

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210041-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 30. März 2021

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchs- und Beschwerdegegner,

betreffend **Arrest**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 1. März 2021 (EQ210027)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer gelangte am 1. März 2021 an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich mit dem Begehren, es sei das Bankkonto des Beschwerdegegners bei der C. _____ AG, Zweigstelle D. _____, Konto Nummer 1 ganz zu verarrestieren, alles soweit arrestierbar bis zur Deckung der Arrestforderung von CHF 23'610.72 zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. April 2020 sowie der mutmasslichen Anwaltskosten und Arrestprosequierungskosten von CHF 8'000 (total CHF 32'800) (act. 1). Mit Urteil vom 1. März 2021 wies das Einzelgericht dieses Begehren ab (act. 8).

1.2. Gegen dieses Urteil erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 15. März 2021 (Datum Poststempel) Beschwerde bei der Kammer mit den Anträgen, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und das bei der Vorinstanz gestellte Arrestbegehren gutzuheissen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners (act. 9).

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-6). Der mit Verfügung vom 18. März 2021 vom Beschwerdeführer einverlangte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 300.-- wurde innert Frist geleistet (act. 13-15). Auf weitere prozessleitende Anordnungen wurde verzichtet. Insbesondere gilt, dass der Arrestschuldner im Verfahren betreffend Arrestbewilligung nicht anzuhören und generell nicht über den Prozess in Kenntnis zu setzen ist (BGE 107 III 29 E. 2 und 3). Folglich ist vom Beschwerdegegner weder eine Beschwerdeantwort im Sinne von Art. 322 Abs. 1 ZPO einzuholen noch ist ihm Mitteilung vom vorliegenden Entscheid zu machen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide in Arrestsachen ist infolge des Ausschlusses der Berufung die Beschwerde zulässig (Art. 319 lit. a ZPO i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 6 ZPO). Dies gilt sowohl für das Rechtsmittel des Gläubigers gegen den ablehnenden Entscheid über sein Arrestbegehren als auch für das

Rechtsmittel gegen den Einspracheentscheid nach Art. 278 SchKG. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO; OGer ZH PS170259 vom 18.12.2017, E. 2). Die Kammer lässt indes ausnahmsweise Noven auch im Beschwerdeverfahren zu, wenn die erste Instanz den Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör verletzt und nicht nachfragte; dies, um eine Heilung zu ermöglichen (vgl. bereits die Rechtsprechung zur kantonalen ZPO in ZR 100 [2001] Nr. 27 S. 88; bestätigt für die eidg. ZPO in OGer ZH RU130042 vom 10.7.2013, E. 2.1; PC150069 vom 7.4.2016, E. 2.3; RU170022 vom 27.6.2017, E. 3.3). Unbeschränkt zulässig sind zudem neue rechtliche Vorbringen.

2.2. Die vorliegende Beschwerde vom 15. März 2021 wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Beschwerdeführer rügt eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts und eine Rechtsverletzung durch die Vorinstanz. Der Beschwerdeführer reicht zudem neu eine Kopie seiner Teilungsklage vom 8. März 2021 ins Recht (act. 12/3), welche als unzulässiges Novum indes nicht zu berücksichtigen ist, zumal sie nicht im Zusammenhang mit der Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorinstanzlichen Verfahren steht. Auf die einzelnen Vorbringen des Beschwerdeführers wird sodann nachfolgend insoweit einzugehen sein, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist. Im Übrigen ist der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1. Der Gläubiger kann, wenn einer der im SchKG vorgesehenen Arrestgründe gegeben ist, für eine fällige Forderung, soweit sie nicht durch ein Pfand gedeckt ist, Vermögensstücke des Schuldners, die sich in der Schweiz befinden, mit Ar-

rest belegen lassen (Art. 271 Abs. 1 SchKG). Im Falle der Arrestgründe gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 SchKG ("Mangelnder fester Wohnsitz" und "Böswilliges Beiseiteschaffen von Vermögenswerten oder Flucht"), kann der Arrest auch für eine nicht verfallene Forderung verlangt werden (Art. 271 Abs. 2 SchKG).

Der Arrest wird bewilligt, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass seine Forderung besteht, ein Arrestgrund vorliegt und Vermögensgegenstände vorhanden sind, die dem Schuldner gehören (Art. 272 Abs. 1 SchKG). Glaubhaftmachen bedeutet weniger als Beweisen, doch mehr als blosses Behaupten. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn das Gericht sie aufgrund der ihm vorgelegten Elemente für wahrscheinlich hält, ohne ausschliessen zu müssen, dass es sich auch anders verhalten könnte (BGE 142 II 49 E. 6.2). Vorausgesetzt ist damit zum einen ein schlüssiges Vorbringen und zum anderen, dass die Tatsachendarlegungen dem Gericht als wahrscheinlich erscheinen. Auch wenn die Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsbeweis nicht zu hoch anzusetzen sind, vermögen blosser Behauptungen des Arrestgläubigers nicht zu genügen, auch wenn sie schlüssig sind. Vielmehr müssen objektive Anhaltspunkte vorliegen, die auf das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen schliessen lassen. In diesem Sinn ist eine Beweisführung mindestens in den Grundzügen erforderlich (BSK SchKG II-STOFFEL, 2. Auflage 2010, Art. 272 N 4 ff.; vgl. auch KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE, 2. Auflage 2014, Art. 272 N 14).

3.2. Die Vorinstanz erachtete im angefochtenen Entscheid die Voraussetzung der Fälligkeit der Arrestforderung (im Zusammenhang mit den Arrestgründen von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 3-6 SchKG) und alternativ die Arrestgründe von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1-2 i.V.m. Abs. 2 SchKG als nicht glaubhaft gemacht. Sie hielt dazu fest, der Beschwerdeführer leite die Arrestforderung aus einem erbrechtlichen Anspruch ab, wobei er seine Erbenstellung mit der Erbenbescheinigung vom 22. Juli 2020 belege. Er bilde zusammen mit dem Beschwerdegegner eine Erbgemeinschaft. Voraussetzung für einen Individualanspruch des Beschwerdeführers gegenüber dem Beschwerdegegner sei daher eine Erbteilung durch Vertrag oder Gestaltungsurteil. Der Beschwerdeführer mache nicht glaubhaft, dass eine Erbteilung bereits stattgefunden habe, weshalb es an der fälligen Forderung

gegenüber dem Beschwerdegegner fehle. Im Zusammenhang mit dem Arrestgrund mache der Beschwerdeführer ferner geltend, der Beschwerdegegner habe Wohnsitz in Thailand. Der Arrestgrund eines mangelnden Wohnsitzes gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG mache er demzufolge nicht geltend. Und der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG setze objektive äussere Umstände und unlautere Absicht voraus, wofür die Manifestation von Zahlungsunwilligkeit allein nicht ausreiche (act. 8 S. 3-4).

3.3. Der Beschwerdeführer bringt dagegen zusammengefasst vor, das Hauptaktivum der Erbmasse sei gemäss Nachlassinventar das Konto der Erblasserin bei der E._____ gewesen. Der Beschwerdegegner sei auf Grund eines staatlichen Fehlers im Nachlassinventar als Alleinerbe aufgeführt worden, womit seine alleinige Erbenstellung rechtskräftig geworden sei und das Vermögen ipso iure in sein alleiniges Eigentum übergegangen sei. Er habe über das ganze Erbe verfügen können und habe prompt das Konto der gemeinsamen Mutter bei der E._____ liquidiert und alles Geld auf sein Konto bei der C._____ übertragen. Im Zeitpunkt der Transaktion habe daher keine Erbengemeinschaft vorgelegen und eine Erbteilung sei weder möglich noch notwendig gewesen, weil weder im Zeitpunkt des Nachlassinventars noch später Gesamteigentum am Nachlass bestanden habe. Er, der Beschwerdeführer, habe erst nach der abgelaufenen Ausschlagungsfrist ex tunc Erbenstellung erlangt, was rückwirkend zu einem fälligen obligationenrechtlichen Anspruch auf Herausgabe des hälftigen Anspruchs führe (act. 9 S. 3-5).

3.4. Der Beschwerdeführer beanstandet somit die Erwägungen der Vorinstanz zu den möglichen Arrestgründen gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 SchKG nicht, weshalb im Folgenden einzig darauf einzugehen ist, ob der Beschwerdeführer eine fällige Forderung glaubhaft dargetan hat.

4.

4.1. Wie der Beschwerdeführer zutreffend ausführt, folgt das Schweizer Erbrecht dem Prinzip der Universalsukzession (act. 9 S. 2). Die Erben erwerben die Erbschaft als Ganzes, und zwar eo ipso, das heisst mit dem Tode des Erblassers von Gesetzes wegen ohne weiteres Hinzutun (Art. 560 ZGB). Es bedarf weder einer Annahmeerklärung oder Anerkennung durch die Erben noch eines behördlichen Aktes. Daraus folgt, dass auch der Erbe, der von seiner Erbenstellung keine Kenntnis hat, die Erbschaft erwirbt (BSK ZGB II-SCHWANDER, 6. Aufl. 2019, Art. 560 N 5). Beerben mehrere (gesetzliche und eingesetzte) Erben den Erblasser, so besteht unter ihnen, bis die Erbschaft geteilt wird, infolge des Erbanges eine Gemeinschaft aller Rechte und Pflichten der Erbschaft. Sie werden Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände und verfügen unter Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnis über die Rechte der Erbschaft gemeinsam (Art. 602 ZGB). Dem einzelnen Erben kommen bis zur Teilung keine selbständigen Rechte an den Erbschaftsgegenständen zu (BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, 6. Aufl. 2019, Art. 602 N 9). Ausnahmen vom Prinzip des gemeinsamen Handelns anerkennt die Praxis sodann, wenn die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) vorliegen oder in dringenden Fällen zur Wahrung der Interessen der Erbengemeinschaft oder Erhaltung von Erbschaftsgegenständen oder Rechten (BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, 6. Aufl. 2019, Art. 602 N 18 m.H.). Die Erbengemeinschaft endet mit der Erbteilung, die entweder einvernehmlich durch übereinstimmende Willensäusserung, also Realteilung oder Abschluss eines schriftlichen Erbteilungsvertrages (Art. 634 Abs. 1 ZGB), oder durch Teilungsurteil (Art. 604 Abs. 1 ZGB) erfolgt (BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, 6. Aufl. 2019, Art. 602 N 32).

4.2. Daraus folgt, dass entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers mit dem Tod der Erblasserin der Nachlass von Gesetzes wegen auf alle Erben übergegangen ist und bereits in diesem Zeitpunkt eine Erbengemeinschaft zwischen den Parteien entstanden ist. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer selbst und offenbar auch der Beschwerdegegner zunächst keine Kenntnis von der Erbenstellung des Beschwerdeführers hatten, ändert daran nichts. Ebenso bleibt die Feststellung über die Erbschaftsstellung des Beschwerdegegners als Alleinerbe im

Nachlassinventar vom 21. Mai 2019 ohne Relevanz. Denn der Zweck des öffentlichen Inventars nach Art. 580 ff. ZGB ist nicht die Erbenermittlung, sondern liegt in der Erlangung von Informationen über den Stand der Erbschaft, wobei eine möglichst genaue Ermittlung der Aktiven und Passiven der Erbschaft von amtlicher Seite vorgenommen wird. Das Inventar zielt darauf ab, die Zusammensetzung der Erbschaft unverändert zu lassen, und dient den Erben zur Entscheidungsfindung, ob sie eine Erbschaft annehmen oder ausschlagen sollen (DANIEL ABT, Erbrecht, Art. 457-640 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 580 ZGB N 4; BSK ZGB II-VOGT/LEU, 6. Aufl. 2019, Vorbemerkung zu Art. 580-592 N 11). So weist denn auch das Nachlassinventar vom 21. Mai 2019 selbst ausdrücklich darauf hin, dass dem Beschwerdegegner die Erbschaft unter Vorbehalt der Erbschaftsklage von zur Zeit nicht bekannten Erben überlassen wird (act. 4/7 S. 3).

4.3. Die Vorinstanz hält sodann zutreffend fest, dass nur die Erbteilung zur Alleinberechtigung der einzelnen Erben an den ihnen zustehenden Erbschaftsobjekten führt (act. 8 S. 3 mit Hinweis auf BK ZBG-WOLF, Bern 2014, Art. 604 N 79; vgl. auch BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, 6. Aufl. 2019, Art. 602 N 2 und Art. 634 N 1; BGer 5A_377/2016 vom 9.1.2017 E. 2.2). Der Beschwerdeführer behauptet weder eine Beendigung der Erbengemeinschaft durch den Abschluss eines schriftlichen Erbteilungsvertrages noch durch das Vorliegen eines gerichtlichen Teilungsurteils. Darüber hinaus hat auch nicht dadurch eine Realteilung stattgefunden, dass der Beschwerdegegner das Geld vom Konto der Erblasserin abdisponiert und auf ein eigenes Konto überwiesen hat. Denn der Beschwerdeführer hatte nach eigenen Angaben im Zeitpunkt der Transaktion keine Kenntnis davon. Damit fehlt es von vornherein an der für eine Realteilung vorausgesetzten Mitwirkung bzw. Zustimmung *sämtlicher* Erben (Art. 634 Abs. 1 ZGB; BREITSCHMID PETER/EITEL PAUL/FANKHAUSER ROLAND/GEISER THOMAS/JUNGO ALEXANDRA, Erbrecht, 3. Aufl. 2016, S. 221 N 95; WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Schweizerisches Erbrecht, 2. Aufl., Bern 2020, S. 554 N 2056). Das ist vielleicht beim Abdisponieren eines Kontoguthabens nicht ganz einfach zu verstehen, wird aber sofort klar, wenn man sich vorstellt, die Erbschaft bestehe aus wertvollen beweglichen Sachen (zum Beispiel Antiquitäten, Bildern, Goldbarren).

Diese gehen mit dem Tod der Erblasserin ins Gesamteigentum der Erben über, und ein einzelner Erbe kann diese Rechtslage nicht damit ändern, dass er eigenmächtig einzelne oder alle Sachen in Besitz nimmt. Und der düpierte Miterbe kann ebenso wenig mittels der Erbschaftsklage die Herausgabe erreichen, da auch er - wie schon gesagt - vor der Teilung noch keine alleinige Berechtigung hat. Mit der Vorinstanz ist demnach festzuhalten, dass der Beschwerdeführer keine Erbteilung und mithin keine fällige Forderung gegenüber dem Beschwerdegegner glaubhaft gemacht hat. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

5. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist unter Berücksichtigung des Streitwerts von Fr. 23'610.72 und in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 48 GebV SchKG auf Fr. 300.-- festzusetzen, dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung ist mangels Einbezug des Beschwerdegegners in das vorliegende Verfahren nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer sowie an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 23'610.72.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lacic

versandt am: