

# ZH\_OBERGERICHT VB190002 vom 6. Mai 2019

ZH Obergericht, 2019-05-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_VB190002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_VB190002)

FR: ZH\_OBERGERICHT VB190002 du 6 mai 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT VB190002 del 6 maggio 2019

## Erwägungen

### E. 2

Neben diesem deklaratorischen Informationszweck hat das öffentliche Inventar aber auch eine konstitutive Funktion. Es ermöglicht den Erben, die Erbschaft "unter öffentlichem Inventar" anzunehmen (Art. 588 Abs. 1 ZGB) und dadurch ihre Haftung für Erbschaftsschulden zu beschränken. Während es in diesem Fall auf der Aktivseite bei einer Gesamtrechtsnachfolge bleibt – d.h., es gehen alle (auch nicht inventarisierte) Aktiven auf sämtliche Erben über –, wird auf der Passivseite die in Art. 560 ZGB vorgesehene Universalsukzession für die unter öffentlichem Inventar annehmenden Erben durch die Haftungsordnung von Art. 589 f. ZGB ersetzt (ZK-ESCHER, Art. 589/590 ZGB N 1 ff.; NONN/ENGLER, in: Abt/Weibel [Hrsg.], Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl. 2015, Art. 589 N 1; BK-TUOR/PICENONI, Art. 589/590 N 2). Letztere sukzedieren grundsätzlich nur in jene Schulden des Erblassers – zurückbezogen auf den Zeitpunkt des Erbanges –, die im Inventar verzeichnet sind; für diese haften sie persönlich mit der Erbschaft und ihrem sonstigen Vermögen (Art. 589 ZGB). Für Erbschaftsschulden, die im Inventar nicht verzeichnet sind, gilt demgegenüber das enge Haftungsregime von Art. 590 ZGB. Hat ein Erbschaftsgläubiger die Anmeldung einer Forderung schuldhaft versäumt, so gilt diese Forderung gegenüber den unter Inventar annehmenden Erben als verwirkt (Art. 590 Abs. 1 ZGB), sofern und soweit sie nicht durch ein Pfandrecht an Erbschaftssachen gedeckt ist (Art. 590 Abs. 3 ZGB; vgl. zu den Folgen einer verschuldeten Nichtinventarisierung im Einzelnen PFYL, Die Wirkungen des öffentlichen Inventars, 1996, S. 52 ff.; BK-TUOR/PICENONI, Art. 589/590 N 2, 6 ff.; BSK ZGB II-WISSMANN/VOGT/LEU, Art. 590 N 1; NONN/ENGLER, a.a.O., Art. 590 N 4 ff.). Gläubigern, welche die Forderungsanmeldung ohne eigene Schuld unterlassen haben, oder deren Forderungen trotz Anmeldung nicht in das Inventar aufgenommen wurden, haften die unter Inventar annehmenden Erben nur mit der aus der Erbschaft verbleibenden Bereicherung (Art. 590 Abs. 2 ZGB). Entscheidend ist damit nicht die (rechtzeitige) Anmeldung einer Forderung, sondern deren tatsächliche – berechnete oder unberechnete – Aufnahme in das Inventar. Insofern hat das (bereinigte und rechtskräftig abgeschlossene) Inventar wenigstens in dem Sinne eine (negative) Konstitutivwirkung, als Forderungen, die im Inventar nicht verzeichnet sind – ob zu Recht oder zu Unrecht, d.h. in Verletzung von Art. 582 f. ZGB –, unweigerlich unter das enge Haftungsregime von Art. 590 ZGB fallen und dementsprechend, soweit sie nicht durch Pfandrechte an Erbschaftssachen gedeckt sind, gegenüber den unter Inventar annehmenden Erben entweder gar nicht mehr oder nur noch in beschränktem Umfang geltend gemacht werden können (vgl. hierzu BK-TUOR/PICENONI, Art. 584 N 5, Art. 589/590 N 6 ff.; NONN, Öffentliches Inventar – was sind "Papiere des Erblassers", die zu einer Inventarisierung von Amtes wegen führen?, successio 2018, S. 77; PIOTET, SPR IV/2, Basel 1981, S. 804; vgl. auch BGE 110 II 228, E. 2; BGer,

5C.126/2006 vom 23. August 2006, E. 4.1; in dieser Hinsicht ungenau bzw. unrichtig: BGE 144 III 313, E. 2.4 und E. 3.2; vgl. zur Frage einer positiven Einbezugswirkung zudem unten, E. VI.3).

### **E. 3**

Das Verfahren des öffentlichen Inventars richtet sich nach den Art. 580 ff. ZGB sowie im Übrigen nach kantonalem Recht (Art. 581 Abs. 1 ZGB; vgl. zum Ganzen BGer, 5A\_392/2016 vom 1. November 2016, E. 4; NONN, a.a.O., S. 73 ff.). Zuständig für die Anordnung des Inventars sowie für die weiteren in diesem Zusammenhang erforderlichen Verfügungen ist im Kanton Zürich das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Art. 54 SchlT ZGB i.V.m. § 137 lit. f i.V.m. § 142a GOG sowie § 131 Abs. 2 EG ZGB); die ZPO ist als kantonales Recht anwendbar (Art. 1 lit. b ZPO e contrario; § 125a GOG; BGE 139 III 225, E. 2). Zusammen mit der Anordnung des öffentlichen Inventars beauftragt das Einzelgericht den Notar mit der Inventaraufnahme und -durchführung (§ 138 Abs. 1 GOG sowie § 139 Ziff. 3 bzw. § 140 der Notariatsverordnung, LS 242.2). Der Notar hat bei den Erben und Dritten Auskünfte einzuholen (Art. 581 Abs. 2 und 3 ZGB; § 145 Abs. 1-2 der Notariatsverordnung), nach Massgabe von § 130 EG ZGB einen Rechnungsruf zu veranlassen und hierbei die Erbschaftsgläubiger und -schuldner unter Hinweis auf die Säumnisfolgen aufzufordern, innert einer

bestimmten Frist von mindestens einem Monat ihre Forderungen und Schulden anzumelden (Art. 582 ZGB; sog. Eingabe- oder Auskündungsfrist). Forderungen und Schulden, die aus öffentlichen Büchern oder aus den Papieren des Erblassers ersichtlich sind, sind von Amtes wegen aufzunehmen (Art. 583 ZGB). Nach Ablauf der Auskündungsfrist ist das Inventar so rasch als möglich zu "schliessen" und hierauf während wenigstens eines Monats den Beteiligten zur Einsicht aufzulegen (Art. 584 Abs. 1 ZGB; sog. Auflagefrist); dies ist in geeigneter Weise durch Veröffentlichung oder besondere Anzeigen bekannt zu machen (§ 145 Abs. 3 der Notariatsverordnung). Während der Auflagefrist können Betroffene, insbesondere Gläubiger und Erben, Beanstandungen gegen das so erstellte Inventar erheben, welche der Notar – ähnlich einer nicht devolutiven Einsprache – mittels entsprechender Verfügung zu erledigen hat (vgl. § 145 Abs. 4 der Notariatsverordnung; BSK ZGB II-WISSMANN/VOGT/LEU, Art. 584 N 3 ff.). Hierbei hat der Notar den Beteiligten keine weiteren Äusserungs- oder Einsichtsmöglichkeiten einzuräumen; allfällige Änderungen sind ihnen aber mitzuteilen (BGE 144 III 313, E. 2.4).

#### **E. 3.1**

Zunächst mag die Auffassung vertreten werden, dass sich die Erben gegen eine formell fehlerhafte Inventarisierung einer Forderung, die trotz verspäteter Anmeldung und trotz fehlender Voraussetzungen von Art. 583 ZGB in das Inventar aufgenommen wurde, überhaupt nicht wehren können, und zwar weder im Rahmen des Inventarverfahrens noch im Rahmen eines sich daran anschliessenden Zivilprozesses (so offenbar PFYL, a.a.O., S. 44 f.). Dies scheint unhaltbar. Es wäre nicht einzusehen, weshalb eine fehlerhafte – u.U. sogar willkürliche – Inventarisierung durch die Inventarbehörde nicht korrigierbar sein sollte. Die in Art. 582 und Art. 583 ZGB vorgesehenen Regelungen sind nicht blosse Ordnungsvorschriften; vielmehr bestimmen sie letztlich darüber, ob sich die Erbenhaftung nach Art. 589 ZGB oder nach Art. 590 ZGB richtet. Angesichts dieser materiellrechtlichen Tragweite kann deren Einhaltung nicht allein vom Gutdünken der inventarisierenden Behörde oder gar von Zufälligkeiten abhängen und muss der gerichtlichen Überprüfung

zugänglich sein.

### **E. 3.2**

Nach einer zweiten denkbaren Auffassung können sich die Erben gegen eine zu Unrecht erfolgte Inventarisierung einer Forderung nur (aber immerhin) im Rahmen eines ordentlichen Zivilprozesses zur Wehr setzen, nicht aber im Stadium des summarischen Inventarverfahrens, und zwar nicht einmal im Rahmen einer Willkürprüfung (so scheinbar BGE 144 III 313, E. 3.2, diesbezüglich freilich umfassend mit unzutreffenden Verweisen). Drittens lässt sich der Standpunkt vertreten, dass formelle Einwendungen der Erben gegen die Aufnahme von Forderungen im Inventarverfahren nur (aber immerhin) auf Willkür bzw. mit "summarischer Kognition" – d.h. im Wesentlichen mit beschränktem Beweismass und beschränkten Beweismitteln – überprüft werden können, dass dies aber in einem späteren Zivilprozess mit voller Kognition überprüfbar bleibt (in diesem Sinne wohl NONN/ENGLER, a.a.O., Art. 584 N 28 f., Art. 590 N 20). Schliesslich mag die Ansicht vertreten werden, es sei die Frage, ob eine Forderung zu Recht – d.h. in Übereinstimmung mit Art. 582 f. ZGB – inventarisiert wurde, abschliessend im summarischen Inventarverfahren zu beurteilen und könne demzufolge in einem späteren Zivilprozess nicht mehr überprüft werden (in diesem Sinne wohl BGer, 5A\_392/2016 vom 1. November 2016, E. 4.4 und E. 4.6.2; OGer ZH, vom 7. Februar 1974, ZR 1974 Nr. 26, S. 59 ff.; vgl. auch OGer ZH, PF180002 vom 31. Januar 2018, E. 3.5; BK-TUOR/PICENONI, Art. 584 N 5, Art. 589/590 N 4 f.).

### **E. 3.3**

Diese letztere Auffassung überzeugt. Die Frage, ob eine Forderung zu Recht in das Inventar aufgenommen wurde, muss wie gesagt – nur schon um die staatshaftungsrechtlichen Konsequenzen zu beschränken – in einem gerichtlichen Verfahren überprüfbar sein. Dass darüber aber mehrmals zu befinden sein soll, nämlich zunächst mit beschränkter Kognition im Inventarverfahren und alsdann mit freier Kognition in einem späteren ordentlichen Zivilprozess, erscheint weder notwendig noch sinnvoll. Der Zweck des Inventars, den Erben eine sichere und verbindliche Obergrenze der persönlichen und unbeschränkten Haftung nach Art. 589 ZGB zu bieten, würde es zwar erlauben, dass der im Inventar verzeichnete Forderungsbestand nur einseitig unveränderlich, d.h. nur nach oben, nicht aber nach unten verbindlich wäre. Dies erschiene jedoch nicht sachgerecht. Bereits der Wortlaut von Art. 589 ZGB wie auch die Symmetrie zu Art. 590 ZGB sprechen dafür, dass die Inventarisierung der Erbschaftspassiva mit dem rechtskräftigen Abschluss des Inventars in beide Richtungen verbindlich wird. Wenn im Rahmen des Inventarverfahrens ohnehin schon in die eine Richtung über die formale Korrektheit der Inventarisierung gestritten werden kann, nämlich darüber, ob Forderungen zu Recht nicht aufgenommen wurden, ist nicht einzusehen, weshalb formelle Einwendungen gegen die Inventarisierung von Erbschaftsschulden nicht gleichzeitig auch in die entgegengesetzte Richtung überprüfbar sein sollen, wenn geltend gemacht wird, Forderungen seien zu Unrecht in das Inventar aufgenommen worden. Im Inventarverfahren können demnach nicht nur Beanstandungen von Gläubigern berücksichtigt werden, es seien Forderungen nicht inventarisiert worden, obschon sie rechtzeitig angemeldet worden bzw. aus öffentlichen Büchern oder den Papieren des Erblassers ersichtlich seien, sondern gleichermassen auch Einwendungen der Erben, es seien Forderungen inventarisiert worden, obschon sie verspätet angemeldet worden und aus öffentlichen Büchern und den Papieren des Erblassers nicht ersichtlich

sein. Eine solche Rüge der Verletzung von Art. 582 f. ZGB durch die Inventarbehörde ist nach dem Gesagten im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde beim Einzelgericht geltend zu machen, welches diese

mit voller Kognition zu prüfen hat. Nach Abschluss des Inventarverfahrens können solche Einwendungen im Rahmen eines ordentlichen Zivilprozesses demgegenüber nicht mehr vorgebracht werden. Das rechtskräftig abgeschlossene Inventar ist insofern zweiseitig unveränderlich. Forderungen, die darin nicht enthalten sind, sind vorbehaltlich Art. 590 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB endgültig präkludiert; Forderungen, die darin enthalten sind, fallen endgültig unter Art. 589 ZGB. VII.1. Die sachliche Zuständigkeit – wie auch die Verfahrensart – ist von der kantonalen Rechtsmittelinstanz auch ohne entsprechende Beanstandung von Amtes wegen zu überprüfen; sie ist der Disposition der Parteien entzogen (vgl. hierzu BGer, 4A\_359/2017 vom 16. Mai 2018, E. 4.2, 4.5; 4A\_291/2015 und 4A\_301/2015 vom 3. Februar 2016, E. 3.2; 4A\_229/2017 vom 7. Dezember 2017, E. 3.2; 4A\_100/2016 vom 13. Juli 2016, E. 2.1.1; 4A\_488/2014 vom 20. Februar 2015, E. 3). 2. Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz zu Unrecht in der Sache über die ihm vorgelegte, gegen die formale Korrektheit der Inventarerstellung gerichtete Aufsichtsbeschwerde entschieden. Hierfür wäre nicht das Bezirksgericht (...) als (allgemeine) untere Aufsichtsbehörde über die Notariate gemäss § 81 Abs. 1 lit. d GOG – in Dreierbesetzung – zuständig gewesen, sondern das mit dem Inventarverfahren (...) befasste Einzelgericht des Bezirksgerichts (...) im summarischen Verfahren gemäss § 137 ff. GOG. Obschon diese beiden Spruchkörper administrativ demselben Bezirksgericht angehören, sind sie voneinander zu unterscheiden. Demzufolge ist der Entscheid der Vorinstanz wegen sachlicher Unzuständigkeit aufzuheben und es ist wie folgt zu entscheiden (§ 84 GOG i.V.m. Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO): 3. Rechtsmitteleingaben, die versehentlich bei einer sachlich oder funktional unzuständigen Behörde eingereicht werden, sind grundsätzlich an die zuständige Instanz weiterzuleiten; die Rechtsmittelfrist gilt hierbei mit der (rechtzeitigen) Eingabe an die unzuständige Behörde als gewahrt (Art. 48 Abs. 3 BGG kodifiziert einen allgemein gültigen Rechtsgrundsatz; BGE 140 III 636, E. 3.5). Dies gilt insbesondere dann, wenn das Rechtsmittel aufgrund einer unrichtigen oder

fehlenden Belehrung in guten Treuen bei einer falschen Behörde eingereicht wird; in diesem Fall ergeben sich die Folgen der Fristwahrung und der Weiterleitungspflicht auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (BGE 140 III 636, E. 3.5 m.w.Nw.). 4. Das Notariat belehrte den Beschwerdeführer mit Verfügung vom (...) dahingehend, dass dagegen innert 10 Tagen eine Aufsichtsbeschwerde gemäss § 33 NotG i.V.m. § 83 GOG beim Bezirksgericht (...) als untere Aufsichtsbehörde erhoben werden könne (...). Diese Belehrung erweist sich nunmehr als unrichtig. Der Beschwerdeführer war zwar anwaltlich vertreten (...), doch es war die Unrichtigkeit der Belehrung nicht ohne Weiteres erkennbar. Entsprechend ist sein Vertrauen in die Rechtsmittelbelehrung zu schützen und das Verfahren zuständigkeitshalber dem Einzelgericht des Bezirksgerichts (...) im summarischen Verfahren zur Beurteilung zu überweisen. Das Einzelgericht wird die Anträge des Beschwerdeführers in diesem Verfahren wie gesagt mit voller Kognition zu beurteilen haben. 5. An dieser Stelle direkt über die materiellen Anträge des Beschwerdeführers zu entscheiden, wie er dies verlangt (...), geht nicht an. Obschon zwar das Obergericht des Kantons Zürich (freilich nicht die Verwaltungskommission, sondern die II. Zivilkammer) letztlich auch zur Beurteilung einer Beschwerde gegen einen Entscheid des Einzelgerichts zuständig wäre, verbietet sich eine solche direkte

Sachentscheidung im Sinne einer "Sprungbeschwerde". Die hypothetische Zuständigkeit zur Beurteilung eines Rechtsmittels gegen einen (noch nicht vorliegenden) Entscheid der zuständigen Behörde begründet keine Zuständigkeit zu einem Sachentscheid im Rahmen eines Rechtsmittels, das sich gegen einen Entscheid einer unzuständigen Behörde richtet. Abgesehen davon kommt die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und die Weiterleitung an das zuständige Einzelgericht nicht einem formalistischen Leerlauf gleich. Die Vorinstanz hat die zur Beurteilung gebrachten Beanstandungen des Beschwerdeführers aufgrund der von ihr angewandten Kognitionsbeschränkung inhaltlich gar nicht behandelt. Auch unter diesem Gesichtspunkt rechtfertigt es

sich deshalb, die Sache dem hierfür zuständigen Einzelgericht im summarischen Verfahren zur Beurteilung zu überweisen." Obergericht, Verwaltungskommission Beschluss vom 6. Mai 2019 Geschäfts-Nr.: VB190002 Anmerkung: vgl. auch LF180091

#### **E. 4**

Nach Ablauf der Auflagefrist und nach Erledigung allfälliger Beanstandungen liefert der Notar das bereinigte Inventar zusammen mit einem Schlussbericht (und der Rechnung) dem Einzelgericht ab (§ 131 Abs. 1 EG ZGB; § 145 Abs. 4 der Notariatsverordnung). Aufgrund der beschränkten Funktion des öffentlichen Inventars und der damit einhergehenden beschränkten Kognition des Notars im Rahmen der Inventarisierung – der Notar hat strikte nach den Vorschriften von Art. 581 ff. ZGB vorzugehen und muss insbesondere rechtzeitig angemeldete bzw. sich aus öffentlichen Büchern oder den Papieren des Erblassers ergebende Forderungen ohne jede inhaltliche Prüfung aufnehmen (vgl. BGer, 5A\_392/2016 vom 1. November 2016, E. 4.3; OGer ZH, PF180002 vom 31. Januar 2018, E. 3.6) –, kann eine materielle bzw. inhaltliche Unrichtigkeit des Inventars in diesem Verfahrensstadium nicht beanstandet werden; insbesondere kann nicht geltend gemacht werden, bestimmte Erbschaftsschulden würden nicht bzw. nicht in der geltend gemachten Höhe bestehen (BGE 144 III 313, E. 2.4 und E. 3.2). Demgegenüber muss eine Überprüfung der formalen Korrektheit des Inventars in gewissem Umfang möglich sein (vgl. hierzu sowie zur Kognition im Einzelnen

unten, E. VI.), namentlich wenn beanstandet wird, es seien in Verletzung von Art. 582 f. ZGB verspätet angemeldete Forderungen zu Unrecht aufgenommen oder rechtzeitig angemeldete Forderungen zu Unrecht nicht aufgenommen worden (so auch BGer, 5A\_392/2016 vom 1. November 2016, E. 4.1 [a.E.], E. 4.4 und E. 4.6.2; OGer ZH, PF180002 vom 31. Januar 2018, E. 3.5; ZK-ESCHER, Art. 584 ZGB N 2; PFYL, a.a.O., S. 11 f.; NONN, a.a.O., S. 73, 77; BSK ZGB II- WISSMANN/VOGT/LEU, Art. 584 N 3, 8; BK-TUOR/PICENONI, Art. 584 N 5; PIOTET, SPR IV/2, Basel 1981, S. 804; scheinbar anders BGE 144 III 313, E. 3.2). Wenigstens soweit Forderungen nicht inventarisiert wurden, entfaltet das (rechtskräftig abgeschlossene) Inventar nämlich eine konstitutive Präklusiv- wirkung, weil nicht aufgenommene Forderungen gegenüber unter Inventar annehmenden Erben nur noch unter dem engen Regime von Art. 590 ZGB geltend gemacht werden können, und zwar selbst dann, wenn die Nichtaufnahme zu Unrecht erfolgte. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus dem Wortlaut von Art. 590 Abs. 2 ZGB (in diesem Sinne missverständlich bzw. unrichtig: BGE 144 III 313, E. 3.2). Aber auch die umgekehrte Frage, ob Forderungen zu Unrecht aufgenommen wurden, muss in diesem Verfahrensstadium zur Beurteilung gebracht werden können (s. hierzu im Einzelnen unten, E. VI.3).

## E. 5

Erst nach dem rechtskräftigen Abschluss dieser "Überprüfungsphase" hat das Einzelgericht den Erben die Deliberationsfrist gemäss Art. 587 Abs. 1 ZGB anzusetzen. Bei Ansetzung dieser Frist muss das Inventar – seinem Zweck entsprechend – unabänderlich feststehen. Könnte es auch nach Fristansetzung (oder sogar nach einer bereits abgegebenen Erklärung i.S.v. Art. 588 ZGB) noch wirksam geändert werden, so wäre es den Erben nicht möglich, einen Entscheid über die Annahme der Erbschaft zu treffen, der wenigstens hinsichtlich der Passiven auf einer gesicherten Basis stünde (vgl. hierzu OGer ZH, PF180002 vom 31. Januar 2018, E. 3.3-3.5, 3.8; OGer ZH, vom 7. Februar 1974, ZR 1974 Nr. 26, S. 59 f.; ZK-ESCHER, Art. 587 N 1; BSK ZGB II-WISSMANN/VOGT/LEU, Art. 584 N 11 ff.; NONN/ENGLER, a.a.O., Art. 584 N 16 ff.; NONN, a.a.O., S. 77; a.A. etwa PIOTET, SPR IV/2, Basel 1981, S. 804).

## E. 6

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist eine Beanstandung des Beschwerdeführers, die sich (primär) auf die formale Korrektheit der Inventarerstellung bezieht. Im Wesentlichen macht er geltend, die unter Ziffer (...) im Inventar vom (...) aufgenommene Forderung des (...) im Umfang von CHF 50'212.95 (...) sei verspätet angemeldet worden und ergebe sich nicht i.S.v. Art. 583 ZGB "aus öffentlichen Büchern oder aus den Papieren des Erblassers"; entsprechend hätte sie aus formellen Gründen nicht inventarisiert werden dürfen (...). Diese Beanstandung machte der Beschwerdeführer im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde geltend, die er an das Bezirksgericht (...) als untere Aufsichtsbehörde (Vorinstanz) richtete. Die Vorinstanz erachtete sich hierfür (implizit) als sachlich zuständig und entschied die Sache in Dreierbesetzung (...). Sie ging hierbei von einer stark beschränkten Kognition aus, die sich im Wesentlichen nur auf das formelle Vorgehen, Kompetenzüberschreitungen und Pflichtverletzungen des Notariats erstreckte. Es sei aber nicht Sache der Aufsichtsbehörde, darüber zu entscheiden, ob die fragliche Forderung rechtzeitig angemeldet bzw. zu Recht von Amtes wegen aufgenommen wurde; diese Fragen seien vielmehr im Rahmen eines ordentlichen Zivilprozesses zu entscheiden (...). (...) V.1. Sobald das Notariat das bereinigte Inventar zusammen mit dem Schlussbericht und der Rechnung dem Einzelgericht überwiesen hat, hat Letzteres von Amtes wegen zu prüfen, ob das erstellte Inventar wenigstens minimalen Anforderungen genügt, d.h. nicht offensichtliche und gravierende Mängel aufweist und geradezu nichtig ist (vgl. hierzu OGer ZH, PF180002 vom 31. Januar 2018, E. 3.5-3.8). Hält das Inventar einer solchen Prüfung stand, machen aber Erben, Gläubiger oder andere Betroffene geltend, es seien Erbschaftsschulden in Verletzung von Art. 582 f. ZGB in das Inventar aufgenommen bzw. nicht aufgenommen worden, so muss es wie gesagt möglich sein, solche formellen Beanstandungen im Rahmen eines Rechtsmittels zur gerichtlichen Beurteilung zu bringen (s. hierzu oben, E. IV.4, sowie unten, E. VI.). 2. Art. 581 Abs. 1 ZGB und Art. 54 SchlT ZGB stellen es dem kantonalen Recht anheim, die hierfür zuständige Behörde zu bezeichnen und das Verfahren zu regeln. Im Kanton Zürich sieht § 131 Abs. 2 EG ZGB vor, dass das "Einzelgericht [...] die weiteren vom Gesetz vorgesehenen Verfügungen" trifft. Nichts anderes ergibt sich aus einer Auslegung von § 137 lit. f und §§ 138 f. GOG. Danach beauftragt das Einzelgericht den Notar mit der Durchführung der Anordnungen gemäss § 137 lit. a, b und f-j GOG, soweit diese nicht dem Willensvollstrecker obliegen (§ 138 Abs. 1 GOG). Nach § 139 Abs. 1 GOG "beaufsichtigt" das Einzelgericht die von ihm Beauftragten und setzt ihre Entschädigung fest; ferner beurteilt es Beschwerden und Anzeigen gegen

Willensvollstrecker (§ 139 Abs. 2 GOG). Letztere Bestimmung könnte zwar auf den ersten Blick einen Umkehrschluss nahelegen, wonach das Einzelgericht nur Beschwerden gegen Willensvollstrecker, nicht aber solche gegen (andere) nach § 138 GOG Beauftragte zu beurteilen hat. Dies kann hiermit aber nicht gemeint sein. Weil der Willensvollstrecker nämlich gerade nicht vom Einzelgericht, sondern vom Erblasser "beauftragt" wird (Art. 517 Abs. 1 ZGB; das Einzelgericht hat den Willensvollstrecker nur zu "benachrichtigen"; Art. 517 Abs. 2 ZGB und § 137 lit. c GOG), ergibt sich eine einzelgerichtliche Aufsicht über die Willensvollstrecker nicht bereits aus der Bestimmung von § 139 Abs. 1 GOG, sondern es war hierfür eine separate Vorschrift (§ 139 Abs. 2 GOG) zu erlassen. Aus letzterer Bestimmung kann demnach nicht im Umkehrschluss darauf geschlossen werden, das Einzelgericht sei für andere Beschwerden unzuständig. Vielmehr ist gerade in Analogie zu § 139 Abs. 2 GOG davon auszugehen, dass das Einzelgericht – was sich bei genauerer Betrachtung bereits aus der in § 139 Abs. 1 GOG angeordneten "Aufsicht" ergibt – auch Beschwerden gegen die von ihm nach § 138 GOG Beauftragten zu beurteilen hat, soweit die Beanstandungen in den Bereich des erteilten Auftrags fallen (vgl. auch OGer ZH, PF180002 vom 31. Januar 2018, E. 3.5, sowie bereits [unter altem Recht] OGer ZH, vom

## **E. 7**

Februar 1974, ZR 1974 Nr. 26, S. 58 ff.; vgl. zudem NONN/ENGLER, a.a.O., Art. 580 N 20). Mit Bezug auf das vom Notariat in Erfüllung des Auftrags gemäss § 137 lit. f und § 138 GOG dem Einzelgericht zu überreichende öffentliche Inventar ergibt sich dies bereits aus dem Wortlaut von § 131 Abs. 2 EG ZGB. 3. Diese Zuständigkeitsordnung erscheint sachgerecht. Weshalb es nicht die beauftragende Behörde selbst sein sollte, welche die

korrekte Ausführung des von ihr erteilten Auftrags zu überwachen und entsprechende Beschwerden zu beurteilen hat, wäre nicht leicht einzusehen. Eine Spaltung des Rechtsmittelwegs – wie sie im vorliegenden Fall über zwei Instanzen hin erfolgte – wäre jedenfalls nicht im Interesse der Prozessökonomie. Vielmehr scheint es angemessen, dass das ohnehin bereits mit der Sache befasste Einzelgericht auch zur Beurteilung von gegen die Inventarerstellung gerichteten Beschwerden berufen ist. § 139 GOG und § 131 Abs. 2 EG ZGB sind insofern *leges speciales* gegenüber der allgemeinen Bestimmung von § 33 Abs. 2 NotG, was in § 33 Abs. 1 NotG denn auch ausdrücklich vorbehalten wird. 4. Die vom Einzelgericht zu beurteilende Beschwerde gegen die formelle Inventarerstellung durch das Notariat richtet sich nach § 85 i.V.m. § 83 GOG analog (vgl. auch § 139 Abs. 2 GOG analog); es gilt damit eine Frist von zehn Tagen (§ 83 Abs. 1 GOG). Dieses Verfahren ist zwar formell als Rechtsmittelverfahren ausgestaltet, es handelt sich hierbei aber um eine Art Inzidenzverfahren, das im Rahmen des vor dem Einzelgericht bereits hängigen summarischen Inventarverfahrens stattfindet. Im Gegensatz zum Beanstandungs- bzw. Einspracheverfahren vor dem Notariat (vgl. hierzu BGE 144 III 313, E. 2.4) ist den Beteiligten hier das rechtliche Gehör zu gewähren, sofern sich die Beschwerde nicht sofort als unbegründet oder unzulässig erweist (§ 83 Abs. 2 GOG). Der Entscheid des Einzelgerichts ist alsdann innert zehn Tagen mit Beschwerde gemäss § 85 i.V.m. § 84 GOG beim Obergericht anfechtbar, wobei die Art. 319 ff. ZPO sinngemäss anwendbar sind (für deren Beurteilung ist freilich – wie für andere Beschwerden im Bereich der Aufsicht nach § 139 GOG – nicht die Verwaltungskommission, sondern die II. Zivilkammer zuständig; vgl. § 11 der Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 3. November 2010, LS 212.51, sowie den Konstituierungsbeschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Dezember 2018).

VI.1. Zu klären ist sodann der Umfang der Prüfungsbefugnis des Einzelgerichts im Rahmen einer solchen, nach § 83 GOG erhobenen Beschwerde gegen das vom Notariat erstellte Inventar. Es wurde bereits ausgeführt, dass der materielle Bestand bzw. die Höhe der inventarisierten Erbschaftsschulden in diesem Ver-

fahrensstadium nicht überprüft werden kann, sondern dass eine solche inhaltliche Beurteilung auf den ordentlichen Zivilrechtsweg zu verweisen ist (BGE 144 III 313, E. 2.4, 3.2; BGer, 5A\_392/2016 vom 1. November 2016, E. 4.3; OGer ZH, PF180002 vom 31. Januar 2018, E. 3.6.1; BSK ZGB II-WISSMANN/VOGT/LEU, Art. 590 N 9; NONN/ENGLER, a.a.O., Art. 581 N 2, Art. 584 N 1). Dies ergibt sich ohne Weiteres aus der Funktion des öffentlichen Inventars und der damit einhergehenden Kognitionsbeschränkung der inventarisierenden Behörde, die rechtzeitig angemeldete bzw. sich aus öffentlichen Büchern oder den Papieren des Erblassers ergebende Erbschaftsschulden ohne weitere Prüfung aufnehmen muss. 2. Demgegenüber wurde aber auch dargelegt, dass das öffentliche Inventar in dem Sinne eine konstitutive negative Präklusivwirkung hat, als Forderungen, die im (rechtskräftig abgeschlossenen) Inventar nicht verzeichnet sind, nur noch unter den engen Haftungsvoraussetzungen von Art. 590 ZGB geltend gemacht werden können (s. oben, E. IV.2 und E. IV.4). Dies gilt selbst dann, wenn Forderungen zu Unrecht, d.h. in Verletzung von Art. 582 f. ZGB, nicht inventarisiert wurden. Eine solche negative Präklusivwirkung ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 590 Abs. 2 ZGB sowie aus dem Sinn und Zweck des öffentlichen Inventars, der insbesondere auch darin besteht, den Erben eine echte Haftungsbeschränkung zu ermöglichen und eine unbeschränkte persönliche Haftung in Bezug auf nichtinventarisierte Schulden auszuschliessen. Unterlässt der Notar die Aufnahme einer rechtzeitig angemeldeten Forderung, oder einer Forderung, die nach Art. 583 ZGB von Amtes wegen aufzunehmen gewesen wäre, so kann – wenn das Inventar einmal rechtskräftig abgeschlossen wurde bzw. die Erben ihre Erklärung nach Art. 588 ZGB abgegeben haben – in einer sich anschliessenden Zivilklage des Gläubigers gegen einen unter Inventar annehmenden Erben nicht mehr vorgebracht werden, die Nichtaufnahme sei auf einen Amtsfehler des Notars zurückzuführen gewesen. Unter Vorbehalt der Bereicherungshaftung gemäss Art. 590 Abs. 2 ZGB sowie der Ausnahme nach Art. 590 Abs. 3 ZGB bleibt die Forderung vielmehr präkludiert (wobei sich der Gläubiger allenfalls noch im Rahmen eines Staatshaftungsanspruchs schadlos zu halten vermag; vgl. BSK ZGB II-WISSMANN/VOGT/LEU, Art. 590 N 9; NONN, a.a.O.,

S. 77; BK-TUOR/PICENONI, Art. 584 N 5, Art. 589/590 N 8 ff.; vgl. auch BGE 110 II 228, E. 2; OGer ZH, vom 7. Februar 1974, ZR 1974 Nr. 26, S. 59; PIOTET, SPR IV/2, Basel 1981, S. 804). Diese einschneidenden Rechtswirkungen des Inventars können aber nicht von reinen Zufälligkeiten oder davon abhängen, ob die Inventarbehörde nach freiem Ermessen Forderungen aufnimmt oder nicht, ohne dass dies in irgendeiner Form überprüfbar wäre. Nur schon um die staatshaftungsrechtlichen Konsequenzen der Inventarerstellung zu beschränken, muss es den Betroffenen im Rahmen des Inventarverfahrens – vor Eintritt der Präklusivwirkung – freistehen, eine allfällige Verletzung der formellen Inventarisierungsvoraussetzungen gemäss Art. 582 f. ZGB im Rahmen eines Rechtsmittels zu beanstanden (BGer, 5A\_392/2016 vom 1. November 2016, E. 4.1 [a.E.], E. 4.4 und E. 4.6.2; OGer ZH, vom 7. Februar 1974, ZR 1974 Nr. 26, S. 59 ff.; ZK-ESCHER, Art. 584 ZGB N 2; BSK ZGB II-WISSMANN/VOGT/LEU, Art. 584 N 8; PFYL, a.a.O., S. 11 f.; NONN, a.a.O., S. 77; BK-TUOR/PICENONI, Art. 584 N 5; vgl.

auch BGE 144 III 313, E. 3.2; OGer ZH, PF180002 vom 31. Januar 2018, E. 3.5). Wird also geltend gemacht, Erbschaftsschulden seien zu Unrecht nicht in das Inventar aufgenommen worden, so muss dies im Rahmen der vom Einzelgericht zu beurteilenden Aufsichtsbeschwerde ohne Kognitionsbeschränkung voll überprüfbar sein. 3. Umgekehrt stellt sich sodann die Frage, ob in diesem Verfahrensstadium auch geltend gemacht werden kann, Forderungen seien zu Unrecht – d.h. in Verletzung von Art. 582 f. ZGB – in das Inventar aufgenommen worden, und es seien diese entsprechend daraus zu entfernen. Dies hängt eng mit der Frage zusammen, ob dem Inventar auch eine Art positive Konstitutiv- bzw. Einbezugs- wirkung in dem Sinne zukommt, dass Forderungen, die im (rechtskräftig abgeschlossenen) Inventar tatsächlich aufgenommen wurden, endgültig von der Passivensukzession gemäss Art. 589 ZGB erfasst werden, oder ob später in einem Zivilprozess noch eingewendet werden kann, eine Forderung sei zu Unrecht inventarisiert worden und falle daher unter das enge Haftungsregime von Art. 590 ZGB. In diesem Zusammenhang sind nicht weniger als vier Positionen denkbar:

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