

Kassationsgericht des  
Kantons Zürich,  
Zirkulationsbeschluss  
vom 12. April 2012, Kass.-  
Nr. AA100129-P/U/ys -.  
Anerkennung und  
Vollstreckung  
ausländischer  
Entscheidungen.  
Auskunftsrechte der  
Erben.

---

Citation: Oliver Arter, Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zirkulationsbeschluss vom 12. April 2012, Kass.-Nr. AA100129-P/U/ys, mit Anmerkungen von Oliver Arter/Stephanie Walter, AJP/PJA 7/2013, 1103seq, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, Switzerland.

## Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

### 4. Internationales Privat- und Verfahrensrecht / Droit international privé et procédure civile internationale

#### 4.1. Internationales Privatrecht – allgemein / Droit international privé – en général

##### 4.1.2. Einzelne Gebiete des IPR / Matières particulières du DIP

#### (1) Internationales Privatrecht/Erbrecht. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen. Feststellung des ausländischen Rechts gemäss Art. 16 IPRG. Auskunftsrechte der Erben.

Kassationsgericht des Kantons Zürich, Kass.-Nr. AA100129-P/U/ys, Zirkulationsbeschluss vom 12. April 2012, i.S. A.X, B.X, C.X, Nebenintervenienten und Beschwerdeführer, sowie ... Bank, Beklagte c. D.X., Kläger und Beschwerdegegner, Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Oktober 2010 (HG060383/U/ho).



**OLIVER ARTER**

lic. iur. HSG, TEP, Rechtsanwalt, Zürich



**STEPHANIE WALTER**

M.A. HSG, Zürich

### I. Sachverhalt

«1. Die drei Beschwerdeführer (Nebenintervenienten) und der Beschwerdegegner (Kläger) sind die vier Nachkommen des im Jahre 2004 in Pakistan verstorbenen X. (nachfolgend Erblasser). Letzterer hatte verschiedene Konto- und Depotbeziehungen zur ... Bank (Beklagte). Mit seinen drei Geschwistern, den Beschwerdeführern, liegt der Beschwerdegegner seit längerer Zeit im Streit. Nach Darstellung der Beklagten war der Beschwerdegegner auch mit dem Erblasser zerstritten [...].

2. Am 1. November 2006 reichte der Beschwerdegegner beim Handelsgericht Klage gegen die Beklagte ein mit dem Antrag um Gewährung der Einsichtnahme in sämtliche auf den Namen seines Vaters allein oder zusammen mit anderen Personen lautenden oder unter Nummernbezeichnung auf diesen Namen lautenden, bei ihr befindlichen oder ihr zugänglichen Konto- bzw. Depotunterlagen für den Zeit-

raum von zehn Jahren vor Klageerhebung und darüber hinaus hinsichtlich früherer Geschäftsjahre, über welche die Beklagte noch Unterlagen besitzt, sowie mit dem Antrag (auf Begehren des Beschwerdegegners und gegen Kostenersatzung) um Aushändigung von Auszügen und Kopien der betreffenden Unterlagen [...].

Die Beklagte verkündete den Beschwerdeführern gemäss § 46 f. ZPO ZH den Streit, worauf diese ihren Beitritt als Nebenintervenienten zum Prozess erklärten. In der Folge nahmen diese ein Angebot der Beklagten, die Prozessführung im Sinne von § 48 ZPO ZH abzutreten, an.

Die in der Klageantwort seitens der Beschwerdeführer erhobene Einrede der Unzuständigkeit wurde vom Handelsgericht mit Beschluss vom 8. Mai 2007 abgewiesen [...]. Auf eine dagegen erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde trat das Kassationsgericht mit Beschluss vom 20. Juni 2008 nicht ein [...] und das Bundesgericht wies die diesbezügliche Beschwerde in Zivilsachen mit Urteil vom 18. Dezember 2008 ab [...]. Mit Beschluss vom 2. April 2009 hiess das Handelsgericht ein Begehren des Beschwerdegegners um Erlass vorsorglicher Massnahmen gut [...]. Mit Urteil vom 5. Oktober 2010 hiess das Handelsgericht die Klage gut und befahl der Beklagten, dem Beschwerdegegner die angebehrte Einsichtnahme in die Konto- und Depotunterlagen zu gewähren [...].

3. Gegen dieses Urteil des Handelsgerichts vom 5. Oktober 2010 richtet sich die vorliegende (rechtzeitig eingereichte) Nichtigkeitsbeschwerde vom 10. November 2010 der drei Beschwerdeführer, mit welcher dessen Aufhebung und Abweisung der Klage, eventualiter dessen Aufhebung und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Neuurteilung beantragt wird (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners; [...]). Mit Präsidialverfügung vom 11. November 2010 wurde der Beschwerde – antragsgemäss [...] – aufschiebende Wirkung verliehen [...]. Die den Beschwerdeführern gleichentags auferlegte Prozesskaution in Höhe von 16'000 Franken wurde innert erstreckter Frist geleistet [...]. Der Beschwerdegegner beantragt mit (rechtzeitig eingereichter und den Beschwerdeführern zur Kenntnisnahme zugestellter [...]) Beschwerdeantwort vom 8. Februar 2011 Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführer; [...]). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet [...].»

### II. Erwägungen

«[...] 3. Die Beschwerdeführer rügen weitere Nichtigkeitsgründe im Zusammenhang mit den Erwägungen der Vorinstanz unter dem Titel «Auskunftsrecht der Erben/Universalsukzession» [...]. Sie monieren diesbezüglich zu-

Die Autoren bedanken sich für die Abschlussredaktion bei EVA WETTSTEIN, Kommunikatorin FH, Zürich, sowie NADINE LÄSER, Zürich.

nächst, die Vorinstanz sei zu Unrecht (resp. in Setzung von Nichtigkeitsgründen im Sinne von § 281 ZPO ZH) davon ausgegangen, dass beim vorliegend anwendbaren pakistanisch-muslimischen Erbrecht das Prinzip der Universalsukzession gelte und gestützt darauf das streitige Auskunftsrecht vom Erblasser auf dessen Erben übergegangen sei:

3.1. Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang zunächst, die Beklagte habe den Gedanken der Universalsukzession nicht substantiiert bestritten. Eine (seitens der Beklagten geltend gemachte) aufgeschobene Teilung des Nachlasses zur Sicherstellung der Schuldentilgung sowie ein auf dem Nachlass lastendes gesetzliches Pfandrecht mit demselben Ziel sprächen nicht gegen eine Universalsukzession und seien mit dem Art. 594 Abs. 1 ZGB vergleichbar. Die von der Beklagten behauptete Kombination eines Erbschaftserwerbs der Erben eo ipso sowie ein Gesamthandverhältnis der Erben in Bezug auf die Erbschaft, ohne dass ein der schweizerischen Universalsukzession analoger Übergang der Rechtsverhältnisse des Erblassers auf die Erben stattfinde, erscheine schon aus rein rechtslogischen Gründen als sehr unwahrscheinlich. Die Beklagte behaupte weder, dass zwingend ein Erbschaftsverwalter oder Willensvollstrecker eingesetzt würde, noch, dass die Erbschaftswerte vorübergehend in einen Trust oder ähnliche Figuren muslimischen und indischen Rechts wie Waqf oder Benami fliessen würden, bevor sie an die Erben verteilt werden könnten. Einzig der Umstand, dass vorerst die Schulden des Erblassers aus der Erbschaft bezahlt werden müssten, bevor die Teilung durchgeführt werden könne, sowie der Umstand, dass die Erben nicht persönlich für die Schulden des Erblassers hafteten, schliesse eine Universalsukzession nicht aus und spreche auch nicht gegen eine solche. Während der Beschwerdegegner überzeugende Gründe genannt habe, welche für die Annahme einer Universalsukzession im muslimischen Erbrecht spreche und auch einen Entscheid des Supreme Court von Pakistan zitiere, in welchem wörtlich von der «universal succession» im muslimischen Recht gesprochen werde, würde die Beklagte nichts vorbringen, was gegen die Annahme eines zur Universalsukzession analogen Rechtsübergangs auf die Erben im muslimischen Recht spreche [...]. Abschliessend erwog die Vorinstanz [...]: *«Beide Parteien haben ihre Standpunkte zur Anwendbarkeit der Universalsukzession im muslimischen Recht mit weitreichender Literatur und Rechtsprechung aus Pakistan belegt. Es muss davon ausgegangen werden, dass weitere, eigene Erhebungen des Gerichts zum in Pakistan anwendbaren muslimischen Recht keine besseren Erkenntnisse bringen würden. Die vorgelegte Literatur und Rechtsprechung spricht eindeutig für die Anwendbarkeit der Universalsukzession im pakistanisch muslimischen Recht. Liessen sich in der pakistanischen Literatur und Rechtsprechung eindeutige Hinweise dafür*

*finden, dass entgegen den eindeutigen Belegstellen des Klägers keine Universalsukzession stattfindet, so wären diese von der Beklagten vorgelegt worden. Damit bliebe nur noch die Variante, dass das entsprechende muslimische Recht nicht eindeutig festgestellt werden könnte. Auch in diesem Falle müsste aber von einer Universalsukzession ausgegangen werden, da somit schweizerisches Recht anzuwenden wäre (Art. 16 Abs. 2 IPRG).»*

3.2. Die Beschwerdeführer rügen in diesem Zusammenhang zunächst eine Verletzung des Anspruchs auf Beweisführung [...]: Sie bringen vor, die Vorinstanz habe zu Recht festgestellt, dass zwischen den Parteien Uneinigkeit darüber bestehe, ob der Grundsatz der Universalsukzession im pakistanischen Recht auf das streitgegenständliche Auskunftsrecht Anwendung finde. Gemäss Art. 16 IPRG sei der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts von Amtes wegen festzustellen, wobei bei vermögensrechtlichen Ansprüchen der Nachweis den Parteien überbunden werden könne. Erst wenn trotz den zumutbaren Nachforschungen zum Nachweis des Inhalts des anzuwendenden ausländischen Rechts dieser nicht feststellbar sei, sei schweizerisches Recht subsidiär anzuwenden. Das Verfahren des Nachweises ausländischen Rechts, insbesondere die prozessualen Formen und Fristen, richteten sich weiterhin nach kantonalem Prozessrecht. Es verletze einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH, wenn das Gericht nach Abschluss des Hauptverfahrens allein gestützt auf die in diesem Verfahren vorläufig eingereichten Beweismittel entscheide, ohne den Parteien bezüglich erheblicher und bestrittener Tatsachen durch Eröffnung eines Beweisverfahrens die Möglichkeit zu geben, ihre Beweismittel abschliessend zu nennen. Sei insbesondere der Inhalt ausländischen Rechts bestritten, müsse das Gericht dazu ein Verfahren durchführen und den Parteien die Möglichkeit einräumen, weitere Beweismittel anzubieten [...].

Das Handelsgericht hätte nur ohne Mitwirkung der Parteien entscheiden dürfen (so die Beschwerdeführer weiter), wenn es sichere Kenntnis des pakistanischen Rechts gehabt hätte. Andernfalls liege eine unsorgfältige Ermittlung des anwendbaren ausländischen Rechts vor, welche den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH erfülle. Dass das Handelsgericht keine sichere Kenntnis gehabt habe, ergebe sich aus seinen Erwägungen [...]. Indem die Vorinstanz trotz der (von ihr zu Recht festgestellten) Uneinigkeit der Parteien bezüglich des Inhalts des pakistanischen Rechts hinsichtlich des Prinzips der Universalsukzession kein Beweisverfahren durchgeführt habe, habe sie einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz und insbesondere den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt. Durch den Verzicht auf ein Beweisverfahren sei nämlich der Beklagten die Möglichkeit genommen worden, ein Gutachten zum Inhalt des – nicht kodifizierten, äusserst komplexen

und sich für jedes muslimische Land anders zusammensetzenden – pakistanischen Rechts anzubieten, welches die Nichtanwendbarkeit des Grundsatzes der Universalsukzession auf das streitgegenständliche Auskunftsrecht nach pakistanischem Recht hätte nachweisen können [...]. Durch die Annahme, die Parteien hätten bereits alle möglichen Erkenntnisquellen des pakistanischen Rechts berücksichtigt, so dass ein Beweisverfahren sich erübrige, habe die Vorinstanz eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen. Es sei davon auszugehen, dass mit einem Gutachten weitere, die Auffassung der Beklagten unterstützenden Erkenntnisse zum pakistanischen Recht hätten produziert werden können [...].

Im gleichen Zusammenhang monieren die Beschwerdeführer sodann, die Vorinstanz habe zu Unrecht erwogen, dass die Beklagte die (seitens des Beschwerdegegners behauptete) Geltung des Prinzips der Universalsukzession im anzuwendenden muslimischen Recht nicht substantiiert bestritten habe [...]. Weiter führen sie aus, selbst wenn von fehlenden bzw. unsubstantiierten Behauptungen der Beklagten zur Frage der Universalsukzession auszugehen wäre, hätte die Vorinstanz dieser gestützt auf die in § 55 ZPO ZH statuierte richterliche Fragepflicht Gelegenheit geben müssen, ihre Vorbringen entsprechend zu vervollständigen bzw. mit zusätzlichen Belegstellen zu substantiieren [...].

Im Übrigen (so die Beschwerdeführer weiter) widerspreche sich die Vorinstanz selber, wenn sie einerseits der Beklagten eine ungenügende Substantiierung der Frage der Universalsukzession vorwerfe, jedoch andererseits auf weitere Erhebungen zur Frage der Universalsukzession nach pakistanischem Recht mit der Begründung verzichte, die Beklagte habe alle ihre Argumente zu diesem Thema bereits abschliessend vorgebracht. Eine solche widersprüchliche Begründung sei klar willkürlich im Sinne von Art. 9 BV [...].

Schliesslich machen die Beschwerdeführer geltend, es sei willkürlich und verletze klares materielles pakistanisches Recht, wenn die Vorinstanz davon ausgehe, dass auch im muslimischen Erbrecht alle Obligationen – auch der in casu fragliche vertragliche Anspruch auf Auskunft – vom Erblasser auf die Erben übergingen [...].

3.3. Gemäss Art. 16 IPRG ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts grundsätzlich von Amtes wegen festzustellen. Der Richter hat entsprechend der Prozessmaxime *iura novit curia* die Verantwortung für die Feststellung des anwendbaren ausländischen Rechts. Er hat sich dementsprechend (soweit möglich) die notwendigen Kenntnisse dieses Rechts anzueignen. Neben eigenen Abklärungen über Rechtsquellen, Judikatur und kommentierende Literatur besteht für das Gericht insbesondere die Möglichkeit, sich (ohne Beanspruchung eines staatsvertraglich

vorgesehenen Verfahrens) beim Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung über ausländisches Recht zu informieren (Art. 3 Abs. 1 lit. c des BG vom 6.10.1978 über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung; SR 425.1). Gegebenenfalls können gerichtliche Behörden im Weiteren für hängige Verfahren gestützt auf das Europäische Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht vom 7.6.1968 von den zuständigen Stellen der Vertragsstaaten kostenlos Auskünfte über Zivil- und Handelsrecht sowie entsprechendes Verfahrensrecht und die Gerichtsorganisation erlangen [...].

Für die Feststellung des anwendbaren ausländischen Rechts kann sodann die Mitwirkung der Parteien verlangt werden. Zu diesem Zweck werden die Parteien aufgefordert, Rechtsquellen sowie Informationen über ausländisches Recht zu beschaffen. Bei vermögensrechtlichen Ansprüchen kann der Nachweis des ausländischen Rechts den Parteien überbunden werden (Art. 16 Abs. 1 IPRG). Fremdes Recht, das im Inland angewendet werden soll, hat nicht Tatsachen-, sondern Normcharakter. Beim Nachweis des ausländischen Rechts handelt es sich daher nicht um einen (Tatsachen-)Beweis im eigentlichen Sinne (weshalb in Art. 16 Abs. 1 IPRG vom Nachweis und nicht vom Beweis des ausländischen Rechts die Rede ist). Die rechtsanwendende Instanz hat die ihr unterbreiteten Nachweise frei zu würdigen. Sie muss mindestens von der Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit und Vollständigkeit überzeugt sein. Misslingt der Nachweis oder hält ihn der Richter aufgrund seiner Würdigung für nicht überzeugend, treten nicht (wie beim Fehlen eines Tatsachenbeweises) die Folgen der Beweislosigkeit ein, sondern ist der Richter nach wie vor an die *Maxime iura novit curia* gebunden, d.h. er muss in einem der Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit entsprechenden Ausmass versuchen, das anwendbare ausländische Recht selbst festzustellen. Beim Misslingen entsprechender Nachforschungen wird ersatzweise schweizerisches Recht angewendet [...].

Sowohl im Fall der Mitwirkung als auch des Nachweises durch die Parteien hat sich der Richter der prozessleitenden Formen und Fristen des kantonalen Prozessrechts für den Tatsachenbeweis sinngemäss zu bedienen, gegebenenfalls durch Erlass eines Beweisauflegebeschlusses gemäss § 136 ZPO ZH [...].

3.4 a) Vorweg ist festzuhalten, dass die Vorinstanz (im Rahmen der hier interessierenden Frage, ob die Erben in die Rechtsstellung des Erblassers eingetreten sind) auf ausländisches Recht, namentlich auf pakistanisch muslimisches Recht, und nicht (im Sinne von Art. 16 Abs. 2 IPRG) auf schweizerisches Recht als Ersatzrecht abgestellt hat.

Daran ändert nichts, dass am Ende der zitierten Entscheidungsbegründung zum interessierenden Punkt (lediglich ergänzungshalber) auf Art. 16 Abs. 2 IPRG (ersatzweise

Anwendung schweizerischen Rechts bei Unmöglichkeit der Feststellung des anwendbaren ausländischen Rechts) verwiesen wird. Es stellt sich daher vorliegend nicht die (im vorliegenden Kassationsverfahren mit Blick auf § 285 ZPO ZH nicht überprüfbare) Frage, ob die Vorinstanz allenfalls zu Unrecht resp. vorschnell (ohne genügend sorgfältige Ermittlung des anwendbaren ausländischen Rechts) schweizerisches Recht als Ersatzrecht angewandt hätte. Auch wird im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht geltend gemacht, die Vorinstanz habe zu Unrecht nicht dasjenige ausländische Recht zur Anwendung gebracht, auf welches das schweizerische Recht verweist, was gestützt auf § 285 ZPO ZH ebenfalls nicht Gegenstand des vorliegenden kantonalen Beschwerdeverfahrens sein könnte.

b) [Die Beschwerdeführer machen weiter geltend], die Vorinstanz habe das anwendbare ausländische Recht nicht sorgfältig genug ermittelt. Das Bundesgericht prüft die Frage der richtigen Anwendung des (nach dem schweizerischen IPRG) massgebenden ausländischen Rechts lediglich bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten (Art. 96 lit. b BGG). Nachdem es sich bei der vorliegenden Streitsache um eine vermögensrechtliche handelt [...] und im Kassationsverfahren davon auszugehen ist, die Vorinstanz habe dasjenige ausländische Recht angewendet, auf welches das schweizerische Recht verweist, ist dieses Vorbringen [...] im vorliegenden kantonalen Beschwerdeverfahren (mit freier Kognition [...]) im Folgenden zu prüfen [...].

3.5 a) Es ist nicht ersichtlich resp. geht aus der angefochtenen Entscheidbegründung nicht hervor, dass die Vorinstanz die Prozessparteien aufgefordert hätte, an der Feststellung des anwendbaren ausländischen Rechts (durch Beschaffung von Rechtsquellen und/oder Informationen über das ausländische Recht) mitzuwirken, oder dass sie dieser gar (durch Beweisaufgabebeschluss) den entsprechenden Nachweis auferlegt hätte. Dennoch würdigte sie im Rahmen ihrer Entscheidungsfindung insbesondere die von den Parteien im Hauptverfahren (zur interessierenden Frage) eingereichten Dokumente (Literaturstellen und Entscheide) und stellte (u.a.) darauf ab, dass die Beklagte (so die Vorinstanz) keine eindeutigen, gegen eine Geltung der Universalsukzession im pakistanischen Recht sprechenden Hinweise aus der pakistanischen Literatur und Rechtsprechung eingereicht habe. Ob dieses Vorgehen zulässig ist resp. ob dies allein einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH darstellte, kann vorliegend offenbleiben, zumal die Beschwerdeführer [...] zu Recht geltend machen, das Handelsgericht habe keine (genügend) sichere Kenntnis vom Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts (bezüglich der Frage nach einem allfälligen Eintritt der Erben in das vertragliche Auskunftsrechts des Erblassers gegenüber der Beklagten resp. nach einer allfälligen [mit dem schwei-

zerischen Erbrecht vergleichbaren] Geltung des Prinzips der Universalsukzession im anzuwendenden pakistanischen Recht) gehabt:

b) Die Vorinstanz erwog, beide Parteien hätten ihre Standpunkte zur Anwendbarkeit der Universalsukzession im muslimischen Recht mit weitreichender Literatur und Rechtsprechung aus Pakistan belegt, welche eindeutig für die Anwendbarkeit der Universalsukzession im pakistanisch muslimischen Recht spreche [...].

Diesbezüglich ist zunächst festzustellen, dass in der angefochtenen Entscheidbegründung lediglich auf vereinzelte Literaturstellen und Entscheide verwiesen wird; von einer breiten Auseinandersetzung mit Literatur und Rechtsprechung zum pakistanischen Erbrecht kann jedenfalls – mindestens was die angefochtene Entscheidbegründung betrifft – nicht die Rede sein.

Die Vorinstanz erwog mit Verweis auf die Vorbringen in der Klageschrift und zwei vom Beschwerdegegner eingereichte Entscheide des pakistanischen Supreme Courts (ohne weitere materielle Auseinandersetzung mit den entsprechenden Entscheiden), diese belegten, dass nach pakistanischem Recht Ansprüche des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes auf seine Erben übergangen [...]. Die Beklagten wenden ein, in den Zitaten des Beschwerdegegners sei nur von «property» die Rede und es gehe daraus nicht hervor, dass auch sämtliche Schulden und Rechte (wie etwa ein allfälliges Auskunftsrecht) des Erblassers ex lege auf die Erben übergangen. Tatsächlich ist in den genannten zwei Entscheiden des pakistanischen Supreme Courts von «property» die Rede [...]. Selbst wenn sich (wie die Vorinstanz erwog) der von der Beklagten angedeutete Umkehrschluss, dass Auskunftsrechte nach muslimischem Recht nicht auf die Erben übergehen könnten, da nur «property» übergehe, nicht aufdrängen sollte [...], herrscht diesbezüglich Unklarheit, insbesondere auch angesichts der im angefochtenen Entscheid zitierten Entscheidpassage [...]: «(...) *the fact that in Islamic law, a piece of property can only be corporeal and material, and a thing which is not considered to be a piece of property cannot be the object of an act of disposition. This is the reason why claims are not transmissible.*

Die Vorinstanz setzte dem fraglichen Einwand der Beklagten [...] folgende Entscheidpassage entgegen [...]: «*(This is the reason why claims are not transmissible.) By a kind of legal fiction, certain departures from the principle are admitted in practice. Hanafi law, for example, allows ownership of a tenure. On the other hand, the term milk is sometimes applied to an obligation (dayn q.v in Suppl.). In any case, the ideal of ownership (milk) predominates over that of obligation (dayn), and in certain texts, one even reaches point where the obligation is reduced to a kind of ownership whose object is a piece of property taken in a figurative sense (mal hukmi.)*

Die Vorinstanz erwog diesbezüglich, ob eine Obligation begrifflich als solche oder aber durch eine Fiktion als Eigentumsrecht besonderer Art bezeichnet und verstanden werde, ändere nichts daran, dass die Erben auch unter muslimischem Recht offensichtlich mit Eintritt des Todes des Erblassers in dessen Rechtsposition einträten [...]. Dem kann insoweit gefolgt werden, als dass es vom im muslimischen Recht geltenden Prinzip (a piece of property can only be corporeal and material, and a thing which is not considered to be a piece of property cannot be the object of an act of disposition) mittels Fiktion (namentlich, indem gewisse Obligationen durch eine Fiktion als Eigentumsrechte besonderer Art bezeichnet und verstanden werden) tatsächlich Abweichungen zu geben scheint. Wie umfassend diese sind und insbesondere, ob etwa auch ein vertragliches Auskunftsrecht darunter fällt, geht daraus jedoch nicht klar hervor.

Die Vorinstanz verweist sodann auf eine (in der Duplik zitierten) Passage aus dem Kommentar zum muslimischen Recht von K.P. SAKSENA, wo (so die Vorinstanz) auch von «Rechten und Verpflichtungen» (und nicht nur von «property») des verstorbenen Muslims die Rede sei, für welche die Erben im Prozess Partei seien [...]. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die fragliche Passage nicht etwa im Zusammenhang mit der Frage der Geltung des Grundsatzes der Universalsukzession, sondern vielmehr mit der Frage einer allfälligen Gesamthandschaft mehrerer Erben steht. Im Weiteren ergibt sich auch aus dieser Literaturstelle nicht detaillierter, in welchem Umfang Rechte und Verpflichtungen auf Erben übergehen.

Mindestens fraglich erscheint sodann, ob der Vorinstanz in der Überlegung gefolgt werden kann, dass die von der Beklagten behauptete Kombination eines Erbschaftserwerbs der Erben eo ipso sowie ein Gesamthandverhältnis der Erben in Bezug auf die Erbschaft, ohne dass ein der schweizerischen Universalsukzession analoger Übergang der Rechtsverhältnisse des Erblassers auf die Erben stattfindet, schon aus rein rechtslogischen Gründen als sehr unwahrscheinlich erscheine [...].

Schliesslich vermag auch der Umstand, dass in einer (replicando zitierten) Passage eines Entscheids des Supreme Courts von Pakistan wörtlich von der «universal succession» die Rede sei [...], nicht zu helfen, zumal nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass dieser Begriff dem dem schweizerischen Erbrecht zugrundeliegenden Prinzip der Universalsukzession gleichgestellt werden kann.

c) Angesichts dieser Unklarheiten fällt (aufgrund der *Maxime iura novit curia* [...]) im Weiteren ins Gewicht, dass aus dem angefochtenen Entscheid nicht hervorgeht, dass die Vorinstanz mit Bezug auf die interessierende Frage nach einem hinsichtlich des fraglichen Auskunftsrechts allfälligen

Eintritt der Erben in die Rechtsstellung des Erblassers resp. einer allfälligen Geltung des (im schweizerischen Erbrecht geltenden) Universalprinzips im pakistanisch muslimischen Erbrecht eigene Abklärungen getätigt hätte (aufgrund der Geltung der *Maxime iura novit curia* geht dabei der Einwand des Beschwerdegegners fehl, ein Gericht habe im Rahmen der Verhandlungsmaxime grundsätzlich nur die von den Parteien angerufenen Beweise abzunehmen [...]). Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass sie beim Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung eine Rechtsauskunft zur interessierenden Frage verlangt oder das Institut mindestens angefragt hätte, ob es sich zu dieser Frage unter angemessenem Zeit- und/oder Kostenaufwand überhaupt zu äussern vermöge [...]. Der Vorinstanz (und dem Beschwerdegegner [...]) kann jedenfalls zum heutigen Zeitpunkt nicht ohne Weiteres gefolgt werden, wenn sie erwog, es müsse davon ausgegangen werden, dass weitere, eigene Erhebungen des Gerichts zum in Pakistan anwendbaren muslimischen Recht keine besseren Erkenntnisse bringen würden [...].

d) Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass der Inhalt des vorliegend anwendbaren ausländischen Rechts seitens der Vorinstanz nicht mit genügender Sorgfalt abgeklärt wurde.

Daran vermag auch die in der vorliegenden Streitsache bereits zum heutigen Zeitpunkt gegebene lange Verfahrensdauer nichts zu ändern [...], welche im Übrigen insbesondere auf den Umstand zurückzuführen ist, dass zunächst über die Unzuständigkeitseinrede (der entsprechende Beschluss des Handelsgerichts wurde sowohl vor Kassations- als auch vor Bundesgericht angefochten) und über den Erlass vorsorglicher Massnahmen zu befinden war. Wenn in diesem Zusammenhang in der Beschwerdeantwort vorgebracht wird, die Beklagte habe mehr als drei Jahre Zeit gehabt, sich die Nachweise für ihre Bestreitungen zurechtzulegen [...], so ist diesbezüglich nochmals auf die im Rahmen der Ermittlung anwendbaren ausländischen Rechts anwendbare *Maxime iura novit curia* sowie darauf hinzuweisen, dass [...] aus dem angefochtenen Entscheid nicht hervorgeht, dass die Parteien zur Mitwirkung bei der Ermittlung des anwendbaren ausländischen Rechts herangezogen worden wären.

e) Lediglich ergänzend sei hinzugefügt, dass es [...] mindestens auf den ersten Blick fragwürdig erscheint [...], wenn der Beklagten in der angefochtenen Entscheidung einerseits mangelnde Substantiierung hinsichtlich des Bestreitens der Geltung des Grundsatzes der Universalsukzession im anwendbaren ausländischen Recht vorgehalten und andererseits im Rahmen der Würdigung der seitens der Parteien (im Hauptverfahren) eingereichten «Beweismittel» erwogen wird, beide Parteien hätten ihre Standpunkte zur Frage der Anwendbarkeit des Prinzips der Universalsuk-

zession im muslimischen Recht mit weitreichender Literatur und Rechtsprechung aus Pakistan belegt.

3.6. Nach dem Gesagten liegt dem angefochtenen Entscheid ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH zugrunde, weshalb er aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (§ 291 ZPO ZH).

Es erübrigt sich daher vorliegend, auf die Vorbringen der Beschwerdeführer betreffend die gerügte Verletzung der richterlichen Fragepflicht [...] und die angebliche Verletzung klaren materiellen pakistanischen Rechts [...] sowie auf die diesbezüglichen Vorbringen in der Beschwerdeantwort einzugehen [...].

6. Die Vorbringen der Beschwerdeführer richten sich im Weiteren gegen die Erwägungen der Vorinstanz unter dem Titel *«Individuelles Auskunftsrecht des Klägers»* [...]:

6.1. Die Vorinstanz hielt fest, dass sich grundsätzlich nach dem Erbstatut (in casu nach pakistanischem Recht) entscheide, ob das fragliche Auskunftsrecht vertraglichen Ursprungs vom Beschwerdegegner alleine oder nur gemeinsam mit den übrigen Erben ausgeübt werden könne. Sie kam zum Schluss, dass dem Beschwerdegegner ein individuelles Auskunftsrecht zustehe und erwog in diesem Zusammenhang insbesondere [...] *«... räumt die Beklagte selbst ein, die Durchbrechung des pakistanischen Gesamthandverhältnisses sei möglich, wenn das Eigentum beispielsweise durch eine unerlaubte Handlung bedroht sei [...]. Da die Parteien übereinstimmend ausführen, dass der Umfang des Gesamthandverhältnisses der Erben im pakistanischen Recht weitgehend ungeklärt sei [...], erscheint es sowohl angesichts der erwähnten Durchbrechung im pakistanischen Erbrecht [...] gerechtfertigt, auch bei Anwendbarkeit pakistanischen Erbrechts dem Kläger als einem von vier Erben das Recht einzuräumen, Auskünfte über den Nachlass individuell einzuholen, wie es im schweizerischen Recht als Grundsatz anerkannt ist (BGE 89 II 87 Erw. 6). Die als Nebenintervenienten in das Verfahren involvierten übrigen Erben haben nicht beantragt, dass die Auskünfte sämtlichen Erben bzw. der Erbengemeinschaft zu erteilen seien.»*

Im gleichen Zusammenhang erwog die Vorinstanz weiter [...]: *«Dass sämtliche Erben in das vorliegende Verfahren involviert sind, hat aber auch weiterreichende prozessuale Auswirkungen: Sämtliche Miterben des Klägers haben als Nebenintervenienten die Prozessführung für die Beklagte übernommen und sich dadurch mehrfach umfassend zur Klage äussern können. Sie bestritten lediglich die geltend gemachten Auskunftsrechte des Klägers, brachten jedoch nicht vor, inwiefern eine Auskunftserteilung an den Kläger den Interessen der Erbengemeinschaft schaden würde. Durch diesen – zwar nicht durch den Kläger bewirkten, aber faktisch vorliegenden – prozessualen Einbezug*

*sämtlicher Erben in das Verfahren wurde sichergestellt, dass sämtliche Mitglieder der Erbengemeinschaft auf gewichtige Nachteile hätten hinweisen können, welche der Erbengemeinschaft drohen würden, wenn die Beklagte dem Kläger Auskünfte geben würde. Auch aus diesem prozessualen Grunde ist der Kläger zur Auskunftsklage individuell legitimiert (BGE 109 II 400 E. 2, 121 III 118 E.3, 125 III 219 E. 1b).»*

6.2. Die Beschwerdeführer monieren zum Einen, die Beklagte habe auf die Undurchlässigkeit des nach pakistanischem Recht geltenden Gesamthandprinzips hingewiesen und lediglich von einer Ausnahme – der Ausweisung von trespassers aus einer Liegenschaft – gesprochen. Mit keinem Wort habe die Beklagte impliziert, dass auch andere Ausnahmen möglich seien. Insofern sei die Verwendung des Wortes *«beispielsweise»* durch die Vorinstanz aktenwidrig im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO ZH. Sie stelle zudem eine willkürliche tatsächliche Annahme im Sinne dieser Bestimmung dar, sofern die Vorinstanz dadurch darauf hindeuten wolle, dass andere Durchbrechungen vom Gesamthandprinzip bekannt seien, was klar nicht der Fall sei [...].

Im Weiteren machen die Beschwerdeführer im vorliegenden interessierenden Zusammenhang mit Verweis auf § 281 Ziff. 3 ZPO ZH eine Verletzung klaren materiellen pakistanischen Rechts geltend: Gemäss Muhammadan Law (so die Beschwerdeführer) gelte der Grundsatz, dass die Erben in Bezug auf die Nachlasswerte eine Gesamthandschaft bildeten. Ein Erbe könne höchstens aufgrund eines *«Succession Certificate»* oder einer ähnlichen gerichtlichen Verfügung, die ihn zum eigenständigen Handeln ermächtige, handeln. Der Beschwerdegegner habe ein *Succession Certificate* beantragt, es aber nie erhalten. Der von der Vorinstanz erwähnte Entscheid PDL 1955 p. 31 [...] betreffe die Ausweisung Dritter aus einer Liegenschaft infolge unerlaubter oder vertragswidriger Handlung und stelle eine absolute Ausnahme vom geschilderten Grundsatz dar, weshalb er als solcher nicht extensiv ausgelegt werden dürfe. Weder die Beklagte noch die Nebenintervenienten hätten sich einer rechtswidrigen Handlung schuldig gemacht und die Gemeinschaft habe hier kein dringliches Interesse daran, dass der Beschwerdegegner detailliert Auskunft über die frühere Kontobeziehung des Erblassers erhalte. Indem die Vorinstanz auf den einzig bekannten Ausnahmefall des Gesamthandprinzips abgestellt habe, der keine Analogieschlüsse mit dem vorliegenden Fall erlaube, habe sie das anwendbare pakistanische Recht willkürlich angewendet. Unter den gegebenen Umständen rechtfertige sich keine Abweichung vom Grundsatz [...].

Den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 3 ZPO ZH sehen die Beschwerdeführer im Weiteren auch dadurch gesetzt, dass die Vorinstanz [...] auf Analogieschlüsse aus

dem schweizerischen Erbrecht abstütze, währenddem sich die Frage nach einer allfälligen Durchbrechung des Gesamthandprinzips ausschliesslich nach dem Erbstatut und somit nach pakistanischem Recht richte. Habe ein Gericht seiner Beurteilung ausländisches Recht zugrunde zu legen, müsse es das fremde Recht so auslegen und anwenden, wie dies ein Gericht im ursprünglichen Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts tun würde. [...] Das anwendbare Muhammadan Law sei sehr klar: Zwischen Erben gelte das uneingeschränkte Gesamthandprinzip. Alleiniges Handeln könne höchstens durch eine gerichtliche Ermächtigung erlaubt werden, welche in casu nicht vorliege. Das Muhammadan Law kenne – im Unterschied zum schweizerischen Erbrecht – keinen Pflichtteilsschutz und keine Ausgleichungspflicht. Die Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung zu Art. 602 ZGB stelle somit vorliegend ein sachfremdes Kriterium zur Würdigung des pakistanischen Rechts dar [...].

Gemäss pakistanischem Recht (so die Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift weiter) sei sodann keine Durchbrechung des Gesamthandprinzips angezeigt, nur weil den Miterben aus einer Handlung eines Erben kein Nachteil erwachse. Nach Muhammadan Law müssten vielmehr alle Miterben mit einer Handlung einverstanden sein, unabhängig von allfälligen der Erbengemeinschaft erwachsenden Nachteilen. Indem sich die Vorinstanz nicht an dem nach pakistanischem Recht aufgestellten Grundsatz des Gesamthandprinzips gehalten habe, habe sie klares materielles pakistanisches Recht verletzt [...]. Dazu komme, dass die Vorinstanz der Beklagten keine Möglichkeit eingeräumt habe, sich zu einem allfälligen Nachteil der Erbengemeinschaft zu äussern. Damit habe sie die in § 55 ZPO ZH statuierte richterliche Fragepflicht und den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt [...].

Schliesslich rügen die Beschwerdeführer auch im vorliegend interessierenden Zusammenhang eine unsorgfältige Ermittlung des anwendbaren ausländischen Rechts: Obwohl die Vorinstanz die Rechtslage nach pakistanischem Recht für unklar erachtet habe, habe sie auf die Erhebung weiterer Beweise verzichtet. Die Vorinstanz habe das anwendbare ausländische Recht auch im vorliegend interessierenden Zusammenhang unsorgfältig ermittelt und dadurch den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH gesetzt [...].

6.3 a) Was die materiellrechtliche Begründung des (nach Ansicht der Vorinstanz gegebenen) individuellen Auskunftsrechts des Beschwerdegegners betrifft, stützte sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid (1) darauf, dass die Parteien übereinstimmend ausgeführt hätten, dass der Umfang des Gesamthandverhältnisses der Erben im pakistanischen Recht weitgehend ungeklärt sei, (2) auf die erwähnte

Durchbrechung im pakistanischen Erbrecht sowie (3) auf die Ansicht von SCHNYDER/LIATOWITSCH im BasK [...].

An der in der Entscheidbegründung diesbezüglich genannten Stelle der Klageantwort wurde Folgendes vorgebracht [...]: *«Der Kläger führt denn auch zu Recht aus, dass bisher keine Entscheidung ergangen ist, wonach nach pakistanischem Recht die Erbengemeinschaft nicht durchwegs gemeinschaftlich vorzugehen hätte. Dies verwundert auch nicht weiter, kennt doch das pakistanische Recht gerade keine Durchlässigkeit des Gesamthandprinzips. Eine Durchbrechung des Gesamthandprinzips in dem Sinne, dass ein einzelner Erbe alleine Auskünfte verlangen könnte, ist dem muslimischen Recht fremd und kann auch nicht per Analogieschluss bezüglich der angeblichen Regelung bei gemeinschaftlichem Eigentum an Grundstücken herangezogen werden. Vielmehr zeigt gerade der Umstand, dass es keine entsprechenden Gerichtsentscheide gibt, dass in diesem Bereich keine dem schweizerischen Recht entsprechende Regelung besteht. Dass kein einziges Gericht in Pakistan bis anhin mit dieser Frage konfrontiert worden wäre und nur deshalb kein entsprechender Entscheid aufzufinden ist, erscheint geradezu als illusorisch. ...»*

Dieses Vorbringen ist klarerweise dahingehend zu verstehen, dass geltend gemacht wurde (mindestens an dieser Stelle der Klageantwort), im pakistanischen Erbrecht gelte (mangels anderslautenden Entscheiden, d.h. Entscheiden, welche von einer Durchlässigkeit des Grundsatzes des Gesamthandverhältnisses der Erben ausgingen) praktisch ausnahmslos der Grundsatz des Gesamthandverhältnisses der Erben. Dass an der hier interessierenden Stelle der Klageantwort geltend gemacht würde, es sei ungeklärt, inwieweit der Grundsatz des Gesamthandverhältnisses der Erben im pakistanischen Erbrecht gehe, ist nicht ersichtlich. Auch an der in der angefochtenen Entscheidbegründung genannten Stelle der Duplik [...] war die Rede von einer *«strikte[n] Regel, dass Rechte aus dem Nachlass nur gemeinsam ausgeübt werden können»* (jedenfalls dann, wenn kein Succession Certificate vorliege) [...].

Dass es neben einem individuellen (Abwehr-)Anspruch einzelner Erben bei Bedrohung des Grundeigentums durch unerlaubte Handlung noch weitere dokumentierte Anwendungsfälle individueller Ansprüche einzelner Erben gibt, kann der angefochtenen Entscheidbegründung nicht entnommen werden. Auch der Beschwerdegegner vermag in der Beschwerdeantwort [...] auf keine weiteren entsprechenden, eindeutigen Entscheidungen aus dem pakistanischen Recht hinzuweisen. In der Klagebegründung [...] brachte er vor, *«leider scheint bisher keine andere Entscheidung [als diejenige betreffend Bedrohung des gemeinschaftlichen Grundeigentums] mit Bezug auf Erbengemeinschaften ergangen zu sein»* [...]. Verweise auf entsprechende Entscheide können auch [...] der Replik des

Beschwerdegegners [...] nicht entnommen werden [...]. Der Beschwerdegegner verweist auf seine Vorbringen in der Replik, wonach er gezeigt habe, dass ein Erbe ein Auskunftsrecht gegenüber einer Bank des Erblassers habe [...]. Er machte an dieser Stelle seiner Replik zwar allgemein ein Auskunftsrecht der Erben gegenüber einer Bank des Erblassers geltend; dass in dem von ihm in diesem Zusammenhang zitierten Entscheid des Superior Courts of Pakistan (1987 CLC 2114, insb. 2119) im speziellen ein *individuelles* Auskunftsrecht *einzelner* Erben begründet werde, wurde jedoch nicht vorgebracht (der Beschwerdegegner führte diesbezüglich lediglich aus, entgegen der Darstellung der Nebenintervenienten ergebe sich daraus aber noch mit keinem Wort, dass ein solches Recht nur gemeinsam ausgeübt werden könne und auch diese zeige nicht, weshalb dies der Fall sein sollte [...]). Weiter hilft es auch nicht, wenn der Beschwerdegegner allgemein vorbringt, er habe gezeigt, dass auch unter pakistanischem Recht anerkannt sei, dass ein Erbe auf die Ehrlichkeit seiner Miterben angewiesen sei, und dass es im pakistanischen Recht auch andernorts für individuelles Vorgehen eines einzelnen Gemeinschafters verschiedenste Anhaltspunkte gebe [...].

b) Insgesamt erscheint es mindestens fragwürdig, aufgrund des Bestehens individueller Abwehransprüche einzelner Erben bei Bedrohung des Grundeigentums durch unerlaubte Handlung resp. aufgrund des Vorliegens eines einzelnen dahingehenden Entscheides auf die (weitere) Durchlässigkeit des Gesamthandprinzips im pakistanischen Recht resp. auf ein individuelles vertragliches Auskunftsrecht des Beschwerdegegners gegenüber der Beklagten zu schliessen. Daran vermag auch der Hinweis auf die geltende Regelung im schweizerischen Recht und der zusätzliche Verweis auf die von der Vorinstanz genannte, relativ unverbindlich gehaltene Aussage von SCHNYDER/LIATOWITSCH im BasK nichts zu ändern.

Unter Verweis auf die vorgehenden Erwägungen II/3.3–3.5 muss nach dem Gesagten auch im vorliegend interessierenden Punkt (Frage eines individuellen Auskunftsrechts des Beschwerdegegners gegenüber der Beklagten) von einer unsorgfältigen Ermittlung des anwendbaren ausländischen Rechts ausgegangen werden. Ob die Rechtsauffassung der Vorinstanz, dem Beschwerdegegner stünde auch nach pakistanischem (wie nach schweizerischem) Erbrecht als einem von vier Erben das Recht zu, Auskünfte über den Nachlass individuell einzuholen, klares materielles pakistanisches Recht verletzt (wie die Beschwerdeführer meinen) oder nicht, kann vorliegend offen gelassen werden (es erübrigt sich daher, weiter auf die entsprechenden Vorbringen in der Beschwerdeschrift und der Beschwerdeantwort einzugehen). Gleiches gilt für die Fragen, ob die Vorinstanz auch mit ihren Erwägungen betreffend die mangelnde Geltendmachung eines allfälligen durch eine Auskunftserteilung

entstehenden Schadens für die Erbengemeinschaft [...] klares materielles pakistanisches Recht verletzte [...], und ob sie in diesem Zusammenhang allenfalls die richterliche Fragepflicht (§ 55 ZPO ZH) und den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzte [...].

7. Nach dem Gesagten liegen dem angefochtenen Entscheid der Vorinstanz Nichtigkeitsgründe im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH zugrunde. Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen zwecks Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.»

### III. Bemerkungen

#### 1. Vorbemerkung

Vorliegendes Urteil des Kassationsgerichts des Kantons Zürich befasst sich u.a. mit der Anerkennung der Erbenstellung bei internationalen Sachverhalten, der Feststellung ausländischen Rechts von Amtes wegen sowie den Auskunftsrechten von Erben gegenüber Banken. Aus Gründen der besseren Verständlichkeit finden sich die Erwägungen des Kassationsgerichts zur Erbenstellung nachstehend (Ziff. III.2.1).

#### 2. Erbenstellung

##### 2.1. Ausführungen in vorliegendem Urteil

«Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid zunächst [...] fest, dass sich die (zwischen den Parteien umstrittene) Frage der Erbenstellung des Beschwerdegegners nach dem in Pakistan geltenden Recht, und zwar hauptsächlich nach dem Muslim Personal Law (und nicht nach dem Succession Act 1925), bestimme [...]. Die Vorinstanz erwog im Weiteren [...], der Beschwerdegegner habe seine Erbenstellung durch die seinerseits eingereichte beglaubigte Erbenfeststellungsverfügung des Einzelrichters in Zivilsachen des Familiengerichts in Lahore (in welcher festgehalten werde, dass der Beschwerdegegner und die Beschwerdeführer gesetzliche Erben des Erblassers seien) dargetan. Die fehlende formelle Anerkennung in der Schweiz (so die Vorinstanz weiter) schade dieser Verfügung nicht. Die Beklagte habe ausser einem allgemeinen Vortrag über die bekannten Voraussetzungen für eine Anerkennung keine konkreten Gründe vorgebracht, weshalb diese vorliegend dauerhaft verweigert werden müsste [...].

Die Beschwerdeführer machen diesbezüglich geltend, die Vorinstanz übersehe, dass in der Klageantwort gegen die Anerkennung der erwähnten Verfügung geltend gemacht worden sei, es fehle eine Rechtskraftbescheinigung. Der Beschwerdegegner habe diesen Einwand replicando nicht bestritten. Gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. b IPRG sei zur Anerkennung eines ausländischen Entscheides der Nachweis zu erbringen, dass gegen die Entscheidung kein ordentliches Rechtsmittel mehr geltend gemacht werden könne oder dass sie endgültig sei. Der Beschwerdegegner habe vor-

liegend keinen entsprechenden Nachweis erbracht bzw. es sei [...] keine Rechtskraftbescheinigung ersichtlich. Indem die Vorinstanz erwäge, die Beklagte habe keine konkreten Gründe gegen die Anerkennung des «Decree in Suits» vom 20. Juli 2004 vorgebracht bzw. indem sie angenommen habe, der Beschwerdegegner habe den Nachweis der Rechtskraft(bescheinigung) erbracht, habe sie zum Nachteil der Beschwerdeführer eine aktenwidrige bzw. willkürliche tatsächliche Annahme im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO ZH getroffen. Gleichzeitig stelle der Verzicht auf den Nachweis einer Rechtskraftbescheinigung bei der bestrittenen Anerkennung eines ausländischen Urteils eine Verletzung von klarem, in Art. 29 Abs. 1 lit. b IPRG verankertem Recht dar. Der Wortlaut dieser Bestimmung sei klar und lasse keinen Raum für Zweifel betreffend seiner Auslegung: Werde kein Nachweis der Endgültigkeit der Entscheidung erbracht, müsse die Anerkennung verweigert werden [...].

Dem angefochtenen Entscheid kann (entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführer [...]) keine Feststellung entnommen werden, wonach der Beschwerdegegner bezüglich der eingereichten Erbenfeststellungsverfügung den Nachweis der Rechtskraftbescheinigung erbracht habe. Eine diesbezügliche Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO ZH ist nicht ersichtlich. Die Vorinstanz hielt im Rahmen der von ihr gestützt auf Art. 29 Abs. 3 IPRG vorgenommenen vorfrageweisen Prüfung der Anerkennung der fraglichen Erbenfeststellungsverfügung für genügend, dass keine konkreten Gründe vorgebracht wurden resp. ersichtlich seien, weshalb eine Anerkennung vorliegend *dauerhaft* verweigert werden müsste [...]. Ob die Vorinstanz damit (wie die Beschwerdeführer meinen) die Bestimmungen des IPRG betreffend Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen, insb. Art. 29 Abs. 1 lit. b IPRG, verletzte [...], ist eine Frage des Bundesrechts und kann daher nicht im vorliegenden kantonalen Beschwerdeverfahren überprüft werden [...]. Gleiches gilt für die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht (mit Verweis auf Art. 29 Abs. 3 IPRG) erwog, die fehlende formelle Anerkennung in der Schweiz schade der fraglichen (Erbenfeststellungs-)Verfügung nicht. Aufgrund dessen kommt im vorliegenden kantonalen Beschwerdeverfahren auch die diesbezügliche Prüfung der Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO ZH (unter welchem Titel bei gegebenen Voraussetzungen auch behauptete Verletzungen klaren, im IPRG statuierten Rechts überprüfbar sind) nicht in Betracht.»

## 2.2. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen

### 2.2.1. Erbrechtliche Anerkennung

Art. 96 IPRG regelt den Kreis der anerkennungsfähigen Rechtsakte und die anerkannte oder indirekte ausländische Zuständigkeit in erbrechtlichen Angelegenheiten. Aus-

ländische Entscheidungen, Massnahmen und Urkunden, die einen Nachlass betreffen, sowie Rechte aus einem im Ausland eröffneten Nachlass werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie (I) im Staat des letzten Wohnsitzes des Erblassers oder im Staat, dessen Recht er gewählt hat, getroffen, ausgestellt oder festgestellt worden sind oder wenn sie in einem dieser Staaten anerkannt werden, oder wenn sie (II) Grundstücke betreffen und in dem Staat, in dem sie liegen, getroffen, ausgestellt oder festgestellt worden sind oder wenn sie dort anerkannt werden (Art. 96 Abs. 1 IPRG). Zudem werden (III) sichernde Massnahmen des Staates, in dem Vermögen des Erblassers liegt, in der Schweiz anerkannt (Art. 96 Abs. 3 IPRG).

### 2.2.2. Allgemeine Annerkennungsvoraussetzungen

Daneben müssen ausländische Entscheidungen die in Art. 25 ff. IPRG beschriebenen übrigen positiven und negativen (allgemeinen) Voraussetzungen einer Anerkennung erfüllen (DURI BERTHER, Die internationale Erbschaftsverwaltung bei schweizerisch-deutschen, -österreichischen und -englischen Erbfällen, Zürich 2001, 249).

Art. 29 IPRG bestimmt für das *Verfahren der Anerkennung*, dass diese entweder in einem eigenständigen Verfahren, welches einzig die Frage der Anerkennung zum Gegenstand hat (Art. 29 Abs. 1 und 2 IPRG), oder in einem Verfahren, in dem die Anerkennung vorfrageweise geltend gemacht wird (Inzidentanerkennung: Art. 29 Abs. 3 IPRG), beurteilt werden kann (BERTHER, a.a.O., 250). Einem Anerkennungsbegehren sind eine vollständige und beglaubigte Ausfertigung der Entscheidung (Art. 29 Abs. 1 lit. a IPRG) sowie eine Bestätigung, dass gegen die Entscheidung kein ordentliches Rechtsmittel mehr geltend gemacht werden kann oder dass sie endgültig ist (Art. 29 Abs. 1 lit. b IPRG), beizulegen. Mit Blick auf das vorliegende Urteil ist vor allem Art. 29 Abs. 1 lit. b IPRG von Interesse.

Als *Anerkennungsvoraussetzung* wird in Art. 25 lit. b IPRG verlangt, dass gegen die ausländische Entscheidung kein ordentliches Rechtsmittel mehr geltend gemacht werden kann oder dass sie endgültig geworden und somit in Rechtskraft erwachsen ist. Der Eintritt der Rechtskraft ist vom Ausschöpfen des Instanzenzugs oder vom unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfristen abhängig, weshalb es für den Exequaturrichter in der Praxis schwierig ist, verlässlich zu bestimmen, ab wann im Urteilsstaat eine Rechtsmittelfrist läuft und wie lange diese dauert. Deswegen verlangt Art. 29 Abs. 1 lit. b IPRG, dass die Rechtskraft oder die Endgültigkeit einer Entscheidung vom Anerkennungskläger mittels einer *Bestätigung* nachzuweisen ist (Daniel Girsberger/Anton Heini/Max Keller/Jolanta Kren Kostkiewicz/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken [Hrsg.] [ZK-BEARBEITER], Zürcher Kommentar zum IPRG, Zürich 2004, ZK-VOLKEN, N 55 zu Art. 29 IPRG).

Die zuständige Behörde hat von Amtes wegen zu prüfen, ob die Endgültigkeit des ausländischen Entscheids tatsächlich gegeben ist. Dabei ist irrelevant, ob die anerkennungsbeklagte Partei die Rechtskraft rechtsgenügend bestritten hat (MARTIN BERNET/NATHALIE VOSER, Praktische Fragen im Zusammenhang mit Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile nach IPRG, SZIER/RSDIE 2000, 437 ff., 461). Die Ausstellung einer *Rechtskraftbescheinigung* erfolgt durch eine Behörde des Urteilsstaates, üblicherweise durch das Gericht, welches geurteilt hat, eventuell durch das Gericht, bei welchem das Rechtsmittel einzulegen (gewesen) wäre.

Welche Urkunden zum Nachweis der Vollstreckbarkeit im Ursprungsstaat geeignet und notwendig sind, beurteilt sich nach dem Recht dieses Staates (JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, Bern 2012, N 140). Bei Entscheidungen von Staaten, die eine formelle Bestätigung der Rechtskraft in derlei Gestalt nicht kennen, kann der Nachweis auch mit Hilfe anderer aktenkundiger Dokumente erbracht werden, denn eine eigentliche Rechtskraftbestätigung ist nicht zwingend erforderlich (KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., N 140; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/ALEXANDER R. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht – Entwicklungen 2010 – unter Einbezug der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Bern 2011, N 56 f.). Vorausgesetzt wird jedoch, dass daraus zweifellos hervorgeht, dass das anzuerkennende und zu vollstreckende Urteil endgültig ist (KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., N 141). So ist etwa möglich, dass von der Kanzlei der betreffenden Rechtsmittelinstanz eine Bestätigung ausgestellt wird, dass innert einer bestimmten Frist (nämlich bis zum Tag der Anfrage) kein Rechtsmittel eingereicht wurde. Wird ferner der Nachweis des Fristenlaufbeginns erbracht und dargelegt, welches die Frist zur Anfechtung mit einem ordentlichen Rechtsmittel gewesen wäre, und ist diese Frist im Zeitpunkt der Bestätigungsausstellung der Rechtsmittelinstanz schon abgelaufen, hat das anerkennende Gericht anzunehmen, dass ein rechtsgenügender Nachweis der Endgültigkeit im Sinne von Art. 25 lit. b und Art. 29 Abs. 1 lit. b IPRG erbracht worden ist (BERNET/VOSER, a.a.O., 463). Der Nachweis der Endgültigkeit mittels Affidavit (eidesstattlicher Erklärung) ist dagegen nicht ausreichend (Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti [Hrsg.] [BasK-BEARBEITER], Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, Basel 2007, BasK-BERTI/DÄPPEN, N 18 zu Art. 29 IPRG; a.A. BERNET/VOSER, a.a.O., 464).

### 3. Feststellung des ausländischen Rechts

#### 3.1. Ermittlung des ausländischen Rechts von Amtes wegen

Mit Art. 16 IPRG wird den rechtsanwendenden Instanzen die Pflicht auferlegt, das gemäss den Kollisionsregeln an-

wendbare ausländische Recht von Amtes wegen zu ermitteln (KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., N 878). Entsprechend der Prozessmaxime *iura novit curia* stehen sie in der Verantwortung, das anwendbare ausländische Recht festzustellen (BasK-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, a.a.O., N 5 zu Art. 16 IPRG). Dafür haben sie die entsprechende ausländische Gesetzgebung und Rechtsprechung sowie allenfalls die Lehre beizuziehen (IVO SCHWANDER/DANIEL FÜLLEMANN, Bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht 2010/2011, AJP/PJA 2011, 1232 ff., 1235 f.). Als Mittel zur Feststellung des anwendbaren ausländischen Rechts steht den Gerichten und Behörden insbesondere auch das *Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung* in Lausanne-Dorigny zur Verfügung, das als Ansprechpartner Auskünfte erteilt und entsprechende Gutachten erstellt (BasK-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, a.a.O., N 7 zu Art. 16 IPRG). Das *Europäische Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht* vom 7. Juni 1968 ermöglicht es den Gerichten zudem, von den zuständigen Stellen der Vertragsstaaten unentgeltlich Auskünfte über Zivil- und Handelsrecht sowie entsprechendes Verfahrensrecht und die Gerichtsorganisation für hängige Verfahren einzuholen (BasK-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, a.a.O., N 8 zu Art. 16 IPRG).

#### 3.2. Mitwirkung der Parteien

Zur Feststellung des anwendbaren Rechts kann das Gericht die Parteien zur Mitwirkung auffordern (Art. 16 Abs. 1 Satz 2 IPRG). Beispielsweise besteht die Möglichkeit, eine Partei aufgrund ihrer Nähe zur ausländischen Rechtsordnung zu ersuchen, Informationen über das anwendbare ausländische Recht zu beschaffen oder rechtskundige Stellen oder Spezialisten zu benennen (BasK-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, a.a.O., N 11 zu Art. 16 IPRG; SCHWANDER/FÜLLEMANN, a.a.O., 1235). Dies erscheint vor allem in Fällen, in denen die Parteien im Ausland Wohnsitz oder Sitz haben, gerechtfertigt, da sich der Inhalt des ausländischen Rechts von dort aus leichter ermitteln lässt (KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., N 880). Die rechtsanwendende Instanz hat die ihr vorgelegten Nachweise frei zu würdigen (BGE 119 II 93 ff., BGE 94 E. 2.c). Sie muss mindestens von der Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit und Vollständigkeit des ausländischen Rechts überzeugt sein (ZK-KELLER/GIRSBERGER, a.a.O., N 44 zu Art. 16 IPRG; BasK-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, a.a.O., N 15 zu Art. 16 IPRG).

In jedem Fall muss das Gericht selbst den Rechtsinhalt überprüfen, soweit dies nicht unverhältnismässig und unzumutbar erscheint, auch wenn beide Parteien, ohne dass ihnen der Nachweis dieses Rechts überbunden wurde, übereinstimmend dasselbe Recht heranziehen (BGer, Urteil vom 7. Juli 2010, 5A\_193/2010, E 2.3–2.4; KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., N 880; SCHWANDER/FÜLLEMANN,

a.a.O., 1236; DANIEL GIRSBERGER/DOROTHEE SCHRAMM, Entwicklungen im schweizerischen internationalen Privatrecht, SJZ 2011, 80 ff., 84). Sollte sich das Gericht ohne Weiteres auf den Vortrag der Parteien stützen, so liegt der Praxis nach eine Verletzung von Art. 16 Abs. 1 IPRG vor. Allerdings darf den Parteien keine Behauptungs- oder Beweislast auferlegt werden. Folgt eine Partei der Mitwirkungsobliegenheit nicht, so hat dies für gewöhnlich nur eine Kostenaufgabe zur Konsequenz (KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., N 880).

Wirken die Parteien nicht mit, sollte die rechtsanwendende Instanz ihre Nachforschungen verstärken; erst wenn Recherchen ergebnislos bleiben, darf schweizerisches Recht ersatzweise angewendet werden (BasK-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, a.a.O., N 12 zu Art. 16 IPRG).

### 3.3. Vermögensrechtliche Ansprüche

Bei *vermögensrechtlichen Ansprüchen* kann den Parteien die Pflicht zum Nachweis des Inhalts des fremden Rechts überbunden werden (Art. 16 Abs. 1 Satz 3 IPRG; BGE 119 II 93 ff., 94 E. 2.c; SCHWANDER/FÜLLEMANN, a.a.O., 1235; vgl. auch den übereinstimmenden Art. 150 Abs. 3 ZPO). Es steht den rechtsanwendenden Instanzen bei vermögensrechtlichen Ansprüchen frei, sich der aktiven Nachforschung zu entziehen (BasK-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, a.a.O., N 13 zu Art. 16 IPRG). Den Nachweis hat jene Partei zu erbringen, die einen Anspruch aus ausländischem Recht ableitet, wobei der anderen Partei der Gegenbeweis offen steht (BasK-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, a.a.O., N 15 zu Art. 16 IPRG).

Gemäss dem Obergericht des Kantons Zürich muss die Pflicht zum Nachweis des Inhalts des fremden Rechts auf *geldwerte, d.h. in Geld berechenbare Ansprüche begrenzt* werden, die nicht zum Schutze einer Partei der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie entzogen sind (Obergericht Zürich, Urteil vom 1. Februar 1990, ZR 1990, 7 ff.; BasK-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, a.a.O., N 13 zu Art. 16 IPRG). Darunter fallen insbesondere Vertrag, unerlaubte Handlung und ungerechtfertigte Bereicherung, aber auch auf Geldleistung gerichtete Ansprüche aus nicht vermögensrechtlichen Verhältnissen wie im Familien- und Erbrecht (ANTON K. SCHNYDER/MANUEL LIATOWITSCH, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Zürich 2011, N 252). Nicht vermögensrechtlich sind Ansprüche, die mit der Zuständigkeit oder anderen Verfahrensfragen zusammenhängen bzw. in Fällen, in denen der staatliche Rechtsschutzanspruch berührt wird (vgl. Obergericht Zürich, Urteil vom 1. Februar 1990, ZR 1990, 7 ff. [betreffend Zuständigkeit zur Testamentseröffnung]; ZK-KELLER/GIRSBERGER, a.a.O., N 28 zu Art. 16 IPRG). Das Gericht hat auch hier den Nachweis zu würdigen und bei fehlender Überzeugung entsprechend dem Grundsatz *iura novit curia* eigene

Nachforschungen anzustellen (BGE 128 III 346 ff., 351 E. 3.2.1; SCHNYDER/LIATOWITSCH, a.a.O., N 253).

### 3.4. Ersatzweise Anwendung schweizerischen Rechts

Sofern der Inhalt des ausländischen Rechts nicht feststellbar ist oder die nachweisverpflichtete Partei den Nachweis nicht erbringt, schreibt Art. 16 Abs. 2 IPRG die ersatzweise Anwendung des schweizerischen Rechts vor. Allerdings schweigt das Gesetz zum Umfang der Bemühungen, die der Richter vornehmen muss, bevor das ausländische Recht als nicht feststellbar gilt (ZK-KELLER/GIRSBERGER, a.a.O., N 58 zu Art. 16 IPRG). Es gilt folglich abzuwägen, wie der vorschnelle Rückgriff auf schweizerisches Recht als Ersatzrecht vermieden und andererseits das Verfahren nicht durch zu umfangreiche Abklärungen übermässig verlängert werden kann (SCHNYDER/LIATOWITSCH, a.a.O., N 253).

Auf Grund der bisherigen Praxis lässt sich zumindest ein gewisses Richtmass betreffend der Intensität der Nachforschungen nach ausländischem Recht ableiten (BasK-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, a.a.O., N 19 zu Art. 16 IPRG). Fest steht, dass sich der Umfang der richterlichen Bemühungen nach dem *Prinzip der Verhältnismässigkeit* und damit der Zumutbarkeit zu richten hat (ZK-KELLER/GIRSBERGER, a.a.O., N 59 zu Art. 16 IPRG). Die Ermittlung des massgebenden Inhalts von nachbarstaatlichem Recht durch das Gericht gilt stets als zumutbar (BasK-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, a.a.O., N 19 zu Art. 16 IPRG). Je weiter hingegen eine ausländische Rechtsordnung entfernt ist, desto schwieriger erscheint eine präzise Beurteilung. Dies gilt ebenso, wenn sie aus einem fremden Rechtssystem hervorgeht (vgl. Zivilgericht Baselstadt, Urteil vom 22. August 1983, BJM 1984, 80 ff., 82 [französisches/belgisches Recht]; Kantonsgericht Wallis, Urteil vom 15. September 1981, ZWR/RVJ 1982, 252 ff., 254 f. [italienisches Recht]; ZK-KELLER/GIRSBERGER, a.a.O., N 68 zu Art. 16 IPRG).

Die ersatzweise Anwendung schweizerischen Rechts erfordert, dass der innere Zusammenhang der Rechtsfrage oder des Rechtsverhältnisses gewahrt bleibt (ZK-KELLER/GIRSBERGER, a.a.O., N 70 zu Art. 16 IPRG). Bei Vorliegen einer echten Lücke, d.h. nicht einer reinen Dokumentationslücke, hat das Gericht diese gemäss den Grundsätzen des massgebenden ausländischen Rechts zu schliessen (ZK-KELLER/GIRSBERGER, a.a.O., N 72 zu Art. 16 IPRG). Sollten sich die entsprechenden Grundsätze nicht ermitteln lassen, so hat es nach Art. 1 und 2 ZGB vorzugehen. Dabei ist dem Richter ein weites Ermessen einzuräumen (ZK-KELLER/GIRSBERGER, a.a.O., N 72 zu Art. 16 IPRG).

## 4. Auskunftsrecht der Erben gegenüber Banken

### 4.1. Erbrechtliches Auskunftsrecht

Art. 607 Abs. 3 ZGB schreibt vor, dass *Miterben, die sich im Besitz von Erbschaftssachen befinden* oder *Schuldner des*

*Erblässers sind*, hierüber bei der Teilung genauen Aufschluss zu geben haben. Weitergehend bestimmt Art. 610 Abs. 2 ZGB, dass die *Erben einander über ihr Verhältnis zum Erblasser* alles mitzuteilen haben, was für die gleichmässige und gerechte Verteilung der Erbschaft zu berücksichtigen ist (BGer, Urteil vom 3. Juli 2003, 5C.14/2003, E. 2.1). Letztere Bestimmung ergänzt die in Art. 607 Abs. 3 ZGB statuierte Informationspflicht um den Aspekt der persönlichen Verhältnisse zwischen den Erben und dem Erblasser.

Anerkannt ist heute, dass Erben auch *Dritten* gegenüber Auskunftsrechte zustehen. Umstritten ist jedoch, auf welche Rechtsgrundlage sich solche Auskunftsrechte stützen. Die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung tendiert dahin, die Informationsrechte der Erben gegenüber Dritten per Analogie zu Art. 607 Abs. 3 ZGB und Art. 610 Abs. 2 ZGB auf diese auszudehnen (BGE 132 III 677 ff., 687 E. 4.2.4; zudem schon BGE 89 II 87 ff., 93 E. 6). Dritte sind aber nicht in jedem Fall *auskunftsverpflichtet*, sondern nur, wenn sie den *Erben gegenüber erbrechtlich verbunden* sind, wie etwa der Empfänger einer Schenkung im Hinblick auf eine allfällige Herabsetzungsklage (BGE 132 III 677 ff., 687 E. 4.2.4).

Im internationalen Verhältnis bestimmt sich Bestand und Umfang von Auskunftsrechten nach dem anwendbaren Erbstatut (Art. 91 Abs. 1 IPRG; Art. 92 Abs. 1 IPRG; BGer., Urteil vom 13. September 2010, 5A\_638/2009, E. 4.2.; BasK-SCHNYDER/LIATOWITSCH, a.a.O., N 5 zu Art. 92 IPRG). Das Erbstatut bestimmt auch, ob Auskunftsrechte durch die Erbengemeinschaft gemeinsam oder von jedem Erben einzeln geltend zu machen sind (BasK-SCHNYDER/LIATOWITSCH, a.a.O., N 5 zu Art. 92 IPRG).

#### 4.2. Vertragsrechtliches Auskunftsrecht

Gemäss Art. 560 Abs. 1 ZGB erwerben die Erben die Erbschaft «als Ganzes» (BGer., Urteil vom 3. Juli 2003, 5C.14/2003, E. 2.1) Dem Wesen der Universalsukzession folgend sind nicht nur sämtliche Vermögensrechte, sondern auch *vertragliche Auskunftsansprüche*, soweit sie nicht höchstpersönliche Rechte des Erblassers beschlagen, umfasst. War ein *Dritter gestützt auf einen Vertrag gegenüber dem Erblasser auskunftsverpflichtet*, so ist er es nach dessen Tod gegenüber den Erben, und zwar *gegenüber jedem Erben einzeln* (BGE 74 I 485 ff., 490 E. 1b; BGE 89 II 87 ff., 93 E. 6). Bei Banken bestehen Auskunftsrechte nicht nur hinsichtlich Konto- und Depotbeziehungen des Erblassers, sondern grundsätzlich auch über stattgefundene Kundenkontakte, Telefongespräche sowie in diesem Zusammenhang erstellte schriftliche Dokumentationen wie Kundenprofile, Aktennotizen oder Anlageziele (BGer., Urteil vom 15. Oktober 2009, 5A\_171/2009, E. 3.5 sowie BGer., Urteil vom 17. April 2012, 4A\_688/2011, mit Anmerkungen von OLIVER ARTER/TENZIN DAHORTSANG, AJP/PJA 2012, 1154 ff., 1159).

In einem neueren Entscheid wurde zudem festgehalten, dass «ein Vertragsverhältnis zwischen der kontoführenden Bank und dem Einzahlenden [besteht], wo dieser nicht auf Weisung des Begünstigten handelt. Umso mehr muss von einem Auftragsverhältnis zwischen der einzahlenden Person und der Bank ausgegangen werden, wenn der Kontoinhaber nicht in Erfüllung einer Schuldpflicht, sondern aus freien Stücken begünstigt werden soll. Verpflichtet sich die Bank bei solchen Vorgängen mit der Entgegennahme des Geldes, dieses entsprechend den Weisungen des Auftraggebers zu verwenden, ist sie diesem beschränkt auf die betreffende Transaktion rechenschafts- und auskunftsverpflichtet» (BGE 133 III 664 ff., 667 f. E. 2.6). Entsprechend können Erben bei Banken Auskunft über Einzahlungsvorgänge verlangen, selbst wenn diese nicht auf ein Konto des Erblassers erfolgten.

#### 4.3. Auskunftsrecht der Erben eines «Wirtschaftlich Berechtigten»

##### 4.3.1. Wirtschaftliches Eigentum und schweizerisches Sachenrecht

Das schweizerische Sachenrecht kennt kein wirtschaftliches Eigentum. Soweit deshalb von wirtschaftlichem Eigentum gesprochen wird, kommt «dem keinerlei rechtliche Bedeutung» zu, denn «für etwas, das es rechtlich nicht gibt, kann im Lichte des Vertrauensprinzips auch kein Ausgleich geschuldet sein» (BGer., Urteil vom 17. Januar 2011, 5A\_732/2010, E. 3).

Gleiches gilt auch für eine – oftmals terminologisch falsch verstandene (vgl. sogleich die nachfolgenden Ausführungen in Ziff. II.4.3.2 ff., in denen auch die Verfasser die in diversen Gerichtsurteilen und in der Literatur verwendete Terminologie der Einfachheit halber aufgreifen) – zivilrechtliche «Wirtschaftliche Berechtigung» an Vermögenswerten (vgl. zum «Wirtschaftlich Berechtigten» OLIVER ARTER, Trusts und Bankbeziehungen – Wer ist «Wirtschaftlich Berechtigter»? , AJP/PJA 2012, 506 ff.).

##### 4.3.2. Vertragliches Auskunftsrecht des «Wirtschaftlich Berechtigten»?

Der «Wirtschaftlich Berechtigte [... hat] kein *vertragliches Recht* [Hervorhebung durch die Verfasser] gegenüber z.B. einer Bank, Auskunft über den Stand eines Kontos zu erhalten, welches von einem Dritten für ihn bei der Bank gehalten wird [...]. Nach der Rechtsprechung geht (dementsprechend) der Anspruch des Erben gegenüber einer Bank, Auskunft über Vermögenswerte, an denen der Erblasser lediglich wirtschaftlich berechtigt war, nicht aus dem Auftrags-, sondern [dem] *Erbrecht hervor*» (vgl. letztmals BGer., Urteil vom 13. September 2010, 5A\_638/2009, E. 4.1 sowie früher bereits BGer., Urteil vom 23. Juli 2002, 4C.108/2002, E. 3c/aa sowie BGE 100 II 200 ff., 211 f. E. 8, 215 E. 9).

Erben eines «Wirtschaftlich Berechtigten» können damit grundsätzlich (vgl. aber Ziff. III.4.3.4) keine vertragsrechtlichen Auskunftsansprüche gegen Banken geltend machen.

#### 4.3.3. *Erbrechtliches Auskunftsrecht des «Wirtschaftlich Berechtigten»*

*Erbrechtliche Auskunftsrechte* der Erben eines «Wirtschaftlich Berechtigten» wären bei Anwendung schweizerischen Rechts gegenüber einer Bank auf Art. 607 Abs. 3 ZGB und Art. 610 Abs. 2 ZGB zu stützen. Ob und inwieweit das schweizerische Erbrecht allerdings Auskunftsrechte vermittelt, wenn Inhaber eines Bankkontos beispielsweise ein Trust oder eine Stiftung ist und Erben eines «Wirtschaftlich Berechtigten» Auskunft verlangen, ist bislang höchstrichterlich ungeklärt (vgl. dazu MICHAEL HAMM/YARA BRUSA, Auskunftsrechte von Erben Wirtschaftlich Berechtigter gegenüber Schweizer Banken?, ST 2013, 67 ff.).

Nach der hier vertretenen Ansicht können von Erben eines «Wirtschaftlich Berechtigten» gegenüber kontoführenden Banken *grundsätzlich* (ausnahmsweise aber anders, vgl. dazu sogleich hinten Ziff. III.4.3.4) keine erbrechtlichen Auskunftsansprüche geltend gemacht werden, allenfalls aber gegenüber dem Vertragspartner der Bank, etwa einem Trustee oder einer Stiftung (zum Ganzen DENIS PIOTET, Les fondements du droit à l'information successorale à charge de tiers non successeurs, Not@lex 2012, 78 ff.; CLAUDE BRETTON-CHEVALLIER, La banque face aux demandes de renseignements des héritiers – Aspects contractuels, successoraux et de droit international privé, Not@lex 2011, 121 ff.; CLAUDIO WEINGART, Anerkennung von Trusts und trustrechtlichen Entscheidungen im internationalen Verhältnis – unter besonderer Berücksichtigung schweizerischen Erb- und Familienrechts, Zürich 2010, 121 ff.; PAUL EITEL/SILVIA BRAUCHLI, Trusts im Anwendungsbereich des schweizerischen Erbrechts, successio 2012, 116 ff., 145 ff.; zudem TARKAN GÖKSU, Informationsrechte der Erben, AJP/PJA 2012, 953 ff.; PETER BREITSCHMID/ISABEL MATT, Informationsansprüche der Erben und ihre Durchsetzung, Insbesondere Informationsansprüche gegenüber Banken über ihre Geschäftsbeziehung mit dem Erblasser, successio 2010, 85 ff.). Kontoführende Banken sind nämlich – im Gegensatz allenfalls zu Trustees oder Stiftungsräten – *Erben gegenüber erbrechtlich nicht verbunden* (BGE 132 III 677 ff., 687 E. 4.2.4).

#### 4.3.4. *Auskunftsrecht bei mangelnder Rechtsgültigkeit des Kontoinhabers*

Nach der hier vertretenen Ansicht bestehen ausnahmsweise *erb- und vertragsrechtliche* Auskunftsrechte gegenüber einer Bank, wenn ein Trust oder eine Stiftung nicht rechtsgültig besteht, ein Trust als «sham trust» zu qualifizieren ist

oder bei einer Stiftung ein Durchgriffstatbestand gegeben ist. Dies bestätigen – bei genauer Analyse – auch diverse kantonale Gerichtsurteile, die Auskunftsrechte dann bejahten, wenn der Erblasser, etwa als «Begünstigter» eines Trusts oder einer Stiftung, der Bank gegenüber *weisungsberechtigt* war und damit eine Art *fiduziarisches Rechtsverhältnis* vorlag (Auskunftsrecht allgemein bejahend Appellationsgericht Tessin, I. Kammer, Urteil vom 3. April 1998, 11.96.00136. E. 2; Appellationsgericht Tessin, II. Kammer, Urteil vom Urteil vom 27. September 2002, 12.2002.00090, E.8; Appellationengericht Tessin, II. Kammer, Urteil vom 1. Dezember 2004, 12.2003.171, E.9.; Auskunftsrecht nur bei Vorliegen eines fiduziarischen Rechtsverhältnisses bejahend Cour de Justice Genf, Urteil vom 20. März 2003, ACJ GE 318/03; Cour de Justice Genf, Urteil vom 10. September 2003, ACJC 895/2003; Appellationsgericht Tessin, II. Kammer, Urteil vom 18. Januar 2006, 12.2004.210, E. 7.1.; Court de Justice Genf, Urteil vom 16. Februar 2006, ACJC/146/2006; [vertragliches] Auskunftsrecht dagegen ablehnend Appellationsgericht Tessin, II. Kammer, Urteil vom 10. Dezember 2010, 12.2010.79, E. 10.3.2).

Besteht dagegen ein *Trust oder eine Stiftung rechtsgültig* und liegt kein «sham trust» bzw. kein Durchgriffstatbestand (mit der Folge eines fiduziarischen Rechtsverhältnisses zwischen Bank und Erblasser) vor, können die Erben eines «Wirtschaftlich Berechtigten» (unter trust- und stiftungsrechtlichen Gesichtspunkten handelt es sich gerade nicht um einen «Wirtschaftlich Berechtigten», sondern einen Begünstigten) eines solchen Trusts oder einer solchen Stiftung nach der hier vertretenen Ansicht keine (schweizerisch-)erbrechtlichen und schon gar keine (schweizerisch-)vertragsrechtlichen Auskunftsansprüche gegen eine *kontoführende Bank* geltend machen, sondern sie haben sich auf *erb-* (wobei bislang nicht höchstrichterlich geklärt ist, ob in solchen Fällen Auskunftsrechte bestehen) *oder trustrechtlicher, nicht aber vertragsrechtlicher*, Grundlage an Trustees und Stiftungsräte zu wenden (vgl. insbesondere zu trustrechtlichen Aspekten GUILLAUME GRISEL, The Right to Information of the Beneficiaries of Trusts and its Enforcement in the Swiss Courts, SZW 2012, 425 ff.).

**This publication may qualify as “Attorney Advertising” requiring notice in some jurisdictions. Prior results do not guarantee a similar outcome.**

**This publication is for general information purposes only, and not intended to constitute legal or other professional advice, and should not be relied on or treated as a substitute for specific advice relevant to particular circumstances. Consequently, this publication should not be relied upon for specific legal and/or tax advice, only be used as a guide to potential legal and/or tax issues and you should seek additional information and advice from legal counsel.**

**An offer to provide a free consultation, or an actual consultation, in person or by phone, signing up for, or attending, seminars and or workshops does not create an attorney-client relationship. An attorney-client relationship is only formed by a signed written agreement.**

**Oliver Arter accepts no responsibility for any loss which may arise from reliance on information or materials in this publication.**

**No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise without the prior permission of Oliver Arter.**

**If you do not wish to receive e-mails from Oliver Arter and want to be removed from the electronic mailing list, please reply to the e-mail with “remove” in the subject heading.**

**Oliver Arter, Consultant, Attorney at law, Bellerivestrasse 201, 8034 Zurich, Switzerland,  
Tel.: 0041 44 386 60 00, Email: oarter@froriep.ch**