

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 69 (1950)

Heft: 6

Artikel: Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruchs

Autor: Hecht, Werner

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896038>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 22.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruchs

Von Dr. Werner Hecht, Advokat, Basel

In der Verteilung des Nachlasses unter die Berechtigten erfüllt sich der vom Erbrecht erstrebte Zweck. Dieser Zweck muß für die Auslegung des Gesetzes wegleitend sein, wo klare Weisungen zur Durchsetzung des materiellen Anspruchs fehlen. Wenn nicht die Geltung des Erbrechts überhaupt in Frage gestellt werden soll, muß dem Erben die Möglichkeit geboten werden, die Zuweisung seines Erbanteils zu alleinigem Eigentum zu erzwingen.

Die gesetzlichen und gewillkürten Erben sind die ausschließlichen Träger des Teilungsanspruchs. Sein Substrat ist der Nachlaß¹. Der Teilungsanspruch ist unverjährbar und unentziehbar². Doch ist er der gestaltenden, rechtsindividualisierenden Kraft des Teilungsvertrags unterworfen. Der Betrachtung der Teilungsklage und des Teilungsurteils sei daher ein Blick auf das Wesen und die Wirkung des Teilungsvertrags vorausgeschickt.

I. Der Teilungsvertrag

Der schriftliche Teilungsvertrag hat eine zweifache Funktion. Sein Abschluß läßt das Gesamthandsverhältnis unter den Miterben untergehen und bringt gleichzeitig die wäh-

¹ Hierzu gehören alle Arten übertragungsfähiger Rechte, seien sie dinglicher, obligatorischer oder immaterieller Natur, sowie die übertragungsfähigen Pflichten und Lasten. Vgl. Max Habicht, Die Formen der Erbschaftsteilung, im schweizerischen Recht, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Heft 79, 5 ff.; BGE 69 II 370.

² BGE 56 II 19.

rend der Dauer der Erbengemeinschaft ruhenden individuellen Rechte am Erbschaftssubstrat zur Entfaltung³.

Im Hinblick auf die den Nachlaß belastenden Schulden vermag allerdings die Teilung nach außen hin keine sofortige Wirkung zu erzeugen. Auch nach der Auflösung der Erbengemeinschaft besteht noch während fünf Jahren die solidarische Haftung der Miterben. Der Teilung von Nachlaßschulden kommt zunächst nur die Bedeutung einer Erfüllungsübernahme im Sinne von Art. 175 OR zu. Volle Wirkung erzeugt dagegen der Teilungsvertrag in bezug auf die Aktiven des Nachlasses. Die Sachen oder Rechte, die ein bestimmter Erbe zugeteilt erhält, werden mit dem Vertragsabschluß der Herrschaft der übrigen entzogen.

Die theoretische Grundlage dieses Vorganges kann für die Abklärung konkreter Rechtsverhältnisse von Bedeutung werden, wenn es darum geht, die Durchführung eines gültig zustande gekommenen, aber von einer der Parteien nicht eingehaltenen Teilungsvertrages zu erzwingen. Im Gegensatz zur früher herrschenden Auffassung, die in der Erbengemeinschaft einen einheitlichen Träger der Herrschaftsrechte über das Erbschaftssubstrat erblickte⁴ und daher folgerichtig den Teilungsvorgang als Rechtsnachfolge konstruierte, läßt die neuere Lehre den Erben vom Momente des Erbfalls an in ein unmittelbares Herrschaftsrecht über die Erbschaftsgegenstände eintreten. Der Rechtserwerb aus der Teilung beruht nicht auf einem zwischen der Erbengemeinschaft einerseits und den einzelnen Miterben andererseits vollzogenen Übertragungsakt. Vielmehr wird die Erbteilung als eine wechselseitige Aufgabe von unmittelbar den Miterben zustehenden Gesamthandsrechten, als

³ Die zweite gemäß Art. 634 ZGB zulässige Form des Teilungsvertrags, die Realteilung braucht in dieser Arbeit nicht berücksichtigt zu werden. Da bei der Realteilung Entstehung und Vollzug der vertraglichen Pflichten zusammenfallen, stellt sie der Rechtsverwirklichung keinerlei Probleme.

⁴ Vgl. Escher, Kommentar zum Erbrecht, 1. Aufl., Zürich 1909, 275 und die dort erwähnte Literatur.

ein Verzicht aufgefaßt, wodurch das Recht des jeweiligen Übernehmers am Erbschaftsgegenstand von der Belastung der bisher gesamthänderisch Berechtigten befreit wird und sich infolgedessen zum Alleinrecht ausdehnt⁵.

Die neuere Anschauung führt, wenn man folgerichtig auf dem Gedanken der Konsolidierung des Eigentums beharrt, zur dinglichen Wirkung des Teilungsvertrages. Wenn wirklich ein schon in einem früheren Zeitpunkt, im Moment des Erbfalls, eo ipso erwachsenes Eigentum nur deshalb nicht sofort zur vollen Wirkung gelangt ist, weil es noch mit dinglichen Rechten der Miterben belastet war, so braucht sich der Erbe, zu dessen Gunsten die Rechte des anderen fortfallen, nicht mit einem obligatorischen Anspruch zu begnügen.

Die Doktrin zögert jedoch gegenüber dieser für das praktische Rechtsleben zweifellos wichtigsten Schlußfolgerung⁶, und eine Entscheidung der Frage durch die Rechtsprechung steht noch aus⁷.

Der gültige Teilungsvertrag bedarf der Zustimmung sämtlicher Miterben. Weigert sich auch nur einer von ihnen, von seinem Teilungsrecht Gebrauch zu machen, so ist das Zustandekommen des Vertrags unmöglich, und dem die Teilung erstrebenden Erben bleibt kein anderer Weg aus

⁵ Haab, Kommentar zum Sachenrecht, N. 15 zu Art. 652—654 ZGB; Eugen Huber, Zum schweizerischen Sachenrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht Heft 58, 51; Escher, Kommentar zum Erbrecht, 2. Aufl., N. 50 zu Art. 602 ZGB; Habicht, 12ff. und die dort zitierte Literatur. Die heutige Anschauung resultiert aus der konsequenten Verneinung der Persönlichkeitsqualität der Erbengemeinschaft.

⁶ Escher, N. 13 zu Art. 634 ZGB; Heinrich Nußbaum, Das schweizerische Erbrecht in der bundesgerichtlichen Praxis, Zurich 1931, 42. Habicht, 60, läßt es an Konsequenz fehlen, wenn er außer dem Teilungsvertrag die übrigen «für die Übertragung von Eigentum und anderen Rechten vorgeschriebenen Formen» fordert, nachdem er vorher den Standpunkt vertreten hat, daß nicht eine Übertragung, sondern eine Konsolidierung schon bestehender Rechte vorliege.

⁷ Offengelassen in BGE 47 II 254 und 69 II 371.

der Erbengemeinschaft als der Prozeß. Nicht nur die vollständige Teilung bedarf der Willensbildung aller Gesamthänder, sondern auch die bloß partielle, die darin besteht, daß einer oder einige von mehreren Miterben auf Grund einer Abfindung aus der Gemeinschaft ausscheiden. In diesem Falle bleibt die Erbengemeinschaft unter den übrigen in voller Wirksamkeit bestehen⁸.

Der Erbe, der von seinem Teilungsrecht Gebrauch gemacht hat, verliert mit dem Moment seiner Befriedigung alle Ansprüche gegen die in der Gemeinschaft verbliebenen Miterben. Er haftet aber — in dieser schwerwiegenden Frage herrscht Einigkeit in der Doktrin — gestützt auf Art. 639 ZGB Dritten gegenüber weiterhin für die Schulden des Erblassers solidarisch mit den andern Erben, und die fünfjährige Verjährungsfrist beginnt auch für ihn erst mit der vollständigen Teilung⁹.

II. Die rechtliche Natur der Teilungsklage

A. Die Klage aus dem Teilungsvertrag

Wenn unter den Miterben ein schriftlicher Teilungsvertrag abgeschlossen ist, einzelne Erben aber durch vertragswidriges Verhalten die anderen in ihren Rechten schmälern, so ist an sich der Tatbestand, den die Teilungsklage des Art. 604 Abs. 1 ZGB voraussetzt, nicht vorhanden. Die Erbengemeinschaft ist durch den Vertragschluß bereits aufgelöst worden und hat den individuellen Rechten der einzelnen Erben Platz gemacht. Dennoch erübrigt sich die Beurteilung dieses Tatbestandes nicht mit

⁸ BGE 60 I 145.

⁹ Tuor, Kommentar zum Erbrecht, N. 12 zu Art. 639 ZGB; Oskar Annen, Die objektiv und subjektiv beschränkte Teilung der Erbengemeinschaft, Diss. Freiburg i. Ü. 1941, 124 ff.; Rosmarie Felber, Aufgeschobene und partielle Erbteilung nach schweizerischem Recht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht n. F. Heft 158, 87f. und die dort erwähnte Literatur. Zur Rechtfertigung dieser außergewöhnlich strengen Haftungsregelung vgl. insbesondere Escher, N. 14 zu Art. 639 ZGB.

dem bloßen Hinweis auf die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts.

Es ist bereits dargelegt worden, daß jeder Miterbe schon vor der Teilung unmittelbar an dem der Gemeinschaft zugrunde liegenden Substrat berechtigt ist und daß infolgedessen der Teilungsvertrag dinglich wirkt. Dies führt zum Schluß, daß derjenige, dem im Vertrag ein bestimmter Nachlaßgegenstand zugewiesen worden ist, im Prozeß sein Herrschaftsrecht geltend machen kann. Er kann also die zugeteilten Sachen als Eigentümer vom Besitzer herausverlangen, bei Grundstücken Verfügungen im Grundbuch erwirken oder die Grundbuchberichtigungsklage anstrengen und den Erwerb von Forderungen und anderen immateriellen Rechten durch den Richter feststellen lassen. Er genießt die Unverjährbarkeit und — unter Vorbehalt des Schutzes gutgläubiger Dritter — absolute Wirkung des Eigentumsrechts.

Zwar wird diese Folgerung von der herrschenden Meinung nur für den Rechtserwerb an Grundstücken anerkannt ¹⁰. Die Ablehnung der dinglichen Wirkung für andere Nachlaßgegenstände befriedigt jedoch, wie gesagt, in keiner Weise. Wenn der Teilungsvertrag die Wirkung ausübt, die während der Gemeinschaft anerkanntermassen bestehenden Herrschaftsrechte in obligatorische Ansprüche umzuwandeln, dann bedeutet dies keine Mehrung, sondern eine Minderung der Rechtsstellung des Erben ¹¹. Bei einer solchen Auffassung kann der Teilungsvertrag der Funktion, welche ihm im System des Erbrechts zgedacht ist,

¹⁰ Vgl. die bei Escher, N. 12 zu Art. 634 ZGB, erwähnte Literatur und Praxis. Wegen des konstitutiven Charakters der Grundbucheintragung vermag der Teilungsvertrag nur den Erwerbsgrund, nicht auch den Übertragungsakt zu repräsentieren.

¹¹ Eine eigenmächtige Verfügung eines Erben über einen Nachlaßgegenstand, die während der Dauer der Gemeinschaft ungültig ist (Haab, Vorbem. N. 4 zu Art. 646—654 ZGB), wäre nach Abschluß eines Vertrages, der gerade die Herausgabe dieses Gegenstandes an die Miterben bezweckt, unanfechtbar und würde eine bloß obligatorische Verantwortlichkeit erzeugen.

nicht genügen. Auch läßt er die Eigentumsverhältnisse an den Erbschaftsgegenständen in der Zeit zwischen dem Vertragsschluß und der Vollziehung der vereinbarten Maßnahmen ungeklärt¹². Die Anerkennung einer umfassenden dinglichen Wirkung sollte daher dem Teilungsvertrag nicht länger versagt werden.

Die herrschende Ansicht gestattet lediglich eine Leistungsklage, gerichtet auf Erfüllung vertraglich vereinbarter Pflichten. Dabei besteht offenbar die Meinung, daß man sich den im Teilungsvertrag zum Ausdruck gebrachten Gesamttakt als in eine Anzahl zweiseitiger Verträge aufgespalten vorzustellen hat. Denn da die Erbengemeinschaft aufgelöst ist, wird jeder Miterbe von den anderen nur das fordern können, was ihm persönlich von dem jeweiligen ins Recht gefaßten Gegner vertragsgemäß zusteht. Diesem wiederum stehen nur diejenigen Einreden zu Gebot, welche unmittelbar auf dem Verhältnis zum Ansprecher fußen¹³. Auch im übrigen, was den Gerichtsstand, die Folgen des Verzuges und der Nichterfüllung, die

¹² Das Gesamteigentum ist infolge der Auflösung des Gesamthandsverhältnisses dahingefallen. Wer soll nun Eigentümer sein, wenn nicht der aus dem Teilungsvertrag Berechtigte? Die von Haab (N. 14 zu Art. 652—654 ZGB) offenbar im Gegensatz zu Tuor (N. 6 zu Art. 602 ZGB) und Escher (N. 39 zu Art. 602 ZGB) vertretene Ansicht, daß das Eigentum an den Nachlaßteilen bis zum Vollzug der vertraglich vereinbarten Maßnahmen der Gesamthand verbleibe, vermag die Schwierigkeiten nicht zu beheben. Diese Theorie führt, da in praxi die Erfüllungshandlungen der Miterben kaum stets zur gleichen Zeit erfolgen, zur Annahme einer sukzessiven Beendigung des Gesamtverhältnisses, wodurch sich vor allem die Verhältnisse gegenüber Dritten kompliziert gestalten. Aber auch die interne Rechtslage des Miterben, der einerseits von den anderen befriedigt worden ist, selbst aber seinen Obliegenheiten nicht Genüge geleistet hat, bleibt hierbei unklar.

¹³ Der aus dem Teilungsvertrag Beklagte kann zum Beispiel die Leistung nicht mit der Begründung verweigern, der Kläger habe seinerseits die Verpflichtung gegenüber einem dritten Miterben nicht erfüllt. Art. 82 OR; v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 464.

Übertragbarkeit und den Untergang des Anspruchs anbelangt, untersteht, wenn man der geltenden Anschauung folgt, die Erzwingung des Teilungsvertrags den auf die obligatorischen Ansprüche im allgemeinen anwendbaren Bestimmungen.

B. Die eigentliche Teilungsklage

Nur in der Gerichtsstandsnorm des Art. 538 ZGB findet sich eine ausdrückliche Erwähnung der Teilungsklage. In der deutschsprachigen Fassung des Zivilgesetzbuches suchen wir unter dem der Teilung der Erbschaft gewidmeten Titel die Aufführung dieser Klage vergeblich. Art. 604 ZGB trägt die Marginale «Teilungsanspruch». Die französische und italienische Ausgabe hingegen sprechen deutlich von einer «*action en partage*» und «*azione in divisione*». Wissenschaft und Rechtsprechung sind sich über die bundesrechtliche Verankerung der Teilungsklage einig¹⁴.

Die eigentliche Teilungsklage des Art. 604 Abs. 2 ZGB hat das Vorhandensein einer Mehrzahl von Erben, eines unverteilter Erbschaftssubstrates sowie das Fehlen gesetzlicher oder vertraglicher Klaghindernisse¹⁵ zur Voraussetzung. Sie soll dem Kläger, wenn einer oder mehrere der Miterben sich der Teilung widersetzen und eine gütliche Einigung nicht zum Ziel führt, die Befreiung aus den Bindungen der Erbengemeinschaft und die Verfügungsgewalt über die ihm kraft seiner Erbenqualität zustehenden Vermögenswerte verschaffen. Nach diesem doppelten Zweck hat sich die Ausgestaltung der Klage zu richten. Indem die Rechtsordnung dem Richter den Schutz des Teilungsanspruchs anvertraut, bringt sie zum Ausdruck, daß das Recht eines Miterben vom guten Willen der anderen un-

¹⁴ Tuor, N. 1 zu Art. 604 ZGB; Escher, N. 3ff. zu Art. 604 ZGB und die dort zitierte Judikatur; René Tchéraz, *Le droit de demander le partage de la succession et ses dérogations dans le code civil suisse*, Diss. Genf 1939, 21ff.

¹⁵ Art. 604 Abs. 2, Art. 605 Abs. 1 ZGB; BIZR Bd. 30 N. 140; BGE 61 II 167.

abhängig sein soll. Der Richter soll dem Erben, dessen Anspruch sich als begründet erweist, in seinem Urteil nicht weniger Rechte zusprechen, als der Erbe bei pflichtgemäßem Verhalten der anderen auf vertraglicher Grundlage erreicht hätte¹⁶.

1. Teilungsanspruch und Feststellungs- oder Leistungsklage

Mit einem Feststellungsurteil ist dem Erben in der Regel nicht geholfen, denn im Teilungsprozeß geht es nicht um den Bestand einer streitigen Rechtslage. Die Erbenqualität der Klagpartei ist zugestanden. Wäre sie es nicht, so müßte der Erbe, ehe er einen Teilungsanspruch erheben kann, erst die Anerkennung seiner Erbberechtigung gemäß Art. 598ff. ZGB mit der Erbschaftsklage erkämpfen.

Da die Teilungsklage zur Feststellung der Erbenqualität an sich nicht brauchbar ist, der Teilungsanspruch dem anerkannten Erben aber kraft Gesetzes zukommt, so ist nicht einzusehen, welches rechtliche Verhältnis zwischen den Parteien richterlicher Feststellung bedarf¹⁷. In einem grundsätzlichen Entscheid über die Bedeutung der Feststellungsklage im Erbrecht hat das Bundesgericht erklärt, daß eine Feststellungsklage nur insofern zulässig ist, als eine Gefahr für die Rechtsstellung des Klägers besteht und das Urteil dank seiner Rechtskraft geeignet ist, dieser Gefahr entgegenzuwirken¹⁸. Eine Gefährdung der Rechtsstellung des Erben liegt aber nicht in der Weigerung des anderen, in die Teilung einzuwilligen. Der Anspruch des Erben auf seinen

¹⁶ Vgl. Arthur Jost, Die Aktivlegitimation des Miterben zu erbrechtlichen Klagen, SJZ Bd. 46, 149.

¹⁷ Vgl. Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 13. April 1937, BIZR Bd. 26 N. 185. Anderer Ansicht, für die Annahme einer Feststellungsklage, Beck, Schweizerische juristische Kartothek, N. 786, 4.

¹⁸ BGE 35 II 740; Leuch, Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, 2. Aufl., 175.

Erbanteil erfährt durch die Fortdauer der Gemeinschaft keine Minderung¹⁹.

Dies schließt nicht aus, daß im Zusammenhang mit einer Erbteilung stehende Streitigkeiten unter den Miterben eine Feststellungsklage rechtfertigen. Nur handelt es sich dann nicht um eine Teilungsklage, sondern um die der eigentlichen Teilung vorangehende Klärung streitiger Rechtsverhältnisse. Die Wissenschaft, soweit sie zu diesem Problem überhaupt Stellung nimmt, vertritt überwiegend die Auffassung, daß das Teilungsbegehren als Leistungsklage zu formulieren sei²⁰. Allerdings würde ein unmittelbar auf Übertragung des beanspruchten Nachlaßteiles gerichtetes Begehren der rechtlichen Begründung entbehren, denn solange die Erbengemeinschaft besteht, ruht der individuelle Anspruch der Miterben²¹. Ziel der Klage wäre demnach ein Urteil, welches dem Beklagten die Verpflichtung auferlegt, mit der Klagpartei einen Teilungsvertrag einzugehen²².

Eine Verurteilung auf Vertragsschluß in bloß grundsätzlicher, allgemeiner Weise, ist ungenügend. Eine solche käme in ihrem Erfolg einem Feststellungsurteil gleich, dessen Untauglichkeit bereits dargelegt worden ist. Eine Verurteilung zu einer nicht genau umrissenen Leistung stünde außerdem im Gegensatz zu den Grundsätzen des Zivilprozesses. Die Klage muß die beabsichtigte Teilung jedenfalls in dem Ausmaß, als sie den Beklagten belastet, substan-

¹⁹ Der Einzelfall mag eine andere Beurteilung rechtfertigen. Das Motiv der Teilungsverweigerung kann auf dem Willen beruhen, die Erbengemeinschaft fortzusetzen. Unter Umständen aber, wenn sich zum Beispiel der Opponent im Besitz des Erbschaftssubstrats befindet und sein Verhalten offensichtlich die Miterben zu benachteiligen bezweckt, kann die Gefährdung ihrer Interessen eine Feststellungsklage begründen. Doch auch dann bringt die gerichtliche Feststellung die Erben der Teilung als solcher nicht näher.

²⁰ Escher, N. 5 zu Art. 604 ZGB; Tchér az spricht sich hierüber nicht eindeutig aus.

²¹ Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 444.

²² Vgl. SJZ Bd. 33, 49.

tiieren, und das Urteil darf nur eine inhaltlich bestimmte Verpflichtung aussprechen²³.

Angesichts der Tatsache, daß der den Parteien auferlegte Teilungsvertrag im allgemeinen nicht nur eine Leistung des Beklagten festzusetzen hat, sondern die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft, also ein mehrseitiges Rechtsverhältnis, regeln soll, wird sich der Richter zumeist nicht damit begnügen können, allein über die Leistung eines einzelnen Miterben ein Urteil zu fällen. Der Beklagte hat das Recht, die Teilungspflicht der Miterben, soweit sie ihm zugute kommt, seinerseits geltend zu machen. Der Richter wird daher in der Mehrzahl der Fälle gezwungen sein, den Teilungsvertrag in seiner Gesamtheit festzusetzen, obwohl eine so weitgehende richterliche Tätigkeit bei der hier wiedergegebenen Auffassung der Teilungsklage begrifflich nicht notwendig wäre.

Eine Verurteilung des Beklagten zum Eingehen des Teilungsvertrags bietet aber den Interessen des Klägers keinen hinreichenden Schutz. Eine Vollstreckung des dem Kläger im Urteil verliehenen Anspruchs auf Mitwirkung am Vertragsschluß ist rein gedanklich unmöglich. Die zwangsweise Herbeiführung widerspricht in sich dem Begriff des Vertrags²⁴. Die Umwandlung in eine Schadenersatzforderung befriedigt den Anspruch nur zum Teil, denn das Ziel des Klägers liegt, abgesehen von der Durchsetzung seiner Vermögensansprüche, in der Lösung aus der Erbengemeinschaft, in einer Änderung seines persönlichen Verhältnisses zu den Miterben. Auch widerspricht die Ab-

²³ Leuch, 152. Die etwas unentschiedene Äußerung von Escher a. a. O. ist wohl in diesem Sinn aufzufassen.

²⁴ Anders im deutschen Recht, wo eine Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung ausdrücklich geregelt ist, derart, daß das Urteil die Erklärung ersetzt. Deutsche ZPO §§ 894, 896; Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, 732. Im Grund handelt es sich, jedenfalls in seiner Wirkung, um ein Gestaltungsurteil. Der Richter gestaltet ein Rechtsverhältnis mittels des zu diesem Zweck fingierten Willens eines Beteiligten.

findung der vermögensrechtlichen Erbansprüche durch Hingabe von Geld dem Wortlaut der Erbteilungsregeln.

2. Die Teilungsklage als Gestaltungsklage

«Eine Gesetzesbestimmung ist so auszulegen, daß sie sich als möglichst taugliches Mittel zur Erreichung des mit ihr verfolgten gesetzgeberischen Zweckes darstellt²⁵.» Diesem Postulat entspricht der Schutz des Teilungsanspruches durch das Gestaltungsurteil. Nur auf Grund rechtsgestaltender Befugnis kann der Richter dem die Teilung verlangenden Erben in endgültiger und wirksamer Weise zu seinem Erbteil verhelfen und gleichzeitig eine klare Rechtslage schaffen. Zudem leidet die derart aufgefaßte Teilungsklage weder an dem praktischen Ungenügen noch an den theoretischen Mängeln der anderen oben beschriebenen Klagearten.

Die gestaltende Kraft des Teilungsurteils ist eine doppelte, entsprechend dem doppelten Zweck des Teilungsaktes. Sie löst die Gesamthänder aus dem Gemeinschaftsverhältnis, und sie läßt die individuelle Berechtigung der Erben an den ihnen zufallenden Nachlaßteilen aufleben. Ohne daß es einer besonderen Auflösungsverfügung bedürfte, fällt die Erbengemeinschaft dahin. Das Begehren an den Richter bezweckt das Inkraftsetzen eines bestimmten Teilungsplanes. An der Stelle des Vertrags erzeugt das Urteil die Änderung des Rechts am Erbschaftssubstrat²⁶.

So erhält der Erbe auf Grund des Richterspruchs den vollen Genuß seiner Rechte und wird der Willkür der Miterben entrückt. Gestützt auf das Urteil, kann er Grundstücke, die ihm zugeteilt worden sind, im Grundbuch eintragen lassen. Er kann die Herausgabe bestimmter Erbschaftssachen nach den Vollstreckungsregeln der Prozeß-

²⁵ Hans Reichel, Gesetz und Richterspruch, 67.

²⁶ «Das der Klage auf Rechtsänderung stattgebende Urteil spricht diese direkt aus und führt sie durch die dem Richterspruch beigelegte Kraft herbei.» Hellwig, 475. Vgl. auch v. Tuhr, 22 ff.; Tuor, N. 8 zu Art. 522—533 ZGB.

ordnung und die Erfüllung von Erbschaftsforderungen nach den Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes durchsetzen.

Die Gerichtspraxis hat gegenüber der zögernden Doktrin die Gestaltungsklage geschaffen²⁷. Es stellt sich die Frage, ob diese Praxis Zustimmung verdient oder ob sie das Gesetz oder schutzwürdige Interessen verletzt. Dabei ist davon auszugehen, daß zwar die gerichtliche Durchsetzung des Teilungsanspruchs im Gesetz nur beiläufig erwähnt²⁸ und in keiner Weise geregelt, die Teilung an sich dagegen recht ausführlich behandelt wird. Das System des Zivilgesetzbuches macht nun die Erzwingbarkeit eines Anspruches durchaus nicht von seiner Ausstattung mit einer bestimmt normierten Klagart abhängig. Die Rechtsordnung beruft den Richter dazu, für das materielle Recht den nach der Natur der Sache und der Interessenlage geeigneten Schutz zu schaffen²⁹. Eine positive Norm steht der Ausstattung des Richterspruchs mit konstitutiver Wirkung nicht entgegen.

Allerdings bedeutet das Gestaltungsurteil einen besonders starken richterlichen Eingriff in das private Recht. Doch hat dieser Eingriff im gegebenen Fall nichts Unbilliges an sich. Abweichend von der gegenüber anderen Gesamthandsverhältnissen gewährten Auflösungsklage³⁰ richtet sich die Teilungsklage nicht gegen den Bestand der Gemeinschaft als Ganzes. Die Gestaltungsklage des einzelnen Erben geht nur so weit, wie sein unmittelbarer Anspruch auf den Nachlaß reicht³¹. Der Teilungsprozeß führt nicht zwangsläufig zur vollständigen Liquidation der Erbengemeinschaft weder hinsichtlich der beteiligten Erben noch

²⁷ Vgl. BGE 69 II 369; BIZR Bd. 39 N. 7 und Bd. 39 N. 117; ZBJV Bd. 59, 70, Bd. 55, 168, und Bd. 58, 549.

²⁸ Art. 538 Abs. 2 ZGB und Marginalien der französischen und italienischen Fassung zu Art. 604 ZGB.

²⁹ Art. 1 ZGB; Egger, Kommentar zur Einleitung zum ZGB, Zürich 1930, N. 40 zu Art. 1 ZGB; Reichel, 92ff.

³⁰ Vgl. zum Beispiel Art. 343 Ziff. 5 ZGB, Art. 545 Ziff. 5 OR.

³¹ Escher, N. 39 zu Art. 602 ZGB.

hinsichtlich des Erbschaftssubstrats. Steht im Prozeß auf einer, beispielsweise der beklagten, Seite eine Mehrheit von Personen, so sind diese nicht gezwungen, auch unter sich die Erbengemeinschaft aufzulösen. Der Prozeß beschränkt sich in diesem Fall auf die Aussonderung des Anteils des die Teilung nachsuchenden Erben aus dem Nachlaß. Das nicht-verteilte Substrat untersteht weiterhin der Gesamtberechtigung der in der Gemeinschaft Verbliebenen³², ³³. Auch ist der klagende Erbe keineswegs genötigt, seinen ganzen Anspruch am Nachlaß geltend zu machen³⁴. Die Ablehnung der allgemein anerkannten Teilklage für den Erbteilungsprozeß ließe sich nicht rechtfertigen³⁵.

In allen diesen Punkten ist das Teilungsurteil das Korrelat des Teilungsvertrags. Der dem Teilungsanspruch gewährte richterliche Schutz würde zum großen Teil wertlos, wenn der Kläger mit der Anhebung des Prozesses seine Dispositionsfreiheit verlöre. Auf der anderen Seite ginge eine Befugnis des Klägers, die richterliche Totalliquidation der Erbengemeinschaft zu erwirken, weit über die An-

³² Vgl. Annen, 61; Urteil des Cour d'Appel du canton de Fribourg vom 9. November 1933, SJZ Bd. 37, 90; Entscheidungen des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt, Bd. 8, 101; eingehend begründet in BGE 60 I 145.

³³ Der Erbe, welcher die Initiative zum Prozeß ergreift, braucht dem Richter keinen vollständigen Erbteilungsplan vorzulegen. Ein Rechtsbegehren folgender Art genügt: «Es sei der Nachlaß des X derart zu teilen, daß der Kläger die Gegenstände A und B erhält.» Den restlichen Nachlaß überläßt ein solches Begehren den Miterben. Der Kläger verlangt also eine subjektiv beschränkte Teilung. Sache der belangten Miterben ist es, gegebenenfalls den Prozeß zum Anlaß zu nehmen, um auch in bezug auf die übrigen Erbschaftsgegenstände unter sich eine Auseinandersetzung zu erzielen.

³⁴ Die rechtsgestaltende Kraft des Urteils beschränkt sich in diesem Fall auf einen Teil des Erbschaftssubstrats und läßt die gesamthänderische Berechtigung aller Miterben an dem verminderten Nachlaß fortbestehen.

³⁵ Vgl. Semaine Judiciaire, Jahrgang 1929, 260ff.; Escher, N. 4 zu Art. 604 ZGB.

sprüche hinaus, die ihm seine Erbenstellung zuweist³⁶. Ein Teilungsurteil aber, das sich auf die Regelung der dem Kläger ohnehin durch die Rechtsordnung gewährten Ansprüche beschränkt, kann fremde schutzwürdige Interessen nicht verletzen³⁷. Der Gläubigerschutz ist in jedem Fall durch die Bestimmung des Art. 639 ZGB hinreichend gesichert. Das rechtsgestaltende Teilungsurteil erweist sich als den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen durchaus angepaßt.

III. Der Inhalt des Teilungsurteils

A. Allgemeines

Mit der Auffassung der Teilungsklage als Gestaltungsklage wird den Prozeßparteien gegenüber dem Richter ein prozeßrechtlicher Anspruch auf Bildung der Erbenlose gegeben. Der Richter darf die Erbengemeinschaft nicht zum Erlöschen bringen, solange das rechtliche Schicksal des Nachlasses ungeklärt ist. Im Urteil erfolgt die Zusprechung der Lose an die einzelnen Miterben und nicht nur die quotenmäßige Festsetzung der Erbenteils³⁸.

³⁶ Anderer Ansicht, für die objektive und subjektive Unteilbarkeit der Teilungsklage, Tchérax, 33. Nach dieser Auffassung nähert sich die Teilungsklage der Auflösungsklage des Gesellschaftsrechts. Eine Mehrzahl von Prozessen über denselben Nachlaß, so wird ausgeführt, solle verhütet werden. Dieser Standpunkt nimmt zu wenig Rücksicht auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten. Wenn beispielsweise die Erben übereingekommen sind, ein ererbtes Gewerbe gemeinsam fortzusetzen, so soll dieser Vertrag sie nicht hindern, zur Teilung des zum Nachlaß gehörenden Mobiliars notfalls den Richter anzurufen.

³⁷ Dagegen Escher, N. 42 zu Art. 602 ZGB, der die oben erwähnte Gerichtspraxis als zu weitgehend bezeichnet, ohne jedoch seine Kritik näher zu begründen.

³⁸ Sträuli-Hauser, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozeßordnung, 2. Aufl., 18; BGE 69 II 369; Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 13. April 1927, BlZR Bd. 26 N. 185: «Die Erbteilungsklage bezweckt, daß der Richter in einem Falle, wo sich die Erben über die Teilung des Nachlasses nicht einigen können,

Diesem Urteil kann nicht die Wirkung einer Realteilung zukommen. Die Realteilung bedeutet gleichzeitige Begründung und Vollziehung des Vertrages. Nach den ordentlichen Regeln des Prozesses ist es nicht Aufgabe des Richters, selbst die Vollstreckung des Urteils zu besorgen³⁹. In seiner Funktion entspricht das Teilungsurteil dem schriftlichen Teilungsvertrag⁴⁰.

Die Urteilsfindung geschieht grundsätzlich nach den Normen der kantonalen Prozeßordnung. Wo jedoch die prozessualen Regeln der Verwirklichung eidgenössischen

die Teilung an deren Stelle vornehme.» Im gleichen Sinne SJZ Bd. 33, 30, und BlZR Bd. 39 N. 7; ZBJV Bd. 55, 168, und Bd. 59, 71. Wenn die Miterben selber nur quotenmäßige Festsetzung ihrer Anteile verlangen, kann kein eigentliches konstitutives Teilungsurteil ergehen, denn es handelt sich dann um die bereits erwähnte, einer außergerichtlichen Teilung vorausgehende richterliche Erledigung von Streitpunkten. Diese wichtige Unterscheidung läßt das Urteil des Zürcher Obergerichts vom 15. Oktober 1936, BlZR Bd. 36 N. 3, außer acht, wenn es, im Widerspruch zur übrigen hier angeführten Praxis, ausführt, daß die Teilungsklage grundsätzlich nicht die Vornahme des Teilungsgeschäfts durch den Richter, sondern nur die Entscheidung streitiger für die Teilung grundlegender Vorfragen bezwecke.

³⁹ Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 20. Mai 1950, SJZ Bd. 46, 241. Ausnahmsweise, falls die Parteien dies beantragen und die Nachlaßgegenstände der Verfügungsmacht des Gerichts unterstellt haben, kann der Richter direkt die Verteilung durchführen. Vgl. nicht publiziertes Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 28. Juni 1943. Der Richter handelt in diesem Fall in der Stellung der zur Mitwirkung bei der Teilung berufenen Behörde gemäß den hierfür geltenden eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen.

⁴⁰ Eine befriedigende Abgrenzung des Urteils gegenüber den beiden Vertragsarten des Art. 634 ZGB erscheint ausgeschlossen. Die Sonderstellung, die der Richter im Teilungsprozeß einnimmt, auferlegt ihm oftmals eine unmittelbare Verfügung über die Nachlaßgegenstände. Auch wenn also die Verwirklichung der den Parteien im Urteil zugesprochenen Rechte grundsätzlich nicht dem Richter obliegt, so kann doch der Prozeß eine Lage herbeiführen, welche die reale Zuweisung der streitigen Gegenstände an die Erben als zweckmäßig erscheinen läßt.

Rechts im Wege stehen, verlieren sie ihre Geltung. Im Teilungsprozeß können Situationen entstehen, wo eine Abweichung von den prozeßrechtlichen Grundsätzen unvermeidlich ist. Die besondere erbrechtliche Natur des Teilungsanspruchs, die jedes Mitglied einer Erbengemeinschaft zugleich berechtigt und verpflichtet, kann Konstellationen eigener Art schaffen, die mit den gewöhnlichen Regeln des Zivilprozesses nicht zu meistern sind. Der Klage des einen Erben kann ein Gegenanspruch eines anderen derart gegenüberstehen, daß die Beachtung des Grundsatzes, wonach einer Partei nicht etwas anderes zugesprochen werden darf, als was sie begehrt hat⁴¹, unmöglich wird⁴².

Es ist aber auch denkbar, daß die Teilungsklage eines Erben die anderen als selbständige Parteien auf den Plan ruft. Der Richter sieht sich dann unter Umständen in bezug auf ein und dasselbe Nachlaßsubstrat den verschiedensten Rechtsbegehren gegenüber⁴³. Mit den herkömmlichen Begriffen des Prozeßrechts kommt er nicht mehr aus.

Diese Eigentümlichkeiten, die der Teilungsprozeß mit

⁴¹ Vgl. Leuch, 196; Matti, Zivilprozeßrecht, 1092.

⁴² Beispiel: Der Nachlaß besteht aus den Grundstücken A und B. Es sind 2 Erben vorhanden. Jeder von ihnen verlangt das Grundstück A für sich selber, das Grundstück B soll dem Prozeßgegner zugesprochen werden. Wie nun der Richter auch teilt, in jedem Fall bekommt eine Partei etwas anderes, als sie verlangt hat. Ordnet er den Verkauf beider Grundstücke und die Verteilung des Erlöses an, so bekommen beide etwas, was sie nicht verlangt haben.

⁴³ Vgl. Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 14. Mai 1930, BIZR Bd. 30 N. 75: «Dem Beklagten steht gemäß dem doppelseitigen Charakter der Teilungsklage das Recht zu, seinerseits die übrigen Miterben auch gegen den Willen der Kläger in den Prozeß hineinzuziehen.» In einem Urteil des Zürcher Bezirksgerichts vom 31. März 1943 wird die Teilungsklage als eine «actio duplex» bezeichnet, welche den Begriff der Widerklage ausschließt. Der Ablehnung der Widerklage im Teilungsprozeß ist beizupflichten. Die verschiedenen Teilungsansprüche müssen mit Notwendigkeit in einem auf Totalliquidation des Nachlasses gerichteten Verfahren geltend gemacht werden. Ihre Unterlassung würde, anders als bei der Widerklage, einem Verzicht gleichkommen.

sich zu bringen vermag, machen es unumgänglich, dem Verhältnis zwischen Richter und Parteien eine Sonderstellung einzuräumen. Den nächstgelegenen Weg weisen die Art. 611 ff. ZGB. Die Weisungen, die das Gesetz für die Behörde aufgestellt hat, sollen, wenn die gegensätzlichen Parteiinteressen sich den ordentlichen Prozeßregeln nicht mehr unterordnen lassen, auch für den Richter gelten. Diese Lösung empfiehlt sich nicht allein der Einfachheit halber. Sie dürfte auch dem von der Rechtsordnung erstrebten Ziel am nächsten kommen. Wenn die privaten Verhandlungen und die Bemühungen der Behörde fruchtlos geblieben sind, dann soll der Richter ordnend eingreifen. Diese Ordnung aber soll wirksam und endgültig sein. Der Richter, der, wenn die üblichen Mittel versagen, als letzter berufen ist, die Rechte der Erben zu wahren, darf nicht in höherem Maß der Parteiwillkür ausgeliefert sein, als es die Behörde ist. Im Gegenteil, die behördliche Entscheidungsbefugnis ist das wenigste, was er braucht, um seine Aufgabe zu erfüllen. Er soll, wo das Erbschaftsamt wegen mangelnder Einigkeit der Parteien sich nicht durchzusetzen vermag, auf dem Zwangsweg den Anspruch der Erben verwirklichen. Der materiellrechtliche Anspruch, wie er dem Erben vor der Behörde zusteht, darf durch die gerichtliche Austragung des Teilungsstreits nicht beeinträchtigt werden. Eine Durchbrechung der Verhandlungsmaxime ist daher im Teilungsprozeß oft unvermeidlich. Um zu einem angemessenen und realisierbaren Urteilsspruch zu gelangen, wird der Richter in manchen Fällen genötigt sein, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären⁴⁴. Der Spruch des Richters im Teilungsprozeß stellt sich demnach unter bestimmten Voraussetzungen nicht als ein Urteil in dessen eigentlichem zivilprozessualen Sinne dar, sondern gewissermaßen als ein mit materieller Rechtskraft ausgestatteter Verwaltungsakt.

⁴⁴ Gegenstand der amtlichen Ermittlung können zum Beispiel der Ortsgebrauch und die persönlichen Verhältnisse der Miterben sein gemäß Art. 611 Abs. 2 ZGB.

B. Die gesetzlichen Teilungsregeln

Nach dem Grundsatz des Art. 607 Abs. 2 ZGB können die Erben die Teilung frei vereinbaren. Für den Richter liegt hierin die Weisung, sein Urteil — in Übereinstimmung mit den Regeln des Zivilprozesses — ausschließlich auf die Parteibegehren zu stützen, sofern diese eine brauchbare Grundlage hierzu liefern⁴⁵.

Nicht nur die gesetzlichen Teilungsregeln der Art. 607 ff. ZGB, sondern auch die Verfügungen des Erblassers von Todes wegen sind dem Dispositionsrecht der Miterben unterworfen⁴⁶. Ebenso wie bei der Zusprechung der Nachlaßaktiven gilt auch bei der Überbindung der Schulden in erster Linie der Parteiwille. Doch wirkt das Urteil, da dessen Tragweite in keinem Fall über die des Vertrages hinausgeht, nur auf das Innenverhältnis unter den Erben. Die Haftungsverhältnisse gegenüber Dritten gemäß Art. 639 ZGB vermag der Richter nicht zu beeinflussen.

Wenn widersprechende Parteibegehren den Richter zur selbständigen Losbildung nötigen, so treten die erbrechtlichen Teilungsregeln in Kraft⁴⁷. Als obersten Grundsatz statuiert das Gesetz die Gleichberechtigung der Erben am Nachlaß. Auf den Sachverhalt, so wie er sich in den erbschaftsamtlichen Akten, den Vorbringen der Parteien und, wenn nötig, den gerichtlichen Feststellungen⁴⁸ darstellt, stützt sich die richterliche Losbildung. Wegleitend bei dieser Tätigkeit sind für den Richter die persönlichen Verhält-

⁴⁵ Übereinstimmende Rechtsbegehren kommen einer Vereinbarung zwar nicht gleich. Der Schluß erscheint dennoch erlaubt, da Vertragsfreiheit und Verhandlungsmaxime gleicherweise dem privatrechtlichen Freiheitsprinzip entspringen.

⁴⁶ BGE 73 II 23. Eine Ausnahme bildet Art. 616 ZGB.

⁴⁷ Allgemeine Bestimmungen über die Teilung von Gesamtvermögen, die notfalls subsidiär angewandt werden könnten, kennt das Gesetz nicht. Vgl. Haab, Nr. 12 zu Art. 652—654 ZGB. Eine Teilungsklage ist den Regeln über das Gesamteigentum fremd. Vgl. Tchéraz, 21, 28.

⁴⁸ Vgl. Art. 617 ff. ZGB betreffend den Anrechnungswert von Grundstücken.

nisse und der Ortsgebrauch. Im übrigen verweist ihn das Gesetz auf den Willen der Mehrheit der Erben.

Der Mehrheitswille aber ist nur beachtlich, sofern das Gesetz keine Teilungsregeln für den konkreten Fall enthält. Diese Regeln begründen einen Anspruch eines jeden einzelnen Miterben auf eine bestimmte Teilungsmaßnahme. Wohl sind diese Bestimmungen ihrem Wesen nach dispositiv. Dies ist jedoch so zu verstehen, daß jeder einzelne der Miterben auf sein daraus fließendes Recht verzichten kann, nicht aber derart, daß der Mehrheit der Erben eine Entscheidung hierüber zukommt⁴⁹.

Verweigert ein durch Verfügung von Todes wegen bedachter Erbe die Annahme der ihm zugeteilten Gegenstände, so gilt dies als Verzicht auf den entsprechenden Teil seines Erbanspruchs. Ein Anspruch auf einen wertmäßigen Ausgleich für den zurückgewiesenen Gegenstand steht ihm nicht zu⁵⁰. Dies heißt nun aber nicht, daß eine Teilungsvorschrift des Erblassers eine unmittelbare individuelle Berechtigung des Bedachten an dem von der Verfügung betroffenen Gegenstand erzeuge und so die Teilung und die damit verbundene Auflösung der Erbengemeinschaft vorwegnehme⁵¹. Die Teilungsvorschrift konkretisiert lediglich den Anspruch des Bedachten am Erbschaftssubstrat unter gleichzeitigem Ausschluß einer entgegengesetzten Bildung der Lose.

Nur eine Verfügung von Todes wegen ermächtigt den Richter, dem Erben bestimmte Nachlaßgegenstände aufzudrängen und ihn dadurch vor die Wahl zu stellen, das ihm zugesprochene Los anzunehmen oder auf sein Recht zu verzichten. Hiervon abgesehen gilt als Regel, daß kein Erbe zur Übernahme einer Erbschaftssache gezwungen werden kann⁵².

⁴⁹ Vgl. Tuor, N. 9 zu Art. 608 ZGB.

⁵⁰ Escher, N. 1 Art. 608 ZGB, spricht hier von einer Ausschlagung in Analogie zur Vermächtnisausschlagung. Für die Erbenhaftung gemäß Art. 639 ZGB ist ein solcher Verzicht belanglos.

⁵¹ BGE 58 II 403.

⁵² BGE 40 II 105.

Wenn immer möglich soll die Teilung in natura erfolgen. Die Erben sind an den Erbschaftsgegenständen selber berechtigt und haben nicht nur einen wertmäßigen Anspruch auf den Liquidationserlös⁵³. Spricht die Natur des Erbschaftsgegenstandes für die Zuweisung an einen bestimmten Erben und ist dieser Erbe zur Übernahme gewillt, so kann sich der Richter in seinem Entschluß über den Widerspruch der anderen hinwegsetzen⁵⁴. Scheitert die Bildung der Lose am Widerstand der Beteiligten oder an Hindernissen rechtlicher oder tatsächlicher Art, so ist im Urteil die Liquidierung des Nachlasses oder bestimmter Nachlaßteile und die Verteilung des Erlöses anzuordnen⁵⁵.

Diese Richtlinien weisen dem Richter bei der Teilung des Nachlasses den Weg. Sie lassen aber den Grundsatz unberührt, daß das Ziel jedes Prozesses im Urteil und nicht in der Schaffung tatsächlicher Verhältnisse liegt. Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß der Richter die rechtlichen Verhältnisse unter den Miterben gestalten, nicht aber selbst über das Substrat der Teilung verfügen soll. Falls beispielsweise der Verkauf einer Sache und die Verteilung des Erlöses sich als notwendig erweisen, so ist es nicht die Aufgabe des Richters, die Veräußerung des Gegenstandes durch Zwischenurteil oder einfache prozeßleitende Verfügung von sich aus zu veranlassen, um den Streit durch eine Realteilung abzuschließen. In diesem Falle sind der Verkauf des streitigen Gegenstandes und die der Berechtigung der Miterben entsprechende Verteilung des Erlöses im Urteil den Parteien aufzuerlegen⁵⁶.

⁵³ Tuor, N. 10 zu Art. 612 ZGB; ZBJV Bd. 58, 549.

⁵⁴ BIZR Bd. 33 N. 117. Vgl. Art. 620f. ZGB; BGE 71 II 24; 74 II 220.

⁵⁵ Vgl. ZBJV Bd. 59, 70.

⁵⁶ Der prinzipiellen Auffassung des Teilungsurteils als rechtsgestaltendem Akt steht nicht entgegen, daß mit der Teilung bestimmte Leistungspflichten verbunden werden können. Das Urteil erschöpft sich nicht notwendigerweise im eigentlichen Teilungsakt, sondern es kann daneben sehr wohl die aus der eigentlichen Teilung sich ergebenden Liquidationshandlungen festsetzen. Mate-

C. Die Schuldentilgung vor der Teilung

Eine besondere Schwierigkeit bereitet im Teilungsprozeß das Recht des Erben auf schuldenfreie Zuweisung des Erbanteils gemäß Art. 610 Abs. 3 ZGB. Macht ein Erbe von diesem Recht Gebrauch, so darf der Richter nur das nach der Tilgung oder Sicherstellung der Schulden vom Nachlaß noch verbleibende Reinvermögen teilen. Solange die Erbschaftsgläubiger nicht befriedigt sind, muß die Teilung unterbleiben.

Die Meinung, diese Gesetzesbestimmung gewähre dem mit der Teilungsklage Belangten eine bloße Einrede, um demjenigen, dem gegen seinen Willen die Teilung aufgezungen wird, auf der anderen Seite Befreiung von den Erbschaftsschulden zuzubilligen⁵⁷, wird zweifellos dem Sinn des Gesetzes nicht gerecht. Auch der Teilungskläger kann ein schutzwürdiges Interesse an der Schuldentilgung haben. Ihn zu zwingen, entweder auf die Bereinigung des Nachlasses oder auf die gerichtliche Durchsetzung seines Teilungsanspruches zu verzichten, wäre in keiner Weise gerechtfertigt⁵⁸.

Der Erbe, der klagweise die Teilung begehrt und zugleich die Tilgung der Schulden fordert, muß jedoch beachten, daß die Schuldentilgung der Teilung vorausgeht und daß der Richter nicht in einem und demselben Urteil die Miterben zur Durchführung der Nachlaßbereinigung anhalten und gleichzeitig die Teilung dieses Nachlasses aussprechen kann⁵⁹. Das Gestaltungsurteil, welches einen Anspruch auf

riellrechtlich liegt die Besonderheit bei Anwendung der Teilungsvorschrift des Art. 612 Abs. 2 ZGB darin, daß mit der Teilung an Stelle des individuellen dinglichen Rechts an der Sache ein obligatorisches Verhältnis unter den Erben entsteht.

⁵⁷ Tchéraz, 118.

⁵⁸ Vgl. Tuor, N. 12 zu Art. 610 ZGB.

⁵⁹ Über die gerichtliche Erzwingbarkeit der Schuldentilgung ist dem Schreibenden keine Judikatur bekannt geworden. Jedenfalls muß die Möglichkeit bejaht werden, da sonst die Durchsetzung des Teilungsanspruches in gewissen Fällen verunmöglicht würde. Hierfür ein Beispiel: A, B und C bilden eine Erbengemeinschaft. A

Rechtsänderung *uno actu* zuspricht und verwirklicht, erträgt seinem Wesen gemäß keinen Aufschub seiner Wirkung⁶⁰. Der Richter darf nur dann gestaltend in ein Rechtsverhältnis eingreifen, wenn die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen dafür vorhanden sind. Fehlt eine der erforderlichen Vorbedingungen — und dies ist im Teilungsstreit der Fall, solange die Nachlaßschuld trotz Verlangens eines Miterben nicht getilgt sind —, dann hat er die Klage zur Zeit abzuweisen⁶¹.

Diese Lösung, wonach das Begehren eines Miterben auf Schuldentilgung und anschließende Erbteilung zwei aufeinanderfolgende Prozesse unter den gleichen Parteien erfordert, läuft allerdings derart den Bestrebungen der Prozeßökonomie zuwider, daß sie sich mit theoretischen Erwägungen allein vor Gericht kaum rechtfertigen ließe. Doch es kommt hinzu, daß dem Richter der zur Losbildung erforderliche Überblick über das Erbschaftssubstrat fehlt, solange dessen Bereinigung erst noch bevorsteht. Ein Teilungsurteil, das auf einem nicht völlig abgeklärten Sachverhalt aufbaut, kann aber seinen Zweck, die Rechte der Erben endgültig festzulegen, nicht erfüllen.

klagt auf Teilung. B verlangt einredeweise die Schuldentilgung. C widersetzt sich dem Begehren des B. Wenn nun die Schuldentilgung nicht durch Richterspruch erzwungen werden kann, so ist der Teilungsanspruch des A nicht durchsetzbar. Denn der B braucht sich die Teilung ohne vorherige Befreiung von den Nachlaßpassiven laut Gesetz nicht gefallen zu lassen.

⁶⁰ Hellwig, 475, 480.

⁶¹ Die Klage auf Schuldentilgung ist hier nicht näher zu untersuchen. Offenbar handelt es sich um eine Leistungsklage, wobei das erbrechtliche Gemeinschaftsverhältnis, die allseitige Berechtigung und Verpflichtung jedes einzelnen Miterben gegenüber den anderen auf Mitwirkung bei der Bereinigung des Nachlasses, gewisse der Teilungsklage ähnliche prozessuale Eigentümlichkeiten hervorruft.