



## Erblasser, Erbengemeinschaft, Erbe(n) und Erbschaft als Schuldner

FRANCO LORANDI

*Der Beitrag befasst sich mit den Konstellationen, wenn der Erblasser Schuldner war. Untersucht wird, wie gegen den Erblasser, die Erbengemeinschaft, die Erben bzw. die Erbschaft vollstreckt werden kann. Dabei werden die Schnittstellen zwischen Zivil-, Vollstreckungs- und Prozessrecht ausgelotet. Die beiden Hauptteile des Beitrags befassen sich mit der Betreuung gegen die Erben (für Schulden des Erblassers) und mit der Betreuung gegen die Erbschaft, einschliesslich dem Konkurs gegen eine hinterlassene Erbschaft.*

*Cet article traite des situations dans lesquelles un de cujus était débiteur. Il examine la manière d'imposer l'exécution au de cujus, à la communauté héréditaire, aux héritiers ou à la succession. Il sonde les interfaces entre le droit civil, le droit de l'exécution et le droit de procédure. Les deux parties principales de l'article concernent la poursuite des héritiers (pour les dettes du de cujus) et la poursuite contre la succession, y compris la faillite ouverte contre une succession laissée.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Verlust der Rechtspersönlichkeit des Erblassers
- III. Fehlende Rechtspersönlichkeit der Erbengemeinschaft
- IV. Erbe(n) als Schuldner
  - A. Haftung der Erben für Schulden des Erblassers
    1. Vollhaftung
    2. Ausschluss der Haftung bei Ausschlagung der Erbschaft
    3. Beschränkte Haftung bei Annahme unter öffentlichem Inventar
    4. Geltendmachung des Haftungsausschlusses bzw. der beschränkten Haftung
  - B. Vollstreckung gegen die Erben
    1. Neue Betreuung
    2. Fortsetzung einer vormalig gegen den Erblasser gerichteten Betreuung gegen einen Erben
    3. Gemeinsame Bestimmungen
    4. Gegen den Erblasser erwirkte Pfändungs-, Pfandausfall- und Konkursverlustscheine
- V. Erbschaft bzw. Nachlass als «Schuldner»
  - A. Fehlende Rechtspersönlichkeit der Erbschaft bzw. des Nachlasses
  - B. Betreuung der Erbschaft
    1. Allgemeines
    2. Neue Betreuung gegen die Erbschaft nach dem Tod des Erblassers
    3. Fortsetzung einer vormalig gegen den Erblasser gerichteten Betreuung gegen die Erbschaft
    4. Parallele Vollstreckung gegen Erben und Erbschaft
  - C. Konkurs über eine hinterlassene Erbschaft
    1. Eröffnung des Verfahrens
    2. Durchführung des Verfahrens
    3. Einstellung des Konkurses mangels Aktiven
    4. Verteilung eines Überschusses
    5. Konkursverlustschein

### I. Einleitung

Jede natürliche Person ist in fast jedem Zeitpunkt eines Lebens sowohl Gläubiger als auch Schuldner gegenüber verschiedenen Gegenparteien. Dies gilt auch im Zeitpunkt des Todes. Damit stellen sich im Todesfall verschiedenartige Konstellationen der Gläubiger- und Schuldnerschaft. Dies betrifft die Erben, die Erbengemeinschaft und die Erbschaft. Nachfolgend soll die *Schuldnerschaft* näher untersucht werden. Diesbezüglich stellen sich materiellrechtliche und vollstreckungsrechtliche Fragen<sup>1</sup>. Einerseits setzt das Vollstreckungsrecht materiellrechtliche Vorgaben um. Andererseits weicht das Vollstreckungsrecht auch vom materiellen Recht ab und modifiziert damit letzteres zu vollstreckungsrechtlichen Zwecken.

### II. Verlust der Rechtspersönlichkeit des Erblassers

Mit dem Tod hört der Erblasser auf, zivilrechtlich zu existieren (Art. 31 Abs. 1 ZGB). Er verliert die Rechtspersönlichkeit; er ist nicht (mehr) rechts- und parteifähig<sup>2</sup>. Er kann daher nach seinem Tod nicht mehr (*neu*) betrieben werden<sup>3</sup>. Eine solche neue Betreuung wäre man-

<sup>1</sup> *Prozessrechtliche* Fragen bleiben nachfolgend weitgehend *ausgeklammert*.

<sup>2</sup> Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010 (nachfolgend zitiert: BSK ZPO), BSK ZPO-TENCHIO-KUZMIC, Art. 66 N 10.

<sup>3</sup> Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A., Basel 2010 (nachfolgend zitiert: BSK SchKG), BSK

gels betriebsfähigem Rechtssubjekt nichtig (Art. 22 SchKG)<sup>4</sup>. Dagegen erlöschen mit dem Tod des Erblassers die gegen ihn (zu Lebzeiten) eingeleiteten Betreibungen nicht<sup>5</sup>. Eine (zu Lebzeiten) gegen den Erblasser geführte Betreibung kann vielmehr unter gewissen Umständen gegen die Erbschaft (Art. 59 Abs. 2 SchKG)<sup>6</sup> oder die Erben (Art. 59 Abs. 3 SchKG)<sup>7</sup> fortgesetzt werden.

### III. Fehlende Rechtspersönlichkeit der Erbengemeinschaft

Hinterlässt der Erblasser mehrere Erben, so bilden diese von Gesetzes wegen eine Erbengemeinschaft (Art. 602 Abs. 1 ZGB).

Der Erbengemeinschaft kommt zivilrechtlich *keine Rechtspersönlichkeit* zu<sup>8</sup>. Sie ist weder aktiv noch passiv partei- und prozessfähig<sup>9</sup>. Auf eine Klage gegen die Erbengemeinschaft kann nicht eingetreten werden. Die Erbengemeinschaft ist auch *weder aktiv<sup>10</sup> noch passiv betriebsfähig<sup>11</sup>*; gegen sie kann keine Betreibung geführt werden<sup>12</sup>. Eine solche Betreibung wäre mangels Rechts-

persönlichkeit der betriebenen «Partei» nichtig (Art. 22 SchKG)<sup>13</sup>.

## IV. Erbe(n) als Schuldner

Beim Erbgang findet aktiv- wie passivseitig eine *Universalsukzession* statt: Die Erben erwerben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tod des Erblassers kraft *Gesetzes* (Art. 560 Abs. 1 ZGB). Eigentum, beschränkte dingliche Rechte und Forderungen gehen ohne weiteres auf die Erben über (Art. 560 Abs. 2 ZGB).

### A. Haftung der Erben für Schulden des Erblassers

Je nach Konstellation trifft die Erben eine Vollhaftung, gar keine oder eine beschränkte Haftung:

#### 1. Vollhaftung

Die Schulden des Erblassers werden mit dessen Tod zu *persönlichen Schulden* der Erben (Art. 560 Abs. 2 ZGB). Dies gilt sowohl für Geldschulden als auch für Verpflichtungen zu einem Tun oder Unterlassen<sup>14</sup>. Die Erben haften für die Schulden des Erblassers *solidarisch* (Art. 603 Abs. 1 ZGB) und zwar mit ihrem gesamten Vermögen<sup>15</sup>. *Sonderbestimmungen* bestehen für Steuerschulden und andere öffentlichrechtliche Verpflichtungen<sup>16</sup>.

Auch *nach der Teilung* sind die Erben den Gläubigern für die Schulden des Erblassers solidarisch haftbar mit ihrem ganzen Vermögen, also nicht nur mit ihrer in der Teilung zugewiesenen Quote<sup>17</sup>. Es handelt sich somit um eine *Vollhaftung*, d.h. die Schulden des Erblassers werden zu persönlichen Schulden der Erben.

Anders verhält es sich nur, wenn die Gläubiger zu einer Teilung oder Übernahme der Schulden ausdrücklich oder stillschweigend eingewilligt haben (Art. 639 Abs. 1

SchKG I-ACOCCELLA, Art. 38 N 23; BGE 129 I 306; PKG 2003, 88, Nr. 15.

<sup>4</sup> FRANCO LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13–30 SchKG, Basel 2000, Art. 22 SchKG N 29; BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 2; BGE 120 III 39 (=Pra 1995 Nr. 40).

<sup>5</sup> PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 59 LP N 29; BGE 116 III 7; PKG 2003, 89, Nr. 15.

<sup>6</sup> Vgl. V.B.

<sup>7</sup> Vgl. IV.B.

<sup>8</sup> SANDRA LAYDU MOLINARI, La poursuite pour les dettes successorales, Diss. Lausanne 1999 12 f., 154; BSK SchKG I-ACOCCELLA, Art. 38 N 23; Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Basel 2007 (nachfolgend zitiert: PraxKomm), PraxKomm-WEIBEL, Art. 602 ZGB N 4; PAUL EITEL, Prozessführung durch den Willensvollstrecker, in: Margareta Baddeley/Peter Breitschmid/Paul Eitel/Hans Rainer Künzle/Rudolf Roth (Hrsg.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zürich 2006, 138; BGE 102 II 387.

<sup>9</sup> LAYDU MOLINARI (FN 8), 154; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 39; Paul Oberhammer (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Basel 2010 (nachfolgend zitiert: KUKO ZPO), KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 66 N 8; BSK ZPO-TENCHIO-KUZMIC, Art. 66 N 38; Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Stämpflis Handkommentar, Bern 2010 (nachfolgend zitiert SHK ZPO), SHK ZPO-FISCHER, Art. 66 N 8 f.

<sup>10</sup> BISchK 1977, 47.

<sup>11</sup> AUGUST LENZI, Die Betreibungsstände nach dem schweiz. Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Diss. Zürich 1933, 77.

<sup>12</sup> Zumindest unpräzise: PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. A., Zürich 2009, § 81 N 16.

<sup>13</sup> Vgl. LORANDI (FN 4), Art. 22 SchKG N 33.

<sup>14</sup> Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. A., Basel 2011 (nachfolgend zitiert BSK ZGB II), BSK ZGB II-SCHWANDER, Art. 560 N 8; PraxKomm-HÄUPTLI, Art. 560 ZGB N 10.

<sup>15</sup> Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (nachfolgend zitiert BK), BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 603 N 3; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER, Art. 603 N 2 f.; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 23; BGE 128 III 94 f.

<sup>16</sup> PraxKomm-HÄUPTLI, Art. 560 ZGB N 11; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 10; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER, Art. 602 N 12 ff.

<sup>17</sup> BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER, Art. 603 N 2.

ZGB). Alle Erben bleiben solange verpflichtet, bis die ganze Forderung getilgt ist (Art. 144 OR)<sup>18</sup>. Die solidarische Haftung der Miterben verjährt mit Ablauf von fünf Jahren nach der Teilung oder nach dem Zeitpunkt, auf den die Forderung später fällig geworden ist (Art. 639 Abs. 2 ZGB).

Die Haftung der Erben gilt auch in Bezug auf Ansprüche aus *paulianischer Anfechtung* (Art. 290 SchKG). Dies gilt unabhängig davon, ob die Erben gut- oder bösgläubig sind<sup>19</sup>. Aufgrund der Universalsukzession «erbt» ein Erbe auch den bösen Willen des Erblassers.

Jeder Erbe kann verlangen, dass die Schulden des Erblassers vor der Teilung der Erbschaft getilgt oder sichergestellt werden (Art. 610 Abs. 3 ZGB). Damit kann er seine persönliche Haftung (faktisch) vermeiden.

## 2. Ausschluss der Haftung bei Ausschlagung der Erbschaft

Der Erbe kann sich der *Haftung* durch *Ausschlagung* der Erbschaft *entziehen* (Art. 566 ZGB). Jeder Erbe ist frei, die Erbschaft auszuschlagen; die Gläubiger können einen Erben nicht zwingen, die Erbschaft anzunehmen<sup>20</sup>.

Um zu vermeiden, dass die Rechte der Gläubiger in unbilliger Weise verkürzt werden<sup>21</sup>, sieht das Gesetz jedoch Folgendes vor: Schlagen die Erben eines zahlungsunfähigen Erblassers die Erbschaft aus<sup>22</sup>, so *haften* sie dessen Gläubigern gegenüber gleichwohl insoweit, als sie vom Erblasser innerhalb der letzten fünf Jahr vor seinem Tod *Vermögenswerte empfangen haben*, die bei der Erteilung der *Ausgleichung unterworfen* wären (Art. 579 Abs. 1 ZGB)<sup>23</sup>.

Der ausschlagende Erbe haftet *ipso iure*, ohne dass es einer Anfechtung bedürfte<sup>24</sup>. Es liegt eine gesetzliche Schuldübernahme von Todes wegen vor<sup>25</sup>. Die Haftung ist *subsidiär* gegenüber jener des Nachlasses und der annehmenden Erben<sup>26</sup>. Die Haftung ist nur betragsmässig, nicht aber objektmässig auf den Wert der erhaltenen, aus-

gleichspflichtigen Vermögenswerte beschränkt<sup>27</sup>. Gutgläubige Erben haften aber nur insoweit, als sie noch bereichert sind (Art. 579 Abs. 3 ZGB).

Diese Bestimmung weist zwar gewisse *Ähnlichkeiten mit der paulianischen Anfechtung* (Art. 285 ff. SchKG) auf<sup>28</sup>. Die Stossrichtung ist jedoch eine andere: Die paulianische Anfechtung richtet sich gegen die Zuwendungen des Erblassers. Die Bestimmung von Art. 579 ZGB betrifft die Ausschlagung der Erben<sup>29</sup>. Insofern bestehen die paulianische Anfechtung und die Vorgehensweise gemäss Art. 579 ZGB *nebeneinander*; sie schliessen sich nicht aus<sup>30</sup>. Es besteht eine enge Verwandtschaft zwischen der Vorgehensweise gemäss Art. 579 ZGB und jener gemäss Art. 193 ZGB (Schutz der Gläubiger bei Änderung des Ehegüterstandes) und Art. 497 ZGB (Recht der Erbschaftsgläubiger bei Erbverzicht eines Erben)<sup>31</sup>.

Bei der konkursamtlichen Liquidation und beim Konkursverfahren über eine Erbschaft ist die Konkursverwaltung legitimiert, den Anspruch geltend zu machen<sup>32</sup>. Dagegen ist die *Legitimation* einzelner Gläubiger in der Spezialexécution unklar bzw. umstritten<sup>33</sup>.

## 3. Beschränkte Haftung bei Annahme unter öffentlichem Inventar

Die Erben können die *Haftung* auch *beschränken* (Art. 589 f. ZGB), indem sie die Erbschaft unter *öffentlichem Inventar* annehmen (Art. 580 ff. ZGB). Diesfalls gehen die im Inventar verzeichneten Schulden des Erblassers auf den übernehmenden Erben über (Art. 589 Abs. 1 ZGB). Diesbezüglich findet eine *Vollhaftung* statt, d.h. der Erbe haftet mit seinem gesamten Vermögen (Art. 589 Abs. 3 ZGB).

Für im Inventar *nicht aufgeführte Schulden* haftet der Erbe grundsätzlich nicht, weder persönlich noch mit

<sup>18</sup> BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER, Art. 603 N 2.

<sup>19</sup> KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2008, § 52 Rz. 33.

<sup>20</sup> BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 579 N 1.

<sup>21</sup> BGE 131 III 52.

<sup>22</sup> Der Fall von Art. 566 Abs. 2 ZGB gilt ebenfalls als Ausschlagung (BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 579 N 10).

<sup>23</sup> Vgl. BGE 131 III 49.

<sup>24</sup> BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 579 N 4; BGE 131 III 52.

<sup>25</sup> BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 579 N 4.

<sup>26</sup> BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 579 N 7, N 19; BSK ZGB II-SCHWANDER, Art. 579 N 6; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER Art. 193 N 10a; PraxKomm-HÄUPTLI, Art. 579 ZGB N 6; BGE 131 III 52.

<sup>27</sup> BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 579 N 20.

<sup>28</sup> BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 579 N 3; PraxKomm-HÄUPTLI, Art. 579 ZGB N 1; BGE 131 III 52.

<sup>29</sup> BGE 131 III 57.

<sup>30</sup> DENIS PIOTET, La responsabilité du répudiant ou renonçant envers les créanciers successoraux comparée aux solutions des art. 193 CC et 285 ss LP, ZBGR 74/1993, 77 f.; HENRI-ROBERT SCHÜPBACH, Droit et action révocatoires: commentaire des articles 285 à 292 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, modifiée le 16 décembre 1994, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997, Art. 285 LP N 165; BSK SchKG II-A. STAHELIN, Art. 285 N 23; BGE 131 III 57.

<sup>31</sup> BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 579 N 5; BGE 131 III 52 ff.

<sup>32</sup> LAYDU MOLINARI (FN 8), 64; BGE 131 III 56 f.; Urteil 5C.67/2004 vom 19. November 2004, E. 2.4.3. (nicht publiziert in BGE 131 III 50 ff.); C.43/1981 vom 18. Mai 1981.

<sup>33</sup> PraxKomm-HÄUPTLI, Art. 579 ZGB N 10; BGE 131 III 49.

der Erbschaft (Art. 590 Abs. 1 ZGB). Anders verhält es sich nur, wenn die Gläubiger ohne eigene Schuld die Anmeldung der Forderung zum Inventar unterlassen haben. Diesfalls haftet der Erbe soweit er aus der Erbschaft bereichert ist (Art. 590 Abs. 2 ZGB). Ohne Einschränkung können die Gläubiger Forderungen geltend machen, soweit diese durch Pfandrechte an Erbschaftssachen gedeckt sind (Art. 590 Abs. 3 ZGB). Für Bürgschaftsschulden gilt ein Sonderregime (Art. 591 ZGB).

#### 4. Geltendmachung des Haftungsausschlusses bzw. der beschränkten Haftung

Wenn ein Erbe in die Haftung genommen wird, obwohl er sich dieser durch Ausschlagung der Erbschaft entzogen bzw. diese durch Annahme der Erbschaft unter öffentlichem Inventar beschränkt hat, dann muss er diese Einwendungen vorbringen. Wird er klageweise in Anspruch genommen, so wird er die Einwendung im Prozess (form- und fristgerecht) vorbringen müssen. Wird er qua Betreuung belangt, so muss er die Einwendung durch *Rechtsvorschlag* (allenfalls auch nachträglichen Rechtsvorschlag) vorbringen<sup>34</sup>.

### B. Vollstreckung gegen die Erben

Hinsichtlich der Vollstreckung ist zu unterscheiden, ob ein Gläubiger (nach dem Tod des Erblassers) eine neue Betreuung gegen einen Erben einleitet oder ob er die früher gegen den Erblasser eingeleitete Betreuung (nach dessen Tod) gegen einen Erben fortsetzen will:

#### 1. Neue Betreuung

Der Gläubiger muss *jeden Erben separat* (d.h. mit einem separaten Betreibungsbegehren) *betreiben*. Es gibt keine Möglichkeit, alle Erben gemeinsam mit einer Betreuung zu erfassen<sup>35</sup>. Dies ist Ausfluss der solidarischen Haftung jedes einzelnen Erben.

Jeder Erbe kann an dem für ihn massgeblichen *Betreibungsart* (neu) betrieben werden. Es gibt keinen einheitlichen Betreibungsart, an welchem alle Erben betrieben werden könnten.

Wenn ein Erbe vorbringen will, er habe die *Erbschaft ausgeschlagen* (womit er sich der Haftung entschlägt<sup>36</sup>) oder *nur unter öffentlichem Inventar angenommen* (wo-

mit er die Haftung beschränkt<sup>37</sup>), so handelt es sich um materiellrechtliche Einreden. Diese muss er mittels *Rechtsvorschlag* gegen den Zahlungsbefehl geltend machen (Art. 74 SchKG)<sup>38</sup>; nicht mit betreibungsrechtlicher Beschwerde; die Aufsichtsbehörden können darüber nicht befinden<sup>39</sup>.

Ob die Betreuung auf *Pfändung oder Konkurs* geht, richtet sich nach den Merkmalen (Art. 39 SchKG) des Erben, nicht nach jenen des Erblassers.

Zufolge der Vollhaftung eines Erben<sup>40</sup> kann *in alle seine Aktiven vollstreckt* werden. *Nach* der Teilung kann namentlich auch in die Gegenstände der Erbschaft vollstreckt werden, welche der Erbe in der Teilung erhalten hat.

Komplizierter ist die Rechtslage *vor* der Teilung der Erbschaft: Diesfalls kann nebst dem übrigen Vermögen des Erben auch in seinen *Liquidationsanteil* an der Erbschaft vollstreckt werden (Art. 104, Art. 132 SchKG; Art. 1 Abs. 1 VVAG). Der Liquidationsanteil wird gepfändet (Art. 104 SchKG; Art. 1 Abs. 1 VVAG; wenn die Betreuung gegen den Erben auf Pfändung geht) oder gehört zur Konkursmasse (Art. 16 Abs. 2 VVAG; wenn gegen den Erben der Konkurs eröffnet wird). Selbst wenn nur ein einziger Gegenstand zur Erbschaft gehört, unterliegt nur der Liquidationsanteil der Zwangsvollstreckung und nicht das Erbschaftsvermögen<sup>41</sup>.

Wird bei einem Erben sein Liquidationsanteil an einer unverteilter Erbschaft gepfändet, so zeigt das Betreibungsamt die Pfändung den *beteiligten Dritten* an (Art. 104 SchKG). Dies sind die übrigen *Erben* oder allenfalls der Vertreter der Erbengemeinschaft<sup>42</sup>.

Die Vorgehensweise bei der Pfändung und der *Verwertung* eines Liquidationsanteils ist in der *VVAG* detailliert geregelt. Diese Vorschriften werden teilweise durch Bestimmungen des ZGB (vgl. Art. 609) überlagert und ergänzt. Es sind in der Regel *Einigungsverhandlungen* durchzuführen (Art. 9 i.V.m. Art. 16 Abs. 2 VVAG). Das Verfahren ist recht *kompliziert*. Es wird auf die entsprechende Spezialliteratur verwiesen<sup>43</sup>.

<sup>34</sup> Vgl. IV.B.2.b.bb.

<sup>35</sup> LAYDU MOLINARI (FN 8), 245.

<sup>36</sup> Vgl. IV.A.2.

<sup>37</sup> Vgl. IV.A.3.

<sup>38</sup> CARL JAEGER, Kommentar zum SchKG, Zürich 1911, Art. 59 SchKG N 9 f.

<sup>39</sup> KURT AMONN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 1990, ZBJV 1992, 382.

<sup>40</sup> Vgl. IV.A.1.

<sup>41</sup> Art. 1 VVAG; BGE 124 III 508; Urteil 5A\_16/2007 vom 11. April 2007, E. 3.2.

<sup>42</sup> BSK SchKG I-LEBRECHT, Art. 104 N 11.

<sup>43</sup> REYMOND L. BISANG, Die Zwangsverwertung von Anteilen an Gesamthandschaften, Diss. Zürich 1978, 1 ff.; BSK SchKG I-RUTZ/ROTH, Art. 132 N 4 ff.; LAYDU MOLINARI (FN 8), 248 ff.; vgl. auch



## 2. Fortsetzung einer vormalig gegen den Erblasser gerichteten Betreuung gegen einen Erben

### a. Grundsatz

Eine vor dem Tod des Erblassers gegen ihn eingeleitete Betreuung erlöscht mit dem Tod zwar nicht<sup>44</sup>. Sie kann aber nach dem Tod des Erblassers grundsätzlich *nicht* gegen einen Erben persönlich fortgesetzt werden (Art. 59 Abs. 3 SchKG). Grund dafür ist, dass es dem Erben als Korrelat zu seiner (unbeschränkten) persönlichen Haftung möglich sein muss, durch die sinnfälligen Einreden und Einwendungen eine Zwangsvollstreckung zu verhindern<sup>45</sup>. Die Einreden und Einwendungen müssen ganz am Anfang der Betreuung mittels Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl erhoben werden (Art. 74 SchKG). Wenn dieser Verfahrensabschnitt (in der Betreuung gegen den Erblasser) jedoch schon abgeschlossen ist, kann der Erbe die Betreuung grundsätzlich nicht mehr stoppen. Dies soll vermieden werden<sup>46</sup>.

Ein Gläubiger muss vielmehr eine neue Betreuung gegen den Erben<sup>47</sup> einleiten<sup>48</sup>. Damit wird diesem ermöglicht, sämtliche Einreden und Einwendungen gegen die Forderung mittels Rechtsvorschlag zu erheben<sup>49</sup>.

### b. Ausnahmen

Vom genannten Grundsatz gibt es zwei Ausnahmen: Bei den Ausnahmen ist gemeinsam, dass in der jeweiligen Konstellation eine reine (sachlich beschränkte) Sachhaftung und keine umfassende Haftung des Erben mit seinem gesamten Vermögen besteht:

#### aa. Voraussetzungen

Ohne Einschränkung kann eine *Betreibung auf Pfandverwertung* gegen einen Erben fortgesetzt werden (Art. 59 Abs. 3 SchKG). Es besteht diesfalls (in erster Linie) eine blosser Sachhaftung. Als Besonderheit gilt, dass die Ausstellung eines Pfandausfallscheins (Art. 158 SchKG) gegen den Erben ausgeschlossen ist<sup>50</sup>.

Eine *Betreibung auf Pfändung* kann nur dann gegen einen Erben fortgesetzt werden, wenn im Zeitpunkt des Todes<sup>51</sup> die Fristen für einen Pfändungsanschluss (Art. 110 f. SchKG) bereits abgelaufen sind (Art. 59 Abs. 3 SchKG). Die Pfändung muss somit eine definitive sein<sup>52</sup>. Diesfalls stehen sowohl das mit Beschlag belegte Vermögen<sup>53</sup> (des Erblassers) als auch die teilnahmeberechtigten Gläubiger abschliessend fest. Es bleibt (wie bei der Betreuung auf Pfandverwertung<sup>54</sup>) bei einer reinen Sachhaftung<sup>55</sup>. Damit läuft der Erbe nicht Gefahr, dass sein Vermögen oder weitere Gläubiger in das Betreibungsverfahren einbezogen werden, was gemäss Art. 59 Abs. 3 SchKG verpönt ist<sup>56</sup>.

Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, muss das Betreibungsamt von Amtes wegen abklären<sup>57</sup>. Eine Verletzung kann mit betreibungsrechtlicher Beschwerde gerügt werden (Art. 17 ff. SchKG).

#### bb. Modalitäten

Die Betreuung ist am *Ort* fortzusetzen, wo sie im Zeitpunkt des Todes des Erblassers geführt worden ist<sup>58</sup>.

Wenn eine vormalig gegen den Erblasser gerichtete Betreuung gegen einzelne Erben fortgesetzt werden kann, dann liegt ein Fall des Parteiwechsels vor. Obschon dies im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist, kann jeder Erbe analog Art. 77 Abs. 1 SchKG materiellrechtliche Einreden vorbringen, indem er *nachträglich Rechtsvorschlag* erhebt<sup>59</sup>. Dies gilt sowohl für Einreden gegen die Forderung, welche schon der Erblasser hätte vorbringen können<sup>60</sup>, als auch für Einreden gegen die Haftung des Erben, wie etwa, dass er die Erbschaft ausgeschlagen oder nur unter öffentlichem Inventar angenommen hat<sup>61</sup>.

Die Betreuung bleibt sachlich auf die Verwertung des Pfandobjektes (in der Betreuung auf Pfandverwertung) bzw. des im Zeitpunkt des Todes des Erblassers

<sup>51</sup> JAEGER (FN 38), Art. 59 SchKG N 10, N 12; CR LP-FOËX/JEANDIN, Art. 59 N 10, N 12; LAYDU MOLINARI (FN 8), 239.

<sup>52</sup> GILLIÉRON (FN 5), Art. 59 LPN 42.

<sup>53</sup> Gemäss GILLIÉRON (FN 5), Art. 59 LPN 42, soll jedoch eine Nachpfändung möglich sein.

<sup>54</sup> Vgl. vor FN 50.

<sup>55</sup> BSK SchKG I-BAUER, Art. 59 N 8; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 47.

<sup>56</sup> BGE 67 III 166.

<sup>57</sup> JAEGER (FN 38), Art. 59 SchKG N 8; LAYDU MOLINARI (FN 8), 241.

<sup>58</sup> JAEGER (FN 38), Art. 59 SchKG N 10; CR LP-FOËX/JEANDIN, Art. 59 N 13.

<sup>59</sup> GILLIÉRON (FN 5), Art. 59 LPN 3. LAYDU MOLINARI (FN 8), 242.

<sup>60</sup> AMONN/WALTHER (FN 19), § 18 Rz. 31; BSK SchKG I-BESSE-NICH, Art. 77 N 5.

<sup>61</sup> Vgl. JAEGER (FN 38), Art. 59 SchKG N 9 f.

Urteil 5A\_555/2010 vom 30. November 2010, E. 3.3; 5A\_165/2011 vom 30. Mai 2011, E. 3 ff.; 7B.76/2002 vom 1. Juli 2002, E. 4.

<sup>44</sup> Vgl. II.

<sup>45</sup> Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), *Commentaire Romand, Poursuite et faillite*, Basel/Genf/München 2005 (nachfolgend zitiert: CR LP), CR LP-SCHÜPBACH, Art. 59 N 10.

<sup>46</sup> BGE 67 III 165 ff.

<sup>47</sup> Vgl. IV.B.1.

<sup>48</sup> BGE 67 III 165.

<sup>49</sup> BSK SchKG I-BAUER, Art. 59 N 8; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 47.

<sup>50</sup> BSK SchKG I-BAUER, Art. 59 N 8; JAEGER (FN 38), Art. 59 SchKG N 12; BGE 67 III 166.

bereits gepfändete Vermögens beschränkt. Es ist somit *konzeptionell ausgeschlossen*, eine vormalig gegen den Erblasser gerichtete Betreuung gegen einen Erben *auf Konkurs* fortzusetzen<sup>62</sup>. Eine *Nachpfändung* ist ebenso ausgeschlossen<sup>63</sup>, wie das Ausstellen eines *Verlustscheins* gegen einen Erben zu erwirken<sup>64</sup>.

### 3. Gemeinsame Bestimmungen

In der Betreuung für Erbschaftsschulden gegen einen Erben gibt es *verschiedene Sonderbestimmungen*. Diese gelten sowohl in einer neuen Betreuung gegen einen Erben<sup>65</sup> als auch in einer ursprünglich gegen den Erblasser gerichteten Betreuung, welche nach seinem Tod gegen einen Erben fortgesetzt wird<sup>66</sup>:

Es gilt ein *Rechtsstillstand* während zwei Wochen (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 2 OR analog<sup>67</sup>) nach dem Tod des Erblassers und während der für den Antritt oder die Ausschlagung der Erbschaft geltenden Überlegungsfrist<sup>68</sup> (Art. 59 Abs. 1 SchKG). Der Rechtsstillstand gilt auch in der Betreuung gegen einen Erben<sup>69</sup>. Während des Rechtsstillstandes dürfen gegen den Schuldner keine Betreuungshandlungen von Seiten des Betreibungsamtes vorgenommen werden (Art. 56 Ziff. 3 SchKG).

Wird ein *öffentliches Inventar* aufgenommen (Art. 580 ff. ZGB), so ist während der Dauer des Inventars eine *Betreibung* für Schulden des Erblassers ebenfalls *ausgeschlossen* (Art. 586 Abs. 1 ZGB). Dies gilt auch für Betreibungen gegen die Erben<sup>70</sup>.

### 4. Gegen den Erblasser erwirkte Pfändungs-, Pfandausfall- und Konkursverlustscheine

Resultiert aus der Pfändung oder aus dem Konkurs des Erblassers ein Pfändungs- oder Konkursverlustschein, so verjährt die durch den Verlustschein verurkundete Forderung gegenüber dem Erblasser innert 20 Jahren nach der Ausstellung des Verlustscheins. Den Erben gegenüber tritt die *Verjährung* jedoch spätestens *ein Jahr* nach Eröffnung des Erbgangs ein (Art. 149a Abs. 1 i.V.m. Art. 265 Abs. 2 SchKG). Diese Frist steht während der Dauer eines öffentlichen Inventars still (Art. 586 Abs. 2 ZGB).

Ein zu Lebzeiten gegen den Erblasser erwirkter Pfändungs- (Art. 149 Abs. 1 SchKG), Pfandausfall- (Art. 158 Abs. 3 SchKG) oder Konkursverlustschein (letzterer nur, wenn der Erblasser die Forderung anerkannt hat [Art. 265 Abs. 1 SchKG]) gilt in einer späteren Betreuung gegen die Erben als *Schuldanerkenntnis* (und damit als provisorischer Rechtsöffnungstitel [Art. 82 SchKG])<sup>71</sup>.

Dagegen kann der Gläubiger gestützt auf einen zu Lebzeiten des Erblassers gegen ihn erwirkten *Pfändungsverlusts- oder Pfandausfallschein* gegen einen Erben *nicht ohne neuen Zahlungsbefehl* Betreuung einleiten (Art. 149 Abs. 3, Art. 158 Abs. 2 Satz 2 SchKG)<sup>72</sup>.

Wird gegen den Erblasser zu dessen Lebzeiten ein Konkursverlustschein ausgestellt, so kann der Erbe, wenn er gestützt darauf betrieben wird, *nicht die Einrede des fehlenden neuen Vermögens* (Art. 265a Abs. 1 SchKG) erheben; diese Einrede steht nur dem Betriebenen persönlich zu und nicht seinen Rechtsnachfolgern<sup>73</sup>.

## V. Erbschaft bzw. Nachlass als «Schuldner»

### A. Fehlende Rechtspersönlichkeit der Erbschaft bzw. des Nachlasses

Die Erbschaft bzw. der Nachlass ist ein *Sondervermögen*<sup>74</sup>. Als solches kommt der Erbschaft an sich *keine Rechtspersönlichkeit* zu<sup>75</sup>. Sie ist damit grundsätz-

<sup>62</sup> J.O. SCHNEIDER, Die Betreuung einer Erbschaft, BLSchK 1958, 168; HANS FRITZSCHE/HANS U. WALDER-BOHNER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zürich 1984, § 11 Rz. 11; GILLIÉRON (FN 5), Art. 49 LP N 18; PKG 2005, 88 Nr. 15.

<sup>63</sup> A.M. GILLIÉRON (FN 5), Art. 59 LP N 42, wonach eine Nachpfändung möglich sein soll.

<sup>64</sup> BSK SchKG I-BAUER, Art. 59 N 8; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 48; BGE 116 III 4, BGE 67 III 165 ff.

<sup>65</sup> Vgl. IV.B.1.

<sup>66</sup> Vgl. IV.B.2.

<sup>67</sup> GILLIÉRON (FN 5), Art. 59 LP N 23.

<sup>68</sup> Diese dauert je nach Konstellation unterschiedlich lange, nämlich so lange, bis feststeht, ob die Erbschaft an die Erben übergeht oder ob es zur Ausschlagung oder Erbschaftsliquidation kommt (KUKO SchKG-SARBACH, Art. 59 N 3).

<sup>69</sup> JAEGER (FN 38), Art. 59 SchKG N 1; FRITZSCHE/WALDER (FN 62), § 13 Rz. 16; BSK SchKG I-BAUER, Art. 59 N 5.

<sup>70</sup> Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (nachfolgend zitiert: ZK ZGB) ZK ZGB-ESCHER, Art. 586 N 3; BSK ZGB-WISSMANN, Art. 586 N 3.

<sup>71</sup> LAYDU MOLINARI (FN 8), 119; BSK SchKG I-D. STAEHELIN, Art. 82 N 65.

<sup>72</sup> LAYDU MOLINARI (FN 8), 120; GILLIÉRON (FN 5), Art. 59 LP N 43; BGE 67 III 164 ff.

<sup>73</sup> BSK SchKG II-HUBER, Art. 265a N 7, N 14; ZR 1985, 300 f.

<sup>74</sup> JEAN N. DRUEY, Grundriss des Erbrechts, Bern 2002, § 13 Rz. 2; a.M. PAUL PIOTET, Schweizerisches Privatrecht (SPR), Band IV/2, Basel 1981, 649.

<sup>75</sup> BSK SchKG I-ACOCCELLA, Art. 38 N 23; BSK SchKG I-KOFMEL EHRENZELLER, Art. 67 N 29, N 36; AMONN/WALTHER (FN 19), § 8

lich<sup>76</sup> weder rechts- noch parteifähig<sup>77</sup> und damit auch weder aktiv noch passiv prozessfähig<sup>78</sup>.

## B. Betreuung der Erbschaft

### 1. Allgemeines

Die nachfolgenden Grundsätze gelten sowohl, wenn der Gläubiger die Erbschaft neu betreibt<sup>79</sup>, als auch, wenn er eine früher gegen den Erblasser eingeleitete Betreuung gegen die Erbschaft fortsetzt<sup>80</sup>:

#### a. Parteilähig zum Zweck der Betreuung

Trotz fehlender Rechtspersönlichkeit kommt der Erbschaft aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung (Art. 49 SchKG) *Parteilähigkeit* zu in einer gegen sie gerichteten Betreuung, d.h. sie ist passiv<sup>81</sup> betreibungsfähig<sup>82</sup>. Die Erbschaft bildet damit zu Vollstreckungszwecken ein *haftungsrelevantes Sondervermögen*<sup>83</sup>. Man spricht vom sog. *beneficium separationis*<sup>84</sup>.

Rz. 3; DANIEL STAEHELIN, Sondervermögen und Haftung, in: Thomas Sutter-Somm/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Festgabe für Franz Hasenböhler, Zürich 2004, 87 ff., 105; BGE 102 II 387.

<sup>76</sup> Vgl. aber V.B.1.a. und V.B.1.c. ee.

<sup>77</sup> MAX GULDENER, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR 80 II 37 Fn 88; FISCHER, SHK-ZPO, Art. 66 N 8; BISchK 1999, 118.

<sup>78</sup> SCHNEIDER (FN 62), 167; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 39.

<sup>79</sup> Vgl. V.B.2.

<sup>80</sup> Vgl. V.B.3.

<sup>81</sup> Zur *aktiven* Betreuung fehlt der Erbschaft aber die Parteilähigkeit (BISchK 1999, 118; a.M. HERMANN SPINNER, Die Rechtsstellung des Nachlasses in den Fällen seiner gesetzlichen Vertretung (ZGB 517, 554, 595, 602 III, Diss. Zürich 1966, 40).

<sup>82</sup> GULDENER (FN 77), 37 Fn. 88; FRITZSCHE/WALDER (FN 62), § 9 N 3; DANIEL STAEHELIN, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP/PJA 1995, 272; AMONN/WALTHER (FN 19), § 8 Rz. 3; BSK SchKG I-ACOCCELLA, Art. 38 N 23; BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 1; BSK SchKG I-KOFMEL EHRENZELLER, Art. 67 N 29, N 36; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 39; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 13 Rz. 5; BGE 116 III 7, 113 III 80 ff., 102 II 387; a.M.: ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, 183; AUGUST STREBEL, Die rechtliche Stellung des Erblassers und der Erben, Zürich 1916, 24 ff.; MARIE-FRANÇOISE SCHAAD, La consorité en procédure civile, Diss. Neuenburg 1993, 358 Fn. 22; LAYDU MOLINARI (FN 8), 155 ff., 207, wonach alle Erben zusammen Parteistellung haben in einer Betreuung gegen die Erbschaft.

<sup>83</sup> STAEHELIN (FN 75), 92, 97.

<sup>84</sup> BLUMENSTEIN (FN 82), 156; LENZI (FN 11), 76; vgl. auch CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Kommentar zum SchKG, 4. A. Zürich 1997/2001, Art. 59 N 15.

Die Möglichkeit, die Erbschaft zu betreiben, entspricht einem praktischen Bedürfnis<sup>85</sup> und bietet gewisse Vorteile<sup>86</sup>.

### b. Voraussetzung einer Betreuung

#### aa. Im Allgemeinen

Voraussetzung für eine Betreuung der Erbschaft ist, dass sie noch unverteilt, eine vertragliche Gemeinderschaft (Art. 336 ff. ZGB) nicht gebildet und eine amtliche Liquidation (Art. 593 ZGB) nicht angeordnet worden ist (Art. 49 SchKG). Diese Voraussetzungen gelten sowohl für eine neue Betreuung<sup>87</sup> als auch für die Fortsetzung einer Betreuung<sup>88</sup>, welche sich ursprünglich gegen den Erblasser gerichtet hat<sup>89</sup>.

Soweit das *Erbstatut ausländisches Recht* ist, ist zu prüfen, ob Massnahmen des ausländischen Rechts in ihren Wirkungen den schweizerischen Instituten entsprechen<sup>90</sup>.

*Massgeblicher Zeitpunkt* ist die *Einleitung der Betreuung*<sup>91</sup>. Damit kann einer Betreuung der Erbschaft nicht dadurch ex post der Boden entzogen werden, indem nach erfolgter Einleitung eine Erbteilung erfolgt<sup>92</sup>. Gleiches gilt für eine amtliche Liquidation oder die Bildung einer vertraglichen Gemeinderschaft.

Ob eine *amtliche Liquidation* angeordnet worden ist, ist vom Betreibungsamt von Amtes wegen zu prüfen<sup>93</sup>; diesfalls könnte die Erbschaft nämlich gar nicht mehr betrieben werden (Art. 49 SchKG)<sup>94</sup>. Verletzt das Betreibungsamt seine Pflicht, so kann dies mit betreibungsrechtlicher Beschwerde (Art. 17 SchKG) gerügt werden<sup>95</sup>. Die Erbschaft kann auch dann nicht mehr betrieben wer-

<sup>85</sup> SPINNER (FN 81), 71, 74; SCHNEIDER (FN 62), 162.

<sup>86</sup> Vgl. V.B.4.

<sup>87</sup> Vgl. dazu V.B.2.

<sup>88</sup> Vgl. dazu V.B.3.

<sup>89</sup> BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 2; BGE 102 II 387 f.

<sup>90</sup> BISchK 1954, 16 f.; ZWR 2003, 181 f.; ZR 1952 Nr. 81. Dies galt etwa für eine am letzten ausländischen Wohnsitz des Erblassers angeordnete amtliche Liquidation der Erbschaft nach ausländischem (dänischem) Recht (BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 18; ZR 1952 Nr. 81; BISchK 1954, 16 f.) oder für ein Insolvenzverfahren nach §§ 2, 315 und 320 ff. der deutschen Insolvenzordnung (BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 18; ZWR 2003, 181 f.).

<sup>91</sup> BISchK 1975, 49.

<sup>92</sup> GILLIÉRON (FN 5), Art. 49 LPN 36; BGE 67 III 167.

<sup>93</sup> LAYDU MOLINARI (FN 8), 165; GILLIÉRON (FN 5), Art. 49 LP N 26, Art. 65 LP N 68; BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 12; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 2012, N 296; BGE 116 III 7.

<sup>94</sup> PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 38; BGE 99 III 51 f..

<sup>95</sup> LAYDU MOLINARI (FN 8), 165.

den, wenn über sie schon der *Konkurs eröffnet* worden ist (Art. 206 SchKG)<sup>96</sup>.

Ob die *Erbschaft schon geteilt* oder eine *vertragliche Gemeinderschaft gebildet* worden ist, muss das Betreibungsamt dagegen nicht von sich aus abklären<sup>97</sup>. Mit der Teilung der Erbschaft entfällt die Betreuungsfähigkeit der Erbschaft<sup>98</sup>. Nur eine vollständige Teilung schliesst die Betreuung aus. Findet nur eine partielle Teilung statt, dann kann die Erbschaft in Bezug auf das unverteilte Erbschaftsvermögen weiterhin betrieben werden<sup>99</sup>.

Behauptet ein Empfänger des Zahlungsbefehls, dass die Teilung der Erbschaft schon erfolgt ist, so hat das Betreibungsamt vorgelegte Beweise zu prüfen und gegebenenfalls die Erben aufzufordern, Beweise für die Teilung vorzulegen. Ist die Teilung bewiesen, so ist das Betreibungsbegehren abzuweisen bzw. die laufende Betreuung ist aufzuheben<sup>100</sup>.

Wenn die Voraussetzungen für eine Betreuung der Erbschaft nicht gegeben sind, müssen dies die für die Erbschaft vertretungsberechtigten Personen bei den Aufsichtsbehörden (Art. 13 f. SchKG)<sup>101</sup> mit *betreibungsrechtlicher Beschwerde* (Art. 17 SchKG)<sup>102</sup> gegen die Verfügung des Betreibungsamtes geltend machen, mit welcher eine neue Betreuung eingeleitet (Zahlungsbefehl) oder eine frühere Betreuung (gegen den Erblasser) fortgesetzt wird. Mit Rechtsvorschlag kann dies nicht gerügt werden. Auch die Gerichte haben darüber nicht zu befinden.

#### bb. Bei nur einem Erben?

Die Betreuung einer Erbschaft macht Sinn, wenn mehrere Erben vorhanden sind, welche eine Erbengemeinschaft bilden. Ob dagegen die Betreuung einer Erbschaft (sei es eine neue oder sei es die Fortsetzung einer vormalig gegen den Erblasser gerichteten Betreuung) auch dann

möglich ist, wenn es *nur einen einzigen Erben gibt*, ist umstritten<sup>103</sup>.

M.E. ist die Zulässigkeit für die Zeit nach<sup>104</sup> unbenutztem Ablauf der Ausschlagungsfrist<sup>105</sup> zu verneinen<sup>106</sup>: Art. 49 SchKG setzt voraus, dass eine unverteilte Erbschaft vorliegt, was ihrerseits impliziert, dass eine Erbengemeinschaft besteht; aus diesem Grund ist eine Betreuung ausgeschlossen, sobald die Teilung erfolgt ist (Art. 49 SchKG). Bei nur einem Erben gibt es keine Erbengemeinschaft (Art. 602 Abs. 1 ZGB e contrario)<sup>107</sup> und damit auch keine (unverteilte) Erbschaft<sup>108</sup>. Es kann schon logisch keine Teilung stattfinden<sup>109</sup>. Das Erbschaftsvermögen geht vielmehr ex lege in das Eigentum des einzigen Erben über. Besteht damit kein Sondervermögen (mehr), kann dieses auch nicht (mehr) betrieben werden.

### c. Betreibungsrechtliche Modalitäten

#### aa. Betreuungsort

Solange die Teilung der Erbschaft nicht erfolgt, eine vertragliche Gemeinderschaft nicht gebildet, eine amtliche Liquidation nicht angeordnet oder der Konkurs nicht eröffnet worden ist<sup>110</sup>, kann die Erbschaft am Ort betrieben werden, wo der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes betrieben werden konnte (Art. 49 SchKG). Der Erblasser musste damit bei seinem Tod einen Betreibungsstand in der Schweiz haben<sup>111</sup>. Ob es sich um den ordentlichen (Art. 46 SchKG) oder einen besonderen Betreuungsort handelt (Art. 48 bis Art. 52 SchKG), spielt keine Rolle<sup>112</sup>. Der Arrestort kommt nur in Betracht, wenn gegen den

<sup>96</sup> SCHNEIDER (FN 62), 163; LAYDU MOLINARI (FN 8), 97; vgl. auch GILLIÉRON (FN 5), Art. 49 LP N 27, N 39.

<sup>97</sup> LAYDU MOLINARI (FN 8), 163; GILLIÉRON (FN 5), Art. 49 LP N 26, Art. 65 LP N 68; BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 13; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 42; BGE 99 III 52; *a.M.* in Bezug auf die Erbteilung: RBOG 1997 Nr. 9.

<sup>98</sup> D. STAEHELIN (FN 75), 97.

<sup>99</sup> SCHNEIDER (FN 62), 163; LENZI (FN 11), 78; LAYDU MOLINARI (FN 8), 160; *a.M.* JAEGER (FN 38), Art. 49 SchKG N 2.

<sup>100</sup> BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 13; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 42; BGE 99 III 51.

<sup>101</sup> JAEGER (FN 38), Art. 49 SchKG N 1; PKG 2003, 90 Nr. 15.

<sup>102</sup> JAEGER (FN 38), Art. 49 SchKG N 1; STREBEL (FN 82), 26; LAYDU MOLINARI (FN 8), 163.

<sup>103</sup> *Bejahend*: CR LP-SCHÜPBACH, Art. 49 N 25; *tendenziell ablehnend* («zweifelhaft») BSK SchKG I-SCHMID, Art. 59 N 21; *ablehnend*: SCHNEIDER (FN 62), 162; LAYDU MOLINARI (FN 8), 166; BSK SchKG I-ACOCCELLA, Art. 38 N 23; KREN KOSTKIEWICZ (FN 93), N 289; RBOG 1997, Nr. 9.

<sup>104</sup> *Vorher* besteht ein *Betreibungsstillstand* (vgl. V.B.1.c.cc.), so dass sich die Frage der Betreuung des Nachlasses gar (noch) nicht stellt.

<sup>105</sup> Solange die Möglichkeit der Ausschlagung besteht, findet kein Vermögenübergang auf den Alleinerben statt (PIOTET [FN 74], 605, 613, 792); es existiert in dieser Phase (noch) ein Sondervermögen (PIOTET [FN 74], 792). Mit Annahme der Erbschaft bzw. mit unbenutztem Ablauf der Ausschlagungsfrist gehen die Erbschaftsaktiven ins Alleineigentum des Alleinerben über (PIOTET [FN 74], 792).

<sup>106</sup> SCHNEIDER (FN 62), 162.

<sup>107</sup> PIOTET (FN 74), 648.

<sup>108</sup> PAUL PIOTET, Schweizerisches Privatrecht (SPR), Band IV/1, Basel 1978, 7.

<sup>109</sup> PIOTET (FN 74), 710.

<sup>110</sup> Vgl. V.B.1.b.aa.

<sup>111</sup> D. STAEHELIN (FN 82), 272.

<sup>112</sup> SCHNEIDER (FN 62), 164; BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 3; CR LP-SCHÜPBACH, Art. 49 N 10 ff.



Erblasser noch zu dessen Lebzeiten ein Arrest vollzogen worden ist<sup>113</sup>.

Umstritten ist, ob eine Betreuung der Erbschaft am letzten Betreuungsort des Erblassers voraussetzt, dass die *Erbschaft in der Schweiz eröffnet* wurde bzw. *schweizerischem Recht untersteht* (Art. 538 ZGB; Art. 23 IPRG)<sup>114</sup>. Dies ist m.E. zu verneinen: Art. 49 SchKG ist eine verfahrensrechtliche Norm; sie bestimmt (nebst der impliziten passiven Betreuungsfähigkeit der Erbschaft) die Betreibungsart und den Betreuungsort. Vorausgesetzt wird einzig, dass im Zeitpunkt des Todes ein Betreuungsort in der Schweiz bestand; dies genügt<sup>115</sup>. Dagegen sind in Anwendung der schweizerischen Bestimmungen die ausländischen Institute (deren Äquivalenz zu den schweizerischen vorausgesetzt) genau so zu beachten wie die schweizerischen, wenn es darum geht, ob die Erbschaft überhaupt (noch) betrieben werden kann<sup>116</sup>.

#### bb. *Betreibungsart*

Die Betreuung kann auf Pfändung, Pfandverwertung oder Konkurs gehen. Die Betreibungsart richtet sich der Erbschaft gegenüber nach den Merkmalen des Erblassers<sup>117</sup>; war er (i.S.v. Art. 39 SchKG) im Handelsregister eingetragen, so kann auch die Erbschaft auf Konkurs betrieben werden<sup>118</sup>. Die Betreuung der Erbschaft auf Konkurs unterscheidet sich von der konkursamtlichen Liquidation einer hinterlassenen Erbschaft<sup>119</sup>.

#### cc. *Rechtsstillstand*

Auch in der Betreuung gegen die Erbschaft gilt ein Rechtsstillstand während zwei Wochen (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 2 OR analog<sup>120</sup>) nach dem Tod des Erblassers und während der für den Antritt oder die Ausschlagung der

Erbschaft geltenden Überlegungsfrist<sup>121</sup> (Art. 59 Abs. 1 SchKG)<sup>122</sup> und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine neue Betreuung oder um eine ursprünglich gegen den Erblasser gerichtete Betreuung handelt<sup>123</sup>.

Wird ein *öffentliches Inventar* aufgenommen (Art. 580 ff. ZGB), so ist während der Dauer des Inventars eine *Betreibung* für Schulden des Erblassers ebenfalls *ausgeschlossen* (Art. 586 Abs. 1 ZGB). Dies gilt auch für Betreibungen der Erbschaft<sup>124</sup>.

#### dd. *Zustellungen an die Erbschaft*

Der *betreibende Gläubiger* muss im Betreibungsbegehren angeben, an welchen Erben die Zustellung zu erfolgen hat (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Er ist gehalten, sich bei der zuständigen Behörde zu erkundigen, ob eine Vertretung besteht; er muss die pflichtgemässen Nachforschungen ergreifen<sup>125</sup>. Der betreibende Gläubiger hat einen Rechtsanspruch darauf, dass die Zustellung an den zuständigen Vertreter vorgenommen wird<sup>126</sup>.

Zusätzlich zu den sonst üblichen Angaben muss der Gläubiger im *Betreibungsbegehren* einen *Vertreter der Erbschaft* oder, wenn eine solcher nicht bekannt ist, den Erben *nennen*, welchem die Betreuungsurkunden zuzustellen<sup>127</sup> sind (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 2 zweiter Halbsatz SchKG)<sup>128</sup>; jedem einzelnen Erben kommt die passive Vertretungsmacht zu<sup>129</sup>. Das *Betreibungsamt* muss sich nicht danach erkundigen, ob ein Vertreter bestellt worden ist<sup>130</sup>; es kann die Zustellung an jenen Erben vornehmen, welcher vom Gläubiger im Betreibungsbegehren als emp-

<sup>113</sup> BGE 120 III 40.

<sup>114</sup> *Bejahend*: JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 84), Art. 49 SchKG N 10; PKG 2003, 89 Nr. 15; *verneinend*: SCHNEIDER (FN 62), 164; BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 17; LAYDU MOLINARI (FN 8), 256; *ohne eigene Stellungnahme*: KUKO SchKG-BOLLIGER/JEANNERET, Art. 49 N 13.

<sup>115</sup> ZR 1952 Nr. 81, wonach die Zuständigkeit der ausländischen (dänischen) Behörden und die Anwendung ausländischen (dänischen) Erbrechts der Anwendung von Art. 49 SchKG nicht entgegensteht.

<sup>116</sup> Vgl. V.B.1.b.aa.

<sup>117</sup> BLSchK 1975, 49.

<sup>118</sup> JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 84), Art. 59 SchKG N 5; BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 10; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 45.

<sup>119</sup> Vgl. zu Letzterem V.C.; zu den *Wirkungen eines Konkursverlusts* in einer Betreuung auf Konkurs gegen die Erbschaft vgl. V.B.1.c.hh.

<sup>120</sup> GILLIÉRON (FN 5), Art. 59 LPN 23.

<sup>121</sup> Diese dauert je nach Konstellation unterschiedlich lange, nämlich so lange, bis feststeht, ob die Erbschaft an die Erben übergeht oder ob es zur Ausschlagung oder Erbschaftsliquidation kommt (LAYDU MOLINARI [FN 8], 99 f.; KUKO SchKG-SARBACH, Art. 59 N 3).

<sup>122</sup> JAEGER (FN 38), Art. 59 N 1; SCHNEIDER (FN 62), 165; FRITZSCHE/WALDER (FN 62), § 13 Rz. 16; BSK SchKG I-BAUER, Art. 59 N 5; a.M. BLUMENSTEIN (FN 82), 209.

<sup>123</sup> LAYDU MOLINARI (FN 8), 98; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 84), Art. 59 SchKG N 2; KUKO SchKG-SARBACH, Art. 59 N 2.

<sup>124</sup> ZK ZGB-ESCHER, Art. 586 N 3; LAYDU MOLINARI (FN 8), 97; BSK ZGB II-WISSMANN, Art. 586 N 3.

<sup>125</sup> SCHNEIDER (FN 62), 167; GILLIÉRON (FN 5), Art. 65 LP N 67; BGE 101 III 5, BGE 71 III 162 f.; BLSchK 1975, 50.

<sup>126</sup> BGE 102 III 5.

<sup>127</sup> Zur Zustellung vgl. IV.B.1.c.dd.

<sup>128</sup> BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 12; BSK SchKG I-KOFMEL EHRENZELLER, Art. 67 N 37; BGE 51 III 99 f. (dazu, dass dieses Kreisschreibens auch nach Inkrafttreten des rev. SchKG Geltung hat: BGE 122 III 328); RBOG 1981 Nr. 17.

<sup>129</sup> PIOTET (FN 74), 655, 664.

<sup>130</sup> JAEGER (FN 38), Art. 65 SchKG N 19; SCHNEIDER (FN 62), 167; BGE 101 III 5.

fangsberechtigt genannt worden ist (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG)<sup>131</sup>.

Es ist dann Sache desjenigen *Erben*, an welchen zugestellt worden ist, seine Miterben über die Betreibung zu orientieren<sup>132</sup>. Ein Erbe, welcher im Zahlungsbefehl als Erbenvertreter bezeichnet worden ist, gilt auch im weiteren Betreibungsverfahren als Vertreter der Erbschaft<sup>133</sup>.

Ist für die Erbschaft ein *Vertreter* bestellt worden, dann hat die Zustellung *ausschliesslich* an diesen zu erfolgen<sup>134</sup>. Als Vertreter der Erbschaft in diesem Zusammenhang gelten ein Willensvollstrecker (Art. 517 ff. ZGB)<sup>135</sup>, ein Erbschaftsverwalter (Art. 554 ff. ZGB)<sup>136</sup> oder ein behördlich bestimmter Erbschaftsvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB)<sup>137</sup>. Die Zustellung an einen vom Gläubiger bezeichneten (anderen) Vertreter ist nichtig (Art. 22 SchKG), wenn dieser nicht bevollmächtigt ist<sup>138</sup>. Wurde nach ausländischem Recht ein Vertreter bestellt, so genügt aus Optik des schweizerischen Betreibungsrechts eine Zustellung an ihn, sofern ihm nach dem ausländischen Recht Vertretungsbefugnis für die Erbschaft zukommt<sup>139</sup>.

#### ee. Parteifähigkeit in gerichtlichen Inzidenzverfahren

Dass der Erbschaft (trotz fehlender Rechtspersönlichkeit) die passive Betreibungsfähigkeit zukommt<sup>140</sup>, hat zur Folge, dass ihr die Partei- und damit auch Prozessfähigkeit zwingend zugesprochen werden muss für solche Verfahren, welche unmittelbar mit der Betreibung zusammenhängen<sup>141</sup>. Dies gilt vorab für die *betreibungsrechtliche Beschwerde* (Art. 17 ff. SchKG)<sup>142</sup>. Dasselbe gilt für ge-

richtliche Inzidenzverfahren, wie die (provisorische oder definitive) *Rechtsöffnung* (Art. 80, Art. 82 SchKG)<sup>143</sup>, da diese auf die Erhebung eines Rechtsvorschlages folgen können. Wird provisorische Rechtsöffnung erteilt, dann muss der Erbschaft auch für die *Aberkennungsklage* (Art. 83 Abs. 2 SchKG) die Parteifähigkeit zugesprochen werden (obwohl es sich dabei um eine materiellrechtliche Klage handelt)<sup>144</sup>. Auch bei der *Anerkennungsklage* handelt es sich um eine materiellrechtliche Klage. Da diese jedoch auch auf Beseitigung des Rechtsvorschlages geht<sup>145</sup>, besteht ein hinreichender Bezug zur Betreibung, weshalb der Erbschaft die passive Parteifähigkeit zuzuerkennen ist<sup>146</sup>. Für eine *normale Leistungsklage* ausserhalb einer Betreibung fehlt dagegen der unmittelbare Bezug zur Betreibung, so dass der Erbschaft keine Partei- bzw. Prozessfähigkeit zukommt<sup>147</sup>.

Die Partei- und Prozessfähigkeit ist der Erbschaft auch für die *richterliche Aufhebung und Einstellung der Betreibung* (Art. 85<sup>148</sup>/85a SchKG)<sup>149</sup>, die *Rückforderungsklage* (Art. 86 SchKG)<sup>150</sup> und die *Widerspruchsklage* (Art. 106 ff. SchKG)<sup>151</sup> zuzuerkennen. Die Erbschaft kann

<sup>131</sup> BSK SchKG I-ANGST, Art. 65 N 11; Urteil BGer 7B.181/2003 vom 28. August 2003, E. 3.2.

<sup>132</sup> BGE 48 III 131.

<sup>133</sup> BGE 113 III 81, BGE 91 III 14 f.

<sup>134</sup> SCHNEIDER (FN 62), 167; LAYDU MOLINARI (FN 8), 27; GILLIÉRON (FN 5), Art. 65 LP N 67; CR LP-JEANNERET/LEMBO, Art. 65 N 21.

<sup>135</sup> BSK SchKG I-ANGST, Art. 65 N 11; BSK ZGB II-KARRER, Art. 518 N 79; BGE 102 III 5, BGE 101 III 5, BGE 71 III 162 f.

<sup>136</sup> KUKO SchKG-GEHRI, Art. 65 N 8; BSK ZGB II-KARRER, Art. 554 N 54.

<sup>137</sup> SCHNEIDER (FN 62), 167; GILLIÉRON (FN 5), Art. 49 LP N 15, Art. 65 LP N 67; CR LP-JEANNERET/LEMBO, Art. 65 N 21; BGE 71 III 162 f.

<sup>138</sup> BSK SchKG I-ANGST, Art. 66 N 11; BISchK 1975, 50.

<sup>139</sup> BGE 102 III 4 f., BGE 101 III 8.

<sup>140</sup> Vgl. V.B.1.a.

<sup>141</sup> Vgl. auch Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich 2011 (nachfolgend zitiert: DIKE-Komm-ZPO), DIKE-Komm-ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 66 N 16, Art. 67 N 16.

<sup>142</sup> LORANDI (FN 4), Art. 17 SchKG N 152.; BGer Urteil 7B.163/2003 vom 30. Juli 2003, E. 2.1; a.M. BISchK 1977, 46; LAYDU MOLINARI (FN 8), 217, wonach alle Erben gemeinsam (als notwendige Streitgenossen) agieren müssen.

<sup>143</sup> SCHNEIDER (FN 62), 167; ANDRÉ PANCHAUD/MARCEL CAPREZ, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 23 N 1, § 130 N 5; GILLIÉRON (FN 5), Art. 49 LP N 16; BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 20; BSK SchKG I-D. STAEHELIN, Art. 82 N 64; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 39; FISCHER, SHK-ZPO, Art. 66 N 8; BGE 113 III 81 f., BGE 102 II 388; BGer Urteil BGer 5A\_635/2008 vom 23. Januar 2009, E. 2.3; RBOG 1997 Nr. 9.

<sup>144</sup> BSK SchKG I-D. STAEHELIN, Art. 83 N 44; GILLIÉRON (FN 5), Art. 49 LP N 16, Art. 59 LP N 36; CR LP-SCHÜPBACH, Art. 49 N 9, Art. 59 N 8; BGE 102 II 388; soweit ersichtlich ohne eigene Stellungnahme: PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 39; a.M. SCHNEIDER (FN 62), 167; SPINNER (FN 81), 77 f., und BSK ZPO-TENCHIO-KUZMIC, Art. 66 N 27, LAYDU MOLINARI (FN 8), 210 ff., wonach die Aberkennungsklage durch alle Erben gemeinsam (als notwendige Streitgenossen) geführt werden müsse.

<sup>145</sup> BSK SchKG I-D. STAEHELIN, Art. 79 N 24.

<sup>146</sup> A.M. LAYDU MOLINARI (FN 8), 194 f.; und KREN KOSTKIEWICZ (FN 93), N 293, wonach eine Anerkennungsklage (gemäss Art. 79 SchKG) gegen sämtliche Erben (als notwendige Streitgenossen) geführt werden müsse.

<sup>147</sup> SPINNER (FN 81), 77, 84; a.M. wohl GULDENER (FN 77), 37 Fn. 88, und BJM 1973, 171, wonach der Erbschaft im Zivilprozess die passive Parteifähigkeit auch zugestanden wird, so weit es sich darum handelt, ein Urteil als Grundlage für eine Betreibung der Erbschaft zu erwirken.

<sup>148</sup> JAEGER (FN 38), Art. 49 SchKG N 1.

<sup>149</sup> GILLIÉRON (FN 5), Art. 59 LP N 37; a.M. LAYDU MOLINARI (FN 8), 218 f., wonach alle Erben gemeinsam (als notwendige Streitgenossen) agieren müssen.

<sup>150</sup> Frage offen gelassen bei GILLIÉRON (FN 5), Art. 59 LP N 36. *Abnehmend*: LAYDU MOLINARI (FN 8), 219 f., wonach alle Erben gemeinsam (als notwendige Streitgenossen) agieren müssen.

<sup>151</sup> GILLIÉRON (FN 5), Art. 49 LP N 16; BGE 58 II 200.

auch ein *Gesuch um Nachlassstundung* stellen (Art. 293 SchKG)<sup>152</sup>.

Wenn für die Erbschaft ein *erbrechtlicher Vertreter* (Willensvollstrecker, Erbschaftsverwalter oder Erbenvertreter)<sup>153</sup> bestellt worden ist, so agiert dieser grundsätzlich als *Prozessstandschafter*, d.h. im eigenen Namen (aber aus fremdem Recht)<sup>154</sup>. Dies ändert m.E. aber nichts daran, dass auch in diesen Fällen in betriebsrechtlichen Inzidenzverfahren die Erbschaft Partei ist (soweit ihr Partei- und Prozessfähigkeit zukommt) und nicht der erbrechtliche Vertreter: Zum einen agiert der erbrechtliche Vertreter anstelle des Sachlegitimierten<sup>155</sup>; der erbrechtliche Vertreter agiert den auch aus dessen Recht. Zivilrechtliche sachlegitimiert sind die Erben<sup>156</sup>, nicht die Erbschaft. Der erbrechtliche Vertreter ist somit Prozessstandschafter der Erben und nicht der Erbschaft. Er ist nur Vertreter der Erbschaft. Zum anderen geht das betriebsrechtliche Sonderregime von Art. 49 SchKG, wonach der Erbschaft in beschränktem Masse die Prozessfähigkeit zukommt, als *lex specialis* der allgemeinen Regelung des ZGB vor. Eine andere Sichtweise führt m.E. zu einem unkoordinierten Nebeneinander von Handeln im Namen der Erbschaft einerseits und Handeln im (eigenen) Namen des erbrechtlichen Vertreters (Willensvollstreckers, Erbschaftsverwalters bzw. Erbenvertreters) andererseits, was der Rechtssicherheit sehr abträglich ist<sup>157</sup>.

#### ff. Gegenstand der Vollstreckung

In der Betreuung gegen die Erbschaft gilt eine *reine Sachhaftung*; es liegt ein haftungsrechtliches Sondervermögen vor<sup>158</sup>. Dieses Haftungsregime hat vollstreckungsrechtliche Auswirkungen: Es kann *nur in die Vermögenswerte der Erbschaft vollstreckt* werden<sup>159</sup>, nicht auch in das übrige Vermögen der Erben<sup>160</sup>. Dafür kann in die einzelnen Erbschaftsaktiven direkt vollstreckt werden<sup>161</sup> (und nicht nur in den Liquidationsanteil eines Erben<sup>162</sup>). Auch in einer Betreuung gegen die Erbschaft kann aber selbstverständlich nur in die in der Schweiz belegenen Vermögensobjekte vollstreckt werden.

In einer Betreuung gegen die Erbschaft können die *Kompetenzstücke der Familie* des Erblassers (Art. 92 i.V.m. Art. 224 SchKG) vom Vollstreckungssubstrat ausgeschlossen werden<sup>163</sup>.

#### gg. Wirkungen eines Pfändungsverlust-, Pfandausfall- oder Konkursverlustscheins

Da die Betreuung einer Erbschaft auf das Sondervermögen beschränkt ist, kann ein Gläubiger aufgrund eines Pfändungsverlust- oder Pfandausfallscheins die einzelnen Erben *nicht ohne neuen Zahlungsbefehl* belangen (Art. 149 Abs. 3, Art. 158 Abs. 2 Satz 2 SchKG)<sup>164</sup>.

Ein Pfändungs- (Art. 149 Abs. 1 SchKG), Pfandausfall- (Art. 158 Abs. 3 SchKG) oder Konkursverlustschein (letzterer nur, wenn der Erblasser die Forderung anerkannt hat [Art. 265 Abs. 1 SchKG]) gilt in einer späteren Betreuung grundsätzlich als Schuldanererkennung (und damit als provisorischer Rechtsöffnungstitel [Art. 82 SchKG]). Dies setzte jedoch die Identität des Schuldners voraus oder es muss eine Rechtsnachfolge vorliegen<sup>165</sup>. Beides trifft in Bezug auf die Erbschaft und einen einzelnen Erben nicht zu. In einer neuen Betreuung gegen einen Erben taugt somit der gegen die Erbschaft erwirkte Verlustschein *nicht als Schuldanererkennung*.

<sup>152</sup> CR LP-SCHÜPBACH, Art. 49 N 11; SJZ 1967, Nr. 198, 365; unpräzise FRITZSCHE/WALDER (FN 62), § 72 Rz. 4, welche der *Erben-gemeinschaft* das Recht zusprechen wollen, den Abschluss eines Nachlassvertrages anzustreben.

<sup>153</sup> Zur Zustellung an diese vgl. V.B.1.c.dd.

<sup>154</sup> Für den Willensvollstrecker: BGE 116 II 132 ff. [=Pra 1990 Nr. 186], BGE 94 II 142 ff.; Urteil BGer 5A\_261/2008 vom 10. Juni 2008, E. 7; Urteil BGer 5P.355/2006 vom 8. November 2006, E. 3.1; für den Erbschaftsverwalter: BSK ZGB II-KARRER, Art. 554 N 52 m.w.H.; BGE 79 II 116 und für den Erbenvertreter: BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER, Art. 602 N 47. Die Ansichten zur Stellung dieser drei erbrechtlichen Vertreter gehen auseinander. EITEL (FN 8), 143, spricht von einer «Gemengelage».

<sup>155</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 82), § 13 Rz. 25; BGE 116 II 145 (=Pra 1990 Nr. 186).

<sup>156</sup> LAYDU MOLINARI (FN 8), 28.

<sup>157</sup> Vgl. etwa SPINNER (FN 81), 77 f., und BSK ZPO-TENCHIO-KUZMIC, Art. 66 N 27, wonach die Aberkennungsklage durch alle Erben gemeinsam geführt werden müsse, obschon sich die Betreuung gegen die Erbschaft (vertreten durch den Willensvollstrecker, Erbschaftsverwalter bzw. Erbenvertreter) gerichtet hat. Vgl. auch KREN KOSTKIEWICZ (FN 93), N 293, wonach eine *Anerkennungsklage* (gemäss Art. 79 SchKG) gegen sämtliche Erben (als notwendige Streitgenossen) geführt werden müsse, obschon sich die Betreuung gegen die Erbschaft gerichtet hat.

<sup>158</sup> Vgl. vor FN 81.

<sup>159</sup> STAEHELIN (FN 75), 97; DERS. (FN 85), 267; BGE 116 III 4.

<sup>160</sup> LAYDU MOLINARI (FN 8), 149; CR LP-SCHÜPBACH, Art. 49 N 8; BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 6 N 8; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 41; BGE 116 III 7, BGE 113 III 82 (=Pra 1988 Nr. 40).

<sup>161</sup> BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 7; ZWR 2003, 181.

<sup>162</sup> Vgl. IV.A.1.

<sup>163</sup> SCHNEIDER (FN 62), 168; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 84), Art. 49 SchKG N 9; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 44; BGE 22 I 701.

<sup>164</sup> GILLIÉRON (FN 5), Art. 59 LPN 43; BGE 67 III 164 ff.

<sup>165</sup> So verhält es sich, wenn der Verlustschein gegen den Erblasser erwirkt wurde und eine neue Betreuung gegen einen Erben geführt wird (IV.B.4.).



### hh. Konkursverfahren

Unterstand der Erblasser im Zeitpunkt des Todes der Konkursbetreibung, kann ein *Gläubiger* die Erbschaft nach seinem Tod *auf Konkurs betreiben*<sup>166</sup>. Über diese wird dann ein normales Konkursverfahren durchgeführt. Dieses Verfahren ist von der konkursamtlichen Liquidation einer Erbschaft<sup>167</sup> zwar konzeptionell zu unterscheiden. Die Verfahrensregeln sind jedoch weitgehend dieselben<sup>168</sup>.

Der Tod des Schuldners ist kein Grund, das Konkursverfahren einzustellen. Wurde über den Erblasser schon *vor dessen Tod der Konkurs eröffnet*, kann auch dieses Konkursverfahren gegen die Erbschaft fortgesetzt werden. Das Konkursamt muss von den Gläubigern eine entsprechende Erklärung einholen. Der Fortsetzungswille der Gläubiger wird vermutet<sup>169</sup>.

Gleich wie bei der konkursamtlichen Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft<sup>170</sup> wird auch in einer Betreibung der Erbschaft auf Konkurs ein *Konkursverlustschein* nur auf spezielles Verlangen des Gläubigers ausgestellt.

## 2. Neue Betreibung gegen die Erbschaft nach dem Tod des Erblassers

Soll die Erbschaft nach dem Tod des Erblassers neu betrieben werden, so muss der Gläubiger im Betreibungsbegehren die *Erbschaft als Schuldner* bezeichnen. Liegt eine unklare Bezeichnung, namentlich eine Kollektivbezeichnung, vor (z.B. «Erben Brunner» oder «Erbengemeinschaft»), so ist die Betreibung nichtig (Art. 22 SchKG)<sup>171</sup>. Wenn aufgrund des Betreibungsbegehrens unklar ist, ob der Gläubiger die Erbschaft oder einzelne Erben betreiben will, so trifft das Betreibungsamt eine *Abklärungspflicht*<sup>172</sup>.

In der Betreibung gegen die Erbschaft kann jeder einzelne Erbe<sup>173</sup> oder der für die Erbschaft bestellte Vertreter (Art. 65 Abs. 3 SchKG)<sup>174</sup> *Rechtsvorschlag* erheben.

### 3. Fortsetzung einer vormalig gegen den Erblasser gerichteten Betreibung gegen die Erbschaft

Nach seinem Tod kann der Erblasser nicht mehr neu betrieben werden<sup>175</sup>. Die zu seinen Lebzeiten gegen ihn geführten Betreibungen erlöschen dagegen mit seinem Tod nicht<sup>176</sup>. Eine (zu Lebzeiten) gegen den Erblasser geführte Betreibung kann vielmehr nach seinem Tod *gegen die Erbschaft fortgesetzt* werden (Art. 59 Abs. 2 SchKG): Es gelten die vorne umschriebenen Grundsätze<sup>177</sup>.

### 4. Parallele Vollstreckung gegen Erben und Erbschaft

Der Gläubiger kann auch gleichzeitig für dieselbe Forderung gegen die Erbschaft<sup>178</sup> und einzelne Erben<sup>179</sup> vollstrecken<sup>180</sup>. Diesfalls kann er zeitlich überlappend zwei Betreibungen führen. Entweder führt der Gläubiger zwei neue Betreibungen oder er führt die früher gegen den Erblasser geführte Betreibung gegen die Erbschaft oder einzelne Erben weiter und führt daneben eine neue Betreibung gegen einzelne Erben oder die Erbschaft. Dagegen kann der Gläubiger m.E. nicht eine ehemals gegen den Erblasser geführte Betreibung «klonen» und diese sowohl gegen die Erbschaft als auch gegen einzelne Erben fortführen. Ebenso wenig kann eine Betreibung gegen die Erbschaft als Betreibung gegen die Erben fortgesetzt werden<sup>181</sup>.

Die Vollstreckung gegen die Erbschaft (anstatt oder kumulativ gegen die Erben) bietet den *Gläubigern* je nach Konstellation gewisse *Vorteile*: (i) Wenn für die Erben

<sup>166</sup> Vgl. V.B.1.c.bb.

<sup>167</sup> Vgl. dazu V.C.

<sup>168</sup> Von den zur konkursamtlichen Liquidation angeführten Regeln (vgl. V.C.) finden folgende auf das Konkursverfahren über eine Erbschaft qua Betreibung *keine* Anwendung: Art. 234 SchKG (betreffend Schuldenruf; vgl. V.C.2.), Kosten der amtlichen Liquidation (vgl. V.C.2.), Fristverlängerung bei den Konkursprivilegien (Art. 219 Abs. 5 Ziff. 4 SchKG; vgl. V.C.2.) und bei den Verdachtsfristen der paulianischen Anfechtung (Art. 288a Ziff. 3 SchKG; vgl. V.C.2.), Art. 230a SchKG (Folgen der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven; vgl. V.C.3.).

<sup>169</sup> KUKO SchKG-HUBER, Art. 193 N 11; PKG 2003, 87 ff.

<sup>170</sup> Vgl. IV.C.5.

<sup>171</sup> LORANDI (FN 4), Art. 22 SchKG N 33; BGE 98 III 24.

<sup>172</sup> BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 12; BGE 51 III 99 f.

<sup>173</sup> AMONN/WALTHER (FN 19), § 18 Rz. 5; BSK SchKG I-BESSENICH, Art. 74 N 5. Gemäss LAYDU MOLINARI (FN 8), 187, kann nur der Erbe, welcher im Betreibungsbegehren als Zustellungsempfänger angegeben wird, Rechtsvorschlag erheben.

<sup>174</sup> BSK SchKG I-BESSENICH, Art. 74 N 5.

<sup>175</sup> Vgl. II.

<sup>176</sup> BGE 116 III 7; PKG 2003, 89, Nr. 15.

<sup>177</sup> Vgl. IV.B.1.

<sup>178</sup> Vgl. V.B.

<sup>179</sup> Vgl. IV.B.

<sup>180</sup> JAEGER (FN 38), Art. 49 SchKG N 1; LENZI (FN 11), 76; ZK ZGB-ESCHER, Art. 586 N 4; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 84), Art. 49 SchKG N 2; BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 9; KUKO SchKG-BOLLIGER/JEANNERT, Art. 49 N 2; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 41; BGE 116 III 7.

<sup>181</sup> BGE 67 III 167.



(oder einzelne von ihnen) in der Schweiz kein Betreibungsstand gegeben ist, können sie in der Schweiz gar nicht betrieben werden<sup>182</sup>; die Betreuung der Erbschaft ist dann die einzige Möglichkeit in der Schweiz zu vollstrecken. (ii) Die Fortsetzung einer früher gegen den Erblasser erhobenen Betreuung ist für den Gläubiger besser, als wenn er eine neue Betreuung anheben muss<sup>183</sup>. (iii) Vor der Erbteilung können die Gläubiger in der Betreuung gegen die Erben (oder einzelne von ihnen) nur in deren Liquidationsanteile vollstrecken<sup>184</sup>; dies ist bekanntlich kompliziert<sup>185</sup>. (iv) Schliesslich kann es sein, dass die Erbschaft solvent, aber die Erben überschuldet sind<sup>186</sup>.

## C. Konkurs über eine hinterlassene Erbschaft

### 1. Eröffnung des Verfahrens

In zwei Fällen *ordnet das Gericht* die konkursrechtliche Liquidation der Erbschaft an (Art. 193 Abs. 2 SchKG). Dies ist zum einen der Fall, wenn *alle Erben* oder auch nur die nächsten gesetzlichen Erben (Art. 573 ZGB) *die Erbschaft ausgeschlagen haben* (Art. 566 ff. ZGB) oder die Ausschlagung zu vermuten ist (Art. 566 Abs. 2 ZGB; Art. 193 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Zum anderen kommt es dann zur konkursrechtlichen Liquidation wenn eine *Erbschaft*, für welche eine amtliche Liquidation angeordnet worden ist, sich als *überschuldet* erweist (Art. 597 ZGB; Art. 193 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Im zweiten Fall war die Überschuldung nicht bereits beim Todesfall erkennbar, sondern wurde erst im Verlauf der amtlichen Liquidation der Erbschaft (gemäss Art. 593 ff. ZGB) offenkundig.

Auch ein *Gläubiger* oder ein *Erbe* kann die konkursamtliche Liquidation *verlangen* (Art. 193 Abs. 3 SchKG).

Bei den Konkursverfahren gegen natürliche Personen entfällt die Mehrheit aller Verfahren (rund 75%) auf solche über hinterlassene Erbschaften<sup>187</sup>. Damit kommt dem Konkurs über eine hinterlassene Erbschaft eine *grosse praktische Bedeutung* zu.

### 2. Durchführung des Verfahrens

Die *Forderungen* der Gläubiger richten sich nicht mehr gegen den verstorbenen Schuldner und auch nicht mehr gegen die Erben, sondern *gegen die Konkursmasse der Erbschaftsliquidation*<sup>188</sup>. Wie bei der Betreuung der Erbschaft<sup>189</sup> liegt eine *reine Sachhaftung* vor.

Die Wirkungen der Konkursöffnung sind die gleichen wie bei den übrigen Konkursöffnungen<sup>190</sup>. Es findet an sich ein normales Konkursverfahren statt. Dabei kommen jedoch bestimmte *Sonderbestimmungen* zur Anwendung:

Konzeptionell ist die konkursamtliche Liquidation von der Betreuung der Erbschaft auf Konkurs durch einen Gläubiger<sup>191</sup> zu unterscheiden. Die Unterschiede beschlagen aber in erster Linie die Voraussetzungen und das Verfahren, um den Konkurs zu eröffnen. Die verfahrensrechtlichen Normen und die Wirkungen<sup>192</sup> nach erfolgter Konkursöffnung sind jedoch für beide Verfahren weitgehend dieselben<sup>193</sup>.

Die *Mitwirkungs- und Auskunftspflichten* des Schuldners (Art. 222 Abs. 1 und Art. 229 SchKG) obliegen den erwachsenen Hausgenossen des Verstorbenen (Art. 222 Abs. 2 SchKG).

Hat vor der Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft bereits ein *Schuldenruf* stattgefunden, so setzt das Konkursamt die Eingabefrist auf zehn Tage (anstatt der üblichen Monatsfrist; Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) fest und gibt in der Bekanntmachung an, dass Gläubiger, welche schon Forderungen angemeldet haben, *keine neuen Eingabe* machen müssen (Art. 234 SchKG). Damit sollen unnötige Kosten und Aufwendungen vermieden werden<sup>194</sup>.

Die Kosten einer vorausgegangenen amtlichen Liquidation, welche im Konkurs nicht gedeckt sind, sind keine Masseverbindlichkeiten<sup>195</sup>. Solche können nur im Rahmen eines Insolvenzverfahrens kreierte werden (Art. 211

<sup>182</sup> SPINNER (FN 81), 74, 77; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 43.

<sup>183</sup> BSK SchKG I-SCHMID, Art. 49 N 8; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 43.

<sup>184</sup> IV.B.1.

<sup>185</sup> SPINNER (FN 81), 23, 77; SCHNEIDER (FN 62), 162; vgl. auch IV.B.1.

<sup>186</sup> SCHNEIDER (FN 62), 161 f.; RBOG 1997 Nr. 9.

<sup>187</sup> FRANCO LORANDI, *Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) in a nutshell*, Zürich 2011, § 35 Ziff. 3 d; Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik vom 22. Mai 2012, Tabelle T3.

<sup>188</sup> BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 193 N 10; AMONN/WALTHER (FN 19), § 8 Rz. 24; BGE 115 II 349 (=Pra 1990 Nr. 203); Urteil BGer 5C.67/2004 vom 19. November 2004, E. 2.3.

<sup>189</sup> Vgl. V.B.1.a. und V.B.1.c.ff.

<sup>190</sup> BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 193 N 9; KUKO SchKG-HUBER, Art. 193 N 7; PraxKomm-HAUPTLI, Art. 573 ZGB N 7; Urteil BGer 4C.252/2005 vom 6. Februar 2006, E. 4.

<sup>191</sup> Vgl. dazu V.B.1.c.bb.

<sup>192</sup> PKG 2003, 87 Nr. 15.

<sup>193</sup> Vgl. V.B.1.c.hh.

<sup>194</sup> BSK SchKG II-LUSTENBERGER, Art. 234 N 1.

<sup>195</sup> BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 193 N 12c; PraxKomm-ENGLER, Art. 597 ZGB N 32; a.M. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 84), Art. 193 SchKG N 12.

Abs. 2, Art. 262, Art. 310 Abs. 2 SchKG), nicht aber in einem erbrechtlichen Vorverfahren.

In der konkursrechtlichen Liquidation einer Erbschaft können (gleich wie in der Spezialexécution<sup>196</sup>) die *Kompetenzstücke der Familie* des Erblassers (Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1–5 i.V.m. Art. 224 SchKG) vom Vollstreckungssubstrat ausgeschieden werden<sup>197</sup>.

Die Gläubiger des Erblassers gehen mit ihren Ansprüchen den Vermächtnisnehmern vor (Art. 564 Abs. 1 ZGB). Es liegt ein Fall von *gesetzlicher Subordination* vor<sup>198</sup>. Dies bedeutet, dass im Erbschaftskonkurs die Vermächtnisnehmer zwar im *Kollokationsplan* aufgeführt werden, jedoch in einer besonderen, nachgeordneten Klasse<sup>199</sup>. Vermächtnisse in Natura sind dabei in eine Geldforderung umzuwandeln (Art. 211 Abs. 1 SchKG)<sup>200</sup>.

Für diejenigen *privilegierten Forderungen*, welche an Fristen gebunden sind, findet eine *Fristverlängerung* statt, indem die Zeit zwischen dem Todestag und der Anordnung der konkursamtlichen Liquidation nicht mitgezählt wird (Art. 219 Abs. 5 Ziff. 4 SchKG)<sup>201</sup>.

In Bezug auf die *Verdachtsfristen* für die *paulianische Anfechtung* (Art. 286 bis Art. 288 SchKG) findet eine *Fristverlängerung* statt, indem auch hier die Zeit zwischen dem Todestag und der Anordnung der konkursamtlichen Liquidation nicht mitgezählt wird (Art. 288a Ziff. 3 SchKG).

Unbesehen dessen, dass der Erbschaft selbst grundsätzlich die Parteifähigkeit abgeht<sup>202</sup>, kommt ihrer *Konkursmasse* (wie jeder anderen Konkurs- oder Nachlassmasse auch) in sämtlichen Klagen, welche das SchKG vorsieht, die *umfassende Parteifähigkeit* zu. Dies gilt namentlich für eine Aussonderungs- (Art. 242 Abs. 2 SchKG) bzw. Admassierungs- (Art. 242 Abs. 3 SchKG), eine Kollokationsklage (Art. 250 Abs. 1 SchKG) oder jede Aktivklage, mit welcher die Konkursmasse Aktivansprüche verfolgt.

### 3. Einstellung des Konkurses mangels Aktiven

Reicht die Konkursmasse voraussichtlich nicht aus, um die Kosten für ein summarisches Konkursverfahren zu

decken, so verfügt das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Wird die konkursamtliche Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft mangels Aktiven eingestellt, so gelten *Sonderbestimmungen*<sup>203</sup>:

Die Erben können die *Abtretung* der zum Nachlass gehörenden *Aktiven* an die Erbengemeinschaft oder an einzelne Erben verlangen, wenn sie sich bereit erklären, die persönliche Schuldpflicht für die Pfandforderungen und die nicht gedeckten Liquidationskosten zu übernehmen. Macht keiner der Erben von diesem Recht Gebrauch, so können es die Gläubiger und nach ihnen Dritte, die ein Interesse geltend machen, ausüben (Art. 230a Abs. 1 SchKG).

Kommt kein Abtretungsvertrag zustande, so werden die *Aktiven* nach Abzug der Kosten mit den darauf haftenden Lasten, jedoch ohne die persönliche Schuldpflicht *auf den Staat übertragen*, wenn die zuständige kantonale Behörde die Übertragung nicht ablehnt (Art. 230a Abs. 3 SchKG). Lehnt die zuständige kantonale Behörde die Übertragung ab, so *verwertet das Konkursamt die Aktiven* (Art. 230a Abs. 4 SchKG).

### 4. Verteilung eines Überschusses

Bei der konkursamtlichen Liquidation einer hinterlassenen Erbschaft kann es durchaus vorkommen, dass alle «normalen» Kreditoren vollständig befriedigt werden können, so dass ein Überschuss verbleibt. Dieser wird in erster Linie zur *Ausrichtung der Vermächtnisse* zu verwenden (Art. 573 Abs. 2 ZGB)<sup>204</sup>, da diese im Kollokationsplan als (nachrangige) Forderungen aufgeführt werden<sup>205</sup>.

Verbleibt danach immer noch ein Überschuss, so ist dieser für *Zinsforderungen auf den Konkursforderungen* der Gläubiger für die Zeit zwischen Konkurseröffnung und vollständiger Bezahlung verwendet<sup>206</sup>.

<sup>196</sup> Vgl. V.B.1.c.ff.

<sup>197</sup> JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 84), Art. 49 SchKG N 9; PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 44; BGE 22 I 701; Urteil BGer 7B.183/2003 vom 28. August 2002, E. 2.

<sup>198</sup> GILLIÉRON (FN 5), Art. 219 LP N 113; BSK SchKG II-LORANDI, Art. 219 N 321.

<sup>199</sup> PraxKomm-HÄUPTLI, Art. 564 ZGB N 3.

<sup>200</sup> PraxKomm-HÄUPTLI, Art. 573 ZGB N 11.

<sup>201</sup> Zur ratio legis vgl. BSK SchKG II-LORANDI, Art. 219 N 114.

<sup>202</sup> Vgl. V.A.

<sup>203</sup> Für weiterführende Details wird auf die *Spezialliteratur* verwiesen: Vgl. dazu im Einzelnen: LAYDU MOLINARI (FN 8), 70 ff.; DOMINIK GASSER, Die Liquidation nach Artikel 230a SchKG, in: Paul Angst/Flavio Cometta/Dominik Gasser (Hrsg.), *Schuldbetreuung und Konkurs im Wandel*, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel 2000, 53 ff.; FRANCO LORANDI, Einstellung des Konkurses über juristische Personen mangels Aktiven (Art. 230a SchKG), AJP/PJA 2000, 41 ff.; GILLIÉRON (FN 5), Art. 49 LP N 32 ff.; KUKO SchKG-SCHÖBER, Art. 230a N 1 ff.; BSK SchKG II-LUSTENBERGER, Art. 230a N 7 f., N 11.

<sup>204</sup> PraxKomm-HÄUPTLI, Art. 573 ZGB N 11.

<sup>205</sup> Vgl. vorne vor FN 199.

<sup>206</sup> Vgl. FRANCO LORANDI, Besonderheiten beim Aktivenüberschuss in der Generalexécution, Der Glücksfall als Problemfall, AJP/PJA

Ein danach verbleibender Rest geht an die *ausschlagenden Erben* im Verhältnis ihrer Erbberechtigung (Art. 573 Abs. 2 ZGB)<sup>207</sup>. Dies geschieht nicht im Rahmen des Konkursverfahrens, weshalb sich die Konkursverwaltung nicht um die richtige Aufteilung kümmern muss<sup>208</sup>.

## 5. Konkursverlustschein

Bei der konkursamtlichen Liquidation einer Erbschaft liegt eine reine Sachhaftung vor<sup>209</sup>. Nach Abschluss des Konkursverfahrens besteht damit (da alle Aktiven des haftungsrelevanten Sondervermögens verwertet worden sind) keine Haftung mehr; denn ohne haftendes Vermögen gibt es keine Haftung (mehr). Aus diesem Grund werden auch bloss *auf Verlangen* und auf Kosten der *Gläubiger* Verlustscheine ausgestellt<sup>210</sup>. Wenn Verlustscheine ausgestellt werden, so kommt diesen keine praktische Bedeutung zu.

In einer neuen Betreuung aufgrund eines Konkursverlustscheins kann der Schuldner normalerweise die Einrede des fehlenden neuen Vermögens erheben (Art. 265 Abs. 2 SchKG). Dies setzt voraus, dass eine Haftung des Schuldners/Erben (noch) besteht. Im Fall eines Konkurses über eine hinterlassene Erbschaft ist dies dann der Fall, wenn der ausschlagende Erbe (i) in den letzten fünf Jahren vor dem Tod des Erblassers von diesem Vermögenszuwendungen erhalten hat, welche bei der Erbteilung der Ausgleichung unterworfen wären (Art. 579 ZGB) oder (ii) die Ausschlagungsbefugnis verwirkt hat (Art. 571 ZGB). In diesen Fällen gilt in Bezug auf eine Verlustscheinsforderung folgendes:

Diese Einrede des fehlenden neuen Vermögens steht nur dem Betriebenen persönlich zu, nicht aber seinen Rechtsnachfolgern<sup>211</sup>. Wenn ein Gläubiger somit gegen die Erbschaft einen Konkursverlustschein erwirkt hat und nachfolgend den Erben in Anspruch nimmt, so kann dieser *nicht* die *Einrede erheben*, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen<sup>212</sup>. Dies ergibt sich zudem auch schon daraus, dass die erste Vollstreckung (welche zum Konkursverlustschein führte) gegen die Erbschaft als Sondervermögen gerichtet war.

2006, 1265 ff.; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 193 N 12d; BGE 129 III 564 ff., BGE 102 III 45 ff.

<sup>207</sup> PraxKomm-HÄUPTLI, Art. 573 ZGB N 12.

<sup>208</sup> PIOTET (FN 74), 627; PraxKomm-HÄUPTLI, Art. 573 ZGB N 15; a.M. ZK ZGB-ESCHER, Art. 573 N 13.

<sup>209</sup> Vgl. V.B.1.a. und V.B.1.c. ff.

<sup>210</sup> AMONN/WALTHER (FN 19), § 38 Rz. 44.

<sup>211</sup> BSK SchKG II-HUBER, Art. 265a N 7, N 14; ZR 1985, 300 f.

<sup>212</sup> Vgl. BLUMENSTEIN (FN 82), 818.