

## **BGE 139 III 225**

Bundesgericht (BGE), 2013-04-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_139\\_III\\_225](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_139_III_225)

FR: ATF 139 III 225

IT: DTF 139 III 225

### **Regeste**

Regeste 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 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 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).

### **Erwägungen**

#### **E. 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.

## E. 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, SZP 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?, SZP 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, SZP 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 ; JÜRIG SCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 4. Aufl. 2011, N. 13 zu Art. 55 SchlT BGE 139 III 225 S. 229 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.

## E. 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 BGE 139 III 225 S. 230 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 BGE 139 III 225 S. 231 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 ).

### **E. 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.