

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A_449/2007 /blb

Urteil vom 25. Oktober 2007
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterin Hohl, Bundesrichter Marazzi,
Gerichtsschreiber Möckli.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Pietruszak,

gegen

Y._____,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marco Lanter.

Gegenstand
Erbrechtliche Klage, Prozessüberweisung,

Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn, Zivilkammer,
vom 18. Juni 2007.

Sachverhalt:

A.

Am 15. Oktober 2003 erhob die in den USA wohnhafte Y._____, Bürgerin von S._____, beim Bezirksgericht Zürich eine erbrechtliche Klage gegen ihre in Israel wohnhafte Halbschwester X._____, Bürgerin von T._____. Die Klage bezieht sich auf den Nachlass der Ehegatten E._____ und F._____, Bürger von T._____, die lange Jahre in S._____ lebten und 2002 bzw. 1998 in Israel verstarben.

Das Bezirksgericht Zürich kam zum Schluss, die Erblasser hätten ihren letzten Wohnsitz nicht in S._____, sondern in Israel gehabt. Es beschloss deshalb, mangels örtlicher Zuständigkeit auf die Klage nicht einzutreten, und setzte der Klägerin Frist zur Nennung des Gerichts, an welches die Klage zu überweisen sei.

Das Obergericht des Kantons Zürich wies den gegen diesen Beschluss erhobenen Rekurs ab und überwies das Verfahren gestützt auf § 112 Abs. 1 ZPO/ZH an das Richteramt Thal-Gäu.

Am 28. August 2006 fällte das Amtsgericht Thal-Gäu einen Eintretensentscheid, den das Obergericht des Kantons Solothurn mit Urteil vom 18. Juni 2007 bestätigte.

B.

Gegen das obergerichtliche Urteil hat die Beklagte Beschwerde in Zivilsachen erhoben mit den Begehren, dieses sei aufzuheben und das Verfahren sei nicht anhand zu nehmen, eventualiter sei es zu sistieren, bis in dem vor dem Tel Aviv Family Court hängigen Verfahren in derselben Angelegenheit ein rechtskräftiges Urteil ergangen sei, subeventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es wurde keine Vernehmlassung eingeholt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

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).

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.

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.

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.

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.

6.

Es entspricht gerade dem Wesen der Prozessüberweisung, dass die gesamten Verfahrensakten 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).

7.

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

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in Zivilsachen wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 20'000.-- wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Solothurn, Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 25. Oktober 2007

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: