**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 32 (1913)

**Artikel:** Über die Sicherung der Erbschaftsgläubiger und der Erbengläubiger nach dem schweizerischen ZGB

**Autor:** Trott, Jakob

**DOI:** https://doi.org/10.5169/seals-896533

**Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

**Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

**Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

**Download PDF:** 09.07.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch**

# Über die Sicherung der Erbschaftsgläubiger und der Erbengläubiger nach dem schweizerischen ZGB.[1])

Von Dr. Jakob Trott in Basel.

Hitzig, der allzu früh verstorbene Zürcher Rechtslehrer hat in einem im Zürcher Juristenverein im Jahre 1905 gehaltenen Vortrag über die Rechtsstellung des Erben (nach dem Entwurf zum ZGB) mit Nachdruck darauf hingewiesen, welche Sorgfalt der Entwurf auf dem Gebiete des Erbrechts der Stetigkeit der Kreditverhältnisse zuteil werden lasse und wie insbesondere der Gedanke, durch den Tod einer Person an den bisherigen Kreditverhältnissen möglichst wenig zu ändern, seinen Ausdruck finde im Institute der amtlichen Liquidation, bei welcher Erbschafts- und Erbenvermögen streng getrennt bleiben und die Erbschaftsgläubiger Befriedigung aus der Erbschaft, die Erbengläubiger Befriedigung aus dem Erbenvermögen finden.

Überblicken wir alle diejenigen Bestimmungen, die das ZGB zum Schutze und zur Sicherung der Rechte der Erbschaftsgläubiger und der Erbengläubiger aufstellt, und ziehen wir einen Vergleich mit den entsprechenden Sicherungsmitteln der früheren kantonalen Rechte, so zeigt der Vergleich, in welch wirksamer und weitgehender Weise das neue Recht gegenüber den früheren kantonalen Rechten auf die Interessen der Erbschaftsgläubiger und der Erbengläubiger beim Erbgange Rücksicht nimmt.

In den nachfolgenden Ausführungen über die Sicherung der Erbschaftsgläubiger und der Erbengläubiger nach

[1]) Nach einem im Basler Juristenverein gehaltenen Vortrage.

dem ZGB soll es sich weniger darum handeln, in abgeschlossener, systematischer Darstellung die sämtlichen, direkt oder indirekt eine Sicherung der Erbschaftsgläubiger und der Erbengläubiger bezweckenden Mittel zu behandeln; ich werde mich vielmehr darauf beschränken, nur auf einige der wichtigsten Schutz- und Sicherungsmittel einzugehen und dabei mehr die für die Praxis wichtigen Gesichtspunkte zu behandeln.

## § 1. Die amtliche Liquidation als Sicherungsmittel zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger.

Die amtliche Liquidation einer Erbschaft, die nach dem ZGB eintreten kann sowohl auf Begehren eines Erben, wie auf Begehren eines Erbschaftsgläubigers hin, erfüllt im letztern Falle, wenn das Liquidationsbegehren von Seiten eines Erbschaftsgläubigers gestellt worden ist, die gleichen Funktionen und den gleichen Zweck wie im gemeinen Rechte das Institut des beneficium separationis, nämlich den, den Erbschaftsgläubigern Befriedigung direkt aus den Mitteln der Erbschaft zu gewähren, bevor das Erbschaftsvermögen sich mit dem Vermögen der antretenden Erben vereinigt. Es soll damit verhindert werden, dass die Erbschaftsgläubiger genötigt werden, ihre Befriedigung bei den antretenden Erben zu suchen, zu welchen sie bisher in keinerlei Beziehung gestanden und welchen sie nicht kreditiert haben und welche vielleicht auch gänzlich kreditunwürdig erscheinen. Das beneficium separationis des gemeinen Rechts und ihm nachgebildet die amtliche Liquidation nach Art. 594 ZGB sind namentlich in denjenigen Fällen von grosser praktischer Bedeutung, in welchen die Erben überschuldet sind oder in ungeordneten, unklaren Verhältnissen leben, und die Erbschaftsgläubiger daher Gefahr laufen würden, durch eine Vereinigung des Erbschaftsvermögens mit dem Erbenvermögen um ihre Ansprüche gebracht zu werden; hier besteht das denkbar grösste Interesse für die

Erbschaftsgläubiger, den Übergang der Erbschaftsaktiven auf die Erben zu verhindern, denn ist einmal die Erbschaft auf den überschuldeten Erben übergegangen, so haften die übergegangenen Aktiven den Erbengläubigern in gleicher Weise wie den Erbschaftsgläubigern, die Stellung der letztern verschlechtert sich daher sehr wesentlich.

Das beneficium separationis des gemeinen Rechts (die Rechtswohltat der Güterabsonderung) und die amtliche Liquidation nach Art. 594 ZGB sind nun insofern rechtlich verwandte Institute, als sie den gleichen Zweck, die gleiche Funktion zu erfüllen bestimmt sind; die Voraussetzungen, von welchen das eine und das andere Institut jedoch ausgehen, sind nicht dieselben, vor allem aber unterscheiden sich die beiden Institute sehr wesentlich durch die Mittel und Wege, durch welche sie den Zweck, die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger herbeizuführen, erreichen. Während bei dem auf Grund einer richterlichen Verfügung ergehenden beneficium separationis lediglich eine Absonderung der Erbschaft eintrat und nun den vigilanten Erbschaftsgläubigern die Möglichkeit gegeben war, zwecks ihrer Befriedigung auf das vom Erbenvermögen abgetrennte, abgesonderte Erbschaftsvermögen zu greifen, bevor dieses an die Erben ausgeliefert wurde, wird nun nach dem ZGB das Erbschaftsvermögen vom Erbenvermögen nicht nur tatsächlich und rechtlich streng getrennt, sondern zugleich durch die zuständige Behörde amtlich liquidiert, um eine für alle Erbschaftsgläubiger gleichmässige Befriedigung zu schaffen. Das in Art. 594 des ZGB aufgestellte Rechtsmittel bringt so, verglichen mit dem beneficium separationis des gemeinen Rechts, nicht nur wegen der gleichmässigen Berücksichtigung und Befriedigung aller Erbschaftsgläubiger eine bessere Lösung, sondern vor allem, weil durch das Mittel der amtlichen Liquidation durch die neutrale Behörde eine Garantie für eine richtige Abwicklung der ganzen Erbschaftsangelegenheit geschaffen ist. Im weitern gestalten sich, was weiter unten noch näher zu berühren

sein wird, die Haftungsverhältnisse der Erben im Falle der amtlichen Liquidation viel einfacher und klarer, als dies beim gemeinrechtlichen beneficium separationis der Fall war.

Unter der Herrschaft des kantonalen Rechts hatten die meisten Kantone das Mittel der Güterabsonderung (beneficium separationis, séparation de patrimoine), sei es durch ausdrückliche gesetzliche Normierung, sei es durch die Einführung auf dem Wege der Praxis zugelassen, wobei im einzelnen das Institut allerdings eine sehr verschiedene Ausgestaltung erfuhr. Eine Regelung, die dem Verfahren der amtlichen Liquidation nach Art. 594 ZGB nahe kommt, kannte das neuenburgische Recht (c. c. Art. 867), das die Erbschaft, bezüglich welcher die Güterabsonderung verlangt worden war, zur Liquidation brachte. Vor allem aber besass der Kanton Basel-Stadt in seinem Gesetz vom Jahre 1884 betr. eheliches Güterrecht, Erbrecht und Schenkungen in Art. 96 ein Sicherungsmittel zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger, das zahlreiche Analogien mit der amtlichen Liquidation nach Art. 594 ZGB aufwies und dem Gesetzgeber wohl auch als Vorbild für das letztere mag gedient haben. Nach Art. 96 des zitierten Gesetzes konnte ein Erbschaftsgläubiger, der nachwies, dass durch die Vermischung der Hinterlassenschaft mit dem Vermögen der Erben seine Interessen gefährdet werden, die gesonderte Liquidation der Erbmasse durch die Gerichtsschreiberei beanspruchen, sofern er nicht anderweitig genügend sichergestellt wurde. Aber abgesehen davon, dass die Liquidation nach Art. 96 des zit. baselstädtischen Gesetzes im einzelnen hinsichtlich des äusseren Ganges des Liquidationsverfahrens von der amtlichen Liquidation des ZGB stark abwich, ergeben sich vor allem bei näherer Betrachtung der beiden Institute in rechtlicher Beziehung nicht unbedeutende Verschiedenheiten. Ist nämlich die amtliche Liquidation der Erbschaft angeordnet worden und erweist sich die Erbschaft als überschuldet, so hat nach Art. 597 ZGB die

Liquidation durch das Konkursamt nach den Vorschriften des Konkursrechts zu erfolgen, dabei ist es für die Eröffnung des Nachlasskonkurses durchaus gleichgültig, ob sich die Überschuldung sofort nach der Anordnung der amtlichen Liquidation oder erst im vorgerückten Stadium der Liquidation herausstellt (praktisch z. B. denkbar, wenn Liegenschaften, Wertpapiere wegen ungünstiger Konjunkturverhältnisse beträchtlich unter dem Inventarwert losgeschlagen werden müssen), in jedem Falle ist hier mit der Feststellung der Überschuldung der Erbschaft seitens des amtlichen Liquidators jede weitere Tätigkeit einzustellen und der Konkurs anzumelden. Anders verhielt es sich mit der Liquidation nach Art. 96 des baselstädtischen Gesetzes, wo eine dem Art. 597 ZGB entsprechende Bestimmung fehlte. Nachdem hier auf Begehren eines Erbschaftsgläubigers die Liquidation durch die Gerichtsschreiberei angeordnet worden war, führte diese die Liquidation zu Ende, gleichgiltig, ob sich der Nachlass als überschuldet erwies oder nicht. Im Falle der Überschuldung stellte hier die Gerichtsschreiberei von sich aus entsprechend dem Konkursverfahren einen „Kollokationsplan" und eine „Verteilungsliste" auf. Andererseits war bei dieser Erbschaftsliquidation durch die Gerichtsschreiberei dem einzelnen Erbschaftsgläubiger die Möglichkeit gegeben, gemäss Art. 49 der alten Fassung des SchKG gegen die in Liquidation befindliche Erbmasse die Betreibung anzuheben, während im Gegensatz hiezu bei der amtlichen Liquidation nach dem ZGB auf Grund der neuen Fassung des Art. 49 SchKG dem Erbschaftsgläubiger die Möglichkeit genommen ist, während der Dauer des Liquidationsverfahrens gegen die Masse Betreibung anzuheben. Im Falle einer Verzögerung der Liquidation durch den amtlichen Liquidator kann sich hier der Erbschaftsgläubiger nicht durch das Mittel der Betreibung Befriedigung verschaffen, er wird, wenn der Liquidator die Liquidation verzögert, die Vornahme von Zahlungen oder Ratenzahlungen verweigert, lediglich auf

den Beschwerdeweg verwiesen sein, sofern das Einführungsgesetz des Kantons, in welchem die amtliche Liquidation erfolgt, einen solchen für derartige Fälle kennt.

## § 2. Die Beschränkung des Sicherungsmittels auf die Gläubiger des Erblassers.

Art. 594 ZGB lässt das Recht, bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen die amtliche Liquidation der Erbschaft zu verlangen, ausdrücklich nur den Gläubigern des Erblassers zukommen. Die Gläubiger der Erben sind also grundsätzlich vom Antragsrechte ausgeschlossen. Gegen die Gefahr, dass ein Erbe eine insolvente Erbschaft antrete und damit die Stellung der Erbengläubiger beeinträchtige, sind diese letztern, wie wir weiter unten noch näher sehen werden, durchaus wehrlos.

Das Begehren um Anordnung der amtlichen Liquidation nach Art. 594 ZGB kann aber im weitern, wie sich schon aus der Fassung des Gesetzes ergibt, auch von den Massagläubigern nicht gestellt werden. Die Erbschaftsbehörde kann daher, falls sie an sich gemäss dem kantonalen Einführungsgesetze die zur Anordnung und Durchführung der amtlichen Liquidation zuständige Behörde ist, bezüglich aller der mit der Eröffnung des Erbganges erwachsenen Kosten (Massakosten), wie Kosten der amtlichen Inventur, Kosten für die Siegelung der Erbschaft, Kosten der Erbschaftsverwaltung usw. in keinem Falle, auch wenn begründete Besorgnis, nicht befriedigt zu werden, vorliegt, zum Antrag nach Art. 594 ZGB zugelassen werden, ganz abgesehen von der Frage, ob überhaupt in einem solchen Falle die Erbschaftsbehörde in doppelter Eigenschaft, nämlich als der die amtliche Liquidation verlangende Gläubiger und als die, die amtliche Liquidation anordnende Behörde überhaupt gleichzeitig handeln dürfte.

Ebenso muss bei eigentlichen Massaschulden, die die Erbmasse als solche selbst kontrahiert hat — im Gegen-

satz zu den vorhin erwähnten Massakosten — z. B. entstanden aus der Miete von Lokalitäten durch die Erbmasse, Erteilung von Prozessaufträgen oder Einholung von Schatzungen und Gutachten durch die Erbmasse, das vom Massagläubiger gestellte Begehren um Anordnung der amtlichen Liquidation abgewiesen werden. Ist der Massagläubiger in dieser Hinsicht gegenüber dem Erbschaftsgläubiger im Nachteil, so ist er aber in anderer Beziehung gegenüber dem Erbschaftsgläubiger günstiger gestellt, als er auch nach der auf Begehren eines Erben oder Erbschaftsgläubigers angeordneten amtlichen Liquidation gegen die Masse Betreibung einleiten kann, da der in Art. 49 SchKG (neue Fassung) aufgestellte Grundsatz des Ausschlusses der Betreibbarkeit gegen eine Erbmasse, die amtlich liquidiert wird, richtigerweise doch nur auf Erbschaftsschulden, nicht aber auch auf Massaschulden Bezug haben kann (in Analogie mit der in Art. 206 SchKG enthaltenen Bestimmung des Ausschlusses einer Spezialexekution gegen die Konkursmasse, wo aber ebenfalls bezüglich der Massaschulden in praxi eine Ausnahme von der Regel gemacht wird).

Wenn das Gesetz die Gläubiger des Erblassers als antragsberechtigt nennt, also von der Mehrzahl spricht, so kann dies vernünftigerweise nur den Sinn haben, dass alle Gläubiger, also jeder einzelne Gläubiger dazu legitimiert ist, das Begehren um Anordnung der amtlichen Liquidation zu stellen. Wird dem Begehren eines Gläubigers entsprochen, so übt dies, da die Liquidation nunmehr die ganze Erbschaft ergreift, seine Wirkung auch zu Gunsten aller übrigen Erbschaftsgläubiger aus, gleichgültig, ob deren Begehren von der Behörde bereits als unbegründet abgewiesen worden sind.

Da für das Antragsrecht die Höhe der Forderung rechtlich vollständig irrelevant ist, so ist es praktisch durchaus möglich, dass auch bezüglich einer sehr grossen Erbschaft ein Gläubiger mit einer ganz unverhältnismässig kleinen Forderung die amtliche Liquidation herbeizu-

führen vermag, wenn die Erben wegen Insolvenz nicht imstande sind, den Gläubiger zu befriedigen oder sicherzustellen. Haben die Erben ein erhebliches Interesse, die Erbschaft als Ganzes ausgehändigt zu erhalten, um nach ihrem Belieben die Liquidation durchzuführen, so hilft ihnen einzig die vom Gesetze gewährte Möglichkeit, der amtlichen Liquidation durch Zahlung oder Sicherstellung der Erbschaftsgläubiger zu begegnen.

Für die Zulässigkeit des gemäss Art. 594 ZGB gestellten Begehrens ist das rechtliche Verhalten der Erben in der Zeit zwischen Eröffnung des Erbganges und dem Zeitpunkt des Einganges des Begehrens rechtlich nicht in jeder Hinsicht irrelevant. Haben nämlich in dem Zeitpunkt, in welchem die Anordnung der amtlichen Liquidation verlangt wird, bereits alle nächsten gesetzlichen Erben die Erbschaft ausgeschlagen, so muss nach der zwingenden Vorschrift des Art. 573 ZGB die Liquidation durch das Konkursamt nach den Bestimmungen des Konkursgesetzes erfolgen, dem gemäss Art. 594 ZGB gestellten Begehren kann daher nicht mehr Folge gegeben werden. Kann aber dem gläubigerischen Begehren auch nicht mehr entsprochen werden, so werden dennoch die Interessen des Erbschaftsgläubigers, wenn nun das Verfahren nach Art. 573 eingeleitet wird, ebenso gewahrt, wie wenn die erbamtliche Liquidation eingeleitet wäre. Erweist sich die Erbschaft, die lediglich auf Grund der Tatsache der Ausschlagung durch alle nächsten Erben konkursamtlich liquidiert wird, tatsächlich nicht als insolvent, so wird hier zwar ein regelrechtes Konkursverfahren durchgeführt, in welchem aber die Gläubiger voll befriedigt werden und ein Überschuss der konkursamtlichen Liquidation gemäss Art. 573 Ab. 2 den Berechtigten ausgewiesen wird, wie wenn keine Ausschlagung stattgefunden hätte. Praktisch wird der Fall allerdings selten werden, da in der Regel der Grund zur Ausschlagung in der Insolvenz der Erbschaft zu suchen sein wird und andrerseits die Fälle, in welchen die Insolvenz bei der

Ausschlagung bloss eine vermeintliche ist und die Insolvenz sich im Laufe des Verfahrens auf Grund überaus günstiger Liquidation der Aktiven in eine Solvenz umwandelt, doch recht selten sein dürften.

Ist das Begehren um amtliche Liquidation der Erbschaft bereits von einem Erben gemäss Art. 593 ZGB gestellt worden, so scheint ein weiteres Begehren seitens eines Gläubigers gänzlich überflüssig zu sein. Diese Auffassung, wie sie Escher in seinem Kommentar zum Erbrechte des ZGB Art. 594 vertritt, erweist sich jedoch bei näherer Betrachtung nicht als vollkommen zutreffend. Hat von mehreren Miterben der eine das Begehren gemäss Art. 593 ZGB gestellt, so wird dieses Begehren dennoch rechtsunwirksam gemäss Art. 593 Ab. 2, wenn einer der Miterben die Annahme erklärt, sei es durch ausdrückliche Erklärung der Annahme der Erbschaft, sei es durch Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist. Die in Art. 594 ZGB aufgestellte dreimonatliche Frist, binnen welcher der Erbschaftsgläubiger die amtliche Liquidation verlangen kann, fällt nun aber durchaus nicht immer zusammen mit der Frist, innert welcher ein Erbe die Ausschlagung oder Annahme der Erbschaft erklären kann. Das ist z. B. nicht der Fall, wenn ein Miterbe zunächst nach Art. 580 Abs. 2 ZGB binnen Monatsfrist nach dem Tode des Erblassers das öffentliche Inventar verlangt, worauf alsdann die monatliche Auskündigungsfrist nach Art. 582 ZGB angesetzt wird und endlich nach Abschluss des Inventars eine weitere Monatsfrist folgt (Art. 587 ZGB), binnen welcher sich der Erbe über den Erwerb der Erbschaft zu erklären hat. Mit dieser Häufung der Fristen zu Gunsten der Erben ist es nun wohl möglich, dass mehr als drei Monate vergehen, bis der endgültige Entscheid über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft seitens der Erben erfolgt. Hat nun vor Ablauf von drei Monaten der eine der Miterben gemäss Art. 593 ZGB die amtliche Liquidation beantragt, und hält es nun ein Erbschaftsgläubiger für überflüssig, seinerseits noch gemäss

Art. 594 die amtliche Liquidation zu beantragen, so kann er in die für ihn fatale und nicht gewünschte Situation kommen, dass kurz nach Ablauf von drei Monaten ein anderer Miterbe die Annahme der Erbschaft erklärt und damit bewirkt, dass dem vom Miterben gestellten Begehren um amtliche Liquidation nach Art. 593 Abs. 2 keine Folge mehr gegeben werden kann, während andererseits der Erbschaftsgläubiger wegen Ablaufs der dreimonatlichen Frist des Art. 594, bezüglich welcher eine Restitution wegen Fristversäumnis ausgeschlossen ist, das Begehren nun nicht mehr stellen kann. Hat ein Erbschaftsgläubiger daher ein Interesse an der Herbeiführung der amtlichen Liquidation der Erbschaft, so tut er gut, um allen Eventualitäten zu begegnen, rechtzeitig das Begehren zu stellen, gleichgültig, ob bereits das entsprechende Begehren eines Erben vorliegt oder nicht. Reicht der Erbschaftsgläubiger rechtzeitig das Begehren gemäss Art. 594 ZGB ein, so wirkt dieses umgekehrt, da es für die Zulässigkeit seines Begehrens rechtlich durchaus gleichgültig ist, ob einer der Erben bereit wäre, die Erbschaft anzutreten, auch zu Gunsten desjenigen Erben, dessen Begehren bereits gemäss Art. 593 Abs. 2 keine Folge gegeben worden ist.

Da das Antragsrecht zum Begehren nach Art. 594 nur den Gläubigern des Erblassers zukommt, muss die Gläubigerqualität, die Voraussetzung ist für das Begehren, von der die amtliche Liquidation anordnenden Behörde geprüft werden. Um einen eigentlichen strengen Nachweis der Gläubigerqualität wird es sich aber nicht handeln können, da es nicht Sache der Behörde sein kann, sich bezüglich der Frage, ob ein Forderungsverhältnis zwischen dem Antragsteller und dem Erblasser bestanden hat, in eine eingehende rechtliche Untersuchung und Prüfung einzulassen. Die Behörde wird sich daher mit einer Glaubhaftmachung des Forderungsverhältnisses begnügen müssen. Wenn nun aber seitens der Erben das Bestehen einer Forderung des Antragstellers gegenüber dem Erblasser überhaupt bestritten wird und damit auch gleich-

zeitig bestritten wird, dass der Antragsteller zum Begehren gemäss Art. 594 überhaupt legitimiert sei, so kann sich fragen, ob zum Entscheid hierüber und damit gleichzeitig zum Entscheid, ob das Begehren zuzulassen oder abzuweisen sei, die Behörde zuständig ist, bei welcher das Begehren um amtliche Liquidation anzubringen ist und die die amtliche Liquidation anordnet, oder ob der Entscheid dieser Frage nicht dem ordentlichen Richter vorbehalten ist.

Für den Kanton Basel-Stadt ist nun als zuständige Behörde, bei welcher das Liquidationsbegehren einzureichen ist und welche die amtliche Liquidation anordnet und durchführt, das Erbschaftsamt bezeichnet (vergl. § 147 des baselstädtischen Einführungsgesetzes zum ZGB). Nach der positiven Bestimmung des Art. 146 des kantonalen Einführungsgesetzes wird nun aber bei Streitigkeiten, ob ein Gläubiger berechtigt sei, die amtliche Liquidation zu verlangen, ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes der Entscheid in die Hand des Dreiergerichts gelegt. Eine solche Streitigkeit im Sinne des § 146 des baselstädtischen Einführungsgesetzes liegt nun eben dann vor (abgesehen hier von Streitigkeiten bezüglich der übrigen Voraussetzungen des § 594 ZGB), wenn die vom Antragsteller gegenüber dem Erblasser geltend gemachte Forderung von den Erben bestritten wird. In diesem Falle wird nun das Dreiergericht materiell zu untersuchen haben, ob der Antragsteller Gläubiger des Erblassers ist, und wird je nach dem Ergebnis dieser Prüfung darüber erkennen, ob dem Begehren um amtliche Liquidation zu entsprechen sei oder nicht. Meines Erachtens sollte aber den betreffenden Erben, sofern lediglich die Gläubigerqualität des die amtliche Liquidation begehrenden Klägers im Streite gelegen hat, immerhin noch die Möglichkeit gegeben sein, die amtliche Liquidation durch Zahlung oder Sicherstellung auszuschliessen. Der Entscheid müsste also, wenn das Gericht das Bestehen eines Forderungsverhältnisses zwischen dem Gläubiger

und dem Erblasser bejaht, dahin gehen, dass die amtliche Liquidation angeordnet wird, sofern nicht binnen einer bestimmten vom Gerichte festzusetzenden kurzen Frist die Zahlung oder Sicherstellung des Gläubigers erfolgt.

Aber auch in denjenigen Kantonen, deren Einführungsgesetze eine dem § 146 des baselstädtischen Einführungsgesetzes entsprechende Bestimmung nicht kennen, muss doch ohne Zweifel beim Streite darüber, ob der Antragsteller tatsächlich Gläubiger des Erblasser ist oder nicht, wo also materiell das Bestehen eines Forderungsverhältnisses zu prüfen ist, der Entscheid dem ordentlichen Richter vorbehalten bleiben. In denjenigen Fällen, in welchen der Antragsteller, der die amtliche Liquidation gemäss Art. 594 ZGB begehrt, seine Forderung an den Erblasser durch Vorlegen von Belegen genügend glaubhaft zu machen versteht, würde sich, sofern der betreffende Kanton eine dem § 146 des baselstädtischen Einführungsgesetzes entsprechende Bestimmung nicht kennt, auch an die Lösung denken lassen, dass nun die Erben angewiesen werden, falls die übrigen Voraussetzungen des Art. 594 gegeben sind, zur Abwendung der amtlichen Liquidation der Erbschaft den Antragsteller sicherzustellen, bis der ordentliche Richter im ordentlichen Verfahren über Existenz und Umfang der dem Gläubiger gegenüber dem Erblasser zustehenden Forderung entschieden hat. Diese Lösung wäre auch praktisch befriedigend. Durch die Sicherheitsleistung wenden die Erben die amtliche Liquidation der Erbschaft ab; wird durch den Richter nachträglich entschieden, dass die behauptete Forderung an den Erblasser bestanden hat, so ist die Befriedigung des Gläubigers gesichert, andernfalls, wenn die Forderung an den Erblasser als nicht bestehend erkannt worden ist, wird die geleistete Sicherheit zu Gunsten der Erben wieder freigegeben.

Für die Antragsberechtigung eines Gläubigers des Erblassers wird im allgemeinen die Natur der Forderung rechtlich durchaus irrelevant sein. Zu berücksichtigen

wird jedoch sein, ob die vom Gläubiger des Erblassers geltend gemachte Forderung passiv, d. h. auf seiten des Schuldners überhaupt vererblich ist oder nicht. Stand dem Gläubiger eine passiv unvererbliche Forderung an den Erblasser zu, so kann dieser Gläubiger nicht als legitimiert erachtet werden, das Begehren gemäss Art. 594 ZGB zu stellen, da Art. 594 eben voraussetzt, dass für die Erbschaftsschulden haftbare Erben vorhanden sind und von diesen haftenden Erben Befriedigung oder Sicherstellung nicht zu erlangen ist. Während nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in der Regel die aus dem Familienrechte entstehenden Rechte und Pflichten als unvererblich gelten, werden nun im ZGB durch die sonderrechtliche Bestimmung des Art. 322 die familienrechtlichen Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den ausserehelichen Vater als vererblich erklärt und können daher auch gegen die Erben des Vaters geltend gemacht werden. Beim Tode des ausserehelichen Vaters kann daher bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 594 ZGB auch bezüglich der Unterhaltsansprüche von der Mutter des ausserehelichen Kindes oder dessen Beistand namens des Kindes als Gläubiger des Erblassers die amtliche Liquidation der Erbschaft begehrt werden.

War die gegen den Erblasser bestehende Forderung auf der Gläubigerseite (also aktiv) unvererblich, so muss ohne weiteres ein von den Erben dieses Gläubigers gestelltes Liquidationsbegehren abgewiesen werden, weil diesen Antragstellern wegen Unvererblichkeit des ihrem Erblasser zustehenden Anspruches die Gläubigereigenschaft überhaupt mangelt (so sind z. B. nach Art. 749 ZGB aktiv unvererblich die aus der Nutzniessung fliessenden Ansprüche, da die Nutzniessung mit dem Tode des Berechtigten endet).

Für die Berechtigung eines Gläubigers des Erblassers, das Begehren gemäss Art. 594 zu stellen, wird es im weitern gleichgiltig sein, ob dem Gläubiger eine einmalige oder eine wiederkehrende Leistung und ebenso ob ihm eine bedingte,

betagte oder befristete Forderung zukommt oder ob seine Forderung bereits fällig ist oder nicht. In diesen Fällen wird aber der Gläubiger von den Erben naturgemäss nur Sicherstellung verlangen können. Tritt wegen Nichtleistung der Sicherstellung einer bedingten Forderung oder einer Forderung mit ungewisser Verfallzeit die amtliche Liquidation ein, so kann der Gläubiger auch von der in Liquidation befindlichen Erbmasse nicht sofortige Befriedigung verlangen. Seinen Anspruch kann der Gläubiger erst geltend machen, wenn sich die Bedingung erfüllt hat oder der Verfalltag eingetreten ist, in die Aufstellung der Passiven werden aber solche Forderungen zum vollen Betrage aufzunehmen sein (über die analoge Behandlung solcher Forderungen im Konkursverfahren vergl. Art. 210 SchKG). Will der amtliche Liquidator die Liquidation beenden, bevor die Bedingung sich erfüllt hat bezw. bevor der Verfalltag herangekommen ist, so kann er dies tun, indem er diese Forderungen bis zum vollen Betrage sicherstellt und den erst hienach verbleibenden Aktivüberschuss an die Erben ausweist oder indem er das gesamte Ergebnis der Liquidation an die Erben aushändigt, nachdem diese direkt den Gläubigern der bedingten Forderungen oder der Forderungen mit ungewisser Verfallzeit genügend Sicherheit geleistet haben.

Bezüglich der Behandlung von pfandgesicherten Forderungen ist Escher in seinem Kommentar zum Erbrecht des ZGB in pag. 254 der Ansicht, dass das Begehren um amtliche Liquidation der Erbschaft in gleicher Weise von Gläubigern pfandgesicherter Forderungen wie laufender Forderungen gestellt werden könne. Ich glaube jedoch, dass sich diese Auffassung mit Sinn und Zweck des Art. 594 ZGB nicht vereinigen lässt. Art. 594 gibt dem Gläubiger des Erblassers erst dann das Recht, die amtliche Liquidation der Erbschaft nachzusuchen, wenn er für seine Forderung von den Erben weder befriedigt noch sichergestellt worden ist, sodass nunmehr die Gefahr für ihn besteht, um seinen Anspruch gebracht zu werden. Ist die For-

derung eines Gläubigers aber von vornherein pfandgesichert und hat er damit bereits diejenige Sicherheit, wie sie Art. 594 zu Gunsten der Gläubiger erst zu erreichen sucht, so ist er des Schutzes, den Art. 594 den gefährdeten Gläubigern einräumt, gar nicht mehr bedürftig. Anders wäre es freilich dann, wenn es dem Gläubiger anheimgestellt wäre, nach seiner Wahl Befriedigung oder blosse Sicherstellung zu verlangen. Da das Wahlrecht aber nach Art. 594 ZGB den Erben zukommt, und diese ganz nach ihrem Belieben die amtliche Liquidation durch Zahlung oder Sicherstellung ausschliessen können, muss den Gläubigern, die a priori pfandgesichert sind, das Recht gemäss Art. 594 vorzugehen verweigert werden. Die amtliche Liquidation als eine in die Rechtsstellung der Erben tief eingreifende Massregel soll eben erst dann Platz greifen, wenn weder Befriedigung noch Sicherstellung seitens der Erben zu erhalten war und nun eine Gefährdung der Gläubiger anzunehmen ist; sind die Gläubiger aber bereits pfandversichert, so ist ein rechtliches Interesse an einer weitern Sicherung oder amtlichen Liquidation der Erbschaft nicht gegeben. Zum Begehren gemäss Art. 594 ZGB sollte ein pfandgesicherter Gläubiger jedoch meines Erachtens in allen Fällen dann zuzulassen sein, wenn sich innert der Dreimonatsfrist des Art. 594 ergibt, dass das dem Gläubiger gegebene Unterpfand eine offenbar nur ungenügende Deckung bietet.

## § 3. Die Voraussetzungen des Art. 594 ZGB.

### a) Die begründete Besorgnis der Gläubiger, für ihre Forderungen nicht bezahlt zu werden.

Das Recht der Gläubiger des Erblassers, zu ihrer Sicherung die amtliche Liquidation der Erbschaft zu beantragen, ist in erster Linie von der Voraussetzung abhängig gemacht, dass begründete Besorgnis für die Gläubiger des Erblassers besteht, von den Erben nicht bezahlt zu werden. Die zur Anordnung der amtlichen Liquidation

zuständige Behörde wird nun aber für das Vorliegen dieser Voraussetzung keinen eigentlichen, streng geführten Nachweis verlangen können, sondern wird sich vielmehr mit einer Glaubhaftmachung begnügen müssen. Wie schon aus der Fassung des Gesetzes hervorgeht, kommt es dabei nicht auf das subjektive Moment der Absicht der Erben an. Ein Nachweis bezw. ein Glaubhaftmachen für das Vorliegen eines dolus auf seiten der Erben, Benachteiligungsabsicht oder Böswilligkeit wird dabei nicht verlangt werden können, vielmehr wird es sich lediglich darum handeln, dass sich aus den von den antragstellenden Gläubigern namhaft gemachten Umständen objektiv eine Gefährdung oder eine begründete Besorgnis einer Gefährdung der Gläubigerrechte ergibt. Sind die Erben überschuldet, zahlungsunfähig, oder haben sie bereits durch Zahlungseinstellungen ihre Zahlungsunfähigkeit äusserlich manifestiert, liegen Verlustscheine aus Pfändung oder Konkurs vor, ist eine Nachlassstundung bewilligt worden oder trifft der Tatbestand des Art. 190 Ziffer 1 SchKG zu, so wird man die in Art. 594 ZGB verlangte begründete Besorgnis, nicht bezahlt zu werden, ohne weiteres als gegeben annehmen dürfen. Diese Besorgnis wird man aber auch als gegeben erachten dürfen, wenn zahlreiche Betreibungen gegen die Erben ergehen, oder wenn allgemein das Verhalten der Erben in ökonomischer, geschäftlicher Hinsicht die Stellung des Gläubigers als gefährdet erscheinen lässt.

Wird seitens der Erben ausdrücklich bestritten, dass eine begründete Besorgnis der Gläubiger, nicht befriedigt zu werden, vorliege, so gestaltet sich je nach den Bestimmungen der kantonalen Einführungsgesetze das Verfahren über Eröffnung der amtlichen Liquidation, über die Zuständigkeit und die Weiterziehung des Entscheides recht verschieden.

Für Basel-Stadt ist folgendes zu sagen: Wird beim Erbschaftsamte, der für die amtliche Liquidation zuständigen Behörde, von einem Gläubiger gemäss Art. 594

die amtliche Liquidation verlangt und wird hierauf von den Erben, denen vom Eingange des Begehrens Kenntnis und Gelegenheit zur Vernehmlassung zu geben ist, bestritten, dass begründete Besorgnis der Gefährdung der Gläubiger gegeben sei, so hat nun gemäss Art. 146 des baselstädtischen Einführungsgesetzes zum ZGB das Dreiergericht darüber zu entscheiden, ob die im Streit liegende Voraussetzung zutreffe, und demnach der Gläubiger berechtigt sei, die amtliche Liquidation zu verlangen. Gegen den Entscheid des Dreiergerichts, das nach kontradiktorischer Verhandlung der Parteien entscheidet und gleichzeitig mit der Gutheissung des Begehrens die amtliche Liquidation der Erbschaft verfügt, ist eine Berufung an eine obere Instanz (wie z. B. im Kanton Zürich, wo die vom Einzelrichter getroffene Verfügung der Anordnung der amtlichen Liquidation ohne Rücksicht auf den Streitwert an das Obergericht weiter gezogen werden kann) ausgeschlossen.

Das Antragsrecht nach Art. 594 ZGB wird für die Gläubiger des Erblassers auch vor Ablauf der dreimonatlichen Frist, binnen welcher das Begehren um amtliche Liquidation gestellt werden kann, endgiltig verwirkt, wenn sie die Erben oder den einen der Miterben als ihre persönlichen Schuldner an Stelle des verstorbenen Erblassers angenommen haben, sei es durch ausdrückliche oder konkludente Handlungen, wie Entgegennahme von Zahlungen, Abschluss neuer Verträge mit den Erben, in welchen der Erbe an Stelle des Erblassers in das Schuldverhältnis eintritt, oder durch Entgegennahme neuer Bürgen und Pfänder. Hat hier eine Novation des Forderungsverhältnisses stattgefunden, so ist die Berechtigung des Gläubigers zum Antrage nach Art. 594 ZGB, auch wenn er nachträglich begründete Besorgnis in die Solvenz seines neuen Schuldners haben sollte, dennoch endgültig untergegangen, weil er nicht mehr Gläubiger des Erblassers ist, und daher auch keinen Anspruch mehr an das Erbschaftsvermögen hat. Tritt hier nachträglich noch

auf Begehren anderer Gläubiger die amtliche Liquidation der Erbschaft ein, so ändert das selbstverständlich an der Rechtsstellung der Gläubiger, bezüglich deren Forderung eine Novation bereits eingetreten ist, nichts mehr, für das Liquidationsverfahren fallen sie ganz ausser Betracht.

### b) Die Nichtbefriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger des Erblassers durch die Erben auf Begehren der Gläubiger hin.

Die amtliche Liquidation der Erbschaft auf Begehren der Gläubiger des Erblassers hin wird im weitern von der Voraussetzung abhängig gemacht, dass die, die amtliche Liquidation nachsuchenden Gläubiger auf ihr Begehren hin nicht befriedigt oder sichergestellt worden sind. Die zur Anordnung der amtlichen Liquidation zuständige Behörde hat daher bei Eingang des Begehrens zunächst zu prüfen, ob seitens der Gläubiger eine Aufforderung zur Zahlung oder Sicherstellung an die Erben ergangen ist und ob dieses Begehren fruchtlos war. In welcher Art und Weise dieses Begehren gestellt wird, ist rechtlich gleichgiltig. Wenn jedoch Escher in seinem Kommentar zu Art. 594 erklärt, das Begehren brauche nicht die Form einer Betreibung anzunehmen, und damit implicit erklärt, das Begehren könne allerdings in Form der Betreibung an die Erben gerichtet werden, so halte ich das nicht für zutreffend. Da nach Art. 59 SchKG hinsichtlich der Betreibung für Erbschaftsschulden sowohl für die Erbmasse wie für die Erben während der für Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft eingeräumten Überlegungsfrist Rechtsstillstand besteht — also während der dreimonatlichen Deliberationsfrist des Art. 567 bezw. 568 ZGB und ebenso bei der während der Errichtung des öffentlichen Inventars laufenden Deliberationsfrist (vgl. die Artikel 580—588 ZGB) — so wird der Gläubiger das nach Art. 594 zu erlassende Begehren auf Zahlung oder Sicherstellung wegen des Verbots der Vornahme von

Betreibungshandlungen während der Dauer des Rechtsstillstandes nicht in der Form der Betreibung erlassen können. Ist die Rechtsstillstandsfrist aber abgelaufen, so kommt eine Betreibung als Aufforderung zur Zahlung oder Sicherstellung im Sinne des Art. 594 ZGB deswegen nicht mehr in Betracht, weil nun auch regelmässig die Frist zum Antrag der amtlichen Liquidation abgelaufen sein wird, da diese Frist nach Art. 594 ZGB in allen Fällen nur drei Monate beträgt, also in keinem Falle die Rechtsstillstandsfrist überschreitet. In praxi wird sich das Verfahren daher in der Regel so gestalten, dass das Begehren zur Zahlung oder Sicherstellung an die Erben in der Form einfacher mündlicher oder schriftlicher Aufforderung oder durch konkludente Handlung zu erfolgen haben wird. Wie sich aus Art. 594 im fernern ohne weiteres ergibt, kann der Gläubiger von den Erben lediglich Zahlung oder Sicherstellung seiner Forderung verlangen und nicht das eine oder das andere nach seiner Wahl, vielmehr steht das Wahlrecht den Erben zu, ob sie je nach Lage der Verhältnisse zwecks Vermeidung der amtlichen Liquidation Zahlung oder Sicherstellung leisten wollen.

Eine für die praktische Durchführung des Verfahrens wichtige Frage ist die, ob die Aufforderung zur Zahlung oder Sicherstellung an alle Erben erlassen werden muss und ob erst dann, wenn von keinem der Erben innert angemessener Frist Befriedigung oder Sicherstellung erfolgt, die amtliche Liquidation beantragt werden kann. Dass lediglich diejenigen Erben in Betracht kommen können, deren Erbenqualität feststeht und deren Wohnort bekannt ist, wird man ohne weiteres annehmen dürfen. Muss aber die Aufforderung in allen Fällen an alle bekannten Erben erlassen werden? Escher bejaht dies kurzerhand ohne nähere Begründung. Ich halte die Auffassung von Escher für richtig. Wenn sich diese Lösung auch nicht ohne weiteres zwingend aus der Fassung des Art. 594 ergibt, so entspricht sie jedenfalls dem Sinne des

Art. 594. Die amtliche Liquidation als Ausnahmeverfahren, das in die Rechtsstellung der Erben tief eingreift und sie jeden Einflusses und jeder Einwirkung auf die Erbschaft beraubt, soll doch erst dann Platz greifen, wenn der Gläubiger von allen den ihm solidarisch haftenden Erben keine Befriedigung oder Sicherstellung erhalten kann. Bei Vorhandensein zahlreicher oder recht weit entfernt wohnender Erben muss dann allerdings das Verfahren praktisch derart gehandhabt werden, dass nicht etwa der Wert und Zweck des Institutes ad absurdum geführt wird oder dass das Verfahren äusserst schleppend und mühsam wird. Hat daher ein Gläubiger bei Eröffnung des Erbganges begründete Zweifel in die Solvenz der ihm bekannten Erben, so wird er tunlichst gleichzeitig an sämtliche bekannten Erben die Aufforderung zur Zahlung oder Sicherstellung erlassen und wird, wenn binnen angemessener Frist Zahlung oder Sicherstellung nicht erfolgt, nunmehr das Liquidationsbegehren bei der zuständigen Behörde einreichen. Kann dann nach Lage der Verhältnisse die Antwort auf die Aufforderung nur binnen einer längern Frist erwartet werden (die Erben wohnen alle oder teilweise recht weit entfernt), so kann die dreimonatliche Frist des Art. 594 dadurch gewahrt werden, dass der Gläubiger vorsorglich vor Eintreffen einer Antwort auf seine Zahlungsaufforderung binnen der Dreimonatsfrist die amtliche Liquidation anbegehrt und die Behörde mit der Anordnung der amtlichen Liquidation noch solange zuwartet, bis die nach den Verhältnissen angemessene Frist, binnen welcher nach dem ordentlichen Gang der Dinge die Zahlung bzw. Sicherstellung hätte erfolgen können, verstrichen ist.

Kommt es zwischen dem Gläubiger und den Erben zum Streit darüber, ob richtig erfüllt sei oder ob Erfüllung angeboten, vom Gläubiger aber nicht angenommen worden sei, oder ob genügende Sicherstellung geleistet sei und damit also die Voraussetzung zur amtlichen Liquidation der Erbschaft nicht mehr bestehe, so kann sich hierüber das Verfahren

je nach den Bestimmungen der kantonalen Einführungsgesetze recht verschieden gestalten. Basel-Stadt z. B., das in § 146 Abs. 1 seines Einführungsgesetzes zum ZGB bestimmt, wie wir bereits oben gesehen haben, dass bei Streitigkeiten darüber, ob ein Gläubiger des Erblassers berechtigt sei, die amtliche Liquidation zu verlangen, das sog. Dreiergericht (gebildet aus drei Zivilgerichtspräsidenten) zuständig sei, erklärt dann jedoch in Abs. 2 des Art. 146, dass für die Sicherstellungsansprüche ohne Rücksicht auf den Streitwert ein Zivilgerichtspräsident als Einzelrichter zuständig sei. Wie verhält sich nun zunächst diese letztere Bestimmung des baselstädtischen Einführungsgesetzes zum Art. 594 des ZGB? Nach der Fassung des Art. 594 ZGB kann meines Erachtens ohne Zweifel der Gläubiger des Erblassers das Begehren auf Sicherstellung direkt, ohne Vermittlung und Anrufung des Richters, an die Erben stellen. Nach § 146 Abs. 2 des genannten Einführungsgesetzes kann aber der Gläubiger auch direkt, ohne den Erben zunächst selber zur Sicherstellung aufzufordern, mit seinem Sicherstellungsbegehren an den zuständigen Einzelrichter gelangen, was sich auch direkt aus dem zitierten Artikel entnehmen lässt, indem bestimmt wird, dass die Verfügung des Einzelrichters auf einseitiges Begehren erfolgt und dass lediglich dann, wenn keine Gefahr im Verzuge ist und die Parteien ortsanwesend sind, die Anhörung derselben stattfinden soll. Kann nun auch der Gläubiger nach Art. 594 das Sicherstellungsbegehren direkt an die Erben erlassen, so wird doch in allen den Fällen, wo nach Aufforderung zur Sicherstellung Streit über den Umfang der Sicherstellung oder über die Art und Weise der Sicherstellung zwischen Gläubiger und Erben entsteht, die Verfügung des Einzelrichters angerufen werden müssen. Da die vom Einzelrichter gemäss Art. 146 Abs. 2 leg. cit. ergehende Verfügung sich aber lediglich auf den Sicherstellungsanspruch bezieht, auf Umfang und Höhe des Sicherstellungsanspruches oder Art und Weise der zu leistenden Sicher-

stellung, so wird es in allen den Fällen noch zum Entscheide des Dreiergerichts kommen, wo zwischen den Parteien im weitern Verlaufe noch Streit darüber entsteht, ob die vom Einzelrichter verfügte Sicherstellung in richtiger Weise gestellt worden sei oder nicht. Hier handelt es sich dann eben um einen Streit über eine der in Art. 594 ZGB erforderten Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Liquidationsbegehrens, und hierüber zu entscheiden ist nach § 146 Abs. 1 lediglich das Dreiergericht zuständig. § 146 des baselstädtischen Einführungsgesetzes grenzt demnach in Abs. 1 und Abs. 2 die Kompetenzen des Dreiergerichts und des Einzelrichters scharf von einander ab, indem das erstere im Streitfalle zu entscheiden hat, ob die zur Anordnung der amtlichen Liquidation in Art. 594 ZGB verlangten Voraussetzungen gegeben sind oder nicht, während der Einzelrichter lediglich, wenn ein Sicherstellungsanspruch von einem Gläubiger geltend gemacht wird, über Zulässigkeit, Höhe und Art der zu leistenden Sicherstellung zu verfügen hat.

## § 4. Die Befristung des Antragrechts.

Das Begehren um Anordnung der amtlichen Liquidation muss von den Gläubigern des Erblassers gemäss Art. 594 ZGB binnen einer Frist von drei Monaten gestellt werden, die aber verschieden zu laufen beginnt, je nachdem der Erblasser aus Gesetz oder letztwilliger Verfügung beerbt wird. Im erstern Falle beginnt die Dreimonatsfrist vom Tode des Erblassers, im letztern Falle von der Eröffnung der letztwilligen Verfügung an zu laufen. Die Frist des Art. 594 ZGB deckt sich nun mit der dreimonatlichen Frist zur Ausschlagung der Erbschaft seitens der Erben gemäss Art. 567 ZGB keineswegs, indem dort in Art. 567 Abs. 2 die dreimonatliche Frist für die gesetzlichen Erben mit dem Zeitpunkte beginnt, da ihnen der Tod des Erblassers bekannt geworden ist, es sei denn, dass sie erst später von dem Erbfalle Kenntnis

erhalten haben, und für die eingesetzten Erben mit dem Zeitpunkte, da ihnen die amtliche Mitteilung von der Verfügung des Erblassers zugekommen ist. Im Gegensatz zu Art. 567 ZGB ist es also für den Fristenlauf nach Art. 594 ZGB durchaus gleichgültig, ob die Gläubiger vom Tode des Erblassers bezw. von der Eröffnung der letztwilligen Verfügung Kenntnis erhalten haben oder nicht. Diese für die Gläubiger unter Umständen sehr nachteilige Art der Fristbestimmung rechtfertigt sich aber aus dem Gesichtspunkte, dass das rechtliche Schicksal der Erbschaft sich in einer möglichst kurzen Frist entscheiden muss, so dass es nicht angeht, in den selteneren Fällen, wo die Gläubiger nachträglich erst von dem Tode des Erblassers oder der Eröffnung der Verfügung Kenntnis erhalten, das Antragsrecht auf Anordnung der amtlichen Liquidation noch zu gewähren. Auch wird in manchen Fällen nach Ablauf von drei Monaten mit dem Tode des Erblassers bereits eine derartige Vermischung des Erbschaftsvermögens mit dem Erbenvermögen eingetreten sein, dass eine gesonderte Liquidation der Erbschaft kaum mehr durchführbar wäre (vor allem dann, wenn nach dem Todesfalle eine Inventaraufnahme nicht stattgefunden hat, ein Fall, der allerdings für Basel-Stadt auf Grund von Art. 136 Abs. 1 des EG zum ZGB ausgeschlossen ist).

Im Falle des Art. 593 ZGB, d. h. wenn das Liquidationsbegehren von den Erben gestellt wird, hat der Gesetzgeber davon abgesehen, eine Bestimmung über die Frist aufzunehmen. Da aber das Begehren eines Erben um Anordnung der amtlichen Liquidation, als erbrechtliche Erklärung betrachtet, durchaus entsprechend zu behandeln ist wie die Erklärungen über Annahme der Erbschaft, Ausschlagung oder Antritt unter öffentlichem Inventar, da das ZGB dem Erben das vierfache Wahlrecht verleiht, so ergibt sich ohne weiteres, dass die Frist, binnen welcher der Erbe die amtliche Liquidation beantragen kann, durchaus gleich zu berechnen ist wie die übrigen Fristen über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft, so dass

das Gesetz, weil selbstverständlich, von einer Verweisung auf die in Betracht kommenden Fristbestimmungen sehr wohl absehen durfte.

Im Falle der Beerbung des Erblassers aus letztwilliger Verfügung berechnet sich die Dreimonatsfrist des Art. 594 vom Zeitpunkt der Eröffnung der letztwilligen Verfügung an. Wenn Escher in seinem Kommentare auf pag. 256 erklärt, massgebend sei richtigerweise nicht der Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung, sondern genauer gesagt, der Zeitpunkt der Mitteilung von der Eröffnung der Verfügung, so halte ich das nicht für zutreffend. Nach Art. 558 ZGB erhalten lediglich die an der Erbschaft Beteiligten eine Mitteilung von der Eröffnung der Verfügung. Zu diesen Beteiligten im Sinne des Art. 558 gehören die eingesetzten Erben, Auflageberechtigte und Willensvollstrecker, nicht aber auch die Gläubiger des Erblassers. Für die eingesetzten Erben, die eine amtliche Mitteilung von der Verfügung des Erblassers erhalten, rechtfertigt es sich daher auch, für den Beginn der dreimonatlichen Ausschlagungsfrist auf den Zeitpunkt der Mitteilung der Verfügung als massgebend abzustellen, wie dies auch in Art. 567 ausdrücklich bestimmt wird. Für die Gläubiger des Erblassers jedoch kann der Zeitpunkt der Mitteilung von der Eröffnung der Verfügung überhaupt nicht in Betracht kommen, da sie am Verfahren zur Eröffnung der Verfügung gänzlich unbeteiligt sind und ihnen auch keinerlei Mitteilung von der Eröffnung gemacht wird. Es ist daher an der wörtlichen Fassung des Art. 594 festzuhalten, wonach hier einzig der Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung massgebend ist. Ob und wann die Gläubiger des Erblassers von dem Tode desselben oder von der Eröffnung einer Verfügung Kenntnis erhalten, ist für den Fristenlauf des Art. 594 ZGB rechtlich durchaus irrelevant.

Die Stellung der Gläubiger des Erblassers ist hinsichtlich des Fristenlaufs auch insofern eine ungünstigere als die der Erben, als für das Begehren nach Art. 594

mangels einer gesetzlichen Bestimmung weder eine Fristverlängerung noch eine Restitution gegen Fristversäumnis gewährt werden kann.

Denkbar ist im weitern auch der Fall, dass das Begehren vom Gläubiger innert der gesetzlichen Frist von drei Monaten gestellt worden ist, dass aber bereits eine derartige Vereinigung von Erbschaftsvermögen und Erbenvermögen stattgefunden hat, dass eine gesonderte Liquidation über das Erbschaftsvermögen nicht mehr durchführbar ist und daher das Begehren um amtliche Liquidation gegenstandslos wird.

## § 5. Die Haftung der Erben bei der amtlichen Liquidation der Erbschaft auf Antrag der Gläubiger des Erblassers.

Im Falle der amtlichen Liquidation der Erbschaft auf Begehren eines Erben wird durch den Absatz 3 des Art. 593 ZGB die Haftung der Erben für die Schulden der Erbschaft ausgeschlossen. Gilt nun dieser Haftungsgrundsatz auch im Falle der amtlichen Liquidation auf Begehren eines Gläubigers des Erblassers? Der Wortlaut des Art. 593 Abs. 3, wonach ganz allgemein „im Falle der amtlichen Liquidation" die Erben für die Schulden der Erbschaft nicht haftbar werden, legt nun zunächst allerdings nahe, anzunehmen, dass der Grundsatz des Ausschlusses der Haftung der Erben sowohl gelte bei amtlicher Liquidation auf Begehren eines Erben, wie auf Begehren eines Gläubigers des Erblassers, auch scheint es prima facie, wenn die amtliche Liquidation der Erbschaft einmal angeordnet ist, für die rechtliche Stellung der Erben durchaus gleichgültig zu sein, wer die amtliche Liquidation herbeigeführt hat, da ja auch im einen wie im andern Falle die Durchführung des Liquidationsverfahrens sich durchaus gleich gestaltet.

Diese Auffassung, wie sie auch Escher in seinem Kommentar zu Art. 594 pag. 255 vertritt, scheint mir jedoch bei näherer Betrachtung nicht richtig zu sein.

In formeller gesetzestechnischer Hinsicht zunächst ist wohl zu beachten, dass die Art. 593 und 594 ZGB zwei durchaus verschiedene, getrennt zu behandelnde Fälle der amtlichen Liquidation darstellen, so dass nicht ohne weiteres ein Grundsatz, wie er in dem einen Falle vom Gesetze aufgestellt ist, auch kurzerhand auf den andern per analogiam angewendet werden darf. Wollte das Gesetz den Grundsatz des Ausschlusses der Haftung der Erben in gleicher Weise für den Fall des Art. 593 wie für den Fall des Art. 594 aufstellen, so war es in systematischer Hinsicht jedenfalls nicht richtig, diese Bestimmung im Art. 593 zu regeln, ohne gleichzeitig in Art. 594 auf diesen Haftungsgrundsatz hinzuweisen.

Gegen die Anwendung des in Art. 593 Abs. 3 enthaltenen Grundsatzes auf den Fall der amtlichen Liquidation nach Art. 594 ZGB sprechen nun aber vor allem folgende Erwägungen: Zur amtlichen Liquidation auf Begehren eines Erben gemäss Art. 593 kann es lediglich dann kommen, wenn keiner der Erben bereit ist, die Erbschaft anzutreten und damit also auch die Schulden der Erbschaft zu übernehmen. Ist auch nur einer der Erben bereit, die Erbschaft anzutreten, sei es vorbehaltlos, sei es unter öffentlichem Inventar, so kann dem Liquidationsbegehren nach Art. 593 Abs. 2 keine Folge gegeben werden. Daher ist der eigentliche Grund, warum die Erben im Falle der amtlichen Liquidation nach Art. 593 nicht haften, in der im Begehren um amtliche Liquidation der Erbschaft enthaltenen Erklärung zu suchen, die Erbschaft nicht annehmen und damit auch die Schulden der Erbschaft nicht übernehmen zu wollen. Ist keiner der Erben bereit, die Haftung einzugehen, die den vorbehaltlos antretenden Erben trifft, oder auch nur die beschränkte Haftung des unter öffentlichem Inventar antretenden Erben, und wird nun auf Begehren der Erben amtlich liquidiert, so liegt es ohne weiteres nahe, jede Haftung der Erben für die Schulden der Erbschaft auszuschliessen. Das den Ausschluss der Erbenhaftung begrün-

dende Moment im Falle des Art. 593 ZGB ist daher nicht darin zu suchen, dass amtlich liquidiert wird, sondern dass keine die Erbschaft antretenden und demnach keine für die Erbschaftsschulden eine Haftung übernehmenden Erben vorhanden sind. Der Ausschluss der Erbenhaftung ist daher nicht an sich schon ohne weiteres ein der amtlichen Liquidation der Erbschaft inhaerentes Moment, er ist vielmehr lediglich begründet durch die besondern Verhältnisse, wie sie in dem speziellen Falle der amtlichen Liquidation auf Begehren der Erben nach Art. 593 ZGB gegeben sind.

Ganz anders liegen jedoch die Verhältnisse im Falle der amtlichen Liquidation nach Art. 594 ZGB. Hier dient die amtliche Liquidation der Erbschaft einzig und allein dem Zwecke der Sicherung der Gläubiger des Erblassers und hier ist es auch für die Zulässigkeit des Begehrens seitens eines Gläubigers durchaus irrelevant, ob einer der Erben oder sämtliche der Erben bereit wären, die Erbschaft anzutreten, oder ob sie die Erbschaft bereits durch ausdrückliche Annahmeerklärung oder durch konkludente Handlungen angetreten haben. Greift hier die amtliche Liquidation der Erbschaft auf Begehren der Gläubiger und als ein die Sicherung der Gläubiger bezweckendes Schutzmittel Platz, so kann dies nicht ohne weiteres die Folgen haben, dass nun auch die Erben ganz unbekümmert um ihr Verhalten hinsichtlich der Erbschaft von jeglicher Haftung für die Schulden der Erbschaft befreit werden. Ob daher ein Erbe trotz Anordnung der amtlichen Liquidation auf Begehren eines Gläubigers für die Schulden der Erbschaft haftbar wird, hängt meines Erachtens lediglich davon ab, wie er sich zur Erbschaft verhalten hat vor Anordnung der amtlichen Liquidation, bezw. wie er sich innert der Deliberationsfrist verhält. Hat ein Erbe bereits vor Anordnung der amtlichen Liquidation auf Begehren eines Gläubigers ausdrücklich oder durch konkludente Handlung die Annahme der Erbschaft erklärt, so kann meines Erachtens

die Anordnung der amtlichen Liquidation an der durch die vorhergegangene vorbehaltlose Annahme der Erbschaft begründeten Haftung des Erben nichts mehr ändern. Der Einwand, die Konsequenz verlange, dass der Erbe nunmehr von jeglicher Haftung für die Schulden der Erbschaft befreit werde, nachdem ihm der Gläubiger durch das Begehren amtlicher Liquidation den Nachlass entzogen hat, ist meines Erachtens nicht stichhaltig. Durch die amtliche Liquidation wird dem Erben allerdings die Verwaltung und die Verfügung über die Erbschaft aus der Hand genommen, soweit sich aber nach Durchführung des Liquidationsverfahrens ein Aktivüberschuss ergibt, ist dieser den Erben zu überlassen, auch können die Erben nach Art. 596 Abs. 3 ZGB bereits während der Liquidation verlangen, dass ihnen die Sachen und Gelder der Erbschaft, die für die Liquidation entbehrlich sind, ganz oder teilweise ausgeliefert werden. Dass den Erben, die die Erbschaft angetreten haben, durch die von einem Gläubiger anbegehrte amtliche Liquidation das Erbschaftsvermögen überhaupt entzogen bleibe, kann daher nicht gesagt werden. Wird dem Erben auch durch die Durchführung der amtlichen Liquidation die Verwaltung und die Verfügung über die Erbschaft aus der Hand genommen — ein unter Umständen allerdings für den Erben sehr schwer wiegender Nachteil — so ist doch in der Regel der Fälle bei Solvenz der Erbschaft im Endresultate betrachtet der Erbe nicht ungünstiger gestellt, ob er nun lediglich den nach Deckung aller Erbschaftsschulden verbleibenden Aktivüberschuss ausgehändigt erhält oder ob er die Erbschaft vorbehaltlos samt allen Erbschaftsschulden übernommen hat, das Nettovermögen, das im einen wie im andern Falle auf ihn übergeht, bleibt sich gleich gross. Anders verhält es sich lediglich dann, wenn der Erbe den Antritt der Erbschaft erklärt hat und nun die nachfolgende, von einem Erbschaftsgläubiger verlangte amtliche Liquidation zeigt, dass die Erbschaft insolvent ist, hier wird dann der Erbe auf Grund der von ihm abge-

gebenen Erklärung der Annahme der Erbschaft für den im Nachlasskonkurs sich ergebenden Ausfall der Forderungen der Erbschaftsgläubiger haftbar erklärt werden müssen.

Haben die Erben in dem Zeitpunkte, in welchem ein Gläubiger nach Art. 594 ZGB die amtliche Liquidation der Erbschaft verlangt, noch keine Erklärung darüber abgegeben, ob sie die Erbschaft ausschlagen, vorbehaltlos annehmen oder unter öffentlichem Inventar antreten wollen, oder ob sie ebenfalls die amtliche Liquidation der Erbschaft verlangen, so muss es ihnen, vorausgesetzt, dass nicht bereits die Deliberationsfrist für sie verstrichen ist, unbenommen sein, sich in dieser Hinsicht noch zu erklären, unbekümmert darum, dass auf Grund der vom Gläubiger gemäss Art. 594 gestellten Regelung nunmehr die Erbschaft amtlich liquidiert werden muss und die Annahmeerklärung eines Erben daran nichts mehr ändern kann. Muss auch auf Grund der zwingenden Bestimmung des Art. 594 ZGB amtlich liquidiert werden, wenn das Begehren des Gläubigers sich als begründet erweist, so wird aber dennoch die Frage, wie sich der einzelne Erbe zur Erbschaft stellt, mit der von einem Gläubiger anbegehrten amtlichen Liquidation keineswegs gegenstandslos; erklärt z. B. ein Erbe, der bisher noch keine Erklärung abgegeben, nunmehr die Ausschlagung, so kommt dieser Erbe im Liquidationsverfahren überhaupt nicht mehr in Betracht und an einem bei der Liquidation sich ergebenden Aktivüberschuss hat er keinen Anteil. Gibt der Erbe jedoch während der Deliberationsfrist keine Ausschlagungserklärung ab und gilt er nun als annehmend oder erklärt er ausdrücklich die Annahme, so wird er an dem Aktivüberschuss der Liquidation Anteil haben und kann auch nach Art. 596 Abs. 3 ZGB bereits während der Dauer des Liquidationsverfahrens die für die Liquidation entbehrlichen Gelder und Sachen herausverlangen, was natürlich der die Ausschlagung der Erbschaft erklärende Erbe nicht kann. (Dass aus-

nahmsweise auch die erbausschlagenden Erben an einem sich ergebenden Aktivüberschusse Anteil haben, wird durch die besondere Vorschrift des Art. 573 ZGB bestimmt, wo aber vorausgesetzt ist, dass die Erbschaft von allen nächsten gesetzlichen Erben ausgeschlagen worden ist.) In gleicher Weise wie die Erben bis zum Ablauf der Deliberationsfrist trotz der auf Begehren eines Gläubigers angeordneten amtlichen Liquidation immer noch die Ausschlagung oder die Annahme erklären können, muss es ihnen aber auch möglich sein, sich ihrerseits dem vom Gläubiger gestellten Begehren um amtliche Liquidation anzuschliessen. Haben sich die Erben dem gläubigerischen Begehren angeschlossen, oder haben sie bereits vor Eingang des Begehrens des Gläubigers die amtliche Liquidation beantragt, so greift nun hier in diesen Fällen der in Art. 593 Ab. 3 aufgestellte Grundsatz des Ausschlusses der Haftung für Erbschaftsschulden zugunsten der Erben Platz, da das vom Gläubiger nach Art. 594 gestellte Liquidationsbegehren gleichzeitig auch mit einem solchen nach Art. 593 gestellten Begehren verbunden ist, welches für die Erben die besonderen, der amtlichen Liquidation nach Art. 593 ZGB eigenen rechtlichen Wirkungen hat.

Was die Haftung der Erben im Falle der amtlichen Liquidation auf Begehren eines Gläubigers gemäss Art. 594 ZGB anbelangt, kämen wir daher auf Grund der obigen Ausführungen zusammenfassend zu folgendem Resultate: Der in Art. 593 Ab. 3 aufgestellte Haftungsgrundsatz kann nicht kurzerhand auch auf den Fall der amtlichen Liquidation nach Art. 594 übertragen werden. Für die Frage, ob die Erben für die Schulden der Erbschaft im Falle des Art. 594 haftbar werden und in welchem Umfange sie haftbar werden, ist rechtlich lediglich deren Verhalten zur Erbschaft massgebend. Erben, die binnen der Deliberationsfrist die Erbschaft ausschlagen, fallen für eine Haftung für Schulden der amtlich liquidierten Erbschaft ohne weiteres gänzlich ausser Betracht. Schliessen sich die

Erben dem gläubigerischen Begehren um amtliche Liquidation an oder haben sie das Begehren bereits vor Eingang des gläubigerischen Begehrens gestellt, so greift für sie der Grundsatz des Art. 593 Ab. 3 Platz, weil hinsichtlich dieser Erben die amtliche Liquidation auch als gemäss Art. 593 ZGB angeordnet aufgefasst werden kann. Hat der Erbe jedoch binnen der Deliberationsfrist die vorbehaltlose Annahme, bezw. die Annahme unter öffentlichem Inventar erklärt, so haftet er für die Schulden der Erbschaft trotz der vom Gläubiger anbegehrten amtlichen Liquidation im erstern Falle unbeschränkt, im letztern Falle im Umfange der Haftung nach Art. 589 ZGB.

Bevor ich in den nachfolgenden Abschnitten zur Frage der Sicherung der Erbengläubiger nach dem ZGB übergehe, will ich noch kurz erwähnen, dass der Teilentwurf vom Jahre 1895 zur Sicherung der Gläubiger des Erblassers, die im Inlande wohnen, im Falle der Auslieferung der Erbschaft an im Ausland wohnhafte Erben eine Bestimmung aufnehmen wollte, dahingehend, dass die Gläubiger in diesem Falle zwar nicht die Liquidation, wohl aber Bezahlung oder Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen könnten, bevor die Auslieferung der Erbschaft ins Ausland gestattet werde. Der Auslieferung der Erbschaft an die ausländischen Erben sollte eine amtliche Aufforderung zur Anmeldung der Forderungen an die Erbschaft binnen Monatsfrist vorangehen und erst nach Zahlung oder Sicherstellung der angemeldeten Forderungen sollte die Auslieferung erfolgen. Von der Aufnahme dieser Bestimmung in das Gesetz hat man dann aber abgesehen in der Erwägung, dass sich hier in den meisten Fällen der vigilante Gläubiger auf dem Wege des Arrests genügend werde sichern können. Treffen im weiteren auch die Voraussetzungen des Art. 594 ZGB zu, so kann der Gläubiger der Auslieferung der Erbschaft in das Ausland ohne weiteres in wirksamer Weise begegnen, indem er die amtliche Liquidation verlangt.

## § 6. Die Sicherung der Erbengläubiger. Die Mitwirkung der Behörde bei der Teilung auf Verlangen eines Erbengläubigers nach Art. 609 ZGB.

Wie ich bereits weiter oben ausgeführt habe, kommt das Sicherungsmittel des Art. 594 ZGB ausschliesslich nur dem Gläubiger des Erblassers zu Hilfe. Gegen die Gefahr, dass ein Erbe eine insolvente Erbschaft antrete, ein praktisch wohl nicht gerade häufiger, aber nicht ausgeschlossener Fall, können sich die Gläubiger dieses Erben nicht wehren. Der Entwurf II zum ZGB wollte in diesem Falle den Gläubigern des Erben ein dem Art. 594 ZGB entsprechendes Sicherungsmittel gewähren, falls sie glaubhaft machen könnten, dass der schuldnerische Erbe in der offenbaren Absicht, seine Gläubiger zu schädigen, die insolvente Erbschaft nicht ausschlage. Zu seinem Schutze sollte hier der gefährdete Erbengläubiger die amtliche Liquidation der insolventen Erbschaft nachsuchen können. Mit der Verleihung dieses im Entwurf II vorgesehenen Sicherungsmittels an die Erbengläubiger, womit man dem Erben den Antritt der überschuldeten Erbschaft und damit die Übernahme der Erbschaftsschulden verwehrt hätte, wäre man in der Tat sehr weit gegangen, indem man hier den Rechtssatz sanktioniert hätte, dass ein Schuldner nicht durch Eingehung neuer Schulden die Stellung seines Gläubigers verschlechtern dürfe (während doch sonst allgemein der gegenteilige Rechtssatz gilt, wie er sich bereits in Ulpian Dig. XLII, 6, 1, 2 findet: nam licet alicui adiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem condicionem). Gegen die Aufnahme der Bestimmung in das Gesetz wurde in den Beratungen namentlich geltend gemacht, dass die Erben es unter Umständen als ihre Pietätspflicht erachten könnten, die Erbschaft anzutreten, trotzdem diese überschuldet sei, wogegen man aber meines Erachtens mit Recht eingewendet hat, dass es gegen die gute Treue verstosse, wenn die Erben zum Nachteil ihrer ungedeckten Gläubiger die Pietät

gegenüber dem Erblasser an den Tag legen wollen. Von der Aufnahme der in Frage stehenden Bestimmung in das Gesetz hat man schliesslich aber abgesehen, indem man sich sagte, dass sich in praxi ohne eine solche Bestimmung werde auskommen lassen.

Ein Mittel zur Sicherung der Erbengläubiger und zwar zugunsten ganz bestimmter Kategorien von Erbengläubigern enthält die Bestimmung des Art. 609 ZGB; es kann nämlich ein Gläubiger, der den Anspruch eines Erben auf eine angefallene Erbschaft erworben oder gepfändet hat, oder der gegen ihn Verlustscheine besitzt, verlangen, dass die Behörde an Stelle dieses Erben bei der Teilung mitwirke.

a) Auf Verlangen eines Gläubigers, der den Anspruch eines Erben auf eine angefallene Erbschaft erworben hat. Die Fassung des Gesetzes ist hier nicht gerade glücklich gewählt und streng juristisch unrichtig, indem das Gesetz unter diesen „Gläubigern" die Käufer bezw. Erwerber eines Erbanteils versteht, die auf Grund irgend eines Rechtsgeschäftes mit dem Erben den an diesen angefallenen Erbanteil erworben haben. Als Käufer bezw. Erwerber des dem Erben angefallenen Erbanteils ist für sie die Bezeichnung als Gläubiger im Sinne des Art. 609 ZGB nicht zutreffend gewählt, wie Escher in seinem Kommentar zu Art. 609 ZGB meines Erachtens zutreffend bemerkt.

Nach Art. 635 Ab. 2 ist es zulässig, dass ein Erbe vertraglich den ihm angefallenen Erbanteil an einen Dritten abtritt, doch verleiht hier die Abtretung dem Dritten kein Recht auf Mitwirkung bei der Teilung, sondern gibt ihm lediglich einen Anspruch auf den Anteil, der dem Erben aus der Teilung zugewiesen wird. Wenn das Gesetz in Art. 635 Abs. 2 dem dritten Erwerber des Erbanteiles das Recht versagt, bei der Teilung mitzuwirken oder die Teilung zu verlangen, so führt das Gesetz hier konsequent den Gedanken durch, dass der Erbe mit der Veräusserung seines Erbanteils keineswegs sein Erbrecht veräussert, dass er vielmehr seine Erbenqualität beibehält und daher

auch mit der Veräusserung seines Erbanteils keineswegs von der Haftung für die Erbschaftsschulden befreit wird. Erlangt anderseits der Dritte mit dem rechtsgeschäftlichen Erwerb des Erbanteiles keineswegs eine erbrechtliche Stellung, so kann er notwendigerweise an dem Teilungsakte, der eine Rechtshandlung der Miterben ist, keinen Anteil nehmen. Der Erwerber des Erbteils, der aber das denkbar grösste Interesse hat über Vorgänge bei der Teilung und die Art und Weise der Aufstellung des Teilungsplans informiert zu sein, hätte nun nach Art. 635 Abs. 2 gar keine Möglichkeit in das Teilungsverfahren einen Einblick zu bekommen, geschweige denn in das Teilungsverfahren irgendwie eingreifen zu können. Da die Verhältnisse doch so liegen können, dass die Erben unter sich durch unlautere Machinationen bei der Teilung die Interessen eines solchen Erwerbers eines Erbanteiles, der sie bei den Teilungsverhandlungen in keinerlei Weise kontrollieren kann, gefährden, verleiht ihm Art. 609 ZGB dadurch einen Schutz, dass die Behörde auf sein Verlangen an Stelle des Erben, der seinen Anteil veräussert hat, bei der Teilung mitwirkt.

b) Auf Verlangen eines Gläubigers, der den Anspruch eines Erben auf eine angefallene Erbschaft gepfändet hat. Art. 609 ZGB findet demnach keine Anwendung, wenn der Anspruch eines Erben an eine zugefallene Erbschaft lediglich vertraglich verpfändet worden ist. Voraussetzung ist hier, dass der Erbengläubiger nach Eröffnung des Erbganges, bezw. nachdem dem Erben der Erbanteil zugefallen ist, den Erbanteil des schuldnerischen Erben hat pfänden lassen.

Im Falle der Pfändung und Verwertung des Anteils an einer unverteilten Erbschaft hat bereits schon nach dem frühern Rechte die Bestimmung des Art. 132 des SchKG für eine Wahrung der Interessen der pfändenden Gläubiger gesorgt, indem zur Bestimmung des Verwertungsverfahrens die Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt als zuständig erklärt wird, nach Anhörung der Beteiligten, also auch der pfändenden Gläubiger, die

nach den Umständen geeigneten Verwertungsmassnahmen zu treffen, wobei vor allem die Erzielung eines möglichst hohen Erlöses unter Wahrung der berechtigten Interessen der Beteiligten für die Aufsichtsbehörde massgebend sein soll (vergl. insbesondere Jäger, Kommentar zu Art. 132). Garantiert nun auch die Bestimmung des Art. 132 SchKG den Schutz der Interessen der pfändenden Gläubiger in Bezug auf die Verwertung des gepfändeten Erbanteils, so wird nun doch erst mit der Bestimmung des Art. 609 ZGB der dem pfändenden Gläubiger zuteil werdende Schutz ein recht wirksamer, indem ihre Interessen vor allem beim Teilungsverfahren selber wahrgenommen werden, was in der Regel bei einer Mitwirkung der Behörde an dem unter den Erben sich vollziehenden Teilungsverfahren der Fall sein wird. Kommt es, nachdem von einem pfändenden Gläubiger das Begehren gemäss Art. 609 ZGB gestellt worden ist, nunmehr zur Teilung und Auseinandersetzung der Erbschaft, so ist nunmehr nach stattgefundener Teilung für das Verfahren nach Art. 132 SchKG weiterhin kein Raum mehr, auch dann meines Erachtens nicht, wenn das Verfahren bei der Aufsichtsbehörde bereits hängig gemacht wäre, da eine unverteilte Erbschaft, welche für das Verfahren nach Art. 132 SchKG die notwendige Voraussetzung ist, nun nicht mehr vorliegt. Der nach stattgehabter Teilung nun ziffernmässig festgestellte Anspruch ist nunmehr zur Versteigerung zu bringen; wird der auf den gepfändeten Erben entfallende Anteil jedoch in bar ausgewiesen, so ist der auf den Erben entfallende Nettobetrag bis zur Höhe der in Pfändung gesetzten Forderung vom Betreibungsamte einzuziehen.

Die Rechte der pfändenden Gläubiger beschränken sich aber nach der Bestimmung des Art. 609 ZGB darin, dass sie lediglich verlangen können, dass auf ihr Begehren die Behörde an Stelle des schuldnerischen Erben bei der Teilung mitwirke, jeder direkte Anteil der pfändenden Gläubiger am Teilungsverfahren ist ausgeschlossen. Die Ausführungen Jägers in seinem Kommentar zu Art. 132

SchKG pag. 432 ff, wonach die pfändenden Gläubiger berechtigt erklärt werden, sich in die Rechte der schuldnerischen Erben einweisen zu lassen, und nunmehr an Stelle der Erben die Teilung verlangen, wenn nötig die Teilung erzwingen und ebenso bei dem Teilungsverfahren selber mitwirken könnten, halte ich für gänzlich unrichtig. Art. 635 Abs. 2 ZGB spricht allerdings nur davon, dass der Dritte, der einen Erbanteil rechtsgeschäftlich erwirbt, damit noch kein Recht auf Mitwirkung bei der Teilung erwirbt; was aber für den dritten Erwerber eines Erbanteils gilt, muss noch vielmehr für den Gläubiger gelten, der den Erbteil lediglich hat pfänden lassen, da doch die Tatsache der Pfändung eines Erbanteils nicht weitergehende Rechte verleihen kann als die Tatsache des Erwerbs eines Erbanteiles. Und eben weil der Erwerber eines Erbanteils und der pfändende Gläubiger von jedem direkten Anteil an dem Teilungsverfahren eliminiert sind, sucht die Bestimmung des Art. 609 ZGB dadurch wenigstens ihre Interessen zu wahren, dass auf ihr Verlangen die Behörde an Stelle des Erben bei der Teilung mitzuwirken hat.

c) Auf Verlangen eines Gläubigers, der gegen den Erben Verlustscheine besitzt.

Durch die Bestimmung des Art. 609 ZGB wird der Kreis der Rechte, die sich an den Besitz eines Verlustscheines knüpfen, dahin erweitert, dass der Verlustscheingläubiger lediglich auf Grund der Tatsache des Besitzes eines Verlustscheines gegen einen Erben die Mitwirkung der Behörde bei der Teilung verlangen kann; dass er den Erbanteil bereits hat pfänden lassen, wird nicht verlangt. Wann der Verlustschein ausgestellt worden ist, ob vor oder nach Eröffnung des Erbganges, und ebenso, ob der Verlustschein aus einer Pfändungsbetreibung oder aus Konkurs herstammt, ist durchaus gleichgültig. Auf alle die weitern Fragen, die sich an das Erfordernis des Verlustscheines hier anknüpfen lassen, ob z. B. der Pfandausfallschein, der in der Betreibung auf Pfandverwertung den Verlust-

schein ersetzt, als genügende Legitimation zum Begehren nach Art. 609 ZGB muss betrachtet werden, oder wie ausländische Urkunden über einen in einem ausländischen Konkurs oder einer ausländischen Pfändung erlittenen Verlust zu behandeln sind, oder ob und inwieweit der provisorische Verlustschein als Verlustschein im Sinne des Art. 609 ZGB zu betrachten ist, braucht hier an dieser Stelle nicht näher eingetreten zu werden, da diese Fragen nach rein betreibungs- und konkursrechtlichen Gesichtspunkten zu lösen sind, so dass für den Entscheid dieser Fragen kurzerhand auf die einschlägige betreibungsrechtliche Judikatur und Literatur verwiesen werden kann.

Hat der Verlustscheingläubiger im Zeitpunkt, da er nach Art. 609 ZGB die Mitwirkung der Behörde bei der Teilung beantragt, noch keine Betreibung gegen den Erben eingeleitet, so ist von ihm spätestens nach stattgehabter Teilung die Betreibung gegen den schuldnerischen Erben anzuheben. Praktisch empfehlenswert ist das Verfahren, das Jäger in seinem Kommentar zum SchKG Art. 149 Note 5 vorschlägt, die Behörde habe in einem solchen Falle nach Beendigung der Teilung dem Verlustscheingläubiger eine Frist zur Einleitung der Betreibung anzusetzen, und werde berechtigt, falls diese Frist vom Verlustscheingläubiger nicht benützt werde, nach Ablauf der Frist das Erbbetreffnis, das sie bei Anlass der Teilung an Stelle des Erben zuhanden genommen habe, nunmehr für den Erben wieder freizugeben.

Nach Art. 609 Abs. 1 ZGB hat die zuständige Behörde (nach § 151 des baselstädtischen Einführungsgesetzes das Erbschaftsamt) nicht von Amts wegen bei der Teilung mitzuwirken, sondern erst auf Begehren eines Erbengläubigers hin, der die Voraussetzungen des Art. 609 ZGB erfüllt. Liegt ein solches Begehren aber vor, so ist die Behörde von Gesetzes wegen zur Mitwirkung bei der Teilung verpflichtet und gegen deren Weigerung wird dem Antragsteller nach § 2 des baselstädtischen Einführungsgesetzes

der Weg der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde über das Erbschaftsamt offenstehen.

Entspricht die Behörde dem Begehren des Erbengläubigers und wirkt sie nunmehr an Stelle des Erben bei der Teilung mit, so wird dieser vom Teilungsverfahren gänzlich eliminiert. Die an Stelle des Erben mitwirkende Behörde wird nun aber keineswegs etwa zu einem gesetzlichen Vertreter dieses Erben, sie wird vielmehr durchaus nach eigenen Entschliessungen, unabhängig vom Willen des Erben und ohne von diesem Weisungen entgegennehmen zu müssen, bei allen mit der Teilung zusammenhängenden Aufgaben selbständig tätig sein. Ebensowenig wird aber auch die mitwirkende Behörde zum Vertreter des Erbengläubigers und darf daher ebensowenig in einseitiger Weise dessen Interessen bei der Teilung vertreten. Die mitwirkende Behörde wird aber je nach der Sachlage die Beteiligten, den Erbengläubiger, den Erben sowie die andern an der Teilung beteiligten Miterben anzuhören haben und wird, wo es die Verhältnisse erlauben, möglichst auf einen Ausgleich der verschiedenen und sich widersprechenden Interessen der Beteiligten bedacht sein müssen; in diesem Sinne wird man daher sagen können, die nach Art. 609 Abs. 1 bei der Teilung mitwirkende Behörde stelle sich dar als ein amtliches, im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ (so Escher, Kommentar zu Art. 609 ZGB).

Im Falle des Art. 609 Abs. 1 ZGB beschränkt sich nun die Stellung der Behörde, wie das Gesetz sich in deutlicher Weise ausspricht, darauf, dass sie an der Teilung mitwirkt, der Behörde kommt demnach eine leitende und führende Stellung nicht zu. (Im Gegensatz zur Stellung der Behörde, wenn diese die Teilung selbst zu besorgen hat, wie z. B. im Falle des § 151 letzter Absatz des baselstädtischen Einführungsgesetzes zum ZGB.) Da die nach Art. 609 Abs. 1 bei der Teilung an Stelle des ausgeschlossenen Erben mitwirkende Behörde in Bezug auf das Teilungsverfahren lediglich diejenigen Rechte und Befug-

nisse hat, die dem betreffenden Erben zukämen, ist die Behörde nicht ohne weiteres befugt, von sich aus den Teilungsplan aufzustellen und die sämtlichen Teilungshandlungen kurzerhand anzuordnen, es wäre denn, dass die übrigen beteiligten Miterben ihr eine solche leitende und führende Stellung, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, zuerkennen würden. Da der mitwirkenden Behörde aber in Bezug auf das Teilungsverfahren prinzipiell diejenigen Rechte und Befugnisse zuzugestehen sind, die dem ausgeschlossenen Erben zustünden, ist die Behörde doch wenigstens in allen Fällen in die Lage versetzt, alle Teilungshandlungen zu überwachen und zu kontrollieren, so dass doch gegenüber unlauteren Machinationen der Miterben zum Nachteil der Erbengläubiger ein wirksames Schutzmittel geschaffen ist. Dass die Stellung der Behörde, wenn auch nur als mitwirkenden Organs, keine untergeordnete, etwa bloss formelle ist, wird vor allem zur Genüge öffensichtlich, wenn ich z. B. erwähne, dass die Behörde gemäss Art. 604 ZGB in denjenigen Fällen, in welchen sich die Miterben einer Teilung widersetzen oder einer Teilung Schwierigkeiten in den Weg zu legen suchen, die Teilung nötigenfalls gerichtlich auf dem Wege der Teilungsklage herbeiführen kann, dass sie andererseits aber auch gemäss Art. 604 Abs. 2 beim Richter auf Verschiebung der Teilung antragen kann und hiezu auch verpflichtet ist, falls einer der Miterben zur Unzeit die Teilung zu erzwingen sucht; im weitern wird die mitwirkende Behörde berechtigt sein, an Stelle des durch sie vertretenen Erben gemäss Art. 608 ZGB nötigenfalls auch auf dem Wege der gerichtlichen Klage die Durchführung der vom Erblasser aufgestellten Teilungsvorschriften zu erzwingen. Vor allem aber hat die mitwirkende Behörde beim Abschlusse des Teilungsvertrages teil zu nehmen und dabei das auf den betreffenden Erben entfallende Erbbetreffnis zuhanden des Erwerbers des Erbanteils, bezw. im Falle der Pfändung des Erbanteils zuhanden des Betreibungsamtes entgegenzunehmen.

## § 7. Die Sicherung der Erbengläubiger gemäss Art. 578 ZGB.

### a) Der Zweck des Art. 578 ZGB und sein Verhältnis zu Art. 288 SchKG.

Ein weiteres Sicherungsmittel zugunsten der Erbengläubiger, dem wir uns zum Schlusse noch zuwenden wollen, bringt Art. 578 ZGB. Da durch die in Art. 566 ZGB den gesetzlichen wie den eingesetzten Erben verliehene Befugnis, die angefallene Erbschaft auszuschlagen, unter Umständen die Gläubigerrechte in unbilliger Weise verletzt werden können, hat man es für nötig erachtet, eine gesetzliche Kautel aufzustellen um der Gefahr zu begegnen, dass sich ein überschuldeter Erbe lediglich der Ausschlagung bedient, um seinen Gläubigern Vermögenswerte zu entziehen. Das Gesetz verleiht daher den Gläubigern in diesem Falle das Recht, die vom überschuldeten Erben erklärte Erbausschlagung anzufechten. Die Bestimmung des Art. 578 ZGB rechtfertigt sich auch im Hinblick darauf, dass es im wirtschaftlichen Leben bei der Gewährung von Kredit für den Gläubiger nicht ohne Belang ist, zu wissen, ob der Schuldner Erbanwartschaften in Aussicht hat oder nicht, und der Schuldner unter Umständen auch neben andern Momenten unter Hinweis auf eine sicher zu erwartende Erbschaft den Kredit nachgesucht hat.

Einige der kantonalen Rechte verliehen den Gläubigern gegen eine derart erfolgte Erbausschlagung dadurch einen Schutz, dass sie ihnen kurzerhand das Recht gaben, die Erbschaft zum Zwecke ihrer Befriedigung an Stelle des ausschlagenden Erben zu übernehmen. Einen ganz andern Weg ging das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch, das in § 931 bestimmte: „Wenn ein Erbe in der Absicht seine Gläubiger zu schädigen eine ihm angefallene Erbschaft ausschlägt und nachher der Konkurs über ihn ausbricht, so kann diese Ausschlagung auf dem von den konkursrechtlichen Bestimmungen für die Anfechtung von Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners

vorgeschriebenen Wege angefochten werden". Der zürcherische Gesetzgeber stand also auf dem Standpunkte, es lasse sich zum Schutze der Erbengläubiger mit den Bestimmungen über die Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG durchaus auskommen.

Mit der in Art. 578 ZGB zum Gesetze gewordenen Bestimmung, die besonders in der Expertenkommission Gegenstand einer recht lebhaften Erörterung geworden ist, hat das Gesetz diesen Boden verlassen und hat in Erweiterung des in Art. 285 ff. SchKG niedergelegten Prinzipes eine Anfechtungsklage zivilen Rechtes geschaffen, die wohl in manchen Beziehungen Analogien zur betreibungs- und konkursrechtlichen Anfechtungsklage aufweist, im übrigen aber als Anfechtungsklage des zivilen Rechts durchaus selbständig neben der Anfechtungsklage des Art. 285 ff. besteht und als eine auf die besondern erbrechtlichen Verhältnisse zugeschnittene Anfechtungsklage in allen Fällen, wo ihre Anwendungsmöglichkeit gegeben ist, die Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG ausschliesst, so dass nicht beide Klagen nebeneinander bestehen können und vom Kläger nicht nach seiner Wahl die eine oder andere Klage kann erhoben werden. Zu dem Schlusse, dass die Anfechtungsklage des Art. 578 ZGB ein von der Anfechtungsklage der Deliktspauliana des Art. 288 SchKG (die Schenkungs- und Überschuldungspauliana kommen überhaupt nicht weiter in Berücksichtigung) verschiedenes Rechtsgebilde ist und keineswegs alternativ neben der Klage aus Art. 288 SchKG kann geltend gemacht werden, führt die durchaus verschiedene Beschaffenheit der Klage, die bezüglich der Voraussetzungen und der Wirkung bei Gutheissung nicht unwesentlich von der Anfechtungsklage nach Art. 288 SchKG abweicht.

In der Tatsache der Ausschlagung einer Erbschaft könnte allerdings zunächst betrachtet das Erfordernis einer anfechtbaren Rechtshandlung im Sinne des Art. 288 SchKG erblickt werden, da darunter alle Rechtshandlungen fallen, welche für die Entstehung, Erhaltung, Änderung

oder Aufhebung von Rechten von Bedeutung sind, sofern und soweit dadurch ein einzelner oder die Gesamtheit der Gläubiger in ihren Rechten auf die Exekutionsobjekte des Schuldners direkt oder indirekt benachteiligt werden. (So Jäger, Kommentar II pag. 386.) Bei der Ausschlagung einer Erbschaft trifft dies nun zweifellos zu, da nach dem in Art. 560 ZGB enthaltenen Prinzipe der Erbe in der Regel der Fälle die Erbschaft mit dem Moment des Todes ipso iure erwirbt. Hat aber der Erbe auf Grund des ipso iure Erwerbes bereits einen rechtlich geltend zu machenden Anspruch und gibt er diesen durch seine Ausschlagungserklärung wieder auf, so können dadurch die Exekutionsrechte der Gläubiger tatsächlich geschmälert werden. Wenn bei Anlass der Beratungen in der Expertenkommission mehrfach die Auffassung vertreten worden ist, der Erbe, der ausschlage, entäussere sich materiell keines Vermögensobjekts, könne also auch seinen Gläubigern keine Exekutionsobjekte entziehen, so wurde damit das in Art. 560 ZGB unserm Erbrechte zugrunde gelegte System des ipso iure Erwerbs völlig verkannt; um die blosse Aufgabe eines erst künftigen Erwerbes oder um die Nichteinlassung des erblasserischen Vermögens in das Vermögen des Erben handelt es sich bei der Erbausschlagung ja keineswegs, vielmehr wird ein bereits erworbenes Recht aufgegeben.

Die Anfechtungsklage des Art. 578 ZGB unterscheidet sich von der Anfechtungsklage des Art. 288 SchKG nun sehr wesentlich dadurch, dass es sich bei der erstern um eine dem andern Teil erkennbare Absicht der Benachteiligung nicht handelt, indem bei einer Erbausschlagungserklärung ein anderer Teil im Sinne des Art. 288 SchKG nicht gegeben ist, da der Erbe, zu dessen Gunsten ausgeschlagen wird, als Partei nicht in Betracht fällt. Ein von Wieland in der Expertenkommission gestellter Antrag, für Art. 578 ZGB analog dem Art. 288 SchKG zu verlangen, dass die Voraussetzung der erkennbaren Absicht aufgenommen werden solle und dass die Anfechtung der Erbausschlagung daher nur zulässig sein solle gegen die-

jenigen Miterben, die die Absicht des ausschlagenden Erben kannten, wurde abgelehnt.

Im weitern unterscheidet sich die Klage aus Art. 578 ZGB von der Deliktspauliana des Art. 288 SchKG dadurch, dass sie als objektive Voraussetzung die Überschuldung der ausschlagenden Erben im Zeitpunkt der Ausschlagung verlangt, dass die Anfechtung im weitern durch Sicherstellung abgewendet werden kann und dass im weitern mit der Gutheissung der Anfechtung die amtliche Liquidation der Erbschaft eintritt, wobei ein sich ergebender Aktivüberschuss in erster Linie zur Deckung der anfechtenden Gläubiger verwendet wird. Endlich muss die Anfechtung nach Art. 578 ZGB binnen einer Frist von 6 Monaten seit der Ausschlagung geltend gemacht werden, während die Anfechtungsklage des Art. 288 SchKG nach Art. 292 leg. cit. erst nach Ablauf von 5 Jahren seit der anfechtbaren Rechtshandlung verjährt. Alle diese weitgehenden Unterschiede zwischen den beiden Klagen, die dadurch bedingt sind, dass es sich bei der erstern um eine besondere, rein erbrechtlichen Verhältnissen Rechnung tragende Anfechtungsklage handelt, zwingen daher zum Schlusse, dass, soweit es sich um die Anfechtung einer Erbausschlagung handelt, die Klage aus Art. 578 ZGB als eine lex specialis die Klage aus Art. 288 SchKG als lex generalis ausschliesst, und es muss daher die von Hoffmann als Berichterstatter in der ständerätlichen Kommission vertretene Ansicht (vide Stenogr. Bulletin der Bundesversammlung 1906 I pag. 449), wonach sehr wohl die beiden Klagen nebeneinander bestehen können, als unrichtig bezeichnet werden. Die meines Erachtens richtige Auffassung wird insbesondere von Jäger in seinem Kommentar II zu Art. 288 Note 3 b vertreten.

### b) Die Voraussetzungen für die Anfechtung nach Art. 578 ZGB.

In erster Linie setzt Art. 578 ZGB voraus, dass die Erbausschlagung von einem überschuldeten Erben vor-

genommen worden ist. Art. 578 ZGB findet demnach keine Anwendung, soweit es sich nur um die Ausschlagung eines Vermächtnisses seitens eines überschuldeten Vermächtnisnehmers handelt, doch kann hier, sofern die weitern Voraussetzungen des Art. 288 SchKG vorliegen, erfolgreich gemäss Art. 288 SchKG die Anfechtung geltend gemacht werden. Da der Vermächtnisnehmer den Anspruch auf das Vermächtnis gemäss Art. 543 ipso iure erwirbt, sofern er nur den Erbgang in erbfähigem Zustande erlebt, er also mit dem Anfalle bereits einen festen, rechtlich geltend zu machenden Anspruch hat, kann er sehr wohl mit der Aufgabe dieses Rechts durch die Ausschlagungserklärung die Exekutionsrechte seiner Gläubiger schmälern. Dass die Anwendbarkeit des Art. 288 SchKG auf den Fall der Vermächtnisausschlagung zu bejahen ist, vorausgesetzt natürlich, dass die weiteren Voraussetzungen des Art. 288 (Benachteiligungsabsicht bezw. Begünstigungsabsicht in einer dem andern Teile, zu dessen Gunsten die Ausschlagung erfolgt, erkennbaren Weise) gegeben sind, kann eigentlich kaum zweifelhaft sein. (Escher nimmt in seinem Kommentare zu Art. 578 Ziffer 2 a keine bestimmte Stellung ein und lässt die Frage offen, während Jäger in seinem Kommentar Art. 288 Note 3 die Frage unbedenklich bejaht.) Schliesst auch die zivilrechtliche Anfechtungsklage des Art. 578 ZGB die betreibungsrechtliche Anfechtungsklage nach Art. 288 SchKG aus, so gilt dies doch nur hinsichtlich der Erbausschlagung, nicht auch hinsichtlich der Vermächtnisausschlagung, die nur auf dem Wege des Art. 288 SchKG angefochten werden kann. Für die Frage der Überschuldung des ausschlagenden Erben, für welche den Anfechtungskläger die Beweislast trifft, wird lediglich relevant sein, ob die Überschuldung im Zeitpunkte der Ausschlagung gegeben war. Für den Begriff der Überschuldung, der ein rein betreibungs- und konkursrechtlicher ist, kann hier kurzerhand auf die in der betreibungs- und konkursrechtlichen Literatur und Praxis entwickelten Grundsätze verwiesen werden.

In zweiter Linie wird vorausgesetzt, dass die Erbausschlagung erfolgt ist zu dem Zwecke, dass die Erbschaft den Gläubigern entzogen bleibe. Die Fassung des Gesetzes, das den Ausdruck „entzogen bleibe" gewählt hat, ist streng genommen nicht richtig. Wenn Escher erklärt, das Gesetz habe diesen Ausdruck gewählt, weil der Erbe durch die Ausschlagung sich nicht materiell eines Vermögensobjekts begebe, sondern vielmehr den Hinzutritt eines neuen Vermögensobjektes in sein Vermögen verhindere, so muss diese Begründung als dem unserm Erbrechte in Art. 560 ZGB zugrunde gelegten Prinzipe des ipso iure Erwerbes widersprechend, als unrichtig abgelehnt werden. Da der Erbe die Erbschaft ipso iure erwirbt, bewirkt er durch seine Erbausschlagung, dass die Erbschaft den Gläubigern faktisch entzogen wird, und nicht etwa, dass sie den Gläubigern bloss entzogen bleibe.

Diese zweite Voraussetzung, für die der Kläger ebenfalls beweispflichtig ist, ist nun nicht vollkommen identisch mit der Benachteiligungsabsicht des Art. 288 SchKG. Nach Sinn und Zweck des Art. 578 ZGB darf angenommen werden, dass eine Benachteiligungsabsicht lediglich in dem Sinne gegeben sein muss, dass der ausschlagende Erbe sich bewusst ist oder bewusst sein muss, dass er durch seine Ausschlagungserklärung die Gläubiger in Nachteil versetze. Ob aber für den ausschlagenden Erben der Zweck der Benachteiligung der primäre ist, oder ob dieser nur sekundär ist, weil es dem Ausschlagenden in allererster Linie nur darum zu tun ist, die Erbschaft nahen Verwandten zuzuhalten, wobei es wieder gleichgültig sein kann, ob ihn hiebei Pietätsrücksichten leiten mochten, kann nicht ausschlaggebend sein. Mit Escher (Kommentar Art. 578 Ziffer 2 b) wird man daher sagen können, dass der überschuldete Erbe überhaupt nicht ausschlagen soll und darf, wenn die Ausschlagung seinen Gläubigern zum Nachteil gereicht, selbst dann nicht, wenn seiner Ausschlagung an sich durchaus achtenswerte Motive zugrunde liegen. Dass dies auch die Meinung des Gesetzgebers war,

ergibt sich vor allem auch aus den Verhandlungen der Expertenkommission, wonach die Anträge von Winkler und von Schneider, welche die Anfechtbarkeit dann ausschliessen wollten, wenn der schuldnerische Erbe die Ausschlagung zugunsten der zunächst folgenden Erben aus Pietätsgründen vornehme, abgelehnt wurden.

Wie wir bereits oben in anderm Zusammenhange gesehen haben, ist es im übrigen für die Anfechtungsklage nach Art. 578 ZGB im Gegensatz zur Deliktspauliana des Art. 288 SchKG rechtlich durchaus irrelevant, ob die nachfolgenden Erben, zu deren Gunsten die Ausschlagung erfolgte, die Absicht des Ausschlagenden, die Gläubiger zu benachteiligen, kannten oder nicht, da die Anfechtungsklage des Art. 578 ZGB einen „andern Teil" im Sinne des Art. 288 SchKG überhaupt nicht kennt.

Zur Anfechtungsklage nach Art. 578 ZGB ist jeder einzelne Erbengläubiger, solange der überschuldete Erbe, der ausgeschlagen hat, noch nicht im Konkurse ist, aktiv legitimiert, ohne Rücksicht auf Natur und Höhe der ihm gegen den ausschlagenden Erben zustehenden Forderung. Befindet sich der Ausschlagende jedoch bereits im Konkurse, so kommt die Aktivlegitimation lediglich der Konkursverwaltung zu, die aber den Anfechtungsanspruch immer noch an einzelne Gläubiger abtreten kann im Sinne des Art. 260 SchKG. Da für das Anfechtungsverfahren nach Art. 578 ZGB ein „anderer Teil" im Sinne des Art. 288 SchKG überhaupt nicht besteht und am Prozessverfahren darum auch in keiner Weise beteiligt sein kann, hat sich daher die Anfechtungsklage gegen den ausschlagenden Erben als den in allen Fällen Passivlegitimierten zu richten.

Die Festsetzung der relativ kurzen Frist von 6 Monaten, binnen welcher der Anfechtungsanspruch geltend zu machen ist, rechtfertigt sich vor allem aus Gründen der Verkehrssicherheit, da es nach Ablauf einer noch grössern Zeitspanne wohl ausgeschlossen ist oder doch mit grossen Schwierigkeiten verbunden wäre, nunmehr noch den Nachlass zur

amtlichen Liquidation zu bringen. Denkbar wird auch sein, dass trotz Einhaltung der sechsmonatlichen Anfechtungsfrist die Anfechtung der Erbausschlagung gegenstandslos werden kann, wenn bereits eine derartige Vereinigung des Nachlassvermögens mit dem Vermögen des Erben, zu dessen Gunsten ausgeschlagen worden ist, stattgefunden hat, dass eine Separation und Durchführung der amtlichen Liquidation über den ursprünglichen Nachlass kaum mehr möglich ist. Diese Schwierigkeit dürfte vor allem in denjenigen Kantonen eher fühlbar werden, in welchen eine amtliche Inventur des Nachlasses nicht bei allen Todesfällen stattfindet und daher nach Ablauf einiger Monate der Umfang des erblasserischen Vermögens zur Zeit seines Todes sich nicht mehr mit Sicherheit feststellen lässt. Aus dem Bedürfnis, die Frist zur Anfechtung der Erbausschlagung und damit zur Anordnung der amtlichen Liquidation möglichst zu kürzen, um möglichst bald klare Verhältnisse über das Schicksal des Nachlassvermögens zu haben, ist es auch zu erklären, dass die sechsmonatliche Frist zur Anfechtung in allen Fällen vom Zeitpunkt der Ausschlagung und nicht erst von dem Zeitpunkte, in welchem der Gläubiger von der Ausschlagung Kenntnis erhält, zu rechnen ist.

Die Anfechtungsklage des Art. 578 ZGB setzt aber im weitern voraus, dass die anfechtenden Gläubiger für ihre Forderungen nicht sichergestellt worden sind. Das Vorliegen der an sich anfechtbaren Handlung, die Ausschlagung der Erbschaft zum Nachteil der Erbengläubiger genügt an sich allein zur Begründung der Anfechtungsklage nicht und mit der Leistung der Sicherheit zugunsten der eine Sicherheit verlangenden Erbengläubiger wird die an sich ursprünglich in fraudulöser Absicht vorgenommene Erbausschlagung rechtlich bedeutungslos. Da die an sich in fraudulöser Absicht erfolgte Erbausschlagung lediglich dann zur rechtlich anfechtbaren Handlung wird, wenn die Erbengläubiger von ihrem Schuldner, dem ausschlagenden Erben nicht befriedigt oder sichergestellt

werden, da ja nur in diesem Falle durch die Tatsache der Erbausschlagung ein Nachteil für sie erwachsen kann, der Zweck des Sicherungsmittels also lediglich der ist, die Gefährdung der Gläubigerrechte zu verhüten, wird man meines Erachtens dazu kommen müssen, die Leistung der Sicherheit auch noch nach erfolgter Rechtshängigkeit der Anfechtungsklage zuzulassen; mit der Leistung der Sicherheit und ebenso natürlich mit der Befriedigung der anfechtenden Gläubiger wird dann die Anfechtungsklage gegenstandslos. Aus den gleichen Erwägungen wird es im weitern auch durchaus irrelevant sein, ob die Befriedigung bezw. Sicherstellung der Erbengläubiger durch den ausschlagenden Erben, den Schuldner selbst oder durch die Erben, zu deren Gunsten die Ausschlagung erfolgt ist, oder durch andere Dritte erfolgt. Besteht Streit darüber, ob Sicherstellung bezw. ob gehörige Sicherstellung erfolgt ist, so hat der Anfechtungsbeklagte im Anfechtungsprozesse die Tatsache der Sicherstellung bezw. der gehörigen Sicherstellung durch Einrede geltend zu machen. Haben die Erben, zu deren Gunsten die Ausschlagung erfolgt ist, die Sicherheit geleistet, so werden diese je nach den Bestimmungen der kantonalen Prozessrechte an dem Anfechtungsprozesse als Intervenienten teilnehmen können. Da zu ihren Gunsten die Ausschlagung erfolgt ist, haben sie ein eigenes Interesse und unter Umständen ein viel grösseres Interesse als der ausschlagende Erbe selber, zu verhüten, dass die Anfechtungsklage gutgeheissen und damit der Nachlass zur amtlichen Liquidation gebracht werde.

### c) Die Wirkungen bei Gutheissung der Anfechtungsklage.

Nach Art. 578 Abs. 2 gelangt die Erbschaft mit der Gutheissung der Anfechtung zur amtlichen Liquidation; damit ist implicite gesagt, dass die erfolgreich angefochtene Rechtshandlung, die Erbausschlagung als rechtsunwirksam erklärt wird, womit auch alle durch die Ausschlagung zu-

gunsten der nachfolgenden Erben begründeten Rechte rechtsunwirksam werden. Die Erben, zu deren Gunsten die Ausschlagung erfolgte, kommen daher rechtlich im weitern Verlaufe der amtlichen Liquidation nur noch insoweit in Betracht, als ihnen Art. 578 Abs. 3 ausdrücklich noch gewisse Rechte an einem eventuellen, bei der Liquidation sich ergebenden Aktivüberschusse einräumt. Die amtliche Liquidation, die im Falle des Obsiegens des Anfechtungsklägers sofort mit der Rechtskraft des Urteils anzuordnen ist, bietet in praktischer Hinsicht mancherlei Vorzüge. Das Verfahren, das einige kantonale Rechte einschlugen, die Erbschaft kurzerhand den anfechtenden Gläubigern zum Zwecke ihrer Befriedigung zu überlassen, würde in allzu einseitiger Weise nur die Interessen der anfechtenden Erbengläubiger wahrnehmen, während die Erbschaftsgläubiger das Nachsehen hätten. Der andere denkbare Weg, die amtliche Erbschaftsverwaltung über die Erbschaft, bezw. über den Erbanteil des ausschlagenden Erben anzuordnen, würde den Erbengläubigern immer noch nicht das bringen, was sie zu erreichen wünschen, nämlich Deckung zu erhalten. Die weitere denkbare Möglichkeit, die Erbschaft nach erfolgreicher Anfechtung an den Erben, der ausgeschlagen hat, abzuliefern, den Erben also zur Übernahme der Erbschaft zu zwingen, hätte etwas bedenkliches und würde wenig Garantien für eine richtige Abwicklung der Erbschaftsgeschäfte bieten, da in diesem Falle das Verhältnis zwischen den Erbengläubigern und dem Erben, ihrem Schuldner, in der Regel ein gespanntes sein wird. Das Verfahren der amtlichen Erbschaftsliquidation durch die neutrale Amtsstelle wahrt vor allem die Interessen der Gläubiger des Erblassers, die doch in erster Linie darauf Anspruch haben, direkt aus den Mitteln der Erbschaft befriedigt zu werden. War der Erbe, der ausgeschlagen hat, lediglich Miterbe neben andern Erben und hat er also nur für den ihm zugefallenen Erbanteil ausgeschlagen, so wird dennoch bei Gutheissung der gegenüber diesem Miterben ange-

hobenen Anfechtungsklage die amtliche Liquidation, die an sich unteilbar ist, die ganze Erbschaft und nicht etwa nur den auf diesen Erben entfallenden Erbanteil erfassen, ein Resultat, das allerdings für die übrigen Miterben oft ein unerfreuliches sein wird; immerhin haben diese Miterben die Möglichkeit, durch Sicherstellung der Forderungen der anfechtenden Gläubiger der amtlichen Liquidation der Erbschaft zu begegnen.

Im einzelnen können sich die Verhältnisse verschieden gestalten, je nachdem der überschuldete Erbe allein berufener nächster Erbe war und er vorbehaltlos ausgeschlagen hat, oder der überschuldete Erbe Miterbe neben andern war, oder endlich als erstberufener Erbe zugunsten der nachfolgenden Erben ausgeschlagen hat.

a) War der überschuldete Erbe allein berufener nächster Erbe und schlug er vorbehaltlos aus, so gelangt die Erbschaft, wenn eine Anfechtung der Erbausschlagung gemäss Art. 578 ZGB nicht erfolgt, zur Liquidation durch das Konkursamt auf Grund der Bestimmung des Art. 573 ZGB, unbekümmert darum, ob die ausgeschlagene Erbschaft solvent ist oder nicht. Wenn nun auch nach Art. 573 Abs. 2 ein bei der Liquidation sich ergebender Aktivüberschuss an den Erben, der ausgeschlagen hat, ausgewiesen wird, wie wenn keine Ausschlagung stattgefunden hätte, und sich nun die Erbengläubiger mit dem Erben, ihrem Schuldner, auseinandersetzen können, damit er sie aus dem ihm zugewiesenen Aktivüberschusse befriedige, so werden dennoch vigilante Erbengläubiger ein Interesse daran haben, den Weg der Anfechtungsklage nach Art. 578 ZGB zu betreten und damit das Verfahren nach Art. 573 ZGB auszuschliessen, da nach Art. 578 die anfechtenden Gläubiger aus dem Aktivüberschusse vorweg vor den nicht anfechtenden Gläubigern befriedigt werden, während beim Verfahren nach Art. 573 ZGB alle Erbengläubiger unter sich gleichen Anspruch auf Befriedigung haben.

b) Ist der überschuldete Erbe, der zum Nachteil seiner Gläubiger ausgeschlagen hat, Miterbe neben andern

Erben, so wird je nachdem der von ihm ausgeschlagene Erbanteil gemäss Art. 572 ZGB an seine nächsten gesetzlichen Erben fallen bezw. den übrigen Miterben akkreszieren. Wird die Ausschlagung dieses Miterben erfolgreich angefochten, so wird die Akkreszenz bezw. der Anfall des ausgeschlagenen Erbteils an die nächsten gesetzlichen Erben des Ausschlagenden wieder rückgängig gemacht und es tritt nunmehr, da die amtliche Liquidation unteilbar ist, die Liquidation der ganzen Erbschaft ein. Von einem bei der amtlichen Liquidation sich ergebenden Aktivüberschusse entfällt dann in diesem Falle auf die Gläubiger des ausschlagenden Erben ein Anteil pro rata des Erbanteils dieses Erben, der übrige Aktivüberschuss hingegen ist den Miterben im Verhältnis ihrer Erbanteile auszuliefern.

c) Hat der überschuldete Erbe im Sinne des Art. 575 ZGB zugunsten der nachfolgenden Erben ausgeschlagen, so wird nach erfolgreicher Anfechtung der Ausschlagung der Erwerb der begünstigten Zweitberufenen verhindert bezw. wenn er bereits erfolgt ist, wieder rückgängig gemacht und die Erbschaft amtlich liquidiert. Von einem bei der Liquidation sich ergebenden Aktivüberschusse fällt den begünstigten Zweitberufenen nach Art. 578 Abs. 3 lediglich das zu, was sowohl nach Deckung der anfechtenden wie der nicht anfechtenden Gläubiger noch verbleibt.

Wie sich das Verfahren der amtlichen Liquidation der Erbschaft im weitern gestaltet, ist an dieser Stelle nicht zu untersuchen, lediglich die Frage, was mit dem Liquidationsüberschuss geschieht und in welcher Weise die anfechtenden Gläubiger an diesem Aktivüberschusse partizipieren, soll noch kurz berührt werden. Dem Entwurf II zum ZGB hatte eine Bestimmung, wie sie nunmehr in Art. 578 Abs. 3 zum Gesetz geworden ist, gefehlt. Mangels dieser gesetzlichen Bestimmung wäre jedenfalls der Aktivüberschuss bezw. im Falle eines Miterbenverhältnisses der auf den ausschlagenden Erben entfallende Anteil an den Ausschlagenden gefallen und den Erbengläubigern wäre nun allen in gleicher Weise dieses neue Vermögen

ihres Schuldners zugute gekommen. Nach der Bestimmung des Art. 578 Abs. 3, der auf Antrag der nationalrätlichen Kommission angenommen worden ist (vergl. Stenogr. Bulletin 1906 pag. 285), wird nun genau geregelt, wie der Liquidationsüberschuss zu behandeln ist, wobei vor allem der Grundsatz der Priorität der anfechtenden Gläubiger vor den nicht anfechtenden Gläubigern hervorzuheben ist. Wenn das Gesetz in erster Linie den vigilanten Erbengläubigern, die die Anfechtung geltend gemacht haben, ein Anrecht auf den Liquidationsüberschuss gibt, so rechtfertigt sich diese Bevorzugung u. a. damit, dass die anfechtenden Gläubiger mit der Geltendmachung der Anfechtung auch das ganze Prozessrisiko haben übernehmen müssen und dass es auch lediglich ihrer Vigilanz zu verdanken ist, wenn die ausgeschlagene Erbschaft zur amtlichen Liquidation gebracht wird.

Da amtlich liquidiert wird, sind vorweg nach Art. 596 ZGB die Verbindlichkeiten des Erblassers zu erfüllen, die Massagläubiger und die Gläubiger des Erblassers werden daher in erster Linie befriedigt. Verbleibt nunmehr ein Aktivüberschuss, so wird dieser, soweit er reicht, bis zur vollen Befriedigung der anfechtenden Erbengläubiger verwendet; reicht der Aktivüberschuss zur vollen Deckung der anfechtenden Gläubiger nicht aus, so sind diese aus dem Aktivüberschusse gleichmässig pro rata ihrer Forderungen zu berücksichtigen. In diesem Falle wird die zuständige Behörde, die die amtliche Liquidation durchgeführt hat, eine „Verteilungsliste" aufstellen, in welcher der Forderungsbetrag der anfechtenden Erbengläubiger und der auf sie entfallende Teil aus dem Aktivüberschuss aufgeführt werden.

Ist der Liquidationsüberschuss mit der Befriedigung der sämtlichen anfechtenden Gläubiger noch nicht erschöpft, so sind nach Art. 578 Abs. 3 die übrigen Schulden zu decken. Da nunmehr die Massagläubiger, die Gläubiger des Erblassers und die anfechtenden Erbengläubiger bereits befriedigt sind, können unter den „übrigen Schulden",

die eventuell noch zu decken sind, lediglich die Forderungen der nicht anfechtenden Erbengläubiger verstanden werden.

Die zuständige Behörde, die die amtliche Liquidation durchgeführt hat und die auch den Aktivüberschuss im Sinne des Art. 578 Abs. 3 zu verteilen hat, wird aber ihrer Aufgabe dadurch genügend nachkommen, wenn sie die nichtanfechtenden Erbengläubiger, die ihr durch Anmeldung bekannt wurden oder die ihr vom ausschlagenden Erben als Gläubiger genannt worden sind, bei der Verteilung berücksichtigt. Dass sie verpflichtet wäre, nichtanfechtende Erbengläubiger, die allfällig weiter vorhanden sein können, zur Anmeldung aufzufordern, oder dass sie die Erbengläubiger aus Büchern und Papieren des Erben feststellen müsste, muss verneint werden. Ihre Aufgabe wird sich daher meines Erachtens darin erschöpfen, dass sie die Erbengläubiger, die ihr bekannt geworden sind, bei der Verteilung des Aktivüberschusses berücksichtigt.

Verbleibt nach Deckung der übrigen, der Behörde bekannt gewordenen Erbengläubiger immer noch ein Rest des Aktivüberschusses, so ist dieser nunmehr an die Erben, zu deren Gunsten ausgeschlagen worden ist, abzuliefern. Der erbausschlagende Erbe fällt demnach beim Verfahren nach Art. 578 Abs. 3 gänzlich ausser Betracht. Wenn das Gesetz bestimmt, dass der Rest des Liquidationsüberschusses an die Erben abzuliefern sei, zu deren Gunsten ausgeschlagen wurde, so handelt es sich streng dem Wortlaute des Gesetzes nach genommen lediglich um den Fall der sukzessiven Delation nach Art. 575 ZGB, wo vorausgesetzt ist, dass der Erbe bei der Ausschlagung verlangt hat, dass die auf ihn folgenden Erben angefragt werden sollen. Zum gleichen Resultate wird man aber auch kommen müssen, wenn es sich nicht um den Fall sukzessiver Delation, sondern um Akkreszenz handelt, wenn der ausschlagende Erbe als testamentarischer oder gesetzlicher Miterbe den auf ihn entfallenden Teil ausgeschlagen hat und nunmehr sein Erbteil den übrigen Erben akkresziert. Bei der Verteilung des Aktivüberschusses erhalten dann

die Miterben den ihrer Erbquote entsprechenden Anteil am Liquidationsüberschuss vorab zugewiesen. Verbleibt im weitern von dem auf den ausschlagenden Erben entfallenen Anteil am Liquidationsergebnis nach vorgängiger Deckung der Erbengläubiger ein Restbetrag, so ist dieser Betrag an sie im Verhältnis ihrer Erbanteile auszuweisen.

## Inhaltsübersicht.


| | | Seite |
|---|---|---|
| Einleitung | | 365 |
| § 1. | Die amtliche Liquidation als Sicherungsmittel zugunsten der Erbschaftsgläubiger | 366 |
| § 2. | Die Beschränkung des Sicherungsmittels auf die Gläubiger des Erblassers | 370 |
| § 3. | Die Voraussetzungen des Art. 594 ZGB | 379 |
| § 4. | Die Befristung des Antragsrechtes | 386 |
| § 5. | Die Haftung der Erben bei der amtlichen Liquidation der Erbschaft auf Antrag der Gläubiger des Erblassers | 389 |
| § 6. | Die Sicherung der Erbengläubiger. — Die Mitwirkung der Behörde bei der Teilung auf Verlangen eines Erbengläubigers nach Art. 609 ZGB | 396 |
| § 7. | Die Sicherung der Erbengläubiger gemäss Art. 578 ZGB | 404 |


## Literatur.


Hitzig, Die Rechtsstellung der Erben in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft.

Escher, Kommentar zum ZGB, Bd. III. Das Erbrecht.

Rossel u. Mentha, Manuel du droit civil suisse, Bd. I.

Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgen. Justiz- und Polizeidepartements. 2. Heft. Erbrecht.

Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bd. II und IV.

Bernhöft, Zur Reform des Erbrechts.

Jäger, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs.

Curti, Kommentar zum ZGB mit Erläuterungen.