

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF200057-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## Urteil vom 30. Juni 2020

in Sachen

**Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg,**

Beschwerdeführer

betreffend **Mitwirkung der Behörde bei der Teilung** im Nachlass von A.\_\_\_\_\_,

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 14. Mai 2010 (EN200045)

## Erwägungen:

### I.

#### Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Am tt. mm. 2016 verstarb A.\_\_\_\_\_, geboren am tt. Oktober 1934, zuletzt wohnhaft gewesen an der B.\_\_\_\_\_-Strasse 1 in C.\_\_\_\_\_ [Ortschaft]. Als Erben hinterliess sie ihre beiden Söhne, D.\_\_\_\_\_, geboren am tt. Januar 1963, und E.\_\_\_\_\_, geboren am tt. März 1960. Als Willensvollstreckerin wurde sodann Rechtsanwältin Dr. X.\_\_\_\_\_ eingesetzt (vgl. act. 2/5 S. 4), welche ihr Mandat inzwischen niedergelegt hat (vgl. act. 10/9).

1.2 Nach Anfall der Erbschaft liessen mehrere Gläubiger von D.\_\_\_\_\_ Arrest auf dessen Erbanteil legen, wobei die Arrestbegehren am 16. Oktober 2018, 18. Oktober 2018 und 21. November 2018 vollzogen wurden (vgl. act. 2/1-4). Ausserdem stellten zwei seiner Gläubiger am 9. August 2019 (Betreibung Nr. 1) und 7. Oktober 2019 (Betreibung Nr. 2) das Fortsetzungsbegehren, woraufhin am 10. September 2019 die Pfändung vollzogen und der Liquidationsanteil von D.\_\_\_\_\_ am Erbe von A.\_\_\_\_\_ gepfändet wurde (act. 2/5).

2.1 Am 6. Mai 2020 beantragte E.\_\_\_\_\_ beim Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg, es sei gestützt auf Art. 609 Abs. 1 ZGB beim Bezirksgericht Dietikon zu beantragen, das zuständige Notariat zur Mitwirkung an der Erbteilung einzusetzen. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Liquidationsanteil von D.\_\_\_\_\_ am Nachlass von A.\_\_\_\_\_ sei verarrestiert und mit Pfandbeschlagnahme belegt worden, weshalb D.\_\_\_\_\_ der Teilung der Erbschaft nicht mehr verbindlich zustimmen könne. Nachdem ein Teilungsvorschlag unterzeichnungsbereit vorliege, sei das Notariat einzusetzen, damit dieses an Stelle von D.\_\_\_\_\_ bei der Erbteilung mitwirken könne.

2.2 Am 12. Mai 2020 stellte in der Folge das Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg (nachfolgend Betreibungsamt) beim Bezirksgericht Dietikon (nachfolgend Vorinstanz) ein Gesuch um Einsetzung des zuständigen Notariats zur Mitwirkung an der Erbteilung im vorgenannten Nachlass (act. 1).

3.1 Mit Urteil vom 14. Mai 2020 wies die Vorinstanz dieses Gesuch ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, ein Gesuch um Einsetzung des zuständigen Notariats müsse gemäss Art. 609 Abs. 1 ZGB von einem Gläubiger eines Erben gestellt werden, wohingegen es gesetzlich nicht vorgesehen sei, dass auch ein Miterbe, welcher selbst nicht Gläubiger sei, ein solches Gesuch stellen könne. Auch könne das entsprechende Gesuch erst gestellt werden, wenn ein Gläubiger die Pfandverwertung verlangt habe, was hier nicht geltend gemacht worden sei. Schliesslich müsse, wenn denn ein Pfandverwertungsbegehren gestellt worden sei, seitens der gesuchstellenden Person zunächst bei seiner Aufsichtsbehörde ein Entscheid über die Auflösung und die Liquidation des Gemeinschaftsverhältnisses (Erbengemeinschaft) beantragt werden, wobei ebenfalls nicht geltend gemacht worden sei, dass E. \_\_\_\_\_ eine entsprechende Anordnung eingeholt hätte. Die Vorinstanz eröffnete ihr Urteil einzig dem Betreibungsamt (act. 7 [= act. 3]).

3.2 Am 26. Mai 2020 teilte das Betreibungsamt E. \_\_\_\_\_ den vorinstanzlichen Entscheid mit und fragte ihn, ob er an seinem Antrag um Mitwirkung der Behörde bei der Erbteilung festhalte. Nachdem er dies am 27. Mai 2020 bestätigt hatte (vgl. act. 10/9), erhob das Betreibungsamt mit Eingabe vom 29. Mai 2020 fristgerecht (vgl. act. 4) Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Entscheid und stellte die folgenden Anträge (act. 8):

- " 1. Das angefochtene Urteil sei in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.
2. Das Bezirksgericht Dietikon sei anzuweisen 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) zu beauftragen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-5). Weitere prozessuale Anordnungen wurden nicht getroffen.

## II.

### Formelle Vorbemerkungen und Eintretensfrage

1. Beim vorinstanzlichen Entscheid handelt es sich um einen Endentscheid, welcher aufgrund der Zugehörigkeit der Streitsache zu den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (dazu etwa BK ZGB-WOLF, Bern 2014, Art. 609 N 29) in die Zuständigkeit des Einzelgerichts im summarischen Verfahren fiel (Art. 54 Abs. 1 SchlT ZGB; Art. 148 lit. e ZPO i.V.m. § 138 Abs. 1 GOG). Die Mitwirkung des Notariats an der Erbteilung gestützt auf Art. 609 Abs. 1 ZGB dient dem Schutz der Erbgläubiger vor einer drohenden Benachteiligung bei der Erbteilung (Prax-Komm Erbrecht-WEIBEL, 3. Aufl. Basel 2015, Art. 609 N 1), womit es sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handelt.

1.1 Gegen vermögensrechtliche Endentscheide ist die Berufung grundsätzlich zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 308 Abs. 2 ZPO; Art. 309 ZPO e contrario).

1.2 Der Erbanteil von E.\_\_\_\_\_, welcher beim Betreibungsamt einen Antrag um Einsetzung des zuständigen Notariats bei der Teilung des Nachlasses seiner verstorbenen Mutter A.\_\_\_\_\_ gestellt hatte, übersteige die Streitwertgrenze von Fr. 10'000.– ohne Weiteres (vgl. 10/4 S. 2). Davon ging auch die Vorinstanz aus (act. 7 S. 3, E. 7). Allerdings wurde E.\_\_\_\_\_ von der Vorinstanz nicht als Partei ins Verfahren aufgenommen, sondern es wurde vielmehr dem Betreibungsamt formell die Rolle der (gesuchstellenden) Partei zugewiesen. Da das Betreibungsamt (bzw. das dahinterstehende Gemeinwesen) jedoch – wie nachfolgend (Ziff. II.2) noch zu zeigen sein wird – durch den vorinstanzlichen Entscheid nur insoweit in seiner eigenen Rechtsstellung tangiert wird, als ihm (bzw. dem Gemeinwesen) durch die Vorinstanz Kosten auferlegt wurden, kann sich auch der Verfahrensstreitwert nur danach richten und beträgt dementsprechend Fr. 500.–. Da sodann der Kostenentscheid ohnehin nur mit Beschwerde angefochten werden kann (vgl. Art. 110 ZPO), ist das Rechtsmittel des Betreibungsamtes – dessen Bezeichnung entsprechend – als Beschwerde entgegen zu nehmen.

2. Vor der inhaltlichen Beurteilung einer Klage oder eines Rechtsmittels prüft das angerufene Gericht von Amtes wegen die sogenannten Prozessvoraussetzungen (Art. 60 ZPO). Ohne deren Vorhandensein ist es dem Gericht nicht gestattet, auf den Rechtsbehelf einzutreten und ein Sachurteil zu fällen (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Zu diesen Eintretensvoraussetzungen gehört insbesondere ein schutzwürdiges Interesse der klagenden Partei (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), welches tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein kann. Immer muss aber ein rechtlich geschütztes persönliches und aktuelles Interesse an der Beurteilung des Anspruchs bestehen, aus dem die klagende Partei einen Nutzen ziehen kann.

2.1 Zur Ergreifung eines Rechtsmittels hat derjenige ein Rechtsschutzinteresse, der durch den angefochtenen Entscheid benachteiligt – d.h. beschwert – ist. Vorausgesetzt ist dabei entweder eine (mit materieller Beschwer verbundene) formelle oder in besonderen Fällen ausnahmsweise auch nur eine materielle (ohne gleichzeitige formelle) Beschwer (vgl. zum Ganzen etwa ZK ZPO-REETZ, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2016, Vorbem. zu den Art. 308–318 N 30 ff.).

2.2 Die formelle Beschwer des Beschwerde führenden Betreibungsamtes ist vorliegend ohne Weiteres zu bejahen, weil es die einzige Partei war, welche vor Vorinstanz formell begrüsst bzw. welcher der vorinstanzliche Entscheid formell eröffnet worden ist; mithin wurde das Betreibungsamt durch die Vorinstanz auch formell als gesuchstellende Partei im Verfahren aufgenommen und – insbesondere bei den Kostenfolgen – als solche behandelt. Insoweit – also hinsichtlich der Kostenauflegung an das Betreibungsamt – ist zudem auch seine materielle Beschwer (bzw. diejenige des dahinter stehenden Gemeinwesens) zu bejahen. Anders sieht es allerdings aus, soweit das Betreibungsamt den abweisenden Hauptentscheid der Vorinstanz, mit welchem das Begehren um Einsetzung des Notariats zur Mitwirkung bei der Teilung einer Erbschaft gemäss Art. 609 Abs. 1 ZGB abgewiesen wurde, anfechtet, ist das Betreibungsamt dadurch doch nicht in seiner eigenen Rechtsstellung berührt. Vielmehr werden dadurch einzig die Interessen von E. \_\_\_\_\_ tangiert. Folglich ist auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten.

### III.

#### Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Die Vorinstanz auferlegte die Kosten ihres Verfahrens dem Betreibungsamt, wobei sie zur Begründung festhielt, da die auf das Zweiparteienverfahren zugeschnittenen Art. 106 ff. ZPO im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Anwendung finden würden, seien die Kosten nach dem Verursacherprinzip und demnach dem Betreibungsamt als Gesuchsteller aufzuerlegen (act. 7 S. 2 f., E. 6).

Allerdings ist das Betreibungsamt nicht von sich aus tätig geworden, sondern vielmehr auf Antrag von E.\_\_\_\_\_, welcher beim Betreibungsamt formell darum ersucht hat, bei der Vorinstanz einen Antrag um Einsetzung des zuständigen Notariats zur Mitwirkung an der Erbteilung zu stellen (act. 2/6 = act. 10/6). Deshalb war es nicht das Betreibungsamt, sondern E.\_\_\_\_\_, der in eigenem Namen um Rechtsschutz ersucht hat. Die Vorinstanz hat deshalb die Kosten zu Unrecht dem Betreibungsamt auferlegt.

Da diejenige Partei, welche das von der Vorinstanz abgewiesene Gesuch in eigenem Namen gestellt hat, im vorinstanzlichen Verfahren gar nicht als Partei aufgenommen wurde, fällt eine Korrektur des vorinstanzlichen Kostenentscheides bzw. eine Heilung der mit der Nichtaufnahme von E.\_\_\_\_\_ als Partei verbundenen Gehörsverletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren ausser Betracht. Deshalb ist der vorinstanzliche Entscheid gesamthaft aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei sie dabei folgendes zu berücksichtigen haben wird:

2. Ein Gläubiger, der den Anspruch eines Erben an einer angefallenen Erbschaft erworben oder gepfändet hat, oder der gegen diesen Erben Verlustscheine besitzt, kann die zuständige Behörde ersuchen, anstelle des Erben an der Teilung mitzuwirken (Art. 609 Abs. 1 ZGB). Allerdings kann der Gläubiger durch diese Bestimmung nicht die Teilung der Erbschaft herbeiführen, weshalb ein Begehren nach Art. 609 Abs. 1 ZGB erst gestellt werden kann, nachdem die Erben die Teilung bereits (im Grundsatz) beschlossen haben, wenn eine Teilungsklage anhän-

gig ist oder wenn eine solche unmittelbar bevorsteht (WEIBEL, a.a.O., Art. 609 N 3 mit weiteren Hinweisen). Wie die Vorinstanz richtig ausführte, hat das Betreibungsamt das Begehren um behördliche Mitwirkung bei der Teilung der Erbschaft von sich aus zu stellen, wenn ein Gläubiger die Verwertung des von ihm gepfändeten Erbanteils verlangt (Art. 12 VVAG [Verordnung über die Pfändung und Verwertung von Anteilen am Gemeinschaftsvermögen]; BGE 110 III 46), was es einem Gläubiger eines Erben ermöglicht, indirekt doch die Teilung der Erbschaft herbeiführen (dazu etwa WEIBEL, a.a.O., Art. 609 N 4 mit weiteren Hinweisen). Das Verfahren für die Verwertung des Erbanteils richtet sich diesfalls nach den Art. 8 ff. VVAG: Stellt ein Gläubiger ein Begehren um Verwertung des von ihm gepfändeten Erbanteils, so ist vom Betreibungsamt zunächst eine gütliche Einigung zwischen dem Gläubiger, dem Schuldner sowie den weiteren Erben anzustreben (Art. 9 VVAG). Bei Scheitern der Einigungsverhandlung kann die kantonale Aufsichtsbehörde unter anderem die Auflösung der Gemeinschaft und die Liquidation des Gemeinschaftsvermögen anordnen (Art. 10 Abs. 2 VVAG). Art. 12 Satz 2 VVAG bestimmt sodann, dass diesfalls das Betreibungsamt die Vornahme der Teilung unter Mitwirkung der nach Art. 609 ZGB zuständigen Behörde anzuordnen hat.

Allerdings liegt vorliegend kein Fall vor, in welchem ein Gläubiger bereits das Verwertungsbegehren gestellt hat und das Betreibungsamt deshalb von sich aus um Mitwirkung der Behörde nach Art. 609 ZGB ersuchen müsste. Vielmehr ist es so, dass E.\_\_\_\_\_ – der neben D.\_\_\_\_\_ einzige Erbe – bereits heute und damit *schon vor dem Verwertungsstadium* von sich aus die Teilung der Erbschaft anstrebt. Aufgrund der erfolgten Verarrestierung bzw. Pfändung können die Erben untereinander aber nicht mehr in für die Gläubiger von D.\_\_\_\_\_ verbindlicher Weise teilen, wären sie doch ansonsten ohne Weiteres in der Lage, die Behörde gemäss Art. 609 ZGB auszuschalten und damit den Schutzzweck, welcher deren Mitwirkung für die Gläubiger haben soll, zu vereiteln (BGE 130 III 652 E. 2.2.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können deshalb weder der Schuldner (also D.\_\_\_\_\_), noch an seiner Stelle das Betreibungsamt mit verbindlicher Wirkung für die Gläubiger der Teilung zustimmen (BGE 71 III 99 E. 2; BGE 61 III 160). Wollen die Erben in dieser Situation, also *schon vor dem Verwer-*

*tungsstadium*, von sich aus zur Teilung schreiten, so haben sie dies gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung deshalb dem Betreibungsamt zu melden, welches an die zuständige Behörde zu gelangen hat, damit diese mitwirke (BGE 130 III 652 E. 2.2.1; Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 1947, E. 1, BISchK 1948 S. 153; BK ZGB-WOLF, Bern 2014, Art. 609 N 24).

Der von E.\_\_\_\_\_ gestellte Antrag wird von der Vorinstanz unter Berücksichtigung dieser Erwägungen nochmals zu prüfen sein. Dabei wird der Antragssteller formell im Verfahren zu begrüssen und ausserdem zu prüfen sein, inwieweit die Gläubiger sowie der Miterbe ins Verfahren einzubeziehen sind; zumindest bei letzterem ist zu berücksichtigen, dass ihm nach einer allfälligen Einsetzung der Behörde zur Mitwirkung bei der Teilung der Erbschaft keinerlei Mitwirkungsrecht zukäme und die Behörde auch nicht verpflichtet wäre, ihn anzuhören (dazu BGer 5A\_434/2016 vom 10. Januar 2017, E. 3; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, 6. Aufl. 2019, Art. 609 N 16).

#### **IV.**

#### **Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Für das Beschwerdeverfahren sind keine Kosten zu erheben. Parteientschädigungen sind ebenfalls keine zuzusprechen, da dem Betreibungsamt als Behörde von vornherein keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen soweit darauf eingetreten wird. Der vorinstanzliche Entscheid wird aufgehoben und das Verfahren im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an das Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg sowie unter Rücksendung der Akten an das Bezirksgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein.
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 beträgt Fr. 500.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am: