

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF230006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Beschluss und Urteil vom 7. Juli 2023

in Sachen

A. _____,

Miterbe und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur., LL.M. X. _____

betreffend **Mitwirkung der Behörde bei der Teilung**

im Nachlass von **B.** _____, geboren am tt. März 1942, von **C.** _____ und
D. _____ AG, gestorben am tt.mm 2012, wohnhaft gewesen **E.** _____-str 1, ...
Zürich,

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Dezember 2022 (EN221297)

Erwägungen:

I.

1.1 Mit Beschluss vom 21. November 2022 wies das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter das Betreibungsamt Zürich 7 (fortan Betreibungsamt) an, mit Bezug auf den gepfändeten Liquidationsanteil von A.____ (Schuldner, Miterbe und Berufungskläger des vorliegenden Verfahrens, fortan Berufungskläger) an der unverteilter Erbschaft seines verstorbenen Vaters (B.____), das Gemeinschaftsverhältnis unter Mitwirkung der nach Art. 609 ZGB zuständigen Behörde i.S.v. Art. 12 VVAG aufzulösen und zu liquidieren, sofern der hierfür erforderliche Kostenvorschuss von den Gläubigern (1. Schweizerische Eidgenossenschaft, 2. Kanton Bern, Einwohnergemeinde Bern und deren Kirchgemeinden und 3. Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich) geleistet werde. Andernfalls sei das Anteilsrecht am Gemeinschaftsvermögen als solches durch das Betreibungsamt zu versteigern (act. 2/5).

1.2 Dagegen liess der Berufungskläger Beschwerde bei der hiesigen Instanz erheben, welches Verfahren unter der Prozess-Nr. PS220207 geführt wird. Mit Verfügung der Kammer vom 19. Dezember 2022 wurde der Beschwerde gegen den vorerwähnten Beschluss vom 21. November 2022 die aufschiebende Wirkung zuerkannt (vgl. act. 4c). Mit Urteil vom 7. Juli 2023 wurde die Beschwerde abgewiesen.

2.1 Auf entsprechendes Begehren des Betreibungsamtes vom 9. Dezember 2022 (act. 2/2) ordnete das Einzelgericht in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich (fortan Vorinstanz) mit Urteil vom 16. Dezember 2022 – und damit vor Erteilung der vorerwähnten aufschiebenden Wirkung im Beschwerdeverfahren gegen den Entscheid der Aufsichtsbehörde vom 21. November 2022 betr. Auflösung und Liquidation der Erbengemeinschaft – die Teilung des Nachlasses unter Mitwirkung der Behörde anstelle des Berufungsklägers an (Geschäft-Nr. EN221297; act. 2/8 = act. 7 Dispositiv-Ziff. 1) und beauftragte damit den Notar des Kreises Zürich Altstadt (act. 7 Dispositiv-Ziff. 2). Als Rechtsmittel wurde die

Berufung angegeben (act. 7 Dispositiv-Ziff. 5). Der Entscheid wurde dem Berufungskläger am 13. Januar 2023 zugestellt (vgl. act. 2/7).

2.2 Nachdem das Notariat Zürich (Altstadt) über seine örtliche Unzuständigkeit informiert hatte (act. 1), zog die Vorinstanz mit Urteil vom 13. Januar 2023 Dispositiv-Ziff. 2 ihres vorerwähnten Entscheids vom 16. Dezember 2022 insofern in Wiedererwägung (unter der Geschäft-Nr. EN230045), als mit der Mitwirkung bei der Erbteilung der hierfür zuständige Notar des Kreises Hottingen-Zürich beauftragt wurde. Sämtliche übrigen Anordnungen des Urteils vom 16. Dezember 2022 blieben unverändert (act. 6 = act. 9).

3. Mit Eingabe vom 23. Januar 2023 liess der Berufungskläger innert Frist (vgl. act. 2/7) "Beschwerde" gegen das Urteil der Vorinstanz vom 16. Dezember 2022 erheben (act. 10 inkl. Beilagen act. 13/3-6) und die folgenden Anträge stellen (act. 10 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht in Erbschafts-sachen, vom 16. Dezember 2022 (Geschäfts-Nr.: EN221297-L/U) sei aufzuheben.
2. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Dem Beschwerdeführer sei für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person des unterzeichneten Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 7.7 % MWST) zu Lasten des Beschwerdegegners."

Der Wiedererwägungsentscheid vom 13. Januar 2023 bzw. der berichtigte Punkt blieb unangefochten.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1 - 7). Der Berufungskläger wurde am 27. Januar 2023 über den Berufungseingang orientiert (act. 14). Mit Beschluss der Kammer vom 9. Februar 2023 wurde auf seinen Antrag um aufschiebende Wirkung nicht eingetreten und wurde die Prozessleitung delegiert (act. 16). Weitere prozessuale Anordnungen wurden nicht getroffen.

II.

1. Der Berufungskläger liess geltend machen, aus der Verfügung der Kammer vom 19. Dezember 2022 im Verfahren PS220207, mit welcher der Beschwerde gegen den Beschluss der Aufsichtsbehörde vom 21. November 2022 die aufschiebende Wirkung gewährt worden sei, ergebe sich, dass der betreffende Beschluss nicht in Rechtskraft erwachsen sei bzw. über die Frage der Auflösung der Erbengemeinschaft noch nicht rechtskräftig entschieden worden sei. Folglich sei die Vorinstanz nicht befugt gewesen, bereits die bei der Teilung des Nachlasses an Stelle des Berufungsklägers mitwirkende Behörde zu bestimmen, weshalb das Urteil vom 16. Dezember 2022 aufzuheben sei (act. 10 S. 3-5). Einwände gegen die bestimmte Behörde als solche, wurden keine erhoben.

2. Der Beschluss der Aufsichtsbehörde vom 21. November 2022, mit welchem die Auflösung und Liquidation des Gemeinschaftsverhältnisses (Erbengemeinschaft) unter Mitwirkung der zuständigen Behörde angeordnet wurde, war mit Beschwerde anfechtbar (act. 2/5 S. 9). Dieser kam von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu (Art. 325 Abs. 1 ZPO). Noch bevor im Beschwerdeverfahren mit Verfügung der Kammer vom 19. Dezember 2022 die Gewährung der aufschiebenden Wirkung erfolgte, erging der vorliegend angefochtene Entscheid vom 16. Dezember 2022, mit welchem die Mitwirkung des Notariats bei der Teilung des Nachlasses anstelle des Berufungsklägers angeordnet wurde. Nachdem nunmehr die Beschwerde gegen den Beschluss der Aufsichtsbehörde vom 21. November 2022 mit Datum vom 7. Juli 2023 (Geschäft-Nr. PS220207) abgewiesen wurde, hat die Anordnung der Erbteilung unter Mitwirkung der Behörde anstelle des Berufungsklägers gemäss Urteil der Vorinstanz vom 16. Dezember 2022 Bestand, wobei gemäss ihrem unangefochten gebliebenem Wiedererwägungsentscheid vom 16. Januar 2023 das Notariat des Kreises Hottingen-Zürich mitzuwirken hat (vgl. vorstehend Ziff. I.2.2 und I.3). Die Berufung ist somit abzuweisen.

III.

1. Für das Berufungsverfahren sind keine Kosten zu erheben. Ausgangsgemäss ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.
2. Der Berufungskläger stellte für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege (act. 10 S. 6 ff.). Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).
3. Der Antrag des Berufungsklägers auf Befreiung von den Gerichtskosten ist mangels Kostenaufgabe (vgl. vorstehend Ziff. III.1) gegenstandslos. Nachfolgend ist sein Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsbeistandung zu prüfen.
4. Zur Begründung seiner Mittellosigkeit liess der Berufungskläger unter Verweis auf die Pfändungsurkunde vom 8. Juni 2022 (Pfändung Nr. 1) und auf die betriebsrechtliche Berechnung seines Existenzminimums vom 14. November 2022 (act. 13/4-5) vorbringen, seinem Einkommen aus den Einnahmen aus den Mietliegenschaften der Erbengemeinschaft in Höhe von Fr. 5'517.90 stünden monatliche Ausgaben von Fr. 5'443.45 gegenüber. Der daraus resultierende Überschuss von Fr. 74.45 müsse er dem Betreibungsamt für die laufende Pfändung abliefern (act. 10 S. 6 f.). Auch verfüge er über keine Vermögenswerte. Die Realisierbarkeit der Liegenschaften im Eigentum der Erbengemeinschaft bzw. sein Liquidationsanteil daran sei innerhalb der Dauer des Rechtsmittelverfahrens nicht möglich. Gemäss Pfändungsurkunde vom 8. Juni 2022 sei das pfändbare Vermögen ungenügend. Sein Bankguthaben bei der F._____, G._____ und H._____ Bank betrage Fr. -675.30. Zusammen mit dem in der Pfändungsurkunde vermerkten Wert des Fahrzeugs von Fr. 500.–, den Stammanteilen an seiner GmbH von Fr. 1'000.– sowie dem Liquidationsanteil am unverteilter Nachlass seines Vaters von Fr. 1.–, betrage sein gegenwertiges Vermögen Fr. 825.70 und liege somit

weit unter dem freizubleibenden Notgroschen von Fr. 20'000.–. Die Berufung sei sodann nicht aussichtslos. Zudem sei der Berufungskläger auf einen Rechtsbeistand angewiesen, da der Prozess mit den gestellten Anträgen die Beurteilung und Erörterung zahlreicher anspruchsvoller und komplexer schuldbetreibungs- und zivilprozessrechtlicher Fragestellungen umfasse, welche gerade im Rechtsmittelverfahren fundierte einschlägige Kenntnisse von Gesetz und Rechtsprechung voraussetzten, worüber der Berufungskläger nicht verfüge (act. 10 S. 7 f.).

5.1.1 Die Mittellosigkeit des Berufungsklägers ist zu verneinen. So gehen alle Möglichkeiten der Mittelbeschaffung durch Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum oder durch Aufnahme eines zusätzlichen, noch möglichen Hypothekendarlehens dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor und sind einem Grundeigentümer zumutbar. Auch eine unverteilte Erbschaft ist zu berücksichtigen, soweit daraus innert nützlicher Frist flüssige Mittel erhältlich gemacht werden können oder sie mit einem Kredit belehnt werden kann (vgl. ZH ZPO-Emmel, 3. A. 2016, Art. 117 N 8 m.w.H.). Aus der Pfändungsurkunde (Pfändung Nr. 1) ergibt sich, dass der Anteil des Berufungsklägers an der unverteilten Erbschaft seines verstorbenen Vaters im Pfändungszeitpunkt noch unbestimmt war (act. 2/3b = act. 13/4 Blatt 2). Der betreffende Nachlass, welcher auch mehrere Liegenschaften umfasst, weist einen Steuerwert von Fr. 2'103'000.– auf (vgl. act. 2/6/4). Dass eine entsprechende Mittelbeschaffung u.U. durch Belehnung der Erbschaft oder Erhöhung bestehender Hypotheken nicht möglich wäre, wird nicht geltend gemacht. Im Zusammenhang mit der angefochtenen Anordnung der Auflösung und Liquidation der Erbengemeinschaft (vgl. vorstehend Ziff. I.1.1) – bestehend aus dem Berufungskläger und seiner Schwester (vgl. act. 2/6/1 Blatt 2) – ist bekannt und darf als gerichtsnotorisches Wissen im vorliegenden Verfahren berücksichtigt werden, dass der Berufungskläger davon ausgeht, bei der Bank flüssige Mittel zur Schuldentilgung erhältlich machen zu können. Entsprechende Bemühungen zwecks Mittelbeschaffung und -verwendung für die überschaubaren Kosten der Rechtsvertretung im vorliegenden Verfahren sind dem Berufungskläger zumutbar, bevor die unentgeltliche Rechtspflege beansprucht wird. Die Mittellosigkeit des Berufungsklägers wäre nach dem Gesagten zu verneinen.

5.1.2 Des Weiteren ist aktenkundig, dass der Berufungskläger ein Einkommen als Immobilienbewirtschafter auf eigene Rechnung erzielt (act. 2/3a-c). Dieses wurde im April 2022 als sein einziges Einkommen mit Fr. 3'000.– bis Fr. 3'500.– deklariert (act. 2/3a Blatt 3), während es in der nachfolgenden Pfändung vom 8. Juni 2022 (Pfändung Nr. 1) als variabel aufgeführt und das monatliche Existenzminimum auf Fr. 1'602.35 festgesetzt wurde (act. 2/3b Blatt 3). Aus der eingereichten Berechnung des Existenzminimums durch das Betreibungsamt vom 14. November 2022, worauf sich der Berufungskläger bezüglich seiner Einkommensverhältnisse stützt, wurde soweit ersichtlich erstmals nur ein Einkommen aus Erbengemeinschaft von Fr. 5'517.90 aufgeführt und das Existenzminimum auf Fr. 5'443.45 festgesetzt (davon Fr. 3'833.60 für nicht näher bekannte Gewinnungskosten, act. 13/5). Allerdings ergibt sich aus der nachfolgenden Pfändungsurkunde vom 9. Dezember 2022 (Pfändung Nr. 2) erneut nur noch ein variables Einkommen aus selbständiger Tätigkeit ohne weitere Einkünfte und ein monatliches Existenzminimum von Fr. 1'602.35 (act. 2/3c Blatt 3). Ausführungen zum aktuellen Einkommen im Zeitpunkt der Einreichung der Berufungsschrift und zum notwendigen Lebensunterhalt, bei dessen Ermittlung im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege nicht schematisch auf das betreibungsrechtliche Existenzminimum abgestellt werden kann, enthält die Berufungsschrift nicht. Solche hätten sich jedoch nach den vorstehend dargelegten Verhältnissen aufgedrängt.

5.2 Das Gesuch des Berufungsklägers um unentgeltliche Rechtsverbeiständung ist vor dem Hintergrund des Gesagten abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Befreiung von den Gerichtskosten) für das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch des Berufungsklägers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands wird abgewiesen.

3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an
 - den Berufungskläger,sowie unter Beilage einer Kopie von act. 10 an
 - die Miterbin I. _____, E. _____-str 1, ... Zürich,
 - die Gläubigerin Schweizerische Eidgenossenschaft,
 - den Gläubiger Kanton Bern, Einwohnergemeinde Bern und deren Kirchgemeinden,
 - die Gläubigerin Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, Röntgenstr. 17, Postfach, 8087 Zürich,und
 - an das Betreibungsamt Zürich 7,
 - an den Notar des Kreises Hottingen-Zürich,
 - im Doppel an das Einzelgericht in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich (EN221297 und EN230045),je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. 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 übersteigt Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lakic

versandt am:
11. Juli 2023