

1.2.3.

(...)

1.3.

Der angefochtene Entscheid ist somit nicht als Zwischenentscheid zu qualifizieren. Da es sich auch nicht um einen Endentscheid oder um einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen handelt, ist auf die Berufung nicht einzutreten.

(...)

1.4.

Prozessleitende Verfügungen können mit Beschwerde angefochten werden, wenn das Gesetz das Rechtsmittel der Beschwerde vorsieht oder wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b ZPO; vgl. FREIBURGHAUS/AFHELDT, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N. 11 zu Art. 319 ZPO). Die ZPO sieht keine Beschwerde vor gegen einen Entscheid betreffend Überweisung in ein anderes Verfahren. Der Kläger legt auch nicht dar, inwiefern ihm durch den Entscheid vom 12. Februar 2013 ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Die Berufung kann daher auch nicht als Beschwerde entgegengenommen werden.

2.

(...)

3.

(...)

**69 Art. 1 lit. b ZPO; Gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit**

- Seit der Aufhebung der aZPO mit Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 fehlt im Aargau eine Verfahrensregelung für diejenigen Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, für welche nicht das Bundesrecht, aber das kantonale Recht eine richterliche Behörde vorschreibt. Die bestehende Gesetzeslücke ist dahingehend zu schliessen, dass für alle gerichtlichen Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Bestimmungen der schweizerischen ZPO, insbesondere des summarischen Verfahrens i.S.v. Art. 248 ff., gelten, wobei diese -

**sofern nicht das Bundes-, sondern das kantonale Recht eine gerichtliche Behörde vorschreibt - kantonales Recht darstellen.**

**Art. 570 Abs. 3 ZGB; Ausschlagung der Erbschaft, Protokollierung**

- **Es besteht keine gesetzliche Grundlage und kein Bedürfnis dafür, dass die Protokollierungsbehörde bei Gelegenheit der Protokollierung von Ausschlagungserklärungen bei Stillschweigen anderer Erben ausdrücklich deren vorbehaltlosen Erwerb der Erbschaft feststellt.**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 3. Zivilkammer, vom 20. August 2013 in Sachen A. M.-W. et al. (ZSU.2013.185).

*Aus den Erwägungen*

1.

1.1.

Angefochten ist ein Entscheid des Gerichtspräsidiums betreffend Protokollierung der Ausschlagungserklärung i.S.v. Art. 570 Abs. 3 ZGB. Dabei handelt es sich um einen Akt der freiwilligen (nichtstreitigen) Gerichtsbarkeit (BGE 114 II 220 Erw. 1).

1.2.

1.2.1.

Die ZPO regelt gemäss Art. 1 lit. b auch das Verfahren für gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das Bundesgericht hat in BGE 139 III 225 (Erw. 2) entschieden, dass Art. 1 lit. b ZPO nur dort gilt, wo das Bundesrecht selbst eine gerichtliche Behörde vorschreibt. In den übrigen Bereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in welchen die Kantone in der Bezeichnung der zuständigen Behörde frei sind, wenden diese weiterhin kantonales Verfahrensrecht an, wobei die Kantone eine eigene Regelung aufstellen oder auf eine bestimmte Verfahrensordnung verweisen können. Deren Normen stellen diesfalls aber nicht Bundesrecht, sondern kantonales Recht dar.

### 1.2.2.

Bei der Entgegennahme und Protokollierung der Ausschlagungserklärung sind die Kantone frei in der Bezeichnung der zuständigen Behörde (Art. 570 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 54 Abs. 1 SchlT ZGB). Der Kanton Aargau hat diese Zuständigkeit dem Gerichtspräsidenten übertragen (§ 72 EG ZGB). Das aargauische Zivilrechtspflegegesetz vom 18. Dezember 1984 (aZPO, SAR 221.100), das für die Entgegennahme und Protokollierung der Ausschlagungserklärung das summarische Verfahren vorsah (§ 72 EG ZGB i.V.m. § 300 Abs. 1 aZPO; Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, N. 5/33 zu § 300 aZPO), wurde mit Inkrafttreten der schweizerischen ZPO am 1. Januar 2011 aufgehoben. Damit fehlt heute im Aargau eine Verfahrensregelung für diejenigen Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, für die nicht das Bundesrecht, aber das kantonale Recht eine richterliche Behörde vorschreibt.

### 1.2.3.

Eine Gesetzeslücke ist vom Richter nach der Regel zu füllen, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, wobei er bewährter Lehre und Überlieferung folgt (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Die zu treffende Regelung muss sich widerspruchsfrei in das bestehende Gesetzesrecht und dessen Wertungen einfügen. Bestehende Lücken können auch auf dem Weg der Analogie geschlossen werden, indem die bestehende gesetzliche Lösung einer vergleichbaren Frage sinngemäss auf die ungelöste Frage übertragen wird (BGE 5A\_235/2007 Erw. 3, m.w.H.). Diese im materiellen Zivilrecht für die Lückenfüllung entwickelten Grundsätze gelten analog auch für das Prozessrecht (BGE 122 I 253 Erw. 6a).

Im Aargau bietet sich als bestehendes gesetzliches Verfahrensrecht das aargauische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 (VRPG) an. Allerdings ist zu beachten, dass für diejenigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, für die das Bundesrecht eine richterliche Behörde vorschreibt, die Bestimmungen des summarischen Verfahrens der ZPO gelten (Art. 248 lit. e ZPO). Bereits unter der Geltung der aargauischen Zivilprozessordnung waren die richterlichen Anordnungen der freiwilligen Gerichts-

barkeit dem summarischen Verfahren unterstellt (Erw. 1.2.2. hievor). Schliesslich ist der Zivilrichter mit den zivilprozessualen Regeln besser vertraut als mit denjenigen des Verwaltungsprozesses. Es erscheint daher sinnvoll und sachgerecht, die bestehende Gesetzeslücke dahingehend zu schliessen, dass für alle gerichtlichen Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Bestimmungen der schweizerischen ZPO, insbesondere des summarischen Verfahrens i.S.v. Art. 248 ff., gelten, wobei diese - sofern nicht das Bundes-, sondern das kantonale Recht eine gerichtliche Behörde vorschreibt - kantonales Recht darstellen.

(...)

2.

Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid fest, die Ausschlagungserklärungen von J. R. W. und von J. S.-W. seien innert der Frist von Art. 567 ZGB erfolgt und zu protokollieren (Art. 570 Abs. 3 ZGB). Zudem stellte sie im Dispositiv des Entscheids fest, dass die Erbschaft des M. W. von den Beschwerdeführerinnen vorbehaltlos angetreten worden sei.

Die Beschwerdeführerinnen setzen sich gegen diese Feststellung zur Wehr. (...)

3.

3.1.

Mit dem Tode des Erblassers erwerben die Erben die Erbschaft als Ganzes. Forderungen, das Eigentum, die beschränkten dinglichen Rechte und der Besitz des Erblassers gehen unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen ohne Weiteres auf sie über, und die Schulden des Erblassers werden zu persönlichen Schulden der Erben (Art. 560 ZGB). Sowohl die gesetzlichen wie auch die eingesetzten Erben haben jedoch die Befugnis, die Erbschaft, die ihnen zugefallen ist, innert Frist (Art. 567 f. ZGB) auszuschlagen (Art. 566 Abs. 1 ZGB). Eine Frist für die Annahme der Erbschaft ist mit Ausnahme der in den Art. 574 und 575 ZGB umschriebenen Fälle nicht vorgesehen (Hauptli, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl., Basel 2011, N. 6 zu Art. 566 ZGB). Die Annahme tritt nach unbenütztem Ablauf der Ausschlagungsfrist ein (Art. 571 Abs. 1 ZGB), es sei denn, die Zahlungsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes sei amtlich

festgestellt oder offenkundig. In diesem Fall wird die Ausschlagung vermutet (Art. 566 Abs. 2 ZGB).

Ausschlagungs- und wohl auch Annahmeerklärungen im Sinne der Art. 566 Abs. 2 ZGB, 574 ZGB und 575 ZGB sind von der nach kantonalem Recht zuständigen Behörde zu protokollieren (Art. 570 Abs. 3 ZGB; Schwander, Basler Kommentar zum ZGB, Band II, 4. Aufl., Basel 2011, N. 12 zu Art. 570 ZGB). Dieses Protokoll verfolgt reine Informationszwecke und dient als Beweis für die Abgabe und den Zeitpunkt der Ausschlagungs- bzw. Annahmeerklärung, entfaltet aber keine rechtsbegründende Wirkung (BGE 5A\_578/2009 Erw. 2.2; AGVE 2001 Nr. 3 S. 34 f., m.w.H.; Schwander, a.a.O., N. 14 zu Art. 570 ZGB). Selbst wenn eine Ausschlagungserklärung zurückgewiesen wird, bleibt es dem betroffenen Erben mit anderen Worten unbenommen, sich auf die erklärte Ausschlagung zu berufen, sollte er für Erbschaftsschulden belangt werden, und ungeachtet der Protokollierung der Ausschlagungserklärung steht den Gläubigern des Erblassers die Möglichkeit offen, gegen einen Erben vorzugehen, der die Ausschlagung erklärt hat (BGE 5A\_578/2009 Erw. 2.2.).

Gemäss Art. 193 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG hat die zuständige Behörde den Konkursrichter zu benachrichtigen, wenn alle Erben die Erbschaft ausgeschlagen haben oder die Ausschlagung zu vermuten ist. Im Falle einer Ausschlagungsvermutung infolge offenkundiger oder amtlich festgestellter Überschuldung i.S.v. Art. 566 Abs. 2 ZGB ist daher eine summarische materielle Prüfung durch die zuständige Behörde unumgänglich (Häuptli, a.a.O., N. 4 zu Art. 573 ZGB). Ob tatsächlich eine Überschuldung vorliegt, entscheidet alsdann der Konkursrichter (Brunner/Boller, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum SchKG, 2. Aufl., Basel 2010, N. 14 zu Art. 193 SchKG), wobei die Erben gegen eine allfällige Konkursöffnung Beschwerde erheben können (BGE 5P.182/2001 Erw. 2; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. Juni 1978, in: SJZ 1979 S. 147 f.). Im Kanton Aargau ist sowohl für die Entgegennahme und Protokollierung der Ausschlagungserklärungen und die Benachrichtigung des Konkursrichters wegen vermuteter Ausschlagung wie auch für die anschliessende Anordnung der konkursamtlichen Liquidation der ausgeschlagenen bzw. überschuldeten Erbschaft

der Gerichtspräsident am letzten Wohnsitz des Erblassers zuständig (Art. 570 ZGB i.V.m. § 72 EG ZGB; Art. 251 lit. a ZPO i.V.m. § 6 Abs. 1 lit. b EG ZPO). Seine diesbezüglichen Entscheide ergehen im summarischen Verfahren als Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit (betreffend Protokollierung der Ausschlagungserklärung siehe oben Erw. 1; betreffend Anordnung der konkursamtlichen Erbschaftsliquidation: Art. 251 lit. a ZPO; Brunner/Boller, a.a.O., N. 13 f. zu Art. 193 SchKG). Solche Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit stehen Verfügungsverfügungen nahe und erwachsen nur beschränkt in materielle Rechtskraft. Es kann auf sie zurückgekommen werden, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse nachträglich verändert haben. Sie können überdies aufgehoben oder abgeändert werden, wenn sie sich nachträglich als unrichtig erweisen, sofern nicht gesetzliche Vorschriften oder Gründe der Rechtssicherheit entgegenstehen (AGVE 1996 Nr. 3 S. 28 ff. Erw. 1b; BGE 136 III 178 Erw. 5.2; Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Basel 1990, S. 80; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 45). Kommt die Behörde, welche die Ausschlagungserklärungen protokolliert, aufgrund der ihr vorliegenden Akten zum Schluss, abgesehen von den ihr vorliegenden Ausschlagungserklärungen sei die Ausschlagung der übrigen Erben zu vermuten, hat sie darüber nach dem Gesagten das Konkursgericht zu benachrichtigen. Das setzt eine Feststellung der Protokollierungsbehörde voraus, ob diese Ausschlagung zu vermuten ist (anders noch: AGVE 2007 Nr. 1 S. 23 f.). Demgegenüber besteht keine gesetzliche Grundlage und kein Bedürfnis dafür, dass die Protokollierungsbehörde bei Gelegenheit der Protokollierung von Ausschlagungserklärungen bei Stillschweigen anderer Erben ausdrücklich deren vorbehaltlosen Erwerb der Erbschaft feststellt. Die Beschwerde ist somit insofern gutzuheissen, als Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids, mit der eine solche Feststellung getroffen wurde, aufzuheben ist.

**70 § 19 Abs. 1 lit. c EG ZPO. Keine Anwendung für Ablehnungsbegehren gegen einen Gerichtspräsidenten als Einzelrichter.**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, Zivilgericht, 4. Kammer, vom 27. März 2013 in Sachen J.B. (ZSU.2013.50).

*Aus den Erwägungen*

1.

Die Gesuchstellerin hat in der Beschwerde beantragt, es sei ihr ein fairer Prozess zu gewähren und nochmals eine Anhörung unter Besetzung eines anderen Richters anzusetzen. Auf dieses Begehren kann nicht eingetreten werden, weil das Obergericht nicht die zuständige Instanz ist. Gemäss § 19 Abs. 1 lit. d EG ZPO entscheidet über den Ausstand des Gerichtspräsidenten eines Kollegialgerichts das Gericht unter Ausschluss des betreffenden Gerichtspräsidenten. Da nach Auffassung der Vorinstanz das weitere Verfahren in die Zuständigkeit des Gesamtgerichts fällt (Protokoll der Verhandlung vom 23. Oktober 2012 S. 5), ist das Ablehnungsbegehren beim Bezirksgericht Aarau zu stellen. Das wäre selbst dann der Fall, wenn der Gerichtspräsident als Einzelrichter zuständig wäre. Zwar bestimmt § 19 Abs. 1 lit. c EG ZPO, dass das Obergericht über den Ausstand des Gerichtspräsidenten als Einzelrichter entscheidet, doch wäre damit das Obergericht erste und einzige Instanz, was gegen Bundesrecht verstösse. Die Kantone sind seit dem 1. Januar 2011 verpflichtet, von wenigen nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen, einen doppelten Instanzenzug zur Verfügung zu stellen, damit der Entscheid durch ein (hierarchisch übergeordnetes) kantonales Gericht als Rechtsmittelininstanz überprüft werden kann (BGE 138 III 41 Erw. 1.1; Klett, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 75 N. 1 ff.). § 19 Abs. 1 lit. c EG ZPO darf daher für Ablehnungsbegehren gegen einen Gerichtspräsidenten als Einzelrichter nicht angewendet werden. Es besteht eine Lücke im kantonalen Gerichtsorganisationsrecht, welche mit einer bundesrechtskonformen Lösung durch die Gerichtsbehörde selbst