

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: 69 (1950)

Heft: 1

Artikel: Der Erbeserbe

Autor: Jost, Arthur

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896026>

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: 08.02.2026

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

Der Erbeserbe

Von Rechtsanwalt Dr. Arthur Jost, Luzern

1. Begriff und Persönlichkeit

«Stirbt ein Erbe, nachdem er den Erbgang erlebt hat, so vererbt sich sein Recht an der Erbschaft auf seine Erben» (Art. 542 II ZGB). Man spricht von «Erbeserven». Es handelt sich um eine auf den Erbeserven transmittierte Erbschaft, obschon es keine Transmission im technischen Sinne ist, wie nach römischem Recht, welches zwischen Delation und Aquisition der Erbschaft unterschieden hat¹.

Nicht jeder Erbe eines Erben ist materiell Erbeserbe, sondern nur, wem ein Erblasser mit seiner Hinterlassenschaft zugleich eine ihm angefallene Erbschaft vor ihrer Ausschlagung oder Annahme vererbt. Vom Nacherben unterscheidet sich der Erbeserbe im wesentlichen dadurch, daß der Nacherbe nicht den Vorerben beerbt, sondern dessen Erblasser, während der Erbeserbe nicht den Erblasser beerbt, sondern dessen Erben.

Erbeserven können die gesetzlichen oder die eingesetzten Erben des Erstberufenen sein, auch sein überlebender Ehegatte. Dieser wird nachberufener Erbe, wenn er Alleinerbe ist oder mit der elterlichen bzw. großelterlichen Parentel konkurriert, neben Nachkommen nur, wenn er für den Eigentumsviertel optiert. Da für die Vornahme der Wahl zwischen Eigentumsviertel und Nutznießung keine Frist vorgesehen ist, bleibt die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten in suspenso, nämlich ob er provisorischer Erbe und Mitglied der Erhengemeinschaft oder bloß Vermächtnisnehmer wird.

¹ Vgl. Binder, Die Rechtsstellung des Erben (1901) Bd. I 137ff.; Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. V 353.

Die Meinungen über diese Frage gehen auseinander. Es finden sich zwei divergierende Lösungen: Nach der einen wird die Entscheidung über die Stellung des Ehegatten erst durch seine Wahlerklärung getroffen, und zwar mit rückwirkender Kraft², nach der andern tritt auch für den Ehegatten sofort mit der Eröffnung des Erbanges Erbfolge ein, die dann je nach der Wahlerklärung definitiv oder mit rückwirkender Kraft aufgehoben wird³.

Die Entscheidung über die Erbenqualität mit der Vornahme der Wahl eintreten zu lassen, und zwar mit rückwirkender Kraft, hat den Vorteil juristischer Konsequenz und wird der Gleichwertigkeit der Wahlrechte des Ehegatten gerecht, befriedigt aber praktisch nicht, weil sie keine klare Rechtslage schafft und einen längern Schwebezustand kaum erträglich macht. Die gegenteilige Auffassung, nach welcher mit dem Erbgang für den Ehegatten Erbfolge eintritt, die je nach der spätern Wahl definitiv oder rückwirkend aufgehoben wird, scheint andererseits den Ehegatten besser zu stellen als die übrigen Erben. Wird er nämlich als nachberufener provisorischer Erbe behandelt, so kann er durch Einmischung oder Aneignung von Erbschaftssachen das Ausschlagungsrecht verwirken, sich aber im Gegensatz zu andern Erben der Haftung für Erbschaftsschulden dennoch entziehen, indem er für Nutznießung optiert.

Allein auch der Ehegatte kann logischerweise wie ein Erbe durch konkludentes Handeln (Einmischung im technischen Sinne) sein Wahlrecht verlieren, so daß er dadurch Erbe wird⁴. Die zweite Auffassung stellt also den Ehegatten

² Tuor, N. 3 Art. 602 ZGB; Escher, N. 4 Vorb. zu Art. 566 ff.; Gut, Ehegattenerbrecht, Diss. Zürich 1922 S. 104.

³ Tuor, N. 1 Art. 561 empfiehlt vorsichtshalber den Ehegatten inzwischen als Mitglied der Erbengemeinschaft zu behandeln. Für den sofortigen Eintritt der Erbfolge Zimmermann, Erbrecht des überlebenden Ehegatten, Diss. Bern 1926 S. 96; Schwill, Die Stellung der vorläufigen Erben, Diss. Bern 1931 S. 29.

⁴ Widmer, Die Erbengemeinschaft, Diss. Zürich 1926 S. 21; Escher, N. 4, der freilich trotzdem für die Verschiebung der Ent-

nicht wesentlich besser als seine Miterben, ist aber praktisch brauchbarer, weil sie für Verfügungen, besonders grundbuchlicher Art, eine klare Rechtslage schafft und den Schwebezustand nicht unerträglich macht.

Nachberufener, also provisorischer Erbeserbe kann auch ein Nasciturus sein. Er wird wie jeder andere durch den Tod des Erblassers unmittelbar Erbe unter dem Vorbehalt, daß er lebend geboren wird (Art. 544 ZGB). Juristisch liegt beim Nasciturus eine doppelte resolutive Bedingtheit vor: die bedingte Natur seiner Erbfähigkeit und die Bedingtheit seiner Erbenstellung mit Rücksicht auf die Ausschlagungsmöglichkeit⁵.

Schließlich kann auch eine juristische Person als eingesetzter Erbeserbe fungieren, das Gemeinwesen sogar als gesetzlicher Erbeserbe. Die Stiftung ist dadurch privilegiert, daß sie auch noch durch den letzten Willen begründet werden kann (Art. 493 ZGB), also zur Zeit des Anfalls der Zuwendung noch nicht existent zu sein braucht. Dadurch ist die Regel des Art. 542 ZGB durchbrochen⁶.

2. Die Ausschlagung

Das Kontinuitätsprinzip des ZGB (Art. 560 I) müßte in seiner Konsequenz dazu führen, dem Erben jede Entschließungsfreiheit in bezug auf die Erbschaft zu nehmen. Um aber mit der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Persönlichkeit nicht in Widerspruch zu treten, hat der Gesetzgeber auch noch dem Deliberationsprinzip Rechnung getragen (Art. 566 ZGB). Der Erbschaftserwerb sollte immer-

scheidung über die Rechtsstellung bis zur Vornahme der Wahl stimmt (Abs. 3). Abzulehnen ist jedenfalls die Auffassung bei Widmer, nach welcher der Ehegatte mit der Eröffnung des Erbgangs bedingt in die Stellung eines Miterben und eines gesetzlichen Vermächtnisnehmers tritt. Die beiden Stellungen können wegen Unvereinbarkeit miteinander auch vorläufig nicht kumuliert werden.

⁵ Tuor, N. 4; Escher, N. 2 Art. 544.

⁶ Tuor, N. 10 Art. 493 ZGB.

hin nicht bis zum Ablauf der Überlegungsfrist aufgeschoben werden. So blieb denn nur übrig, statt des Antrittssystems das Ausschlagungssystem zu wählen.

Die Ausschlagung bezweckt die Rückgängigmachung des nach Art. 560 mit dem Erbgang ipso jure eingetretenen Erbschaftserwerbes. Die Folge ist, daß der Erbschaftserwerb zunächst ein provisorischer ist. Zu unterscheiden ist aber der provisorische Erbe als Erstberufener vom nachberufenen.

a) Die Vererbung der Ausschlagungsbefugnis

Der Erbeserbe ist nachberufener provisorischer Erbe. Stirbt nämlich der provisorische Erbe während der Deliberationsfrist, bevor er sich für Ausschlagung oder Annahme entschieden hat, so vererbt sich seine Stellung auf seine Erben. Als nachberufene provisorische Erben erwerben die Erbeserben ein der Stellung ihres Erblassers entsprechendes Recht an dem ihnen angefallenen Erbe. So rücken sie aufs neue in die Stellung provisorischer Erben dieses Nachlasses (Art. 569 I ZGB).

Der Erbeserbe ist provisorischer Erbe in einem doppelten Sinn: gegenüber der ersten und gegenüber der zweiten Erbschaft. Dieser Doppelstellung gemäß bieten sich dem Erbeserben folgende Möglichkeiten:

Er kann die indirekte und die direkte Erbschaft erwerben,

er kann die direkte Erbschaft annehmen und die indirekte ausschlagen,

er kann beide Erbschaften ausschlagen.

Hingegen kann er nicht die indirekte Erbschaft annehmen und die direkte ausschlagen, weil die erstere nunmehr rechtlich einen Bestandteil der letzteren bildet. Er würde somit über einen Teil der ihm von seinem Erblasser angefallenen Erbschaft verfügen und damit das Ausschlagungsrecht über diese Erbschaft verwirken (Art. 571 II ZGB)⁷.

⁷ Escher, N. 3 Art. 569; Tuor, N. 5 und 6 Art. 569.

Bei einer Mehrheit von Erbeserben fragt es sich, ob jedem einzelnen das Ausschlagungsrecht zustehe. Der französische C. C. Art. 782 läßt nur eine gemeinsame Ausübung dieses Rechts zu, während das deutsche BGB § 1952 III positivrechtlich jedem einzelnen die Befugnis einräumt, von diesem Recht für seinen Teil Gebrauch zu machen. Das ZGB ermangelt einer Bestimmung.

Gegen eine gesonderte Ausschlagung jedes einzelnen Erbeserben könnte Art. 570 II ZGB ins Treffen geführt werden, der auf eine «unbedingte und vorbehaltlose» Ausschlagung besteht. Allein aus zwei Gründen trifft diese Bestimmung nicht zu:

Eine Teilausschlagung ist keine bedingte Ausschlagung, da Bedingung im technischen Sinne ein zukünftiges Ereignis ist, von welchem die Rechtswirkungen eines Geschäftes abhängig gemacht werden. Die Teilausschlagung fällt aber auch nicht unter den Begriff des Vorbehaltes, der eine Verwahrung gegen die Ableitung eines Verzichtwillens oder einer Anerkennung bedeutet⁸. Soll man unter Vorbehalt eine partielle Annahme subsumieren, so müßte hiefür eine besondere Ratio legis nachgewiesen werden.

Eine solche könnte nur in dem Bestreben erblickt werden, eine für alle Beteiligten klare Situation zu schaffen. Durch eine bruchteilmäßige Ausschlagung würde aber die Rechtslage ebensowenig verdunkelt wie bei der Konkurrenz mehrerer Erben überhaupt. Auch den Gläubigern kann eine bruchteilmäßige Annahme keinen Schaden zufügen, zumal die Schuldenhaftung eine solidarische ist. Es liegt somit kein legislativer Grund für die Ablehnung einer partiellen Annahme vor. Aber selbst wenn man in Art. 570 II ZGB ein Verbot partieller Ausschlagungen erblicken wollte, kommt in Betracht, daß ja der einzelne unter mehreren Erben seine Ausschlagung nicht auf einen Bruchteil seines Erbteils beschränkt, wenn er das ganze ihm Zugefallene ausschlägt. Dem Prinzip der Universalsukzession wider-

⁸ v. Tuhr, S. 142; Oser, N. 7 OR Art. 1.

spricht die Ausschlagung eines Teils der Erbschaft nicht. Es müßte denn schon ein positivrechtliches Verbot der Teilausschlagung statuiert werden, wie im BGB § 1950, das aber das ZGB nicht kennt.

Auch die Erbengemeinschaft steht als Gesamthandschaft der Ausschlagung nicht entgegen, da es sich dabei nicht um eine Verfügung über die angefallene Erbschaft handelt. Die Ausschlagung hat nämlich nicht den Charakter einer Verfügung. Wenn durch die Erklärung des ausschlagenden Erbeserben auch die Rechtsbeziehungen zwischen Erben und Erbschaft aufgehoben werden, so treten sie doch so außer Kraft, als ob der Erbe die Erbschaft nie besessen hätte. Der neue Erwerber erhält die Erbschaft unmittelbar vom Erblasser, nicht durch eine Verfügung des Ausschlagenden. Die Ausschlagungserklärung berührt die Erbmasse überhaupt nicht, sie schafft nur die Voraussetzung für den andern Erbfall (Art. 239 II OR).

Für die Annahme der direkten Erbschaft unter Ausschlagung der indirekten wird meist die Insolvenz der letztern entscheidend sein. In welchen Fällen aber die beiden Vermögensmassen getrennte Wege gehen können, wird noch näher zu betrachten sein.

Die Konsequenz der Vererbung der Ausschlagungsbefugnis (Art. 569 I ZGB) zieht der zweite Absatz des Artikels, indem er dem Erbeserben eine Befristung aus abgeleitetem Recht einräumt. Der Beginn der dreimonatigen Ausschlagungsfrist tritt nach dieser Bestimmung mit dem Zeitpunkte ein, da der Erbeserbe von dem Anfall an seinen Erblasser Kenntnis erhalten hat. Die Deliberationsfrist des Erbeserben geht aber nicht früher zu Ende als die ihm gegenüber seinem unmittelbaren Erblasser laufende Frist. Mit dieser Bestimmung wird wieder die Konsequenz der Vererbung der Ausschlagungsbefugnis abgelehnt und eine Befristung aus eigenem Recht aufgestellt.

Damit ist einem praktischen Bedürfnis entsprochen, da der Erbeserbe über die tatsächlichen Verhältnisse im Erbgang des ersten Erblassers in der Regel weniger informiert

sein dürfte als hinsichtlich des zweiten Erbgangs⁹. Insbesondere verhindert diese Befristung, daß durch Versäumung der Frist die erste Erbschaft ungewollt zu einem untrennbaren Bestandteil der zweiten Erbschaft wird.

b) Folgen der Ausschlagung

Schlägt der gesetzliche Erbeserbe die indirekte Erbschaft aus, so wird an Stelle des Ausschlagenden nach der allgemeinen Regel derjenige Erbe, welcher berufen wäre, wenn der Ausschlagende den Erbgang nicht erlebt hätte (Art. 572 I ZGB). Die Ausschlagung hat also die nämliche Wirkung, als ob der unmittelbare Erbe ausgeschlagen hätte.

Wenn als einziger gesetzlicher Erbeserbe ein Nachkomme vorhanden ist und dieser ausschlägt, erfolgt aber keine Nachberufung seiner etwaigen Nachkommen, noch weniger eine solche der nachfolgenden Parentel. Die Erbschaft gelangt vielmehr zur Liquidation durch das Konkursamt (Art. 573 I ZGB). Ist ein überlebender Ehegatte vorhanden, der schon für die Nutznießung optiert hat, so wird ihm im Wege der Nachberufung zum zweiten Male die gesetzliche Möglichkeit eröffnet, Erbe zu werden, diesmal freilich Alleinerbe (Art. 574 ZGB)¹⁰.

Der so nachberufene Ehegatte tritt ausnahmsweise nicht in die Stellung eines provisorischen Erben. Das Kontinuitätsprinzip wird nämlich in diesem Falle durchbrochen: Delation und Aquisition fallen auseinander (Art. 574 ZGB). Es bedarf einer besondern Annahmeerklärung des Ehegatten, um ihm Erbenstellung einzuräumen (Antrittssystem). Sein Erwerb ist nicht wie beim provisorischen Erben resolutiv, sondern suspensiv bedingt.

Sind mehrere gesetzliche Erbeserben vorhanden und schlagen alle aus, so erfolgt keine Nachberufung, sondern amtliche Liquidation (Art. 573). Schlagen einer oder einige von den gesetzlichen Erben aus, so vererbt sich der

⁹ Vgl. Beispiele bei Escher, N. 10 Art. 569.

¹⁰ Tuor, S. 627; Escher, N. 6 Art. 574.

Anteil wie beim Vorversterben des oder der Ausschlagenden (Art. 572 I). Es sind dabei zwei Fälle zu unterscheiden:

aa) Der oder die Ausschlagenden haben Nachkommen.

Die Erbschaft gelangt an diese im Wege der sukzessiven Berufung (Eintrittsrecht: Art. 569 I ZGB). Schlagen die unmittelbaren Nachkommen aus, so rücken ihre etwaigen Deszendenten (Art. 457 ZGB) in die Rechtsstellung von provisorischen Erben auf, allerdings nur diejenigen, die im Augenblick der Eröffnung des Erbanges bereits lebten oder als Nascituri vorhanden waren¹¹. Es folgt dies aus der rückwirkenden Kraft der Ausschlagung.

bb) Der oder die ausschlagenden gesetzlichen Erben haben keine Nachkommen.

Nach der Regel des Art. 572 I für die gesetzliche Erbfolge vererbt sich der Anteil, den einer unter mehreren Erben ausschlägt, wie wenn er den Erbfall nicht erlebt hätte. Auf den Miterbeserben angewandt, der die direkte Erbschaft ausschlägt, hat das also die gleiche Wirkung, als ob der unmittelbare Erbe ausgeschlagen hätte. Die Erbschaft fällt somit unter Ausschaltung dieses unmittelbaren Erben an die nächsten Verwandten des ersten Erblassers¹².

Beispiel: Der Erbe Y vererbt die ihm vom Erblasser X angefallene Erbschaft mitsamt dem Ausschlagungsrecht an seine Frau A und seinen Sohn B. Dieser schlägt seinen Anteil an der Erbeserschaft aus. Es ist so anzusehen, als ob Y diesen Teil ausgeschlagen habe. Er fällt daher dem nächsten Erben des X zu, vielleicht seinem Bruder.

¹¹ Tuor, N. 14a; Escher, N. 4 Art. 472; Strohal, Das deutsche Erbrecht (1903) I 60.

¹² In der deutschen Literatur war das die herrschende Meinung (Goldmann-Lilienthal, S. 319; Binder, I 136ff.; Cosack, II § 376 N. 17a u. a. m.). Die neuere Literatur schließt sich hingegen mehrheitlich Strohal a. a. O. II B. 28ff. an, der die ausgeschlagene mittelbare Erbschaft seitens eines der mehreren Erbeserben den übrigen Erbeserben zuspricht. Ihm folgen Staudinger, § 1952 N. 4 BGB; Ortmann, Arch. bürgerl. R. Bd. 15 S. 366; Crome, S. 202; Dernburg, 152 u. a. m.

Der Erbengemeinschaft wird durch diese Quotenausschlagung nichts entzogen. Der Ausschlagende führt nur an seiner Stelle einen andern in die Erbengemeinschaft ein. Die Miterben des Ausschlagenden stehen zu ihnen in Erbengemeinschaft in bezug auf die zweite Erbschaft. Dagegen stehen sie hinsichtlich der transmittierten Erbschaft in Erbengemeinschaft mit den gesetzlichen Erben, an welche die ausgeschlagene Erbschaft gefallen ist.

Escher möchte unter Abweichung von der Regel des Art. 572 I, wie nach herrschender Meinung in der deutschen Literatur, die von einem der mehreren Erbeserben ausgeschlagene Quote den nach der Ausschlagung übriggebliebenen Erbeserben zusprechen, weil sonst oft Verwandte aus zwei verschiedenen Parentelen in ein und demselben Erbgang berufen würden¹³. Zuzugeben ist, daß die der gesetzlichen Regel entsprechende Lösung die Erbengemeinschaft komplizieren kann. Indessen ist dies kaum ein Grund, von der positivrechtlichen Regel abzuweichen.

Im übrigen muß eine Komplikation nicht notwendig eintreten: Sind die Miterben zugleich die gesetzlichen Erben des mittelbaren Erblassers, so erhalten sie den durch die Ausschlagung frei gewordenen Teil der mittelbaren Erbschaft¹⁴. Allerdings erhalten sie ihn in diesem Falle nicht durch Akkreszenz, denn was sie von dieser Erbschaft bereits erworben haben, erhielten sie als Erbeserben, während ihnen nunmehr ein weiterer Anteil als Erben und nicht als Erbeserben zufällt. Es liegen somit verschiedene Erbteile aus verschiedenen Berufungsgründen vor. Die Folge ist, daß jeder Erbeserbe berechtigt ist, das, was infolge der Ausschlagung von der mittelbaren Erbschaft ihm anfällt, selbständig auszuschlagen.

¹³ Escher, N. 5 Art. 569.

¹⁴ Beispiel: Wenn die Erbschaft des X durch seinen Sohn Y auf seine Enkel A, B, C transmittiert wird und A die Erbschaft des Y annimmt, dagegen die auf ihn entfallende Quote der Erbschaft des X ausschlägt, so fällt sie den Enkeln B und C als Erben des Y zu, vgl. Binder, S. 138 N. 73.

Handelt es sich um die Ausschlagung der Erbschaft durch eingesetzte Erben (Testaments- oder Vertragserben), so ist zunächst der Wille des Erblassers zu beachten (Art. 572 II ZGB). Er kann zum Beispiel eine Ersatzverfügung für solche Fälle anordnen (Art. 487 ZGB). Mangels anderweitiger Verfügung des Erblassers fällt der ausgeschlagene Erbteil an die gesetzlichen Erben (Art. 572 ZGB). Sie treten nach der Parentelenordnung in die Stellung von provisorischen Erben, das heißt mit der Möglichkeit der Ausschlagung. Es können das die Miterben des Eingesetzten sein, wenn die Verfügung nicht die ganze Erbschaft erschöpft, oder diejenigen, die durch die Verfügung von Todes wegen zunächst ausgeschlossen waren.

Hatte der Erblasser einen Nacherben eingesetzt, so ist zu unterscheiden, ob er den Zeitpunkt, in welchem die Nacherbfolge eintreten sollte, festgesetzt hat oder nicht. Ist dies geschehen, so haben die Erben des Vorerben, wenn der Transmissionsfall eingetreten ist, selbst die Stellung von Vorerben, anderenfalls wird durch die Nacherbfolge die Transmission überhaupt ausgeschlossen.

3. Die Annahme

Die Annahme der mittelbaren Erbschaft unter Ausschlagung der unmittelbaren ist, wie bereits hervorgehoben wurde, unzulässig. Die Annahme kann sich also nur auf die direkte Erbschaft allein oder auf beide Erbschaften beziehen. Nur der letztere Fall bietet Besonderheiten.

Sind mehrere annehmende Erbeserben vorhanden, so treten sie als nachträgliche Teilhaber in die eventuell bereits bestehende Gemeinschaft der Erben des ersten Erblassers ein, und zwar jeder Erbeserbe als selbständiger Teilhaber der Erbengemeinschaft, wie es der Erblasser gewesen ist. Unter sich, in bezug auf die Erbschaft ihres unmittelbaren Erblassers, bilden sie wiederum eine engere Erbengemeinschaft.

Die Erbvermögen der beiden Gemeinschaften sind auseinanderzuhalten, nicht nur wegen der Verschiedenheit der

zu jeder gehörenden Erben, sondern auch wegen der Gläubiger der einen und der andern Erbschaft. Es ist möglich, daß die beiden Erbschaften intertemporal und international nicht unter demselben Gesetz stehen.

Die Haftung beginnt mit dem Erbgang, geht somit ohne weiteres auch auf den Erben über. Es erhebt sich nun die Frage, ob auch gegen den provisorischen Erbeserben die Erbschaftsforderungen beider Erbschaften geltend gemacht werden können.

In dieser Richtung ist zunächst zu unterscheiden zwischen vorsorglichen und regulären Maßnahmen. Die vorsorglichen bieten gewisse Besonderheiten.

Gemäß Art. 594 I können die Gläubiger des Erblassers bei begründeter Besorgnis, daß ihre Forderungen nicht bezahlt werden, sobald Befriedigung oder Sicherstellung auf ihr Begehren hin nicht erfolgt, die amtliche Liquidation der Erbschaft verlangen. Die amtliche Liquidation ist geradezu für das provisorische Stadium bestimmt, da die Frist gleichfalls eine Dreimonatsfrist ist, wie die Ausschlagungsfrist. Die Bedeutung liegt darin, daß jeder Erbschaftsgläubiger der Entscheidung des provisorischen Erben vorgreifen und diese illusorisch machen kann, indem er das Provisorium beendet.

Antragsberechtigt sind die Gläubiger des ersten Erblassers lediglich hinsichtlich dieser Erbschaft (Erbeserbschaft) allein.

Hingegen können die Gläubiger des zweiten Erblassers, um die durch die Berufung des Erbeserben entstandene Gefahr des Zugriffes seiner Gläubiger zu vermeiden, die amtliche Liquidation zwar nur der Erbschaft des zweiten Erblassers begehren, die aber auch die erste Erbschaft in sich faßt. Die Liquidation wird also beide Massen umfassen, doch können sich die Gläubiger des zweiten Erblassers nur aus dem nach Befriedigung der Gläubiger des ersten Erblassers verbleibenden Rest der ersten Erbschaft befriedigen¹⁵.

¹⁵ Binder, I 135; Escher, N. 6 Art. 569.

Jeder Erbschaftsgläubiger, nicht auch der Erbgangs- oder Erben gläubiger, ist für sich allein antragsberechtigt, unabhängig von der Mitwirkung der andern. Sind die Voraussetzungen des Art. 549 ZGB nicht gegeben, so bleibt den Gläubigern nur der reguläre Weg der Klage und Betreibung übrig, die beim Erbeserben keine Besonderheiten aufweisen.

Das öffentliche Inventar kann jeder Erbeserbe, der die Erbschaft auszuschlagen befugt ist, verlangen. Insbesondere kann er das öffentliche Inventar über die erste Erbschaft allein oder über beide verlangen. Je nach der Annahme kann daher der Erbeserbe den Gläubigern der ersten Erbschaft beschränkt, denen der zweiten Erbschaft unbeschränkt haften.

4. Bäuerliches Erbrecht

Art. 620 ff. ZGB (rev. Fassung) ordnen die ungeteilte Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes, das sich in einer Erbschaft befindet, an einen übernahmebereiten und geeigneten Erben. Der Kreis der Übernahmeberechtigten, aus dem die zuständige Behörde den Geeigneten auswählt, deckt sich mit demjenigen der Miterben. Die Zugehörigkeit zur Erben gemeinschaft ist ein personenrechtliches Statusrecht. Da es in der Persönlichkeit des Miterben wurzelt, ist es begrifflich von diesem unablässlich und daher unveräußerlich und unübertragbar (Art. 635 II ZGB), nicht aber unvererblich.

Stirbt ein Miterbe und Mitglied der Erben gemeinschaft, so vererbt sich sein Recht an der Erbschaft an seine Erben (Art. 542 II ZGB); diese treten also in seine Stellung und werden Mitglieder der Erben gemeinschaft.

Die Sukzession vollzieht sich durch Einrücken jedes einzelnen Erbeserben in die Mitgliedschaft. Sie haben nicht etwa zusammen eine Stimme, sondern jeder von ihnen ist ohne Rücksicht auf seine Erbschaftsquote selbständiger Teilhaber der Erben gemeinschaft¹⁶. Erbeserben im engern

¹⁶ Tuor, N. 4; Escher, N. 9 Art. 602 ZGB.

Sinne sind sie, wenn ihr Erblasser im Deliberationsstadium verstirbt, ohne sich für Ausschlagung oder Annahme erklärt zu haben, sonst können sie als Erbeserben nur im weitem Sinne des Wortes bezeichnet werden.

Ist nun jeder dieser Erbeserben zugleich Übernahmsberechtigter des in der Erbschaft befindlichen landwirtschaftlichen Gewerbes?

In der Literatur ist diese Frage nicht behandelt, doch hat sie die Praxis bereits mehrfach beschäftigt. In einem neuerlichen Entscheid vom 23. Februar 1949 hat das Obergericht des Kantons Luzern diese Frage verneint. Der Tatbestand war folgender:

Der Landwirt B. starb 1932 und hinterließ als Erben seine Witwe sowie Geschwister und Geschwisterkinder. Die Witwe optierte für das Eigentumsviertel. Zur Erbschaft gehörte auch ein Heimwesen. Die Erbengemeinschaft verblieb ungeteilt bis zu dem 1947 erfolgten Tode der Witwe. Sie hinterließ als Erben Kinder ihrer beiden vorverstorbenen Brüder. Auf die ungeteilte Zuweisung des Bauerngutes erhoben sowohl Erben des B. als auch solche der Witwe Anspruch. Die amtliche Schatzungskommission wies das Heimwesen der Nichte des B. zu. Den Zuweisungsentscheid zog ein Neffe der Witwe ans Gericht weiter, mit dem Begehren auf dessen Aufhebung und Zuweisung des Bauerngutes an den Kläger, der es selbst bewirtschaften wolle und hiezu vorzüglich geeignet sei.

Die erste Instanz wies auf Grund der Bestimmungen über das bäuerliche Erbrecht die Klage ab und bestätigte die Zuweisung der Schatzungskommission. Das Obergericht fand hingegen, daß das bäuerliche Erbrecht im vorliegenden Falle überhaupt nicht zur Anwendung gelangt. Art. 620 ZGB sei nur auf landwirtschaftliche Heimwesen anwendbar, die im Alleineigentum des Erblassers standen. Seine Witwe erbte aber nur einen Gesamteigentumsanteil. Nachlaßaktivum ihrer Erbmasse sei demnach nicht das Heimwesen, sondern nur ein Anteilsrecht an demselben. Die Auflösung des Gesamteigentumsverhältnisses zwischen den

Erben der Witwe und denen ihres Mannes habe daher nach den Bestimmungen über das Miteigentum zu erfolgen (Art. 654 II ZGB), somit gemäß Art. 651 ZGB durch Teilung oder Verkauf, keineswegs durch Zuweisung des Heimwesens an einen Erben kraft bäuerlichen Erbrechts.

Das Bundesgericht hat mit Entscheid vom 2. Juni 1949 diese Auffassung abgelehnt. Die Nichtanwendung des bäuerlichen Erbrechts in diesem Falle würde bedeuten, daß das Übernahmsrecht der Erben jedesmal dahinfällt, wenn ein Mitglied der Erbengemeinschaft des Art. 602 stirbt und dadurch nicht mehr die gleichen Personen anspruchsberechtigt sind. Dadurch würde aber der vom Gesetz gewollte Zweck, die Erhaltung lebensfähiger Bauerngüter, in zahlreichen Fällen vereitelt werden. Die Erbeserben seien zwar nicht unmittelbare Erben, aber Art. 542 II ZGB sieht beim Tod eines Erben, der den Erbgang erlebt hat, die Vererbung seines Rechtes an der Erbschaft auf seine Erben vor. Das gelte namentlich auch für die Erbengemeinschaft, in welcher der Erbeserbe dieselben Rechte antritt, die sein Vorgänger innehatte, insbesondere auch den Übernahmsanspruch, sofern er sich über die vom Gesetz geforderte Eignung ausweisen kann. Vom Verwandtschaftsgrad, ja selbst von der Blutsverwandtschaft überhaupt mache Art. 620 den Anspruch nicht abhängig.

Dieser Auffassung kann nur restlos zugestimmt werden. Das ganze bäuerliche Erbrecht hinge sonst an einem Haar, nämlich daß ja — Gott behüte — nicht einer der Miterben vor der Zuteilung des Heimwesens versterbe! Da Erbengemeinschaften, wie im vorliegenden Falle, oft jahrelang währen, ist naturgemäß mit Todesfällen von Miterben zu rechnen. Die Mitgliedschaft an der Erbengemeinschaft ist aber, wie ausgeführt wurde, vererblich. Es liegt somit kein Grund vor, warum die Erben gerade in das Übernahmsrecht nicht sukzedieren sollten, das zum bäuerlichen Erbrecht gehört.

Was hingegen nicht vererblich ist, das ist die wirtschaftliche Eignung zur Übernahme. Haben also die Mit-

erben den Zuteilungsentscheid angefochten und stirbt inzwischen der designierte Übernehmer, so können nicht etwa seine Erben den Prozeß fortsetzen. Der Wegfall des beklagten Übernehmers als Prozeßpartei wegen Todes hat in diesem Falle wie in manchen Statusprozessen zur Folge, daß das Verfahren ab ovo als gegenstandslos dahinfällt, und nicht nur dieses, sondern auch die Zuteilung als solche (BGE 72 II 347). Die Zuteilung ist also nochmals vorzunehmen.
