

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF170020-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

## Urteil vom 28. April 2017

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_,

2. **B.**\_\_\_\_\_,

Berufungskläger,

betreffend **Erbausschlagung**

im Nachlass von C.\_\_\_\_\_, geboren am tt. Juli 1951, von ... LU und ... LU,  
gestorben am tt. Dezember 2016, wohnhaft gewesen D.\_\_\_\_\_-Str. ..., ... Zürich,

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 30. März 2017 (EN170146)

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 In der Nacht vom tt. auf den tt. Dezember 2016 verstarb die am tt. Juli 1951 geborene C.\_\_\_\_\_ geb. C1.\_\_\_\_\_. Als gesetzliche Erben hinterliess sie ihre Söhne, A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ (act. 2/2).

1.2 Am 9. Januar 2017 bestellte der Sohn B.\_\_\_\_\_ (Berufungskläger 2) beim Einzelgericht für Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Zürich einen Erbschein (act. 2/1), welcher am 30. Januar 2017 ausgestellt wurde (act. 2/4a). Mit Eingabe vom 27. März 2017 schlug B.\_\_\_\_\_ den Nachlass aus (act. 1). Die Vorinstanz wies die Protokollierung der Ausschlagungserklärung mit Urteil vom 30. März 2017 ab (act. 5 = act. 8 = act. 10 Dispositivziffer 1).

1.3 Dagegen erhoben B.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ (Berufungskläger 1) mit Schreiben vom 13. April 2017 (Datum Poststempel 12. April 2017) rechtzeitig Berufung (act. 9; vgl. act. 6) und reichten diverse Beilagen ein (act. 11/1-5). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-6). Die Sache erweist sich als spruchreif.

### 2. Beschwer und Legitimation des Berufungsklägers 1

2.1 Der Berufungskläger 1 reichte im Gegensatz zum Berufungskläger 2 keine Erbausschlagungserklärung ein und verlangte auch nicht die Ausstellung eines Erbscheins. Das angefochtene Urteil, mit dem die Protokollierung der Ausschlagungserklärung abgewiesen wurde, erging daher lediglich gegenüber dem Berufungskläger 2. Der Berufungskläger 1 hatte im vorinstanzlichen Verfahren betreffend Erbausschlagung keine Parteistellung.

2.2 Folglich stellt sich die Frage nach der Legitimation und der Beschwer des Berufungsklägers 1 im vorliegenden Rechtsmittelverfahren. Legitimiert zur Ergreifung eines Rechtsmittels sind in erster Linie die vorinstanzlichen Prozessparteien. Dritte sind nur dann legitimiert, wenn ein erstinstanzlicher Entscheid unmittelbar ihre Rechte tangiert (ZK ZPO-REETZ, 2. A., Zürich 2016, Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 N 35). Dies ist vorliegend nicht der Fall, da sich der angefochtene

Entscheid nicht über die Abgabe einer Ausschlagungserklärung durch den Berufungskläger 1 ausspricht. Aus demselben Grund mangelt es dem Berufungskläger 1 im Rechtsmittelverfahren auch an einer Beschwer. Nur derjenige ist nämlich zur Erhebung eines Rechtsmittels befugt, der ein schutzwürdiges Interesse an der Abänderung eines Entscheids besitzt. Bei einem Dritten, der am vorinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt war, ist vorausgesetzt, dass er vor der ersten Instanz keine Rechtsbegehren stellen konnte, durch den ausgefallenen erstinstanzlichen Entscheid aber in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt wird (ZK ZPO-REETZ, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 N 32). Wie erwähnt trifft dies vorliegend nicht zu, da das angefochtene Urteil für den Berufungskläger 1 keine Wirkungen zeitigt.

2.3 Mangels Legitimation und Beschwer im hiesigen Rechtsmittelverfahren ist auf die Berufung des Berufungsklägers 1 nicht einzutreten (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

### 3. Zur Berufung des Berufungsklägers 2

3.1 Die Vorinstanz erwog, dass eine Ausschlagungserklärung grundsätzlich entgegenzunehmen und zu protokollieren sei, ohne dass ihre Gültigkeit (namentlich die Rechtzeitigkeit) zu prüfen wäre. Nur ausnahmsweise, wenn die Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis anerkannt oder offenkundig sei, dürfe die Protokollierung abgewiesen werden (act. 8 S. 2).

Im vorliegenden Fall kam die Vorinstanz zum Schluss, dass sich unweigerlich Zweifel hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Ausschlagungserklärung stellten, da die Erblasserin am tt. Dezember 2016 verstorben und die Erklärung erst am 27. März 2017 abgegeben worden sei, nachdem ein Erbschein bestellt worden sei. Aus diesem Grund rechtfertige es sich, die Einhaltung der dreimonatigen Ausschlagungsfrist gemäss Art. 567 Abs. 1 ZGB ab Kenntnis des Erbfalles zu prüfen (act. 8 S. 2 f.). Der Berufungskläger 2 habe Kenntnis vom Tod der Erblasserin am tt. Dezember 2016 gehabt und einen Erbschein bestellt. Es gehe nicht an, zuerst einen Erbschein zu bestellen und anschliessend nachträglich auszuschlagen, da eine Einmischung – wie die Bestellung eines Erbscheins – als An-

nahme der Erbschaft zu qualifizieren sei, zumal zwischen Erbscheinausstellung und Ausschlagung rund zwei Monate vergangen seien. Die Ausschlagungsfrist sei abgelaufen, sodass das Begehren um Protokollierung der Ausschlagungserklärung abzuweisen sei (act. 8 S. 3).

3.2 Der Berufungskläger 2 macht einerseits geltend, dass die Beantragung des Erbscheins keine Auswirkungen auf die Erbausschlagung habe. Er sei von verschiedenen Institutionen wie Bank, Versicherungen, Liegenschaftsverwaltung und Behörden dazu gedrängt worden, schnellstmöglich einen Erbschein vorzulegen. Andererseits sei zu beachten, dass die Erblasserin offensichtlich überschuldet gewesen sei, weshalb die Ausschlagung der Erbschaft zu vermuten sei (act. 9 S. 1 f.). Zur Untermauerung reicht der Berufungskläger 2 einen Auszug aus dem Betreibungsregister der Erblasserin ins Recht (act. 11/3).

Sodann führt der Berufungskläger 2 im Rahmen von ergänzenden Erläuterungen aus, dass nach dem Tod seiner Mutter sehr vieles auf ihn zugekommen sei. Seine Mutter sei ihm sehr nahe gestanden und er habe sie tot aufgefunden. Da sein Bruder in organisatorischen Angelegenheiten nicht sehr stark sei, habe er sich um alles kümmern müssen; gleichzeitig habe er in der Schule Prüfungszeit gehabt. All das habe ihn komplett überfordert. Von verschiedenen Seiten habe es geheissen, er müsse seine Mutter abmelden, und immer sei ein Erbschein verlangt worden. Er habe sich extra bei der Beraterin vom E. \_\_\_\_\_ Zürich erkundigt, was passiere, wenn er einen Erbschein bestelle und sei nicht auf die Gefahr hingewiesen worden, dass er damit möglicherweise die Erbschaft annehme. Sogar die Hausverwaltung habe einen Erbschein verlangt, damit die Wohnung auf ihn habe umgeschrieben werden können. Die IV finanziere ihm gegenwärtig eine Umschulung / Ausbildung zum Informatiker; für das letzte Ausbildungsjahr müsse er aber selber aufkommen. Sein Plan sei gewesen, dass er sich in diesen drei Jahren soweit als möglich einschränke, um genug für das letzte Ausbildungsjahr zusammenzusparen. Wenn er die hoch verschuldete Erbschaft seiner Mutter antreten müsste, stünde seine berufliche, menschliche und finanzielle Zukunft auf dem Spiel (act. 11/4).

3.3 Gesetzliche und eingesetzte Erben haben die Möglichkeit, durch Erklärung die Erbschaft auszuschlagen mit der Wirkung, dass sie nicht Erben sind (BSK ZGB II-SCHWANDER, 5. Aufl., Art. 566 N 1). Die Frist zur Ausschlagung beträgt drei Monate und beginnt für gesetzliche Erben, soweit sie nicht nachweisbar erst später von dem Erbfall Kenntnis erhalten haben, mit dem Zeitpunkt, da ihnen der Tod des Erblassers bekannt geworden ist (Art. 567 Abs. 1 und 2 ZGB). Gestützt auf Art. 576 ZGB kann die zuständige Behörde aus wichtigen Gründen den gesetzlichen Erben eine Fristverlängerung gewähren oder eine neue Ausschlagungsfrist ansetzen. Ist die Zahlungsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes amtlich festgestellt oder offenkundig, wird die Ausschlagung vermutet (Art. 566 Abs. 2 ZGB). Bei einer überschuldeten Erbschaft bedarf es mit anderen Worten keiner Ausschlagung, sondern der Annahme mittels einer ausdrücklichen Erklärung (BSK ZGB II-SCHWANDER, 5. Aufl., Art. 566 N 8). Die Ausschlagung ist zufolge Verwirkung dann nicht mehr möglich, wenn sich ein Erbe vor Ablauf der Ausschlagungsfrist in die Angelegenheiten der Erbschaft eingemischt oder Handlungen vorgenommen hat, die nicht durch die blosse Verwaltung der Erbschaft und durch den Fortgang der Geschäfte des Erblassers gefordert waren (Art. 571 Abs. 2 ZGB).

Das Einzelgericht (Art. 28 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 137 lit. e GOG) hat als zuständige Behörde im Sinne von Art. 570 Abs. 3 ZGB die Ausschlagungserklärung entgegenzunehmen und zu protokollieren. Die Protokollierung schafft lediglich den Beweis für die Abgabe und den Zeitpunkt der Ausschlagungserklärung und hat keinerlei Rechtskraftwirkung zwischen den (ausschlagenden) Erben und den Gläubigern des Erblassers. Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt (act. 8 S. 2), hat das Protokoll auf die zivilrechtliche Gültigkeit einer Ausschlagung somit keinen Einfluss. Selbst wenn eine Ausschlagungserklärung zurückgewiesen wird, bleibt es dem betroffenen Erben unbenommen, sich auf die erklärte Ausschlagung zu berufen, sollte er für Erbschaftsschulden belangt werden. Umgekehrt steht den Gläubigern des Erblassers ungeachtet der Protokollierung der Ausschlagungserklärung die Möglichkeit offen, gegen einen Erben vorzugehen, der die Ausschlagung erklärt hat (BGer 5A\_578/2009 vom 12. Oktober 2009 E. 2.2 m.w.H. und

4A\_394/2014 vom 1. Dezember 2014 E. 2.; HÄUPTLI, Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Art. 570 N 9; ZR 96 [1997] Nr. 29 E. III./1.).

3.4 Uneinheitlich sind die Ansichten zur Kognition der protokollierenden Behörde.

Die Vorinstanz hielt dafür, dass eine Ausschlagungserklärung grundsätzlich entgegenzunehmen und zu protokollieren sei, ohne dass sie als zuständige Behörde befugt wäre, die Gültigkeit (namentlich die Rechtzeitigkeit) der eingereichten Ausschlagungserklärung zu prüfen. Lediglich ausnahmsweise, wenn die Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis anerkannt oder offenkundig sei, dürfe die Protokollierung abgewiesen werden (act. 8 S. 2). Sie stützt sich damit auf eine ältere Rechtsprechung des Obergerichts (ZR 96 [1997] Nr. 29 E. III./1.), auf welche in späteren Entscheiden verschiedentlich Bezug genommen wurde (OGer ZH LF120057 vom 3. Oktober 2012 E. III./1.; LF120066 vom 29. November 2012 E. 2.4.; LF130062 vom 27. November 2013 E. 2.b)). In der Lehre billigen einige Autoren der protokollierenden Behörde eine beschränkte Kognition hinsichtlich der Gültigkeit einer Ausschlagungserklärung zu, wenn sie davon abhängige Massnahmen wie die Anordnung der konkursamtlichen Liquidation zu treffen hat (HÄUPTLI, a.a.O., Art. 570 N 9; BSK ZGB II-SCHWANDER, 5. A., Art. 571 N 14; WEBER, Gerichtliche Vorkehren bei der Nachlassabwicklung, AJP 1997, 558; a.M. aber TUOR/PICENONI, Berner Kommentar, Art. 570 N 5; BREITSCHMID, Erbaus-schlagung und Kognition der protokollierenden Behörde, successio 2014, 157). Das Bundesgericht liess die Frage der Kognition der protokollierenden Behörde in seiner neuesten Rechtsprechung offen (BGer 5A\_44/2013 vom 25. April 2013 E. 3.).

Weil sich nach Ansicht der Vorinstanz im vorliegenden Fall Zweifel hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Ausschlagungserklärung stellten, sei die Prüfung der Einhaltung der Dreimonatsfrist gerechtfertigt. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Frist des Art. 567 ZGB abgelaufen sei, da der Berufungskläger 2 einerseits einen Erbschein bestellt habe, was als Annahme der Erbschaft zu qualifizieren sei, und andererseits zwei Monate danach und überdies nach Ablauf von drei

Monaten seit dem Tod der Erblasserin ausgeschlagen habe. Aus diesem Grund sei das Begehren um Protokollierung abzuweisen (act. 8 S. 2 f.).

3.5 Soweit sich die Vorinstanz auf den Standpunkt stellt, die Bestellung eines Erbscheins sei als Einmischung bzw. Annahme der Erbschaft zu qualifizieren, ist ihr entgegenzuhalten, dass die Tatsache des Einholens einer Erbbescheinigung für sich allein keine Einmischung in die Erbschaft bedeutet (BSK ZGB II-SCHWANDER, a.a.O., Art. 571 N 5). Vielmehr ist nach dem Zweck des Gesuchs und den Umständen von Fall zu Fall zu entscheiden, ob sich der Gesuchsteller mit dem Einholen der Erbenbescheinigung als Erbe betätigt oder bloss eine Verwaltungshandlung vorgenommen hat (BGE 133 III 1 E. 3.3.1 f.). Diese Grenze zu ziehen, ist nicht immer einfach und bedarf einer genaueren Prüfung, die auf alle Fälle über die Kognition der protokollierenden Behörde – soweit man ihr eine zugestehen will – hinausgeht (vgl. auch OGer ZH LF120057 vom 3. Oktober 2012 dort E. III./7.).

3.6 In Bezug auf die Rechtzeitigkeit der abgegebenen Ausschlagungserklärung ist festzuhalten, dass der Berufungskläger 2 ebenfalls davon auszugehen scheint, dass er die dreimonatige Ausschlagungsfrist seit Kenntnis vom Tod der Erblasserin verpasst habe. Zu Recht weist er aber auf Art. 566 Abs. 2 ZGB hin, wonach die Ausschlagung vermutet wird – und somit eine Ausschlagungserklärung gar nicht nötig ist –, wenn die Zahlungsfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes amtlich festgestellt oder offenkundig ist (act. 9 S. 1). Der Betreibungsregisterauszug der Erblasserin weist 29 nicht getilgte Verlustscheine aus den vergangenen 20 Jahren im Gesamtbetrag von Fr. 35'341.20 aus (act. 11/3). Dass Verlustscheine bestehen, war auch im vorinstanzlichen Verfahren bekannt (act. 3, act. 4; vgl. auch act. 2/5). Folglich liegen ernsthafte Anhaltspunkte dafür vor, dass eine Überschuldung des Nachlasses bestehen könnte. Dies zu prüfen ist aber wiederum nicht Aufgabe der protokollierenden Behörde (ZR 96 [1997] Nr. 29 E. III./2.; OGer ZH LF130062 E. 4.a); BREITSCHMID, a.a.O., 157).

3.7 Aus dem Gesagten folgt, dass die Ausschlagungserklärung des Berufungsklägers 2 zu protokollieren ist. Selbst wenn man der protokollierenden Behörde eine beschränkte Kognition zugesteht, kann und muss sie nicht abschliessend beurteilen, ob eine Einmischung vorliegt oder die Ausschlagungsvermutung zufolge Überschuldung des Nachlasses greift (welche die Einhaltung der Dreimonatsfrist entbehrlich macht). Die Rechtsdurchsetzung obliegt vielmehr den Gläubigern, die im ordentlichen Verfahren vorzubringen haben, weshalb sie den Berufungskläger 2 trotz Ausschlagungserklärung sollten belangen können (vgl. BGer 4A\_394 vom 1. Dezember 2014 E. 2.).

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1 Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens hat nach ständiger Praxis der erstinstanzliche Gesuchsteller (Berufungskläger 2) zu tragen. Er hat im eigenen Interesse, um der Haftung für allfällige Schulden der Erblasserin zu entgehen, das Gericht angerufen und zu handeln veranlasst (OGer ZH LF110081 vom 16. August 2011 E. 4). Die Kosten wären ihm auch angefallen, wenn die erste Instanz seinen Anträgen gefolgt wäre. Daher sind die erstinstanzlichen Kosten zu bestätigen.

4.2 Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens sind demgegenüber in Bezug auf den Berufungskläger 2 ausgangsgemäss auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Für die Zusprechung einer Parteientschädigung fehlt es an einem entsprechenden Antrag (act. 9), abgesehen davon, dass eine aus der Staatskasse auszurichtende Parteientschädigung ohnehin nur in ganz besonderen Fällen in Frage käme.

4.3 In Bezug auf den Berufungskläger 1 ist umständehalber von der Erhebung von Gerichtskosten abgesehen. Weil der Berufungskläger 1 unterliegt, ist ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Auf die Berufung des Berufungsklägers 1 wird nicht eingetreten.
2. In Gutheissung der Berufung des Berufungsklägers 2 wird Dispositivziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht für Erbschaftssachen, vom 30. März 2017 aufgehoben. Die vom 27. März 2017 datierte und am 28. März 2017 bei der Vorinstanz eingegangene Ausschlagungserklärung des Berufungsklägers 2 wird zu Protokoll genommen.
3. Die erstinstanzliche Kostenregelung (Dispositivziffer 2) wird bestätigt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Berufungskläger 1 und 2, an die Steuerämter der Stadt und des Kantons Zürich, an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht für Erbschaftssachen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am:  
28. April 2017