



Foto: Pedro Santos/Sonya Haksar

Katalog
JFP
4.500/142

A-6640 1773

wo

Das Zivilrecht und seine Durchsetzung

Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm

Herausgegeben von

Roland Fankhauser
Corinne Widmer Lüchinger
Rafael Klingler
Benedikt Seiler

Schulthess § 2016

Juristische Forschungsbibliothek Bern
Privatrecht

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne
Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2016
ISBN 978-3-7255-7089-8

www.schulthess.com

Geleitwort

Lieber Thomas

Mit dieser Festschrift möchten Dir Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen, Kollegen und Kolleginnen aus dem In- und Ausland, Mitarbeiter und ehemalige Assistierende ganz herzlich zu Deinem 60. Geburtstag gratulieren. Sie ehren damit nicht nur einen Wissenschaftler, der Lehre, Gesetzgebung und Praxis in der Schweiz nachhaltig geprägt hat, und einen Kollegen, der sich durch seinen langjährigen, unermüdlichen Einsatz für die Basler Universität und Fakultät hervorgetan hat, sondern vor allem auch einen loyalen Freund mit einem grossen Herzen, der sich couragiert für andere einsetzt.

Mit Basel bist Du, lieber Thomas, immer eng verbunden gewesen. Nach Deinem Studium promoviertest Du, damals noch als Thomas Claudius Sutter firmierend, zum Thema «Rechtsfragen des organisierten Sports unter besonderer Berücksichtigung des Einzelarbeitsvertrages» bei Frank Vischer, dem Du zeitlebens verbunden bliebst und mit dem Du die Liebe zur klassischen Musik, zur Tabakpfeife und zur Fliege teiltest. Schon bald nach der Promotion zog es Dich jedoch weg vom Obligationenrecht in Richtung Zivilrecht und Zivilprozessrecht, wozu auch Deine Assistenzzeit bei Adrian Staehelin und Pascal Simonius beigetragen haben mag.

Nach der Assistenz lerntest Du im Bundesamt für Justiz die Kunst der Gesetzgebung von Grund auf, zunächst im Zusammenhang mit dem neuen Datenschutzgesetz, vor allem aber mit der Revision des Scheidungs- und Vormundschaftsrechts und den damit verbundenen Teilrevisionen des Kindesrechts. Während dieser Zeit hast Du auch die Grundsteine für Deine wissenschaftliche Karriere gesetzt, einerseits durch Publikationen in Deinen späteren zentralen Interessensgebieten, dem Sachen- und Zivilprozessrecht, andererseits als Lehrbeauftragter für Zivilrecht in Fribourg. Deine Verbindung zu Fribourg geht auf Bernhard Schnyder zurück, den Du in der Expertenkommission für die Revision des Scheidungsrechts kennen- und schätzen lerntest und der Dein wissenschaftliches Interesse für das Zivil- und Zivilprozessrecht massgeblich unterstützte und förderte. Sportrechtlichen Fragen hast Du Dich nie mehr gewidmet. Dafür bliebst Du lange Zeit auf dem Tennisplatz ein gefürchteter Gegner, anknüpfend an Deine Erfolge als B-Spieler und Captain der Nationalliga A-Mannschaft eines Basler Tennisclubs.

Dass Du später zum Vater des vereinheitlichten schweizerischen Zivilprozessrechtes werden würdest, hätte man schon aufgrund Deiner Fribourger Habilitationsschrift erahnen können. Ihr Titel – «Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht» – gab das ambitionierte Ziel vor, dem Du Dich, nur kurze Zeit nach Deiner Ernennung zum Privatdozenten, als Präsident der Expertenkommission für die Vereinheitlichung des Schweizerischen Zivilprozessrechts mit grösstem Einsatz und feinem politischem Gespür gewidmet hast. Die vom damaligen Bundesrat Arnold Koller eingesetzte Kommission hatte den Auftrag, einen vernehmlassungsreifen Gesetzesentwurf mit

entre celui (héritier ou non) qui a bénéficié le premier d'une libéralité faite par le *de cuius* et celui qui n'a bénéficié qu'ensuite d'une telle libéralité. La règle est impérative mais, comme on l'a vu plus haut, le *de cuius* peut s'ouvrir la possibilité d'y déroger en précisant que la libéralité faite en premier est révocable. S'il ne l'a pas fait, on ne peut pas considérer que la loi présente une lacune occulte autorisant le tribunal à en écarter l'application chaque fois que le critère choisi par le législateur ne lui paraît pas équitable¹⁶. Reste il est vrai le cas très particulier où le *de cuius* décide, d'un seul mouvement, de gratifier deux descendants de la même manière par des dotations dispensées de rapport ou de passer avec eux des pactes de renonciation onéreux semblables, mais où les circonstances de la vie font que cette décision unique est mise en œuvre pour chacun des bénéficiaires à quelques heures ou à quelques jours d'intervalle. Plutôt que de remettre en cause le principe de l'art. 532 CC, le tribunal pourrait à mon sens, dans un tel cas exceptionnel, considérer que, même si le moment déterminant pour fixer l'ordre des libéralités est normalement celui de l'acquisition du droit par le bénéficiaire¹⁷, les libéralités ont, dans ce cas, en réalité été faites au même moment.

V. Conclusion

Même si, contrairement au droit de certains pays voisins, notre Code civil ne régit pas explicitement l'imputation des libéralités non rapportées et sujettes à réunion faites par le *de cuius* à des héritiers réservataires, cette question peut être tranchée par une interprétation systématique des art. 522 al. 1, 532 et 523 al. 1 CC. Il découle en effet de ces trois dispositions que de telles libéralités doivent être imputées en priorité sur la quotité disponible, dans toute la mesure où cela est possible au vu de la date où elles ont été faites. En effet, en prescrivant que la réduction des libéralités entre vifs doit être opérée dans l'ordre inverse de celui où elles ont été faites, l'art. 532 CC montre aussi que le *de cuius* utilise sa quotité disponible au fur et à mesure qu'il fait de telles libéralités ; dès lors, ce dernier ne peut plus, par la suite, remettre en cause cette utilisation en faisant de nouvelles libéralités qui dépassent sa quotité disponible. Si le *de cuius* veut se ménager cette possibilité, il doit d'emblée préciser à l'attributaire que la libéralité est librement révocable ; cela attire l'attention de ce dernier sur le fait que la libéralité reçue peut être remise en cause, soit totalement par une révocation, soit partiellement par son imputation sur la réserve.

Si une libéralité non rapportée et sujette à réunion qui a été reçue par un héritier réservataire ne peut pas (ou pas totalement) être imputée sur la quotité disponible parce qu'elle en excède le montant, cette libéralité doit être imputée, à titre subsidiaire, sur la réserve de l'attributaire. Ce n'est que si cette réserve est elle aussi dépassée que la libéralité peut être réduite pour reconstituer d'autres réserves.

¹⁶ Dans ce sens, PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 532 ZGB N 6 ; PIOTET (n. 12), p. 458.

¹⁷ Voir notamment ZK-ESCHER, Art. 532 ZGB N 3 ; PIOTET (n. 12), p. 453 ; BSK-FORNI/PIATTI, Art. 532 ZGB N 3 ; PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 532 ZGB N 6.

Erbteilung und Kaufvertrag unter Miterben

Abgrenzung der Zuweisung von Erbschaftsgegenständen durch Erbteilung von derjenigen durch Kaufvertrag

Inhaltsverzeichnis	Seite
I. Problemstellung und Ausgangslage	972
II. Beschreibung von Erbteilung und Kauf	973
1. Zur vertraglichen Erbteilung	973
a) Allgemeines	973
b) Verpflichtungslage bei der Erbteilung	974
c) Erfüllung des Erbteilungsvertrages (Verfügungsgeschäft)	975
2. Zum Kaufvertrag eines Erben mit der Erbengemeinschaft	975
a) Allgemeines	976
b) Verpflichtungslage beim Kaufvertrag	978
c) Erfüllung des Kaufvertrages (Verfügungsgeschäft)	978
III. Unterscheidung und damit verbundene Folgen	978
1. Unterscheidung zwischen Erbteilung und Kauf eines Erbschaftsgegenstandes	980
2. Folgen der Unterscheidung	981
IV. Ergebnis	981

I. Problemstellung und Ausgangslage

Wollen die Subjekte einer Erbengemeinschaft sich vermögensrechtlich auseinandersetzen, stellt sich die Frage, wie die rechtsgeschäftliche Überführung der einzelnen, gemeinschaftlichen Nachlassgegenstände in die jeweilige Alleinzuständigkeit jedes Miterben stattfindet. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit verschiedenen Aspekten, die namentlich dann auftreten dürften, wenn einer Mehrzahl von Erben eine Erbschaft mit einem wertmässigen Hauptaktivum zugefallen ist. In diesem Zusammenhang soll anschliessend geprüft werden, ob – aus rein rechtlicher Sicht – eine direkte teilungswise Zuordnung des Hauptaktivums an einen Miterben mit allfälligen Ausgleichszahlungen (*soultes*) schrankenlos möglich und sinnvoll ist oder ob in gewissen Fällen eine vorgängige kaufweise Veräusserung des Objekts an einen der Erben mit anschliessender Verteilung des Erlöses unter den Erben vorzuziehen ist.

Erwerben beispielsweise die Erben A, B, C und D zu gleichen Teilen – mithin mit Erbquoten von je einem Viertel – eine Erbschaft, deren einziges, wertmässig massgebliches Aktivum ein Grundstück mit einem Verkehrswert von CHF 1 000 000.– bildet, so ist bei Uneinigkeit hinsichtlich des Preises oder des Übernehmers etwa die Durchführung einer internen Steigerung – und damit einer besonderen Art Kaufvertrages – denkbar. Demgegenüber wird bei Einigkeit der Erben eher eine teilungswise Zuweisung an einen der Miterben zu Alleineigentum unter Leistung von Ausgleichszahlungen in der Höhe von total CHF 750 000.– im Vordergrund stehen. Vor dem Hintergrund, dass dem Richter im Rahmen der richterlichen Erbteilung die Möglichkeit der Anordnung von Ausgleichszahlungen nur in engen Grenzen zugestanden wird¹, stellt sich auch für die vertragliche Erbteilung die Frage, in welcher Grössenordnung Ausgleichszahlungen zulässig sind bzw. ob nicht ab einer gewissen Höhe von einem Kauf auszugehen ist. Es ist – m.a.W. – zu klären, unter welchen Voraussetzungen noch von einer Erbteilung im eigentlichen Sinne gesprochen werden kann und ab wann demgegenüber ein Kauf vorliegt.

Nachfolgend werden zunächst Erbteilung und Kauf genauer betrachtet², um anschliessend eine Unterscheidung vorzunehmen und die daraus sich ergebenden Folgen darzustellen.³ Schliesslich sind die Ergebnisse zusammenzufassen.⁴

1 Zum Ganzen BK-WOLF/EGGEL, Art. 612 ZGB N 28 f., m.w.H.

2 II. sogleich.

3 III. hienach.

4 IV. hienach.

II. Beschreibung von Erbteilung und Kauf

1. Zur vertraglichen Erbteilung

a) Allgemeines

Die Erbteilung im engeren Sinne des Wortes stellt den letzten Schritt und mithin das eigentliche Ziel der erbrechtlichen Auseinandersetzung dar; dabei wird die *Erbschaft liquidiert* und damit die *Erbengemeinschaft aufgelöst*.⁵ Die Liquidation des Nachlasses erfolgt derart, dass alle darin befindlichen Gegenstände aus der bisherigen mehrfachen Rechtszuständigkeit⁶ sämtlicher Erben in die jeweilige Alleinzuständigkeit der einzelnen Miterben überführt werden. Dies kann – funktionell gleichwertig – entweder durch *vertragliche Abrede* unter den Erben oder *richterliches Urteil* erfolgen; dabei gebührt der vertraglichen Erbteilung sowohl unter dem grundsätzlichen Aspekt des Wesens des Privatrechts als auch hinsichtlich der praktischen Relevanz der Vorrang.⁷ Deshalb – und mit Blick auf die Problemstellung – wird im Folgenden vorwiegend auf die vertragliche Erbteilung mittels schriftlichen Teilungsvertrages Bezug genommen (Art. 634 Abs. 2 ZGB). Die gleichwertige Form der Realteilung (Art. 634 Abs. 1 ZGB) wird nicht näher betrachtet.

Die Erbteilung führt einzig zu einer Änderung in der Zuständigkeitsordnung an den Nachlassgegenständen, ohne dass diese – so lange sie bei einem Erben verbleiben – aufhören würden, Nachlassgegenstände zu sein. Natürlich befinden sie sich nicht mehr in der gesamthänderischen Zuständigkeit aller Erben, denn die Erbteilung hat ja stattgefunden, doch die besonderen Rechtsverhältnisse, die einen Vermögensgegenstand zum Nachlassgegenstand machen, bestehen fort.⁸

b) Verpflichtungslage bei der Erbteilung

Einer jeden vertraglichen Erbteilung liegt – wie sich ohne weiteres aus allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts ergibt – ein *Verpflichtungsgeschäft* zugrunde, und zwar ein

5 STEPHAN WOLF, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Habil. Bern 2002, Bern 2004 (ASR 685), S. 267.

6 Dazu einlässlich ROMANO KUNZ, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Versuch einer dogmatischen Konstruktion, Diss. Zürich 1963, Bern 1963 (ASR 355), S. 16 ff.; WOLF (Fn. 5), S. 40 ff., m.w.H.; RUTH ARNET, Erbengemeinschaft im sachenrechtlichen Umfeld, in: JÜRGEN SCHMID (Hrsg.), Nachlassplanung und Nachlassteilung, Zürich 2014, S. 385 ff., 388; THOMAS SUTTER-SOMM, Eigentum und Besitz, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR) V/1, 2. Aufl., Basel 2014, S. 196.

7 WOLF (Fn. 5), S. 259 f.

8 Dazu MARTIN EGGEL, Studie zur Surrogation im schweizerischen Zivilrecht, Diss. Bern 2013 (ASR 795), Rz. 4.97, 4.140. Sollte etwa nachträglich die Erbenstellung einer Person infolge Ungültigkeitsklage ex tunc aufgehoben werden, so würde eine allenfalls vorgenommene Teilung nichts daran ändern, dass die entsprechenden Gegenstände in die unmittelbare Berechtigung der definitiven Erben fallen.

synallagmatisches.⁹ Mit Abschluss des Grundgeschäfts verpflichten sich die Miterben mit Ausnahme des künftigen Alleinberechtigten zur Rechtsaufgabe an dem diesem zuzuweisenden Erbschaftsobjekt, dem künftigen Alleinberechtigten kommt zugleich das Recht zu, die Rechtsaufgabe betreffend diesen Gegenstand verlangen zu können.¹⁰ Dabei wird mit der Abrede der Erben nicht eigentlich eine wirklich neue Verpflichtungslage geschaffen, sondern bloss der den Erben je individuell zustehende jederzeitige Anspruch auf Teilung der Erbschaft (Art. 604 Abs. 1 ZGB) privatautonom konkretisiert. Immer wird im Rahmen des Grundgeschäfts zur Erbteilung eine Gegenleistung vereinbart: Die einzelnen Erben verpflichten sich nur zur Rechtsaufgabe an einem Nachlassgegenstand zugunsten eines Erben, weil dieser sich im Gegenzug ebenfalls zu einer Rechtsaufgabe an einem oder mehreren anderen Nachlassgegenständen zu ihren Gunsten verpflichtet¹¹, seine Quote am gesamthänderischen Vermögen entsprechend reduzieren lässt oder eine sog. Ausgleichszahlung (*soulte*)¹² leistet. Es liegt folglich stets¹³ ein *synallagmatisches Geschäft* vor. Unabhängig von der Art der involvierten Nachlassgegenstände schreibt Art. 634 Abs. 2 ZGB für den *Teilungsvertrag* die Schriftform vor.

c) Erfüllung des Erbteilungsvertrages (Verfügungsgeschäft)

Der soeben beschriebene Teilungsvertrag als Verpflichtungsgeschäft führt allein zu einer obligatorischen Bindung der Erben.¹⁴ Um die angestrebte Einzelzuständigkeit der einzelnen Erben herzustellen, ist der Erbteilungsvertrag mittels Verfügung zu erfüllen.¹⁵

Nach zutreffender Auffassung ist die Erbteilung nicht als Rechtsübertragung, sondern als *Rechtsaufgabe* zu verstehen.¹⁶ Von einer Übertragung wird gemeinhin nur dann gesprochen, wenn es zu einem vollständigen Subjektwechsel kommt, nicht aber bei einem bloss teilweisen. Weil der künftig einzelberechtigte Erbe nicht erst mit Abschluss der Erbteilung rechtszuständig an dem ihm zugewiesenen Erbschaftsgegenstand wird, sondern dies bereits aufgrund des Erbganges (Universalsukzession und Vonselbsterwerb; Art. 560

9 WOLF (Fn. 5), S. 318.

10 KUNZ (Fn. 6), S. 129.

11 WOLF (Fn. 5), S. 324f.

12 BK-WOLF/EGGEL, Art. 612 ZGB N 28, insb. Fn. 70.

13 Diesbezüglich weniger absolut WOLF (Fn. 5), S. 324ff., besonders S. 326, wonach «regelmässig» ein entgeltliches Geschäft vorliege; weiter WOLF (Fn. 5), S. 326, Fn. 1885.

14 ZK-ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N 13; BK-TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N 15; PAUL PIOTET, Erbrecht, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR) IV/2, Basel/Stuttgart 1978, S. 908; PraxKomm Erbrecht-MABILLARD, Art. 634 ZGB N 26; BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 ZGB N 32; ARNET (Fn. 6), S. 398.

15 Bereits EUGEN HUBER hält fest: «Inwiefern die Erben mit dem Vertrag auch die Erbschaftssachen ausschliesslich erwerben, so dass sie aus der bishin vorhandenen Gemeinschaft auf ihre Einzelperson übergehen, bestimmt sich nach den Grundsätzen, welche im Obligationen- und Sachenrecht über den Erwerb von persönlichen und dinglichen Rechten aufgestellt ist.» EUGEN HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Bd. I, 2. Ausg., Bern 1914, S. 471 a.E.

16 WOLF (Fn. 5), S. 288ff., m.H. auf MEIER-HAYOZ und KUNZ; ARNET (Fn. 6), S. 396.

Abs. 1 ZGB) – gemeinsam mit all seinen Miterben im Rahmen der Erbengemeinschaft zu gesamter Hand (mehrfache Zuständigkeit; Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB) – geworden ist, liegt keine Übertragung vor.¹⁷

Die Rechtsaufgabe wird durch *Verfügung* erreicht, und zwar durch einen Verzicht zu gesamter Hand, auch unter Einbezug desjenigen Erben, der den zuzuweisenden Nachlassgegenstand nicht aufgibt und daran allein zuständig werden soll (Ausfluss des Gesamthandsprinzips).¹⁸ Die Rechtsaufgabe hat überdies für jeden zuzuweisenden Erbschaftsgegenstand stattzufinden, das *Spezialitätsprinzip* findet uneingeschränkt Anwendung.¹⁹ Besondere *Formvorschriften* sind nicht vorgesehen, vielmehr ist auf die allgemeinen Regeln zurückzugreifen²⁰, wobei grundsätzlich von Formfreiheit auszugehen ist (Art. 11 OR). Da es sich bei der geschuldeten Verfügung um eine Rechtsaufgabe – mithin einen Verzicht – handelt, sind jedenfalls die allein für eine Übertragung vorgesehenen Formvorschriften nicht einschlägig.²¹

2. Zum Kaufvertrag eines Erben mit der Erbengemeinschaft

a) Allgemeines

Die *Teilung* als besonderer Vertrag zur Aufhebung der erbengemeinschaftlichen Gesamthandberechtigung ist *abzugrenzen von allgemeinen Rechtsgeschäften*, wie etwa einem Kauf- oder Schenkungsvertrag, wie sie zwischen allen Erben und einem Dritten oder auch zwischen allen Erben und einem unter ihnen möglich sind. Wenn auch die Erbengemeinschaft auf Liquidation angelegt ist²², so ist es doch möglich und geschieht in der Praxis nicht selten, dass es zu einzelne Erbschaftsgegenstände betreffenden Verpflichtungsgeschäften kommt, und sei es nur, um eine sorgfältige Verwaltung zu gewährleisten.

17 WOLF (Fn. 5), S. 293.

18 WOLF (Fn. 5), S. 327.

19 WOLF (Fn. 5), S. 335; ARNET (Fn. 6), S. 397.

20 Schon HUBER (Fn. 15), S. 471; ARNET (Fn. 6), S. 397.

21 Die Lehre ist in dieser Frage geteilter Auffassung. Während etwa die erbrechtliche (BK-TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N 19; ZK-ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N 13; PraxKomm Erbrecht-MABILLARD, Art. 634 ZGB N 26; ARNET [Fn. 6], S. 400) und auch sachenrechtliche Literatur (siehe SUTTER-SOMM (Fn. 6), S. 210 Fn. 1264, m.w.H.) dahin gehen, dass die Verfügung etwa über eine Kaufsache durch Übergabe (Art. 714 Abs. 1 ZGB), die Verfügung über eine verkaufte Forderung in Schriftform (Art. 165 OR) zu erfolgen habe, wird in der gesellschaftsrechtlichen Lehre vertreten, die Verfügung unterliege – da es sich um einen Verzicht handelt – keinem besonderen Formerfordernis (etwa BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 OR N 37f.). Nach hier vertretener Auffassung ist die Frage differenziert zu behandeln: Bezüglich der im Gesetz vorgesehenen Formvorschriften ist jeweils einzeln zu prüfen, ob sie nur auf eine Übertragung zur Anwendung kommen sollen oder schlechthin auf jede Verfügung. Art. 714 Abs. 1 ZGB wird sich etwa nur auf die Übertragung i.e.S. beziehen, Art. 656 Abs. 1 ZGB dürfte sich dagegen allgemeiner auf Verfügungen beziehen, Art. 115 OR ganz besonders auf den Verzicht (Erlass als Verzicht auf eine Forderung).

22 Schon HUBER (Fn. 15), S. 460; BK-WOLF, Art. 602 N 127f., m.w.H.; SUTTER-SOMM (Fn. 6), S. 213.

Die Zulässigkeit entsprechender Geschäfte zwischen allen und einem einzigen Erben, bei denen es sich nicht um eine Teilung handelt, wird allgemein nicht bestritten.²³

b) *Verpflichtungslage beim Kaufvertrag*

Beim Kaufvertrag handelt es sich um einen *synallagmatischen Veräusserungsvertrag*, bei dem die eine Vertragspartei Geld aufwendet, damit ihr im Gegenzug ein Vermögensgegenstand definitiv zu Eigentum zugewiesen wird.²⁴ Art. 184 Abs. 1 OR hält fest: «Durch den Kaufvertrag verpflichten sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen.»

Bei genauer Betrachtung des Wortlauts der Bestimmung stellt sich die Frage, ob denn überhaupt ein gültiger Kaufvertrag zwischen allen Subjekten der Erbengemeinschaft als Verkäufer und einem Miterben als Käufer geschlossen werden kann. Denn ein Kaufvertrag ist – nach den allgemeinen Regeln – dann ungültig, wenn sein Inhalt anfänglich objektiv unmöglich ist, wenn niemand die vereinbarte Leistung erbringen kann (Art. 20 Abs. 1 OR). Dies ist unter anderem auch dann der Fall, wenn die Rechtslage, die gemäss Kaufvertrag herzustellen ist, bereits bei Abschluss des Vertrages besteht, wenn also der Käufer bereits Eigentümer des Kaufgegenstandes ist, ihm folglich daran niemand (erneut) Eigentum verschaffen könnte.²⁵ Nun ist der Käufer als Miterbe bereits – neben den anderen Erben zu gesamter Hand – Eigentümer²⁶, und es fragt sich, ob damit bereits der Rechtszustand besteht, der mit Vollzug des Kaufvertrages hergestellt werden soll («Eigentum daran zu verschaffen»), so dass ein entsprechender Kaufvertrag ungültig wäre. Nach hier vertretener Auffassung führt eine bloss gesamthänderische, gemeinsame Berechtigung mit anderen Personen zusammen noch nicht zur Ungültigkeit des Kaufgeschäfts infolge Unmöglichkeit. Dies wäre vielmehr nur dann der Fall, wenn der Käufer bereits alleinständig am zu veräussernden Gegenstand ist. Denn besteht vor Abschluss des Kaufvertrages am Kaufgegenstand eine gemeinschaftliche Zuständigkeit, so kann durch Kauf immer noch die *Alleinständigkeit des Käufers* – und damit eine andere Rechtszuständigkeit – herbeigeführt werden. Der Vertrag soll damit die Herstellung einer Rechtslage bewirken, die bei Vertragsschluss so noch nicht besteht.

Es stellt sich sogleich aber die Folgefrage, ob in einem solchen Fall überhaupt noch von einem Kauf gesprochen werden kann. Vertragscharakteristische Leistung bei einem Verkauf ist die definitive Überlassung des Kaufobjekts an den Käufer, in casu eines Nachlassgegenstandes an einen Erben. Der Kauf ist – neben Tausch und Schenkung – ein Fall der

23 WOLF (Fn. 5), S. 292 f. Vgl. auch für Gesamthandschaften im Allgemeinen BK-MEIER-HAYOZ, Art. 654 ZGB N 3; für das Gesellschaftsrecht BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 531 OR N 22 f.

24 Statt vieler BSK-KOLLER, Art. 184 OR N 6 f.

25 Siehe HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, S. 27.

26 Vgl. II.1.c) hievov.

Veräusserung.²⁷ Das geltende Recht versteht unter Veräusserung speziell die Übertragung eines Rechts.²⁸ Da der Erwerber vorliegend als Erbe bereits – neben den anderen Miterben zu gesamter Hand – zuständig am Vertragsgegenstand ist, kann es auch hier²⁹ nicht zur Übertragung eines Rechts kommen. Bei der Einräumung der Einzelzuständigkeit an einen Gesamthandberechtigten liegt eben eine *Rechtsaufgabe* vor, nicht eine Rechtsübertragung.³⁰ Nach hier vertretener Auffassung kann gleichwohl von einer Veräusserung gesprochen werden, ist doch eine Beschränkung des Bedeutungsumfanges des Begriffs allein auf «Übertragung» keinesfalls zwingend (wenn auch das Gesetz³¹ darunter speziell dies versteht und die wohl überwiegende Lehre³² diesen Standpunkt einnimmt): Weiter gefasst – und in Übereinstimmung mit auch historisch gefestigten dogmatischen Überlegungen – kann darunter jede *alienatio* als Synonym für Verfügung verstanden werden³³, die zu einer Zuständigkeitsveränderung führt, die beim Erwerber eine Zuwendung bewirkt. Erfolgt eine solche Veräusserung endlich gegen Geld, so kann grundsätzlich von einem Kaufvertrag gesprochen werden. Verfügt m.a.W. der Verkäufer entgeltlich in der Weise, dass es zu einer *Änderung der Zuständigkeitsordnung*³⁴ kommt, und erhält der Käufer genau dadurch eine Zuwendung³⁵, so handelt es sich beim zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft um einen Kaufvertrag. Freilich ist im Einzelfall jeweils zu prüfen, wie weit die gesetzlichen Vorschriften des Kaufs, welche speziell auf die Übertragung einer Sache ausgerichtet sind (Sachkauf), auch auf einen solchen Kauf zwischen allen Erben und einem von ihnen zur Anwendung gelangen können.

Vertragsparteien sind sämtliche Gesamthänder – also auch der Erwerber – auf der Verkäufer- und der übernehmende Erbe auf der Käuferseite.³⁶ Weil es sich um einen gewöhnlichen Kaufvertrag handelt, sind für das Verpflichtungsgeschäft die entsprechend vorgeschriebenen *Formen* einzuhalten. Während der Kauf einer Mobilität (Art. 11 Abs. 1 OR) oder einer Forderung (Art. 165 Abs. 2 OR) grundsätzlich formfrei vereinbart werden können, ist bei Veräusserung eines Grundstücks zur Gültigkeit der Verpflichtung die öffentliche Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR) erforderlich.³⁷

27 HONSELL (Fn. 25), S. 15.

28 KUNZ (Fn. 6), S. 126.

29 Vgl. schon für den Fall der Erbteilung als solcher II.1.c) hievov.

30 Dazu II.1.c) hievov.

31 Siehe die Hinweise bei KUNZ (Fn. 6), S. 126 Fn. 4, auf Art. 648, 811 ZGB, Art. 218, 259 OR.

32 Etwa ANDREAS VON TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 3 Bände, Leipzig 1910/1914/1918, AT BGB II/1, S. 272.

33 KUNZ (Fn. 6), S. 126.

34 Vorliegend sind vor dem Verkauf sämtliche Erben am Nachlassgegenstand zuständig, anschliessend ist nur noch der Käufererbe zuständig.

35 VON TUHR (Fn. 32), S. 50.

36 BK-WOLF, Art. 602 ZGB N 102 a.E.; WOLF (Fn. 5), S. 292.

37 Ähnlich SUTTER-SOMM (Fn. 6), S. 210. Bezüglich der Formvorschriften ist jeweils genau zu beachten, ob sie sich auf das Verpflichtungs- oder das Verfügungsgeschäft beziehen.

c) Erfüllung des Kaufvertrages (Verfügungsgeschäft)

Geschuldet ist – wie hievor dargelegt – die definitive Überlassung eines Vermögensgegenstands. Diese kaufweise eingegangene Verpflichtung wird in gleicher Weise erfüllt, wie auch die Erbteilung bezüglich des Nachlassgegenstandes vollzogen wird, nämlich durch *Rechtsaufgabe* bzw. genauer einen *Verzicht zu gesamter Hand* unter Einbezug desjenigen Erben, der allein zuständig am betreffenden Nachlassgegenstand werden soll.³⁸ Folglich kann auf das bereits im Zusammenhang mit der Erbteilung Ausgeführte verwiesen werden.³⁹

III. Unterscheidung und damit verbundene Folgen

1. Unterscheidung zwischen Erbteilung und Kauf eines Erbschaftsgegenstandes

Erbteilung und Kauf unterscheiden sich – wie sich gezeigt hat – bezüglich der Erfüllung nicht: Die angestrebte Herstellung von Alleinzuständigkeit eines einzelnen Erben wird in beiden Fällen mittels Rechtsaufgabe erreicht. Beiden Geschäften ist gemein, dass *ein Erbschaftsgegenstand* aus der mehrfachen Rechtszuständigkeit aller *in die Alleinzuständigkeit eines Erben überführt wird*. Die *Verfügungsgeschäfte* sind demnach *identisch* und geben für sich allein – der allgemeinen Zivilrechtslehre entsprechend⁴⁰ – keinen Aufschluss darüber, um was für ein Geschäft es sich handelt. Der *Unterschied* ist in der zugrundeliegenden *Verpflichtungslage* bzw. *der causa* auszumachen. Während bei einer Erbteilung der den Erbschaftsgegenstand allein übernehmende Erbe im Gegenzug über eine geringere Erbquote am verbleibenden Nachlass verfügt, selbst auf seine gesamthänderische Berechtigung an einem oder mehreren anderen Erbschaftsgegenständen verzichtet und allenfalls Ausgleichszahlungen (soultes) leistet, besteht die Gegenleistung beim Kauf in der Zahlung einer bestimmten – von ausserhalb der Erbschaft stammenden – Geldsumme als Kaufpreis an die Erbengemeinschaft. Bei der Erbteilung kommt das Entgelt ausschliesslich den übrigen Erben zugute – sei es durch Erhöhung ihrer Erbquote am Nachlass oder Ausscheiden des übernehmenden Erben bezüglich anderer Erbschaftsgegenstände, sei es durch Ausgleichszahlungen⁴¹ –, bei einem Kauf hingegen allen Erben unter Einschluss des Käufers zu gesamter Hand. Bei einer Erbteilung nimmt demnach

38 Wird allerdings ein Kauf nicht durch Übertragung erfüllt, sondern wie vorliegend durch Verzicht, so sind gewisse Regelungen nicht anwendbar. So ist etwa ein gutgläubiger Erwerb (Art. 933 ZGB) ausgeschlossen, setzt ein solcher nach klarem Gesetzeswortlaut doch eine Übertragung voraus.

39 Siehe II.1.c) hievor.

40 Zu denken ist beispielsweise an einen klassischen Fall von Kauf und Schenkung: In beiden Fällen kommt es zur endgültigen Überlassung eines bestimmten Gegenstandes an einen Empfänger. Das Verfügungsgeschäft ist identisch. Der Unterschied wird allein durch die zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfte resp. die causa erreicht: Hat der Empfänger sich für die Überlassung zu einer Gegenleistung in Geld verpflichtet, so liegt ein Kauf vor, hat er sich zu keiner Gegenleistung verpflichtet, liegt eine Schenkung vor.

41 Vgl. etwa Musterurkunde Nr. 54 der Sammlung des Verbandes bernischer Notare, Ziff. V/7.

das gesamthänderisch gehaltene Nachlassvermögen ab, bei einem Kauf nicht. Mit einem Verkauf wird der Geldanteil in der Erbmasse – und nicht bei den einzelnen Erben – erhöht, diese wird somit liquider und damit lässt sich in der Folge die Erbschaft gegebenenfalls einfacher teilen.

Kurz hinzuweisen ist an dieser Stelle auf den Fall, bei dem ein Erbschaftsgegenstand von einem Miterben durch *Kauf* erworben wird, anschliessend aber nur eine *um die Erbquote des Käufer-Erben gekürzte Zahlung* geleistet wird⁴². Je nachdem, wie diese Abweichung vom ursprünglichen Leistungsprogramm ausgestaltet wird und dogmatisch einzuordnen ist⁴³, kommt es zu einer Abänderung des Rechtsgrundes Kauf in eine Erbteilung oder aber es bleibt bei einem Kauf, dem nun eine Erbteilung bezüglich der Kaufpreisforderung folgt.

Es konnte gezeigt werden, dass Kauf und Erbteilung zwei von der Struktur ihrer Verpflichtungslage her unterschiedliche Rechtsgeschäfte sind, insbesondere mit Blick auf die Empfänger der Gegenleistung: Bei der Erbteilung sind dies alle anderen Erben – unter Ausschluss des allein übernehmenden Miterben –, beim Kauf dagegen alle Erben zu gesamter Hand unter Einschluss des Käufer-Erben. Die Annahme einer «gemischten» Erbteilung, wonach der die Erbquote übersteigende Anteil kaufweise erworben würde, etwa ab einer gewissen Höhe von Ausgleichszahlungen, ist damit ausgeschlossen, wenn nicht die Erben ausdrücklich eine derartige rechtsgeschäftliche Gestaltung wählen würden. Eine etwaige dahingehende Umdeutung entgegen dem Willen der Parteien ist – zumindest aus zivilrechtlicher Sicht⁴⁴ – ausgeschlossen.

Damit bleibt – wie eingangs bereits angedeutet⁴⁵ – zu klären, ob eine unmittelbare teilungswise Zuordnung bei *Ausgleichszahlungen* ab einer gewissen Höhe unzulässig sein sollte. Dies ist zu verneinen. Gemäss dem Grundsatz der Naturalteilung (Art. 610 Abs. 1 ZGB) sollen den Erben die Erbschaftsgegenstände in ihrer Substanz erhalten bleiben. Um dies zu gewährleisten, ist die Zulassung möglichst hoher Ausgleichszahlungen angezeigt und die Annahme einer rechtsmissbräuchlichen Ausgestaltung eines eigentlichen Kaufs als Erbteilung mit hohen Ausgleichszahlungen wohl nur in seltensten Fällen überhaupt zu erwägen.⁴⁶ Ein solches Vorgehen ist freilich nur bei entsprechender *Übereinstimmung aller Miterben* realisierbar. Demgegenüber kann der *Erbteilungsrichter* Ausgleichszahlungen nicht in unbeschränkter Höhe anordnen. Dies findet seine Begründung darin, dass hier – wo mit dem Richter ein an der Erbschaft nicht Beteiligter autoritär über eine

42 Genauer: Reduzierung der Quote am übrigen Nachlass, Verpflichtung zur Rechtsaufgabe an konkreten Nachlassgegenständen und allenfalls Leistung einer Ausgleichszahlung. Dazu II.1.b) hievor.

43 Siehe nur schon zu den unterschiedlichen Auffassungen zur Erfassung der *datio in solutum* MANFRED HARDER, Die Leistung an Erfüllungs-Statt (*datio in solutum*), Habil. Berlin 1971/72, Berlin 1976, passim.

44 Aus steuerrechtlicher Sicht nimmt beispielsweise Art. 12 lit. f HG/BE – nach seinem Wortlaut – den gleichen Standpunkt ein.

45 Siehe I. hievor.

46 Vgl. auch BK-WOLF/EGGEL, Art. 612 ZGB N 28, Fn. 70.

streitige Teilung befindet – der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Erben in der Teilung (Art. 610 Abs. 1 ZGB) höher zu gewichten ist als derjenige der Naturalteilung. Würde der Richter – ohne dass alle Erben einverstanden wären – einem Beteiligten auf dessen Antrag hin einen Erbschaftsgegenstand unter Auferlegung hoher Ausgleichszahlungen ohne weiteres zuweisen, so läge darin eine kaum zu rechtfertigende Ungleichbehandlung der Erben. Ebenfalls muss eine Zuweisung an einen Erben entgegen dessen Willen ausgeschlossen sein, wäre dieser doch gezwungen, Geld von ausserhalb der Erbschaft aufzubringen und allenfalls gar ein Darlehen aufzunehmen.⁴⁷ In solchen Fällen soll der Nachlassgegenstand vielmehr – zwecks allseitiger Interessenwahrung – veräussert werden.

2. Folgen der Unterscheidung

Die Ausgestaltung des Rechtsgeschäfts als Erbteilung oder als Kauf führt für gewisse Fragen zu unterschiedlichen Lösungen, und zwar dann, wenn gesetzliche Regelungen die zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfte anders behandeln.

Für die Übernahme in der Erbteilung sieht Art. 637 ZGB eine eigene Regelung zur *Gewährleistung* vor, die teilweise strenger ausfällt als diejenige beim Kaufvertrag. Worauf diese unterschiedliche Behandlung zurückzuführen ist, lässt sich nicht ohne weiteres ausmachen.⁴⁸ Denkbar ist, dass aufgrund der besonderen Nähe der Erben zu den Erbschaftsgegenständen und auch unter sich selbst dem Grundsatz der Gleichbehandlung Nachachtung verschafft werden sollte. Schliessen die Erben demgegenüber einen Kaufvertrag, so gelten die gewöhnlichen kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln (etwa Art. 192 ff. OR).

Für das Verpflichtungsgeschäft bei der Erbteilung sieht Art. 634 Abs. 2 ZGB generell die *Schriftform* vor, unabhängig vom zuzuweisenden Erbschaftsobjekt. Demgegenüber gilt für Kaufverträge grundsätzlich *Formfreiheit* (Art. 11 OR); bei gewissen Kaufgegenständen sind aber bisweilen auch strengere Formvorschriften zu beachten (etwa Art. 216 Abs. 1 OR, öffentliche Beurkundung für Grundstücke).⁴⁹

Handelt es sich beim betreffenden Nachlassgegenstand um ein Grundstück, so können bei einem Kauf allfällige *Vorkaufsrechte* geltend gemacht werden (Art. 216c Abs. 1 OR); hingegen gilt die Zuweisung an einen Erben *in der Erbteilung* – und nur dann – nicht als Vorkaufsfall, insbesondere auch nicht wirtschaftlich (Art. 216c Abs. 2 OR). Dass auf der Verfügungsebene allein eine Rechtsaufgabe vorliegt, führt jedenfalls noch nicht dazu, dass kein Vorkaufsfall anzunehmen wäre.⁵⁰

47 BK-WOLF/EGGEL, Art. 612 ZGB N 29.

48 Aus historischer Sicht kann einzig gesagt werden, dass EUGEN HUBER zunächst eine etwas strengere Haftung statuieren wollte. HUBER (Fn. 15), S. 473. Vorbilder dazu fanden sich in den kantonalen Rechten. EUGEN HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. II, Basel 1888, S. 481 ff.

49 Siehe etwa II.2.b).

50 So noch WOLF (Fn. 5), S. 332.

Da bei einer Erbteilung nur eine neue Zuständigkeitsordnung hergestellt wird, bleiben die dabei den einzelnen Erben zugewiesenen Objekte *Erbschaftsgegenstände*, d.h. sie unterliegen nach wie vor denjenigen Rechtsverhältnissen, welche ihnen ihren Charakter als (vormalige) Nachlassobjekte geben.⁵¹ Stellt man sich beispielsweise den Fall vor, dass zwei Vorerben die Vorerbschaft unter sich teilen, so fallen die geteilten Erbschaftsgegenstände mit Eintritt des Nacherbfalles ohne weiteres dem Nacherben zu. Allfällig bei der Teilung geleistete Ausgleichszahlungen müssten die Vorerben untereinander rückabwickeln. Demgegenüber wird bei einem Kauf der Erbschaftsgegenstand aus dem Nachlass herausgelöst und künftig bleibt einzig die Kaufsumme – so die Verfügungsgeschäfte denn Bestand haben – als *Surrogat* der Nacherbschaft unterworfenen Objekt.

Die Wahl der Geschäftsart kann nicht zuletzt *steuerrechtlich* von erheblicher Bedeutung sein. Mit Blick auf den eingangs geschilderten Fall – und den zivilrechtlichen Fokus des Beitrags – sollen beispielhaft die Konsequenzen bei der bernischen Handänderungs- und Grundstückgewinnsteuer dargestellt werden. Wechselt ein Grundstück die Hand, so fällt grundsätzlich die *Handänderungssteuer* an. Als Handänderung gelten gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. a HG/BE auch Änderungen im Personenbestand oder im Beteiligungsumfang einer Gemeinschaft zu gesamter Hand. Gemäss Art. 12 lit. d HG/BE ist keine Handänderungssteuer zu entrichten bei Erwerb durch den anderen Ehegatten resp. den eingetragenen Partner bzw. die eingetragene Partnerin, Nachkommen, Stiefkinder und – sofern das Pflegeverhältnis mindestens zwei Jahre gedauert hat – Pflegekinder. Wenn auch die Ausnahme von Art. 12 lit. d HG/BE auf Kauf und Erbteilung gleichermaßen Anwendung findet («beim Erwerb»), so können sich doch Unterschiede ergeben, weil für den Fall einer Erbteilung das Verhältnis zwischen Erwerber und Erblasser massgeblich ist, dies im Gegensatz zu einem Kauf eines Erben von der Erbengemeinschaft. Kommt es zu einem Verkauf, ist weiter die *Grundstückgewinnsteuer* geschuldet (Art. 130 Abs. 1 StG/BE). Wenn sich auch aus Art. 130 StG/BE ergibt, dass grundsätzlich jeder Eigentumswechsel erfasst sein soll – also nicht nur die Übertragung, sondern auch etwa die «Auflösung einer Personengesamtheit» –, so gewährt Art. 131 Abs. 1 StG/BE u.a. bei Eigentumswechsel durch Erbteilung einen Steueraufschub.

IV. Ergebnis

Der vorstehende Beitrag hat aufgezeigt, dass Kauf und Erbteilung – obwohl sich auf Verfügungsebene Identisches zuträgt – *unterschiedliche Rechtsgeschäfte* darstellen, auf welche *unterschiedliche Regelungen* zur Anwendung gelangen und die *unterschiedliche Folgen* nach sich ziehen. In die Planung einer erbrechtlichen Auseinandersetzung sind diese Gesichtspunkte stets miteinzubeziehen, und ebenso ist bei der Redaktion entsprechender Verträge darauf zu achten, dass bereits kleine Ungenauigkeiten – etwa bei der Festlegung der Vertragsparteien oder des Entgelts – zu einer rechtsunsicheren bzw. rechtlich veränderten Situation mit grossen Konsequenzen führen können.

51 Zum Ganzen EGGEL (Fn. 8), Rz. 4.97, 4.140 ff.