

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB220036-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Gautschi

Urteil vom 25. April 2023

in Sachen

1. **A.**_____, lic. iur.,

2. **B.**_____,

Beklagte und Berufungskläger

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

gegen

Erbengemeinschaft des C.____ **sel.**, geboren tt. Mai 1928, von D.____, gestorben tt.mm.2019, E.____-strasse 1, F.____, bestehend aus:

1. **G.**_____,

2. **Erbengemeinschaft der H.**____ **sel.**, geboren tt. September 1930, von D.____, gestorben tt.mm.2021, E.____-strasse 1, F.____, bestehend aus:

a) **G.**_____,

b) **I.**_____,

3. **I.**_____,

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2._____,

betreffend **Herausgabe / Eintreten / Rückweisung**

**Berufung gegen einen Beschluss der 10. Abteilung des Bezirksgerichtes
Zürich vom 20. Oktober 2020; Proz. CG200019**

**Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 9. Juni
2021; Proz. LB200047**

Urteil des Bundesgerichtes vom 31. August 2022; Proz. 5A_579/2021

Rechtsbegehren:

der Kläger (act. 6/2 S. 3)

- " 1. Die Beklagten seien zu verpflichten, den Klägern Zug um Zug gegen Bezahlung von CHF 1 (einen Schweizer Franken) 212 Inhaberaktien der J._____ SA mit Sitz in Zürich (CHE-...) herauszugeben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten zuzüglich Mehrwertsteuer."

der Beklagten (act. 6/41 S. 2 f.):

- " 1. Auf die Klage vom 20. Februar 2020 sei nicht einzutreten;
2. eventuell sei die Klage als durch Rückzug erledigt abzuschreiben, soweit sie im Namen von I._____ erfolgt ist;
3. subeventuell sei die Klage vollumfänglich abzuweisen;
4. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin G._____."

Beschluss des Bezirksgerichtes:

(act. 5)

1. Der Nichteintretensantrag der Beklagten wird abgewiesen und auf die Klage vom 20. Februar 2020 wird eingetreten.
2. Die Entscheidegebühr für diesen Beschluss wird festgesetzt auf Fr. 5'000.-.
3. Die Kosten des vorliegenden Beschlusses werden dem Kläger 1c persönlich auferlegt.
4. Der Kläger 1c wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 gemeinsam eine Parteientschädigung von total Fr. 5'500.- (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
- 5./6. [Mitteilung / Rechtsmittel].

Berufungsanträge:

Der Berufungskläger (act. 2 S. 2):

- "1. Der Beschluss vom 20. Oktober 2020 des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, Geschäfts-Nr. CG200019-L/Z04, sei aufzuheben und das vor erster Instanz von den Berufungsklägern 1 und 2 gestellte Rechtsbegehren vollumfänglich gutzuheissen, welches lautet:
 - a. Auf die Klage vom 20. Februar 2020 sei nicht einzutreten;
 - b. eventuell sei die Klage als durch Rückzug erledigt abzuschreiben, soweit sie im Namen des Berufungsbeklagten 3 erfolgt ist;
 - c. subeventuell sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Berufungsbeklagten 1 und 3."

Der Berufungsbeklagten 1 (act. 14 S. 3):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil sei zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten zuzüglich Mehrwertsteuer und unter solidarischer Haftung.

Prozessualer Antrag:

Das Berufungsverfahren sei zu sistieren, bis die Erben von H. _____ ermittelt sind."

Des Berufungsbeklagten 3 (act. 13 S. 3):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen und der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 20. Oktober 2020 zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten und Berufungskläger."

Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich: (act. 37)

- "1 Die Berufung wird gutgeheissen, und der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 20. Oktober 2020 wird aufgehoben.

2. Die Klage des Berufungsbeklagten 3 vom 20. Februar 2020 gilt als nicht erfolgt.
3. Die Klage der Berufungsbeklagten 1 sowie der Erbengemeinschaft der Berufungsbeklagten 2, bestehend aus den Berufungsbeklagten 2 a) und 2 b), ist mangels Aktivlegitimation abzuweisen.
4. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden auf Fr. 5'000.– festgesetzt und dem Berufungsbeklagten 3 auferlegt.
5. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden auf Fr. 7'000.– festgesetzt und den Berufungsbeklagten unter solidarischer Haftung auferlegt.
6. Die Gerichtskosten werden aus dem von den Berufungsbeklagten im vorinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Im Mehrumfang wird der Kostenvorschuss zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches. Den Berufungsklägern wird der von ihnen im Berufungsverfahren geleistete Kostenvorschuss zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches.
7. Der Berufungsbeklagte 3 wird verpflichtet, den Berufungsklägern für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von total Fr. 5'500.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Die Berufungsbeklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Berufungsklägern für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von total Fr. 6'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
8. [Mitteilungen]
9. [Rechtsmittel]"

Urteil des Bundesgerichts:

(act. 38)

- "1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 9. Juni 2021 aufgehoben und die Sache zur Tatsachenfeststellung und Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an das Obergericht zurückgewiesen.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 7'500.– werden den Beschwerdegegnern auferlegt.
3. Die Beschwerdegegner haben die Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 10'000.– zu entschädigen.
4. [Mitteilungen]"

Erwägungen:

1. Die Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Kläger) bilden die Erbengemeinschaft des C._____ sel., gestorben am tt.mm.2019 (nachfolgend: Erblasser) sowie der H._____ sel., gestorben am tt.mm.2021, welche ihrerseits bis zu ihrem Versterben Teil der Erbengemeinschaft ihres vorverstorbenen Ehemannes (Erblasser) war. Der Erblasser hatte mit Rechtsanwalt K._____ (L._____ Rechtsanwälte) einen Aktienkaufvertrag über 212 Aktien der J._____ SA abgeschlossen, wobei die Beklagten und Berufungskläger (nachfolgend: Beklagte) mit einer Vereinbarung betreffend Vertragsübernahme vom 19. August 2011 in die Stellung von K._____ (sowie der L._____ Rechtsanwälte) eintraten.
2. Mit einer namens der Kläger eingereichten Klage vom 20. Februar 2020 machten die Rechtsvertreter der Klägerin 1 bei der Vorinstanz eine Klage auf Ungültigkeit des Aktienkaufvertrags sowie der Vereinbarung betreffend Vertragsübernahme anhängig und verlangten die Herausgabe der Aktien (act. 6/1 f.). Der Kläger 3 wandte sich daraufhin mit Schreiben vom 23. April 2020 an die Vorinstanz und machte geltend, die Klage sei nicht im Namen der Erbengemeinschaft

erhoben worden und er habe in seiner Eigenschaft als Erbe weder Einverständnis noch Zustimmung zur Klage gegeben (act. 6/11). Die Vorinstanz setzte den Parteien vorerst Frist, um sich zur Frage der Partei- und Prozessfähigkeit der klagenden Parteien zu äussern (act. 6/13). Nach mehreren Stellungnahmen hierzu beschloss die Vorinstanz am 20. Oktober 2020, auf die Klage vom 20. Februar 2020 einzutreten (act. 4/1 = act. 5 [Aktenexemplar] = act. 6/42, nachfolgend zitiert als act. 5). Die dagegen erhobene Berufung hiess die Kammer mit Urteil vom 9. Juni 2021 gut (act. 23 = act. 37, nachfolgend zit. als act. 37, Geschäfts-Nr. LB200047-O). Dagegen erhoben die Berufungsbeklagten Beschwerde beim Bundesgericht, welches diese mit Urteil vom 31. August 2022 guthiess, das angefochtene Urteil der Kammer aufhob und die Sache zu neuer Entscheidung an die Kammer zurückwies (act. 35 = act. 38, nachfolgend zit. als act. 38). Für Einzelheiten des Verfahrensgangs wird auf angefochtenen Entscheide verwiesen (act. 5 E. I., act. 37 E. I.2., act. 38 lit. C S. 4).

3. Nach der Aufhebung des Urteils der Kammer vom 9. Juni 2021 durch das Bundesgericht ist über die Berufung gegen den Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 20. Oktober 2020 neu zu entscheiden. Dabei ist die Kammer an die Erwägungen im bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid gebunden. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, wird diesbezüglich auf die Begründung der Urteils des Bundesgerichts vom 31. August 2022 verwiesen (act. 38).

Zusammengefasst kam das Bundesgericht zum Schluss, es könne für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein, ob eine Generalvollmacht, welche der Erblasser zu Lebzeiten für die Klägerin 1 ausgestellt hatte, über dessen Tod hinaus wirksam sei, wozu die kantonalen Gerichte die wesentlichen Tatsachen nicht festgestellt und namentlich nicht festgestellt hätten, ob und allenfalls wann und von welchem Erbe eine Generalvollmacht widerrufen oder bestätigt worden sei. Die Streitsache wurde daher zur Tatsachenfeststellung und Neubeurteilung zurückgewiesen.

4.1 Im vorinstanzlichen Verfahren wurde die Klagebewilligung unstreitig nur von der Klägerin 1 hängig gemacht, handelnd nicht im eigenen Namen, sondern als Vertreterin der Erben ihres Vaters, und zwar gestützt auf Vollmachten der Miter-

ben vom 1. Dezember 2019 (act. 6/2 Rz 27 und act. 6/4/7). Die Kammer hat im Urteil vom 9. Juni 2021 die Vollmacht des Klägers 3 an die Klägerin 1 vom 1. Dezember 2019 ausgelegt und ist zum Schluss gekommen, diese Vollmacht beinhalte keine Bevollmächtigung zur Einleitung einer Klage gegen die Beklagten (act. 37 E. III.5.3. S. 15 ff.). Der Kläger 3 habe die Klage auch nicht nachträglich genehmigt, sondern mit Schreiben vom 23. April 2020 an die Vorinstanz vielmehr unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er die Klageeinleitung der Klägerin 1 nicht genehmige. Diese Nichtgenehmigung der Klage durch den Kläger 3 wirke wie jedes Gestaltungsrecht unwiderruflich, weshalb letztlich der Kläger 3 auf die Nichtgenehmigung nicht habe zurückkommen können. Dies führte zur Gutheissung der Berufung, galt doch damit die Klage des Klägers 3 als nicht erfolgt, während die Klage der Klägerin 1 (sowie der Erbengemeinschaft der verstorbenen Klägerin 2) mangels Aktivlegitimation abzuweisen war (act. 37 E. III.7. S. 19 f.). Das Bundesgericht hat sich zu den Erwägungen der Kammer betreffend die Vollmacht vom 1. Dezember 2019 nicht *expressis verbis* geäußert. Es besteht kein Anlass, von der Würdigung gemäss Entscheid der Kammer vom 9. Juni 2021 abzuweichen und es bleibt insoweit bei diesem Entscheid.

4.2 Das Bundesgericht hob den Entscheid der Kammer indes wie gesehen auf, weil die kantonalen Instanzen nicht geprüft hatten, ob sich – wie von den Klägern in ihrer Stellungnahme vom 25. Juni 2020 vor Bezirksgericht vorgebracht (act. 6/30 Rz 14-16) – die Klageeinleitung auf eine Generalvollmacht vom Erblasser an die Klägerin 1 vom 14. Dezember 2016 (act. 6/19/40) stützen lasse (act. 38 E. 4.3 – 4.5 S. 9). Es verwies dabei auf die Berufungsantwort der Berufungsbeklagten (act. 14 Rz 17), wo diese geltend machten, die Generalvollmacht vom 14. Dezember 2016 stelle eine hinreichende Vollmacht für die Klageeinleitung dar, weil sie über den Tod von C._____ hinaus gelte und sie vor der Prozesseinleitung nicht widerrufen, sondern von H._____ und I._____ bestätigt worden sei. Die kantonalen Gerichte hätten die für den Entscheid dieser Frage wesentlichen Tatsachenfeststellungen nicht getroffen und namentlich nicht festgestellt, ob und allenfalls wann und von welchen Erben die Generalvollmacht widerrufen oder bestätigt worden seien (act. 38 E. 4.2 und 4.5).

4.3 Die Klägerin 1 erwähnte im vorinstanzlichen Verfahren in ihrer Stellungnahme vom 20. Mai 2020 zur Partei- und Prozessfähigkeit der klagenden Parteien, dass ihr Vater ihr und M._____ am 14. Dezember 2016 eine Generalvollmacht erteilt habe, gestützt auf welche sie im Herbst 2018 ihre Rechtsvertreter mandatiert und das Schlichtungsbegehren in Zürich eingereicht habe (act. 6/18 Rz 3 und 4). Für die Legitimation zur Fortsetzung des Verfahrens stützte sich die Klägerin 1 dagegen auf die Vollmachten vom 1. Dezember 2019 (act. 6/18 Rz 5, 6 und 17). Die Beklagten liessen in ihrer Stellungnahme sowohl die Generalvollmacht vom 14. Dezember 2016, wie auch die Vollmachten vom 1. Dezember 2019 nicht als hinreichende Prozessvollmacht gelten (act. 6/25 Rz 6 und 11 und auch act. 6/37 Rz 12). In der weiteren Stellungnahme vom 25. Juni 2020 (act. 6/30) widersprach die Klägerin 1 den Beklagten und verwies erneut auf den Wortlaut der Generalvollmacht vom 14. Dezember 2016. Diese habe ausdrücklich auch eine Ermächtigung zum Prozessieren beinhaltet. Sie sei überdies über den Tod von C._____ gültig gewesen; es habe nach dessen Tod damit weiterhin eine explizite Prozessvollmacht existiert, welche von keinem Erben jemals widerrufen worden sei. Die Weiterführung der bereits vor dem Versterben des Erblassers angehobenen Klage sei zusätzlich zur weiterbestehenden Generalvollmacht von C._____ auch von den als Generalvollmachten ausgestalteten Vollmachten vom 1. Dezember 2019 erfasst (act. 6/30 Rz 8 und 13 ff.). In der Berufung hielt die Klägerin 1 fest, die Kläger hätten vor Vorinstanz den Standpunkt vertreten, dass die Generalvollmacht vom 14. Dezember 2016 (act. 6/19/40) eine hinreichende Vollmacht für die Klageeinleitung dargestellt habe, weil (1) sie über den Tod von C._____ hinaus gegolten habe und (2) sie vor der Prozesseinleitung nicht widerrufen, sondern (3) von H._____ und vom Kläger durch Ausstellen der beiden Vollmachten vom 1. Dezember 2019 (act. 6/4/7) bestätigt worden sei. Erst am 28. Februar 2020 und damit erst nach der Klageeinreichung habe der Kläger, und nur er, die bestätigte Generalvollmacht widerrufen (act. 14 Rz 17). Die Beklagten hatten sich auch im Berufungsverfahren auf den Standpunkt gestellt, dass die Generalvollmacht vom 14. Dezember 2016 keine ausreichende Prozessvollmacht darstelle (act. 2 Rz 12 und Rz 33 ff.).

4.4 Das Obergericht hat sich - nach der verbindlichen Auffassung des Bundesgerichts - mit der Generalvollmacht zur Klageanhebung nochmals zu befassen. Dabei ist vorab festzuhalten, dass kein Anlass besteht, die im Entscheid der Kammer vom 9. Juni 2021 vertretene Auffassung, wonach die Generalvollmacht vom 14. Dezember 2016 grundsätzlich eine hinreichende Grundlage für die Klageeinleitung darstellt (act. 37 E. III.4.), abzuweichen. Die auf die Klägerin (und M._____) ausgestellte Generalvollmacht enthält sodann folgenden Passage (act. 6/19/40 S. 2):

"Diese Generalvollmacht und die (allenfalls) damit verbundenen Auftragsverhältnisse erlöschen ausdrücklich **nicht bei einem allfälligen Verlust der Handlungsfähigkeit** (insbesondere bei Demenz) **oder bei Tod** der vollmachtgebenden Person bzw. des Auftraggebers, sofern und soweit dies zulässig ist."

Die zu beurteilende Generalvollmacht galt nach deren Wortlaut unmissverständlich über den Tod des Vollmachtgebers C.____ hinaus, was grundsätzlich zulässig ist (act. 38 E. 4.4). Sinn und Zweck einer solchen transmortalen Vollmacht ist es u.a., die vermögensrechtliche Interessenwahrung nach dem Tod des Erblassers bis zur Ausstellung der Erbescheinigung sicherzustellen, was zuweilen lange gehen kann (BGE 147 IV 465 E. 4.2 a.E.).

4.5 Vorliegend verstarb C.____ am tt.mm.2019. Die Erbescheinigung folgte bereits am 9. Dezember 2019 und am 1. Dezember 2019 erteilten wie gesehen die Klägerin 2 und der Kläger 3 der Klägerin 1 je eine Vollmacht als Erbenvertreterin (act. 6/4/7), welche nach der Auffassung der Kammer die Klägerin 1 indes nicht legitimierte, im Namen der Klägerin 2 und des Klägers 3 die Klage beim Gericht einzureichen. Dem bundesgerichtlichen Entscheid lässt sich zu dieser Auffassung nichts entnehmen. Es ist mithin davon auszugehen, dass die Klägerin 1 gestützt auf die Vollmachten vom 1. Dezember 2019 nicht berechtigt war, die Klage im Namen der Erbengemeinschaft einzureichen. Es wurde indes von den Parteien auch nicht behauptet, eine gestützt auf die Generalvollmacht vom 14. Dezember 2016 bestehende Ermächtigung sei bis zur Einreichung der Klage beim Gericht widerrufen worden.

4.6 Mit dem Bundesgericht (act. 38 E. 4.5; so auch: BSK-OR I-Watter, 7. A., Art. 35 N 11; KUKO OR-Jung, Art. 35 N 7; ZR 97 [1998] Nr. 24 E. II. 5. c; nichts Gegenteiliges ergibt sich auch aus BGE 147 IV 465 E. 4.2) ist davon auszugehen, dass die Wirksamkeit der transmortalen Generalvollmacht vom 14. Dezember 2016 jedenfalls mit dem Widerruf durch einen Erben endete. Ein solcher Widerruf erfolgte auch nach Darstellung der Kläger in der Berufungsantwort (act. 14 Rz 20), indes *nach* der Klageeinreichung beim Bezirksgericht, am 12. Februar 2020 gegenüber den Rechtsvertretern (act. 6/7).

Mit der gegenüber der Vorinstanz abgegebenen Erklärung vom 23. April 2020 (act. 6/11) hat der Kläger 3 sodann ausdrücklich festgehalten, dass die Klage nicht im Namen der Erbengemeinschaft erhoben wurde. Vielmehr habe es sich bei der Klage um die Fortsetzung einer persönlichen Initiative seiner Schwester G._____ gehandelt, welche unter Berufung auf eine Generalvollmacht des Vaters ein lange zurückliegendes Rechtsgeschäft torpedieren lasse. Er bezweifle, dass der Vater diesen Rechtsstreit je gewollt habe (...). Er werde in der anstehenden erbrechtlichen Auseinandersetzung diese Angelegenheit auch nicht seiner Schwester überlassen. Das Verfahren sei daher zu beenden. Dies kann nur so verstanden werden, dass der Kläger 3 - als ein zur Rechtsnachfolge berechtigter Erbe - die mit der Generalvollmacht vom 14. Dezember 2016 erteilte Prozessbevollmächtigung an die Klägerin 1 widerrief. Angesichts dieser Umstände kann die Frage, ob die transmortale Vollmacht nach Ausstellung der Erbescheinigung am 9. Dezember 2019 überhaupt noch gültig war, vorliegend offen bleiben. Denn spätestens im Zeitpunkt des Widerrufs durch den Kläger 3 erlosch die transmortale Generalvollmacht. Die Ausübung dieses Gestaltungsrechts ist unwiderruflich und bedingungsfeindlich. Es kann dazu auf die Erwägungen der Kammer im Entscheid vom 9. Juni 2021 (act. 37 E. III.7.) verwiesen werden.

Auch wenn die Klageeinreichung beim Bezirksgericht durch die Klägerin 1 im Namen der Erbengemeinschaft von der transmortalen Generalvollmacht von C._____ vom 14. Dezember 2016 an seine Tochter gedeckt gewesen wäre, erlosch diese Vollmacht spätestens mit der Erklärung des Klägers 3 vom 23. April 2020. Darin liegt entgegen der Klägerin 1 nicht ein unzulässiger Klagerückzug des

Klägers 3 (so act. 14 Rz 20), sondern der Kläger 3 schied mit dem Widerruf der Generalvollmacht aus dem Verfahren aus, und zwar unwiderruflich. Auf die namens des Klägers 3 erhobene Klage ist daher nicht einzutreten, und ab diesem Zeitpunkt fehlte es der verbleibenden Klägerin 1 sowie der Klägerin 2 resp. der Erbengemeinschaft der Klägerin 2 an der Aktivlegitimation.

5.1 Mit Eingabe vom 18. November 2022 teilten die Rechtsvertreter der Klägerin 1 mit, es habe auf Seite der Berufungsbeklagten ein Parteiwechsel im Sinne von Art. 83 Abs. 1 ZPO stattgefunden und reichten einen partiellen Erbteilungsvertrag vom 11./16. November 2022 zwischen der Klägerin 1 und dem Kläger 3 in den Nachlässen des Erblassers sowie der H._____ sel., gestorben am tt.mm.2021, ein (act. 39). In diesem partiellen Erbteilungsvertrag vereinbarten die Klägerin 1 und der Kläger 3, dass der materiell noch nicht beurteilte Herausgabeanspruch der J._____ -Aktien ("Nachlassgegenstand") der Klägerin 1 zugewiesen resp. an diese abgetreten werde, womit die Klägerin 1 alleinige Verfügungsberechtigte über den Nachlassgegenstand werde (act. 40 S. 2). Der Rechtsvertreter der Klägerin 1 führte sodann aus, mit der vollständigen Entäusserung des Anteils am Streitgegenstand vom Kläger 3 an die Klägerin 1 scheide der Kläger 3 aus dem Verfahren aus, und an seiner Stelle trete die Klägerin 1 als Erwerberin und alleinige Verfügungsberechtigte über den Streitgegenstand (act. 39).

Mit Stellungnahme vom 12. Dezember 2022 brachten die Beklagten unter Berufung auf das Urteil der Kammer vom 9. Juni 2021 vor, entgegen den Klägern scheide der Kläger 3 nicht als Partei aus dem Verfahren aus (act. 44). Diese Stellungnahme wurde den Klägern mit Schreiben vom 17. Januar 2023 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 46), welche sich daraufhin nicht vernehmen liessen.

5.2 Mit dem Widerruf des Klägers 3 vom 23. April 2020 schied dieser unwiderruflich aus dem Verfahren aus, weshalb auf die namens des Klägers 3 erhobene Klage nicht einzutreten ist, und es entfiel auch die Aktivlegitimation der beiden bzw. nach dem Tod der Klägerin 2 der einen Miterbin. Die partielle Erbteilung gemäss dem vorerwähnten Vertrag zwischen der Klägerin 1 und dem Kläger 3 rund zweieinhalb Jahre nach diesem Zeitpunkt kann sich auf den Prozess nicht mehr auswirken, war doch der Kläger 3 bereits aus dem Verfahren ausgeschieden.

Auch lässt sich mit dem im (zweiten) Berufungsverfahren erfolgten partiellen Erbteilungsvertrag nicht im Nachhinein der Mangel der Aktivlegitimation auf Klägerseite sanieren. Wohl genügt es nach allgemeinen Grundsätzen, wenn die Aktiv- oder die Passivlegitimation im entscheidungsmassgeblichen Zeitpunkt gegeben ist (KUKO ZPO-DOMEJ, 3. A. 2021, Art. 70 N 13). Eine Sanierung der mangelnden Aktivlegitimation der (nach dem Tod der Klägerin 2) verbliebenen Klägerin 1 durch eine Neugestaltung der materiellen Rechtslage wäre vor dem erstinstanzlichen Beschluss betreffend die Aktivlegitimation grundsätzlich wohl möglich gewesen, zumal Noven im damaligen Zeitpunkt noch unbeschränkt zulässig gewesen wären (vgl. BGE 116 II 49 E. 4). Eine solche war indes nicht erfolgt, weshalb die Vorinstanz wie dargelegt richtigerweise auf Klageabweisung mangels Aktivlegitimation hätte erkennen müssen. Daran ändert nichts, wenn nunmehr im zweiten Berufungsverfahren betreffend die Frage der Aktivlegitimation das materiellrechtliche Gesamthandverhältnis (Art. 602 ZGB) nachträglich aufgelöst wird.

6. Die Berufung ist demnach gutzuheissen.

7.1 Die Kläger unterliegen vollumfänglich. Entsprechend sind ihnen die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 106 ZPO). Mit dem Entscheid in der Sache ist zudem über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu entscheiden (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

7.2 Bei einem Streitwert von Fr. 464'745.– betrüge die Grundgebühr rund Fr. 20'000.–. Die Vorinstanz hat die erstinstanzlichen Gerichtskosten sodann zutreffend auf Fr. 5'000.– festgelegt; darauf kann verwiesen werden, verbunden mit dem Hinweis, dass diese Kosten im Berufungsverfahren auch gar nicht beanstandet wurden. Sie sind mit der Vorinstanz dem Kläger 3 aufzuerlegen, ebenso wie die von der Vorinstanz festgesetzte und im Berufungsverfahren nicht beanstandete Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 5'500.– (inkl. MwSt.).

7.3 Die Entscheidgebühr für die beiden Berufungsverfahren (Geschäfts-Nrn. LB200047-O und LB220036-O) ist – ausgehend vom Streitwert – gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 9'000.– festzusetzen und den Klägern aufzuerlegen. Die Kläger sind zudem zu

verpflichten, den Beklagten gestützt auf § 13 Abs. 1-2 AnwGebV in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, und der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 20. Oktober 2020 wird aufgehoben.
2. Auf die namens des Klägers und Berufungsbeklagten 3 erhobene Klage wird nicht eingetreten.
3. Die Klage der Berufungsbeklagten 1 sowie der Erbengemeinschaft der Berufungsbeklagten 2, bestehend aus den Berufungsbeklagten 2 a) und 2 b), ist mangels Aktivlegitimation abzuweisen.
4. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden auf Fr. 5'000.– festgesetzt und dem Kläger und Berufungsbeklagten 3 auferlegt.
5. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens (Geschäfts-Nrn. LB200047-O und LB220036-O) werden auf Fr. 9'000.– festgesetzt und den Berufungsbeklagten unter solidarischer Haftung auferlegt.
6. Die Gerichtskosten werden aus dem von den Berufungsbeklagten im vorinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Im Mehrumgang wird der Kostenvorschuss zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches. Den Berufungsklägern wird der von ihnen im Berufungsverfahren LB200036-O geleistete Kostenvorschuss zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches.
7. Der Kläger und Berufungsbeklagte 3 wird verpflichtet, den Berufungsklägern für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von total Fr. 5'500.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Die Berufungsbeklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Berufungsklägern für das Berufungsverfahren (Geschäfts-Nrn. LB200047-O und LB220036-O) ei-

ne Parteientschädigung von total Fr. 8'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, sowie und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

9. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 464'745.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw N. Gautschi

versandt am: