

# Anwendbarkeit des Miterben- beziehungsweise Verkäuferpfandrechts bei akkreszenzweise erfolgenden Eigentumsübergängen im Todesfall? Gedanken zu einer offenen Frage



Dr. iur. Stephan Wolf, Fürsprecher und Notar, Oberassistent am Romanistischen Institut der Universität Bern

welche die dingliche Berechtigung zur Entstehung bringt<sup>2</sup>, hat gemäss Art. 838 ZGB spätestens drei Monate nach der Übertragung des Eigentums zu erfolgen.

In der Notariats- und Grundbuchpraxis hat sich kürzlich die konkrete Frage gestellt, ob das Miterbenpfandrecht des Art. 837 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB anwendbar sei, wenn im Todesfall der Gesamteigentumsanteil des Erblassers an einem Grundstück dem oder den verbleibenden Gesamthänder(n) *anwächst*. Diesfalls erübrigt sich aufgrund der Akkreszenz der dinglichen Berechtigung eine eigentums-mässige Auseinandersetzung und es fällt als Ausgleich lediglich ein *Abfindungsanspruch* in den Nachlass. Eine derartige Konstellation ergibt sich zum einen bei der *Gütergemeinschaft mit Gesamtgutszuweisung* an den überlebenden Ehegatten<sup>3</sup> und zum anderen bei der *einfachen Gesellschaft mit Anwachsungsvereinbarung* zugunsten des oder der überlebenden Gesellschafter(s)<sup>4</sup>. Erfolgt die Anwachsung zugunsten eines nicht zum Kreise der Erben gehörenden Dritten<sup>5</sup>, so stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit nicht des Miterben-, sondern des Verkäuferpfandrechts gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Nachfolgend wird hauptsächlich der praktisch häufigere Fall, dass der Gesamthänder, dem der Grundstücksanteil des Erblassers *anwächst*, zum Kreise der Erben gehört, somit eine der Erbteilung und damit dem Anwendungsbereich des Miterbenpfandrechts vergleichbare Lage gegeben ist, zu behandeln sein<sup>6</sup>. Stets ist jedoch auch auf die Situation, wo das Grundstück einem Dritten *anwächst* und die Anwendbarkeit des Verkäuferpfandrechts zur Diskussion steht, einzugehen<sup>7</sup>. Ergänzend ist schliesslich ein Hinweis auf den Fall der Akkreszenz unter Lebenden anzubringen<sup>8</sup>.

- 1 Statt vieler: TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 844.
- 2 Vgl. STEINAUER, Nr. 2842; LEEMANN, N 2 und 14 zu Art. 837 ZGB.
- 3 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N 36 zu Art. 241 ZGB; HEGNAUER/BREITSCHMID, N 28.53. Eingehend dazu WOLF, 213 ff., m.w.H.
- 4 Vgl. HAUSHEER, 104; HAUSHEER/PFÄFFLI, 40 ff., lit. D Ziff. 1 und lit. E; HOHL, 177 f.; WOLF, 217 f.
- 5 Dies ist bei der Gesamtgutszuweisung und der einfachen Gesellschaft mit Anwachsungsklausel denkbar, wenn der überlebende Ehegatte nicht zugleich Erbe ist, was praktisch selten der Fall sein wird, und man diesfalls nicht kraft des engen Zusammenhanges der auf Güter- bzw. Gesellschaftsrecht beruhenden Anwachsung an den überlebenden Ehegatten mit den erbrechtlichen Ansprüchen das Miterbenpfandrecht als per analogiam anwendbar erachtet. Weiter ist die Akkreszenz zugunsten eines Nichterben natürlich möglich bei einer unter Dritten eingegangenen einfachen Gesellschaft mit Anwachsungsvereinbarung.
- 6 Hienach II 1, 3 und III.
- 7 Hienach II 2, 3 und III.
- 8 Hienach IV.

Die aufgeworfene Frage, ob und gegebenenfalls wie das Miterben- oder das Verkäuferpfandrecht in diesen Fällen anzuwenden sei, ist umstritten und vorerst *offen* geblieben. Sie wird sich in naher Zukunft bestimmt zunehmend stellen – und damit auch zu beantworten sein –, nachdem insbesondere unter Ehegatten, welche im ordentlichen Güterstand leben, der Erwerb von Grundeigentum sehr häufig im Rechtsverhältnis der einfachen Gesellschaft mit Vereinbarung der Anwachsung an den überlebenden Gesellschafter erfolgt<sup>9</sup>.

## II. Ausgangslage

### 1. Der Tatbestand des Art. 837 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB (Miterbenpfandrecht)

#### a. Allgemeines

Der Anspruch auf Errichtung des gesetzlichen Miterbenpfandrechts besteht nach dem Tatbestand des Art. 837 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB "für die Forderung der Miterben ... aus Teilung an den Grundstücken, die der Gemeinschaft gehören". Auf die einzelnen Tatbestandselemente ist nachfolgend kurz einzugehen.

#### b. Forderung aus Teilung

Die pfandrechtlich zu sichernde Forderung muss "aus Teilung" stammen. Eine Teilung *stricto sensu* setzt begrifflich in gemeinschaftlichem Eigentum stehende Sachen, welche in Individualeigentum überzuführen sind, voraus. Geht man derart von einer Teilung in engem Sinne aus, ist ihr Vorliegen bezüglich akkreszenzweise übergehender Grundstücke zu verneinen, da aufgrund der vollständigen Anwachsung zugunsten eines Gesamthänders kein aufzulösendes gemeinschaftliches Grundeigentum vorhanden ist<sup>10</sup> und sich damit eine Teilung jedenfalls in sachenrechtlicher Hinsicht erübrigt. Wird indessen Teilung *in einem weiteren Sinne* als Liquidation aller auf dem Vermögen des Erblassers gründender Ansprüche der Erben – und nicht nur der Eigentumsrechte – verstanden, würde auch der Fall des akkreszenzweise erfolgenden Eigentumsüberganges unter Entstehung eines obligatorischen Abfindungsanspruches darunter fallen.

#### c. Grundstücke, die der Gemeinschaft gehörten

Pfandobjekte zur Sicherung der Forderung der Miterben sind die Grundstücke, "die der Gemeinschaft gehörten". Ist eine Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten oder eine einfache Gesellschaft mit Fortsetzungsklausel zugunsten des überlebenden Gesellschafter vereinbart, wächst der Eigentumsanteil des erstversterbenden Partners unmittelbar mit dessen Tod dem überlebenden Gütergemeinschaftler oder Gesellschafter an. Grundstücke gehen *ausserbuchlich*, ohne dass eine Eintragung im Grundbuch erforderlich wäre, ins Eigentum des überleben-

den Gesamthänders über. In den Nachlass des verstorbenen Gütergemeinschaftlers oder Gesellschafter fällt lediglich ein *Abfindungsanspruch*. Eigentumsrechtlich liegen somit keine Grundstücke vor, "die der Gemeinschaft gehörten". Wenn die eigentums-mässige Zugehörigkeit zum Nachlass zur Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 837 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB gemacht wird, dann fehlt das tatbeständlich verlangte Pfandobjekt, weil die Grundstücke des Erblassers dinglich nicht Bestandteil der Erbschaft werden, sondern beim Ableben kraft Akkreszenz ohne weiteres dem überlebenden Gütergemeinschaftler oder Gesellschafter zu Eigentum zufallen.

#### d. Forderung der Miterben

Die durch das mittelbare gesetzliche Pfandrecht sicherungsfähigen Forderungen können nur solche der "Miterben" sein. Dies setzt dem Wortlaute nach voraus, dass ebenfalls ein Miterbe als Übernehmer das Grundstück erwirbt. Gehört der überlebende Gütergemeinschaftler oder Gesellschafter, dem das Grundstück akkreszenzweise zufällt, nicht zum Kreise der Erben, so können die Anspruchsberechtigten nicht als Miterben bezeichnet werden und es ist Art. 837 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB, jedenfalls wörtlich ausgelegt, nicht anwendbar. Dagegen bestünde dem Dritterwerber gegenüber gegebenenfalls ein Anspruch auf Errichtung des Verkäuferpfandrechts gestützt auf Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB<sup>11</sup>.

### 2. Der Tatbestand des Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (Verkäuferpfandrecht)

Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB gewährt einen Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes "für die Forderung des Verkäufers an dem verkauften Grundstück"<sup>12</sup>.

Dieser Tatbestand unterscheidet sich von demjenigen des Art. 837 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB dadurch, dass das Grundstück nicht aufgrund einer Teilung einem Miterben zugewiesen, sondern gestützt auf einen Kaufvertrag an einen *Dritten* veräussert wird.

Damit die Akkreszenz greifen kann, ist ein Gesamthandverhältnis – hier in Form der Gütergemeinschaft oder der einfachen Gesellschaft<sup>13</sup> – vorauszusetzen. Im Gegen-

- 9 In der Möglichkeit, die Anwachsung an den überlebenden Gesellschafter zu vereinbaren, liegt m.E. ein wesentlicher Grund dafür, dass unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung lebende Ehegatten beim Erwerb von Grundeigentum häufig eine einfache Gesellschaft eingehen. Vgl. zu weiteren Motiven HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N 40 der Vorbemerkungen vor Art. 221 ff. ZGB.
- 10 Vgl. zum fehlenden gemeinschaftlichen Grundeigentum auch II 1 c sogleich.
- 11 Dazu sogleich II 2.
- 12 Gleich einem Verkäufer steht nach Art. 523 OR auch dem Pfründgeber ein Grundstück übertragen hat, für seine Ansprüche das Recht auf ein gesetzliches Pfandrecht zu.
- 13 Vgl. vorne I bei FN 3 und 4.

#### Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Ausgangslage
  1. Der Tatbestand des Art. 837 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB (Miterbenpfandrecht)
    - a. Allgemeines
    - b. Forderung aus Teilung
    - c. Grundstücke, die der Gemeinschaft gehörten
    - d. Forderung der Miterben
  2. Der Tatbestand des Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (Verkäuferpfandrecht)
  3. Zwischenergebnis
- III. Weiterführende Gedanken
  1. Einleitende Bemerkungen
    - a. Dem historischen Gesetzgeber nicht bewusste Problematik
    - b. Gesetzesauslegung
  2. Auf dem Grundstücksübergang beruhender Ausgleichsanspruch
  3. Abwägung der involvierten Interessen
    - a. Ansprüche aus Erbrecht
    - b. Schutzbedürfnis der Erben
    - c. Keine überwiegenden entgegenstehenden Interessen
  4. Ungeeignetes Pfandobjekt?
- IV. Hinweis: Akkreszenz bei Auflösung des Gesamthandverhältnisses unter Lebenden
- V. Schluss

## I. Einleitung

Nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB besteht für die Forderung der Miterben aus Teilung an den Grundstücken, die der Gemeinschaft gehört haben, ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB seinerseits räumt für die Forderung des Verkäufers am verkauften Grundstück ebenfalls ein Recht auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes ein. Es handelt sich dabei in beiden Fällen um ein *mittelbares, gesetzliches Grundpfandrecht*: Bei Vorliegen der erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen gewährt das ZGB den Miterben bzw. dem Verkäufer einen Anspruch auf Eintragung einer Grundpfandverschreibung<sup>1</sup>. Die Eintragung im Grundbuch,

satz zum Kaufvertrag, welcher mit jedem beliebigen Dritten abgeschlossen werden kann und ein Grundstück zum Vertragsobjekt hat, ist die Anwachsung nur zugunsten eines bisherigen Gesamthänders möglich und ihr Gegenstand ist nicht das Grundstück, sondern ein Gesamthandanteil an diesem<sup>14</sup>.

Der Gesamthandanteil des Erblassers am Grundstück geht auch hier – wie bei der Anwachsung an einen Miterben – *ausserbuchlich* kraft Gesamtgutszuweisung oder einfacher Gesellschaft mit Akkreszenzklausel an einen nicht zugleich Erbenstellung einnehmenden Gesamthänder über. Der Eigentumsübergang vollzieht sich ebenfalls *uno actu* mit dem Tod des erstversterbenden Gütergemeinschafters oder Gesellschafters. In dessen Nachlass fällt ein *Abfindungsanspruch*. Des Abschlusses eines Kaufvertrages als Grundgeschäft zur Eigentumsübertragung am Gesamthandanteil des Erblassers bedarf es in Anbetracht des dem Dritten bereits mit dem Ableben des verstorbenen Gesamthänders zugefallenen Eigentumsanteils nicht mehr, so dass eine Anwendbarkeit des Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB jedenfalls im Lichte seines Wortlautes, welcher ein verkauftes Grundstück voraussetzt, verneint werden muss.

### 3. Zwischenergebnis

Eine einzig vom Wortlaut ausgehende Auslegung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB ergibt, dass das Miterbenpfandrecht bei akkreszenzweise erfolgreichem Eigentumsübergang im Falle des Todes eines Gesamthänders ohne Anwendungsbereich verbleiben muss, weil keine Teilung im engeren Sinne stattfindet und keine der Erbengemeinschaft gehörenden Grundstücke vorliegen. Falls die Akkreszenz zugunsten eines nicht dem Erbenkreise zugehörigen Dritten erfolgt, fehlt auch ein Miterbe als Übernehmer.

Die Möglichkeit einer direkten Anwendbarkeit des Verkäuferpfandrechts muss aufgrund einer wörtlichen Interpretation des Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ebenfalls verneint werden, weil ein Verkauf, welcher das Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung des Grundstücksanteils von den Erben ins Eigentum eines Drittübernehmers bilden würde, nicht vorliegt.

## III. Weiterführende Gedanken

### 1. Einleitende Bemerkungen

#### a. Dem historischen Gesetzgeber nicht bewusste Problematik

Es ist offensichtlich, dass die eben dargestellte Regelung des Miterbenpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) und des Verkäuferpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)<sup>15</sup> auf die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Grundstückes an einen Erben in der Erbteilung bzw. an einen nicht Erbenstellung einnehmenden Dritten gestützt auf einen Kaufvertrag, somit auf einen Fall des die Regel bildenden

Eigentumserwerbs an Grundstücken durch Eintragung im Grundbuch<sup>16</sup>, zugeschnitten ist. Dass der Gesetzgeber nur an den im Rahmen des absoluten Eintragungsprinzips erfolgenden buchlichen Erwerb dachte, lässt sich insbesondere auch aus Art. 838 ZGB ableiten, wonach die Eintragung des Pfandrechts innert drei Monaten nach der Eigentumsübertragung zu erfolgen hat<sup>17</sup>. Im Gegensatz zu der ein Rechtsgeschäft mit nachfolgender konstitutiver Grundbucheintragung einschliessenden Eigentumsübertragung ist der Erwerb kraft Akkreszenz als Eigentumsübergang zu bezeichnen.

Hinweise darauf, dass die Nichterwähnung des akkreszenzweise eintretenden Eigentumsüberganges in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 2 bzw. 1 ZGB als qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers im Sinne des Ausschlusses des Miterben- und Verkäuferpfandrechts zu deuten wäre, liegen nicht vor. In den Materialien zum ZGB wird die hier interessierende Problemlage nicht behandelt<sup>18</sup>. Es ist daher davon auszuge-

14 Anders als beim Kaufvertrag – und gleich wie bei der Gütergemeinschaft und der einfachen Gesellschaft – sind bei der Zuweisung eines Grundstückes an einen Miterben in der Erbteilung ebenfalls nur die Gesamthandanteile der veräussernden Miterben Gegenstand der Eigentumsübertragung, während der übernehmende Miterbe entsprechend seinem Erbteil bereits gesamthänderisch am Grundstück berechtigt ist.

15 Hievor II.

16 Die Erbteilung und der Kaufvertrag stellen dem absoluten Eintragungsprinzip unterstellte Grundgeschäfte dar; vgl. REY, N 1351 (Erbteilung) und N 1342 (Kaufvertrag). Es handelt sich um Anwendungsfälle des Art. 656 Abs. 1 ZGB, wonach die Eintragung des Übernehmers im Grundbuch für den Eigentumserwerb konstitutiv ist.

17 Dass der Gesetzgeber bei der Normierung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB einzig den Erwerb durch Eintragung im Grundbuch vor Augen hatte, wird noch deutlicher ersichtlich aus dem Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes zum ZGB; dessen Art. 823, letzter Absatz (vgl. den Text bei E. HUBER, Erläuterungen II, 633), lautet wie folgt: "Die Eintragung muss spätestens drei Monate nach der Übertragung des Eigentums aus dem Kauf oder der Teilung ... erfolgen."

18 In den Erläuterungen zum Vorentwurf ZGB des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes wird weder bei der Behandlung der Teilung des Gesamtgutes – E. HUBER, Erläuterungen I, 214 ff. – noch des Verkäufer- und Miterbenpfandrechts – E. HUBER, Erläuterungen II, 275 f. – auf die Möglichkeit der Akkreszenz hingewiesen. Ebenso wird der akkreszenzweise stattfindende Eigentumsübergang weder in der grossen Expertenkommission zum ZGB (vgl. die Beratungen zu Verkäufer- und Miterbenpfandrecht im Protokoll der Expertenkommission ZGB, Sachenrecht, Sitzung vom 21. April 1903, 280 ff.) noch in der Botschaft des Bundesrates (siehe Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz enthaltend das schweizerische Zivilgesetzbuch, 81 f. zu Verkäufer- und Miterbenpfandrecht, 30 zur Gesamtgutsteilung) noch in den Beratungen der Eidgenössischen Räte (vgl. Amtliches Stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung 1906, Nationalrat, 638 ff., besonders 645 f. mit dem Hinweis von EUGEN HUBER,

hen, dass bei Erlass des ZGB die Konstellation des ausserbuchlichen Eigentumserwerbs kraft Akkreszenz aufgrund einer Gesamtgutszuweisung bzw. einer Anwachsungsvereinbarung im Rahmen einer einfachen Gesellschaft überhaupt nicht bekannt oder doch jedenfalls nicht aktuell war. Für diesen Schluss spricht auch, dass – soweit ersichtlich – die Literatur sich hinsichtlich der Gesamtgutszuweisung erst ab Mitte der 1930er Jahre<sup>19</sup> und in bezug auf die einfache Gesellschaft nochmals fast zwei Jahrzehnte später<sup>20</sup> überhaupt eingehender mit der Akkreszenz und deren Verhältnis zur erbrechtlichen Universalsukzession zu befassen begonnen hat. Die publizierten wenigen Bundesgerichtsentscheide, welche unmittelbar das Thema betreffen, sind ebenfalls erst wesentliche Zeit nach Erlass des ZGB ergangen<sup>21</sup>.

### b. Gesetzesauslegung

Wie bereits dargelegt<sup>22</sup> sind Miterben- und Verkäuferpfandrecht nach *wörtlicher Auslegung* des Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB im Fall des akkreszenzweise erfolgenden Eigentumsüberganges beim Ableben eines Gesamthänders nicht anwendbar. Andererseits darf als feststehend gelten, dass sich die konkrete Frage nach der Anwendbarkeit des mittelbaren gesetzlichen Pfandrechts bei Eigentumsübergängen kraft Akkreszenz dem historischen Gesetzgeber gar nicht gestellt hatte<sup>23</sup>. Das Fehlen einer Regelung ist demnach nicht darauf zurückzuführen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers Miterben- und Verkäuferpfandrecht im Falle des aufgrund Akkreszenz eintretenden Eigentumsüberganges ausgeschlossen sein sollten, sondern vielmehr mit dem im Zeitpunkt des Erlasses der Norm gar nicht vorhandenen Problembewusstsein zu erklären. Damit steht einer weitergehenden Auslegung des Gesetzes nichts entgegen.

Die Auslegung eines Rechtssatzes beginnt zwar beim Wortlaut, endet aber nicht notwendigerweise bei ihm<sup>24</sup>. Dem Richter stehen zur Ermittlung des Sinnes einer Bestimmung über das grammatische Kriterium hinaus<sup>25</sup> noch *weitere Auslegungselemente* zur Verfügung<sup>26</sup>. Das Gesetz darf nicht nur nach seinem Wortlaut, sondern muss auch nach "Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden"<sup>27</sup>. Richterliche Rechtschöpfung darf den Wortlaut einer Norm auf dem Weg der Analogie auch auf einen davon nicht erfassten Sachverhalt ausdehnen<sup>28</sup>. Dabei ist die Auslegung stets an der *ratio legis* zu orientieren; der Richter<sup>29</sup> hat sich "in die Rolle des objektiven Gesetzgebers zu denken"<sup>30</sup> und die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge zu treffen<sup>31</sup>.

Im Lichte dieser Auslegungsgrundsätze soll vorerst der beim Eigentumsübergang kraft Akkreszenz entstehende Abfindungsanspruch näher geprüft und unter Analogieaspekten mit den nach dem Wortlaut des Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB sicherungsfähigen Forderungen verglichen werden<sup>32</sup>. Weiter ist entsprechend dem jedenfalls im Zweifel am stärksten zu gewichtenden teleologischen Auslegungselement<sup>33</sup> eine eingehende Abwägung der allseitig auf dem Spiel stehenden Interessen vorzunehmen<sup>34</sup>. Die in

wonach Verkäufer- und Miterbenpfandrecht zu keinen Diskussionen Veranlassung gegeben haben; Amtliches Stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung 1906, Ständerat, 1397 ff., besonders 1403 f.) thematisiert.

19 Von den Kommentatoren weist im Jahre 1936 – im Gegensatz zur ersten Auflage seines Kommentars von 1914 – erstmals EGGER, N 1 zu Art. 226 aZGB, auf die Anwachsung kraft Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten hin; vgl. sodann: BAUMANN, 124 (1938); SCHLATTER, 142 (1952); für weitere Hinweise vgl. WOLF, 214, Anm. 972. Dagegen äussert sich der kurz nach Inkrafttreten des ZGB veröffentlichte Aufsatz von WIELAND, Erbrecht und Akkreszenzrecht, in: Festschrift für Georg Cohn zu seinem siebenzigsten Geburtstag, Zürich 1915, nicht zur hier darzustellenden Problematik. HAAB, N 15 zu Art. 652–654 ZGB, auf den EGGER, a.a.O., verweist, stellt zwar die Anwachsung bereits 1930 dar, geht aber nicht auf die Gesamtgutszuweisung ein und behandelt auch allgemein die Akkreszenz im Todesfall nicht.

20 H. HUBER, 243 f. (1953); KUNZ, 162 f. (1963); BOLLMANN, 40 (1971); ZOBL, 121 f. (1973).

21 BGE 73 I 273 ff. und besonders 111 II 113 ff. zur (altrechtlichen) Gütergemeinschaft; BGE 119 II 119 ff. zur einfachen Gesellschaft.

22 Siehe II hievor.

23 Soeben III 1 a.

Allgemein und ohne Bezugnahme auf die besondere, hier abzuhandelnde Problemlage hat die Lehre die durch den Gesetzgeber getroffene Auswahl der pfandrechtslich sicherungsfähigen Forderungen als nicht befriedigend kritisiert; vgl. SIMONIUS/SUTTER, § 8 N 22.

24 GYGI, 77.

25 Dass Gesetze nicht einfach allein aufgrund ihres Wortlautes verstanden werden dürfen, stellte bereits der römische Jurist CELSUS (D. 1,3,17) fest: "Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem."

26 Statt vieler: TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 35 f.

27 So in feststehender Rechtsprechung zuletzt BGE 121 III 224; ebenso auch etwa BGE 119 II 186, 117 II 499, 116 II 415.

28 BGE 121 III 224 f., m.w.H.

29 Der Richter, welcher nach Art. 1 ZGB das Recht und die Pflicht zur Gesetzesauslegung hat, wird allerdings nur im Streitfalle Gelegenheit erhalten, über die Zulässigkeit des Miterben- oder Verkäuferpfandrechts zu entscheiden. Wird ein Miterben- bzw. Verkäuferpfandrecht dagegen – was häufiger sein wird als ein Zivilrechtsstreit – in der Abfindungsvereinbarung zwischen dem überlebenden Gütergemeinschaftler oder Gesellschafter, dem das Grundstück zugefallen ist, und den Erben begründet und dem Grundbuchamt zur Behandlung eingereicht, hat der Grundbuchverwalter im Rahmen seiner Prüfungspflicht über die Eintragungsfähigkeit im Grundbuch zu befinden. Diesfalls ist der Grundbuchverwalter zur Auslegung berechtigt und auch verpflichtet. Als rechtsanwendende Behörde im Rahmen des der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit angehörenden Eintragungsverfahrens nimmt er eine dem Richter vergleichbare Stellung ein. Bei der Auslegung des Gesetzes hat er sich ebenfalls von den für den Richter massgebenden Gesichtspunkten leiten zu lassen.

30 TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 34.

31 Vgl. BGE 121 III 225.

32 Hienach III 2.

33 Vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 36.

34 Hienach III 3.

diesem Zusammenhang ebenfalls erfolgende Prüfung allfällig der Pfandrechtsgewährung entgegenstehender Interessen<sup>35</sup> kann zugleich, zusammen mit der Frage nach der Eignung des Pfandobjekts<sup>36</sup>, als Ergebniskontrolle dienen.

## 2. Auf dem Grundstücksübergang beruhender Ausgleichsanspruch

Im Gegensatz zu der unter den Tatbestand von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 2 bzw. 1 ZGB fallenden Übernahme des Grundstücks aufgrund einer Erbteilung oder eines Kaufvertrages, welche im Rahmen des absoluten Eintragungsprinzips mit Eintragung im Grundbuch zum Eigentumserwerb führen<sup>37</sup>, bewirken die Zuweisung des Gesamtgutes an den überlebenden Ehegatten und die einfache Gesellschaft mit Anwachsungsvereinbarung zugunsten des überlebenden Gesellschafters, dass Grundeigentum dem überlebenden Partner ausserbuchlich anwächst. Eine nachfolgende Grundbucheintragung weist rein deklaratorische Wirkung auf und ist wohl zur Herstellung der grundbuchlichen Verfügungsmöglichkeit, nicht aber für den Eigentumserwerb als solchen erforderlich<sup>38</sup>.

Anstelle des Grundstückanteils fällt bei akkreszenzweise eintretendem Eigentumsübergang lediglich ein obligatorischer Anspruch in den Nachlass des verstorbenen Gütergemeinschafters oder Gesellschafters. Dieser Anspruch der Erben entspringt jedoch unmittelbar der ausserbuchlich stattfindenden dinglichen Zuordnung des Grundstücks. Der Eigentumsübergang extra tabulas erfolgt bei der Gesamtgutszuweisung unter Wahrung der Pflichtteilsrechte aller Nachkommen (Art. 241 Abs. 3 ZGB) auf Anrechnung an die güter- und erbrechtlichen Ansprüche des überlebenden Ehegatten und bei der keine vermögensrechtliche Begünstigung enthaltenden Anwachsungsvereinbarung im Rahmen der einfachen Gesellschaft gegen volle Abfindung der Erben zu Verkehrswerten<sup>39</sup>. Der Abfindungsanspruch entsteht demnach direkt aufgrund des dinglichen Übergangs des Grundstückanteils. Im Gegensatz zur qualitativen Berechtigung aufgrund der Gesamthänderstellung erhalten die Erben eine *quantitative Berechtigung* in Form des Abfindungsanspruches als fällig gewordener Anteil am Gemeinschaftsvermögen<sup>40</sup>. Das Grundstück bzw. der Gesamthandanteil an diesem gehört somit bei akkreszenzweise erfolgtem Eigentumsübergang zwar nicht dinglich der Sache, aber doch immerhin rechnerisch dem Werte nach zum Nachlass. Mit der Grundstückszuweisung hängt der Abfindungsanspruch genauso zusammen wie die Ausgleichsforderung bei der Erbteilung oder der Anspruch auf den Kaufpreis beim Kaufvertrag. Die beiden Konstellationen unterscheiden sich diesbezüglich einzig dadurch, dass das Eigentum im einen Fall – nämlich bei Erbteilung und Kauf – mittels konstitutiver Grundbucheintragung und im andern – bei Gesamtgutszuweisung oder einfacher Gesellschaft mit Anwachsungsklausel – ausserbuchlich erworben wird. Der Eigentumsübertragung bzw. dem Eigentumsübergang liegt dagegen stets ein Grundstück bzw. ein Gesamthandanteil an einem solchen zugrunde.

Ein entsprechender, *auf der dinglichen Grundstückszuordnung beruhender Anspruch*, wie er bei Teilung nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB bzw. bei einem Verkauf gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB sicherungsfähig wäre, ist auch beim Eigentumsübergang kraft Akkreszenz vorhanden.

## 3. Abwägung der involvierten Interessen

### a. Ansprüche aus Erbrecht

Den beiden akkreszenzweise eintretenden Eigentumsübergängen stehen in der Regel<sup>41</sup> erbrechtliche Ansprüche gegenüber.

Die Gesamtgutszuweisung stellt eine Begünstigung dar. Dank ihr erhält der überlebende Ehegatte in der güterrechtlichen Auseinandersetzung mehr – nämlich das ganze Gesamtgut –, als ihm nach der in Art. 241 Abs. 1 ZGB gesetzlich vorgesehenen hälftigen Teilung des Gesamtgutes zustehen würde<sup>42</sup>. Indessen werden nach Art. 241 Abs. 3 ZGB gegenüber der Gesamtgutszuweisung die Pflichtteilsansprüche der Nachkommen gewahrt.

Die einfache Gesellschaft mit Anwachsungsvereinbarung enthält – im Gegensatz zur Gesamtgutszuweisung – keine Begünstigung. Sie ermöglicht einzig in bezug auf das Gesellschaftsgrundstück einen automatischen Eigentumsübergang an den überlebenden Gesellschafter aufgrund der Anwachsung, so dass sich eine Liquidationsgesellschaft erübrigt<sup>43</sup>. Der überlebende Gesellschafter hat jedoch die Erben für das ihm zufallende Grundstück zum vollen Verkehrswert abzufinden. Soll der überlebende Gesellschafter auch vermögensrechtlich begünstigt werden, ist neben der Akkreszenzvereinbarung zusätzlich eine entsprechende Abfindungsklausel in Form einer Verfügung von Todes wegen erforderlich<sup>44</sup>.

35 Hinten III 3 c.

36 Hienach III 4.

37 Vgl. FN 16 hievov.

38 Vgl. Art. 656 Abs. 2 ZGB.

39 Siehe zu den gegenüber dem akkreszenzweise ablaufenden Eigentumsübergang bestehenden Ansprüchen aus Erbrecht eingehender III 3 a hienach.

40 Vgl. für das Gesellschaftsrecht HAUSHEER, 104, FN 1.

41 Ausgenommen bleiben etwa die Fälle, wo dem überlebenden Ehegatten bereits kraft Güterrechts das gesamte Vermögen des Verstorbenen zusteht oder wo keine Erben vorhanden sind. Vgl. auch FN 45 hienach.

42 Zum Begriff der ehevertraglichen Begünstigung siehe WOLF, 1–3.

43 HAUSHEER/PFÄFFLI, 42, lit. E; WOLF, 217 f. Vgl. zur Umwandlung des Gesellschaftsvermögens in Alleinvertmögen auf dem Wege der Anwachsung auch HOHL, 177 f.

44 BGE 113 II 273. Vgl. HAUSHEER, 106; HAUSHEER/PFÄFFLI, 42, Ziff. 3.

Den Erben stehen demnach grundsätzlich<sup>45</sup> in beiden Fällen des akkreszenzweise erfolgenden Eigentumsüberganges Ansprüche aus Erbrecht zu: Bei der Gesamtgutszuweisung behalten die Nachkommen ihr *Pflichtteilsrecht* und bei der einfachen Gesellschaft mit Anwachsungsklausel verbleibt den Erben ihr *gesetzliches Erbrecht*. Die Ansprüche der Pflichtteilerben bzw. der Erben werden wertmässig in vollem Umfang gewahrt. Einzig steht den Erben bzw. Pflichtteilerben hinsichtlich der Grundstücke statt der üblichen dinglichen ausnahmsweise nur eine obligatorische Berechtigung in Form eines Abfindungsanspruches zu.

### b. Schutzbedürfnis der Erben

Die Gesamtgutszuweisung bzw. die gesellschaftsvertragliche Anwachsungsvereinbarung führt zu einer erheblichen Vereinfachung der Auflösung des zu Lebzeiten bestehenden Gesamthandverhältnisses, indem das Gemeinschaftsgrundstück kraft Akkreszenz dem überlebenden Partner anwächst. Der ausserbuchlich eintretende Eigentumsübergang und auch die diesen nachvollziehende deklaratorische Eintragung des übernehmenden Gütergemeinschafters oder Gesellschafters im Grundbuch bedürfen keiner Zustimmung der Erben, und zwar unabhängig davon, ob diesen ein gesetzlicher oder ein pflichtteilsgeschützter Anspruch zusteht<sup>46</sup>. Der akkreszenzweise stattfindende Eigentumsübergang beruht allein auf der entsprechenden, zu Lebzeiten zwischen dem Erblasser und seinem Partner im Ehe- oder Gesellschaftsvertrag getroffenen rechtsgeschäftlichen Abrede. Als Ausweise zuhanden des Grundbuchamtes genügen der Ehe- bzw. Gesellschaftsvertrag und ein Todesschein oder eine gestützt auf diese Belege ausgefertigte notarielle Feststellungsurkunde<sup>47</sup>.

Die Akkreszenz ermöglicht somit eine *wesentlich erleichterte Abwicklung* des dinglichen Schicksals des Gemeinschaftsgrundstücks, welches uno actu, ohne dass die Zustimmung der Erben erforderlich wäre, an den überlebenden Gütergemeinschaftler oder Gesellschafter fällt. Dieser ausserbuchlichen Grundstückszuordnung sollen die Erben indessen nicht schutzlos gegenüberstehen. Im Gegenteil ruft der akkreszenzweise eintretende Eigentumsübergang geradezu nach Schutz der ja durchaus bestehenden erbrechtlichen Ansprüche<sup>48</sup>. Das *Schutzbedürfnis der Erben* ist auch deshalb stark zu gewichten, weil der zwar nicht dinglich, aber doch rechnerisch zum Nachlass gehörende Grundstücksanteil oftmals das Hauptaktivum des Vermögens des Erblassers darstellen wird. Sind neben dem Anteil am Grundstück keine weiteren substantiellen Vermögenswerte im Nachlass vorhanden, können die Ansprüche der Miterben nicht aus der verbleibenden Erbschaft befriedigt werden und es wird eine Ausgleichsleistung zu erbringen sein. Bei Anwachsung zugunsten eines Nichterben besteht die Möglichkeit des Ausgleichs durch andere Nachlasswerte nicht und es hat stets<sup>49</sup> eine Leistung an die Erben zu erfolgen. Fehlt es dem Gemeinschaftler, dem das Grundstück zu Eigentum anwächst, auch an liquiden Mitteln, so sind die Ansprüche der Erben potentiell gefährdet<sup>50</sup> und es erscheint zu deren Schutz die Gewährung des Anspruches

auf Errichtung eines Sicherungspfandrechtes als angezeigt. Wenn der Gesamthandanteil akkreszenzweise übergegangen ist und den Erben ein obligatorischer Abfindungsanspruch verbleibt, liegt genau jene *Situation der Kreditierung* vor, welche die ratio legis des Art. 837 ZGB bildet<sup>51</sup>, und es trifft die der Gewährung mittelbarer gesetzlicher Pfandrechte zugrundeliegende Überlegung zu, "dass aus dem betreffenden Objekte, das der Schuldner noch nicht bezahlt hat, in erster Linie der Abtretende Bezahlung erhalten soll"<sup>52</sup>. Unter dogmatischen Gesichtspunkten ist schliesslich allgemein festzuhalten, dass, wenn ein Anspruch – wie vorliegend aus Erbrecht – gegeben ist, auch das Bestehen einer Sicherung als accessorium bejaht werden darf.

### c. Keine überwiegenden entgegenstehenden Interessen

Dem als gewichtig erkannten Schutzbedürfnis des Anspruches der Erben<sup>53</sup> stehen weder überwiegende Interessen des Grundstückübernehmers noch solche der Rechts- und Verkehrssicherheit entgegen.

Sofern der Gütergemeinschaftler oder Gesellschafter, dem das Grundstück angewachsen ist, den ihm aus dem Eigentumsübergang erwachsenen finanziellen Verpflichtungen gegenüber den Erben nachkommt, hat er von einer Pfandrechteintragung nichts zu befürchten und wird davon auch kaum etwas bemerken. In der Regel wird er daher – wie aufgrund der praktischen Erfahrung mit dem Verkäufer- und Miterbenpfandrecht bestätigt werden kann – mit der

45 Vorzubehalten ist neben den in FN 41 angeführten Konstellationen auch der Fall, wo Gesamtgutszuweisung vereinbart ist und zwar Erben vorhanden, diese aber nicht Nachkommen sind, womit ihnen gestützt auf Art. 241 Abs. 3 ZGB kein Pflichtteilsschutz zuteil wird und sie demnach gegenüber der Zuweisung des Gesamtgutes ohne Anspruch aus Erbrecht verbleiben.

46 Siehe für die Gesamtgutszuweisung: GNEKOW, 172; HAUSHEER/PFÄFFLI, 42 lit. F Ziff. 1; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N 53 zu Art. 241 ZGB; WOLF, 223 f., m.w.H. Vgl. ferner: Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz, ZBGR 69 (1988), 106 f.; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich, ZBGR 69 (1988), 142. Für die Akkreszenzvereinbarung im Rahmen der einfachen Gesellschaft gilt dasselbe; vgl. die Anknüpfung an die Gütergemeinschaft bei HAUSHEER/PFÄFFLI, 42 lit. E i.f.

47 WOLF, 227 f., m.w.H.

48 Vgl. zu den Ansprüchen aus Erbrecht III 3 a hievov.

49 Natürlich vorbehaltlich allfälliger Einreden, etwa aus Verrechnung.

50 Die Gefährdung wird besonders evident, wenn man sich den Umstand vergegenwärtigt, dass der überlebende Gesamthänder über das ihm angewachsene Grundstück frei verfügen, dieses also beispielsweise sofort weiterverkaufen oder verschenken kann.

51 Vgl. WIELAND, N 1 zu Art. 837 ZGB; HOFMANN, 11 und 18.

52 HOFMANN, 18. Ebenso bereits EUGEN HUBER, Amtliches Stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung 1906, Nationalrat, 645.

53 Soeben III 3 b.

Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts im Grundbuch zur Sicherung des Abfindungsanspruchs *einverstanden* sein. Diesfalls könnte bei Nichtgewährung des Anspruchs auf Eintragung des Miterben- bzw. Verkäuferpfandrechts auf die ohne weiteres zulässige vertragliche Errichtung einer Grundpfandverschreibung oder eines Schuldbriefes ausgewichen werden. Die vertragliche Begründung eines Grundpfandrechts bedarf allerdings im Gegensatz zum gesetzlichen Grundpfandrecht der Form der öffentlichen Beurkundung (Art. 799 Abs. 2 ZGB)<sup>54</sup>. Ebenfalls in Abweichung vom gesetzlichen Pfandrecht ist sodann die rechtsgeschäftliche Errichtung eines Grundpfandrechts regelmässig einer Pfandrechtssteuer unterworfen<sup>55</sup>, welche vom Schuldner und Pfandbesteller, in casu also vom überlebenden Gesamthänder, zu tragen ist. Die Verweigerung des gesetzlichen Pfandrechts liegt damit im Regelfall, wo der überlebende Gesamthänder mit der Eintragung einverstanden ist<sup>56</sup>, nicht nur nicht im Interesse der Erben, sondern auch nicht in jenem des übernehmenden Gesamthänders.

Der überlebende Gütergemeinschaftler oder Gesellschafter, dem der Gesamthandanteil des Erblassers am Grundstück akkreszenzweise zugefallen ist, hat es ferner in der Hand, mittels rascher Entrichtung der geschuldeten Abfindungssumme oder – falls deren Festsetzung Schwierigkeiten bereitet und daher kurzfristig nicht möglich ist – durch Überweisung einer Akontozahlung, einer Zahlung in der mutmasslichen Höhe auf ein Sperrkonto oder durch Leistung anderweitiger Sicherheit<sup>57</sup> zu *verhindern*, dass die Sicherung der Erbansprüche mittels Eintragung des mittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechts erforderlich wird.

Interessen der *Rechts- und Verkehrssicherheit* stehen der Gewährung des mittelbaren gesetzlichen Pfandrechts der Miterben bzw. des Verkäufers auch bei akkreszenzweise erfolgenden Eigentumsübergängen ebenfalls nicht entgegen. Entsprechend Art. 838 ZGB, welcher die Eintragung des Pfandrechts des Verkäufers oder der Miterben innert drei Monaten nach der Übertragung des Eigentums verlangt, wird die Eintragung des Grundpfandrechts auch bei Eigentumsübergängen kraft Anwachsung innerhalb der Dreimonatsfrist erfolgen müssen. Offen bleibt vorerst, wann die – im Interesse der Rechts- und Verkehrssicherheit kurze<sup>58</sup> – Verwirkungsfrist<sup>59</sup> zu laufen beginnt. Als Erbe wird man vorsichtshalber von einem Fristbeginn bereits beim Tod des Erblassers als dem Zeitpunkt des ausserbuchlich eintretenden Eigentumsüberganges ausgehen und entsprechend innert drei Monaten seit Ableben die Eintragung im Grundbuch veranlassen müssen. Diese Lösung würde – wie Art. 838 ZGB für den buchlichen Erwerb – auf den Moment des Eintritts der dinglichen Rechtsänderung abstellen. Einzuräumen ist diesbezüglich jedoch, dass die den Interessen der Rechts- und Verkehrssicherheit entgegenkommende Auslösung des Fristenlaufes bereits durch den Tod aus der Optik der Erben in Anbetracht der oftmals nur mit Schwierigkeiten zu ermittelnden Höhe ihrer Ansprüche doch als (zu) kurz erscheint<sup>60</sup>. Als mögliches Mittel des Ausgleichs in diesem Interessengegensatz bietet sich – besonders dann, wenn über die Höhe der Abfindungssumme Uneinigkeit herrschen sollte – die vorläufige

Eintragung kraft richterlicher Anordnung im Sinne von Art. 22 Abs. 4 GBV i.V.m. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB<sup>61</sup> an, wie sie beim Bauhandwerkerpfandrecht häufig vorkommt<sup>62</sup>. Mit der vorläufigen Eintragung der entsprechenden Vormerkung im Grundbuch werden im Interesse der Erben die Verwirkungsfrist und der Rang gemäss Art. 961 Abs. 2 ZGB gewahrt<sup>63</sup>. Zugleich wird damit auch die aus Gründen der Rechts- und Verkehrssicherheit gebotene Publizität geschaffen.

#### 4. Ungeeignetes Pfandobjekt?

Der Gesamthandanteil des vorversterbenden Gesamthänders am Grundstück wächst dem überlebenden Partner an und kann nicht von dessen eigenem gesamthänderischen Anteil ausgeschieden werden. Ohnehin ist ein Gesamthandanteil nicht als solcher mit einem Grundpfandrecht belastbar, weil beim Gesamteigentum eine Verfügung über einen Bruchteil der Sache ausgeschlossen ist<sup>64</sup>. Wird indessen das ganze Grundstück in die Pfandhaft einbezogen, so wird auch der Gesamteigentumsanteil, der schon vor der Anwachsung dem überlebenden Gesamthänder gehört hat, folglich nicht Grundlage des Abfindungsanspruchs bildet

54 Vgl. PFÄFFLI, 270.

55 So sieht Art. 13 Abs. 1 des bernischen Gesetzes betreffend die Handänderungs- und Pfandrechtssteuern (HPG; BSG 215.326.2) für die Errichtung eines Grundpfandrechts eine Steuer vor. Gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. b HPG ist dagegen bei Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts in Form der Grundpfandverschreibung keine Pfandrechtssteuer zu entrichten.

56 Widersetzt sich der überlebende Gesamthänder dagegen einer Pfandrechtserrichtung, so entfällt die Möglichkeit der vertraglichen Bestellung eines Grundpfandrechts der Erben. Wird auch kein Anspruch auf Eintragung des gesetzlichen Pfandrechts gewährt, verbleiben die Erben ohne Grundpfandsicherheit.

57 Denkbar wäre die Einräumung eines Pfandrechts an anderen Sachen oder das Stellen einer Garantie oder Bürgschaft.

58 Vgl. für die analoge Überlegung bei der Frist des Bauhandwerkerpfandrecht betreffenden Art. 839 Abs. 2 ZGB RIEMER, § 25 N 25.

59 Die Dreimonatsfrist des Art. 838 ZGB ist als Verwirkungsfrist zu qualifizieren; vgl. LEEMANN, N 2 zu Art. 838 ZGB; STEINAUER, Nr. 2851.

60 Den Interessen der Erben entspräche es natürlich besser, die Frist erst ab Abschluss der Teilungsvereinbarung laufen zu lassen. Nachdem aber das Eigentum bereits mit dem Tod übergeht und der Abschluss der Teilungsvereinbarung sich lange hinauszögern kann, ist eine solche Lösung in wertender Abwägung als mit der Rechtssicherheit nicht mehr vereinbar abzulehnen.

61 Richtigerweise müsste in Art. 22 Abs. 4 GBV auf Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB verwiesen werden; vgl. RIEMER, § 25 N 34; SIMONIUS/SUTTER, § 8 N 29.

62 Vgl. dazu RIEMER, § 25 N 34–37.

63 Siehe auch SIMONIUS/SUTTER, § 8 N 29, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung in FN 28.

64 Vgl. Art. 653 Abs. 3 ZGB.

und nicht zu entgelten ist, pfandrechtlich erfasst. Dem ist aber auch bei der Erbteilung so, wo desgleichen eine Überführung von Gesamt- in Alleineigentum stattfindet und der Anteil, der dem übernehmenden Miterben bereits vor der Teilung zu Gesamteigentum gehört hat, ebenfalls durch das Miterbenpfandrecht belastet wird, weil nur das ganze Grundstück, nicht aber ein Gesamthandanteil, Pfandobjekt sein kann. Auch daraus lässt sich demzufolge nichts gegen die Zulassung des gesetzlichen Pfandrechts bei Eigentumsübergängen an Grundstücken kraft Anwachsung ableiten.

#### IV. Hinweis: Akkreszenz bei Auflösung des Gesamthandverhältnisses unter Lebenden

Die Anwachsung des Gemeinschaftsvermögens und damit auch der darin enthaltenen Grundstücke ist nicht nur im Falle des Ablebens eines Gesamthänders, sondern ebenso unter Lebenden möglich. So kann eine Gesamtgutszuweisung ausserhalb des Todesfalles auch für andere Auflösungsgründe des Güterstandes vereinbart werden. Allerdings muss dies der Ehevertrag gemäss Art. 242 Abs. 3 ZGB ausdrücklich vorsehen. Diesfalls erfolgt die Gesamtgutszuweisung naturgemäss nicht zugunsten des überlebenden, sondern zugunsten eines bestimmten Ehegatten. Bei der einfachen Gesellschaft greift Akkreszenz unter Lebenden, wenn vor Abschluss der Auseinandersetzung die Übernahme aller Aktiven und Passiven des Gemeinschaftsvermögens durch einen oder mehrere der bisherigen Gesellschafter vertraglich vorgesehen wird<sup>65</sup>.

Das Schutzbedürfnis des lebzeitig austretenden, abfindungsberechtigten Gesamthänders erscheint als weniger ausgeprägt als jenes der Erben bei Akkreszenz im Todesfall. Denn während die vermögensrechtlichen Ansprüche des verstorbenen Gemeinschafters kraft Universalsukzession auf die Erben als Rechtsnachfolger übergehen, erfolgt bei der Anwachsung unter Lebenden kein Erbgang und daher kein Wechsel des Subjekts der Berechtigung. Der inter vivos ausscheidende Gemeinschafter wird hinsichtlich der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse des Gemeinschaftsvermögens über Kenntnisse verfügen, welche den Erben in aller Regel abgehen. Der zu Lebzeiten Ausscheidende wird daher besser in der Lage sein, seine Rechte in geeigneter Form zu wahren. Sofern erst im Rahmen einer Vereinbarung vor Abschluss der Auseinandersetzung – und nicht schon im ursprünglichen Ehe- oder Gesellschaftsvertrag – die Grundlage zur akkreszenzweise stattfindenden Übernahme aller Aktiven und Passiven durch einen bisherigen Gesamthänder geschaffen wird<sup>66</sup>, ist es dem ausscheidenden Gesellschafter möglich, im Auseinandersetzungsvertrag selbst für hinreichende Sicherstellung seines allfälligen Austrittsanspruchs zu sorgen. Dennoch ist ein Schutzbedürfnis des ausscheidenden Gesamthänders auch hier zu bejahen. Der inter vivos Austretende kann es etwa aus Unkenntnis unterlassen haben, geeignete rechtsgeschäftliche Sicherungsvorkehrungen für seinen Anspruch zu

treffen. Vor allem aber erfolgt beim lebzeitigen Ausscheiden eines Gemeinschafters die Übernahme der Grundstücksanteile typischerweise ebenfalls gegen Kreditierung. Der Gewährung des gesetzlichen Grundpfandrechts entgegenstehende Interessen sind sodann auch hier nicht ersichtlich. Daher ist die *Anwendbarkeit des Verkäuferpfandrechts* bei Eigentumsübergang kraft Anwachsung unter Lebenden ebenfalls zu bejahen.

#### V. Schluss

Das ZGB enthält seinem Wortlaute nach keine Regelung hinsichtlich der Anwendbarkeit des Miterben- oder Verkäuferpfandrechts bei ausserbuchlichen Eigentumsübergängen kraft Anwachsung. Als feststehend darf gelten, dass dem historischen Gesetzgeber die Problemlage nicht bewusst war. Damit ist es der Rechtsanwendung aufgegeben, durch Auslegung die sachlich richtige, der ratio legis entsprechende Entscheidung zu finden. Aufgrund des Zusammenhanges des in den Nachlass fallenden Abfindungsanspruches mit dem Grundstücksübergang, der im Zentrum der Gesetzesauslegung stehenden Interessenabwägung sowie angesichts des Fehlens einer anderweitigen wirksamen Möglichkeit, den Anspruch der Erben zu schützen, ist die offene Frage nach der Anwendbarkeit des Miterben- bzw. Verkäuferpfandrechts bei akkreszenzweise erfolgenden Eigentumsübergängen im Todesfall zu bejahen. Gleiches sollte auch im Falle der Akkreszenz unter Lebenden gelten.

#### Literatur

G. BAUMANN, Der Einfluss des ehelichen Güterrechts auf das Grundeigentum, ZBGR 19 (1938), 113 ff.

HANS BOLLMANN, Das Ausscheiden aus Personengesellschaften, Diss. Zürich 1971.

AUGUST EGGER, Zürcher Kommentar, Bd. II: Das Familienrecht, 1. Abt.: Das Eherecht, Art. 90–251 ZGB, 2. A., Zürich 1936.

MICHAEL GNEKOW, Die Liquidation der allgemeinen Gütergemeinschaft nach dem Ableben eines Ehegatten (unter Berücksichtigung der Anwendung erbrechtlicher Normen), Diss. Zürich 1975.

FRITZ GYGI, Vom Anfang und vom Ende der Rechtsfindung, Zur Tragweite des Wortlautes bei der Auslegung, recht 1983, 73 ff.

65 Vgl. aus der Gerichtspraxis BGE 116 II 53, 116 II 180 und den Entscheiden des Obergerichts Luzern, Justizkommission, in: ZBJV 133 (1997), 338 ff.

66 Im Gegensatz dazu wird die Grundlage zur Anwachsung im Todesfall durch den Erblasser und seinen Partner bereits im Ehe- oder Gesellschaftsvertrag hergestellt; vgl. auch III 3 b hievorig.

ROBERT HAAB/AUGUST SIMONIUS/WERNER SCHERRER/DIETER ZOBL, Zürcher Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, 1. Abt.: Das Eigentum, Art. 641–729 ZGB, Zürich 1977 (zitiert: HAAB).

HEINZ HAUSHEER, Erbrechtliche Probleme des Unternehmers, Habil. Bern 1970 (ASR Heft 399).

HEINZ HAUSHEER/ROLAND PFÄFFLI, Zur Bedeutung des Anwachsungsprinzips bei der einfachen Gesellschaft und bei der Gütergemeinschaft im Todesfall; zur Tragweite von BGE 119 II 119 ff. für die Grundbuchführung, ZBJV 130 (1994), 38 ff.

HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Berner Kommentar, Bd. II: Das Familienrecht, 1. Abt.: Das Eherecht, 3. Teilbd.: Das Güterrecht der Ehegatten, 2. Unterteilbd.: Die Gütergemeinschaft, Art. 221–246 ZGB, Die Gütertrennung, Art. 247–251 ZGB, Bern 1996.

CYRIL HEGNAUER/PETER BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 3. A., Bern 1993.

PAUL HOFMANN, Die gesetzlichen Grundpfandrechte des Art. 837 ZGB, insbesondere das Bauhandwerkerpfandrecht, Diss. Zürich 1940.

IRENE HOHL, Gesellschaften unter Ehegatten, Diss. Basel 1996 (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Bd. 35).

EUGEN HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Bd. I: Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht, Bd. II: Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900, 2. A., Bern 1914 (zitiert: E. HUBER, Erläuterungen I, II).

HANS HUBER, Die Erhebung von Handänderungsgebühren und Handänderungssteuern bei Änderungen im Gesellschafterbestand von Personengesellschaften, ZBGR 34 (1953), 241 ff. (zitiert: H. HUBER).

ROMANO KUNZ, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Versuch einer dogmatischen Konstruktion, Diss. Zürich, Bern 1963 (ASR Heft 355).

HANS LEEMANN, Berner Kommentar, Bd. IV: Sachenrecht, II. Abt., Art. 730–918 ZGB, Bern 1925.

ROLAND PFÄFFLI, Theorie und Praxis zum Grundpfandrecht, recht 1994, 263 ff.

HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. I, Bern 1991.

HANS MICHAEL RIEMER, Die beschränkten dinglichen Rechte, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. II, Bern 1986.

ERNST SIEGFRIED SCHLATTER, Die Änderung und Aufhebung des Güterstandes, Diss. Zürich 1952.

PASCAL SIMONIUS/THOMAS SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. II: Die beschränkten dinglichen Rechte, Basel und Frankfurt am Main 1990.

PAUL HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome III, Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage mobiliers, Deuxième édition, Berne 1996.

PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. A., Zürich 1995.

CARL WIELAND, Zürcher Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, Art. 641–977 ZGB, Zürich 1909.

STEPHAN WOLF, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten, mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Diss. Bern 1996 (ASR Bd. 584).

DIETER ZOBL, Änderungen im Personenbestand von Gesamthandschaften, Diss. Zürich 1973 (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Nr. 418).

Lorsqu'un contrat de société simple prévoyant l'accroissement de la part de l'associé survivant ou un contrat de mariage prévoyant le régime de la communauté des biens et attribuant l'ensemble des biens communs au conjoint survivant a été conclu, c'est le communisme survivant qui, au moment du décès du conjoint ou de l'associé, acquiert *uno actu*, sans inscription au registre foncier, les immeubles qui se trouvaient dans la propriété commune des partenaires. Les héritiers du conjoint ou de l'associé prédécédé ont uniquement une créance résultant du transfert de l'immeuble. Le code civil ne contient aucune disposition expresse relative à l'octroi d'une hypothèque légale indirecte aux cohéritiers ou vendeur dans ces cas. En raison de la relation entre les créances en indemnité qui tombent dans la succession et le transfert des immeubles, des intérêts en jeu ainsi qu'en raison du défaut d'autres possibilités efficaces pour protéger les prétentions des héritiers, il convient d'accorder aux héritiers l'inscription d'une hypothèque légale au sens de l'art. 837 al. 1 ch. 1 et 2 CC aussi en cas de transfert de propriété par accroissement au communisme survivant.