

DIE ERBSCHAFTSKLAGE

BEMERKUNGEN ZUM BERICHT VON HERRN
PROF. TAHİR GÜRSOY

Dr. Alexander BECK

Professor an der Universität Bern

Es ist offenbar, dass die Erbschaftsklage, die aus dem gemeinen Recht mit einer Reihe von komplizierten und z.T. auch heute noch nicht klar gelösten Problemstellungen befrachtet ist, auch in der schweizer. Doktrin keineswegs in allen ihren Beziehungen wirklich abgeklärt erscheint. Trotzdem ist Praxis und Doktrin zu einer Art *communis opinio* in Bezug auf die hauptsächlichsten Punkte gelangt. Die Regelung der Erbschaftsklage hat sich im ganzen in der Schweiz durchaus bewährt, der weite und elastische Rahmen des Gesetzes erweist sich als eine gesunde und durchaus praktische Grundlage.

Im Folgenden schliessen sich die Bemerkungen an die Gedankengänge von Prof. Gürsoy an und beziehen sich auf dessen Referat (Seitenzahlen und Kapiteleinteilung). Angesichts dieser umfassenden und eindringenden Untersuchungen kann im folgenden nur versucht werden, einige Aspekte der Erbschaftsklage herauszuheben.

Ad. I : Wie das Referat meines türkischen Kollegen Prof. Gürsoy klar darlegt, muss die Erbschaftsklage als Universalklage angesehen werden, die inhaltlich nicht mit der Regelung der Einzelklagen (Eigentumsklage, Besitzklagen usw.) zusammenfällt. Trotzdem kann im einzelnen Fall ausnahmsweise natürlich der Erbschaftsanspruch praktisch den gleichen Inhalt haben wie derjenige aus einer Einzelklage. Das gilt in einem besonderen Mass für

das Vorgehen gegen Erbschaftsschuldner, die bereits Schuldner des Erblassers waren. Der einheitliche Gerichtsstand, die Möglichkeit eines Universalpetitums (in der Vollstreckung müssen spätestens die zur Erbschaft gehörigen Gegenstände bezeichnet werden), das Prinzip der dinglichen Surrogation, ferner die besondere Regelung der Ersitzung und Verjährung sowie die vom Bundesgesetzgeber vorgesehenen sichernden Massnahmen geben der Erbschaftsklage ein eigenes unverwechselbares Gepräge. Mit ihr wird alles herausverlangt, was in einem weiteren Sinn zur Erbschaft gehört, insbesondere auch der sogen. Vorteilsbesitz.

Ad II (Gesamtklage oder Einzelklagen) : Verf. bemerkt richtig, dass (wie dies in der Diskussion zu den Vorentwürfen des deutschen bürgerl. Gesetzbuches besonders eindrücklich hervorgehoben und in der Lit. vor allem von Binder, Rechtst. des Erben III, 363 ff. betont wurde) dem Institut der Erbschaftsklage keine absolute "nécessité juridique" zu Grunde liege. Gewiss könnte man in vielen Fällen ohne sie auskommen ; der Grossteil ihrer Funktionen könnte durch besondere Modifikationen der Singularklagen erfüllt werden. Es müssten dann freilich u.U. empfindliche Lücken (Haftung für Surrogate, einheitlicher Gerichtsstand, besondere Sicherungsmassnahmen, Gesamtpetium, einheitliche Verjährung), dann wiederum in einer Form ausgefüllt werden, die die praktische Rechtslage nicht übersichtlicher, sondern nur verworrener erscheinen liesse. Dass man auch angesichts von Kodifikationen, die den Erbschaftsanspruch nicht ausdrücklich regeln (wie im franz. und früheren ital. Recht), die aus dem mittelalterlichen römischen Recht entstammende Erbschaftsklage übernommen hat, weist — im Rahmen des Systems der europäischen Kontinentalrechte — auf deren praktischen und rechtsdogmatischen Sinngehalt hin, ebenso ihre Einführung in das neue ital. und griech. Recht. Schliesslich darf auch gerade im Hinblick auf die spezifisch schweizerische Auffassung der Aufgabe des Gesetzgebers, ein rechtspädagogischer Gesichtspunkt geltend gemacht werden : Die Fähigkeit des römischen Rechts, in übersichtlicher Weise Lebensbeziehungen typisch zusammenzufassen — und zu seinen fruchtbaren, vom gemeinen Recht bereits fortgebildeten Errungenschaften gehört die *petitio hereditatis* — hat in unserem Fall nicht an vorbildlicher Prägekraft verloren. Die Beziehung des Erben zur Erbschaft bildet auch im heuti-

gen Leben ein soziologisch relevantes, von wirtschaftlichen Gesichtspunkten beherrschtes Ganzes, das auch das Gesetz nicht in unzusammenhängende Bündel von Einzelsätzen zerfasern sollte. Dass es die rechtliche und wirtschaftliche Einheit der Erbschaft zum Ausdruck bringt, entspricht einer höheren Forderung der Adäquanz von Recht und Wirklichkeit auch im heutigen Leben.¹

Im ital. Recht ist die Erbschaftsklage freilich unverjährbar², was ihr dort eine ganz besondere Bedeutung verleiht (vergl. P. Schlesinger, *La petizione di eredita*, 1956 185 ff.) Die Verjährung im schweizer. Recht ist meines Erachtens zu kurz angesetzt — gegen den gutgläubigen Erbschaftsbesitzer nur ein Jahr. Es stehen hier keine Verkehrsinteressen auf dem Spiele und die Anhebung einer Erbschaftsklage gerade gegenüber Verwandten bedeutet oft einen schwierigen Entschluss. Auch die Parallele mit der ebenfalls unverjährbaren Eigentumsklage sollte ins Gewicht fallen, wie sie auch für den ital. Cod. Civ. von Bedeutung war. Dem sollte nicht entgegen stehen, dass das Gesetz auf die Herausgabeansprüche aus Besitz verweist; denn in der Praxis gehen die Besitzrechts- und die Eigentumsklage eng miteinander zusammen und führen im letzten Zweck — der sich bei der Besitzrechtsklage aus der Vermutung des Eigentums aus dem Besitz ergibt — die materiellrechtliche Funktion der Abklärung der Eigentumsverhältnisse unter den Parteien herbei. (vgl. neuerdings die sehr interessante Lausanner Thèse von *Rusconi*, *L'action pétitoire fondée sur la possession*, 1958, bes. 127 ff.). Wie in Deutschland (vgl. *Enneccerus-Wolff-Raiser* S. 74 N. 21) ist bei uns die reine Besitzrechtsklage wenig beliebt; meist wird tatsächlich die im Gesetz nicht geregelte, unverjährbare *rei vindicatio* erhoben — oder eben die Erbschaftsklage.

Die schweizerische *petitio hereditatis* vereinigt (neben obligatorischen Wirkungen) den Besitz- und Eigentumsanspruch auf eigenartige Weise. Sie hat den Zweck, dem Erben die Erbschaft

1) Vgl. auch eine recht aufschlussreiche, neuere Diskussion der Frage "Universalklage" oder Einzelansprüche (mit weiterer Lit.) in Deutschland in "Erwerb, Sicherung und Abwicklung der Erbschaft" Erbrechts-Ausschuss d. Akad. f. deutsches Recht, hsg. von Heinrich Lange, 1940, S. 107 ff).

2) Im franz. Recht gilt die allgemeine dreissigjährige Verjährung (Planiol-Ripert III, No. 2307).

als ganzes zu beschaffen, mit Einschluss des Besitzes und Vorteilbesitzes und der Surrogationen. Die Einzelklagen können, abgesehen von den vererbten subjektiven Rechten, dagegen ihm nur materielle und Besitzrechte verschaffen, die aus der Verletzung des ererbten Besitzes fließen oder kraft Akzession oder Abtrennung aus Erbschaftssachen entstanden. Der einheitliche Gerichtsstand und die besonderen, kraft Bundesrechts mit ihr verbundenen sichernden Massnahmen, bilden weitere wesentliche Vorteile. Die Ausdehnung auf den *possessor pro possessore* führte insbesondere zum praktischen Überwiegen der Erbschaftsklage gegenüber der Geltendmachung von Ersatz-, Besitzrechts- oder Eigentumsansprüchen aus Einzeltiteln. Wo aber, (wie in Deutschland und, worauf, nach dem Referat von Herrn Kollegen Gürsoy, die türkische Rechtsprechung tendiert) die Erbschaftsklage nur gegen den *possessor pro possessore* gegeben wird, engt sie sich grundsätzlich ein auf die Auseinandersetzung zwischen dem Schein- und dem wirklichen Erben. Sie kann, wenn man nicht einen besonderen analogen Anspruch geben will, im Regelfall nicht einmal zwischen dem Nach- und Vorerben stattfinden, wo das Erfordernis der Herausgabe der *hereditas* im erweiterten Sinn in greifbarer Weise evident erscheint.

Die von dem Herrn Referenten eindrücklich herausgehobene Grundkonzeption des Erbschaftsanspruchs wird in meist etwas schildernder Weise durch seine "*Dinglichkeit*" charakterisiert. Darunter muss wohl zweierlei verstanden werden :

a) Wenn er sich auf die Herausgabe bestimmter Erbschaftssachen richtet, stellt er, wie die Besitzrechts- und Eigentumsklage materiellrechtlich meist eine dingliche, das heisst Sachenrechte durchsetzende Klage dar. Und wie beim Eigentums- und Besitzrechtsanspruch darf es nicht beirren, dass im selben Prozess obligatorische Nebenansprüche geltend gemacht werden (Früchteersatz des bösgläubigen Besitzers, Haftung für Besitzentzug und Beschädigung). Zu deren Natur möchte ich später kurz noch etwas bemerken dürfen. Schon im klassischen römischen Recht passte das Schema der dinglichen oder persönlichen Klage nicht ganz auf die Erbschaftsklage (vgl. zuletzt Kaser, *Ztschr. der Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte, Roman. Abteilung*, 1955, p. 92); das justinianische und gemeine haben jedenfalls gewisse obligatorische An-

sprüche wie die aus der Haftung des böswilligen Entsetzers und des Klägers während des Prozesses in ihrem Rahmen gewährt.

b) Die Klage erscheint auch insofern in einem weiteren Sinn als eine "dingliche", als sie ein absolutes Recht, das Erbrecht (das ein selbständiger, zusätzlicher Erwerbgrund für Sachenrechte und Obligationen darstellt) zur Durchsetzung bringt - jedermann gegenüber, der sich zu ihm in Gegensatz stellt. Der richtige Beklagte ist derjenige, der die aus dem Erbrecht sich für den Kläger ergebende Beziehung zum Nachlass verletzt (vgl. besonders klar die Abhandlung von Leuch, SJZ 1938/1939 S. 353 ff). Durch das dingliche Surrogationsprinzip wird die Entleerung und Aushöhlung der Erbschaft während des Besitzes beim Beklagten in zweckmässiger Weise verhindert.

Zusammengefasst geht die Klage, wie der Herr Referent sehr richtig und scharf hervorhebt, auf alles, was zur Erbschaft in einem umfassenden Sinn "gehört". Sie ist nicht gleich der Summe der Einzelansprüche und hat zum Zweck die Auslieferung "restitution" alles dessen, was der Beklagte von der Erbschaft in Händen hält. In diesem Sinn der geschuldeten Realerbringung kann man durchaus von einer Leistungspflicht (wie auch bei der Eigentums- und Besitzrechtsklage) sprechen.

Eine besondere theoretische crux bilden im positiven schweizerischen Recht (wie bei der Besitzrechts- und Eigentumsklage) die obligatorischen Nebenansprüche der Erbschaftsklage. Zu unterscheiden wäre zunächst, ob die Beschädigung oder Besitzaufgabe (durch den bösgläubigen Besitzer) zu Lebzeiten des Erblassers erfolgten. Dann ist der Schädiger Erbschaftsschuldner; er ist grundsätzlich mit der ererbten Einzelklage zu belangen, kann aber dem Kläger die Erbenqualität bestreiten und unterliegt von diesem Zeitpunkt ab der Erbschaftsklage. Erfolgt die Entschädigung nach dem Erbfall und vor der Besitznahme durch den Erben, so wird der Erbschaftssachenbesitzende (bösgläubige) Schädiger, der das Eigentum und Erbrecht des Klägers verletzte, im Rahmen der Erbschaftsklage haftbar. Dieses Ergebnis ist unbestritten; es fragt sich nur, wie die Ersatzansprüche zu charakterisieren sind. Homberger (Komm. zur Art. 938 N. 40) fasst sie bei der Besitzes- und Eigentumsverletzung durch den bösgläubigen Besitzer (also bei der Einzelklage) als solche aus unerlaubter Handlung auf und nimmt Verjährung nach

Art. 60 OR an (also nicht Unverjährbarkeit wie die Eigentumsklage selbst, in deren Rahmen sie geltend gemacht werden). Dies entspricht gewissen Lehren des gemeinen Rechts (Vgl. die bei Westermann, Sachenrecht, II Aufl. 1951 S. 142 angegebene Lit.)

Aber schon aus der geschichtlichen Überlieferung, die zur modernen Eigentumsklage führte, muss geschlossen werden, dass die Nebenansprüche, die gegen den bösgläubigen Besitzer geltend gemacht werden, nicht nur prozessrechtlich sich mit ihr verbinden, sondern eine Folge der Verletzung des materiellen Vindikationsanspruches selbst darstellen: Die Vindikation war schon im gemeinen Rechte auf Herausgabe der Sache cum Homni causa gerichtet. (Vgl. Siber von allem 225; Enneccerus-Wolff-Raiser 328 ff; Westermann 156. In diesem Sinne auch die Dissertation von E. Keller, Diss. Zürich 1941, der von einer "gesetzlichen" Obligation spricht). Das Bundesgericht hat auch in seinem neuesten einschlägigen Entscheid (84 II 377 ff.) zu der Frage³⁾ beim Vindikationsanspruch keine Stellung genommen. Meines Erachtens kann auch für die Erbschaftsklage gegen den bösgläubigen Besitzer (die allgemein jede Verletzung des Erbrechts des Klägers erfasst) nicht zweifelhaft sein, dass die sog. Nebenansprüche nur besondere Auswirkungen des Erbschaftsanspruchs darstellen und der im Gesetz vorgesehenen Gesamtverjährung der Erbschaftsklage unterliegen. Obligatorische Ansprüche derselben Art liegen vor, wenn der bösgläubige Besitzer verschuldetermassen eine Erbschaftssache zu billig veräusserte. Hier versagt das Surrogationsprinzip für die Wertdifferenz. Im röm. und gemeinen Recht waren diese Zusammenhänge unbestritten (Vgl. über die Haftung des Besitzers für Fahrlässigkeit auch bei Besitzverlust D. 5, 3, 20, 2; 31,5) und machten den besonderen Vorzug der Erbschaftsklage aus. Was die subjektive Verantwortlichkeit angeht, so lässt Art. 940 Abs. 3 den (bösgläubigen) Besitzer für jedes *Verschulden* haften, wenn er nicht weiss, an wen er die Sache herausgeben soll. Die Auffassung des Gesetzes geht dahin, dass sonst der bösgl. Besitzer regelmässig objektiv haf-

3) Nimmt man unabhängige obligatorische Sonderansprüche an, so wäre eher an solche aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag als aus unerlaubter Handlung zu denken. Dies wäre erheblich für die Beweislast. Das Verschulden ist m.E. grundsätzlich nicht vom Kläger nachzuweisen.

tet für Abhandenkommen und Beschädigung der Sache durch Dritte und Naturereignisse, also für Zufall im Rahmen von Art. 103 (so auch Keller, a.a.O.).

Auch in der übrigen Kennzeichnung der Erbschaftsklage freue ich mich, die Übereinstimmung der vom Herrn Referenten geäußerten Auffassung mit der in der schweizer. Doktrin und Praxis vertretenen feststellen zu können. Nach einhelliger Auffassung schliesst die Erbschaftsklage die Herausgabe der vom Erbschaftsbesitzer innegehabten Vermögensvorteile und Gegenstände in sich; die Feststellung des Erbrechts des Klägers bildet für sie eine notwendige Voraussetzung der Verurteilung, die an der Rechtskraft teilnimmt. Aber es ergeben sich verschiedene Variationen: Wird die Klage (wegen Mangels des Erbrechts) abgewiesen, so erscheint diese Begründung nicht im Dispositiv des Urteils und ist nicht mit Rechtskraft bekleidet. Erfolgt ein Zuspruch, so ist der spätere Richter (etwa im Verfahren einer zweiten partiellen Erbschaftsklage) an den Vorentscheid gebunden, der nur bei Vorliegen eines Revisionsgrundes nach kantonalem Prozessrecht neu aufgerollt werden kann. Die blosser Feststellung des Erbrechts oder des Umfangs der Erbschaft kann nur ausnahmsweise Gegenstand einer besonderen Feststellungsklage sein (vgl. über das Verhältnis von kantonalen Prozessnormen zur Ordnung der Feststellungsklage nach Voraussetzungen des Bundesrechts neuerdings BGE 84 II 677 ff. mit Lit.). Jedenfalls liegt das Wesen der schweiz. Erbschaftsklage nicht in der Feststellung eines Erbenstatus (vgl. zur Diskussion im ital. Recht die Ausführungen von Schlesinger, 203 ff.).

Vgl. BGE 56 II 258 : bei Willensvollstreckung und amtlicher Erbschaftsverwaltung, wo der Beklagte selbst keinen Erbschaftsbesitz hat, ist ausnahmsweise eine blosser Feststellungsklage zulässig, die die Funktionen einer Erbschaftsklage erfüllt.

Zu der Ansicht des türkischen Kassationshofes, dass da, wo kein Konflikt über die Erbenqualität bestehe, die Regeln über die gewöhnliche Verjährung anwendbar seien, darf vielleicht folgendes bemerkt werden. Die Anwendbarkeit des Erbschaftsanspruches und seiner besonderen Regeln kann m.E. materiell nicht von dem abhängen, was der Beklagte im Prozesse vorbringt, d.h. ob er im Prozess gut- oder schlechtgläubig die Erbberechtigung des Klä-

gers bestreitet oder sich auf den Standpunkt des Einzeltitels stellt. Massgebend muss vielmehr die Bewertung seines Verhaltens nach dem materiellen Recht sein. Es dürften die folgenden Tatbestände auseinanderzuhalten sein : a) bestreitet der Beklagte das Erbrecht des Klägers nicht und macht er nur den Singulartitel geltend, so nimmt eine Meinung (Tuor, vgl. Schucan 68) an, dass durch diese Stellungnahme des Beklagten die Normen des Erbenspruches bzw. die Erbschaftsklage ausser Betracht fielen. Dies ist dann bedenklich, wenn der Beklagte den Singulartitel nur vorschützt, um einer schwerwiegenderen Verantwortlichkeit (z.B. der längeren Verjährung oder der Anwendung des Surrogationsprinzips) zu entgehen, welche sich mit der Verletzung der Erbenspruchs verbindet, oder um den Gerichtsstand zu bestreiten und dem Kläger so die Prozeskosten aufzubürden. Das wäre in höchstem Grade rechtsmissbräuchlich. Man muss die spezifischen Normen der Erbschaftsklage dem Urteil zugrunde legen, wenn der Beklagte seinen Sondertitel nicht beweisen kann. Umgekehrt fallen diese Regeln ausser Betracht, wenn und insofern der Beklagte die Nichtzugehörigkeit der eingeklagten Gegenstände zur Erbschaft nachweist. In diesem letzteren Fall muss die Einzelklage durch einen abweisenden Entscheid der Erbschaftsklage grundsätzlich präjudiziert sein. Auf die gewöhnliche Ersitzung kann sich der Beklagte nicht berufen, wenn er keinen Einzeltitel für eine vom Erblasser oder aus der Erbschaft stammende Sache substantiiert. Die Sache stammt dann eben aus der Erbschaft. Diese Zusammenhänge sind meisterhaft dargelegt in der Abhandlung von Leuch SJZ 35 (1938-39) 353 ff.

b) Bestreitet der Beklagte bloss das Erbrecht des Klägers oder beruft er sich daneben oder ausschliesslich auf einen Spezialtitel, so gelten entsprechende Überlegungen. Im ersten Unterfall (nur Bestreitung des Erbrechts) kann es freilich (anders Leuch a.a.O.) nicht darauf ankommen, ob der Beklagte beim Besitzerwerb vom Erbrecht gerade des Klägers wusste oder nicht. Allein schon durch die Bestreitung des Erbrechts verletzt er den Erbenspruch des Klägers, d. h. enthält er ihm die Erbschaftssache vor. Man kann wohl dahin zusammenfassen, dass der Beklagte, der das Erbrecht des Klägers bestreitet, immer zur Klage prozessual legitimiert ist. Seine Gut- oder Bösgläubigkeit liegt meist schon vor dem Prozess fest. Übri-

gens wird man bisweilen aus der prozessualen Bestreitung des Erbrechts durch den Beklagten vermuten können, dass er bereits bei Besitzerwerb oder schon doch vor Prozessbeginn bösgläubig war. Seine Zweifel, an wen er leisten soll im Sinne von Art. 940 Abs. 3, hat er in zumutbarer Weise zu beheben.

c) Endlich gehört noch ein dritter Fall zum Anwendungsbereich der Erbschaftsklage: Wenn der Beklagte gut- oder bösgläubig vor Prozessbeginn den Erbanspruch des Klägers verletzt hat, so kann er sich der Leistungspflicht etwa in Bezug auf Surrogate nicht deshalb entziehen, weil er nun, bei Prozessbeginn, die Erbenqualität des Klägers *nicht* bestreitet. Kann der das Erbrecht des Klägers bestreitende Beklagte ausserdem einen Spezialtitel dartun, so wird die Erbschaftsklage abgewiesen, weil die verlangte Sache nicht zur Erbschaft gehört - aber prozessual wird sie durchgeführt. Die Anwendung der besonderen Normen des Erbschaftsanspruches von der bloss prozessualen Berufung des Beklagten auf einen Sondertitel abhängig zu machen, würde eine durchaus unbefriedigende Vermischung von prozessualen und materiellen Gesichtspunkten bedeuten. (vgl. Leuch).

Aus den Bemerkungen des Herren Referenten ist mir freilich nicht ganz klar, ob mit den obigen Ausführungen auch die Ansicht des türkischen Kassationshofes von mir richtig wiedergegeben ist.

(Die Parteien). Die Ausdrucksweise des Gesetzes, dass zur Anhebung der Erbschaftsklage derjenige berechtigt ist, der Erbe zu sein "glaubt", ist zweifellos missverständlich. Es besteht aber in der schweiz. Doktrin und Praxis kein Zweifel darüber, dass, wie der Herr Referent für die türkische Auffassung richtig bemerkt, nur derjenige mit der Erbschaftsklage durchdringen kann, der seine Erbenqualität *nachweist*, d.h. der wirkliche Erbe. Zu ihrer prozessualen Erhebung muss freilich die Behauptung dieses Erbrechts genügen. Materiell wird vorausgesetzt, dass der Anspruchsberechtigte zuvor nach gesetzlicher Erbfolge oder kraft einer Verfügung von Todes wegen zum Erben *berufen* wurde und entweder angenommen oder nicht ausgeschlagen hat. Für den Berufenen, der seinen Berufungsgrund kennt, bedeutet die Erhebung der Erbschaftsklage in eigenem Namen die Annahme der Berufung. Der Auffassung des Herrn Referenten, dass derjenige, der sich in der irrigen Ansicht befindet, der nächste gesetzliche Erbe zu sein und

deshalb die Erbschaftsklage anstrengt, dadurch wie durch andere Handlungen der *pro herede gestio* nicht zum Erben werden kann, ist durchaus beizupflichten. Wird die Erbenqualität einem solchen vermeintlichen Erben allerdings vom Gegner nicht bestritten, so obsiegt er in diesem Prozess, unterliegt aber seinerseits der Erbschaftsklage gegenüber dem richtigen Erben. Das Urteil in der Erbschaftsklage stellt zwar implizite die Erbeneigenschaft des Klägers fest, hat aber auch in dieser Beziehung (wie die Eigentumsklage) nie die Rechtskraft eines Statusurteils, das auch gegen Dritte wirken könnte.

Es ist auch nach schweiz. Auffassung durchaus richtig gesehen, dass das Wesen der Erbengemeinschaft verlangt, Verfügungen über alle Erbschaftsgegenstände seien *einstimmig* von den Miterben zu treffen, was auch für die Klageerhebung gilt ebenso grundsätzlich für die Nutzung und Verwaltung. Zur Vermeidung von Unzuträglichkeiten kann, wenn nicht Erbschaftsverwaltung oder Willensvollstreckung besteht, nach Art. 602 Abs. III ein Erbenvertreter bestellt werden. Möglich ist die vertragliche Ueberlassung der Verwaltung an einen einzelnen Erben; vgl. über die Notfälle dringlicher Rechtswahrung durch einzelne Erben BGE 58 II 198.

Zu S. 6. Die türkische Rechtsprechung hat sich für die Frage, ob unter den Erben selbst eine Erbschaftsklage angestrengt werden könne, wenn ich Herrn Kollegen Gürsoy recht verstehe, in folgender Weise ausgesprochen: Sie lässt Erbschaftsklagen zwischen Miterben zu. Interessant wäre zu wissen, in welchen Fällen diese Zulassung erfolgt. Nach den Ausführungen des Herrn Referenten handelt es sich aber wohl um ein allgemeines Prinzip. Für die schweiz. Doktrin und Praxis kommt es keineswegs in Betracht; diese lassen — wie der Herr Referent mit aller Klarheit hervorhebt — immer nur die Teilungsklage unter Miterben zu — (neben Feststellungsklagen über den Umfang des Nachlasses oder die Höhe der Quoten). Die Anstellung der Erbschaftsklage unter auseinandergesetzten Miterben kommt freilich nach schweiz. Recht nach der Zuweisung der Lose im amtlichen Teilungsverfahren in Betracht¹. Bei vertraglicher Teilung müsste aus dem Teilungsvertrag geklagt werden.

Das türkische Kassationsgericht hat in dem im Referat erwähnten Fall entschieden, dass Miterben untereinander sich auf die Ersitzung berufen können. Auch dies würde dem Grundsatz des schweiz. Rechts von der Unverjährbarkeit der Teilungsklage widersprechen und in Wahrheit die partielle Verjährung des Teilungsanspruchs durch das Institut einer (bloss extinctiven?) Verjährung einführen. Diese Auffassung steht offenbar — wenn ich recht sehe — mit der andern, vom Herrn Referenten ausführlich dargestellten und kritisierten im engen Zusammenhange, dass unter Miterben (in Bezug auf die Zugehörigkeit einzelner Sachen zum Nachlass) nicht Feststellungs-, sondern Erbschaftsklagen möglich seien.) Ich nehme nicht an, dass das Oberste türkische Gericht eine Ersitzung von Erbschaftssachen im Auge hat, die ein Miterbe bereits bei Lebzeiten des Erblassers in Besitz nahm. Oder handelt es sich um die Inbesitznahme von Erbschaftssachen, von denen der Miterbe glaubte, sie gehörten nicht zur Erbschaft (abhanden gekommene Sachen, die ihm von einem Dritten übergeben wurden) ? Oder konnte im zugrundeliegenden Tatbestand der Miterbe irrtümlich annehmen, die streitigen Erbschaftsgegenstände seien ihm von den anderen Miterben übertragen worden, d.h. durch partielle Realteilung aus der Erbschaft ausgeschieden — während sie ihm in Wirklichkeit nur zur Verwaltung oder Nutzung von den Miterben überlassen wurden ? Nur für diesen letzteren Fall käme, wie das schw. Bundesgericht annimmt (BGE 69 II), die Verjährung der unter Miterben anwendbaren Feststellungsklage in Betracht, dass die Sache zur Erbmasse gehöre. Für sie müsste freilich die gewöhnliche Ersitzungsfrist gelten (unter den etwa von Tuor, schweiz. ZGB aufgezählten Typen von Ersitzungstatbeständen wäre gegeben derjenige unter 1).

Der Herr Referent meldet, so scheint uns, mit vollem Recht Bedenken gegen diese Auffassung der türkischen Praxis an. Bei der Erbengemeinschaft können nur alle Miterben zusammen die Klage erheben; dasselbe gilt für die Besitzrechtsklage, die *action petitoire*. Die Teilungsklage soll ihre internen Konflikte nach dem System des ZGB ausschliesslich zum Ausgleich bringen. Diese

4) Und zwar zur Herausgabe von Gegenständen, die dem Kläger zugeteilt sind, sich aber im Besitze des Beklagten befinden.

Auslegung wird vor allem durch die Ueberlegung gerechtfertigt, dass ein (unverjährbarer) Teilungsanspruch allein dem Wesen des schweiz. Gesamthandverhältnisses entspricht. Eine Verjährung von Ansprüchen innerhalb einer so eng auch auf ethische Bindung abgestellten Personengemeinschaft würde der objektiven Rechtslage (Gemeinsamkeit aller Rechte von Gesetzes wegen) widersprechen. Vgl. auch BGE 69 II 366; 75 II 293, wo ausdrücklich die Ersitzung unter Miterben abgelehnt wird. Aber zweifellos hängt diese Lösung zusammen mit der besonderen Natur der positivrechtlichen schweiz. Erbengesamthand. Dass auch andere weniger straffe Lösungen denkbar sind, zeigt das deutsche Recht. Nach § 2039 BGB kann ein Miterbe den Erbschaftsanspruch geltend machen mit dem Begehren der Leistung an alle zusammen; umgekehrt wird dort auch der Erbschaftsanspruch gegen einen Miterben auf Einbringung von Erbschaftsgegenständen, die sich bei diesem befinden oder deren Zugehörigkeit zur Erbschaft er bestreitet, gewährt. Ferner kennt das deutsche Recht nicht das Prinzip der Einstimmigkeit für die Verwaltung (Mehrheitsbeschluss nicht nach gleichem Kopfstimmrecht, sondern nach der Höhe der Erbschaftsquoten auf Grund von § 2038/743 BGB; vgl. *Coing*, p. 382). Im italienischen Recht, wo keine Gesamthand besteht, kann der einzelne Miterbe seine quota pro indiviso Dritten gegenüber verlangen und hier bestehen, angesichts der sehr individualistischen Struktur der Erbengemeinschaft, auch keine Bedenken gegen eine Geltendmachung von Erbschaftsansprüchen auch gegenüber Miterben (*Schlesinger*, *Petizio di eredita* 16 ff.) — aber ohne dass dadurch der Teilungsanspruch praejudiziert wird (vgl. die bei *Schlesinger* p. 17 angegebene Lit.). Man könnte sich denken, dass wenn die italien. Doktrin eine Ersitzung von Einzelsachen unter Miterben zuliesse (was ich nicht feststellen konnte), diese andererseits wieder bei der Teilung dem durch die Ersitzung Begünstigten dem Werte nach angerechnet würden. Ich weiss nicht, ob die türkische Praxis in dieser Richtung geht. Da aber im italienischen Recht sowohl die Erbschaftsklage wie diejenige auf Teilung unverjährbar sind, ergeben sich weniger Unzuträglichkeiten als im Rahmen des ZGB mit seiner für beide Klagen verschiedenen Regelung der Verjährung.

Art. 599 ist anerkanntermassen unpräzis und unglücklich gefasst.

a) Das Erfordernis des Erbschaftsbesitzes beim Beklagten wird bei uns — wie dies auch vom Herrn Referenten zutreffend dargestellt wird — nicht in dem Sinne aufgefasst, dass der Beklagte eine körperliche Erbschaftssache in Händen haben muss. Er muss etwas aus der Erbschaft als Universitas dem Kläger vorenthalten. Die Erbschaftsklage findet insbesondere auch Anwendung gegen einen Erbschaftsschuldner, der die Leistung deshalb nicht erbringt, weil der Kläger nicht zum Erben qualifiziert sei. Dann kann unter Umständen die Erbschaftsklage in ihrem Inhalt der Einzelklage sehr nahe kommen (besonders wenn der Beklagte nicht noch ausserdem Erbschaftssachen in Besitz nahm). Hier darf man davon ausgehen, dass der Schuldner meist nach den Massstäben zu verurteilen ist, die für den Einzeltitel, also die Forderung selbst gelten; eine andere Verjährungsfrist als die ordentliche der Einzelschuld darf im Regelfall nicht zur Anwendung kommen. Daran kann auch die prozessuale Bestreitung des Erbrechts des Klägers durch den Beklagten nichts ändern (vgl. S. 9 ff.). Eine andere Lösung drängt sich aber dann auf, wenn der Beklagte schon früher, vor der Belangung, das Erbrecht des Klägers bestritten hat (sei es, dass er mit der Prätention Erbe zu sein, Erlöschung der Schuld durch Konfusion behauptet oder die spätere Anrechnung derselben bei der Teilung als angeblicher Miterbe verlangt hat, sei es, dass er sich als possessor pro possessore bloss begnügt hat, das Erbrecht des Klägers zu bestreiten). Dann hat er materiell das Erbrecht des Klägers durch diese Bestreitung schon früher verletzt; die Verjährung des Erbschaftsanspruchs läuft von diesem letzterwähnten Augenblick ab für den Kläger. Ob die kürzere Verjährungsfrist der Erbschaftsklage auch umgekehrt durchschlägt, wenn bei ihrem Ablauf die Singularklage noch nicht verjährt ist, darf man füglich bezweifeln. M.E. muss sich in diesem Fall der Erbschaftskläger auf die längere Verjährungsfrist berufen können, da der Beklagte die Einzelklage immer durch Aufwerfen eines Erbstreits zu Fall bringen könnte.

Es trifft durchaus zu, dass sich die Erbschaftsklage auch gegen diejenigen Besitzer richte, die "unkörperliche Sachen" innehaben. Dazu gehören auch Forderungen. Verf. zitiert mit Recht in diesem Zusammenhang die gültigen dogmatischen Darlegungen von Binder, III 395, der (für die gleiche Rechtslage im BGB) ausführt, dass sich die Klage auf jeden Nachlasswert richte, der an den Klä-

ger herauszugeben sei. Er nennt, wie das auch in der schweiz. Lit. geschieht, in diesem Zusammenhang u.a. die Grundbuchposition (Eintragung des Beklagten im Grundbuch als Gesamtnachfolger des Erblassers), Eintragung im Handelsregister als Inhaber einer Firma, die zur Erbschaft gehört. Auch die Innehabung von Sachen zur Ausübung von Retentionsrechten zählt hier mit.

b) Die Ausführungen des Herrn Referenten, der Erbschaftsbesitzer brauche nicht notwendig die Sache in eigenem Interesse zu gebrauchen, verstehe ich in dem Sinne, dass der Erbschaftsbesitzer (was auch der schweiz. Auffassung entspricht) nicht Eigenbesitzer sein muss, sondern dass die Erbschaftsklage gegen Personen gerichtet werden kann, die als Mieter, Gebrauchsleiher und ähnliche obligatorisch und dinglich Berechtigte auftreten, also gegen unmittelbare Besitzer. Sofern sie zu Unrecht solche besonderen Inhabeverhältnisse zur Sache behaupten (und zugleich dem Kläger das Erbrecht bestreiten) unterliegen auch sie gleichwohl dem Erbschaftsanspruch. Nicht passiv legitimiert wären aber etwa der Gutsverwalter u.a. blosse Besitzgehilfen. Andreerseits figurieren auch Willensvollstrecker, Erbschaftsverwalter usw. unter den richtigen Beklagten (interessant für die Problemstellung die Ausführungen von Schlesinger, 72 ff.).

In der deutschen Doktrin (cf. Coing, S. 365) wird betont, dass dem Erbschaftsanspruch auch das unterliegt, was der Besitzer vom wahren Erben ausgehändigt erhielt, der an das Erbrecht des Prätendenten glaubte. Auch mir scheint, dass die Auffassung von Leuch (dass der Erbschaftsanspruch nie in Frage komme, wenn die Erbschaftssachen bereits vom Erben in Besitz genommen wurden) in diesem Sinne ergänzt werden muss (vgl. auch Referat, S. 9). Wie der Herr Referent überzeugend nachweist, ist die Erbschaftsklage immer ausgeschlossen da, wo der Beklagte Sachen fortgenommen hat, die der Erbe nach dem Tode des Erblassers bereits in seinen Besitz gebracht hat; grundsätzlich ist er nur der *rei vindicatio* oder der Besitzklage unterworfen.

Zu c) : Durchaus der schweizer. Auslegung entsprechen die Ausführungen des Herrn Referenten, dass die Erbschaftsklage u.U. gegeben werden muss, wenn eine Sache des Nachlasses noch zu Lebzeiten des Erblassers erlangt war. So im Fall, dass sie dem Erblasser abhanden kam oder von ihm ausgeliehen, aber nicht zurückgegeben wurde usw. Sie gehört zur Erbschaft, d.h. zu den

Gegenständen, die auf den Erben übergehen und die er sich mit der Erbschaftsklage verschaffen kann, selbst wenn sie nicht Eigentum des Erblassers war. Es kommt, wie der Herr Referent einleuchtend dartut, nicht darauf an, dass der Beklagte bei der Besitznahme bereits ein Erbrecht verletzte. Dieser letztere Standpunkt kann nur massgeblich sein nach der deutschen Regelung (Fassung von § 2018 BGB).

Es ist zweifellos einhellige Ansicht in der Schweiz. Literatur und Judikatur, dass auch der *possessor pro possessore passiv* legitimiert ist (wie heute auch im ital. Recht). Gewiss ist der *possessor pro possessore* eine Erscheinung, die in der Praxis selten vorkommt (Leuch) und den die römischen Quellen nicht ohne Unrecht als *Praedo* charakterisieren. Aber dies ist nicht immer der Fall. Der Sachbesitzer, der den Erbanspruch des Klägers bestreitet ohne ein eigenes Erbrecht zu behaupten (er sagt: Dir gegenüber bin ich nicht zur Herausgabe verpflichtet) wird sich meist zugleich, schon um nicht nach aussen als Dieb oder Unterschlager zu erscheinen, auf einen Singularanspruch berufen. Er wird das nur unterlassen, wenn er sicher ist, dass der Kläger das Erbrecht sich anmasst, oder aber weil offenbar ihm kein Singularanspruch zusteht. Dabei ist er meist bösgläubiger Besitzer (der die Erbschaftsgegenstände bereits unter Verletzung fremden Erbrechts an sich genommen hat oder aber den fremden Erbanspruch dadurch verletzt, dass er sich weigert, sie an den ihm bekannten Erben herauszugeben). In diesem letzten Fall unterchlägt oder veruntreut er meist die Erbschaftsgegenstände. Das ist der von den römischen Juristen bereits eindeutig negativ bewertete *Praedo*. Daneben kommt aber noch eine andere, ethisch immer einwandfreie Haltung in Betracht: Wenn einem selbständig und verantwortungsvoll handelnden Erbschaftsbesitzer die erbrechtliche Lage als unklar erscheint (Er ist z.B. überzeugt, dass ein Testament, auf das sich der Kläger beruft, ungültig ist oder durch ein zweites, inzwischen verlorengegangenes überholt ist, dass ein Erbunwürdigkeitsgrund vorliegt, ein Verschollener noch lebt, der Ansprecher nicht der nächste Erbe ist usw.) Soviel an ihm liegt, will dieser Besitzer *pro possessore* die Erbschaft nicht an den Kläger ausliefern. Er übernimmt im Interesse einer objektiven Abklärung die gerichtliche Bestreitung der Erbenqualität des Klägers. Solche Uebernahmen des Prozesses

und seiner Risiken im Interesse Dritter oder der Gerechtigkeit allein werden seltener sein, sind aber nicht undenkbar. Es könnte z.B. ein Verwandter, der besondere Autorität in der Familie hat oder sich beilegt, im Interesse schwächerer Familienmitglieder in solcher Art gegen einen Erbprätendenzen auftreten wollen. Ich weiss nicht, ob solche Konstellationen nach der türkischen Sitte in Betracht zu ziehen sind. Es wäre höchst interessant des Näheren zu erfahren, warum türkische Autoren und jüngste Entscheidungen des Kassationsgerichtes als passiv legitimiert nur den possessor pro herede zulassen. Hängt dies zusammen mit der Stellungnahme gegenüber bestimmten Gebräuchen oder Missbräuchen?

Eine kurze Bemerkung schliesslich noch zur *Frage des guten oder bösen Glaubens des Beklagten*. In welchem Zeitpunkt muss guter Glaube vorliegen? Escher, S. 122 N. 22 stellt etwa grundsätzlich auf die Besitznahme ab, modifiziert aber meines Erachtens richtig dadurch, dass bei späterer bösgläubiger Inbesitznahme einzelner Erbschaftsgegenstände, der gutgläubige Besitz auch für das Ganze der Erbschaft von diesem Augenblick ab dahinfällt. Der Satz, dass *mala fides superveniens nocet* (der ja auch für die Ersitzung gilt - Art. 728 Abs. I) ist in dieser Form bei der Erbschaftsklage umso gerechtfertigter, als die Verletzung des Erbrechts nach schweiz. Recht nicht nur durch Besitzergreifung der Erbschaft, sondern vornehmlich durch ungerechtfertigte Weigerung der Herausgabe derselben erfolgen kann (vgl. zur Frage in einem weiteren Rahmen auch Schlesinger 64 ff.; Binder, Rechtsstellung des Erben IV 382 f., der mit Recht den Zeitpunkt der Vorenthaltung als entscheidend betont). Wie beim Besitz im allgemeinen gilt auch für die Erbschaftsklage der Satz, dass die besondere Haftung des bösgläubigen Besitzers (mit der Modifikation von Art 940 Abs. II) mit seiner Kenntnis des verletzten Erbrechts eintritt, auch wenn er bei der Besitznahme selbst gutgläubig war (Homburger, Kommentar zu Art. 938 Note 7). Nachheriger Eigentumserwerb (z. B. durch Kauf der Erbschaftssachen von Erben) kann nicht der Haftung für früher gezogene Früchte entbinden. Geht man freilich — wie dies offenbar vom türkischen Kassationsgericht entschieden wurde — von der Voraussetzung aus, dass die Erbschaftsklage (wie im BGB) nur einen Streit zwischen einem wirklichen und einem Scheinerben darstellt, so wären die Ansprüche auf

Herausgabe von Erbschaftssachen gegen andere Personen auf die Einzelklagen beschränkt. Auch das deutsche BGB kennt dort das Surrogationsprinzip nicht. Es kommt bei solcher rechtlicher Gestaltung nur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung, unechter Geschäftsführung, unerlaubter Handlung oder Besitz in Frage. Offen bleibt die Möglichkeit, die Einzelklagen in analoger Anwendung der Sätze der Erbschaftsklage in angemessener Weise zu erweitern. Ob dafür ein Bedürfnis besteht, kann ich nicht beurteilen - nur wäre es auch dann wohl einfacher, die Erbschaftsklage anzuwenden.

Höchst belangreich ist das Aufwerfen des Problems, ob die Erbschaftsklage sich gegen dritte Personen richten könne, die vom 1. Erbschaftsbesitzer Erbschaftssachen erhalten haben. Dies wird in der Tat auch bei uns allgemein bejaht — unter der vom Herrn Referenten klar herausgehobenen Voraussetzung, dass nicht bereits diese Gegenstände kraft gutgläubigen Erwerbs aus der Erbschaft ausgeschieden sind. Gegenüber einem bösgläubigen Erwerber und in den andern Fällen, wo der gutgläubige Erwerb nicht stattfinden kann (Ersitzungsfälle) ist die Erbschaftsklage zweifellos anwendbar (vgl. auch Schlesinger, 89). Besonders dankbar ist der schweiz. Jurist für das zusammenfassende Kap. II über die Anwendung der Erbschaftsklage im türkischen Recht. Das Hauptergebnis, dass sie in der Türkei nur in ganz seltenen Fällen verwendet wird, ist für uns überraschend und dürfte sich aus soziologischen Voraussetzungen, insbes. anderen Erbsitten erklären. Der Herr Referent steht nicht an — worauf ich etwas später noch mit einem Wort zurückkomme — die altüberlieferten Rechtsanschauungen, die ja im Gebiet des Familien- und Erbrechts naturgemäss überall vom Volksbewusstsein festgehalten werden, hierfür heranzuziehen. Soviel mir bekannt ist, hat ja auch das islamische Erbrecht seit dem Mittelalter die intensivste Behandlung erfahren. Die Vermutung des Verf., dass auch in der Schweiz die Erbschaftsklage nur in ganz seltenen Fällen Anwendung findet, gründet sich wohl auf die relativ seltenen höchstrichterlichen Urteile und auf das in diesem Punkt nicht zutreffende Urteil der Dissertation von Schucan. Tatsächlich finden zwar oft Vergleiche bzw. freiwillige Erfüllung des Erbschaftsanspruchs besonders nach Obiegen der Ungültigkeitsklage oder Herabsetzungsklage statt (un-

ter Miterben ja ohnehin keine Anwendung). Aber generell ist die Erbschaftsklage in der Schweiz *häufig*, die Geltendmachung von Singularansprüchen in Erbstreitigkeiten umgekehrt durchaus selten. Nach den Ausführungen des Herrn Referenten bildet in der jur. Diskussion in der Türkei den Stein des Anstosses die Verjährung, nämlich die Notwendigkeit der Anerkennung einer ausserordentlichen Verjährung nach Art. 662 für Grundstücke, — was offenbar mit der in der Türkei noch mangelnden Ausgestaltung des Grundbuchwesens zusammenhängt und wohl auch dem usus, Erbteilungen lange hinauszuschieben. In den schweiz. Kantonen, die das Grundbuch noch nicht eingeführt haben, ist diese Schwierigkeit nicht festzustellen. Die Türkische Praxis hat nicht einfach die Anwendung der Erbschaftsklage ausgeschlossen und sich auf die Unverjährbarkeit der Teilungsberechtigung berufen, sondern entschieden, dass 1) unter Miterben die verjährende Erbschaftsklage Anwendung finde und 2) (wenn ich recht sehe), dass die gewöhnlichen Ersitzungsregeln (also in casu die 30-jährige Frist der ausserordentlichen Ersitzung) nicht durch Art. 599 Abs. II ausgeschlossen seien, d.h. wohl auch, dass eine bereits begonnene Verjährungsfrist weiter läuft, auch wenn die Liegenschaft einer Erbengemeinschaft anfällt, deren Mitglied der Besitzer ist. Die Ausführungen des Herrn Referenten halten zutreffend - vom Standpunkt des schweiz. Rechts - diese Lösung nicht für systemgetreu. Immerhin darf darauf hingewiesen werden, dass auch das Bundesgericht in einem Entscheid im 69. Bd. auf die Frage zu sprechen kommt, ob die Verjährungseinrede gegenüber der Erbschaftsklage nicht auch analoge Anwendung unter Miterben finden könne, nämlich für die Frage der Feststellung des Miterb-rechts.

Der eigentliche Grund für die seltene Anwendung der Erbschaftsklage in der Türkei liegt nach den interessanten Erklärungen des Herrn Referenten darin, dass das früher geltende (islamische?) Recht eine entsprechende Klage nicht kannte, sondern nur ein prozessuales Mittel, das eher als eine Klage auf Feststellung der Erbenqualität zu kennzeichnen sei. Die Erbschaftsklage des ZGB ist deshalb noch weitgehend unbekannt und unpopulär. Ich frage mich, ob nicht gerade die relativ kurze Befristung von einem Jahr gegenüber gutgläubigen Besitzern die Praxis dazu verlockte, die

Klage unter Miterben zuzulassen, um tatsächliche, d.h. einseitig nach alten Gebräuchen erzwungene Erbteilungen zu sanktionieren. Durch solche Praxis wird es vielleicht ermöglicht, kompliziertere Vorschriften sowohl der Erbschaftsklage wie der Teilung durch das Ausschalten der Gerichte einfach fernzuhalten. Der Herr Referent weist dann endlich noch darauf hin, dass die besonderen vom schweiz. Gesetzgeber mit der Erbschaftsklage verbundenen Sicherungsmassnahmen überflüssig sind im Hinblick auf ähnliche ebenso weitgehende die im türkischen Zivilprozess offenbar schon generell zur Verfügung stehen. Auf Grund der einseitigen Thesen der Dissertation Schucan und im Hinblick auf die türkische Praxis war es durchaus berechtigt, dass sich der Herr Referent fragte ob die Erbschaftsklage im schweiz. Recht und im türk. Recht nicht ein blosses historisches Relikt der gemeinrechtlichen Tradition darstellt und ohne praktische Bedeutung und Notwendigkeit sei. Wie schon bemerkt wurde, trifft das nicht für die schweiz. Verhältnisse zu. Das Institut der Besitzrechtsklage ist viel weniger in die jur. Praxis übergegangen als der Erbschaftsanspruch. Es wäre in übrigen auch sehr interessant zu erfahren, wie die ja keineswegs einfache und zweckmässige Regelung der amtlichen Erbschaftsteilung im türkischen Recht funktioniert. Es sind Probleme der Wirklichkeit des Rechts. Sie können natürlich nicht von der empirisch-statistischen Seite her gelöst werden.

Die Abhandlung des Herrn Kollegen Gürsoy ist ein schönes, vorbildliches Beispiel für eine fruchtbare rechtsvergleichende Untersuchung ; sie zeigt uns schweiz. Juristen eindrucklich, welche interessanten Aspekte und fruchtbaren Möglichkeiten der Diskussion die Zusammenarbeit mit der türkischen Schwesterwissenschaft auch für unser Recht bieten kann. Es kommt für die Berechtigung der Erbschaftsklage letzten Endes darauf an, ob sie im Rechtssystem und der Praxis eine sonst fühlbare Lücke ausfüllt. M.E. dürfte wohl auch für das türkische Recht dies, vor allem im Hinblick auf ihren Gesamtcharakter und das in ihr verwirklichte Surrogationsprinzip, zu bejahen sein. Beides sind schöpferische Rechtsprinzipien, die einer lebendig sich entwickelnden, modernen Rechtsordnung gemäss erscheinen. Entscheidend dürfte der Grundgedanke sein, dass die Erbschaft als eine Gesamtheit, ein weiterer Inbegriff von materiellen und Besitzrechten erfasst wird. Die rechtliche Regelung

entspricht den zu erfassenden wirtschaftlichen Substraten in elastischer Weise. Diese Konzeption ist kaum überholt oder veraltet; sie mag gelegentlich und vielleicht häufig dort als zu kompliziert erscheinen, wo einfach gelagerte ländliche Verhältnisse ohne bedeutenden Güterverkehr das Erbrecht weniger als Teil des Vermögensrechts erscheinen lassen, denn als Teil der Familienordnung. Auch die Erwägung, dass das Institut an einer sichtbaren Stelle des Gesetzes seine Ordnung fand und sich nicht in der Anwendung und Modifikation von Einzelklagen stückhaft verliert und verbirgt, dürfte im Zusammenhang der Rezeption des Schweiz. Zivilgesetzbuches in der Türkei vielleicht nicht ganz auszuschalten sein — nicht nur im Hinblick auf die Darstellung des Rechts in den Vorlesungen der Universitäten, sondern auch in Berücksichtigung des vielleicht etwas romantischen, schwer erreichbaren, aber berechtigten Ideals der möglichen Uebereinstimmung von Gesetz, Lebenswirklichkeit und Volksanschauung, das *Eugen Huber* so sehr am Herzen lag. Vielleicht würde die Durchführung eines Universalpetitums erleichtert, wenn man für seine Konkretisierung die Mitwirkung amtlicher Instanzen prozessual einbauen könnte, die in die persönlichen lokalen Verhältnisse der Parteien Einblick haben können. Wie das deutsche BGB eine Auskunftspflicht des Beklagten festzulegen, dürfte schweren Bedenken begegnen. Auch für den *possessor pro herede* ergeben sich hier peinliche Konfliktsituationen. Erbstreitigkeiten werden erfahrungsgemäss mit grosser Leidenschaft geführt. Ein Offenbarungseid, der ja auch in Deutschland in hohem Masse missbraucht wird, würde jedenfalls nach schweizerischem Rechtsempfinden strikt abgelehnt werden müssen.