

DER BERNISCHE NOTAR

Zeitschrift des Verbandes bernischer Notare



LE NOTAIRE BERNOIS

Revue de l'Association des notaires bernois

1997/1998

Notarielle Feststellung von aussergrundbuchlichen Eigentumsübergängen

*Von Dr. Stephan Wolf, Fürsprecher und Notar, Oberassistent
an der Universität Bern, Thun**

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	241
II. Notarielle Beurkundung von Tatsachen und Rechtslagen im allgemeinen	243
III. Behandlung einzelner Fälle des ausserbuchlichen Eigentumserwerbs	245
1. Erbgang	245
a. Vorbemerkung	245
b. Gesetzliche Erbfolge	245
c. Eingesetzte Erben	247
aa. Testamentserben	247
bb. Vertragserben	248
2. Gütergemeinschaft, insbesondere Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten	250
a. Begründung der Gütergemeinschaft	250
b. Grundstückserwerb während bestehender Gütergemeinschaft	250
c. Auflösung der Gütergemeinschaft durch Tod	251
3. Einfache Gesellschaft, insbesondere Fortsetzungsklausel zugunsten des überlebenden Gesellschafters	252
a. Gründung der Gesellschaft	252
b. Wechsel der Gesellschafter	252
c. Fortsetzungsklausel	253
Literatur	253

I. Einleitung

Im Geltungsbereich des absoluten Eintragungsprinzips erfolgt der Erwerb von Grundeigentum gestützt auf ein Verpflichtungsgeschäft und eine Verfügung durch konstitutive Eintragung im Grundbuch (Art. 656 Abs. 1 ZGB). Das Grundgeschäft kann etwa ein Kauf-, Tausch- oder Schenkungsvertrag sein. Sein Abschluss begründet für den Erwerber bloss einen obligatorischen Anspruch auf Vornahme der zur Eigentumsübertragung erforderlichen Handlungen¹. Konkret hat der Veräusserer

* Überarbeiteter Auszug aus dem Text zu einem am 22. Januar 1998 im Rahmen der Lehrveranstaltung «Notarielle Praxis II» an der Universität Bern gehaltenen Vortrag.

¹ Vgl. Art. 665 Abs. 1 ZGB.

in Erfüllung seiner Eigentumsverschaffungspflicht die Grundbuchanmeldung zu veranlassen, welche materiell die Verfügung über das Eigentum am Grundstück darstellt². Der Erwerb des Grundeigentums erfolgt alsdann mit der Eintragung im Grundbuch (Art. 656 Abs. 1 ZGB)³. Der Eintragung des Erwerbers in der Eigentümerspalte des Hauptbuchblattes kommt in bezug auf das dingliche Recht rechtsbegründende Wirkung zu (Art. 972 Abs. 1 ZGB), wobei diese bei Vorliegen aller gesetzlicher Eintragungsvoraussetzungen auf den Zeitpunkt der unmittelbar der Grundbuchanmeldung nachfolgenden Einschreibung im Tagebuch zurückbezogen wird (Art. 972 Abs. 2 ZGB).

In den von Art. 656 Abs. 2 ZGB aufgeführten, zum Bereich des relativen Eintragungsprinzips gehörenden Fällen – Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung, richterliches Urteil – erfolgt der Eigentumserwerb dagegen ausserhalb des Grundbuches, d.h. ohne Erfordernis der Eintragung. Das Grundeigentum wird unmittelbar mit Erfüllung der gesetzlich vorgesehenen Tatbestandselemente erworben⁴. Eine nachfolgende Eintragung des Erwerbers im Grundbuch ist einzig von deklaratorischer Bedeutung: Die Eintragung ist somit keine Voraussetzung für den Eigentumserwerb, sondern bewirkt lediglich die Anpassung des Grundbuchs an die ausserbuchlich bereits eingetretene, neue Rechtslage⁵. Immerhin ist aber gemäss Art. 656 Abs. 2 ZGB die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch erforderlich zur Herstellung der grundbuchlichen Verfügungsmöglichkeit⁶. Indirekt besteht somit dennoch ein Zwang zur Eintragung⁷.

Die Aufzählung der ausserbuchlichen Eigentumserwerbstatbestände in Art. 656 Abs. 2 ZGB ist keine abschliessende⁸. Neben dem Erbgang sind für den Notar insbesondere auch die Gütergemeinschaft und die einfache Gesellschaft von Bedeutung. Die Urkundsperson ist in diesen

2 BGE 115 II 229 f. Die der Grundbuchanmeldung nachfolgenden Operationen der Einschreibung im Tagebuch und im Hauptbuch stellen demgegenüber eine öffentlichrechtliche Pflicht des Grundbuchverwalters dar; sie erfolgen ohne Beteiligung der Parteien.

3 Zum ganzen statt vieler: Rey, Sachenrecht I, N. 1326, m.w.H.

4 Vgl. Rey, Sachenrecht I, N. 1546.

5 Deschenaux, SPR V/3, I, S. 308.

6 Vgl. Deschenaux, SPR V/3, I, S. 9 und 308. Ausführlich dazu und zu weiteren Wirkungen der Eintragung im Bereich des relativen Eintragungsprinzips Deschenaux, SPR V/3, II, S. 625 ff.

7 Tuor/Schnyder/Schmid, S. 652; Meier-Hayoz, N. 2 zu Art. 656 ZGB.

8 Meier-Hayoz, N. 3 und 75 zu Art. 656 ZGB.

Fällen in der Lage, den Eintritt der für den ausserbuchlichen Eigentumserwerb erforderlichen Tatbestandselemente festzustellen⁹. Nachfolgend sind vorab einige allgemeine Hinweise zur Beurkundung von Tatsachen und Rechtslagen anzubringen¹⁰. Anschliessend sollen die Voraussetzungen für die in der notariellen Praxis besonders häufig zu treffenden Feststellungen über ausserbuchliche Eigentumsübergänge kraft Erbrechts, Gütergemeinschaft und einfacher Gesellschaft dargestellt werden¹¹.

II. Notarielle Beurkundung von Tatsachen und Rechtslagen im allgemeinen

Nach bernischem Notariatsrecht¹² kann der Notar Beurkundungen von Vorgängen und Zuständen vornehmen (Art. 16 Abs. 2 NG¹³; Art. 19 ff. ND¹⁴). Es handelt sich um die Tatsachen- oder Sachbeurkundung. Die dabei entstehende Urkunde wird als Feststellungsurkunde bezeichnet. Der Notar hat die zu beurkundende Tatsache möglichst genau festzustellen (Art. 19 Abs. 1 ND) und die zur Gewährleistung einer einwandfreien Feststellung erforderlichen Vorbereitungen zu treffen (Art. 19 Abs. 2 ND). Gestützt auf die Wahrheitspflicht als eine bundesrechtliche Minimalanforderung ist voranzusetzen, dass der Notar die Tatsachen persönlich festgestellt hat¹⁵. Die Beurkundung ist auf die äusserlich mit eigenen Sinnen wahrnehmbaren Tatsachen zu beschränken¹⁶. Weitere

9 Grundsätzlich kann der Notar unter Beachtung der Vorschriften über die Beurkundung von Tatsachen und Rechtslagen auch hinsichtlich der übrigen ausserbuchlichen Erwerbstatbestände entsprechende Feststellungen treffen. Allerdings wird das kaum je der Fall sein, weil ausserhalb des Erb-, Ehegüter- und Gesellschaftsrechts, beispielsweise bei der Enteignung oder beim Urteil, der Beizug einer Urkundsperson in aller Regel nicht erfolgt.

10 Hienach II.

11 Hienach III.

12 Die nachfolgenden Ausführungen nehmen in erster Linie auf das bernische Notariatsrecht Bezug. Dem bernischen Recht entsprechende Bestimmungen zur Beurkundung von Tatsachen bestehen – abgesehen davon, dass sich bereits aus dem Bundesrecht gewisse Minimalanforderungen an die Sachbeurkundung ergeben, welche landesweit massgebend sind – auch in den anderen kantonalen Notariatsordnungen; vgl. Marti, Notariatsprozess, S. 121 ff. Siehe ferner die Hinweise auf die Notariatsgesetzgebung weiterer Kantone bei Brückner, N. 3052 f.

13 Notariatsgesetz Bern, BSG 169.111. Art. 16 Abs. 2 NG lautet: «Der Notar erteilt auf Begehren der Beteiligten insbesondere die im Privatrecht vorgesehenen öffentlichen Urkunden über Rechtsgeschäfte und über andere Vorgänge und Zustände. Folgt aus den vom Notar festgestellten Tatsachen zwingend eine bestimmte Rechtslage, so kann der Notar auch diese bescheinigen.»

14 Notariatsdekret Bern, BSG 169.111.

15 Vgl. Marti, Notariatsprozess, S. 123 f. mit Anm. 6.

16 Ruf, N. 1510. Eingehend zur Beurkundung von Tatsachen Brückner, N. 3052 ff.

Voraussetzung der Beurkundung von Tatsachen ist selbstverständlich die vorgängige Rogation des Notars; bei deren Fehlen entsteht nach der Gültigkeitsvorschrift des Art. 21 lit. b NG keine öffentliche Urkunde¹⁷.

Im Gegensatz zur Beurkundung von Tatsachen darf der Notar dem Grundsatz nach keine Rechtsfolgen beurkunden; das Ziehen rechtlicher Schlüsse bleibt vielmehr dem Richter vorbehalten. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nach Art. 16 Abs. 2 NG einzig dann, wenn aus den vom Notar festgestellten Tatsachen zwingend eine bestimmte Rechtslage folgt¹⁸. Dabei kann die Beurkundung rechtlicher Folgen nicht stattfinden, ohne dass damit zugleich auch deren tatsächliche Voraussetzungen festgestellt werden¹⁹. Im Grunde werden auch hier unmittelbar einzig Tatsachen festgestellt: Nachdem beurkundungsfähige Rechtslagen sich zwingend aus den erhobenen Tatsachen ergeben müssen, beruht die Bescheinigung der Rechtslage auf keinem zusätzlichen, über die festgestellten Tatsachen hinausgehenden Element, sondern enthält lediglich die Inbezugsetzung der Tatsachen zur Rechtsfolge²⁰. In Anbetracht der in Art. 16 Abs. 2 NG positivrechtlich verankerten Ausgangslage bleibt für die notarielle Feststellung von Rechtsfolgen nur ein schmales Anwendungsgebiet: Gegenstand der Beurkundung von Rechtslagen kann nur die einfache, unumstössliche Subsumtion einer Tatsache unter eine dem Notar vertraute Norm sein²¹. Praktische Bedeutung hat die Beurkundung von Rechtsfolgen insbesondere im Zusammenhang mit der Feststellung von aussergrundbuchlichen Eigentumsübergängen erlangt. Im Vordergrund steht die Ausstellung des Erbenscheins²². Häufig erfolgen notarielle Feststellungen auch

17 Die Rogation muss spätestens zu Beginn des Hauptverfahrens gegeben sein, somit bei der Sachbeurkundung vor der Feststellung des Vorganges oder Zustandes durch den Notar vorliegen; vgl. Marti, N. 6 zu Art. 21 NG, und Ders., Notariatsprozess, S. 124.

18 Vgl. den Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 NG in Anm. 13 hievor. Zum ganzen auch Ruf, N. 480 und 1511.

19 Brückner, N. 3053 mit Beispiel in Anm. 3.

20 Allgemein sollen Tatsachen ja nicht einfach als solche, sondern nur im Hinblick auf einen rechtlichen Bezug beurkundet werden; vgl. Brückner, N. 3053.

21 Brückner, N. 3072. Vgl. auch Ruf, N. 481.

22 Der Erbenschein ist als Oberbegriff zu verstehen für die im Register «B» einzutragende Erbgangsbescheinigung, deren Urschrift für den Rechtsverkehr herausgegeben wird (Art. 10 Abs. 1 ND i.V.m. Art. 12 Abs. 3 NV [Notariatsverordnung Bern, BSG 169.112]), und die im Register «A» einzutragende Erbgangsurkunde, welche als Urschrift in Verwahrung des Notars verbleibt und im Rechtsverkehr durch Ausfertigungen vertreten wird (Art. 9 ND und Art. 12 Abs. 2 NV). Zuhanden des Grundbuchamtes wird in der bernischen Notariatspraxis eine Erbgangsurkunde ausgestellt.

bei einer Gesamtrechtsnachfolge kraft Gütergemeinschaft oder bei einer einfachen Gesellschaft mit Fortsetzungsklausel²³. In beiden Fällen ist die Abfassung einer dem Erbenschein ähnlichen, mit diesem aber nicht identischen Feststellungsurkunde über den ausserbuchlich eingetretenen Eigentumsübergang möglich²⁴.

III. Behandlung einzelner Fälle des ausserbuchlichen Eigentumserwerbs

1. Erbgang

a. Vorbemerkung

Den Ausweis über den Rechtserwerb kraft Erbganges bildet der Erbenschein²⁵. Unmittelbarer Gegenstand der Beurkundung ist dabei die an das Vorliegen bestimmter Tatsachen geknüpfte Feststellung, dass bestimmte Personen als einzige Erben des Erblassers anerkannt sind. Mittelbar ist im Erbenschein aber, wenn Grundstücke im Nachlass vorhanden sind, auch die Feststellung des im Erbgang kraft Universalsukzession ausserbuchlich eingetretenen Grundeigentumserwerbs mitenthalten²⁶.

b. Gesetzliche Erbfolge

Art. 559 ZGB sieht die Ausstellung eines Erbenscheins nur für eingesetzte Erben vor. Seit jeher ist jedoch in der Lehre wie auch in der Pra-

23 Vgl. als Beispiel einer Fortsetzungsklausel bzw. Anwachsungsvereinbarung Musterurkunde Nr. 71, Ziff. 9 lit. a.aa.

24 Diese Bescheinigung wird in der Ehegatten als einfache Gesellschafter betreffenden Musterurkunde Nr. 557 ebenfalls als «Erbgangsurkunde» bezeichnet. Vgl. aber die Kritik von Bräm, S. 83, Anm. 257, wonach die Bezeichnung als «Erbgangsurkunde» zu überprüfen ist, «weil in der Urkunde gesellschaftsrechtliche Rechtsfolgen, und nicht ein Erbgang im herkömmlichen Sinn als Feststellung beurkundet werden».

25 Vgl. Art. 559 Abs. 1 ZGB. In Anbetracht der Themenstellung müssen Ausführungen über Wesen und Wirkungen des Erbenscheins an dieser Stelle unterbleiben. Es sei hier einzig festgehalten, dass der Erbenschein für die darin anerkannten Erben bloss einen provisorischen, unter Vorbehalt der erbrechtlichen Klagen stehenden Legitimationsausweis bildet; vgl. Tuor/Schnyder/Schmid, S. 515. Ausführlich zur Wirkung des Erbenscheins Ortenburger, S. 24 ff.; ferner Sommer, S. 76 ff.

26 Die im Eigentum des Erblassers gestandenen Grundstücke werden denn in der Erbgangsurkunde auch regelmässig erwähnt; vgl. Musterurkunden Nrn. 552, Ziff. 5; 553, Ziff. 4; 554, Ziff. 5; 555, Ziff. 5; 556, Ziff. 5; 558, Ziff. 5.

xis der Kantone anerkannt, dass ein Erbenschein ebenfalls zugunsten gesetzlicher Erben errichtet werden kann, wo dies erforderlich ist²⁷. In Anbetracht des Umstandes, dass als Ausweis für den Eigentumserwerb an Grundstücken kraft Erbgangs nach Art. 18 Abs. 2 lit. a GBV auch von gesetzlichen Erben eine Bescheinigung, dass sie als einzige Erben des Erblassers anerkannt sind, verlangt wird, ist mit Lehre und Praxis ein bundesrechtlicher Anspruch der gesetzlichen Erben auf Ausstellung einer Erbenbescheinigung zu bejahen²⁸.

Nach Art. 16 Abs. 1 NG ist im Kanton Bern bei gesetzlicher Erbfolge der Notar zuständig zur Ausstellung eines Erbenscheins²⁹. Die Ausstellung des Erbenscheins für gesetzliche Erben kann erfolgen, wenn vorab der Tod oder die Verschollenerklärung³⁰ des Erblassers nachgewiesen sind und das die gesetzliche Erbberechtigung begründende Verhältnis zum Erblasser feststeht³¹. Weiter muss feststehen, dass keine die gesetzliche Erbfolge ausschliessende oder ändernde Verfügung von Todes wegen vorliegt³²; weil keine Verfügung zu eröffnen ist, entfällt das in Art. 559 Abs. 1 ZGB für die gewillkürte Erbfolge vorgesehene Einspracheverfahren. Sodann darf der Erbenschein erst nach Ablauf der Ausschlagungsfrist gemäss Art. 567ff. bzw. Art. 587 ZGB ausgestellt werden, es sei denn, es liege eine ausdrückliche Erbschaftsan-

27 So bereits Eugen Huber, Erläuterungen I, S. 435. Ferner aus der Literatur: Escher, N. 17 f. zu Art. 559 ZGB; Tuor/Picenoni, N. 14 zu Art. 559 ZGB; Druey, § 15 N. 17; alle m.w.H. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: BGE 41 II 213; 57 II 401; 73 I 275; 82 I 192.

28 Tuor/Picenoni, N. 14 zu Art. 559 ZGB; ZGB-Karrer, N. 6 zu Art. 559 ZGB; je m.w.H. Ausführlich und mit Hinweisen zur kantonalen Praxis Ortenburger, S. 50 ff.

29 Vgl. Pfäffli, Antragsprinzip, S. 70.

30 Im (seltenen) Fall der Verschollenerklärung können nach Art. 38 Abs. 1 ZGB die aus dem Tode des für verschollen Erklärten abgeleiteten Rechte geltend gemacht werden, wie wenn der Tod bewiesen wäre. Folglich ist die Ausstellung einer dem Erbenschein entsprechenden Bescheinigung hier ebenfalls möglich und zur Legitimation u.U. erforderlich. Zur Erbbescheinigung bei verschollenem Erblasser auch Ortenburger, S. 118.

31 Die Feststellung des die Erbberechtigung begründenden Verhältnisses zum Erblasser erfolgt in aller Regel aufgrund von Familienscheinen, allenfalls auch durch andere zivilstandsamtliche Ausweise.

32 Die Abklärung, ob eine eingelieferte oder eröffnete Verfügung von Todes wegen vorliegt, gehört zur notariellen Sorgfaltspflicht. Vgl. auch Schnyder, S. 118. Im einzelnen wird die Urkundsperson zur Abklärung, ob eine Verfügung von Todes wegen vorhanden ist, Personen, die dem Erblasser nahegestanden sind, befragen, eine Anfrage an das Zentrale Testamentenregister des Schweizerischen Notarenverbandes richten und insbesondere bei der zur Eröffnung zuständigen Behörde eine Bescheinigung darüber einholen müssen, dass keine Verfügung von Todes wegen eröffnet worden ist.

nahmeerklärung der Erben unter vorbehaltlosem Verzicht auf die Ausschlagungsbefugnis vor³³. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, muss den gesetzlichen Erben auf deren Verlangen³⁴ ein Erbenschein ausgestellt werden³⁵. Dieser erbringt gemäss Art. 18 Abs. 2 lit. a GBV zuhanden des Grundbuchamtes den Ausweis für den ausserbuchlich eingetretenen Eigentumsübergang an einem zum Nachlass gehörenden Grundstück³⁶.

c. Eingesetzte Erben

Eingesetzte Erben sind in Testaments- und Vertragserben zu unterscheiden.

aa. Testamentserben

Auf mittels einer letztwilligen Verfügung eingesetzte Erben bezieht sich der Wortlaut der Art. 556-559 ZGB. Im Kanton Bern ist zur Eröffnung des Testaments und zur Ausstellung eines Erbenscheins an Testamentserben der Einwohnergemeinderat zuständig (Art. 6 Abs. 1 EG ZGB³⁷). Gestützt auf den Erbenschein der Gemeinde kann der Notar einen separaten Erbenschein erstellen³⁸.

Damit eingesetzten Testamentserben ein Erbenschein ausgestellt werden kann, muss – wie bei den gesetzlichen Erben – der Tod oder die Verschollenerklärung des Erblassers nachgewiesen sein sowie der Ab-

33 In der Regel wird der Antrag eines Erben auf Ausstellung des Erbenscheins als zum Verlust der Ausschlagungsbefugnis führende Annahme der Erbschaft gedeutet werden dürfen, so dass eine besondere Annahmeerklärung als nicht erforderlich erscheint. Indessen kann ausnahmsweise auch die Möglichkeit bestehen, eine Erbenbescheinigung zu erhalten, ohne die Ausschlagungsbefugnis zu verlieren; vgl. Sommer, S. 76 f. Sodann muss im Fall, wo nur einer von mehreren Erben das Begehren um Ausstellung des Erbenscheins stellt, feststehen, dass keiner der übrigen Erben die Erbschaft ausschlägt, was vor Ablauf der Frist ebenfalls eine allseitige Erbschaftsannahme mit Verzicht auf die Ausschlagungsbefugnis voraussetzt. Schliesslich ist es auch allgemein aufgrund der Rechtsbelehrungspflicht angezeigt, die Erben ausdrücklich und unter Hinweis auf die damit verbundenen Folgen die Annahme der Erbschaft unter Verzicht auf die Ausschlagungsbefugnis erklären zu lassen.

34 Es reicht das Begehren eines Erben, obschon im Erbenschein selbstverständlich sämtliche Erben aufzuführen sind; vgl. auch Anm. 40 hienach.

35 Zum ganzen Tuor/Picenoni, N. 15 zu Art. 559 ZGB. Ausführlich zu den Voraussetzungen der Erbbescheinigung für gesetzliche Erben Ortenburger, S. 113 ff.

36 Vgl. als Beispiel für eine Erbgangsurkunde bei gesetzlicher Erbfolge die Musterurkunde Nr. 552, mit Identifikation des Grundstücks in Ziff. 5.

37 BSG 211.1.

38 Pfäffli, Antragsprinzip, S. 70.

lauf der Ausschlagungsfrist bzw. die vorbehaltlose Annahme der Erbschaft durch die Erben feststehen. Weiter muss das Testament durch die zuständige Behörde eröffnet worden³⁹ und es darf innert der Einsprachefrist von einem Monat keine Einsprache seitens der gesetzlichen oder der aus einer früheren Verfügung bedachten Erben eingegangen sein. Liegen diese Voraussetzungen vor, so muss der Erbschein auf Verlangen eines Erben⁴⁰ ausgestellt werden⁴¹.

bb. Vertragserben

Im Gegensatz zu letztwilligen Verfügungen ist für Erbverträge die Einlieferung und Eröffnung bundesrechtlich nicht vorgesehen. Die Marginalie zu den Art. 556–559 ZGB bezieht sich auf die «Eröffnung der letztwilligen Verfügung», somit einzig auf das Testament⁴². Der historische Gesetzgeber war offenbar der Auffassung, die eingesetzten Vertragserben verfügten über eine Ausfertigung des Erbvertrages und seien damit in der Lage, ihre Interessen auch ohne Eröffnung des Erbvertrages wahrzunehmen⁴³. In der Praxis der Kantone wurde indessen ein Bedürfnis auch der Vertragserben nach einem Erbschein erkannt und entsprechend ist denn die Eröffnung von Erbverträgen in den kantonalen Rechten ebenfalls vorgesehen. Für Bern enthält Art. 24 f. ND eine Regelung über die Eröffnung von Erbverträgen⁴⁴. Wollte man den erbvertraglich eingesetzten Erben die Eröffnungsmöglichkeit in bezug auf den Erbvertrag versagen, wären sie von der Erlangung eines Legitimationsausweises über ihre Erbberechtigung ausgeschlossen. Die fehlende Möglichkeit, einen Erbschein zu erhalten, kann für den Vertragserben mit grossen Nachteilen verbunden sein⁴⁵. Insbesondere in

39 Dazu BGE 81 II 324.

40 Es genügt das Verlangen eines eingesetzten Miterben, auch wenn der Erbschein natürlich die Namen aller Erben enthält; vgl. Schnyder, S. 116 f.

41 Die Kantone dürfen an die Ausstellung des Erbscheins keine weiteren Voraussetzungen knüpfen; vgl. BGE 96 I 716. Zum ganzen auch Schnyder, S. 116 f.

Vgl. als Beispiel für eine Erbgangsurkunde bei eingesetzten Testamentserben die Musterurkunde Nr. 553, mit Identifikation des Grundstücks in Ziff. 4.

42 Vgl. Herzer, S. 28, m.w.H.

43 Insbesondere bestand nach Auffassung des Redaktors des ZGB keine Eröffnungspflicht für Erbverträge; vgl. E. Huber, Erläuterungen I, S. 432. Siehe auch Piconi, S. 264.

44 Art. 26 ND erklärt ferner diese Bestimmungen sinngemäss auch für die Eröffnung eines Ehevertrages als anwendbar.

45 Piconi, S. 264.

Anbetracht von Art. 18 Abs. 2 lit. a GBV, welcher für eingesetzte Erben unabhängig davon, ob sie Testaments- oder Erbvertragserben sind, einen Erbschein als Ausweis für den Eigentumsübergang an Grundstücken verlangt, muss eine bundesrechtliche Pflicht bejaht werden, auch erbvertraglich eingesetzten Erben eine Gelegenheit zur Erlangung eines Erbscheins zu bieten⁴⁶.

Nach bernischem Notariatsrecht ist gemäss Art. 24 Abs. 1 ND zur Eröffnung des Erbvertrages eine Anordnung des Erblassers bzw. der Antrag eines Erben oder Vermächtnisnehmers vorzusetzen; zuständig zur Eröffnung ist der Notar. Dieser stellt den gesetzlichen und den eingesetzten Erben eine Abschrift des Erbvertrages zu und setzt ihnen eine Monatsfrist zur Erhebung einer Einsprache gegen die Berechtigung der Vertragserben (Art. 24 Abs. 2 ND). Sind Erben unbekanntem Aufenthaltes, so hat die Eröffnung durch dreimalige Publikation im Amtsblatt zu erfolgen (Art. 24 Abs. 3 ND). In der Eröffnungsurkunde ist anzugeben, welchen Personen der Erbvertrag wie und wann eröffnet wurde, es ist zu bestätigen, dass die Belehrung hinsichtlich der Einsprachemöglichkeit erfolgt ist, und festzustellen, ob Einsprachen eingegangen sind. Sind keine Einsprachen erfolgt, können die Vertragserben unter Vorbehalt der erbrechtlichen Klagen anerkannt und der Erbschein ausgestellt werden (Art. 25 ND)⁴⁷. Selbstverständlich muss

46 Schnyder, S. 122.

47 In der Musterurkunde Nr. 554, Anm. 2, wird ausgeführt, dass auch ohne Eröffnung des Erbvertrages ein Erbschein ausgestellt werden kann, «wenn sämtliche gesetzlichen Erben dazu schriftlich ihre Zustimmung erteilen oder beim Abschluss des Erbvertrages mitgewirkt haben». Bei allem Verständnis für praxisnahe Lösungen lässt sich doch zumindest im zweiten Fall der Verzicht auf eine Eröffnung des Erbvertrages kaum vertreten. Sowohl nach Art. 556 ff. ZGB als auch gemäss Art. 24 f. ND ist die Eröffnung der Verfügung von Todes wegen eine ausnahmslos zu beachtende Voraussetzung zur Ausstellung des Erbscheins. Bei den erwähnten Bestimmungen des ZGB bzw. ND handelt es sich um Verfahrensvorschriften; allgemein kann auf die Einhaltung von Verfahrensvorschriften selbst mit dem Einverständnis der Beteiligten nicht verzichtet werden. Bezogen auf die konkrete Situation ist festzuhalten, dass auch ein am Erbvertragsschluss beteiligter gesetzlicher Erbe sehr wohl ein Interesse an der Eröffnung des Vertrages haben kann. Wer am Abschluss des Erbvertrages mitwirkt, verzichtet damit keinesfalls auch gerade auf die künftige Möglichkeit, gegen die Anerkennung von Erben im Eröffnungsverfahren Einsprache zu erheben; im Zeitpunkt des Erbvertragsschlusses kann ein Erbe gar nicht definitiv darüber befinden, ob nicht dereinst Gründe vorliegen werden, die Anlass zur Erhebung einer Einsprache und einer Ungültigkeitsklage bzw. einer anderen erbrechtlichen Klage geben könnten. Die Musterurkunde Nr. 554, a.a.O., empfiehlt denn selbst, in «heiklen Fällen» den Erbvertrag zu eröffnen. M. E. hat die Eröffnung nicht nur in heiklen, sondern in allen Fällen zu erfolgen.

auch bei der Anerkennung von Vertragserben die Ausschlagungsfrist abgelaufen oder die Erbschaft vorbehaltlos angenommen worden sein.

2. Gütergemeinschaft, insbesondere Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten

a. Begründung der Gütergemeinschaft

An bereits vorhandenen Grundstücken mit Gesamtgutscharakter entsteht das Gesamteigentum von Gesetzes wegen, und zwar im Zeitpunkt der Wirksamkeit des Ehevertrages auf Begründung der Gütergemeinschaft⁴⁸. Das Gesamteigentum entsteht somit ausserbuchlich. Zuhanden des Grundbuchamtes genügt die Vorlage des Ehevertrages – am einfachsten durch eine entsprechende Teilausfertigung⁴⁹ – und der Nachweis, dass das Grundstück zum Gesamtgut gehört. Die Anmeldung zur deklaratorischen Eintragung im Grundbuch kann gemäss Art. 665 Abs. 3 ZGB durch einen Ehegatten allein vorgenommen werden.

b. Grundstückserwerb während bestehender Gütergemeinschaft

An während der Dauer des Güterstandes der Gütergemeinschaft von Dritten erworbenen Grundstücken, welche dem Gesamtgut zugehören, entsteht das Gesamteigentum ausserbuchlich unmittelbar im Zeitpunkt der Wirksamkeit des Erwerbs durch mindestens einen Ehegatten⁵⁰. Zur deklaratorischen Eintragung beider Gütergemeinschaftler im Grundbuch ist das Bestehen der Gütergemeinschaft⁵¹ und die Gesamtgutseigenschaft des Grundstücks nachzuweisen, was mittels notarieller Feststellung – etwa im Erwerbsgeschäft⁵² – oder durch Vorlage des Ehevertrages erfolgen kann.

48 Vgl. Hausheer/Reusser/Geiser, N. 34 und 36 zu Art. 222 ZGB. Nach Geiser, S. 115, enthält der Ehevertrag auf Gütergemeinschaft sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft.

49 Mit der Teilausfertigung kann dem bei den Parteien nicht selten vorhandenen Geheimhaltungsinteresse hinsichtlich der übrigen Ehevertragsbestimmungen, welche nicht im Grundbuch offenbart werden müssen, entsprochen werden.

50 Hegnauer/Breitschmid, N. 28.08; Wolf, S. 204 f., m.w.H.

51 Vgl. Art. 33 Abs. 3 GBV.

52 Erwirbt eine verheiratete Person ein Grundstück, so hat sich der Notar darüber zu vergewissern, ob eine Gütergemeinschaft besteht, und bejahendenfalls zusätzlich abzuklären, in welche Gütermasse das Grundstück fällt; vgl. Geiser, S. 115.

c. Auflösung der Gütergemeinschaft durch Tod

Haben die Eheleute gemäss Art. 241 Abs. 2 ZGB ehevertraglich eine Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten vereinbart, gehen dem Gesamtgut zugehörige Grundstücke beim Ableben eines Ehegatten aufgrund der Gesamtgutszuweisung aussergrundbuchlich ins Alleineigentum des überlebenden Ehegatten über⁵³.

Zur Eintragung des überlebenden Ehegatten als Alleineigentümer kraft Gesamtgutszuweisung genügen als Ausweis der Ehevertrag sowie ein Todesschein⁵⁴. Die Eröffnung des Ehevertrages ist dagegen nicht erforderlich, weil der Eigentumsübergang kraft Akkreszenz an den überlebenden Gütergemeinschaftler unabhängig davon erfolgt, ob neben dem überlebenden Ehegatten noch gesetzliche oder eingesetzte Erben vorhanden sind, so dass eine Zustimmung der Erben nicht erforderlich ist⁵⁵. Allfällig in ihren Pflichtteilen verletzte Nachkommen⁵⁶ können mittels Herabsetzungsklage nur den Wert ihres Pflichtteils verlangen, den eo ipso eintretenden Eigentumsübergang aufgrund der Gesamtgutszuweisung aber nicht verhindern⁵⁷. Ferner steht den Nachkommen offen, die Zugehörigkeit des Grundstückes zum Gesamtgut zu bestreiten⁵⁸ oder den Ehevertrag wegen Form- oder Willensmangels anzufechten; in beiden Fällen bedarf es der Erhebung einer Klage seitens der Nachkommen⁵⁹.

53 Hegnauer/Breitschmid, N. 28.53; Hausheer/Reusser/Geiser, N. 36 und 53 zu Art. 241 ZGB. Vgl. auch BGE 111 II 117 f.

54 Hausheer/Reusser/Geiser, N. 53 zu Art. 241 ZGB; Wolf, S. 227 f., m.w.H.

55 Hausheer/Pfäffli, S. 42. Anders noch die allerdings unter altem Ehegüterrecht entstandene Musterurkunde Nr. 47, Anm. 1, zur Gütergemeinschaft.

56 Gegenüber der Gesamtgutszuweisung besteht gemäss Art. 241 Abs. 3 ZGB ein Pflichtteilsrecht nur zugunsten der Nachkommen.

57 Wissmann, S. 352; Bundesamt für Justiz, in: ZBGR 69 (1988), S. 107. Zur obligatorischen Natur der Herabsetzungsklage BGE 110 II 232 f.

Im Gegensatz zu einer Verfügung von Todes wegen ist bei der Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten eine Eröffnung des Ehevertrages nicht erforderlich. Die unterschiedliche Behandlung lässt sich damit begründen, dass bei Vorliegen einer Verfügung mortis causa eine Konkurrenz erbrechtlicher Ansprüche – etwa zwischen eingesetzten und gesetzlichen Erben oder zwischen in mehreren Verfügungen eingesetzten Erben – bestehen kann; eine solche Konkurrenz güterrechtlicher Ansprüche mehrerer Personen ist bei der Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten nicht denkbar.

58 Dazu haben sie allerdings die Gesamtgutsvermutung des Art. 226 ZGB zu widerlegen.

59 Hausheer/Reusser/Geiser, N. 53 zu Art. 241 ZGB. Zum ganzen eingehend Wolf, S. 223 ff.

Liegen Ehevertrag und Todesschein als Belege vor, kann somit der überlebende Ehegatte, dem das ganze Gesamtgut zugewiesen ist, gemäss Art. 665 Abs. 3 ZGB die Grundbuchanmeldung vornehmen und damit seine deklaratorische Eintragung als Alleineigentümer im Grundbuch veranlassen. Ehevertrag und Todesschein genügen auch für eine zuhanden des Grundbuchamtes auszufertigende notarielle Feststellungs-urkunde. Es empfiehlt sich, zusätzlich festzuhalten, dass dem Notar kein späterer, die Gesamtgutzugeweiung allfällig wieder ändernder oder aufhebender Ehevertrag vorgelegt worden ist.

3. Einfache Gesellschaft, insbesondere Fortsetzungsklausel zugunsten des überlebenden Gesellschafters

a. Gründung der Gesellschaft

Wenn sich ein Gesellschafter bei oder nach Gründung einer Personengesellschaft verpflichtet, ein Grundstück in die Gesellschaft einzubringen, entsteht Gesamteigentum der Gesellschafter erst mit der gestützt auf den öffentlich beurkundeten Illationsvertrag vorzunehmenden Eintragung im Grundbuch⁶⁰. Der Erwerb von Grundeigentum erfolgt somit im Rahmen des absoluten Eintragungsprinzips, womit die Möglichkeit einer Feststellung des ausserbuchlichen Erwerbs entfällt.

b. Wechsel der Gesellschafter

Bei unter Lebenden erfolgendem Austritt eines Gesellschafters aus der Gesellschaft und Übernahme seines Anteils durch einen anderen wächst die dingliche Berechtigung am Gesellschaftsgrundstück ausserbuchlich dem übernehmenden Gesellschafter an. Zur deklaratorischen Nachführung des Grundbuches genügt es, wenn dem Grundbuchamt die schriftliche Austrittsvereinbarung der Gesellschafter als Rechtsgrundausweis eingereicht wird⁶¹. Gestützt auf den Austrittsvertrag kann auch eine notarielle Feststellung erfolgen.

60 Meier-Hayoz, N. 61 zu Art. 652 ZGB. Der in dieser Hinsicht bestehende Unterschied zur Gütergemeinschaft ist damit zu erklären, dass das Gesellschaftsvermögen nur rechtsgeschäftlich umschrieben werden kann, während der Umfang des Gesamtguts als Gütermasse gesetzlich festgelegt ist (Art. 222–224 ZGB) und zugunsten des Gesamtgutes gar eine Vermutung besteht (Art. 226 ZGB).

61 Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern, Justizkommission, vom 9. Dezember 1996, in: ZBJV 133 (1997), S. 338 ff.; siehe dazu auch die Besprechung von Pfäffli, Rechtsprechung 1997, S. 172 f. Zur Anwachsung beim Austritt ebenfalls BGE 116 II 53 und 116 II 180, je m.w.H. Vgl. ferner den die Kündigung eines einfachen Gesellschafters betreffenden Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern, Justizkommission, vom 4. Juni 1996, in: ZBJV 132 (1996), S. 831 ff.

c. Fortsetzungsklausel

Unter Ehegatten, aber auch etwa unter Geschäftsleuten, wird an Grundstücken häufig eine einfache Gesellschaft mit Fortsetzungsklausel zugunsten des oder der überlebenden Gesellschafter(s) eingegangen⁶². Analog zur Gesamtgutzugeweiung bei der Gütergemeinschaft geht bei Vorliegen einer derartigen Anwachsungsvereinbarung das Gesellschaftsgrundstück ebenfalls ausserbuchlich an den oder die überlebenden Gesellschafter über.

Zuhanden des Grundbuches ist der Nachweis des Todes des Gesellschafters und des Vorliegens einer einfachen Gesellschaft mit Anwachsungsklausel in bezug auf das Grundstück erforderlich. Diese Tatsachen können mittels eines Todesscheines und eines Gesellschaftsvertrages belegt werden. Errichtet der Notar eine Feststellungsurkunde, sind darin die erwähnten Tatsachen aufzuführen⁶³. Der Urkundsperson ist zu empfehlen, zusätzlich festzuhalten, dass ihr keine nachträgliche Aufhebung oder Änderung des Gesellschaftsvertrages hinsichtlich der Anwachsungsklausel vorgelegt wurde⁶⁴.

Literatur

Beat Bräm: Gemeinschaftliches Grundeigentum unter Ehegatten an Grundstücken. Bildet Gesamteigentum als einfache Gesellschaft eine gute Alternative zum Miteigentum und zum Gesamteigentum im Güterstand der Gütergemeinschaft?, Diss. Bern 1997 (ASR 605)

Christian Brückner: Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993

Henri Deschenaux: Das Grundbuch, SPR Bd. V, Teilbd. 3, Abt. I und II, Basel und Frankfurt am Main 1988, 1989 (zitiert: Deschenaux, SPR V/3, I und II)

Jean Nicolas Druey: Grundriss des Erbrechts, 4. Aufl., Bern 1997

Arnold Escher: Zürcher Kommentar, Bd. III: Das Erbrecht, 2. Abt.: Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1960

Thomas Geiser: Die vertraglichen Güterstände, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Vom alten zum neuen Eherecht, Die vermögensrechtlichen Bestimmungen einschliesslich Übergangsrecht, Bern 1986 (ASR 503)

62 Siehe als Beispiel für eine Fortsetzungsklausel Musterurkunde Nr. 71, Ziff. 9 lit. a.aa.

63 Vgl. Musterurkunde Nr. 557.

64 So die Musterurkunde Nr. 557, Ziff. 4 a.E.

Heinz Hausheer/Roland Pfäffli: Zur Bedeutung des Anwachsungsprinzips bei der einfachen Gesellschaft und der Gütergemeinschaft im Todesfall; zur Tragweite von BGE 119 II 119 ff. für die Grundbuchführung, ZBJV 130 (1994), S. 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. Aufl., Bern 1993

Peter Herzer: Die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen in der Praxis der Kantone, Diss. Zürich 1976 (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft 492)

Eugen Huber: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Bd. I: Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht, 2. Aufl., Bern 1914 (zitiert: E. Huber, Erläuterungen I)

Martin Karrer: in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, Basel und Frankfurt am Main 1998 (zitiert: ZGB-Karrer)

Hans Marti: Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983 (zitiert: Marti)

Hans Marti: Notariatsprozess, Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989 (zitiert: Marti, Notariatsprozess)

Arthur Meier-Hayoz: Berner Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, 1. Abt.: Das Eigentum, 1. Teilbd.: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981; 2. Teilbd.: Das Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, 3. Aufl., Bern 1974

Musterurkunden-Sammlung des Verbandes bernischer Notare, Bern 1981 mit alljährlichen Nachführungen (zitiert: Musterurkunde mit Nummer)

Heinrich Ortenburger: Die Erbbescheinigung nach Art. 559 ZGB in der kantonalen Praxis, Diss. Zürich 1972

Roland Pfäffli: Das Antragsprinzip im Grundbuchrecht unter besonderer Berücksichtigung des Erbgangs, BN 1985, S. 63 ff. (zitiert: Pfäffli, Antragsprinzip)

Roland Pfäffli: Rechtsprechung und ausgewählte Rechtsfragen 1997, BN 1997, S. 145 ff. (zitiert: Pfäffli, Rechtsprechung 1997)

Vito Picenoni: Der Erbvertrag in Theorie und Praxis, ZBGR 48 (1967), S. 257 ff.

Heinz Rey: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. I, Bern 1991 (zitiert: Rey, Sachenrecht I)

Peter Ruf: Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995

Bernhard Schnyder: Die Eröffnung von Testament und Erbvertrag, in: Peter Breitschmid (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, praktische Probleme im Lichte der aktuellen Rechtsentwicklung, Bern und Stuttgart 1991 (St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht 26), S. 101 ff.

Eduard Sommer: Die Erbbescheinigung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich, Wädenswil 1941

Peter Tuor/Vito Picenoni: Berner Kommentar, Bd. III: Das Erbrecht, 2. Abt.: Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 2. Aufl., Bern 1966

Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Zürich 1995

Kurt Wissmann: Das neue Ehegüterrecht, vom altrechtlichen zum neurechtlichen Ehevertrag, ZBGR 67 (1986), S. 321 ff.

Stephan Wolf: Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten, mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Diss. Bern 1996 (ASR 584)