

## **BGer 5A\_449/2007 vom 25. Oktober 2007**

Bundesgericht, 2007-10-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_449\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_449_2007)

FR: TF 5A\_449/2007 du 25 octobre 2007

IT: TF 5A\_449/2007 del 25 ottobre 2007

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Die zugrunde liegende Erbstreitigkeit ist zivilrechtlicher Natur ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) und das angefochtene Urteil ist kantonal letztinstanzlich ( Art. 75 Abs. 1 BGG ). Es handelt sich um einen selbständigen Vor- bzw. Zwischenentscheid, mit welchem in Annahme einer Gesetzeslücke die interkantonale passive Prozessüberweisung bejaht und auf die Klage eingetreten wurde. Dagegen steht die Beschwerde in Zivilsachen offen, weil mit ihrer Gutheissung und damit der Klagerückweisung sofort ein Endentscheid herbeigeführt und - umso mehr als die gleiche Streitsache zwischenzeitlich in Israel anhängig gemacht worden ist - ein weitläufiges Beweisverfahren erspart werden kann ( Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG ). Der Streitwert beträgt rund Fr. 10 Mio.; die erforderliche Mindestsumme für vermögensrechtliche Zivilrechtsstreitigkeiten ist damit erreicht ( Art. 74 Abs. 1 lit. b OG ). Es steht die Anwendung kantonalen Prozessrechts zur Diskussion, weshalb nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann ( Art. 95 lit. a und c BGG ).

#### **E. 2**

Das Obergericht hat erwogen, die Zivilprozessordnung des Kantons Solothurn regle weder die aktive noch die passive Prozessüberweisung explizit; insbesondere enthalte sie keine Bestimmungen zur passiven interkantonalen Prozessüberweisung. In den Materialien zur ZPO/SO finde sich kein Hinweis, dass damals die Frage diskutiert und die Übernahme des Instituts abgelehnt worden wäre; es liege folglich kein qualifiziertes Schweigen vor. Sodann prüfe der Instruktionsrichter nach § 133 Abs. 1 ZPO /SO, ob die Klage den Anforderungen von § 129 ZPO /SO entspreche und die Prozessvoraussetzungen gegeben seien. Bei verbesserlichen Mängeln setze er eine Frist von zehn Tagen, wobei sich der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit für die verbesserte Klage nach dem Eingang der ursprünglichen Klage bestimme. Das solothurnische Prozessrecht kenne also immerhin den Grundsatz, dass die Rechtshängigkeit im innerkantonalen Bereich bestehen bleibe. Diese Wertung des Gesetzgebers beruhe auf der Überlegung, dass das Prozessrecht der Verwirklichung des materiellen Rechts diene und prozessuale Fehler möglichst nicht zu einem Rechtsverlust führen sollen. Dies erlaube es, die interkantonale passive Prozessüberweisung lückenfüllend zuzulassen. Der von den zürcherischen Gerichten überwiesene Zivilprozess sei demnach ohne Unterbrechung der Rechtshängigkeit weiterzuführen, womit sich die Einrede der Litispendenz infolge der zwischenzeitlich angehobenen Klage in Israel als unbegründet erweise.

Die Beklagte sieht mit der Annahme einer Lücke den Grundsatz der Gesetzmässigkeit ( Art. 5 Abs. 1 BV , Art. 5 Abs. 1 KV/SO ), den Grundsatz der Gewaltenteilung ( Art. 58 Abs. 1 KV/SO ) und das Willkürverbot ( Art. 9 BV ) verletzt. Dem Obergericht stünden keine Rechtsetzungsbefugnisse zu, weshalb es sich nicht durch Lückenfüllung als Gesetzgeber gebärden dürfe. Es sei anzunehmen, dass man bei Erlass der ZPO/SO auf das Institut der

Prozessüberweisung gestossen sei und man dieses bewusst nicht übernommen habe. Ohnehin könne nicht von einer planwidrigen Unvollständigkeit der Zivilprozessordnung gesprochen werden, da sie für den vorliegenden Fall eine - negative - Antwort bereithalte und dies auch nicht stossend sei: Aufgrund der analogen Anwendung von Art. 139 OR hätte die Klägerin binnen 60 Tagen von sich aus eine neue Klage im Kanton Solothurn anhängig machen können. Als willkürlich erweise sich im Übrigen die Annahme, die Überweisung stelle eine Klageanhebung im Sinn von § 56 ZPO /SO dar, seien doch nicht nur die Klageschrift, sondern die ganzen Verfahrensakten überwiesen worden. Ebenso wenig lasse sich aus § 133 Abs. 2 ZPO /SO etwas ableiten; dass für verbesserliche Mängel eine Frist von zehn Tagen zur Behebung gewährt werden könne, schliesse vielmehr eine Rückdatierung der Rechtshängigkeit bis zum 16. Oktober 2003 aus.

### **E. 3**

Aktive Prozessüberweisung bedeutet, dass das unzuständige Gericht die gesamten Verfahrensakten von Amtes wegen oder auf Antrag an das von der betroffenen Partei als zuständig bezeichnete Gericht überweist. Passive Prozessüberweisung bedeutet, dass dieses Gericht die Akten und den Prozess übernimmt.

Abgesehen von punktueller Normierung - vgl. etwa den vorliegend wegen des internationalen Bezuges nicht anwendbaren Art. 36 Abs. 2 GestG - hat der Bundesgesetzgeber keine Regelung zur Prozessüberweisung getroffen, und es gibt von Bundesrechts wegen auch keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach das zuständige Gericht die von einem unzuständigen Gericht vorgenommenen Prozesshandlungen anzuerkennen und zu übernehmen hätte (Urteil 4P.48/2002, E. 2a), obwohl es in der Lehre dahingehende Meinungsäusserungen gibt (vgl. Walther, Die Prozessüberweisung im nationalen und internationalen Verhältnis, in: Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Bern 2005, S. 422). Der Bundesgesetzgeber ist zu einer allgemeinen Regelung auch nicht berufen, so lange die Ordnung des Verfahrensrechts grundsätzlich in die Kompetenz der Kantone fällt bzw. die schweizerische Zivilprozessordnung noch nicht verabschiedet und in Kraft ist. Die Kantone sind bei der Ausgestaltung ihres Prozessrechts im Übrigen frei. Immerhin dürfen sie keine Normen erlassen, welche die Verwirklichung des Bundeszivilrechts verunmöglichen oder seinem Sinn und Geist widersprechen (Prinzip der derogatorischen Kraft des Bundesrechts); insofern hat das kantonale Zivilprozessrecht eine der Durchsetzung des Bundesprivatrechts dienende Funktion ( BGE 104 Ia 105 E. 4a S. 108; 116 II 215 E. 3 S. 218; 118 II 479 E. 2d S. 482 f.).

Weist ein unzuständiges kantonales Gericht die Klage aufgrund des anwendbaren Zivilprozessrechts ab, vereitelt es kein Bundesrecht; dessen Durchsetzung hängt mit anderen Worten nicht vom Institut der Prozessüberweisung ab. Es steht deshalb im Belieben der Kantone, ob sie für das inner- oder auch für das interkantonale Verhältnis die aktive wie passive Prozessüberweisung vorsehen wollen (Dubs, Die Prozessüberweisung im zürcherischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1981, S. 69); sie sind diesbezüglich selbst dort frei, wo der Bundesgesetzgeber gewisse Regelungen betreffend die Fristwahrung bei Eingaben an eine unzuständige Behörde getroffen hat (vgl. BGE 130 III 515 E. 5 S. 519 f. mit Bezug auf Art. 32 SchKG ).

Während sich in den Zivilprozessordnungen älteren Datums durchwegs keine Bestimmungen zur Prozessüberweisung finden, haben in jüngerer Zeit verschiedene Kantone das Institut ausdrücklich geregelt (vgl. Vogel/Spühler, Grundriss des

Zivilprozessrechts, Bern 2006, Kap. 9, N. 116). Für die Zivilprozessordnung des Kantons Solothurns trifft dies nicht zu, und das Obergericht ist von einer Lücke ausgegangen.

#### **E. 4**

Der Bundeszivilgesetzgeber hat sich ausdrücklich zur Lückenhaftigkeit des Gesetzes bekannt (vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB ). Die Lückenfüllung ist nicht strikt auf das Gebiet des Bundeszivilrechts beschränkt; unter Vorbehalt der jeweiligen Besonderheiten kann sie auch in anderen Rechtsgebieten zum Tragen kommen (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N. 48 zu Art. 1 ZGB ), so insbesondere im Bereich des Zivilprozessrechts ( BGE 122 I 253 E. 6a S. 254; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 53).

Indem Art. 1 Abs. 2 ZGB den Richter anweist, im Fall einer Gesetzeslücke nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, verweist er ihn auf eine Rechtsfortbildung modo legislatoris (Honsell, Basler Kommentar, N. 34 zu Art. 1 ZGB ); es geht mit anderen Worten weniger um eine Aussage zur Zuständigkeit als vielmehr zur Methode (Dürr, Zürcher Kommentar, N. 478 zu Art. 1 ZGB ). Die Rüge, das Obergericht habe sich aufgrund seiner Lückenfüllung als Gesetzgeber gebärdet und gegen das Gewaltenteilungsprinzip verstossen, geht deshalb an der Sache vorbei; es ist der Lückenfüllung geradezu inhärent, dass der Richter wie ein Gesetzgeber entscheidet.

Es bleibt die Prüfung der weiteren Rüge, das Obergericht sei in willkürlicher Weise von einer Gesetzeslücke ausgegangen.

#### **E. 5**

Aus den Materialien zur ZPO/SO ergibt sich nach den Feststellungen des Obergerichts nichts zur Frage der Prozessüberweisung; insbesondere kann kein qualifiziertes Schweigen vorliegen, wenn zu diesem Institut überhaupt keine Kundgebung des kantonalen Gesetzgebers bzw. der mit dem Erlass der Prozessordnung befassten Organe ersichtlich ist. Auch den diesbezüglichen Verweisen der Beklagten lässt sich nichts Konkretes entnehmen, soweit es sich dabei nicht ohnehin um unzulässige Noven handelt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ).

Die Auslegung des Prozessrechts folgt im Übrigen den allgemeinen Regeln ( BGE 122 I 253 E. 6a S. 254), so dass keiner der anerkannten Auslegungsmethoden eine vorrangige Bedeutung zukommt ( BGE 127 III 318 E. 2b S. 323 und 415 E. 2 S. 416). Aus dem Sinn und Zweck des Prozessrechts ergibt sich immerhin, dass im Zweifel eine Auslegung zu bevorzugen ist, welche die Durchsetzung des materiellen Rechts erleichtert und es dem Gericht ermöglicht, auf einfachstem und kürzestem Weg zu einem der materiellen Rechtslage entsprechenden Urteil zu gelangen (Guldener, a.a.O., S. 52 f.).

Für den vorliegenden Fall ergibt sich, dass die Lehre, soweit sie sich zur interessierenden Problematik äussert, explizit auf die Lückenfüllung verweist, sei es in allgemeiner Weise (Vogel/Spühler, a.a.O., Kap. 9, N. 116), sei es spezifisch für den Fall - der hier gegeben ist und worauf das Obergericht auch ausdrücklich verweist -, dass die Verbesserung von Mängeln innert einer bestimmten Nachfrist von der betreffenden Zivilprozessordnung zugelassen wird (Dubs, a.a.O., S. 69 ff., insb. S. 70 und 74 f.); sodann spricht sich eine weitere Lehrmeinung gar für die Annahme eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes aus (dazu oben, E. 3). Die gegenteilige Meinung, wonach eine Lückenfüllung unzulässig wäre, wird hingegen, soweit ersichtlich, nirgends vertreten und von der Beklagten jedenfalls auch nicht genannt.

Vor dem Hintergrund, dass der Richter bei der Lückenfüllung bewährter Lehre und Überlieferung zu folgen hat ( Art. 1 Abs. 3 ZGB ), in Anbetracht der dienenden Funktion des Prozessrechts und angesichts der Regelungsfreiheit der Kantone im fraglichen Bereich ist das Obergericht mit der Annahme einer Lücke und der Bejahung der interkantonalen passiven Prozessüberweisung nicht in Willkür verfallen, zumal solche nicht schon vorliegt, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder sogar vorzuziehen wäre, sondern erst, wenn ein Entscheid auf einem offensichtlichen Versehen beruht, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 127 I 54 E. 2b S. 56; 132 III 209 E. 2.1 S. 211), was vorliegend nicht der Fall ist.

#### **E. 6**

Es entspricht gerade dem Wesen der Prozessüberweisung, dass die gesamten Verfahrensakte dem als zuständig bezeichneten Gericht übermacht werden; erweist sich die lückenfüllende Anerkennung des Instituts der interkantonalen Prozessüberweisung nach dem Gesagten als willkürfrei, geht deshalb die Rüge, die Überweisung sämtlicher Akten sei über eine blosser Klageanhebung im Sinn von § 56 ZPO /SO hinausgegangen, an der Sache vorbei.

Ferner wird das auf Art. 9 IPRG gestützte Eventualbegehren um Sistierung bis zur rechtskräftigen Erledigung des zwischenzeitlich in Israel anhängig gemachten Prozesses gegenstandslos, weil Folge der Prozessüberweisung der Fortbestand der Rechtshängigkeit bzw. der Rückbezug auf das Datum der ursprünglichen Klage ist (Frank/Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N. 15 zu § 112; Ruggle/Tenchio-Kuzmic, Basler Kommentar, N. 52 zu Art. 36 GestG ).

#### **E. 7**

Zufolge Beschwerdeabweisung ist der Beschwerdeführerin die Gerichtsgebühr aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Der Gegenpartei ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.