

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF120063-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Maurer.

Urteil vom 30. Oktober 2012

in Sachen

A._____,
Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. X._____,

gegen

1. **B.**_____,
2. **C.**_____,
Berufungsbeklagte,

Nr. 1 vertreten durch Y._____,

Nr. 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Z._____

betreffend **Testamentseröffnung und Erbschein (örtliche Zuständigkeit)**

im Nachlass von D._____, geboren tt.mm.1937, Staatsangehöriger von Deutschland, gestorben tt.mm.2010, wohnhaft gewesen in F._____

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 11. September 2012 (EL110085)

Erwägungen:

1. a) Am 3. April 2010 verstarb in F._____ [Stadt in Deutschland] D._____, geboren tt.mm.1937, Staatsangehöriger von Deutschland. Er hinterliess als gesetzliche Erben seine Ehefrau, A._____, wohnhaft in E._____ [ZH], die Berufungsklägerin, sowie seine beiden Kinder B._____ und C._____, die Berufungsbeklagten, beide mit Wohnsitz in Deutschland.

Am 12. November 2010 eröffnete das Amtsgericht Düsseldorf vier Verfügungen des Erblassers von Todes wegen, nämlich ein öffentliches Testament in spanischer Sprache vom 13.05.2005 sowie drei privatschriftliche Testamente vom 15.08.2006, 27.09.2006 und 20.12.2008 (act. 4/5). Die von der Ehefrau des Erblassers eingereichten vier Kopien letztwilliger Verfügungen (vom 22.08.2004, 15.08.2006, 24.05.2008 und eine undatierte) eröffnete das Amtsgericht Düsseldorf nicht (act. 4/5).

Am 22. Februar 2011 stellte das Amtsgericht Düsseldorf einen gemeinschaftlichen Erbschein aus, wonach der Erblasser von seiner Ehefrau zu einem Viertel und von seiner Tochter sowie seinem Sohn zu je drei Achteln beerbt worden sei (act. 7/5). Zuvor hatte die Berufungsklägerin beim Amtsgericht Düsseldorf ausdrücklich beantragt, mit einem Erbschein als Miterbin zu einem Viertel auf Grund gesetzlicher Erbfolge ausgewiesen zu werden (act. 7/6).

b) Mit Eingabe vom 6. Dezember 2011 reichte die Berufungsklägerin beim Bezirksgericht Affoltern ein Gesuch um Ausstellung eines Erbscheins ein (act. 1). Sie verwies auf die am 12. November 2010 in F._____ erfolgte Testamentseröffnung und reichte die in F._____ eröffneten Testamente in Kopie sowie die vom Amtsgericht Düsseldorf nicht eröffneten vier Kopien letztwilliger Verfügungen ein (act. 4/6).

Am 26. März 2012 reichte die Berufungsklägerin bei der Vorinstanz drei weitere Original-Testamente des Erblassers, datiert auf 30.10.2006, 20.4.2007, 18.9.2007

(Kopien in act. 13/1-3) ein und ersuchte um deren Eröffnung (act. 12). Die Berufungsbeklagte 1 erhob Einspruch und machte geltend, infolge der allein deutschen Staatsangehörigkeit des Erblassers sei allein deutsches Recht anwendbar und die deutschen Gerichte seien ausschliesslich zuständig (act. 5). Der Berufungsbeklagte 2 ersuchte um Akteneinsicht (act. 8).

c) Auf Fristansetzung durch die Vorinstanz hin (act. 15) nahmen die Berufungsklägerin sowie die Berufungsbeklagten 1 und 2 Stellung zur Frage, wo der letzte Wohnsitz des Erblassers gewesen sei (act. 17, 19, 21, je mit Beilagen).

Mit Schreiben vom 19. Juli 2012 ersuchte der Vertreter der Berufungsbeklagten 1 um Zustellung der Eingaben der andern Beteiligten und erstattete eine ergänzende Stellungnahme (act. 23) mit diversen Beilagen (act. 24/1-11).

d) Mit Verfügung vom 11. September 2012 trat die Vorinstanz auf das Gesuch um Testamentseröffnung und Ausstellung eines Erbscheines nicht ein mit der Begründung, sie sei örtlich unzuständig (act. 32). Die Kosten von insgesamt Fr. 551.-- auferlegte sie der Berufungsklägerin (act. 32).

Dagegen erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig (act. 29 i.V. mit act. 33) Berufung mit den Anträgen:

- "1. Es sei der vorinstanzliche Entscheid vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Eventualiter seien die letztwilligen Verfügungen des Erblassers vom 22. August 2004, 15. August 2006, 30. Oktober 2006, 20. April 2007, 18. September 2007, 24. Mai 2008 sowie die weiteren vor Vorinstanz eingereichten undatierten letztwilligen Verfügungen zu eröffnen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, zu Lasten der Berufungsbeklagten." (act. 33)

e) Die Prozessleitung wurde an den Referenten delegiert (act. 36). Den ihr mit Präsidialverfügung vom 1. Oktober 2012 für die voraussichtlichen Gerichtskosten des Berufungsverfahrens auferlegten Vorschuss von Fr. 14'000.-- (act. 36) leistete die Berufungsklägerin fristgemäss (act. 39). Unaufgefordert meldete sich der Vertreter der Berufungsbeklagten 1 und beantragte "kostenpflichtige Zurückwei-

sung" der (ihm nicht zugestellten) Berufung oder, für den Fall "nicht rechtzeitiger Einzahlung der angefallenen Gerichtskosten", die Rechtsmittelführerin "des Rechtsmittels für verlustig zu erklären" und ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen (act. 38).

f) Da sich die Berufung sofort als unbegründet erweist, erübrigt sich die Fristansetzung zur Erstattung einer Berufungsantwort an die Berufungsbeklagten.

2. Die Berufungsklägerin rügt vorab eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs im vorinstanzlichen Verfahren und beantragt daher die Rückweisung des Verfahrens zur Neubeurteilung durch die Vorinstanz. Sie führt aus, die Vorinstanz habe ihr vor ihrem Entscheid keine Kopie der Vernehmlassung der übrigen Verfahrensbeteiligten zugestellt. Insbesondere habe sie ihr die Eingabe der Berufungsbeklagten 1 vom 19. Juli 2012 nicht zukommen lassen, obwohl sie in ihrem Entscheid mehrfach entscheidend darauf abgestellt habe. Ihr sei damit verwehrt worden, dazu Stellung zu nehmen. Dieser Mangel könne nicht geheilt werden und daher sei der angefochtene Entscheid aufzuheben.

Den vorinstanzlichen Akten kann nicht entnommen werden, dass der Berufungsklägerin die Eingabe der Berufungsbeklagten 1 im Vorfeld der Verfügung vom 11. September 2012 zugestellt worden wäre und dass ihr somit Gelegenheit gegeben worden wäre, sich dazu zu äussern. Ein solches Vorgehen stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Die Wahrung des rechtlichen Gehörs bedingt, dass einer Partei Gelegenheit zu geben ist, sich zu einer von der Gegenseite eingereichten Stellungnahme zu äussern, unabhängig davon, ob diese Stellungnahme neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält. Der angefochtene Entscheid leidet somit an einem Mangel. Ausnahmsweise kann eine solche Verletzung geheilt werden, wenn sie nicht besonders schwer wiegt und die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die dieselbe Kognition hat. Vorausgesetzt wird ferner, dass die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wäre (Beschluss der Kammer vom 11. September 2012,

Proz.Nr. PS120153; Göksu, DIKE-Komm ZPO, Art. 53 N 41; BGE 137 I 195 E. 2.3.2).

Eine solche Ausnahme ist hier gegeben. Eine Verzögerung des Verfahrens liegt nicht im Interesse der Berufungsklägerin. Die Berufungsinstanz hat volle Kognition, um an Stelle der Vorinstanz einen neuen Entscheid zu erlassen. Die Berufungsklägerin äusserte sich in ihrer Berufungsschrift umfassend zu den vorinstanzlichen Stellungnahmen der Berufungsbeklagten und konnte demnach ihren Gehörsanspruch nachträglich wahren.

3. Die Testamentseröffnung und die Ausstellung von Erbescheinigungen gehören zu den Sicherungsmassregeln des Erbganges (Titel vor Art. 551 ZGB). Sie sind Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche der Kanton Zürich dem Einzelgericht im summarischen Verfahren zugewiesen hat (Art. 556 i.V. mit Art. 551 Abs. 1 und Art. 54 Abs. 3 SchIT ZGB, § 24 lit. c und § 137 lit. c GOG i.V. mit Art. 248 lit. e ZPO). Das Verfahren richtet sich, soweit nicht die ZPO anwendbar ist, nach kantonalem Recht (Art. 54 Abs. 3 SchIT ZGB).

Die Eröffnungsbehörde - entsprechend auch die Berufungsinstanz - hat lediglich eine vorläufige unpräjudizielle Prüfungspflicht und Auslegungsbefugnis, aber keine materielle Entscheidbefugnis (BSK ZGB II - Karrer, Art. 556 N 26). Die angeordnete Sicherungsmassnahme hat provisorischen Charakter und ist deshalb abänderbar (BSK ZGB II -Karrer, 3.A. 2007, Art. 556 N 29). Im Rahmen der Berufung ist die Rechtsanwendung frei überprüfbar, auch hinsichtlich Unangemessenheit (Art. 310 lit. a ZPO; ZK ZPO- Reetz/Theiler, Art. 310 N 36).

Dem Charakter des vorliegenden Verfahrens entsprechend, das lediglich zu einem provisorischen, jederzeit abänderbaren und unpräjudiziellen Entscheid führt, ist für die - strittige - Frage der örtlichen Zuständigkeit bzw. des letzten Wohnsitzes des Erblassers nicht der Massstab des strikten Beweises, sondern des sogenannten Glaubhaftmachens anzulegen. Die Elemente, welche für die schweizerische (und zürcherische) Zuständigkeit sprechen, müssen demnach nicht nur behauptet, sondern einigermaßen wahrscheinlich und plausibel sein - und es dürfen nicht die Elemente, welche dagegen sprechen, plausibler oder wahrscheinlicher

cher sein. Das ist auf der Basis der unbestrittenen Behauptungen und allenfalls der vorliegenden Urkunden (Art. 254 ZPO) zu erörtern.

Der letzte Wohnsitz des Erblassers ist entscheidend für die Frage der Zuständigkeit zum Erlass der zur Sicherung des Erbganges nötigen Massregeln (Art. 86 Abs. 1 IPRG). Da es sich um einen internationalen Sachverhalt handelt, sind nicht die Bestimmungen des ZGB über Wohnsitz und Aufenthalt, sondern ist einzig der Wohnsitzbegriff des IPRG massgeblich (Art. 20 Abs. 2 Satz 3 IPRG). Gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG hat eine natürliche Person in dem Staat ihren Wohnsitz, in dem sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Niemand kann an mehreren Orten zugleich Wohnsitz haben (Art. 20 Abs. 2 IPRG). Hat eine Person nirgends ihren Wohnsitz, so tritt der gewöhnliche Aufenthalt an die Stelle des Wohnsitzes (Art. 20 Abs. 2 IPRG).

Die Wohnsitzdefinition nach Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG enthält das objektive Element der physischen Präsenz einer natürlichen Person an einem Ort, d.h. den Aufenthalt, sowie das subjektive Element der Absicht des dauernden Verbleibens an diesem Ort (BSK IPRG-Westenberg, Art. 20 N 12). Die Wohnsitzbestimmung ist nach den gesamten Umständen vorzunehmen. Gemäss dem objektivierten Wohnsitzbegriff muss der Wohnsitz bzw. der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer Person auch für Dritte erkennbar sein (BSK IPRG-Westenberg, Art. 20 N 13). Den eigentlichen Mittelpunkt der Lebensinteressen hat eine natürliche Person dort, wo ihre familiären sowie sozialen Interessen am stärksten zu lokalisieren sind. Als weitere Anhaltspunkte können berufliche sowie finanzielle Interessen einer Person herangezogen werden (BSK IPRG-Westenberg, Art. 20 N 14).

b) Die tatsächlichen Vorbringen der Berufungsklägerin einerseits und der Berufungsbeklagten andererseits divergieren in vielen Punkten diametral, sowohl was die Häufigkeit des Aufenthalts des Erblassers in E._____ und in F._____ vor der Hospitalisation in F._____ betrifft, als auch was der Erblasser als für Dritte erkennbare Absicht dauernden Verbleibens geäussert habe. Diese Parteivorbringen sollen hier nicht wiederholt werden. Vielmehr ist hier von den unbestrittenen Vorbringen auszugehen. Der Erblasser hatte gemäss den unbestrittenen oder übereinstimmenden Parteivorbringen zu beiden Orten eine intensive Beziehung. In

E._____ befand sich seine - in gerichtlich ungetrennter Ehe lebende - Ehefrau und in F._____ hatte er seine Kinder und Enkel sowie die langjährigen Geschäftsverbindungen. Der Erblasser verfügte an beiden Orten über eine eigene Wohnung und hielt sich dort über Jahre, d.h. dauerhaft, jeweils mindestens drei Tage pro Monat (in F._____) auch auf. Da der Erblasser jedoch nicht gleichzeitig an zwei Orten Wohnsitz haben konnte (Art. 20 Abs. 2 IPRG), ist festzustellen, wo sich im Zeitpunkt seines Todes der Mittelpunkt seiner Lebensinteressen befand. Dabei ist von unbestrittenen bzw. übereinstimmenden Vorbringen der Parteien auszugehen und insbesondere nicht auf bestrittene angebliche Äusserungen des Erblassers oder die angebliche Zerrüttung der Ehe etc. abzustellen.

Unbestritten ist, dass der Erblasser zwar seit 2002 in E._____ angemeldet war, gleichzeitig aber sich während der ganzen Zeit seines Lebens in F._____ nie abgemeldet hatte, dass er vielmehr den dortigen Behörden F._____ als seinen einzigen Wohnsitz angegeben hatte und dort auch seine schweizerischen Einkünfte versteuerte. Dies deutet auf der Ebene der Beziehung des Erblassers zu Staat und Behörden - objektiviert, d.h. soweit für Dritte erkennbar, betrachtet (und deshalb nicht auf die von der Berufungsklägerin vermuteten angeblichen steuerlichen Motive abstellend) - eher auf einen Lebensmittelpunkt in F._____ hin. Sucht man auf der stärker zu gewichtenden Ebene der familiären Beziehungen nach einem Lebensmittelpunkt, so würde man ohne genauere Anhaltspunkte zunächst gemeinsamen Wohnsitz mit der Ehefrau vermuten. Jedoch fällt - wiederum bei objektiver Betrachtungsweise - auf, dass im Zeitpunkt des künstlichen Komas des Erblassers das Amtsgericht Düsseldorf den Sohn - und nicht die Ehefrau - mit der umfassenden "Sorge für die Gesundheit, Bestimmung des Aufenthaltes, Vermögenssorge" etc. beauftragte (act. 20/4). Bei objektiver Betrachtungsweise (d.h. ohne Berücksichtigung der Parteivorbringen zu den Motiven, sondern einzig aufgrund der für Dritte ersichtlichen Gründe) war der Sohn in dieser Notlage des Vaters zur Stelle, wogegen die Ehefrau nicht anwesend war. Gleichzeitig ordnete die Vormundschaftsbehörde E._____ auf Antrag der Ehefrau lediglich eine die Finanzen betreffende Vertretungsbeistandschaft an und beauftragte eine Amtsvormundin für rechtsgeschäftliche Handlungen (Zahlungen, Lohnverwaltung, Verkehr mit Versicherungen; vgl. act. 22/16), da der Erblasser der Ehefrau keine entspre-

chenden Vollmachten erteilt hatte. Dies lässt die Beziehung des Erblassers zu F._____ und zu den Kindern - jedenfalls in jenem Zeitpunkt - als intensiver erscheinen als diejenige zu E._____ und zur Ehefrau. Dass die Bestattung von den Kindern organisiert wurde und nicht von der Ehefrau, welche in der Schweiz verblieb, spricht ebenfalls für eine stärkere familiäre Beziehung zu den in F._____ lebenden Verwandten als zur Ehefrau. Aus welchen Motiven die Berufungsklägerin beim Versterben des Erblassers sowie seiner Bestattung abwesend war, ist, da die Berufungsklägerin keine objektiv zwingenden Verhinderungsgründe (wie beispielsweise eigene schwere Erkrankung etc.) anführte, hier nicht relevant und vermag jedenfalls den objektiven Anschein einer engeren Verbindung zu den Kindern nicht umzustossen. Objektiv betrachtet scheint der Erblasser jedenfalls für die letzte Zeit vor seinem Ableben eine nähere Beziehung zu den Kindern als zur Ehefrau gepflegt zu haben, was für einen Lebensmittelpunkt in F._____ spricht. Es blieb unbestritten, dass der Erblasser den Wunsch geäussert habe, in F._____ im Familiengrab bestattet zu werden, was dann auch geschah. Auch dies spricht für einen dortigen Lebensmittelpunkt. Selbst wenn es zutreffen sollte, dass der Erblasser Pläne für Geschäftstätigkeit in der Schweiz geäussert haben mochte, so bestanden unbestrittenermassen diverse langjährige Geschäftsbeziehungen in F._____, was als weiteres Indiz für den Lebensmittelpunkt in F._____ spricht. Es trifft zwar zu, dass die Rechtsprechung üblicherweise davon ausgeht, der Lebensmittelpunkt einer verheirateten Person befinde sich am Wohnort der Familie und nicht am Arbeitsort. Die Familie des Erblassers bestand jedoch einerseits in der Schweiz aus der Ehefrau, mit welcher er seit 2006 verheiratet war und andererseits in F._____ aus den Kindern aus erster Ehe und den Enkelkindern, mit welchen der Erblasser unbestrittenermassen den Kontakt aufrecht erhalten hatte. Vorliegend sprechen jedenfalls die von den Kindern geleisteten Beistandshandlungen im Zusammenhang mit dem Ableben des Erblassers eher für einen stärkeren familiären Zusammenhalt mit den Kindern als mit der Ehefrau. Zwar vermag der Eintritt in ein Spital keinen Wohnsitz zu begründen, aber der Umstand, dass der Erblasser, der für eine Behandlung in der Schweiz und in Deutschland versichert war, sich für die Behandlung in Deutschland entschloss, bildet dennoch ein weiteres Indiz dafür, dass er in Deutschland seinen Lebensmittelpunkt hatte.

Zusammengefasst sprechen mehr und stärkere Indizien dafür, dass der Erblasser seinen letzten Wohnsitz bzw. seinen Lebensmittelpunkt in F._____ hatte. Mangels eines schweizerischen Wohnsitzes fehlt demnach die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zur Anordnung von Sicherungsmassregeln im Sinne der Art. 551 ff. ZGB. Mit Recht trat demnach die Vorinstanz nicht auf die Begehren der Berufungsklägerin ein. Entsprechend ist die Berufung abzuweisen.

4. Die Berufungsklägerin hätte als unterliegende Partei grundsätzlich die Prozesskosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass sie ihr rechtliches Gehör nur mittels der Berufung wahren konnte. Es rechtfertigt sich daher, die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Mangels notwendiger Umtriebe - die Berufungsbeklagte 1 reichte ihre - im übrigen keine Argumente zur Sache enthaltende - Stellungnahme unaufgefordert ein - ist den Berufungsbeklagten keine Entschädigung für das Berufungsverfahren zuzusprechen (Art. 108 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 11. September 2012 wird bestätigt.
2. Es werden keine Gerichtskosten für das Berufungsverfahren erhoben.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen für das Berufungsverfahren zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage von act. 33, an die Berufungsklägerin unter Beilage von act. 38, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Affoltern, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht,

1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 3,5 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Maurer

versandt am: