Urteilskopf

139 III 225

32. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Y. und Nachlass von Z. (Beschwerde in Zivilsachen) 5A_44/2013 vom 25. April 2013

Regeste (de):
Art. 54 SchlT ZGB; Art. 1 lit. b ZPO; Anwendbarkeit der ZPO im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit findet die ZPO nur dort direkte Anwendung, wo das Bundesrecht selbst eine gerichtliche Behörde vorschreibt. Soweit der Kanton die zuständige Behörde bezeichnet, regelt er auch das Verfahrensrecht; erklärt er die ZPO als anwendbar, stellt diese kantonales Recht dar (E. 2).

Regeste (fr):
Art. 54 Tit. fin. CC; art. 1 let. b CPC; application du CPC en matière de juridiction gracieuse.

En matière de juridiction gracieuse, le CPC ne trouve directement application que lorsque le droit fédéral prescrit lui-même une autorité judiciaire. Autant que le canton désigne l'autorité compétente, il règle aussi la procédure; s'il déclare le CPC applicable, celui-ci constitue du droit cantonal (consid. 2).

Regesto (it):
Art. 54 Tit. fin. CC; art. 1 lett. b CPC; applicabilità del CPC nell'ambito della volontaria giurisdizione.

Nell'ambito della volontaria giurisdizione il CPC è unicamente applicabile in modo diretto se il diritto federale medesimo prescrive un'autorità giudiziaria. Nella misura in cui designa l'autorità competente, il Cantone regola pure il diritto di procedura; se dichiara applicabile il CPC, questo costituisce diritto cantonale (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 226

A. X. besitzt gegen Z. einen Pfändungsverlustschein über Fr. 223'177.-. In der gestützt hierauf eingeleiteten Betreibung erhob die Schuldnerin Rechtsvorschlag. Am 5. Juli 2006 erhielt X. die provisorische Rechtsöffnung. Die Aberkennungsklage wies das Bezirksgericht Zürich am 8. Oktober 2010 ab. In der Zwischenzeit hatte X. am 12. Januar 2007 die provisorische Pfändung verlangt. In der Pfändungsurkunde vom 17. April 2007 waren nebst einem Teil des damaligen Lohnes verschiedene Vermögensgegenstände im Betrag von rund Fr. 50'000.- gepfändet worden. Nachdem die Pfändung definitiv geworden war, verlangte X. am 15. November 2011 die Verwertung. Zwischenzeitlich war Z. verstorben (2011). Sie hinterliess als gesetzliche Erben die Mutter V. und die Schwester Y., welche im Sinn von Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 aZGB verbeiständet ist. Am 10. August 2011 wurde das Testament eröffnet. Mit Urteil vom 2. September 2011 stellte das Bezirksgericht Zürich den gesetzlichen Erben eine Kopie des Testaments zu. Mit Urteil vom 20. Dezember 2011 wurde zu Protokoll genommen, dass V. mit Erklärung vom 1. Oktober 2011 das Erbe ausgeschlagen hatte. Zudem wurde gestützt auf Art. 553 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB die Aufnahme eines Inventars über den Nachlass angeordnet. Mit Beschluss vom 2. April 2012 nahm die Vormundschaftsbehörde der Stadt A. das Inventar im Namen der verbeiständeten Y. ab und leitete es an den Bezirksrat Zürich weiter. Am 7. Mai 2012 beantragte der Beistand bei der

Vormundschaftsbehörde die Genehmigung zur Ausschlagung des Erbes. Am 21. Juni 2012 erklärte er beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, für die Verbeiständete die Ausschlagung des Nachlasses, unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Am 28. August 2012 beantragte die Vormundschaftsbehörde beim Bezirksrat die Genehmigung der Ausschlagung. Dieser stimmte mit Beschluss vom 20. September 2012 zu.

B. In der Folge nahm das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, mit Urteil vom 24. September 2012 im Sinn von Art. 570 Abs. 3 ZGB die Ausschlagung zu Protokoll. Es erwog, dass mit der Erklärung vom 21. Juni 2012 die ab Abnahme des Nachlassinventars am 2. April 2012 laufende dreimonatige Ausschlagungsfrist von Art. 568 ZGB eingehalten sei, und stellte fest, dass somit alle gesetzlichen Erben ausgeschlagen hätten, wovon dem Konkursrichter im Sinn der Erwägungen Kenntnis zu geben sei.

BGE 139 III 225 S. 227

Gegen dieses Urteil erhob X. am 8. Oktober 2012 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich mit dem Hauptbegehren, dass die Ausschlagungserklärung von Y. wegen Verwirkung nicht zu protokollieren sei. Mit Urteil vom 29. November 2012 trat das Obergericht des Kantons Zürich auf die Berufung nicht ein. Es erwog, dass die Protokollierung keine materiell-rechtliche Wirkung habe und es X. unbenommen sei, gegen die Erbin vorzugehen, weshalb er als Dritter kein rechtlich geschütztes Interesse an der Erhebung der Berufung gegen die Protokollierung der Ausschlagung habe.

C. Gegen dieses Urteil hat X. am 15. Januar 2013 eine Beschwerde in Zivilsachen erhoben, im Wesentlichen mit dem Begehren, dass die Ausschlagungserklärung von Y. wegen Verwirkung nicht bzw. eventualiter mit dem Vorbehalt der Rechtzeitigkeit bzw. Wirksamkeit zu protokollieren sei. Mit Präsidialverfügung vom 29. Januar 2013 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt. In der Sache selbst wurden keine Vernehmlassungen eingeholt. Mit paralleler Beschwerde, die Gegenstand des Verfahrens 5A_43/2012 bildet, hat X. den weiteren Nichteintretensentscheid des Obergerichtes betreffend sein Rechtsmittel gegen das Urteil des Konkursgerichtes Zürich angefochten, mit welchem am 27. September 2012 die konkursamtliche Liquidation der Erbschaft angeordnet und das Konkursamt Altstetten-Zürich mit dem Vollzug beauftragt wurde.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Das Obergericht hat in seiner Begründung auf das bereits (in der nicht publ. E. 1) zitierte Urteil 5A_578/2009 hingewiesen und befunden, dieses verlange ein rechtlich geschütztes Interesse, welches nicht gegeben sei. Jenes Urteil basierte indes auf der ursprünglichen Fassung von Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG, gemäss welcher die Beschwerdelegitimation von einem rechtlich geschützten Interesse abhing. Im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der schweizerischen ZPO wurde die betreffende Norm per 1. Januar 2011 neu gefasst (vgl. AS 2010 1838; BBl 2006 7510); zur Beschwerde in Zivilsachen ist nunmehr legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Soweit dieses zu bejahen ist, muss die kantonale Instanz auf eine Berufung im Sinn von Art. 308 ff. ZPO

BGE 139 III 225 S. 228

eintreten (vgl. Art. 111 Abs. 1 BGG; Art. 59 Abs. 1 lit. a ZPO; STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 24 der Vorbemerkungen zu Art. 308 ZPO). Vorliegend fragt sich jedoch, ob die ZPO als Bundesrecht oder als kantonales Verfahrensrecht zur Anwendung kam, und zwar geht es um die Frage des Anwendungsbereiches von Art. 1 lit. b ZPO, genauer um die Frage, ob auch dort von "gerichtlichen Verfahren" im Sinn dieser Bestimmung zu sprechen ist, wo der Bundesgesetzgeber dem Kanton die Bezeichnung der zuständigen Behörde überlassen (Art. 54 Abs. 2 SchlT ZGB) und dieser eine gerichtliche Behörde als zuständig bezeichnet hat.

2.1 Ausführlich geäussert hat sich zum Problem auf der einen Seite DENIS PIOTET in drei Beiträgen (La nouvelle délimitation entre règles fédérales et cantonales de procédure civile, in: Procédure civile suisse: Les grands thèmes pour les praticiens, 2010, S. 17 ff.; Commentaire de l'arrêt 5A_582/2011, SZZP 2012 S. 133 f.; Nouveau CPC: questions choisies, Quelle compétence et quelle procédure pour l'ordre judiciaire de réinscription d'une personne morale radiée du registre du commerce?, SZZP 2012 S. 279 ff.), in welchen für eine kantonale Verfahrenskompetenz plädiert wird, soweit der Richter nicht durch das Bundesrecht als zuständig bezeichnet wird. Auf der anderen Seite steht SABRINA CARLIN in einem ausführlichen Beitrag (Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_270/2012, La controverse relative à la portée de l'art. 1 let. b CPC, à la lumière de l'art. 54 al. 3 Tit. fin. CC, SZZP 2013 S. 85 ff.) dafür ein, dass die ZPO aufgrund von Art. 1 lit. b immer Anwendung findet, sobald ein Gericht entscheidet, auch wenn dieses gestützt auf Art. 54 Abs. 2 SchlT ZGB durch den Kanton als zuständig bezeichnet worden ist. Die gängigen Kommentare scheinen implizit davon auszugehen, dass die ZPO kraft Art. 1 lit. b generell zur Anwendung gelangt, soweit ein (durch wen auch immer als zuständig bezeichnetes) Gericht und nicht eine Verwaltungsbehörde entscheidet (vgl. FRANZ SCHENKER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Baker & McKenzie [Hrsg.], 2010, N. 9 zu Art. 1 ZPO; DOMINIK GASSER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2011, N. 36 und 39 zu Art. 1 ZPO; MARKUS SCHOTT, in: ZPO, Oberhammer [Hrsg.], 2010, N. 16 zu Art. 1 ZPO; ANDREAS KLEY, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 4. Aufl. 2011, N. 1 zu Art. 52 SchlT ZGB; JÜRG SCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 4. Aufl. 2011, N. 13 zu Art. 55 SchlT

ZGB). Ausdrücklich - aber ebenfalls ohne nähere Begründung - wird dies festgehalten von GASSER/RICKLI (Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kurzkommentar, 2010, N. 3 zu Art. 1 ZPO) sowie von FRANK EMMEL (in: Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2011, N. 10 der Vorbem. zu Art. 551 ff. ZGB). Umgekehrt weist ISAAK MEIER (Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 365) ausdrücklich auf Einschränkungen des Anwendungsbereiches der ZPO aufgrund von Art. 54 SchlT ZGB hin, insoweit es den Kantonen überlassen sei, eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde vorzusehen und das Verfahren auszugestalten. BERNHARD BERGER (in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 35 zu Art. 1 ZPO) und BRUNO COCCHI (in: Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero [CPC]del 19 dicembre 2008, 2011, N. 3 zu Art. 1 ZPO) zählen die Ausschlagung zu den "gerichtlichen Anordnungen" und scheinen damit von einer direkten Anwendbarkeit der ZPO auszugehen. Hingegen subsumiert FABIENNE HOHL (Procédure civile, Bd. II, 2010, Rz. 1072) die Sicherungsmassnahmen des Erbrechts im Sinn von Art. 551 ff. ZGB, welche der Bundesgesetzgeber ebenfalls der vom Kanton zu bezeichnenden "zuständigen Behörde" überlässt, nicht unter die gerichtlichen Anordnungen. JACQUES HALDY (in: CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, N. 14 zu Art. 1 ZPO) weist auf die Problematik hin, ohne selbst Stellung zu nehmen.

2.2 Nach Art. 570 Abs. 1 ZGB hat der Erbe die Ausschlagung bei der "zuständigen Behörde" mündlich oder

schriftlich zu erklären. Diese führt über die Ausschlagungen ein Protokoll (Art. 570 Abs. 3 ZGB). Wo das ZGB von einer "zuständigen Behörde" spricht, bestimmen gemäss Art. 54 Abs. 1 SchlT ZGB die Kantone, welche bereits vorhandene oder erst zu schaffende Behörde zuständig sein soll (Art. 54 Abs. 1 SchlT ZGB). Soweit das ZGB nicht ausdrücklich entweder vom Gericht oder von einer Verwaltungsbehörde spricht, sind die Kantone frei, welche Behörde sie bezeichnen (vgl. Art. 54 Abs. 2 SchlT ZGB), wobei die Rechtsweggarantie im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 29a BV zu beachten ist (LEUENBERGER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl. 2008, N. 19 zu Art. 122 BV; KLEY, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 4. Aufl. 2011, N. 9 ff. zu Art. 54 SchlT ZGB). Im Kanton Zürich ist nach § 137 lit. e GOG/ZH (LS 211.1) das Einzelgericht die zuständige Behörde für die Entgegennahme von

Ausschlagungserklärungen. Dass der Kanton eine gerichtliche Behörde als zuständig erklärt hat, heisst aber nicht, dass das betreffende Verfahren zu einer "gerichtlichen Angelegenheit" wird und von Bundesrechts wegen automatisch in den Anwendungsbereich der ZPO fällt, wie die nachfolgenden Überlegungen zeigen. Gemäss Art. 1 lit. b ZPO findet dieses Gesetz Anwendung für gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Mit der "gerichtlichen Anordnung" im Sinn dieser Bestimmung sind gemäss der Botschaft des Bundesrates "gerichtliche Angelegenheiten" gemeint, wobei in diesem Zusammenhang auf Art. 54 SchlT ZGB verwiesen und festgehalten wird, dass die Kantone in den übrigen Bereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit weiterhin kantonales Verfahrensrecht anwenden, aber auch die ZPO als anwendbar erklären können (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7257 Ziff. 5.1). So verweist beispielsweise der Kanton Zürich in § 176 GOG für verschiedene Verfahren als ergänzendes Recht auf die allgemeinen Bestimmungen der ZPO. Zwar spricht die Botschaft im erwähnten Zusammenhang nur von "kantonalen Verwaltungsbehörden", was darauf schliessen lassen könnte, dass direkt die ZPO als Bundesrecht zur Anwendung gelangt, soweit der Kanton auch für die nicht gerichtlichen Angelegenheiten ein Gericht als zuständig erklärt. Diese Angelegenheiten werden aber dadurch nicht zu "gerichtlichen" im hier interessierenden Sinn. Es mag einer teleologischen Auslegung entsprechen, die unter dem Zeichen der Verfahrensvereinheitlichung erlassene schweizerische ZPO möglichst umfassend zur Anwendung zu bringen. Der Vorrang muss aber vorliegend der systematischen Auslegung - zwischen den einzelnen Auslegungsmethoden besteht keine eigentliche Hierarchie, sondern ein pragmatisch orientierter Methodenpluralismus, wobei das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen ist (BGE 131 III 314 E. 2.2 S. 316; BGE 136 III 23 E. 6.6.2.1 S. 37; BGE 137 IV 249 E. 3.2 S. 251 f.) - zukommen: Art. 54 SchlT ZGB macht dort, wo das Gesetz von der "zuständigen Behörde" spricht, mit Bezug auf das Verfahrensrecht einen Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts. Es kann vor dem Hintergrund der Hierarchie zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht nicht den Kantonen überlassen sein zu bestimmen, welche Angelegenheiten zu den "gerichtlichen Verfahren" im Sinn von Art. 1 lit. b ZPO gehören. Ob die ZPO als Bundesrecht zur Anwendung gelangen soll, kann von der Logik her allein der Bundesgesetzgeber festlegen; dies ergibt sich auch aus

dem Wortlaut von Art. 54 Abs. 3 SchlT ZGB. Abgesehen davon würde es zu einem unerwünschten Zustand führen, wenn für die gleiche Verrichtung die ZPO in gewissen Kantonen als Bundesrecht und in anderen als subsidiäres kantonales Recht zur Anwendung gelangen könnte (DENIS PIOTET warnt in diesem Zusammenhang von einem drohenden "mosaïque d'application dissociée du droit fédéral"). Die Maxime der einheitlichen Anwendung des Bundesrechts spricht dafür, Art. 1 lit. b ZPO nur dort gelten zu lassen, wo das Bundesrecht

selbst eine gerichtliche Behörde vorschreibt, und in den übrigen Bereichen gestützt auf Art. 54 Abs. 3 SchlT ZGB das vom Kanton bezeichnete Recht als kantonales Verfahrensrecht anzuwenden. Weil die Protokollierung der Ausschlagung nicht zwingend einem Gericht obliegt, sondern der Kanton in der Bezeichnung der zuständigen Behörde frei ist (Art. 570 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 54 Abs. 1 SchlT ZGB), richtet sich das betreffende Verfahren somit nach kantonalem Recht. Dieses kann nach dem Gesagten eine eigene Regelung aufstellen oder auf eine bestimmte Verfahrensordnung verweisen, nebst Verwaltungsrechtspflegegesetzen insbesondere auf die ZPO, deren Normen diesfalls aber nicht Bundesrecht, sondern kantonales Recht darstellen (vgl. beispielsweise Urteile 5A_804/2011 vom 15. März 2012 E. 3.2.1; 1C_171/2012 vom 13. Juni 2012 E. 2.2; sodann SUTTER-SOMM/KLINGLER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl. 2013, N. 7 zu Art. 1 ZPO; COMETTA/MÖCKLI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 2. Aufl. 2010, N. 39 zu Art. 20a SchKG).

2.3 Soweit die ZPO als kantonales Recht zur Anwendung gelangt, können im betreffenden Zusammenhang nur verfassungsmässige Rechte (namentlich das Willkürverbot) als verletzt gerügt werden (BGE 136 I 241 E. 2.4 S. 249). Solches wird vorliegend nicht geltend gemacht, weshalb auf die Beschwerde in Zivilsachen nicht einzutreten ist. Ohnehin könnte ihr aber auch materiell kein Erfolg beschieden sein, wie nachfolgend kurz dargestellt sei.