

ZK 15 615, publiziert Juni 2016

Entscheid der 2. Zivilkammer des Kantons Bern

vom 8. März 2016

Besetzung

Oberrichterin Apolloni Meier (Referentin), Oberrichter Messer und Oberrichter Trenkel
Gerichtsschreiberin Mosimann

Verfahrensbeteiligte

A.,

vertreten durch Rechtsanwältin X.
Gesuchstellerin/Berufungsklägerin

gegen

B.

Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagte 1

C. und D.,

beide vertreten durch Rechtsanwalt Y.
Gesuchsgegnerinnen/Berufungsbeklagte 2 und 3

Gegenstand

vorsorgliche Massnahmen

Regeste:

- Art. 261 ZPO; Art. 262 ZPO
- Art. 91 Abs. 2 ZPO
- *Das Begehren um Ermächtigung, gegen den Willen der übrigen Erben Instandstellungsarbeiten an einer zum Nachlass gehörenden Liegenschaft auf Kosten sämtlicher Erben vornehmen zu dürfen, kann nicht Inhalt einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 262 ZPO sein. Insbesondere stellt eine solche angebehrte Ermächtigung keine Regelungsmassnahme dar, da kein modus vivendi geschaffen wird (Erwägung 19).*
- *Gegenstand einer Regelungsmassnahme im Erbrecht wäre die Einsetzung eines Erbenvertreters nach Art. 602 Abs. 3 ZGB, was von der Berufungsklägerin jedoch abgelehnt wurde (Erwägungen 19 und 20).*

- *Bei vorsorglichen Massnahmen ist nicht auf den Streitwert der Hauptsache, sondern auf jenen der vorsorglichen Massnahme selber abzustellen (Erwägung 23).*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Parteien des vorliegenden Verfahrens bilden eine Erbengemeinschaft. Sie sind Gesamteigentümerinnen der vom Massnahmegesuch betroffenen Grundstücke in Z. Die Berufungsklägerin bewohnt die Wohnung im Erdgeschoss der zum Nachlass gehörenden Liegenschaft in der Q-Strasse 5 in Z. Mit ihrem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen verlangt die Berufungsklägerin die Ermächtigung zur Vornahme von Instandstellungsarbeiten an der von ihr bewohnten Liegenschaft sowie die Erstellung eines befestigten Mistplatzes zum Gebäude Q-Strasse 5a. Ferner beansprucht sie, dass die Miterbinnen die Kosten im Verhältnis ihrer Erbteile mittragen. Die Vorinstanz wies das Gesuch ab, soweit sie darauf eintrat. Dagegen erhob die Berufungsklägerin Berufung beim Obergericht des Kantons Bern.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

III.

(...)

19.

- 19.1 Gemäss Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB bilden die Mitglieder einer Erbengemeinschaft eine Gesamthandsgemeinschaft und verfügen unter dem Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- oder Verwaltungsbefugnisse über die Rechte der Erbschaft gemeinsam. Vom Prinzip der Einstimmigkeit sind nicht nur Verfügungen, sondern auch Verwaltungshandlungen erfasst. Unter «Verwaltung» sind «die Erhaltung und (vorsichtige) Vermehrung der Erbschaftswerte sowie die Betreuung und Abwicklung laufender Rechtsgeschäfte» zu verstehen (SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 5. Aufl. 2015, N. 16 zu Art. 602 ZGB [nachfolgend zit. BSK ZGB-AUTOR]). Dazu zählt beispielsweise der Unterhalt einer Liegenschaft (BSK ZGB-SCHAUFELBERGER/ KELLER LÜSCHER, N. 16 zu Art. 602 ZGB).

Unbestrittenermassen stimmen die Berufungsbeklagten 2 und 3 den von der Berufungsklägerin gewollten Sanierungen der Liegenschaften in der Q-Strasse 5 und 5a und der Erstellung des Mistplatzes nicht zu. Die Berufungsklägerin will daher die Ermächtigung zur Vornahme dieser Handlungen vom Gericht im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen während des Erbteilungsprozesses zugesprochen erhalten. Sie bezeichnet die zu erlassenden Massnahmen als «Regelungsmassnahmen».

- 19.2 Regelungsmassnahmen sind eine Variante der vorsorglichen Massnahmen. Daneben stehen Sicherungsmassnahmen und Leistungsmassnahmen zur Verfügung (HUBER,

in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, N. 7 zu Art. 262 ZPO [nachfolgend zit. ZPO-Komm.-AUTOR]; GÜNGERICH, in: Berner Kommentar, 2012, N. 5 ff. zu Art. 262 ZPO [nachfolgend zit. ZPO-AUTOR]). Regelungsmassnahmen wollen bei Dauerrechtsverhältnissen für die Zeit bis zum Ergehen des Hauptsachenurteils einen *modus vivendi* schaffen. So werden etwa während der Dauer des Ehescheidungsverfahrens als vorsorgliche Massnahme die Unterhaltsbeiträge oder die Benützung der ehelichen Wohnung geregelt (BK ZPO-GÜNGERICH, N. 10 zu Art. 262 ZPO). Regelungsmassnahmen sollen für die Prozessdauer eine provisorische Ordnung, eine vorläufige Friedensordnung schaffen (SPRECHER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 10 zu Art. 262 ZPO [nachfolgend zit. BSK ZPO-AUTOR]).

- 19.3 Die von der Berufungsklägerin beantragten «notwendigen Instandstellungsarbeiten» gehören nicht in diese Kategorie, denn es geht nicht um einen *modus vivendi*, sondern um die Finanzierung von Arbeiten an Objekten, die Gegenstand des Hauptsacheverfahrens sind. Gegenstand einer Regelungsmassnahme könnte im Erbrecht die Einsetzung eines Erbenvertreters sein (ZPO-Komm.-HUBER, N. 28 zu Art. 262 ZPO), aber gerade dies lehnt die Berufungsklägerin als unverhältnismässig ab. Mit anderen Worten können die von der Berufungsklägerin beantragten Massnahmen nicht Inhalt einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 262 ZPO sein. Damit steht aber – wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat – das Verfahren nach Art. 261 ff. ZPO für das Anbegehrte nicht zur Verfügung.
20. Zu prüfen bleibt, ob andere Anspruchsgrundlagen zur Verfügung stehen.
- 20.1 Das im Zivilgesetzbuch normierte Erbrecht stellt verschiedene sichernde Massnahmen und vorsorgliche Vorkehrungen zur Verfügung. Es gibt Massnahmen, die der Sicherung des Willens des Erblassers dienen. Andere dienen dem Schutz des Erbanges, wieder andere dem Schutz der Erbschaft, indem sie Ansprüche von Erben bzw. Vermächtnisnehmern oder Ansprüche der Erbengläubiger schützen (PESTALOZZI-FRÜH, Vorsorgliche Massnahmen und besondere Vorkehrungen im Erbrecht, in: AJP 2011 S. 599 ff., S. 599). Die in den Art. 551 ff. ZGB vorgesehenen Sicherungsmassregeln dienen der Sicherung des Erbanges und nicht der Sicherung der Erbschaft, d.h. der Nachlasswerte, oder der Interessen einzelner Erben (PESTALOZZI-FRÜH, a.a.O., S. 600). Im Zusammenhang mit der Teilung der Erbschaft wird vom Erbrecht die Möglichkeit zur Einsetzung eines Erbenvertreters nach Art. 602 Abs. 3 ZGB vorgesehen. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, kommt vorliegend die Einsetzung eines solchen mangels Antrag nicht in Betracht (vgl. pag. 85, Ziff. 9.).
- 20.2 Gemäss Art. 604 Abs. 3 ZGB steht den Miterben eines zahlungsunfähigen Erben die Befugnis zu, zur Sicherung ihrer Ansprüche sofort nach dem Erbgang vorsorgliche Massnahmen zu verlangen. Solche Sicherungsmassnahmen wie auch eine Zahlungsunfähigkeit der Berufungsbeklagten stehen vorliegend jedoch nicht zur Diskussion.
- 20.3 Weitere auf die vorliegende Konstellation anwendbare Normen liegen nicht vor. Die Berufungsklägerin erkennt ferner, dass es hier nicht um Nachlassschulden geht, deren Tilgung oder Sicherstellung gestützt auf Art. 610 Abs. 3 ZGB verlangt werden kann.

Insoweit die Berufungsklägerin in ihrer Berufung Art. 343 Abs. 1 lit. e ZPO (Ersatzvornahme) als zulässige gesetzliche Grundlage für ihre Rechtsbegehren anführt, ist dies nicht nachvollziehbar, da sich diese Bestimmung auf das Vollstreckungsverfahren bezieht.

- 20.4 Dass Gefahr im Verzug ist und daher eine aussergerichtliche Handlungskompetenz der Berufungsklägerin besteht, wurde vom Vorrichter verneint und von der Berufungsklägerin in ihrer Berufung (zu Recht) nicht gerügt. Die Berufungsklägerin streitet vielmehr ab, dass die Rechtsprechung bezüglich aussergerichtlichen Handelns wegen Dringlichkeit hier überhaupt anwendbar ist. Was sie daraus zu ihren Gunsten ableiten will, ist nicht ersichtlich.

(...)

IV.

(...)

23.

- 23.1 Die Höhe der Gerichtskosten für das Berufungsverfahren ist unter anderem abhängig vom Streitwert. Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO).

Die Berufungsklägerin bezifferte den Streitwert auf einen CHF 10'000.00 übersteigenden Betrag. Dies entspreche etwa den Kosten für die angebehrte Sanierung (pag. 29 i.V.m. pag. 101, Ziff. II.3.). In ihrer Honorarnote vom 10. Februar 2016 stellte Rechtsanwältin X. auf einen Streitwert von CHF 10'000.00 ab.

Die Berufungsbeklagten 2 und 3 sind demgegenüber der Auffassung, als Teil des Hauptsachenprozesses habe das Massnahmeverfahren den Streitwert der Hauptsache bzw. entspreche dem Erbteil der Berufungsklägerin. Die Berufungsklägerin habe den Streitwert in ihrem Schlichtungsgesuch vom 30. September 2014 mit CHF 62'675.65 substantiiert (pag. 129, Ziff. II.3. der Berufungsantwort).

- 23.2. In der Lehre ist umstritten, ob bei vorsorglichen Massnahmen auf den Streitwert der Hauptsache (so BSK ZPO-SPÜHLER, N. 9 zu Art. 308 ZPO; GEHRI, in: ZPO Kommentar, Gehri/Kramer [Hrsg.], 2010, N. 6 zu Art. 308 ZPO; vgl. auch BK ZPO-STERCHI, N. 25 und N. 28 zu Art. 308 ZPO) oder auf jenen der vorsorglichen Massnahme selber (so HOFFMANN-NOWOTNY, in: ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar, 2013, N. 62 zu Art. 308 ZPO; ZPO-Komm.-REETZ/THEILER, N. 41 zu Art. 308 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. 2013, § 26 Rz. 13; BLICKENSTORFER, in: ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2011, N. 26 zu Art. 308 ZPO) abzustellen ist.

Es rechtfertigt sich, vorliegend auf den Streitwert der umstrittenen vorsorglichen Massnahmen abzustellen (ca. CHF 10'000.00) und nicht auf jenen der Klage. Zu beurteilen war vorliegend die verlangte Ermächtigung zur Vornahme von Instandstellungsarbeiten an einer Liegenschaft, die zwar Teil des Nachlasses ist. Es ging aber

nicht um eine vorläufige Teilung bzw. um eine vorsorgliche Regelung der Nutzungsverhältnisse am Nachlass.

- 23.3 Ausgehend von einem Streitwert von rund CHF 10'000.00 werden die oberinstanzlichen Gerichtskosten bestimmt auf CHF 2'000.00 (Art. 44 Abs. 1 lit. a des Verfahrenskostendekrets vom 24. März 2010 [VKD; BSG 161.12]). Sie werden der Berufungsklägerin auferlegt und dem von ihr oberinstanzlich in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.