

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF180040-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

## Urteil vom 5. September 2018

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_,
2. **B.**\_\_\_\_\_,
3. **C.**\_\_\_\_\_,
4. **D.**\_\_\_\_\_,
5. **E.**\_\_\_\_\_,

Berufungskläger,

alle vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X1.\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwältin  
lic. iur. X2.\_\_\_\_,

betreffend  
**Erbausschlagung / Abweisung**

im Nachlass von F.\_\_\_\_, geboren am tt. Juni 1958, Staatsangehöriger von  
Italien, gestorben am tt.mm.2017, wohnhaft gewesen ... [Adresse],

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Erbschaftssachen des Bezirks-  
gerichtes Zürich vom 12. Juni 2018 (EN180262)

**Rechtsbegehren:**  
(sinngemäss)

Es seien die Ausschlagungserklärungen zu protokollieren.

**Urteil des Einzelgerichts Erbschaftssachen  
des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Juni 2018:**  
(act. 9 [Aktenexemplar] = act. 11)

1. Die Gesuche der vorgenannten Erben um Protokollierung der Ausschlagungserklärungen werden abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 350.00 festgesetzt und den ausschlagenden Erben (Ziff. I.A+B) zu je 1/5 auferlegt.
- 3./4. (Mitteilung / Rechtsmittel).

**Berufungsanträge:**

der Berufungskläger (act. 10):

- "1. Es sei das Urteil vom Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen (Geschäfts-Nr. EN180262) vom 12. Juni 2018 vollumfänglich aufzuheben;
2. Es seien die Ausschlagungserklärungen der Berufungskläger 1-5 zu protokollieren.
3. Alles unter Kostenfolge zu Lasten des Staates."

## Erwägungen:

### I.

#### Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Am tt.mm.2017 verstarb F.\_\_\_\_\_ sel. (nachfolgend: Erblasser), geboren am tt. Juni 1958, mit letztem Wohnsitz in Zürich (vgl. act. 6). Die Berufungsklägerin 1 ist offenbar die überlebende Ehegattin des Erblassers, die Berufungskläger 2-5 sind die Kinder des Erblassers (vgl. act. 2-5).

2.1 Mit Formularen vom 19., 21., 23. Mai 2018 sowie 2. und 10. Juni 2018 reichten die Berufungskläger 1-5 dem Einzelgericht Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) ihre Ausschlagungserklärungen ein, welche bei dieser zwischen dem 24. Mai 2018 und dem 12. Juni 2018 eingingen (vgl. act. 1-5).

2.2 Mit Urteil vom 12. Juni 2018 (vgl. act. 9 [Aktenexemplar] = act. 11) wies die Vorinstanz die Gesuche um Protokollierung der Ausschlagungserklärungen wie eingangs wiedergegeben ab.

3.1 Dieses Urteil wurde den Berufungsklägern 1, 2, 3 und 5 zwischen dem 18. und dem 25. Juni 2018 zugestellt (vgl. act. 7). Dagegen erhoben sie rechtzeitig Berufung (vgl. act. 7 i.V.m. act. 10 S. 1). Von der Berufungsklägerin 4 liegt kein Empfangsschein bei den Akten. Gemäss telefonischer Auskunft der Vorinstanz vom 13. Juli 2018 konnte der Berufungsklägerin 4 das Urteil noch nicht zugestellt werden (vgl. act. 14). Die Berufungsklägerin 4 – wie die übrigen Berufungskläger vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_ und/oder lic. iur. X2.\_\_\_\_\_ – gibt an, das Urteil ebenfalls bereits am 18. Juni 2018 erhalten zu haben. Die Beru- fungsfrist ist somit eingehalten.

3.2 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. act. 1-7). Die Sache ist damit spruchreif.

## II.

### Prozessuales

1. Für die Entgegennahme von Ausschlagungserklärungen ist das Einzelgericht zuständig (vgl. § 137 lit. d GOG/ZH). Die Protokollierung der Ausschlagungserklärung ist ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. OGer ZH LF110108 vom 27. Oktober 2011, E. III./1a; BGE 114 II 220 ff., E. 1). Es ist das summarische Verfahren als kantonales Recht anwendbar (vgl. § 137 lit. d i.V.m. § 142a GOG/ZH i.V.m. Art. 248 ff. ZPO; BGE 139 III 225 ff., E. 2.2). Erbrechtliche Angelegenheiten sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich vermögensrechtliche Streitigkeiten (vgl. BGE 135 III 578 ff., E. 6; BGer 5A\_395/2010 vom 22. Oktober 2010, E. 1.2.2). So auch die Ausschlagung, da auch dort finanzielle Interessen im Vordergrund stehen bzw. damit überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (vgl. BGE 118 II 528 ff., E. 2c), etwa die Verhinderung der gesetzlichen Haftung für allfällige Schulden des Erblassers. Daher ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.-- beträgt (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO).

Auf die tatsächliche Höhe der Schulden kommt es freilich nicht an. Wenn ein Erbe die Erbschaft ausschlägt, weil er nicht für Schulden haften will, mag er einzelne solcher Schulden kennen, es liegt aber in der Natur der Sache, dass er die genaue Situation des Erblassers nicht kennt. Millionenschulden kann ein Privater in der Regel zwar nicht anhäufen. Es ist aber nicht ungewöhnlich, oder es ist sogar der Normalfall, dass eine überschuldete Person Verbindlichkeiten von mehr als Fr. 10'000.-- und auch von mehr als Fr. 30'000.-- hat, oder dass das jedenfalls ernsthaft zu befürchten ist. In aller Regel ist daher das kantonale Rechtsmittel im Streit über das Protokollieren einer Ausschlagung die Berufung, und auch für den Weiterzug ans Bundesgericht darf von einem Streitwert von über Fr. 30'000.-- ausgegangen werden.

2.1 Zulässigkeitsvoraussetzung eines jeden Rechtsmittels ist sodann die Beschwer; sie ist das für das Rechtsmittelverfahren von Amtes wegen zu beachtenden.

de Pendant zum Rechtsschutzinteresse im erstinstanzlichen Verfahren, welches eine Prozessvoraussetzung darstellt (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Das Erfordernis der Beschwer hat die Wirkung, dass nur derjenige zur Erhebung eines Rechtsmittels befugt ist, der ein von der Rechtsordnung geschütztes, d.h. ein schutzwürdiges Interesse (tatsächlicher oder rechtlicher Natur) an der Abänderung des erstinstanzlichen Entscheides besitzt (vgl. BGE 120 II 5 ff., E. 2a; ZK ZPO-REETZ, 3. Aufl. 2016, Vor Art. 308 ff. N 30).

2.2 Das Ausschlagungsprotokoll entfaltet keine Rechtskraft und hat nur deklaratorische Wirkung. Es beurkundet die Abgabe und den Zeitpunkt der Ausschlagungserklärung, nicht aber deren Wirksamkeit oder deren Wirkungen (vgl. BGer 5A\_578/2009 vom 12. Oktober 2009, E. 2.2 und 2.4; HÄUPTLI, in: ABT/WEIBEL [Hrsg.], Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl. 2015, Art. 570 N 9; ZR 96 [1997] Nr. 29 S. 80 ff.). Der betroffene Erbe kann sich zwar – selbst wenn eine Ausschlagungserklärung zurückgewiesen bzw. nicht protokolliert wird – auf die erklärte Ausschlagung berufen, sollte er für Erbschaftsschulden belangt werden (vgl. OGer ZH LF120057 vom 3. Oktober 2012, E. III./1). Findet die Ausschlagungserklärung jedoch Eingang in das Protokoll im Sinne von Art. 570 Abs. 3 ZGB, kommt dem schriftlich ausgefertigten Protokoll als einer öffentlichen Urkunde verstärkte Beweiskraft zu (vgl. KUKO ZPO-SCHMID, 2. Aufl. 2014, Art. 176 N 8). Daher ist von einem schutzwürdigen Interesse der Berufungskläger an der Abänderung des angefochtenen Entscheides auszugehen.

### III.

#### Materielles

1. Geht bei der zuständigen Behörde eine Ausschlagungserklärung ein, hat sie diese zu protokollieren (Art. 570 Abs. 3 ZGB). Wie bereits dargelegt schafft die Protokollierung 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. 11 S. 2 E. II./1), hat das Protokoll auf die zivilrechtliche Gül-

tigkeit einer Ausschlagung somit keinen Einfluss (vgl. OGer ZH LF170020 vom 28. April 2017, E. 3.3; BGer 5A\_578/2009 vom 12. Oktober 2009, E. 2.2 m.w.H.; 5A\_44/2013 vom 25. April 2013, E. 3; 4A\_394/2014 vom 1. Dezember 2014, E. 2; HÄUPTLI, in: ABT/WEIBEL [Hrsg.], Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl. 2015, Art. 570 N 9; ZR 96 [1997] Nr. 29 S. 80 ff. E. III./1). Die Ansichten zur Kognition der protokollierenden Behörde sind uneinheitlich (vgl. dazu OGer ZH LF170020 vom 28. April 2017, E. 3.4).

2. Die Vorinstanz erwog zur Kognition, wenn die Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis anerkannt oder offenkundig sei, dürfe die Protokollierung ausnahmsweise verweigert werden. Dabei berief sie sich auf eine ältere Rechtsprechung des Obergerichts Zürich (vgl. act. 11 E. II./1 mit Verweis auf ZR 96 [1997] Nr. 29 E. III./1). Es rechtfertige sich, die Einhaltung der in Art. 567 Abs. 1 ZGB statuierten Ausschlagungsfrist von drei Monaten ab Kenntnis des Erbfalls (vgl. Art. 567 Abs. 2 ZGB) vorfrageweise zu prüfen, weil der Erblasser bereits am tt.mm.2017 verstorben sei und die (Ausschlagungs-)Erklärungen der Berufungsklägerin 1 und der Berufungskläger 2-5 erst Ende Mai und Anfangs Juni 2018 eingereicht worden seien (vgl. act. 11 E. II./2). Die Berufungsklägerinnen 1 und 5 hätten auch am letzten Wohnsitz des Erblassers gelebt, weshalb ohne Weiteres davon auszugehen sei, diese beiden hätten vom Versterben des Erblassers zeitnah Kenntnis gehabt und aus den eingereichten Unterlagen ergebe sich nicht, dass die Berufungskläger 2-4 erst viele Monate später vom Ableben des Erblassers Kenntnis erhalten hätten, weshalb die Ausschlagungserklärungen offensichtlich verspätet seien (vgl. act. 11 E. II./1-2).

3. Die Berufungskläger bringen dagegen gestützt auf einen der Kammer eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 25. Juni 2017 und einer Verfügung der SVA Zürich, IV-Stelle vom 8. August 2016 (vgl. act. 13/1-2) im Wesentlichen vor, der Erblasser habe in den letzten 20 Jahren 77 Verlustscheine im Gesamtbetrag von Fr. 113'021.20 angehäuft (vgl. act. 10 S. 3 Rz. 6). Zudem habe der Erblasser seit dem Jahr 1995 (mit kleineren Unterbrechungen) Sozialhilfe empfangen (vgl. act. 10 S. 3 Rz. 7). Zusammengefasst machen die Berufungskläger geltend, die Vorinstanz habe es unterlassen zu prüfen, ob eine offensichtliche Zahlungsun-

fähigkeit des Erblassers bestehe bzw. ob (aufgrund dessen) eine Ausschlagung vermutet werde, welche die Einhaltung der Dreimonatsfrist entbehrlich mache, weshalb sie die Protokollierungsgesuche zu Unrecht abgewiesen habe.

4.1 Wie bereits erwähnt gilt in diesem Verfahren der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 248 lit. e i.V.m. Art. 255 lit. b ZPO). Danach stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest, wobei der Partei eine Mitwirkungslast obliegt. Eine Pflicht des Gerichts zur Erforschung des Sachverhaltes besteht nicht.

Vor Vorinstanz hatten die Berufungskläger einzig die Erbausschlagungsformulare mit der ärztlichen Bescheinigung des Todes des Erblassers und Auszügen aus dem Geburtsregister eingereicht (vgl. act 1-5). Die Vorinstanz hatte somit von vornherein keinen Anlass, den Sachverhalt weiter abzuklären. Im Übrigen hat die Vorinstanz auch nicht von sich aus danach zu forschen, ob solche Anhaltspunkte bestehen.

Die Vorinstanz verletzte den eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz somit nicht. Es ist sodann kein Grund ersichtlich und auch nicht behauptet, weshalb die von den Berufungsklägern erst im Berufungsverfahren vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel nicht schon von Vorinstanz hätten beigebracht werden können (Art. 317 ZPO). Sie können daher nicht berücksichtigt werden.

4.2 Selbst wenn solche Anhaltspunkte vorgelegen hätten, wäre dies zu prüfen nicht die Aufgabe der protokollierenden Behörde gewesen, obliegt die Rechtsdurchsetzung vielmehr den Gläubigern, die im ordentlichen Verfahren vorzubringen haben, weshalb sie den Erben trotz Ausschlagungserklärung belangen können sollten (vgl. OGer ZH LF170020 vom 28. April 2017, E. 3.6 mit Hinweis auf BGer 4A\_394/2014 vom 1. Dezember 2014, E. 2). Soweit die Berufungskläger vorbringen, weil die Erbschaft überschuldet sei, werde die Ausschlagung vermutet und komme es darum auf das Einhalten der Frist nicht an, ist folgendes anzufügen: Ein früherer Entscheid des Obergerichts (LF170020 vom 28. April 2017) kann in diese Richtung missverstanden werden. Dort ging es aber darum, dass die Ausschlagungserklärung auch dann zu protokollieren ist, wenn die Erbschaft

möglicherweise oder wahrscheinlich überschuldet ist. Daran ist festzuhalten: die Überschuldung einer Erbschaft ist eigentlich gar nie mit absoluter Sicherheit festzustellen (es sei denn, man führe einen Konkurs durch), denn auch eine Person mit hohen Schulden kann daneben - vielleicht versteckt - noch Vermögenswerte haben. Es besteht also trotz des Anscheins der Überschuldung in der Regel ein Interesse am Ausschlagen (nur beiläufig sei der Argumentation der Berufungskläger entgegen gehalten, dass eine sichere Überschuldung - wie sie behaupten - die Ausschlagung gerade überflüssig machte [Art. 566 ZGB] und damit das Interesse an der Ausschlagung entfielen).

Dass der Anschein der Überschuldung allerdings das Prüfen der Dreimonatsfrist obsolet mache, wie die Berufungskläger meinen, trifft nicht zu, das sind zwei verschiedene Dinge: wie bereits ausgeführt, macht die Überschuldung wegen der damit verbundenen Vermutung die ausdrückliche Ausschlagung entbehrlich. Kann die Überschuldung aber nicht erhärtet werden, kommt es auf die Ausschlagung gleichwohl durchaus an - und für diesen Fall ist jedenfalls nach geltendem Recht das Einhalten der dreimonatigen Frist von Bedeutung.

4.3 Was die Kognition der Vorinstanz als protokollierender Behörde anbelangt, gibt es keinen Anlass, von der – von der Vorinstanz zitierten – älteren Rechtsprechung des Obergerichts Zürich (vgl. act. 9 E. II mit Verweis auf ZR 96 [1997] Nr. 29 S. 80 ff.) abzuweichen. Das Bundesgericht liess diese Frage in seiner neuesten Rechtsprechung offen (vgl. BGer 5A\_44/2013 vom 25. April 2013, E. 3).

4.4 Es bleibt anzufügen, dass es den Erben unbenommen bleibt, sich auf ihre Ausschlagungserklärungen und die Vermutung nach Art. 566 Abs. 2 ZGB zu berufen, worauf die Vorinstanz bereits hingewiesen hat (vgl. act. 9 E. III).

4.5 Die Berufung ist abzuweisen und das Urteil des Einzelgerichts Erbschaftsachen des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Juni 2018 (Geschäfts-Nr. EN180262-L) zu bestätigen.

#### IV.

#### Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind mit dem angefochtenen Urteil auch darin geregelten Kostenfolgen zu bestätigen. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind auf Fr. 300.– festzusetzen und den Berufungsklägern unter solidarischer Haftung aufzuerlegen. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichts Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Juni 2018 (Geschäfts-Nr. EN180262-L) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Berufungsklägerin unter solidarischer Haftung auferlegt.
4. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Berufungskläger, an die Steuerämter der Stadt und des Kantons Zürich, an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht für Erbschaftssachen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.  
  
Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit einem Streitwert von über Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: