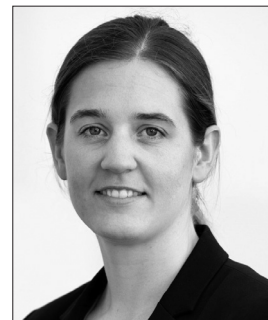




## Abtretung von Erbanteilen in der Schweiz und in Deutschland

### Rechtsvergleichende Betrachtungen

STEPHAN WOLF\*



CHRISTIANE VON BARY\*\*

Der vorliegende Beitrag enthält rechtsvergleichende Betrachtungen zur Abtretung von Erbanteilen in der Schweiz und in Deutschland. In Bezug auf den Erwerb der Erbschaft, das Entstehen der Erbengemeinschaft und den mit der Zulassung der Möglichkeit der Erbanteilsübertragung verfolgten Normzweck ergibt sich für beide untersuchten Rechtsordnungen grundsätzlich die gleiche Ausgangslage. Im Einzelnen finden sich dann allerdings Unterschiede. Während das schweizerische Recht eine strenge Trennung zwischen der Übertragung des Erbanteils an einen Miterben und derjenigen an einen aussenstehenden Dritten vornimmt, erfolgt in Deutschland insoweit konstruktiv eine Gleichbehandlung. Für die Übertragung des Anteils an einen Dritten wird die Trennbarkeit der drei Rechtspositionen Erbe, (Gesamthands-) Anteilsberechtigter und Inhaber des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsergebnis unterschiedlich beurteilt. Allenfalls spiegelt sich darin eine grössere Selbstständigkeit der Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft in Deutschland wider.

La présente contribution procède à une comparaison du droit de la cession de parts héréditaires en Suisse et en Allemagne. En ce qui concerne l'acquisition de la succession, la naissance de la communauté héréditaire et le but poursuivi par la norme permettant le transfert de parts héréditaires, il s'avère que le système est en grande partie identique dans les deux ordres juridiques examinés. Des différences apparaissent toutefois sur certains points. Si le droit suisse opère une stricte séparation entre le transfert de la part héréditaire à un cohéritier et le transfert à un tiers extérieur, il existe une égalité de traitement de fait à cet égard en Allemagne. En ce qui concerne le transfert de la part à un tiers, la possibilité de dissocier les trois statuts juridiques d'héritier, de titulaire de parts (en main commune) et de titulaire du droit au résultat de la liquidation est appréhendée différemment. Cela reflète éventuellement une plus grande autonomie de la communauté héréditaire en Allemagne, en tant que communauté en main commune.

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Schweiz
  - A. Erbschaftserwerb und Erbengemeinschaft
  - B. Erbanteilsabtretung
    1. Allgemeines
    2. Erbanteilsabtretung unter Miterben (Art. 635 Abs. 1 ZGB)
    3. Erbanteilsabtretung an einen Dritten (Art. 635 Abs. 2 ZGB)
- III. Deutschland
  - A. Erbschaftserwerb und Erbengemeinschaft
  - B. Verfügung über den Anteil
    1. Allgemeines
    2. Folgen für die Zusammensetzung der Erbengemeinschaft
    3. Folgen für den Veräusserer
    4. Sonderfall: Verfügung über einen Bruchteil am Anteil
    5. Haftung des Erwerbers und des Veräusserers
- IV. Rechtsvergleichende Betrachtungen und Folgerungen

## I. Einleitung

Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland geht die Erbschaft – oder gleichbedeutend der Nachlass – gemäss den Grundsätzen der Universalsukzession und des Von-

selbsterwerbs (*ipso iure*-Erwerbs) vom Erblasser auf die Erben über. Die Erben erwerben somit die Erbschaft – als die Gesamtheit der vererblichen Rechte und Pflichten –, ohne dass irgendein Zutun von ihrer Seite oder von Seiten einer Behörde notwendig wäre. Sind mehrere Personen als Erben vorhanden, so entsteht in beiden Rechtsordnungen eine Erbengemeinschaft, die als Gemeinschaft zur gesamten Hand ausgestaltet ist. Trotz dieser sehr ähnlichen, ja im Grunde identischen Ausgangslage, zeigen sich bei der Übertragung von Erbanteilen – so die schweizerische Terminologie – bzw. der Übertragung von Anteilen an der Erbengemeinschaft – so die deutsche Rechtssprache – Unterschiede. Im Folgenden wird zunächst auf die Rechtslage in der Schweiz (II.) und diejenige in Deutschland (III.) eingegangen. Anschliessend werden rechtsvergleichende Betrachtungen angestellt und Folgerungen gezogen (IV.).

## II. Schweiz

### A. Erbschaftserwerb und Erbengemeinschaft

Nach schweizerischem Erbrecht erwerben die Erben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetzes (Art. 560 Abs. 1 ZGB). Der Anfall der Erbschaft an die Erben findet somit nach den Grundsätzen der *Universalsukzession* (Gesamtnachfolge) und des *Von-*

\* Prof. Dr. iur. STEPHAN WOLF, Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern.

\*\* Dr. iur. CHRISTIANE VON BARY, Akademische Rätin a.Z., Habilitandin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Ludwig-Maximilians-Universität München.

*selbsterwerbs* (*ipso iure*-Erwerbs) statt.<sup>1</sup> Mit dem Tod des Erblassers gehen nicht nur dessen Aktiven, sondern auch dessen Passiven auf die Erben über (Art. 560 Abs. 2 ZGB), was verhindert, dass die Gläubiger infolge des Ablebens ihres Schuldners eine Schlechterstellung erfahren.<sup>2</sup> Unter mehreren Erben entsteht dabei eine *Erbengemeinschaft* (Art. 602 Abs. 1 ZGB, wonach «infolge des Erbanges eine Gemeinschaft aller Rechte und Pflichten» eintritt).<sup>3</sup> Bei einer Erbenmehrheit und Vorhandensein von Nachlassvermögen entsteht die Erbengemeinschaft auf der Grundlage von Art. 602 ZGB zwingend; die Erbengemeinschaft ist folglich eine *Zwangsgemeinschaft*, deren Eintreten weder vom Erblasser noch von den Erben verhindert werden kann.<sup>4</sup> Die Erben werden Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände und verfügen unter Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungsrechte über die Rechte der Erbschaft gemeinsam (Art. 602 Abs. 2 ZGB). Damit stellt die Erbengemeinschaft eine *Gemeinschaft zur gesamten Hand* i.S.v. Art. 652–654 ZGB dar.<sup>5</sup> Der einzelne Miterbe hat grundsätzlich *kein selbständiges Verfügungsrecht über die einzelnen Erbschaftsgegenstände* (vgl. Art. 602 Abs. 2 ZGB). Von dem der Gesamthandschaft innewohnenden Einstimmigkeitsprinzip ausgenommen bleiben privatautonom begründete Vertretungsbefugnisse, etwa des vom Erblasser letztwillig bezeichneten Willensvollstreckers (Art. 517 Abs. 1 ZGB) oder eines von den Erben einstimmig Bevollmächtigten (Art. 32 ff. OR). Ebenso verhält es sich mit gesetzlichen Vertretungsbefugnissen – wie z.B. des Erbschaftsverwalters (Art. 554, 595 ZGB) – oder von der Praxis anerkannter

alles alleiniges Handeln eines Miterben etwa in dringenden Fällen.<sup>6</sup>

Nach dem soeben Gesagten kann der Miterbe somit über die einzelnen Erbschaftsgegenstände nicht alleine verfügen (vgl. Art. 602 Abs. 2 ZGB). Demgegenüber besteht für ihn die Möglichkeit, über seine Erbquote zu verfügen, indem er gemäss Art. 635 ZGB eine *Abtretung des angefallenen Erbanteils* vornehmen kann.<sup>7</sup> Vertragsgegenstand bilden dabei nicht einzelne Erbschaftsobjekte, sondern eben der Erbanteil als solcher. Im Einzelnen sind die Erbanteilsabtretung an einen Miterben (Art. 635 Abs. 1 ZGB; dazu II.B.2. hienach) und diejenige an einen Dritten (Art. 635 Abs. 2 ZGB; dazu II.B.3. hienach) zu unterscheiden.

## B. Erbanteilsabtretung

### 1. Allgemeines

Der einzelne Miterbe kann – wie eben bereits dargelegt (II.A. i.f.) – während der Dauer der Erbengemeinschaft grundsätzlich nicht alleine über Gegenstände der Erbschaft verfügen (Art. 602 Abs. 2 ZGB). Infolge des Einstimmigkeitsprinzips kann er deshalb bei Uneinigkeit unter den Erben sein in der Gesamthandschaft gebundenes Vermögen nicht individuell liquid machen, womit die Gefahr besteht, dass ein Millionenerbe zu verhungern droht.<sup>8</sup> Art. 635 ZGB erlaubt es deshalb dem einzelnen Miterben, während bestehender Erbengemeinschaft – und mithin vor der Erbteilung i.S.v. Art. 634 ZGB – alleine über seinen Erbanteil zu verfügen und diesen abzutreten. Damit wird dem einzelnen Erben die *rasche wertmässige Realisierung seines Erbanteils* ermöglicht.<sup>9</sup>

Die bei der Erbengemeinschaft bestehende Möglichkeit, über den Anteil verfügen zu können, stellt eine *Ausnahme* innerhalb der Gemeinschaften zur gesamten

<sup>1</sup> Dazu allgemein STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Schweizerisches Erbrecht, 2. A., Bern 2020, N 28 ff. und 1413; PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit des successions, 2. A., Bern 2015, N 24 ff.; ausführlich STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Erbrecht, SPR IV/1, Basel 2012, 24 ff., und SPR IV/2, Basel 2015, 66 f.

<sup>2</sup> Vgl. PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich/Basel/Genf 2015, § 62 N 6.

<sup>3</sup> WOLF/GENNA (FN 1), 153.

<sup>4</sup> STEPHAN WOLF, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Bern 2014 (zit. BK-WOLF), Art. 602 ZGB N 14 f., m.w.H.; ausführlich STEPHAN WOLF, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, Habil., Bern 2004, 9 ff.

<sup>5</sup> THOMAS WEIBEL, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. A., Basel 2019 (zit. PraxKomm-Verfasser), Art. 602 ZGB N 4; BK-WOLF (FN 4), Art. 602 ZGB N 42 ff. Zur Erbengemeinschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand ausführlich WOLF (FN 4), 20 ff.

<sup>6</sup> WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (FN 1), N 1648 ff.; ausführlich BK-WOLF (FN 4), Art. 602 ZGB N 72 ff.

<sup>7</sup> WOLF/GENNA (FN 1), 162; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (FN 1), N 1643. Vgl. auch STEINAUER (FN 1), N 1198.

<sup>8</sup> PETER TUOR/VITO PICENONI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB, Bern 1964 (zit. BK-TUOR/PICENONI), Art. 635 ZGB N 2; ARNOLD ESCHER, Zürcher Kommentar, Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB, 3. A., Zürich 1960 (zit. ZK-ESCHER), Art. 635 ZGB N 1; weiter TUOR/SCHNYDER/JUNGO (FN 2), § 86 N 9; siehe auch BSK ZGB II-PETER C. SCHAUFELBERGER/KATRIN KELLER LÜSCHER, Art. 635 N 2, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-Verfasser). Ausführlich URS E. KOHLER, Die Abtretung angefallener Erbanteile, Art. 635 ZGB, Diss. Zürich 1976, 47 f.

<sup>9</sup> WOLF/GENNA (FN 1), 380 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (FN 1), N 2073. Näher WOLF (FN 4), 160 f.

Hand dar, denn im Allgemeinen ist die Verfügung über einen Gesamthandsanteil ausgeschlossen (Art. 653 Abs. 3 ZGB).<sup>10</sup> So kann unter dem Güterstand der Gütergemeinschaft kein Ehegatte über seinen Anteil am Gesamtgut verfügen (Art. 222 Abs. 3 ZGB). Bei der einfachen Gesellschaft als Grundart der Personengesellschaften findet sich keine explizite Norm, wonach Gesamthandsanteile unter den Gesellschaftern abgetreten werden könnten, wohl aber eine Regelung der – schuldrechtlichen – Abtretung an Dritte.<sup>11</sup> Demgegenüber sieht Art. 635 ZGB die Möglichkeit sowohl der – dinglichen oder schuldrechtlichen – Abtretung des Erbanteils an einen Miterben (Abs. 1) als auch diejenige der obligatorischen Abtretung an aussenstehende Dritte vor (Abs. 2).

Beteiligt an der Erbanteilsabtretung sind der *abtretende Miterbe* und der *Erbanteilsnehmer*, der – wie eben schon erwähnt – ein Miterbe oder ein aussenstehender Dritter sein kann. Der Abtretende darf nicht Alleinerbe sein, denn einem solchen steht nicht ein Erbanteil, sondern die Erbschaft insgesamt zu.<sup>12</sup> Vielmehr kann Abtreter nur einer von mehreren zugleich berufenen Erben sein,<sup>13</sup> der als solcher mit einer Erbquote an der Erbschaft berechtigt ist. Im Einzelnen kann es sich dabei um einen gesetzlichen oder einen eingesetzten Miterben, einen Vorerbe – nach Eintritt des Nacherbfalls – einen Nacherben, einen erstberufenen Erben oder – sofern der Ersatzerbfall bereits eingetreten ist – einen Ersatzerben handeln.<sup>14</sup> Tritt der Vorerbe seinen Erbanteil ab, so bleibt die darauf aufhaftende Nacherbeneinsetzung auch für den Erbanteilsnehmer bestehen; die Berechtigung des Nacherben geht mithin derjenigen des Erbanteilsnehmers vor.<sup>15</sup>

In der Regel tritt der Miterbe seinen Erbanteil i.S.v. Art. 635 ZGB gegen Entgelt ab. *Rechtsgrund* (causa) der Erbanteilsabtretung bildet insofern meistens ein Kauf. Möglich sind aber auch etwa Tausch, Schenkung oder

Hingabe an Zahlungsstatt.<sup>16</sup> Jedenfalls mit obligatorischer Wirkung kommt auch eine Verpfändung des Erbanteils in Betracht.<sup>17</sup> Allgemein weist die Erbanteilsabtretung mit einem Handänderungsvertrag vergleichbare Züge auf (dazu näher bei der Erbanteilsabtretung an Miterben II.B.a. i.f. hienach).

Der Erbe kann seinen *ganzen Erbanteil* abtreten oder auch nur einen *Bruchteil* davon.<sup>18</sup>

Der Vertrag über die Erbanteilsabtretung unter Miterben bedarf zur Gültigkeit der *Schriftform* (Art. 635 Abs. 1 ZGB). Die gleiche Formvorschrift gilt analog auch für den Vertrag über die Erbanteilsabtretung an Dritte i.S.v. Art. 635 Abs. 2 ZGB.<sup>19</sup> Die Form der einfachen Schriftlichkeit ist auch dann ausreichend, wenn in der Erbschaft Grundstücke vorhanden sind.<sup>20</sup> Für den Sonderfall der Verpfändung des Erbanteils wird im Schrifttum, sofern sich Grundstücke im Erbteil befinden, öffentliche Beurkundung verlangt.<sup>21</sup>

Art. 635 ZGB sieht *zwei Varianten* der Erbanteilsabtretung vor: Der Erbe kann seinen Erbanteil an einen seiner *Miterben* (Art. 635 Abs. 1 ZGB; dazu II.B.2.) oder an einen aussenstehenden *Dritten* (Art. 635 Abs. 2 ZGB; dazu II.B.3.) abtreten. Dabei kann die Erbanteilsabtretung an den Miterben mit dinglicher oder obligatorischer Wirkung erfolgen, während die Erbanteilsabtretung an Dritte einzig auf obligatorischer Grundlage vereinbart werden kann.

Zu der als ordentlicher Weg zur Auflösung der Erbengemeinschaft zu bezeichnenden Erbteilung gemäss Art. 634 ZGB<sup>22</sup> bildet die Erbanteilsabtretung jedenfalls teilweise eine ebenfalls zur Aufhebung der Erbengemeinschaft führende Alternative. Die Abtretung des Erbanteils mit dinglicher Wirkung an einen Miterben (Art. 635 Abs. 1 ZGB; dazu II.B.2.a. sogleich) stellt nämlich einen Erbteilungsvorgang im weiteren Sinne dar.<sup>23</sup> Demgegen-

<sup>10</sup> BK-WOLF (FN 4), Art. 602 ZGB N 49.

<sup>11</sup> Gemäss Art. 542 Abs. 1 OR kann ein Gesellschafter ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen; wenn ein Gesellschafter einseitig einen Dritten an seinem Anteil beteiligt oder seinen Anteil an ihn abtritt, so wird dieser Dritte dadurch nicht zum Gesellschafter der übrigen (Art. 542 Abs. 1 OR).

<sup>12</sup> Im Fall des alleinigen Erben stellt sich die Problematik der Gebundenheit des geerbten Vermögens von vornherein nicht, weil gar keine Erbengemeinschaft entsteht.

<sup>13</sup> KOHLER (FN 8), 63, m.w.H.

<sup>14</sup> BK-TUOR/PICENONI (FN 8), Art. 635 ZGB N 9; ZK-ESCHER (FN 8), Art. 635 ZGB N 4. Ausführlich zum Miterben als erbanteilsabtretender Partei KOHLER (FN 8), 63 ff.

<sup>15</sup> BK-TUOR/PICENONI (FN 8), Art. 635 ZGB N 10; ZK-ESCHER (FN 8), Art. 635 ZGB N 4; KOHLER (FN 8), 65 f.

<sup>16</sup> BK-TUOR/PICENONI (FN 8), Art. 635 ZGB N 6; WOLF (FN 4), 141 f., m.w.H.; weiter WOLF/GENNA (FN 1), 381.

<sup>17</sup> BK-TUOR/PICENONI (FN 8), Art. 635 ZGB N 7; ZK-ESCHER (FN 8), Art. 635 ZGB N 4.

<sup>18</sup> WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (FN 1), N 2076; ausführlich WOLF (FN 4), 142 ff.

<sup>19</sup> BK-TUOR/PICENONI (FN 8), Art. 635 ZGB N 21; ZK-ESCHER (FN 8), Art. 635 ZGB N 28 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (FN 1), N 2074; TUOR/SCHNYDER/JUNGO (FN 2), § 86 N 11; STEINAUER (FN 1), N 1199. Ausführlich KOHLER (FN 8), 125 ff., m.w.H.

<sup>20</sup> BGE 101 II 222 E. 6e. Aus dem Schrifttum ausführlich KOHLER (FN 8), 131 ff.

<sup>21</sup> BK-TUOR/PICENONI (FN 8), N 7 Art. 635 ZGB; ZK-ESCHER (FN 8), Art. 635 ZGB N 33.

<sup>22</sup> Vgl. WOLF (FN 4), 129.

<sup>23</sup> BK-WOLF (FN 4), Art. 602 ZGB N 189; ausführlich WOLF (FN 4), 138 ff.

über führen die Erbanteilsabtretung mit obligatorischer Wirkung an einen Miterben (vgl. II.B.2.b. hienach) und diejenige an einen Dritten (II.B.3. hienach) nicht zu einer (teilweisen) Auflösung der Erbengemeinschaft.<sup>24</sup>

## 2. Erbanteilsabtretung unter Miterben (Art. 635 Abs. 1 ZGB)

### a. Erbanteilsabtretung mit dinglich-absoluter Wirkung

Wird die Erbanteilsabtretung von einem Erben an einen seiner Miterben vorgenommen, so ist dieser als Erwerber (Zessionar) bereits Subjekt der Erbengemeinschaft und folglich bereits zu gesamter Hand an der Erbschaft berechtigt. Deshalb kommt der Erbanteilsabtretung an einen Miterben grundsätzlich – sofern nicht von den Parteien im konkreten Fall eine bloss schuldrechtliche Wirkung vereinbart worden ist – *dinglich-absolute Wirkung* zu.<sup>25</sup> Gegenstand der Abtretung ist folglich die gesamte (erbrechtliche) Stellung des zedierenden Erben.<sup>26</sup> Der erbanteilsabtretende Miterbe scheidet damit aus der Erbengemeinschaft aus und sein Erbteil wächst dem erwerbenden Miterben an, welcher nun über eine entsprechend erhöhte Gesamthandsquote verfügt. Sofern auf solche Weise der ganze Erbanteil – und nicht nur ein Bruchteil davon – abgetreten wird, liegt ein Fall der *subjektiv partiellen Erbteilung* vor.<sup>27</sup> Es handelt sich somit im Ergebnis um eine (teilweise) Aufhebung der Erbengemeinschaft (vgl. bereits II.B.1. i.f.).

Im externen Verhältnis zu den Gläubigern bleibt der seinen ganzen Erbanteil mit dinglicher Wirkung abtretende und damit aus der Erbengemeinschaft ausscheidende Erbe analog Art. 639 ZGB noch *während fünf Jahren solidarisch haftbar*, es sei denn, die Gläubiger hätten in seine Entlassung aus der Haftung eingewilligt.<sup>28</sup> Die Fünfjahresfrist wird mit der dinglichen Abtretung des Erbanteils ausgelöst.<sup>29</sup>

Die Abtretung des Erbanteils an einen Miterben – und auch diejenige an einen Dritten (vgl. schon II.B.1. hie-

vor) – weist *einem Handänderungsgeschäft vergleichbare Züge* auf.<sup>30</sup> Das zeigt sich namentlich auch in der praktischen Ausgestaltung etwa hinsichtlich der finanziellen Bestimmungen und der weiteren Vertragsbestimmungen.<sup>31</sup> Analog insbesondere zu einem Kaufvertrag sind beispielsweise die sich in Bezug auf den Übergang von Nutzen und Gefahr<sup>32</sup> oder die Gewährleistung<sup>33</sup> stellenden Fragen zu klären.

### b. Erbanteilsabtretung mit obligatorischer Wirkung

Statt der dinglich wirkenden Erbanteilsabtretung (dazu II.B.2.a. soeben) kann unter Miterben auch eine Erbanteilsabtretung mit *obligatorischer Wirkung* vereinbart werden.<sup>34</sup> In dieser Variante tritt ein Miterbe einem anderen sein ihm künftig aus der Erbteilung zustehendes *Liquidationsergebnis* ab. Der abtretende Erbe scheidet dabei nicht aus der Erbengemeinschaft aus. Der obligatorischen Erbanteilsabtretung an einen Miterben kommen im Weiteren grundsätzlich dieselben Wirkungen zu wie der Abtretung an Dritte gemäss Art. 635 Abs. 2 ZGB (zu dieser II.B.3. sogleich).<sup>35</sup>

## 3. Erbanteilsabtretung an einen Dritten (Art. 635 Abs. 2 ZGB)

Wird eine Erbanteilsabtretung zwischen einem Erben und einem Dritten vereinbart, so gibt sie diesem kein Recht auf Mitwirkung bei der Teilung, sondern nur einen Anspruch auf den Anteil, der dem Erben aus der Teilung zugewiesen wird (Art. 635 Abs. 2 ZGB).<sup>36</sup> Dem Vertrag kommt ausschliesslich *obligatorische Wirkung* zu. Der aussenstehende Dritte als Zessionar kann nicht zum Erben werden – denn dies setzt eine Berufung entweder kraft Gesetzes oder einer Verfügung von Todes wegen des Erb-

<sup>24</sup> WOLF (FN 4), 137 f.; BK-WOLF (FN 4), Art. 602 ZGB N 189.

<sup>25</sup> BGE 102 Ib 321 E. 4. Siehe auch BGE 118 II 514 E. 4, und BGE 129 III 316 E. 1.

<sup>26</sup> Vgl. auch TUOR/SCHNYDER/JUNGO (FN 2), § 86 N 14; ausführlich KOHLER (FN 8), 77 ff.

<sup>27</sup> Zum Ganzen WOLF/GENNA (FN 1), 382 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (FN 1), N 2079; vgl. auch STEINAUER (FN 1), N 1201.

<sup>28</sup> BGE 102 Ib 321 E. 6.

<sup>29</sup> WOLF/GENNA (FN 1), 383; ZK-ESCHER (FN 8), Art. 635 ZGB N 26; ausführlich WOLF (FN 4), 158 ff., m.w.H. A.M. BK-TUOR/PICENONI (FN 8), Art. 635 ZGB N 28, und Art. 639 ZGB N 12. In BGE 102 Ib 321 E. 6 wurde die Frage nach dem Beginn der Fünfjahresfrist offen gelassen.

<sup>30</sup> Vgl. als Beispiel Verband bernischer Notare, Musterurkunden, Bern 1981, mit alljährlichen Nachführungen (zit. Musterurkunde VbN), Musterurkunde VbN Nr. 523, Abtretung eines Erbanteils an einen Miterben.

<sup>31</sup> Siehe Musterurkunde VbN Nr. 523, III. und IV.

<sup>32</sup> Dazu KOHLER (FN 8), 195 ff.; aus der Notariatspraxis Musterurkunde VbN Nr. 523, IV.1.

<sup>33</sup> Vgl. KOHLER (FN 8), 179 ff.; Musterurkunde VbN Nr. 523, IV.2.

<sup>34</sup> BGE 102 Ib 321 E. 4. Vgl. auch WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (FN 1), N 2081.

<sup>35</sup> BK-TUOR/PICENONI (FN 8), Art. 635 ZGB N 20a; ZK-ESCHER (FN 8), Art. 635 ZGB N 15; WOLF/GENNA (FN 1), 384; WOLF (FN 4), 138.

<sup>36</sup> Gemäss EUGEN HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Band I, 2. Ausgabe, Bern 1914, 472, ist «man es ... den Miterben des Veräusserers schuldig, dass sie den Erwerber nicht zur Teilung zuzulassen brauchen».



lassers voraus – und deshalb nicht den erbanteilsabtretenden Erben in der Erbengemeinschaft ersetzen. Vielmehr behält der seinen Erbanteil zedierende Erbe seine Erbentstellung und bleibt Subjekt der Erbengemeinschaft.<sup>37</sup> An den Dritten abgetreten wird nicht der Erbanteil als solcher, sondern einzig das anlässlich der Erbteilung auf den abtretenden Miterben entfallende *Ergebnis*.<sup>38</sup> Die Abtretung des Erbanteils an einen Dritten vermittelt diesem nur ein obligatorisches Recht darauf, dass ihm der abtretende Erbe die ihm bei der Erbteilung zugewiesenen Gegenstände überträgt.<sup>39</sup> Die entsprechende Berechtigung des Dritterwerbers ist suspensiv bedingt, weil sie erst in Zukunft und unter der Voraussetzung, dass dem abtretenden Erben in der Erbteilung etwas zufällt, entsteht.<sup>40, 41</sup>

Entsprechend der rein schuldrechtlichen Natur der Erbanteilsabtretung an den Dritten kann dieser seinen Anspruch nur gegenüber dem mit ihm kontrahierenden Miterben geltend machen. Zwischen dem Dritten und den Miterben des abtretenden Erben entstehen keinerlei Rechtsbeziehungen.<sup>42, 43</sup>

In Anbetracht seiner bloss obligatorischen – mithin nicht besonders gesicherten – Rechtsstellung kann sich für den erbanteilswerbenden Dritten *Schutzbedarf* ergeben. Zur entsprechenden Sicherung kann sich der Dritte vom Erbanteilsabtreter zur Vertretung bei der Teilung ermächtigen lassen oder aufgrund von Art. 609 Abs. 1 ZGB verlangen, dass anstelle des Abreters die Teilungsbehörde<sup>44</sup> bei der Teilung mitwirkt.<sup>45</sup> Weiters ist möglich, dass der Dritterwerber den Abtretungsvertrag mit dem Erben nur unter der Bedingung einer bestimmten Art der Erbteilung abschliesst oder sich ein Weisungsrecht gegenüber dem abtretenden Erben einräumen lässt. Bei Nichterfül-

lung kommen allenfalls Schadenersatzansprüche gegen den Erbanteilsabtreter in Betracht.<sup>46</sup>

Infolge ihrer nur obligatorischen Wirkung zieht die Erbanteilsabtretung an einen Dritten *keinerlei Folgen für die Schuldenhaftung* nach sich. Der Erbanteilsabtreter bleibt Miterbe und haftet als solcher weiterhin gegenüber den Gläubigern (Art. 560 Abs. 2, 603 Abs. 1 und 639 ZGB).<sup>47</sup> Insbesondere löst die schuldrechtliche Erbanteilsabtretung – im Gegensatz zur dinglichen – nicht den Fristenlauf gemäss Art. 639 Abs. 2 ZGB aus.<sup>48</sup>

### III. Deutschland

#### A. Erbschaftserwerb und Erbengemeinschaft

§ 1922 Abs. 1 BGB – die erste Vorschrift des erbrechtlichen 5. Buchs des BGB – normiert die Grundsätze der *Universalsukzession* und des *Vonselbsterwerbs*.<sup>49</sup> Das gesamte Vermögen inklusive der Passiva (§ 1967 BGB) geht *ipso iure* auf den oder die Erben über, sodass für die Gläubiger des Erblassers durch den Eintritt des Erbfalls keine Haftungsmasse verloren geht. Mehrere Erben bilden dabei zwingend eine *Erbengemeinschaft* und der Nachlass wird gemäss § 2032 Abs. 1 BGB ihr gemeinschaftliches Vermögen. Auch wenn das Gesetz den Begriff nicht ausdrücklich verwendet, bringt die Bezeichnung «gemeinschaftliches Vermögen» zum Ausdruck, dass es sich bei der Erbengemeinschaft um eine *Gesamthandsgemeinschaft* handelt.<sup>50</sup> Dies wird auch durch die Vorschrift des § 2033 Abs. 2 BGB deutlich, die einen weiteren zentralen

<sup>37</sup> WOLF (FN 4), 137 f., m.w.H.

<sup>38</sup> BGE 84 II 355 E. 3.

<sup>39</sup> BGE 87 II 218 E. 1a; 101 II 47 E. 1; 134 I 263 E. 3.5. Vgl. auch STEINAUER (FN 1), N 1202; weiter KOHLER (FN 8), 139.

<sup>40</sup> WOLF (FN 4), 137, m.w.H.

<sup>41</sup> Zum Ganzen WOLF/GENNA (FN 1), 384; siehe auch WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (FN 1), N 2082.

<sup>42</sup> BGE 87 II 218 E. 1c; vgl. auch BGE 88 III 55 E. 2.

<sup>43</sup> Näher dazu WOLF/GENNA (FN 1), 385; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (FN 1), N 2083; STEINAUER (FN 1), N 1202a.

<sup>44</sup> Die Erbteilung ist – entsprechend dem Prinzip der freien, privaten Erbteilung gemäss Art. 607 Abs. 2 ZGB – grundsätzlich Sache der Erben. Im Einzelfall ist für besonders gelagerte Situationen indessen die Möglichkeit der Mitwirkung der durch das kantonale Recht zu bestimmenden Teilungsbehörde vorgesehen; Art. 609 Abs. 1 ZGB enthält einen solchen Anwendungsfall. Siehe dazu WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (FN 1), N 1700 f.

<sup>45</sup> BGE 87 II 218 E. 1b; siehe auch BGE 135 III 179 E. 2.5.

<sup>46</sup> Zu alledem WOLF/GENNA (FN 1), 385. Weiter PraxKomm-MABILLARD/BRENNEIS-HOBI (FN 5), Art. 635 ZGB N 46; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (FN 1), N 2084; TUOR/SCHNYDER/JUNGO (FN 2), § 86 N 13; STEINAUER (FN 1), N 1202b.

<sup>47</sup> BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER (FN 8), Art. 635 N 16; WOLF/GENNA (FN 1), 384; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (FN 1), N 2085.

<sup>48</sup> PraxKomm-MABILLARD/BRENNEIS-HOBI (FN 5), Art. 635 ZGB N 33; vgl. auch BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER (FN 8), Art. 635 N 16.

<sup>49</sup> Dazu allgemein KNUT WERNER LANGE, *Erbrecht*, 3. A., München 2019, § 8 N 21 ff., sowie sehr umfassend KARLHEINZ MUSCHELER, *Erbrecht*, Band I, Tübingen 2010, § 18.

<sup>50</sup> Allg. Meinung, vgl. nur THOMAS GERGEN, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limpberg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. A., München 2020 (zit. MüKoBGB/Verfasser), vor § 2032 N 5; MARTIN LÖHNIG, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen (zit. Staudinger/Bearbeiter), Stand 2020, Vorbemerkungen zu §§ 2032–2057a BGB N 7.

Grundsatz des Organisationsprinzips der Gesamthand<sup>51</sup> – die nicht allgemein gesetzlich geregelt ist – für die Erbengemeinschaft festschreibt: Eine Verfügung eines Gesamthänders über einzelne Nachlassgegenstände oder Anteile an diesen Gegenständen ist nicht möglich. Vielmehr bildet der Nachlass ein Sondervermögen, das den Erben als *Gruppe* zugeordnet ist und von diesen gemäss §§ 2038 ff. BGB gemeinsam verwaltet wird. Massnahmen der ordnungsgemässen Verwaltung, d.h. solche, die nach der Beschaffenheit des Gegenstands und dem Interesse der Miterben billigem Ermessen entsprechen,<sup>52</sup> dürfen durch eine Mehrheit getroffen werden (§§ 2038 Abs. 2, 745 BGB), anderenfalls ist Einstimmigkeit erforderlich.<sup>53</sup> Nur Massnahmen, die zur Erhaltung notwendig sind, kann auch ein Miterbe alleine tätigen (§ 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB). Eine Verfügung über den *Anteil am Nachlass* ist jedoch gemäss § 2033 Abs. 1 S. 1 BGB jedem Miterben einzeln möglich. Diese Regelung stellt daher den Ausgangspunkt für die dingliche Wirkung der Übertragung des Anteils an einer Erbengemeinschaft dar. Davon zu unterscheiden ist die schuldrechtliche Ebene, für die in den §§ 2371 ff. BGB ebenso Regelungen bestehen.

## B. Verfügung über den Anteil

### 1. Allgemeines

Eine Verfügung über den Anteil am Nachlass ist gemäss § 2033 Abs. 1 S. 1 BGB allgemein, d.h. an eine beliebige Person, möglich und erfordert nach § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB immer eine *notarielle Beurkundung*. Zudem kann der Erwerber den Anteil an der Erbengemeinschaft gemäss § 2037 BGB auch weiterveräussern, dieser ist also generell *verkehrs-fähig*. Die Veräusserung durch den Erben ist von erbrechtlichen Verfügungsbeschränkungen – etwa durch eine Testamentsvollstreckung oder eine Vor- und Nacherbfolge – unabhängig, weil diese Beschränkungen dem Anteil anhaften und für den neuen Inhaber fortbestehen.<sup>54</sup> Im Vergleich zu den anderen Gesamthandsgemeinschaften des BGB hat der Miterbe daher eine weiter

gehende Verfügungsbefugnis: In der Gütergemeinschaft besteht, da sie an das Eingehen einer Ehe geknüpft ist, ein Ausschluss jeglicher lebzeitiger Verfügungen über den eigenen Anteil gemäss § 1419 Abs. 1 BGB.<sup>55</sup> Gesellschafter einer Personengesellschaft können über ihren Anteil nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter verfügen, wobei diese Zustimmung bereits im Gesellschaftsvertrag in genereller Form erteilt werden kann.<sup>56</sup>

Hinsichtlich der schuldrechtlichen Grundlage der Verfügung geht das BGB in den §§ 2371 ff. BGB vom *Regel-fall des Erbschaftskaufs* aus. Diese Bestimmungen sind aus systematischer Sicht Sondervorschriften, die das allgemeine kaufrechtliche Regime ergänzen bzw. abändern, das subsidiär zur Anwendung kommt.<sup>57</sup> Gemäss § 2371 BGB muss auch der schuldrechtliche Erbschaftskaufvertrag in notarieller Form abgeschlossen werden. § 2385 BGB ordnet eine entsprechende Anwendung für ähnliche Verträge an, also etwa bei Tausch oder Schenkung.<sup>58</sup> Abzugrenzen ist die Verpflichtung, den Anteil zu übertragen, von der Verpflichtung, einen Gegenstand zu übertragen, den der Miterbe zukünftig, d.h. nach der Auseinandersetzung, als Alleineigentümer erlangt.<sup>59</sup> Für letzteres gilt insbesondere kein Formerfordernis, sodass gegebenenfalls eine formunwirksame Verpflichtung zur Anteilsübertragung dahingehend umgedeutet werden kann.<sup>60</sup> Nicht möglich ist dagegen die isolierte Abtretung des Anspruchs des Miterben auf Auseinandersetzung (§ 2042 Abs. 1 BGB) oder des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben, weil diese Ansprüche nicht getrennt vom Anteil am Nachlass übertragbar sind.<sup>61</sup>

### 2. Folgen für die Zusammensetzung der Erbengemeinschaft

Wird der Anteil am Nachlass übertragen, so *tritt der Erwerber in die Erbengemeinschaft ein*, während der Ver-

<sup>51</sup> Vgl. zum Grundkonzept der Gesamthand FRANCIS LIMBACH, *Gesamthand und Gesellschaft*, Tübingen 2016, N 491; MÜKOBGB/SCHÄFER (FN 50), § 705 N 297 ff.; THOMAS WÄCHTER, *Die Aufnahme der Gesamthandsgemeinschaften in das Bürgerliche Gesetzbuch*, Ebelsbach 2002, 307.

<sup>52</sup> Zum Begriff der Ordnungsmässigkeit vgl. MÜKOBGB/GERGEN (FN 50), § 2038 N 31 ff.; STAUDINGER/LÖHNIG (FN 50), § 2038 BGB N 37 ff.

<sup>53</sup> Vgl. dazu HEINRICH LANGE/KURT KUCHINKE, *Erbrecht*, 5. A., München 2001, 1110 ff.

<sup>54</sup> SEBASTIAN RUHWINKEL, *Die Erbengemeinschaft*, Berlin 2013, N 381 f.

<sup>55</sup> Dies hat zur Folge, dass die Sonderrechte, die eine lebzeitige Verfügung voraussetzen (Niessbrauch, Pfandrecht, Vorkaufsrecht) an einem Gütergemeinschaftsanteil nicht begründet werden können.

<sup>56</sup> MÜKOBGB/SCHÄFER (FN 50), § 719 N 21 ff.; KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. A., Köln 2002, 1323.

<sup>57</sup> Wolfgang Litzener, in: Wolfgang Hau/Roman Poseck (Hrsg.), *BeckOK BGB* (zit. BeckOK/Bearbeiter), Stand 1.8.2020, § 2371 N 2; MÜKOBGB/MUSIELAK (FN 50), Vor § 2371 N 2.

<sup>58</sup> Vgl. dazu und zu weiteren Einzelfällen MÜKOBGB/MUSIELAK (FN 50), § 2385 N 2.

<sup>59</sup> THEODOR KIPP/HELMUT COING, *Erbrecht*, 14. A., Tübingen 1989, 622.

<sup>60</sup> KIPP/COING (FN 59), 622; KARLHEINZ MUSCHELER, *Verfügung über den Erbeil und Vorkaufsrecht der Miterben*, in: Manfred Bengel/Peter Limmer/Wolfgang Reimann (Hrsg.), *Festschrift für Rainer Kanzleiter* (zit. FS Kanzleiter), Köln 2010, 287, 291 f.

<sup>61</sup> MUSCHELER (FN 60), 287, 291; RUHWINKEL (FN 54), N 367.

äusserer ausscheidet.<sup>62</sup> Dies gilt einerseits dann, wenn einer oder mehrere *Miterben* den Anteil erwerben: In diesem Fall kommt es zu einer Anwachsung,<sup>63</sup> ausser der erwerbende Miterbe verbleibt als alleiniges Mitglied der Erbengemeinschaft, sodass diese erlischt und das Nachlassvermögen automatisch in sein Eigenvermögen fällt.<sup>64</sup> Aber auch dann, wenn ein *Dritter* den Anteil erwirbt, wird er *Mitglied der Erbengemeinschaft*. Erbe bleibt dennoch weiter der Veräusserer; diese Stellungen sind insoweit voneinander zu trennen. Der Erwerber ist daher an die Vorschriften zur Verwaltung der Erbengemeinschaft gebunden, wirkt an der Auseinandersetzung wie ein Miterbe mit und ist hinsichtlich Nachlassverwaltung, Nachlassinsolvenzverwaltung oder der Entlassung des Testamentsvollstreckers antragsberechtigt.<sup>65</sup> Die Struktur der Erbengemeinschaft bleibt unabhängig von den Mitgliedern erhalten, was der Rechtssicherheit und dem Fortbestand der vermögensrechtlichen Zuordnung dient.<sup>66</sup> Dies gilt selbst dann, wenn alle Erben ihren Anteil verkauft haben, aber nach wie vor mehrere Mitglieder vorhanden sind,<sup>67</sup> sodass der Erbengemeinschaft als Gesamthand losgelöst von ihrem konkreten Mitgliederbestand eine gewisse Selbstständigkeit zukommt.<sup>68</sup> Allerdings kann der Erwer-

ber mangels seiner Erbenstellung etwa bei zukünftigen Verfügungen anderer Mitglieder der Erbengemeinschaft kein Vorkaufsrecht geltend machen<sup>69</sup> und er profitiert auch nicht von einem Besitzübergang gemäss § 857 BGB.<sup>70</sup>

Den Eintritt eines Dritten in die Erbengemeinschaft können die Miterben durch *Ausübung des Vorkaufsrechts* nach § 2034 f. BGB verhindern und sich auf diese Weise davor schützen, dass sie die Erbengemeinschaft mit einem neuen Mitglied verwalten und auseinandersetzen müssen. Allerdings greift dieses Vorkaufsrecht nur für den Fall eines Kaufs, nicht aber, wenn andere Verpflichtungsgeschäfte – insbesondere Tausch oder Schenkung – der Verfügung zugrunde liegen.<sup>71</sup> Zudem ist die Ausübung des Vorkaufsrechts dadurch eingeschränkt, dass es – ebenso wie grundsätzlich alle Verwaltungshandlungen – den verbleibenden Miterben gemeinschaftlich zusteht.<sup>72</sup> Deshalb kann zwar ein Teil der Miterben, der den Anteil erwerben möchte, das Vorkaufsrecht ausüben, wenn die übrigen verzichten. Gegen den Willen der Miterben, die den Anteil nicht erwerben wollen, ist eine Ausübung des Vorkaufsrechts allerdings nicht möglich.<sup>73</sup> Der Schutz der Miterben vor dem Eintritt Dritter in die Erbengemeinschaft ist also nur unvollständig, zumal die Miterben auch in der Lage sein müssen, den vereinbarten Kaufpreis aufzubringen.

### 3. Folgen für den Veräusserer

Auch wenn der *Veräusserer* die vermögensrechtliche Stellung aufgibt, *bleibt* er *Erbe*, und die direkt damit verbundenen Rechte stehen daher weiter ihm zu. Der Veräusserer ist insbesondere als Erbe in den Erbschein aufzunehmen, weil für diesen allein die Rechtslage im Zeitpunkt des Erbfalls relevant ist.<sup>74</sup> Dies kann für den Erwerber aufgrund der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs vom nicht (mehr) berechtigten Erbscheinserben gemäss §§ 2365 ff. BGB durchaus schwerwiegende Konsequenzen haben.<sup>75</sup> Weiterhin kann der Veräusserer auch nach der Veräusserung noch für erbunwürdig erklärt werden, was zur Folge

<sup>62</sup> MüKoBGB/GERGEN (FN 50), § 2033 N 27; KIPP/COING (FN 59), 622; LANGE/KUCHINKE (FN 53), 1092; Staudinger/LÖHNIG (FN 50), § 2033 BGB N 34 ff.

<sup>63</sup> MüKoBGB/GERGEN (FN 50), § 2033 N 27; JOHANNES WEBER, Von der Erbengemeinschaft zur Bruchteilsgemeinschaft, ZNotP 2016, 2 ff., 4. Vgl. auch KARSTEN SCHMIDT, Erbteilsabtretung, Miterbenabfindung und Anwachsung bei der Erbengemeinschaft, AcP 2005, 305 ff., 315 f.

<sup>64</sup> LANGE/KUCHINKE (FN 53), 1090; Staudinger/LÖHNIG (FN 50), § 2033 BGB N 10.

<sup>65</sup> MüKoBGB/GERGEN (FN 50), § 2033 N 27 f.; LANGE/KUCHINKE (FN 53), 1092 f.

<sup>66</sup> BGH, V ZB 126/14, 22.10.2015, N 10, in: NJW 2016, 493; WEBER (FN 63), 2, 3.

<sup>67</sup> LANGE/KUCHINKE (FN 53), 1090; WEBER (FN 63), 2, 3.

<sup>68</sup> Auch wenn die nach wie vor herrschende Meinung in Deutschland nicht von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft ausgeht (vgl. nur BGH, V ZB 142/15, 20.5.2016, in: NZG 2016, 1223, 1224; BGH, VIII ZB 94/05, 17.10.2006, in: NJW 2006, 3715; MüKoBGB/GERGEN (FN 50), § 2032 N 12 m.w.N.), mehrern sich die Stimmen, die für eine Rechtsfähigkeit plädieren, vgl. CHRISTOPH ANN, Die Erbengemeinschaft, Köln 2001, 394 ff.; CHRISTIAN ALTENHOFEN, Zur Enträtselung der Figur der Gesamthand, JURA 2018, 205; CHRISTINA EBERL-BORGES, Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft nach dem Urteil des BGH vom 29.1.2002 zur Rechtsfähigkeit der (Aussen-)Gbr, ZEV 2002, 125 ff., 129 f.; WERNER FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Erster Teil: Die Personengesellschaft, 59 m. FN 48; BARBARA GRUNEWALD, Die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, AcP 197 (1997), 305 ff.; CHRISTOPHER SCHMIDT, Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, Berlin 2015, 177 ff.; LUTZ WEIPERT, Die Erbengemeinschaft als Mitglied einer Personengesellschaft, ZEV 2002, 300 ff., 301 f.

<sup>69</sup> BGH, III ZR 46/68, 22.4.1971, in: NJW 1971, 1264, 1265; Staudinger/LÖHNIG (FN 50), § 2033 BGB N 34.

<sup>70</sup> MüKoBGB/GERGEN (FN 50), § 2033 N 28; Staudinger/LÖHNIG (FN 50), § 2033 BGB N 34.

<sup>71</sup> LANGE/KUCHINKE (FN 53), 1099; RUHWINKEL (FN 54), N 404.

<sup>72</sup> BGH, IVa ZR 163/80, 28.10.1981, in: NJW 1982, 330; MUSCHELER (FN 60), 287, 301. Kritisch RUHWINKEL (FN 54), N 422 ff.

<sup>73</sup> MUSCHELER (FN 60), 287, 301.

<sup>74</sup> MüKoBGB/GERGEN (FN 50), § 2033 N 29; LANGE/KUCHINKE (FN 53), 1092; MUSCHELER (FN 60), 287, 290.

<sup>75</sup> Vgl. MUSCHELER (FN 60), 287, 291.



hat, dass der Erwerber seinen Anteil verliert.<sup>76</sup> Ähnliches gilt für den Eintritt des Nacherbfalls, wenn ein Anteil übertragen wird, der mit einer Vor- und Nacherbfolge belastet ist.<sup>77</sup> Auch das Anfechtungsrecht (§§ 2978 ff. BGB) oder die Geltendmachung eines Pflichtteilergänzungsanspruchs (§ 2325 BGB) verbleiben beim Erben.<sup>78</sup> Eine Abgrenzung zwischen der Stellung des Erwerbers und des Veräusserers ist folglich im Einzelfall nicht immer einfach und teilweise kommt es auch zu einer Doppelung: So können etwa beide einen Antrag auf Erteilung eines Erbscheins stellen, wobei dieser jeweils darauf gerichtet sein muss, den Veräusserer als Erben auszuweisen.<sup>79</sup>

#### 4. Sonderfall: Verfügung über einen Bruchteil am Anteil

Die Verfügung über den Anteil kann sich auch auf einen *ideellen Bruchteil des Anteils* beschränken.<sup>80</sup> Soweit es sich um eine Übertragung unter den *Miterben* handelt, wächst der Bruchteil am Anteil dem erwerbenden Miterben zu und vereinigt sich mit dessen Anteil, sodass es schlicht zu einer Verschiebung der Anteilsgewichtung kommt.<sup>81</sup> Erwirbt dagegen ein *Dritter* einen Bruchteil an einem Anteil, ist die Rechtsfolge umstritten.<sup>82</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH – und daher für die Praxis massgeblich – kommt es zur Bildung einer Bruchteilsgemeinschaft zwischen dem Erwerber und dem (teil-)veräussernden Miterben an dem einheitlich fortbestehenden Gesamthandsanteil (Einheitstheorie).<sup>83</sup>

Dagegen wird nach der sog. *Spaltungstheorie* der ursprüngliche Gesamthandsanteil geteilt und es entstehen zwei neue, gleichwertige Anteile an der Erbengemein-

schaft statt einer Untergemeinschaft. Letztere Lösung ist zunächst aus konstruktiver Sicht konsequent: Geht man davon aus, dass die Erbengemeinschaft und die Mitgliedschaft an der Erbengemeinschaft voneinander trennbar sind – und nur dann kann eine Verfügung über den Anteil an Dritte überhaupt erfolgen –, kann es keinen Unterschied machen, ob ein Bruchteil an einem Anteil an einen Dritten oder einen Miterben veräussert wird.<sup>84</sup> Da es bei Übertragung auf einen Miterben nur dann zu der auch von der herrschenden Meinung angenommenen Anwachsung kommen kann, wenn keine Bruchteilsgemeinschaft entsteht, muss dies auch für Dritte gelten. Zudem herrscht hinsichtlich der parallelen Situation der Übertragung eines Anteils an einer Personengesellschaft Einigkeit darüber, dass – entsprechend der Spaltungstheorie – ein *neuer Anteil* an der Gesellschaft entsteht.<sup>85</sup> Dem steht auch der Schutz der Miterben nicht entgegen, weil diese sich auch bei Bestehen einer Bruchteilsgemeinschaft mit einer zusätzlichen Person befassen müssen, da die Teilhaber einer Bruchteilsgemeinschaft nach § 747 BGB über die Bruchteile einzeln verfügen können.<sup>86</sup>

#### 5. Haftung des Erwerbers und des Veräusserers

Aus praktischer Sicht von besonderer Bedeutung sind die Folgen der Anteilsveräusserung für die Haftung. Grundsätzlich haften die Erben gemäss § 1967 BGB für alle Nachlassverbindlichkeiten, worunter sowohl die vom Erblasser eingegangenen Verbindlichkeiten als auch mit dem Erbfall entstehende Verbindlichkeiten etwa aus Vermächtnissen oder Pflichtteilsrechten fallen. Wurde diese Erbenhaftung nicht auf den Nachlass beschränkt,<sup>87</sup> haften die Erben auch mit ihrem Eigenvermögen. Die Mitglieder einer Erbengemeinschaft haften im Aussenverhältnis nach § 2058 BGB als Gesamtschuldner. Solange die Erbengemeinschaft noch besteht und mithin die Nachlassgläubiger noch Zugriff auf die Haftungsmasse – das Vermögen des Erblassers – in seiner ursprünglichen Form haben, kann jeder einzelne Nachlassgläubiger jedoch gemäss § 2059 Abs. 1 S. 1 BGB die Leistung aus dem Eigenvermögen verweigern, sodass der Haftungsumfang begrenzt ist.

<sup>76</sup> MUSCHELER (FN 60), 287, 290. Vgl. auch LANGE/KUCHINKE (FN 53), 1092.

<sup>77</sup> RUHWINKEL (FN 54), N 382. Gemäss § 2376 BGB muss der Veräusserer eine Belastung durch Vor- und Nacherbschaft jedoch offenlegen, anderenfalls bestehen Gewährleistungsansprüche wegen eines Rechtsmangels.

<sup>78</sup> MüKoBGB/GERGEN (FN 50), § 2033 N 29; LANGE/KUCHINKE (FN 53), 1092.

<sup>79</sup> MüKoBGB/GERGEN (FN 50), § 2033 N 29; Staudinger/LÖHNIG (FN 50), § 2033 BGB N 35.

<sup>80</sup> Ganz herrschende Meinung, vgl. etwa BGH, V ZR 15/62, 28.6.1963, in: NJW 1963, 1610; MüKoBGB/GERGEN (FN 50), § 2033 N 10; Staudinger/LÖHNIG (FN 50), § 2033 BGB N 12. A.A. ANN (FN 68), 190.

<sup>81</sup> BayObLG, BReg 2 Z 18/80, 20.10.1980, in: NJW 1981, 830; MüKoBGB/GERGEN (FN 50), § 2033 N 27.

<sup>82</sup> Ausführlich zum Streitstand ANN (FN 68), 191 ff.

<sup>83</sup> BGH, V ZB 126/14, 22.10.2015, in: NJW 2016, 493. Ebenso MüKoBGB/GERGEN (FN 50), § 2033 N 28; Staudinger/LÖHNIG (FN 50), § 2033 BGB N 12; MüKoBGB/K. SCHMIDT (FN 50), § 741 N 15.

<sup>84</sup> WEBER (FN 63), 2, 6.

<sup>85</sup> FRANK VENJAKOB, Die Untergemeinschaft innerhalb der Erbengemeinschaft, Rpfleger 1993, 2, 6; WEBER (FN 63), 2, 5. Gegen eine Vergleichbarkeit SCHMIDT (FN 63), 305, 331 f.

<sup>86</sup> VENJAKOB (FN 85), 2, 5; WEBER (FN 63), 2, 6.

<sup>87</sup> Durch Nachlassverwaltung, Nachlassinsolvenzverwaltung, § 1975 BGB, oder aufgrund der Dürftigkeitseinrede gemäss § 1990 BGB.



Im Aussenverhältnis besteht die Erbenhaftung des Veräusserers trotz der Veräusserung *fort* (§ 2058 BGB), weil es dem Veräusserer sonst möglich wäre, einseitig einen Schuldnerwechsel herbeizuführen, der gegebenenfalls auch zu Lasten des Nachlassgläubigers wirken kann.<sup>88</sup> Wie bei einem Schuldnerwechsel gemäss § 415 BGB ist eine Genehmigung des Gläubigers für die Wirksamkeit der Schuldübernahme ihm gegenüber nötig. Der *Erwerber haftet* allerdings gemäss § 2382 BGB im Aussenverhältnis zwingend *zusätzlich*,<sup>89</sup> wobei etwaige Beschränkungen der Erbenhaftung nach § 2383 BGB auch für ihn gelten. Für den Nachlassgläubiger kommt es daher zu einer Verbesserung seiner Situation, weil ihm ein zusätzlicher Schuldner zur Verfügung steht, wobei Erwerber und Veräusserer im Aussenverhältnis als Gesamtschuldner haften. Im *Innenverhältnis* ist allerdings der Erwerber des Anteils gemäss § 2378 BGB zur Erfüllung der Nachlassverbindlichkeiten verpflichtet, wenn nicht etwas anderes vereinbart wurde. Soweit jedoch Nachlassverbindlichkeiten geltend gemacht werden, für die der Veräusserer nach § 2376 BGB haftet, weil sie bei vertragsmässiger Beschaffenheit nicht bestehen dürften, unterliegt der Erwerber keiner Ausgleichspflicht.<sup>90</sup>

#### IV. Rechtsvergleichende Betrachtungen und Folgerungen

Trotz des *im Grunde identischen Ausgangspunkts* in Bezug auf den Erbschaftserwerb und das Entstehen einer Erbengemeinschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand mehrerer Erben ist die Übertragung von Erbanteilen in der Schweiz und in Deutschland *im Einzelnen abweichend geregelt* und namentlich in unterschiedlichem Masse möglich, was durchaus auch praktische Konsequenzen hat. Dies ist umso bemerkenswerter, als auch der von beiden Rechtsordnungen mit der Einräumung der Möglichkeit der Übertragung eines Erbteils angestrebte *Normzweck vergleichbar* ist: Erben sollen trotz der mit dem Entstehen einer Erbengemeinschaft ohne ihre Zustimmung von Gesetzes wegen zwingend eintretenden Bindung in die Lage versetzt werden, ihren Anteil an der Erbschaft ohne eine – häufig streitanfällige und dadurch zeitaufwändige – Auseinandersetzung schnell zu liquidieren. Die zu die-

sem Zwecke in beiden Ordnungen *anerkannte einseitige Verfügungsberechtigung über den Anteil* als solche bildet dabei im Rahmen der Gesamthandsgemeinschaften eine Ausnahme.

Den *bedeutsamsten Unterschied*, aus dem sich letztlich die meisten Verschiedenheiten ableiten lassen dürfen, bildet die *strenge Trennung*, die das *schweizerische Recht* in Art. 635 ZGB zwischen der Übertragung des Erbanteils an einen Miterben und derjenigen an einen ausserstehenden Dritten vornimmt. In *Deutschland* dagegen erfolgt insoweit *konstruktiv eine Gleichbehandlung*, die eine dingliche Übertragung des Anteils an jedermann – sei es ein Miterbe oder eine Drittperson – ermöglicht. Hinsichtlich der Übertragung an einen Miterben ergeben sich somit keine wesentlichen Unterschiede zwischen den Regelungen der beiden Staaten. Für den Fall der Übertragung des Anteils an einen Dritten wird demgegenüber die *Trennbarkeit der drei relevanten Rechtspositionen Erbe, (Gesamthands-)Anteilsberechtigter und Inhaber des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsergebnis* unterschiedlich beurteilt: Während in der Schweiz eine Trennung von Erbe und Anteilsinhaber ausgeschlossen ist, ist dies in Deutschland möglich. Dagegen wird in Deutschland eine Trennung der Anteilsinhaberschaft von dem Anspruch auf das Auseinandersetzungsergebnis nicht zugelassen, während dies in der Schweiz möglich ist. Eine eigentliche Begründung für diese unterschiedliche Zulassung der Aufspaltung der relevanten Rechtspositionen lässt sich allerdings nicht finden. Freilich ist dort, wo sich – wie im deutschen Recht – die Stellung als Erbe und als Mitglied der Erbengemeinschaft trennen lässt, die Einräumung der Möglichkeit der separaten Übertragung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsergebnis auch gar nicht mehr notwendig. Allenfalls spiegelt sich darin eine *grössere Selbstständigkeit der Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft in Deutschland* wider, wie sie auch im Rahmen der Diskussion um die – von Literaturstimmen zunehmend befürwortete<sup>91</sup> – Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft zum Ausdruck kommt. In der Schweiz wird ein Eingriff in den personellen Bestand der Erbengemeinschaft durch den Eintritt eines ausserstehenden Dritten abgelehnt und stattdessen alleine die Möglichkeit der Abtretung eines schuldrechtlichen Anspruchs zugelassen. Diese Haltung steht in Einklang mit der allgemeinen – wenn auch knappen, sich als *pars pro toto* für Gesamthandsberechtigungen jeder Art auf das Gesamtei-

<sup>88</sup> Wolfgang Olshausen, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Stand 2016, Einleitung zu §§ 2371–2385 BGB, N 46.

<sup>89</sup> BeckOK BGB/LITZENBURGER (FN 57), § 2382 N 1; RUHWINKEL (FN 54), N 488.

<sup>90</sup> RUHWINKEL (FN 54), N 512.

<sup>91</sup> Vgl. ANN (FN 68), 394 ff.; ALTENHOFEN (FN 68), 205; EBERL-BORGES (FN 68), 125, 129 f.; FLUME (FN 68), 59 m. FN 48; GRUNEWALD (FN 68), 305; SCHMIDT (FN 68), 177 ff.; WEIPERT (FN 68), 300, 301 f.

gentum beschränkenden – Ordnung der Gesamthand-  
schaft in Art. 652-654 ZGB. Für Deutschland erscheint  
es zumindest als plausibel, dass das Fehlen einer gesetz-  
lichen Regelung – ja sogar eines schlüssigen gesetzlichen  
Konzepts<sup>92</sup> – zur Gesamthandsgemeinschaft zu einer grös-  
seren Flexibilität und einer höheren Bereitschaft zur Fort-  
entwicklung des Instituts beiträgt. Dass die konsequente  
Konstruktion verkehrsfähiger Anteile aber zu praktischen  
Schwierigkeiten führt, da man die Stellung des Veräusse-  
rers und des Erwerbers in mancher Hinsicht kaum vonei-  
nander trennen kann, macht die Stärken der schuldrecht-  
lichen schweizerischen Lösung deutlich. Im Gegenzug

verschafft die dingliche Übertragung des Erbanteils in  
Deutschland im Bereich von Immobilien dem Erwerber  
die mit seiner Eintragung als Mitglied der Erbengemein-  
schaft in das Grundbuch verbundene erhöhte Sicherheit  
gegenüber der rein schuldrechtlichen Variante.

---

<sup>92</sup> Vgl. dazu nur im Zusammenhang mit der GbR MüKoBGB/SCHÄ-  
FER (FN 50), § 705 N 297 ff., und sehr ausführlich LIMBACH  
(FN 51), 331 ff.