

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF220074-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw I. Bernheim

Urteil vom 13. April 2023

in Sachen

A._____,
Berufungskläger

betreffend **Erbbescheinigung / internationale Zuständigkeit**

im Nachlass von B._____, geboren tt. April 1955, von C.____ [Staat in Asien],
gestorben tt.mm.2010, wohnhaft gewesen Haus Nr. ..., D.____, Unterbezirk
E._____

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen
vom 15. September 2022 (EM220404)

Erwägungen:

1.

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).

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).

2.

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, nachzu-

weisen, 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).

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).

3.

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 all derjenigen Behörden ausgegangen werden, deren Rechtshandlungen nach Art. 96 IPRG in der Schweiz anerkenbar 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

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).

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 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 gereicht. Mit E-Mail vom 26. Oktober 2021 führt dieser aus, dass ein C._____s Gericht sich gegebenenfalls auch mit dem im Ausland liegenden Nachlass einer Verstorbenen befassen würde, wenn in C._____ ebenfalls Vermögenswerte vorhan-

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 kümmern würden. Ein C._____s Gericht würde auf eine entsprechende Antragsstellung nicht eintreten, allerdings dazu keinen schriftlichen Nichteintretensentscheid fällen, welcher im Verfahren vor der Vorinstanz eingereicht werden könnte (act. 13 Blatt 3).

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

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.

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 Beweismittelbezeichnung 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

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.).

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.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird die Verfügung des Einzelgerichts in Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Horgen vom 15. September 2022 aufgehoben. Die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Berufungskläger sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt über Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw I. Bernheim

versandt am: