

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170023-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Leitender Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden

Urteil vom 7. November 2017

in Sachen

A. _____,

Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____ und / oder Rechtsanwältin lic. iur.

X2. _____,

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

3. **D.** _____,

4. **E.** _____,

5. **F.** _____,

6. **G.** _____,

7. **H.** _____,

8. **I.** _____,

Berufungsbeklagte,

betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von J._____, geboren tt. August 1936, von Italien, gestorben tt.mm.2016, wohnhaft gewesen ...str. ..., ... Zürich Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. März 2017 (EL160708)

Verfügung und Urteil des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. März 2017 (act. 38):

Es wird verfügt:

1. Das Geschäft EN160234-L wird mit dem Geschäft EL 160708-L vereinigt und unter letzterer Nummer weitergeführt. Das Geschäft EN160234-L wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. Den Beteiligten wird je eine Fotokopie der Testamente zugestellt. Die eingereichten Kopien bleiben im Gerichtsarchiv aufbewahrt.
2. Die gesetzlichen Erben (Ziff. III) sind berechtigt, die Ausstellung des auf sie lautenden Erbscheins zu verlangen.
3. Der Erbschaftsverwalter wird ermächtigt, die Erbschaft nach unbenützetem Ablauf der Berufungsfrist den gesetzlichen Erben herauszugeben; auf diesen Zeitpunkt hin (Herausgabe der Hinterlassenschaft) wird die Erbschaftsverwaltung aufgehoben.
4. Das Geschäft wird als erledigt abgeschrieben.
Die Regelung des Nachlasses ist Sache der gesetzlichen Erben.
5. Die Kosten betragen:

Fr.	3000.00	Entscheidgebühr
Fr.	60.00	Barauslagen
Fr.	3060.00	Kosten total.

6. Die Kosten werden zu Lasten des Nachlasses mit separater Rechnung vom Erbschaftsverwalter, dem Notar des Kreises ...-Zürich, ... [Adresse], bezogen.
7. [Mitteilung]
8. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 39):

1. Es seien Dispositiv-Ziff. 2 und 3 des Urteils vom 2. März 2017 des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vollumfänglich aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:
"Die eingesetzte Erbin A._____, Lugano, ist berechtigt, die Ausstellung des auf sie lautenden Erbscheins zu verlangen."
"Die Erbschaftsverwaltung sei zu ermächtigen, die Erbschaft der eingesetzten Erbin A._____, Lugano, herauszugeben; auf diesen Zeitpunkt hin (Herausgabe der Hinterlassenschaft) wird die Erbschaftsverwaltung aufgehoben."
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten, eventualiter zu Lasten der Staatskasse.

Erwägungen:

1. Einleitung, Prozessgeschichte

Die am tt. August 1936 in Italien geborene italienische Staatsangehörige J._____ starb am tt.mm.2016 in Zürich, wo sie zuletzt gewohnt hatte (act. 2/2a, 3 und 8). Auf Meldung des Steueramtes der Stadt ... hin ordnete das Bezirksgericht Zürich mit Verfügung vom 31. Mai 2016 eine Erbschaftsverwaltung an und beauftragte damit den Notaren des Kreises ...-Zürich (act. 2, Geschäfts-Nr. EN160234). Mit Eingabe vom 27. Juli 2016 reichte das Notariat ...-Zürich drei Testamentskopien ein. Sie sind mit den Daten 25. August 1989, 25. Juli 2010 und 25. August 2010 versehen (act. 1). Das Bezirksgericht Zürich eröffnete unter der Geschäfts-Nr. EL160708 ein Testamentseröffnungsverfahren. Die Berufungsbeklagten – ein Bruder, zwei Schwestern und fünf Kinder vorverstorbenen Geschwister – wurden

als gesetzliche Erben ermittelt. Mit Entscheid vom 2. März 2017 vereinigte die Vorinstanz die beiden Verfahren, eröffnete die Testamente, ermächtigte die Berufungsbeklagten, einen Erbschein zu verlangen, hob die Erbschaftsverwaltung auf und ermächtigte den Notaren des Kreises ...-Zürich, den Berufungsbeklagten die Erbschaft auszuhändigen (act. 38).

Am 5. April 2017 erhob die Stiftung A._____ (die Berufungsklägerin) beim Bezirksgericht Zürich Einsprache gegen eine Ausstellung des Erbscheines und ersuchte um Zustellung des Urteils betreffend Testamentseröffnung. Das Bezirksgericht Zürich teilte der Berufungsklägerin am 27. April 2017 mit, dass einstweilen kein Erbschein ausgestellt werde und die Einsprache nach Erledigung des vorliegenden Berufungsverfahrens behandelt werde (act. 35).

Am 24. April 2017 erhob die Stiftung A._____ Berufung (act. 39). Mit Verfügung vom 3. Mai 2017 wurde der Berufungsklägerin Frist zur Leistung eines Vorschusses von CHF 1'000.00 angesetzt (act. 44). Dieser wurde geleistet (act. 46). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog, die Erbfolge der Italienerin J._____ richte sich gemäss Art. 86 ff., insbesondere Art. 90 IPRG nach dem Recht am letzten Wohnsitz, also nach schweizerischem Recht. Vorbehalten seien eine abweichende Bestimmung in einem Staatsvertrag oder eine testamentarische oder erbvertragliche Unterstellung des Nachlasses unter das Heimatrecht. Im vorliegenden Fall komme der zwischen der Schweiz und Italien am 22. Juli 1868 geschlossene Niederlassungs- und Konsularvertrag zur Anwendung, weshalb materielles italienisches Erbrecht gelte. Gemäss Art. 17 Abs. 3 des Staatsvertrages seien die Gerichte am letzten italienischen Wohnsitz des Erblassers für Streitigkeiten zuständig. Die Zuständigkeit für die Frage der Testamentseröffnung regle der Staatsvertrag nicht, gemäss Art. 86 Abs. 1 IPRG sei das Gericht am letzten Wohnsitz zuständig, also das Bezirksgericht Zürich. Sowohl nach schweizerischem wie auch nach italienischem Recht (Art. 457 Codice Civile Italiano) komme die gesetzliche Erbfolge zur Anwendung, wenn durch das Testament nichts anderes bestimmt sei. In Anwendung

von Art. 565 CCI seien die Berufungsbeklagten als gesetzliche Erben zu betrachten. Die Erblasserin habe im Testament vom 25. August 1989 lediglich die Ausrichtung eines Vermächtnisses angeordnet. In den Testamenten vom 25. Juli 2010 und vom 25. August 2010 habe sie bestimmt, der Nachlass solle "hungrigen Kindern" bzw. "Findelkindern" ("bambini che hanno fame"; "esempio trovatelli") zukommen. Diese Anordnung sei für eine eigentliche Erbeinsetzung zu wenig spezifisch. Angesichts des höchstpersönlichen Charakters einer Verfügung von Todes wegen habe das Bundesgericht (BGE 100 II 102) derartige Anordnungen bereits mehrmals als unwirksam bzw. unzulässig erachtet. Dies mit der Begründung, dass der Kreis der Bedachten durch die Erblasserin selbst genügend bestimmt werden müsse. Sie habe nicht die Möglichkeit, einer Drittperson ein Auswahlrecht oder Wahlrecht hinsichtlich der Bedachten einzuräumen. Mangels einer gültigen abweichenden Erbeinsetzung seien die gesetzlichen Erben als Erben zu betrachten.

3. Argumente der Berufungsklägerin

Die Berufungsklägerin rügt, die Vorinstanz sei zwar zu Recht zum Schluss gekommen, es sei materielles italienisches Erbrecht anzuwenden, habe dann aber dennoch schweizerisches Recht angewendet. Gemäss Art. 628 CCI müsse eine Anordnung einer Erblasserin so bestimmt sein, dass die begünstigte Person bestimmt werden könne. Laute eine letztwillige Verfügung zu Gunsten der Armen, ohne dass eine öffentliche Einrichtung als Begünstigte bestimmt worden sei, falle der Nachlass an die Sozialbehörde der Gemeinde des letzten Wohnsitzes (Art. 630 CCI). Die Vorinstanz habe die testamentarische Anordnung nicht in vollem Umfang beachtet und habe deshalb einen falschen Schluss gezogen. Die entscheidende Stelle laute: "[...] desidero che la somma sia versata ai bambini poveri e senza genitori esempio trovatelli e a K._____ registrati." Aus der entscheidenden Formulierung "registrati" im Zusammenhang mit der Nennung "K._____" gehe hervor, dass die Erblasserin Kenntnisse der spezifischen wohltätigen Aktivitäten der ... K._____ mit ihren ... Missionen rund um die Welt, zu denen notorisch auch die Unterstützung der Waisenkinder und der bedürftigen Findelkinder gehöre, gehabt habe. Die Erblasserin habe somit klar zum Ausdruck

gebracht, dass die Stiftung A._____ mit Sitz in Lugano, ... [Adresse], Erbin sein solle. Die gesetzlichen Erben habe die Erblasserin nicht begünstigen wollen, da diese entweder bereits verstorben oder wohlhabend seien. Die Ansicht, wonach die Berufungsklägerin als Erbin eingesetzt worden sei, werde durch das Gutachten von Rechtsanwalt L._____ vom 20. März 2017 bestätigt.

Auch wenn man (zu Unrecht) schweizerisches Recht anwende, komme man zu keinem anderen Ergebnis, gerade unter Berücksichtigung von BGE 100 II 98. Das Bundesgericht sei dort zum Schluss gekommen, die Anordnung, die "Aussätzigen" als Erben zu bezeichnen, sei als zweckgebundene Verfügung zu Gunsten einer Stiftung zu konvertieren. An die Bezeichnung des Kreises der Bedachten seien keine zu strengen Anforderungen zu stellen. Denn hinter Art. 539 Abs. 2 ZGB stehe der Gedanke, den Willen des Testators weitgehend zu verwirklichen. Die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot würden damit gesenkt.

4. Würdigung

4.1. Testamente werden vom Einzelgericht in einem nicht streitigen, summarischen Verfahren eröffnet (Art. 557 Abs. 1 ZGB, Art. 54 SchIT ZGB, Art. 248 lit. e und 249 lit. c ZPO, § 137 lit. c GOG, THOMAS ENGLER / INGRID JENT-SØRENSEN, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines "eigenartigen" Verfahrens, SJZ 113 S. 421). Das Gericht hat die Abwicklung der Erbganges sicherzustellen, nicht aber über das materielle Recht zu entscheiden (BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 5. Auflage, vor Art. 551-559 N 10). Die Testamentseröffnung dient der Bekanntgabe des Verfügungsinhaltes (BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 5. Auflage, Art. 557 N 1 f. und Art. 558 N 1). Auf der einen Seite hat das Gericht somit die Erben zu ermitteln, damit sie von der letztwilligen Verfügung Kenntnis nehmen und in der Folge ihre Rechte wahren können (BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 5. Auflage, Art. 557 N 7 f.).

Auf der anderen Seite hat das Eröffnungsgericht eine vorläufige Prüfung und Auslegung des Testaments vorzunehmen und im Hinblick auf die nach Art. 559 ZGB an die eingesetzten Erben auszustellende Erbescheinigung insbesondere zu bestimmen, wer nach dem Wortlaut des Testaments prima facie als Berechtigter zu

gelten hat. Diese Auslegung hat aber immer nur provisorischen Charakter und hat keine materiell-rechtliche Wirkung (BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 5. Auflage, Art. 557 N 11). Über die formelle und materielle Rechtsgültigkeit einer letztwilligen Verfügung und die definitive Ordnung der materiellen Rechtsverhältnisse befindet das Eröffnungsgericht somit nicht; dies bleibt im Streitfall dem anzurufenden ordentlichen Zivilgericht vorbehalten (THOMAS ENGLER/INGRID JENT-SØRENSEN, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines "eigenartigen" Verfahrens, SJZ 113 S. 422). Die Kammer prüft nach ständiger Praxis lediglich, ob das Einzelgericht bei der Testamentseröffnung im beschriebenen beschränkten Rahmen zutreffend vorgegangen ist (OGer ZH LF160054 vom 29. September 2016, E. 2).

4.2. Die Berufungsklägerin rügt weder die Zuständigkeit der Vorinstanz zur Eröffnung der Testamente noch beanstandet sie die Ermittlung der Berufungsbeklagten als gesetzliche Erben. Sie bemängelt einzig die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Einsetzung der Berufungsklägerin als Erbin nicht mit genügender Bestimmtheit aus dem Testament hervorgehe. Sie vertritt die Auffassung, dass sie und nicht die Berufungsbeklagten als Erbin zu betrachten sei.

Wie dargelegt ist im Testamentseröffnungsverfahren nicht definitiv festzustellen, wer Erbe ist, sondern es ist zu bestimmen, wer prima facie als Berechtigter zu gelten hat. Die aufgeworfene Frage, ob schweizerisches oder italienisches Recht zur Anwendung gelangt, ist vorliegend irrelevant, da beide Rechte eine genügend bestimmte Erbeinsetzung verlangen (für das italienische Recht Art. 628 CCI [siehe act. 43/6]: È nulla ogni disposizione fatta a favore di persona che sia indicata in modo da non poter essere determinata; Jede Verfügung zugunsten einer Person, die so bezeichnet wird, dass sie nicht bestimmt werden kann, ist nichtig.). Das sieht die Berufungsklägerin nicht anders.

Aufgrund der Testamente ist offensichtlich, dass die Erblasserin armen Kindern helfen wollte. Zu Recht weist die Berufungsklägerin darauf hin, dass die Vorinstanz die entscheidende testamentarische Anordnung nicht vollständig wiedergegeben hatte und sich mit dem Zusatz "e a K. _____ registrati" nicht näher auseinandergesetzt hatte. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin geht aber auch unter Berücksichtigung dieser Worte aus dem Testament nicht hervor, dass

die Berufungsklägerin Erbin sein soll. Denn nichts deutet darauf hin, dass die Erblasserin mit der Umschreibung "e a K. _____ registrati" genau die A. _____ mit Sitz in Lugano als Erbin hätte einsetzen wollen. Es ist notorisch, dass nur schon in der Schweiz verschiedene Stiftungen mit dem Namensbestandteil K. _____ existieren (so sind z.B. die Stiftung K. _____ mit Sitz in Zürich und die Stiftung K. _____ für die ... mit Sitz in M. _____ im schweizerischen Handelsregister eingetragen). Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin gerade die Berufungsklägerin als Erbin hätte einsetzen wollen ergeben sich weder aus dem Testament noch aus anderen Umständen. Aufgrund der testamentarischen Formulierung "K. _____" (das vorangestellte Wort "... " und die nachgestellten Worte "nel Mondo" nennt die Erblasserin nicht) läge es möglicherweise gar näher, die Stiftung "K. _____" mit Sitz in Zürich als Erbin zu betrachten und nicht die Stiftung "A. _____". Wer tatsächlich Erbe ist, ist in diesem Verfahren nicht festzustellen. In den Testamenten wurde jedenfalls die Berufungsklägerin nicht so eindeutig als Erbin bezeichnet, dass sie im Testamentseröffnungsverfahren prima facie als solche zu betrachten wäre. Daran vermag die abweichende Einschätzung des von der Berufungsklägerin beauftragten Rechtsanwalts L. _____ nichts zu ändern. Mangels genügend bestimmter Erbeneinsetzung ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass vorläufig die gesetzlichen Erben als Erben zu betrachten sind. Die Berufung ist abzuweisen.

5. Prozesskosten

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Berufungsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 328'000.00 (vgl. act. 44 S. 3). Die Entscheidgebühr ist auf CHF 1'000.00 festzusetzen (§§ 8 Abs. 3 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Parteienschädigungen sind nicht zuzusprechen, der Berufungsklägerin nicht wegen Unterliegens, den Berufungsbeklagten nicht mangels erheblicher Aufwendungen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes Erbschaftsachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. März 2017 wird bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin und an die Berufungsbeklagte 6 (mit der Bitte, die anderen Erben zu informieren), an das Einzelgericht Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 328'000.00

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hinden

versandt am: