



**Kantonsgericht von Graubünden
Dretgira chantunala dal Grischun
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:
ZK1 17 124

Chur, 05. März 2018

Schriftlich mitgeteilt am:
07. März 2018

Urteil

I. Zivilkammer

| | |
|--------------|----------------------|
| Vorsitz | Schnyder |
| RichterInnen | Pedrotti und Brunner |
| Aktuar | Guetg |

In der zivilrechtlichen Berufung

des X._____, und des Y._____, Berufungskläger, beide vertreten durch Rechtsanwalt lic. oec. HSG Alfred Paul Müller, Im Ochsenbrunnen 11, 7310 Bad Ragaz,

gegen

den Entscheid des Einzelrichters in Zivilsachen am Regionalgericht Landquart vom 5. Oktober 2017, mitgeteilt am 6. Oktober 2017, in Sachen des Z._____, Berufungsbeklagter, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG David Brassel, Grossfeldstrasse 45, 7320 Sargans, gegen Berufungskläger,

betreffend Anordnung Erbenvertretung,

hat sich ergeben:

I. Sachverhalt

A. Am _____ 2015 starb Z._____, geboren am _____ 1938, zuletzt wohnhaft gewesen am _____weg 6, O.1_____. Als gesetzliche Erben hinterliess er die fünf Nachkommen A._____, Z._____, Y._____, X._____ und B._____. Die Frau von Z._____ sen., Z.1_____, war bereits am _____ 2013 vorverstorben. Die beiden Schwestern B._____ und A._____ verkauften in der Folge ihre Anteile an den Nachlässen an Z._____ und schieden aus den Erbengemeinschaften ihrer Eltern aus.

B. Zwischen Z._____ und Y._____ sowie X._____ ist am Regionalgericht Landquart eine Erbteilungsklage pendent (Proz. Nr. _____).

C. Mit Gesuch vom _____ 2017 gelangte Z._____ an das Regionalgericht Landquart und beantragte die Bestellung eines Erbenvertreters. Das Rechtsbegehren lautete wie folgt:

- 1. Im Nachlass des am _____ 2015 verstorbenen Z._____ sen., wohnhaft gewesen _____weg 6, O.1_____, sei ein Erbenvertreter zu bestellen.*
- 2. Der Erbenvertreter sei mit der Verwaltung der Wohnung im Erdgeschoss der Liegenschaft _____weg 6 in O.1_____ zu betrauen, namentlich mit der Instandstellung und der Vermietung der Wohnung. Im Weiteren sei er mit der Bezahlung der Rechnungen im Zusammenhang mit dem Nachlass von Z._____ sen. zu betrauen.*
- 3. Die Person des Erbenvertreters sei vom Gericht nach Anhörung der Erben zu bestimmen.*
- 4. Alles unter Kostenfolgen zu Lasten der Gesuchsgegner, eventualiter zu Lasten des Nachlasses.*

D. Mit Eingabe vom 2. Oktober 2017 nahmen Y._____ und X._____ zum obgenannten Gesuch Stellung. Sie beantragten was folgt:

- 1. Das Gesuch um Einsetzung eines Erbenvertreters sei vollumfänglich abzuweisen.*
- 2. Eventualiter sei der gesetzliche Erbe Y._____ als Erbenvertreter einzusetzen.*
- 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Gesuchstellers.*

E. Mit Entscheid vom 5. Oktober 2017, mitgeteilt am 6. Oktober 2017, erkannte der Einzelrichter in Zivilsachen am Regionalgericht Lanquart wie folgt:

- 1. Betreffend den Nachlass von Z._____ sen. sel., geboren am _____ 1938, verstorben am _____ 2015, wird die C._____ Treuhand und Revision als Erbenvertreterin ernannt.*

2. *Die eingesetzte Erbenvertreterin ist insbesondere damit betraut, die Verwaltung der Wohnung im Erdgeschoss der Liegenschaft _____weg 6 in O.1_____ zu übernehmen, namentlich im Zusammenhang mit der Instandstellung und der Vermietung derselben. Im Weiteren wird sie mit der Bezahlung der Rechnungen im Zusammenhang mit dem Nachlass von Z._____ sen. betraut.*
3. *Die Kosten der Erbenvertreterin gehen zu Lasten des Nachlasses.*
4. *(Kosten)*
5. *(Rechtsmittel)*
6. *(Mitteilung)*

Begründend führte der Vorderrichter aus, dass die Wohnung im Erdgeschoss der Liegenschaft Grundstück Nr. _____ seit dem Tode des Erblassers leer stehe und eine Vermietung oder ein Verkauf der Wohnung wegen den bestehenden Differenzen unter den drei noch verbliebenen Erben trotz entsprechender Bemühungen von Z._____ und entsprechender Angebote nicht habe erfolgen können. Eine rationelle Verwaltung des Nachlassvermögens in Bezug auf die Wohnung im Nachlass des Erblassers sei derzeit offensichtlich nicht möglich, woraus eine Gefährdung der ordentlichen Erträge und der Substanz des Nachlasses resultiere. Einzig durch die Bestellung eines Erbenvertreters könne die bestehende Blockadesituation gelöst werden.

F. Gegen diesen Entscheid erhoben Y._____ und X._____ (nachfolgend Berufungskläger) mit Eingabe vom 19. Oktober 2017 Berufung mit den folgenden Begehren:

1. *Der Entscheid des Einzelrichters des Regionalgerichts Landquart vom 05.10.2017 Proz. Nr. 135-2017-272 sei aufzuheben, und von der Einsetzung eines Erbenvertreters sei vollumfänglich abzusehen.*
2. *Eventualiter sei der gesetzliche Erbe Y._____ als Erbenvertreter einzusetzen.*
3. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Berufungsbeklagten.*

Die Berufungskläger bringen in der Hauptsache vor, die materiellen Voraussetzung zur Einsetzung eines Erbenvertreters (Art. 602 Abs. 3 ZGB) seien nicht erfüllt. Die vom Vorderrichter verfügte Aufgabe des Erbenvertreters umfasse nur die Verwaltung der Erdgeschosswohnung der Liegenschaft _____weg 6 in O.1_____ sowie die Rechnungen im Zusammenhang mit dem Nachlass zu bezahlen. Es sei jedoch so, dass sämtliche Erben nur am Verkauf der Wohnung interessiert gewesen seien. Dieser Verkauf sei bisher lediglich daran gescheitert, dass seitens Z._____ (nachfolgend Berufungsbeklagter) bisher keine valable Verkaufsofferte

unterbreitet worden sei. Die behaupteten internen Uneinigkeiten zwischen den Parteien seien nicht vorhanden und würden die Einsetzung eines Erbenvertreters nicht rechtfertigen. Die partikularen Interessen des Berufungsbeklagten an einer Vermietung würden nicht genügen, zumal Voraussetzung für die Einsetzung eines Erbenvertreters die Interessen der Erbschaft als Ganzes seien. Weiter rügen sie, dass es rechtlich um die Teilung des Nachlasses von Z.1 _____ und Z. _____ sen. und nicht nur um den Nachlass des zuletzt verstorbenen Vaters Z. _____ sen. gehe.

G. Mit Verfügung des Vorsitzenden der I. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden vom 23. Oktober 2017 wurden die Berufungskläger zur Bezahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von CHF 2'000.00 bis zum 13. November 2017 aufgefordert, der innert Frist bezahlt wurde.

H. In seiner Berufungsantwort vom 20. November 2017 bestritt der Berufungsbeklagte im Wesentlichen die Tatsachenbehauptungen der Berufungskläger und beantragte die kostenfällige Abweisung der Berufung.

I. Auf die weiteren Ausführungen in den Akten, im angefochtenen Entscheid und in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Der Begründung des Gesuchs des Berufungsbeklagten vor erster Instanz kann entnommen werden, dass er die Bestellung eines Erbenvertreters primär als vorsorgliche Massnahme im Rahmen des beim Regionalgericht Landquart hängigen Hauptverfahrens (Erbteilungsprozess; Proz.Nr. _____), eventualiter direkt gestützt auf Art. 602 ZGB, beantragte. Das Rechtsbegehren selbst gibt keinen Aufschluss über die prozess- oder materiellrechtliche Grundlage. Der Vorderrichter prüfte den Anspruch des Berufungsbeklagten – entsprechend dessen Eventualantrag – ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt von Art. 602 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 248 lit. e ZPO als Anordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dies geht bereits daraus hervor, dass die Erbenvertretung nicht für die Dauer des hängigen Erbteilungsprozesses beschränkt ist (vgl. angefochtener Entscheid, lit. K) und es der Vorderrichter auch unterliess, die für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen geltenden Voraussetzungen von Art. 261 ff. ZPO zu prüfen. Dieses Vorgehen liegt denn auch im Interesse des Gesuchstellers, zumal die Erbenvertretung über den

Erteilungsprozess im engeren Sinne hinaus bis zur Realteilung des Nachlasses notwendig sein dürfte. Die Parteien rügen dieses Vorgehen nicht und die Anwendung des summarischen Verfahrens nach Art. 248 ff. ZPO durch den Vorderrichter ist nicht zu beanstanden, wobei festzuhalten ist, dass hier die Verfahrensbestimmungen von Art. 248 ff. der ZPO nicht als eidgenössisches, sondern als kantonales Recht zur Anwendung gelangen (Art. 602 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 54 Abs. 2 und 3 Schlusstitel des ZGB; vgl. auch die Entscheide des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 16 182 E. 1.a [betreffend Erbenbescheinigung], KSK 15 21 vom 5. Mai 2015 E. 1.c). Von den vorstehenden Ausführungen unberührt bleibt indessen die Qualifikation der Erbenvertretereinsetzung im Verfahren vor Bundesgericht als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_241/2014 vom 28. Mai 2014 E. 1.2).

1.1 Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO sind mit Berufung erstinstanzliche Endentscheide, die eine vermögensrechtliche Streitigkeit zum Gegenstand haben, anfechtbar, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt. Ein Endentscheid i.S.v. Art. 236 ZPO ist ein prozesserledigender Entscheid, der das Verfahren innerhalb der damit befassten Instanz abschliesst. Mit dem Entscheid vom 5. Oktober 2017 fand das vorinstanzliche Verfahren um Einsetzung eines Erbenvertreters formell seinen Abschluss. Es liegt ein berufungsfähiger Endentscheid vor. Betreffend den Nachlass von Z._____ sen. sel. wurde eine Erbenvertreterin nach Art. 602 Abs. 3 ZGB ernannt, welche zur Hauptsache damit betraut ist, die Wohnung im Erdgeschoss der Liegenschaft _____weg 6 in O.1_____ zu verwalten, namentlich im Zusammenhang mit der Instandstellung und der Vermietung (vgl. angefochtener Entscheid, Dispositivziffern 1 und 2). Angesichts der Rechtsprechung und der im Gesuch des Berufungsbeklagten zum Ausdruck gebrachten monetären Interessen, nämlich Mieteinnahmen zu erzielen, rechtfertigt es sich, das Gesuch um Einsetzung eines Erbenvertreters als vermögensrechtliche Streitigkeit zu qualifizieren (vgl. zum Ganzen: Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, S. 306; Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 12 62 vom 29. November 2012 E. 1). Damit hat der Streitwert die Schwelle von CHF 10'000.00 zu überschreiten (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

Die Parteien äussern sich nicht zum Streitwert. Damit hat das Gericht den Streitwert nach Ermessen festzulegen (Art. 91 Abs. 1 und 2 ZPO). Da mit dem vorliegend zu beurteilenden Gesuch um Einsetzung eines Erbenvertreters in der Hauptsache die Vermietung der strittigen Wohnung beantragt wird, um regelmässige Einnahmen zugunsten des Nachlasses generieren zu können, rechtfertigt sich die

analoge Anwendung von Art. 92 abs. 1 ZPO. Der Streitwert bestimmt somit anhand des Kapitalwertes der wiederkehrenden Leistungen. Bei ungewisser oder unbeschränkter Dauer gilt als Kapitalwert der zwanzigfache Betrag der einjährigen Leistung (Art. 92 Abs. 2 ZPO). Den Akten ist ein Schreiben eines Mietinteressenten zu entnehmen, welcher die Wohnung zu einem monatlichen Mietzins von CHF 1'350.00 inkl. Nebenkosten angemietet hätte (vorinstanzliches act. II/5). Weitere Anhaltspunkte zur Bestimmung des marktüblichen Mietzinses fehlen. Der vorgenannte Mietzins erweist sich der I. Zivilkammer als plausibel, weshalb sie sich zur Bestimmung des Streitwertes auf diesen stützt. Vorliegend lässt sich indessen die Dauer der Leistungserbringung zumindest annähernd bestimmen, weil ein Mietverhältnis zwischen einem möglichen Mieter und der Erbgemeinschaft als solcher nur bis zu ihrer Auflösung, d.h. bis zur abschliessenden Zuteilung der Nachlassgegenstände, bestünde. Lässt sich die Dauer annähernd ermitteln, so ist auf den Annäherungswert abzustellen und es ist nicht nach Art. 92 Abs. 2, 1. Halbsatz ZPO zu kapitalisieren (vgl. Peter Diggelmann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, N 7 zu Art. 92 ZPO; Matthias Stein-Wigger, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N 10 zu Art. 92 ZPO; Beatrice van de Graaf, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Basel 2014, N 5 zu Art. 92 ZPO). Mit Eingabe vom 20. Mai 2016 hat der Berufungsbeklagte beim Regionalgericht Landquart die Erbteilungsklage instanziiert. Der Schriftenwechsel wurde am 27. September 2016 abgeschlossen. Angesichts des Verfahrenstandes ist mit einer Dauer von weiteren zwei Jahren bis zur vollständigen physischen Teilung des Nachlasses zu rechnen. Wie noch erläutert wird, steht der Erbenvertreter von Art. 602 Abs. 3 ZGB in erster Linie im Dienste des "Gesamtnachlasses". Die individuellen Interessen einzelner Erben spielen – in dessen Aufgabenbereich – grundsätzlich keine Rolle. Insoweit sind für die Streitwertberechnung auf die während der vorgenannten Dauer zu erwartenden Mietzinseinnahmen zugunsten des Gesamtnachlasses abzustellen und die berufungsklägerische Erbquote nicht zu berücksichtigen. Vor dem Hintergrund des Gesagten wird der Streitwert auf CHF 32'400.00 festgesetzt (12 Monate x CHF 1'350.00 Mietzins x 2 Jahre). Die Schwelle von CHF 10'000.00 ist damit überschritten. Der angefochtene Entscheid des Regionalgerichts Landquart ist folglich berufungstauglich.

1.2 Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EGzZPO; BR 320.100). Die interne Zuständigkeit fällt der I. Zivilkammer zu (Art. 6

Abs. 1 lit. a der Verordnung über die Organisation des Kantonsgerichts [KGV; BR 173.100]).

1.3 Gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid beträgt die Frist zur Einreichung der Berufung und der Berufungsantwort je zehn Tage (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Der angefochtene Entscheid des Einzelrichters am Regionalgericht Landquart vom 5. Oktober 2017 wurde den Parteien am 6. Oktober 2017 mitgeteilt und dem Rechtsvertreter der Berufungskläger am 9. Oktober 2017 zugestellt. Mit Eingabe vom 19. Oktober 2017 erfolgte die vorliegende Berufung demzufolge fristgerecht. Die übrigen formellen Voraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass, sodass auf die Berufung eingetreten werden kann.

2. Mit Berufung kann gemäss Art. 310 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden. Die Kognition der Berufungsinstanz ist damit umfassend. Dies hat zur Folge, dass die Rechtsmittelinstanz sämtliche gerügten Mängel frei und unbeschränkt prüfen kann und auch muss. Aufgrund der umfassenden Kognition ist die Berufungsinstanz nicht an die im Berufungsverfahren vorgebrachten Argumente der Parteien oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, weshalb sie Rügen mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen kann. Mit der Berufung als vollkommenes Rechtsmittel können sodann nicht nur die in Art. 310 ZPO explizit genannten Berufungsgründe der unrichtigen Rechtsanwendung und der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung gerügt werden; vielmehr kann auch die Unangemessenheit des erstinstanzlichen Entscheids geltend gemacht werden (vgl. Peter Reetz/Stefanie Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N 6 zu Art. 310 ZPO). Aufgrund des geltenden Rügeprinzips kann ein Fehler der Vorinstanz, lag dieser im Verfahren oder im Entscheid und sei er noch so klar, nur dann überprüft werden, wenn er zumindest der Spur nach bemängelt wird, damit er von der Rechtsmittelinstanz überprüft werden kann, ausser die Rechtsmittelinstanz hätte diesen Fehler von Amtes wegen zu korrigieren (BGE 138 III 374 E. 4.3.1).

3.1 Der Berufungsbeklagte beantragte im vorinstanzlichen Verfahren die Bestellung eines Erbenvertreters ausschliesslich im Nachlass des am 19. Februar 2015 verstorbenen Z._____ sen. (vgl. vorinstanzliches act. I/1, Rechtsbegehren Ziff. 1.). Eines Erbenvertreters bedürfe die Erbengemeinschaft "*lediglich in Bezug auf die Wohnung im Erdgeschoss am _____weg 6 in O.1_____*", welches Haupt-

bestandteil der Aktiven und Passiven des Nachlasses von Z._____ sel. bilde (vorinstanzliches act. I/1, S. 7, Ziff. 3).

Die Gesuchsgegner beantragten die Abweisung des Gesuchs, unter genereller Bestreitung der darin enthaltenen Behauptungen. Sie wiesen darauf hin, dass die Sache nicht nur den Nachlass von Z._____ sen. betreffe, sondern auch denjenigen der *"vorverstorbenen Mutter Z.1_____"* (vorinstanzliches act. I/2, S. 3 Ziff. 10).

3.2 Die Berufungskläger beantragen die Aufhebung des angefochtenen Entscheids (vgl. act. A.1, Rechtsbegehren 1). Nebst diversen Vorbringen führen sie in ihrer Eingabe vom 17. November 2017 hierzu das Folgende aus: *"Rechtlich geht es um die Teilung des Nachlasses von Z.1_____ und Z._____ (sen.), und nicht, wie die Gegenpartei festhält, nur um den Nachlass des zuletzt verstorbenen Vaters Z._____ sen."* (vgl. act. A.3, S. 2, Ziff. 3.). Damit bringen sie sinngemäss zum Ausdruck, dass die Einsetzung eines Erbenvertreters vorliegend auch den Nachlass der Mutter, Z.1_____ hätte betreffen müssen und sich nicht bloss auf den Nachlass des Vaters habe beschränken können. Dieses Vorbringen gilt es nachfolgend näher zu beleuchten.

4.1 Die Vorinstanz ernannte die Erbenvertreterin nur betreffend den Nachlass von Z._____ sen. (vgl. angefochtener Entscheid). Dabei differenzierte sie nicht zwischen dem Nachlass des Vaters, Z._____ sen. und dem Nachlass der vorverstorbenen Mutter, Z.1_____. Stillschweigend geht sie davon aus, dass die fragliche Wohnung ausschliesslich im Nachlass des Vaters steht. Der Berufungsbeklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass sich die besagte Wohnung "materiell" im Nachlass des Vaters, Z._____ sen., befinde (vgl. vorinstanzliches act. I/1, S. 4, Ziff. 4. sowie act. A.2, S. 4, Ziff. 2.c).

4.2 Gemäss Art. 560 Abs. 1 ZGB erfolgt unmittelbar mit dem Tod des Erblassers eine Universalsukzession der Erben in die Aktiven und Passiven des Erblassers. Sind dabei mehrere Erben vorhanden, entsteht zwischen ihnen vorerst und bis zur Erbteilung eine Erbengemeinschaft (vgl. Art. 602 ZGB). Es entsteht zwischen den Erben eine "Gemeinschaft aller Rechte und Pflichten der Erbschaft", eine blosser Rechtsgemeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit in der Form einer Gesamthandgemeinschaft. Zweck der Erbengemeinschaft ist ihre Liquidation. Die Nachlassaktiven und –passiven sind unter den Erben aufzuteilen und in deren Alleinberechtigung bzw. –verpflichtung zu überführen. Stirbt einer der Erben während der Dauer der Erbengemeinschaft, so folgen ihm seine eigenen Erben – i.S. einer Untererbengemeinschaft – in seine Stellung (vgl. Art. 542 Abs. 2 ZGB). Die

Mitglieder der Erbengemeinschaft werden Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände, was zur Folge hat, dass gemäss Art. 652 ZGB das Recht eines jeden je auf die ganze Sache geht. Gemäss Art. 653 Abs. 3 ZGB besteht der Anteil jedes einzelnen an der Sache ausschliesslich in einer – dem individuellen Erbanteil des betreffenden Erben entsprechend – latenten oder ideellen Quote, über die nicht individuell verfügt werden kann (vgl. zum Ganzen: Thomas Weibel, in: Abt/Weibel [Hrsg.], Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl., Basel 2015, N 4 ff. zu Art. 602 ZGB). Die Erbengemeinschaft entsteht von Gesetzes wegen, weshalb die Erben auch ohne Grundbucheintrag zu gesamthänderischen Eigentümern an den Erbschaftsgrundstücken werden (vgl. Art. 656 Abs. 2 ZGB).

Auf Begehren eines Miterben kann die zuständige Behörde der Erbengemeinschaft bis zur Teilung eine Vertretung bestellen (Art. 602 Abs. 3 ZGB). Dem Begehren ist in der Regel dann zu entsprechen, wenn eine rationelle Erhaltung und Verwaltung der Erbschaft unmöglich oder erheblich erschwert ist, beispielsweise bei Abwesenheit von Erben, Unfähigkeit der Erben, die Erbschaft zu verwalten oder zu einer einstimmigen Entscheidung zu gelangen. Die Behörde hat dabei die Interessen der Erbschaft als Ganzes, nicht bloss einzelner Erben zu würdigen und objektiv zu prüfen, ob der Eingriff notwendig erscheint (vgl. zum Ganzen PKG 2005 Nr. 24, E. 2a). Die Kompetenzen des Erbenvertreters können entsprechend der ihm übertragenen Aufgaben begrenzt werden (vgl. Hans Rainer Künzle, in: Böhler/Jakob [Hrsg.], Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, N 29 zu Art. 602 ZGB).

4.3 Die Berufungskläger bestreiten, dass sich die fragliche Wohnung im alleinigen Nachlass des Vaters befindet (vgl. vorinstanzliches act. I/2, S. 4, Ziff. 10). In den Akten lassen sich keine Anhaltspunkte finden, welche die Behauptung des Berufungsbeklagten, die Wohnung stehe materiell (was immer damit gemeint ist) im Nachlass des Vaters, stützen würde. Da der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte seinen Antrag auf Einsetzung eines Erbenvertreters explizit damit begründet, dass die fragliche Wohnung im alleinigen Nachlass seines Vaters steht, ist er für diese Tatsache, die das eigentliche Klage- oder Gesuchsfundament bildet, nach Art. 8 ZGB beweisbelastet. Dabei ist anzumerken, dass die Einsetzung eines Erbenvertreters nur dann Sinn machen kann, wenn dieser allein Verfügungsfähig ist, d.h. die fragliche Sache ausschliesslich zu dem Nachlass gehört, für welchen der Erbenvertreter eingesetzt wird.

Den vom Berufungsbeklagten im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Akten, insbesondere der zwischen Z.1_____ und Z._____ abgeschlossenen Nutzungs-

und Verwaltungsordnung über das Grundstück Nr. _____ in der Stadt O.1 _____ vom 28. März 2006 (vorinstanzliches act. II/4), kann entnommen werden, dass Z. _____ damals Miteigentümer zu 63/100 an der fraglichen Liegenschaft war (Miteigentumsgrundstück Nr. _____, 6 ½ Zimmerwohnung), und Z.1 _____ zu 37/100 (Miteigentumsgrundstück Nr. _____, 3 ½ Zimmerwohnung). Zumindest im Jahre 2006 war damit das Miteigentumsgrundstück Nr. _____, dessentwegen heute die Bestellung einer Erbenvertretung verlangt wird, noch im alleinigen Eigentum von Z.1 _____; ihr Ehegatte war daran nicht beteiligt. Weder sind aus den Akten Anhaltspunkte ersichtlich noch bringen die Parteien substantiiert vor, dass das Eigentum an der 3 ½-Zimmerwohnung seit Abschluss der Verwaltungs- und Nutzungsordnung auf Z. _____ sen. übertragen wurde. Es liegt auch kein Grundbuchauszug im Recht, welcher über die aktuellen Eigentumsverhältnisse bzw. die Eigentumsverhältnisse zum Zeitpunkt des Versterbens von Z. _____ sen. Aufschluss geben würde. Zwar bringt der Berufungsbeklagte vor, die Wohnung befinde sich "materiell" im Nachlass des Vaters, weil diesem der gesamte Nachlass der Mutter übertragen worden sei. Belege für eine erfolgte Erbteilung hinsichtlich des Nachlasses der Mutter liefert er jedoch nicht (vgl. Art. 634 Abs. 1 und 2 ZGB). Seitens der Vorinstanz wurde es unterlassen, durch Ausübung der richterlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO dem Gesuchsteller Gelegenheit zu geben, seine ungenauen und in beweisrechtlicher Hinsicht unvollständigen Vorbringen in diesem zentralen Punkt klarzustellen.

Aufgrund der vorliegenden Akten ist es deshalb unwahrscheinlich, dass die fragliche Wohnung, bzw. das Miteigentumsgrundstück Nr. _____, heute im alleinigen Nachlass von Z. _____ sen. steht. Wahrscheinlicher ist, dass beim Vorversterben der einstigen Eigentümerin Z.1 _____ das Miteigentumsgrundstück in das Gesamteigentum ihrer Erben, d.h. in dasjenige ihres Ehemannes *und* ihrer Nachkommen ging. Z. _____ sen. wäre in diesem Fall nur einer der Gesamteigentümer, dem keine alleinige Verfügungsbefugnis über das Grundstück zugekommen wäre, was auch auf den in seinem Nachlass eingesetzten Erbenvertreter zutreffen würde. Die Einsetzung eines Erbenvertreters ausschliesslich im Nachlass von Z. _____ sen. wäre damit nicht zielführend, weil der Erbenvertreter hinsichtlich des fraglichen Grundstücks keine verbindlichen Anordnungen treffen könnte.

Nachdem *nicht* feststeht, dass das fragliche Miteigentumsgrundstück ausschliesslich im Nachlass von Z. _____ sen. steht, und der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte dafür beweispflichtig gewesen wäre, kann dem entsprechenden Gesuch aufgrund der aktuellen Beweislage nicht entsprochen werden. Das gegen den ent-

sprechenden Entscheid der Vorinstanz eingereichte Rechtsmittel ist deshalb begründet.

4.4. Zum gleichen Schluss gelangt das Gericht auch aufgrund einer weiteren Überlegung:

Wie sich aufgrund der von den Berufungsklägern ins Recht gelegten Klageschrift des Berufungsbeklagten im Hauptprozess vom 20. Mai 2016 (act. B.2) ergibt, ist der Berufungskläger der Auffassung, dass der Nachlass von Z.1_____ im Nachlass von Z._____ sen. enthalten sei (vgl. act. B.2, Rechtsbegehren 3), und falls dies nicht zutreffen sollte, dass auch der Nachlass von Z.1_____ festzustellen und zu teilen sei. Auf S. 4 der Klage wird festgehalten, dass Z.1_____ bei ihrem Ableben Eigentümerin der Wohnung im Erdgeschoss war. Auf S. 6, Ziffer 2, wird dann behauptet, der Nachlass von Z.1_____ sei *"im gegenseitigen Einvernehmen unter den Erben an den überlebenden Ehegatten Z._____ sen. übertragen"* worden, der damit ihr Alleinerbe geworden sei. Im Grundbuch der Stadt O.1_____ sei die Übertragung des Eigentums an der Wohnung – *"welche auf den Namen von Z.1_____ lautete"* – noch nicht erfolgt.

Damit steht fest, dass zumindest bei der Klageeinleitung am 20. Mai 2016, d.h. mehr als ein Jahr nach dem Ableben von Z._____ sen. noch immer seine vorverstorbene Ehefrau Z.1_____ im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen war. Offensichtlich wurde zu Lebzeiten von Z._____ sen. kein Erbteilungsvertrag im Nachlass seiner Ehefrau zur Eintragung im Grundbuch angemeldet, wobei anzufügen ist, dass ein solcher Teilungsvertrag schriftlich und nicht bloss stillschweigend hätte abgeschlossen werden müssen (Art. 634 Abs. 2 ZGB) und der Grundbucheintrag für den Erwerb des Alleineigentums konstitutiv gewesen wäre (Art. 656 Abs. 2 ZGB). Stellt man auf die Ausführungen des Klägers, Gesuchstellers und Berufungsbeklagten ab, befindet sich das Miteigentumsgrundstück heute formell (und materiell) immer noch im Gesamteigentum der Erben von Z.1_____. Der Umstand, dass die Klageschrift des Berufungsbeklagten im Hauptprozess erst im Berufungsverfahren eingelegt wurde und damit grundsätzlich der Novenschranke von Art. 317 Abs. 1 ZPO unterliegen würde, kommt hier ausnahmsweise nicht zum Tragen, weil die Tatsache, dass im Grundbuch die (allfällige) Teilung im Nachlass von Z.1_____ zumindest bis zur Klageeinleitung nicht eingetragen worden war, gerichtsnotorisch im Sinne von Art. 151 ZPO war. Denn im gleichzeitig zwischen den Parteien geführten Zivilprozess, auf welchen sich der Gesuchsteller auf Seite 3 beruft (vgl. vorinstanzliches act. I/1, S. 3, Ziff. 1), wird ausdrücklich aufgeführt, dass im Grundbuch nach wie vor Z.1_____ als Eigentümerin der besagten Woh-

nung eingetragen war (vgl. act. B.2, S. 6, Ziff. 2). Damit musste sie im vorinstanzlichen Verfahren nicht behauptet oder bewiesen werden (Thomas Sutter-Somm/Claude Schrank, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., N. 39 zu Art. 55 ZPO; Franz Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., N. 4 ff. zu Art. 151 ZPO). Sowohl die Parteien – insbesondere der heutige Berufungsbeklagte, der die entsprechende Tatsache in den Prozess einführte – wie auch das Gericht hatten davon Kenntnis, und die gegenteilige Annahme war auch unter dem Gesichtspunkt des in Art. 153 Abs. 2 ZPO statuierten Prinzips, dass der Richter bei begründeten Zweifeln die entsprechenden Beweise von Amtes wegen zu erheben hat, nicht gerechtfertigt (vgl. Thomas Sutter-Somm/Claude Schrank, a.a.O., N. 57 zu Art. 55 ZPO, N. 39 zu Art. 55 ZPO; Franz Hasenböhler, a.a.O., N. 9 f. zu Art. 153 ZPO). Weil die Tatsache, dass der Gesuchsteller in der Klageschrift vom 20. Mai 2016 selbst ausgeführt hat, dass immer noch seine Mutter, Z.1_____, als Eigentümerin der strittigen Wohnung eingetragen sei, dies dem Vorderrichter bekannt war und damit im Sinne von Art. 151 ZPO auch hätte im vorinstanzlichen Verfahren berücksichtigt werden müssen, liegt gerade kein Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO vor.

4.5 Vor dem Hintergrund des vorstehend Gesagten und in Beachtung der Tatsache, dass für Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Untersuchungsgrundsatz gilt (vgl. Art. 255 lit. b ZPO), wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, die Frage der Eigentümerstellung am Miteigentumsgrundstück _____ für den Zeitpunkt der Entscheidfällung von Amtes wegen zu klären. Obschon im Berufungsverfahren eine offensichtliche Wahrscheinlichkeit für die Annahme besteht, dass immer noch Z.1_____ als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen ist, und das Miteigentumsgrundstück Nr. _____ damit im Gesamteigentum ihrer Erben stehen würde, fehlt ein strikter Nachweis. Ist der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen, so kann die Berufungsinstanz das vorinstanzliche Urteil aufheben und die Vorinstanz anweisen, weitere Fragen abzuklären, um sodann ein neues Urteil zu fällen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Eines förmlichen Rückweisantrags einer Partei bedarf es nicht, die zuständige Berufungsinstanz entscheidet – im Rahmen ihres Ermessenspielraumes – von Amtes wegen (vgl. zum Ganzen Benedikt Seiler, a.a.O., N 1519 und 1534 f.). Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Rechtsmittelinstanz, den Sachverhalt anstelle des erstinstanzlichen Gerichts zu erstellen (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts von Graubünden ZK2 11 36 vom 9. November 2012 E. 6.g; Entscheid des Kantonsgerichts Baselland 400

12 146 vom 7. August 2012 E. 5). Die Vorinstanz ist folglich anzuweisen, weitere Abklärungen zu tätigen und Beweise einzuholen, um zu klären, welchem Nachlass die fragliche Wohnung angehört. Falls sich das Miteigentumsgrundstück Nr. _____ im Nachlass der vorverstorbenen Z.1_____ befindet, wäre das Gesuch, das sich ausdrücklich auf die Verwaltung der Wohnung im Nachlass von Z._____ sen. bezieht, abzuweisen. Falls sich das Miteigentumsgrundstück jedoch heute nachgewiesenermassen ausschliesslich im Nachlass von Z._____ sen. befindet, wäre auf dieser Grundlage ein neuer Entscheid zu fällen.

4.6 Festzuhalten ist schliesslich, dass eine Uminterpretation des gesuchstellerischen Rechtsbegehrens in dem Sinne, dass auch der Nachlass von Z.1_____ davon erfasst würde, angesichts des klaren Wortlautes des gestellten Antrags und der Gesuchsbegründung nicht möglich ist (vgl. BGE 123 IV 125 E. 1). Die Vorinstanz und die Gesuchsgegner haben denn auch das Gesuch – in richtiger Interpretation des Wortlauts – ausschliesslich auf den Nachlass von Z._____ sen. bezogen. Eine Ausdehnung des Rechtsbegehrens auch auf den Nachlass von Z.1_____ würde gegen die Dispositionsmaxime gemäss Art. 58 Abs. 1 ZPO verstossen, wonach das Gericht an die Rechtsbegehren der Parteien gebunden ist und einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen kann, als diese verlangt (vgl. zum Ganzen: Daniel Glasl, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, N 1 f. und 11 ff. zu Art. 58 ZPO).

5. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Berufung gutzuheissen ist. Die Sache ist zur Abklärung und Vervollständigung des Sachverhaltes und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der unterliegende Berufungsbeklagte die Kosten des Berufungsverfahrens, die gestützt auf Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (BR 320.210) auf CHF 2'000.00 festgesetzt werden, zu übernehmen. Mangels Einreichung einer Honorarnote wird die Höhe der Parteientschädigung zu Gunsten der Berufungskläger nach richterlichem Ermessen festgelegt. Dabei erscheint der Betrag von CHF 1'000.00 (inklusive Spesen und Mehrwertsteuer) der Schwierigkeit der Sache und des notwendigen Aufwands angemessen.

III. Demnach wird erkannt:

1. Der Entscheid des Regionalgerichts Landquart vom 5. Oktober 2017 wird aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
- 2.a) Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden auf CHF 2'000.00 festgesetzt und mit dem von X._____ und Y._____ geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, X._____ und Y._____ den Betrag von insgesamt CHF 2'000.00 zu erstatten.
- b) Z._____ hat X._____ und Y._____ für das Berufungsverfahren mit insgesamt CHF 1'000.00 aussergerichtlich zu entschädigen.
3. Gegen diese, einen Streitwert von mindestens CHF 30'000.00 betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und Art. 90 ff. BGG.

Mitteilung an: