



«Neues vom virtuellen Erben»

BGE Nr. 4A_458/2011; BGE 138 III 354 ff. = Praxis 2012 Nr. 130*

René Strazzer¹ / Alexandra Zeiter²

Inhaltsverzeichnis

- I. Sachverhalt
- II. Prozessgeschichte
- III. Zusammenfassung der Erwägungen des Bundesgerichts
- IV. Bemerkungen

I. Sachverhalt³

Am 14. September 2007 verstarb mit letztem Wohnsitz in Collina D'Oro (Kanton Tessin) ein italienischer Staatsangehöriger (im Folgenden als *Erblasser* bezeichnet). Er hinterliess drei Söhne aus erster Ehe und eine überlebende Ehefrau aus zweiter Ehe (Letztere im Folgenden als *Klägerin* bezeichnet). Am 19. Oktober 2007 eröffnete die zuständige Behörde – die Pretura di Lugano – eine eigenhändige letztwillige Verfügung des Erblassers vom 21. Februar 1997 (im Folgenden als *Testament* bezeichnet), in welcher er seine drei Söhne zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt hatte. Das Testament enthielt überdies eine *professio iuris* zu Gunsten des schweizerischen Rechts.

II. Prozessgeschichte

Mit einem zivilrechtlichen Befehl vom 13. März 2008 verlangte die Klägerin von einer Bank (im Folgenden als *Beklagte* bezeichnet) gestützt auf Art. 400 OR umfassende Auskunft über die auf den Namen des Erblassers lautenden Beziehungen zur Bank sowie über alle bei der Bank geführten Werte, bei welchen der Erblasser nicht Vertragspartei, sondern (lediglich) wirtschaftlich berechtigt gewesen sei⁴. Die Beklagte widersetzte sich diesem Befehl.

Mit Entscheid vom 5. Juni 2008 schützte der zuständige erstinstanzliche Richter – der Pretore del Distretto di Lugano – das Auskunftsbegehren der Klägerin insoweit, als dieses die auf den Namen des Erblassers lautenden Bankbeziehungen betraf, und wies es weitergehend ab.

Gegen den Entscheid des Pretore del Distretto di Lugano erhoben beide Parteien Berufung, die Klägerin mit Eingabe vom 16. Juni 2008. Mit Urteil vom 26. Juni 2009 wies das Appellationsgericht des Kan-

* Urteil des Bundesgerichts vom 22. März 2012.

1 Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, Sticher Strazzer Zeiter Rechtsanwälte, Zürich, www.sszlaw.ch.

2 Dr. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Erbrecht, Sticher Strazzer Zeiter Rechtsanwälte, Zürich, www.sszlaw.ch.

3 Die Autoren danken Herrn MLaw Riccardo Maisano, derzeit Bezirksgericht Baden, für die Übersetzung des in italienischer Sprache gehaltenen Urteils im Volltext (Internet-Fassung) in die deutsche Sprache.

4 Zivilprozessual hatte die Klägerin für ihre Begehren somit nicht das ordentliche Verfahren, sondern das besondere Verfahren gemäss Art. 488a aZPO/TI gewählt. Es handelte sich dabei um das Verfahren, das z.B. auch der Kanton Zürich unter der Geltung der aZPO/ZH als Befehlsverfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts bei nicht streitigen oder sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen kannte (vgl. § 222 Ziff. 2 aZPO/ZH). Diese Verfahrensart sieht auch die ZPO/CH in Art. 257 ZPO vor. Im Gegensatz zu einzelnen früheren kantonalen Prozessrechtsordnungen ist ihr allerdings die Möglichkeit eines provisorischen Befehls, der auf einseitiges Vorbringen des Klägers ergeht, mit Ansetzung einer Einsprachefrist gegenüber dem Beklagten (vgl. z.B. § 224 aZPO/ZH), fremd. Das Gericht kann zwar gemäss Art. 256 Abs. 1 ZPO allein aufgrund der Akten und damit ohne Verhandlung entscheiden, muss aber dem Beklagten das rechtliche Gehör zwingend vorgängig eines Entscheids gewähren.

tons Tessin beide Berufungen ab und bestätigte den erstinstanzlichen Entscheid.

Während die Beklagte das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Tessin akzeptierte, führte die Klägerin hiergegen Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Mit Urteil vom 26. Juli 2010⁵ hob das Bundesgericht das Urteil des Appellationsgerichts auf und wies die Streitsache an die Vorinstanz zurück, insbesondere um den vom Erblasser in seiner testamentarischen *professio iuris* zu Gunsten des schweizerischen Rechts geäusserten Willen zu prüfen und alsdann das auf den Nachlass anwendbare materielle Recht zu bestimmen. Beide kantonalen gerichtlichen Instanzen hatten diese zwischen den Parteien strittige Frage nach dem auf die Erbfolge anwendbaren (italienischen oder schweizerischen) Recht offen gelassen.

Im zweiten Rechtsumgang fällte das Appellationsgericht des Kantons Tessin am 31. Mai 2011 ein neues Urteil. Darin hiess es die seinerzeitige Berufung der Klägerin vom 16. Juni 2008 gegen den Entscheid des erstinstanzlichen Richters vom 5. Juni 2008 teilweise gut und schützte das Auskunftsbegehren (teilweise) auch mit Bezug auf Vermögenswerte, an welchen der Erblasser lediglich wirtschaftlich berechtigt war. Das Appellationsgericht ging dabei von der Rechtsgültigkeit der vom Erblasser getroffenen *professio iuris* und damit von der Anwendbarkeit des schweizerischen Erbrechts aus. Es hielt sodann dafür, dass die einjährige Verwirkungsfrist von Art. 533 Abs. 1 ZGB für die Erhebung der Herabsetzungsklage für die Klägerin noch gar nicht habe beginnen können, weil diese die eingeklagten Informationen von der Beklagten noch nicht erhalten habe, die es ihr, der Klägerin, erst ermöglichen würden zu prüfen, ob ihr Pflichtteil verletzt sei.

Gegen dieses Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Tessin vom 31. Mai 2011 wandte sich nun aber die Beklagte mit Beschwerde in Zivilsachen vom 9. August 2011 an das Bundesgericht. Sie beantragte die Aufhebung des vorgenannten Urteils und die Abweisung der Auskunftsklage insoweit, als diese weiter ging, als es der erstinstanzliche Richter in seinem Entscheid vom 5. Juni 2008 entschieden hatte. Mit Urteil vom 22. März 2012 hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut, hob das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Tessin vom 31. Mai 2011 auf und bestätigte den erstinstanzlichen Entscheid vom 5. Juni 2008, wonach die Beklagte zur Auskunft gegenüber der Klägerin (allein) in Bezug auf die Bankkonti und Bankbeziehungen verpflichtet wurde, dessen Inhaber oder Mitinhaber der Erblasser war bzw. die auf ihn lauteten.

III. Zusammenfassung der Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte bereits im Rückweisungsentscheid vom 26. Juli 2010⁶ ausgeführt, dass der im vorliegenden Erbfall – ein italienischer Staatsangehöriger verstirbt mit letztem Wohnsitz in der Schweiz – anwendbare Niederlassungs- und Konsularvertrag zwischen der Schweiz und Italien vom 22. Juli 1868 eine testamentarische *professio iuris* zu Gunsten des schweizerischen Wohnsitzrechts zulasse. Die Vorinstanz habe in tatsächlicher Hinsicht festgehalten, dass der Erblasser in seinem Testament schweizerisches Recht zur Anwendung habe bringen wollen, so dass für den vorliegenden Fall auch das schweizerische Recht massgebend sei. Diese Feststellung blieb im Beschwerdeverfahren unbestritten, weshalb sie für das Bundesgericht bindend war und von ihm seinem Urteil zu Grunde gelegt wurde.⁷

Im Beschwerdeverfahren blieb ebenso unbestritten, dass der Erblasser in seinem Testament ausschliesslich seine drei Söhne, und zwar zu gleichen Teilen, als Erben eingesetzt hatte. Dem Vorbringen der Klägerin, sie sei im Testament nicht aussen vor gelassen worden, denn schliesslich sei dieses Testament ja diverse Jahre vor ihrer Eheschliessung mit dem Erblasser errichtet worden, hielt das Bundesgericht Art. 516 ZGB entgegen⁸.

Daran anschliessend führte das Bundesgericht aus, dass ein gesetzlicher Erbe, welcher testamentarisch vom Erbgang ausgeschlossen werde, so lange lediglich virtueller Erbe sei, bis er mittels Herabsetzungsklage die Aufhebung der entsprechenden letztwilligen Verfügung erwirkt habe. Erst die Gutheissung dieser Klage verschaffe dem virtuellen Erben seine Erbenstellung. Verpasse es dieser, innert der in Art. 533 ZGB statuierten Frist die Herabsetzungsklage zu erheben, gehe er definitiv seiner Erbenstellung verlustig. Entgegen der Behauptung der Klägerin sage die Tatsache, wonach sie Witwe (und damit gemäss Art. 462 Ziff. 1 ZGB unbestritten gesetzliche Erbin) des Erblassers sei, noch nichts über ihre Erbenstellung aus⁹.

Im vorliegenden Fall – so das Bundesgericht weiter – bestimme sich die Frist, innert welcher die Herabsetzungsklage anhängig zu machen sei, nach dem schweizerischen Recht. Mit Hinweis darauf, dass es sich bei der relativen Jahresfrist gemäss Art. 533 Abs. 1 ZGB nicht um eine Verjährungs-, sondern um

5 BGE 136 III 461 ff. = Praxis 2011 Nr. 27.

6 BGE 136 III 461 ff. = Praxis 2011 Nr. 27.

7 BGE 138 III 354 ff., E. 3 und 3.1.

8 BGE 138 III 354 ff., E. 4.

9 BGE 138 III 354 ff., E. 5.



eine Verwirkungsfrist handle, führt das Bundesgericht aus, dass diese relative Frist von dem Moment an zu laufen beginne, ab welchem die in ihrem Recht beeinträchtigte Person von den tatsächlichen Elementen Kenntnis erhält, die auf einen für sie günstigen Ausgang der Herabsetzungsklage schliessen lassen. Jener Erbe hingegen, der vom Erbgang gänzlich ausgeschlossen werde, erhalte bereits durch Kenntnisnahme von der betreffenden letztwilligen Verfügung Kenntnis von der Verletzung seines Pflichtteils¹⁰.

In casu habe die Klägerin, so das Bundesgericht, bereits mit der Eröffnung des Testaments, welches sie vom Erbgang ausschliesse, Kenntnis von der Verletzung ihres Pflichtteils erlangt¹¹. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz folge daraus, dass die Klägerin nicht der Informationen bedurft hätte, welche sie klageweise herausverlange, um zu wissen, ob ihr Pflichtteil verletzt werde. In Anbetracht dessen, dass bereits das Befehlsbegehren der Klägerin vom 13. März 2008, welches den Beginn der vorliegenden Streitigkeit markiere, das fragliche Testament mit dem entsprechenden Inhalt erwähnte, sei die Herabsetzungsklage bereits längst verwirkt gewesen, als die Vorinstanz den angefochtenen Entscheid¹² erlassen habe. Daraus erhelle, dass die Klägerin ihrer Erbenstellung verlustig gegangen sei und daher keine Informationsansprüche aus Erbrecht geltend machen könne¹³.

Da die Beschwerde bereits aus diesem Grunde gutzuheissen war, ging das Bundesgericht auf die übrigen Rügen und Vorbringen der Parteien nicht weiter ein. Es hielt als Ergebnis fest, dass es beim erstinstanzlichen Entscheid vom 5. Juni 2008 bleibe, denn die Beklagte habe das erste Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Tessin vom 26. Juni 2009, das die Berufung der Beklagten gegen diesen erstinstanzlichen Entscheid abgewiesen habe, damals nicht beim Bundesgericht angefochten. Insoweit sei dieses abweisende Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Tessin in Rechtskraft erwachsen¹⁴. Das Bundesgericht schliesst seine Erwägungen, indem es die Dokumente auflistet, welche die Beklagte gemäss dem erstinstanzlichen Entscheid des Pretore del Distretto di Lugano vom 5. Juni 2008 der Klägerin herauszugeben hat¹⁵.

IV. Bemerkungen

1. In international-privatrechtlicher Hinsicht gibt der vorliegende bundesgerichtliche Entscheid selbst zu keinen Bemerkungen Anlass. Das Bundesgericht hatte aber im Rückweisungsentscheid vom 26. Juli 2010¹⁶ – soweit ersichtlich erstmals – entschieden, dass im Anwendungsbereich des Niederlassungs- und Konsularvertrages vom 22. Juli 1868 zwischen der Schweiz und Italien¹⁷ eine *professio iuris* eines italienischen Staatsangehörigen mit letztem Wohnsitz in der Schweiz zu Gunsten des schweizerischen Rechts *zulässig* ist¹⁸. Diese höchstrichterliche Klärung in dieser praktisch bedeutsamen Frage ist zu begrüssen; und sie ist unseres Erachtens auch in materieller Hinsicht sachgerecht. Im zweiten Verfahren vor Bundesgericht war nicht mehr bestritten, dass der Erblasser in seinem Testament im Sinne einer solchen *professio iuris* für das schweizerische Recht optiert hatte¹⁹. Das Bundesgericht wandte demzufolge materielles schweizerisches Recht an.
2. In praktischer Hinsicht zeigt der vorliegende Fall vorab exemplarisch, dass Prozessieren im Erbrecht des Öfters Prozessieren um Informationen heisst und entsprechend Geduld und Ausdauer verlangt, von den damit verbundenen Gerichts- und Anwaltskosten gar nicht zu sprechen. Das bundesgerichtliche Urteil vom 22. März 2012 erging ziemlich genau vier Jahre (!), nachdem die Klägerin am 13. März 2008 ihr Auskunftsbefahren gegen die Beklagte im Befehlsverfahren anhängig gemacht hatte. Umso grösser muss für die Klägerin die Ernüchterung ob dieses höchstrichterlichen Verdikts gewesen sein. Das Bundesgericht spricht ihr rundweg die Erbenstellung ab. Da hilft der Klägerin wenig, dass die Beklagte rechtskräftig zur Auskunft über die auf den Namen des Erblassers lautenden Bankbeziehungen verpflichtet worden ist, denn ihr verbleibt als Nichterbin letztlich jeglicher Zugriff auf diese Vermögenswerte verwehrt.
3. Gleichwohl überrascht das Urteil des Bundesgerichts nicht. Es bestätigt die Grundsätze, welche Lehre und Rechtsprechung zur Rechtsfigur

10 BGE 138 III 354 ff., E. 5.2.

11 Diese Testamentseröffnung fand am 19. Oktober 2007 statt; vgl. Ziffer I. vorstehend.

12 Dies war am 31. Mai 2011; vgl. Ziffer II. vorstehend.

13 BGE 138 III 354 ff., E. 5.2.

14 BGE 138 III 354 ff., E. 6.

15 BGE 138 III 354 ff., E. 6 in fine.

16 BGE 136 III 461 ff.

17 Vgl. SR 0.142.114.541.

18 Vgl. BGE 136 II 461 ff., E. 6.1 und 6.2. Vgl. im Übrigen zum genannten Niederlassungs- und Konsularvertrag ausführlich TINA WUSTEMANN/LARISSA MAROLDA MARINEZ, Der schweizerisch-italienische Erbfall, in: *successio* 5 (2011), 62 ff.

19 BGE 138 III 354, E. 3.1 und 3.2.

des virtuellen Erben entwickelt haben. Danach muss der vollständig vom Nachlass ausgeschlossene Pflichtteilerbe, der sogenannte virtuelle Erbe, zuerst mittels der *Herabsetzungsklage* gemäss Art. 522 ff. ZGB seine Erbenstellung erstreiten. Solange dieses für ihn positive Herabsetzungsurteil nicht vorliegt, ist er nicht Erbe und nicht Mitglied der Erbengemeinschaft und kann folglich auch die aus der Erbenstellung resultierenden Rechte nicht beanspruchen²⁰. Die Auskunftsrechte kann der virtuelle Erbe so lange geltend machen, als für ihn die Verwirkungsfrist von Art. 533 Abs. 1 ZGB für die Erhebung der Herabsetzungsklage noch nicht abgelaufen ist²¹. Der Schwierigkeit, wonach er als Nichterbe nicht auf der Erbbescheinigung gemäss Art. 559 Abs. 1 ZGB figuriert, welche Dritte und Auskunftspflichtete regelmässig als Voraussetzung zur Auskunftserteilung verlangen, wird in der Praxis dadurch begegnet, dass der virtuelle Erbe Anspruch auf die Ausstellung einer speziellen Bescheinigung über seinen Status hat²².

4. Die Herabsetzungsklage unterliegt nach Art. 533 Abs. 1 ZGB einer relativen einjährigen und einer absoluten zehnjährigen Frist. Bei diesen Fristen handelt es sich, wie das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung einmal mehr festhält, um Verwirkungs- und nicht um Verjährungsfristen²³. Mit Bezug auf den Fristenlauf von Art. 533 Abs. 1 ZGB hält das Bundesgericht mit aller Klarheit fest, dass für den gänzlich vom Nachlass ausgeschlossenen Erben, das

heisst den virtuellen Erben, allein die *Kenntnis von der ihn übergehenden oder ausschliessenden Verfügung von Todes wegen* die einjährige relative Verwirkungsfrist auslöst²⁴. Der virtuelle Erbe muss demnach von der Höhe oder der Zusammensetzung des Nachlasses überhaupt keine Kenntnis haben; eine solche Kenntnis ist für den Fristenlauf vollkommen irrelevant. Diese eminent wichtige Erkenntnis konnte an sich bereits aus BGE 121 III 249 ff. hergeleitet worden²⁵. Es ist jedoch sehr zu begrüssen, dass das Bundesgericht dies nun ausdrücklich in seinen Erwägungen im vorliegenden Urteil festhält. Diese Feststellung ist für den Erbrechtspraktiker der Merkpunkt dieses Urteils.

5. Folgerichtig weist das Bundesgericht im Zusammenhang mit diesem Fristenlauf die Rechtsauffassung der Vorinstanz (des Appellationsgerichts des Kantons Tessin) als unzutreffend zurück. Diese hatte dafür gehalten, dass für die Klägerin die Verwirkungsfrist noch gar nicht habe beginnen können, da sie mit der Auskunftsklage gerade erst zu den Informationen habe gelangen wollen, die ihr erlaubt hätten zu prüfen, ob ihr Pflichtteil verletzt worden sei. Die von der Vorinstanz vertretene Auffassung mag richtig sein in Fällen, in welchen ein nicht vom Nachlass ausgeschlossener und damit effektiver Erbe eine Pflichtteilsverletzung mittels Herabsetzungsklage anzufechten gedenkt. Für einen solchen Erben beginnt die einjährige relative Verwirkungsfrist von Art. 533 Abs. 1 ZGB erst zu laufen, wenn er – neben der Kenntnis von der Existenz einer ihn im Pflichtteil beeinträchtigenden Zuwendung – eine ungefähre Kenntnis von der Höhe des Nachlasses hat²⁶. Diese letztere Kenntnis kann er in der Tat womöglich erst nach eingeklagter und ihm erteilter Auskunft erlangen. Das alles gilt aber gerade nicht für den virtuellen Erben.
6. Übertragen auf den *vorliegenden Fall* bedeutet diese Fristenproblematik, dass für die Klägerin die relative Jahresfrist von Art. 533 Abs. 1 ZGB mit der Kenntnis vom Testament des Erblassers, mithin wohl mit dessen Eröffnung am 19. Oktober 2007, zu laufen begonnen hat. Mit Kenntnisnahme von diesem Testament musste der Klägerin sofort klar geworden sein, dass sie vom Nachlass vollständig ausgeschlossen wurde. Der Erblasser hatte am 21. Februar 1997 und damit mehrere Jahre vor seiner Eheschliessung

20 Vgl. zur Rechtsstellung des virtuellen Erben RENÉ STRAZZER, *Der virtuelle Erbe – eine Rechtsfigur mit prozessualen Tücken für den Anwalt*, in: *successio* 4 (2010), 147 ff., mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung insb. S. 148, Fn. 11 und 12; vgl. auch ROLANDO FORNI/GIORGIO PIATTI, in: *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 4. Auflage, Basel 2011, N 2 Vorb. zu Art. 522–533 ZGB. Vgl. sodann aktuell das (zur Publikation in der amtlichen Sammlung bestimmte) Urteil des Bundesgerichts Nr. 9C_678/2012 vom 30. Januar 2013, das die Rechtsfigur des virtuellen Erben und die Notwendigkeit der Erhebung der Herabsetzungsklage zwecks Aktivierung der Erbenstellung einmal mehr höchstrichterlich bestätigt. Dieses Urteil erging im Übrigen nicht im Rahmen einer genuin erbrechtlichen Streitsache, sondern im Zusammenhang mit einem Streit um die Rückerstattung von Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, weshalb es die II. sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichts fällte.

21 Vgl. THOMAS WEIBEL, in: *Praxiskommentar Erbrecht*, 2. Auflage, Basel 2011, N 22 Vorbem. zu Art. 607 ff. ZGB.

22 Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, *Die erbrechtlichen Klagen*, 3. Auflage, Zürich 2012, Rz. 46a.

23 BGE 138 III 354, E. 5.2; vgl. dazu auch RENÉ STRAZZER (Fn. 20), 149.

24 BGE 138 III 354, E. 5.2.

25 Vgl. nur RENÉ STRAZZER (Fn. 20), 150.

26 Vgl. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, in: *Praxiskommentar Erbrecht*, 2. Auflage, Basel 2011, N 4 zu Art. 533 ZGB.



mit der Klägerin testiert. Zum damaligen Zeitpunkt musste es für ihn nur folgerichtig gewesen sein, (nur) seine drei Söhne als Erben zu be- rufen. Dass durch die spätere Verheiratung mit der Klägerin eine weitere pflichtteilsberechtigte Erbin hinzutrat, bewirkt gemäss Art. 516 ZGB bloss, dass das fragliche Testament der Herab- setzungsklage unterstellt wird, jedoch keines- falls, dass es ohne Weiteres aufgehoben wird. Auch hat die Klägerin ebenso wenig kraft ihrer Eheschliessung neben den im Testament als Er- ben eingesetzten drei Söhnen die Erbenstellung erlangt. Die Konstellation von Art. 516 ZGB ist mithin ein klassischer Anwendungsfall, in wel- chem ein virtueller Erbe mit übrigen Erben konkurriert.

7. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass die Klägerin ein Jahr nach Kenntnisnahme vom Testament, konkret wohl spätestens am 19. Ok- tober 2008, die Herabsetzungsklage hätte er- heben müssen²⁷. Zu diesem Zeitpunkt war vor dem Appellationsgericht des Kantons Tessin das Berufungsverfahren hängig, welches beide Parteien gegen den erstinstanzlichen Entscheid vom 5. Juni 2008 angestrengt hatten²⁸. Es ver- steht sich von selbst, dass die Auskunftsklage, welche die Klägerin am 13. März 2008 rechts- hängig gemacht hatte, die Verwirkungsfrist von Art. 533 Abs. 1 ZGB nicht wahren konnte. In casu wäre es im Übrigen aber auch nicht mög- lich gewesen, die Auskunftsklage mit der Her- absetzungsklage qua objektive Klagenhäufung in einem Prozess zu verbinden, und zwar aus zwei Gründen: Zum einen richtete sich die Aus- kunftsklage gegen die beklagte Bank; die Her- absetzungsklage hätte hingegen gegen die drei Söhne des Erblassers erhoben werden müs- sen²⁹. Zum anderen hatte die Klägerin ihre Aus- kunftsklage im (summarischen) Befehlsverfah- ren angestrengt³⁰; die Herabsetzungsklage hätte

demgegenüber im ordentlichen Verfahren ge- führt werden müssen³¹. Zur Wahrung ihrer Rechte hätte die Klägerin somit bis spätestens am 19. Oktober 2008 gegen die drei Nachkom- men des Erblassers die Herabsetzungsklage an- hängig machen müssen, sinnvollerweise ver- bunden mit einem Antrag auf Sistierung des Prozesses, bis über die Auskunftsklage rechts- kräftig entschieden war³². Nach unbenutztem Ablauf der einjährigen relativen Verwirkungs- frist – wohl eben am 19. Oktober 2008 – war die Sache für die Klägerin nicht mehr zu retten.

8. Aus dieser Chronologie folgt, dass es die Be- klagte in der Hand gehabt hätte, die Auskunfts- klage der Klägerin sogar vollumfänglich zu Fall zu bringen. Zwar war die einjährige relative Verwirkungsfrist im Sinne von Art. 533 Abs. 1 ZGB im Zeitpunkt des Urteils des erstinstanzli- chen Richters (5. Juni 2008) noch nicht abgelau- fen. Hingegen war dies am 26. Juni 2009 der Fall.

31 Das Erfordernis gemäss (heutigem) Art. 90 lit. b ZPO, wonach für die mehreren Ansprüche die gleiche Ver- fahrensart vorgesehen sein muss, galt schon vor dem Inkrafttreten der ZPO/CH von Bundesrechts wegen (vgl. etwa THOMAS MÜLLER/MARKUS WIRTH (Hrsg.), Ge- richtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001, N 37 zu Art. 7). Die Klägerin hätte diese Voraussetzung der glei- chen Verfahrensart somit schon damals erfüllen müssen, auch wenn die seinerzeit geltende ZPO/TI – soweit er- sichtlich – keine ausdrückliche Bestimmung kannte, wel- che die objektive Klagenhäufung regelte (anders z.B. der Kanton Zürich; vgl. § 58 aZPO/ZH). Unabhängig von dieser Problematik der Klagenhäufung ist darauf hin- zuweisen, dass unter der *lex lata* eine Herabsetzungs- klage im summarischen Verfahren gemäss Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) nicht grundsätzlich aus- geschlossen ist, wohl aber der Komplexität der Materie wegen kaum vorstellbar ist; vgl. dazu CHRISTIAN BRÜCK- NER/THOMAS WEIBEL (Fn. 22), Rz. 79a.

32 Mit Bezug auf die Herabsetzungsklage hätte sich im Übrigen die weitere Frage nach der örtlichen Zustän- digkeit gestellt. Im Anwendungsbereich des dem IPRG vorgehenden (vgl. Art. 1 Abs. 2 IPRG) Niederlassungs- und Konsularvertrages vom 22. Juli 1868 ist grundsätz- lich davon auszugehen, dass für erbrechtliche Prozesse eines mit letztem Wohnsitz in der Schweiz verstorbenen italienischen Staatsangehörigen das italienische Ge- richt des letzten Wohnsitzes, den dieser in Italien gehabt hat, zuständig ist. Ob eine testamentarische Proroga- tion zu Gunsten der schweizerischen Behörden und Ge- richte am letzten Wohnsitz des Erblassers zulässig ist, ist nicht restlos geklärt (vgl. zum Ganzen einlässlich TINA WUSTEMANN/LARISSA MAROLDA MARTINEZ (Fn. 18), 65 f.). Aus dem vorliegend besprochenen bundesgerichtlichen Urteil ergeben sich keine Hinweise, ob der Erblasser in seinem Testament vom 21. Februar 1997 – neben der *professio iuris* – (auch) eine solche prorogatio fori getroffen hat.

27 Aufgrund der Erwägung des Bundesgerichts, wonach be- reits das Befehlsbegehren der Klägerin vom 13. März 2008 das fragliche Testament mit dem entsprechenden Inhalt erwähnte (vgl. Ziffer III. vorstehend), ergibt sich nicht schlüssig, ob das Bundesgericht für den Fristbe- ginn auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Testaments (19. Oktober 2007) oder auf den Zeitpunkt dieses Be- fehlsbegehrens (13. März 2008) abgestellt hat. Die Frage war indessen für das Bundesgericht irrelevant, denn die Herabsetzungsklage war so oder so längstens verwirkt.

28 Vgl. zur Chronologie der Prozessgeschichte Ziffer II. vorstehend.

29 Eine objektive Klagenhäufung setzt definitionsgemäss voraus, dass sich die mehreren Ansprüche gegen dieselbe beklagte Partei richten; vgl. *de lege lata* Art. 90 ZPO.

30 Vgl. Ziffer II vorstehend.

als das Appellationsgericht des Kantons Tessin seinen ersten Entscheid fällte. Hätte die Beklagte dieses Urteil an das Bundesgericht weitergezogen und damit verhindert, dass es rechtskräftig geworden wäre, hätte das Bundesgericht in seinem ersten Urteil vom 26. Juli 2010 (Rückweisungsentscheid) wohl die rechtliche Einwendung der Beklagten, wonach die Klägerin nicht rechtzeitig auf Herabsetzung geklagt und damit ihre Erbenstellung definitiv verloren habe, noch nicht materiell schützen können, weil für das Bundesgericht zu diesem Zeitpunkt noch nicht feststand, ob das schweizerische oder das italienische Erbrecht zur Anwendung gelangte. Von diesem Entscheid hing aber natürlich ab, ob die einjährige relative Verwirkungsfrist von Art. 533 Abs. 1 ZGB überhaupt zur Anwendung kam. Das Bundesgericht hätte somit wohl das erste Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Tessin vom 26. Juni 2009 auch bei erfolgter Anfechtung durch die Beklagte aufgehoben und zu neuem Entscheid zurückgewiesen. Dann aber hätte das Appellationsgericht in seinem zweiten Urteil vom 31. Mai 2011 über das Auskunftsbegehren der Klägerin vollumfänglich neu befinden müssen. Zwar hätte das Appellationsgericht auch bei diesem erweiterten Prozessgegenstand die Einwendung der Verwirkung der Herabsetzungsklage seitens der Beklagten wohl abgewiesen. Dann aber hätte das Bundesgericht auf Beschwerde in Zivilsachen durch die Beklagte hin die Auskunftsklage zufolge Verwirkung der Herabsetzungsklage und des daraus resultierenden Verlusts der Erbenstellung der Klägerin vollumfänglich abgewiesen.

9. Obwohl es vom Bundesgericht in casu nicht zu thematisieren war, ist in Erinnerung zu rufen, dass nicht etwa die Erbteilungsklage der richtige Rechtsbehelf des virtuellen Erben ist. Zu dieser ist der virtuelle Erbe als Nichterbe gerade nicht aktivlegitimiert. Vielmehr muss er sich zuerst die Erbenstellung verschaffen. Dazu steht ihm entweder die *Herabsetzungsklage* oder die *Ungültigkeitsklage* zur Verfügung. Letztere kommt allerdings nur dann in Frage, sofern die Verfügung von Todes wegen, die den Erben vom Nachlass gänzlich ausschliesst, an einem Ungültigkeitsgrund im Sinne von Art. 519 ff. ZGB leidet³³. Ist die Verfügung von Todes wegen dagegen (wie in casu) gültig, ist zwingend die Herabsetzungsklage zu erheben. Im Übrigen können die Her-

absetzungs- oder Ungültigkeitsklage einerseits und die Erbteilungsklage andererseits im Sinne einer *objektiven Klagenhäufung* bei gegebenen Voraussetzungen gemäss Art. 90 ZPO im nämlichen Prozess erhoben werden³⁴. Schliesslich sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass die erfolgreiche Ungültigkeitsklage dem virtuellen Erben insofern zum Vorteil gereicht, als sie ihm die gesetzliche Erbquote verschafft³⁵, wohingegen mit der Herabsetzungsklage in keinem Fall mehr als der Pflichtteil erstritten werden kann³⁶.

10. Nachdem das Bundesgericht der Klägerin schlechterdings die Erbenstellung abgesprochen hat, musste es sich zum Auskunftsbegehren materiell nicht äussern. Es erübrigt sich deshalb, vorliegend näher darauf einzugehen. Mit Bezug auf die wichtige und «heiss» diskutierte Frage, ob ein Erbe nach materiellem schweizerischen Erbrecht gegenüber einer Bank Anspruch auf Auskunft über Vermögenswerte hat, bezüglich welcher der Erblasser (lediglich) wirtschaftlich Berechtigter gewesen ist, bleibt somit alles beim alten, bzw. die Frage bleibt in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung weiterhin offen³⁷. Allerdings ist zu erwähnen, dass die Vorinstanz, das Appellationsgericht des Kantons Tessin, in ihrem Urteil vom 31. Mai 2011 den Auskunftsanspruch der Klägerin (teilweise) auch auf die Vermögenswerte ausgedehnt hat, an welchen der Erblasser lediglich wirtschaftlich berechtigt war³⁸.
11. Das Bundesgericht hat sich schliesslich auch nicht zur analogen Anwendung von Art. 170 ZGB geäussert. Es hat lediglich ausgeführt, dass die Vorinstanz in ihrem Urteil vom 31. Mai 2011 festgestellt habe, dass auf den konkreten Fall Art. 170 ZGB analog zur Anwendung gelange³⁹.

34 Vgl. zur Klagenhäufung im Erbteilungsprozess etwa THOMAS WEIBEL (Fn. 21), N 27 zu Art. 604 ZGB.

35 Eine gültige anderslautende frühere Verfügung von Todes wegen bleibt selbstverständlich vorbehalten.

36 Vgl. zur Abgrenzung zwischen Ungültigkeitsklage und Herabsetzungsklage im Zusammenhang mit der Enterbung etwa BALTHASAR BESSENICH, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage, Basel 2011, N 3 ff. zu Art. 479 ZGB.

37 Vgl. zum aktuellen Stand dieser Rechtsprechung etwa GIAN SANDRO GENNA, Bundesgerichtliche Widersprüchlichkeiten zum Informationsanspruch im Erbrecht?, in: *successio* 5 (2011), 203 ff., sowie neuerdings MICHAEL HAMM/YARA BRUSA, Auskunftsrechte von Erben wirtschaftlich Berechtigter gegenüber Schweizer Banken?, in: ST 2013, 67 ff.

38 Vgl. Ziffer II, vorstehend.

39 Vgl. Ziffer II, vorstehend.

33 Vgl. zum Ganzen einlässlich RENÉ STRAZZER (Fn. 20), 148 f.



Was die Vorinstanz in diesem Zusammenhang erwogen und welche Schlussfolgerungen sie daraus gezogen hat, kann dem zu besprechenden Urteil indessen nicht entnommen werden. Es genüge an dieser Stelle deshalb der Hinweis, dass in der Lehre durchaus einer analogen Anwendung von Art. 170 Abs. 2 ZGB das Wort geredet wird, wenn erbrechtliche Informationsansprüche zur Diskussion stehen. Dabei sind allerdings die Modalitäten und Voraussetzungen einer solchen analogen Anwendung von Art. 170 Abs. 2 ZGB nach wie vor umstritten⁴⁰.

12. Abschliessend bleibt festzuhalten, dass die Strenge der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit Bezug auf die Wahrung der relativen einjährigen Verwirkungsfrist gemäss Art. 533 Abs. 1 ZGB beim virtuellen Erben mit dem vorliegenden Urteil jeder im Erbrecht tätigen Rechtsanwältin bzw. jedem im Erbrecht tätigen Rechtsanwalt endgültig Warnung sein muss. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil sich der

virtuelle Erbe für die Aktivierung seiner Erbentstellung nicht auf die unbefristete Einrede von Art. 533 Abs. 3 ZGB berufen kann. Diese Einrede hilft dem virtuellen Erben nur dann, wenn er bereits unmittelbarer Besitzer von Nachlasswerten ist oder wenn der nachmalige Erblasser ihm bereits lebzeitige Zuwendungen ausgerichtet hat. Der Herausgabe dieser Werte mittels der Erbschaftsklage der Erben gegen ihn bzw. einer Herabsetzungsklage pflichtteilsberechtigter Erben gegen ihn kann der virtuelle Erbe seinen eigenen Pflichtteil gemäss Art. 533 Abs. 3 ZGB entgegen halten⁴¹. Dergestalt präsentiert sich indessen die Situation keineswegs für jeden virtuellen Erben, so dass in vielen Fällen *ein klageweises Vorgehen innert Frist (sic!) unabdingbar* ist. Wer diese eigentliche Prozessfalle als Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt übersieht, kann leicht in die unangenehme Situation geraten, sich mit Schadenersatzansprüchen konfrontiert zu sehen.

40 Vgl. etwa ANDREAS SCHRÖDER, Erbrechtliche Informationsansprüche oder: die Geister, die ich rief... in: *successio* 5 (2011), 189 ff.; ROLAND KOROTEK, Die Auskunftspflicht des Ehegatten nach Art. 170 ZGB, S. 30 ff., Band 245 der Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich 2012; beide mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

41 Vgl. RENÉ STRAZZER (Fn. 20), 151 f. mit weiteren Hinweisen.