



## Aufhebung von Miteigentum in der Erbengemeinschaft

### Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur des Aufhebungsanspruchs

YANNICK MINNIG\*

*Der nachfolgende Beitrag widmet sich der Frage, wie die Aufhebung von Miteigentum in der Erbengemeinschaft möglich ist. Anhand dogmatischer Konstrukte zeigt der Autor dabei zunächst auf, wie der Aufhebungsanspruch nach Art. 650 Abs. 1 ZGB und die Aufhebungsklage nach Art. 651 Abs. 2 ZGB rechtlich zu qualifizieren sind. Die Erkenntnisse dieser Qualifikation werden alsdann auf die Rechtsausübung in der Erbengemeinschaft angewendet. Hierbei liegt der Schwerpunkt beim Einstimmigkeitsprinzip in der Erbengemeinschaft sowie dessen Ausnahmen. Schliesslich liefert der Beitrag – in Abgrenzung zu Art. 650 f. ZGB – einige Hinweise zur Aufhebung von Miteigentum im Erbteilungsprozess.*

*La contribution suivante est consacrée à la possibilité d'abrogation de la copropriété dans la communauté héréditaire. Sur la base d'hypothèses de travail dogmatiques, l'auteur montre dans un premier temps comment le droit d'abrogation selon l'art. 650 al. 1 CC et l'action en annulation selon l'art. 651 al. 2 CC doivent être qualifiés juridiquement. Les résultats de cette qualification sont ensuite appliqués à l'exercice des droits dans la communauté héréditaire. L'accent est mis ici sur le principe de l'unanimité dans la communauté héréditaire et ses exceptions. Enfin, la contribution apporte, par opposition à l'art. 650 f. CC, quelques conseils sur l'abrogation de la copropriété dans le processus de partage successoral.*

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Mögliche Varianten
- III. Juristische Konstruktion
- IV. Auswirkungen der Untergemeinschaft auf die Aufhebung
  - A. Grundsatz und Problemstellung
  - B. Massgebende Rechtsgemeinschaft für die Rechtsausübung
- V. Rechtsnatur des Aufhebungsanspruchs nach Art. 650 Abs. 1 ZGB
  - A. Allgemein
  - B. Gestaltungsrecht
  - C. Klagloser Anspruch
  - D. Verhältnis zur Gestaltungsklage nach Art. 651 Abs. 2 ZGB
- VI. Auswirkungen der Rechtsnatur auf das gemeinschaftliche Handeln
- VII. Mögliche Ausnahmen vom Einstimmigkeitsprinzip
  - A. Allgemeines
  - B. Bestellung eines Erbenvertreters
  - C. Dringlichkeit oder Gefahr im Verzug
  - D. Einbezug aller Miterben in ein Verfahren
    1. Allgemein
    2. Der andere Miteigentümer ist nicht Erbe
    3. Der andere Miteigentümer ist Erbe
  - E. Ergebnis
- VIII. Aufhebung durch Erbteilung
  - A. Grundsätzliches
  - B. Anwendung von Art. 650 f. ZGB im Erbteilungsprozess
  - C. Hinweise zur Problematik des Verkehrswerts
- IX. Zusammenfassung

#### I. Einleitung

Der Nachlass eines Erblassers setzt sich in der Regel aus ganz unterschiedlichen Vermögensgegenständen zusammen. Art. 560 Abs. 2 ZGB erwähnt als solche namentlich Forderungen, Eigentum, beschränkte dingliche Rechte und den Besitz.<sup>1</sup> Eigentum ist dabei nicht nur das Eigentumsrecht des Alleineigentümers, sondern auch das Recht des Miteigentümers.<sup>2</sup> Demnach gehört auch ein entsprechender Miteigentumsanteil unzweifelhaft zum Nachlass. Ist sodann nicht nur ein Alleinerbe vorhanden, sondern eine Mehrheit von Erben – also eine Erbengemeinschaft –, liegt eine besondere Konstellation vor. Denn die Erbengemeinschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand gehört diesfalls einer Bruchteilsgemeinschaft an. Hieraus können sich vor allem bei der Aufhebung des Miteigentums nach Art. 650 ZGB und Art. 651 ZGB diverse Fragen stellen. Der vorliegende Beitrag widmet sich der Frage, ob einer oder allenfalls auch mehrere Miterben entgegen dem Willen der übrigen Miterben die Aufhebung des Miteigentums verlangen und vor allem

\* YANNICK MINNIG, Dr. iur., Rechtspraktikant bei III dasadvokaturbuero. Der vorliegende Beitrag basiert im Wesentlichen auf einem Vortrag, den der Verfasser anlässlich eines internationalen Doktorandenkolloquiums der Universitäten Bern und Innsbruck gehalten hat. Der Verfasser dankt Herrn Prof. Dr. iur. Stephan Wolf für die Durchsicht des Manuskripts.

<sup>1</sup> Ausführlich zum Umfang des Nachlasses und zu den einzelnen Bestandteilen PETER TUOR/VITO PICENONI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 2. A., Bern 1964 (zit. BK-TUOR/PICENONI), Art. 560 ZGB N 2 ff.

<sup>2</sup> Vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 5. A., Bern 1981 (zit. BK-MEIER-HAYOZ), Art. 646 ZGB N 3: «[...] das Recht des einzelnen Miteigentümers ist nicht ein neben das Eigentum sich stellendes und dieses belastendes Bruchteilsrecht, sondern es ist Eigentum (Sacheigentum) [...]»

auch prozessual durchsetzen können. Dieser Fragenkomplex umfasst ebenfalls die Beurteilung der Rechtsnatur des Aufhebungsanspruchs nach Art. 650 Abs. 1 ZGB sowie das Verhältnis dieser Norm zur Aufhebungsklage von Art. 651 Abs. 2 ZGB.<sup>3</sup> Hierbei bedient sich der Beitrag eines von der bisherigen Lehre und Rechtsprechung abweichenden Ansatzes.

## II. Mögliche Varianten

Für die eingangs gestellte Frage ist zwischen zwei typischen Varianten zu unterscheiden, welche vorweg aufzuzeigen sind. Die Bruchteilsgemeinschaft kann sich einerseits aus den Erben und einem Dritten – einem Nichterben – zusammensetzen oder aber andererseits nur aus Erben bestehen.<sup>4</sup> Der erste Fall liegt dann vor, wenn der Erblasser zu Lebzeiten Miteigentümer war und der andere Miteigentümer nicht – weder gesetzlicher noch eingesetzter – Erbe ist.<sup>5</sup> Vom zweiten Fall ist auszugehen, wenn der andere Miteigentümer zugleich auch Erbe ist.<sup>6</sup> Diese Differenzierung dient dabei nicht nur ihrer selbst willen. Vielmehr wird sich nachfolgend zeigen, dass je nach Konstellation die eingangs gestellte Frage der Aufhebung von Miteigentum anders zu beantworten ist.<sup>7</sup>

## III. Juristische Konstruktion

Wie einleitend angemerkt,<sup>8</sup> gehören bei der Vererbung eines Miteigentumsanteils die zur Erbengemeinschaft verbundenen Erben einer Bruchteilsgemeinschaft an. Insofern liegt gewissermassen ein doppelstufiges gemeinschaftliches Eigentum vor. Denn das Miteigentum und das Eigentum zu gesamter Hand überlagern sich.<sup>9</sup> Die

Erbengemeinschaft stellt dabei in Bezug auf die Bruchteilsgemeinschaft eine sogenannte Untergemeinschaft dar.<sup>10</sup> Der Begriff der Untergemeinschaft wird in Lehre und Rechtsprechung zwar häufig im Zusammenhang mit dem gemeinschaftlichen Eigentum an einem Stockwerkanteil verwendet.<sup>11</sup> Jedoch erscheint die Verwendung dieses Terminus ganz allgemein immer dann zutreffend, wenn die Rechtszuständigkeit an einem Miteigentumsanteil mehreren Personen zukommt, sei es als Mit- oder als Gesamteigentümer.<sup>12</sup>

Demgegenüber liegt keine Untergemeinschaft vor, wenn ein Miteigentümer seinen Anteil im Sinne von Art. 646 Abs. 3 ZGB an mehrere Personen zu Miteigentum veräussert, ohne dass diese den Miteigentumsanteil gemeinschaftlich erwerben. Diesfalls entsteht in der Regel keine Untergemeinschaft. Vielmehr werden die Erwerber Miteigentümer mit entsprechend um die Anzahl der Erwerber verminderten Quoten.<sup>13</sup>

1. Teilbd., Basel 2012, 56 f., allerdings bezogen auf die Überlagerung von Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft.

<sup>10</sup> So auch für das deutsche Recht KARSTEN SCHMIDT, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. VI: Schuldrecht, Besonderer Teil IV, §§ 705–853 BGB, 7. A., München 2017 (zit. MünchKomm-SCHMIDT), § 749 BGB N 17.

<sup>11</sup> Siehe aus der Lehre etwa ARTHUR MEIER-HAYOZ/HEINZ REY, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a–712t ZGB, Bern 1988 (zit. BK-MEIER-HAYOZ/REY), Art. 712a ZGB N 12 f. und Art. 712b ZGB N 82 ff.; BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN, Art. 646 N 8, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2015 (zit. BSK ZGB II-Verfasser); aus der Rechtsprechung BGE 117 II 251 E. 6; 129 III 216 E. 3.2.3.

<sup>12</sup> Im Ergebnis wie hier KUKO ZGB-DOMEJ/SCHMIDT, Art. 646 N 1, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. A., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-DOMEJ/SCHMIDT); JONAS MANGISCH, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. A., Zürich 2016, Art. 646 ZGB N 1. Bei der Gesamthandsgemeinschaft wird demgegenüber zuweilen vertreten, dass eine Untergemeinschaft an einer solchen ausgeschlossen sei, weil die Struktur der Gesamthandsgemeinschaft eine Unterbeteiligung ausschliesse; so BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN (FN 11), Vor Art. 646–654a N 10. Allerdings ist nach richtiger Auffassung auch bei einer Gesamthandsgemeinschaft eine Untergemeinschaft durchaus möglich, nämlich beispielsweise dann, wenn in einer Erbengemeinschaft ein Erbe stirbt und dessen Recht an der Erbschaft an seine Erben vererbt wird. Man spricht hierbei von einer Untererbengemeinschaft. Siehe dazu vornehmlich WOLF/GENNA (FN 9), 117.

<sup>13</sup> Ähnlich zum deutschen Recht JAN EICKELBERG, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 741–764 (Gemeinschaft, Leibrente, Spiel), Berlin 2015 (zit. Staudinger-EICKELBERG), § 746 BGB N 20.

<sup>3</sup> Siehe hierzu V. hienach.

<sup>4</sup> Nachfolgend wird des besseren Verständnisses wegen davon ausgegangen, dass jeweils nur zwei Miteigentumsanteile vorhanden sind. Das heisst, dass zu Lebzeiten des Erblassers dieser und ein anderer Miteigentümer die Bruchteilsgemeinschaft bildeten, wohingegen nach dessen Ableben die Bruchteilsgemeinschaft aus dem anderen Miteigentümer und der Erbengemeinschaft besteht. Die entsprechenden Ausführungen gelten aber sinngemäss auch für komplexere Miteigentumsverhältnisse.

<sup>5</sup> Beispiel: Der Erblasser X. ist Miteigentümer einer Ferienwohnung, wobei der andere Miteigentümer lediglich sein guter Freund Y. ist, welcher nicht als Erbe eingesetzt wird.

<sup>6</sup> Beispiel: Der Erblasser X. ist Miteigentümer einer Ferienwohnung, wobei die andere Miteigentümerin seine Ehefrau Z. ist.

<sup>7</sup> Vgl. dazu VII.D. hienach.

<sup>8</sup> Siehe I. hievor.

<sup>9</sup> Siehe dazu auch die Ausführungen von STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV: Erbrecht,

## IV. Auswirkungen der Untergemeinschaft auf die Aufhebung

### A. Grundsatz und Problemstellung

Für das Miteigentum sieht Art. 650 Abs. 1 ZGB vor, dass jedem Miteigentümer allein das Recht zukommt, die Aufhebung des Miteigentums zu verlangen, wenn sie nicht durch ein Rechtsgeschäft, durch Aufteilung zu Stockwerkeigentum oder durch die Bestimmung der Sache für einen dauernden Zweck ausgeschlossen ist.<sup>14</sup> Mit dieser Norm trägt der Gesetzgeber der individuellen Ausgestaltung des Miteigentums Rechnung.<sup>15</sup> Niemand soll – mit Ausnahme der objektivrechtlich normierten Ausschlussgründe – entgegen seinem Willen in einer Bruchteilsgemeinschaft verbleiben müssen.<sup>16</sup> Desgleichen kann auch die Aufhebungsklage von Art. 651 Abs. 2 ZGB von jedem Miteigentümer einzeln erhoben werden.<sup>17</sup>

Entscheidend ist nun, welche Auswirkungen die Untergemeinschaft, also die Erbengemeinschaft, auf diesen jedem Miteigentümer zustehenden Aufhebungsanspruch und die allenfalls zu erhebende Aufhebungsklage hat. Denn die Erben sind gemäss Art. 602 Abs. 2 ZGB grundsätzlich zu gemeinsamem Handeln verpflichtet (Einstimmigkeitsprinzip).<sup>18</sup> Somit stehen sich in der juristischen Konstruktion der Untergemeinschaft individuelles und gemeinschaftliches Handeln gegenüber. Für die Frage, ob ein Miterbe entgegen dem Willen der übrigen Miterben die Aufhebung des Miteigentums verlangen und durchsetzen kann, sind die Auswirkungen dieser juristischen Konstruktion näher zu betrachten.

### B. Massgebende Rechtsgemeinschaft für die Rechtsausübung

Zunächst ist die massgebende Rechtsgemeinschaft für die Rechtsausübung zu bestimmen. Grundsätzlich ändert der Erbgang weder die bestehenden, noch begründet er neue Rechtspositionen auf Seiten des Erblassers oder der Erben.<sup>19</sup> Der Miteigentumsanteil des Erblassers wird demnach durch den Erbgang nicht verändert und bleibt in seiner ursprünglichen Struktur bestehen. Einzig die Rechtszuständigkeit am Miteigentumsanteil ändert in der Weise, als diese aufgrund der Universalsukzession den Erben zukommt. Hierbei liegt eine mehrfache Rechtszuständigkeit am Miteigentumsanteil vor.<sup>20</sup> Sonach werden durch den Erbgang keine neuen Miteigentumsanteile begründet. Das bedeutet letztlich, dass nur die Erbengemeinschaft – als Subjekt – als Untergemeinschaft Miteigentümerin und damit die für die Rechtsausübung massgebende Rechtsgemeinschaft ist.<sup>21</sup>

Wenngleich die Rechtspositionen des Erblassers bei den Erben zwar grundsätzlich im Rahmen der Erbengemeinschaft fortbestehen,<sup>22</sup> ergibt sich eine wesentliche Änderung bei der Willensbildung. Während der Erblasser seinen Willen – als inneren psychologischen Vorgang<sup>23</sup> – naturgemäss selbst bilden und anschliessend äussern konnte, ist dies bei einer Erbengemeinschaft als massgebende Rechtsgemeinschaft nicht mehr möglich. Infolge der bereits erwähnten mehrfachen Rechtszuständigkeit am Miteigentumsanteil bedarf es zur Rechtsausübung in der Regel eines einheitlichen Willens innerhalb der Untergemeinschaft. Für die Willensbildung in der Erbengemeinschaft schreibt nämlich Art. 602 Abs. 2 ZGB ausdrücklich das Einstimmigkeitsprinzip vor. Daraus folgt, dass für die Rechtsausübung innerhalb der Bruchteilsgemeinschaft alle Erben grundsätzlich gemeinsam handeln und namentlich auch einen gemeinsamen Willen fassen müssen. Durch den Grundsatz des gemeinschaftlichen Handelns wird die Frage nach dem Vorgehen beim Aufhe-

<sup>14</sup> Auf die einzelnen Aufhebungsbeschränkungen wird in diesem Beitrag nicht näher eingegangen. Vgl. zu diesen statt vieler BK-MEIER-HAYOZ (FN 2), Art. 650 ZGB N 7 ff.

<sup>15</sup> Vgl. auch BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN (FN 11), Art. 650 N 1.

<sup>16</sup> Dem gleichen Zweck dient auch Art. 646 Abs. 3 ZGB, wonach jeder Miteigentümer seinen Anteil veräussern kann. Vgl. THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Bd. V: Sachenrecht, 1. Teilbd.: Eigentum und Besitz, 2. A., Basel 2014, N 251.

<sup>17</sup> Vgl. dazu PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Bd. I: Introduction à l'étude des droits réels, Possession et registre foncier, Dispositions générales sur la propriété, Propriété par étages, 5. A., Bern 2012, N 1189.

<sup>18</sup> Siehe zum Einstimmigkeitsprinzip etwa BGE 125 III 219 E. 1. Vgl. jedoch für die Kritik dieses Entscheides in anderer Hinsicht VII.D.3. hienach.

<sup>19</sup> Vgl. dazu WOLF/GENNA (FN 9), 24 f. Siehe auch STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, N 28.

<sup>20</sup> Einlässlich zur mehrfachen Rechtszuständigkeit STEPHAN WOLF, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, Habil. Bern, Bern 2004, 40 ff.

<sup>21</sup> Im Ergebnis wie hier BK-MEIER-HAYOZ/REY (FN 11), Art. 712a ZGB N 13, Art. 712b ZGB N 84 und Art. 712o ZGB N 5, allerdings bezogen auf die Untergemeinschaft bei Stockwerkeigentum.

<sup>22</sup> WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (FN 19), N 28.

<sup>23</sup> Allgemein zur Willensbildung bereits ANDREAS VON TUHR, Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Die rechterheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, 1. Hälfte, München/Leipzig 1914, 399.

bungsanspruch allerdings nicht abschliessend beantwortet. Denn die Lehre und die Rechtsprechung haben eine Vielzahl von Ausnahmen vom Einstimmigkeitsprinzip geschaffen,<sup>24</sup> welche auch in der vorliegenden Konstellation zur Anwendung gelangen können.<sup>25</sup> Die angemessene Betrachtung der Ausnahmen setzt die vorgängige Bestimmung der Rechtsnatur des Aufhebungsanspruchs und dessen Abgrenzung zur Aufhebungsklage voraus.

## V. Rechtsnatur des Aufhebungsanspruchs nach Art. 650 Abs. 1 ZGB

### A. Allgemein

Das objektive Recht räumt in Art. 650 Abs. 1 ZGB jedem Miteigentümer die Befugnis ein, die Aufhebung des Miteigentums zu verlangen. Dieser kann mithin durch eine Willenserklärung gegenüber den anderen Miteigentümern seine Interessen verwirklichen und letztlich die Aufhebung herbeiführen. Insoweit kann der Aufhebungsanspruch wohl unstrittig als subjektives Recht verstanden werden.<sup>26</sup> Schwieriger ist derweil die Einordnung des Aufhebungsanspruchs innerhalb des Systems der subjektiven Rechte. In der vorliegenden Konstellation kommt dabei eine Ausgestaltung des Aufhebungsanspruchs als Gestaltungsrecht oder als – technisch verstandener – Anspruch infrage.

### B. Gestaltungsrecht

Unter dem Gestaltungsrecht wird gemeinhin die Befugnis des Rechtsinhabers verstanden, durch eine einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung in die Rechtssphäre eines anderen einzugreifen und eine Rechtsänderung herbeizuführen.<sup>27</sup> Mithin wird mit der Geltend-

machung des Gestaltungsrechts durch eigenes Können und ohne Mitwirkung des Betroffenen in den Bestand der subjektiven Rechte desselben eingegriffen.<sup>28</sup> Hierbei kann der Eingriff rechtsbegründend, rechtsändernd oder rechtsaufhebend sein.<sup>29</sup> Für den Aufhebungsanspruch fällt von vornherein ein rechtsbegründendes Gestaltungsrecht ausser Betracht. Denn durch die Geltendmachung des Aufhebungsanspruchs wird weder im Vermögen des Ansprechers noch in demjenigen des Anspruchsgegners ein subjektives Recht begründet. Demnach kann allenfalls ein rechtsänderndes oder ein rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht vorliegen. Doch muss bei genauerer Betrachtung auch eine solche Qualifizierung verworfen werden. Durch die Geltendmachung des Aufhebungsanspruchs werden nämlich die Vermögen der Miteigentümer und somit auch der jeweilige Bestand an subjektiven Rechten nicht berührt. Vielmehr verlangt der ausübende Miteigentümer mit dem Aufhebungsanspruch gegenüber dem oder den anderen Miteigentümern vorerst nur die Mitwirkung an der Aufhebung des Miteigentums und die anschliessende Einräumung der alleinigen Rechtszuständigkeit an der Sache, an einem Teil davon oder an deren Surrogat.<sup>30</sup> So nach stellt der Aufhebungsanspruch nach Art. 650 Abs. 1 ZGB gerade kein Gestaltungsrecht dar.

### C. Klagloser Anspruch

Wenn der Aufhebungsanspruch kein Gestaltungsrecht ist, so fragt sich, wie dessen Rechtsnatur sonst beurteilt werden kann. Für die Beantwortung dieser Frage ist der eigentliche Inhalt des Aufhebungsanspruchs nach Art. 650 Abs. 1 ZGB relevant. Dieser besteht – nach hier vertretener Ansicht und wie bereits erwähnt<sup>31</sup> – darin, vom anderen Miteigentümer die Mitwirkung an der Aufhebung des Miteigentums und die anschliessende Einräumung der alleinigen Rechtszuständigkeit an der Sache, an einem Teil davon oder an deren Surrogat zu verlangen. Man könnte daher meinen, dass es sich hierbei um einen Anspruch im technischen Sinne handelt, welcher im Prozess mittels

<sup>24</sup> Siehe für eine ausführliche Übersicht STEPHAN WOLF/MARTIN EGGEL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014 (zit. BK-WOLF bzw. BK-WOLF/EGGEL), Art. 602 ZGB N 72 ff.

<sup>25</sup> Dazu VII. hienach.

<sup>26</sup> Der Begriff und der Inhalt des subjektiven Rechts sind nach wie vor umstritten. Siehe etwa die Hinweise bei WOLFGANG PORTMANN, Wesen und System der subjektiven Privatrechte, Habil. Zürich, Zürich 1996, N 23 ff. Nach hier vertretener Auffassung wird unter dem subjektiven Recht die dem Individuum vom objektiven Recht zugestandene Befugnis verstanden, nach seinem Willen seine Interessen durchzusetzen.

<sup>27</sup> Vgl. ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A., Zürich 1979, 23; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., Bern 2016, N 3.06.

<sup>28</sup> Siehe EUGEN BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbezugnis, Habil. Zürich, Tübingen 1965, 91.

<sup>29</sup> So ANDREAS VON TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I: Allgemeine Lehre und Personenrecht, Leipzig 1910, 162. Kritisch zu dieser Einteilung BUCHER (FN 28), 94.

<sup>30</sup> Zumindest ähnlich BK-MEIER-HAYOZ (FN 2), Art. 650 ZGB N 1; PASCAL SIMONIUS/THOMAS SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel 1995, § 14 N 115.

<sup>31</sup> Vgl. V.B. soeben.

Leistungsklage eingefordert werden kann.<sup>32</sup> Die Problematik liegt nun allerdings darin, dass sich der Anspruchsinhalt eben nur auf die Aufhebung dem Grundsatz nach bezieht, nicht aber die Art festlegt, mit welcher die Aufhebung erreicht werden soll. Die Aufhebungsart kann nämlich von den Miteigentümern – zumindest bei Einigkeit – frei bestimmt werden. So können sie eine körperliche Teilung der Sache, einen Verkauf aus freier Hand, eine Versteigerung oder eine Übertragung der Sache insgesamt auf einen Miteigentümer vereinbaren (vgl. Art. 651 Abs. 1 ZGB).

Für den Fall, dass sich die Miteigentümer nicht über eine Aufhebungsart verständigen können, sieht der Aufhebungsanspruch nach Art. 650 Abs. 1 ZGB kein Recht auf eine bestimmte Aufhebungsart vor. Aus dem Anspruchsinhalt von Art. 650 Abs. 1 ZGB ergibt sich mithin in der Folge ein prozess- und vollstreckungsrechtliches Problem. Denn selbst wenn die übrigen Miteigentümer zur Mitwirkung an der Aufhebung vom Gericht mittels Leistungsurteils verurteilt werden, bedeutet dies nicht, dass sie sich effektiv über die Art der Aufhebung einigen können. Dies müssen sie allerdings auch nicht. Art. 650 Abs. 1 ZGB begründet nämlich nach hier vertretener Auffassung keine Kontrahierungspflicht.<sup>33</sup> Eine Einigung unter den Miteigentümern ist nun aber letztlich unabdingbare Voraussetzung für die effektive Aufhebung. Daher würde im Ergebnis auch jedes Leistungsurteil gestützt auf Art. 650 Abs. 1 ZGB scheitern und gleichsam wäre eine Urteilstvollstreckung von vornherein ausgeschlossen. Zwar könnte mit der Vollstreckung unter Umständen mit indirektem Zwang (Art. 343 Abs. 1 lit. a–c ZPO) eine Mitwirkung bei den Aufhebungsverhandlungen erzwungen werden, nicht aber eine Einigung bei den Verhandlungen betreffend die Aufhebungsart. Wenn also beispielsweise ein Miteigentümer vom anderen Miteigentümer die Aufhebung verlangen würde und das Gericht letzteren dazu verurteilt, an der Aufhebung mitzuwirken, so kann sich der weigernde Miteigentümer dadurch der Vollstreckung und den – meist finanziellen – Folgen des indirekten Zwangs entziehen, indem er zwar an den Aufhebungsverhandlungen mitwirkt, sich aber jedem Aufhebungsvorschlag widersetzt. Aus dem Inhalt von Art. 650 Abs. 1

ZGB folgt damit im Ergebnis, dass der Aufhebungsanspruch nicht vollstreckbar ist.

Fehlt einem Anspruch die Vollstreckbarkeit, so kann er prozessrechtlich nicht mit einer Leistungsklage geltend gemacht werden. Es mangelt diesfalls am Rechtsschutzinteresse und damit auch am Klagerecht.<sup>34</sup> Denn selbst bei Gutheissung einer allfälligen Leistungsklage verbessert sich die Rechtsstellung des Ansprechers nicht und er kommt seinem eigentlichen Ziel, nämlich der Aufhebung des Miteigentums, nicht wesentlich näher. Mithin liegt ein prozessrechtlich nicht durchsetzbarer Anspruch vor, der als klagloser Anspruch<sup>35</sup> bezeichnet werden kann.

Der Begriff des klaglosen Anspruchs mag auf den ersten Blick befremdlich und als ein Widerspruch in sich erscheinen. Häufig wird nämlich davon ausgegangen, dass ein Anspruch schon rein begriffsmässig auch gerichtlich geltend gemacht werden könne, also klagbar ist.<sup>36</sup> Dieser Auffassung kann nach hiesigem Verständnis indes nicht gefolgt werden.<sup>37</sup> Denn die Klagbarkeit eines Anspruchs beurteilt sich allein nach dem Prozessrecht.<sup>38</sup> Das Prozessrecht bestimmt folglich, welche Rechtsbehauptungen dem Zivilprozess zugänglich sind und welche nicht. Demgegenüber ergibt sich der Bestand einer Forderung oder eines Anspruchs allein aus dem materiellen Recht.<sup>39</sup> In diesem Sinne vermögen beispielsweise fehlende Prozess-

<sup>34</sup> So MAX KUMMER, *Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht*, Habil. Bern, Bern 1954, 35, der diese Thematik unter dem treffenden Titel «Das Urteil trägt keinen Nutzen ein» behandelt.

<sup>35</sup> Zum klaglosen Anspruch etwa VON TUHR (FN 29), 258 ff.; JOACHIM GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*, Tübingen 1989, 77 ff. Grundlegend zum klaglosen Anspruch bereits die Untersuchung von HANS REICHEL, *Unklagbare Ansprüche*, JherJb 1911, 408 ff.

<sup>36</sup> So etwa CLAIRE HUGUENIN, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. A., Zürich 2014, N 30; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. I, 10. A., Zürich 2014, N 29 ff.; WILHELM SCHÖNENBERGER/PETER JÄGGL, *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1–17 OR*, 3. A., Zürich 1973, Vor Art. 1 OR N 10, N 15 und N 43 ff. Wohl auch SCHWENZER (FN 27), N 4.29 f. Die hier angeführten Autoren gehen allesamt von einer Begriffsidentität der Termini «Anspruch» und «Forderung» aus. Demgegenüber liegt dem vorliegenden Beitrag die Auffassung von VON TUHR/PETER (FN 27), 15 f., zugrunde, wonach zwischen diesen beiden Begriffen zu differenzieren ist.

<sup>37</sup> Ebenso wie hier PORTMANN (FN 26), N 150.

<sup>38</sup> Insoweit ähnlich VON TUHR/PETER (FN 27), 39.

<sup>39</sup> Siehe in diesem Zusammenhang auch THOMAS COENDET/CHRISTOPH HURNI, *Zur Differenz von Klagebefugnis und subjektivem Recht, Dogmatische Konzepte und ihre Implikationen*, ZBJV 2007, 207 ff., 211: «Die Klagebefugnis ist somit logisch von der durchzusetzenden Norm zu differenzieren.»

<sup>32</sup> Zur Durchsetzung von Ansprüchen mittels Leistungsklage siehe bereits VON TUHR/PETER (FN 27), 25.

<sup>33</sup> Vgl. RUTH ARNET, *Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit*, Habil. Basel, Bern 2008, N 124. Anders EUGEN BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2. A., Zürich 1988, 90, mit Fn 5, der bei Art. 650 ZGB von einem indirekten Kontrahierungszwang spricht.

voraussetzungen durchaus die Klagbarkeit auszuschliessen, ohne aber dabei in das materielle Recht einzugreifen und den Anspruchs begriff zu verändern. Daraus folgt, dass der klaglose Anspruch auch keinen Widerspruch in sich darstellt und in der Schweizer Rechtsordnung – entgegen der wohl herrschenden Auffassung – doch vereinzelt vorkommt, wobei namentlich der hier behandelte Art. 650 Abs. 1 ZGB einen solchen begründet.

Die Qualifizierung als klagloser Anspruch heisst nun aber nicht, dass sich der Aufhebungsanspruch jeglicher gerichtlicher Beurteilung entzieht. Wengleich klaglose Ansprüche nicht mittels Leistungsklage geltend gemacht werden können, so ist dennoch die Anhebung einer Feststellungsklage zulässig.<sup>40</sup> Die Schweizer Lehre und Rechtsprechung sind sich insoweit denn auch einig, dass der Aufhebungsanspruch nach Art. 650 Abs. 1 ZGB mittels Feststellungsklage festgestellt werden kann.<sup>41</sup> Die Klaglosigkeit des Anspruchs bedeutet weiter auch nicht, dass jede Form der Geltendmachung im Sinne einer Leistungsaufforderung entfällt, was den Anspruch letztlich zu einem inhaltslosen Gebilde machen würde. Klaglosigkeit meint einzig, dass keine gerichtliche Beurteilung im Prozess mit anschliessender Zwangsvollstreckung erfolgen kann. Gewiss ist die Prozesseinleitung die intensivste Art der Geltendmachung eines Anspruchs.<sup>42</sup> Indes bestehen noch weitere – häufig nicht beachtete oder vernachlässigte<sup>43</sup> – Arten der Geltendmachung. In diesem Sinne kann die Aufhebung etwa durch aussergerichtliche Aufforderung zur Leistung verlangt werden. Hierin besteht denn auch ein wesentlicher Unterschied zur Naturalobligation als unvollkommener Obligation. Bei dieser ist zwar eine Forderung vorhanden. Sie kann aber überhaupt nicht verlangt werden, auch nicht aussergerichtlich.<sup>44</sup>

#### D. Verhältnis zur Gestaltungsklage nach Art. 651 Abs. 2 ZGB

Neben dem klaglosen Anspruch aus Art. 650 Abs. 1 ZGB, welcher prozessrechtlich über die Feststellungsklage geltend gemacht wird, räumt das objektive Recht dem aufhebungswilligen Miteigentümer mit Art. 651 Abs. 2 ZGB ein Gestaltungs klagerecht ein. Dieses wird im Prozess mit einer Gestaltungs klage gemäss Art. 87 ZPO geltend gemacht.<sup>45</sup> Anstatt den Aufhebungsanspruch feststellen zu lassen, kann direkt beim Gericht auf körperliche Teilung oder Versteigerung geklagt werden.<sup>46</sup> Insofern wird dem inhaltlich auf den Grundsatz der Aufhebung beschränkten Aufhebungsanspruch nach Art. 650 Abs. 1 ZGB Rechnung getragen. Beim anschliessenden Urteil handelt es sich sodann um ein Gestaltungs urteil, mit dessen Rechtskraft unmittelbar die mehrfache Rechtszuständigkeit beendet und eine andere – häufig alleinige – Rechtszuständigkeit begründet wird.

Der herrschenden Auffassung, wonach die Feststellungsklage von Art. 650 Abs. 1 ZGB und die Gestaltungs klage von Art. 651 Abs. 2 ZGB kombiniert oder verbunden werden können,<sup>47</sup> kann derweil insoweit nicht gefolgt werden, als damit eine objektive Klagenhäufung i.S.v. Art. 90 ZPO gemeint ist. Denn sofern eine Gestaltungs klage erhoben wird, besteht kein selbständiges Rechtsschutzinteresse i.S.v. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO mehr an der Feststellung des Aufhebungsanspruchs. Bei der Gestaltungs klage wird nämlich der Aufhebungsanspruch im Rahmen des Verfahrens vom Gericht vorfrageweise beurteilt. Die Feststellungsklage ist insoweit typischerweise subsidiär zur Gestaltungs klage. Daraus folgt, dass der Miteigentümer entweder eine Feststellungsklage nach Art. 650 Abs. 1 ZGB erheben kann<sup>48</sup> oder aber eine Gestaltungs klage nach Art. 651 Abs. 2 ZGB. Eine objektive Klagenhäufung ist weder nötig noch rechtlich möglich. Demgegenüber ist eine Kombination, verstanden als das

<sup>40</sup> GERNHUBER (FN 35), 78.

<sup>41</sup> Vgl. aus der Lehre BK-MEIER-HAYOZ (FN 2), Art. 650 ZGB N 2; BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN (FN 11), Art. 650 N 6; KUKO ZGB-DOMEJ/SCHMIDT (FN 12), Art. 650 N 4; SUTTER-SOMM (FN 16), N 253; STEINAUER (FN 17), N 1187. Aus der Rechtsprechung BGer, 5A\_174/2015, 14.10.2015, E. 6.2.

<sup>42</sup> So VON TUHR (FN 29), 258.

<sup>43</sup> Siehe schon REICHEL (FN 35), 413 f.

<sup>44</sup> Zum Unterschied von klaglosem Anspruch und Naturalobligation siehe vornehmlich auch VON TUHR (FN 29), 258: «Dazu [zu den klaglosen Ansprüchen] gehören nicht die [...] sogenannten Naturalobligationen; denn es fehlt bei ihnen nicht nur die Klage, sondern das materielle Recht, die Befriedigung zu erzwingen oder auch nur zu verlangen.»

<sup>45</sup> Siehe zur materiellrechtlichen Grundlage der Gestaltungs klage bereits VON TUHR/PETER (FN 27), 26.

<sup>46</sup> Die Arten der gerichtlichen Aufhebung sind somit enger gefasst als diejenigen der privatautonomen Aufhebung. Vgl. auch PETER LIVER, Schweizerisches Privatrecht, Bd. V: Sachenrecht, 1. Teilbd.: Eigentum und Besitz, Basel/Stuttgart 1977, 82.

<sup>47</sup> BGer, 5A\_174/2015, 14.10.2015, E. 6.2; BK-MEIER-HAYOZ (FN 2), Art. 651 ZGB N 18; BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN (FN 11), Art. 650 N 6 und N 10; SUTTER-SOMM (FN 16), N 248; KUKO ZGB-DOMEJ/SCHMIDT (FN 12), Art. 651 N 8.

<sup>48</sup> Der Miteigentümer wird namentlich dann eine Feststellungsklage und nicht eine Gestaltungs klage erheben, wenn sich die Parteien zwar über die anschliessende Aufhebungsart einig sind, nicht aber über die Zulässigkeit der Aufhebung, weil z.B. ein Miteigentümer geltend macht, die Aufhebung werde zur Unzeit verlangt.

Stellen von Eventualbegehren, bereits mit Blick auf die im Prozessrecht geltende Eventualmaxime als zulässig zu beurteilen.<sup>49</sup>

## VI. Auswirkungen der Rechtsnatur auf das gemeinschaftliche Handeln

Ehe die Auswirkungen der Rechtsnatur des Aufhebungsanspruchs auf das gemeinschaftliche Handeln in der Schweizer Rechtsordnung beurteilt werden, ist für diese Thematik zunächst das deutsche Recht zu betrachten, zumal sich so die wesentlichen Unterschiede der beiden Systeme zeigen. Das deutsche BGB regelt die Aufhebung des Miteigentums innerhalb der Bestimmungen zur Gemeinschaft (17. Titel) unter den §§ 749 ff. BGB. Im Unterschied zum schweizerischen Recht ist dabei der Aufhebungsanspruch ausschliesslich als Anspruch ausgestaltet.<sup>50</sup> Eine Gestaltungsklage i.S.v. Art. 651 Abs. 2 ZGB ist derweil nicht vorgesehen.<sup>51</sup> Insoweit wird der Anspruch nach deutschem Recht auch als – mit Leistungsklage<sup>52</sup> – klagbar angesehen. Aus der Qualifizierung als Anspruch folgert nun ein Teil der deutschen Lehre und der Rechtsprechung für die hier behandelte Frage nach der Aufhebung von Miteigentum in der Erbengemeinschaft, dass jeder Miterbe eines Miteigentumsanteils die Aufhebung des Miteigentums allein verlangen kann.<sup>53</sup> Denn zur reinen Anspruchsausübung sei gemäss § 2039 BGB jeder Erbe einzeln berechtigt. Diesfalls muss der Erbe allerdings auf Leistung an die Erbengemeinschaft klagen.<sup>54</sup>

Das schweizerische Recht kennt indessen keine dem § 2039 BGB entsprechende Regelung.<sup>55</sup> Vielmehr gilt der Grundsatz des gemeinschaftlichen Handelns der Erbengemeinschaft gemäss Art. 602 Abs. 2 ZGB für sämtliche

Arten der Rechtsausübung.<sup>56</sup> Das heisst, dass der Aufhebungsanspruch grundsätzlich nur von allen Miterben gemeinsam – mithin gestützt auf einen gemeinsamen Willensentschluss – ausgeübt werden kann. Es gilt sonach das Einstimmigkeitsprinzip. Ohne die Zustimmung aller Miterben kann der Aufhebungsanspruch weder ausssergerichtlich geltend gemacht werden (z.B. durch Aufforderung oder Mahnung), noch kann die Feststellungsklage nach Art. 650 Abs. 1 ZGB, geschweige denn die Gestaltungsklage nach Art. 651 Abs. 2 ZGB erhoben werden. Im Verfahren bildet die Erbengemeinschaft folglich – zumindest in Aktivprozessen – eine notwendige Streitgenossenschaft gemäss Art. 70 Abs. 1 ZPO.<sup>57</sup> Abweichend wäre nur dann zu urteilen, wenn eine anerkannte Ausnahme vom Einstimmigkeitsprinzip vorliegen würde.<sup>58</sup> Hierauf ist im Folgenden näher einzugehen.

## VII. Mögliche Ausnahmen vom Einstimmigkeitsprinzip

### A. Allgemeines

Ausnahmen vom Einstimmigkeitsprinzip können sich zunächst aus der Privatautonomie des Erblassers<sup>59</sup> oder der Erben<sup>60</sup> sowie aus gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsrechten<sup>61</sup> ergeben. Daneben haben die Lehre und die Rechtsprechung in einer langjährigen Praxis noch weitere Ausnahmen von diesem grundlegenden Prinzip geschaffen. Nachfolgend sollen lediglich einzelne<sup>62</sup> Ausnahmen mit Blick auf die Thematik dieses Beitrages näher betrachtet werden. Dabei werden jene Ausnahmen besprochen, welche dem einzelnen Miterben bei der Erreichung

<sup>49</sup> Zur Eventualmaxime siehe statt vieler THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2017, N 367 ff.

<sup>50</sup> Vgl. MünchKomm-SCHMIDT (FN 10), § 749 BGB N 19 m.w.H. auf die Lehre und Rechtsprechung; KARSTEN SCHMIDT, Prozeß- und Vollstreckungsprobleme der Gemeinschaftsteilung – Befunde, Kritik und Diskussionsvorschläge um §§ 749 ff. BGB, JR 1979, 317 ff., 318; Staudinger-EICKELBERG (FN 13), § 749 BGB N 48.

<sup>51</sup> Vgl. MünchKomm-SCHMIDT (FN 10), § 749 BGB N 40.

<sup>52</sup> Siehe BGH, IX ZR 26/83, 23.2.1984, E. 3b/aa.

<sup>53</sup> Siehe Staudinger-EICKELBERG (FN 13), § 749 BGB N 48 f. m.H. auf die Rechtsprechung und abweichende Lehrmeinungen; MünchKomm-SCHMIDT (FN 10), § 749 BGB N 17.

<sup>54</sup> MünchKomm-SCHMIDT (FN 10), § 749 BGB N 17.

<sup>55</sup> Vgl. BK-TUOR/PICENONI (FN 1), Art. 602 ZGB N 32a; BK-WOLF (FN 24), Art. 602 ZGB N 82, sowie aus der Rechtsprechung BGE 121 III 118 E. 3.

<sup>56</sup> Siehe etwa THOMAS WEIBEL, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 3. A., Basel 2015 (zit. PraxKomm-WEIBEL), Art. 602 ZGB N 21; STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV: Erbrecht, 2. Teilbd., Basel 2015, 169.

<sup>57</sup> Statt vieler BK-WOLF (FN 24), Art. 602 ZGB N 108 m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung.

<sup>58</sup> Siehe bereits den Hinweis bei IV.B. hievore.

<sup>59</sup> Z.B. durch die Einsetzung eines Willensvollstreckers. Vgl. BK-TUOR/PICENONI (FN 1), Art. 602 ZGB N 22.

<sup>60</sup> Z.B. durch die Bestellung eines Verwalters. Siehe BK-WOLF (FN 24), Art. 602 ZGB N 74; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER (FN 11), Art. 602 N 24.

<sup>61</sup> Gesetzliche Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse liegen z.B. beim Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB) oder bei der Konkursverwaltung nach Art. 573 ZGB und Art. 597 ZGB vor. Vgl. dazu auch BK-WOLF (FN 24), Art. 602 ZGB N 84.

<sup>62</sup> Für eine ausführliche Darstellung aller Ausnahmen siehe BK-WOLF (FN 24), Art. 602 ZGB N 72 ff. m.w.H.

seines Ziels, nämlich der Aufhebung des Miteigentums, behilflich sein können.

Vorwegzunehmen ist, dass ein Miterbe grundsätzlich nie zur Mitwirkung an einer Erbenhandlung, welche einstimmig vorzunehmen wäre, verpflichtet ist und auch nicht dazu eingeklagt werden kann.<sup>63</sup> Eine entsprechende Ausnahme vom Einstimmigkeitsprinzip wird insoweit nicht angenommen und nachfolgend auch nicht weiter thematisiert. Vielmehr besteht ein Vetorecht des Miterben gegenüber allen einstimmig zu beschliessenden Erbenhandlungen, wodurch namentlich jede Rechtsausübung verhindert werden kann.<sup>64</sup> Für die vorliegende Fragestellung bedeutet dies, dass die aufhebungswilligen Miterben gegen den aufhebungsunwilligen Miterben keine Klage auf Mitwirkung an der Ausübung des Aufhebungsanspruchs oder der Aufhebungsklage erheben können.

## B. Bestellung eines Erbenvertreters

Gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB kann die zuständige Behörde auf Begehren eines Miterben für die Erbengemeinschaft bis zur Teilung eine Vertretung bestellen. Mit dem Institut des Erbenvertreters soll dabei namentlich dem Umstand begegnet werden, dass das Einstimmigkeitsprinzip bei Uneinigkeit zu einer faktischen Handlungsunfähigkeit der Erbengemeinschaft führen kann.<sup>65</sup> Insofern wäre der Erbenvertreter – zumindest mit Blick auf seinen Zweck – prima facie durchaus geeignet, dem Begehren eines aufhebungswilligen Miterben zum Durchbruch zu verhelfen. Beispielsweise wäre denkbar, dass, wenn die mehrfache Rechtszuständigkeit am Miteigentumsanteil des Erblassers drei Erben zufällt und nur einer dieser drei die Aufhebung des Miteigentums möchte, die anderen hingegen nicht, dieser eine Erbe die Anordnung einer Erbenvertretung begehrt. Nach dessen Berufung könnte der Erbenvertreter für die Erbengemeinschaft gegenüber dem anderen Miteigentümer – sei dieser selbst Erbe oder nicht – die Aufhebung verlangen. Allerdings handelt ein Erbenvertreter stets losgelöst vom Willen einzelner Erben und vertritt die Interessen der Erbengemeinschaft als Ein-

heit.<sup>66</sup> Daraus folgt zugleich, dass der Erbenvertreter nur dann den Aufhebungsanspruch oder die Aufhebungsklage geltend machen wird, wenn dies den Interessen der Erbengemeinschaft als Einheit – und nicht nur denjenigen einzelner Erben – dient. Sollte der Erbenvertreter derweil der Ansicht sein, dass die Aufhebung des Miteigentums zeitweilig oder dauerhaft nicht im Interesse der Erbengemeinschaft ist, so wird er den Aufhebungsanspruch nicht geltend machen. Andernfalls wäre der Erbenvertreter unter Umständen gar haftbar gegenüber den übrigen Erben. Demzufolge ist die Aufhebung des Miteigentums in der Erbengemeinschaft durch die Bestellung eines Erbenvertreters nicht von vornherein garantiert und birgt für den aufhebungswilligen Miterben eine gewisse Unsicherheit.

## C. Dringlichkeit oder Gefahr im Verzug

Es scheint geradezu selbstverständlich, dass das Einstimmigkeitsprinzip in Fällen von Dringlichkeit oder Gefahr im Verzug nicht zu einer Schädigung der Erbengemeinschaft führen darf. Daher kann ein Erbe etwa in Fällen ablaufender Fristen oder sonstiger drohender Schädigung allein für die Erbengemeinschaft handeln.<sup>67</sup> Die Frage, ob der Fortbestand der Miteigentümergeinschaft eine Dringlichkeit oder eine Gefahr zu begründen vermag, ist in den meisten Fällen wohl zu verneinen. Vorstellbar wäre zumindest, dass ein Wertverlust der in Miteigentum stehenden Sache sicher voraussehbar ist und sich daher ein unmittelbarer Verkauf aufdrängt.<sup>68</sup> Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass selbst bei dringlicher Geltendmachung des Aufhebungsanspruchs durch einen Miterben das Miteigentum nicht direkt aufgehoben ist. Denn sofern der andere Miteigentümer mit der Aufhebung nicht einverstanden ist, muss zunächst noch ein entsprechender Prozess – mittels Feststellungs- oder Gestaltungsklage – geführt werden. Daraus folgt nun aber gleichermassen, dass ein dringliches Handeln eines Miterben ohnehin nicht zu einem schnellen Ergebnis führt. Insoweit kann ein entsprechendes Handeln eines Miterben nicht mit Dringlichkeit oder Gefahr im Verzug begründet werden. Im Ergebnis kann folglich bei der Aufhebung von Miteigentum in der Erbengemeinschaft keine Dringlichkeit oder Gefahr im Verzug angenommen werden.

<sup>63</sup> Siehe BK-WOLF (FN 24), Art. 602 ZGB N 58 und N 65 m.H. auf BK-TUOR/PICENONI (FN 1), Art. 602 ZGB N 25. Vgl. ferner auch ARNOLD ESCHER/ARNOLD ESCHER, Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 537–640 ZGB, Der Erbgang, 3. A., Zürich 1960, Art. 602 ZGB N 17.

<sup>64</sup> Vgl. auch WOLF (FN 20), 50 mit dem weiterführenden Hinweis in Fn 255.

<sup>65</sup> Vgl. BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER (FN 11), Art. 602 N 40; PraxKomm-WEIBEL (FN 56), Art. 602 ZGB N 56.

<sup>66</sup> So BK-WOLF (FN 24), Art. 602 ZGB N 154 m.H. auf BGE 53 II 202, und PraxKomm-WEIBEL (FN 56), Art. 602 ZGB N 71. Siehe auch BGE 125 III 219 E. 1d.

<sup>67</sup> Vgl. BGE 73 II 162 E. 5; 93 II 11 E. 4b. Siehe auch BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER (FN 11), Art. 602 N 18.

<sup>68</sup> Bei sicher voraussehbaren Wertverlusten ist allerdings ohnehin bereits zweifelhaft, ob sich überhaupt ein Käufer zu einem attraktiven Preis finden lässt.



## D. Einbezug aller Miterben in ein Verfahren

### 1. Allgemein

Eine Ausnahme vom Einstimmigkeitsprinzip kann so dann darin liegen, dass die fragliche Erbenhandlung in einer Klage besteht und alle Miterben in das entsprechende Verfahren einbezogen werden.<sup>69</sup> Das heisst, dass die nicht klagenden Miterben entweder beklagt werden oder aber sich dem Urteil von vornherein unterziehen (antizipierte Abstandserklärung<sup>70</sup>). Hier ist danach zu differenzieren, ob der andere Miteigentümer Erbe ist oder nicht.<sup>71</sup>

### 2. Der andere Miteigentümer ist nicht Erbe

In jener Variante, in welcher der Miteigentümer nicht zugleich Erbe ist, können über den Aufhebungsanspruch und die Aufhebungsklage nicht alle Miterben in das Verfahren einbezogen werden. Das heisst, dass der aufhebungsunwillige Miterbe im Verfahren gegen den anderen Miteigentümer weder aktiv- noch passivseitig teilnimmt. Demnach liegt auch keine Ausnahme vom Einstimmigkeitsprinzip vor. Denn der Aufhebungsanspruch und die Aufhebungsklage der Erbengemeinschaft richten sich nur gegen den anderen Miteigentümer, nicht aber gegen die übrigen Miterben. Mithin ist in dieser Konstellation nur der andere Miteigentümer passivlegitimiert, nicht aber der aufhebungsunwillige Miterbe. Weder das materielle Recht noch das Prozessrecht sehen eine Möglichkeit vor, um den aufhebungsunwilligen Miterben gemeinsam mit dem Miteigentümer einzuklagen. Namentlich kann diesem Umstand auch nicht damit begegnet werden, dass eine objektive und eine subjektive Klagenhäufung miteinander verbunden werden.<sup>72</sup> Denn auch diesfalls müssten

sämtliche Beklagten bereits aus dem materiellen Recht passivlegitimiert sein, was aber für die aufhebungsunwilligen Miterben gerade nicht der Fall ist. Sofern also die aufhebungswilligen Miterben ohne den aufhebungsunwilligen Miterben trotzdem gegen den anderen Miteigentümer mit dem Aufhebungsanspruch vorgehen würden, fehlt ihnen die Aktivlegitimation und das Gericht würde die Klage abweisen.<sup>73</sup>

### 3. Der andere Miteigentümer ist Erbe

In der zweiten Variante ist der Miteigentümer zugleich Erbe. Betreffend die Frage des Einbezugs aller Miterben in ein Verfahren gilt grundsätzlich dasselbe, wie wenn der Miteigentümer nicht Erbe wäre.<sup>74</sup> Das heisst, dass alle Miterben gemeinsam den Aufhebungsanspruch oder die Aufhebungsklage erheben müssen. Weil aber in dieser Konstellation der andere Miteigentümer ebenfalls Erbe ist und mithin auch dieser bei der Geltendmachung der Aufhebung mitwirken müsste, wird eine Aufhebung des Miteigentums durch die Erbengemeinschaft über Art. 650 Abs. 1 ZGB oder Art. 651 Abs. 2 ZGB wohl nie durchgeführt werden. Denn wenn der Erbe, der zugleich der andere Miteigentümer ist, sowie noch weitere Erben bei der prozessualen Geltendmachung nicht beteiligt sind, fehlt es an der Aktivlegitimation der Erbengemeinschaft. Sofern der Erbe und Miteigentümer demgegenüber mit der Aufhebung einverstanden ist, so kann dieser – falls keine einvernehmliche Lösung möglich ist – aus eigenem Recht die Aufhebung verlangen. Insoweit ist die Problematik der Aufhebung von Miteigentum in der Erbengemeinschaft hier von geringer Relevanz.

Eine bestimmte Fallkonstellation erscheint hier indes erwähnenswert, zumal sie auf eine andere Ansicht schliessen lässt. Gemeint ist derjenige Fall, in welchem nur der Miterbe, der zugleich Miteigentümer ist, aufhebungsunwillig ist, die übrigen Miterben sich aber über die Aufhebung einig sind. Hierbei könnte man meinen, dass die aufhebungswilligen Miterben die Aufhebung gegenüber dem anderen Miteigentümer und zugleich aufhebungsunwilligen Miterben geltend machen könnten. Als eigenständiger Miteigentümer kommt dem aufhebungsunwilligen Miterben nämlich die Passivlegitimation betreffend den Aufhebungsanspruch und die Aufhebungsklage zu. Im anschliessenden Prozess wären so alle Erben als Kläger

<sup>69</sup> Siehe aus der Rechtsprechung BGE 54 II 243; 109 II 400 E. 2; 121 III 118 E. 3; 125 III 219 E. 1b; 141 IV 380 E. 2.3.2; BGer, 5A\_416/2013, 26.7.2013, E. 3.2; 5A\_643/2017, 3.5.2018, E. 3.2.1 (zur Publ. vorgesehen). Vgl. auch BK-TUOR/PICENONI (FN 1), Art. 602 ZGB N 32a; BK-WOLF (FN 24), Art. 602 ZGB N 100; PraxKomm-WEIBEL (FN 56), Art. 602 ZGB N 44.

<sup>70</sup> Beim antizipierten Abstand ist darauf hinzuweisen, dass die sich dem Urteil unterwerfenden Erben nicht per se von den Prozesskosten entbunden werden; so STEPHAN WOLF/RICCARDO BRAZEROL, Grundsätze für die Vornahme der Erbteilung durch das Gericht, AJP 2016, 1430 ff., 1433. Allerdings wird der Richter in solchen Fällen wohl gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO dem antizipierten Abstand angemessene Rechnung tragen. Siehe auch BGER, 5P.37/2001, 23.5.2001, E. 9.

<sup>71</sup> Siehe zu den möglichen Varianten II. hievor.

<sup>72</sup> Es ist anerkannt, dass eine objektive und eine subjektive Klagenhäufung miteinander verbunden werden können; vgl. ALEXANDER MARKUS, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner

Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012, Art. 90 ZPO N 1.

<sup>73</sup> Siehe zur Aktivlegitimation bei der notwendigen Streitgenossenschaft etwa SUTTER-SOMM (FN 49), N 218.

<sup>74</sup> Vgl. VII.D.2. soeben.

oder Beklagte beteiligt. Gegen diese Auffassung spricht indes, dass in einem solchen Verfahren der aufhebungswillige Miterbe einzig in seiner Stellung als Miteigentümer Partei wäre und nicht als Miterbe. So wären zwar rein personell alle Miterben im Verfahren beteiligt, nicht aber funktionell.

Das Bundesgericht geht nun – wie bereits erwähnt<sup>75</sup> – in konstanter Rechtsprechung davon aus, dass dem Einstimmigkeitsprinzip Genüge getan wird, wenn sämtliche Miterben einen Anspruch gegen einen Miterben geltend machen.<sup>76</sup> Diesfalls können sich nämlich alle Beteiligten im Verfahren in irgendeiner Art äussern.<sup>77</sup> Folgt man strikt dieser Auffassung, dann könnte zumindest in diesem Fall entgegen dem Willen eines Miterben die Aufhebung des Miteigentums verlangt werden. Denn so können beispielsweise drei aufhebungswillige Miterben gegenüber dem vierten Miterben, der zugleich der andere Miteigentümer ist, zunächst aussergerichtlich die Aufhebung des Miteigentums verlangen und sodann nötigenfalls die Feststellungsklage nach Art. 650 Abs. 1 ZGB oder die Gestaltungsklage nach Art. 651 Abs. 2 ZGB erheben. Derweil relativierte das Bundesgericht die hier thematisierte Ausnahme vom Einstimmigkeitsprinzip teilweise und hielt fest, dass das der Erbengemeinschaft zustehende Kündigungsrecht aus einem Pachtvertrag zwischen dem Erblasser und einem Erben nur entweder durch alle Erben gemeinsam oder einen Erbenvertreter, Willensvollstrecker bzw. Erbschaftsverwalter ausgeübt werden könne.<sup>78</sup> Begründet wurde der Entscheid im Wesentlichen mit einer Berücksichtigung der Interessen des Erben als Pächter.<sup>79</sup> Ein Teil der Lehre lehnt diese Auffassung jedoch mit der Begründung ab, dass so letztlich materiellrechtlich und prozessrechtlich verschiedene Beurteilungen vorgenommen werden, wofür sich keine Rechtfertigung finden lässt.<sup>80</sup> Gemeint ist damit, dass es zwar für den Prozess genügt, wenn alle Erben aktiv- oder passivseitig in das Verfahren einbezogen werden, für die aussergerichtliche Geltendmachung eines Kündigungsrechts hingegen nicht.

In der Tat ist es so, dass das Bundesgericht bis anhin – jedenfalls soweit ersichtlich – nicht näher ausgeführt hat, unter welchen Voraussetzungen das Einstimmigkeitsprinzip durch einen Prozess durchbrochen werden kann und wann nicht. Desgleichen ist nach hier vertretener Auffassung auch nicht nachvollziehbar, weshalb Gestaltungsrechte, die mit Willenserklärung ihre Wirkung entfalten, anders beurteilt werden sollen als andere subjektive Rechte, die eines Leistungs- oder Gestaltungsprozesses bedürfen. Denn auch Gestaltungsrechte, wie die im Entscheid thematisierte Kündigung, sind nicht nur aussergerichtlich geltend zu machen, sondern werden im Rahmen eines selbständigen Feststellungsprozesses<sup>81</sup> oder allenfalls vorfrageweise bei einem Leistungsprozess<sup>82</sup> auf ihre Gültigkeit hin untersucht.<sup>83</sup> In diesem Feststellungs- oder Leistungsprozess haben wiederum alle Erben – sei dies auf der Aktiv- oder der Passivseite – die Möglichkeit, sich zu äussern. Demnach wird im vorliegenden Beitrag davon ausgegangen, dass die vom Bundesgericht unterschiedliche Behandlung des Einstimmigkeitsprinzips bei Einbezug aller Miterben in ein Verfahren und bei Ausübung eines Gestaltungsrechts nicht sachgerecht und deshalb zu verwerfen ist. Daraus folgt, dass die zuvor ausgeführte Möglichkeit des Einbezugs aller Miterben statthaft sein muss.

Unabhängig davon, ob man der soeben erläuterten Rechtsprechung des Bundesgerichts folgen will oder – wie hier – nicht, gelangt diese Rechtsprechung für die Aufhebung von Miteigentum in der Erbengemeinschaft nach hiesiger Auffassung ohnehin nicht zur Anwendung. Denn mit Blick auf die Regeste von BGE 125 III 219 ist wohl davon auszugehen, dass das Bundesgericht nur dann auf das Einstimmigkeitsprinzip – im Falle des Einbezugs aller Miterben in ein Verfahren – beharrt, wenn die Ausübung eines Gestaltungsrechts zur Diskussion steht.<sup>84</sup> Wie nun aber bereits gezeigt wurde, ist die Aufhebung des Miteigentums nach Art. 650 Abs. 1 ZGB und Art. 651 Abs. 2 ZGB als klagloser Anspruch bzw. als Gestaltungsklagerecht ausgestaltet.<sup>85</sup> Den Erwägungen des Bundesgerichts lässt sich jedenfalls kein Hinweis entnehmen, dass dieser Entscheid auch für (klaglose) Ansprüche und Gestaltungsklagerechte Geltung haben soll.<sup>86</sup> Insoweit müsste es

<sup>75</sup> Siehe VII.D.1. hievor.

<sup>76</sup> Siehe die Hinweise in FN 69 hievor.

<sup>77</sup> Vgl. zum Kriterium des Sich-äussern-Könnens etwa BGE 54 II 243; 74 II 215 E. 2; 109 II 400 E. 2 sowie ferner 141 IV 380 E. 2.3.2.

<sup>78</sup> Vgl. BGE 125 III 219.

<sup>79</sup> BGE 125 III 219 E. 1d: «Dies gilt namentlich für die Kündigung. Dabei ist zu beachten, dass diese den Interessen des Pächters bzw. Miterben diametral zuwiderlaufen kann.»

<sup>80</sup> Siehe BK-WOLF (FN 24), Art. 602 ZGB N 102; WOLF/GENNA (FN 56), 182. Demgegenüber diesem Urteil ausdrücklich zustimmend BENNO STUDER, Ausübung von Gestaltungsrechten durch die Erbengemeinschaft ... (Besprechung von BGE 125 III 219), AJP 2000, 740 f.

<sup>81</sup> Vgl. VON TUHR/PETER (FN 27), 25.

<sup>82</sup> Siehe BUCHER (FN 28), 96.

<sup>83</sup> Vgl. dazu auch PORTMANN (FN 26), N 361.

<sup>84</sup> Regeste von BGE 125 III 219: «Erbrecht; Ausübung von Gestaltungsrechten durch die Erbengemeinschaft (Art. 602 ZGB).»

<sup>85</sup> Vgl. V. hievor.

<sup>86</sup> Ob das Bundesgericht in einem künftigen Entscheid die Erwägungen aus BGE 125 III 219 auch auf (klaglose) Ansprüche und Gestaltungsklagerechte anwenden wird, lässt sich nicht beurteilen.

auch aus dogmatischen Überlegungen in diesem Fall der Aufhebung des Miteigentums in der Erbengemeinschaft genügen, wenn alle Miterben in das Verfahren einbezogen werden, indem also alle Miterben gegen den einzigen aufhebungsunwilligen Miterben, der zugleich Miteigentümer ist, prozessual vorgehen.

### E. Ergebnis

Die Ausführungen haben gezeigt, dass die Aufhebung des Miteigentums in der Erbengemeinschaft durch das Einstimmigkeitsprinzip eine starke Einschränkung erfährt. Gehört ein Miteigentumsanteil zum Nachlass, so können einzelne Erben grundsätzlich nur gemeinsam die Aufhebung gegenüber dem anderen Miteigentümer verlangen. Soweit nur ein einziger Miterbe mit der Aufhebung nicht einverstanden ist, kann der Aufhebungsanspruch weder aussergerichtlich noch gerichtlich geltend gemacht werden und auch nicht die Aufhebungsklage erhoben werden. Einzig in dem Falle, in welchem der andere Miteigentümer zugleich Erbe ist, können alle übrigen Miterben – bei Einigkeit – die Aufhebung des Miteigentums verlangen und durchsetzen.

## VIII. Aufhebung durch Erbteilung

### A. Grundsätzliches

Ziel der bisherigen Ausführungen war es, die Aufhebung des Miteigentums in der Erbengemeinschaft über Art. 650 Abs. 1 ZGB und Art. 651 Abs. 2 ZGB zu erarbeiten. Wie sich gezeigt hat, ergeben sich dabei namentlich aufgrund des Einstimmigkeitsprinzips in der Erbengemeinschaft diverse Schwierigkeiten. Daher kann gegen das bisherige Ergebnis durchaus eingewendet werden, dass die Aufhebung des Miteigentums, sofern sich ein Miteigentumsanteil in einer Erbengemeinschaft befindet, erheblich erschwert, wenn nicht gar unmöglich ist. Für die aufhebungswilligen Miterben ist dieses Ergebnis freilich nicht zufriedenstellend.

---

Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass Anspruch und Gestaltungsrecht unterschiedliche Rechtsfiguren sind und somit in der Rechtswissenschaft nicht gleich behandelt werden. Desgleichen unterscheiden sich auch Gestaltungsklagerecht und Gestaltungsrecht grundlegend voneinander. Dies gilt vornehmlich für die Rechtsausübung. Vgl. hierzu etwa KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 87 N 1 ff., in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. A., Basel 2014.

Soweit nicht die unter VII.D.3. dargelegte Konstellation gegeben ist und daher eine Aufhebung des Miteigentums nur bei Einigkeit der Erben untereinander möglich ist, kann ein aufhebungswilliger Erbe allenfalls über die Erbteilungsklage zu einem vergleichbaren Ergebnis kommen. Die Erbteilungsklage kann nämlich gemäss Art. 604 Abs. 1 ZGB jeder Erbe einzeln anheben.<sup>87</sup> Im Rahmen des Erbteilungsprozesses kann sodann der Miteigentumsanteil vom Gericht einem Erben zugewiesen werden, woraufhin dieser allenfalls die Aufhebung des Miteigentums verlangen kann.<sup>88</sup> In diesem Zusammenhang ist namentlich bei grösseren Hinterlassenschaften auch denkbar, dass in Bezug auf den Miteigentumsanteil eine objektiv oder subjektiv partielle oder eine kombiniert partielle Erbteilung vorgenommen wird.<sup>89</sup>

### B. Anwendung von Art. 650 f. ZGB im Erbteilungsprozess

Grundsätzlich wäre eine mittelbare Anwendung von Art. 650 f. ZGB im Rahmen des Erbteilungsprozesses unter dem Gesichtspunkt der umfassenden und freien Zuweisungskompetenz des Erbteilungsrichters denkbar.<sup>90</sup> Eine solche Anwendung wäre wohl dann angebracht, wenn der Erbteilungsrichter zum Schluss gelangt, dass die Bestimmungen von Art. 650 f. ZGB im entsprechenden Verfahren z.B. den konkreten Umständen oder den Interessen der Erben am besten gerecht werden.<sup>91</sup> Indes erübrigt sich diese Diskussion mit Blick auf die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung weitgehend. Das Bundesgericht hat nämlich festgehalten, dass Lose oder einzelne Sachen vom Teilungsrichter nicht direkt nach eigenem Ermessen zugewiesen werden können, wenn sich die Erben nicht über die Zuweisung einigen und erblasserische Teilungsvorschriften fehlen.<sup>92</sup> Insoweit wird denn

<sup>87</sup> Statt vieler PraxKomm-WEIBEL (FN 56), Art. 602 ZGB N 6.

<sup>88</sup> Wird der Miteigentumsanteil demjenigen Erben zugewiesen, der zugleich Miteigentümer ist, so erlischt das Miteigentum und es liegt Alleineigentum vor. Vgl. auch LIVER (FN 46), 80; anders hingegen SIMONIUS/SUTTER (FN 30), § 14 N 106.

<sup>89</sup> Ausführlich zur Zulässigkeit der partiellen Erbteilungsklage siehe BK-WOLF (FN 24), Art. 602 ZGB N 73 ff.

<sup>90</sup> Siehe zur umfassenden und freien Zuweisungskompetenz etwa BK-WOLF (FN 24), Art. 604 ZGB N 81; PraxKomm-WEIBEL (FN 56), Art. 604 ZGB N 45; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER (FN 11), Art. 604 N 7, je m.w.H.

<sup>91</sup> Vgl. für die Zuweisungskriterien auch WOLF/GENNA (FN 56), 212 f. Nach hier vertretener Auffassung ist diese mittelbare Anwendung nicht mit einem Analogieschluss gleichzusetzen.

<sup>92</sup> Vgl. BGE 143 III 425. Siehe dazu die zutreffende Kritik von MARTIN EGGEL, Die gerichtliche Erbteilung zwischen Erwägung und Zufall, Bemerkungen zu BGE 143 III 425, AJP 2018, 407 ff., so-

auch die ohnehin bereits komplexe Aufhebung von Miteigentum in der Erbengemeinschaft durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung unnötig weiter erschwert, was den Miterben gewiss nicht dienlich ist.

### C. Hinweise zur Problematik des Verkehrswerts

Kurz hinzuweisen ist unter diesem Titel schliesslich noch auf die Frage des Werts des Miteigentumsanteils. Im Erbteilungsprozess sind die Nachlassgegenstände den Erben nämlich grundsätzlich nach Art. 617 ZGB unter Anrechnung des Verkehrswerts – im Zeitpunkt der Teilung bzw. Zuweisung – zuzuweisen.<sup>93</sup> Für Miteigentumsanteile ergeben sich dadurch indes gewisse Schwierigkeiten. Denn es lässt sich ganz allgemein leichter ein Käufer für Alleineigentum als für einen Miteigentumsanteil finden.<sup>94</sup> Mithin ist die Verkaufswahrscheinlichkeit für einen Miteigentumsanteil daher in der Regel tiefer festzusetzen.<sup>95</sup> Dies kann schliesslich den Verkehrswert des Miteigentumsanteils im Erbteilungsprozess beeinflussen.<sup>96</sup> Insoweit scheint auch denkbar, dass der hälftige Verkehrswert und der Verkehrswert eines Miteigentumsanteils mit der Quote 50% nicht identisch sind. Aus diesem Grund kann durchaus ein Interesse der Erben bestehen, das Miteigentum bereits vor dem Erbteilungsprozess aufzuheben, wodurch der Verkehrswert der Sache realisiert werden kann. Im anschliessenden Erbteilungsprozess wäre beispielsweise dann der hälftige Verkehrswert der gesamten Sache unter den Erben aufzuteilen, wohingegen ohne vorgängige Aufhebung der – in der Regel tiefere – Verkehrswert des Miteigentumsanteils massgebend wäre.

## IX. Zusammenfassung

Der Beitrag widmete sich der Frage, ob einer oder allenfalls auch mehrere Miterben entgegen dem Willen der übrigen Miterben die Aufhebung des Miteigentums

verlangen können, wenn sich ein Miteigentumsanteil im Nachlass befindet. Dabei hat sich gezeigt, dass die Erbengemeinschaft gegenüber der Bruchteilsgemeinschaft eine Untergemeinschaft darstellt, wobei sich die Rechtsausübung nach den Regeln der Erbengemeinschaft richtet.

Eine nähere Betrachtung des Aufhebungsanspruchs von Art. 650 Abs. 1 ZGB hat sodann ergeben, dass es sich hierbei um einen – im Schweizer Recht eher selten vorkommenden – klaglosen Anspruch handelt. Prozessual kann dieser Anspruch nicht mittels Leistungsklage geltend gemacht, sondern nur mit einer Feststellungsklage festgestellt werden. Demgegenüber gewährt Art. 651 Abs. 2 ZGB dem aufhebungswilligen Miteigentümer ein Gestaltungs-klagerecht, welches prozessual über die Gestaltungs-klage auszuüben ist.

Wenngleich die Rechtsnatur des Aufhebungsanspruchs im deutschen Recht Auswirkungen auf die Rechtsausübung hat, so gilt dies nicht für die Schweizer Rechtsordnung. Vielmehr müssen im Sinne des Einstimmigkeitsprinzips alle Miterben gemeinsam den Aufhebungsanspruch geltend machen. Eine Ausnahme hiervon liegt nur in dem Falle vor, in welchem der aufhebungsunwillige Miterbe zugleich der andere Miteigentümer ist.

wie von STEPHAN WOLF, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017, Erbrecht, ZBJV 2018, 412 ff.

<sup>93</sup> Vgl. etwa PraxKomm-WEIBEL (FN 56), Art. 602 ZGB N 10.

<sup>94</sup> Siehe den Hinweis bei LIVER (FN 46), 81; ferner auch SUTTER-SOMM (FN 16), N 251.

<sup>95</sup> Wohl anders demgegenüber die deutsche Rechtsprechung in BGH, IV ZR 138/14, 13.5.2015, wonach der im Rahmen eines Pflichtteilsanspruchs zu bestimmende Wert eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück dem hälftigen Wert des Gesamtobjekts entspricht, sofern der Alleinerbe bereits Eigentümer der anderen ideellen Miteigentumshälfte ist.

<sup>96</sup> Vgl. BK-WOLF/EGGEL (FN 24), Art. 617 ZGB N 20.