

Beschluss vom 21. Januar 2019

ZK2 2018 65 und ZK2 2018 66

Mitwirkend Kantonsgerichtspräsident Dr. Urs Tschümperlin,
Kantonsrichterinnen Dr. Veronika Bürgler Trutmann und Bettina Krienbühl,
Gerichtsschreiberin lic. iur. Antoinette Hürlimann.

In Sachen

I. ZK2 2018 65

A. _____,
Berufungsführer 1,
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____,

gegen

C. _____,
Gesuchstellerin und Berufungsgegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt D. _____,

II. ZK2 2018 66

E. _____,
Berufungsführer 2,
vertreten durch Rechtsanwalt F. _____,

gegen

C. _____,
Gesuchstellerin und Berufungsgegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt D. _____

betreffend

Anordnung des öffentlichen Inventars
(Berufungen gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe
vom 23. Juli 2018, ZET 2018 147);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. a) G._____ verstarb am yy mit letztem Wohnsitz in Wollerau/SZ. C._____ (Tochter des Erblassers) beantragte am 21. Juni 2018 beim Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe die Anordnung eines öffentlichen Inventars über dessen Nachlass (Vi-act. I, ZET 2018 147). Mit Verfügung vom 23. Juli 2018 beauftragte der Einzelrichter den Notar des Bezirkes Höfe mit der Errichtung des öffentlichen Inventars (Dispositivziffer 1) und ordnete an, dass die Kosten von Fr. 300.00 zu Lasten des Nachlasses gehen (Dispositivziffer 2).

b) Dagegen erhob A._____ (Neffe des Erblassers; nachfolgend Berufungsführer 1) am 2. August 2018 Berufung beim Kantonsgericht mit folgenden Anträgen (KG-act. 1, Proz. Nr. ZK2 2018 65):

1. Es sei festzustellen, dass

mit der Verfügung vom 23. Juli 2018 des Einzelrichters des Bezirksgerichts Höfe (ZET 2018 147) keine Anordnung eines öffentlichen Inventars im Nachlass des G._____ gestorben am yy, wohnhaft gewesen H._____ weg zz, 8832 Wollerau, erfolgt ist, und mithin kein Verzeichnis der Vermögenswerte und Schulden der Erbschaft, wobei alle Inventarstücke mit einer Schätzung zu versehen sind, anzulegen ist,

bzw. die Verfügung vom 23. Juli 2018 des Einzelrichters des Bezirksgerichts Höfe (ZET 2018 147) bezüglich das Begehren um Aufnahme eines öffentlichen Inventars im Nachlass des G._____, gestorben am yy, wohnhaft gewesen H._____ weg zz, 8832 Wollerau, nichtig zu erklären ist.

2. Eventualiter sei in Aufhebung der Verfügung vom 23. Juli 2018 des Einzelrichters des Bezirksgerichts Höfe (ZET 2018 147) auf das Begehren um Aufnahme eines öffentlichen Inventars im Nachlass des G._____, gestorben am yy, wohnhaft gewesen H._____ weg zz, 8832 Wollerau, nicht einzutreten bzw. es sei dieses Begehren abzuweisen.

3. Subeventualiter sei das Verfahren zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das vorinstanzlichen Verfahren und das Berufungsverfahren zulasten der Berufungsbeklagten.

Mit Berufungsantwort vom 16. August 2018 beantragte C._____ (nachfolgend Berufungsgegnerin), auf die Berufung sei nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Berufungsführers 1 (KG-act. 7). Mit Eingabe vom 29. August 2018 nahm der Berufungsführer 1 im Rahmen des Replikrechts zur Berufungsantwort Stellung (KG-act. 9).

c) Am 3. August 2018 erhob sodann E._____ (Sohn des Erblassers, nachfolgend Berufungsführer 2) Berufung gegen die Verfügung vom 23. Juli 2018, dies mit folgenden Anträgen (KG-act. 1, Proz. Nr. ZK2 2018 66):

1. Es sei die Verfügung vom 23. Juli 2018 des Bezirksgerichts Höfe (ZET 2018 147) aufzuheben.
2. Es sei das Begehren um Aufnahme eines öffentlichen Inventars im Nachlass des G._____, gestorben am yy, wohnhaft gewesen H._____ weg zz, 8832 Wollerau, abzuweisen.
3. Eventualiter zu Ziff. 2 sei das Verfahren zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie zusätzlich Mehrwertsteuerersatz zulasten der Berufungsbeklagten.

Mit Berufungsantwort vom 17. August 2018 beantragte die Berufungsgegnerin C._____, auf die Berufung sei nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Berufungsführers 2 (KG-act. 8). Mit Eingabe vom 29. August 2018 nahm der Berufungsführer 2 im Rahmen des Replikrechts zur Berufungsantwort Stellung (KG-act. 10).

2. a) Die Berufungsführer A._____ und E._____ erhoben gegen dieselbe Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe Berufung. Die beiden Verfahren (ZK2 2018 65 und ZK2 2018 66) sind deshalb zu vereinigen und gemeinsam zu behandeln (vgl. Art. 125 lit. c ZPO; ZK2 2018 66, KG-act. 10 S. 6 f.).

b) Die Anordnung eines öffentlichen Inventars ist eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit und wird als gerichtliches Verfahren von der Zivilprozessordnung geregelt (Art. 1 lit. b ZPO; Martin, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach, ZPO Kommentar, 2. A., N 2 zu Art. 28 ZPO; Pesenti, in: Sutter-Somm et al., Kommentar zu Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 23 zu Art. 248 ZPO). Vorliegend wurden die Berufungsführer nicht in das erstinstanzliche Verfahren einbezogen, mithin mündete das Verfahren erst mit der Ergreifung eines Rechtsmittels in ein Streitiges Zweiparteienverfahren (vgl. Bohnet/Droese, Präjudizienbuch Zivilprozessordnung, N 123 zu Art. 1 ZPO). Da es den Berufungsführern unmöglich war, sich vor erster Instanz zu äussern, kann ihnen Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO, wonach neue Tatsachen und Beweismittel nur berücksichtigt werden können, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht wurden, nicht entgegengehalten werden. Daran ändert nichts, dass die Berufungsführer von der Begründung der Noveneingabe absahen, da eine solche zumindest dann nicht erforderlich ist, wenn die Zulässigkeit der Noven offenkundig oder unzweifelhaft ist (Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2. A., N 1335), was vorliegend der Fall ist.

3. a) Nach Art. 580 Abs. 1 ZGB ist jeder Erbe, der die Befugnis hat, die Erbschaft auszuschlagen, berechtigt, ein öffentliches Inventar zu verlangen. Wird es von einem Erben gestellt, so gilt es auch für die übrigen (Art. 580 Abs. 3 ZGB). Unzutreffend ist die Auffassung der Berufungsgegnerin, wonach ein Rechtsmittel nur von sämtlichen Miterben resp. der Erbgemeinschaft gemeinsam ergriffen werden könne (ZK2 2018 65, KG-act. 7 S. 5; ZK2 2018

66, KG-act. 8 S. 5), da jedem Erben einzeln die Befugnis zusteht, ein öffentliches Inventar zu verlangen (BSK ZGB II-Wissmann/Vogt/Leu, 5. A., N 2 zu Art. 580 ZGB) und dieses von Gesetzes wegen für sämtliche Erben gilt. Dasselbe muss auch für die Ergreifung von Rechtsmitteln gegen die richterliche Anordnung eines Inventars gelten.

b) aa) Die Berufungsführer bestreiten die Berechtigung der Berufungsgegnerin, ein öffentliches Inventar zu verlangen, da ihr keine Erbenstellung zukäme (ZK2 2018 65, KG-act. 1 S. 4 f.; ZK2 2018 66, KG-act. 1 S. 7).

bb) Im mit Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe vom 22. Juni 2018 eröffneten öffentlichen Testament hielt der Erblasser unter anderem Folgendes fest (ZET 2018 126, Vi-act. A):

3. Meine gesetzlichen Erben sind

- a) meine nicht eheliche Tochter C. _____, (...);
- b) mein aus meiner ersten Ehe stammender Sohn E. _____, (...);
- c) meine Ehefrau I. _____, (...).

4. Ich habe am 2. August 1985 mit meiner Tochter C. _____ (damals J. _____) vor dem unterzeichnenden Notar K. _____ in L. _____, Deutschland, einen öffentlich beurkundeten Vertrag abgeschlossen. Darin haben wir vereinbart, dass ich meiner Tochter als vorzeitigen Erbausgleich und als pauschale Abfindung künftiger Unterhaltsansprüche einen Betrag von DM 100'000.00 bezahle. Dieser vorzeitige Erbausgleich gemäss der damaligen Fassung von § 1934 d BGB bleibt gemäss Art. 227 Abs. 1 Ziffer 2 EG BGB dauerhaft und damit bis heute wirksam. Er hat zur Folge, dass meine Tochter mit Wirkung für sich und ihre Nachkommen kein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht mir gegenüber hat. Eine Kopie des vorerwähnten öffentlich beurkundeten Vertrags vom 2. August 1985 liegt dieser Urkunde als Beilage 1 bei.

(...)

Im öffentlich beurkundeten Vertrag zwischen dem Erblasser und der Berufungsgegnerin vom 2. August 1985 vereinbarten die Parteien Folgendes (ZET 2018 126, Vi-act. A, Beilage 1 zum öffentlichen Testament):

Die Erschienene zu 2. [= die Berufungsgegnerin] hat von dem von der Erschienenen zu 1. Vertretenen [= G. _____ sel.] den vorzeitigen Erbausgleich nach § 1934 d BGB verlangt.

Dies vorausgeschickt, erklären die Erschienenen:

Wir vereinbaren, dass der von der Erschienenen zu 1. vertretene Kaufmann G. _____ an die Erschienene zu 2. einen Betrag in Höhe von

DM 100'000.00
(in Worten: Deutsche Mark einhunderttausend)

als vorzeitigen Erbausgleich und pauschaler Abfindung künftiger Unterhaltsansprüche zu bezahlen hat. (...).

cc) Die Antragsberechtigung des Erben setzt die Befugnis voraus, die Erbschaft noch ausschlagen zu können. Anders als beim Sicherungsinventar nach Art. 553 ZGB ist damit von einem engen Erbenbegriff auszugehen, das heisst, die Erbenstellung hat formal festzustehen (Nonn/Engler, in: Abt/Weibel, Erbrecht, 3. A., N 1 zu Art. 580 ZGB). In Betracht kommen namentlich gesetzliche und eingesetzte Erben, Vertragserben mit Vermögensempfängern zu Lebzeiten des Erblassers und schliesslich enterbte und durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossene sowie durch Erbvertrag i.S.v. Art. 495 ZGB ausgekaufte Erben, nachdem ihre Anfechtungs- bzw. Herabsetzungsklage gutgeheissen wurde (BSK ZGB II-Wissmann/Vogt/Leu, 5. A., N 2 zu Art. 580 ZGB mit Hinweisen; CHK-D. Abt, 3. A., N 7 zu Art. 580 ZGB; Nonn/Engler, a.a.O., N 2 und 8 zu Art. 580 ZGB). In casu kann somit die von G. _____ sel. vertraglich und mittels Verfügung von Todes wegen übergangene Berufungsgegnerin ein öffentliches Inventar erst dann verlangen, wenn sie ihre Erbenstellung durch ein zu ihren Gunsten lautendes Ungültigkeits- oder Herabsetzungsurteil erlangte. Vorher ist die Ausschlagung für sie weder nötig noch möglich (vgl. BGE 143 III 369 E. 3.1). Umstände aufgrund

derer in summarischer Prüfung (vgl. Nonn/Engler, a.a.O., N 1 zu Art. 580 ZGB) dennoch vom Bestehen einer Erbenstellung der Berufungsgegnerin auszugehen wären, sind weder ersichtlich, noch macht sie solche in substantzierter Weise geltend (ZK2 2018 65, KG-act. 7 S. 7 f.; ZK2 2018 66, KG-act. 8. S. 7). In Ermangelung der Erbenstellung fehlte der Berufungsgegnerin folglich die Antragsberechtigung. Dies hat jedoch entgegen der Ansicht des Berufungsführers 1 (ZK2 2018 65, KG-act. 1 S. 5) nicht die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung zur Folge, da weder eine Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde noch schwerwiegende Verfahrensfehler vorlagen (vgl. BGE 139 II 243 E. 11.2 und 132 II 21 E. 3.1).

4. Zusammenfassend ist die Berufung des Berufungsführers 1 teilweise, diejenige des Berufungsführers 2 vollumfänglich gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben. Dabei ist auch der Berufungsführer 1 als obsiegend zu betrachten, da er lediglich geringfügig, nämlich in Bezug auf die Feststellung der Nichtigkeit, unterlag. Diesem Verfahrensausgang entsprechend gehen die Kosten des Berufungsverfahrens zu Lasten der Berufungsgegnerin (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese hat die Berufungsführer überdies angemessen zu entschädigen;-

beschlossen:

1. Die Berufungsverfahren ZK2 2018 65 und ZK2 2018 66 werden vereinigt.
2. In teilweiser Gutheissung resp. in Gutheissung der Berufungen ZK2 2018 65 und ZK2 2018 66 wird die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe vom 23. Juli 2018 aufgehoben und das Gesuch um Errichtung eines öffentlichen Inventars über den Nachlass von G. _____ sel. abgewiesen, soweit darauf einzutreten war.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf Fr. 2'000.00 festgesetzt und der Berufungsgegnerin auferlegt. Sie werden im Umfang von je Fr. 1'000.00 von den Gerichtskostenvorschüssen der Berufungsführer (je Fr. 1'500.00) bezogen und ihnen im Rest von je Fr. 500.00 zurückerstattet. Die Berufungsgegnerin hat den Berufungsführern unter dem Titel Gerichtskostenersatz je Fr. 1'000.00 zu erstatten. Die erstinstanzlichen Verfahrenskosten von Fr. 300.00 gehen zu Lasten der Berufungsgegnerin.
4. Die Berufungsgegnerin hat die Berufungsführer für das Berufungsverfahren pauschal je mit Fr. 1'500.00 (inkl. Auslagen und MWST) zu entschädigen.
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; vorbehalten bleibt die Geltendmachung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG, die in der glei-

chen Rechtsschrift bzw. bei alleiniger Einlegung innert derselben Frist einzureichen ist. Die Beschwerdeschrift muss Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 10'000.00.

6. Zufertigung an Rechtsanwalt B._____ (2/R), Rechtsanwalt F._____ (2/R), Rechtsanwalt D._____ (2/R), I._____ (Ehefrau und gesetzliche Erbin; 1/Rh), Rechtsanwalt M._____ (Rechtsvertreter der Willensvollstreckerin; 2/R), die Vorinstanz (1/A), das Notariat Höfe (1/R), sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten), das Erbschaftsamt Höfe (1/R, z.K.), das Betreibungsamt Höfe (1/R, z.K.) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer
Der Kantonsgerichtspräsident

Die Gerichtsschreiberin

Versand

23. Januar 2019 kau