

# **BGer 5A\_127/2022 vom 31. Oktober 2022**

Bundesgericht, 2022-10-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_127\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_127_2022)

FR: TF 5A\_127/2022 du 31 octobre 2022

IT: TF 5A\_127/2022 del 31 ottobre 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist ein Urteil des oberen kantonalen Gerichts, welches als Rechtsmittelinstanz im Rahmen eines (verweigerten) Arrestgesuchs verfahrensabschliessend entschieden hat ( Art. 75 Abs. 1, Art. 90 BGG ). Der angefochtene Entscheid kann Gegenstand einer Beschwerde in Zivilsachen sein ( Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG ). Der Streitwert ist jedenfalls erreicht ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ); der Beschwerdeführer ist zur Beschwerdeerhebung befugt ( Art. 76 Abs. 1 BGG ).

### **E. 1.2**

Der Entscheid betrifft den Arrest. Dabei handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG ( BGE 135 III 232 E. 1.2; Urteil vom 5A\_697/2020 vom 22. März 2021 E. 2.1, nicht publ. in BGE: 147 III 491, publ. in Pra 2022 Nr. 34 S. 355). Der Beschwerdeführer kann nur eine Verletzung seiner verfassungsmässigen Rechte rügen.

### **E. 1.3**

Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist zu begründen ( Art. 106 Abs. 2 BGG ), wobei hier das Rügeprinzip gilt ( BGE 133 III 589 E. 2). Auch die Anwendung von Bundesgesetzen wird im Rahmen von Art. 98 BGG nur auf Willkür, d.h. auf eine Verletzung von Art. 9 BV hin geprüft (vgl. BGE 116 II 625 E. 3b; Urteil 5A\_261/2009 vom 1. September 2009 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 135 III 608 ; zum Willkürbegriff vgl. BGE 148 III 95 E. 4.1). Willkürlich ist ein kantonaler Entscheid u.a. dann, wenn ein Gericht ohne nachvollziehbare Begründung von der eigenen bzw. bundesgerichtlichen Rechtsprechung abweicht (vgl. BGE 148 III 95 E. 4.1; VON WERDT, in: Bundesgerichtsgesetz [BGG], 2. Aufl. 2015, N. 12 zu Art. 106 BGG ).

### **E. 1.4**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ).

## **E. 2**

Eine Erbschaft sei gemäss Art. 49 SchKG zwar betreibungsfähig, allerdings nur, sofern insbesondere keine Erbteilung stattgefunden habe, und der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes "betrieben werden konnte". Diese setze einen Betreibungsort ( Art. 46-52 SchKG ) voraus. Das bedeute im Fall von Art. 52 SchKG (Betreibungsort am Arrestort), dass bereits zu Lebzeiten des Erblassers ein Arrest gelegt (vollzogen) worden sei, denn nur in diesem Fall bestehe im Zeitpunkt des Todes ein Betreibungsort am Arrestort. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt. Der Beschwerdeführer könne am Arrestort keine Zwangsvollstreckung (Betreibung) gegen den Nachlass durchführen, womit auch die Möglichkeit entfalle, gegen den Nachlass in V.\_\_\_\_\_ bzw. der Schweiz einen Arrest zu legen. Die frühere

gegenteilige Praxis (ZR 51/1952 Nr. 81) werde hiermit aufgegeben. Im Ergebnis sei die Abweisung des Arrestgesuchs durch die Erstinstanz richtig.

## **E. 2.5**

Der Beschwerdeführer wehrt sich gegen die Unzulässigkeit des Arrestgesuchs und die zugrunde liegende Auffassung des Obergerichts, dass in der Schweiz keine Betreuung am Arrestort und daher auch kein Arrestgesuch möglich sein soll.

2.1.1. In der Beschwerde wird u.a. auf die protokollierte Meinung der Minderheit des Obergerichts hingewiesen. Entgegen der (Mehrheits-) Auffassung der Vorinstanz bestehe vielmehr gemäss Art. 49 SchKG ein möglicher Zwangsvollstreckungsort am Arrestort ( Art. 52 SchKG ) gegen die ungeteilte Erbschaft als Beschwerdegegnerin in der Schweiz.

2.1.2. Indem das Obergericht verlange, dass ein Arrest bereits zu Lebzeiten des Erblassers hätten vollzogen sein müssen, um gegen eine ungeteilte Erbschaft vorgehen zu können, verstosse sie gegen Art. 9 BV . Damit werde verkannt, dass Art. 49 SchKG die betriebsrechtliche Lage, wie sie gegenüber dem Erblasser bestand, gegenüber der Erbschaft weitergelten lasse, solange die Erbschaft nicht geteilt sei. Zudem sei die Arrestlegung gegenüber der unverteilter Erbschaft gemäss bisheriger Gerichtspraxis möglich, und aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ( BGE 120 III 39 ) lasse sich nichts Gegenteiliges ableiten.

## **E. 3**

Anlass zur Beschwerde gibt das Arrestgesuch des Beschwerdeführers, das sich auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG ("Ausländerarrest") und ein (nicht vollstreckbares) ausländisches Urteil stützt und sich gegen eine unverteilter Erbschaft richtet.

### **E. 3.1**

Das Obergericht verweigerte das Arrestgesuch gegen die Erbschaft infolge Fehlens eines Betreibungsstandes im Zeitpunkt des Todes des Erblassers in der Schweiz. Der Beschwerdeführer rügt im Wesentlichen einen Verstoss gegen das Willkürverbot und gegen Treu und Glauben ( Art. 9 BV ) in der Anwendung von Bundesrecht ( Art. 49 und Art. 52 SchKG ).

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 49 SchKG kann eine Erbschaft, solange die Teilung noch nicht erfolgt, eine vertragliche Gemeinderschaft nicht angeordnet, eine amtliche Liquidation nicht angeordnet ist, in der auf den Verstorbenen anwendbaren Betreibungsart an dem Ort betrieben werden, wo der Erblasser zur Zeit seines Todes betrieben werden konnte. Betrieben werden kann die unverteilter Erbschaft für Schulden des Erblassers und Erbgangsschulden (SCHMID, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 1 zu Art. 49 SchKG ). Unstrittig hatte der im Ausland verstorbene Erblasser im vorliegenden Fall keinen ordentlichen Betreibungsart ( Art. 46 SchKG ) und steht von den besonderen Betreibungsarten nur der Betreibungsart des Arrestes nach Art. 52 SchKG in Frage.

#### **E. 3.2.1**

Der Betreibungsart des Arrestes ( Art. 52 SchKG ) wird durch den vollzogenen Arrest begründet (SCHMID, a.a.O., N. 6 zu Art. 52 SchKG ). Streitpunkt ist, ob gegen die unverteilter Erbschaft durch Arrest nur dann ein Vollstreckungsart (Betreibungsart) bestehen kann, wenn der Arrest gegen den Erblasser bereits zur Zeit seines Todes vollzogen

wurde, oder ob - was die Vorinstanz verneint hat - eine Betreuung auch am Ort des Arrestes gegen die unverteilte Erbschaft möglich ist.

### **E. 3.2.2**

Eine vor Jahrzehnten begründete kantonale (auch zürcherische) Rechtsprechung erlaubt den Betreuungsort des Arrestes und hält fest, dass das Arrestgesuch nicht nur gegen einzelne Erben, sondern auch gegen die ungeteilte Erbschaft als Schuldnerin gerichtet werden kann (ZWR 2003 S. 181 E. 3b/bb, Kantonsgericht/VS; ZR 74/1975 Nr. 42 S. 78, ZR 54/1955 Nr. 145 S. 289, ZR 51/1952 Nr. 81 S. 139, Beschluss NN010090/U vom 27. August 2001 E. 2.2, je Obergericht/ZH; ferner Urteil 14.2020.105 des Tribunale d'appello/TI vom 17. Dezember 2020 E. 7.2; Entscheid DCSO/677/06 der Commission de surveillance des offices des poursuites et des faillites/GE vom 23. November 2006 E. 3b; BISchK 1952 S. 43, Obergericht [Aufsichtsbehörde]/SO).

Das Bundesgericht hat schon Rechtsfragen zur Betreuung beurteilt, die auf einem Arrest beruhen, der gegen eine ungeteilte Erbschaft angeordnet wurde, ohne indes die hier umstrittene Frage zu erörtern ( BGE 102 III 1 Bst. A, E. 1b: Gültigkeit des Zahlungsbefehls an den Vertreter der Erbschaft; ferner BGE 80 III 161 Bst. A). In BGE 120 III 39 hat es weiter erkannt, dass ein gegen den Verstorbenen eingeleitetes Betreibungs- und Arrestverfahren von Amtes wegen eingestellt werden müsse (E. 1a); den Gläubiger treffe die Last, neue Arrest- und Betreibungsverfahren gegen die Erben des Schuldners einzuleiten (E. 1d).

### **E. 3.2.3**

Ein Teil der Lehre zitiert BGE 120 III 39 und hält fest, dass gegen einen Nachlass kein Arrest gelegt werden könne; die Arrestlegung setze voraus, dass der Schuldner noch lebe (u.a. D. SCHWANDER, Arrestrechtliche Neuerungen [...], ZBJV 2010 S. 667 Fn. 104; JEANNERET/STRUB, in: Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl. 2014, Art. 10a zu Art. 49 SchKG ).

Ein anderer Teil der Lehre zieht aus dem Umstand, dass eine Betreuung gegen die unverteilte Erbschaft grundsätzlich zulässig ist, den Schluss, dass auch ein entsprechender Arrest - als Sicherungsmassnahme zur Betreuung - möglich sei (REISER, Arrest in Theorie und Praxis, BISchK 2015, S. 176, mit Hinw. auf BGE 102 III 1 und kantonale Praxis; RAYMOND, La poursuite contre une succession [...], JdT 2009 II S. 56; vgl. KREN KOSTKIEWICZ/PENON, Zur Arrestprosequierung [...], BISchK 2012 S. 218).

## **E. 3.3**

Die in Rechtsprechung und Lehre behandelte Frage, ob ein Arrest - und darauf gestützt die Prosequierungsbetreibung - gegen den Nachlass möglich sei, hat im Verfahren 5A\_103/2022 Anlass gegeben, den Rechtssinn der Regelung durch Urteil vom 31. Oktober 2022 zu klären.

### **E. 3.3.1**

Das Bundesgericht hat im Urteil 5A\_103/2022 (in E. 3.5.4) festgehalten, dass Art. 49 SchKG unabhängig vom auf den Nachlass anwendbaren Recht ( BGE 147 III 106 E. 3.4.4) eine Sachhaftung aller Erben zur Anwendung bringt, solange die Teilung des Nachlasses bzw. eine amtliche Liquidation - unter Berücksichtigung ausländischen Rechts ( BGE 145 III 205 E. 4.4.6) - nicht vorgenommen worden ist; Zweck der Bestimmung sei, dem Gläubiger in beschränktem Rahmen ein Vorgehen zu ermöglichen, wenn noch unklar sei,

wer Erbe ist oder wenn die Erben auswärts wohnen und der Nachlass nach der Teilung in alle Winde verweht werde. Vor diesem Hintergrund habe die Vorinstanz keinen Grund, die (eigene) kantonale Rechtsprechung (ZR 51/1952 Nr. 81 S. 139) aufzugeben und auszuschliessen, dass das Arrestgesuch (auch) gegen die ungeteilte Erbschaft gerichtet werden kann, wenn die in der Schweiz belegene Vermögenswerte des Erblassers im Zeitpunkt des Todes mit Arrest belegt und damit ein Betreuungsort ( Art. 52 SchKG ) hätte geschaffen werden können.

### **E. 3.3.2**

Weiter hat das Bundesgericht im Urteil 5A\_103/2022 (in E. 3.5.5) festgehalten, dass diesem Ergebnis der in der Literatur teilweise angeführte BGE 120 III 39 nicht entgegenstehe. Mit jenem Urteil sei lediglich klargestellt worden, dass ein gegen einen Verstorbenen eingeleitetes Arrest- und Betreibungsverfahren von Amtes wegen einzustellen ist, weil es an einem Rechtssubjekt fehlt ( BGE 120 III 39 E. 1a), und dass eine gegen den verstorbenen Schuldner erwirkte Arrestlegung und -prosequierung keine Fortsetzung gegen den Nachlass erlaubt ( BGE 120 III 39 E. 1b), weil unter diesen Umständen eine "zu Lebzeiten des Erblassers" erhobene Betreibung (gemäss Art. 59 Abs. 2 SchKG ) nicht vorliegt (AMONN, Rechtsprechung [...], ZBJV 1996 S. 32). Ein Arrest gegen die Erbschaft werde damit nicht ausgeschlossen. Das Bundesgericht habe festgehalten, dass "neue Arrest- und Betreibungsverfahren gegen die Erben" einzuleiten seien ( BGE 120 III 39 E. 1c am Ende). Das Urteil grenze vom Vorgehen gegen den verstorbenen Schuldner ab (vgl. REISER/THALMANN, a.a.O., S. 94). Wenn man den Blick auf die reine Sachhaftung richte, welcher alle Erben gemeinsam (für die noch ungeteilten Aktiven der Erbschaft) ausgesetzt werden (vgl. u.a. PIOTET, Droit successoral, SPR/IV, 1975, S. 584), könne mit der Formulierung die Betreibung "gegen die Erbschaft" nicht ausgeschlossen werden, ebenso wenig ein diese Betreibung sichernder Arrest. Schliesslich spreche auch gegen die Annahme, dass das Bundesgericht in BGE 120 III 62 die Möglichkeit des Arrestes gegenüber der Erbschaft ausschliessen wollte, die Erwägung im vorangegangenen BGE 118 III 62 (E. 2d), worin die Abgrenzung zwischen dem Arrest gegenüber der Erbschaft ( Art. 49 SchKG ) und dem Arrest gegenüber dem Schuldner für den Anteil an einer ungeteilten Erbschaft (gemäss VVAG) vorgenommen wird.

### **E. 3.4**

Mit dem Urteil des Bundesgerichts im Verfahren 5A\_103/2022 steht fest, dass die Vorinstanz keinen Grund hatte, um von der (eigenen) kantonalen Rechtsprechung (ZR 51/1952 Nr. 81 S. 139) abzuweichen. Wenn das Obergericht dennoch ausgeschlossen hat, dass das Arrestgesuch gegen die ungeteilte Erbschaft gerichtet werden könne, wenn in der Schweiz belegene Vermögenswerte des Erblassers im Zeitpunkt des Todes mit Arrest belegt und damit ein Betreuungsort ( Art. 52 SchKG ) hätte geschaffen werden können, ist dies mit dem Willkürverbot nicht vereinbar (E. 1.3). Die Beschwerde ist begründet und das angefochtene Urteil ist aufzuheben.

### **E. 3.5**

Die Aufhebung des angefochtenen Urteils hat zur Folge, dass über den Antrag auf Arrestlegung zu entscheiden ist. Dabei steht einzig fest, dass Art. 49 SchKG den Arrest gegen die ungeteilte Erbschaft nicht ausschliesst und die Auffassung, wonach eine Betreibung am Arrestort ( Art. 52 SchKG ) einzig im Fall eines gegen den Erblasser zu dessen Lebzeiten vollzogenen Arrestes möglich sei, nicht haltbar ist.

Der Beschwerdeführer begründet das Arrestgesuch und den reformatorischen Antrag. Allerdings hat die Vorinstanz diesbezüglich keine weiteren Erwägungen oder Schlüsse gezogen, ebenso wenig die Erstinstanz. Eine Beurteilung des Arrestgesuchs in der Sache durch das Bundesgericht (als erste Instanz) fällt ausser Betracht. Angezeigt ist die Rückweisung an die Erstinstanz ( Art. 107 Abs. 2 BGG ), damit sie die Voraussetzungen zum Arrest bzw. zum geltend gemachten Arrestgrund prüfe und die entsprechende Entscheidung treffe.

#### **E. 4**

Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben. An die Stelle des vorinstanzlichen Dispositivs tritt die Anordnung der Rückweisung der Sache an die Erstinstanz zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen.

Die Gegenpartei, die im Verfahren der Arrestbewilligung nicht angehört wird ( Art. 271 Abs. 1 SchKG ), ist vor Bundesgericht nicht eigentlich "unterliegende" Partei (vgl. Art. 68 Abs. 1 BGG ; vgl. Urteil 5P.334/2006 vom 4. September 2006 E. 3). Hingegen wird der Kanton, welcher das Begehren verweigert, entschädigungspflichtig, wobei diesbezüglich praxismässig nicht auf den Streitwert abgestellt wird (vgl. Urteile 5A\_508/2012 vom 28. August 2012 E. 4; 5A\_279/2010 vom 24. Juni 2010 E. 4). Eine Kostenpflicht entfällt (vgl. Art. 66 Abs. 4 BGG ).

Über die Neuverlegung der Kosten des kantonalen Verfahrens hat die Vorinstanz zu entscheiden ( Art. 67 BGG ).

Das vorliegende Urteil wird der Gegenpartei nicht zugestellt (Urteil 5A\_712/2010 vom 2. Februar 2011 E. 1.4); der entsprechende Antrag des Beschwerdeführers ist gegenstandslos.

Die Veröffentlichung des Urteils im Internet erfolgt von Amtes wegen nach Art. 27 Abs. 2 BGG und in anonymisierter Form ( Art. 57 Abs. 1 lit. b, Art. 59 BGG ; Urteil 5A\_354/2018 vom 21. September 2018 E. 2.4), weshalb für die vom Beschwerdeführer beantragten Vorgaben kein Grund besteht.

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