

Art. 573 ZGB, Art. 193 SchKG, konkursamtliche Liquidation der ausgeschlagenen Verlassenschaft. *Das Konkursgericht hat nur eine eingeschränkte Kognition zum Prüfen der Ausschlagungen (E. 3).* **Art. 174 SchKG, Legitimation zur Beschwerde gegen die Konkurseröffnung.** *Der Gläubiger, der nicht selber das Konkursbegehren stellte, ist nicht legitimiert (E. 2).*

Das Konkursgericht eröffnete den Konkurs über eine Erbschaft, nachdem die Erben ausgeschlagen hatten. Ein Gläubiger, der einen gegen die Erblasserin ausgestellten Verlustschein über rund Fr. 223'000.-- besitzt, beschwert sich dagegen.

(Aus den Erwägungen des Obergerichts:)

2.

2.1. Gegen den Entscheid des Konkursgerichtes kann gemäss Art. 174 SchKG Beschwerde nach ZPO erhoben werden (Art. 194 SchKG; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. Aufl. 2010, Art. 194 N 8). Zur Beschwerde legitimiert ist in erster Linie der Schuldner bzw. sind im vorliegenden Fall die Erben (KUKO SchKG-HUBER, Art. 193 N 4 und 8). Demgegenüber ist das Konkursamt nicht legitimiert, da es keine Partei im Sinne von Art. 174 SchKG ist und nicht am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat. Ein Weiterzugsrecht des Konkursamtes besteht einzig in Fällen, in welchen eine Verfügung des Konkursgerichtes offensichtlich nichtig ist oder wo das Rechtsmittel die Interessen der Konkursmasse und damit der Gläubigergesamtheit wahrt (KUKO SchKG-HUBER, Art. 193 N 9; BSK SchKG II-GIROUD, 2. Aufl. 2010, Art. 174 N 14).

2.2. Ebenfalls nicht zum Weiterzug legitimiert ist im Falle der Insolvenzerklärung nach ständiger Gerichtspraxis ein Gläubiger, wenn er nicht selber das Konkursbegehren gestellt hat (BSK SchKG II-GIROUD, 2. Aufl. 2010, Art. 174 N 14; KUKO SchKG-HUBER, Art. 174 N 4), weil er in diesem Fall weder Partei ist, noch als Drittperson von der Konkurseröffnung derart betroffen wäre, dass seine Rechte verletzt würden (vgl. ZK ZPO-REETZ, Vorbem. zu Art. 308-318 N 35). Denn die Konkurseröffnung beschlägt die Rechtslage eines Gläubigers als Drittperson nur mittelbar, handelt es sich doch bloss um Reflexwirkungen (BGE 111 III 66 E. 2). Das hat nicht nur im Falle der Insolvenzerklärung gemäss Art. 191 SchKG, sondern im gleichen Masse auch für die Konkurseröffnung zufolge Ausschlagung einer Erbschaft durch die nächsten gesetzlichen Erben zu gelten, da auch diese ohne Zutun des Gläubigers erfolgt. Im Übrigen sind keine Gründe ersichtlich, die im konkreten Fall eine abweichende Beurteilung rechtfertigen würden.

2.3. Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren weder als Erbe noch als antragsstellender Gläubiger oder in einer anderen Funktion teilgenommen und ist daher keine Prozesspartei. Er ist Inhaber einer rechtskräftig festgestellten Pfändungsverlustscheinforderung über Fr. 223'177.-- gegen die

Erblasserin (act. 2 S. 3; act. 4/1-4) und damit Erbschaftsgläubiger. In dieser Stellung ist er nach dem Gesagten vorliegend nicht zur Beschwerdeführung legitimiert, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Damit erübrigt sich auch die Beurteilung der weiteren prozessualen Anträge.

2.4. Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerde aber auch in materieller Hinsicht kein Erfolg beschieden gewesen wäre:

2.4.1. Der Beschwerdeführer bringt mit seiner Beschwerde im Wesentlichen vor, das Konkursgericht hätte die massgeblichen Tatsachen und damit die Frage, ob alle nächsten gesetzlichen Erben rechtzeitig den Nachlass ausgeschlagen haben, gemäss Art. 255 lit. a ZPO von Amtes wegen zu prüfen gehabt, und hätte nicht einfach auf das Urteil des Einzelgerichts in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. September 2012 abstellen dürfen. Renate A. habe das Erbe ihrer Schwester nicht rechtzeitig ausgeschlagen. Daher sei die Erbschaft nicht von allen Erben ausgeschlagen worden, weshalb die konkursamtliche Liquidation nicht hätte angeordnet werden dürfen (act. 2 S. 5 f.). Es sei unzutreffend, dass das Konkursgericht eine beschränkte Prüfungsbefugnis habe. Die Konkurseröffnung habe eine grosse Bedeutung, weshalb sich der Konkursrichter umfassend vom Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen zu überzeugen habe. Aber auch mit minimaler Kognition hätte das Konkursgericht die Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis durch Renate A. feststellen können, weil dafür nur wenige rechtliche Überlegungen und wenig Sorgfalt notwendig gewesen wären (act. 2 S. 7).

2.4.2. Damit geht der Beschwerdeführer grundsätzlich fehl. Das Konkursgericht hat ohne weitere Prüfung die konkursamtliche Liquidation einer Erbschaft anzuordnen, wenn ihm – wie vorliegend geschehen – das Einzelgericht Erbschaftssachen anzeigt, dass alle Erben den Nachlass ausgeschlagen haben (Art. 193 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 SchKG). Tatsächlich hält die Lehre dafür, dass das Konkursgericht prüft, ob alle Erben ausgeschlagen haben. Das allerdings nur im Falle, wenn gemäss Art. 193 Abs. 3 SchKG ein Gläubiger oder ein Erbe die konkursamtliche Liquidation verlangt (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. Aufl. 2010, Art. 193 N 14a; BSK ZGB II-SCHWANDER, 4. Aufl. 2011, Art. 573 N 3). Das ist hier nicht der Fall. Ferner trifft das Konkursgericht eine materielle Prüfungspflicht nur in Bezug auf Verwirkungshandlungen (Art. 571 Abs. 2 ZGB) und auch das nur, wenn sie anerkannt oder offensichtlich sind (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. Aufl. 2010, Art. 193 N 14b; Prax-Komm Erbrecht-HÄUPTLI, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 573 N 5; BSK ZGB II-SCHWANDER, 4. Aufl. 2011, Art. 571 N 8). Wann eine Erbschaft ausgeschlagen ist bzw. ob die Ausschlagung rechtzeitig erfolgte, bestimmt demgegenüber einzig das Privatrecht; der Beschwerdeführer hätte eine entsprechende privatrechtliche Klage gegen den ausschlagenden Erben zu erheben (KUKO SchKG-HUBER, Art. 193 N 2; Prax-Komm Erbrecht-HÄUPTLI, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 573 N 6 und Art. 571 N 11; BSK ZGB II-SCHWANDER, 4. Aufl. 2011, Art. 571 N 8). Daraus erhellt im Weiteren, dass die Beschränkung der Prüfungsbefugnis des Konkursgerichtes qualitativer und nicht quantitativer Art ist. Die Zulässigkeit oder die Verpflichtung zu einer Prüfung hängt – entgegen der Ansicht des

Beschwerdeführers – nicht davon ab, wie viele rechtliche Überlegungen für eine Feststellung zu tätigen wären.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 29. November 2012
Geschäfts-Nr.: PS120195-O/U

vgl. auch *BGer* 5A_43/2013 vom 25. April 2013