



HANS REISER / MARTIN THALMANN

## Sicherung von Vermächtnisansprüchen – die unverteilte Erbschaft als Knacknuss

*Dieser Aufsatz ist Ingrid Jent-Sørensen gewidmet und ihrem Bemühen, stets jenen zu helfen, welche die Gefahr laufen, aus formellen Gründen ihr Recht zu verlieren.*

### I. Vorbemerkungen zum Rechtsschutz

Materielle Rechte ohne Rechtsschutz sind keine Rechte mehr. Zu ihrer Bewahrung bedarf es der Möglichkeit, sie in einem rechtlich geordneten Verfahren durchsetzen zu können. Sie müssen im Konfliktfall verbindlich festgestellt und durch Verurteilung der ihnen Bestand bestreitenden Partei, notfalls auch mit dem Mittel der Zwangsvollstreckung realisiert werden können.

Immer wieder gibt es Situationen, in denen sich evidente Rechte nur mithilfe einer kreativen Justiz realisieren lassen.

Zur Darstellung dieser Problematik soll der nachfolgend geschilderte Fall dienen.

### II. Das gefährdete Vermächtnis

Die wohlhabende Lilo Trümpy, Bürgerin von Winterthur, Patin von Eusebia Hoffnungs froh, als Auslandschweizerin am 1. Dezember 2014 in Nizza verstorben, hatte am 1. Dezember 2005 im Hause Hoffnungs froh in Bülach ein eigenhändiges, formgültiges Testament errichtet und darin letztwillige Verfügungen getroffen. Neben Vermächtnissen zu Gunsten von wohltätigen Institutionen hatte Patin Lilo Trümpy ein Vermächtnis zugunsten von Eusebia Hoffnungs froh im Betrag von CHF 50'000.– ausgerichtet.

Lilo hatte von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, ihren in der Schweiz gelegenen Nachlass der schweize-

rischen Zuständigkeit und dem schweizerischen Recht zu unterstellen. Gegenüber Eusebia Hoffnungs froh hatte Lilo Trümpy öfters darauf hingewiesen, dass sie für die Ausrichtung des Vermächtnisses genügend Mittel in der Schweiz bereitgestellt habe. Nähere Angaben über die Art der Vermögenswerte hatte Lilo nicht gemacht. Ebenso wenig hat sie das Geheimnis preisgegeben, wo und bei welcher schweizerischen Bank diese Werte «parkiert» sind.

Das Testament der Verstorbenen wurde am 1. März 2015 an ihrem Heimatort Winterthur durch das Bezirksgericht Winterthur eröffnet (Art. 87 Abs. 2 IPRG)

Die gesetzlichen, nicht pflichtteilsgeschützten Erben haben alle Wohnsitz in Frankreich und in dessen Überseedepartementen. Die Erben haben Eusebia Hoffnungs froh wiederholt versichert, dass sie den letzten Willen der Erblasserin respektieren wollen. Eine Auszahlung der Vermächtnisse ist unter ihrem Hinweis darauf, dass die notwendigen Instruktionen an die schweizerische Bank aufwendig seien und ausreichend Zeit benötigen, nicht erfolgt.

Fünf Monate nach Eröffnung der letztwilligen Verfügung, am 1. September 2015, wird Eusebia Hoffnungs froh zugetragen, dass Gotte Lilo Trümpy einen Teil ihres Vermögens bei der Bank Nothelfer in Zürich verwahrt habe. Zugleich bringt Eusebia Hoffnungs froh die Konto- und Depotnummer samt allen zur Bezeichnung der Nachlassvermögenswerte erforderlichen Angaben in Erfahrung. Bei diesen Vermögenswerten handelt es sich einerseits um Wertschriften und andererseits um Kontoguthaben. Gleichzeitig bekommt Eusebia Wind davon, dass die Erben bis jetzt nichts unversucht liessen, die Vermögenswerte der Erblasserin bei der Bank Nothelfer, Zürich, auf eine Bank in Panama zu transferieren.

Eusebia Hoffnungs froh könnte zwar am schweizerischen Heimatgerichtsstand der Erblasserin in Winterthur (Art. 87 Abs. 2 IPRG) gegen einen oder mehrere Erben eine Klage auf Ausrichtung des Vermächtnisses (Art. 601 ZGB) anheben. Die Einleitung der Klage al-

lein verhindert aber nicht, dass die Bank zwischenzeitlich die Guthaben auf dem Konto der Erblasserin an die Erben auszahlt. Selbst wenn die Bank einstweilen keine Auszahlung an die Erben vornimmt, würde ein die Klage gutheissendes Urteil Eusebia Hoffnungsfroh nicht viel weiterhelfen, da die Voraussetzungen für eine Betreuung der Vermächtnisforderung nicht gegeben wären. Die einzelnen Erben können in der Schweiz bei fehlendem schweizerischen Wohnsitz nicht betrieben werden (Art. 46 SchKG). Erst ein gültig vollzogener Arrest würde einen besonderen Betreuungsort am Ort des gültig vollzogenen Arrestes begründen (Art. 52 SchKG). Ohne Arrest bleibt Eusebia Hoffnungsfroh nur die Möglichkeit, eine kostenintensive Anerkennung und Vollstreckung des schweizerischen Urteils in Frankreich und allenfalls in dessen überseeischen Departementen in zu erwirken.

Eusebia Hoffnungsfroh erkennt, dass Gefahr in Verzug ist.

### III. Arrest und spezielle erbrechtliche Sicherungsmassregeln

Die Vollstreckung von Ansprüchen auf Geldzahlung und auf Sicherheitsleistung richtet sich nach den Bestimmungen des SchKG (Art. 38 SchKG). Entsprechend sind auch für sichernde Massnahmen bei der Vollstreckung von Geldforderungen die Arrestbestimmungen des SchKG (Art. 271 ff. SchKG), und nicht die Regeln der ZPO betreffend vorsorgliche Massnahmen (Art. 269 lit. a ZPO), anwendbar.

Spezielle Schutzvorschriften im Zusammenhang mit dem Erbgang zugunsten von bestimmten Personen kennt das Erbrecht gleichwohl. Zu nennen ist an dieser Stelle Art. 594 ZGB. Diese Bestimmung schützt ausdrücklich die Erbschaftsgläubiger und – abgeschwächt – auch die Vermächtnisnehmer. Anders als die Gläubiger des Erblassers können die Vermächtnisnehmer zu ihrem Schutz nicht die amtliche Liquidation der Erbschaft beantragen. Zudem gehen die Vermächtnisnehmer den Gläubigern der Erbschaft im Rang nach (Art. 564 Abs. 1 i. V. m. Art. 486 ZGB).

Diese Schutzvorschriften gewähren einen eigenständigen, von den Bestimmungen des ZPO über vorsorgliche Massnahmen sowie den Arrestbestimmungen des SchKG losgelösten Schutz, und ergänzen diese. Art. 269 lit. b ZPO behält die Bestimmungen des ZGB über erbrechtliche Sicherungsmassregeln denn auch ausdrücklich vor.

Jeder einzelne Vermächtnisnehmer kann nach Massgabe von Art. 594 Abs. 2 ZGB ein Begehren um geeignete Sicherungsmassregeln stellen. Eine dieser Sicherungsmassregeln besteht im amtlichen Verbot an den Erbschaftsschuldner, an die Erben zu zahlen<sup>1</sup>. Dieses

Zahlungsverbot ist im Ergebnis in seiner Funktion und Wirkung einer Verarrestierung von Vermögenswerten gemäss SchKG vergleichbar. Allerdings lassen sich auf diesem Weg die Ansprüche der Vermächtnisnehmer zwar sichern, aber eine Realisierung dieser Ansprüche auf dem Weg der Zwangsvollstreckung bleibt verwehrt, da das amtliche Verbot im Gegensatz zu einem vollzogenen Arrest keinen schweizerischen Betreuungsort begründet.

Die erbrechtlichen Sicherungsmassregeln setzen wie der Arrest ein Begehren des Berechtigten voraus. Anders als der Arrest verlangt die Anordnung von Sicherungsmassregeln nach Art. 594 ZGB ein vorgängiges Begehren auf Leistung oder Sicherstellung und sie können nur innert einer Frist von drei Monaten ab Tod des Erblassers bzw. ab Eröffnung der letztwilligen Verfügung verlangt werden. Der Arrest kennt weder eine vorgängige Aufforderung zur Leistung oder Sicherstellung (der Vollzug des Arrestbefehls erfolgt ohne Vorankündigung überfallartig), und die Stellung eines Arrestbegehrens ist auch an keine Verwirkungsfrist gebunden.

Es ist offenkundig, dass Eusebia im jetzigen Zeitpunkt kein Sicherungsbegehren nach Art. 594 ZGB mit Aussicht auf Erfolg stellen kann. Zum einen fehlt es an einer vorgängigen Aufforderung zur Zahlung an die Verpflichteten, zum anderen ist ihr Anspruch fünf Monate nach Eröffnung des Testaments verwirkt.

Es sei an dieser Stelle angemerkt, dass Eusebia Hoffnungsfroh gar nie in der Lage war, ein rechtzeitiges Begehren auf Anordnung von Sicherungsmassregeln innert der kurzen Verwirkungsfrist von drei Monaten zu stellen. Sie hat erst nach Ablauf dieser Frist – am 1. September 2015 – erfahren, welche Guthaben mit einem Zahlungsverbot hätten belegt werden können.

Als Notnagel verbleibt ihr einzig und allein der Arrest nach SchKG. Glück hat sie insofern, als vorliegend ein Geldvermächtnis und damit eine Geldforderung zur Debatte steht. Bei einem Sachvermächtnis wäre der Arrest von vornherein ausgeschlossen.

## IV. Arrest

### A. Verarrestierung des Liquidationsanteils der einzelnen Erben

Der Arrest ist primär an drei Grundvoraussetzungen geknüpft: Existenz der (Geld)forderung des Gläubigers, Vorliegen eines Arrestgrundes sowie Vorhandensein von in der Schweiz belegenen Vermögenswerten, die dem Schuldner gehören. Diese Voraussetzungen sind glaubhaft zu machen bzw. müssen mutmasslich gegeben sein.

Die Existenz einer in letztwilliger Verfügung ausgerichteten Geldforderung über CHF 50'000.– lässt sich unschwer glaubhaft machen. Mit dem ziffernmässig bestimmten Vermächtnis in der formgültigen letztwilli-

<sup>1</sup> HANS RAINER KÜNZLE in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, Basel 2012, Art. 594 ZGB N 10.

gen Verfügung liegt eine Schuldanerkennung und damit gleichzeitig ein provisorischer Rechtsöffnungstitel vor<sup>2</sup>.

Mit ihrer Absicht, Vermögenssubstrat aus der Schweiz ins Ausland zu transferieren und der beharrlichen Weigerung, die Vermächtnisse auszurichten, haben die verpflichteten Erben die objektiven und subjektiven Kriterien des Arrestgrundes der Schuldnerflucht nach Art. 272 Ziff 2 SchKG erfüllt<sup>3</sup>. Bei erfolgreicher Glaubhaftmachung dieses Arrestgrundes erübrigt sich auch die Frage nach der Fälligkeit der Vermächtnisforderung – sie wird kraft betreibungsrechtlicher Bestimmung mit vollzogener Verarrestierung fällig.

Sollte sich der Arrestgrund der Schuldnerflucht nicht hinreichend belegen lassen, wäre der Arrestgrund von Art. 271 Ziff. 4 – Forderung beruht auf einem provisorischen Rechtsöffnungstitel – zu prüfen.

Die schwierigste Klippe für einen erfolgreichen Arrest bildet die dritte Grundvoraussetzung:

Vorhandensein von in der Schweiz belegenen Vermögenswerten, die dem Schuldner gehören (Art. 272 SchKG).

Lilo Trümpy hatte das Vermächtnis nicht zulasten eines bestimmten Erben ausgesetzt. Damit haftet jeder einzelne Erbe solidarisch für die Ausrichtung des Vermächtnisses<sup>4</sup>.

Will Eusebia einen Erben persönlich belangen, kann sie ausschliesslich dessen Vermögen verarrestieren lassen («das, was dem Schuldner gehört»). Einziger ihr bekannter Vermögenswert mit schweizerischer Anknüpfung sind die Bankguthaben der Erblasserin bei der Bank Nothelfer in Zürich.

Soweit diese Nachlassvermögenswerte unter den Erben noch nicht aufgeteilt sind, sind daran alle Erben zur gesamten Hand berechtigt. Dem Schuldnererben selbst steht nur ein Anteilsrecht an den Nachlassvermögenswerten zu, der sogenannte Liquidationsanteil. Entsprechend kann der Gläubiger auch nur dessen Liquidationsanteil am unverteilter Nachlassvermögen – und nicht die entsprechenden Vermögenswerte direkt – mit Arrest belegen lassen<sup>5</sup>.

Nach der aktuellen Praxis des Bundesgerichtes ist der Liquidationsanteil des Arrestschuldners und Erben an dessen Wohnsitz belegen mit der Begründung, dass Anteilsrechte am Wohnsitz des Berechtigten zu pfänden seien (Art. 2 VVAG). Der Liquidationsanteil eines Erben mit Wohnsitz im Ausland liegt damit nie in der Schweiz, auch wenn die entsprechenden Vermögenswerte effektiv

in Tresoren einer Bank schlummern bzw. aus Bankguthaben bei einer Bank mit Sitz in der Schweiz bestehen<sup>6</sup>. Eine Verarrestierung des Liquidationsanteils wäre nach Meinung des Bundesgerichts demnach nur am schweizerischen Wohnsitz des Erben und Arrestschuldners möglich. Diese Voraussetzung ist offenkundig bei keinem Erben erfüllt – mithin verfügt kein Erbe über Vermögenswerte, die in der Schweiz belegen sind.

Dieselben Vermögenswerte, die zu Lebzeiten der Erblasserin bei Vorliegen eines Arrestgrundes in der Schweiz mit Arrestbeschlagnahme belegt werden können, sind bei ausländischem Wohnsitz des Erben und Arrestschuldners schlagartig der schweizerischen Zwangsvollstreckung entzogen.

Diese «Vollstreckungsimmunität» eines im Ausland wohnhaften Schuldners mit in der Schweiz geerbtem und hier parkiertem Vermögen, ist sachlich nicht zu begründen und unbefriedigend<sup>7</sup>.

Diesem Problem hat sich eine am 11. März 2015 von Nationalrat *Lukas Reimann* eingereichte parlamentarische Initiative angenommen<sup>8</sup>. Auf diese Initiative hat der Bundesrat mit einer Änderung der VVAG reagiert.

## B. Direkte Arrestierung der einzelnen Erbschaftsaktiven der unverteilter Erbschaft Ausweg

Das Vorhaben, die einzelnen Erben persönlich zu belangen und zu diesem Zweck deren Liquidationsanteile an der noch unverteilter Erbschaft verarrestieren zu lassen, hat sich als praktisch aussichtslos erwiesen. Ebensovienig kommt ein Arrest gegen die verstorbene Lilo Trümpy persönlich in Frage. Ein Arrest gegen einen bereits Verstorbenen ist ausgeschlossen. In einem vom Bundesgericht beurteilten Fall hatte das Betreibungsamt erst im Lauf des Verfahrens in Erfahrung gebracht, dass der Schuldner bereits im Zeitpunkt, in dem das Arrestgesuch gestellt wurde, verstorben war. Zu Recht hatte das Betreibungsamt die von ihm getroffenen Massnahmen aufgehoben<sup>9</sup>.

Ein Ausweg aus dieser Sackgasse kann darin bestehen, dass Eusebia statt dessen die Erbschaft als solche ins Visier nimmt und versucht, Vermögenswerte der unverteilter Erbschaft direkt mit Arrestbeschlagnahme belegen zu lassen.

Art. 49 SchKG lässt eine Vollstreckung in den noch unverteilter Nachlass für Erbschaftsschulden zu. Die unverteilter Erbschaft, obwohl keine juristische Person, ist damit kraft spezieller gesetzlicher Anordnung beschränkt auf die Erbschaftsschulden, passiv betreibungsfähig bzw. parteifähig, solange die Teilung nicht

<sup>2</sup> DANIEL STAEHELIN in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), BSK-SchKG I, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 82 SchKG N 66.

<sup>3</sup> WALTER STOFFEL in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), BSK-SchKG II, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 271 SchKG N 68 ff.; FELIX C. MEIER-DIETERLE, in: Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 271 SchKG N 19.

<sup>4</sup> THOMAS WEIBEL in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Basel, 2007, Art. 603 ZGB N 6.

<sup>5</sup> BGE 109 III 90, 92, E. 1. MAGDALENA RUTZ/JÜRIG ROHR in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), BSK-SchKG I, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 132 SchKG N 4.

<sup>6</sup> BGE 118 II 62, 66, E. 2; BGer 5A\_435/2014, E. 3.2.

<sup>7</sup> FELIX RAJOWER, Sicherstellung und Arrest im Recht der direkten Bundessteuer und nach Zürcherischem Steuergesetz, ZZZ 2006/11, 353 ff., spez. 365.

<sup>8</sup> Zum Vorschlag der Änderung der VVAG, vgl. DANIEL STAEHELIN, Das internationale Betreibungsrecht, BLSchKG 2015/4, 131 f.; die Änderung der VVAG tritt am 1.1.2017 in Kraft.

<sup>9</sup> BGE 120 III 39.

erfolgt, eine vertragliche Gemeinderschaft nicht gebildet oder eine amtliche Liquidation nicht angeordnet ist.

Betrieben werden kann die unverteilte Erbschaft für alle Schulden des Erblassers<sup>10</sup>. Zu den Schulden des Erblassers gemäss Art. 603 ZGB zählen auch Vermächtnisschulden, denn sie wurden bereits begriffsnotwendig durch den Erblasser begründet, wenn auch unter der Suspensivbedingung seines Todes<sup>11</sup>. Entsprechend ist auch für Vermächtnisschulden und entsprechende Forderungen eine Betreuung in die unverteilte Erbschaft zulässig.

Ihr Betreuungsort ist der Ort, an dem der Erblasser zur Zeit seines Todes betreiben werden konnte.

Ist eine Betreuung gegen die unverteilte Erbschaft unter gegebenen Voraussetzungen zulässig, so muss auch ein Arrest gegen sie hinsichtlich der einzelnen Erbschaftsaktiven möglich sein (OGer ZH, II ZK, vom 27.8.2001, Erw. 2.2., ZR 74 Nr. 42; ZR 55 Nr. 145 Erw. 2). Als superprovisorische vorsorgliche Massnahme dient der Arrest der Sicherstellung des Zugriffs des Gläubigers auf die betreffenden Vermögenswerte.

Bei der Verarrestierung von Vermögenswerten einer unverteilter Erbschaft sind die einzelnen Erbschaftsaktiven zu verarrestieren<sup>12</sup>. Der Lageort bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln und er ist massgebend für die alternative Zuständigkeit des Arrestgerichtes im Sinne von Art. 272 Abs. 1 SchKG. Damit ist unabhängig vom allenfalls fehlenden Wohnsitz der Beteiligten in der Schweiz eine Verarrestierung der in der Schweiz gelegenen Nachlassaktiven der unverteilter Erbschaft möglich<sup>13</sup>. Im vorliegenden Fall liegen die fraglichen Vermögenswerte bei der Bank Nothelfer als Verwahrerin der Wertschriften und Drittschuldnerin der Bankguthaben, und damit in Zürich.

Alle drei Grundvoraussetzungen für den Arrest sind erfüllt. Nach dem gültig vollzogenen Arrest kann Eusebia Hoffnungsfroh gestützt auf Art. 52 SchKG am Arrestort die Arrestbetreuung einleiten.

Die Erblasserin hat ihr in der Schweiz gelegenes Vermögen der schweizerischen Zuständigkeit und dem schweizerischen Recht unterstellt (Art. 87 Abs. 2 IPRG). Zur Abwicklung ihrer letztwilligen Verfügung hatte sie Vermögenswerte in die Schweiz verbracht. Zugleich hat die Erblasserin von der Verlässlichkeit des schweizerischen Rechtsraumes profitiert. Der direkte Zusammenhang zwischen der Arrestforderung (Vermächtnis) und den fraglichen Vermögenswerten besteht und ist nicht nur zufälliger Natur<sup>14</sup>.

Es wäre mehr als merkwürdig, wenn diese in der Schweiz belegenen Vermögenswerte, die bei Lebzeiten von Lilo und bei gegebenem Arrestgrund ohne weiteres mit Arrestbeschluss hätten belegt werden können, nach dem Tod von Lilo mit einem Schlag jeglichem Zugriff der Gläubiger entzogen wären.

<sup>10</sup> ERNST SCHMID in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), BSK-SchKG I, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 49 SchKG N 1.

<sup>11</sup> WEIBEL (FN 4), Art. 603 ZGB N 6.

<sup>12</sup> SCHMID (FN 8), Art. 49 SchKG N 7.

<sup>13</sup> BGE 102 III 1.

<sup>14</sup> Vgl. zum direkten Zusammenhang zwischen Vermögensgegenständen und der Arrestforderung: Urteil des Obergerichts Zürich vom 16. März 2016, PS160037-O, E. 3.3.