

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF160009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 9. Mai 2016

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend

Mitwirkung der Behörde bei der Erbteilung

im Nachlass von B._____, geboren tt. Februar 1934, von C._____, gestor-
ben tt.mm.2015, wohnhaft gewesen ... [Adresse],

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des
Bezirksgerichtes Zürich vom 4. März 2016 (EN160098)

Erwägungen:

1.

1.1. B._____, geboren tt. Februar 1934, verstarb am tt.mm. 2015 mit letztem Wohnsitz in Zürich (nachfolgend Erblasserin; vgl. act. 6/2-3). Mit Eingabe vom 26. Februar 2016 gelangte die A._____ AG (Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin, fortan Beschwerdeführerin) an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen (fortan Vorinstanz). Sie teilte mit, Gläubigerin von D._____, dem Sohn der Erblasserin zu sein und gegen diesen einen Pfändungsverlustschein vom 15. Februar 2000 zu besitzen, und beantragte die amtliche Mitwirkung der Behörde bei der Erbteilung (act. 6/1).

1.2. Die Vorinstanz setzte der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 4. März 2016 eine Frist von 10 Tagen an, um für die Mitwirkung der Behörde bei der Erbteilung einen Kostenvorschuss von einstweilen Fr. 4'000.00 sowie für die mutmasslichen Gerichtskosten einen Vorschuss von Fr. 1'000.00 zu leisten, unter der Androhung, dass ansonsten das Gesuch abgewiesen werde (act. 6/5 = act. 3 = act. 5 S. 3, Dispositiv-Ziffer 1).

1.3. Mit Eingabe vom 21. März 2016 (Datum Poststempel) erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 4. März 2016. Sie stellt den folgenden Antrag (act. 6/4; act. 2 S. 2):

"Es sei Ziff. 1 des Dispositives des angefochtenen Entscheides so neu zu fassen, dass der Vorschuss (Fr. 4'000.00) für die Bemühungen des mitwirkenden Notariates nicht jetzt, sondern erst nach entsprechenden Abklärungen des Notariates verlangt wird, allenfalls sei der für das Notariat vorgesehene Vorschuss auf höchstens Fr. 500.– anzusetzen."

1.4. Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 6/1-5). Den mit Verfügung vom 31. März 2016 einverlangten Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren leistete die Beschwerdeführerin fristgerecht (act. 8-11). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Die Vorinstanz erwog in der angefochtenen Verfügung, der zuständige Notar sei mit der Mitwirkung bei der Erbteilung zu beauftragen. Die Kosten hierfür seien gestützt auf § 14 Abs. 2 der Notariatsgebührenverordnung vom 9. März 2009 von der Beschwerdeführerin vorzuschüssen. Bei Bedarf sei eine Erhöhung des einstweilen auf Fr. 4'000.00 festgelegten Kostenvorschusses durch den Notar zulässig. Zudem könne von der Beschwerdeführerin ein Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangt werden, wobei zu bemerken sei, dass die Erbenermittlung noch nicht stattgefunden habe und dafür noch Auslagen entstünden (act. 6/5 = act. 3 = act. 5 S. 2).

2.2. Die Beschwerdeführerin bringt zur Begründung ihrer Beschwerde zusammengefasst vor, sie sei Verlostscheinsgläubigerin (Forderung von Fr. 4'195.00) des Schuldners und Sohnes der Erblasserin, weshalb sie nach dem Tod der Erblasserin die Anordnung der Mitwirkung bei der Erbteilung der Erblasserin gemäss Art. 609 ZGB verlangt habe. Der Vorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.00 für die Mitwirkung des Notars sei aufzuheben, weil ein solcher heute nicht ohne Willkür festgesetzt werden könne. Eventualiter könne ein kleiner Vorschuss für erste Abklärungen des Notars erhoben werden. Der Einzelrichter könne nicht wissen, wie der Notar vorgehen und welchen Aufwand er haben werde. Der Einzelrichter habe dem Notar keine Anweisungen zu erteilen, dieser müsse das Vorgehen nach pflichtgemäsem Ermessen selber bestimmen. Mit hoher Wahrscheinlichkeit werde der Notar die Erben anschreiben und fragen, ob sie bereit seien, die Forderung aus dem Erbteil des Schuldners zu tilgen. Seien die Erben dazu nicht bereit, müsste der Notar abklären warum nicht. Erst dann könne der Vorschuss festgesetzt werden, durch den Notar einvernehmlich mit der Beschwerdeführerin oder bei Uneinigkeit durch den Einzelrichter. Das Vorgehen der Kostenvorschusserhebung von Fr. 4'000.00 sei prohibitiv und verunmögliche praktisch die Geltendmachung kleinerer Forderungen gegen einen Schuldner, der geerbt habe (act. 2 S. 2 f.).

2.3.1. Auf Verlangen des Gläubigers eines Erben, der gegen letzteren Verlustschein besitzt, hat die zuständige Behörde anstelle dieses Erben an der Teilung

mitzuwirken (Art. 609 Abs. 1 ZGB). Es handelt sich dabei um eine zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehörende erbrechtliche Massnahme, welche den Schutz des Erbgläubigers vor einer drohenden Benachteiligung in der Erbteilung bezweckt (Prax-Komm Erbrecht-Weibel, 3. A., Basel 2015, Art. 609 N 1). Die Bestimmung der zuständigen Behörde liegt in der Kompetenz der Kantone (Art. 54 Abs. 1 SchlT ZGB). Im Kanton Zürich ist das Einzelgericht im summarischen Verfahren zuständig. Wird ein Begehren nach Art. 609 Abs. 1 ZGB gestellt und ist ihm zu folgen, so beauftragt das Einzelgericht die Notarin oder den Notar mit der Mitwirkung bei der Erbteilung (§ 138 Abs. 1 i.V.m. § 137 lit. i GOG, Art. 248 lit. e ZPO).

2.3.2. Die Gebührenerhebung für die notarielle Tätigkeit im Falle der Mitwirkung bei der erbrechtlichen Teilung erfolgt gemäss Notariatsgebührenverordnung nach Zeitaufwand auf der Basis eines Stundenansatzes von Fr. 180.00. Das Notariat kann von der Person, die das Gesuch stellt, einen Kostenvorschuss verlangen (§ 24 Abs. 1 und § 29 Abs. 1 NotG sowie § 27 NotG i.V.m. § 14 Abs. 2 NotGebV und Ziffer 3 des Anhangs zur NotGebV). Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, das Einzelgericht könne dem Notar keine Anweisungen erteilen, ist zu bemerken, dass das Notariat in Fällen, in denen es im Auftrag des Einzelgerichts handelt, unter dessen Aufsicht steht. Im Weiteren obliegt es dem Einzelgericht, auf Antrag über die (definitive) Festsetzung der Entschädigung des Notariats zu entscheiden, wobei es sich in der Regel an die Ansätze gemäss der Notariatsgebührenverordnung halten wird (§ 139 Abs. 1 GOG als speziellere und vorgehende Regel gegenüber § 24 NotG, vgl. dazu OGer ZH PF150057 vom 21. Oktober 2015, Erw. 5.2; vgl. auch § 139 Ziff. 6 sowie § 140 Notariatsverordnung sowie Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, Genf 2012, § 139 N 6). Für eine einvernehmliche Festlegung der Kosten bzw. des Kostenvorschusses, wie die Beschwerdeführerin es sich wünscht, besteht kein Raum. Ferner findet ihre Ansicht, der Vorschuss könne erst nach erfolgten ersten Abklärungen festgesetzt werden bzw. es müsste für erste Abklärungen zunächst ein Teilvorschuss erhoben werden, im Gesetz keine Stütze. In Anbetracht der Kostenregelungskompetenz des auftragserteilenden Einzelrichters erachtet es die Kammer als vertretbar, dass auch der Einzelrichter einen Vorschuss für die Kosten des Notars verlangen kann.

Dabei kann es sich je nach Fall aufdrängen, zur Festsetzung der Höhe des Vorschusses mit dem Notar Rücksprache zu nehmen.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, in welchem Zeitpunkt das Gericht einen solchen Kostenvorschuss verlangen kann bzw. soll. Die Vorinstanz hat (noch) nicht darüber entschieden, ob die Voraussetzungen für die Mitwirkung der Behörde bei der Teilung gegeben sind; sie hat dieselbe (noch) nicht angeordnet und auch das zuständige Notariat (noch) nicht beauftragt. Formelle Voraussetzung für die Mitwirkung der Behörde bei der Teilung anstelle eines Schuldnererben ist ein entsprechendes Gesuch eines Erbgläubigers oder des Betreibungsamtes, wenn der Anteil des Schuldnererben gepfändet wurde und der Gläubiger die Pfandverwertung verlangt hat: Das Betreibungsamt kann das Gesuch unabhängig von den Teilungsabsichten der Erben stellen. Da ein Gläubiger die Erbteilung nicht selber herbeiführen kann, kann das Gesuch durch ihn erst dann wirksam gestellt werden, wenn die Erben selbst die Teilung (grundsätzlich) beschlossen haben oder wenn eine Erbteilungsklage erhoben ist bzw. unmittelbar bevorsteht (vgl. PraxKomm Erbrecht-Weibel, a.a.O., Art. 609 N 3 m.w.H.). All dies ist aufgrund der vorliegenden Akten unbekannt. Den vorinstanzlichen Erwägungen zufolge hat noch keine Erbenermittlung stattgefunden, womit es amtlicherseits an der Klarheit über den Antritt der Erbschaft fehlt.

2.4. Den Beanstandungen der Beschwerdeführerin ist entsprechend den vorstehenden Erwägungen zu den formellen Voraussetzungen für die Mitwirkung der Behörde bei der Teilung dahingehend zu folgen, als die Einholung des Kostenvorschusses für die Tätigkeit des Notars verfrüht erfolgt ist. Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, vom 4. März 2016 ist deshalb insoweit aufzuheben, als damit eine Frist zur Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 4'000.00 angesetzt und bei Säumnis die Gesuchsabweisung angedroht wurde. Die vorinstanzliche Androhung, dass bei Nichtleistung des Vorschusses das Gesuch um Mitwirkung der Behörde bei der Erbteilung abgewiesen werde, kann sich nur auf den Kostenvorschuss von Fr. 4'000.00 bezogen haben. Denn bei Nichtleistung des Gerichtskostenvorschusses ist bekanntlich eine Nachfrist anzusetzen. Sollte der Vorschuss von

Fr. 1'000.00 – welcher von der Beschwerdeführerin ausdrücklich nicht angefochten wurde (vgl. act. 2 Rz. 2) – nicht bereits bezahlt worden sein, wäre mit der Nachfristansetzung die Säumnisfolge des Nichteintretens auf das Gesuch anzu drohen (Art. 101 Abs. 3 ZPO).

3.

Dem Rechtsmittelantrag der Beschwerdeführerin wird entsprochen. Ausgangsgemäss sind für das Beschwerdeverfahren keine Kosten zu erheben (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 500.00 ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen: Zum einen fehlt es an einem Antrag der Beschwerdeführerin auf Zusprechung einer Parteientschädigung (act. 2; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Zum anderen gibt es im vorliegenden Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Gegenpartei, von welcher eine Parteientschädigung zugesprochen werden könnte, und eine aus der Staatskasse auszurichtende Parteientschädigung kommt gemäss Praxis der Kammer nur in ganz besonderen, hier nicht gegebenen Ausnahmefällen in Betracht (vgl. OGer ZH PQ140037 vom 28. Juli 2014, E. 3.1, bestätigt in OGer ZH PQ140040 vom 25. September 2014, E. 6).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, vom 4. März 2016 insoweit aufgehoben, als damit eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 4'000.00 für die Mitwirkung der Behörde bei der Erbteilung angesetzt und bei Säumnis die Gesuchsabweisung angedroht wurde.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Beschwerdeführerin den geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 500.00 zurückzuerstatten.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 4'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
10. Mai 2016