

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF110036-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

## Urteil vom 30. September 2011

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

betreffend

**Vermutung Ausschlagung usw.**

im Nachlass von B.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.jjjj, gestorben am tt.mm.2011 in  
...., wohnhaft gewesen .....

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des  
Bezirktes Uster vom 14. Juli 2011 (EN110081)

**Erwägungen:**

1. a) Der Erblasser B.\_\_\_\_\_ verstarb am tt. mm 2011. Mit Eingabe vom 11. Juli 2011 (Poststempel) stellte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) beim Bezirksgericht Uster ein Gesuch mit folgendem Rechtsbegehren (act. 1):

- "1. Es sei festzustellen, dass die Zahlungsunfähigkeit des Erblassers B.\_\_\_\_\_, gestorben am tt. mm 2011, im Zeitpunkt seines Todes offenkundig ist und es sei die vermutete Ausschlagung im Protokoll vorzumerken.
2. Sofern die Vermutung der Ausschlagung nicht festgestellt bzw. vorgemerkt werden sollte, so sei ein öffentliches Inventar im Sinne von Art. 580 ZGB zu errichten, eventualiter sei die Frist zur Beantragung des öffentlichen Inventars wiederherzustellen und dann das öffentliche Inventar zu erstellen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Nachlasses."

b) Mit Urteil vom 14. Juli 2011 wies das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirkes Uster (Vorinstanz) das Begehren der Gesuchstellerin um Vormerknahme der vermuteten Ausschlagung ab. Die Eventual- und Subeventualbegehren der Gesuchstellerin um Errichtung eines öffentlichen Inventars resp. Wiederherstellung der Frist zur Beantragung des öffentlichen Inventars wurden ebenfalls abgewiesen (act. 8 = act. 11).

c) Mit Eingabe vom 28. Juli 2011 (Poststempel) erhob die Gesuchstellerin bei der II. Zivilkammer rechtzeitig Beschwerde (recte: Berufung, vgl. Ziff. 2 hernach) gegen das vorinstanzliche Urteil und beantragte Folgendes (act. 12 und act. 9):

- "1. Ziffer 1. des Dispositivs des Urteils des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren vom 14. Juli 2011 des Bezirksgerichtes Uster (Prozess Nr. EN110081-1) sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Zahlungsunfähigkeit des Erblassers B.\_\_\_\_\_, gestorben am tt. mm 2011, im Zeitpunkt seines Todes offenkundig bzw. amtlich festgestellt ist und es sei

die vermutete Ausschlagung im Protokoll vorzumerken.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Nachlasses bzw. der Staatskasse."

d) Die Gesuchstellerin ersuchte die Kammer zudem um Ansetzung einer Frist für die Nachreichung der Steuererklärungen (act. 12 Rz. 9). Mit Präsidialverfügung vom 11. August 2011 wies die Kammer das Gesuch um Gewährung einer Nachfrist zur Einreichung der Steuererklärungen ab und setzte der Gesuchstellerin Frist an, um einen Vorschuss von Fr. 200.– zu leisten (act. 14 S. 2). Die Gesuchstellerin leistete den Kostenvorschuss in der geforderten Höhe rechtzeitig (act. 18). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Beim vorliegenden Rechtsmittel handelt es sich richtigerweise um eine Berufung (Art. 308 ff. ZPO) und nicht um eine Beschwerde – entgegen der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz (act. 11 S. 4) und der Bezeichnung der Gesuchstellerin in ihrer Rechtsschrift (act. 12). Erbrechtliche Angelegenheiten sind vermögensrechtlicher Art (vgl. BGE 135 III 578 E. 6.3). Der Streitwert der Erbsache liegt über Fr. 10'000.–, da die Gesuchstellerin eine Überschuldung des Nachlasses im Umfang der Verlustscheine von rund Fr. 74'000.– geltend macht (act. 12 Rz. 5 ff.). Ausserdem handelt es sich bei einer Erbsache nicht um eine Streitigkeit gemäss Ausnahmekatalog von Art. 309 ZPO. Die Kammer verfolgt in Übereinstimmung mit der I. Zivilkammer die mittlerweile konstante Praxis, dass unrichtig bezeichnete Rechtsmittel ohne Weiteres richtig bezeichnet und nach den richtigen Regeln behandelt werden (OGer ZH PF110004 vom 9. März 2011, E. 5.2 am Ende zu finden via [www.gerichte-zh.ch / Entscheide](http://www.gerichte-zh.ch/Entscheide)). Das vorliegende Rechtsmittel ist demnach als Berufung zu behandeln.

3. Dem Antrag auf Feststellung der Zahlungsunfähigkeit des Erblassers und auf Protokollierung der vermuteten Ausschlagung ist nicht stattzugeben. Die Protokollierung einer vermuteten Ausschlagung ist aus folgenden Gründen nicht möglich: Das Einzelgericht hat als zuständige Behörde die ihr zukommenden *Erklärungen* entgegenzunehmen und zu protokollieren; dem Einzelgericht steht keinerlei Prüfungskognition zu und das Protokoll dient nur Informationszwecken. Die Überprüfung, ob eine Ausschlagung gemäss Art. 566 Abs. 2 ZGB zu vermuten

sei, würde bereits eine materielle Würdigung enthalten (welche im Protokoll ihren Niederschlag finden würde), weshalb sich das Einzelgericht damit nicht befassen darf (vgl. auch ZR 96 [1997] S. 81). Da dem Einzelgericht keinerlei Prüfungskognition zukommt, darf es auch die Zahlungsunfähigkeit des Erblassers nicht feststellen. Was die Gesuchstellerin beantragt, ist also gar nicht vorgesehen. Im Sinne dieser Erwägungen ist die Berufung abzuweisen. Der Vorinstanz wird jedoch aufgegeben zu prüfen, ob der Antrag der Gesuchstellerin sinngemäss als Ausschlagungserklärung entgegengenommen werden könnte.

4. a) Der Streitwert im vorliegenden Verfahren ist nach dem Wert der Verlustscheine (rund Fr. 74'000.–) zu berechnen, da es sich bei diesem Wert um die Differenz zwischen der (angeblich) überschuldeten Erbschaft und einer nicht überschuldeten Erbschaft handelt. Auf die Einholung einer Stellungnahme der Berufungsklägerin zum Streitwert (Art. 91 Abs. 2 ZPO) kann verzichtet werden, da die Gerichtsgebühr zufolge des geringen Aufwands tief anzusetzen ist. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit den §§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und 2 sowie 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzen.

b) Da die Berufungsklägerin im vorliegenden Verfahren unterliegt, sind ihr die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr bereits geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 200.– zu verrechnen.

c) Eine Parteientschädigung ist der Berufungsklägerin zufolge ihres Unterliegens nicht zuzusprechen. Für eine Entschädigung aus der Staatskasse fehlt ausserdem die gesetzliche Grundlage.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Der Vorinstanz wird aufgegeben zu prüfen, ob der Antrag der Gesuchstellerin sinngemäss als Ausschlagungserklärung entgegengenommen werden könnte.

3. Die Gebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr bereits geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 200.– verrechnet.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin sowie an das Bezirksgericht Uster, Einzelgericht im summarischen Verfahren, 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. Der Streitwert beträgt Fr. 74'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: