

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF140102-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen.

## **Urteil vom 19. Dezember 2014**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Berufungsklägerin,

betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von B.\_\_\_\_\_, geboren am tt. Mai 1923, von ... ZH und ... BE,  
gestorben am tt.mm.2014 in C.\_\_\_\_\_, wohnhaft gewesen in C.\_\_\_\_\_,

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
(Erbschaftskanzlei) des Bezirksgerichtes Hinwil vom 28. November 2014  
(EL140200)

### Erwägungen:

#### I.

1. B. \_\_\_\_\_ ist am tt.mm.2014 in C. \_\_\_\_\_ gestorben. Die Berufungsklägerin ist ihre Tochter und war offenbar auch ihre Beiständin (act. 19/8; erwähnt wird der Amtsantritt gemäss VB Protokoll vom 21. August 2012; act. 17 S. 2). Das Notariat D. \_\_\_\_\_ reichte bei der Vorinstanz einen öffentlichen Erbvertrag, eine eigenhändige Verfügung der Erblasserin vom 2. Januar 2004 mit Nachtrag vom 3. Mai 2006 sowie eine eigenhändige letztwillige Verfügung vom 10. Januar 2007 und zwei Nachträge vom 17. November 2012 zur amtlichen Eröffnung ein.

Die Vorinstanz gab den Nachkommen und den Vermächtnisnehmern sowie dem Gemeindesteueramtsamt C. \_\_\_\_\_ ZH und dem Steueramt des Kantons Zürich vom Erbvertrag und den Vermächtnissen Kenntnis und schrieb das Verfahren ab (act. 16 = 18, Dispositiv-Ziff. 1 - 3). Für den Fall, dass ihre Erbenstellung nicht bestritten werde, wurden den drei gesetzlichen Erben Erbscheine in Aussicht gestellt (act. 16 = 18, Dispositiv-Ziff. 8).

2. Die Berufungsklägerin gelangte am 11. Dezember 2014 mit rechtzeitiger Berufung an die Kammer und stellte folgendes Rechtsbegehren (act. 17 S. 1):

- "1. Der zivilrechtliche Wohnsitz von B. \_\_\_\_\_ ist an der ...strasse ..., ... E. \_\_\_\_\_ festzustellen.
2. Es ist festzustellen, dass das Bezirksgericht Bülach zuständig ist für:
  - a) Erbengemeinschaft F. \_\_\_\_\_ sel., gestorben tt.mm.1998 (nicht abgeschlossen)
  - b) Erbengemeinschaft B. \_\_\_\_\_ sel., gestorben tt.mm.2014
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gemeinde C. \_\_\_\_\_, eventualiter der Staatskasse".

3. Die Sache erweist sich sofort als spruchreif.

## II.

1. Die Berufungsklägerin weist in ihrer Eingabe bei der Kammer darauf hin, dass die Erblasserin am tt. November 2014 im Pflegeheim C.\_\_\_\_\_ gestorben sei. Am 1. Februar 2012 sei sie im Alter von 90 Jahren aus ihrer 4-Zimmer-Wohnung (Wohnrecht zu ihren Gunsten) an der ...strasse ... in E.\_\_\_\_\_ aus- und in ihr ausserhalb der Bauzone liegendes Ferien-Einfamilienhaus ... in C.\_\_\_\_\_ (act. 19/2) eingezogen. Die dortige Einwohnerkontrolle hätte die zivilrechtliche Wohnsitznahme u.a. aus alters- und gesundheitsbedingten Gründen ablehnen müssen. Am 10. Juli 2012 sei die Erblasserin wegen Altersbeschwerden in die Pflegewohnung Spitex C.\_\_\_\_\_ eingetreten, womit sie gegen die "Absicht des dauernden Verbleibs" verstossen habe. Nach dem Heimeintritt wäre es die unabdingbare Pflicht der Vormundschaftsbehörde gewesen, ihre Rückübernahme durch die Gemeinde G.\_\_\_\_\_ zu veranlassen, weil der Pflegeheim-Ort und auch die vorausgegangene Situation im Ferienhaus kein zivilrechtlicher Wohnsitz sein konnten (act. 17 S. 1). Dass die Erblasserin aus Alters- und gesundheitlichen Gründen nicht mehr im Ferienhaus ... habe leben können, sei von der Vormundschaftsbehörde C.\_\_\_\_\_ denn auch im Protokoll vom 27. November 2012 festgehalten worden. Das Wohnen in einem Ferien-Einfamilienhaus ohne Kanalisationsanschluss sei mit der "Absicht des dauernden Verbleibs" ohne Nutzungsänderung nicht vereinbar gewesen. Es sei der allein lebenden 90-Jährigen nicht möglich gewesen, täglich die Post zu holen und die erforderlichen Einkäufe zu machen. Das Ferien-Einfamilienhaus sei für die Spitex und allfällige Ambulanzfahrten nicht erreichbar gewesen und es liege ein krasses Fehlverhalten der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ vor (act. 17 Rz 1). Es sei dem rechtlich versierten H.\_\_\_\_\_, Gemeindegemeinschafter und VB-Sekretär, und dem Beistand Treuhänder I.\_\_\_\_\_ bekannt gewesen, dass die Erblasserin in G.\_\_\_\_\_ steuerpflichtig war und dass sie ein Wohnrecht besass und es gebe keine vernünftige Erklärung, warum die Beiden im Juni 2012 nicht die sofortige Rücknahme an G.\_\_\_\_\_ verlangten. Ein viermonatiges Wohnen im Ferien-Einfamilienhaus, zudem unter Verstoss gegen das Gewässerschutzgesetz, widerspreche klarerweise der vorgeschriebenen "Absicht des dauernden

Verbleibs", so dass kein zivilrechtlicher Wohnsitz in C.\_\_\_\_\_ möglich gewesen sei. Gleiches gelte für den Aufenthalt im Pflegeheim. Die Erblasserin sei im Altersheim G.\_\_\_\_\_ angemeldet gewesen (act. 17 S. 2 Ziff. 2 und 3). Das ausserhalb der Bauzone liegende Ferien-Einfamilienhaus hätte wegen des Gewässerschutzgesetzes zuerst an die Kanalisation angeschlossen werden müssen, was erst im Jahr 2013 erfolgt sei und erst seither dürfe die Schwester der Berufungsklägerin das Haus ständig nutzen (act. 17 S. 2 Ziff. 4). Zivilrechtlicher Wohnsitz sei E.\_\_\_\_\_ geblieben, so dass das Bezirksgericht Hinwil nicht zuständig sei. Im Sinne der Prozessökonomie könnte die Berufungsklägerin akzeptieren, dass das Bezirksgericht Hinwil unkorrekterweise die Testamentseröffnung vorgenommen habe; dies allerdings unter der Bedingung, dass dies nicht als Indiz für die Anerkennung des Wohnsitzes in C.\_\_\_\_\_ genommen werde (act. 17 S. 2 Ziff. 5). Es sei nämlich nicht prozessökonomisch, wenn vorab das Bezirksgericht Bülach die Erbengemeinschaft von F.\_\_\_\_\_ (gest. tt.mm.1998) bereinige, weil ein Mitglied der Erbengemeinschaft nicht aktiv werden wolle, und danach beim Bezirksgericht Hinwil die Erbengemeinschaft B.\_\_\_\_\_ -Käge anstehe; die Schreiben an die jeweiligen Bezirksgerichte seien integrierender Bestandteil der Berufung. Das beigelegte Testament zeige die Verschachtelung auf (act. 17 S. 2 Ziff. 6).

2. Gemäss Art. 28 Abs. 2 ZPO ist für Massnahmen im Zusammenhang mit dem Erbgang die Behörde am letzten Wohnsitz der Erblasserin zwingend zuständig; zu diesen Massnahmen gehört das Testamentseröffnungsverfahren (KuKo ZPO-Haas/Strub, N. 12 zu Art. 28; ZK ZPO-Zürcher, N. 30 zu Art. 28). Ist eine Zuständigkeit zwingend, so gibt es keine Einlassung (KuKo ZPO-Haas/Strub, [2. A. 2014] N. 14 zu Art. 28; ZK ZPO-Zürcher [2. A. 2013], N. 28 zu Art. 28; BSK ZPO-Martin-Spühler [2. A. 2013], N. 22 zu Art. 28). Für den Fall des Auseinanderfallens von Wohnsitz und Sterbeort, kommen den Behörden am Sterbeort gewisse Aufgaben zu; die Hauptzuständigkeit bleibt jedoch bei jenen am letzten Wohnsitz (Art. 28 Abs. 2 Satz 2 ZPO; vgl. auch BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu [4. A. 2011], N. 5 zu Art. 551).

3. Die gesetzlich vorgeschriebene Folge bei örtlicher Unzuständigkeit ist ein Nichteintretensentscheid (Art. 59 Abs. 2 lit b. ZPO), so dass zu prüfen ist, ob es sich bei der Vorinstanz um das Gericht am letzten Wohnsitz der Erblasserin handelt. Wo die Erblasserin ihren letzten Wohnsitz hatte, bestimmt sich nach Art. 23 Abs. 1 ZGB, und er ist der Ort, wo sich eine Person mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Es handelt sich demnach um zwei Kriterien, die kumulativ erfüllt sein müssen: objektiv physischer Aufenthalt und subjektiv Absicht des dauernden Verbleibens. Es braucht somit nicht nur eine innere Absicht, sondern der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen muss auch nach aussen erkennbar sein (BSK ZGB I-Staehelin, [5. A. 2014], N. 5 zu Art. 23). Ist die objektiv erkennbare Absicht des dauernden Verbleibens und die Begründung eines Lebensmittelpunktes gegeben, so genügt auch ein Aufenthalt von kürzester Dauer (BSK ZGB I-Staehelin, [5. A. 2014], N. 21 zu Art. 23). Die Gründe für die Wohnsitzverlegung sind nicht entscheidend; allerdings können sie als Indizien bei der Beurteilung der Frage herangezogen werden, ob ein Wohnsitzwechsel tatsächlich stattgefunden hat. Die Meldeverhältnisse und der Ort, wo abgestimmt und Steuern bezahlt wird, sind als solches nicht massgeblich (BSK ZGB I-Staehelin, [5. A. 2014], N. 23 zu Art. 23), sind jedoch im Rahmen der Würdigung der Gesamtsituation auch nicht völlig unbeachtlich.

Anzumerken ist, dass die Unterbringung in einem Spital oder in einer Pflegeeinrichtung für sich allein keinen Wohnsitz begründet (Art. 23 Abs. 1 zweite Satzhälfte ZGB).

4. Nach den Angaben der Berufungsklägerin wollte ihre verstorbene Mutter nicht mehr an der ...strasse in E.\_\_\_\_\_ wohnen bleiben, sondern im Ferienhaus in C.\_\_\_\_\_ leben. Die Berufungsklägerin legt nicht dar, welches die Motive ihrer Mutter waren. Sie behauptet nicht, dass es ihrer Mutter bei ihrem Entschluss nicht ernst gewesen, dass sie nicht effektiv nach C.\_\_\_\_\_ umgezogen sei oder dass sie im Zeitpunkt des Umzuges nach C.\_\_\_\_\_ nicht in der Lage gewesen sei, einen eigenen, rechtlich beachtlichen Willen zu bilden. Das, was die Berufungsklägerin gegen den Umzug vorbringt, sind keine Vorbehalte und Überlegungen seitens der Erblasserin, sondern "Vernunftsargumente" aus der

Sicht von Dritten: Was genau sich die Erblasserin vorstellte, als sie im hohen Alter in das abgelegene Ferienhaus umzog, wie sie sich beim Umzug vorstellte, die Wegdistanzen zur Post und zu Einkaufsmöglichkeiten bewältigen zu können (und wie sie diese Probleme dann löste), ergibt sich aus den Ausführungen in der Berufungsschrift nicht. Sie selber wurde durch diese Schwierigkeiten jedoch ganz offensichtlich nicht vom Umzug abgehalten. Dass der Daueraufenthalt in einem Haus, das offenbar nicht an die Kanalisation angeschlossen war, verboten gewesen sei, mag öffentlichrechtlich von Bedeutung gewesen sein; dass es die Erblasserin daran gehindert hätte, den Umzug dorthin zu planen und durchzuführen, ist nicht dargetan und nicht ersichtlich.

Die Berufungsklägerin macht – wie erwähnt – nicht geltend, die Erblasserin habe sich nicht effektiv in C.\_\_\_\_\_ aufgehalten. Dass der Verbleib im Ferienhaus dann nach einer Dauer von ca. einem halben Jahr (bis 10. Juli 2012) aus gesundheitlichen Gründen endete, betrifft nicht den Willen und Entschluss in C.\_\_\_\_\_ wohnen zu wollen, sondern ist eine Tatsache, die erst später, wenn auch nach einer recht kurzen Zeit, eintrat. Dass es auf die Dauer eines einmal begründeten Wohnsitzes nicht ankommt, ist bereits erwähnt worden. Die Erblasserin war eine 90-jährige, alleinstehende und alleinlebende Frau, so dass aus ihrer familiären Situation keine Rückschlüsse gezogen werden können, die gegen C.\_\_\_\_\_ als Wohnort sprechen. Lediglich ergänzend sei angefügt, dass die Erblasserin in C.\_\_\_\_\_ ab 1. Februar 2012 gemeldet war (act. 20), was in Übereinstimmung mit dem Entschluss, dort zu wohnen, steht. Anzumerken ist, dass die in act. 19/5 und 19/6 eingereichten Steuerauskünfte für die Wohnsitzfrage – wie erwähnt – nicht entscheidend sind. Ausserdem betreffen sie das Jahr 2012, in dem die Steuerpflicht – weil der Umzug im Laufe des Jahres erfolgte – bis zum Jahresende ohnehin unverändert am bisherigen Wohnort bestehen blieb.

Die Kritik der Berufungsklägerin an der Gemeinde C.\_\_\_\_\_, dass diese die zivilrechtliche Wohnsitznahme der Erblasserin u.a. aus alters-/gesundheitsbedingten Gründen nicht verhindert habe (act. 17 S. 1 b./1.), erfolgt zu Unrecht. Gemäss Art. 24 BV steht Schweizerinnen und Schweizern die Niederlassungs-

freiheit zu, d.h. das Recht, an jedem Ort der Schweiz zu verweilen, sich aufzuhalten und Wohnsitz zu nehmen. Diese Garantie verpflichtet Gemeinden und Kantone, jeder Person mit Schweizer Bürgerrecht zu erlauben und zu ermöglichen, sich auf ihrem Hoheitsgebiet aufzuhalten oder niederzulassen und es ist den Gemeinweisen gleichzeitig verboten, die Verlegung des einmal gewählten Wohnsitzes zu verhindern oder zu erschweren (BGE 128 I 280 E. 4.1.1).

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Erblasserin anfangs 2012 ihren Wohnsitz nach C.\_\_\_\_\_ verlegte. Daher spielt es auch keine Rolle, dass sie – nachdem sie ab diesem Zeitpunkt ihren Wohnsitz in C.\_\_\_\_\_ hatte – in einer Institution der Altenpflege lebte. War nämlich der Wohnsitz in C.\_\_\_\_\_ anfangs 2012 begründet worden, so blieb es im Sinne von Art. 23 Abs. 1 ZGB eben gerade dabei, dass er durch den Wechsel in das Pflegeheim nicht verändert wurde; so oder so war der Wohnsitz damit in C.\_\_\_\_\_.

5. Die Berufungsklägerin weist in ihrer Eingabe auf prozessökonomische Rücksichten hin: Sie wäre bereit, die Testamentseröffnung durch die Vorinstanz zu akzeptieren, wenn dies nicht als Anerkennung des zivilrechtlichen Wohnsitzes gelte. Es mache nämlich keinen Sinn, dass das Bezirksgericht Bülach vorab die Erbengemeinschaft F.\_\_\_\_\_ bereinige und dass die Erbengemeinschaft von B.\_\_\_\_\_ in der Folge beim Bezirksgericht Hinwil anstehe (act. 17 S. 2 Ziff. 5 und 6). Die Berufungsklägerin weist auf zwei Schreiben hin, nämlich jenes an das Bezirksgericht Bülach vom 27. 11.1014 (act. 19/3) und an jenes ans Bezirksgericht Hinwil vom 30.11.2014 (act. 19/4). Daraus ergibt sich allerdings nichts, was im vorliegenden Zusammenhang von Belang wäre. Was die Prozessökonomie anbelangt, ist nicht ersichtlich, um welche pendenten gerichtlichen Verfahren es sich handeln könnte. Aber auch wenn dies so wäre, könnten allfällige Effizienzüberlegungen, auch wenn sie klar zutage träten, nicht ausschlaggebend sein, weil der zwingende Gerichtsstand gemäss Art. 28 Abs. 2 ZPO ohnehin vorgehen würden. Die Berufung ist daher abzuweisen und der Entscheid der Vorinstanz zu bestätigen.

**III.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die von ihr zu tragende Gerichtsgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt (§ 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 3 GerGebV).

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und der erstinstanzliche Entscheid wird bestätigt.
2. Die Entscheidkosten werden auf Fr. 600.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden der Berufungsklägerin auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin und die weiteren Erben J.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Hinwil, Einzelgericht im summarischen Verfahren (Erbschaftskanzlei), 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.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 338'000.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

versandt am:  
22. Dezember 2014