

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF230001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 21. Februar 2023

in Sachen

A._____,

Berufungsklägerin

betreffend **Erbausschlagung / Protokollierung**

im Nachlass von B._____, geboren am tt. August 1938, Staatsangehörigkeit:

C.____ [Staat in Europa], gestorben am tt.mm.2021, wohnhaft gewesen

D.____-str. ..., ... Zürich,

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. November 2022 (EN221044)

Erwägungen:

1.

1.1. Am tt.mm.2021 verstarb B._____, geboren am tt. August 1938 (Erblasser), mit letztem Wohnsitz in Zürich (act. 6/2). Mit Eingabe vom 11. November 2021 verlangte die Ehefrau des Erblassers, E._____ beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht im summarischen Verfahren, die Ausstellung eines Erbscheines (act. 1 im Verfahren-Nr. EM212356). Das Gericht nahm daraufhin die Erbenermittlung vor (act. 2-10 im Verfahren-Nr. EM212356). Am 4. August 2022 wurde der verlangte Erbschein ausgestellt (act. 1 im Verfahren-Nr. EM212356 = act. 8). Am 14., 20. und 21. Oktober 2022 gingen beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht in Erbschaftssachen, Erbausschlagungen der Schwester des Erblassers F._____, der Brüder G._____ und H._____, dem Sohn der verstorbenen Schwester I._____ und der Tochter des verstorbenen Bruders A._____ ein (act. 1-5). Das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht im summarischen Verfahren (fortan Vorinstanz), zog daraufhin das Geschäft-Nr. EM212356 betreffend Erbschein bei (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 23. November 2022 (act. 7 = act. 11 S. 4) nahm die Vorinstanz die Ausschlagungserklärungen der fünf Erben gestützt auf Art. 570 ZGB zu Protokoll (Dispositiv-Ziffer 1). Sie erklärte den ausgestellten Erbschein vom 4. August 2022 (Geschäfts-Nr. EM212356-L) für ungültig und forderte die Ehefrau des Erblassers auf, den ausgestellten Erbschein (im Original) dem Einzelgericht zurückzusenden (Dispositiv-Ziffer 2). Im Weiteren wurden die Kosten auf Fr. 350.00 festgesetzt und den ausschlagenden fünf Erben je zu einem Fünftel auferlegt (Dispositiv-Ziffer 3).

2.

Gegen dieses Urteil erhob A._____ (nachfolgend Berufungsklägerin) mit Eingabe vom 5. Januar 2023 (Ankunft Grenzstelle bzw. Übergabe an Schweizerische Post: 7. Januar 2023) Berufung (act. 12). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Art. 327 Abs. 1 ZPO; act. 1-9). Auf weitere prozessleitende Schritte wurde verzichtet.

3.

3.1.1. Die Berufungsklägerin führt in ihrer Berufungsschrift vom 5. Januar 2023 aus, es sei angedacht gewesen, dass sämtliche Erben der elterlichen Verwandtschaft zugunsten der Ehefrau des Erblassers auf das Erbe verzichten würden. Dass die Erbteile der ausschlagenden Erben nun an deren Nachkommen gingen, sei nicht im Interesse von allen gelegen. Wenn ihr Erbteil nicht wie beabsichtigt der Ehefrau des Erblassers zuflüsse, wolle sie von ihrer Erbausschlagung zurücktreten (act. 12).

3.1.2. Die Erben sind befugt, die ihnen zugefallene Erbschaft innert einer Frist von drei Monaten auszuschlagen (Art. 566 Abs. 1 ZGB und Art. 567 ZGB). Die Ausschlagung ist ein Gestaltungsrecht und muss als solche eindeutig, unmissverständlich und unbedingt abgegeben werden. So ist insbesondere die Ausschlagung unter dem Vorbehalt, dass auch bestimmte andere Erben ausschlagen (oder nicht ausschlagen), nicht zulässig (Art. 570 Abs. 1 und 2 ZGB; PraxKomm Erbrecht-Hauptli, 4. Aufl. 2019, Art. 570 N 6 f.; BSK ZGB II-Schwander, 6. Aufl. 2019, Art. 570 N 6 ff.). Geht bei der zuständigen Behörde – im Kanton Zürich das Einzelgericht am Bezirksgericht (§ 137 lit. e GOG) – eine Ausschlagungserklärung ein, so hat sie diese entgegenzunehmen und zu protokollieren (Art. 570 Abs. 1 und 3 ZGB). Die Erbschaftsbehörde hat dies zu tun, ohne dass sie grundsätzlich befugt wäre, die Gültigkeit und namentlich die Rechtzeitigkeit der eingereichten Ausschlagungserklärung zu prüfen (ZR 96 [1997] Nr. 29; detailliert zur Kognition vgl. OGer ZH LF220010 vom 9. Mai 2022 E. 2.4. m.w.H.). Die Protokollierung schafft nur den Beweis für die Abgabe und den Zeitpunkt der Ausschlagungserklärung und hat keinerlei Rechtskraftwirkung. Es wird die Abgabe einer Erklärung, jedoch nicht deren Wirkung beurkundet (PraxKomm Erbrecht-Hauptli, a.a.O., Art. 570 N 9; vgl. auch BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, a.a.O., Vor Art. 551-559 N 10 und BSK ZGB II-Schwander, a.a.O., Art. 570 N 14). Das Protokoll dient somit nur Informationszwecken und hat lediglich deklaratorische Wirkung (BGer 5A_578/2009 vom 12. Oktober 2009 E. 2.2 und 2.4). Mit anderen Worten kann aus der Protokollierung oder Nichtprotokollierung einer Ausschlagungserklärung nicht darauf geschlossen werden, ob diese rechtsbeständig ist oder nicht (BSK ZGB II-Schwander, a.a.O., Art. 570 N 14). Die definitive Prüfung der Verhältnisse bleibt

dem ordentlichen Gericht vorbehalten (vgl. BSK ZGB II- Karrer/Vogt/Leu, a.a.O., Vor Art. 551-559 N 10; vgl. überdies BGer 5A_752/2020 vom 6. Januar 2021 E. 1.3).

3.1.3. Die Erklärung der Berufungsklägerin, sie wolle von ihrer Erbschaftsausschlagung zurücktreten, könnte als Widerruf der Ausschlagung verstanden werden. Die Ausschlagungserklärung wird im Hinblick auf ihre Rechtsnatur (Gestaltungsrecht) und Funktion – unter den zur Erbschaft Berufenen wie auch im Verhältnis zu Dritten (insbesondere Gläubigern) Klarheit zu schaffen – von der Lehre sowie dem Bundesgericht als prinzipiell unwiderruflich angesehen (BGE 129 III 305 E. 4.3; BSK ZGB II-Schwander, a.a.O., Art. 566 N 4; PraxKomm Erbrecht-Häuptli, a.a.O., Art. 566 N 2). Die Kammer lässt einen Widerruf (innert Rechtsmittelfrist) aus Praktikabilitätsgründen jedoch *ausnahmsweise* zu, wenn kein nachberufener Erbe infolge der Ausschlagung selbst Erbensprüche geltend machen kann und diesfalls mit der konkursamtlichen Nachlassliquidation (Veröffentlichung der konkursamtlichen Liquidation und öffentlicher Schuldenruf) noch nicht begonnen wurde. Dies wird damit begründet, dass die Erbausschlagung eine dem Erben zur Verfügung gestellte Schutzmassnahme darstelle, von der er Gebrauch machen oder auf die er auch verzichten könne. Ein Widerruf der Ausschlagung sei nur dann nicht mehr möglich, wenn ein nachberufener Erbe infolge der Ausschlagung selbst Erbensprüche geltend machen könnte. Sei dies nicht der Fall, und müsste die konkursamtliche Nachlassliquidation erfolgen, beurteile sich die Zulässigkeit des Widerrufs einzig vom Gesichtspunkt der Erbschaftsgläubiger aus. Deren Stellung werde aber in der Regel eher gestärkt, wenn der Ausschlagende doch noch für die Erbschaftsschulden einstehe (vgl. zum Ganzen: OGer ZH LF160034 vom 9. Juni 2016 E. 3.2.1. m.w.H. und sich dem anschliessend auch OGer TG in: RBOG 2020 S. 31 E. 3.b).

Vorliegend ist ein solcher aufgezeigter Ausnahmefall, in welchem die Kammer den Widerruf der Ausschlagung zulässt, nicht gegeben, sind doch – trotz der erfolgten Ausschlagungen – noch andere resp. nachberufene Erben des Erblassers vorhanden, welchen die Erbschaft zufällt, und steht keine konkursamtliche Liquidation im Raum. Der Widerruf ist ausgeschlossen.

3.1.4. Mit der Berufung kann sodann die unrichtige Rechtsanwendung oder die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 lit. a und b ZPO). Solches zeigt die Berufungsklägerin in ihrer Berufungsschrift nicht auf. Die der Vorinstanz eingereichte Ausschlagungserklärung, worin die Berufungsklägerin schrieb, "hiermit erkläre ich die Erbausschlagung gem. Erbschein in Sachen des Nachlasses von B._____ vom 04.08.2022", präsentierte sich als eindeutig, unmissverständlich und unbedingt (vgl. act. 3). Die Vorinstanz ist im Rahmen der ihr zukommenden beschränkten Prüfungsbefugnis richtig verfahren, indem sie die Protokollierung der Ausschlagungserklärung vornahm. Die Berufung gegen den angefochtenen Entscheid scheint daher nicht der richtige Weg zu sein, um das angefochtene Urteil in dem Sinne zu korrigieren, wie es die Berufungsklägerin anstrebt.

3.1.5. Den Ausführungen der Berufungsklägerin (die Annahme, alle anderen Erben schlagen Erbschaft aus und der Erbteil werde der Ehefrau des Erblassers zufließen), könnte entnommen werden, dass sie geltend machen möchte, sie sei bei der Erklärung der Erbausschlagung einem Willensmangel resp. Grundlagenirrtum unterlegen. In diesem Zusammenhang und soweit die Berufungsklägerin die Protokollierung ihrer Ausschlagungserklärung korrigiert haben möchte, ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Protokollierung der Ausschlagungserklärung gemäss Art. 570 Abs. 1 ZGB stellt einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit dar (BSK ZGB II-Schwander, a.a.O., Art. 570 N 14). Gemäss Art. 256 Abs. 2 ZPO können Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Amtes wegen oder auf Antrag aufgehoben werden, wenn sie sich im Nachhinein als unrichtig erweisen, es sei denn, das Gesetz oder die Rechtssicherheit stünden entgegen. Zuständig für die Aufhebung oder Abänderung ist die Instanz, welche die Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit erliess (ZK ZPO-Klingler, 3. Aufl. 2016, Art. 256 N 7). Gemäss § 24 GOG in Verbindung mit § 137 lit. c und e GOG ist – wie bereits dargelegt – das Einzelgericht für die Entgegennahme von Ausschlagungserklärungen zuständig. Folglich hat sich das Einzelgericht auch mit Anträgen auf Aufhebung oder Abänderung entsprechender Entscheide zu befassen (vgl. OGer ZH LF190014 vom 2. März 2019 E. 3.2.). Die Eingabe der Berufungsklägerin vom

5. Januar 2023 ist unter diesem Aspekt zur Behandlung an die Vorinstanz weiterzuleiten.

3.2.1. Im Weiteren erklärt die Berufungsklägerin in ihrer Eingabe an das Obergericht, nicht auch noch etwas dafür bezahlen zu wollen, dass sie zugunsten anderer auf ihren Erbanteil verzichte. Sie sei nicht bereit, für die Kosten (1/5 von Fr. 350.00) aufzukommen (act. 12).

3.2.2. Die Protokollierung der Erbausschlagung gehört zur sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit bzw. zu den nichtstreitigen Erbschaftsangelegenheiten. Im Verfahren auf einseitiges Vorbringen hat eine Klägerin oder Antragstellerin, mithin die ausschlagende Erbin, die Kosten zu tragen. Dass das Gericht, welches die Ausschlagung zu Protokoll nimmt, dafür eine Gebühr und den Ersatz seiner Auslagen von der ausschlagenden Erbin verlangen kann (§ 8 Abs. 3 GebV OG), erscheint durchaus gerechtfertigt. Schliesslich hat diese die Behörden im eigenen Interesse angerufen und zum Handeln veranlasst (vgl. zum Ganzen: OGer ZH PF110044 vom 15. September 2011 E. 3, LF110081 vom 16. August 2011 E. 4., PF130062 vom 10. Dezember 2013 E. 3. sowie PF220032 vom 28. Juli 2022 E. 3.1. m.w.H.). Im vorliegenden Fall besteht kein Anlass, von dieser Regel abzuweichen. Die Vorinstanz ist richtig vorgegangen, indem sie die Ausschlagungserklärung der Berufungsklägerin vom 17. Oktober 2022 (Datum Eingang: 20. Oktober 2022; act. 3) zu Protokoll nahm. Die Berufungsklägerin ist erst nach Fällung des vorinstanzlichen Entscheides zur Auffassung gelangt, dass sie von ihrer Ausschlagungserklärung zurücktreten wolle. In Bezug auf die Höhe der Gerichtsgebühr ist auf § 8 Abs. 3 der Gebührenverordnung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2010 (GebV OG, LS 211.11) zu verweisen; die Gerichtsgebühr bemisst sich nach dem Interessewert und dem Zeitaufwand des Gerichts und bewegt sich im Rahmen von Fr. 100.00 bis Fr. 7'000.00. Nach Art. 106 Abs. 3 ZPO bestimmt das Gericht bei mehreren am Prozess beteiligten Personen den jeweiligen Anteil an den Gerichtskosten. Die Berufungsklägerin bemängelt die durch die Vorinstanz festgesetzte Höhe der Entscheidgebühr und den ihr daran auferlegten Anteil von einem Fünftel zu Recht nicht. Die vor-

instanzliche Kostenregelung (Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils vom 23. November 2022) ist folglich zu bestätigen.

3.3. Nach dem vorstehend Gesagten ist die Berufung der Berufungsklägerin abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

4.

Ausnahmsweise sind für das obergerichtliche Verfahren keine Kosten zu erheben. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
2. Die Eingabe der Berufungsklägerin vom 5. Januar 2023 (act. 12) wird der Vorinstanz zur Behandlung weitergeleitet.
3. Die vorinstanzliche Kostenregelung wird bestätigt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben und keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - a) die Berufungsklägerin,
 - b) E._____, D._____-strasse ... in ... Zürich sowie J._____, K._____
[Strasse] ... in L._____/C._____
[Staat in Europa], je unter Beilage einer Kopie von act. 12, sowie
 - c) das Bezirksgericht Zürich (Einzelgericht Erbschaftssachen), unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten sowie unter Beilage einer Kopie von act. 12,je gegen Empfangsschein.
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. Der Streitwert beträgt Fr. 77'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: