



Schriften INR

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Ausgewählte Aspekte der Erbteilung

Erbrechtstagung des Instituts für Rechtswissenschaft
und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen sowie
des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern vom 19. Mai 2005

Beiträge von
Prof. Dr. Paul Eitel
Dr. Thomas Meyer
Dr. Annette Spycher, LL.M.
Dr. Thomas Weibel, LL.M.
Prof. Dr. Stephan Wolf



Stämpfli Verlag AG Bern · 2005



Stämpfli Verlag AG Bern · 2005

Literaturverzeichnis

- BECK, ALEXANDER, Grundriss der schweizerischen Erbrechts, 2. Aufl., Bern 1976
- BECKER, HERMANN, Berner Kommentar, Bd. VI: Das Obligationenrecht, II. Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, Bern 1934 (zitiert: BK-BECKER)
- DRUEY, JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002
- EBENROTH, CARSTEN THOMAS, Erbrecht, München 1992
- ESCHER, ARNOLD, Zürcher Kommentar, Bd. III: Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben, Art. 457-536 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1959 (zitiert: ZK-ESCHER)
- GUHL, THEO, Gesamthandsverhältnisse und deren grundbuchliche Behandlung, ZBJV LIII (1917), S. 1 ff., S. 49 ff.
- HAUSER, PETER, Der Erbteilungsvertrag, Diss. Zürich 1973
- KUNZ, ROMANO, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Diss. Zürich 1963, Bern 1963 (ASR 355)
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR, 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 (zitiert: BK-MEIER-HAYOZ)
- SCHAUFELBERGER, PETER C., Kommentierung von Art. 602-619, 634-640 ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB; Basel, Genf, München 2003 (zitiert: BSK-SCHAUFELBERGER)
- SIMONIUS, PASCAL/SUTTER, THOMAS, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel 1995
- TUOR, PETER/PICENONI, VITO Berner Kommentar, Bd. III: Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben, Art. 457-536 ZGB, 2. Aufl., Bern 1966 (zitiert: BK-TUOR/PICENONI)
- TUOR, PETER/SCHNYDER, BERNHARD/SCHMID, JÖRG/RUMO-JUNGO, ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002
- VON TUHR, ANDREAS, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914
- WOLF, STEPHAN, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, Habil. Bern 2004 (zitiert: WOLF, Grundfragen)
- WOLF, STEPHAN, Grundstücke in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung, ZBJV 136 (2000), S. 241 ff. (zitiert: WOLF, Grundstücke)

I. Einleitung

Hinterlässt der Erblasser zwei oder mehr Erben, so entsteht unter diesen infolge des Erbanges bis zur Teilung eine Erbengemeinschaft (Art. 602 Abs. 1 ZGB). Das sich von Gesetzes wegen unter mehreren Erben zwingend einstellende Gesamthandsverhältnis dauert vom Ableben des Erblassers bis zur vollständigen Auflösung der Erbengemeinschaft.

Die Erbengemeinschaft ist nun allerdings von bloss vorübergehendem Charakter¹. Sie ist – im Unterschied zu allen anderen Rechtsgemeinschaften – „keine werbende, sondern eine sterbende Gemeinschaft“². Die Erbengemeinschaft ist letztlich nur dazu bestimmt, sich selbst aufzulösen³. Dementsprechend steht auch jedem Miterben individuell ein grundsätzlich jederzeitiger Teilungsanspruch zu (vgl. Art. 604 ZGB). Jeder Miterbe kann also grundsätzlich zu jeder Zeit – und erforderlichenfalls vor dem Richter – die Teilung der Erbschaft verlangen.

Die Erbengemeinschaft kann auf verschiedene Weise durch ein Rechtsgeschäft aufgehoben werden. Nachfolgend sind die verschiedenen Möglichkeiten der Auflösung der Erbengemeinschaft durch Rechtsgeschäft zu behandeln. Im Einzelnen geht es dabei in erster Linie um die *Erbteilung i.e.S.* gemäss Art. 634 ZGB⁴. Darüber hinaus sollen aber auch die weiteren Möglichkeiten der *Erbanteilsabtretung* (Art. 635 ZGB)⁵ und – jedenfalls ansatzweise – der *Umwandlung der Erbengemeinschaft* in eine andere Rechtsgemeinschaft⁶ angesprochen werden.

II. Die Erbteilung i.e.S. gemäss Art. 634 ZGB

1. Vorbemerkung

Die vertragliche Erbteilung gemäss Art. 634 ZGB bildet den *ordentlichen Weg* zur Auflösung der Erbengemeinschaft⁷.

¹ Vgl. BK-TUOR/PICENONI, N. 14 der Vorbemerkungen vor Art. 602 ff. ZGB.

² EBENROTH, § 11 Rz. 719.

³ WOLF, Grundfragen, S. 180, m.w.H.

⁴ II. sogleich.

⁵ III. hienach.

⁶ IV. hienach.

⁷ Vgl. BK-TUOR/PICENONI, N. 6 zu Art. 602 ZGB, wonach die Erbteilung gemäss Art. 634 ZGB der „wichtigste, der normale Beendigungsgrund“ der Erbengemeinschaft ist; siehe ähnlich auch ZK-ESCHER, N. 38 zu Art. 602 ZGB. Zum Ganzen sodann WOLF, Grundfragen, S. 129 und 217.

Der Erbteilung i.e.S. kommt die Funktion zu, sämtliche Nachlassobjekte aus der mit dem Erbgang unter mehreren Erben entstandenen erbengemeinschaftlichen Gesamthandberechtigung zu lösen und je in eine Individualberechtigung der einzelnen Erben überzuführen⁸. Mit dem Abschluss der Erbteilung verlassen die Rechtsverhältnisse grundsätzlich⁹ den vom Erbrecht geregelten Bereich und unterstehen fortan den Bestimmungen des Sachen-, Obligationen- und Immaterialgüterrechts oder des sonstigen Rechts^{10 11}.

2. Rechtsnatur

2.1. Vorbemerkung

Über die Rechtsnatur der eigentlichen Erbteilung i.S.v. Art. 634 ZGB bestanden und bestehen unterschiedliche Konzeptionen. Zur Hauptsache vertreten werden die Auffassung der Erbteilung als *Rechtsübertragung* und diejenige der *Rechtsaufgabe*.

2.2. Die hauptsächlich vertretenen Auffassungen

a. Erbteilung als Rechtsübertragung von der Erbengemeinschaft auf den einzelnen Miterben

Die herkömmliche Auffassung – wie sie insbesondere in den Grosskommentaren und wohl bis heute in der erbrechtlichen Literatur überwiegend vertreten wird – geht davon aus, Erbgang und Erbteilung stellen je einen Rechtsübertragungsvorgang dar; mithin liege eine doppelte Rechtsübertragung vor¹². Die Erbteilung wird also insoweit einem gewöhnlichen Veräusserungsgeschäft – wie es typischerweise zwischen Verkäufer und Käufer abgeschlossen

⁸ Siehe BK-TUOR/PICENONI, N. 1 zu Art. 611 ZGB. Für TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 722, ist die Überführung der Erbschaftswerte in die Alleinberechtigung jedes Erben der „Endzweck“ der Teilung; vgl. auch DRUEY, § 16 NN. 1 ff., wonach durch die Erbteilung der „Kollektivtitel“ zum „Individualtitel“ wird.

⁹ Vorbehalten bleiben die über den Abschluss der Teilung hinauswirkenden Regeln über die Haftung der Miterben unter sich (Art. 637 f. ZGB) und gegenüber Dritten (Art. 639 ZGB).

¹⁰ DRUEY, § 16 N. 3.

¹¹ Zum Ganzen schon WOLF, Grundfragen, S. 217.

¹² Siehe charakteristisch die Formulierung von ZK-ESCHER, N. 36 zu Art. 602 ZGB, wo festgehalten wird, es handle sich bei der Übertragung von Erbschaftsgegenständen auf einen Miterben „um einen *doppelten Eigentumsübergang*. Die dem Miterben bei der definitiven Auseinandersetzung zufallende Sache fällt ihm niemals direkt vom Erblasser zu, das Recht an ihr geht vielmehr durch das Intermedium der Erbengemeinschaft hindurch, welche vorerst Eigentümerin wird und erst hernach ihr Recht wieder aufgibt zugunsten des übernehmenden Miterben“ (Kursivschrift im Original).

wird – gleichgestellt; danach findet anlässlich der Erbteilung eine Übertragung der Rechte von der Erbengemeinschaft auf den einzelnen Miterben statt¹³. „Der Erbteilungsvertrag stellt ein Übertragungsgeschäft von der Erbengemeinschaft auf den einzelnen Erben dar“¹⁴.

b. Erbteilung als Rechtsaufgabe

In Abweichung von der Konstruktion der Erbteilung als einer von der Erbengemeinschaft auf den einzelnen Miterben stattfindenden Rechtsübertragung¹⁵ qualifiziert die neuere, insbesondere sachenrechtliche Lehre den Vorgang als *Rechtsaufgabe*^{16 17}. Im Einzelnen werden dabei zur Konzeption der Rechtsaufgabe wiederum je unterschiedliche Varianten vertreten, auf die hier nicht eingegangen werden kann¹⁸.

2.3. Stellungnahme

a. Grundsätzliches

Der Konzeption der Erbteilung als einer Rechtsaufgabe ist zuzustimmen.

Grundlage der Beurteilung hat dabei die zutreffende neuere *Gesamthandlehre der mehrfachen Rechtszuständigkeit* zu bilden. Nach dieser sind ausschliesslich die einzelnen Gesamthänder Rechtsträger des Gemeinschaftsvermögens¹⁹. Die Gesamthandschaft ist dagegen kein Rechtssubjekt, sondern es sind

¹³ ZK-ESCHER, N. 35 zu Art. 602 ZGB, spricht kurz von einer „Übertragung von Erbschaftsgegenständen“. Siehe auch DERS., N. 19 zu Art. 602 ZGB und N. 3 ff. zu Art. 634 ZGB; BK-TUOR/PICENONI, N. 1 zu Art. 560 ZGB, wonach in der Erbteilung „die Erbschaftsbestandteile von der Gemeinschaft auf die einzelnen Erben übergehen“. Vgl. ebenso BSK-SCHAUFELBERGER, N. 3, 7 und 18 zu Art. 634 ZGB, wo überall von einem Eigentumsübergang die Rede ist.

¹⁴ So prägnant SIMONIUS/SUTTER, § 10 N. 61.

¹⁵ Vgl. I.2.2. soeben.

¹⁶ Siehe für die Schweiz grundlegend KUNZ, S. 127 f., spezifisch für die Erbteilung gefolgt von HAUSER, S. 22 f. Ausführlich dazu WOLF, Grundfragen, S. 277 ff., m.w.H.

¹⁷ Ein unheimliches Bild zur Frage bietet die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Diese geht – ohne dass je eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Thematik stattgefunden hätte – teilweise von einer Rechtsübertragung – so. BGE 86 II 351; 102 II 204; ZBGR 1993, S. 380 f. – und teilweise von einer Rechtsaufgabe – vgl. eher gegen eine Rechtsübertragung, letztlich aber unentschieden BGE 47 II 254 f.; gegen eine Eigentumsübertragung im Sinne von Art. 657 Abs. 1 ZGB BGE 83 II 369 f.; für die Konzeption einer Rechtsaufgabe BGE 95 II 432, wo von einer „Aufgabe von Gesamtrechten“ die Rede ist; für Rechtsaufgabe sodann BGE 116 II 181 – aus.

¹⁸ Siehe dazu Näheres bei WOLF, Grundfragen, S. 281 ff.

¹⁹ WOLF, Grundfragen, S. 289.

das eben die mehreren Gesamthänder. Deshalb wird von mehrfacher Rechtszuständigkeit gesprochen.

Bezogen auf die Erbengemeinschaft heisst das, dass ausschliesslich die einzelnen Miterben die Träger der Nachlassrechte sind. Dagegen kommt der Erbengemeinschaft als solcher nicht die Qualität eines Rechtssubjekts zu.

b. *Im Einzelnen*

Daraus lassen sich die folgenden Schlüsse ableiten:

aa. Bisheriger Gesamthandsberechtigter als künftiger Alleinberechtigter

Nach dem Gesagten ist nicht die Erbengemeinschaft als solche Trägerin der Erbschaftsgegenstände. Vielmehr ist jeder einzelne Erbe aufgrund des Erbanges bereits Subjekt der Rechte des Nachlasses, zwar nicht allein, aber doch mit allen seinen Miterben zusammen (vgl. Art. 560 Abs. 1 und Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB).

Ist aber der einzelne Miterbe schon durch den Erbgang Träger der Rechte des Nachlasses geworden, so kann er nicht anlässlich der Erbteilung das Recht an den ihm zugewiesenen Nachlassgütern nochmals erwerben^{20 21}.

Einer Begründung der Rechtsträgerschaft des einzelnen Erben an den ihm in der Erbteilung zu künftiger Alleinberechtigung überlassenen Erbschaftsobjekten bedarf es auch gar nicht, nachdem diese Trägerschaft eben als gesamthänderische kraft Erbanges schon entstanden ist und somit bereits vorliegt²². Es ist folglich zur Herstellung einer Alleinberechtigung eines Miterben an einem Erbschaftsobjekt ausreichend, wenn sämtliche Miterben mit Ausnahme des darauf angewiesenen ihr *Recht aufgeben*. Der entsprechende Miterbe wird diesfalls von Rechts wegen zum Alleinberechtigten, weshalb es eines Übertragungsgeschäftes nicht bedarf²³.

²⁰ So zutreffend für die Umwandlung von Gesamteigentum in Alleineigentum KUNZ, S. 127. Vgl. allgemein auch bereits VON TUHR II/1, S. 34 f., Anm. 1, wonach ein Recht nur erwerben kann, wer das Recht nicht schon hat.

²¹ Eine Rechtsübertragung läge nur dann vor, wenn ein Recht, das bisher dem Subjekt A gehört hat, nunmehr dem Subjekt B gehörte; vgl. KUNZ, S. 141 f.

²² In dieser vorbestehenden Rechtszuständigkeit aller Erben an den ihnen zu künftiger Alleinberechtigung zuzuweisenden Erbschaftsobjekten unterscheidet sich der Erbteilungsvertrag grundlegend vom Kaufvertrag, bei welchem Eigentum am Vertragsobjekt vom Verkäufer auf den Käufer übertragen und damit für diesen die Rechtszuständigkeit derivativ erst begründet wird.

²³ Zum Ganzen WOLF, Grundfragen, S. 289 f., m.w.H.

bb. Kein Übertragungsgeschäft und überhaupt kein Rechtsgeschäft zwischen Erbengemeinschaft und einzelner Miterben

Eine Rechtsübertragung setzt voraus, dass zwei verschiedene Rechtssubjekte vorhanden sind, nämlich eines, welches das Recht überträgt, und eines, an welches das Recht übertragen wird. Entsprechend geht die Konzeption der Erbteilung als Rechtsübertragung vertretende Auffassung auch von einem zwischen Erbengemeinschaft und einzelner Miterben abzuschliessenden Rechtsgeschäft aus^{24 25}.

Der Ansicht, wonach die Erbteilung ein Übertragungsgeschäft zwischen der Erbengemeinschaft und den einzelnen Erben darstellt, kann nicht gefolgt werden.

Ist die *Erbengemeinschaft* mangels Rechtsfähigkeit *nicht Trägerin der im Nachlass befindlichen Rechte*, können von ihr in der Erbteilung auch keine solchen auf die einzelnen Erben übertragen werden. Die Erbteilung lässt sich deshalb nicht als ein Übertragungsgeschäft verstehen. In Anbetracht der fehlenden Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft zur gesamten Hand kann sie überhaupt nicht als ein zwischen Erbengemeinschaft und einzelnen Erben abzuschliessendes Rechtsgeschäft qualifiziert werden. Vielmehr bildet die Erbteilung ein *Rechtsgeschäft*, das *unter allen Erben als den einzig vorhandenen Rechtssubjekten* vorzunehmen ist²⁶.

cc. Vertrag unter allen Miterben zur Aufhebung der erbengemeinschaftlichen Gesamtberechtigung

An der Erbteilung als Rechtssubjekte beteiligt sind ausschliesslich die einzelnen Erben. Diese treten dabei – anders als bei einem Rechtsgeschäft, das sie alle zusammen mit einem Dritten oder auch einem einzelnen von ihnen abschliessen – je für sich allein, gewissermassen *atomisiert*, auf²⁷.

Demgegenüber behandelt die Vorstellung des Übertragungsgeschäftes von der Erbengemeinschaft bzw. von sämtlichen Erben auf einen einzelnen Erben

²⁴ Vgl. II.2.2. hievov.

²⁵ So explizit GUHL, S. 15: Vertragsparteien sind nicht nur die Miterben als einzelne Gesamthänder, sondern „*der Teilungsvertrag wird juristisch zwischen der Gemeinschaft als Gesamtheit und jedem einzelnen Teilhaber abgeschlossen*“ (Kursivschrift im Original).

²⁶ Ausführlich WOLF, Grundfragen, S. 290 ff.

²⁷ Die Erbteilung ist somit ein Rechtsgeschäft unter sämtlichen Miterben A, B und C, nicht aber ein Rechtsgeschäft zwischen den gemeinschaftlich handelnden Erben A, B sowie C einerseits und einem Dritten bzw. A, B oder C allein andererseits.

die Erbteilung als gewöhnliche Handänderung²⁸. Damit aber werden die zwischen einem allgemeinen Rechtsgeschäft, beispielsweise einem Kauf- oder Schenkungsvertrag, wie er zwischen allen Erben und einem Dritten oder auch zwischen allen Erben und einem unter ihnen möglich ist, und der Teilung als einem besonderen Vertrag zur *Aufhebung* der erbengemeinschaftlichen Gesamtberechtigung bestehenden Unterschiede übersehen²⁹.

c. Zusammenfassung

Die Erbteilung stellt ein unter allen Erben abzuschliessendes Rechtsgeschäft zur Aufhebung der erbengemeinschaftlichen Gesamtberechtigung dar. Die dabei stattfindende Herstellung der Alleinberechtigung jedes Miterben erfolgt dadurch, dass hinsichtlich der je einem einzelnen Erben zugewiesenen Erbschaftsobjekte jeweils alle anderen Miterben ihre Berechtigung aufgeben. Im Ergebnis ist damit der Erbteilungsvorgang als *Rechtsaufgabe* zu qualifizieren³⁰.

²⁸ Siehe dazu auch die Kritik von KUNZ, S. 127.

²⁹ Zum Ganzen WOLF, Grundfragen, S. 292 f.

³⁰ WOLF, Grundfragen, S. 293.

2.4. Ergebnisse

a. Erbteilung als Rechtsaufgabe und Herstellung einer Alleinberechtigung

Der anlässlich der Erbteilung stattfindende Vorgang ist als *Rechtsaufgabe* zu qualifizieren. Die Erbteilung stellt deshalb keine Veräusserung i.e.S. dar. Als Geschäft zur Aufhebung der erbengemeinschaftlichen Gesamtberechtigung gehört sie lediglich zu den Veräusserungen i.w.S.³¹.

Wenn in der Erbteilung keine Rechte übertragen werden, dann liegt im Verhältnis zwischen den ihr Recht aufgebenden Miterben und dem für ein bestimmtes Erbschaftsobjekt als künftiger Alleinberechtigter vorgesehenen einzelnen Erben kein Rechtserwerb und damit auch keine Rechtsnachfolge oder Sukzession vor. Wohl folgt in zeitlicher Hinsicht tatsächlich auf die erbengemeinschaftliche Berechtigung eine Individualberechtigung der Erben nach. Aber dieser Ablösung der gemeinschaftlichen Berechtigung aller Erben am gesamten Nachlassvermögen durch eine jeweilige alleinige Berechtigung je eines Erben an bestimmten Erbschaftsobjekten liegt eben die Aufgabe von Rechten zugrunde und nicht die Übertragung bzw. der Erwerb von solchen³². Die Erbteilung ist somit *causa* nicht für einen Rechtserwerb, sondern vielmehr *für die Herstellung einer Alleinberechtigung*³³.

b. Erbteilung als einzelrechtsbezogenes Rechtsgeschäft

Die Erbteilung i.S.v. Art. 634 ZGB führt zur Aufhebung der am ganzen Nachlass bestehenden erbengemeinschaftlichen Berechtigung und zu deren Ersetzung durch je eine Alleinberechtigung eines Erben an jedem einzelnen Erbschaftsgegenstand. Objekt der Erbteilung ist demnach *jedes im Nachlass befindliche, einzeln spezifizierte Recht*³⁴.

³¹ Vgl. auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 727, für welche die Erbteilung „einer Veräusserung ähnlich ist“.

³² Vgl. Fn. 20.

³³ WOLF, Grundfragen, S. 331.

³⁴ WOLF, Grundfragen, S. 331.

3. Praktische Konsequenzen der Konzeption der Erbteilung als einzelrechtsbezogene Aufgabe von Rechten³⁵

3.1. Einleitende Bemerkung

Aus der Qualifikation der Erbteilung als einer auf jedes einzelne Nachlassobjekt Bezug nehmenden Rechtsaufgabe ergeben sich praktische Konsequenzen. Diese bestehen einerseits im Entfallen der mit einer Rechtsübertragung verbundenen Folgen³⁶ und andererseits im Erfordernis der spezifizierten Verfügung für jedes einzelne Nachlassobjekt³⁷.

3.2. Entfallen der mit einer Rechtsübertragung verbundenen Folgen

a. Vorbemerkung

Stellt die Erbteilung keine Rechtsübertragung dar, so müssen alle mit einer solchen verbundenen Konsequenzen entfallen. Der Gesetzgeber behandelt denn die Erbteilung – richtigerweise – in verschiedener Hinsicht auch ausdrücklich anders als eine Rechtsübertragung³⁸.

b. Keine Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Rechten

Weil keine Übertragung von Rechten vorliegt, ist es ausgeschlossen, dass der einzelne Miterbe an den ihm in der Erbteilung zugewiesenen Sachen kraft guten Glaubens Eigentum erwerben kann³⁹. Denn Rechtsbegründung durch guten Glauben setzt eine Übertragung bzw. einen Erwerb des Eigentums voraus (vgl. Art. 714 Abs. 2 ZGB und Art. 933 ZGB für Mobilien, Art. 973 ZGB für Immobilien). Dieses Erfordernis fehlt, wenn die Erbteilung nicht als

³⁵ Zum Folgenden insgesamt schon WOLF, Grundfragen, S. 332 ff.

³⁶ II.3.2. sogleich.

³⁷ II.3.3. hienach.

³⁸ Wer die Erbteilung als Rechtsübertragung qualifiziert, sieht sich diesbezüglich einzuräumen veranlasst, dass der „Rechtsübergang“ auf die Erben doch verschiedentlich als Vorgang behandelt wird, „der die Rechtsfolgen von Veräußerungen nicht auslöst“; vgl. so DRUEY, § 16 N. 26 i.i. Wird die Erbteilung demgegenüber wie hier als Rechtsaufgabe verstanden, so ist es die logische Konsequenz, dass ihr die Folgen einer Übertragung bzw. Veräußerung i.e.S. nicht zukommen.

³⁹ So aber ZK-ESCHER, N. 4 zu Art. 637 ZGB, der aus der von ihm vertretenen Konzeption der Erbteilung als Eigentumsübertragung konsequenterweise schliesst, dass der gute Glaube des Erben bei Übernahme der Sache bewirkt, dass „auch Rechte, die der Erbengemeinschaft nicht zustanden, beim Käufer (sic!) zur Entstehung kommen“ (Klammerbemerkung durch den Verfasser). Wie hier gegen die Möglichkeit der Berufung des Erben auf seinen guten Glauben BK-BECKER, N. 6 zu Art. 192 OR, und BECK, S. 176, welcher dafür hält, die Frage, ob gutgläubiger Erwerb beim Teilungsgeschäft stattfinden könne, sei „wohl zu verneinen“.

Rechtsübertragung und -erwerb, sondern als Rechtsaufgabe zu qualifizieren ist⁴⁰.

c. Kein Vorliegen eines Vorkaufsfalls

Weil die Erbteilung eine Rechtsaufgabe und damit keine Veräußerung i.e.S. darstellt, bildet sie keinen Vorkaufsfall. Der Ausschluss der „Zuweisung an einen Erben in der Erbteilung“ von den Vorkaufsfällen in Art. 216c Abs. 2 OR erweist sich somit ebenfalls unter dogmatischen Überlegungen als zutreffend, wenn auch im Grunde als überflüssig.

d. Besondere Gewährleistungsregeln (Art. 637 ZGB)

Weil die Erbteilung kein Rechtsübertragungsgeschäft darstellt, sind für sie eigene Gewährleistungsregeln vorzusehen. Zu Recht stellt der Gesetzgeber in Art. 637 ZGB besondere Regeln der Gewährleistung unter Miterben auf. Die Regelung fällt teilweise strenger aus als jene des Kaufvertrages (vgl. Art. 192 ff. OR, Art. 197 ff. OR und Art. 171 OR) als typischem Übertragungsgeschäft. Zutreffenderweise spricht Art. 637 Abs. 1 ZGB auch davon, dass die Miterben einander für Erbschaftssachen „wie“ – und nicht etwa als – Käufer und Verkäufer haften; Miterben sind in Anbetracht der unterschiedlichen Rechtsvorgänge, wie sie einem Kaufvertrag einerseits und einer Erbteilung andererseits zugrundeliegen, nicht als Käufer bzw. Verkäufer zu betrachten, sondern nur so zu behandeln, wie wenn sie es wären.

e. Art. 634 ZGB keine *lex specialis* zu Art. 657 Abs. 1 ZGB

Die für die Erbteilung die Formen der Realteilung und des schriftlichen Teilungsvertrages vorsehenden Vorschriften des Art. 634 Abs. 1 bzw. Abs. 2 ZGB stellen im Verhältnis zu der für den Vertrag auf Eigentumsübertragung an Grundstücken die öffentliche Beurkundung verlangenden Norm des Art. 657 Abs. 1 ZGB keine *lex specialis* dar⁴¹. Vielmehr sind Art. 634 Abs. 1 bzw. Abs. 2 ZGB und Art. 657 Abs. 1 ZGB Bestimmungen, die grundlegend unterschiedliche Vorgänge – Rechtsaufgabe zur Auflösung einer bisher gemeinschaftlichen Berechtigung einerseits und Rechtsübertragung andererseits – regeln. Sie stehen insofern je selbständig nebeneinander.

⁴⁰ WOLF, Grundfragen, S. 332 f.; a.M., nämlich für die Möglichkeit des gutgläubigen Rechtserwerbs, ZK-ESCHER, N. 4 zu Art. 637 ZGB.

⁴¹ So aber jedenfalls implizit ESCHER, N. 5 zu Art. 634 ZGB sowie N. 12 zu Art. 634 ZGB. In diesem Sinne auch BK-TUOR/PICENONI, N. 11 zu Art. 634 ZGB und N. 20 zu Art. 634 ZGB, wo Art. 634 Abs. 2 ZGB als „eine Ausnahme von Art. 657“ bezeichnet wird. Siehe ebenso DRUEY, § 16 N. 25, der Art. 634 Abs. 2 ZGB als Abweichung von Art. 216 OR betrachtet.

f. Beschränkte Vinkulierbarkeit von Namenaktien

Im Aktienrecht erweist sich die Vinkulierung nicht börsenkotierter Namenaktien anlässlich der Erbteilung – anders als allgemein bei der Veräusserung (vgl. Art. 685b Abs. 1 OR) – nur dann als wirksam, wenn die Gesellschaft dem angewiesenen Miterben die Übernahme der Aktien zum effektiven Wert anbietet (Art. 685b Abs. 4 OR). Bei börsenkotierten Namenaktien ist – ebenfalls im Unterschied zu einem Erwerbsvorgang (vgl. Art. 685d Abs. 1 OR) – eine Ablehnung des aufgrund der Erbteilung auf die Aktien angewiesenen Miterben überhaupt ausgeschlossen (Art. 685d Abs. 3 OR)⁴².

3.3. Verfügung über jedes einzelne Erbschaftsobjekt

Die Erbteilung führt die Aufhebung der gemeinschaftlichen Berechtigung und deren Ersetzung durch eine Alleinberechtigung je eines Erben an jedem einzelnen Nachlassobjekt herbei. Gegenstand der Erbteilung ist demnach jede einzeln zu spezifizierende Erbschaftssache. Zur Bewirkung der Rechtsaufgabe bedarf es deshalb auch für jedes individualisierte Erbschaftsobjekt einer Verfügung. Das Spezialitätsprinzip findet uneingeschränkt Anwendung⁴³.

⁴² Vgl. dazu DRUEY, § 16 N. 26.

⁴³ Unter diesem Gesichtspunkt besteht zwischen den Konzeptionen der Erbteilung als Rechtsübertragung und als Rechtsaufgabe kein Unterschied, da die jeweils erforderliche Verfügungshandlung dieselbe ist, unabhängig davon, ob sie eine Übertragung oder eine Rechtsaufgabe enthält.

4. Der rechtsgeschäftliche Abschluss der Erbteilung

4.1. Grundsatz der freien Erbteilung

In der konkreten Ausgestaltung der Erbteilung sind die Erben gemäss Art. 607 Abs. 2 ZGB grundsätzlich frei⁴⁴. Im allseitigen Einverständnis können sie beliebig bestimmen, welchem Erben was auf Anrechnung seiner erbrechtlichen Ansprüche zugewiesen werden soll. Allerdings sind unter Umständen gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Teilungsvorschriften zu beachten⁴⁵.

4.2. Abschluss der Erbteilung durch Rechtsgeschäft⁴⁶

a. Vorbemerkung

Für den Abschluss der rechtsgeschäftlichen Erbteilung stellt Art. 634 ZGB die zwei Möglichkeiten der *Realteilung* und des *schriftlichen Teilungsvertrages* zur Verfügung⁴⁷. Beide Teilungsmodi sind gleichwertig.

b. Realteilung

Realteilung als Teilung von Hand zu Hand bedeutet Zusammenfallen von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft. Demgemäss besteht eine dem Verfügungsgeschäft vorangehende obligatorische Bindung nicht. Bindungswirkung tritt vielmehr erst mit Entgegennahme der Erbschaftssachen durch die einzelnen Erben ein (vgl. Art. 634 Abs. 1 ZGB). Für die „Entgegennahme“ erforderlich ist die Vornahme der für jedes Nachlassobjekt nach Sachen- oder Obligationenrecht verlangten Verfügungshandlung. Realteilung kann daher umschrieben werden als *tatsächlich vollzogene Teilung*⁴⁸.

c. Schriftlicher Teilungsvertrag

Anders als bei der Realteilung existiert beim schriftlichen Teilungsvertrag ein Verpflichtungsgeschäft bereits vor der Verfügung. Bindungswirkung tritt mit Unterzeichnung des Teilungsvertrages durch alle Erben ein. Der Teilungsvertrag bedarf der Schriftform, welche auch dann ausreichend ist, wenn im Teilungsvertrag Grundstücke zugewiesen oder andere dingliche Rechte an sol-

⁴⁴ Vorbehalten bleiben etwa Zerstückelungsverbote für Grundstücke, wie sie insbesondere im Bäuerlichen Bodenrecht bestehen. Siehe zum Grundsatz der freien Erbteilung TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 675 f.

⁴⁵ Siehe dazu auch WOLF, Grundstücke, S. 278 f., mit Hinweisen auf Teilungsvorschriften insbesondere in Bezug auf Immobilien S. 279 ff.

⁴⁶ Zum Folgenden WOLF, Grundstücke, S. 281 ff.

⁴⁷ Vgl. auch DRUEY, § 16 N. 18 ff.

⁴⁸ ZK-ESCHER, N. 3 f. zu Art. 634 ZGB; BK-TUOR/PICENONI, N. 5 f. zu Art. 634 ZGB.

chen begründet werden⁴⁹. Die schriftliche Teilungsvereinbarung begründet die *obligatorische Verpflichtung* der Parteien, die zum Vollzug der Auseinandersetzung erforderlichen Handlungen nachfolgen zu lassen⁵⁰. Die Erfüllung der Verpflichtung erfolgt durch Vornahme der erforderlichen Verfügungshandlungen über die einzelnen Nachlassobjekte.

⁴⁹ BGE 118 II 397. Vgl. auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 722 f.

⁵⁰ ESCHER, N. 8 zu Art. 634 ZGB; BK-TUOR/PICENONI, N. 15 zu Art. 634 ZGB; BSK-SCHAUFELBERGER, N. 32 zu Art. 634 ZGB.

III. Die Erbanteilsabtretung gemäss Art. 635 ZGB⁵¹

1. Einleitung

Neben der im Vordergrund stehenden *Erbteilung i.e.S.* (Art. 634 ZGB) als gewissermassen ordentliche Art der Auflösung der Erbengemeinschaft erweist sich auch die *Abtretung der Erbanteile* (Art. 635 ZGB) als von erheblicher praktischer Bedeutung, und zwar insbesondere diejenige unter Miterben (Art. 635 Abs. 1 ZGB).

2. Normzweck des Art. 635 ZGB: Korrektiv zur Erbengemeinschaft als gesamthänderische Zwangsgemeinschaft

Während bestehender Erbengemeinschaft kann der einzelne Miterbe nicht allein über die im Nachlass befindlichen Objekte verfügen. Vielmehr kommt die Verfügungsmacht über Erbschaftsgegenstände kraft des Gesamthandprinzips ausschliesslich allen Miterben zusammen zu (Art. 602 Abs. 2 ZGB).

Eine solche allseitige Verfügung ist insbesondere auch erforderlich, damit eine Erbteilung i.e.S. gemäss Art. 634 ZGB zum Abschluss gebracht werden kann⁵².

Können sich nicht sämtliche Erben über die Vornahme der Erbteilung im Sinne von Art. 634 ZGB einigen, droht die Gefahr, dass jemand als Miterbe zwar Millionär ist, aber doch mangels einer Möglichkeit, sein in der Gesamthandschaft gebundenes Erbe individuell liquid zu machen, verhungern könnte⁵³.

Art. 635 ZGB will solches verhindern. Die Bestimmung gestattet es dem einzelnen Miterben, bereits während bestehender Erbengemeinschaft selbständig den ihm angefallenen Erbanteil abzutreten; sie stellt insofern ein *Korrektiv zur Erbengemeinschaft als Zwangsgemeinschaft* dar⁵⁴.

⁵¹ Vgl. zur Erbanteilsabtretung ausführlich WOLF, Grundfragen, S. 136 ff.

⁵² Siehe auch II.3.3. hievore.

⁵³ ZK-ESCHER, N. 1 zu Art. 635 ZGB; BK-TUOR/PICENONI, N. 2 zu Art. 635 ZGB; BSK-SCHAUFELBERGER, N. 2 zu Art. 635 ZGB.

⁵⁴ Zum Ganzen: ZK-ESCHER, N. 1 zu Art. 635 ZGB; BK-TUOR/PICENONI, NN. 1 f. zu Art. 635 ZGB; WOLF, Grundfragen, S. 160 f.

3. Die verschiedenen Möglichkeiten der Erbanteilsabtretung

3.1. Übersicht

Art. 635 ZGB sieht zwei Möglichkeiten des Vertrages über angefallene Erbteile vor: Einerseits einen solchen unter *Miterben* (Art. 635 Abs. 1 ZGB) und andererseits einen solchen zwischen einem Erben und einem *Dritten* (Art. 635 Abs. 2 ZGB).

Innerhalb der Abtretung des Erbanteils unter Miterben (Art. 635 Abs. 1 ZGB) bestehen sodann die beiden Varianten der *Zession des Liquidationsergebnisses* und der Abtretung des *Erbanteils im umfassenden Sinne*⁵⁵.

3.2. Die Möglichkeiten im Einzelnen

a. Erbanteilsabtretung an Dritte (Art. 635 Abs. 2 ZGB)

Die Abtretung eines Erbanteils verleiht dem Dritterwerber kein Recht auf Mitwirkung bei der Teilung (Art. 635 Abs. 2 ZGB). Vielmehr hat der Dritte bloss Anspruch auf den Anteil, der dem Erben aus der Teilung zugewiesen wird.

Gegenstand der Abtretung des Erbanteils an einen Dritten kann somit nur das anlässlich der Erbteilung auf den Zedenten entfallende Ergebnis sein⁵⁶. Mit der Abtretung wird ein *obligatorisches Recht* des Zessionars darauf begründet, dass ihm der veräussernde Miterbe die Objekte, die diesem anlässlich der Erbteilung zugewiesen werden, überträgt⁵⁷.

Die Berechtigung des Dritten erweist sich als *suspensiv bedingt*. Sie entsteht erst künftig und nur unter der – nicht von vornherein als mit Sicherheit eintretend feststehenden – Voraussetzung, dass dem Abtreter überhaupt etwas aus der Erbteilung zufällt⁵⁸.

Der seinen Erbanteil an einen Dritten Abtretende verbleibt als Miterbe Subjekt der Erbengemeinschaft⁵⁹. Die Abtretung eines Erbanteils gemäss Art. 635

⁵⁵ WOLF, Grundfragen, S. 136.

⁵⁶ BGE 84 II 367.

⁵⁷ BGE 87 II 224; 101 II 52 f.; ZK-ESCHER, N. 19 zu Art. 635 ZGB; BK-TUOR/PICENONI, N. 23 zu Art. 635 ZGB. Siehe zum Ganzen auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 724.

⁵⁸ BK-TUOR/PICENONI, N. 24 zu Art. 635 ZGB; WOLF, Grundfragen, S. 137.

⁵⁹ ZK-ESCHER, N. 19 zu Art. 635 ZGB; BSK-SCHAUFELBERGER, N. 16 zu Art. 635 ZGB.

Abs. 2 ZGB hat somit nicht die Wirkung einer subjektiv partiellen Erbteilung und führt in objektiver Hinsicht nicht zu einer Liquidation von Nachlassgegenständen. Sie bildet deshalb keinen Fall der Auflösung der Erbengemeinschaft⁶⁰.

b. Abtretung des Erbanteils im Sinne des Liquidationsergebnisses unter Miterben

Eine Abtretung des Erbanteils im Sinne des Liquidationsergebnisses bzw. des Auseinandersetzungsguthabens kann auch unter Miterben stattfinden. Diese Variante der Erbanteilsabtretung äussert dieselben *obligatorischen Rechtswirkungen*, wie sie der Abtretung an Dritte gemäss Art. 635 Abs. 2 ZGB⁶¹ eigen sind⁶². Der abtretende Miterbe scheidet nicht aus der Erbengemeinschaft aus und es findet keine Liquidation von Nachlassobjekten statt, so dass kein Auflösungsverfahren vorliegt.

c. Abtretung des Erbanteils mit dinglicher Wirkung unter Miterben

Die mit dinglicher Wirkung erfolgende Abtretung des umfassenden Erbanteils an einen Miterben ist unter den insgesamt drei Möglichkeiten von besonderem Interesse, denn nur sie stellt einen *Erbteilungsvorgang i.w.S.* dar⁶³. Die hier in Frage stehende Variante allein kann nämlich – im Gegensatz zur bloss obligatorischen Abtretung des Liquidationsergebnisses an einen Miterben oder einen Dritten – das Ausscheiden des veräussernden Miterben aus der Erbengemeinschaft herbeiführen⁶⁴.

Nach langen Kontroversen ist nunmehr in Rechtsprechung⁶⁵ und Lehre⁶⁶ richtigerweise anerkannt, dass der Erbanteil mit dinglicher Wirkung sowohl an *sämtliche* oder *den einzigen* als auch an *einzelne* oder gar bloss an *einen einzigen* von mehreren *Miterben* abgetreten werden kann⁶⁷. Auf diese Variante ist nun⁶⁸ näher einzugehen.

⁶⁰ WOLF, Grundfragen, S. 137 f.

⁶¹ Siehe dazu III.3.2.a. soeben.

⁶² BK-TUOR/PICENONI, N. 20a zu Art. 635 ZGB; ZK-ESCHER, N. 15 zu Art. 635 ZGB.

⁶³ Von einem Teilungsvorgang im weiteren Sinne ist in Abgrenzung zur Erbteilung i.e.S. gemäss Art. 634 ZGB zu sprechen.

⁶⁴ WOLF, Grundfragen, S. 138 f.

⁶⁵ BGE 102 Ib 322 ff., 326. Vgl. auch BGE 118 II 519.

⁶⁶ ZK-ESCHER, NN. 9 ff. zu Art. 635 ZGB; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 725.

⁶⁷ WOLF, Grundfragen, S. 139, m.w.H.

⁶⁸ III.4. sogleich.

4. Insbesondere die Erbanteilsabtretung unter Miterben mit dinglicher Wirkung

4.1. Rechtsgrund der Abtretung

Soll die Erbanteilsabtretung i.S.v. Art. 635 ZGB dem einzelnen Erben die Realisierung des Wertes seiner Erbenposition ermöglichen, so wird sie gegen Entgelt erfolgen müssen. Dementsprechend wird in der Regel ein Kauf den Rechtsgrund zur Abtretung des Erbanteils unter Miterben bilden. In Frage kommen aber auch Tausch, Schenkung oder Hingabe an Zahlungsstatt⁶⁹.

4.2. Objekt

a. Ganzer Erbanteil

Gegenstand der Erbanteilsabtretung unter Miterben ist in der Regel der ganze Erbanteil im umfassenden Sinne. An den oder die Miterben abgetreten wird „das gesamte Erbrecht“⁷⁰, d.h. die Position des Ausscheidenden in der Erbengemeinschaft⁷¹.

Abtretungsobjekt ist somit der Anteil des Miterben im Sinne seiner gesamthänderischen Berechtigung am Nachlass im Ganzen⁷², d.h. ein einziges Recht – nämlich eben der Erbanteil insgesamt –, und es sind das nicht – wie bei der eigentlichen Erbteilung i.S.v. Art. 634 ZGB⁷³ – die sämtlichen einzelnen, das Nachlassvermögen ausmachenden Rechte.

Deshalb wird bei der Erbanteilsabtretung auch nicht eine Verfügung über einzelne Objekte des Nachlasses – wie beispielsweise über das Eigentum an Erbschaftsgrundstücken oder -mobilen – vorgenommen. Verfügt wird vielmehr ausschliesslich über den Anteil als solchen⁷⁴. Die Vornahme der Verfügung über den Anteil bewirkt dabei hinsichtlich sämtlicher im Nachlass befindlicher einzelner Rechte eine Anwachsung zugunsten des oder der erbantheilserwerbenden Miterben⁷⁵.

⁶⁹ BK-TUOR/PICENONI, N. 6 zu Art. 635 ZGB; vgl. auch ZK-ESCHER, N. 3 zu Art. 635 ZGB.

⁷⁰ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 725.

⁷¹ Zu beachten ist allerdings, dass der erbanteilsabtretende Miterbe – anders als bei der Ausschlagung (Art. 566 ff. ZGB) – mit seinem Ausscheiden nicht zugleich auch sofort von seiner Schuldenhaftung als Erbe befreit wird. Vgl. WOLF, Grundfragen, S. 142 f., m.w.H.

⁷² Vgl. ZK-ESCHER, N. 7 zu Art. 635 ZGB.

⁷³ Dazu II., insbesondere II.3.3., hievov.

⁷⁴ WOLF, Grundfragen, S. 143. Zur Anwachsung siehe III.4.4.c. hienach.

⁷⁵ Zur Anwachsung siehe III.4.4.c. hienach.

b. Bruchteil des Erbanteils

Statt des ganzen Erbanteils im umfassenden Sinne kann auch bloss ein Bruchteil desselben unter Miterben abgetreten werden. Die Zulässigkeit einer solchen nur partiellen dinglichen Abtretung des Erbanteils ist m.E. aus dogmatischen Überlegungen zu *bejahen*⁷⁶.

Aus praktischer Sicht kann durchaus ein *Bedürfnis* nach einer nur teilweisen Erbanteilsabtretung bestehen. So ist denkbar, dass zur Herstellung der von einem Miterben benötigten Liquidität die Abtretung bloss eines Teils seines Erbanteils ausreicht, andererseits der erwerbende Miterbe sich nicht nur mit der weniger sicheren obligatorischen Abtretung des Liquidationsergebnisses begnügen will, während schliesslich wiederum der veräussernde Miterbe am Nachlass weiterhin, wenn auch in reduziertem Umfang, dinglich berechtigt bleiben möchte, weil er – z.B. angesichts zu seinen Gunsten bestehender Teilungsvorschriften – ein Interesse daran hat, an der Teilung mitzuwirken⁷⁷.

4.3. Formen

a. Verpflichtungsgeschäft

Gemäss Art. 635 Abs. 1 ZGB bedürfen Verträge unter den Miterben über die Abtretung von Erbanteilen „zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form“. Die Vorschrift betrifft das Verpflichtungsgeschäft⁷⁸ und nicht die Verfügung⁷⁹. Schriftform ist dabei immer ausreichend, unabhängig davon, woraus sich das Nachlassvermögen im Einzelnen zusammensetzt, mithin auch dann, wenn Grundstücke vorhanden sein sollten⁸⁰.

b. Verfügungsgeschäft

Das ZGB selbst äussert sich nicht zur Form des Verfügungsgeschäftes bei der Erbanteilsabtretung. In der Literatur wird die Frage im Allgemeinen nicht näher behandelt, sondern es wird bloss kurz darauf hingewiesen, dem Abtretungsvertrag komme dingliche Wirkung zu⁸¹ bzw. die Rechtsänderung werde

⁷⁶ Siehe zur Begründung WOLF, Grundfragen, S. 143 ff.

⁷⁷ WOLF, Grundfragen, S. 145 f.

⁷⁸ Siehe zu den möglichen Verpflichtungsgründen der Erbanteilsabtretung III.4.1. hievov.

⁷⁹ WOLF, Grundfragen, S. 147, mit Hinweisen.

⁸⁰ BGE 99 II 26 f.; 101 II 233.

⁸¹ So ZK-ESCHER, NN. 3 und 9 ff. zu Art. 635 ZGB sowie N. 28 zu Art. 635 ZGB, wonach der Abtretungsvertrag den Erbspruch „überträgt“; BK-TUOR/PICENONI, NN. 16 und 19 ff. zu Art. 635 ZGB; HAUSER, S. 42. BK-TUOR/PICENONI, N. 20c zu Art. 635 ZGB, und HAUSER, S. 42, sprechen statt von dinglicher auch von „erbrechtlicher“ Wirkung und verlangen desgleichen keine Verfügung, womit sie im Ergebnis dem Vertrag ebenfalls absolut-unmittelbare Wirkung verleihen.

durch das Konsensprinzip herbeigeführt⁸². Damit erübrige sich eine Verfügung, und folglich könne sich auch die Frage nach deren Form gar nicht stellen.

Diese Auffassung ist abzulehnen. Stattdessen ist am *Erfordernis der Verfügung* festzuhalten. Allgemein sind Verträge nämlich Verpflichtungsgeschäfte, welchen als solchen keine dingliche Wirkung zukommt. Vielmehr verlangt das auf dem Boden des Publizitätsprinzipes stehende schweizerische Recht zur Herbeiführung von Veränderungen im Bestand subjektiver Rechte unter Lebenden generell eine Verfügung.

Dieser allgemeinen Regel entsprechend ist auch die Erbanteilsabtretung durch ein Verfügungsgeschäft zu vollziehen. Dafür ist, weil Gegenstand der Verfügung nicht eine Nachlasssache, sondern der Erbanteil als ein Recht darstellt⁸³, eine *Zession* erforderlich. Die Verfügung zur Abtretung des Erbanteils bedarf somit gemäss Art. 165 Abs. 1 OR der *Schriftform*⁸⁴. Diese ist generell, mithin unabhängig davon, was sich im Nachlass befindet, ausreichend⁸⁵.

4.4. Zur Rechtsnatur

a. Einleitende Bemerkung

Zur Klärung der Rechtsnatur ist zweierlei zu unterscheiden: Einerseits die Frage, was mit dem Erbanteil, der abgetreten wird, geschieht⁸⁶, und andererseits die Frage, was sich aus der Abtretung für die einzelnen Rechte, die sich im Nachlass befinden, für Folgen ergeben⁸⁷.

b. Erwerb des Erbanteils in Einzelnachfolge

Objekt der Erbanteilsabtretung ist der Erbanteil als solcher. Dementsprechend findet ausschliesslich eine Verfügung über den Erbanteil als Gesamthandanteil statt⁸⁸. Eine zusätzliche Verfügung über die einzelnen Rechte des Nach-

⁸² Siehe so für die Abtretung des Gesamthandsanteils allgemein KUNZ, S. 150, und HAUSER, S. 34.

⁸³ Vgl. III.4.3.a. hievor.

⁸⁴ Im Grunde müssten demnach für die Abtretung des Erbanteils sowohl aufgrund von Art. 635 Abs. 1 ZGB ein schriftliches Verpflichtungsgeschäft als auch in Anbetracht von Art. 165 Abs. 1 OR eine schriftliche Verfügung vorliegen. Praktisch werden die beiden Rechtsgeschäfte allerdings häufig zusammenfallen; sind sie in einer einzigen Urkunde enthalten, so genügt es, wenn darin auch der Verfügungswille des Zedenten enthalten ist.

⁸⁵ Zum Ganzen WOLF, Grundfragen, S. 148 f., m.w.H.

⁸⁶ Dazu III.4.4.b. sogleich.

⁸⁷ Dazu III.4.4.c. hienach.

⁸⁸ Vgl. schon III.4.2.a. hievor.

lasses ist dagegen nicht erforderlich, denn die Verfügung über den Erbanteil als solchen bewirkt, dass der veräussernde Miterbe aus der Erbengemeinschaft ausscheidet und damit ipso iure auch seine Gesamthandberechtigung an sämtlichen Objekten des ganzen Nachlassvermögens verliert⁸⁹.

Der Erbanteil wird vom Zedenten als spezifiziertes Objekt mittels einer Verfügung in der für die Abtretung von Rechten allgemein vorgesehenen Form der Schriftlichkeit (Art. 165 Abs. 1 OR) an einen Miterben übertragen. Der Erbanteil geht mit der Abtretung derivativ in Einzelnachfolge vom Erbanteilsabtreter auf den Erbanteilsnehmer über. Der Gesamthandsanteil ist also in diesem Fall ein verfügbares Objekt. Es handelt sich um einen *Erwerbsvorgang in Singularsukzession*⁹⁰.

c. Anwachsung sämtlicher einzelner Nachlassrechte

Mit der Abtretung des Erbanteils wächst die sich auf sämtliche Objekte des Nachlassvermögens beziehende Gesamthandberechtigung des Zedenten dem oder den erbanteilsnehmenden Miterben ipso iure und uno actu an. Der Vornahme der besonderen Verfügungshandlungen über die einzelnen, die Erbschaft ausmachenden Rechte – Eintragung im Grundbuch, Tradition bzw. Traditionssurrogate, Zession, Indossament, gegebenenfalls Registrierung bei Immaterialgüterrechten – bedarf es nicht. Es liegt kein Übergang der einzelnen, das Gemeinschaftsvermögen ausmachenden Rechte in Singularsukzession vor, sondern der Vorgang stellt eine *Anwachsung* (Akkreszenz) dar⁹¹.

d. Zusammenfassung

Bei der Erbanteilsabtretung unter Miterben liegt ein *Erwerbsvorgang* einzig mit Blick auf den *Erbanteil* als solchen vor. Diesen erwirbt der Zessionar vom Zedenten als Rechtsnachfolger in Singularsukzession.

Hinsichtlich der an den Erbanteil geknüpften *einzelnen Rechte des Nachlasses* dagegen findet nicht ein Erwerb, sondern eine bloss quotenmässige Vergrösserung, eben eine *Anwachsung* (Akkreszenz), der bereits vorbestehenden Berechtigung des Zessionars statt.

⁸⁹ Wird nur ein Bruchteil des Erbanteils abgetreten, so scheidet allerdings der zedierende Miterbe nicht aus der Erbengemeinschaft aus, aber es kommt ebenfalls mit unmittelbarer Wirkung zu einer Verschiebung in den Gesamthandsquoten, welche hinsichtlich der Positionen des Abtreters und des Erwerbers eine Abwachsung bzw. Anwachsung zur Folge hat.

⁹⁰ WOLF, Grundfragen, S. 152 f.

⁹¹ HAUSER, S. 37 und 41; WOLF, Grundfragen, S. 153 f., m.w.H.

IV. Umwandlung der Erbengemeinschaft (Hinweise)

1. Allgemeines

Die Erbengemeinschaft kann auch durch Umwandlung in eine andere Rechtsgemeinschaft – d.h. in eine andere Gemeinschaft zur gesamten Hand, insbesondere eine einfache Gesellschaft, oder in ein Miteigentumsverhältnis⁹² – aufgelöst werden.

Die Auflösung der Erbengemeinschaft führt diesfalls nicht – wie bei der Erbteilung i.e.S. gemäss Art. 634 ZGB – zur Herstellung einer Alleinberechtigung jedes Erben an seiner Erbquote entsprechenden Erbschaftsgegenständen. Vielmehr bleibt an den Objekten des Nachlasses weiterhin eine gemeinschaftliche Berechtigung bestehen. Wird auf solche Weise die an den Nachlassgegenständen existierende erbengemeinschaftliche Gesamthandberechtigung durch eine andere Art gemeinsamer Berechtigung unter denselben Personen, die bisher als Miterben an der Erbschaft beteiligt waren, und unter Beibehaltung der bestehenden Quoten⁹³ abgelöst, spricht man von einer *Umwandlung* der Erbengemeinschaft⁹⁴. Die Umwandlung stellt dabei insofern, als sie ebenfalls zur Aufhebung der erbengemeinschaftlichen Gesamtberechtigung an den Nachlassgegenständen führt, eine eigenständige Möglichkeit der *Auflösung der Erbengemeinschaft* dar⁹⁵.

2. Insbesondere zu beachtende Formen

Die Frage nach den für eine Umwandlung der Erbengemeinschaft zu beachtenden Formen ist anhand mehrerer Kriterien zu beantworten.

⁹² Eine Rechtsgemeinschaft liegt dann vor, wenn mehrere Personen Träger desselben Rechts sind; vgl. BK-MEIER-HAYOZ, N. 5 der Vorbemerkungen zu den Art. 646-654 ZGB. Das ZGB kennt zwei Arten der Rechtsgemeinschaft, nämlich die Miteigentümergeinschaft einerseits und die Gemeinschaft zur gesamten Hand andererseits; siehe BK-MEIER-HAYOZ, N. 11 ff. der Vorbemerkungen zu den Art. 646-654 ZGB.

⁹³ Wird anlässlich der Umwandlung die bisherige quotenmässige Berechtigung verändert, so liegt nicht mehr nur ein Fall einer Umwandlung vor, sondern zugleich auch ein solcher einer Erbanteilsabtretung unter Miterben gemäss Art. 635 Abs. 1 ZGB, und zwar einer bloss teilweisen Abtretung des Erbanteils. Siehe dazu III.4.2.b. hievor.

⁹⁴ Vgl. ZK-ESCHER, N. 46 zu Art. 602 ZGB; WOLF, Grundfragen, S. 169 f.

⁹⁵ WOLF, Grundfragen, S. 170, m.w.H.

Das Erbrecht des ZGB statuiert für die Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine andere Rechtsgemeinschaft keine besondere Form. Die in Art. 634 f. ZGB verankerten Formvorschriften beziehen sich auf die anders gelagerten Fälle der Erbteilung i.e.S. und der Erbanteilsabtretung. Aus der Sicht des Erbrechts ergibt sich damit, dass für die Umwandlungsvereinbarung dem Grundsatz des Art. 11 Abs. 1 OR entsprechend *Formfreiheit* besteht⁹⁶.

Hingegen sind selbstverständlich die allfällig für das Entstehen der neuen Rechtsgemeinschaft aufgestellten Formvorschriften einzuhalten. Im Einzelnen bedürfen der Vertrag zur Begründung einer Gütergemeinschaft der Form der öffentlichen Beurkundung und der Unterzeichnung durch die vertragschliessenden Parteien sowie gegebenenfalls ihre gesetzlichen Vertreter (Art. 184 ZGB) und derjenige zur Begründung einer Gemeinderschaft der Form der öffentlichen Beurkundung sowie der Unterschrift aller Gemeinder oder ihrer Vertreter (Art. 337 ZGB). Für die Entstehung einer – in der Praxis selten vorkommenden – nichtkaufmännischen Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft ist die Eintragung im Handelsregister Konstitutiverfordernis (Art. 553 und Art. 595 OR). Demgegenüber entstehen formfrei die einfache Gesellschaft, die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft sowie die Miteigentumsgemeinschaft⁹⁷.

⁹⁶ WOLF, Grundfragen, S. 201.

⁹⁷ Zum Ganzen ausführlich WOLF, Grundfragen, S. 201 ff., m.w.H.