

Die Sache vñ für sich vor ist, Die von freilich  
Apostelen verworfen, und vnder 15. Endt Jesu  
Namen, vor dem ist, wie das aller für unser Compassion,  
Ding für unser predigen, und. 11. schreiben vñ auffhangen  
Bücher. Gründlich vñ klären, und beweisen was das ist  
Vnd für dem Waren Christen leben, freiden ist  
Zu unsern Herren Christo, Verbleiben für unsern eignen  
Vortand, Leben vñ Leben, vñ trost Leben, vñ leben ist  
auf freyen vñ Leben, für vñ vñ vñ

# SUCCESSIO

Zeitschrift für Erbrecht /  
Revue de droit des successions

Nr. 3/15

Nachlassplanung und -abwicklung  
[www.successio.ch](http://www.successio.ch)

**schwerpunkt:** Die öffentliche Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen –  
*de lege lata* und *de lege ferenda*

**praxis:** Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahre 2014 – ein Resümee |  
Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich

**rechtsprechung:** Der noch nicht gezeugte Nacherbe bei Anfechtung der  
Nacherbeneinsetzung durch den Vorerben (BGE 140 III 145) | Testament en faveur  
du conjoint: legs précipitaire ou règle de partage? (ATF 5A\_243/2014) | Über-  
lassung einer Liegenschaft zu unentgeltlichem Gebrauch («unentgeltliches  
Wohnenlassen») als ausgleichspflichtige Zuwendung nach Art. 626 Abs. 2 ZGB?  
(BGE 5A\_271/2014)

Schulthess §



*Amir Moshe, Die Erbschaftsklage im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, in einer Gegenüberstellung mit dem deutschen Erbschaftsanspruch des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Diss. Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Band 109, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, XLV, 385 Seiten, CHF 78.–*

Die zu rezensierende Studie von Amir Moshe wurde im Frühlingsemester 2012 von der Juristischen Fakultät der Universität Basel als Dissertation angenommen. Die Publikation erfolgte Mitte Oktober 2014 in den «Basler Studien zur Rechtswissenschaft».

Das Werk fällt schon auf, bevor es in die Hand genommen bzw. ehe der Buchdeckel geöffnet wird: eine Dissertation mit 385 Seiten ist in der Schweiz eher selten und verlangt dem Leser einiges ab.

Im ersten Teil der Arbeit befasst sich der Autor mit der umfangreichen Normierung des Erbschaftsanspruchs im deutschen Recht (§§ 2018 ff. BGB; S. 3–112), welcher im Gegensatz zur schweizerischen Erbschaftsklage eine wesentlich vertiefte rechtliche Auseinandersetzung genießt. Dadurch sollen vorab Ideen für Problemfelder der Erbschaftsklage generiert und damit einhergehend mögliche Lösungsansätze geschaffen werden.

Im zweiten Teil wird die Erbschaftsklage anhand ihrer Berührungspunkte mit dem materiellen und prozessualen Recht intensiv behandelt (Art. 598 ff. ZGB; S. 113–368). Schwerpunkte liegen dort insbesondere in der Behandlung der Restitutionspflicht des Erbschaftsbesitzers, auf der Vollstreckung von Entscheidungen auf Erbschaftsklage hin sowie auf dem Dualismus zwischen der Erbschaftsklage und jenen Sonderklagen, die zu Lebzeiten bereits dem Erblasser zugestanden sind.

Bemerkenswert ist, dass sich Moshe in (sehr) vielen Themenbereichen von der h.L. und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung distanziert und einen eigenen Standpunkt darlegt und begründet. Auf die bedeutendsten Abweichungen wird nachfolgend kurz hingewiesen.

Bei der Untersuchung der Aktivlegitimation wird u.a. (und entgegen der h.L. und dem Bundesgericht) ein Individualklagerecht jedes Miterben propagiert, unter der Bedingung, dass ein Prozessgewinn durch eine gerichtliche oder treuhänderische Hinterlegung zuhanden aller am Prozess nicht beteiligten Erben sichergestellt würde (Rz. 330 ff.). Damit würde keine notwendige Streitgenossenschaft zur Anwendung kommen, und es müsste auch nicht auf den «Notnagel» der Einsetzung eines Erbenvertreters im Sinne von Art. 602 Abs. 3 ZGB zurückgegriffen werden. Zudem soll die Erbschaftsklage (entgegen der h.L. und dem Bundesgericht) dem

Erben auch nach vollzogener Erbteilung zur Verfügung stehen (Rz. 365 ff.).

Bei der Thematik der Passivlegitimation wird (entgegen der h.L. und dem Bundesgericht) postuliert, dass die Erbschaftsklage nicht nur gegen Nichterben, sondern auch gegen Miterben erhoben werden kann (Rz. 407 ff.).

Im Einklang mit der h.L. und dem Bundesgericht wird von Moshe die Geltung des Prinzips der dinglichen Surrogation bejaht. Der Schutz der dinglichen Surrogation soll jedoch (entgegen der h.L.) ausschliesslich dann Anwendung finden, wenn das Vermögen der Erbschaft infolge des Erwerbs eines gutgläubigen Dritten, mithin losgelöst von einer Genehmigung seitens des Erben, einen effektiven rechtlichen Verlust erlitten hat (Rz. 471 ff.).

In Bezug auf die Restitutionspflicht des Erbschaftsbesitzers deuten die h.L. und das Bundesgericht die Art. 938–940 ZGB im Verhältnis zu den Art. 62 ff. OR als *lex specialis*, welche die bereicherungsrechtlichen Normen verdrängen. Moshe argumentiert demgegenüber, dass die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung durchaus Anwendung finden sollen (Rz. 495 ff.).

Der Autor vertritt in den Ausführungen zur Klagefrist (abweichend von der neueren Lehre) die Auffassung, dass die Fristen als Verjährungs- und nicht als Verwirkungsfristen zu qualifizieren sind. Wesentlich ist für diese Qualifikation nicht (nur) der Gesetzeswortlaut, sondern vielmehr der Umstand, dass es sich bei der Erbschaftsklage primär um eine Leistungsklage (und nicht um eine Gestaltungsklage wie die Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage) handelt. Da der Verfasser – wie erwähnt – auch ein Individualklagerecht jedes Miterben propagiert, hat dies in Bezug auf die Bestimmung des Fristenlaufs zur Konsequenz, dass dieser nicht nur hinsichtlich jedes einzelnen Erbschaftswerts, sondern ebenso für jeden einzelnen Miterben gesondert bestimmt werden muss, und allenfalls auch bezüglich der einzelnen Miterben gestaffelt einsetzen kann (Rz. 558 ff.).

Moshe stellt sodann fest, dass in Bezug auf die Erbschaftsklage des ZGB kein umfassender Informationsanspruch wie im BGB vorgesehen ist; stattdessen steht die Möglichkeit einer prozessualen Gesamtklage zur Verfügung. Richtigerweise wird darauf hingewiesen, dass die Gesamtklage in der Regel unpraktikabel ist, zumal infolge mangelnder Spezifizierung im Urteilsdispositiv eine Vollstreckung nicht durchgesetzt werden kann. Aufgrund des Umstandes, dass das Bundesgericht in der jüngeren Rechtsprechung nun einen Informationsanspruch eines Erben gegen Dritte anerkannt, scheint es gemäss Moshe aus prozessökonomischer Sicht

stringenter und weniger risikobehaftet, im Rahmen einer Stufenklage vorerst in einem unbestimmten Hauptbegehren die Herausgabe der Erbschaft und parallel, in einem bestimmten Hilfsanspruch, vom Erbschaftsbesitzer Auskunft über in seinem Besitz befindliche Nachlasswerte zu verlangen (Rz. 660 ff.).

Mit Blick auf das Verhältnis der Erbschaftsklage zu den Sonderklagen vertritt Moshe (entgegen der h.L. und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung) die Auffassung, dass eine **Wahlmöglichkeit** des Erben zwischen Erbschaftsklage und Sonderklage gänzlich fremd sei (Rz. 706). Gestützt auf die zivilprozessuale *Maxime* «iura novit curia» wird zudem ausgeführt, dass es die Obliegenheit des Klägers ist, ohne Ausnahme sämtliche Tatsachen darzulegen, die zur Begründung aller konkurrierenden Ansprüche nötig sind, da diese andernfalls präkludiert sind. Damit ist der Kläger, der von einem Dritten gestützt auf die Erbschaftsklage einen Nachlasswert herausverlangt, angehalten, dem Gericht den relevanten Sachverhalt möglichst vollständig vorzutragen, damit das Gericht den Herausgabeanspruch auch zum Beispiel als mögliche Fahrnis- beziehungsweise Eigentumsklage qualifizieren kann (Rz. 735).

Die Arbeit ist präzise formuliert und auf einem hohen sprachlichen Niveau verfasst. Die Lesbarkeit bzw. Zitierbarkeit des Werks wird durch die eingefügten Randziffern etwas erleichtert.

Für den Praktiker ist besonders begrüßenswert und bereichernd, dass viele (formelle) ZPO-Aspekte in die (materielle) ZGB-Thematik der Erbschaftsklage einfließen. Man mag allenfalls

vermissen, dass in Moshes Dissertation keine Formulierungen für die Rechtsbegehren der Erbschaftsklage enthalten sind beziehungsweise keine Auseinandersetzung mit den in der einschlägigen Literatur stipulierten Rechtsbegehren erfolgt (obwohl schon in Bezug auf den Erbschaftsanspruch des BGB eine Auseinandersetzung mit dem Klageantrag erfolgt, Rz. 436 ff.). Zudem wäre für die Praxis zu begrüßen gewesen, wenn die vorsorglichen Massnahmen (Rz. 789 ff.) etwas einlässlicher dargestellt worden wären, wobei dies – zugegebenermassen – den Rahmen der Arbeit vollends gesprengt hätte.

Wie erwähnt weicht Moshe in vielen Punkten von der Auffassung der h.L. bzw. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ab. Die abweichenden Positionen werden jedoch weitgehend in ansprechender und anspruchsvoller Weise begründet – in der Regel mit Blick auf den Erbschaftsanspruch im BGB und/oder unter Berücksichtigung von zivilprozessualen Grundsätzen beziehungsweise Überlegungen.

Festzuhalten ist, dass die Dissertation beileibe nicht als süffige erbrechtliche Bettlektüre qualifiziert werden kann (was wohl auch nicht der Intention des Verfassers beziehungsweise dem Wesen einer Dissertation entsprechen würde). Sie vermittelt aber wichtige Denkanstösse und wird zweifelsohne einen wichtigen Beitrag leisten, um das Institut der Erbschaftsklage weiterzuentwickeln.

*(Dr. iur. Daniel Abt, Rechtsanwalt und  
Fachanwalt SAV Erbrecht, Basel)*