

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:	60 (1941)
Artikel:	Die Prozessführungsbefugnis des Miterben zur Geltendmachung seiner Erbschaftsrechte gegenüber Dritten und Miterben im schweizerischen Recht
Autor:	Troller, A.
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896300

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: 05.02.2026

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

Die Prozessführungsbefugnis des Miterben zur Geltendmachung seiner Erbschaftsrechte gegenüber Dritten und Miterben im schweizerischen Recht.

Von Dr. A. Troller, Rechtsanwalt, Luzern.

I.

Einleitung.

Verschiedene rechtlich bedeutsame Fragen stellen sich beim Tode einer Person. Plötzlich und oft unerwartet werden all die Beziehungen, die das vormalige Rechtssubjekt zu Personen und Sachen hatte, abgerissen. Die Frage, wer an die Stelle des Verstorbenen in Rechte und Pflichten einzutreten habe und wie dieser Übergang zu bewerkstelligen sei, mußte der Gesetzgeber lösen, da der Parteiwille oft fehlt oder dann Ziele anstrebt, die im Interesse der Familie nicht gebilligt werden können. An dieser Stelle interessiert nur die Regelung, welche das ZGB beim Vorhandensein mehrerer Erben für den Wechsel von einem an den Vermögensrechten Berechtigten zur Mehrzahl der Berechtigten getroffen hat. Nach dem Prinzip des germanischen Rechts läßt das ZGB in Art. 602 die Miterben am Erbschaftsvermögen gesamthänderisch berechtigt sein. Diese Bevorzugung des germanischen Systems vor der Normierung des römischen und gemeinen Rechts mit ihrer Teilung der Forderungen unter die Erben und Zuteilung der unteilbaren Sachen zu Miteigentum ist zum Teil historisch bedingt. Vor allem war jedoch bei der Schöpfung des Art. 602 Abs. 2 ZGB das Bestreben

maßgebend, die Erben gegen einseitiges und rücksichtsloses Vorgehen ihrer Miterben zu schützen¹⁾. Dieses Ziel wurde aber durch die Ausgestaltung der Erbengemeinschaft als Gesamthandsverhältnis nur zum Teil erreicht. Zwar schließt die Regelung des Art. 602 ZGB Verfügungs- und wichtige Verwaltungsakte über Erbschaftswerte durch einzelne Erben aus; die erforderliche Einstimmigkeit der Beschußfassung kann jedoch ihrerseits zu Ungerechtigkeiten führen, indem Gefahr besteht, daß einzelne Erben durch Verweigerung ihrer Zustimmung zu Verwaltungs- und Verfügungshandlungen die Interessen ihrer Miterben verletzen. Diese Kehrseite der gesetzlichen Regelung ist Eugen Huber selbstverständlich nicht entgangen. Er glaubte jedoch durch die Möglichkeit der Bestellung eines Erbenvertreters, wie sie Art. 602 Abs. 3 zuläßt, solchen Schwierigkeiten wirksam zu begegnen²⁾. Das in die praktische Genüglicheit dieser Lösung gesetzte Zutrauen wurde nicht völlig gerechtfertigt. Vor allem ergab sich, wie eine Reihe von Entscheiden des Bundesgerichts³⁾ darin, daß Bedürfnis einzelner Erben, ihre Erbschaftsrechte trotz mangelnder Zustimmung der Miterben durch eigene prozessuale Vorkehren zu schützen. Es besteht die Möglichkeit, daß die durch das Gesamthandsverhältnis zwischen den Erben geschaffene Erschwerung der Geltendmachung der Erbenposition nicht nur bei der Frage der Prozeßführungsbefugnis zu Härten geführt hat, die als unbillig empfunden werden. Uns ist jedoch aus der eigenen Erfahrung und den Publikationen der Gerichtsentscheide nur bekannt, daß die gesamthänderische Beschränkung der Prozeßführungsbefugnis Schwierigkeiten und eine bedauerliche Unsicherheit in der Rechtsprechung mit sich

¹⁾ Eugen Huber, Schweiz. Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements, Bern 1914, Bd. 1, S. 459.

²⁾ Erläuterungen S. 458 f.

³⁾ Diese Entscheidungen werden unten S. 81 ff. eingehender behandelt.

brachte. Die vorliegende Arbeit befaßt sich daher lediglich mit diesem praktisch bedeutsamen Problem. Andere Folgen der Verfügungsbeschränkung werden, um nicht zu weit ausholen zu müssen, nicht untersucht, obgleich sie theoretisch recht interessant sein mögen und vielleicht auch praktische Bedeutung erlangen können.

II.

Die Erbengemeinschaft im ZGB als Gesamthandsverhältnis.

Das gestellte Problem läßt sich ohne Verständnis für die Eigenart des die Erben verbindenden Gesamthandsverhältnisses nicht lösen. Die Abklärung dieser Vorfrage wird jedoch dadurch erschwert, daß das Wesen der Gesamthand an und für sich trotz den Bemühungen zahlreicher Autoren bis heute nicht eindeutig klar gelegt werden konnte. Die der Gesamthand eigene Zusammenfassung von Einheit des Rechts, Mehrheit der Zuständigkeit und Einheit der Verfügung läßt sich begriffsjuristisch kaum erfassen. Angesichts dieses unüberbrückbaren Widerspruchs von Einheit und Vielheit⁴⁾ bleibt uns nichts anderes übrig, als die Realität der Gesamthand unter Verzicht auf deren Erklärung anzuerkennen⁵⁾. Wir müssen

⁴⁾ Binder, J., Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Bd., Leipzig 1905, S. 10, schreibt, die verschiedentliche Auslegung der Gesamthand spiegle die vielen Versuche des deutschen Privatrechts wider, das Problem der Gesamthand zu konstruieren, das in nichts anderem bestehe, als Einheit und Vielheit miteinander zu verbinden. Vgl. dazu J. Kant, Kritik der reinen Vernunft, 2. Hauptstück, 2. Abschnitt, 2. Antinomie betr. Einheit und Vielheit.

⁵⁾ Binder, Die Rechtsstellung S. 13: „Der neueren Germanistik gilt es dagegen, die Formen der heimischen Rechtsbildung gegen die Macht der scharfumrissen römischen Begriffe zu verteidigen, ein Unternehmen, das nur dann Aussicht auf Erfolg hatte, wenn man das Objekt der Diskussion verschob und nicht über die Denkbarkeit, sondern über die Realität der Rechtsinstitute verhandelte.“ Guisan, F., La notion de Ge-

uns daher, da wir infolge des objektbedingten Versagens des Denkvermögens der besten Juristen nicht bis zum Kern des Gesamthandsverhältnisses vordringen können, mit dem Aufzählen seiner für das vorliegende Problem wesentlichsten Eigenschaften bescheiden. Von Bedeutung ist einmal, daß die Gesamthand nicht ein Rechtsinstitut, sondern ein Rechtsprinzip ist⁶). Für unser Recht bestätigt das Art. 653 ZGB. Dadurch wird die Gesamthand zu etwas Wechselndem und Elastischem, das die jeweilige rechtliche Ausgestaltungsform erst durch die Gemeinschaftsform erhält. Die Gemeinschaft zur gesamten Hand kann sich bald einer Körperschaft, bald einer rein individualistischen Gemeinschaft auf das äußerste annähern⁷); bleibend ist nur das Rechtsprinzip, mehreren Personen Eigentumsrechte an derselben Sache oder Rechten zu gewähren, ohne daß dem einzelnen Berechtigten die dem Eigentum normalerweise entsprechende Verfügungsmacht zugestanden wird⁸). Diese starke Bindung der Gesamthänder ergibt sich aus dem in der Regel vorhandenen personenrechtlichen Fundament der Gesamthandschaf-ten⁹). Sobald eine Personenverbindung besteht, deren

samte Hand ou de la conjonction appliquée à la société en nom collectif, Thèse Lausanne 1905, S. 99 sagt, das Vorhandensein der Gesamthand müsse anerkannt werden, gleich wie man es sich erklären wolle; S. 189 führt er aus, die dogmatische Formel der Gesamthand müsse noch gefunden werden.

⁶⁾ Heusler, A., Institutionen des deutschen Privatrechts, Leipzig 1885, S. 226; Courvoisier, De la propriété en main commune et de ses applications dans le projet du Code civil suisse, Thèse Neuchâtel 1904, S. 14 f.

⁷⁾ Gierke, O., Deutsches Privatrecht, Bd. 1 S. 669; Haab, Vorbemerkungen Art. 646—656 N. 12; Dübi, O., Die Gemeinschaften zur gesamten Hand im deutschen und schweizerischen Recht, Bern 1910, S. 90.

⁸⁾ Wieland, K., Handelsrecht, München und Leipzig, Bd. 1 S. 606, Anmerkung 20a.

⁹⁾ Gierke a. a. O. Bd. 2 S. 664: „Die Gemeinschaft zur gesamten Hand ist eine personenrechtliche Gemeinschaft, bei der die vorhandenen Personen insgesamt zur aktiven Mitträgerschaft

sämtliche Mitglieder einen gemeinsamen Zweck erreichen wollen, ist es selbstverständlich, daß das gemeinsame Vermögen nur diesem Ziel dienen darf, und Verfügungen der Mitglieder zur Befriedigung individueller Wünsche, die sich nicht mit dem Streben der Gesamtheit decken, unzulässig sind. Bei diesen Gemeinschaften, die aus dem Willen der Beteiligten heraus entstehen, — zu ihnen gehören die Gütergemeinschaft, die Gemeinderschaft, die einfache Gesellschaft, die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft — wirkt sich die geteilte Zuständigkeit der Vermögensrechte nicht störend aus, da dank der vorhandenen Zielstrebigkeit ein divergierender Verfügungs-wille fehlt. Darin liegt die Erklärung dafür, daß die Prozeßführungsbefugnis der einzelnen Gesamthänder nur bei der Erbengemeinschaft, nicht aber bei den andern Gesamthandsverhältnissen zu besonderen Schwierigkeiten führt. Die Erbengemeinschaft entsteht im Gegensatz zu den andern Gesamthandschaften nicht durch den Willen der Beteiligten, sondern von Gesetzes wegen ohne Rücksicht darauf, ob zwischen den Erben ein persönliches Band vorhanden ist oder nicht. Manchmal kennen die Erben einander überhaupt nicht. Die Gemeinschaft kann sogar ohne Wissen der Gemeinschafter bestehen, weil ein vermeintlicher Erbe die Erbschaftswerte besitzt, den rich-

zur Gemeinsphäre berufen sind. Hier kommt also die Personen-einheit in der Gesamtheit der Teilhaber zur rechtlichen Erschei-nung. Nach innen ist es ihr Gesamtwillen, der als einheitlicher Gemeinschaftswille herrscht. Nach außen ist es die Gesamtheit, die in einheitlicher Weise berechtigt und verpflichtet ist und han-delnd auftritt.“

Heusler a. a. O. S. 252: „Bei der Gemeinderschaft ist das momentane persönliche Interesse der Teilhaber und ihr darauf begründeter persönlicher Wille stets ausschlaggebend.“ Courvoisier a. a. O. S. 15: „La Communauté en main commune repose sur une union de personne qui constituent dans leur ensemble le sujet du droit qui leur appartienne en commun.“ (Ein Begriff, der sich stark der juristischen Person nähert.) Dazu auch Dübi a. a. O. Seite 14.

tigen Erben aber das Fehlen seiner Erbenqualität gar nicht bekannt ist. Dieser Mangel des gemeinschaftlichen Interesses und des Zusammengehörigkeitsgefühls kommt zwar auch bei den andern Gesamthandsverhältnissen vor; er hat aber dann, falls er nicht behoben werden kann, regelmäßig deren Auflösung zur Folge. Die Erbengemeinschaft ist somit schon bei ihrem Entstehen in den meisten Fällen in dem Zustand, der die andern Gesamthandschaften als auflösungsreif erkennen läßt. Sie wurde denn auch von Eugen Huber nur als Übergangsstadium betrachtet, als ein Gesamthandsverhältnis in Liquidation¹⁰⁾. Das Gesamthandsprinzip, welches, aus der Gemeinschaftsidee entstanden, dieser dienen soll, wird bei der Erbengemeinschaft seinem eigentlichen Zwecke entfremdet und hat den Schutz der individuellen Interessen eines jeden Erben gegen die Handlungen jedes andern zum Ziele¹¹⁾. So widerspruchsvoll es klingen mag, muß die Erbengemeinschaft als individualistisch bezeichnet werden. Das ist bei Anwendung des Art. 602 ZGB stets zu beachten. Ein Hinwegsetzen über die Regeln des gesamthänderischen Eigentums, das der Gesetzgeber mit guten Gründen den Erben an den Erbschaftssachen einräumte¹²⁾, ist selbstverständlich nicht angängig. Hingegen kann bei deren Anwendung dank

¹⁰⁾ E. Huber, *Betrachtungen über die Vereinheitlichung des Schweizerischen Erbrechts*, Basel 1895, S. 56: „Eine gesetzliche Gemeinschaft entsteht unter den Erben mit dem Eintritt der Erbschaft unter allen Umständen, sie besteht aber in der Regel nur, um liquidiert zu werden.“ Desgleichen Erläuterungen, Bd. 1 S. 460.

¹¹⁾ Siehe oben Anmerkung 1.

¹²⁾ Das französische Recht läßt die Erben das Erbschaftsvermögen zu Miteigentum besitzen, hat aber damit vielleicht noch größere Schwierigkeiten gefunden, als die Regelungen, welche sich für das Gesamthandsprinzip entschieden. Baumgartner, A., *La communauté héréditaire dans le procès civil*, Thèse Lausanne 1933, S. 20 ff.; Siess, G., *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, Paris 1922, S. 357, 363 ff., 489 ff.; Capitant, H., *L'indivision héréditaire*, Paris 1924, S. 23 und 98 f.

der Elastizität der Gesamthand stets darauf Bedacht genommen werden, daß die vom Gesetzgeber als schützenswert betrachteten Einzelinteressen Schutz finden und nicht durch Schikane oder Gedankenlosigkeit der Miterben unter Berufung auf das Gesamthandsprinzip erst recht verletzt werden.

III.

Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft bei der Erbengemeinschaft.

1. Die für uns aus der gesamthänderischen Berechtigung der Erben am Erbschaftsvermögen wichtige Folgerung ist die, daß die Erben bei der prozessualen Geltendmachung von zur ungeteilten Erbschaft gehörenden Rechten im Prinzip als Streitgenossen klagen müssen¹³⁾. Unbestritten ist die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft zwischen Gesamthändern bei Leistungsklagen; in bezug auf andere Klagen gehen die Ansichten auseinander. So verneinen z. B. Leuch und Matti¹⁴⁾ die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft für Gesamthänder bei Feststellungsklagen. Lux¹⁵⁾ entscheidet diese Frage nicht generell, sondern stellt auf das besondere Streitverhältnis ab. Diese Ansicht ist m. E. die richtige. Über-

¹³⁾ Rosenberg, L., Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Berlin 1927, S. 281, 282: „Die StrGsch. ist notwendig, wenn ‚das streitige Rechtsverhältnis nur einheitlich festgestellt werden kann‘.“ (Original Sperrdruck) S. 283; Lux, W., Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft, München 1906, S. 392; Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts I. Teil, Leipzig 1912, S. 331 f.; Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900, S. 198 ff.

¹⁴⁾ Leuch, G., Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, 2. Aufl., Kommentar, 1937, Art. 36 N. 2; Matti, Über die Streitgenossenschaft nach dem Gesetz betreffend die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918, Bern 1924, S. 41.

¹⁵⁾ Lux a. a. O. S. 79 ff.

all dort, wo durch eine Feststellungsklage die Rechtslage der nicht am Prozeß beteiligten Gesamthänder durch ein für sie verbindliches, rechtskräftiges Urteil berührt wird, müssen die Gesamthänder als Streitgenossen klagen oder eingeklagt werden. Das Bundesgericht scheint dieselbe Auffassung zu vertreten. In BGE 58 II 195 ff. wird für die Widerspruchsklage nach SchKG Art. 107, die eine Feststellungsklage ist, sofern der Streit zu einem Gesamthandsvermögen gehörende Werte betrifft, die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft prinzipiell verlangt. Auf demselben Standpunkt steht auch Escher¹⁶⁾). Eine besondere Behandlung der Feststellungsklagen neben den Leistungsklagen erübrigt sich daher; dasselbe gilt für Gestaltungsklagen.

2. An der Notwendigkeit der Streitgenossenschaft zwischen den Miterben bei Geltendmachung von zur ungeteilten Erbschaft gehörenden Ansprüchen hat das Bundesgericht bis anhin im Prinzip festgehalten¹⁷⁾). Auch die Kommentatoren des ZGB billigen diese Praxis¹⁸⁾). Die innere Verschiedenheit der Erbengemeinschaft von den andern Gesamthandschaften schuf jedoch des öfters Tatbestände, deren Beurteilung beim rücksichtslosen Festhalten an dieser Rechtsprechung zu Härten, ja geradezu zu Ungerechtigkeiten führen mußte. Die schweizerischen Gerichte und Juristen haben deshalb verschiedentlich nach Mitteln und Wegen gesucht, um besonders gelagerten Fällen gerecht zu werden. Auch das Bundesgericht konnte sich dieser Notwendigkeit nicht verschließen. Die von ihm getroffenen Lösungen sind jedoch rein kasuistisch und erlauben keine allgemeinen Schlußfolgerungen.

¹⁶⁾ Escher, Kommentar zum Erbrecht, Art. 602 N. 58.

¹⁷⁾ BGE 41 I 81 f.; 41 III 248; 41 III 426; 50 II 221; 52 II 195; 54 II 112, 200 f., 243.

¹⁸⁾ Tuor, Kommentar zum Erbrecht, Art. 598 N. 10, Art. 602 N. 32, 33, Anhang Art. 602 N. 32; Escher, Kommentar, Art. 602 N. 58 ff.; derselben Ansicht Leuch, Erbschaftsklage des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Diss. Bern 1912, S. 15.

a) Einen recht gangbaren Weg zeigt m. E. das Bundesgericht in den Entscheiden 48 II 308 ff. und 51 II 267 ff. Im letztern Urteil wird insbesondere ausgeführt, daß bei Verzicht eines Erben auf seinen Anspruch die andern allein prozeßführungsberechtigt sind. Ein solcher Verzicht kann ausdrücklich, oder wie aus dem Hinweis auf BGE 48 II 311 f. zu entnehmen ist, auch durch konkludente Handlungen erfolgen. Auf diese Lösung ist unten eingehend zurückzukommen.

b) Eine Durchbrechung des Prinzips der Notwendigkeit der Streitgenossenschaft mit den Miterben soll nach Ansicht Baumgartners¹⁹⁾ auch der Entscheid 54 II 243 ff. enthalten. Wie unten näher dargelegt wird, handelt es sich jedoch bei diesem Urteil um eine unrichtige Gleichsetzung von Streitigkeiten zwischen Erben und solchen von Erben mit Dritten²⁰⁾.

c) Viel beachtet wurde das Urteil i. S. Bernet und Kons. gegen Landwirtschaftlichen Verein Sumiswald, BGE 58 II 195 ff. Der Entscheid weist darauf hin, daß die Praxis, wonach Klageerhebung der Gemeinschaft vorbehalten sei, eine weitere Einschränkung erleiden müsse, vor allem dort, wo ein Erbenvertreter wegen der kurzen Frist nicht bestellt werden könne. Nach Darlegung der verschiedenen Schwierigkeiten wird folgendes ausgeführt: „Demgegenüber genügt es nicht, daß der einzelne Erbe inzwischen wie jeder Dritte als Geschäftsführer ohne Auftrag für die Gemeinschaft handeln kann; denn gerade die Prozeßführung durch einen Geschäftsführer ohne Auftrag kann praktisch Schwierigkeiten machen. Vielmehr muß dem einzelnen Erben das Recht zuerkannt werden, in allen dringenden Fällen zur Wahrung der Interessen der Erbengemeinschaft und unter Verantwortlichkeit dieser gegenüber als ihr Vertreter zu handeln und insbesondere

¹⁹⁾ Baumgartner a. a. O. S. 112.

²⁰⁾ Derselbe Irrtum findet sich in BGE 54 II 112. Auch Leuch, Kommentar, Art. 36 N. 2, begeht die gleiche Verwechslung.

auch in ihrem Namen zu klagen. Als dringlich sind dabei die Fälle zu erachten, wo es gilt, eine kurze Frist zu wahren oder sonst drohenden Schaden durch rasches Handeln von der Erbengemeinschaft abzuwenden. Bestehen bleiben die Befugnisse so lange, als die Sache dringlich ist. Vom Zeitpunkt an, wo die Dringlichkeit aufhört, entfällt seine gesetzliche Vollmacht, es müssen entweder alle Erben gemeinsam auftreten, oder es hat an Stelle des bisherigen gesetzlichen, ein, sei es von der Gemeinschaft oder von der Behörde, eingesetzter Vertreter zu handeln.“

Dieser Entscheid zeigt, wie sehr unser oberster Gerichtshof von der Ungenüglichkeit der von den Gerichten bisher mehrheitlich anerkannten Regelung betr. die Aktivlegitimation der Erben und die Notwendigkeit ihrer Streitgenossenschaft überzeugt ist. Das Suchen nach einer neuen Rechtsprechung und die praktische Lösung im speziellen Falle sind zu begrüßen. Hingegen scheint die Begründung nicht recht überzeugend und liefert auch keinen Schlüssel zur allgemeinen Lösung des Problems.

aa) Vorerst ist nicht einzusehen, weshalb in einem solchen Falle der Dringlichkeit nicht auch ein Erbe als Geschäftsführer ohne Auftrag für alle handeln und klagen kann. Solange die andern Erben überhaupt keine Gelegenheit haben, sich über ihr Einverständnis klar zu werden, scheint dieser Weg ohne weiteres möglich. Er wird erst dann ungangbar, wenn die andern Erben mit der Prozeßführung nicht einverstanden sind. In diesem Falle stellt sich wiederum das eingangs erwähnte Problem.

bb) Eng verwandt mit der Geschäftsführung ohne Auftrag ist die auf Gesetz beruhende Vertretung, die das Bundesgericht gestützt auf Art. 602 Abs. 2 ZGB im Rahmen der für die Erbengemeinschaft bestehenden Notwendigkeit den einzelnen Erben gewähren will. Dieser den einzelnen Erben zuerkannten Ermächtigung ist ohne weiteres zuzustimmen.

cc) Baumgartner²¹⁾ kritisiert diesen Entscheid scharf. Zuerst hebt er hervor, durch ihn sei die Rechtsprechung nicht geändert. Auch vorher schon habe jeder Erbe im Namen der übrigen Klage erheben können, sofern er die Berechtigung dazu dargetan habe. Das hätte er durch die Beschaffung der notwendigen Vollmachten tun können. Baumgartner wirft dem Bundesgericht vor, nur ein schon bestehendes Recht zu bestätigen. Mehr konnte der oberste Gerichtshof wohl nicht tun, Rechtsschöpfung ist nicht seine Sache, sondern nur Rechtsanwendung. Hingegen gab der Entscheid entgegen der Ansicht Baumgartners mit der ausdrücklichen Anerkennung des aus dem Gesetze abgeleiteten Vertretungsrechtes für analoge Fälle Wegleitung. Ferner scheint Baumgartner die Anerkennung eines Vertretungsrechtes bei Einleitung des Prozesses und Verweigerung desselben zur Fortführung des Verfahrens ohne besondere Erwähnung im Gesetz unrichtig. Diese Ansicht ist irrig. Sowohl aus der Geschäftsführung ohne Auftrag als auch der gesetzlichen Vertretung nach Art. 602 Abs. 2 ZGB ergibt sich, daß diese Art Vertretung nur so lange zulässig ist, bis diejenigen, deren Interessenwahrung besorgt wurde, selber zur Stellungnahme in der Lage sind.

dd) Die vom Bundesgericht gefundene Lösung ist jedoch für einen Erben, der sich ihrer bedienen möchte, unter Umständen nicht anwendbar oder sogar sehr gefährlich. Ist den Miterben der Fristenlauf bekannt, sind sie aber mit der Klageerhebung nicht einverstanden, gibt es selbstverständlich weder Geschäftsführung ohne Auftrag noch gesetzliche Vertretung. Beide Arten setzen die Vermutung des Einverständnisses der Vertretenen voraus. Hat nun ein Erbe, weil den Miterben die Stellungnahme zum Problem vor Ablauf der Frist nicht möglich war, den Klageweg beschritten, so kann sich für ihn eine sehr unglückliche Situation ergeben, wenn sich die Miterben nach Einleitung des Prozesses weigern, an demselben teil-

²¹⁾ Baumgartner a. a. O. S. 133 ff.

zunehmen. Zur alleinigen Weiterführung fehlt ihm die Aktivlegitimation. Ein Erbenvertreter kann nicht bestellt werden, und den Prozeß kann er nachträglich nicht mehr auf eine andere Basis stellen. Auf diese Weise kann er an der Geltendmachung von Erbschaftsrechten verhindert werden. Sogar ein einzelner Erbe kann mehrere Miterben derart um ihr Recht bringen. Es handelt sich dabei nicht etwa nur um theoretische Beispiele; solche Fälle von Querköpfigkeit und Besserwissenwollen sind nicht selten. Oft mag auch die Weigerung, die Prozeßführung zu genehmigen, am Platze sein, weil der Erbe das Risiko nicht auf sich nehmen will oder kann. Die rein zufällige Gemeinschaft rechtfertigt es jedoch nicht, denjenigen Erben, die an das Obsiegen ihres Rechtes glauben, die prozessuale Verfolgung ihrer Ansprüche zu verunmöglichen.

Die bisherige bundesgerichtliche Praxis hat somit noch keine Lösung des hier gestellten Problems gebracht.

IV.

Die Aktivlegitimation einzelner Erben zur Geltendmachung von Ansprüchen, die zur ungeteilten Erbschaft gehören, falls das Begehr auf Leistung an alle Miterben lautet.

1. Das hier behandelte Problem hatte auch bei der Schaffung des BGB reichlichen Diskussionsstoff gegeben. Die im deutschen Recht gefundene Lösung hat in § 2039 BGB ihren Niederschlag gefunden. Sie soll hier kurz behandelt werden, weil sie mehrere Autoren auch in unserm Recht zur Anwendung bringen möchten, wie unten auszuführen ist. Vor allem muß geprüft werden, ob nach der Ansicht der deutschen Juristen die Regelung nur auf Gesetz beruhe oder aus dem Wesen der Erbengemeinschaft als Gesamthandsverhältnis abgeleitet werden könne. § 2039 BGB lautet folgendermaßen: „Gehört ein Anspruch zum Nachlasse, so kann der Verpflichtete nur

an alle Erben gemeinschaftlich leisten, und jeder Miterbe nur die Leistung an alle Erben fordern. Jeder Miterbe kann verlangen, daß der Verpflichtete die zu leistende Sache für alle Erben hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellen- den Verwahrer abliefer.“ Damit war nicht ein neuer Weg gefunden, sondern nur die von den preußischen Ge- richten bei Anwendung des preußischen Rechts (ALR). eingeschlagene Praxis gesetzlich verankert worden²²⁾. Dieses Klagerecht des einzelnen Erben wird in der deut- schen Literatur im Gegensatz zur Klagebefugnis aller Gesamthänder als Individualrecht bezeichnet. Der Ausdruck wird auch hier als charakteristisch verwendet. Die Notwendigkeit der Einführung dieses Individual- rechts wird von allen deutschen Autoren anerkannt. Dernburg schreibt:²³⁾ „Es scheint folgerecht, daß nur die Gesamtheit der Erben befugt sei, die Rechte des Nach- lasses gerichtlich geltend zu machen. Doch wäre dies wenig praktisch, die einzelnen Erben könnten schwer geschädigt werden, wenn ein einzelner Miterbe aus Gleich- gültigkeit, Eigensinn oder etwa vom Schuldner bestochen sich der Beteiligung an der Geltendmachung gemein- schaftlicher Rechte weigern könnte. Möchte dann auch eine Klage gegen den widerstrebenden Genossen auf Mit- wirkung zu den gerichtlichen Schritten zu begründen sein, so wäre doch ein solcher Umweg weitläufig, unter Umständen nicht gangbar.“ Dernburg spricht sich hier, wie die meisten Autoren, die sich mit § 2039 BGB beschäf- tigen, nicht darüber aus, ob seiner Ansicht nach dieses Individualrecht mit dem Wesen der Gesamthand ver- einbar sei oder ihm widerspreche. Er scheint jedoch der letztern Auffassung zuzuneigen, wie aus dem oben an-

²²⁾ Lux a. a. O. S. 21; Dernburg, H., Deutsches Erbrecht, Halle 1915, S. 502; Kretzschmar, F., Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1913, S. 598; Engländer, K., Die regel- mäßige Rechtsgemeinschaft, Berlin 1914, S. 166.

²³⁾ Dernburg a. a. O. S. 502.

gefährten Zitat hervorgeht. Klar und präzis lehnt Lux die Ableitung des Individualrechts aus dem Wesen der Gesamthand ab²⁴⁾: „An den einzelnen Vermögensobjekten hat der Gesamthänder keinerlei selbständiges Recht. Und die Gesetze geben immer nur zur Durchführung der eigenen Rechte die Mittel. Das „Individual(klage)recht“ steht zu dem Grundsatz der Gesamthand im schärfsten Gegensatz; es ist gegen das Gesetz geschaffen. Ohne diese Erkenntnis ist es nicht möglich, den Begriff der „gesamten Hand“ überhaupt zu verstehen.“ Auch Binder²⁵⁾ ist gegen die Ableitung des Individualrechts aus der Gesamthand und bezeichnet als seinen Ursprung nur das Gesetz. Die entgegengesetzte Auffassung vertritt Engländer²⁶⁾. Nicht mit Unrecht mißtraut er der Überzeugungskraft seiner Argumentation und findet es nötig, in einer Anmer-

²⁴⁾ Lux a. a. O. S. 22.

²⁵⁾ Binder, Die Rechtsstellung, S. 50 f., 73. S. 77, Anmerkung 67, spricht Binder von der abnormen Gestaltung der Prozeßführung in § 2039.

²⁶⁾ Engländer S. 165/173. S. 167 f. schreibt er: „... so ergibt sich doch eben als die unserm Gesetz zugrunde liegende Auffassung, daß dieser dem einzelnen Teilhaber zur Verfügung gestellte ‚ganze‘ Anspruch nicht aus einem imaginären, durch die gedachte Zusammenlegung mehrerer Einzelrechte oder (selbständiger) Teilrechte ausgefüllten rechtlichen Machtkreise abzuleiten ist, sondern aus einem in Wahrheit vorhandenen, rechtlich geschlossenen (wenn auch in sich gegliederten) Machtkreise, aus einem (nämlich gemeinschaftlichen) subjektiven Recht, innerhalb dessen der einzelne Teilhaber zwar einen (insbesondere gegenstandsrechtlichen) Anteil hat, der gegenüber Dritten wirksam ist, aber nicht einen Anteil im Sinne eines gewöhnlichen, für sich bestehenden Einzelrechtes. Jenes Geltendmachungsrecht des einzelnen Teilhabers, jene Reaktion, bzw. Angriffswirkung des ganzen (gemeinschaftlichen) Rechts zugunsten jedes einzelnen Mitberechtigten ist also nicht, wie es bei einer Auffassung der Teilrechte oder Einzelrechte als für sich bestehender, nach Art einzelnzuständiger Rechte zustehender Rechtspositionen scheinen muß, eine auffallende Anomalie, sondern ist durchaus im Wesen des gemeinschaftlichen Rechts selbst begründet, so wie es im Rahmen unseres positiven Rechtes sich darstellt.“

kung eine weitere Erklärung zu geben²⁷⁾. Seine Ausführungen beweisen, daß auch mit den gewundensten Konstruktionen die Ableitung des Individualrechts aus dem Wesen der Gesamthand nicht erklärt werden kann. Aus seiner Begründung geht klar hervor, daß auch er kein isoliertes subjektives Recht des Mitberechtigten zur Geltendmachung gemeinschaftlicher Rechte aus dem Anteilsrecht ableiten will. Er möchte die Befugnis gestützt auf ein „Reflexrecht“ gewähren. Nun liegt es gerade im Charakter dieser sog. Rechte, den an ihnen Teilhabenden keine eigene Willensmacht zu verleihen; sie verschaffen ihnen nur den Genuß eines bestehenden, für sie günstigen Zustandes, ohne ihnen auch die Mittel zur Erzwingung der Weiterdauer desselben an die Hand zu geben²⁸⁾.

2. Für das schweizerische Recht sind die Ansichten bezüglich Existenz des Individualrechts verschieden. In BGE 48 II 212 hat das Bundesgericht in diesem Zusammen-

²⁷⁾ Engländer a. a. O. Anmerkung 314: „Ob man dieses Geltendmachungsrecht (bei einer die Rechtsanteile isolierenden Betrachtung) insofern als lediglich ‚formellrechtlicher‘ Natur bezeichnen könnte, als es sich sicherlich mit dem Inhalt der dem einzelnen Teilhaber für sich zustehenden Rechtsmacht nicht deckt — denn im einzelnen Anteilsrecht selbst liegt eben nicht die ganze vindikatorische (usw.) Befugnis —, bleibt für uns ohne Bedeutung; gerade weil der einzelne (gegenständliche) Rechtsanteil für uns Bestandteil der ganzen Zuständigkeitsform ist, können wir jenes Geltendmachungsrecht, obwohl es über den rechtlichen Inhalt eines einzelnen Rechtsanteils (für sich genommen) hinausgeht, dennoch als materiellrechtlichen Reflex des ganzen gemeinschaftlichen Rechts auch in den einzelnen gegenstandsrechtlichen Anteil verlegen. Gegenüber Dritten wirkt eben sowohl die gegenstandsrechtliche Natur des einzelnen Anteils als auch der Zusammenhang der Rechtsanteile, die Geschlossenheit und spezifische Gliederung des gemeinsamen Rechtskreises.“

²⁸⁾ Der Ausdruck Reflexrecht ist vor allem ein verwaltungsrechtlicher Begriff, der im Gegensatz zum subjektiven öffentlichen Recht steht. Dann wird auch von der Reflexwirkung des Urteils gesprochen, wenn durch dasselbe für Nichtparteien eine günstige Rechtslage geschaffen wird, vgl. dazu Hellwig, System S. 802; Rosenberg a. a. O. S. 477.

hang auf BGB § 2039 verwiesen. Eine ausführliche Behandlung des Problems unterblieb jedoch, da es für die Entscheidung des zu beurteilenden Falles ohne Bedeutung war. In BGE 50 II 221 wurde dann ein der Befugnis des § 2039 entsprechendes Recht des Erben verneint: „Ebenso wenig kann die bei der Schaffung des deutschen BGB zutage getretene und vom deutschen Reichsgericht (in Juristische Wochenschrift, 1905 S. 147) gebilligte Auffassung, daß sich eine solche Befugnis aus dem Wesen des Gesamthandsverhältnisses ergebe, als richtig anerkannt werden, weil die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse für die verschiedenen Arten der Gesamthandsverhältnisse vom Gesetz ganz verschieden geordnet worden sind.“ Diese Auffassung hat das Bundesgericht bis heute nicht geändert. Sie wird jedoch von verschiedenen Juristen nicht geteilt. Matti schreibt²⁹⁾: „Ebenso liegt keine der Gesamthand widersprechende Verfügung vor, wenn ein einzelner, wie bei Eigentum an unteilbarer Sache (Art. 70 OR) die Leistung an alle gemeinschaftlich einklagt.“ Ähnlich äußert sich Leuch³⁰⁾. Seiner Ansicht nach ist die Geltendmachung des Individualrechts keine Verfügung, wenigstens keine solche, die dem Wesen der Gesamthand widerspricht. Am eifrigsten setzt sich Baumgartner im Gegensatz zu den bei der Behandlung der Gesamthand von ihm gewonnenen Erkenntnis für die Anerkennung des Individualrechts im schweizerischen Recht ein. Er betrachtet jeden Gesamthänder als Eigentümer des Ganzen, wobei jedoch dieses Recht durch die gleichen Rechte der übrigen Gesamthänder eingeschränkt ist³¹⁾, und verneint folgerichtig die Verfügungsbefugnis eines

²⁹⁾ Matti a. a. O. S. 41.

³⁰⁾ Leuch, in ZBJV. Bd. 54 S. 439 und Kommentar Art. 36 N. 2. Die Ableitung des Individualrechtes aus Art. 70 OR verwirkt Escher, Kommentar Art. 602 N. 60.

³¹⁾ Baumgartner a. a. O. S. 39. Diese Theorie wird von Haab, Vorbemerkungen zu Art. 646 bis 654, als für das ZGB unzutreffend abgelehnt.

einzelnen Erben über Erbschaftsrechte. In Übereinstimmung mit der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts bezeichnet er die prozessuale Geltendmachung eines Rechts als Verfügung über dasselbe³²⁾). Merkwürdigerweise kümmert sich jedoch Baumgartner dort, wo er an die Lösung des Problems herantritt, nicht um die gewonnenen Erkenntnisse. Den Weg sucht er nicht durch Ableitung einer Regelung aus dem Wesen der Gesamthand zu finden; den Schlüssel zu des Rätsels Lösung scheint ihm eine positive Gesetzesbestimmung, nämlich Art. 70 OR zu bieten³³⁾). Baumgartner weist den Einwand zurück, Art. 70 OR beziehe sich nur auf die materiell unteilbaren Leistungen. Er beruft sich darauf, daß der gesamthändische Anspruch im Moment, da er klageweise geltend gemacht werde, rechtlich unteilbar sei. Seine Argumentation hält jedoch einer näheren Prüfung nicht stand. Die Unteilbarkeit im Sinne von OR Art. 70 ist eine Eigenschaft des Inhaltes oder Objekts der Leistung. Die Teil- oder Unteilbarkeit der Leistung bleibt davon unberührt, ob die Leistung von einem oder mehreren Subjekten anbegeht werden kann. Eine Forderung bleibt teilbar, auch wenn sie Gesamthändern zusteht; ein Pferd hingegen wird nicht teilbar, weil mehrere an ihm selbständige Quotenrechte haben. Wenn Baumgartner aus der gemeinsamen Zuständigkeit des Rechts auf die Unteilbarkeit der Leistung schließt, so verwechselt er die momentane Eigenschaft des Ungeteiltseins mit der einem Gegenstand für immer inhärierenden Unteilbarkeit³⁴⁾). Art. 70

³²⁾ Baumgartner a. a. O. S. 40.

³³⁾ Baumgartner a. a. O. S. 170 ff.

³⁴⁾ Die Gleichsetzung von § 432 BGB, der sich vollkommen mit Art. 70 Abs. 2 deckt, verwirft auch Engländer S. 173 Anmerkung 328: „Vielmehr besteht zwischen den beiden Rechtsfiguren, die einerseits der § 432, anderseits der § 2039 im Sinne hat, ein wesentlicher Unterschied, der durch die Kennzeichnung der Rechtszuständigkeit im einen und andern Falle sofort klar hervortritt: im ersten Falle haben wir mehrere ganze, selbständige und nur in demselben Ziel (derselben Leistung) zusammen-

OR ist dort anwendbar, wo an einem unteilbaren Objekte mehreren Personen gleiche, selbständige Rechte zustehen, über die sie allein verfügen können. Einem Kläger, der trotz dieser Situation die Erbringung der Leistung an sich anbegeht, wird denn auch nicht die Einrede der Notwendigkeit der Streitgenossen entgegengehalten, sondern diejenige der Plurispetitio; er wird nicht deshalb abgewiesen, weil er an der Leistung kein selbständiges Recht hat, also nur mit den Mitberechtigten zusammen klagen kann, sondern weil er infolge der Unteilbarkeit des Objektes nebst seinem Recht noch Rechte der andern geltend macht, somit mehr verlangt als ihm zukommt³⁵⁾. Die treffende einzelnzuständige (bzw. je eigener Zuständigkeitsform teilhaftige) Forderungsrechte auf (dieselbe) unteilbare Leistung, im zweiten Falle hingegen lediglich eine mehrheitlich zuständige gesamthänderisch gemeinschaftliche Forderung (mit Rechtsanteilen der Forderungsgemeinschafter), die ebensowohl auf eine teilbare, wie auf eine unteilbare Leistung gehen kann, und die insbesondere, sofern die Leistung an sich teilbar ist, nicht deshalb zu einer Forderung auf ‚unteilbare‘ Leistung wird, weil für die Erfüllung § 2039 gilt. Es ist nicht wohl zu bezweifeln, daß in die Lehre von den unteilbaren Forderungen (und damit unter den § 432) nur die Fälle gehören, bei denen die Teilung mit Rücksicht auf den Inhalt der Leistung ausgeschlossen ist.“ (Original zum Teil Sperrdruck.) Derselben Ansicht ist Lux S. 39 f., desgl. Gierke a. a. O. Bd. 3 S. 844, Anmerkung 66. Hingegen wird in RGE. 86 S. 68 die Ableitung des Individualrechts aus § 432 als möglich bezeichnet, da die Gesamthand eine rechtliche Unteilbarkeit der Leistung bewirke. Auch hier wird die Unteilbarkeit mit der Ungeteiltheit verwechselt. Der Schuldner kann die Leistung teilen, z. B. jedem Erben einen Teil leisten. Hat auf diese Weise jeder Erbe einen seinem Liquidationsanspruch entsprechenden Teil erhalten, wird dem Schuldner daraus keine Unannehmlichkeit erwachsen, er hat die Leistung erbracht, wenn auch geteilt. Kommt infolge unbefugter Teilung seitens des Schuldners ein Erbe zu kurz, so hat der Schuldner nur für den irre gegangenen Teil Ersatz zu leisten. Damit ist die Teilbarkeit der Leistung bewiesen. Eine rechtliche Unteilbarkeit besteht somit nicht, sie ist immer nur sachlicher Natur.

³⁵⁾ Vgl. Lux a. a. O. S. 6, 27 und 37; unrichtig Schönenberger, Kommentar Art. 70 N. 4, der dem Schuldner die exceptio litis consortium statt pluris petitionis gewährt.

Berufung Baumgartners auf BGE 44 II 44 geht ebenfalls fehl. Dort handelt es sich nicht um ein Gesamthandsverhältnis, sondern um Solidargläubigerschaft; wenigstens liegt letztere Annahme der Theorie Wielands, auf welcher sich der Entscheid aufbaut, zugrunde³⁶⁾.

Aus dem eidgenössischen Gesetzesrecht kann somit das Individualrecht nicht abgeleitet werden. Engländer³⁷⁾ wirft die Frage auf, ob es nicht eventuell durch kantonale Gesetzesbestimmungen anerkannt sei. Er verweist auf Luzerner ZPO § 58 Abs. 2 (meint aber damit offensichtlich § 57 Abs. 2) und Zürcher ZPO §§ 37 Abs. 2 und 39. Diese Gesetze wollten und konnten jedoch Bundesrecht nie ändern. Sie sind nur dort anwendbar, wo eine geteilte Mitberechtigung vorhanden ist. Eine Auslegung dieser Gesetzesstellen in der Richtung, die Engländer als möglich angibt, hat nicht stattgefunden³⁸⁾. Überdies könnten prozessuale Bestimmungen die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft unter den Miterben nicht aufheben, da die Frage ihres Bestandes nicht prozessualer Natur ist, sondern vom materiellen Recht beantwortet wird³⁹⁾.

3. Die nicht ausdrückliche Anerkennung des Individualrechts in der schweizerischen Gesetzgebung schließt jedoch die Möglichkeit der Existenz desselben für unser Recht nicht aus. Es muß noch geprüft werden, ob daselbe eventuell aus dem Wesen der Erbengemeinschaft abgeleitet werden könne. M. E. steht jedoch das Individualrecht zur heute geltenden gesetzlichen Ausgestaltung der Erbengemeinschaft in Widerspruch. Es läßt sich nicht mit dem Prinzip der ungeteilten Zuständigkeit der Rechte an den Erbschaftswerten, der daraus sich ergebenden

³⁶⁾ Wieland, Handelsrecht Bd. 2 S. 138, scheint sich über die Konstruktion selbst nicht ganz klar zu sein.

³⁷⁾ Engländer a. a. O. S. 170, Anmerkung 321, und S. 177 Anmerkung 328.

³⁸⁾ Sträuli und Hauser, Zürcherische Rechtspflegegesetze, II. Gesetz betr. den Zivilprozeß, 2. Aufl., Zürich 1937, § 37 N. 2.

³⁹⁾ Matti a. a. O. S. 39 und 41.

Verfügungs- und Verwaltungsgemeinschaft vereinbaren. Wenn ein Erbe einen Erbschaftsanspruch mit dem Begehr um Leistung zu Handen aller Erben geltend macht, nimmt er praktisch eine Verfügungshandlung vor⁴⁰⁾), trotzdem ein verlorener Prozeß die Ansprüche der übrigen nicht zum Untergehen bringen würde, da sie nicht Prozeßparteien sind, die Rechtskraft des Urteils sich somit nicht auf sie erstreckt⁴¹⁾). Nach von Tuhr⁴²⁾ ist Verfügung jedes Rechtsgeschäft, durch welches ein Recht oder ein Rechtsverhältnis unmittelbar getroffen wird: durch Veräußerung, Belastung, Änderung oder Verzicht. Die Geltendmachung der im obsiegenden Urteil zugesprochenen Leistung zu Handen aller Erben seitens eines einzelnen Erben bringt den gemeinsamen Anspruch durch Erfüllung zum Untergehen. Der Erbe verfügt somit im Sinne obiger Definition über ein Erbschaftsrecht⁴³⁾. Nun schreibt jedoch von Tuhr an selber Stelle: „Jede Verfügung ist eine Minderung der Aktiva des Vermögens.“ Damit wird der Begriff der Verfügung eingeschränkt. Diese enge Interpretation entspricht jedoch m. E. kaum dem Sinne des Art. 602 Abs. 2 ZGB. Dort sollte wohl zum Ausdruck gebracht werden, daß alle wichtigen, die

⁴⁰⁾ Ob auch im streng rechtlichen Sinne, ist umstritten. BGE 41 II 21 bezeichnet die prozessuale Geltendmachung eines Erbschaftsrechts als Verfügung, desgl. ZBJV. 1916 S. 406. Lux, S. 35, sagt hingegen: „... auf der andern Seite ist allerdings Prozeßführung bestimmungsgemäß niemals Verfügung. Aber eine Reihe gewichtiger Gründe spricht dafür, die Sachlegitimation im allgemeinen dem Verfügungsrecht parallel gehen zu lassen.“ (Z. T. Sperrdruck.) Desgleichen Hellwig, System S. 162; vgl. dazu Baumgartner S. 40 f., 63.

⁴¹⁾ Baumgartner a. a. O. S. 51 f.; Hellwig, Anspruch, S. 206; Kreß, H., Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1903, S. 74.

⁴²⁾ von Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechtes, 2. Bd., Tübingen 1924/25, S. 171.

⁴³⁾ Hellwig, Anspruch, S. 213: „Die Einziehung, richtiger: die mit der Empfangnahme verbundene Aufgabe der Forderung ist eine Verfügung des Gläubigers.“

Erbschaftsrechte berührenden Beschlüsse von der Gesamtheit der Erben ausgehen müssen. Die prozessuale Geltendmachung eines Rechts dürfte eine äußerst wichtige Handlung sein, auch wenn mangels Rechtskrafterstreckung des Urteils für die übrigen Erben bei Abweisung der Klage keine Schädigung zu befürchten ist. Es besteht überdies auch die Möglichkeit, daß die Miterben gerade beim Durchdringen der Klage eine finanzielle Einbuße erleiden, so wenn Gründe vorliegen, die es ratsam erscheinen lassen, die Erfüllung der Forderung erst später zu verlangen. Zudem können die Miterben auch andere Motive als nur solche materieller Natur haben, um die Einklagung eines Dritten vermeiden zu wollen. Bei Opposition der Miterben wird der einzelne daher nicht ohne sich um ihren Willen zu kümmern den Prozeß einleiten dürfen⁴⁵⁾.

4. Aus dem heute geltenden schweizerischen Gesetzesrecht kann daher m. E. entgegen der Ansicht von Leuch und Baumgartner das Individualrecht nicht abgeleitet werden. Übrigens möchte auch letzterer das Individualrecht nicht ohne weiteres so einführen, wie es sich in § 2039 BGB vorfindet; dies wegen der Möglichkeit, daß jeder der Erben gegen den Erbschaftsschuldner getrennt vorgehen kann, welcher sich dadurch unter Umständen mehreren Prozessen ausgesetzt sieht⁴⁶⁾. Dieses Bedenken scheint jedoch mehr theoretischer als praktischer Natur zu sein. Im allgemeinen werden die Miterben abwarten, bis der hängige Prozeß erledigt ist, und sich nach dessen Ausgang richten. Eine schikanöse mehrfache Einklagung ist wegen der Kostspieligkeit für die Beteiligten kaum zu fürchten. Das war auch die Ansicht der Expertenkommission bei Schaffung des BGB⁴⁷⁾. Hingegen scheint die

⁴⁴⁾ Siehe oben Anm. 40.

⁴⁵⁾ Baumgartner a. a. O. S. 63 verneint das Vorliegen einer Verfügung oder verfügbungsähnlichen Handlung bei der Geltendmachung des Individualrechts, da die Nichterstreckung der Rechtskraft des Urteils auf die Miterben eine solche ausschließe.

⁴⁶⁾ Baumgartner a. a. O. S. 58 ff.

⁴⁷⁾ Baumgartner a. a. O. S. 58.

Überbindung des Prozeßrisikos auf den klagenden Erben allein ungerecht, da am Erfolg alle übrigen ebenfalls partizipieren. Es ist nicht einzusehen, weshalb den Miterben mühe- und risikolos Früchte in den Schoß fallen sollen, zu deren Erlangung sie keinen Finger rühren. Das Individualrecht könnte dazu führen, daß gerade bei risikierten Prozessen jeder Erbe dem andern die Klägerrolle zuzuschieben versucht. Baumgartner möchte diesen eventuellen Begleiterscheinungen des Individualrechts auf zivilprozessualem Wege begegnen⁴⁸⁾. Er beruft sich auf die Auslegung, die das waadtländische Kantonsgericht dem Art. 282 C. p. c. v. gegeben hat. Diese Bestimmung soll nach Ansicht Baumgartners gemäß der erwähnten Rechtsprechung (eine Überprüfung habe ich nicht vorgenommen) die Mittel geben, um auf Begehren des Klägers oder Beklagten Dritte zur Teilnahme am Prozeß zu zwingen. Es handelt sich um ein der Beiladung, §§ 666 und 856 DZPO, analoges Institut. Baumgartner sieht folgende Möglichkeiten:

1. Die Miterben schließen sich als Kläger an.
2. Sie verzichten darauf, an dem Prozeß teilzunehmen, ohne ihr Recht aufzugeben. In einem solchen Falle läßt Baumgartner die Vertretung durch den klagenden Erben Platz greifen. Das könnte jedoch nur dann geschehen, wenn der Richter an die Nichtbeachtung der Beiladung diese Folge knüpfen würde. Dazu müßte er aber vom Gesetz ermächtigt sein.
3. Die Erben verzichten auf jedes Recht am streitigen Anspruch. Bei diesem Verhalten gibt Baumgartner dem klagenden Erben das Recht, den Prozeß in seinem Namen und zu seinem alleinigen Nutzen zu Ende zu führen. Da aber das Klagebegehren auf Leistung an alle lautet und auf der Tatsache der Erbengemeinschaft aufgebaut ist, würde m. E. eine Änderung des Klagefundaments vorliegen⁴⁹⁾.

⁴⁸⁾ Baumgartner a. a. O. S. 175.

⁴⁹⁾ Vgl. Hellwig, System, S. 376; Rosenberg a. a. O. S. 244 f.

4. Die Erben weigern sich, am Prozeß teilzunehmen:
a) Sie erachten die Klage als unnütz; zur Abwendung dieser Schwierigkeit soll ein Erbschaftsvertreter ernannt werden. Damit sind wir wieder zum Ausgangspunkt des Problemes zurückgekehrt. Was geschehen soll, wenn die Zeit wegen Fristverwirkung nicht ausreicht, sagt Baumgartner nicht. b) Die Erben wollen das Recht geltend machen, glauben aber, es sei zu viel oder zu wenig eingeklagt. Sie können ebenfalls selbstständig klagen. Aber wiederum soll ein Erbenvertreter handeln, falls es nicht der erste Kläger vorzieht, sich der Klage der übrigen anzuschließen.

5. Wenn mehrere Erben getrennt mit demselben Begehren klagen, soll der Richter die Prozesse vereinigen; sind die Begehren verschieden, muß wiederum ein Erbschaftsvertreter bestellt werden.

6. Schließlich wird von Baumgartner die Frage geprüft, ob sich der Fall ergeben könne, daß weder vom Kläger noch vom Beklagten die Beiladung aller Miterben verlangt werde. Ein solches Verhalten scheint ihm ausgeschlossen, da das Interesse an der Teilnahme der übrigen Erben am Prozeß zu groß sei. Gegebenenfalls müßte der Prozeß seiner Ansicht nach unter den Prozeßparteien zu Ende geführt werden.

Dieses System ist reichlich kompliziert und versagt bei Dringlichkeit der Klageanhebung und Uneinigkeit der Erben. Ungangbar ist jedenfalls der Weg, den Baumgartner zu seiner Einführung weisen möchte. Da die wenigsten kantonalen Prozeßrechte die Handhabung zur Beiladung bieten, macht Baumgartner folgenden Vorschlag⁵⁰⁾: „Nous faisons donc la suggestion suivante: que le Tribunal fédéral concède à tout héritier le droit d'ouvrir action au profit de tous, mais lui interdise de poursuivre le procès sans le concours de ses cohéritiers.“ Damit widerspricht sich Baumgartner. Läßt sich das Individual-

⁵⁰⁾ Baumgartner a. a. O. S. 187.

recht aus OR Art. 70 ableiten, wie er S. 171 ff. darstellt, so hat das Bundesgericht nicht die Möglichkeit, die Ausübung des Rechts einzuschränken; existiert jedoch das Individualrecht bis heute im schweizerischen Recht nicht, so liegt seine Schöpfung durch einmaligen Akt nicht in der Macht des Gerichts.

Das Individualrecht, wie es das BGB kennt, wäre geeignet, die Schwierigkeiten zu beheben, die sich bezüglich der Geltendmachung von Erbschaftsrechten durch einzelne Erben aus der Eigenart der Erbengemeinschaft als einem durch Gesetz geschaffenen Gebilde ergeben. Die Ungerechtigkeit, daß ein Erbe für die andern die Kastanien aus dem Feuer holt, könnte in Kauf genommen werden. Da diese Prozeßführungsbefugnis aber in unserem Rechte nicht anerkannt ist, muß ein anderer Weg zur Lösung des Problems gefunden werden.

V.

Ein Vorschlag zur Lösung.

Die Erbengemeinschaft wurde als Gesamthandsverhältnis gestaltet, um eine Schädigung der Erben durch willkürliche Verfügung seitens einzelner Erben zu verhindern⁵¹⁾). Nun darf diese Schutzmaßnahme nicht ihrerseits zur Beeinträchtigung der Rechte von Miterben seitens der andern Erben verwendet werden. Ein solches Vorgehen kann als Rechtsmißbrauch keine Billigung finden⁵²⁾). Die Erbengemeinschaft hat nach dem Plane des Gesetzgebers nicht der Gemeinschaft, sondern den individuellen Interessen der Gemeinschafter zu dienen; von Anfang an befindet sie sich in dem gemeinschaftsfeindlichen Liquidationsstadium⁵³⁾). Durch diese Eigenart werden die Be-

⁵¹⁾ Erläuterungen Bd. 1 S. 459.

⁵²⁾ Egger, Kommentar Art. 2 N. 35.

⁵³⁾ Huber, Betrachtungen S. 56.

ziehungen der Mitglieder bezüglich den Erbschaftsrechten zueinander bestimmt. Dem einzelnen Erben darf von den Miterben die volle Ausnützung seiner aus der Erbenqualität sich ergebenden rechtlichen Position nur dann verwehrt werden, wenn sie daran ein rechtlich schützenswertes Interesse haben. Zur Auswertung der Erbenposition gehört vor allem das Überführen des Anteils eines Erben am Erbschaftsvermögen in sein individuelles Vermögen. Dieser Anspruch auf Teilung ist in ZGB Art. 604 Abs. 1 ausdrücklich anerkannt. Wenn ein Erbe einen nach seiner Ansicht zur Erbschaft gehörenden Anspruch gegenüber einem Dritten geltend machen will, darf den übrigen Erben zugemutet werden, sich darüber zu äußern, ob sie ebenfalls den Prozeß wünschen, sich der Geltendmachung des Anspruchs widersetzen oder sich an dem Anspruch desinteressieren. Opponieren die Miterben der Einleitung des Prozesses, so hat der klagelustige Erbe zuerst ihren Widerspruch zu brechen, da er wegen des Gesamthandsverhältnisses nicht ohne ihre ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung Verfügungshandlungen vornehmen darf. Dazu muß er auf dem Wege der Teilungsklage vorgehen. Entweder wird ihm dann in der Teilung der ganze Anspruch oder ein Teil desselben zugesprochen, oder dann dessen Äquivalent. Besteht jedoch die Gefahr der Klageverjährung oder -verwirkung, so bleibt ihm nur die gleichzeitige Einklagung der Miterben auf Teilung und des Dritten auf Leistung offen⁵⁴⁾). Hie und da wird dies nicht zum Ziele

⁵⁴⁾ Tuor Art. 598 N. 10, 602 N. 35. Diese Klagenverbindung weckt zwar Bedenken prozessualer Natur. Sie scheinen uns jedoch nicht derart, daß dieses Vorgehen als unzulässig abgelehnt werden müßte. In erster Linie wird gegen das prozessuale Prinzip der Bestimmtheit des Klageschlusses verstößen. Das Begehren gegenüber den Dritten kann meistens nur auf Herausgabe der dem Kläger anläßlich der Teilung zugesprochenen Werte gehen, da in der Regel vor der Teilung nicht feststeht, was gerade dem Kläger zufallen wird. Dann wird von den klagenden Erben gegenüber dem Dritten ein noch nicht entstandener Anspruch geltend ge-

führen, z. B. wenn in der Teilung den klagenden Erben nicht der eingeklagte Anspruch zufällt oder wenn der Gerichtsstand für Teilungs- und Leistungsklage verschieden ist⁵⁵⁾). Eine Opposition der Miterben gegen die Geltend-

macht. Dieser wird erst durch die rechtskräftige Erledigung des Teilungsprozesses und die damit verbundene Zuteilung der Erbschaftswerte zum Entstehen gebracht, ist also im Moment der Klageeinreichung nicht einmal bedingt vorhanden. Durch das anbegehrte Urteil auf Mitwirkung bei der Teilung und Vornahme derselben muß erst der Tatbestand geschaffen werden, aus dem der Anspruch entstehen soll. Die Möglichkeit der Einklagung eines noch nicht entstandenen Anspruches anerkennt zwar ZGB Art. 308, der die Vaterschaftsklage schon vor der Geburt des Kindes zuläßt (vgl. dazu Hellwig, Anspruch S. 380). Immerhin ist aber in diesem Falle der Anspruch schon bedingt vorhanden. Doch dürfte noch ein Schritt weitergegangen und die Einklagung künftiger Ansprüche dort gestattet werden, wo sie mit der Klage auf Herstellung jener Rechtslage verbunden wird, aus der sich das künftige Recht ableitet. (S. Hellwig, System S. 265; Anspruch S. 382 f. An dieser Stelle führt Hellwig ein Beispiel an, das mit dem vorliegenden Falle die größte Ähnlichkeit aufweist, die Klage auf Herausgabe der Erbschaft gegen den erbunwürdigen Erben.) Diese Klageverbindung dient der Prozeßökonomie und ermöglicht dem Kläger die Wahrung der peremptorischen Fristen. Noch in die Augen springender als bei der Verbindung von Teilungs- und Leistungsklage ist die Richtigkeit dieser Ansicht von der Zulässigkeit der Einklagung künftiger Ansprüche bei der Klage auf Ungültigkeitserklärung eines Testamente verbunden mit der Vindikationsklage auf Herausgabe der Erbschaftswerte gegenüber den Beklagten. Das Testament ist bis zur rechtskräftigen Erledigung des Prozesses gültig, der Herausgabeanspruch ist somit bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht entstanden. Es wird jedoch dem Kläger nicht zugemutet werden können, zuerst den Anfechtungsprozeß durchführen und nachher noch die Vindikationsklage anstrengen zu müssen.

⁵⁵⁾ Durch die weitgehende Anwendung der Erbschaftsklage bei Erbschaftsansprüchen gegen Dritte, wie sie Leuch, Erbschaftsklage und Einrede des Sondertitels, SJZ. Bd. 35 S. 353 ff., befürwortet, wird in sehr vielen Fällen die Identität des Gerichtsstandes gegeben sein. Eventuell könnte der Ausweg gefunden werden, daß Teilungs- und Vindikationsklage bei den verschiedenen Gerichten eingereicht werden, daß jedoch zugleich das Begehr um Sistierung des Vindikationsprozesses bis zur Erledigung des Teilungsprozesses gestellt wird.

machung eines auch nach ihrer Ansicht bestehenden Anspruchs wird bei drohender Verjährung oder Klageverwirkung jedoch selten vorkommen.

Am häufigsten ist der Fall des Desinteressierens an dem Anspruch, sei es, daß die Miterben die Möglichkeit der rechtsgenüglichen Beweisbarkeit bezweifeln oder infolge befürchteter Insolvenz des Beklagten den Prozeß als praktisch aussichtslos betrachten. Wenn dann ein Erbe auf der Klage beharrt, ergibt sich bei Verbindung von Teilungs- und Leistungsklage ein dem materiellen und Zivilprozeßrecht widersprechender Leerlauf mit unnützem Aufwand an Kosten und Mühe⁵⁶⁾. Überdies entsteht, wenn der geltend zu machende Anspruch das einzige Erbschaftsaktivum darstellt und nach Ansicht der übrigen Erben nicht zu Recht besteht, die Schwierigkeit, daß der Richter überhaupt nicht teilen kann, ohne vorerst über die Existenz des Anspruches entschieden zu haben. Eine Teilungsklage über eine Erbschaft, deren Vorhandensein von den Erben mit Ausnahme eines einzelnen geleugnet

⁵⁶⁾ Wir begegneten vor kurzem in unserer Praxis einem sehr instruktiven Fall. Ein vermeintlicher Adoptivsohn, der in Wirklichkeit infolge eines Formmangels nicht adoptiert worden war, hatte die Erbschaft des angeblichen Adoptivvaters in der Höhe von 200 000 Fr. ausgehändigt erhalten. Von den richtigen Erben, es waren 27, wollte nur einer, dem ein Viertel der Erbschaft zufallen sollte, prozessual vorgehen; die übrigen desinteressierten sich vollständig. Der Erbe, der auf seinem Recht beharrte, klagte gegen die 26 übrigen auf Teilung und gegen den Adoptivsohn auf Aushändigung der ihm in der Teilung zukommenden Werte. Die Bestellung eines Erbenvertreters wäre nicht in Frage gekommen, da dieser wohl nicht bei der Passivität der übrigen 26 Erben den Prozeß hätte anstrengen wollen. Zudem war die Klagefrist kurz. Es wurden auf diese Weise 26 Erben in den Prozeß hineingezwungen, obgleich sie überhaupt kein eigenes Interesse verteidigen wollten. Es hätte ihnen zwar freigestanden, vor Friedensrichter die Klagebegehren anzuerkennen und damit die Weiterungen von sich abzuwenden. Einer Aufklärung über die Rechtslage waren sie aber nicht zugängig und glaubten, sich mit einer Bestreitung am besten zu dienen. Sie waren dann im Prozeß angegriffen, ohne zu wissen weshalb.

wird, wäre ein Unikum. Es kann nicht eingewendet werden, ein solcher Fall ergebe sich praktisch überhaupt nicht, da die Miterben doch unbedingt die Ausschlagung erklären würden; das unter Anmerkung 56 angeführte Beispiel beweist das Gegenteil.

Diesen Schwierigkeiten könnte m. E. auf folgendem Wege begegnet werden: Der Erbe, der einen Erbschaftsanspruch geltend machen will, wendet sich mit eingeschriebenem Brief an die Miterben. Er fordert sie auf, sich am Prozesse zu beteiligen. Ferner teilt er ihnen mit, daß er ein Stillschweigen ihrerseits auf seine Aufforderung als Zeichen des Desinteressierens an dem geltend zu machenden Anspruch betrachte; er nehme daher ihr Einverständnis an, daß er den Anspruch — falls dieser die Höhe des Liquidationsanspruches des anfragenden Erben übersteigt, einen seiner Erbberechtigung entsprechenden Teil — für sich allein unter Anrechnung des Prozeßgewinnes an seinen Erbteil geltend mache. Bei Nichtbeantwortung der Anfrage ist der Erbe zu dieser Annahme berechtigt. Sie verschafft ihm die Prozeßführungsbefugnis und im Rahmen seiner Erbberechtigung die Sachlegitimation. Die Erben dürfen sich der Geltendmachung der Erbenqualität seitens eines Miterben nur dann widersetzen, wenn sie daran ein rechtlich schützenswertes Interesse haben. Ist das der Fall, so haben sie den Erben auf seine Anfrage hin darüber aufzuklären. Wollen sie selber nicht klagen, so ist anzunehmen, daß sie, falls nicht besondere Gründe für ihre Haltung vorliegen, das Prozeßrisiko nicht auf sich nehmen möchten. Wenn der einzelne Erbe das tun will, so besteht für sie kein Grund, ihn daran zu hindern. Ist der umstrittene Anspruch nur ein Teil der Erbschaft, haben sie sogar ein Interesse, daß ihn der Kläger realisiert, da er an seinem Erbteil in Anrechnung kommt; hat der Dritte die ganze Erbschaft in Händen, kann für die übrigen Erben kein Nachteil entstehen, wenn der einzelne seinen Teil herausverlangt. Die Anfrage des Erben an die andern

betreffend Teilnahme am Prozeß oder Einwilligung in die Einklagung seinerseits ist eine Aufforderung, im Falle des Verzichts auf den Prozeß die Einwilligung zur Teilung der Erbschaft bezüglich dem geltend zu machenden Anspruch zu geben. Dem Erben steht aus dem Wesen der Erbengemeinschaft und dem Prinzip der Interessenabwägung ein Recht auf diese partielle oder ganze Teilung der Erbschaft zu⁵⁷⁾), dies umso mehr, als die Annahme des Teilungsvertrages, wie oben erwähnt, für die übrigen Erben oft Vorteile mit sich bringt. Beim Schweigen auf die Offerte ist deshalb ihre Annahme zu vermuten: *qui tacet consentire videtur, ubi loqui potuit ac debuit*⁵⁸⁾.

Der eingeklagte Dritte kann hierauf dem klagenden Erben, der den durch Teilung in seine alleinige Zuständig-

⁵⁷⁾ Erläuterungen Bd. 1 S. 460: „Die gesetzliche Gemeinschaft der Erben hat das Eigentümliche, daß sie ihrer Bestimmung nach auf Teilung geht, was darin seinen Ausdruck findet, daß, solange keine vertragliche Gemeinschaft Platz gegriffen hat, jeder Erbe zur beliebigen Zeit die Teilung der Erbschaft verlangen kann.“

⁵⁸⁾ Oser-Schönenberger Art. 1 N. 40. Annahme ist dort zu vermuten, „wenn Redlichkeit oder praktische Vernunft einen Widerspruch gefordert hätten“. Dazu auch Art. 6 N. 5; von Tuhr Bd. 1 S. 166: „Ausnahmsweise kann die Nichtbeantwortung einer Offerte als Annahme gelten, und zwar nur dann, wenn für den Empfänger des Antrages nach vorheriger Verabredung oder nach Treu und Glauben eine Antwortpflicht besteht.“ Dieser Fall ist hier gegeben. Die Erben sind aus dem ganzen Verhältnis heraus nach Treu und Glauben verpflichtet, eine ablehnende Stellungnahme klar zu äußern, um den Miterben unnütze Kosten und Mühe und sich selber die größten Unannehmlichkeiten zu ersparen. Dazu auch v. Tuhr § 24 IV.

Die Möglichkeit der Teilliquidation hat das Bundesgericht in BGE 48 II 311 f. und 51 II 270 anerkannt; im letztern Entscheid handelt es sich um die Vermutung des Einverständnisses: „Dadurch, daß Frau Gebhart auf die Fristansetzung des Willensvollstreckers stillschwieg, hat sie deutlich zu erkennen gegeben, daß sie sich in den Streit nicht einmischen und ihrerseits keine Rechte an dem Bild geltend machen wollte.“

keit übergegangenen Anspruch geltend macht, nicht die *exceptio litis consortium* entgegenhalten. Die Teilung hat der klagende Erbe zu beweisen. Dieser Beweislast genügt er durch den Beweis des Empfangs seiner Anfrage und der entsprechenden Beantwortung oder Nichtbeantwortung durch die Miterben. Ist der Erbschaftsanspruch gegenüber den Dritten größer als der Erbteil des Klägers, kann letzterer nur im Rahmen seiner Erbberechtigung Begehren stellen. Er kann sich nicht etwa darauf berufen, die übrigen Erben hätten zu seinen Gunsten auf ihre Ansprüche verzichtet. Es besteht nur die Vermutung für ihre Einwilligung in die partielle Teilung der Erbschaft und das Ausscheiden der vom Erben geltend zu machenden Ansprüche aus dem Gesamthandsvermögen; eine schenkungsweise Überlassung der Erbrechte der andern an den klagenden Erben müßte genau bewiesen sein.

Die hier vorgeschlagene Lösung dürfte in den Fällen befriedigen, in denen nur einzelne Erben trotz dem Desinteressement der übrigen klagen wollen. Sie vermeidet die Hineinziehung von Personen in den Prozeß, die am ganzen Rechtsstreit kein Interesse haben, und verhilft dem einzelnen Erben auch dann zu seinem Recht, wenn die Kürze der Klagefrist die Fühlungnahme mit den andern Erben verhindert. In diesem Falle klagt er zuerst als gesetzlicher Vertreter oder Geschäftsführer ohne Vollmacht im Namen der übrigen⁵⁹⁾. Um sich gegen ihre nachträgliche Weigerung der Teilnahme am Prozeß zu schützen, macht er in einem Eventualbegehren seinen eigenen, ihm nach der Teilung zustehenden Anspruch geltend. Zugleich schreibt er im oben erwähnten Sinne an die Miterben. Befürchtet er zum vornherein eine Opposition der Miterben, wird er vorsorglicherweise auch die Teilungsklage einreichen müssen. Diese kann er nach Stellungsbezug durch die andern Erben eventuell zurückziehen. Wahrscheinlich wird er am Sühneversuch sich schon darüber Klarheit verschaffen können.

⁵⁹⁾ Siehe oben S. 81 ff.

Der angegebene Weg wahrt den Miterben die Möglichkeit, sich gegen eine ihrer Ansicht nach ungerechtfertigte oder unzweckmäßige Inanspruchnahme des Dritten zu wehren; er gibt den nichtklagenden Erben keinen mühe-losen Gewinn und zwingt den Dritten nicht, Werte heraus-zugeben, die von den Berechtigten gar nicht verlangt werden⁶⁰⁾). Hingegen sind damit dolose Abmachungen zwischen Dritten und einzelnen Erben zur Verhinderung der Einklagung durch Opposition nicht verunmöglicht. Doch kann in solchen Fällen der Erbschaftsvertreter be-stimmt werden. Ist die Zeit zu knapp, so hilft wiederum die Verbindung von Leistungs- und Teilungsklage. Trotz dem Fehlen des Individualrechts lassen sich auf diese Weise die Schwierigkeiten, die sich aus dem Wesen der Erbengemeinschaft für die Verfolgung von Erbschafts-ansprüchen seitens einzelner Erben gegen Dritte ergeben, ohne gewagte juristische Konstruktionen, unter Wahrung der Interessen aller Beteiligten weitgehend beheben.

VI.

Klagen von Erben gegen Miterben.

In dem oben unter III, 2 lit. b erwähnten Entscheide (BGE 54 II 243 ff.) führte das Bundesgericht aus, daß Leistungs- und Feststellungsklagen betreffend die Erbschaftsaktiven von Miterben gegenüber den andern bei Beteiligung aller Erben am Verfahren zulässig sind. Dieser Entscheid ist zweifelsohne richtig. Die Ernennung

⁶⁰⁾ In dem unter Anmerkung 56 angeführten Beispiel hätte der eingeklagte Dritte bei Anerkennung des Individualrechts sein gesamtes Vermögen von 200 000 Fr., da dasselbe nur aus Erbschaftswerten bestand, herausgeben müssen. Dem klagenden Erben hingegen kamen davon im besten Falle 50 000 bis 70 000 Fr. zu. Der Dritte wäre also völlig mittellos geworden, die übrigen Erben hätten die Beträge erhalten, die sie gar nicht heraus-verlangen wollten. Daß sie dieselben jedoch nach Zusprechung und Aushändigung zurückgegeben hätten, ist kaum anzunehmen.

eines Erbenvertreters und die Betrauung desselben mit der Prozeßführung wäre unzweckmäßig und überflüssig, m. E. sogar verfehlt⁶¹⁾.

Es ist zwischen dem Verhältnis der Gesamthänder zu Dritten und ihren Beziehungen zueinander zu unterscheiden. Die bisherigen Ausführungen bezogen sich immer auf Klagen der Erben gegen Dritte und nicht der Miterben gegeneinander. Bei den Klagen zwischen Miterben ergibt sich eine ganz andere Lage. Der Miterbe, der dem Erblasser die Bezahlung einer Summe oder die Rückgabe einer Sache schuldete, ist nach erfolgtem Erbgange nicht Schuldner der Erbengemeinschaft. Die Erbengemeinschaft als von den einzelnen Mitgliedern losgelöstes Subjekt besteht nicht. Er ist aber m. E. auch nicht Schuldner aller Miterben, denn wäre er das, so würde er sein eigener Schuldner sein, was infolge Zusammenfallens von seinem Anspruch und seinem Leistensollen nicht möglich ist⁶²⁾. Die Geltendmachung von An-

⁶¹⁾ Siehe unten Anmerkung 67.

⁶²⁾ Oser-Schönenberger Art. 118 N. 4 verneint die Vereinigung, wenn Forderung und Schuld verschiedene Vermögensmassen derselben Person berühren, so Erbenvermögen und ungeteilter Nachlaß. Ebenso Escher Art. 602 N. 32 bei Forderung der Erben gegen die Erbmasse und umgekehrt. Als Beispiel dieses Ausschlusses der Vereinigung bei Forderungen zwischen zwei Vermögensmassen derselben Person weist von Tuhr Bd. 1 § 2 Anmerkung 1a auf ZGB Art. 209 und Egger, Kommentar zu Art. 209, hin, m. E. zu Unrecht. Wohl handelt es sich um Ansprüche auf Leistung aus Frauenvermögen an Frauenvermögen. Aber anspruchsberechtigt ist die Frau, verpflichtet der Mann, oder umgekehrt. Das eingebrachte Gut steht in der Nutznießung des Ehemannes. Dieser hat ein selbständiges Recht auf die Integrität des eingebrachten Gutes. Diesen Anspruch macht er gegenüber der Frau geltend. Umgekehrt hat die Frau ein Interesse, das ihr zur freien Verfügung stehende Sondergut ungeschmälert zu erhalten. Egger, Art. 209 N. 8, scheint das nicht beachtet zu haben, wenn er die Ehefrau als Gläubigerin und Schuldnerin betrachtet. Sollte seine Ansicht richtig sein, müßte eine nicht erzwingbare Obligation vorliegen, da die Ehefrau als ihr Gläubiger nicht gegen sich als Schuldner ein Betreibungsverfahren oder gar

sprüchen, die dem Erblasser gegen einen der Miterben zustanden, seitens der andern Erben, muß, solange das in Frage stehende Recht nicht bei der Teilung der Erbschaft einzelnen Erben zugewiesen wurde, aus der innern Ordnung der Erbengemeinschaft herausgelöst werden. Aus der Tatsache der Gemeinschaft ergeben sich bestimmte Verpflichtungen, die Gemeinschafts- oder Kommunal-

einen Prozeß durchführen könnte. Diese Unmöglichkeit zur Durchsetzung der Forderung würde aber dem Gesetz widersprechen, das die Ausgleichung während der Ehe gestattet. Trotz der oben erwähnten Anmerkung scheint von Tuhr beim Vorliegen eines Anspruches einzelner Erben gegen das Erbschaftsvermögen oder der Erbmasse gegen einzelne Erben die Vereinigung nicht auszuschließen, wenn das Vermögen nicht von einem besonderen Verwalter verwaltet wird. Er führt S. 579 aus, eine Vereinigung trete trotz Zusammenfallens von Gläubiger und Schuldner nicht ein, wenn im Vermögen des Subjekts sich ein Sondergut befindet und die Forderung oder Schuld zu diesem Sondergut gehöre, eine Obligation müsse nicht notwendigerweise zwischen zwei Personen bestehen, ein solches Rechtsverhältnis sei auch zwischen zwei Vermögensmassen möglich. Dieser Ansicht ist beizupflichten. Die eine Vermögensmasse muß jedoch ein absolut getrenntes Sondergut darstellen, dessen Verfügung und Verwaltung dem Subjekt völlig, nicht nur teilweise, wie bei der Erbengemeinschaft dem Miterben, entzogen ist. Das Sondervermögen muß, damit eine Obligation zwischen ihm und dem andern Vermögen des Subjekts bestehen kann, als selbständige rechtliche Einheit behandelt werden, so als ob es einer andern Person gehöre (Hellwig, Anspruch S. 236 ff.). Diese weitgehende Selbständigkeit verneint Hellwig für das Vermögen der Frau gegenüber dem Manne und für das Erbschaftsvermögen, solange dasselbe von den Erben verwaltet wird. Aus dieser Verselbständigung folgt dann, daß der Verwalter aus eigenem Recht und in eigenem Namen klagt, nicht aber als Vertreter des Subjekts des Vermögens (Hellwig S. 240, 248). Ein geläufiger Fall ist die Vertretung der Konkursmasse durch die Konkursverwaltung. Hellwig schreibt (a. a. O. S. 249 Anmerkung 20), es sei heute selbstverständlich, daß Rechtsbeziehungen zwischen freien Vermögen und Sondervermögen gerichtlich geltend gemacht werden könnten; leugne man aber die Parteifähigkeit des Sondervermögens, so komme man zur Annahme eines Prozesses, den das Subjekt beider Vermögen mit sich selber führe. Damit ist umgekehrt gesagt, daß die Geltend-

obligationen⁶³⁾). Art. 653 Abs. 1 ZGB bestimmt diesbezüglich: „Die Rechte und Pflichten der Gesamteigentümer richten sich nach den Regeln, unter denen ihre gesetzliche oder vertragsmäßige Gemeinschaft steht.“ Das Grundprinzip der Erbengemeinschaft ist gemäß Art. 602 ZGB die Gesamtberechtigung aller Miterben an allen Erbschaftsrechten, die Verfügungs- und Verwaltungsgemeinschaft. Wenn einer der Miterben ein Erbschaftsrecht für sich allein beansprucht, z. B. die Herausgabe einer Sache verweigert, verletzt er den Anspruch der übrigen auf Mitbesitz, Verfügung, Verwaltung⁶⁴⁾). Der Erbe, der die Rückgabe eines ihm geliehenen Pferdes verweigert, maßt sich an dieser Sache das Alleineigentum an, obgleich sie allen gemeinsam zusteht. Er handelt den Regeln der Gemeinschaft zuwider und kann von den übrigen Erben dazu verhalten werden, ihre Ansprüche zu respektieren. Sie sind ohne weiteres berechtigt, deren Erfüllung auf dem

machung von Forderungen zwischen zwei Vermögensmassen nicht möglich ist, wenn nicht die eine als selbständige Partei behandelt wird. Die Erbmasse hat, solange sie nicht unter Verwaltung eines Dritten als Liquidator oder Erbschaftsvertreter steht, keine Selbständigkeit. Die über sie verfügenden Subjekte sind die Erben. Sie können gegen sich selber die Ansprüche nicht geltend machen. Sollten auch die Forderungen der einzelnen Erben im Umfang ihrer Berechtigung an der Forderung nicht infolge Vereinigung untergehen, so wäre doch wegen des Zusammenfallens von Gläubiger und Schuldner die zwangsweise Herbeiführung der Erfüllung ausgeschlossen. Auf keinen Fall könnten sämtliche Erben gegen einen unter ihnen klagen müssen, da dieser sich selber als Kläger und Beklagter gegenüberstehen würde. In Übereinstimmung mit der Ansicht Hellwigs schreibt von Tuhr S. 580, die Konfusion der zwischen dem Nachlaß und den einzelnen Erben bestehenden Forderungen sei ausgeschlossen, solange der Nachlaß unter amtlicher Liquidation ein Sondergut darstelle.

⁶³⁾ Siessse a. a. O. S. 199; Binder, Rechtsstellung S. 65.

⁶⁴⁾ Vgl. dazu Wieland Bd. 1 S. 605; Escher, Kommentar Art. 602 N. 6: „Die Eigenschaft als Anteilsberechtigter gibt den Miterben das Recht auf Mitverwaltung, Mitbesitz, Mitverfügung, Mitwirkung bei der Teilung.“

Klageweg zu erzwingen. Gleichermassen verhält es sich bei Forderungen auf Geldleistung gegen einen Miterben. Diese bedeuten, daß bei ihrer Fälligkeit eine bestimmte Summe in die Erbschaft fließen muß. War ein Erbe Darlehensschuldner des Erblassers und weigert er sich, die Summe in die Erbschaft einzuzahlen, so beansprucht er wiederum zu Unrecht das Alleineigentum an Werten, die sämtlichen Erben zusammen gehören. Die Miterben müssen somit nicht den dem Erblasser aus Darlehen Kauf, Leihe usw. gegenüber dem einzelnen Erben zustehenden Anspruch geltend machen, sondern können den sich aus ihrem „Anteilsrecht“ oder „Rechtsanteil“ am Gesamtvermögen ergebenden Anspruch einklagen⁶⁵⁾). Dieselbe Rechtslage findet sich, wenn Ansprüche nach Erwerb der Erbschaft den Erben gegenüber einem Miterben aus zu Unrecht bezogener Nutzung, Schadenersatz usw. zu stehen. In all diesen Fällen verteidigen die Miterben nicht die Rechte der Erbschaft, sondern nur ihre eigenen⁶⁶⁾).

Die Unhaltbarkeit der Ansicht, wonach eigentlich nach dem Wesen der Gesamthand alle Miterben gegenüber einem einzelnen Erben Prozeß führen oder dann einen Erbenvertreter bestellen sollten, ergibt sich auch aus folgender Überlegung: Wird angenommen, daß ein Ge-

⁶⁵⁾ Der Anteil an einer Rechtsgemeinschaft hat nach Wieland Bd. 1 S. 604 zwei Bedeutungen: „Er bezeichnet erstens das jedem Mitberechtigten zuständige ‚Gehören‘, sodann zweitens die auf Grund dieses Gehörens erwachsenden persönlichen Rechte der Beteiligten gegen die Mitberechtigten.“ Das den einzelnen Berechtigten an den einzelnen Gegenständen zuständige Gehören bezeichnet Wieland S. 607 als Sachanteil, den Inbegriff seiner Rechte gegen die Beteiligten als Wertanteil, „insofern als sie dem Teilhaber den Genuss und den Wert des gemeinsamen Gegenstandes vermitteln“. Wieland schreibt weiter, derjenige, dem die gemeinsamen Sachen oder Forderungen gehören, habe gegen die Mitberechtigten Anspruch auf die mit dem Gehören verbundenen Befugnisse.

⁶⁶⁾ Mit der innern Ordnung der Gesamthand und den sich daraus ergebenden Folgerungen befaßt sich sehr eingehend Engländer in § 9, insbesondere S. 177—181, 186, 205—226.

samthänder sämtlichen Gesamthändern eine Geldsumme aus Darlehen schuldet und diese ihm gegenüber von allen auf dem Prozeßwege geltend gemacht werden müßte, würde der Schuldner als Kläger und Beklagter am Rechte stehen, was offensichtlich unmöglich ist. Ob bei der Erbengemeinschaft diese Schwierigkeit durch Bestellung eines Erbschaftsvertreters vermieden werden könnte, ist streitig⁶⁷⁾). Hingegen zeigt die Familiengemeinderschaft die Unmöglichkeit der hier angegriffenen Konstruktion. Das erhellt aus folgendem: Ein Erblasser hinterläßt die Erben A, B und C. A schuldete ihm aus Darlehen 3000 Fr. Die drei Erben begründen eine Familiengemeinderschaft. A hatte die 3000 Fr. nicht in die Erbschaft eingezahlt. Die Gemeinderschaft kennt nun keine Vertretung, die der des Erbenvertreters analog wäre. Müßte seitens aller drei Gesamthänder gegen A vorgegangen werden, so wäre es nicht zu vermeiden, daß er sowohl als Kläger als auch als Beklagter am Rechte stehen würde. Daran würde die Bestellung eines Hauptes im Sinne von Art. 341 ZGB nichts ändern. Diese Gemeinder könnten nicht aus eigenem Recht, sondern nur als Vertreter der übrigen, also auch des A handeln.

Obiger Auffassung kann nicht entgegengehalten werden, die Erben könnten gegenüber ihren Miterben nicht aus ihrem Anteil abgeleitete Rechte geltend machen, da nur gemeinsame Rechte, nicht aber Anteile vorhanden seien. Das Gesamthandsverhältnis schließt die Existenz von Teilrechten der Mitglieder nicht aus. Die meisten Autoren, die sich mit dem Problem der Gesamthand be-

⁶⁷⁾ Die Befugnis des Erbenvertreters, sich in Streitigkeiten der Erben einzumischen, bestreiten Tuor, Vorbemerkungen zu Art. 522—533 N. 20, Art. 598 N. 14, und Leuch, Erbschaftsklage S. 18. Tuor möchte eine Vindikationsklage unter den Erben während der Dauer der Erbengemeinschaft überhaupt ausschließen. Er beruft sich auf ZBJV. Bd. 54 S. 438. Das Bundesgericht vertritt jedoch in BGE 54 II 243 einen andern Standpunkt. Auch bezeichnet es die Mitwirkung des Erbenvertreters bei Vindikationsklagen unter Erben nicht als unzulässig, sondern nur als unnötig.

schäftigen, anerkennen die Existenz von Anteilen der Gesamthänder am Gemeinschaftsvermögen. Nur bestehen über die Art dieser Anteile Meinungsverschiedenheiten⁶⁸⁾.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß in bezug auf die Geltendmachung von Ansprüchen gegen einen Erben auf Leistung an die Erbengemeinschaft unter den Erben keine notwendige Streitgenossenschaft besteht. Gemäß der gewonnenen Erkenntnis wäre dies unmöglich, da dem leistungspflichtigen Erben sonst Kläger- und Beklagtenrolle zukommen würde. Es bleibt noch zu prüfen, ob die übrigen Erben in einem solchen Prozeß als Streitgenossen aufzutreten haben. M. E. muß dies ebenfalls verneint werden. Jeder einzelne Erbe hat einen selbständigen Anspruch auf Mitbesitz, -verfügung und -verwaltung am Erbschaftsvermögen, der sich gegen jeden der Mitberechtigten richtet. Verletzt ein Erbe durch Nichtleistung dieses Recht der Miterben, so kann jeder von diesen selbständig den Klageweg beschreiten, da er nur einen ihm persönlich zustehenden Anspruch geltend macht⁶⁹⁾.

Bei der Teilungsklage ist eine notwendige Streitgenossenschaft ebenfalls nicht vorhanden, und zwar weder auf der Kläger- noch auf der Beklagtenseite. Der Teilungsanspruch steht gemäß ZGB Art. 604 jedem einzelnen Erben gegen jeden Miterben zu⁷⁰⁾. Es stehen sich somit alle Erben einzeln als Berechtigte und Verpflichtete gegenüber, niemals aber Erbengruppen. Wenn ein Erbe gegen einen andern auf Teilung klagt und dabei von ihm die Anerkennung seines Liquidationsanspruchs verlangt, macht er

⁶⁸⁾ Heusler a. a. O. S. 238 f. spricht sich mit aller Entschiedenheit für rechnungsmäßig bestimmte Quoten aus. Ebenso Binder, Die Rechtsstellung S. 27. Die meisten andern Autoren verneinen ein rechnungsmäßig bestimmtes Quotenrecht. Vgl. u. a. Englänger a. a. O. S. 226 ff.; Wieland Bd. 1 S. 604, 605, Anmerkung 20.

⁶⁹⁾ Vgl. Anmerkungen 64 und 65.

⁷⁰⁾ Tu o r Art. 604 N. 3.

gegenüber dem wahren Verpflichteten ein ihm selbständig zustehendes Recht geltend. Der Beklagte kann ihm nicht entgegenhalten, er sei nicht allein, sondern nur in Gemeinschaft mit den andern Erben verpflichtet, oder der Kläger sei nur gemeinsam mit den andern klageberechtigt, also nicht die *exceptio litis consortium* erheben. Hingegen muß der Teilungsvertrag von sämtlichen Erben genehmigt sein, damit eine Teilung erfolgen kann. Das heißt jedoch nur, daß der Erbe von sämtlichen andern Erben die Zustimmung zu seinem Teilungsvorschlag erreichen muß, wenn er mit diesem durchdringen will. Ob er dieses Ziel mit einzelnen durch gütliche Verständigung, gegenüber andern durch Prozeß erreicht, spielt keine Rolle. Ebenso ist es rechtlich irrelevant, ob die Zustimmung der Mit Erben nacheinander oder miteinander erfolgt. Klagt der Erbe nicht alle seinem Teilungsvorschlag Opponierenden ein, so hat er beim Obsiegen nur gegen die am Prozeß Beteiligten einen Vollstreckungstitel. Er wird daher im eigenen Interesse gegen sämtliche klagen, die ihre Einwilligung zu der von ihm gewünschten Teilung verweigern, um nicht durch wiederholte Prozesse Verlust an Zeit und Geld zu haben. Ein rechtlicher Zwang zur Einklagung aller besteht jedoch nicht⁷¹⁾.

⁷¹⁾ Eine schwankende Praxis hat das Zürcher Obergericht eingenommen. Im Entscheide Bl.Z.Rspr. 35 N. 76 schreibt es: „Der Grundsatz, daß alle Erben am Teilungsprozeß teilnehmen müssen, soweit sie nicht abgefunden sind oder nicht verzichtet haben, dürfte daher als Regel das Richtige treffen; er bietet eine klare Lösung der umstrittenen Frage und erspart weitgehende Untersuchungen im einzelnen Falle.“ Der Entscheid fußt nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen, die im materiellen Rechte keine Stütze finden. Da jedoch die notwendige Streitgenossenschaft sich aus der Regelung des Zivilrechts ergibt (siehe oben Anmerkung 39), kann sie der Richter nicht von sich aus gestützt auf Erwägungen prozeßökonomischer Natur verlangen. In Bd. 37 N. 78 drückt sich dasselbe Gericht vorsichtiger aus und schreibt: bei Erbteilungsstreitigkeiten könne die Streitgenossenschaft unter Umständen verlangt werden. Damit ist zugegeben, daß es sich nicht um eine notwendige Streitgenossenschaft handeln kann;

Die Aktivlegitimation und Prozeßführungsbefugnis zur Anhebung der Ausgleichungsklage ist gleich zu behandeln wie bei der Teilungsklage, da die erstere nur eine besondere Ausgestaltung der letzteren ist⁷²⁾.

Unbestritten ist die Befugnis jedes Erben, gegen Dritte und Miterben die Herabsetzung oder Ungültigerklärung von Verfügungen von Todes wegen anzubehren.

eine solche ist beim Streit um das gleiche Recht, solange kein Wechsel in der Zuständigkeit eintritt, immer vorhanden oder nie. Vgl. auch die älteren Entscheide Bd. 26 N. 185 und 30 N. 75.

Gegen das Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft Fugner, H., *L'action en partage*, Thèse Lausanne 1938, S. 86 f. Das Bundesgericht hat in BGE II S. 332 die notwendige Streitgenossenschaft bei der Teilungsklage ebenfalls abgelehnt.

⁷²⁾ Escher, Vorbemerkungen zur Erbschaftsklage, Bd. 2, 2. Halbband, S. 105 N. 14; BGE 58 II 332 f.
