



# Prozessrechtliche Überlegungen zur antizipierten Abstandserklärung in Erbteilungsprozessen

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Einordnung der antizipierten Abstandserklärung
  - A. Ausgangslage
  - B. Der antizipierte Abstand ist keine Klageanerkennung
    1. Notwendigkeit des gemeinsamen Handelns
    2. Keine Reduktion der Streitgenossenschaft durch die antizipierte Abstandserklärung
  - C. Der antizipierte Abstand als Verzicht auf prozessuale Rechte
- III. Die Fragen nach dem Zeitpunkt und der Beständigkeit der Abstandserklärung
  - A. Übersicht
  - B. Zeitpunkt der Abstandserklärung
    1. Ab wann kann der Abstand erklärt werden?
    2. Bis wann kann der Abstand erklärt werden?
  - C. Beständigkeit der Abstandserklärung
- IV. Behandlung des Abstand nehmenden Miterben im Verfahren
  - A. Übersicht
  - B. Aufnahme ins Rubrum
  - C. Zustellen von Vorladungen, Verfügungen und Eingaben der aktiven Parteien
  - D. Prozesskostenverteilung
- V. Hinweis auf die Ungültigkeits- und die Herabsetzungsklage
- VI. Erkenntnisse in Thesen

## I. Einleitung

In Erbteilungsprozessen stehen einander in der Regel Personen unterschiedlichen Charakters mit unterschiedlichen Beweggründen gegenüber. Während ein Erbe allenfalls nur aus Prinzip ein gerichtliches Verfahren einleiten will, kann sich ein anderer Erbe mit jeder Art und Weise der Erbteilung – privatautonom oder gerichtlich – einverstanden erklären. Entsprechend diesen Beweggründen können die Erben denn auch

voneinander abweichende Interessen betreffend die Mitwirkung an einem allfälligen Erbteilungsprozess haben. Für diejenigen Erben, welche sich nicht an einem solchen Prozess beteiligen möchten, sehen Lehre und Rechtsprechung daher die Möglichkeit der antizipierten Abstandserklärung vor.

Der vorliegende Beitrag widmet sich einigen ausgewählten Fragen im Zusammenhang mit der antizipierten Abstandserklärung. Diese wird zunächst unter prozessrechtlichen Aspekten gewürdigt (II.). Dabei wird namentlich versucht, sie in die vorhanden prozessrechtlichen Institute einzuordnen. Darauf aufbauend werden die Fragen des Zeitpunkts und der Beständigkeit der Abstandserklärung betrachtet (III.). Sodann erfolgen Ausführungen zur Behandlung des Abstand nehmenden Miterben im Verfahren (IV.). Danach wird die Abstandserklärung in Bezug auf die Ungültigkeits- und die Herabsetzungsklage analysiert (V.) und abschliessend werden die wesentlichen Erkenntnisse in Thesen wiedergegeben (VI.).

## II. Einordnung der antizipierten Abstandserklärung

### A. Ausgangslage

Gemäss Art. 604 Abs. 1 ZGB kann jeder Miterbe zu beliebiger Zeit die Teilung der Erbschaft verlangen, soweit er nicht durch Vertrag oder Vorschrift des Gesetzes zur Gemeinschaft verpflichtet ist. Das objektive Recht gewährt somit jedem Erben individuell einen Erbteilungsanspruch.<sup>1</sup> Bei der prozessualen Geltendmachung des Erbteilungsanspruchs müssen sämtliche Erben irgend-

YANNICK MINNIG, Dr. iur., Naters; yannick@yannickminnig.ch. Der Verfasser dankt Herrn Prof. Dr. Stephan Wolf für die Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Hinweise.

<sup>1</sup> Ausführlich zur Rechtsnatur des Erbteilungsanspruchs STEPHAN WOLF, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, Habil. Bern 2004, S. 63 ff.

wie in das Verfahren einbezogen werden.<sup>2</sup> In diesem Sinne liegt zwar keine aktive notwendige Streitgenossenschaft vor,<sup>3</sup> jedoch bilden die nicht klagenden Miterben eine passive notwendige Streitgenossenschaft.<sup>4</sup>

Wie eingangs bereits erwähnt wurde (I.), haben einzelne Miterben unter Umständen kein Interesse an der aktiven Teilnahme an einem Erbteilungsprozess. Die Gründe hierfür können ganz unterschiedlicher Natur sein. Vorstellbar sind beispielsweise Prozessmüdigkeit<sup>5</sup>, Gleichgültigkeit oder Kosten-Nutzen-Überlegungen.

Diesem Desinteresse, am Prozess teilzunehmen, haben Lehre und Rechtsprechung Rechnung getragen. So ist unbestritten, dass im Rahmen der Erbteilungsklage – trotz notwendiger passiver Streitgenossenschaft – die nicht klagenden Miterben sich einerseits mit dem klägerischen Rechtsbegehren einverstanden erklären oder dass sie sich andererseits von vorneherein dem Urteil unterwerfen und dieses anerkennen können.<sup>6</sup> Demgegenüber verwenden in demselben Kontext einzelne Autoren sowie ein Teil der bundesgerichtlichen Urteile lediglich die eine oder andere Umschreibung.<sup>7</sup>

Die Bezeichnung dieser Arten ist derweil uneinheitlich. So werden als Oberbegriffe etwa die Termini des antizipierten Abstands<sup>8</sup>, des Prozessabstands<sup>9</sup> oder der Abstandserklärung<sup>10</sup> verwendet. Gemein ist den genannten Termini dabei jeweils das Begriffselement des Abstands.

## B. Der antizipierte Abstand ist keine Klageanerkennung

### 1. Notwendigkeit des gemeinsamen Handelns

Wie soeben ausgeführt, ist das Element des Abstands sämtlichen Oberbegriffen immanent.<sup>11</sup> Im Prozessrecht werden derweil unter dem Begriff der Abstandserklärung die Institute der Klageanerkennung und des Klagerückzugs gemäss Art. 241 ZPO verstanden.<sup>12</sup> Der antizipierte Abstand wird bei Erbteilungsprozessen typischerweise von den nicht klagenden Miterben erklärt. Daher könnte es sich beim antizipierten Abstand prozessrechtlich allenfalls um eine Klageanerkennung nach Art. 241 ZPO handeln. Eine Abstandserklärung im Sinne eines Klagerückzugs fällt demgegenüber ausser Betracht, zumal hierfür der klagende Miterbe seine Erbteilungsklage zurückziehen müsste.

<sup>2</sup> Siehe STEPHAN WOLF/MARTIN EGGEL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014 (zit. BK-WOLF), Art. 604 ZGB N 50; ferner auch PETER TUOR/VITO PICENONI, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. III: Das Erbrecht, 2. Abt.: Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 2. A., Bern 1964 (zit. BK-TUOR/PICENONI), Art. 604 ZGB N 3.

<sup>3</sup> Unpräzise demgegenüber BGE 100 II 440 E. 1. Siehe dazu auch THOMAS SUTTER-SOMM/MARCO CHEVALIER, Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers, *successio* 2007, 20 ff., 30, sowie LIONEL HARALD SEEBERGER, Die richterliche Erbteilung, Diss. Freiburg 1992, 50.

<sup>4</sup> Siehe etwa CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. A., Zürich 2012, N 209; BK-WOLF (FN 2), Art. 604 ZGB N 49; STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV: Erbrecht, 2. Teilbd., Basel 2015, 211. Vgl. aus der Rechtsprechung BGE 130 III 550 E. 2.1.1, m.H. auf BGE 90 II 1 E. 1; BGer, 5A\_809/2011, 15.3.2012, E. 2.1.

<sup>5</sup> Namentlich in einem Rechtsmittelverfahren kann sich bei manchen Erben eine Prozessmüdigkeit einstellen; siehe auch BRÜCKNER/WEIBEL (FN 4), N 209a.

<sup>6</sup> So aus der Lehre BK-WOLF (FN 2), Art. 604 ZGB N 50; BK-TUOR/PICENONI (FN 2), Art. 604 ZGB N 3; BRÜCKNER/WEIBEL (FN 4), N 209b; THOMAS WEIBEL, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 3. A., Basel 2015 (zit. PraxKomm-VERFASSER), Art. 604 ZGB N 13; PETER C. SCHAUFELBERGER/KATRIN KELLER LÜSCHER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. A., Basel 2015 (zit. BSK ZGB II-VERFASSER), Art. 604 N 17; BALZ GROSS/ROGER ZUBER, in: Berner Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Bd. I. Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BK ZPO-VERFASSER), Art. 70 N 20; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Bern 2016, N 3.40. Aus der Rechtsprechung BGE 136 III 123 E. 4.4.1.

<sup>7</sup> Anerkennung des Urteils: ANNETTE SPYCHER, Prozessuales zur Erbteilung und zur Erbteilungsklage, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Ausgewählte Aspekte der Erbteilung, INR Bd. 2, Bern 2005, 34; BENEDIKT SEILER, Der Erbrechtsprozess unter

der neuen ZPO – ausgewählte Aspekte, recht 2014, FN 98; BGE 74 II 215 E. 3; BGE 93 II 11 E. 2.b.; BGE 100 II 440 E. 1; BGer, 5P. 37/2001, 23.5.2001, E. 1.b; BGer, 5A\_809/2011, 15.3.2012, E. 2.4.2.

Einverstanden mit den Rechtsbegehren: SEEBERGER (FN 3), 50; BGE 86 II 451 E. 3.

<sup>8</sup> MAX KUMMER, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Habil. Bern 1954, 199 mit FN 2; BK-WOLF (FN 2), Art. 604 ZGB N 50; MANUELA HÄFLIGER, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK-VERFASSER), Art. 604 ZGB N 4; BGE 100 II 440 E. 1.

<sup>9</sup> THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, Der Erbrechtsprozess unter der Schweizerischen ZPO und seine Stolpersteine für die Praxis, *successio* 2013, 354 ff., FN 19; BENEDIKT SEILER, Die erbrechtliche Ungültigkeit, Habil. Basel 2016, Zürich 2017, N 362; BGer, 5A\_809/2011, 15.3.2011, E. 2.4.2.

<sup>10</sup> SUTTER-SOMM/CHEVALIER (FN 3), *successio* 2007, 30; wohl auch SPYCHER (FN 7), 34.

<sup>11</sup> II.A. soeben.

<sup>12</sup> Siehe ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. A., Zürich 2013, § 23 N 20 (Abstandserklärung); LORENZ DROESE, *Res iudicata ius facit*, Untersuchung über die objektiven und zeitlichen Grenzen von Rechtskraft im schweizerischen Zivilprozessrecht, Habil. Luzern, Bern 2015, 158 (Abstandserklärung); BK ZPO-KILLIAS (FN 6), Art. 241 N 5 und 10 (Abstandserklärung); JULIA GSCHWEND/DANIEL STECK, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-VERFASSER), Art. 241 ZPO N 30 (Abstandserklärung); PASCAL LEUMANN LIEBSTER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. ZPO-Komm-VERFASSER), Art. 241 N 9 (Prozessabstand). Vgl. ferner auch BGer, 5A\_685/2016, 31.3.2017, E. 2; BGer, 4P.271/2003, 2.4.2004, E. 1.

Bei der Klageanerkennung handelt es sich um die einseitige Erklärung einer beklagten Prozesspartei, die Rechtsbegehren der klagenden Partei – vollumfänglich oder teilweise – bedingungslos und unwiderruflich anzuerkennen.<sup>13</sup> Somit könnte vornehmlich diejenige Art des antizipierten Abstandes, bei welcher die nicht klagenden Miterben sich mit dem klägerischen Rechtsbegehren einverstanden erklären können (vgl. II.A.), als Klageanerkennung qualifiziert werden. Desgleichen könnte die vorbehaltlose Urteilsunterwerfung, wenn auch etwas weniger offensichtlich, als Klageanerkennung verstanden werden.<sup>14</sup>

Entgegen dieser Prima-facie-Betrachtung ist bei Erbteilungsprozessen zu beachten, dass die nicht klagenden Miterben eine passive notwendige Streitgenossenschaft bilden (vgl. II.A.). Als solche müssen alle Streitgenossen prozessual gemeinsam und übereinstimmend handeln. Dies gilt namentlich für die Klageanerkennung.<sup>15</sup> Die notwendigen Streitgenossen können mithin nur gemeinsam eine Klage anerkennen. Denn wie für alle notwendigen Streitgenossen nur ein einziges einheitliches Urteil ergehen kann,<sup>16</sup> so kann das Verfahren auch nur durch eine einheitliche Klageanerkennung – als Urteilsurrogat – beendet werden.<sup>17</sup> Der von einem Miterben erklärte antizipierte Abstand kann demnach infolge fehlender Anerkennungsbefugnis nicht als Klageanerkennung im Sinne von Art. 241 ZPO qualifiziert werden.<sup>18</sup>

## 2. Keine Reduktion der Streitgenossenschaft durch die antizipierte Abstandserklärung

Ein Teil der prozessrechtlichen Lehre führt betreffend die Abstandserklärung aus, dass die Erklärung des antizipierten Abstandes die notwendige Streitgenossenschaft im Umfange der den Abstand erklärenden Miterben reduziert.<sup>19</sup> Diese Umschreibung könnte zu der

weiterführenden Annahme verleiten, dass die Abstandnehmenden Miterben nicht mehr Teil der notwendigen Streitgenossenschaft bilden, mithin nicht mehr zum gemeinsamen Handeln verpflichtet sind und daher je für sich selbst die Klage gemäss Art. 241 ZPO anerkennen könnten. Eine solche Annahme ginge jedoch fehl. Andernfalls würde man dem antizipierten Abstand eine Doppelnatur, nämlich eine materielle und eine prozessuale, zusprechen, die – wie sogleich zu zeigen ist – letztlich in einem Widerspruch endet:

Die Notwendigkeit einer Streitgenossenschaft ergibt sich aus dem materiellen Recht.<sup>20</sup> Die Grundlage der notwendigen Streitgenossenschaft bildet nämlich ein materielles Rechtsverhältnis, an welchem alle Streitgenossen berechtigt oder verpflichtet sind und über welches nur einheitlich und mit Wirkung für alle entschieden werden kann (Art. 70 Abs. 1 ZPO).<sup>21</sup> In einem Erbteilungsprozess stellt dieses Rechtsverhältnis die Erbgemeinschaft dar. Die Erbgemeinschaft entsteht von Gesetzes wegen als Gemeinschaft zur gesamten Hand gemäss Art. 652 ZGB.<sup>22</sup> Die Miterben sind hierbei als mehrfache Rechtsträger an den gemeinschaftlichen Rechten und Pflichten zuständig.<sup>23</sup> Eine Reduktion der Streitgenossen würde daher in materiellrechtlicher Hinsicht bedeuten, dass der den Abstand erklärende Miterbe auf seine anteilige Zuständigkeit<sup>24</sup> verzichtet.<sup>25</sup> Nur so wird das materielle Rechtsverhältnis der Erbgemeinschaft, auf welches sich die notwendige Streitgenossenschaft stützt, in einer Weise reduziert, dass dem erklärenden Miterben nicht mehr die Eigenschaft eines notwendigen Streitgenossen zukommt. Hierbei zeigt sich allerdings nun der eingangs erwähnte Widerspruch. Zwar wäre der Miterbe im Falle einer Reduktion nicht mehr ein notwendiger Streitgenosse und nicht mehr an ein gemeinschaftliches Handeln gebunden, weshalb er die Klage anerkennen könnte. Jedoch würde er diesfalls eine Klage betreffend ein Rechtsverhältnis prozessual

<sup>13</sup> Statt vieler STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 12), § 23 N 20.

<sup>14</sup> So wohl KUMMER (FN 8), 199 mit FN 2, vor Inkrafttreten der schweizerischen ZPO.

<sup>15</sup> Siehe CRISTINA VON HOLZEN, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Basel 2006, 148; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (FN 6), N 3.34; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 299; BK ZPO-GROSS/ZUBER (FN 6), Art. 70 N 43; ZPOKomm-E. STAEHELIN/SCHWEIZER (FN 12), Art. 70 N 44; BSK ZPO-RUGGLE (FN 12), Art. 70 N 29.

<sup>16</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 12), § 13 N 49; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2017, N 226.

<sup>17</sup> Treffend GULDENER (FN 15), 300 mit FN 22. Siehe weiter auch VON HOLZEN (FN 15), 68 f., m.w.H.

<sup>18</sup> A.M. KUMMER (FN 8), 199 mit FN 2, allerdings noch vor Inkrafttreten der schweizerischen ZPO.

<sup>19</sup> So BSK ZPO-RUGGLE (FN 12), Art. 70 N 10: «Jede Partei kann statt einer Teilnahme vor Einleitung der Klage oder während des Prozesses eine entsprechende Erklärung abgeben, wonach sie das Urteil anerkenne (BGE 74 II 217). Die notwendige Streitgenossenschaft reduziert sich auf diejenigen Beteiligten, die das klägerische Rechtsbegehren nicht anerkennen [...]» Siehe auch RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER,

Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976, 3. A., Zürich 1997, § 39 ZPO/ZH N 13.

<sup>20</sup> Siehe etwa BGE 140 III 598 E. 3.2; BGE 138 III 737 E. 4.1; BGE 137 III 455 E. 3.5; BGE 136 III 431 E. 3.3. Aus der Lehre statt vieler LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (FN 6), N 3.30. Demgegenüber ist eine notwendige Streitgenossenschaft auf Grundlage des Prozessrechts der Schweiz fremd. Vgl. VON HOLZEN (FN 15), 74 f.

<sup>21</sup> Siehe für diese Umschreibung bereits vor Erlass der ZPO VON HOLZEN (FN 15), 71 f., u.a. mit Hinweis auf BGE 121 III 488 E. 2.a und BGE 100 II 440 E. 1, sowie ferner ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010, 165.

<sup>22</sup> Statt vieler BK-WOLF (FN 2), Art. 602 ZGB N 42 ff.

<sup>23</sup> Vgl. BK-WOLF (FN 2), Art. 602 ZGB N 45. Grundlegend bereits WOLF (FN 1), 23 ff.

<sup>24</sup> Die anteilige Zuständigkeit ist das notwendige Korrelat zur mehrfachen Rechtszuständigkeit; so WOLF (FN 1), 41.

<sup>25</sup> Der anteilige Verzicht ist eine eigentliche Verzichtserklärung im Sinne eines Verfügungsgeschäfts. Dabei handelt es sich indes nicht um eine Ausschlagung gemäss Art. 566 ff. ZGB. Siehe zur Abgrenzung zwischen Verzicht und Ausschlagung WOLF/GENNA (FN 4), 367 f.



anerkennen, an welchem er materiell nicht mehr beteiligt ist. Diese Konstellation liegt keinesfalls im Interesse des den Abstand erklärenden Miterben. Denn er verliert so insgesamt seine Erbenstellung, wodurch ihm im Erbteilungsprozess auch keine Nachlassgegenstände mehr zugewiesen werden können. Mit der Reduktion der Streitgenossenschaft kann deshalb von den angeführten Autoren nicht dieses Ergebnis gemeint sein.

Demnach ist festzuhalten, dass sich durch die Erklärung eines notwendigen Streitgenossen, sich nicht am Verfahren beteiligen zu wollen, die materielle Rechtslage nicht ändert. Vielmehr bleibt der antizipiert Abstand nehmende Miterbe am Rechtsverhältnis der Erbengemeinschaft beteiligt, welches der notwendigen Streitgenossenschaft zugrunde liegt. Folglich ist er trotz der Abstandserklärung weiterhin betreffend die Erbteilungsklage gemeinsam mit den anderen Miterben passivlegitimiert und die notwendige Streitgenossenschaft wird in ihrem personellen Bestand nicht verändert.<sup>26</sup> Somit kann die antizipierte Abstandserklärung als ein prozessrechtliches Institut betrachtet werden. Nach hier vertretener Ansicht sind daher mit der Erbteilungsklage auch stets alle nicht klagenden Miterben einzuklagen.<sup>27</sup> Denn dem Abstand nehmenden Miterben verbleibt mit der Passivlegitimation auch die Parteistellung, weswegen er in der Erbteilungsklage gestützt auf Art. 221 Abs. 1 lit. a ZPO gleichsam als Partei aufzuführen ist.<sup>28</sup> Andernfalls wäre die Klage vom Gericht wegen fehlender Passivlegitimation abzuweisen.<sup>29</sup>

### C. Der antizipierte Abstand als Verzicht auf prozessuale Rechte

Mit der antizipierten Abstandserklärung bezweckt der erklärende Miterbe, sich nicht am Verfahren beteiligen zu müssen, ohne Säumnisfolgen zu gewärtigen. Aus diesem Grund muss er auf gewisse Befugnisse verzichten, welche ihm infolge seiner Parteistellung im Prozess zustehen.<sup>30</sup> Die antizipierte Abstandserklärung ist daher

nach hier vertretener Ansicht ein Verzicht auf prozessuale Rechte,<sup>31</sup> nicht aber ein Verzicht auf materielle Rechte<sup>32</sup>.

Die Erbteilungsklage ist eine *actio duplex*.<sup>33</sup> Das heisst, dass der beklagte Miterbe im Verfahren eigene Anträge stellen kann, ohne aber formell eine Widerklage erheben zu müssen.<sup>34</sup> Zunächst ist deshalb die Abstandserklärung als Verzicht auf das Stellen eigener Anträge zu qualifizieren. Weil das Recht eigene Anträge zu stellen einen Teilgehalt des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 53 ZPO bildet,<sup>35</sup> kann darauf verzichtet werden. Denn es handelt sich beim Gehörsanspruch nicht um ein unverzichtbares Recht.<sup>36</sup> Ein entsprechender Verzicht muss zudem auch infolge der im Erbteilungsprozess geltenden Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO)<sup>37</sup> zulässig sein. Der Beklagte bestimmt nämlich selbst, inwiefern er sich einem Begehren des Klägers unterwerfen will.<sup>38</sup> Insoweit ist es dem Beklagten auch anheimgestellt, ob er einen Abweisungs- oder sonstigen Antrag stellen will.

Behauptungen und Beweismittel vorbringen oder diese widerlegen können».

<sup>31</sup> Zur Einteilung der prozessualen Rechte siehe etwa DANIEL WILLISEGGER, Grundstruktur des Zivilprozesses, Zürich 2012, 58 ff. Zur Frage, ob es sich bei diesen Rechten um subjektive Rechte handelt siehe EUGEN BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Habil. Zürich, Tübingen 1965, 190, welcher dies ablehnt und daher von subjektiven öffentlichen Rechten spricht.

<sup>32</sup> Zum Fortbestand der materiellen Berechtigung bei der antizipierten Abstandserklärung siehe II.B.2. hievor.

<sup>33</sup> BK ZPO-HURNI (FN 6), Art. 58 N 45: «Paradigmatisch [für die *actio duplex*] sind die Erbteilungsklage bzw. die Klage auf Teilung von Mit- und Gesamteigentum [...]»

<sup>34</sup> Siehe BK-WOLF (FN 2), Art. 604 ZGB N 70 f.; PraxKomm-WEIBEL (FN 6), Art. 604 ZGB N 36.

<sup>35</sup> Siehe HANS ULRICH WALDER-BOHNER, Zur Bedeutung des rechtlichen Gehörs im schweizerischen Zivilprozessrecht, in: Robert Hauser/Jörg Rehberg/Günter Stratenwerth (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, 406.

<sup>36</sup> Vgl. BGE 101 Ia 309 E. 2.b; weiter auch BGE 132 I 42 E. 3.3.1. Aus der Lehre ALFRED KOLLER, Der Gehörsanspruch im erstinstanzlichen Zivilprozeß; verfassungsrechtliche Minimalanforderungen, ZSR 1986 I, 229 ff., 238 mit FN 35; TARKAN GÖKSU, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE Komm-VERFASSER), Art. 53 ZPO N 3; FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 19), § 56 ZPO/ZH N 6a.

<sup>37</sup> Zur Geltung der Dispositionsmaxime in Erbteilungsprozessen siehe aus der Rechtsprechung BGE 130 III 550 E. 2.1.3; BGE 143 III 425 E. 4.7. In der Lehre ist derweil umstritten, ob die Dispositionsmaxime im Erbteilungsprozess vollumfänglich gilt (so namentlich TARKAN GÖKSU, Das Rechtsbegehren der Erbteilungsklage, in: Paul Eitel/Alexandra Zeiter [Hrsg.], Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, Zürich 2014, 138; wohl auch SUTTER-SOMM/LÖTSCHER [FN 9], 357), oder aber nur eingeschränkt (so PraxKomm-WEIBEL [FN 6], Art. 604 ZGB N 48; BK-WOLF [FN 2], Art. 604 ZGB N 84).

<sup>38</sup> MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. A., Bern 1984, 81. Siehe ferner auch BK ZPO-HURNI (FN 6), Art. 58 N 9.

<sup>26</sup> Im Ergebnis ähnlich wie hier ZPOKomm-E. STAHELIN/SCHWEIZER (FN 12), Art. 70 N 45, sowie VON HOLZEN (FN 15), 153.

<sup>27</sup> Ebenso MEIER (FN 21), 166, sowie BK-WOLF (FN 2), Art. 604 ZGB N 50. Anders demgegenüber die h.L., siehe BRÜCKNER/WEIBEL (FN 4), N 209b; BK-TUOR/PICENONI (FN 2), Art. 604 ZGB N 3; SEEBERGER (FN 3), 50; PraxKomm-WEIBEL (FN 6), Art. 604 ZGB N 13; VON HOLZEN (FN 15), 152; wohl auch SPYCHER (FN 7), 34. Näher hierzu im Zusammenhang mit der Aufnahme der Parteien ins Rubrum IV.B. hienach.

<sup>28</sup> Die Erbengemeinschaft ist kein Rechtssubjekt und damit im Prozess nicht parteifähig, weshalb die einzelnen Erben als Subjekte der Erbengemeinschaft in der Klage aufzuführen sind; siehe ZPOKomm-LEUENBERGER (FN 12), Art. 221 N 16.

<sup>29</sup> Siehe zur Abweisung der Klage, wenn die in der Klage bezeichnete beklagte Person nicht zugleich passivlegitimiert ist BGE, 4A\_17/2016, 29.6.2016, E. 2.2.

<sup>30</sup> In diesem Zusammenhang treffend BGE 113 II 140 E. 2.b, wonach den einzelnen Miterben im Erbteilungsprozess die Gelegenheit zu gewähren ist, «sich am Verfahren mit allen Rechten und Pflichten zu beteiligen, [dass sie] somit Anträge,

Weiter verzichtet der Miterbe mit der antizipierten Abstandserklärung einerseits auf das Bestreiten der vom Kläger oder von einem aktiven Beklagten vorgebrachten Tatsachenbehauptungen (Bestreitungsrecht). Ebenso verzichtet er auf das Vorbringen eigener Behauptungen inkl. dazugehöriger Beweisanträge (Behauptungsrecht). Der Verzicht auf das Bestreitungs- und das Behauptungsrecht betrifft ebenfalls jeweils einen Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Gemeint sind das Recht auf vorgängige Äusserung<sup>39</sup> sowie das Recht auf Mitwirkung bei der Sachverhaltsfeststellung<sup>40</sup>. Dass ein solcher Verzicht grundsätzlich zulässig ist, wurde bereits erwähnt. Sodann gilt im Erbteilungsprozess neben der Dispositionsmaxime auch der Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO),<sup>41</sup> weshalb es dem den Abstand erklärenden Miterben auch unter diesem Gesichtspunkt unbenommen ist, die Darstellungen des Klägers für das Gericht unter Vorbehalt von Art. 153 Abs. 2 ZPO als (formell) wahr erscheinen zu lassen.

Schliesslich umfasst die antizipierte Abstandserklärung einen Verzicht auf ein weiteres prozessuales Recht. Da ein Miterbe mit der Abstandserklärung das zu erwartende Urteil gegen sich gelten lassen will, verzichtet er nämlich – jedenfalls soweit zulässig<sup>42</sup> – auf die Ausübung der ihm zustehenden Rechtsmittel (sog. Vorausverzicht<sup>43</sup>). Demgemäss kann ein Miterbe, welcher vom Verfahren Abstand genommen hat, kein Rechtsmittel erheben und so auch nicht seine Abstandserklärung rückwirkend faktisch aufheben.

Die antizipierte Abstandserklärung ist nach dem Dargelegten prozessual als Verzicht auf das Recht, eigene Anträge zu stellen, auf das Bestreitungs- und Be-

hauptungsrecht sowie auf das Recht, ein Rechtsmittel zu erheben, zu qualifizieren. Inwieweit der Abstand nehmende Miterbe mit seiner Erklärung auf seinen Orientierungsanspruch im Verfahren verzichtet, wird unter IV.C. behandelt.

### III. Die Fragen nach dem Zeitpunkt und der Beständigkeit der Abstandserklärung

#### A. Übersicht

Aus der Qualifikation der antizipierten Abstandserklärung als Verzicht auf prozessuale Rechte folgen unweigerlich zwei weitere Aspekte, welche der Klärung bedürfen: der Zeitpunkt der Erklärung (III.B.) und deren Beständigkeit (III.C.). Beim Zeitpunkt der Abstandserklärung ist sodann der Frage nachzugehen, ab wann und bis wann diese abgegeben werden kann (III.B.1. und III.B.2.).

#### B. Zeitpunkt der Abstandserklärung

##### 1. Ab wann kann der Abstand erklärt werden?

Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass es für den antizipierten Abstand genüge, wenn die Erklärung von einem Miterben an den angehenden Kläger in Schriftform abgegeben werde.<sup>44</sup> Die eigentliche Abstandserklärung könnte nach dieser Ansicht bereits in einem vorprozessualen Stadium und noch vor Rechtshängigkeit der Erbteilungsklage erfolgen.

Wie bereits dargelegt, wird mit der antizipierten Abstandserklärung auf Teilgehalte des Anspruchs auf rechtliches Gehör verzichtet.<sup>45</sup> Wenngleich der Gehörsanspruch zwar kein unverzichtbares Recht ist, so ist immerhin ein Vorabverzicht auf das rechtliche Gehör nach wohl einhelliger Auffassung unwirksam.<sup>46</sup> Entsprechend kann die antizipierte Abstandserklärung im Grunde erst nach Klageeinreichung gegenüber dem Gericht erklärt werden,<sup>47</sup> wobei aber hierfür auch eine Erklärung

<sup>39</sup> Sog. Äusserungsrecht; dazu vornehmlich KOLLER (FN 36), 231 ff.

<sup>40</sup> Dazu BK-HURNI (FN 6), Art. 53 ZPO N 55 ff., sowie ferner DIKE Komm-GÖKSU (FN 36), Art. 53 ZPO N 22.

<sup>41</sup> SEILER (FN 7), 202; GÖKSU (FN 37), 133.

<sup>42</sup> Nach einem Teil der Lehre ist ein Rechtsmittelverzicht vor der Entscheideröffnung nur bei den ordentlichen Rechtsmitteln möglich, weshalb zwar auf die Erhebung der Berufung (Art. 308 ff. ZPO), nicht aber auf diejenige der Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO) verzichtet werden kann; siehe DIKE Komm-BLICKENSTORFER (FN 36), vor Art. 308–334 ZPO N 87; ZPOKomm-REETZ (FN 12), Vorbem. zu den Art. 308–318 N 28; wohl auch BSK ZPO-SPÜHLER (FN 12), vor Art. 308–334 N 15. Demgegenüber vertritt ein anderer Teil der Lehre die Auffassung, dass grundsätzlich auch auf die Erhebung der Beschwerde vor der Entscheideröffnung verzichtet werden kann; so SUTTER-SOMM (FN 16), N 1317 und 1322; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND (FN 12), § 25 N 14 f.; wohl auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (FN 6), N 12.33. Zumindest bei einem Erbteilungsprozess ist nicht ersichtlich, weshalb ein Miterbe nur auf die Möglichkeit der Berufung verzichten kann, nicht aber auf diejenige der Beschwerde, zumal das jeweilige Rechtsmittel in der Regel streitwertabhängig bestimmt wird. Infolgedessen umfasst die antizipierte Abstandserklärung nach hier vertretener Auffassung auch einen Verzicht auf die Beschwerde. Zur Frage ob ein Vorausverzicht auf die Beschwerdemöglichkeit ans Bundesgericht zulässig ist siehe BGE 141 III 596.

<sup>43</sup> BGer, 5A\_811/2014, 29.1.2015, E. 3.

<sup>44</sup> So BRÜCKNER/WEIBEL (FN 4), N 209b; PraxKomm-WEIBEL (FN 6), Art. 604 ZGB N 13, mit Hinweis auf RENÉ STRAZZER, Erbteilungsklage und (mögliche) anwaltliche Interessenkollision, *successio* 2015, 117; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER (FN 9), FN 19; wohl auch SPYCHER (FN 7), 34, und SEEBERGER (FN 3), 50.

<sup>45</sup> II.C. hievor.

<sup>46</sup> DIKE Komm-GÖKSU (FN 36), Art. 53 ZPO N 3, u.a. mit Hinweis auf PAUL OBERHAMMER, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. A., Basel 2013 (zit. KUKO ZPO-VERFASSER), Art. 53 ZPO N 3; JÜRIG BICKEL/BERNHARD WALDMANN, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2. A., Zürich 2016 (zit. PraxKomm VwVG-VERFASSER), Art. 29 VwVG N 64.

<sup>47</sup> So wohl auch BGE 100 II 440 E. 1: «Gibt aber ein Miterbe, der sich am Prozess nicht beteiligen will, *zuhanden des Gerichtes*

gegenüber der Schlichtungsbehörde genügen muss. Streng genommen würde dies für eine vorprozessuale Abstandserklärung bedeuten, dass das Gericht eine vom Kläger eingereichte Erklärung eines Miterben nicht beachten dürfte und das Verfahren seinen üblichen Lauf nehmen würde. Das heisst, dass nach dem Schlichtungsverfahren und der Klageeinreichung die Klage samt Beilagen und einer Fristansetzung zur Einreichung einer Klageantwort dem am Prozess nicht interessierten Miterben zuzustellen wäre (vgl. Art. 222 Abs. 1 ZPO), unter Hinweis auf die Säumnisfolgen (Art. 147 Abs. 3 ZPO). Der entsprechende Erbe müsste dann von sich aus gegenüber dem Gericht nochmals dieselbe Erklärung abgeben wie bereits schon vorprozessual gegenüber dem angehenden Kläger.

Das skizzierte Vorgehen erscheint derweil weder sachdienlich noch prozessökonomisch.<sup>48</sup> Nach hier vertretener Ansicht wäre es deshalb grundsätzlich angebracht, dem Miterben, welcher vorprozessual den Abstand erklärt hat, mittels prozessleitender Verfügung die Rechtsbegehren des klagenden Miterben bekannt zu geben – sei dies als Abschrift in der Verfügung selbst oder als Kopien der entsprechenden Klageseiten –, unter Ansetzung einer kurzen Frist zur ausdrücklichen Bestätigung seiner vorprozessualen Abstandserklärung. Ein wirksamer Verzicht auf Teilgehälte des rechtlichen Gehörs bedingt nämlich auch die Kenntnis der Tragweite dieses Entscheides.<sup>49</sup> In diesem Sinne muss der Abstand nehmende Miterbe zumindest von den letztlich effektiv gestellten Rechtsbegehren des Klägers Kenntnis erlangen. Andernfalls kann er das Ausmass seiner Abstandserklärung nicht erfassen. Demgegenüber erscheinen die Zustellung und die Kenntnisnahme der Klagebegründung sowie der Beilagen in der Regel nicht als notwendig, um den Verzicht abzuschätzen.

Weil der Schlichtungsbehörde grundsätzlich keine Entscheidkompetenz zukommt,<sup>50</sup> hat sie – nach hier vertretener Auffassung – anders als das erstinstanzliche Gericht keine Bestätigung des Abstands beim entsprechenden Miterben einzuholen. Die Schlichtungsbehörde hat nämlich nicht zu prüfen, ob der Kläger alle Miterben eingeklagt oder von diesen eine Abstandserklärung eingeholt hat, zumal es sich hierbei um eine Frage der im Entscheidverfahren zu prüfenden Passivlegitimation

handelt. In diesem Sinne muss der Abstand nehmende Miterbe von sich aus und ohne Aufforderung gegenüber der Schlichtungsbehörde die Abstandserklärung abgeben, damit diese wirksam ist.

Der Verzicht auf die Teilgehälte des rechtlichen Gehörs wäre somit im Ergebnis selbst bei einer vorprozessual vorgenommenen Abstandserklärung erst ab Bestätigung beim Erbteilungsgericht oder bei der Schlichtungsbehörde wirksam. Sofern die Abstandserklärung nicht vorprozessual abgegeben wurde, kann der beklagte Miterbe ab Zustellung der Klage gegenüber dem Gericht oder auch bereits bei der Schlichtungsbehörde den antizipierten Abstand erklären.

## 2. Bis wann kann der Abstand erklärt werden?

Nach der Einleitung des Erbteilungsprozesses kann ein Miterbe während des gesamten Verfahrens bis hin zur Entscheideröffnung den Abstand erklären.<sup>51</sup> Denn mit der Entscheideröffnung ist das Verfahren gemäss Art. 236 Abs. 1 ZPO beendet und das Gericht kann nicht mehr auf seinen eigenen Entscheid zurückkommen.<sup>52</sup> Demnach darf es auch keine später eingehende antizipierte Abstandserklärung berücksichtigen. Indes kann ein Miterbe im Anschluss an die Eröffnung des Entscheids in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren wiederum ohne weiteres eine Abstandserklärung abgeben. Dies gilt selbst für das bundesgerichtliche Verfahren.<sup>53</sup> Doch auch für die Rechtsmittelverfahren ist die Abstandserklärung aus nämlichem Grund wie für das erstinstanzliche Verfahren nur bis zur Entscheideröffnung möglich.

## C. Beständigkeit der Abstandserklärung

Die antizipierte Abstandserklärung hat nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung klar und eindeutig zu sein.<sup>54</sup> Daraus folgt gleichsam eine gewisse Beständigkeit der Erklärung, wobei diese letztlich auf dem auch im Zivilprozess geltenden Grundsatz von Treu und Glauben beruht (Art. 52 ZPO).<sup>55</sup> Eine einmal gegenüber dem Gericht vorgenommene Erklärung soll nicht beliebig widerrufen und wieder neu abgegeben werden können.

die Erklärung ab, er anerkenne das Urteil [...]» (Hervorhebung durch den Verfasser hinzugefügt).

<sup>48</sup> Es scheint geradezu typisch, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör mit der Prozessökonomie kollidiert. Siehe allgemein zum Verhältnis von Prozessökonomie und Verfahrensgarantien BEAT BRÄNDLI, Prozessökonomie im schweizerischen Recht – Grundlagen, bundesgerichtliche Rechtsprechung und Auswirkungen im schweizerischen Zivilprozess, Diss. St. Gallen, Bern 2013, N 275 ff.

<sup>49</sup> Vgl. PraxKomm VwVG-BICKEL/WALDMANN (FN 46), Art. 29 N 64.

<sup>50</sup> Die Ausnahmen von Art. 210 ZPO (Urteilsvorschlag) und Art. 212 ZPO (Entscheid) werden aufgrund der für Erbrechtsstreitigkeiten typischerweise hohen Streitwerte in einem Erbteilungsprozess kaum je von Relevanz sein.

<sup>51</sup> Ähnlich im Zusammenhang mit der Klageanerkennung gemäss Art. 241 ZPO DIKE Komm-KRIECH (FN 36), Art. 241 ZPO N 11.

<sup>52</sup> Siehe BGE 139 III 466 E. 3.4; BGE 139 III 120 E. 2; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND (FN 12), § 23 N 16. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von «lata sententia iudex desinit esse iudex», übersetzt nach DROESE (FN 12), FN 985: «Nach gefälltem Urteil hört der Richter auf, Richter zu sein.»

<sup>53</sup> BGER, 5A\_809/2011, 15.3.2012, E. 2.4.2, m.H. auf BGE 100 II 440 E. 1.

<sup>54</sup> BGE 113 II 140 E. 2.c; BGER, 5A\_809/2011, 15.3.2012, E. 2.4.2. Siehe aus der Lehre auch ZPOKomm-E. STAHELIN/SCHWEIZER (FN 12), Art. 70 N 45.

<sup>55</sup> Treffend DIKE Komm-GÖKSU (FN 36), Art. 52 ZPO N 5: «Der Grundsatz von Treu und Glauben [...] beinhaltet ein Halten an das gegebene Wort» (im Original teilweise in Fettschrift).



Andernfalls würde für den klagenden Miterben während des ganzen Verfahrens eine erhebliche Rechtsunsicherheit bestehen, wüsste er so doch nie abschliessend, wer effektiv auf der Gegenseite aktiv beteiligt ist und wer nicht. Ebenso könnte das Gericht den zu erwartenden Prozessaufwand nicht abschätzen und müsste stets mit neuen Stellungnahmen rechnen. Deshalb ist der den Abstand erklärende Miterbe grundsätzlich auf seiner abgegebenen Erklärung zu behaften und kann sich in einem späteren Verfahrensstadium nicht wieder als aktive Partei am Erbteilungsprozess beteiligen.

Der einmal erklärte Abstand hat sodann nicht nur Bestand für die jeweilige Instanz, gegenüber welcher er erklärt wurde, sondern auch für jede Folgeinstanz. Das heisst, dass der vor der Schlichtungsbehörde erklärte Abstand auch für das erstinstanzliche und alle folgenden Verfahren gilt, die vor der Erstinstanz abgegebene Erklärung auch für alle Rechtsmittelverfahren und so weiter.<sup>56, 57</sup>

Die Beständigkeit der Abstandserklärung kann indes nicht als absolut betrachtet werden. Dem Abstand nehmenden Miterben muss unter gewissen Umständen die Möglichkeit gewährt werden, auf seine Erklärung zurückzukommen. Dies gilt etwa dann, wenn der Kläger oder auch ein aktiver Beklagter nach Abgabe der Abstandserklärung seine Anträge ändert, sei dies beispielsweise nach erfolgter Schlichtungsverhandlung<sup>58</sup> oder im Rahmen einer Klageänderung (Art. 227 ZPO). Denn diesfalls ändern sich die Voraussetzungen, unter welchen der Miterbe ursprünglich den Abstand erklärt hat. Bei Abgabe der Abstandserklärung konnte er nämlich die Änderung der Anträge in aller Regel – weder dem Grundsatz noch dem Inhalte nach – nicht absehen, weshalb er auch die Tragweite seiner Erklärung insoweit nicht erfassen konnte.<sup>59</sup> Deshalb erscheint es nach hier vertretener Auffassung als angebracht, dem Abstand nehmenden Miterben zumindest bei jeder unvorhergesehenen Änderung der Rechtsbegehren einer aktiven Partei die Möglichkeit zu gewähren, die Abstandserklärung zurückzunehmen und sich selbst wieder aktiv am Verfahren zu beteiligen.

Demgegenüber begründet die Einreichung der Klageantwort durch einen aktiven Miterben für sich alleine keine Situation, welche es rechtfertigen würde, von der Beständigkeit der Abstandserklärung abzuweichen. Denn der Abstand nehmende Miterbe muss damit rechnen, dass ein anderer Miterbe auf die Klage reagiert und

selber Anträge stellen wird. Für die Praxis wird es daher zu empfehlen sein, die Abstandserklärung erst nach Kenntnis aller Klageantworten und den entsprechenden Anträgen abzugeben.

## IV. Behandlung des Abstand nehmenden Miterben im Verfahren

### A. Übersicht

Erklärt ein Miterbe, Abstand vom Erbteilungsprozess zu nehmen, so ist neben den bisher besprochenen Fragekomplexen weiter zu prüfen, wie dieser Miterbe im Prozess von der Verfahrensleitung zu behandeln ist. Diesbezüglich werden nachfolgend drei Aspekte näher betrachtet: die Aufnahme des Abstand nehmenden Miterben in das Rubrum (IV.B.), die Zustellung von Verfügungen und Vorladungen (IV.C.) sowie die Prozesskostenverteilung (IV.D.).

### B. Aufnahme ins Rubrum

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass der den Abstand erklärende Miterbe ebenfalls eingeklagt und namentlich auch in der Klage als Partei bezeichnet werden muss (II.B.2). Die Bezeichnung der Parteien in der Klage bildet die Grundlage für die Parteibezeichnung im Entscheid.<sup>60</sup> Deswegen ist es nach hier vertretener Ansicht nur konsequent, wenn im Rubrum gemäss Art. 238 lit. c ZPO sämtliche Miterben der Erbgemeinschaft und namentlich auch der Miterbe, welcher die Abstandserklärung abgegeben hat, aufgenommen werden.<sup>61</sup>

Die Nennung der Prozessparteien im Rubrum dient indessen nicht einfach ihrer selbst willen. Mit der Parteibezeichnung gehen vielmehr diverse Rechtswirkungen einher wie beispielsweise die Ausschlusswirkung des Prozesses, die Rechtskraftwirkung des Entscheids und die Eintreibbarkeit der Prozesskosten.<sup>62</sup> Eine falsche Parteibezeichnung kann allenfalls gar zur Nichtigkeit eines Entscheids führen.<sup>63</sup>

Im Zusammenhang mit der Parteibezeichnung hervorzuheben sind die subjektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft. Ein Entscheid kann nämlich grundsätzlich nur unter den Prozessparteien Wirkungen

<sup>56</sup> Vgl. etwa für die Beständigkeit im bundesgerichtlichen Verfahren BGer, 5C.39/2005, 4.8.2005, E. 1.

<sup>57</sup> Dass der Abstand nehmende Miterbe selbst kein Rechtsmittel gegen einen Entscheid einlegen kann, wurde bereits an anderer Stelle erläutert; siehe II.C. hievor.

<sup>58</sup> Die Rechtsbegehren können bis zum Abschluss des Schlichtungsverfahrens und damit namentlich bis zur Erteilung der Klagebewilligung jederzeit geändert werden; siehe BSK ZPO-INFANGER (FN 12), Art. 202 N 4. Vgl. ferner auch SEILER (FN 7), 200.

<sup>59</sup> Zur Notwendigkeit der Erfassung der Tragweite der Abstandserklärung III.B.1. hievor.

<sup>60</sup> Vgl. ZPOKomm-STAEHELIN (FN 12), Art. 238 N 13; DIKE Komm-KRIECH (FN 36), Art. 238 ZPO N 6.

<sup>61</sup> Indes wohl anders BGer, 5C.197/2000, 21.12.2000, E. 1, wonach auf die Nennung der Abstand nehmenden notwendigen Streitgenossen – allerdings im Zusammenhang mit Miteigentum an einer Strassenparzelle – verzichtet werden könne.

<sup>62</sup> Siehe BSK ZPO-STECK/BRUNNER (FN 12), Art. 238 N 11, m.H. auf KUKO ZPO-NAEGELI/MAYHALL (FN 46), Art. 238 N 5.

<sup>63</sup> ZPOKomm-STAEHELIN (FN 12), Art. 238 N 15, m.H. auf BGE 131 I 57 E. 2.2; BSK ZPO-STECK/BRUNNER (FN 12), Art. 238 N 13; DIKE Komm-KRIECH (FN 36), Art. 238 ZPO N 8.

entfalten.<sup>64</sup> Wer Prozesspartei war, ergibt sich nach Abschluss des Verfahrens ausschliesslich aus dem Rubrum, weshalb sich die Wirkungen des Entscheids auch nur auf die dort genannten Personen erstrecken. Dies mag formalistisch erscheinen, zumal dem Gericht und den Erben im Grunde bekannt ist, gegen wen der Entscheid wirken soll und gegen wen nicht. Problematisch wird es hingegen dann, wenn für den Vollzug des Entscheids die Mitwirkung einer anderen Behörde notwendig ist. Dies sei an einem Beispiel dargestellt:

Ist in einem Nachlass neben diversen anderen Aktiven ein Grundstück vorhanden und wird dieses einem Miterben mittels Losentscheides in einem Gestaltungsurteil<sup>65</sup> zu Alleineigentum zugewiesen, so ist die Änderung der Eigentumsverhältnisse – vom Gesamteigentum zum Alleineigentum des auf das Grundstück angewiesenen Miterben – trotz ausserbuchlichen Erwerbs beim Grundbuchamt deklaratorisch anzumelden (vgl. auch Art. 665 Abs. 2 ZGB). Sind bei einer Erbteilung Grundstücke betroffen, werden – unabhängig davon, ob die Erbteilung privatautonom oder gerichtlich erfolgt – zunächst die zur Erbengemeinschaft verbundenen Miterben als Gesamteigentümer und als Universalsukzessoren des Erblassers ins Grundbuch eingetragen.<sup>66</sup> Erst anschliessend kann die Löschung aller anderen Miterben erfolgen. Wenn sich die Eintragung wie hier auf einen gerichtlichen Entscheid stützt, hat das Grundbuchamt unter anderem zu prüfen, ob der entsprechende Entscheid gegen die eingetragenen Personen – mithin vorliegend gegen die zur Erbengemeinschaft verbundenen Miterben – ergangen ist.<sup>67</sup> Im Eintragungsverfahren wäre allerdings ein personeller Unterschied festzustellen zwischen den Erben und den Parteien des Erbteilungsprozesses, in welchem das Grundstück einem Miterben zugeteilt wurde. Aus diesem Grund würde das Grundbuchamt die Anmeldung nicht ohne weiteres vornehmen und könnte diese sogar im Sinne von Art. 966 Abs. 1 ZGB abweisen.<sup>68</sup>

Dieses Beispiel zeigt, dass die Aufnahme des Abstandnehmenden Miterben ins Rubrum nicht nur der Form wegen zu fordern ist, sondern auch der Umsetzung des Entscheides dient. Darüber hinaus tritt dieselbe Problematik im Allgemeinen immer dann auf, wenn Teile eines Urteils durch andere staatliche Organe vollstreckt werden sollen und diese den personellen Unterschied zwischen den zur Erbengemeinschaft gehörenden Erben und den Parteien im Rubrum bemerken. Infolgedessen ist die Aufnahme sämtlicher Miterben ins Rubrum schon nur für die Urteilsumsetzung durchaus angezeigt.

### C. Zustellen von Vorladungen, Verfügungen und Eingaben der aktiven Parteien

Gemäss Art. 136 ZPO stellt das Gericht den betroffenen Personen Vorladungen, Verfügungen und Entscheide sowie die Eingaben der Gegenpartei zu. Es handelt sich bei dieser Norm um eine Konkretisierung des allgemeinen Gehörsanspruchs,<sup>69</sup> weshalb auf diesen Orientierungsanspruch auch verzichtet werden kann.

Wie bereits dargelegt, stellt die Abstandserklärung einen Verzicht auf Teilgehälte des rechtlichen Gehörs dar (II.C.). Es fragt sich deshalb, ob die allgemeine Abstandserklärung gleichsam auch einen vollumfänglichen Verzicht auf den Orientierungsanspruch bedeutet. Diese Frage kann nicht für sämtliche prozessuale Schriftstücke gleich beantwortet werden, unterscheiden sich diese betreffend ihre Bedeutung für eine Prozesspartei doch wesentlich. So hat die Kenntnis einer gewährten Fristverlängerung für den Abstandnehmenden Miterben nicht dieselbe Bedeutung wie diejenige vom Endentscheid in der Sache. Nach hier vertretener Ansicht sind dem betroffenen Miterben trotz der Abstandserklärung zumindest folgende prozessuale Schriftstücke zuzustellen:

- die klägerischen Rechtsbegehren, sofern der Abstandnehmende Miterbe bereits gegenüber der Schlichtungsbehörde die Abstandserklärung abgegeben hat und sich die erstinstanzlichen Rechtsbegehren von denjenigen im Schlichtungsgesuch unterscheiden (III.C.);
- jede Klageänderung durch den Kläger und einer aktiven Partei gemäss Art. 227 ZPO oder Art. 317 Abs. 2 ZPO, da diesfalls die Möglichkeit des Wiederaktivwerdens besteht (III.C.);
- Vorladungen zu Instruktions- und Hauptverhandlungen, sofern das Gericht anlässlich dieser plant, Vergleichsverhandlungen zu führen, weil so die Möglichkeit des Abschlusses eines Erbteilungsvertrages besteht, an welchem sämtliche Miterben<sup>70</sup> mitwirken müssen;

<sup>64</sup> GULDENER (FN 15), 371 ff.; BK ZPO-ZINGG (FN 6), Art. 59 N 136; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 12), § 24 N 15. Aus der Rechtsprechung etwa BGE 89 II 429 E. 4 und BGE 125 III 8 E. 3.

<sup>65</sup> Zum Gestaltungsurteil und dessen Verhältnis zum Leistungs- und Feststellungsurteil bei der richterlichen Erbteilung siehe BK-WOLF (FN 2), Art. 604 ZGB N 37 ff.

<sup>66</sup> «Das schweizerische Grundbuchrecht verlangt [nämlich] eine geschlossene Darstellung des Ablaufs der Eigentumsverhältnisse im Grundbuch»; JÜRIG SCHMID, Notariats- und grundbuchrechtliche Aspekte im erbrechtlichen Umfeld, *successio* 2018, 307.

<sup>67</sup> BSK ZGB II-SCHMID, (FN 6), Art. 965 N 32; ferner auch BGE 102 Ib 8 E. 2.b, sowie OFK-PFAMMATTER (FN 8), Art. 965 ZGB N 9.

<sup>68</sup> In der Praxis würde diesfalls die Eintragung vom Grundbuchamt allerdings kaum direkt abgewiesen. Vielmehr würde sich wohl das Grundbuchamt bei der zuständigen Stelle erkundigen und die entsprechenden Belege nachfordern, welche die Unterwerfung der im Rubrum nicht genannten Miterben unter das Erbteilungsurteil beweisen könnten.

<sup>69</sup> Siehe BK ZPO-HURNI (FN 6), Art. 53 N 21 und 23, welcher hierbei vom «Orientierungsanspruch» spricht; ferner auch BSK ZPO-GEHRI (FN 12), Art. 136 N 5.

<sup>70</sup> Zur Notwendigkeit der Mitwirkung aller Miterben beim Erbteilungsvertrag WOLF/GENNA (FN 4), 376 f.



- der Endentscheid, zumal mit diesem die materielle Rechtslage zwischen den Miterben – unter Vorbehalt eines allfälligen Rechtsmittels – abschliessend geregelt wird.

Betreffend alle weiteren prozessualen Schriftstücke kann infolge der Abstandserklärung von einem Verzicht auf den Orientierungsanspruch ausgegangen werden, weshalb diese dem Abstand nehmenden Miterben nicht zuzustellen sind.

#### D. Prozesskostenverteilung

In erbrechtlichen Streitigkeiten ist der Streitwert in der Regel relativ hoch.<sup>71</sup> Folglich fallen auch die Prozesskosten tendenziell hoch aus.<sup>72</sup> Für den Abstand nehmenden Miterben ist es daher von erheblicher Relevanz, wie das Gericht seine Abstandserklärung bei der Verteilung der Prozesskosten berücksichtigt.

In Erbteilungsprozessen wird selten eine Partei vollständig obsiegen oder unterliegen,<sup>73</sup> weshalb der Grundsatz von Art. 106 Abs. 1 ZPO für die Prozesskostenverteilung im Allgemeinen als ungeeignet erscheint. Hervorzuheben ist im vorliegenden Zusammenhang insbesondere, dass der Abstand nehmende Miterbe die Klage nicht anerkennt (II.B.1), weswegen er nicht als unterliegende Partei betrachtet werden kann und die Prozesskosten nicht alleine zu tragen hat. Wie bereits gezeigt wurde (II.B.2), führt die Abstandserklärung allerdings auch nicht zu einem Verlust der Parteistellung und der Abstand nehmende Miterbe kann daher nicht auf die Befreiung von jeglichen Prozesskosten vertrauen.<sup>74</sup>

Aufgrund der passiven Parteistellung des Abstand nehmenden Miterben rechtfertigt sich in solchen Fällen eine Prozesskostenverteilung nach Ermessen gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO.<sup>75</sup> Damit kann das Ge-

richt namentlich dem Umstand Rechnung tragen, dass nicht zwingend alle Miterben, welche vom Verfahren Abstand nehmen wollen, gleichzeitig die Abstandserklärung abgeben. Gibt ein Miterbe erst kurz vor der Urteilsöffnung seine Erklärung ab, hat er unter anderem am Beweisverfahren teilgenommen und allenfalls gar Beweismassnahmen provoziert, so hat er freilich einen gewichtigeren Anteil an den Prozesskosten zu tragen als derjenige Miterbe, welcher bereits anlässlich der Schlichtungsverhandlung den Abstand erklärte. Das Gericht hat dabei jede Partei einzeln zu betrachten und ihren Anteil an den Kosten entsprechend der Beteiligung festzulegen.<sup>76</sup> Dies kann je nach Konstellation dazu führen, dass ein Miterbe, welcher frühzeitig den Abstand erklärt hat, keine Prozesskosten zu tragen hat.

#### V. Hinweis auf die Ungültigkeits- und die Herabsetzungsklage

Die bisherigen Ausführungen haben sich ausschliesslich auf die Erbteilungsklage bezogen. In der Praxis kommt es jedoch häufig vor, dass die Erbteilungsklage im Sinne einer objektiven Klagehäufung gemäss Art. 90 ZPO mit einer Ungültigkeits- und/oder Herabsetzungsklage kombiniert wird.<sup>77</sup> Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, an dieser Stelle einen Hinweis betreffend die Abstandserklärung bei der Ungültigkeits- (Art. 519 ff. ZGB) und der Herabsetzungsklage (Art. 522 ZGB) anzubringen.

Im Unterschied zur Erbteilungsklage bilden die Miterben bei der Ungültigkeits- und bei der Herabsetzungsklage keine notwendige Streitgenossenschaft.<sup>78</sup> Der klagende Miterbe kann zwar gegen sämtliche Miterben die Ungültigkeits- oder die Herabsetzungsklage als einfache Streitgenossen erheben, er ist dazu aber nicht verpflichtet.<sup>79</sup> Infolgedessen müssen die beklagten Miterben auch nicht prozessual gemeinsam handeln. Das heisst, dass jeder beklagte Miterbe für sich alleine die Ungültigkeits- oder die Herabsetzungsklage im Schlichtungsverfahren

<sup>71</sup> Der Streitwert ist vor allem dann hoch, wenn der Teilungsanspruch an sich strittig ist, weil diesfalls das gesamte Teilungsvermögen den Streitwert bildet (siehe BGE 127 III 396 E. 1, m.H. auf BGE 86 II 451 E. 2). Siehe allgemein zur Berechnung des Streitwerts bei erbrechtlichen Streitigkeiten ANDREAS BAUMANN, Über die Bemessung des Streitwertes, insbesondere bei Teilungsklagen, *successio* 2009, 281 ff.

<sup>72</sup> Die Höhe der Prozesskosten bestimmt sich zwar nach den kantonalen Tarifen (Art. 96 ZPO), doch knüpfen diese Tarife in der Regel an den Streitwert an (siehe SUTTER-SOMM [FN 16], N 629; vgl. z.B. für die Gerichtskosten im Kanton Bern Art. 36 Abs. 1 des Dekrets betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [Verfahrenskostendekret, VKD, BSG 161.12]).

<sup>73</sup> Siehe STEPHAN WOLF/RICCARDO BRAZEROL, Grundsätze für die Vornahme der Erbteilung durch das Gericht, *AJP* 2016, 1442; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER (FN 9), 357; SEILER (FN 7), 208.

<sup>74</sup> Vgl. WOLF/BRAZEROL (FN 73), 1433.

<sup>75</sup> Wohl auch PraxKomm-WEIBEL (FN 6), Art. 604 ZGB N 14, m.H. auf BGer, 5P.37/2001, 23.5.2001, E. 1.b. und 9. Weitergehend WOLF/BRAZEROL (FN 73), 1442, SUTTER-SOMM/LÖTSCHER (FN 9), 357, und SEILER (FN 7), 208, welche bei Erbteilungsprozessen stets – unabhängig davon, ob ein Miterbe den

Abstand erklärt oder nicht – eine Verteilung nach Ermessen empfehlen.

<sup>76</sup> Insoweit greift trotz der Verteilung nach Ermessen (Art. 107 ZPO) die Regel von Art. 106 Abs. 3 ZPO. Vgl. dazu auch SUTTER-SOMM/LÖTSCHER (FN 9), 357.

<sup>77</sup> Zur Zulässigkeit einer solchen Klagenhäufung BK-WOLF (FN 2), Art. 604 ZGB N 66; BK-TUOR/PICENONI (FN 2), Art. 604 ZGB N 4b; PraxKomm-WEIBEL (FN 6), Art. 604 ZGB N 27; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER (FN 6), Art. 604 N 5. Siehe für einen Formulierungsvorschlag einer kombinierten Erbteilungsklage BRÜCKNER/WEIBEL (FN 4), N 356.

<sup>78</sup> Siehe für die Ungültigkeitsklage STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. IV: Erbrecht, 1. Teilbd., Basel 2012, 345, und für die Herabsetzungsklage 502.

<sup>79</sup> Nur ausnahmsweise bilden sämtliche Miterben bei der Ungültigkeitsklage eine notwendige Streitgenossenschaft; dazu SEILER (FN 9), N 239 ff., m.w.H.

nach Art. 208 ZPO und im erstinstanzlichen Verfahren nach Art. 241 ZPO anerkennen kann.<sup>80</sup>

Bei der Ungültigkeits- und bei der Herabsetzungsklage erscheint es daher nicht angebracht, die Abstandserklärung als Verzicht auf Teilgelte des rechtlichen Gehörs zu qualifizieren. Vielmehr ist diesfalls in der Abstandserklärung eine eigentliche Klageanerkennung zu erblicken. Denn das Ungültigkeits- und das Herabsetzungsverfahren betreffen im Unterschied zur Erbteilungsklage jeweils nur den Kläger und jeden Miterben einzeln. Eine allfällige einfache Streitgenossenschaft ändert daran nichts. Will sich ein Miterbe von einem solchen Prozesse fernhalten, so hat er auch die entsprechende Klage anzuerkennen. Andernfalls hat er sich aktiv am Ungültigkeits- oder am Herabsetzungsverfahren zu beteiligen.

Diese Differenzierung hat zur Folge, dass bei einer kombinierten Klage, in welcher beispielsweise einerseits die Ungültigkeitsklage und andererseits die Teilungsklage erhoben werden, der Abstandserklärung für die einzelnen Rechtsbegehren eine unterschiedliche Bedeutung zukommt. Im einen Fall bedeutet sie eine Klageanerkennung, im anderen einen Verzicht auf Teilgelte des rechtlichen Gehörs und die Befugnis ein Rechtsmittel einzulegen. Für die Praxis ist deshalb zu empfehlen, die Abstandserklärung nicht einfach pauschal abzugeben, sondern hierbei auf jedes Begehren in der Klage einzeln Bezug zu nehmen.

8. Bei der Ungültigkeits- und der Herabsetzungsklage ist eine Abstandserklärung als eigentliche Klageanerkennung gemäss Art. 241 ZPO zu qualifizieren.

## VI. Erkenntnisse in Thesen

Die wesentlichen Erkenntnisse dieses Beitrages lassen sich in folgende Thesen zusammenfassen:

1. Die Abstandserklärung im Erbteilungsprozess ist grundsätzlich keine Klageanerkennung, sondern ein Verzicht auf Teilgelte des Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie auf das Recht gegen den erwarteten Entscheid ein Rechtsmittel zu ergreifen.
2. Eine vorprozessual abgegebene Abstandserklärung ist gegenüber der Schlichtungsbehörde oder dem erstinstanzlichen Gericht ausdrücklich zu bestätigen.
3. Die Abstandserklärung kann vor jeder Instanz bis zur Entscheideröffnung abgegeben werden.
4. Die einmal abgegebene Abstandserklärung hat für das ganze Verfahren inkl. die Rechtsmittelverfahren Bestand. Nur in besonderen Fällen kann die abgegebene Erklärung widerrufen werden.
5. Im Rubrum des Erbteilungsurteils sind sämtliche Miterben aufzuführen, unabhängig davon, ob sie eine Abstandserklärung abgegeben haben oder nicht.
6. Dem Abstand nehmenden Miterben sind nicht mehr sämtliche prozessuale Schriftstücke zuzustellen.
7. Liegt eine antizipierte Abstandserklärung vor, so rechtfertigt sich in der Regel eine Prozesskostenverteilung nach Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO.

<sup>80</sup> Vgl. hierzu auch BK ZPO-GROSS/ZUBER (FN 6), Art. 71 N 19.