

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5C.2/2003 /min

Urteil vom 22. Juli 2003
II. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichterin Nordmann, präsidierendes Mitglied, Bundesrichter Meyer, Bundesrichterin Hohl,
Gerichtsschreiber von Roten.

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marc-Antoine Kämpfen, Gerechtigkeitsgasse 23,
8002 Zürich,

gegen

1. B. _____,
2. C. _____,
3. D. _____,
4. E. _____,
Beschwerdegegner.

Gegenstand

Testamentseröffnung, Zuständigkeit,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer,
vom 13. November 2002.

Sachverhalt:

A.

A. _____, Jahrgang 1962, und Y. _____, Jahrgang 1954, heirateten am 19. September 1987.
Aus ihrer Ehe gingen vier Kinder hervor. Im Herbst 1998 wurde bei X.-Y. _____ ein
Knochenmarktumor diagnostiziert. Die Ehegatten, beide italienisch-schweizerische Doppelbürger,
übersiedelten mit ihren vier Kindern im Sommer 2000 von Zollikon nach Rom. Im Januar 2001 kehrte
X.-Y. _____ nach Meilen in ihr Elternhaus zurück. Ab März 2001 waren in der Schweiz bzw. in
Italien Verfahren auf Scheidung bzw. gerichtliche Trennung der Ehe hängig. Nach Aufhalten in
verschiedenen Kliniken im In- und Ausland erlag X.-Y. _____ ihrem Krebsleiden am 25. Dezember
2001 in Athen.

B.

Die gesetzlichen Erben von X.-Y. _____ (im Folgenden: Erblasserin) sind ihr Ehemann und die vier
Kinder. Am 28. Dezember 2001 wurde eine eigenhändige letztwillige Verfügung der Erblasserin samt
Nachtrag beim Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen zur amtlichen
Eröffnung eingereicht. Der Einzelrichter bescheinigte gleichentags dem testamentarisch bezeichneten
Willensvollstrecker die Ernennung.

Der Ehemann erhob am 5. Januar 2002 die Einrede der Unzuständigkeit des Bezirksgerichts Meilen
zur Eröffnung des Erbganges und beantragte bis zur Klärung der Zuständigkeit alle bisher ergangenen
Entscheide, wie die Ausstellung des Willensvollstreckerzeugnisses zu widerrufen. Der Einzelrichter
wies die Unzuständigkeitseinrede und die weiteren Anträge ab. Er bejahte seine Zuständigkeit, weil
die Erblasserin ihren letzten Wohnsitz in Meilen gehabt habe (Verfügung vom 4. Februar 2002).

Das Obergericht (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich wies den Rekurs des Ehemannes ab, soweit
darauf eingetreten werden konnte. Es trat auf das Begehren nicht ein, die Unzuständigkeit des
Bezirksgerichts Meilen zur Eröffnung des Erbganges festzustellen. Was die Ausstellung des
Willensvollstreckerzeugnisses angeht, bejahte das Obergericht die Zuständigkeit des Einzelrichters
(Beschluss vom 26. Juli 2002). Der obergerichtliche Beschluss blieb unangefochten.

C.

Mit Verfügung vom 20. August 2002 eröffnete der Einzelrichter im summarischen Verfahren am

Bezirksgericht Meilen das Testament der Erblasserin samt Nachtrag. Das Obergericht (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich wies den dagegen eingelegten Rekurs des Ehemannes der Erblasserin wiederum ab mit der Begründung, die Zuständigkeit des Einzelrichters sei auf Grund des letzten Wohnsitzes der Erblasserin in Meilen gegeben (Beschluss vom 13. November 2002).

D.

Der Ehemann der Erblasserin hat gegen den Beschluss vom 13. November 2002 staatsrechtliche Beschwerde sowie eidgenössische und kantonale Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt. Dem Bundesgericht beantragt er mit der Nichtigkeitsbeschwerde, den angefochtenen Beschluss für nichtig zu erklären und festzustellen, dass der Einzelrichter des Bezirksgerichts Meilen nicht zur Eröffnung des Nachlasses der Erblasserin zuständig sei. Es sind keine Vernehmlassungen eingeholt worden. Mit Eingabe vom 4. Februar 2003 hat der Beschwerdeführer eine Bestätigung nachgereicht, wonach für die minderjährigen Kinder in Italien ein Beistand ernannt worden sei. Er hat weiter darauf hingewiesen, dass die Bestellung eines Beistandes durch die Sozialbehörde Meilen angefochten sei.

E.

Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hat die Beschwerde des Ehemannes der Erblasserin abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte (Beschluss vom 9. April 2003).

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Werden gegen das nämliche Urteil gleichzeitig eidgenössische Berufung und staatsrechtliche Beschwerde eingelegt, setzt das Bundesgericht die Entscheidung über die Berufung in der Regel bis zur Erledigung der Beschwerde aus (Art. 57 Abs. 5 OG). Eine Ausnahme von dieser Regel lässt die Rechtsprechung dann zu, wenn auf die Berufung nicht einzutreten ist. Diesfalls kann über die Berufung vorweg entschieden werden (BGE 117 II 630 E. 1a S. 631). Regel und Ausnahme gelten auch im Verhältnis der staatsrechtlichen Beschwerde zur Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 74 OG; BGE 118 II 521 E. 1 S. 523). Der Beschwerdeführer wirft in beiden Bundesrechtsmitteln die Frage auf, ob seine Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist. Er weist darauf hin, dass der Einzelrichter am 4. Februar 2002 eine Verfügung über seine Zuständigkeit zur Eröffnung des Erbganges gefällt habe. Es stelle sich deshalb die Frage, ob dieser Zwischenentscheid selbstständig hätte angefochten werden können. Der Beschwerdeführer verneint die selbstständige Anfechtbarkeit, hat aber zur Wahrung aller Rechte die mit der Nichtigkeitsbeschwerde erhobenen Einwände gegen die internationale Zuständigkeit (S. 6 ff.) vorsorglich in seiner staatsrechtlichen Beschwerde wiederholt (S. 4 ff.). Unter diesen Umständen ist über die Zulässigkeit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde vorab zu entscheiden.

2.

Die Schweiz und Italien haben am 22. Juli 1868 einen Niederlassungs- und Konsularvertrag abgeschlossen (SR 0.142.114.541). Der Staatsvertrag bezieht sich in Art. 17 ausschliesslich auf Nachlass-"Streitigkeiten", regelt dagegen die Frage nicht, welche Behörden für die Eröffnung der Erbschaft im Sinne der sog. formellen Nachlassbehandlung, d.h. für die Massnahmen zur Sicherung des Nachlasses und des Erbgangs und zum Vollzug der Erbfolge zuständig sind. Diese Frage beurteilt sich nach den autonomen Kollisionsnormen des schweizerischen Rechts (BGE 99 II 246 E. 3b S. 252). Massgebend sind die Art. 86 ff. des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291; BGE 120 II 293 E. 2 S. 295).

Gemäss Art. 86 Abs. 1 IPRG sind für das Nachlassverfahren die schweizerischen Gerichte oder Behörden am letzten Wohnsitz des Erblassers zuständig. Zuständigkeitsbegründend ist der letzte Wohnsitz des Erblassers - ungeachtet dessen Staatsangehörigkeit - in der Schweiz. Unter dieser Voraussetzung sind die hiesigen Amtsstellen zuständig für das Nachlassverfahren, d.h. für die gesamte Abwicklung der Erbschaft sowie für die Erbteilung selbst, einschliesslich der Anordnung und Durchführung von Sicherungsmassregeln im Sinne der Art. 551 ff. ZGB (vgl. etwa Karrer, Basler Kommentar, 2003, N. 14 vor Art. 551-559 ZGB, mit Nachweisen).

Die hier in Frage stehenden Massnahmen betreffen das Nachlassverfahren und nicht eine Streitigkeit in einer Zivilsache. Sie gehören zur Erbschaftspflege und damit zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, so dass die eidgenössische Berufung - die hier nicht gegebenen Ausnahmen in Art. 44 und Art. 45 lit. b OG vorbehalten - nicht zur Verfügung steht. Grundsätzlich zulässig ist hingegen die Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht (Karrer, N. 10 f. vor Art. 551-559 ZGB; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, S. 75/76 N. 55 und S. 178 N. 129 bei/in Anm. 3; Poudret/Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, II, Bern 1990, N. 1.2.39 S. 17 f. und N. 1.2 zu Art. 68 OG, S. 633).

3.

Vor Bezirksgericht Meilen hat der Beschwerdeführer am 5. Januar 2002 die Einrede der

Unzuständigkeit des Bezirksgerichtes Meilen zur Eröffnung des Erbganges erhoben und die Aufhebung aller bisherigen Massnahmen, namentlich die Aufhebung des Willensvollstreckerzeugnisses verlangt. Mit Verfügung vom 4. Februar 2002 hat der Einzelrichter die Unzuständigkeitseinrede verworfen. Demgegenüber hat das Obergericht die Zuständigkeitsfrage nur im Zusammenhang mit konkreten Massnahmen beantwortet (Beschlüsse vom 26. Juli 2002 betreffend Willensvollstreckerzeugnis und vom 13. November 2002 betreffend Testamentseröffnung). Losgelöst vom Sachentscheid die Unzuständigkeit festzustellen, hat das Obergericht in seinem Beschluss vom 26. Juli 2002 ausdrücklich abgelehnt (E. 2.2 S. 4).

3.1 Die Verfügung vom 4. Februar 2002, mit der der Einzelrichter seine Zuständigkeit gestützt auf Art. 86 Abs. 1 OG ausdrücklich bejaht und die Unzuständigkeitseinrede des Beschwerdeführers verworfen hat, ist aus der Sicht des Bundesrechtspflegegesetzes ein selbstständiger Zwischenentscheid (zum Begriff: Messmer/Imboden, a.a.O., S. 97 f. N. 69 und N. 70; Poudret/Sandoz-Monod, N. 1.2 zu Art. 49 OG). Wird der selbstständige Entscheid über die Zuständigkeit nicht sofort angefochten, so kann er später auch nicht mehr zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden (Art. 68 Abs. 2 OG; gleichlautend: Art. 48 Abs. 3 OG für die eidgenössische Berufung und Art. 87 Abs. 1 OG für die staatsrechtliche Beschwerde). Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Zuständigkeitsentscheid des Einzelrichters direkt hätte angefochten werden können und müssen. Bejahendenfalls könnte die Zuständigkeitsfrage mit dem Endentscheid in der Sache nicht mehr angefochten werden. Über die Zuständigkeit wäre mangels sofortiger Anfechtung gleichsam rechtskräftig entschieden und die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde gegen den obergerichtlichen Beschluss in der Sache erweise sich als unzulässig.

3.2 In Zivilsachen, die nicht nach den Art. 44-46 OG der Berufung unterliegen, ist gegen letztinstanzliche Entscheide kantonaler Behörden Nichtigkeitsbeschwerde zulässig (Art. 68 Abs. 1 OG). Der auf Art. 86 IPRG gestützte Zuständigkeitsentscheid des Einzelrichters ist - wie erwähnt (E. 2 hiavor) - in einer Zivilsache ergangen, die nicht berufungsfähig ist. Es stellt sich die Frage nach dem Erfordernis eines letztinstanzlichen Entscheids einer kantonalen Behörde.

Im Gegensatz zu Art. 48 Abs. 1 und 2 OG für die Berufung stellt das Gesetz bei der Nichtigkeitsbeschwerde keine besonderen Anforderungen an die Behörde, deren Entscheid angefochten wird. Es kann sich um eine untere kantonale Behörde handeln. Sie muss letztinstanzlich entschieden haben, d.h. es darf gegen ihren Entscheid kein ordentliches kantonales Rechtsmittel mehr gegeben sein (Messmer/Imboden, a.a.O., S. 178/179. N. 129). Im Kanton Zürich entscheidet der Einzelrichter über die Anordnung von Massnahmen gemäss Art. 551 ff. ZGB im summarischen Verfahren (§ 215 Ziffern 18-20 ZPO). Der Rekurs an das Obergericht, der die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids von Gesetzes wegen hemmt (§ 275 ZPO), ist das ordentliche Rechtsmittel gegen Entscheide im summarischen Verfahren, durch die der Prozess erledigt wird. Letztere Voraussetzung trifft auf die Verwerfung der Unzuständigkeitseinrede, d.h. auf den die Zuständigkeit bejahenden Entscheid nicht zu (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A. Zürich 1997, N. 2 zu § 272 und N. 24 zu § 271 ZPO).

Der Zuständigkeitsentscheid des Einzelrichters ist nach dem Gesagten kantonal letztinstanzlich und hätte direkt mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden können und müssen (unter Vorbehalt von E. 4 nachfolgend). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist die sofortige Anfechtbarkeit eines unterinstanzlichen Entscheids, der keinem ordentlichen kantonalen Rechtsmittel unterliegt, gemäss Art. 68 Abs. 1 und 2 OG gewollt und in der Praxis nicht aussergewöhnlich (Poudret/Sandoz-Monod, N. 2.4, letzter Absatz, zu Art. 68 OG, mit Beispielen).

3.3 Auf die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den obergerichtlichen Sachentscheid kann aus den dargelegten Gründen nicht eingetreten werden. Daran ändert nichts, dass das Obergericht in seinen Rekursentscheiden gegen Anordnungen im Nachlassverfahren jeweils über die Zuständigkeit offenbar immer wieder von neuem entschieden hat. Das ist eine Folge der kantonalen Prozessordnung und hinzunehmen (Art. 122 Abs. 2 BV). Auch unter dem Blickwinkel der Rechtskraft verbietet Bundesrecht den kantonalen Gerichten nämlich nicht, trotz Vorliegens einer abgeurteilten Sache auf eine Klage immer wieder einzutreten, sofern sie darüber gleich wie im rechtskräftigen Urteil entscheiden (BGE 121 III 474 E. 2 S. 477 mit Nachweisen).

4.

Nach der Auffassung des Beschwerdeführers liegt mit dem Zwischenentscheid des Einzelrichters über die internationale Zuständigkeit kein letztinstanzlicher Entscheid vor, da die Frage ja später doch noch vor Obergericht mit Rekurs, d.h. einem ordentlichen Rechtsmittel anfechtbar ist. Der Beschwerdeführer bezieht sich damit indirekt auf einen Entscheid, den das Bundesgericht zur Zulässigkeit der zivilrechtlichen Beschwerde gemäss Art. 86 ff. des Bundesrechtspflegegesetzes von 1893/1912 gefällt hat. Danach ist die zivilrechtliche Beschwerde nicht zulässig gegen einen Zwischenentscheid, der zwar gegenwärtig nicht mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten

werden kann, wohl aber später in Verbindung mit der Hauptsache (Regeste zu BGE 62 II 221 Nr. 57). Bei jenem Zwischenentscheid hat es sich - wie hier - um einen selbstständigen Entscheid der unteren kantonalen Instanz über die internationale Zuständigkeit gehandelt, gegen den kein ordentliches kantonales Rechtsmittel gegeben war. Es könnte sich die Frage stellen, ob der Entscheid unter Herrschaft des geltenden Bundesrechtspflegegesetzes von 1943/45 noch beachtlich ist.

Zunächst fällt auf, dass das Bundesrechtspflegegesetz von 1893/1912 keine Art. 68 Abs. 2 OG vergleichbare Bestimmung gekannt hat, die eine sofortige Anfechtung selbstständiger Entscheide über die Zuständigkeit unter Verwirkungsfolge vorschreibt (vgl. Art. 86 ff. aOG; AS NF 28/1912 45, S. 50 ff., Änderung von 1911, bzw. 129, S. 157 ff., Textausgabe). Die Kommentatoren erwähnen BGE 62 II 221 Nr. 57 im Zusammenhang mit den anfechtbaren letztinstanzlichen Entscheiden gemäss Art. 68 Abs. 1 OG oder nehmen zumindest darauf Bezug (Birchmeier, Bundesrechtspflegegesetz, Zürich 1950, N. 4b S. 254, und Poudret/Sandoz-Monod, N. 2.5 S. 638, je zu Art. 68 OG). In der Kommentierung von Art. 68 Abs. 2 OG gehen sie hingegen vorbehaltlos davon aus, dass selbstständige Zuständigkeitsentscheide sofort anzufechten sind und im Gegensatz zu anderen Zwischenentscheiden der Sachentscheid nicht abgewartet werden darf (Birchmeier, N. 8 S. 260, und Poudret/Sandoz-Monod, N. 11 S. 656, je zu Art. 68 OG). In der Spezialliteratur wird eine spätere - gleichsam "aufgeschobene" - Anfechtung von selbstständigen Zuständigkeitsentscheiden in Verbindung mit dem Sachentscheid abgelehnt (vgl. etwa Thouvenin, Die bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen, Diss. Zürich 1978, S. 162).

Die Frage braucht indessen nicht abschliessend beantwortet zu werden. Selbst wenn unter dem geltenden Bundesrechtspflegegesetz die Grundsätze gemäss BGE 62 II 221 Nr. 57 zu beachten wären, könnte auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werden. Der Beschwerdeführer hat die vom Einzelrichter bejahte Zuständigkeitsfrage in Verbindung mit der Ausstellung des Willensvollstreckerzeugnisses bereits damals vor Obergericht aufgeworfen. Das Obergericht hat mit dem Sachentscheid auch über die Zuständigkeit des Einzelrichters mit einlässlicher Begründung entschieden und in den Erwägungen festgehalten, der letzte Wohnsitz der Erblasserin habe sich in Meilen befunden (E. 3.3 S. 8 ff. des Beschlusses vom 26. Juli 2002). Diesen Beschluss hat der Beschwerdeführer nicht angefochten. Auch im Sinne von BGE 62 II 221 Nr. 57 ist die Zuständigkeitsfrage damit endgültig erledigt und kann nicht in Verbindung mit dem heute angefochtenen Beschluss vom 13. November 2002 betreffend Testamentseröffnung neu gestellt werden. Die gegenteilige Betrachtungsweise ist - unter dem Blickwinkel des Bundesrechtspflegegesetzes - mit der Rechtssicherheit unvereinbar. Bleibt der erste Entscheid über die Zuständigkeit unangefochten, so ist die Frage, wo die Erblasserin ihren letzten Wohnsitz hatte, für das Nachlassverfahren im Grundsatz endgültig entschieden und unterliegt keiner späteren Überprüfung mehr, was die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde angeht.

5.

Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'500.-- wird dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 22. Juli 2003

Im Namen der II. Zivilabteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Der Gerichtsschreiber: