Erben
aus, er weigere sich "einer Übertragung der Grundstücke im Gesamteigentum der
Erbengemeinschaft [...] auf den Kläger zuzustimmen" und vor der Unterzeichnung
der Grundbuchanmeldung müsse er (gemeint C selbst) die "Unterschriftenrege-
lung innerhalb der Erbengemeinschaft" klären. Das Bundesgericht hielt C diese
widersprüchlichen Ausführungen in verschiedenen Prozessen zwar vor und er-
klärte, was im dortigen Prozess richtig sei, könne im hiesigen Prozess nicht falsch
sein. Letztlich schloss das Bundesgericht aus den widersprüchlichen Standpunk-

ten des C aber lediglich auf eine von C nicht genügend dargetane bzw. nicht nachgewiesene Überführung der Erbgemeinschaft in eine einfache Gesellschaft. Als rechtmisbräuchlich qualifizierte das Bundesgericht die von C eingenommenen, sich widersprechenden rechtlichen Positionen in verschiedenen Prozessen hingegen nicht. Damit ist der von der Berufungsklägerin angerufene bundesgerichtliche Entscheid ohnehin nicht einschlägig. Und es ist insoweit müssig, hier nochmals darauf hinzuweisen, dass es die Berufungsklägerin selbst ist, die die Auffassung vertritt, es liege eine Erbgemeinschaft vor.

6.4 Insgesamt erweist sich somit auch die von der Berufungsklägerin geltend gemachte Verletzung des rechtlichen Gehörs als unbegründet.

7. Kein Wegfall der Voraussetzungen der Erbenvertretung / Keine unrichtige Anwendung des Art. 602 Abs. 3 ZGB

7.1 Wie bereits vor der Vorinstanz macht die Berufungsklägerin weiter geltend, die Berufungsbeklagten hätten in ihrem Schreiben vom 3. März 2017 an den Erbenvertreter (act. 2/3) ihre Ablehnung gegenüber der Erbenvertretung derart zum Ausdruck gebracht, dass darin ein impliziter Antrag auf Aufhebung der Erbenvertretung zu erblicken sei. Zudem seien inzwischen die Voraussetzungen für eine Erbenvertretung weggefallen, denn es liege nunmehr keine Erklärung eines Erben mehr vor, welcher die Erbenvertretung aufrecht erhalten wolle (act. 16, Rz. 23 ff.). Damit macht sie eine unrichtige Anwendung des Art. 602 Abs. 3 ZGB geltend.

7.2 Die Erbenvertretung kann längstens bis zur Teilung andauern (Art. 602 Abs. 3 ZGB). Bereits vorher kann die Erbenvertretung aber aufgehoben werden, wenn ihre Voraussetzungen weggefallen sind und ein Erbe dies beantragt. Doch selbst wenn alle Erben gemeinsam die Aufhebung der Erbenvertretung beantragen, muss die Behörde einem gemeinsamen Antrag nicht unbedingt stattgeben. In der Literatur überwiegt die Meinung, die Behörde könne selbst in derartigen Fällen nach freiem Ermessen entscheiden, ob die Erbenvertretung vorzeitig aufgehoben oder weitergeführt werden soll, denn Einigkeit über die Aufhebung der Erbenvertretung bedeute nicht zwingend, dass deren Voraussetzungen weggefallen seien (vgl. z.B. PraxKomm-WEIBEL, 3. Auflage, Art. 602 ZGB N. 86; BK

ZGB-WOLF, 2014, Art. 602 N. 178, m.w.H.; a.A. BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, 5. Auflage, Art. 602 N. 54).

7.3 Hier hat nur die Berufungsklägerin die Aufhebung der Erbenvertretung beantragt (act. 1 S. 2). Demgegenüber haben die Berufungsbeklagten im vorinstanzlichen Verfahren einen klaren und unmissverständlichen Antrag auf Abweisung des Gesuchs der Berufungsklägerin um Aufhebung der Erbenvertretung und auf Weiterführung der Erbenvertretung gestellt (act. 7 S. 2). Die Berufungsklägerin versucht deshalb vergeblich, einen impliziten Antrag der Berufungsbeklagten auf Aufhebung der Erbenvertretung zu konstruieren, denn wo ein expliziter Antrag besteht, bleibt für einen impliziten Antrag kein Raum. Damit laufen die diesbezüglichen Ausführungen der Berufungsklägerin (act. 16, Rz. 27 ff.) ins Leere. Selbst wenn aber ein impliziter Antrag der Berufungsbeklagten auf Absetzung der Erbenvertretung konstruiert werden könnte, hätte es nach dem Gesagten im Ermessen der Vorinstanz gestanden, die Erbenvertretung aufzuheben oder eben nicht. Eine diesbezügliche Ermessensüber- oder -unterschreitung wurde im Berufungsverfahren nicht geltend gemacht.

7.4 Schliesslich bringt die Berufungsklägerin vor, die Aufrechterhaltung der Erbenvertretung sei (auch) deshalb nicht mehr notwendig und damit nicht mehr gerechtfertigt, weil die Erben inzwischen nicht mehr zerstritten seien. Insbesondere durch die inzwischen erfolgte Mandatierung einer Liegenschaftsverwaltung hätten die Differenzen unter den Parteien im Zusammenhang mit der Bezahlung von Unterhaltskosten für die Liegenschaft in E._____ bereinigt werden können (act. 16 Rz. 40). Dass die Parteien seit der Mandatierung einer Liegenschaftsverwaltung in Bezug auf die Liegenschaft I._____ nicht mehr zerstritten seien, hat die Berufungsklägerin erstmals in der Berufungsschrift vorgetragen. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren indes nur noch dann zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Aus den Eingaben der Parteien geht hervor, dass die Liegenschaftsverwaltung für die Liegenschaft I._____ in E._____ bereits im ersten Halbjahr 2017 mandatiert worden war (vgl. act. 7 Rz. 1 und act. 10 Rz.1-8). Bei

der damit begründeten Behauptung der Bereinigung der Differenzen unter den Parteien handelt es sich somit um ein unechtes Novum, welches bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte vorgebracht werden können. Weshalb dies der Berufungsklägerin trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen sein soll, legt sie in der Berufungsschrift nicht dar. Folglich ist die Berufungsklägerin mit diesem Argument gegen die Aufrechterhaltung der Erbenvertretung verspätet, und es ist dieses Argument nicht zu berücksichtigen.

7.5 Es gilt demnach festzuhalten, dass die Voraussetzungen für die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung der Erbenvertretung entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin nicht weggefallen sind. Der vorinstanzliche Entscheid ist auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

8. Keine Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens

Die Berufungsklägerin hat schliesslich die Aufhebung der Regelung über die Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Dispositivziffern 5 und 6 des vorinstanzlichen Entscheids vom 21. Juli 2017 beantragt (vgl. act. 16, Antrag Nr. 2). Sie verlangt, die Gerichtskosten seien nicht dem Nachlass, sondern den Gesuchsgegnern und hiesigen Berufungsbeklagten aufzuerlegen und diese zur Leistung einer angemessenen Parteientschädigung an die Berufungsklägerin zu verpflichten, je unter solidarischer Haftbarkeit. Begründet hat sie diesen Antrag nicht. Damit genügt die Berufung den Begründungsanforderungen in diesem Punkt nicht. Es bleibt somit bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss dem vorinstanzlichen Entscheid vom 21. Juli 2017 (Dispositivziffern 5 und 6).

9. Ergebnis

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz das Gesuch der Berufungsklägerin um Aufhebung der Erbenvertretung mit Verfügung und Urteil vom 21. Juli 2017 zu Recht abgewiesen hat. Dasselbe gilt auch für das durch die Vorinstanz gleichzeitig abgewiesene Begehren der Berufungsklägerin um Erlass

vorsorglicher Massnahmen im vorinstanzlichen Verfahren. Die Berufung erweist sich damit als offensichtlich unbegründet, weshalb sie abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen ist (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

III.

Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege

1. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO) und sie zur Wahrung ihrer Interessen auf eine rechtskundige Vertretung angewiesen ist (vgl. Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).
2. Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Als aussichtslos sind Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliesse; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen könne, weil er sie nichts kostet (BGE 138 III 218, E. 2.2.4 mit Verweis auf BGE 133 III 616, E. 5).
3. Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, erweist sich die Berufung als aussichtslos. Weder die von der Berufungsklägerin erhobene Sachverhaltsrüge noch die erhobenen Rügen der unrichtigen Rechtsanwendung oder der Verletzung des rechtlichen Gehörs in der Ausprägung der behördlichen Begründungspflicht verfangen. Nach dem Gesagten erübrigt sich eine Prüfung der Mittellosigkeit der Berufungsklägerin. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist somit abzuweisen.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Der Berufungsklägerin verlangt die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu Lasten der Berufungsbeklagten, je unter solidarischer Haftbarkeit (act. 16, S. , Antrag Nr. 3).

2. Die Kosten des Erbenvertreters sind zwar auf den Nachlass zu nehmen, jedoch rechtfertigt es sich nicht, die Kosten des Berufungsverfahrens über die Frage der Aufhebung einer Erbenvertretung dem Nachlass aufzuerlegen. Vielmehr sind die vorliegenden Prozesskosten ausgangsgemäss der unterliegenden Partei, somit der Berufungsklägerin, aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; OGer ZH, LF130072 vom 31. Juli 2014, E. 8).

3. Grundlage für die Festsetzung der Entscheidgebühr bilden der Streitwert, der Zeitaufwand des Gerichtes und die Schwierigkeit des Falles (§ 2 GebV OG). Im Berufs- und Beschwerdeverfahren wird die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemessen (§ 12 Abs. 1 GebV OG). Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, bestimmen sich die Gerichtskosten in Verfahren betreffend Einsetzung oder Aufhebung eines Erbenvertreters grundsätzlich nach § 8 Abs. 3 GebV OG, da solche als nicht streitige Erbschaftsangelegenheiten gelten. Praxisgemäss setzt das Obergericht des Kantons Zürich in Fällen der sogenannten "freiwilligen Gerichtsbarkeit", in welchen die Einsetzung oder Absetzung eines Erbenvertreters strittig ist, seine Kosten aber nicht nach § 8 Abs. 3 GebV OG, sondern nach § 4 Abs. 1 GebV OG fest und zwar basierend auf dem Streitwert der strittigen Begehren (vgl. OGer ZH, LF130072 vom 31. Juli 2014, E. 8; vgl. dazu ferner ENGLER/JENT-SØRENSEN, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines «eigenartigen» Verfahrens, in: SJZ 113/2017, S. 421 ff., S. 426, mit Hinweisen). Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren ist vorliegend von einem Streitwert von Fr. 216'000.–, da die Berufungsbeklagten die mutmasslich anfallenden Kosten des Erbenvertreters bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids im Erbteilungsverfahren in dieser Höhe beziffert haben (act. 11, S. 13 f.) und das Begehren der Berufungsklägerin auf Auf-

hebung der Erbenvertretung lautet, wohingegen sich die Berufungsbeklagten für die Weiterführung der bereits installierten Erbenvertretung ausgesprochen haben (act. 7, S. 2 ff.). Ausgehend von einem Streitwert in der Höhe von Fr. 216'000.– beläuft sich die ordentliche Gerichtsgebühr nach § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 13'390.–. In Anwendung von § 4 Abs. 3 und § 8 Abs. 1 GebV OG ist die ordentliche Entscheidgebühr indes zu ermässigen und auf Fr. 3'350.– festzusetzen.

4. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Der Berufungsklägerin nicht, weil sie vollständig unterliegt, den Berufungsbeklagten nicht, weil ihnen keine Umtriebe angefallen sind, die es zu entschädigen gölte.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 21. Juli 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'350.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels der Berufungsschrift samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 16, act. 18, act. 19/1-4) und des Doppels der Eingabe von

Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____ vom 14. September 2017 (act. 22), sowie an die Vorinstanz, 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. 216'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw R. Schneebeili

versandt am:
5. Dezember 2017