



## Unberechtigter Besitz an Fahrnis im Erbgang

### Fragen des gutgläubigen Erwerbs, der Ersitzung und der Verantwortlichkeit im Zusammenspiel von Erb- und Sachenrecht

CHRISTOPH BAUER

783

*Ausgangspunkt der Untersuchung bildet die Frage, ob und inwiefern der gute oder böse Glaube eines Erblassers bezüglich seines unberechtigten Besitzes an Fahrnis nach seinem Tod relevant bleibt. Nach einer Einführung in die relevanten Grundfragen des Erb- und Sachenrechts untersucht der Autor für die Erbengemeinschaft, den im Rahmen der Erbteilung übernehmenden Erben sowie einen Vermächtnisnehmer, ob ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten (Art. 933 ff. ZGB) oder eine Ersitzung (Art. 728 ZGB) möglich ist und wie sich die Verantwortlichkeit nach Art. 938 ff. ZGB auf die Involvierten verteilt.*

*Le point de départ de la présente étude est la question de savoir si, et dans quelle mesure, la bonne ou mauvaise foi du défunt quant à sa possession illégitime de choses mobilières demeure déterminante après son décès. Après une introduction concernant les principales questions pertinentes du droit des successions et des droits réels, l'auteur examine si une acquisition de bonne foi entre en ligne de compte lorsque l'aliénateur n'a pas le pouvoir de disposer (art. 933 ss CC) ou si une prescription acquisitive (art. 728 CC) est possible, en ce qui concerne la communauté héréditaire, l'héritier reprenant dans le cadre du partage successoral ou un légataire ; il étudie également la répartition de la responsabilité selon les art. 938 ss CC entre les personnes concernées.*

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Rechtsposition des Erblassers zu Lebzeiten
  - A. Besitz und Wille
  - B. Relevanz des erblasserischen Glaubens für seine Rechtslage
    1. Guter Glaube und Gutglaubensschutz
    2. Bösgläubiger Erblasser
    3. Gutgläubiger Erblasser
- III. Der erblasserische Besitz im Erbgang
  - A. Erbgang als vermögensrechtlicher Vorgang
  - B. Vererblichkeit des Besitzes
  - C. Vererblichkeit des guten oder bösen Glaubens des Erblassers?
- IV. Rechtslage nach dem Erbgang
  - A. Vorbemerkungen
    1. Gebotene Aufmerksamkeit nach Art. 3 Abs. 2 ZGB
    2. Gut- oder Bösgläubigkeit der Erbengemeinschaft
  - B. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten nach Art. 933 ff. ZGB
    1. Erwerb durch die gutgläubige Erbengemeinschaft durch Erbgang
    2. Erwerb durch den gutgläubigen, übernehmenden Erben durch Erbteilung
    3. Erwerb durch einen gutgläubigen Vermächtnisnehmer
  - C. Ersitzung nach Art. 728 ZGB
    1. Ersitzung durch die gutgläubige Erbengemeinschaft
    2. Ersitzung durch den gutgläubigen, übernehmenden Erben
    3. Ersitzung durch den Vermächtnisnehmer
  - D. Verantwortlichkeit für unberechtigten Besitz nach Art. 938 ff. ZGB
    1. Verantwortlichkeit der Erbengemeinschaft
    2. Verantwortlichkeit des übernehmenden Erben
    3. Verantwortlichkeit des Vermächtnisnehmers
- V. Fazit

#### I. Einleitung

Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit dem unberechtigten Besitz an Fahrnis im Erbgang. Dieses Problem stellt sich im Rechtsleben häufig, wenn der Erblasser<sup>1</sup> Sachen ohne Recht zum Besitz<sup>2</sup> besass und diese an die Erben oder einen allfälligen Vermächtnisnehmer übergehen. Unter anderem stellen sich folgende Fragen: Bleibt ein guter oder böser Glaube des Erblassers auch für seine Rechtsnachfolger verbindlich? Ist für die Rechtsnachfolger ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten oder eine Ersitzung möglich? Wie ist die Rechtslage bezüglich der Verantwortlichkeit und Ansprüche aus unberechtigtem Besitz?

Als Konstellation geht die vorliegende Untersuchung vom Fall aus, dass ein Erblasser mehrere Erben hinterlässt. Die Sache fällt entsprechend zunächst an eine Erbengemeinschaft und wird in der Folge weiterübertragen,

<sup>1</sup> Zur sprachlichen Vereinfachung wird die maskuline Genusform in einem generischen Sinn verwendet, die sich auf Personen beider Geschlechter bezieht.

<sup>2</sup> Es geht hier also primär um Sachen, die der Erblasser gestohlen hat oder von einem nicht Verfügungsberechtigten Veräußerer oder aufgrund eines ungültigen Kausalverhältnisses erhielt. Besitzt der Erblasser die Sache hingegen aufgrund eines Vertragsverhältnisses (z.B. Miete, Gebrauchsleihe, Hinterlegung) geht dieses durch den Erbgang im Grundsatz ebenfalls auf die Erbengemeinschaft über (s. dazu hinten bei FN 39; zu den Ausnahmen s. die Referenz hinten in FN 120). Neben den sachenrechtlichen stehen dem Vertragspartner des Erblassers auch obligationenrechtliche Ansprüche zur Verfügung; diese im Verhältnis zur Erbengemeinschaft relevanten Ansprüche stehen nicht im Zentrum dieser Untersuchung, doch wird bisweilen darauf hingewiesen (s. insb. hinten FN 120, 154).

sei dies an einen Erben im Rahmen der Erbteilung, sei dies als Vermächtnis an einen Vermächtnisnehmer. Aus dieser komplizierteren Konstellation lässt sich die Rechtslage bei einem Alleinerben leicht ableiten, der die Sache zu Alleineigentum erhält und gegebenenfalls als Vermächtnis weiterüberträgt. Da die vorliegende Untersuchung verschiedene zum Teil umstrittene Grundfragen des Erb- und Sachenrechts streift, sind thematische Eingrenzungen unabdingbar. So befasst sich die Analyse einzig mit Fahrnis; entsprechende Fragen bei Grundstücken klammert sie aus und weist auf die spezifischen Regelungen für Kulturgüter nur am Rande hin.

## II. Die Rechtsposition des Erblassers zu Lebzeiten

Als Grundlage für die nachfolgenden Ausführungen muss zunächst kurz die Rechtsposition des Erblassers zu Lebzeiten beleuchtet werden. Hierfür ist einleitend der Einfluss des Willens auf den Besitz zu klären (dazu A.), um dann auf die Rechtslage bei gutem oder bösem Glauben des unberechtigt besitzenden Erblassers einzugehen (dazu B.).

### A. Besitz und Wille

Im Verhältnis von Besitz und Wille ist unklar, ob der Besitz neben der tatsächlichen Gewalt über eine Sache (vgl. Art. 919 Abs. 1 ZGB) auch einen Besitzwillen voraussetzt<sup>3</sup>. Nach der heute h.L. setzt der Besitz zwar ein subjektives Element voraus, doch beschränkt sich dieses darauf, die Sachherrschaft ausüben zu wollen. Für die überwiegende Lehre ist der Besitzwille Teil der Sachherrschaft, da Sachherrschaft ohne Wille nicht möglich sei<sup>4</sup>;

<sup>3</sup> Vgl. dazu eingehend THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1, Basel 2014, Nr. 1205 ff. Zur ebenfalls str. Frage, ob der Besitz neben der faktischen Komponente auch ein subjektives Recht sei s. SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1165 ff. m.w.H. Diese kann vorliegend ausgeklammert bleiben, da sich solche subjektiven Rechte jedenfalls als Rechtsfolge aus dem Besitz als einer durch die rechtlichen Verhältnisse bestimmten Tatsache (tatsächliche Sachherrschaft oder gleichgestellter Sachverhalt) ergeben (s. SUTTER-SOMM [FN 3], Nr. 1167 m.w.H.).

<sup>4</sup> ARTHUR HOMBERGER, Zürcher Kommentar, Art. 919–977 ZGB, Bd. IV 3, 2. A., Zürich 1938 (zit. ZK-HOMBERGER), Art. 919 ZGB N 6; EMIL W. STARK, Berner Kommentar, Art. 919–941 ZGB, Bd. IV/3/1, 3. A., Bern 2001 (zit. BK-STARK), Art. 919 ZGB N 27; WOLFGANG ERNST, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, 5. A., Basel 2015 (zit. BSK ZGB II-BEARBEITER), Art. 919 ZGB N 15 ff.; SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1207; RUTH ARNET/PAUL EITEL, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo

andere Autoren behandeln Sachherrschaft und Besitzwille hingegen als separate Voraussetzungen des Besitzes<sup>5</sup>.

Unabhängig von der vertretenen Auffassung ist für den Besitz als solchen jedenfalls nur ein inhaltlich stark limitierter, auf die tatsächliche Beherrschung der Sache berichteter Wille erforderlich<sup>6</sup>. Insbesondere bleibt für den Besitz ohne Belang, ob ein Besitzer bezüglich seiner fehlenden Berechtigung zum Besitz gut- oder bösgläubig ist<sup>7</sup>. Das subjektive Element der Gut- oder Bösgläubigkeit bildet folglich auch nicht Teil des Besitzes<sup>8</sup>.

### B. Relevanz des erblasserischen Glaubens für seine Rechtslage

Ist es zwar für den unberechtigten Besitz als solchen ohne Bedeutung, ob der Erblasser gut- oder bösgläubig ist, prägt sein guter oder böser Glaube die für und gegen ihn offenstehenden rechtlichen Möglichkeiten<sup>9</sup>. Nach einer Rekapitulation des Begriffs des guten Glaubens sowie des Gutglaubensschutzes (dazu 1.) werden die Rechtslagen des Erblassers bei bösem (dazu 2.) oder gutem Glauben (dazu 3.) gegenübergestellt.

#### 1. Guter Glaube und Gutglaubensschutz

Zum Begriff des guten Glaubens gibt es verschiedene Lehrmeinungen: Eine Auffassung versteht diesen als eine unverschuldete Unkenntnis eines Rechtsmangels, also als

(Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK-BEARBEITER), Art. 919 ZGB N 1; JÖRG SCHMID, in: Peter Tuor et al., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich 2015 (zit. TUOR/SCHNYDER/SCHMID), § 90 Nr. 9; s. bereits EUGEN HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf, Bd. II, 2. A., Bern 1914, 373, 385.

<sup>5</sup> PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Bd. I, Bern 2012, Nr. 175, 187 ff.; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. A., Zürich 2012, Nr. 98; TANJA DOMEJ, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar Zivilgesetzbuch, 1. A., Basel 2011 (zit. KUKO-BEARBEITER), Art. 919 ZGB N 19 f.

<sup>6</sup> Präzisere Anforderungen an den Willen des Besitzers stellen hingegen z.B. gestufte Besitzverhältnisse (zum Besitzmittlungswillen s. SUTTER-SOMM [FN 3], Nr. 1218, 1221 f.; BSK ZGB II-ERNST [FN 4], Art. 920 ZGB N 7 ff.; KUKO-DOMEJ [FN 5], Art. 920 ZGB N 3; BK-STARK [FN 4], Art. 920 ZGB N 25 ff.) sowie der Ersitzungsbesitz (s. dazu eingehender hinten bei FN 181).

<sup>7</sup> CHK-ARNET/EITEL (FN 4), Art. 919 ZGB N 2; TUOR/SCHNYDER/SCHMID (FN 4), § 90 Nr. 4.

<sup>8</sup> Dies wäre insb. dann von Belang, wenn man den Erbenbesitz als Fortführung des Besitzes des Erblassers sehen würde (s. dazu hinten FN 56).

<sup>9</sup> Vgl. BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Art. 919 ZGB N 11; BK-STARK (FN 4), Art. 919 ZGB N 15 f.; vgl. auch SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1199; ZK-HOMBERGER (FN 4), Vorb. zu Art. 919 ff. ZGB N 8 f.; STEINAUER (FN 5), Nr. 176.

Fehlvorstellung über rechtlich relevante Aspekte<sup>10</sup>. Die Gegenansicht stellt hingegen nicht auf ein fehlendes Wissen ab, sondern definiert den guten Glauben als Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsmangels<sup>11</sup>.

Der gute Glaube ist nicht allgemein geschützt, sondern nur dann, wenn das Gesetz die Folgen des Rechtsmangels zugunsten des gutgläubigen Betroffenen ausnahmsweise mildert<sup>12</sup>. Gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB wird Gutgläubigkeit vermutet, wobei sich allerdings nur auf seinen guten Glauben berufen kann, wer die nach den Umständen gebotene Aufmerksamkeit angewendet hat (Art. 3 Abs. 2 ZGB)<sup>13</sup>.

## 2. Bösgläubiger Erblasser

Ist ein Erblasser bösgläubig, so verhindert dies eine Ersetzung (Art. 728 ZGB *e contrario*). Ebenfalls verunmöglicht der böse Glaube einen Erwerb des dinglichen Rechts vom Nichtberechtigten (Art. 936 ZGB)<sup>14</sup>. Dem Eigentümer der Sache steht deshalb die Vindikation nach Art. 641 Abs. 2 ZGB offen. Gemäss Art. 936 ZGB ist der Erblasser

zudem zeitlich unbeschränkt zur Herausgabe der Sache an den früheren Besitzer verpflichtet, sofern letzterer diese in gutem Glauben erworben hatte<sup>15</sup>. Neben dem Risiko der Entwehrung haftet der Erblasser für die Dauer seines bösgläubigen Besitzes nach Art. 940 Abs. 1 ZGB für den durch die Vorenthaltung verursachten Schaden<sup>16</sup> und hat bezogene wie auch versäumte Früchte zu ersetzen<sup>17</sup>. Nicht nur fehlt dem bösgläubigen Erblasser also ein Recht zum Besitz der Sache, sondern es belasten auch latente Verantwortlichkeitsansprüche aus unberechtigtem Besitz nach Art. 940 ZGB sein Vermögen<sup>18</sup>.

## 3. Gutgläubiger Erblasser

Beim gutgläubigen Erblasser sei bezüglich des Erwerbs vom Nichtberechtigten zunächst darauf hingewiesen, dass der Gutgläubige bei *anvertrauten Sachen*<sup>19</sup> sowie generell bei *Geld und Inhaberpapieren*<sup>20</sup> direkt Eigentum erwirbt, das er seinerseits unbelastet vererben kann<sup>21</sup>. Dieser Fall interessiert für die vorliegende Fragestellung entsprechend nicht weiter.

Erwirbt der gutgläubige Erblasser hingegen eine ursprünglich *abhanden gekommene Sache*, bleibt er dem früheren Besitzer während einer bestimmten Frist<sup>22</sup> zur Herausgabe verpflichtet. Für den gutgläubigen Erblasser läuft aber die bereits im Zeitpunkt des ursprünglichen

<sup>10</sup> So insb. SIBYLLE HOFER, in: Pio Caroni et al., Berner Kommentar, Art. 1–9 ZGB, Bd. I/1, Bern 2012 (zit. BK-BEARBEITER), Art. 3 ZGB N 27 ff.; ähnlich MAX BAUMANN, in: ders. et al., Zürcher Kommentar, Art. 1–7 ZGB, Bd. I/1, 3. A., Zürich 1998 (zit. ZK-BEARBEITER), Art. 3 ZGB N 2 ff.; PAUL PIOTET, *La bonne foi et sa protection en droit privé suisse*, SJZ 1968, 81 ff., 86; vgl. bereits AUGUST EGGER, Zürcher Kommentar, Art. 1–89 ZGB, Bd. I, 2. A., Zürich 1930, Art. 3 ZGB N 4.

<sup>11</sup> So insb. PETER JÄGGI, in: Peter Liver et al., Berner Kommentar, Bd. I/1, Bern 1966 (zit. aBK-BEARBEITER), Art. 3 ZGB N 16 ff.; SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 970 (s. aber Nr. 1402); DIETER ZOBL, in: Robert Haab et al., Zürcher Kommentar, Art. 641–729 ZGB, Bd. IV.1, 2. A., Zürich 1977 (zit. ZK-BEARBEITER), Art. 728 ZGB N 36; vgl. auch IVO SCHWANDER, in: Jolanta Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar ZGB*, 2. A., Zürich 2011 (zit. OFK-BEARBEITER), Art. 3 ZGB N 1 f.; BGE 57 II 253, E. 2; BGer, Urteil vom 31.7.2013, 4A\_178/2013, E. 2.1 f. (s. aber noch BGE 99 II 131, E. 6d); ähnlich HEINRICH HONSELL, in: Nedim Peter Vogt/Heinrich Honsell/Thomas Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I*, Art. 1–456 ZGB, 5. A., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER), Art. 3 ZGB N 6 ff.

<sup>12</sup> ZK-BAUMANN (FN 10), Art. 3 ZGB N 7, 10; BK-HOFER (FN 10), Art. 3 ZGB N 8 ff.; HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, *Stämpfli Handkommentar Einleitungsartikel*, Bern 2003 (zit. SHK-HAUSHEER/JAUN), Art. 3 ZGB N 8; BSK ZGB I-HONSELL (FN 11), Art. 3 ZGB N 23.

<sup>13</sup> Vgl. dazu auch hinten Kap. IV.A.1. Zur str. Frage, ob im Fall von Art. 3 Abs. 2 ZGB Bösgläubigkeit vorliegt oder sich der Betreffende auf seine Gutgläubigkeit nicht berufen darf s. SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1402 m.w.H.

<sup>14</sup> Massgeblich für die Beurteilung der Gut- oder Bösgläubigkeit des Erblassers ist der Zeitpunkt seines Erwerbs (KUKO-DOMEJ [FN 5], Art. 936 ZGB N 1; BK-STARK [FN 4], Art. 936 ZGB N 5; BSK ZGB II-ERNST [FN 4], Art. 933 ZGB N 40, Art. 936 ZGB N 9; STEINAUER [FN 5], Nr. 479 f.; vgl. auch SUTTER-SOMM [FN 3], Nr. 1430).

<sup>15</sup> Zum Verhältnis der beiden Ansprüche s. SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1459 ff. Zur Rechtsnatur der Herausgabepflicht s.a. hinten bei FN 42.

<sup>16</sup> Sofern und solange der Besitzer nicht weiss, an wen er die Sache herausgeben muss, haftet er nur für verschuldeten Schaden (Art. 940 Abs. 3 ZGB).

<sup>17</sup> Seinerseits kann er nur Ersatz für notwendige Verwendungen verlangen (Art. 940 Abs. 2 ZGB).

<sup>18</sup> Vgl. dazu auch hinten Kap. IV.D.; insb. zur Entstehung des Anspruchs s. hinten FN 212.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB sowie dazu BK-STARK (FN 4), Art. 933 ZGB N 88.

<sup>20</sup> Vgl. Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 935 ZGB sowie dazu ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 935 ZGB N 1.

<sup>21</sup> Hier ist irrelevant, ob die Erben gut- oder bösgläubig sind (vgl. ZK-HOMBERGER [FN 4], Art. 936 ZGB N 3).

<sup>22</sup> Die Verwirkungsfrist beträgt generell fünf Jahre; für Kulturgüter i.S.v. Art. 2 Abs. 1 KGTG hingegen relativ ein Jahr ab Kenntnis und absolut 30 Jahre ab Abhandenkommen (Art. 934 Abs. 1 f. ZGB). Eine Verwirkung des Rückforderungsrechts ist ausgeschlossen für im Bundesverzeichnis eingetragene Kulturgüter (Art. 3 Abs. 2 lit. a KGTG) und kann ausgeschlossen sein für in kantonalen Verzeichnissen eingetragene Kulturgüter (Art. 4 Abs. 2 KGTG; s. ferner zu Kulturgut unter Rückgabegarantie sowie illegal ein- oder ausgeführtem Kulturgut BSK ZGB II-ERNST [FN 4], Art. 933 ZGB N 12d f.). Zum Begriff des Kulturguts s. insb. MARKUS MÜLLER-CHEN, *Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts*, ZSR 2010 II, 5 ff., 41 f.; BEAT SCHÖNENBERGER, *Restitution von Kulturgut*, Habil. Basel, Bern 2009, 43 ff.

Abhandenkommens beginnende<sup>23</sup> Verwirkungsfrist. Hat er die Sache bei einer öffentlichen Versteigerung, auf einem Markt oder von einem mit Waren der gleichen Art handelnden Kaufmann erworben, steht dem gutgläubigen Erblasser im Falle einer Entwehrung zudem ein Anspruch auf Rückerstattung des bezahlten Preises nach Art. 934 Abs. 2 ZGB (sog. Lösungsrecht) zu<sup>24</sup>.

Zusätzlich zur ablaufenden Frist der Fahrnisklage beginnt der gutgläubige Erblasser mit dem Empfang der Sache<sup>25</sup> die Ersitzung nach Art. 728 ZGB<sup>26</sup>, vorausgesetzt er meint, ihr Eigentümer zu sein<sup>27</sup>. Während der Ersitzungsfrist<sup>28</sup> besteht die Rechtsstellung des gutgläubigen Erblassers in einer Anwartschaft auf das zu ersitzende subjektive Recht<sup>29</sup>.

Vorliegend interessiert wiederum nur diejenige Periode, in welcher der gutgläubige Erblasser noch nicht Eigentümer geworden ist. Ungeklärt ist in diesem Zusammenhang allerdings<sup>30</sup>, ob dem bisherigen Eigentümer zwischen dem Ablauf der bereits ab dem Abhandenkommens laufenden<sup>31</sup> Frist nach Art. 934 ZGB und dem Verstreichen der erst mit der Besitzübernahme beginnenden<sup>32</sup> Ersitzungsfrist nach Art. 728 ZGB noch die Vindikationsklage offensteht<sup>33</sup> oder ob der aktuelle Besitzer dann be-

reits gestützt auf Art. 714 Abs. 2 ZGB Eigentum erworben hat<sup>34</sup>. Hierauf ist zurückzukommen<sup>35</sup>.

Neben der Anwartschaft auf das zu ersitzende Recht hat der gutgläubige Erblasser also einen latenten Anspruch auf Verwendungersatz gemäss Art. 939 ZGB<sup>36</sup>. Hinzu käme bei gegebenen Voraussetzungen der erwähnte Anspruch aus Lösungsrecht nach Art. 934 Abs. 2 ZGB.

### III. Der erblasserische Besitz im Erbgang

#### A. Erbgang als vermögensrechtlicher Vorgang

Das ZGB sieht im Erbgang nicht eine eigentliche Nachfolge der Erben in die Person des Erblassers<sup>37</sup>, sondern einen prinzipiell vermögensrechtlichen Vorgang<sup>38</sup>. Die Universalsukzession erfolgt in alle vererblichen Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse des Erblassers (vgl. Art. 560 Abs. 1 f. ZGB)<sup>39</sup>. Die vererblichen Rechte und

<sup>23</sup> BK-STARK (FN 4), Art. 934 ZGB N 28; ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 934 ZGB N 15.

<sup>24</sup> Vgl. dazu eingehend BK-STARK (FN 4), Art. 934 ZGB N 35 ff. Zur Frage, ob sich der Erblasser auch auf ein bei einem gutgläubigen Vorbesitzer entstandenes Lösungsrecht berufen kann s. WOLFGANG ERNST, Lösungsrecht und Singularsukzession, in: Rolf Sethe et al. (Hrsg.), Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 839 ff., 844 ff.

<sup>25</sup> Zur Anrechnung der Besitzdauer des gutgläubigen Vorbesitzers s. Art. 941 ZGB sowie hinten Kap. IV.C.

<sup>26</sup> Eine Ersitzung ist ausgeschlossen für im Bundesverzeichnis eingetragene Kulturgüter (Art. 3 Abs. 2 lit. a KGTG) und kann ausgeschlossen sein für in kantonalen Verzeichnissen eingetragene Kulturgüter (Art. 4 Abs. 2 KGTG; s.a. die Hinweise vorne in FN 22).

<sup>27</sup> Zum Eigenbesitzwillen s. hinten bei FN 181. Eingehender zu den Voraussetzungen der Ersitzung i.Allg. s. SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1125 ff. m.w.H.

<sup>28</sup> Die Ersitzungsfrist dauert generell fünf Jahre, bei Kulturgütern i.S.v. Art. 2 Abs. 1 KGTG hingegen 30 Jahre (Art. 728 Abs. 1 und Abs. 1ter ZGB).

<sup>29</sup> Es handelt sich dabei um eine schwache, nicht dingliche Anwartschaft (vgl. dazu auch SUTTER-SOMM [FN 3], Nr. 51; zur Anwartschaft i.Allg. s. DIETER ZOBL, Zur Rechtsfigur der Anwartschaft und zu deren Verwendbarkeit im schweizerischen Recht, in: Peter Postmoser/Walter R. Schluop [Hrsg.], Freiheit und Verantwortung im Recht: Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 495 ff., *passim*).

<sup>30</sup> Zur Rechtsprechung s. hinten FN 133.

<sup>31</sup> Vgl. vorne bei FN 23. Zur Dauer der Verwirkungsfrist s. vorne FN 22.

<sup>32</sup> Vgl. vorne bei FN 25. Zur Dauer der Ersitzungsfrist s. soeben FN 28.

<sup>33</sup> Vgl. dazu die Zitate hinten in FN 136.

<sup>34</sup> Vgl. dazu die Zitate hinten in FN 134.

<sup>35</sup> Vgl. dazu insb. hinten Kap. IV.B.1.b.ii.; vgl. ferner hinten Kap. IV.B.2.b und IV.B.3.b.

<sup>36</sup> Vgl. zur str. Rechtsnatur hinten FN 212.

<sup>37</sup> Vgl. hingegen § 547 ABGB: «Der Erbe stellt, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor. Beide werden in Beziehung auf einen Dritten für Eine Person gehalten. [...]». Vgl. ferner zum französischen Recht HANS GIGER, Das Schicksal des Rechts beim Subjektwechsel unter besonderer Berücksichtigung der Erbfolgekonzeption, Bd. II, Zürich 1975, 45 ff.

<sup>38</sup> GIGER (FN 37), 193; JEAN-NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, § 3 Nr. 8 ff.; STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/1, Basel 2012, 21; ARNOLD ESCHER/ARNOLD ESCHER, Zürcher Kommentar, Art. 457–640 ZGB, Bd. III 1 und 2, 3. A., Zürich 1959 (Bd. III 1) und 1960 (Bd. III 2) (zit. ZK-ESCHER/ESCHER), Einl. zum Erbrecht N 4; vgl. auch PETER WEIMAR, Berner Kommentar, Art. 457–516 ZGB, Bd. III/1/1/1, Bern 2009 (zit. BK-WEIMAR), Einl. zum Erbrecht N 2, 7; CHK-GÖKSU (FN 4), Art. 560 ZGB N 5; BSK ZGB II-STAEHELIN (FN 4), Vorb. zu Art. 457 ff. ZGB N 1; eingehender dazu CHRISTOPH HURNI, Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Diss. Bern/Bologna, Zürich 2008, 140 ff.

<sup>39</sup> WOLF/GENNA (FN 38), 40; STEPHAN WOLF, in: Stephan Wolf/Martin Eggel, Berner Kommentar, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014 (zit. BK-BEARBEITER), Art. 602 ZGB N 28 ff.; MATTHIAS HAUPTLI, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015 (zit. PK-BEARBEITER), Art. 560 ZGB N 3; PETER TUOR, Berner Kommentar, Art. 457–536 ZGB, Bd. III/1, 2. A., Bern 1952 (zit. BK-TUOR), Einl. zum Erbrecht N 6 ff.; HURNI (FN 38), 143 ff., 151; DOMINIK SCHMID, Rechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung, Diss. Bern, Bern 2013, Nr. 2.91; HANS MICHAEL RIEMER, Vererblichkeit und Unvererblichkeit von Rechten und Pflichten im Privatrecht und im öffentlichen Recht, recht 2006, 26 ff., 27 ff.; s.a. BGE 112 II 300, E. 4b; vgl. ferner BGE 46 II 230, E. 1. Zu den einzelnen Vermögensbestandteilen ZK-ESCHER/ESCHER (FN 38), Einl. zum Erbrecht N 5 ff.



Pflichten des Erblassers gehen durch die Universalsukzession gesamthaft und so auf die Erbengemeinschaft über, wie diese im Zeitpunkt des Erbgangs bestehen<sup>40</sup>. Höchstpersönliche Rechte und Rechtsbeziehungen sind von der Universalsukzession hingegen nicht erfasst<sup>41</sup>.

Hier fragt sich allerdings, wie das dingliche Recht des Eigentümers<sup>42</sup> der Sache gegenüber dem besitzenden Erblasser wirkt. Die absolute Wirkung des dinglichen Rechts liegt darin, dass dieses nicht nur gegenüber bestimmten oder bestimmbar Personen besteht, sondern von jedermann zu respektieren ist<sup>43</sup>. Diese negative Aussenwirkung *erga omnes* wird nun aber unterschiedlich interpretiert: (i) Versteht man diese als eigentliche Pflicht von jedermann, die beim aktuell besitzenden Erblasser eine bereits

bestehende Herausgabepflicht beinhaltet<sup>44</sup>, könnte diese im Erbgang auch von der Universalsukzession erfasst sein<sup>45</sup>. Da eine solche Pflicht indessen jedermann und entsprechend auch die Erben bereits vor dem Erbgang binden würde, scheint eine Rechtsnachfolge nicht zwingend, sondern die vorbestehende Pflicht könnte sich durch den Erhalt des Besitzes<sup>46</sup> auch zur Herausgabepflicht aktualisieren<sup>47</sup>. (ii) Sieht man die negative Aussenwirkung hingegen nicht als eine bestehende Pflicht des Adressaten, sondern als ein aus dem umfassenden Klageschutz folgender Anspruch, der dem Berechtigten die Durchsetzung seines dinglichen Rechts gegen jedermann erlaubt<sup>48</sup>, wäre ein Übergang im Rahmen der Universalsukzession eher zu verneinen, sondern die Herausgabepflicht entstünde erst beim Rechtsnachfolger. Diese dogmatische Frage muss und kann<sup>49</sup> an dieser Stelle offen bleiben, doch spricht m.E. viel gegen ein eigentliches bestehendes und auf die Erben übergehendes Pflichtverhältnis<sup>50</sup>.

<sup>40</sup> WOLF/GENNA (FN 38), 25; ALEXANDRA JUNGO, in: Peter Tuor et al., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich 2015 (zit. TUOR/SCHNYDER/JUNGO), § 62 Nr. 4; BSK ZGB II-SCHWANDER (FN 4), Art. 560 ZGB N 1; BGE 141 V 170 = Pra 2015 Nr. 79, E. 4.3; s. aber BK-WEIMAR (FN 38), Einl. zum Erbrecht N 3. Vgl. insb. zur Nachfolge in mangelhafte Rechtspositionen ZK-BAUMANN (FN 10), Art. 3 ZGB N 35; aBK-JÄGGI (FN 11), Art. 3 ZGB N 135; HENRI DESCHENAUX, in: Max Gutzwiller (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. II/1, Basel 1967, 1 ff., 224; BSK ZGB I-HONSELL (FN 11), Art. 3 ZGB N 46 m.H. auf den Grundsatz «*nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet*» (ULPIAN, Dig. 50, 17, 54; s.a. hinten FN 157).

<sup>41</sup> WOLF/GENNA (FN 38), 43 f.; DRUEY (FN 38), § 3 Nr. 9, 11, § 13 Nr. 21 ff.; KUKO-BÜRGI (FN 5), Art. 560 ZGB N 15; CHK-GÖKSU (FN 4), Art. 560 ZGB N 8; zum Schutz der Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen und der Angehörigen s. DRUEY (FN 38), § 3 Nr. 11 ff.; ESTHER KNELLWOLF, Postmortaler Persönlichkeitschutz – Andenkenschutz der Hinterbliebenen, Diss. Zürich, Zürich 1991, 82 ff.

<sup>42</sup> Sieht man auch den Herausgabeanspruch des früheren Besitzers aus Art. 934 oder Art. 936 ZGB als dingliches oder quasi-dingliches Recht oder billigt man diesem zumindest absolute Wirkung zu (str., s. dazu SUTTER-SOMM [FN 3], Nr. 1169 f. m.w.H.; s.a. vorne FN 3), stellt sich die Frage auch bei diesem.

<sup>43</sup> Beim dinglichen Recht ist das Verhältnis der negativen Seite (absolute Ausschlusswirkung *erga omnes*) zur positiven Seite (unmittelbare Sachherrschaft) umstr. Es werden die *erga-omnes*-Theorie (so z.B. STEINAUER [FN 5], Nr. 13, 15; EUGEN BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Habil. Zürich, Tübingen 1965, 165 f.; JOSEF AICHER, Das Eigentum als subjektives Recht, Habil. Salzburg, Berlin 1975, 64 ff.), die Unmittelbarkeitstheorie (so z.B. PETER LIVER, Zürcher Kommentar, Art. 730–792 ZGB, Bd. IV 2a/1, Zürich 1980 [zit. ZK-LIVER], Einl. N 2 f.; s.a. SUTTER-SOMM [FN 3], Nr. 14; BGE 92 II 227, E. 1) sowie die heute herrschende Kombinationstheorie (so z.B. ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Art. 641–654 ZGB, Bd. IV/1/1, 5. A., Bern 1981 [zit. BK-MEIER-HAYOZ], Syst. Teil N 248 f.; HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. A., Bern 2007, Nr. 208 ff., 573 ff.; ZK-HAAB [FN 11], Einl. zu Art. 641 ff. ZGB N 53; CHK-ARNET [FN 4], Art. 641 ZGB N 14; WOLFGANG PORTMANN, Wesen und System der subjektiven Privatrechte, Habil. Zürich, Zürich 1996, Nr. 225 ff.; vgl. auch BGE 132 III 155, E. 6.2.3) vertreten.

<sup>44</sup> In diese Richtung weist wohl die allg. Ansicht von PORTMANN (FN 43), Nr. 196 f., 254; s.a. zum deutschen Recht KARL-HEINZ GURSKY, in: ders. (Red.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2012 (zit. Staudinger-BEARBEITER), § 990 BGB N 34.

<sup>45</sup> Zur Vererblichkeit von Pflichten s. RIEMER (FN 39), 27 ff.; BK-WOLF (FN 39), Art. 602 ZGB N 38 ff., je m.w.H. Bei einem Verständnis als bestehende Pflicht wäre freilich überzeugender, dass sich diese aus dem Besitz der Sache ergäbe und mit dem Besitz auf Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolger übertragen würde. Zur nicht sachen-, sondern deliktsrechtlich strukturierten Verantwortlichkeit des bösgläubigen unberechtigten Besitzers s. Kap. IV.D.1.

<sup>46</sup> Vgl. auch die Bem. soeben in FN 45; vgl. zum Erbenbesitz i.Allg. sogleich Kap. III.B.

<sup>47</sup> In diese Richtung weisen wohl die allg. Ansichten von BUCHER (FN 43), 63; AICHER (FN 43), 63, 77 f.; BK-MEIER-HAYOZ (FN 43), Syst. Teil N 242. Hier stellte sich freilich noch die Frage, wie sich eine bei jedem einzelnen Erben bereits bestehende Pflicht zu einer Verpflichtung der Erbengemeinschaft als Gesamthandlung aktualisieren kann.

<sup>48</sup> So wohl HANS MERZ, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VI/1, Basel/Frankfurt a.M. 1984, 50; s.a. ZK-HAAB (FN 11), Einl. zu Art. 641 ff. ZGB N 53.

<sup>49</sup> Eine Vererbung der Herausgabepflicht wäre primär als Argument gegen einen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten durch Erbgang relevant, der m.E. aber bereits aus anderen Gründen ausgeschlossen ist (dazu hinten Kap. IV.B.1.). Für die Frage der Ersetzung sowie der Verantwortlichkeit kommt es hingegen v.a. auf die Bedeutung des erblasserischen Glaubens für die Gut- oder Bösgläubigkeit der Erbengemeinschaft an (dazu hinten Kap. III.C.).

<sup>50</sup> Diese Ansicht kann an dieser Stelle nicht in der gebotenen Ausführlichkeit begründet werden. Hingewiesen sei immerhin darauf, dass die Relevanz einer Vererbung der Herausgabepflicht gering wäre, da der absolut Berechtigte direkt gegen den aktuellen Besitzer vorgehen kann (s.a. soeben FN 45) und der Schaden aus unberechtigter Übertragung der Sache über die Verantwortlichkeit nach Art. 938 ff. ZGB geregelt wird (s. dazu BK-STARK [FN 4], Art. 938 ZGB N 15 ff., Art. 940 ZGB N 7 f.; BSK ZGB II-ERNST [FN 4], Art. 938 ZGB N 3, 6, Art. 940 ZGB N 8, 9a).

Ist ein Übergang der Herausgabepflicht gegenüber dem dinglich Berechtigten abzulehnen, haben Sachen im unberechtigten Besitz des Erblassers auf der Ebene der vererblichen Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse die folgenden Auswirkungen auf seinen Nachlass: (i) Ein bösgläubiger Erblasser hat die Verstärkung der Rechtslage über seinen Besitz hinaus verhindert und eine latente Verantwortlichkeitsschuld nach Art. 940 ZGB entstehen lassen, die seinen Nachlass belastet<sup>51</sup>. (ii) Ein gutgläubiger Erblasser hat hingegen zumindest eine Anwartschaft auf Eigentum erworben sowie latente Ersatzforderungen im Falle einer Entwehrung<sup>52</sup>.

## B. Vererblichkeit des Besitzes

Gemäss Art. 560 Abs. 2 ZGB<sup>53</sup> gehen bei Eröffnung des Erbgangs nicht nur das vererbliche Aktiv- und Passivvermögen des Erblassers, sondern auch sein Besitz auf die Erbengemeinschaft über. Dieser sog. Erbenbesitz ist freilich in dem Sinne eigenartig, als er sowohl von der tatsächlichen Sachherrschaft als auch dem Willen der Erben unabhängig ist<sup>54</sup>. Vor allem beim unmittelbaren Besitz<sup>55</sup> des Erblassers ist allerdings unklar, ob die Erben zufolge gesetzlicher Fiktion die Rechtsstellung eines unmittelbaren Besitzers erhalten («fiktiver Besitz»)<sup>56</sup> oder ob viel-

mehr die am unmittelbaren Besitz des Erblassers anknüpfenden Rechte und Pflichten auf die Erbengemeinschaft übergehen<sup>57</sup>. Bei beiden Auffassungen stellt sich zudem die Frage nach dem Schicksal des Erbenbesitzes, wenn ein Dritter unmittelbaren Besitz begründet<sup>58</sup>.

Die Dogmatik des Erbenbesitzes hat für die vorliegende Untersuchung Folgen, kann aber nicht abschliessend geklärt werden<sup>59</sup>. Letztlich stehen sich auf der einen Seite der Wortlaut von Art. 560 Abs. 2 ZGB<sup>60</sup> und auf der anderen Seite der Besitzbegriff mit seinen tatsächlichen Voraussetzungen<sup>61</sup> sowie die Wirkungsweise der Universalsukzession<sup>62</sup> gegenüber. Aus dogmatischer Perspektive dürfte eine Rechtsnachfolge lediglich in die am Besitz des Erblassers anknüpfenden subjektiven Rechte und Pflichten m.E. näher liegen<sup>63</sup>.

<sup>51</sup> Vgl. vorne Kap. II.B.2.

<sup>52</sup> Vgl. vorne Kap. II.B.3. Der Erbgang umfasst auch Anwartschaften des Erblassers (PETER TUOR/VITO PICENONI, Berner Kommentar, Art. 537–640 ZGB, Bd. III/2, 2. A., Bern 1964 [zit. BK-TUOR/PICENONI], Art. 560 ZGB N 4; PK-HÄUPTLI [FN 39], Art. 560 ZGB N 4).

<sup>53</sup> Die Aufzählung in Art. 560 Abs. 2 ZGB ist nicht abschliessend (BSK ZGB II-SCHWANDER [FN 4], Art. 560 ZGB N 8; KUKO-BÜRGI [FN 5], Art. 560 ZGB N 2, 11; BGE 112 II 300, E. 4b).

<sup>54</sup> Vgl. SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1245; s.a. DRUEY (FN 38), § 13 Nr. 19.

<sup>55</sup> Bei lediglich mittelbarem Besitz des Erblassers stellt sich die Problematik des Erbenbesitzes in abgeschwächter Form, da dieser keine tatsächliche Sachherrschaft voraussetzt (SUTTER-SOMM [FN 3], Nr. 1247 f.; BSK ZGB II-ERNST [FN 4], Art. 919 ZGB N 69 f., 72; BK-STARK [FN 4], Art. 919 ZGB N 131, 135).

<sup>56</sup> So SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1246, 1248; PASCAL SIMONIUS/THOMAS SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. I, Basel/Frankfurt a.M. 1995, § 9 Nr. 4 (zum Immobiliarsachenrecht); PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit des successions, 2. A., Bern 2015, Nr. 947; DERS. (FN 5), Nr. 202; BK-STARK (FN 4), Art. 919 ZGB N 129; BGer, Urteil vom 3.3.2011, 5A\_859/2010, E. 5.4.3; s.a. CHK-ARNET/EITEL (FN 4), Art. 919 ZGB N 5; PK-HÄUPTLI (FN 39), Art. 560 ZGB N 37; vgl. auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID (FN 4), § 90 Nr. 8, nach dem sich der Besitz von einem tatsächlichen in ein rechtliches Verhältnis wandelt. Kaum thematisiert wird, ob ein solcher fiktiver Besitz ein Besitzerwerb durch die Erbengemeinschaft im Erbgang sein soll oder – und wenn ja, wie lange – darin eine Fortsetzung des erblasserischen Besitzes durch die Erbengemeinschaft zu sehen sei (vgl. BK-STARK [FN 4],

Art. 919 ZGB N 129, 131; zum deutschen Recht s. HARM PETER WESTERMANN/KARL-HEINZ GURSKY/DIETER EICKMANN, Sachenrecht, 8. A., Heidelberg 2011, § 51 Nr. 8). Eine Vererblichkeit des Besitzes ohne weitere Einschränkung nehmen hingegen an: DRUEY (FN 38), § 13 Nr. 19; BGE 89 II 87 = Pra 1963 Nr. 111, E. 7.

<sup>57</sup> So ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 919 ZGB N 37; WOLF/GENNA (FN 38), 27; ZK-ESCHER/ESCHER (FN 38), Einl. zum Erbrecht N 4, Art. 560 ZGB N 4; BSK ZGB II-SCHWANDER (FN 4), Art. 560 ZGB N 8; BK-TUOR/PICENONI (FN 52), Art. 560 ZGB N 9; AppGer BS, Urteil vom 3.8.1959, SJZ 1960, 25 f. = BJM 1959, 198 ff., E. 2; wohl auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 5), Nr. 102; CHK-GÖKSU (FN 4), Art. 560 ZGB N 9; vgl. auch differenzierend BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Art. 919 ZGB N 55 ff. Zu Pflichten aus dem Besitz s.a. vorne FN 45.

<sup>58</sup> Nach SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1246, 1248, lässt die unmittelbare Besitznahme durch einen Dritten den Erbenbesitz von einem unmittelbaren zu einem mittelbaren werden (s.a. BK-STARK [FN 4], Art. 919 ZGB N 130, 136 ff.). Nach ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 919 ZGB N 37, soll der Erbenbesitz enden, wenn ein anderer Besitz an den Erbschaftssachen begründet wird. Vgl. dazu auch HUBER (FN 4), 384 f.

<sup>59</sup> Im Folgenden werden deshalb die unterschiedlichen Auswirkungen der verschiedenen Ansichten aufgezeigt (s. insb. hinten in FN 189, bei FN 192, in FN 197 sowie FN 206). Zur str. Rechtsnatur von § 857 BGB s. Staudinger-GURSKY (FN 44), § 857 BGB N 3 f. m.w.H.

<sup>60</sup> Art. 560 Abs. 2 ZGB unterstellt eine Fortsetzung oder Begründung eines Besitzes der Erbengemeinschaft unabhängig von deren Sachherrschaft und Willen.

<sup>61</sup> Vgl. dazu vorne Kap. II.A. Zur Frage, ob der Besitz auch ein subjektives Recht sei s. vorne FN 3.

<sup>62</sup> Die Universalsukzession bewirkt eine Rechtsnachfolge in subjektiven Rechte und Pflichten (z.B. Eigentum, Obligationen) und nicht eine Übertragung von Rechtsobjekten (z.B. Sachen) (s. vorne bei FN 39). Die Annahme, dass im Rahmen einer Universalsukzession Fiktionen über faktische Verhältnisse gebildet werden, ist entsprechend relativ weit entfernt von ihrer Wirkungsweise. Naheliegender scheint deshalb die Ansicht, dass zwar die subjektiven Rechte und Pflichten des Erblassers auf die Erbengemeinschaft übergehen, die seinem vormaligen Besitz anknüpfen, die Erben selber aber keinen «Besitz» haben.

<sup>63</sup> Die erforderliche Kontinuität liesse sich dadurch erreichen, dass die ererbte Rechtsstellung als vorübergehend fortbestehend aner-

Abgesehen von diesen dogmatischen Fragen ist sich die Lehre im Grundsatz einig, dass sich die Erbengemeinschaft aufgrund ihrer Rechtsposition auf den Besitzschutz nach Art. 926 ff. ZGB<sup>64</sup> sowie auf die aus dem Besitz abgeleiteten Vermutungen nach Art. 930 f. ZGB<sup>65</sup> berufen kann. Diese vom guten oder bösen Glauben unabhängigen Fragen stehen im Folgenden nicht im Zentrum.

### C. Vererblichkeit des guten oder bösen Glaubens des Erblassers?

In der Lehre und Rechtsprechung zum *Sachen- und Erbrecht* ist unklar, ob und inwiefern der gute oder böse Glaube des Erblassers für die Erbengemeinschaft relevant ist. In einem erstinstanzlichen Urteil von 1987 wurde dies generell bejaht und die Gut- oder Bösgläubigkeit des Erblassers auch für die Erben entscheidend gehalten<sup>66</sup>. Demgegenüber lehnen einzelne Autoren eine Vererbung des guten oder bösen Glaubens des Erblassers pauschal ab und halten allein den Glauben der Erben für entscheidend<sup>67</sup>. Eine grössere Anzahl Autoren bejaht zumindest

indirekt einen selbständigen Glauben der Erben, indem sie eine Ersitzung durch die gutgläubigen Erben eines bösgläubigen Erblassers zulassen<sup>68</sup>. Interessanterweise erlaubt dies auch das österreichische ABGB in § 1463 ausdrücklich, obwohl darin der Gedanke einer Nachfolge in die Persönlichkeit des Erblassers noch deutlich anklingt<sup>69</sup>: «Der Besitz muß redlich seyn. Die Unredlichkeit des vorigen Besitzers hindert aber einen redlichen Nachfolger oder Erben nicht, die Ersitzung von dem Tage seines Besitzes anzufangen (§ 1493).»

Die Mehrheit der Lehre zu Art. 3 ZGB will demgegenüber bei Rechtsnachfolge einen vom Vorgänger unabhängigen guten oder bösen Glauben des Nachfolgers nur dann anerkennen, wenn die (vermeintliche) Rechtsnachfolge ihrerseits einen Tatbestand des Gutglaubensschutzes darstelle<sup>70</sup>. HOFER<sup>71</sup> sieht umgekehrt im Grundsatz das Wissen des Nachfolgers für entscheidend an und anerkennt eine Zurechnung von Wissen des Vorgängers nur dann, wenn ein Tatbestand des Gutglaubensschutzes noch nicht abgeschlossen sei; dabei scheint nach ihr einzig eine Zurechnung von gutem, nicht aber von bösem Glauben des Vorgängers möglich zu sein.

M.E. ist eine Vererbung des guten oder bösen Glaubens des Erblassers durch Erbgang an die Erben abzulehnen. Sie widerspricht der vermögensrechtlichen Natur der erbrechtlichen Universalsukzession<sup>72</sup> wie auch deren Wirkungsweise, die sich auf die Ebene der subjektiven Rechte und Pflichten bezieht<sup>73</sup>. Von der Universalsukzession erfasst wird also beispielsweise eine Schuld des Erblassers, unabhängig davon, ob sie wegen der Bösgläubigkeit des Erblassers entstanden ist oder dadurch geformt

kann wird, obwohl der erblasserische Besitz als ursprünglicher Anknüpfungstatbestand faktisch entfallen ist. Hierin läge zugebenermassen wiederum eine Fiktion, allerdings auf der rechtlichen und nicht der tatsächlichen Ebene (vgl. dazu auch BK-STARK [FN 4], Art. 919 ZGB N 129). Diese Fiktion könnte und müsste dann enden, wenn die Erbengemeinschaft selbst Besitz begründet hat, aus dem sich die entsprechenden subjektiven Rechte ergeben.

<sup>64</sup> Vgl. SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1252; BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Art. 919 ZGB N 75; BK-STARK (FN 4), Art. 919 ZGB N 129, 137, 148; CHK-ARNET/EITEL (FN 4), Art. 919 ZGB N 5; ZK-ESCHER/ESCHER (FN 38), Art. 560 ZGB N 8 ff.; WOLF/GENNA (FN 38), 27; s.a. ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 919 ZGB N 41.

<sup>65</sup> Vgl. BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Art. 919 ZGB N 76; BK-STARK (FN 4), Art. 919 ZGB N 129, 149; ZK-ESCHER/ESCHER (FN 38), Art. 560 ZGB N 4, 10; BK-TUOR/PICENONI (FN 52), Art. 560 ZGB N 9; s.a. BGE 89 II 87, E. 7.

<sup>66</sup> *Cour civile* NE, Urteil vom 4.5.1987, RJN 1987, 50 ff., E. 4 (zu Art. 728 und Art. 933 ff. ZGB); vgl. auch (allerdings zu Art. 973 ZGB) SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 5), Nr. 588, 596; wohl auch BK-TUOR/PICENONI (FN 52), Art. 560 ZGB N 9 m.H. auf den Übergang von ersitzungsfähigem oder -unfähigem Besitz; s. ferner LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, 3. A., Bern 2014, Nr. 721 zur vollständigen und partiellen Universalsukzession nach FusG. Zum deutschen Recht (str.) s. WESTERMANN/GURSKY/EICKMANN [FN 56], § 51 Nr. 8; JÖRG FRITZSCHE, in: Heinz Georg Bamberg/Herbert Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 37. Edition, München 2015 (zit. BeckOK-BEARBEITER), § 857 BGB N 9.

<sup>67</sup> WALTHER PFISTER, Die Ersitzung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich, Bauma 1931, 105, 113 f.; BORIS THORSTEN GRELL, Entartete Kunst: Rechtsprobleme der Erfassung und des späteren Schicksals der sogenannt Entarteten Kunst, Diss. Zürich, Zürich 1999, 194; HAN-LIN CHOU, Wissen und Vergessen bei juristischen Personen, Diss. Basel, Basel/Genf/München 2002, Nr. 489 f.; vgl. auch KARL SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjähr-

ungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. II, Bern 1975, 1390 f. (s. aber a.a.O., 1399 f.). Vgl. ferner auch MARIA WALTER, Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich, Bern 2005, 72 Fn. 215, nach der den Erben aufgrund der gesetzlichen Nachfolge in den Besitz die für eine Wissenszurechnung erforderlichen Verhaltensmöglichkeiten fehlen (s.a. hinten bei FN 106).

<sup>68</sup> Vgl. dazu die hinten in FN 184 zit. Autoren; vgl. für gutgläubige Rechtsnachfolger i.Allg. auch BK-STARK (FN 4), Art. 941 ZGB N 3; vgl. für fristgebundene Tatbestände des Gutglaubensschutzes i.Allg. auch DESCHENAUX (FN 40), 224.

<sup>69</sup> Vgl. zu § 547 ABGB vorne FN 37.

<sup>70</sup> ZK-BAUMANN (FN 10), Art. 3 ZGB N 35; SHK-HAUSHEER/JAUN (FN 12), Art. 3 ZGB N 28; aBK-JÄGGI (FN 11), Art. 3 ZGB N 135 (s. aber hinten FN 184). Diese Autoren verweisen auf Art. 714 Abs. 2 ZGB sowie Art. 18 Abs. 2 und z.T. Art. 1006 Abs. 2 OR. Vgl. i.Erg. wohl auch BSK ZGB I-HONSELL (FN 11), Art. 3 ZGB N 46, der allerdings die Kenntnis des Rechtsnachfolgers für generell irrelevant erklärt.

<sup>71</sup> BK-HOFER (FN 10), Art. 3 ZGB N 146.

<sup>72</sup> Vgl. vorne Kap. III.A.

<sup>73</sup> Vgl. dazu vorne bei FN 39; s.a. vorne FN 62.



wurde<sup>74</sup>. Abgesehen von bereits vor Erbgang bestehenden Rechten, Pflichten oder Rechtsverhältnissen des Erblassers kann die Universalsukzession seinen guten oder bösen Glauben m.E. aber nicht erfassen<sup>75</sup>. Auch kann aus der Nachfolge in den Besitz des Erblassers m.E. keine Vererbung seiner Gut- oder Bösgläubigkeit abgeleitet werden<sup>76</sup>, da der Besitzwille einzig auf die tatsächliche Sachherrschaft bezogen ist<sup>77</sup>. Da der Glaube des Erblassers nicht Teil des Besitzwillens ist<sup>78</sup>, kann dieser – unabhängig vom Verständnis des Erbenbesitzes<sup>79</sup> – auch nicht zusammen mit dem Besitz übergehen.

Der gute oder böse Glaube des Erblassers ist deshalb m.E. nicht vererblich. Gilt dies für die Erbengemeinschaft, die den Nachlass und die Besitztümer des Erb-

lassers durch Universalsukzession erwirbt, muss dies *a fortiori* auch für den aus der Erbteilung übernehmenden Erben<sup>80</sup> und den Vermächtnisnehmer<sup>81</sup> gelten. Freilich bleibt der erblasserische Glaube für seine Rechtsnachfolger insofern entscheidend, als dieser die vererbte Rechtslage bezüglich der Nachlassgegenstände sowie allfälliger latenter Ersatzforderungen prägt<sup>82</sup>. Zudem bleiben die den Rechtsnachfolgern bekannten Umstände des Erblassers sowie seiner Besitztümer für die Frage bedeutsam, ob die Rechtsnachfolger bei der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit auch gutgläubig sein dürfen<sup>83</sup>.

#### IV. Rechtslage nach dem Erbgang

Bei unberechtigtem Besitz des Erblassers stellen sich nach seinem Tod drei Rechtsfragen in drei Konstellationen, wobei es jeweils auf die Gut- oder Bösgläubigkeit der Beteiligten ankommt. An Rechtsfragen stellen sich, ob ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten nach Art. 933 ff. ZGB möglich ist (dazu B.), ob eine vom Erblasser unberechtigt besessene Sache nach Art. 728 ZGB ersessen werden kann (dazu C.) und welche Verantwortlichkeiten nach Art. 938 ff. ZGB die Beteiligten treffen (dazu D.). Diese Rechtsfragen stellen sich in den Konstellationen der Universalsukzession durch Erbgang (dazu je 1.), der Übernahme der betreffenden Sache durch einen Erben im Rahmen der Erbteilung (dazu je 2.)<sup>84</sup> sowie dem Empfang eines Vermächtnisses (dazu je 3.). Da sich die Rechtsfragen in einzelnen Konstellationen teilweise ähnlich, teilweise aber auch unterschiedlich stellen, scheint eine Gliederung nach Rechtsfragen sinnvoll. Vorab drängen sich jedoch einige allgemeinere Vorbemerkungen auf, die für die Beurteilung mehrerer Rechtsfragen und/oder Konstellationen von Bedeutung sind (dazu A.).

##### A. Vorbemerkungen

Wird davon ausgegangen, dass die Rechtsnachfolger einen vom Erblasser unabhängigen Glauben haben<sup>85</sup>, ist zunächst auf die zentrale Frage einzugehen, welche Aufmerksamkeit nach den Umständen gefordert ist, damit

<sup>74</sup> Dies zeigt sich m.E. insb. bei den Ansprüchen aus Verantwortlichkeit nach Art. 940 ZGB für die Dauer des bösgläubigen Besitzes des Erblassers (s. dazu hinten Kap. IV.D.1.). Zur Adressatenstellung gegenüber dem absolut Berechtigten s. vorne bei FN 42. Dies scheint konsistent mit der – freilich vollstreckungsrechtlichen – Regelung in Art. 290 SchKG (s. dazu DANIEL STAEHELIN, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum SchKG II, 2. A., Basel 2010 [zit. BSK SchKG II-BEARBEITER], Art. 290 SchKG N 6), da die Verpflichtung aus Pauliana als bestehende gesetzliche Obligation gilt (BSK SchKG II-STAEHELIN [FN 74], Art. 285 SchKG N 9; BGE 131 III 227, E. 3.3; s. bereits BGE 44 III 205, E. 1). Ebenfalls konsistent scheint dies mit der Behandlung von Schulden öffentlich-rechtlicher Natur, die nur dann durch Erbgang auf die Erben übergehen, wenn die Kostenpflicht bereits (auch nur latent) entstanden ist; z.B. die Eigenschaft als Verhaltensursacher wird hingegen nicht übertragen (s. BGE 139 II 106, E. 5.3.2, 5.4; BGer, Urteil vom 25.4.2016, 1C\_418/2015, E. 6.3, 6.4; s. zum Ganzen BK-WOLF [FN 39], Art. 603 ZGB N 51 ff.; RIEMER [FN 39], 30 ff.).

<sup>75</sup> In diese Richtung deutet auch die Regelung zur Rechts- und Sachgewährleistung unter den Miterben (Art. 637 ZGB), die auf das Kaufrecht verweist und das Wissen des Erblassers nicht miteinbezieht; der Erblasser wird ja Sach- oder Rechtsmängel oft gekannt haben, was – bliebe diese Kenntnis für den übernehmenden Erben relevant – eine Gewährleistung ausschliessen würde (s. Art. 200 OR). Diese Regelung deutet also eine Trennung zwischen dem Wissen des Erblassers und jenem der Erben an, auch wenn sie natürlich nur das interne Verhältnis der Erben vor dem Hintergrund der Erbteilung regelt und im Aussenverhältnis anderes gelten könnte.

<sup>76</sup> Vgl. auch zum deutschen Recht CHRISTIAN BALDUS, in: Franz Jürgen Sacker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. A., München 2013 (zit. MK-BEARBEITER), § 943 BGB N 14; THOMAS FINKENAUER, Gutgläubiger Erbe des bösgläubigen Erlassers – Das Bernsteinzimmer-Mosaik, NJW 1998, 960 ff., 961; a.M. ROLF KNÜTEL, Bösgläubiger Erblasser – gutgläubiger Erbe, in: Dieter Medicus et al. (Hrsg.), Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24.1.1992, Stuttgart/Berlin/Köln 1992, 903 ff., 930; s.a. Staudinger-GURSKY (FN 44), § 857 BGB N 13, § 990 BGB N 34.

<sup>77</sup> Vgl. dazu vorne bei FN 6. Zur Frage, ob der Besitz auch ein subjektives Recht sei s. vorne FN 3.

<sup>78</sup> Vgl. vorne Kap. II.A.

<sup>79</sup> Vgl. dazu vorne Kap. III.B.

<sup>80</sup> Zur strittigen Rechtsnatur der Erbteilung s. hinten Kap. IV.B.2.

<sup>81</sup> Zur Rechtsnachfolge durch Vermächtnis s. hinten Kap. IV.B.3.

<sup>82</sup> Vgl. vorne Kap. II.B.2 und II.B.3. Dies ist selbstverständlich auch nicht vom guten oder bösen Glauben der Erbengemeinschaft abhängig (ERNST [FN 24], 847). Im Folgenden geht es vielmehr um die Frage, ob und wie diese Rechtslage bei gutem oder bösem Glauben der Rechtsnachfolger verändert wird.

<sup>83</sup> Vgl. dazu eingehender Kap. IV.A.1.

<sup>84</sup> Zur Konstellation mit einem Alleinerben s. vorne Kap. I.

<sup>85</sup> Vgl. dazu vorne Kap. III.C.



eine Berufung auf guten Glauben zulässig ist (dazu 1.). Verfügt der Erblasser über eine Mehrzahl von Erben, fragt sich ferner, wann eine solche Erbengemeinschaft als gut- oder bösgläubig gilt (dazu 2.).

## 1. Gebotene Aufmerksamkeit nach Art. 3 Abs. 2 ZGB

Da m.E. keine Vererbung des erblasserischen Wissens finanziert wird<sup>86</sup>, können grundsätzlich auch die Erbengemeinschaft, der übernehmende Erbe und der Vermächtnisnehmer davon ausgehen, dass die Erblasser Eigentümer der Sachen in seinem Besitz war (vgl. Art. 930 ZGB)<sup>87</sup>. Ob die Betreffenden allerdings bezüglich des unberechtigten Besitzes des Erblassers auch als gutgläubig gelten können<sup>88</sup>, ist gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB von der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit abhängig. Die gebotene Aufmerksamkeit ist nach richterlichem Ermessen im Sinne von Art. 4 ZGB festzulegen<sup>89</sup> und beurteilt sich nach einem objektiven Massstab<sup>90</sup>. Präzisierend weisen verschiedene Autoren darauf hin, dass in persönlicher Hinsicht von einem «Durchschnittsmenschen» auszugehen sei<sup>91</sup> sowie in sachlicher<sup>92</sup> und zeitlicher<sup>93</sup> Hinsicht die

konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen seien. Teilweise werden dabei die Anforderungen an die Aufmerksamkeit aber erhöht, wenn sich der Rechtschein vom Besitz ableitet<sup>94</sup>.

Für die Beurteilung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit im vorliegenden Kontext kommt dem Wissen der Erben<sup>95</sup> bzw. Vermächtnisnehmer über die Lebensumstände und -führung des Erblassers eine wichtige Bedeutung zu<sup>96</sup>. Gleiches gilt auch für vom Erblasser selbst mitgeteilte oder nach dem Erbgang aufgefundene Hinweise zur Provenienz einzelner Sachen in seinem Besitz<sup>97</sup>. Ferner können die Umstände der Aufbewahrung einer Sache zu einer erhöhten Aufmerksamkeit veranlassen<sup>98</sup>. Letztlich kann die nach den Umständen gebotene Aufmerksamkeit aber nur im Einzelfall sachgerecht festgelegt werden<sup>99</sup>.

<sup>86</sup> Vgl. dazu vorne Kap. III.C.

<sup>87</sup> Vgl. auch vorne bei FN 65. Vgl. aber zur sog. *possession équivoque* SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 924, 1358, 1409 m.w.H. Eine Indizienwirkung geht auch von allfälligen letztwilligen Verfügungen des Erblassers über die Rechte an bestimmten Gegenständen aus (s.a. hinten bei FN 156 und bei FN 169).

<sup>88</sup> Zur str. Frage, ob im Fall von Art. 3 Abs. 2 ZGB Bösgläubigkeit vorliegt oder sich der Betreffende auf seine Gutgläubigkeit nicht berufen darf s. vorne FN 13.

<sup>89</sup> BSK ZGB I-HONSELL (FN 11), Art. 3 ZGB N 38; BK-HOFER (FN 10), Art. 3 ZGB N 117; OFK-SCHWANDER (FN 11), Art. 3 ZGB N 4; BGE 137 III 145, E. 3.3.2; BGE 131 III 418 = Pra 2006 Nr. 42, E. 2.3.2; BGE 122 III 1, E. 2a/aa; einschränkend SHK-HAUSHEER/JAUN (FN 12), Art. 3 ZGB N 40. Das Ermessen darf sich dabei freilich nur auf die gebotene Aufmerksamkeit und nicht etwa die Billigkeit des Gutgläubensschutzes beziehen (ZK-BAUMANN [FN 10], Art. 3 ZGB N 52).

<sup>90</sup> SHK-HAUSHEER/JAUN (FN 12), Art. 3 ZGB N 3, 39; BK-HOFER (FN 10), Art. 3 ZGB N 26, 117; BSK ZGB I-HONSELL (FN 11), Art. 3 ZGB N 37; OFK-SCHWANDER (FN 11), Art. 3 ZGB N 4; BGE 131 III 418 = Pra 2006 Nr. 42, E. 2.3.2.

<sup>91</sup> Bei der Konkretisierung gehen die Ansichten dann freilich im Detail wieder auseinander, vgl. dazu ZK-BAUMANN (FN 10), Art. 3 ZGB N 50; SHK-HAUSHEER/JAUN (FN 12), Art. 3 ZGB N 42; BK-HOFER (FN 10), Art. 3 ZGB N 117.

<sup>92</sup> ZK-BAUMANN (FN 10), Art. 3 ZGB N 50; BK-HOFER (FN 10), Art. 3 ZGB N 117; SHK-HAUSHEER/JAUN (FN 12), Art. 3 ZGB N 42.

<sup>93</sup> BK-HOFER (FN 10), Art. 3 ZGB N 118, verweist hier freilich auf Zeitumstände (z.B. wirtschaftliche oder politische Krisen), während SHK-HAUSHEER/JAUN (FN 12), Art. 3 ZGB N 42, sowie ZK-BAUMANN (FN 10), Art. 3 ZGB N 50, auf konkrete Umstände sowie tlw. objektivierend-persönliche Feststellungen verweisen.

<sup>94</sup> Vgl. dazu BK-HOFER (FN 10), Art. 3 ZGB N 119; s.a. ARNOLD F. RUSCH, *Rechtsscheinlehre in der Schweiz*, Habil. Zürich, Zürich 2010, 248 ff.

<sup>95</sup> Zur Relevanz des Wissens der Erben für die Erbengemeinschaft s. sogleich Kap. IV.A.2.

<sup>96</sup> War der Erblasser bspw. wegen Eigentumsdelikten rechtskräftig verurteilt, werden höhere Anforderungen an die Aufmerksamkeit der Erben zu stellen sein, da solche Umstände auf die Möglichkeit unberechtigten Besitzes des Erblassers hinweisen können. Die gebotene Aufmerksamkeit erhöhen kann etwa auch der Besitz besonderer Wertsachen (z.B. Rohdiamanten), der nach seiner einfachen Lebensführung unerklärlich ist. Vgl. dazu auch MK-BALDUS (FN 76), § 943 BGB N 19.

<sup>97</sup> Hat der Erblasser etwa zeitlebens und nachvollziehbar erzählt, wie er ein Gemälde von seinem reichen Onkel geerbt habe, können die Umstände von den Erben keine besondere Aufmerksamkeit fordern. Umgekehrt können sich die Erben dann nicht auf Gutgläubigkeit berufen, wenn sich z.B. eine Markierung oder Notiz des Erblassers findet, wonach das Bild lediglich ausgeliehen sei. Dabei ist freilich zu beachten, dass gem. BGer aus einer Unterlassung von Nachforschungen nur dann ein Fehlen des guten Glaubens abgeleitet werden darf, wenn die Nachforschungen auch zu einer Entdeckung des Mangels geführt hätten (dazu BK-HOFER [FN 10], Art. 3 ZGB N 122 f.). Ebenfalls ginge es wohl zu weit, die für einzelne Geschäftszweige erhöhte Sorgfaltspflicht (s. dazu BK-HOFER [FN 10], Art. 3 ZGB N 124 ff.) auch von Erben bzw. Vermächtnisnehmern zu fordern, da sich die Nachlassgegenstände nicht im Verkehr befinden.

<sup>98</sup> Man denke z.B. an eine Aufbewahrung im Namen einer Offshore-Gesellschaft in einem Zollfreilager. Ein sorgfältiges Verbergen im eigenen Haus kann freilich auch nachvollziehbare andere Gründe haben (bspw. Diebstahlschutz).

<sup>99</sup> Hinzuweisen ist an dieser Stelle auf die Rechtsprechung, wonach sich bei sehr schwierig zu beurteilenden Verhältnissen auch auf seinen guten Glauben berufen kann, wer von einer zwar unrichtigen, aber vertretbaren Ansicht ausging (BGE 94 II 297, E. 5h; BGer, Urteil vom 19.11.2014, 4A\_518/2014 und 4A\_520/2014, E. 6; BGer, Urteil vom 8.2.2013, 4A\_474/2012, 4A\_478/2012 und 4A\_584/2012, E. 8.1; BGer, Urteil vom 17.7.2003, 4C.101/2003, E. 6.3).

## 2. Gut- oder Bösgläubigkeit der Erbengemeinschaft

Die Erbengemeinschaft erwirbt den Nachlass einschliesslich des Erbenbesitzes zu gesamter Hand<sup>100</sup>. Entsprechend fragt sich, unter welchen Umständen diese Mehrheit von Personen in ihrer Gesamtheit gut- oder bösgläubig ist.

Die h.L. ist sich im Grundsatz einig, dass eine Gesamthandschaft nur dann als gutgläubig gilt, wenn dies auch alle Beteiligten sind; bereits die Beteiligung eines einzigen Bösgläubigen an der Gesamthandschaft macht diese als Ganzes ebenfalls bösgläubig<sup>101</sup>. Umstritten ist hingegen, ob von diesem Grundsatz im Einzelfall Ausnahmen zuzulassen sind<sup>102</sup>. JÄGGI<sup>103</sup> befürwortet eine Ausnahme insbesondere für den Fall, dass unter Vielen nur ein einziger Erbe bösgläubig war. BAUMANN<sup>104</sup> lehnt Ausnahmen mit Hinweis auf den Charakter von Art. 3 ZGB als Verkehrsschutznorm ab.

Fraglich scheint, ob diese Ansicht vor dem Hintergrund der jüngeren Lehre zur Wissenszurechnung Bestand hat. Für die Erbengemeinschaft müssen dabei allerdings die spezifischen Ansätze ausser Betracht bleiben, welche an besondere Organisationspflichten von juristischen Personen anknüpfen, ob intern oder im Konzern<sup>105</sup>.

Der Ansatz von WALTER<sup>106</sup> beansprucht zwar allgemeinere Geltung, doch befasst sich auch dieser primär mit der Zurechenbarkeit von Wissen einer Person an eine andere<sup>107</sup>. Vorliegend geht es hingegen darum, ob eine Gruppe (Erbengemeinschaft) als wissend gelten soll, wenn nur einzelne Gruppenmitglieder (Erben) über ein bestimmtes Wissen verfügen. M.E. ist hier der Charakter der Gruppenbeziehung entscheidend, prägt dieser doch auch die für WALTER entscheidenden Verhaltensmöglichkeiten wissender Gruppenmitglieder<sup>108</sup>. Der Ansatz von WALTER hilft deshalb vorliegend m.E. nicht weiter<sup>109</sup>.

Die Auffassung der h.L., wonach eine Erbengemeinschaft nur bei Gutgläubigkeit aller Erben als gutgläubig gelten kann, ist m.E. richtig. Bereits wenn einer der Erben den Rechtsmangel mit der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen<sup>110</sup>, kann die Erbengemeinschaft im Grundsatz nicht mehr als gutgläubig gelten. Bleibt die umstrittene Frage, ob von diesem Grundsatz im Einzelfall Ausnahmen zuzulassen sind. Der Verkehrsschutz würde m.E. – abgesehen vom Ziel der Klarheit der Verhältnisse – eher für eine Ausweitung des Gutgläubensschutzes und damit die Zulassung von Ausnahmen sprechen<sup>111</sup>. Gegen eine Zulassung von Ausnahmen lassen sich die bereits erwähnte Klarheit der

<sup>100</sup> Vgl. Art. 602 Abs. 2 ZGB; BK-TUOR/PICENONI (FN 52), Vorb. zu Art. 602 ff. ZGB N 7 ff., Art. 602 ZGB N 1, 17 f.; ZK-ESCHER/ESCHER (FN 38), Art. 602 ZGB N 2, 11; DRUEY (FN 38), § 4 Nr. 9, § 14 Nr. 22 f.; STEFAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/2, Basel 2015, 156 f., 164; BGE 69 II 357, E. 4.

<sup>101</sup> ZK-BAUMANN (FN 10), Art. 3 ZGB N 39; BK-HOFER (FN 10), Art. 3 ZGB N 145; SHK-HAUSHEER/JAUN (FN 12), Art. 3 ZGB N 30; BSK ZGB I-HONSELL (FN 11), Art. 3 ZGB N 52; ZK-ZOBL (FN 11), Art. 728 ZGB N 39; BK-STARK (FN 4), Art. 933 ZGB N 78a; BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Art. 933 ZGB N 43; ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 933 ZGB N 37; gl.A. (mit Ausnahme) aBK-JÄGGI (FN 11), Art. 3 ZGB N 143; vgl. auch Appellationshof BE, Urteil vom 19.4.1928, ZBJV 1930, 20 ff., E. 2 (betr. Kollektivgesellschaft).

<sup>102</sup> Dafür: aBK-JÄGGI (FN 11), Art. 3 ZGB N 136, 143; wohl auch DESCHENAUX (FN 40), 225 (inkl. Fn. 30); dagegen: ZK-BAUMANN (FN 10), Art. 3 ZGB N 39; wohl auch BSK ZGB I-HONSELL (FN 11), Art. 3 ZGB N 52.

<sup>103</sup> aBK-JÄGGI (FN 11), Art. 3 ZGB N 143.

<sup>104</sup> ZK-BAUMANN (FN 10), Art. 3 ZGB N 39.

<sup>105</sup> Dies betrifft insb. den Ansatz von SANDRO ABEGLLEN, Wissenszurechnung bei juristischen Personen und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Habil. Bern, Bern 2004, 111 ff. (zur juristischen Person), 229 ff. (zum Konzern). Gleiches gilt für den auf einem Prinzip der Wissensverantwortung basierenden Ansatz von CHOU (FN 67), 83 ff. Im Unterscheid zur Zurechnung von Wissen zu einer juristischen Person geht es bei der Erbengemeinschaft um die Frage, welches verteilte Wissen einzelner Beteiligter einer Personenmehrheit für alle Relevanz haben soll, wobei die Organisationspflichten der von Gesetzes wegen entstehenden Erbengemeinschaft sehr viel limitierter sind als jene von juristischen Personen

oder Konzernen; eine Arbeitsteilung im eigentlichen Sinne liegt i.d.R. nicht vor (s. aber BGH, Urteil vom 2.2.1996, V ZR 239/94 = DNotZ 1996, 986 ff., E. II.B.2a).

<sup>106</sup> Vgl. insb. WALTER (FN 67), 41 ff., 313 ff.

<sup>107</sup> WALTER (FN 67), 92 ff., 117 f., 315 ff., unterscheidet danach, ob das relevante Wissen ein Verhalten begleitet oder den Lauf einer Frist auslöst. Sie klammert dabei allerdings die Ersitzung als Sonderfall aus, da hier ein Bösgläubigerwerden eine laufende Ersitzung ohne Weiteres und insb. ohne Verhaltensmöglichkeit des Betroffenen enden lässt (WALTER [FN 67], 72 ff.). Gleiches müsste wohl für den gesetzlichen Erwerb vom Nichtberechtigten durch Erbgang gelten, da Nachlass und Besitz des Erblassers ohne Verhaltensmöglichkeit der Erbengemeinschaft auf diese übergehen (s.a. WALTER [FN 67], 72 Fn. 215). Eine für WALTER relevante Verhaltensmöglichkeit bestünde damit in den vorliegenden Konstellationen einzig in Bezug auf die Verantwortlichkeit nach Art. 938 ff. ZGB (s. dazu auch WALTER [FN 67], 73 f., Fn. 216).

<sup>108</sup> Vgl. dazu soeben FN 107.

<sup>109</sup> In einer auf gemeinsamem Handeln basierenden Gesamthandschaft führt das Kriterium der Verhaltensmöglichkeit nicht weiter, weil einerseits einem einzelnen wissenden Erben aufgrund der gesamthänderischen Berechtigung die Möglichkeit eines Verhaltens im Alleingang fehlt und andererseits die Erbengemeinschaft ohne ein Verhalten des betreffenden Erben keine Verhaltensmöglichkeit hat. Sinnvoller scheint deshalb, auf den engen Charakter der Gruppenbeziehung abzustellen und das Wissen einzelner Erben der Erbengemeinschaft absolut zuzurechnen (vgl. auch WALTER [FN 67], 198 f.).

<sup>110</sup> Vgl. dazu vorne Kap. IV.A.1.

<sup>111</sup> Anders ZK-BAUMANN (FN 10), Art. 3 ZGB N 39 (s. vorne bei FN 104).

Verhältnisse, der grundsätzliche Ausnahmecharakter des Gutgläubensschutzes<sup>112</sup>, die gesamthandschaftliche Berechtigung sowie der i.d.R. vorübergehende Charakter der Erbengemeinschaft<sup>113</sup> anführen; zudem wird die Strenge des Grundsatzes durch die Gutgläubensvermutung nach Art. 3 Abs. 1 ZGB gemildert. M.E. überwiegen diese letzteren Gründe, weshalb für eine gutgläubige Erbengemeinschaft die Gutgläubigkeit jedes einzelnen Erben zu fordern ist.

## B. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten nach Art. 933 ff. ZGB

Im Folgenden stellt sich die Frage, ob es im Rahmen des Erbgangs (dazu 1.), der Zuweisung einer Sache durch Erbteilung (dazu 2.) oder der Ausrichtung eines Vermächtnisses (dazu 3.) zu einem gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten kommen kann<sup>114</sup>. Diese Frage stellt sich primär bezüglich Sachen, die dem Erblasser oder seinem Vorbesitzer anvertraut worden waren (Art. 933 ZGB) sowie generell bei Geld oder Inhaberpapieren (Art. 935 ZGB) (dazu je a.). Bei abhanden gekommenen Sachen stellen sich hingegen Fragen zur Befristung der Herausgabepflicht sowie einem allfälligen Anspruch aus Lösungsrecht (dazu je b.).

Vorausgesetzt ist dabei natürlich, dass die erwerbende Erbengemeinschaft bzw. der übernehmende Erbe oder Vermächtnisnehmer im Zeitpunkt des Erwerbs<sup>115</sup> bezüglich des Rechtsmangels gutgläubig sind und sein dürfen. Bei Bösgläubigkeit ist ein Erwerb vom Nichtberechtigten nicht möglich, sondern es besteht eine zeitlich unbeschränkte Herausgabepflicht (Art. 936 ZGB).

### 1. Erwerb durch die gutgläubige Erbengemeinschaft durch Erbgang

Beim Erwerb der gutgläubigen Erbengemeinschaft durch Erbgang stellt sich zunächst die Frage, ob ein sol-

cher Erwerb überhaupt in den Anwendungsbereich von Art. 933 ff. ZGB fällt. Für die erbrechtliche Universal-sukzession finden sich wenige Äusserungen zu dieser Frage: Einzelne Autoren verneinen die Anwendbarkeit unter Hinweis auf das fehlende Rechtsgeschäft<sup>116</sup>, andere ohne Begründung<sup>117</sup>. Für Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz geht hingegen die herrschende – wenn auch nicht unumstrittene – Lehre davon aus, dass diese Universal-sukzessionen keine im Sinne von Art. 933 ff. ZGB relevante Erwerbsformen darstellen und deshalb nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen fallen<sup>118</sup>. Da die fusionsgesetzlichen Universal-sukzessionen ferner – im Gegensatz zum Erbgang – durchaus auf einem Rechtsgeschäft basieren<sup>119</sup>, muss m.E. der Erwerb durch Universal-sukzession generell vom Anwendungsbereich von Art. 933 ff. ZGB ausgenommen sein<sup>120</sup>.

<sup>116</sup> So BK-STARK (FN 4), Art. 933 ZGB N 1; s.a. CHK-ARNET/EITEL (FN 4), Art. 933 ZGB N 1.

<sup>117</sup> So TUOR/SCHNYDER/SCHMID (FN 4), § 103 Nr. 42; implizit wohl auch STEPHAN WOLF, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, Habil. Bern, Bern 2004, 333 Fn. 1919.

<sup>118</sup> So MARTIN EPPER, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, Art. 29 FusG N 21; RUDOLF TSCHÄNI/TINO GABERTHÜEL/STEPHAN ERNI, in: Rolf Watter et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. A., Basel 2014 (zit. BSK FusG-BEARBEITER), Art. 22 FusG N 8; GLANZMANN (FN 66), Nr. 721; tendenziell auch PETER LOSER-KROGH, Die Vermögensübertragung: Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes, AJP/PJA 2000, 1095 ff., 1107; ROLF WATTER/URS KÄGI, Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen, SZW 2004, 231 ff., 242 Fn. 102; a.M. HURNI (FN 38), 203; tendenziell auch BSK FusG-MALACRIDA (FN 118), Art. 73 FusG N 24.

<sup>119</sup> Vgl. Art. 12 f. (zum Fusionsvertrag), Art. 36 ff. (zum Spaltungsvertrag) und Art. 70 ff. FusG (zum Übertragungsvertrag); zur Voraussetzung des Rechtsgeschäfts s. sogleich bei FN 121.

<sup>120</sup> A.M. WATTER/KÄGI (FN 118), 242 Fn. 102, nach denen es darauf ankommen soll, ob die Lage der am Rechtsträger wirtschaftlich Berechtigten eine Wissenszurechnung rechtfertigt. Ähnlich wie hier zum deutschen Recht Staudinger-GURSKY (FN 44), § 857 BGB N 13, § 1007 BGB N 14. Bejaht man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – eine Vererbung einer aus der absoluten Berechtigung des Eigentümers folgenden Herausgabepflicht (s. vorne bei FN 42), spräche auch diese gleichzeitig übergehende Pflicht gegen einen Erwerb durch Universal-sukzession. Bei vom Erblasser aufgrund eines Vertrags besessenen Sachen (s. vorne FN 2) ist zu beachten, dass der betreffende Vertrag – im Unterschied zur Singular-sukzession – grds. ebenfalls auch die erwerbende Erbengemeinschaft übergeht und diese bindet (CHRISTOPH BAUER, Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang, Diss. St.Gallen, Zürich/St.Gallen 2010, Nr. 464). Offensichtlich kommt hier ein gutgläubiger Erwerb durch Erbgang nicht in Frage, sondern das obligatorische Recht zum Besitz geht ebenfalls auf die Erben über.

<sup>112</sup> Vgl. bereits vorne Kap. II.B.1.; eingehender dazu BK-HOFER (FN 10), Art. 3 ZGB N 10 ff.; ZK-BAUMANN (FN 10), Art. 3 ZGB N 7, 10; aBK-JÄGGI (FN 11), Art. 3 ZGB N 11 ff., 63 ff.; KUKO-PFAFFINGER (FN 5), Art. 3 ZGB N 1 f.; s. aber auch BSK ZGB I-HONSELL (FN 11), Art. 3 ZGB N 23.

<sup>113</sup> Dazu BK-WOLF (FN 39), Art. 602 ZGB N 6; WOLF/GENNA (FN 100), 192; BK-TUOR/PICENONI (FN 52), Vorb. zu Art. 602 ff. ZGB N 14; ZK-ESCHER/ESCHER (FN 38), Art. 602 ZGB N 9a.

<sup>114</sup> Da diese Erwerbe zeitlich aufeinander folgen, stellte sich die Frage des gutgläubigen Erwerbs im Rahmen eines späteren Schritts nicht mehr, wenn ein Erwerb bereits in einem früheren Schritt stattgefunden hätte. Da dies aber m.E. – wie hier zu zeigen sein wird – abzulehnen ist, werden alle Schritte geprüft.

<sup>115</sup> Vgl. vorne FN 14.



Bejahte man hingegen eine Anwendbarkeit von Art. 933 ff. ZGB auch auf den Erwerb durch Universal-sukzession, ist danach zu unterscheiden, ob es sich um anvertraute Sachen bzw. generell Geld oder Inhaberpapiere (dazu a.) oder um abhanden gekommene Sachen (dazu b.) handelt.

#### a. Erwerb von Geld oder Inhaberpapieren sowie anvertrauten Sachen

Hält man Art. 933 und Art. 935 ZGB – entgegen der hier vertretenen Ansicht – für grundsätzlich anwendbar, sprechen noch weitere Gründe gegen die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von anvertrauten Sachen bzw. generell von Geld oder Inhaberpapieren durch Erbgang: (i) Wie bereits erwähnt, fehlt es an einem Erwerbsgeschäft, da der Erwerb durch Erbgang von Gesetzes wegen und nicht durch ein gültiges Rechtsgeschäft erfolgt<sup>121</sup>; dies gilt umso mehr, wenn man mit einem Teil der Lehre ein entgeltliches Rechtsgeschäft fordert<sup>122</sup>. (ii) Fraglich ist zudem, ob die besitzrechtlichen Konsequenzen des Erb-gangs<sup>123</sup> die Anforderungen der Lehre an einen Besitz-übergang<sup>124</sup> erfüllen<sup>125</sup>. (iii) Unklar bleibt schliesslich, ob bei einem Erwerb durch Erbgang bereits eine hinreichen-de Vertrauensgrundlage betreffend die Verfügungsbefug-nis des Erblassers sowie das zu erwerbende Recht besteht, wie andernorts noch näher auszuführen sein wird<sup>126</sup>.

<sup>121</sup> Vgl. bereits die vorne in FN 116 zit. Autoren. Zur Voraussetzung eines gültigen Erwerbsgeschäfts s. SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 965, 974; ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 933 ZGB N 23 f.; BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Art. 933 ZGB N 4, 24.

<sup>122</sup> Für Entgeltlichkeit RUSCH (FN 94), 66, 243 ff.; vgl. auch BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Art. 933 ZGB N 23; SPIRO (FN 67), 1379 ff.; gegen Beschränkung etwa SUSAN EMMENEGGER, Schenkung und Gutgläubensschutz, in: Pascal Pichonnaz/Nedim Peter Vogt/Stephan Wolf [Hrsg.], Spuren des römischen Rechts: Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, 219 ff., 220 ff. m.w.H.

<sup>123</sup> Vgl. dazu vorne Kap. III.B.

<sup>124</sup> Die h.L. anerkennt, dass neben der Tradition auch alle Traditions-surrogate für den Besitzübergang nach Art. 933 ZGB ausreichend sind, stellt aber bei der für Gutgläubigkeit vorausgesetzten Sorg-falt (s. dazu vorne Kap. IV.A.1.) spezifische Anforderungen (s. dazu ZK-HOMBERGER [FN 4], Art. 933 ZGB N 18 ff.; SUTTER-SOMM [FN 3], Nr. 974; BSK ZGB II-ERNST [FN 4], Art. 933 ZGB N 25 ff.).

<sup>125</sup> Aufgrund der Verneinung der Anwendbarkeit von Art. 933/935 ZGB auf Universal-sukzessionen stellt sich hier die aus der Dog-matik des Erbenbesitzes (s. dazu vorne Kap. III.B.) folgende Frage noch nicht, ob der Erwerb bereits durch den Erbgang oder erst bei der Begründung der tatsächlichen Sachherrschaft erfolgen würde (s. dazu aber hinten Kap. IV.C.1.).

<sup>126</sup> Vgl. dazu insb. hinten Kap. IV.B.2.a.; s. ferner Kap. IV.B.3.a. Zu vom Erblasser aufgrund eines Vertrags besessenen Sachen s. vorne FN 120.

Ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten nach Art. 933 bzw. Art. 935 ZGB durch Erbgang ist m.E. aus-geschlossen, so dass die vom guten oder bösen Glauben des Erblassers geprägte Rechtslage auch gegenüber der Erbgemeinschaft wirkt<sup>127</sup>.

#### b. Erwerb von abhanden gekommenen Sachen

##### i. Während der laufenden Verwirkungsfrist

Bei abhanden gekommenen Sachen stellt sich die Fra-ge eines Erwerbs vom Nichtberechtigten durch Erbgang nicht direkt, da solche Sachen während der laufenden Verwirkungsfrist<sup>128</sup> auch von gutgläubigen Erwerb-ern herausgegeben werden müssen<sup>129</sup>.

War allerdings der Erblasser gutgläubig<sup>130</sup> und hatte er die ursprünglich abhanden gekommene Sache an einer öffentlichen Versteigerung, auf einem Markt oder von ei-nem mit Waren solcher Art handelnden Kaufmann erwor-ben, besteht ein Anspruch aus Lösungsrecht nach Art. 934 Abs. 2 ZGB<sup>131</sup>, der im Rahmen der Universal-sukzession auf die Erbgemeinschaft übergeht. Die Erbgemein-schaft kann sich deshalb m.E. auf einen beim gutgläubi-gen Erblasser entstandenen Anspruch aus Lösungsrecht berufen, unabhängig davon ob die Erbgemeinschaft gut- oder bösgläubig ist<sup>132</sup>.

##### ii. Nach Ablauf der Verwirkungsfrist nach Art. 934 ZGB

Ist die Verwirkungsfrist nach Art. 934 ZGB abgelaufen, so fragt sich zunächst, ob der bisherige Eigentümer noch

<sup>127</sup> Vgl. auch SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1252; HANS HINDERLING, Der Besitz, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1, Basel 1977, 403 ff., 428; i.Erg. auch SPIRO (FN 67), 1380, 1399 f., der aber wohl von einer Zurechnung des bösen Glaubens des Erblassers an die Erben ausgeht.

<sup>128</sup> Vgl. dazu bereits vorne bei FN 22.

<sup>129</sup> Vgl. BK-STARK (FN 4), Art. 934 ZGB N 7; BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Art. 934 ZGB N 7; s.a. vorne Kap. II.B.3.

<sup>130</sup> Dem bösgläubigen Erblasser steht kein Anspruch aus Lösungsrecht zu, unabhängig davon, wie er die abhanden gekommene Sache erworben hat (BSK ZGB II-ERNST [FN 4], Art. 934 ZGB N 18; KUKO-DOMEJ [FN 5], Art. 934 ZGB N 15).

<sup>131</sup> Vgl. dazu bereits vorne Kap. II.B.3.

<sup>132</sup> Unstr. bei Rechtsnachfolge durch Gutgläubige: BK-STARK (FN 4), Art. 934 ZGB N 41; ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 934 ZGB N 27; vgl. auch (zur Singular-sukzession) BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Art. 934 ZGB N 22; KUKO-DOMEJ (FN 5), Art. 934 ZGB N 15. Für die Singular-sukzession durch Bösgläubige hat das BGer hin-gegen eine Berufung auf das Lösungsrecht des gutgläubigen Vor-besitzers abgelehnt (BGE 103 II 186, E. 2c). Zumindest bei einer Universal-sukzession kann der Übergang des Anspruchs aus Lö-sungsrecht aber m.E. nicht von der Gut- oder Bösgläubigkeit der Erbgemeinschaft abhängig sein, da dieser Anspruch so übergeht, wie er im Zeitpunkt des Erb-gangs besteht (s.a. zur Singular-sukzes-sion mit guten Gründen ERNST [FN 24], 852 f.).

nach Art. 641 Abs. 2 ZGB vindizieren kann. Das Bundesgericht liess diese Frage bislang ungeklärt<sup>133</sup>, in der Lehre ist sie umstritten: Die h.L. nimmt nach Ablauf der besitzrechtlichen Verwirkungsfrist bereits einen Eigentumserwerb nach Art. 714 Abs. 2 ZGB an<sup>134</sup>, wobei allerdings die Meinungen zum relevanten Zeitpunkt des guten Glaubens uneinheitlich sind<sup>135</sup>. Für die Gegenauffassung soll sich Art. 714 Abs. 2 ZGB hingegen nur auf Art. 933 ZGB beziehen, weil diese Bestimmung (im Unterschied zu Art. 934 ZGB) einen Eigentumserwerb erwähne; da mit Ablauf der Verwirkungsfrist nach Art. 934 ZGB kein Eigentum erworben werde, sei die Vindikationsklage des bisherigen Eigentümers noch bis zum Ablauf der Ersitzungsfrist zuzulassen<sup>136</sup>. Folgt man dieser letzteren Auffassung ergeben sich im Erbgang keine besonderen Probleme<sup>137</sup>.

Folgt man hingegen der h.L., stellt sich vorliegend eine Folgefrage aus dem Zusammenspiel mit Art. 936 ZGB: War der Erblasser bösgläubig, so blieb er nach dieser Bestimmung ohne zeitliche Befristung zur Herausgabe verpflichtet. Was gilt nun aber, wenn die gutgläubige Erbengemeinschaft die Sache nach Ablauf der bereits ab dem Abhandenkommen laufenden Verwirkungsfrist nach Art. 934 ZGB erhält? Soll in diesem Fall ein gutgläubiger Erwerb der abhanden gekommenen Sache vom nichtberechtigten Erblasser möglich sein? Zu Art. 934 ZGB ist allerdings wiederum strittig, ob für einen Erwerb nach dieser Bestimmung einzig der gute Glaube sowie der Ablauf der Verwirkungsfrist vorausgesetzt sind<sup>138</sup> oder ob auch die restlichen Voraussetzungen von Art. 933 ZGB – insbesondere ein gültiges Erwerbsgeschäft – vorliegen müssen<sup>139</sup>.

M.E. muss sich der Anwendungsbereich von Art. 934 ZGB an jenem von Art. 933 und Art. 935 ZGB orientieren und einen Erwerb durch Universalsukzession ausschliessen<sup>140</sup>, womit die Gutgläubigkeit der Erbengemeinschaft unbeachtlich bleibt<sup>141</sup>. Ebenfalls müssen m.E. für einen gutgläubigen Erwerb abhanden gekommener Sachen – falls man diesen nach Ablauf der Verwirkungsfrist überhaupt bejahen will – die restlichen Voraussetzungen eines Erwerbs nach Art. 933 ZGB zusätzlich erfüllt sein<sup>142</sup>. Ein Erwerb abhanden gekommener Sachen durch die gutgläubige Erbengemeinschaft nach Ablauf der Verwirkungsfrist nach Art. 934 ZGB ist deshalb m.E. ausgeschlossen.

## 2. Erwerb durch den gutgläubigen, übernehmenden Erben durch Erbteilung

Die Frage eines gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten nach Art. 933 ff. ZGB stellt sich nicht nur im Erbgang, sondern erneut, wenn ein gutgläubiger Erbe die Sache im Rahmen der Erbteilung übernimmt. Es ist allerdings umstritten, wie ein Nachlassgegenstand aus dem Gesamteigentum der Erbengemeinschaft in das Alleineigentum eines einzelnen Erben übergeht<sup>143</sup>: (i) Nach *traditioneller Auffassung* erfolgt die Erbteilung durch ein Rechtsgeschäft zwischen der Erbengemeinschaft und dem den Nachlassgegenstand übernehmenden Erben, wodurch

<sup>133</sup> Das BGer hat die Frage in BGE 94 II 297, E. 6, offen gelassen. Tendenziell scheint das BGer aber der h.L. (dazu sogleich bei FN 134) zu folgen, vgl. BGE 122 III 1, E. 2; BGE 109 II 319, E. 4b; BGer, Urteil vom 26.3.1981, SJ 1981, 449 ff., E. 4a; vgl. ferner BGE 103 II 186, E. 2b (fälschlicherweise sprach das BGer hier allerdings m.H. auf Art. 934 Abs. 1 und Art. 714 Abs. 2 ZGB von einer «den Rechtsmangel heilende[n] Ersitzung»).

<sup>134</sup> So STEINAUER (FN 5), Nr. 467b; BK-STARK (FN 4), Vorb. zu Art. 930 ff. ZGB N 47, Art. 934 ZGB N 29 ff.; ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 934 ZGB N 16, 21; KUKO-DOMEJ (FN 5), Art. 934 ZGB N 8; REY (FN 43), Nr. 1984; HINDERLING (FN 127), 490 f.; ZK-HAAB/SIMONIUS (FN 11), Art. 714 ZGB N 13, 50 und insb. 68; ZK-ZOBL (FN 11), Art. 728 ZGB N 8; KassGer ZH, Urteil vom 19.11.1973, ZR 1974 Nr. 29, E. 1; vgl. auch OFK-BERGER-STEINER/SCHMID (FN 11), Art. 934 ZGB N 8; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 5), Nr. 332; BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Art. 934 ZGB N 13, 15.

<sup>135</sup> Nach der überwiegenden Ansicht muss Gutgläubigkeit vom Besitzerwerb bis zum Erwerb des dinglichen Rechts bestehen (so HINDERLING [FN 127], 491; BK-STARK [FN 4], Art. 934 ZGB N 29; ZK-HAAB/SIMONIUS [FN 11], Art. 714 ZGB N 68; ZK-HOMBERGER [FN 4], Art. 934 ZGB N 21; WALTER [FN 67], 56 Fn. 179, 73 Fn. 216; wohl auch OFK-BERGER-STEINER/SCHMID [FN 11], Art. 934 ZGB N 8). Eine Gegenauffassung hält allein den Zeitpunkt des Besitzerwerbs für relevant (so CHK-ARNET/EITEL [FN 4], Art. 934 ZGB N 7). Eine dritte Ansicht scheint nur auf den Zeitpunkt des Erwerbs des dinglichen Rechts – d.h. wohl bei Ablauf der Verwirkungsfrist – abzustellen (so BSK ZGB II-ERNST [FN 4], Art. 934 ZGB N 14).

<sup>136</sup> So SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 64, 1433, 1465; BSK ZGB II-WIEGAND (FN 4), Art. 641 ZGB N 77; BK-MEIER-HAYOZ (FN 43), Art. 641 ZGB N 84. Während sowohl die Verwirkungsfrist nach Art. 934 ZGB wie auch die Ersitzungsfrist nach Art. 728 ZGB im Grundsatz fünf Jahre betragen (s. vorne FN 22 und 28), läuft erstere bereits ab dem Abhandenkommen der Sache beim Berechtigten, letztere hingegen erst ab dem Besitzerwerb durch den Gutgläubigen (s. vorne bei FN 23 und bei FN 25).

<sup>137</sup> D.h. der bisherige Eigentümer kann vindizieren, solange die Sache nicht durch den gutgläubigen Erblasser oder die gutgläubige Erbengemeinschaft eressen wurde, wobei die Besitzdauer des gutgläubigen Vorbesitzers nach Art. 941 ZGB angerechnet wird (vgl. zur Ersitzung eingehender hinten Kap. IV.C.).

<sup>138</sup> BK-STARK (FN 4), Art. 934 ZGB N 32, 34a.

<sup>139</sup> HINDERLING (FN 127), 491; wohl auch ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 934 ZGB N 16, 21; BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Art. 934 ZGB N 3.

<sup>140</sup> Vgl. dazu vorne Kap. IV.B.1.

<sup>141</sup> Im Ergebnis ähnlich SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1252, nach dem aber der böse Glaube des Erblassers weiterhin relevant sei.

<sup>142</sup> Vgl. dazu vorne Kap. IV.B.1.a.

<sup>143</sup> Vgl. dazu eingehend WOLF (FN 117), 272 ff.

das Eigentum von der Erbengemeinschaft als Gesamthandschaft auf den Erben übertragen wird<sup>144</sup>. (ii) Die *neuere Lehre* versteht die Erbteilung hingegen als Vertrag zur Aufhebung der Gesamtberechtigung der Erbengemeinschaft, wobei die Miterben ihr Recht zugunsten des übernehmenden Erben aufgeben<sup>145</sup>. Nach beiden Ansichten ist die Tradition für die Begründung von Alleineigentum des übernehmenden Erben an Fahrnis vorausgesetzt<sup>146</sup>. Die Lehre ist sich zudem einig, dass die Erbteilung – im Gegensatz zum Erbgang – ein entgeltlicher Vorgang ist, da die Übernahme der Nachlassgegenstände gegen Anrechnung auf den Erbteil erfolgt<sup>147</sup>.

Die Frage, ob ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten durch Erbteilung möglich ist, stellt sich einzig nach der traditionellen Auffassung. Nach der neueren Lehre liegt in der Erbteilung bereits kein Erwerb durch den übernehmenden Erben, sondern umgekehrt eine Rechtsaufgabe durch dessen Miterben. Entsprechend fehlt es an einer Verfügung über Rechte an den übernehmenden Erben, die er im gutgläubigen Vertrauen in die Verfügungsbefugnis der anderen Erben erwerben könnte<sup>148</sup>. Die Untersuchung im Folgenden betrifft deshalb nur die traditionelle Auffassung, wobei wiederum danach unterschieden werden muss, ob es um einen gutgläubigen Erwerb von anvertrauten Sachen bzw. generell Geld oder Inhaberpapieren (dazu a.) oder von abhanden gekommenen Sachen (dazu b.) geht.

#### a. Erwerb von Geld oder Inhaberpapieren sowie anvertrauten Sachen

Nach der traditionellen Auffassung vertreten ESCHER/ESCHER<sup>149</sup> die Ansicht, der gutgläubige Erbe könne nach Art. 933 ff. ZGB auch Rechte erwerben, die der Erbengemeinschaft nicht zugestanden hätten. Hierfür spricht insbesondere der nach dieser Auffassung rechtsgeschäftliche

Erwerb<sup>150</sup>. An diesem Ergebnis wird die Ungleichbehandlung mit dem Alleinerben kritisiert, der die Nachlassgegenstände ohne Erbteilung erhält<sup>151</sup>.

M.E. ist aber fraglich, ob bei der Erbteilung eine hinreichende Vertrauensgrundlage betreffend die Verfügungsbefugnis<sup>152</sup> und das zu erwerbende dingliche Recht<sup>153</sup> besteht. Im Unterschied zu einer vertrauensbegründenden rechtsgeschäftlichen Verfügung über ein dingliches Recht samt Besitzübertragung zu Lebzeiten findet die Erbengemeinschaft den Nachlass in der Regel erklärungslos vor. Seitens der Erbengemeinschaft besteht unter diesen Umständen keine Klarheit darüber, ob und welches Recht sie durch Universalsukzession an den einzelnen Nachlassgegenständen erworben hat<sup>154</sup>. Entsprechend kann beim übernehmenden Erben – der zur Erbengemeinschaft gehört – auch kein beachtliches Vertrauen darauf bestehen, dass die Erbengemeinschaft zur Verfügung über ein dingliches Recht an der im Rahmen der Erbteilung übertragenen Sache berechtigt ist<sup>155</sup>. Der gute Glaube des übernehmenden Erben erreicht deshalb im Regelfall m.E. nicht eine nach Art. 933 oder 935 ZGB zu schützende Intensität.

Eine Ausnahme wäre höchstens für den Fall zu erwägen, dass der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung über das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht an der fraglichen Sache verfügt hat und deshalb bei seinen Erben eine ähnliche Erwartung in seine Verfü-

<sup>144</sup> So insb. BK-TUOR/PICENONI (FN 52), Art. 560 ZGB N 1, Art. 602 ZGB N 40; ZK-ESCHER/ESCHER (FN 38), Art. 602 ZGB N 1, 35 f., Art. 634 ZGB N 3 ff., 8, 13; DRUEY (FN 38), § 16 Nr. 5, 21 f. Im Hintergrund steht die Gesamthandschaftstheorie der ungeteilten Gesamtberechtigung (dazu WOLF [FN 117], 34 ff. m.w.H.).

<sup>145</sup> So insb. WOLF (FN 143), 288 ff.; WOLF/GENNA (FN 100), 372 f. Diese Ansicht basiert auf der Theorie der mehrfachen Rechtszuständigkeit zur Gesamthandschaft (dazu WOLF [FN 117], 40 ff. m.w.H.).

<sup>146</sup> Vgl. für die traditionelle Lehre: BK-TUOR/PICENONI (FN 52), Art. 634 ZGB N 5; ZK-ESCHER/ESCHER (FN 38), Art. 634 ZGB N 7 f.; für die neuere Lehre: WOLF/GENNA (FN 100), 374.

<sup>147</sup> Vgl. ZK-ESCHER/ESCHER (FN 38), Art. 637 ZGB N 1; BK-TUOR/PICENONI (FN 52), Art. 637 ZGB N 1; WOLF (FN 117), 326; TUOR/SCHNYDER/JUNGO (FN 40), § 87 Nr. 3.

<sup>148</sup> So WOLF (FN 117), 332 f. (inkl. Fn. 1917 m.w.H.); WOLF/GENNA (FN 100), 373.

<sup>149</sup> ZK-ESCHER/ESCHER (FN 38), Art. 637 ZGB N 4.

<sup>150</sup> Keine Auswirkung hat hingegen die str. Frage, ob der Anwendungsbereich von Art. 933 ff. ZGB auf entgeltliche Rechtsgeschäfte beschränkt sei (s. vorne bei FN 122), da ein solches unstr. vorliegt (s. vorne bei FN 147).

<sup>151</sup> So WOLF (FN 117), 333 Fn. 1919.

<sup>152</sup> Zum Gegenstand des guten Glaubens s. BK-STARK (FN 4), Art. 933 ZGB N 55 ff.; ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 933 ZGB N 25 ff.; BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Art. 933 ZGB N 29 ff.; KUKO-DOMEJ (FN 5), Art. 933 ZGB N 13 f.; vgl. auch BGE 81 II 339, E. 4.

<sup>153</sup> Zur Erwartung, dass die Sache zu Eigentum oder einem beschränkten dinglichen Recht übertragen werde s. BK-STARK (FN 4), Art. 933 ZGB N 4 f., 44 f., 55 ff.; ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 933 ZGB N 11.

<sup>154</sup> Besass der Erblasser die Sache nicht unberechtigt, sondern aufgrund eines Vertrags, der ebenfalls auf die Erbengemeinschaft übergang (s. vorne FN 2, 120), stellt sich im Rahmen der Erbteilung primär die Frage einer Übertragung des betr. Vertrags (s. dazu BAUER [FN 120], Nr. 465), aus dem sich das Recht zum Besitz ergibt.

<sup>155</sup> Die allein aus dem Besitz abgeleitete Eigentumsvermutung nach Art. 930 ZGB ist für den Gutglaubensschutz nach Art. 933/935 ZGB nicht ausreichend (vgl. BK-STARK [FN 4], Vorb. zu Art. 930 ff. ZGB N 34; Art. 933 ZGB N 55). Vielmehr muss der Veräußerer die Erwartung wecken, dass er die Sache zu Eigentum oder einem beschränkten dinglichen Recht an den Erwerber übertragen könne und den Besitz an der Sache auch tatsächlich übertragen (vgl. BSK ZGB II-ERNST [FN 4], Art. 933 ZGB N 29; s.a. BGE, Urteil vom 11.2.2002, 5P.451/2001, E. 2a).



gungsbefugnis besteht wie bei einer rechtsgeschäftlichen Veräusserung unter Lebenden. M.E. überwiegen aber die Gründe gegen eine solche Ausnahme: (i) Hiergegen spricht zum Ersten die sachlich nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung im Vergleich zum Alleinerben<sup>156</sup>. (ii) Zum Zweiten hindert die fehlende Verfügungsbefugnis des Erblassers bereits einen Rechtsübergang von ihm an die Erbengemeinschaft, doch betrifft seine angebliche Verfügung erst die Erbteilung, in welcher der Erbe von der nichtberechtigten Erbengemeinschaft, der er selbst angehört, erwerben soll. (iii) Zum Dritten fällt die Person des Vertrauen begründenden Erblassers und die Erbengemeinschaft, auf deren Verfügungsbefugnis sich der gute Glaube beziehen muss und welche die Besitzübertragung vornimmt, auseinander. (iv) Schliesslich würde eine solche Ausnahme bewirken, dass der Erblasser – dank des Gutgläubensschutzes nach Art. 933/935 ZGB – über mehr verfügen könnte, als er selbst hat<sup>157</sup>, wodurch die rechtspolitisch austarierte Kompromisslösung<sup>158</sup> von Art. 933 ff. ZGB in ein Ungleichgewicht käme und insbesondere bösgläubigen Erblassern ein Missbrauchspotential eröffnet würde<sup>159</sup>. Eine solche vom Erblasser provozierte Verbesserung der Rechtsstellung des gutgläubigen Erben zu Lasten des bisherigen Eigentümers ist m.E. nicht gerechtfertigt. Entsprechend sollte der Erwerb durch Erbteilung – wie auch jener durch Vermächtnis<sup>160</sup> – generell vom Anwendungsbereich von Art. 933 bzw. 935 ZGB ausgenommen werden.

### b. Erwerb von abhanden gekommenen Sachen

Bei abhanden gekommenen Sachen ist wiederum vom Lauf der Verwirkungsfrist nach Art. 934 ZGB abhängig, ob sich die Frage eines gutgläubigen Erwerbs durch eine als Rechtsgeschäft verstandene Erbteilung überhaupt stellt.

*Vor Ablauf der Verwirkungsfrist* nach Art. 934 ZGB bleibt der übernehmende Erbe unabhängig von seinem

Glauben zur Herausgabe verpflichtet<sup>161</sup>. War der Erblasser gutgläubig und ist bei ihm ein Anspruch aus Lösungsrecht nach Art. 934 Abs. 2 ZGB entstanden, so kann sich auch der übernehmende Erbe zumindest dann darauf berufen, wenn er selbst gutgläubig ist<sup>162</sup>.

*Nach Verstreichen der Verwirkungsfrist* nach Art. 934 ZGB stellt sich wiederum die Frage, ob man mit der h.L. die Möglichkeit eines Eigentumserwerbs des Gutgläubigen bejaht und die Möglichkeit eines Erwerbs nach Art. 934 ZGB am Anwendungsbereich und den Voraussetzungen von Art. 933 ZGB ausrichtet<sup>163</sup>. M.E. ist zumindest letzteres zu bejahen<sup>164</sup>, weshalb eine Anwendbarkeit von Art. 934 ZGB auf die Erbteilung als Rechtsgeschäft abzulehnen ist.

### c. Fazit

Bei der Übernahme einer vom Erblasser unberechtigt besessenen Sache im Rahmen einer Erbteilung stellt sich die Frage einer Anwendbarkeit von Art. 933 ff. ZGB nur dann, wenn man die Erbteilung mit der traditionellen Lehre als Rechtsgeschäft und nicht mit der neueren Lehre als Rechtsaufgabe versteht. Auch in diesem Fall ist die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von der nichtberechtigten Erbengemeinschaft m.E. aber abzulehnen. Muss der übernehmende Erbe die Sache an einen besser Berechtigten herausgeben, haften ihm die Miterben nach Art. 637 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 192 ff. OR für den Ersatz des Anrechnungswerts im Verhältnis der Erbquoten<sup>165</sup>.

## 3. Erwerb durch einen gutgläubigen Vermächtnisnehmer

Im Unterschied zu den Erben erwirbt der Vermächtnisnehmer durch den Erbgang kein Recht an der Vermächtnissache, sondern einen obligatorischen Anspruch gegenüber den Belasteten<sup>166</sup> auf Ausrichtung des Vermächtnisses mittels Singularsukzession<sup>167</sup>. Die Ausgangs-

<sup>156</sup> Vgl. vorne bei FN 151. Vgl. freilich zur Differenz zum Geschäft unter Lebenden sogleich FN 159.

<sup>157</sup> Vgl. das Zitat von ÜLPAN in FN 40; s. dazu aber auch SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1176, 1381.

<sup>158</sup> Vgl. dazu statt aller SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1380 ff., insb. Nr. 1385 ff. m.w.H.

<sup>159</sup> Daran ändert m.E. nichts, dass ein bösgläubiger Erblasser – bildet Entgeltlichkeit keine Voraussetzung (s. dazu vorne bei FN 122) – das gleiche Resultat auch erreichen kann, indem er die Sache dem gutgläubigen Erben zu Lebzeiten schenkt. Immerhin ist eine Verfügung von Todes wegen für den Erblasser weniger einschneidend als eine Schenkung zu Lebzeiten, da ihn die Folgen seiner Handlung persönlich nicht mehr betreffen.

<sup>160</sup> Vgl. dazu noch hinten Kap. IV.B.3.a.

<sup>161</sup> Vgl. dazu bereits vorne Kap. IV.B.1.b.i.

<sup>162</sup> Beim gutgläubigen Rechtsnachfolger ist dies unstr., beim bösgläubigen hingegen nicht (s. dazu vorne FN 132).

<sup>163</sup> Vgl. dazu bereits vorne Kap. IV.B.1.b.ii.

<sup>164</sup> Vgl. dazu vorne bei FN 142.

<sup>165</sup> Vgl. BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER (FN 4), Art. 637 ZGB N 3, 8; CHK-GÖKSU (FN 4), Art. 637 ZGB N 5, 7; zu Art. 637 ZGB s.a. vorne FN 75. Eine allfällige Zahlung aus Lösungsrecht nach Art. 934 Abs. 2 ZGB (s. vorne bei FN 162) ist m.E. an Rechtsgewährleistungsansprüche gegenüber den Miterben anzurechnen (s.a. hinten FN 216).

<sup>166</sup> Zur sprachlichen Vereinfachung wird von mehreren Belasteten ausgegangen (zur Genusform s. vorne FN 1).

<sup>167</sup> Vgl. Art. 562 Abs. 1 ZGB sowie dazu WOLF/GENNA (FN 38), 264; KUKO-BÜRGI (FN 5), Art. 562 ZGB N 2; TUOR/SCHNYDER/JUNGO (FN 40), § 62 Nr. 8, § 72 Nr. 18.

lage unterscheidet sich also von jener bei Erbgang und Erbteilung<sup>168</sup>. Wiederum ist zunächst auf die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von anvertrauten Sachen bzw. generell Geld oder Inhaberpapieren (dazu a.) einzugehen und dann die Relevanz für abhanden gekommene Sachen (dazu b.) zu klären.

#### a. Erwerb von Geld oder Inhaberpapieren sowie anvertrauten Sachen

Bei der Frage eines gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten nach Art. 933 bzw. Art. 935 ZGB ist zu beachten, dass die Verpflichtung der Belasteten gegenüber dem Vermächtnisnehmer durch die letztwillige Verfügung des Erblassers als einseitigem Rechtsgeschäft<sup>169</sup> entsteht; an den Belasteten liegt es nur noch, das entsprechende Verfügungsgeschäft vorzunehmen<sup>170</sup>. Im Unterschied zur Teilungsvorschrift<sup>171</sup> begründet der Erblasser durch die Zuwendung eines Vermächtnisses eine Verpflichtung der Belasteten und erweckt bei diesen sowie dem Vermächtnisnehmer den Anschein einer auf die Belasteten übergehenden Verfügungsbefugnis. Die Konstellation liegt damit näher am modellhaften rechtsgeschäftlichen Erwerb unter Lebenden, freilich einem unentgeltlichen<sup>172</sup>.

Gleichwohl ist m.E. eine Anwendbarkeit von Art. 933 bzw. Art. 935 ZGB auf die Ausrichtung eines Vermächtnisses abzulehnen. Als Gründe hiergegen sprechen *mutatis mutandis* dieselben Einwendungen wie im Falle einer Übernahme durch einen gutgläubigen Erben im Rahmen der Erbteilung, wenn diese als Rechtsgeschäft verstanden wird und der Erblasser über die betreffende Nachlasssache letztwillig verfügt hat<sup>173</sup>. Hinzu kommt – folgt man dieser strittigen Voraussetzung – die fehlende Entgeltlichkeit<sup>174</sup>.

#### b. Erwerb von abhanden gekommenen Sachen

Die mögliche Relevanz eines gutgläubigen Erwerbs anvertrauter Sachen stellt sich beim Vermächtnisnehmer unter den gleichen Prämissen wie beim übernehmenden Erben<sup>175</sup>. Aufgrund der hier vertretenen Orientierung des Anwendungsbereichs und der Voraussetzungen von

Art. 934 ZGB an jenen von Art. 933 bzw. Art. 935 ZGB<sup>176</sup> kann auf das zu letzteren Bestimmungen Gesagte<sup>177</sup> verwiesen werden.

### C. Ersitzung nach Art. 728 ZGB

Im Folgenden stellt sich die Frage nach den Möglichkeiten und Modalitäten einer Mobilierersitzung nach Art. 728 ZGB. Im Unterschied zum Erwerb vom Nichtberechtigten setzt die Ersitzung den guten Glauben<sup>178</sup> im Zeitpunkt des Erwerbs sowie ununterbrochen während der vorgesehenen Ersitzungsfrist<sup>179</sup> voraus. Der Ersitzungsbesitz erfordert dabei neben der tatsächlichen Sachherrschaft samt darauf bezogenem Willen<sup>180</sup> zusätzlich den sog. Eigenbesitzwillen, d.h. den Willen, aus eigenem (zu ersitzendem) Recht zu besitzen<sup>181</sup>. Sind die Rechtsnachfolger hingegen bösgläubig oder können sie sich nicht auf ihren guten Glauben berufen<sup>182</sup>, scheidet die Möglichkeit der Ersitzung aus.

Zunächst wird untersucht, ob eine gutgläubige Erbgemeinschaft eine vom Erblasser unberechtigt besessene Sache ersitzen kann (dazu 1.). In der Folge wird die Möglichkeit der Ersitzung durch einen gutgläubigen übernehmenden Erben (dazu 2.) oder einen gutgläubigen Vermächtnisnehmer (dazu 3.) erörtert, wobei sich die Rechtslage hier weitgehend entspricht.

#### 1. Ersitzung durch die gutgläubige Erbgemeinschaft

Da die Erbgemeinschaft zwar die vom Erblasser hinterlassene Rechtslage übernimmt, aber m.E. über einen eigenen guten Glauben verfügen kann<sup>183</sup>, steht ihr bei gegebenen Voraussetzungen unabhängig vom Glauben des

<sup>168</sup> Dazu vorne Kap. IV.B.1 und IV.B.2.

<sup>169</sup> Vgl. TUOR/SCHNYDER/JUNGO (FN 40), § 72 Nr. 5; BK-WEIMAR (FN 38), Einl. zu Art. 467 ff. ZGB N 40 f.; WOLF/GENNA (FN 38), 134.

<sup>170</sup> Vgl. ZK-ESCHER/ESCHER (FN 38), Art. 562 ZGB N 1; BSK ZGB II-HUWILER (FN 4), Art. 562 ZGB N 12; BK-TUOR/PICENONI (FN 52), Art. 562 ZGB N 2 f.

<sup>171</sup> Vgl. auch vorne Kap. IV.B.2.a.

<sup>172</sup> Zur str. Frage, ob Art. 933 ff. ZGB nur auf entgeltliche Rechtsgeschäfte Anwendung finden sollen, s. vorne FN 122.

<sup>173</sup> Vgl. dazu vorne Kap. IV.B.2.a.

<sup>174</sup> Vgl. dazu vorne FN 122 sowie bei FN 172. Vgl. hingegen zur Erbteilung als Rechtsgeschäft vorne FN 150.

<sup>175</sup> Vgl. dazu vorne Kap. IV.B.2.b.

<sup>176</sup> Vgl. dazu vorne Kap. IV.B.1.b.ii.

<sup>177</sup> Vgl. dazu soeben Kap. IV.B.3.a.

<sup>178</sup> Der gute Glaube hat sich auf den Rechtsmangel zu beziehen, der einem sofortigen Rechtserwerb entgegensteht (dazu s. SUTTER-SOMM [FN 3], Nr. 1138 ff.; ZK-ZOBL [FN 11], Art. 728 ZGB N 36 ff.). Die Gutgläubigkeit der Erbgemeinschaft muss sich vorliegend also auf das (fehlende) Eigentumsrecht des Erblassers beziehen, das einen derivativen Eigentumserwerb kraft Universal-sukzession verhindert.

<sup>179</sup> Zur Ersitzungsfrist s. bereits vorne FN 28.

<sup>180</sup> Zur Frage, ob dieser in der tatsächlichen Sachherrschaft enthalten ist oder eine eigene Voraussetzung bildet s. vorne bei FN 4.

<sup>181</sup> BSK ZGB II-SCHWANDER (FN 4), Art. 728 ZGB N 4; ZK-ZOBL (FN 11), Art. 728 ZGB N 30, 35; s.a. SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1132; KUKO-BAUMANN LORANT (FN 5), Art. 728 ZGB N 3; BGE 94 II 297, E. 5d.

<sup>182</sup> Zur str. Frage, ob im Fall von Art. 3 Abs. 2 ZGB Bösgläubigkeit vorliegt oder sich der Betreffende auf seine Gutgläubigkeit nicht berufen darf s. vorne FN 13.

<sup>183</sup> Vgl. dazu vorne Kap. III.C. Zur Frage, wann die Erbgemeinschaft als gutgläubig gilt, s. vorne Kap. IV.A.2.

Erblassers eine Ersitzung offen<sup>184</sup>. Dies entspricht auch der herrschenden Lehre<sup>185</sup>. Die Funktion der Ersitzung<sup>186</sup> als Korrekturmechanismus für ein Auseinanderfallen von rechtlicher und gutgläubiger tatsächlicher Herrschaft nach Verstreichen einer bestimmten Frist würde ansonsten so lange ausser Kraft gesetzt, bis die Sache an einen (gutgläubigen) Dritten veräussert würde.

Sind sowohl der Erblasser als auch die Erbengemeinschaft *gutgläubig*, ist die Dauer des gutgläubigen Besitzes des Erblassers an die gegenüber der Erbengemeinschaft geltende Ersitzungsfrist anzurechnen (Art. 941 ZGB)<sup>187</sup>.

<sup>184</sup> Zur Möglichkeit einer fortgesetzten Erbengemeinschaft s. die vorne in FN 113 zit. Nachweise.

<sup>185</sup> SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1249; ZK-ZOBL (FN 11), Art. 728 ZGB N 45; PFISTER (FN 67), 113 f.; ZK-ESCHER/ESCHER (FN 38), Art. 560 ZGB N 11; BK-STARK (FN 4), Art. 919 ZGB N 152, Art. 941 ZGB N 3; BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Art. 919 ZGB N 79; GRELL (FN 67), 194; CHK-HITZ (FN 4), Art. 728 ZGB N 5; TUOR/SCHNYDER/SCHMID (FN 4), § 103 Nr. 42; SPIRO (FN 67), 1390 f. (inkl. Fn. 11), 1399 f.; tendenziell auch aBK-JÄGGI (FN 11), Art. 3 ZGB N 135; s.a. STEINAUER, Les droits réels, Bd. II, Bern 2012, Nr. 2109; REY (FN 43), Nr. 1988; OFK-KÄHR (FN 11), Art. 728 ZGB N 6; vgl. ferner BGE 94 II 297, E. 5d (nur Gutgläubigkeit der Erben bzw. ihres gesetzlichen Vertreters geprüft); vgl. schliesslich Protokolle der Verhandlungen der grossen Expertenkommission, in: Markus Reber/Christoph Hurni/Lukas Schwizer, Berner Kommentar, Materialien zum ZGB, Bd. III, Bern 2013, 1 ff., 1249 f. (Nr. 10560 ff.), wo die Frage aufgeworfen, aber nicht geklärt wurde. Die Frage ist auch im deutschen Recht str., doch geht die h.L. ebenfalls von einer Möglichkeit der Ersitzung gutgläubiger Erben des bösgläubigen Erblassers aus (so etwa: JÜRGEN F. BAUR/ROLF STÜRNER, Sachenrecht, 18. A., München 2009, § 53 Nr. 88 f.; WESTERMANN/GURSKY/EICKMANN [FN 56], § 51 Nr. 8; BeckOK-KINDL [FN 66], § 943 BGB N 3; Staudinger-GURSKY [FN 44], § 857 BGB N 13; Staudinger-WIEGAND [FN 44], § 943 BGB N 5; MK-BALDUS [FN 76], § 943 BGB N 13; FINKENAUER [FN 76], 961 ff.; EMIL STROHAL, Das deutsche Erbrecht, Bd. 2, 3. A., Berlin 1904, 77 f.; a.M. etwa HEINRICH DERNBURG, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussens, 4. A., Halle 1908, 360; KNÜTEL [FN 76], 927 ff.; GERD KRÄMER, Bernsteinzimmer-Mosaik: Ersitzung durch den gutgläubigen Erben des bösgläubigen Besitzers?, NJW 1997, 2580 f., 2581; s. zum Ganzen auch MICHAEL ANTON, Rechtshandbuch Kulturgüterschutz und Kunstrestitutionsrecht, Bd. 2, Berlin 2010, Teil 4 Nr. 51 ff.; zur Vindikationsverjährung s. OLIVER REMIEN, Vindikationsverjährung und Eigentumsschutz, AcP 2001, 730 ff., *passim*).

<sup>186</sup> Zur Funktion der Ersitzung vgl. SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1119; CHK-HITZ (FN 4), Art. 728 ZGB N 1; ZK-ZOBL (FN 11), Art. 728 ZGB N 1.

<sup>187</sup> ZK-ZOBL (FN 11), Art. 728 ZGB N 45; ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 919 ZGB N 37, Art. 941 ZGB N 1; BSK ZGB II-SCHWANDER (FN 4), Art. 728 ZGB N 9; CHK-ARNET/EITEL (FN 4), Art. 941 ZGB N 1; KUKO-BAUMANN LORANT (FN 5), Art. 728 ZGB N 5; PFISTER (FN 67), 110 f.; s.a. BK-HOFER (FN 10), Art. 3 ZGB N 146; ZK-BAUMANN (FN 10), Art. 3 ZGB N 35; BSK ZGB I-HONSELL (FN 11), Art. 3 ZGB N 46. Aufgrund von Art. 941 ZGB stellt sich die Frage nicht, ob sich dies auch aus der vererbten Anwartschaft des ersitzenden Erblassers auf das Eigentum ergeben könnte (s. vorne bei FN 29 und 52).

Die Erbengemeinschaft setzt die Ersitzung des Erblassers ohne Unterbruch fort<sup>188</sup>; dies ist m.E. unabhängig vom Verständnis des Erbenbesitzes richtig<sup>189</sup>.

War hingegen nur der *Erblasser bösgläubig*, ist die *Erbengemeinschaft* aber *gutgläubig*, lässt die h.L. eine Ersitzung durch letztere zu<sup>190</sup>. Allerdings nimmt die überwiegende Lehre an, die Ersitzungsfrist laufe nicht ab dem Erbgang, sondern erst ab der Begründung der tatsächlichen (mittelbaren oder unmittelbaren) Sachherrschaft für die Erbengemeinschaft<sup>191</sup>. M.E. ist dies richtig, doch ist die Begründung vom dogmatischen Verständnis des Erbenbesitzes abhängig<sup>192</sup>: (i) Versteht man diesen als Übergang der subjektiven Rechte und Pflichten des Erblassers, die an seinem früheren Besitz anknüpfen, oder als fingierte Fortsetzung des erblasserischen Besitzes, kann die Erbengemeinschaft erst ab der Begründung eigenen mittelbaren oder unmittelbaren Besitzes ersitzen<sup>193</sup>. (ii) Nimmt

<sup>188</sup> SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1249; s.a. HINDERLING (FN 127), 427 f.; ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 919 ZGB N 37; ZK-ESCHER/ESCHER (FN 38), Art. 560 ZGB N 11; PFISTER (FN 67), 113; BK-STARK (FN 4), Art. 919 ZGB N 152.

<sup>189</sup> Zum Erbenbesitz s. vorne Kap. III.B. Versteht man den Erbenbesitz als Fortsetzung der subjektiven Rechte und Pflichten des Erblassers, die an seinem Besitz anknüpfen, wäre auch eine Kontinuität der aus dem Ersitzungsbesitz entstandenen Anwartschaft auf ein subjektives (Eigentums-)Recht anzunehmen. Bei einem Verständnis als fiktive Fortsetzung des erblasserischen Besitzes würde dieser auch gutgläubig als Ersitzungsbesitz fortgesetzt. Ordnete man den Erbenbesitz hingegen als fiktiven Besitzerwerb der Erbengemeinschaft kraft Erbgangs ein, stellte sich bereits die bei ungleichem Glauben entscheidende Frage, ob dieser fingierte Besitz gerade hinsichtlich Eigenbesitzwillens als Ersitzungsbesitz qualifiziert; bei Gutgläubigkeit von Erblasser und Erbengemeinschaft rechtfertigt es sich hier vor dem Hintergrund der ebenfalls vererbten Anwartschaft auf das subjektive Recht (s. vorne FN 29, 52 und 187) sowie von Art. 941 ZGB m.E. nicht, aus dogmatischen Gründen einen Unterbruch der Ersitzung anzunehmen, bis die Erbengemeinschaft die tatsächliche Herrschaft über die fragliche Sache begründet hat.

<sup>190</sup> Vgl. die Nachweise vorne in FN 184.

<sup>191</sup> BK-STARK (FN 4), Art. 919 ZGB N 152; BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Art. 919 ZGB N 79; ZK-ESCHER/ESCHER (FN 38), Art. 560 ZGB N 11; ZK-ZOBL (FN 11), Art. 728 ZGB N 45; s.a. SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1249; a.M. wohl SIMONIUS/SUTTER (FN 56), § 9 Nr. 4 (zum Immobiliarsachenrecht). In der h.L. zum deutschen Recht (s. vorne FN 185) ist str., ob es auf die tatsächliche Sachherrschaft (so etwa BeckOK-KINDL [FN 66], § 943 BGB N 3; MARTIN WOLFF/LUDWIG RAISER, Sachenrecht, 10. A., Tübingen 1957, 42) oder die Kenntnis des Erben über Erbgang und Besitz ankommen soll (so etwa WESTERMANN/GURSKY/EICKMANN [FN 56], § 51 Nr. 8).

<sup>192</sup> Vgl. dazu vorne Kap. III.B.

<sup>193</sup> Da der Erblasser selbst keinen Ersitzungsbesitz hatte, enthält die vererbte Rechtslage auch keine durch eine begonnene Ersitzung entstandene Anwartschaft; ebenfalls bliebe eine fiktive Fortsetzung des Besitzes des bösgläubigen Erblassers durch die Erbengemeinschaft kein Ersitzungsbesitz. Ein solcher könnte erst durch die Begründung von gutgläubiger tatsächlicher Sachherrschaft durch die Erbengemeinschaft samt Eigenbesitzwillen entstehen.



man hingegen einen (fiktiven) Besitzerwerb durch die gutgläubige Erbengemeinschaft zufolge Erbgangs an, ist die normative Gemengelage komplizierter: Ein solcher Besitz würde unabhängig von tatsächlicher Sachherrschaft und darauf gerichtetem Willen<sup>194</sup> der Erbengemeinschaft fingiert. Die Lehre leitet zwar aus der Vermutung gemäss Art. 930 ZGB auch eine Vermutung des Willens zum Eigenbesitz ab<sup>195</sup>; es scheint allerdings fraglich, ob sich diese auch bei einem bereits fiktiven Besitz rechtfertigt. M.E. ginge eine solche Vermutung bezüglich des fingierten Willens zu weit, zumal sie nicht eine Erhaltung des erblasserischen Besitzstands zugunsten der Erbengemeinschaft bewirken würde, sondern einen Schritt zur Verbesserung ihrer Rechtsstellung im Vergleich zu jener des Erblassers. Die Vermutung gemäss Art. 930 ZGB sollte sich deshalb m.E. erst dann auswirken, wenn die Erbengemeinschaft die vormaligen Besitztümer des Erblassers erkennt, diese im Zweifel für sein Eigentum halten kann und daran tatsächliche Sachherrschaft mit vermutetem Eigenbesitzwillen begründet.

Lag hingegen beim Erblasser sowie zumindest einem Erben<sup>196</sup> *Bösgläubigkeit* vor, ist eine Ersitzung durch Erblasser und Erbengemeinschaft ausgeschlossen; eine solche könnte frühestens bei der Übernahme durch einen gutgläubigen Erben oder Vermächtnisnehmer beginnen.

Im seltensten Fall schliesslich, dass der Besitz von einem *gutgläubigen Erblasser* an eine *bösgläubige Erbengemeinschaft* übergeht, käme die begonnene Ersitzung zu einem Ende<sup>197</sup>. Erhält später ein wiederum gutgläubiger Erbe oder Vermächtnisnehmer die Sache, beginnt er eine neue Ersitzungsfrist und kann sich die Besitzdauer des

gutgläubigen Erblassers aufgrund des Unterbruchs nicht gemäss Art. 941 ZGB anrechnen lassen<sup>198</sup>.

## 2. Ersitzung durch den gutgläubigen, übernehmenden Erben

Da auch ein Erbe, der die vom Erblasser unberechtigt besessene Sache im Rahmen der Erbteilung übernimmt, über einen eigenen guten Glauben verfügen kann<sup>199</sup>, steht auch diesem bei Gutgläubigkeit – unabhängig vom Glauben des Erblassers und der Erbengemeinschaft – eine Ersitzung offen. Der gutgläubige Erbe kann deshalb die im Rahmen der Erbteilung übernommene Sache ab der Besitzübernahme ersitzen. Im Unterschied zur Erbengemeinschaft ist beim übernehmenden Erben der Zeitpunkt des Besitzerwerbs klar<sup>200</sup>.

Erfüllte bereits die Erbengemeinschaft die Voraussetzungen der Ersitzung, waren also insbesondere neben dem übernehmenden auch alle anderen Erben gutgläubig<sup>201</sup>, so ist deren Besitzdauer nach Art. 941 ZGB an die Ersitzungsfrist anzurechnen. Nur in diesem Fall kommt auch eine Anrechnung der Besitzdauer des gutgläubigen Erblassers in Betracht<sup>202</sup>.

## 3. Ersitzung durch den Vermächtnisnehmer

Für die Ersitzung durch einen gutgläubigen Vermächtnisnehmer gilt das bereits zum übernehmenden Erben Gesagte<sup>203</sup>. Möglich ist hier allerdings noch, dass die fragliche Sache nach dem Besitz der Erbengemeinschaft noch im Besitz von belasteten Nichterben war (z.B. einem Vorvermächtnisnehmer). Für die Anrechnung der Besitzdauer von Vorbesitzern nach Art. 941 ZGB gilt hier wiederum, dass diese nur dann möglich ist, als die Sache ab diesem Zeitpunkt bis zum aktuellen Besitzer durchgehend im Besitz Gutgläubiger war<sup>204</sup>.

<sup>194</sup> Vgl. dazu vorne Kap. II.A.

<sup>195</sup> ZK-ZOBL (FN 11), Art. 728 ZGB N 30; BSK ZGB II-SCHWANDER (FN 4), Art. 728 ZGB N 4; STEINAUER (FN 184), Nr. 2111b. SUTTER-SOMM (FN 3), Nr. 1132 Fn. 3232, und REY (FN 43), Nr. 1999, verlangen zusätzlich, dass der Ersitzende eindeutig, offenkundig und redlich besitze.

<sup>196</sup> Vgl. vorne Kap. IV.A.2.

<sup>197</sup> Das exakte Ende des erblasserischen Ersitzungsbesitzes ist dann von Relevanz, wenn sich fragt, ob das Fristende knapp erreicht wurde oder nicht. M.E. wäre hier ein Abstellen auf den Zeitpunkt des Erbgangs durchaus vertretbar. Genau genommen, wäre freilich wiederum nach der Rechtsnatur des Erbenbesitzes (s. vorne Kap. III.B.) zu unterscheiden: Versteht man diesen als Vererbung der subjektiven Rechte und Pflichten des Erblassers, die an seinem Besitz anknüpfen, wäre wohl auch eine Vererbung der Anwartschaft auf ein subjektives (Eigentums-)Recht anzunehmen, die allerdings dann enden müsste, wenn die bösgläubige Erbengemeinschaft eigenen Besitz begründet. Gleiches gälte bei einem Verständnis des Erbenbesitzes als fiktive Fortsetzung des erblasserischen Besitzes. Ordnete man den Erbenbesitz hingegen als fiktiven Besitzerwerb der Erbengemeinschaft kraft Erbgangs ein, müsste der Ersitzungsbesitz bereits in diesem Zeitpunkt enden; die vorne in FN 189 geäusserten Zweifel kommen hier nicht auf.

<sup>198</sup> Vgl. BK-STARK (FN 4), Art. 941 ZGB N 4.

<sup>199</sup> Vgl. vorne bei FN 183.

<sup>200</sup> Nach beiden Ansichten zur Rechtsnatur der Erbteilung ist Tradition vorausgesetzt (s. vorne bei FN 146).

<sup>201</sup> Zur Frage, wann die Erbengemeinschaft als gutgläubig gilt s. vorne Kap. IV.A.2. Gehörte der Erbengemeinschaft ein einziger bösgläubiger Miterbe an, der die betreffende Sache aber nicht übernimmt, kann die Ersitzung entsprechend erst ab der Besitzübernahme durch einen gutgläubigen Erben im Rahmen der Erbteilung beginnen.

<sup>202</sup> War hingegen nur der Erblasser, aber nicht die Erbengemeinschaft gutgläubig, fällt eine Anrechnung seiner Besitzdauer ausser Betracht (s. vorne bei FN 198).

<sup>203</sup> Vgl. soeben Kap. IV.C.2.

<sup>204</sup> Vgl. dazu vorne bei FN 198.

## D. Verantwortlichkeit für unberechtigten Besitz nach Art. 938 ff. ZGB

Die Verantwortlichkeit für unberechtigten Besitz nach Art. 938 ff. ZGB richtet sich danach, ob der Besitzer gut- oder bösgläubig war. Die Abgrenzung zwischen der Verantwortlichkeit des Gutgläubigen nach Art. 938 ff. ZGB und jener des Bösgläubigen nach Art. 940 ZGB wird allerdings nicht an einem einmaligen Zeitpunkt geknüpft, sondern richtet sich nach dem jeweiligen Zeitraum des Besitzes in bösem oder gutem Glauben<sup>205</sup>.

Im Folgenden ist entsprechend wiederum zu untersuchen, wie sich die Verantwortlichkeiten für den unberechtigten Besitz auf die Erbengemeinschaft (dazu 1.), den übernehmenden Erben (dazu 2.) sowie den Vermächtnisnehmer (dazu 3.) verteilen.

### 1. Verantwortlichkeit der Erbengemeinschaft

Einfach ist zunächst die Frage nach der Verantwortlichkeit nach Art. 938 ff. ZGB für den Zeitraum des Besitzes der Erbengemeinschaft zu beantworten, der sich danach richtet, ob diese gut- oder bösgläubig ist<sup>206</sup>. War die Erbengemeinschaft zu Beginn gutgläubig, so kann sie insbesondere dadurch bösgläubig werden, dass ein Erbe bösgläubig wird<sup>207</sup>.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob auch diejenigen latenten Ansprüche nach Art. 938 ff. ZGB auf die Erbengemeinschaft übergehen, die während des Be-

sitzes des Erblassers aufgelaufen sind. Es muss hier nach der Gut- oder Bösgläubigkeit des Erblassers unterschieden werden: (i) Beim *gutgläubigen*, aber unberechtigt gebliebenen Erblasser entstanden während der Dauer seines Besitzes latente Ansprüche auf Verwendungsersatz nach Art. 939 ZGB<sup>208</sup>. Für die Ansprüche nach Art. 939 ZGB nimmt die h.L. an, dass diese jeweils dem aktuellen Besitzer zustehen, der die Sache an einen besser Berechtigten herausgeben muss<sup>209</sup>. Die Erbengemeinschaft kann also bereits aufgrund ihres Besitzes auch für die Verwendungen des gutgläubigen Erblassers Ersatz verlangen<sup>210</sup>. (ii) Beim *bösgläubigen* Erblasser stellt sich hingegen die Frage, wie die während seiner Besitzdauer aufgelaufene Ersatzpflicht nach Art. 940 ZGB im Erbgang behandelt wird<sup>211</sup>. M.E. ist die entsprechende Obligation des Erblassers durch die Erfüllung der Haftungsvoraussetzungen bereits entstanden, auch wenn noch unklar ist, ob, wann und welcher besser Berechtigte ihn dereinst verantwortlich machen wird<sup>212</sup>. Entsprechend geht eine solche

<sup>205</sup> BK-STARK (FN 4), Vorb. zu Art. 938 ff. ZGB N 7 f.; ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 938 ZGB N 7 ff.; BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Vorb. zu Art. 938 ff. ZGB N 8, Art. 940 ZGB N 1; OFK-BERGER-STEINER/SCHMID (FN 11), Art. 938 ZGB N 13; KUKO-DOMEJ (FN 5), Art. 938 ZGB N 2, Art. 940 ZGB N 1; CHK-ARNET/EITEL (FN 4), Art. 938 ZGB N 5; vgl. auch BGE 120 II 191, E. 3c/aa. Entsprechend ist auch möglich, dass sich der Glaube im Verlauf der Zeit ändert, wobei i.d.R. ein gutgläubiger Besitzer bösgläubig wird und der umgekehrte Fall selten ist (vgl. die Bsp. bei BK-STARK [FN 4], Vorb. zu Art. 938 ff. ZGB N 7). Zur delikts- bzw. bereicherungsrechtlichen Natur von Art. 938 ff. ZGB s. BK-STARK (FN 4), Vorb. zu Art. 938 ff. ZGB N 3, 4; ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 938 ZGB N 3; BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Vorb. zu Art. 938 ff. ZGB N 2 f.

<sup>206</sup> So auch BK-STARK (FN 4), Art. 919 ZGB N 151; BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Art. 919 ZGB N 78; s.a. soeben bei FN 205; vgl. auch die Hinweise zum deutschen Recht bei Staudinger-GURSKY (FN 44), § 990 BGB N 33. Zum Glauben der Erbengemeinschaft s. vorne Kap. IV.A.2. Bei unterschiedlichem Glauben von Erblasser und Erbengemeinschaft wirkt sich hier das dogmatische Verständnis des Erbenbesitzes wiederum bzgl. der Frage aus, ab wann die Erbengemeinschaft selbst besitzt (s. dazu vorne Kap. IV.C.1).

<sup>207</sup> Vgl. dazu vorne Kap. IV.A.2.; s.a. BK-STARK (FN 4), Vorb. zu Art. 938 ff. ZGB N 6; a.M. ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 940 ZGB N 3. Weil die Erbengemeinschaft Gesamtbesitz hat, kommt m.E. keine Aufteilung der Verantwortlichkeit wie beim Mitbesitz oder gestuften Besitz in Frage (s. dazu BK-STARK [FN 4], Vorb. zu Art. 938 ff. ZGB N 8).

<sup>208</sup> Vgl. bereits vorne Kap. II.B.3.

<sup>209</sup> Vgl. BK-STARK (FN 4), Art. 939 ZGB N 19; BSK ZGB II-ERNST (FN 4), Art. 939 ZGB N 7; ZK-HOMBERGER (FN 4), Art. 939 ZGB N 13 f. Anderes gilt für Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 940 ZGB bei bösgläubigem Besitz (s. sogleich FN 211).

<sup>210</sup> Da bereits das Besitzrecht den Anspruch übergehen lässt, stellt sich die Frage nicht, ob die Ansprüche nach Art. 939 ZGB von der Universalsukzession erfasst werden, was m.E. aber zu bejahen wäre. Zum allfälligen Anspruch aus Lösungsrecht nach Art. 934 Abs. 2 ZGB s. vorne bei FN 130.

<sup>211</sup> Der Ersatzanspruch gegen einen bösgläubigen Besitzer geht (im Gegensatz zu den Ansprüchen nach Art. 939 ZGB; dazu soeben FN 209) nicht auf den späteren Besitzer über, selbst wenn dieser ebenfalls bösgläubig ist; ebenfalls besteht nach STARK zwischen aufeinanderfolgenden bösgläubigen Besitzern keine Solidarität (BK-STARK [FN 4], Art. 940 ZGB N 13).

<sup>212</sup> Auch wenn die Person des Berechtigten u.U. noch nicht bekannt ist oder noch wechseln kann (s. dazu BK-STARK [FN 4], Art. 940 ZGB N 14), ist die Obligation aufgrund der Erfüllung der Haftungsvoraussetzungen bereits entstanden, wie sich insb. bei der analog anwendbaren Verjährung nach Art. 60 und 67 OR zeigt (dazu SUTTER-SOMM [FN 3], Nr. 1478; BSK ZGB II-ERNST [FN 4], Vorb. zu Art. 938 ff. ZGB N 10; BK-STARK [FN 4], Vorb. zu Art. 938 ff. ZGB N 24; ZK-HOMBERGER [FN 4], Art. 938 ZGB N 5). Zu Art. 940 Abs. 1 und 3 ZGB findet sich hierzu allerdings kaum eine Äusserung in der Lehre (vgl. hingegen zum deutschen Recht [str.] Staudinger-GURSKY [FN 44], § 990 BGB N 33 ff.; MK-BALDUS [FN 76], § 990 BGB N 14 ff.; BeckOK-FRITZSCHE [FN 66], § 990 BGB N 34). Hingegen ist zum Ersatzanspruch nach Art. 939 ZGB unstr., dass die entspr. Obligation bereits besteht; da sie der gutgläubige Besitzer aber nur einredeweise geltend machen kann, wenn die Sache von ihm herausverlangt wird, ist aber str., ob es sich um eine unvollkommene oder bedingte Obligation handelt (s. dazu BK-STARK [FN 4], Art. 939 ZGB N 25, 33; BSK ZGB II-ERNST [FN 4], Art. 939 ZGB N 9; ZK-HOMBERGER [FN 4], Art. 939 ZGB N 15 f.; vgl. auch zu Art. 940 Abs. 2 ZGB BK-STARK [FN 4], Art. 940 ZGB N 33; KUKO-DOMEJ [FN 5], Art. 940 ZGB N 10).

Schuld des Erblassers auch nach Art. 560 Abs. 2 ZGB auf die Erbengemeinschaft über<sup>213</sup>. Gemäss Art. 603 Abs. 1 ZGB haften die Erben solidarisch für die Schulden des Erblassers<sup>214</sup>.

## 2. Verantwortlichkeit des übernehmenden Erben

Beim die Sache im Rahmen der Erbteilung übernehmenden Erben bestimmt sich die Verantwortlichkeit nach Art. 938 ff. ZGB für die Dauer seines eigenen Besitzes wiederum nach seinem eigenen guten oder bösen Glauben<sup>215</sup>. Für die Zuordnung der Verantwortlichkeiten und Ansprüche vor der Besitzübertragung an den übernehmenden Erben ist ebenfalls zu unterscheiden: (i) War der Erblasser und/oder die Erbengemeinschaft *gutgläubig*, stehen die für diesen Zeitraum entstandenen Ansprüche auf Verwendungsersatz nach Art. 939 ZGB dem übernehmenden Erben zu<sup>216</sup>. (ii) War hingegen der Erblasser<sup>217</sup> und/oder die Erbengemeinschaft *bösgläubig* richtet sich die Verantwortlichkeit für den Zeitraum des jeweiligen Besitzes nach Art. 940 ZGB, wofür die Erben grundsätzlich gemäss Art. 639 ZGB während fünf Jahren ab Erbteilung bzw. Fälligkeit solidarisch haftbar bleiben<sup>218</sup>.

<sup>213</sup> Vgl. zur Funktionsweise der Universalsukzession bereits vorne Kap. III.A. Zum Übergang von bedingten Schulden des Erblassers s. ZK-ESCHER/ESCHER (FN 38), Art. 560 ZGB N 14; zur Vererbung von Haftungslagen s. WOLF/GENNA (FN 38), 44; BGE 103 II 330, E. 3. Auch verjährte Schulden des Erblassers gehen auf die Erben über, doch steht diesen die entsprechende Einrede offen. Dass das ursprüngliche Entstehen der Schuld den nicht vererbten bösen Glauben des Erblassers voraussetzte, ändert an der Vererblichkeit der bestehenden Schuld m.E. nichts (s. dazu vorne Kap. III.C.).

<sup>214</sup> Zum internen Verhältnis, der Möglichkeit einer Schuldübernahme im Rahmen der Erbteilung sowie der Haftungssituation nach Ablauf der nach Art. 639 Abs. 3 ZGB befristeten Solidarhaftung s. hinten FN 218.

<sup>215</sup> Vgl. dazu vorne bei FN 205.

<sup>216</sup> Vgl. dazu vorne bei FN 209. Zu einem allfälligen Anspruch des übernehmenden Erben aus Lösungsrecht gem. Art. 934 Abs. 2 ZGB s. vorne bei FN 162. Was der übernehmende und später entwehrte Erbe vom besser Berechtigten unter diesen Titeln erhält, ist m.E. an seine allfälligen Rechtsgewährleistungsansprüche gegenüber seinen Miterben (dazu vorne bei FN 165) anzurechnen (s. bereits vorne FN 165).

<sup>217</sup> Zum Übergang des Verantwortlichkeit des bösgläubigen Erblassers auf die Erbengemeinschaft s. vorne bei FN 211.

<sup>218</sup> Im internen Verhältnis zwischen den Erben richtet sich die Haftung mangels anderer Abrede nach Erbquoten (Art. 640 Abs. 3 ZGB). Möglich ist freilich auch, dass im Rahmen der Erbteilung eine Schuldübernahme vereinbart wurde, welche dem Gläubiger gegenüber freilich nur wirksam ist, wenn er dieser zugestimmt hat (s. dazu BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER [FN 4], Art. 639 ZGB N 7 ff., Art. 640 ZGB N 3 f.). Nach Ablauf der nach Art. 639 Abs. 3 ZGB befristeten Solidarhaftung ist die Schuld u.U. noch nicht verjährt und str., wie es sich mit der Schuldnerschaft

## 3. Verantwortlichkeit des Vermächtnisnehmers

Die Verantwortlichkeit des Vermächtnisnehmers nach Art. 938 ff. ZGB richtet sich für die Dauer seines Besitzes nach seinem eigenen guten oder bösen Glauben<sup>219</sup>. Für den Zeitraum davor ist wiederum zu unterscheiden: (i) Waren der Erblasser und/oder die Erbengemeinschaft und/oder allfällige Belastete *gutgläubig*, stehen der Anspruch auf Ersatz von Verwendungen nach Art. 939 ZGB für den jeweiligen Zeitraum des Besitzes der gutgläubigen Vorbesitzer dem Vermächtnisnehmer zu<sup>220</sup>. (ii) Die Verantwortlichkeit für die Dauer des *bösgläubigen* Besitzes des Erblassers und/oder der Erbengemeinschaft verbleibt bei der Erbengemeinschaft<sup>221</sup>. Ging die Vermächtnissache nicht direkt aus dem Besitz der Erbengemeinschaft in denjenigen des Vermächtnisnehmers über, sondern gelangte sie dazwischen noch in den Besitz bösgläubiger Belasteter, sind diese für diesen Zeitraum selbst nach Art. 940 ZGB verantwortlich<sup>222</sup>.

## V. Fazit

Der gute oder böse Glaube des Erblassers ist m.E. nicht vererblich, allerdings prägt dieser den Nachlass. Abgesehen davon, dass der Besitz nicht legalisiert wurde, stellt insbesondere die Verantwortlichkeit des bösgläubigen Besitzers nach Art. 940 ZGB eine Erbschaftsschuld dar. Während ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten nach ZGB 933 ff. m.E. weder durch Erbgang, noch Erbteilung, noch Empfang eines Vermächtnisses möglich ist, kann die Erbengemeinschaft, der Erbe sowie ein Vermächtnisnehmer die betreffende Sache aus eigenem gutgläubigen Besitz ersitzen. Ob dies im Einzelfall möglich ist, entscheidet sich insbesondere anhand der Frage, ob der Betreffende bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit gutgläubig sein konnte.

danach verhält (s. dazu WOLF/GENNA [FN 100], 401 m.w.H. in Fn. 2400; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER [FN 4], Art. 639 ZGB N 19).

<sup>219</sup> Vgl. dazu vorne bei FN 205; s.a. vorne bei FN 215.

<sup>220</sup> Vgl. dazu vorne bei FN 209. Zu einem allfälligen Anspruch des Vermächtnisnehmers aus Lösungsrecht gem. Art. 934 Abs. 2 ZGB s. vorne bei FN 177 sowie bei FN 162. Da der Vermächtnisnehmer keinen Anspruch auf Rechtsgewährleistung gegen die Erbengemeinschaft hat (BSK ZGB II-HUWILER [FN 4], Art. 562 ZGB N 52; KUKO-BÜRGI [FN 5], Art. 562 ZGB N 16), besteht auch kein Bedarf nach einer Koordination dieser Ansprüche (vgl. hingegen zum übernehmenden Erben vorne FN 216).

<sup>221</sup> Der Vermächtnisnehmer haftet nicht für Schulden des Erblassers, also m.E. auch nicht für solche nach Art. 940 ZGB, wenngleich der Erblasser dies als Auflage oder Bedingung anordnen könnte (vgl. dazu WOLF/GENNA [FN 38], 264 f.). Zur Haftung der Erbengemeinschaft vgl. vorne bei FN 211 und bei FN 218.

<sup>222</sup> Vgl. dazu vorne FN 211.