

# ZH\_OBERGERICHT LF220074 vom 13. April 2023

ZH Obergericht, 2023-04-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LF220074](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF220074)

FR: ZH\_OBERGERICHT LF220074 du 13 avril 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT LF220074 del 13 aprile 2023

## Erwägungen

### E. 1.1

Mit Eingaben vom 4. April 2022 und 14. April 2022 (act. 5 und act. 6) gelangte A.\_\_\_\_\_, Gesuchsteller und Berufungskläger (nachfolgend Berufungskläger) an das Einzelgericht in Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Horgen (nachfolgend Vorinstanz) und ersuchte um Ausstellung einer Erbbescheinigung im Nachlass seiner verstorbenen Ehefrau B.\_\_\_\_ (nachfolgend Erblasserin). Die Erbbescheinigung benötigt der Berufungskläger in Zusammenhang mit einer Wohnung in F.\_\_\_\_. Da der letzte Wohnsitz der Erblasserin nicht in der Schweiz lag, setzte die Vorinstanz dem Berufungskläger mit Verfügung vom 21. Juni 2022 Frist an, um nachzuweisen, dass sich die C.\_\_\_\_ Behörden nicht mit dem in der Schweiz gelegenen Nachlass der Erblasserin befassen sowie um ein Zustelldomizil in der Schweiz zu bezeichnen und einen Kostenvorschuss zu bezahlen (act. 9). Mit Verfügung vom 15. September 2022 trat die Vorinstanz auf das Gesuch des Berufungsklägers nicht ein (act. 14 = act. 18 [Aktensexemplar], nachfolgend act. 18).

### E. 1.2

Hiergegen erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 19. September 2022 (Datum Poststempel) fristgerecht Berufung (act. 19). Nach Ablauf der Berufungsfrist reichte der Berufungskläger eine weitere Eingabe nach (act. 23). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–16).

### E. 2.1

Die Vorinstanz verneinte ihre Zuständigkeit gestützt auf Art. 88 Abs. 1 IPRG und erwog, in der vom Berufungskläger mit seinen Eingaben (act. 5 und act. 6) sowie zusammen mit dem Empfangsschein betreffend die Verfügung vom 21. Juni 2022 (act. 13) eingereichten Korrespondenz mit C.\_\_\_\_ Anwälten würden sich diese zwar dahingehend äussern, dass sich die C.\_\_\_\_ Behörden nicht mit dem Nachlass in der Schweiz befassen würden. Die eingereichte Korrespondenz vermöge jedoch nicht den Anforderungen von Art. 88 Abs. 1 IPRG zu genügen, zumal dieser nicht die Qualifikation eines Affidavits oder Gutachtens zukomme. Darüber hinaus habe es der Berufungskläger auch unterlassen, nachzuweisen, bei den C.\_\_\_\_ Behörden einen Antrag gestellt zu haben, worauf diese untätig geblieben seien. Damit sei die internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte nicht gegeben, weshalb auf das Gesuch nicht einzutreten sei (act. 19 S. 3).

### E. 2.2

In seiner Berufungsschrift hält der Berufungskläger an seinem Antrag auf Ausstellung eines Erbscheins fest und führt aus, der Nachweis, dass sich die C.\_\_\_\_ Behörden nicht mit dem in der Schweiz gelegenen Nachlass befassen würden, sei mit dem eingereichten Schreiben seines Anwalts X1.\_\_\_\_ erbracht worden (act. 19).

### **E. 3.1**

Die Erblasserin war C.\_\_\_\_\_ Bürgerin mit letztem Wohnsitz in C.\_\_\_\_\_. Bei einer ausländischen Erblasserin mit letztem Wohnsitz im Ausland sind die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Ort der gelegenen Sache für den in der Schweiz gelegenen Nachlass zuständig, soweit sich die ausländischen Behörden nicht damit befassen (Art. 88 Abs. 1 IPRG). Es handelt sich um eine subsidiäre Zuständigkeit der schweizerischen Behörden am Belegenheitsort. Voraussetzung für die hilfsweise Zuständigkeit der schweizerischen Nachlassbehörden ist, dass die zuständige ausländische Behörde untätig bleibt. Welche Behörden insoweit als zuständig erachtet werden, bestimmt sich nach Schweizer Recht. Dabei soll von der Kompetenz aller derjenigen Behörden ausgegangen werden, deren Rechtshandlungen nach Art. 96 IPRG in der Schweiz anerkannt sind (BSK IPRG-SCHNYDER/LYATOWITSCH/DORJEE-GOOD, 4. Aufl. 2021, Art. 88 N 2 f.). Was die Inaktivität der ausländischen Behörden betrifft, so können die Gründe für die Untätigkeit rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein. Ein rechtlicher Grund liegt vor, wenn der ausländische Wohnsitzstaat in seinem Kollisionsrecht die Zuständigkeit ablehnt. Eine Untätigkeit tatsächlicher Natur liegt dagegen vor, wenn die ausländischen Behörden trotz klarer Zuständigkeit nicht aktiv werden, obwohl die Parteien alle zur Nachlassabwicklung erforderlichen Schritte unternommen haben (ZK IPRG I-KÜNZLE, 3. Aufl. 2018, Art. 88 N 9 ff.). Obwohl die subsidiär angegangene Schweizer Behörde ihre Zuständigkeit grundsätzlich von

- 4 - Amtes wegen zu prüfen hat, darf von der zuständigkeitssuchenden Partei eine gewisse Mitwirkung verlangt werden. Sofern das Tätigwerden der ausländischen Behörden gemäss deren Recht nur auf ein Begehren hin erfolgt, hat die Partei eine Antragsstellung nachzuweisen. Bei rechtlicher Untätigkeit genügt dagegen der Nachweis der ausländischen Rechtsnormen, welche die Nichtbefassung vorsehen, beispielsweise mittels eines Gutachtens oder Affidavits, ohne dass zusätzlich der Nachweis der tatsächlichen Inaktivität erforderlich wäre (SCHNYDER/LIATOWITSCH/DORJEE-GOOD, a.a.O., Art. 88 N 4 mit Verweis auf Art. 87 N 22).

### **E. 3.2**

Zum Nachweis der Inaktivität der C.\_\_\_\_\_ Behörden reichte der Berufungskläger (in zulässiger Form) mit Eingabe vom 4. April 2022 sowie zusammen mit dem Empfangsschein zur Verfügung der Vorinstanz vom 21. Juni 2022 ein Schreiben von Herrn X2.\_\_\_\_\_, einem C.\_\_\_\_\_ Rechtsanwalt und Notar, vom

### **E. 3.3**

Der Vorinstanz ist insoweit beizupflichten, als dass es sich bei der Rechtsauskunft des C.\_\_\_\_\_ Anwalts und Notars um keine behördliche Auskunft handelt und diesem auch nicht die Qualifikation eines Gerichtsgutachtens oder Affidavits zukommt. Im Rahmen einer Untätigkeit rechtlicher Natur, wie sie vorliegend geltend gemacht wird, ist der Nachweis einer Antragsstellung bei der C.\_\_\_\_\_ Behörde indes auch nicht vorauszusetzen. Der Nachweis des ausländischen Rechts kann zudem auch mittels Einreichung einschlägiger Gesetzestexte, publizierter Rechtsprechung und Lehre oder Privat- bzw. Parteigutachten, welche die Nichtbefassung der ausländischen Behörden vorsehen, erfolgen (BGer 5A\_973/2017 vom 4. Juni 2019 E. 4.3). Die vorliegend eingereichte Rechtsauskunft des C.\_\_\_\_\_ Anwalts und Notars ist als Parteigutachten zu qualifizieren und in diesem Sinne geeignet, den Nachweis der Untätigkeit der C.\_\_\_\_\_

Behörden zu erbringen. Allerdings enthält die Rechtsauskunft des C.\_\_\_\_\_ Rechtsanwalts und Notars diverse Unklarheiten. Zunächst bezieht sich der Verfasser eingangs auf die C.\_\_\_\_\_ Zuständigkeit in Nachlassangelegenheiten bezüglich in C.\_\_\_\_\_ wohnhafter Ausländer (act. 5 S. 2), wohingegen die Erblasserin soweit ersichtlich C.\_\_\_\_\_ mit letztem Wohnsitz in C.\_\_\_\_\_ war. Damit könnten die rechtlichen Ausführungen an eine unzutreffende Grundlage anknüpfen und auf den vorliegenden

- 6 - Sachverhalt keine Anwendung finden. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass das C.\_\_\_\_\_ Recht in dieser Konstellation nicht an die Erblasserin, sondern den Erben anknüpft und das Schreiben sich deshalb tatsächlich auf in C.\_\_\_\_\_ wohnhafte Ausländer, sprich den Berufungskläger, bezieht. Selbst wenn davon ausgegangen würde, es handle sich hierbei lediglich um einen Übersetzungsfehler und sich die rechtlichen Ausführungen tatsächlich auf eine C.\_\_\_\_\_ Erblasserin mit letztem Wohnsitz in C.\_\_\_\_\_ beziehen würden, so wird im Schreiben weiter festgehalten, ein C.\_\_\_\_\_s Gericht kümmere sich nicht um den Nachlass in der Schweiz, soweit nicht auch in C.\_\_\_\_\_ Vermögenswerte vorhanden sein würden. Nun führte der Berufungskläger aber selbst aus, dass in C.\_\_\_\_\_ Nachlassvermögen vorhanden gewesen sei, welches der Schwester der Erblasserin als Alleinerbin zugeteilt worden sei (act. 5 S. 5; act. 6). Auch Rechtsanwalt X1.\_\_\_\_\_ führt in seiner E-Mail vom 26. Oktober 2021 aus, dass sich ein C.\_\_\_\_\_s Gericht gegebenenfalls auch mit dem Nachlass in der Schweiz befassen würde, wenn in C.\_\_\_\_\_ ebenfalls Nachlassvermögen vorhanden wäre (act. 5 S. 4). Damit stellt sich die Frage, weshalb – nachdem die Nachlassabwicklung in C.\_\_\_\_\_ offenbar bereits stattgefunden hat – der schweizerische Nachlass nicht in das Nachlassverfahren miteinbezogen worden ist. Dazu äussern sich weder der C.\_\_\_\_\_ Rechtsanwalt und Notar noch Rechtsanwalt X1.\_\_\_\_\_ und es bleibt deshalb unklar, ob und allenfalls in wieweit sich die C.\_\_\_\_\_ Behörden nicht mit dem Nachlass in der Schweiz befasst haben bzw. befassen würden.

### **E. 3.4**

Bei Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit findet der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz nach Art. 255 ZPO Anwendung. Dabei hat das Gericht auf die Klärung des Sachverhalts, d.h. auf die Ergänzung und die genügende Beweis mittelbezeichnung hinzuwirken. Zudem hat es sich über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen. Die Parteien sind allerdings nicht davon befreit, bei der Feststellung des Sachverhalts aktiv mitzuwirken und tragen auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung (KuKo ZPO-JENT-SØRENSEN, 3. Aufl. 2021, Art. 255 N 2 ff.; BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl. 2017, Art. 255 N 5 ff.). Wie oben festgestellt wurde, enthalten die Rechtsauskunft des C.\_\_\_\_\_ Rechtsanwalts und Notars ebenso wie die E-Mail-Korrespondenz

- 7 - mit X1.\_\_\_\_\_ Unklarheiten. Gestützt auf den eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz hätte die Vorinstanz versuchen müssen, diese Unklarheiten auszuräumen und dem Berufungskläger Gelegenheit geben sollen, die Sach- bzw. in dieser Konstellation die Rechtslage zu klären (vgl. dazu auch OGer ZH PF200088 vom 11. März 2021 E. 5.c). Der Berufungskläger hätte aufgefordert werden sollen, sich dazu zu äussern, ob sich die Rechtsauskunft des C.\_\_\_\_\_ Rechtsanwalts und Notars tatsächlich auf eine C.\_\_\_\_\_ Erblasserin mit letztem Wohnsitz in C.\_\_\_\_\_ beziehe und gegebenenfalls, weshalb sich die C.\_\_\_\_\_ Behörden trotz in C.\_\_\_\_\_ vorhandener Vermögenswerte nicht mit dem in der Schweiz belegenen Nachlass befasst haben bzw. befassen würden. Da der

Berufungskläger nicht anwaltlich vertreten ist, wird die Vorinstanz darauf zu achten haben, dass dieser effektiv versteht, inwiefern das von ihm zulässigerweise beigebrachte Parteigutachten unklar ist und was folglich noch zu klären wäre (ZR 118/2019 Nr. 59 = OGer ZH v. 11.10.2019, PD190016, E. III.3.-5.; ZR 118/2019 Nr. 49 = SJZ 116 [2020] 140 f. = OGer ZH v. 09.07.2019, RU190033, E. 4.1. f.; ZR 118/2019 Nr. 17 = OGer ZH v. 30.01.2019, LF190001, E. 3.1. f.).

### **E. 3.5**

Aufgrund des Gesagten ist die Berufung gutzuheissen und der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben. Die Sache ist zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der obenstehenden Erwägungen sowie neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. 4. 4.1. Ist der Prozess zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen, so ist der angefochtene Entscheid auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und die Vorinstanz wird neu darüber zu befinden haben. 4.2. Der Berufungskläger obsiegt im Berufungsverfahren, weshalb er dafür nicht kostenpflichtig wird (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. 104 Abs. 4 ZPO). Mangels einer Gegenpartei fallen die zweitinstanzlichen Kosten ausser Ansatz. Entsprechend ist dem Berufungskläger keine Parteientschädigung zuzusprechen; für eine Entschädigung aus der Gerichtskasse fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage.

- 8 - Es wird erkannt:

### **E. 8**

Dezember 2021, ins Recht. Darin wird festgehalten, nach C.\_\_\_\_\_ Recht werde bezüglich in C.\_\_\_\_\_ wohnhafter Ausländerinnen nur ein Nachlassverfahren eröffnet, sofern Vermögenswerte in C.\_\_\_\_\_ vorhanden seien. Entsprechende Abklärungen hätten ergeben, dass in C.\_\_\_\_\_ keine auf den Namen der Verstorbenen lautende Vermögenswerte vorhanden bzw. diese bereits aufgelöst worden seien, weshalb in C.\_\_\_\_\_ kein Nachlassverfahren (mehr) eröffnet werden würde. Ein C.\_\_\_\_\_s Gericht kümmere sich nicht um den Nachlass einer Verstorbenen in der Schweiz (oder sonst wo ausserhalb C.\_\_\_\_\_s), wenn in C.\_\_\_\_\_ keine auf den Namen der Verstorbenen lautenden Vermögenswerte vorhanden seien. Es sei ausserdem nicht möglich, sich diese Umstände von einem C.\_\_\_\_\_ Gericht schriftlich bestätigen zu lassen. Das Schreiben trägt die Unterschrift des Verfassers sowie einen Stempel "Notarial services attorney – Member of lawyers council of C.\_\_\_\_\_" mit einer Registrierungsnummer sowie einem Ablaufdatum (act. 5 S. 2; act. 13 Blatt 2). Darüber hinaus hat der Berufungskläger noch diverse E-Mail-Korrespondenz mit seinem Anwalt X1.\_\_\_\_\_ der Kanzlei G.\_\_\_\_\_ ins Recht ge- reicht. Mit E-Mail vom 26. Oktober 2021 führt dieser aus, dass ein C.\_\_\_\_\_s Ge- richt sich gegebenenfalls auch mit dem im Ausland liegenden Nachlass einer Ver- storbenen befassen würde, wenn in C.\_\_\_\_\_ ebenfalls Vermögenswerte vorhan-

- 5 - den wären. In diesem Falle sei das C.\_\_\_\_\_ Gericht zur Einsetzung eines Nachlassverwalters zuständig. Wenn allerdings in C.\_\_\_\_\_ keine Vermögenswerte vorhanden bzw. diese bereits anderweitig ausgelöst worden seien, könne eine Bestätigung eines C.\_\_\_\_\_ Rechtsanwalts und Notars eingeholt werden, worin festgehalten werde, dass sich ein C.\_\_\_\_\_s Gericht nicht mit dem in der Schweiz liegenden Nachlass befasse (act. 5 S. 4). Mit E-Mail vom 14. Februar 2022 führt er des Weiteren aus, dass man in C.\_\_\_\_\_ keine Bestätigung einer amtlichen Stelle erhalte, wonach sich die C.\_\_\_\_\_ Behörden nicht um den Nachlass küm- mern würden. Ein C.\_\_\_\_\_s Gericht würde auf eine entsprechende Antragsstel- lung nicht eintreten, allerdings dazu keinen schriftlichen

Nichteintretensentscheid fällen, welcher im Verfahren vor der Vorinstanz eingereicht werden könnte (act. 13 Blatt 3).

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