

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF140021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

## Urteil vom 24. Juni 2014

in Sachen

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

Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwälte X. \_\_\_\_\_,

gegen

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

Berufungsbeklagter,

betreffend

### **Erbausschlagung / konkursamtliche Liquidation**

im Nachlass von C. \_\_\_\_\_, geboren tt. November 1934, von Basel, gestorben zwischen dem tt. November 2013 und dem tt. November 2013, wohnhaft gewesen ... [Adresse],

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. Februar 2014 (EN140049)

**Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 11. Februar 2014:**

1. Die Ausschlagungserklärungen werden zu Protokoll genommen.
2. Es wird festgestellt, dass der Nachlass durch den einzigen gesetzlichen Erben B.\_\_\_\_\_ (Ziff. 1.2.) des Erblassers ausgeschlagen worden ist. Dem Konkursrichter des Bezirkes Zürich wird hiervon im Sinne der Erwägungen Kenntnis gegeben.
3. Die Kosten betragen:

Fr.	200.00	Entscheidgebühr
Fr.	51.00	Barauslagen
<hr/>		
Fr.	251.00	Kosten total.
4. Die Kosten werden dem ausschlagenden Erben (Ziff. 1.2.) auferlegt.
- 5./6. Mitteilung/Rechtsmittel

(act. 10)

**Berufungsanträge:**

**des Berufungsklägers (act. 11):**

- "1. Das Urteil wird unter Ziffer 2. aufgehoben und es wird festgestellt, dass der Nachlass durch beide gesetzlichen Erben A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ ausgeschlagen worden ist. Dem Konkursrichter des Bezirkes Zürich wird hiervon im Sinn der Erwägungen Kenntnis gegeben.
2. Das Urteil wird insoweit abgeändert, als festgestellt wird, dass der Nachlass auch für die Kinder des gesetzlichen Erben A.\_\_\_\_\_, nämlich D.\_\_\_\_\_, geb. am tt.mm.2003 und E.\_\_\_\_\_, geb. am tt.mm.2006, ausgeschlagen worden ist."

des Berufungsbeklagten (sinngemäss act. 17):

Es sei festzustellen, dass der Nachlass durch beide gesetzlichen Erben des Erblassers, B. \_\_\_\_\_ sowie A. \_\_\_\_\_ für sich und seine Kinder D. \_\_\_\_\_, geb. am tt.mm.2003, und E. \_\_\_\_\_, geb. am tt.mm.2006, ausgeschlagen worden ist. Dem Konkursrichter des Bezirkes Zürich sei hiervon im Sinne der Erwägungen Kenntnis zu geben.

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien den Parteien je hälftig aufzuerlegen.

**Erwägungen:**

1. Zwischen dem tt. und dem tt. November 2013 starb C. \_\_\_\_\_ an seinem letzten Wohnort in Zürich (act. 2-3). Mit Datum vom 30. Januar und 3. Februar 2014 schlugen B. \_\_\_\_\_ (fortan Berufungsbeklagter) sowie A. \_\_\_\_\_ (fortan Berufungskläger), letzterer für sich und seine Kinder D. \_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2003, und E. \_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2006, den Nachlass des Erblassers aus (act. 1 und 5). Mit Urteil vom 11. Februar 2014 erwog die Vorinstanz, dass es sich gestützt auf die beigezogenen Zivilstandsurkunden beim Berufungsbeklagten um den einzigen gesetzlichen Erben des Erblassers handle. Sie nahm die Ausschlagungserklärungen zu Protokoll und stellte weiter fest, dass der Nachlass durch den einzigen gesetzlichen Erben ausgeschlagen worden sei und dem Konkursrichter des Bezirkes Zürich hiervon Kenntnis gegeben werde. Die Kosten auferlegte sie dem Berufungsbeklagten (act. 10).

2.a) Hiergegen erhob der Berufungskläger rechtzeitig Berufung und beantragte, Dispositiv-Ziffer 2 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Nachlass durch beide gesetzlichen Erben ausgeschlagen worden sei. Dem Konkursrichter des Bezirkes Zürich sei hiervon Kenntnis zu geben. Es sei überdies festzustellen, dass er den Nachlass auch für seine Kinder D. \_\_\_\_\_, geb. am tt.mm.2003, und E. \_\_\_\_\_, geb. am tt. mm.2006, ausgeschlagen habe. Zur Begründung erklärt der Berufungskläger, er sei am tt. Mai 1969 als Kind von F. \_\_\_\_\_, geb. tt. Oktober 1947 in ... (D), und des Erblassers in München geboren. Letzterer habe die Vaterschaft am 29. Juni 1970 beim Stadtjugendamt

... anerkannt. Für den Fall, dass die Nachkommen des Erblassers als gesetzliche Erben den Nachlass ausschlagen, würden deren Nachkommen an ihre Stelle treten. Mit seiner Ausschlagungserklärung vom 3. Februar 2014 habe er auch für seine Kinder ausgeschlagen (act. 11).

b) In seiner fristgerecht eingegangenen Berufungsantwort bestätigt der Berufungsbeklagte, dass der Berufungskläger der andere Sohn des Erblassers und somit sein Halbbruder sei. Beide hätten die Erbschaft ausgeschlagen. Es sei ihm schleierhaft, weshalb er im angefochtenen Urteil als einziger gesetzlicher Erbe erscheine, zumal anfangs noch beide Namen aufgelistet worden seien. Er habe den Berufungskläger mit E-Mail vom 15. November 2013 über den Tod des Erblassers informiert. Bis dato hätten sie keinen Kontakt gehabt. Er habe zwar von seinem Halbbruder gewusst, das Verhältnis sei aber getrübt gewesen. Er könne verstehen, dass dieser insbesondere in Anbetracht der ungünstigen Finanzen des Erblassers den Nachlass für sich und seine Kinder ausgeschlagen habe. Er sei irritiert darüber, dass sie im Rubrum mit Berufungskläger und Berufungsbeklagte bezeichnet seien, denn sie hätten keinen Streitfall zu klären. Schliesslich seien sie sich einig, dass nicht er allein die Kosten des angefochtenen Entscheids zu tragen habe. Da beide erbberechtigt seien, seien die Kosten aufzuteilen (act. 17).

3.a) Der Klarheit halber ist vorab Folgendes festzuhalten: Die nichtstreitige Erbschaftssache vor erster Instanz wandelt sich in zweiter Instanz in eine vermögensrechtliche streitige Angelegenheit, wenn das Rechtsmittel nicht ohne Anhörung einer Gegenpartei gutgeheissen werden könnte, weil diese dadurch beschwert wäre. Aus diesem Grund werden die Parteien als Berufungskläger und Berufungsbeklagter bezeichnet, auch wenn sie untereinander nicht zerstritten sind.

b) Die Vorinstanz erwog, dass es sich gestützt auf die beigezogenen Zivilstandsunterlagen beim Berufungsbeklagten um den einzigen gesetzlichen Erben des Erblassers handle. Daher sei gestützt auf Art. 573 Abs. 1 ZGB und Art. 193 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG der Konkursrichter des Bezirkes Zürich zu benachrichtigen, damit dieser die konkursamtliche Liquidation anordnen könne (act. 10 S. 2).

Mit seiner Berufungsschrift weist der Berufungskläger mittels Geburtsurkunde im Original nach, dass er am tt. Mai 1969 als Kind der F.\_\_\_\_\_, geb. tt. Oktober 1947 in ... (D), und des Erblassers in München geboren wurde (act. 13/1). Der Erblasser anerkannte die Vaterschaft am 29. Juni 1970 beim Stadtjugendamt ..., wie sich aus dem Randvermerk auf der beglaubigten Kopie der Abstammungsurkunde aus dem Geburtsregister des Standesamtes ... ergibt (act. 13/2). Bei diesen Vorbringen handelt es sich um Noven, die im Berufungsverfahren nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind.

Neue Tatsachen und Beweismittel sind zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgetragen werden konnten. Gemäss Art. 255 ZPO stellt das Gericht indes bei Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie z.B. der Protokollierung von Ausschlagungserklärungen den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Bei Eingang der Ausschlagungserklärung des Berufungsklägers wäre demnach dessen Beziehung zum Erblasser durch die Vorinstanz abzuklären gewesen wäre. Sie hätte weitere Nachforschungen vornehmen oder dem Berufungskläger zumindest Gelegenheit geben müssen, die sachdienlichen Dokumente nachzureichen; dies umso mehr, als sich der Berufungskläger in seiner Ausschlagungserklärung als Sohn des Erblassers bezeichnete und das E-Mail des Berufungsbeklagten beilegte, womit er über den Tod ihres "gemeinsamen leiblichen Vaters" informiert wurde (act. 5). Dieser gesetzlichen Pflicht zur Erbenermittlung ist die Vorinstanz mit dem Beizug der Zivilstandsurkunden und einem Telefonat mit dem Zivilstandsamt Basel nicht hinreichend nachgekommen (act. 2-3, act. 6). Wenn der Berufungskläger somit die Urkunden erst im Berufungsverfahren vorlegt, sind die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO regelmässig erfüllt, da die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes dem Gericht und nicht der Partei anzulasten ist. Im Übrigen stellt der Berufungsbeklagte weder die Zulässigkeit noch die Begründetheit der Vorbringen und Unterlagen in Frage; vielmehr unterstützt er das Anliegen des Berufungsklägers vollumfänglich. Damit sind die neuen Einwendungen samt Beilagen im Berufungsverfahren zuzulassen.

Es steht somit fest, dass der Erblasser als gesetzliche Erben seine beiden Söhne – den Berufungskläger und den Berufungsbeklagten – hinterlassen hat. Beide haben die Erbschaft ausgeschlagen, weshalb diese gestützt auf Art. 573 Abs. 1 ZGB zur konkursamtlichen Liquidation gelangt (act. 1 und 5). Bei dieser Konstellation sind die Ausschlagungserklärungen des Berufungsklägers auch für seine beiden Kinder obsolet (act. 5 und 13/3-4). Im Regelfall treten an die Stelle eines ausschlagenden gesetzlichen Erben seine Nachkommen (Art. 572 Abs. 1 ZGB). Wenn aber wie vorliegend alle nächsten gesetzlichen Erben ausschlagen, gelangen deren Nachkommen nicht zur Erbfolge. Vielmehr ordnet Art. 573 ZGB für diesen Fall wie gesehen die konkursamtliche Liquidation an. Die Spezialnorm von Art. 575 ZGB, welche die Ausschlagung zugunsten nachfolgender Erben ermöglicht, ist hier ohne Belang. Die Ausschlagungserklärungen der Kinder des Berufungsklägers sind demnach nicht zu protokollieren.

c) Zusammenfassend rechtfertigt es sich, Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids im Berufungsverfahren den tatsächlichen Verhältnissen anzupassen und dadurch dem Status des Berufungsklägers Rechnung zu tragen. Demnach ist festzustellen, dass der Nachlass durch alle nächsten gesetzlichen Erben des Erblassers ausgeschlagen worden ist. Dem Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich ist hiervon Kenntnis zu geben. Dies erscheint nicht zuletzt deshalb angezeigt, als ein allfälliger Überschuss in der Liquidation den Berechtigten überlassen wird, wie wenn keine Ausschlagung stattgefunden hätte (Art. 573 Abs. 2 ZGB).

4. Zum nachvollziehbaren Antrag des Berufungsbeklagten auf hälftige Kostenaufteilung ist Folgendes anzumerken: Der Berufungsbeklagte ist im Rahmen seiner Berufungsantwort grundsätzlich nur berechtigt, zu den Rechtsmittelanträgen des Berufungsklägers Stellung zu nehmen und die (teilweise) Abweisung bzw. – was die Ausnahme bleiben dürfte – Gutheissung derselben oder das Nichteintreten auf dieselben zu verlangen. Das Stellen eigener Anträge namentlich auch im Kostenpunkt ist indes an die Erhebung einer eigenständigen Berufung oder Anschlussberufung resp. einer Kostenbeschwerde geknüpft. Solches hat der Berufungsbeklagte nicht erklärt, wobei eine

Anschlussberufung im summarischen Verfahren ohnehin unzulässig ist (Art. 314 Abs. 2 ZPO; zum Ganzen ZK ZPO-Reetz/Theiler, 2. Aufl., Art. 312 N 11 ff.). Der Berufungskläger selbst beantragt keine Abänderung der Kostenaufgabe. Damit blieb diese unangefochten, weshalb der Rechtsmittelinstanz eine diesbezügliche Beurteilung von vornherein verwehrt ist. Selbstverständlich bleibt es den Parteien unbenommen, die Kosten einvernehmlich unter sich aufzuteilen.

5. Das Berufungsverfahren wurde durch einen Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens verursacht, den die Parteien nicht zu vertreten haben. Da sich der Berufungsbeklagte im Berufungsverfahren nicht mit dem angefochtenen Entscheid identifiziert hat (act. 17), sind die zweitinstanzlichen Kosten auf die Staatskasse zu nehmen. Das geringfügige Unterliegen des Berufungsklägers im Zusammenhang mit der Protokollierung der Ausschlagungserklärungen seiner Kinder ist vernachlässigbar. Entsprechend kann der Berufungsbeklagte nicht zur Leistung einer Parteientschädigung an den Berufungskläger verpflichtet werden. Für eine Entschädigung aus der Staatskasse fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage.

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten setzt die Zulässigkeit der ordentlichen Beschwerde ans Bundesgericht grundsätzlich einen Streitwert von Fr. 30'000.-- voraus. Erreicht der Streitwert den massgeblichen Betrag nicht, ist die Beschwerde dennoch zulässig, soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 BGG). Bei einem Nachlass mit einem Steuerwert von Fr. 26'000.-- und Passiven von mindestens Fr. 48'000.-- (act. 4) dürfte der Streitwert Fr. 30'000.-- nicht übersteigen. Im Falle eines Weiterzugs bliebe der Entscheid über den Streitwert indes allein dem Bundesgericht vorbehalten.

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

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung werden die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Urteils des Einzelgerichts Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Zürich vom 11. Februar 2014 wie folgt abgeändert:

- "1. Die Ausschlagungserklärungen von A.\_\_\_\_\_ (Ziff. 1.1.) und von B.\_\_\_\_\_ (Ziff. 1.2.) werden zu Protokoll genommen.

Die Ausschlagungserklärungen der Kinder von A.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_, werden nicht protokolliert.

2. Es wird festgestellt, dass der Nachlass durch alle nächsten gesetzlichen Erben des Erblassers ausgeschlagen worden ist. Dem Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich wird hiervon im Sinne der Erwägungen Kenntnis gegeben."

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichts Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Zürich vom 11. Februar 2014 wird bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 weniger als Fr. 30'000.--.



Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: