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: 125 (2006)

Artikel: Erbschaftserwerb durch mehrere Erben und : Erbteilungsrecht - Erbengemeinschaft - Erbteilung

Autor: Wolf, Stephan

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896062

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: 08.01.2026

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

Erbschaftserwerb durch mehrere Erben und Erbteilungsrecht – Erbengemeinschaft – Erbteilung

STEPHAN WOLF*

* Professor Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern. – Meiner Assistentin, Frau lic. iur. BARBARA BALLMER, Fürsprecherin, danke ich herzlich für ihre Mithilfe bei der Fertigstellung des Beitrages, insbesondere für die Durchsicht des Manuskriptes und die wertvollen Hinweise.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung 217

II. Erwerb der Erbschaft durch mehrere Erben und Erbteilungsrecht ... 217
1. Übersicht 217
2. Die verschiedenen Systeme des Erbschaftserwerbs im Allgemeinen 217
2.1. Erbschaftserwerb durch Antritt (Nichtvonselbsterwerb) und ipso iure-Erwerb der Erbschaft (eo-ipso-Erwerb; Vonselbsterwerb) 217
2.2. Verhältnis von Erbschaftserwerb und Universalsukzession .. 219
3. Erbschaftserwerb nach schweizerischem Recht 219
3.1. Allgemeines 219
3.2. Insbesondere der Erbschaftserwerb durch mehrere Erben ... 220
a) Geltung des Grundsatzes des ipso iure-Erwerbs 220
b) Ermöglichung des ipso iure-Erwerbs durch mehrere Erben 220
aa) Vorbemerkungen 220
bb) Bestimmung des Rechtsverhältnisses durch das Gesetz 221
cc) Zwingende Entstehung der Erbengemeinschaft unmittelbar im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers 222
c) Gesetzliche Entstehungsordnung der Erbengemeinschaft im Dienste des ipso iure-Erwerbs der Erbschaft 222
4. Rechtsvergleichende Hinweise 222
4.1. Deutschland 222
a) Erbschaftserwerb 222
b) Rechtsverhältnis unter mehreren Erben 223
4.2. Österreich 223
a) Erbschaftserwerb 223
b) Rechtsverhältnis unter mehreren Erben 224
4.3. Frankreich 225
a) Erbschaftserwerb 225
b) Rechtsverhältnis unter mehreren Erben 226
4.4. Italien 226
a) Erbschaftserwerb 226
b) Rechtsverhältnis unter mehreren Erben 227
4.5. England 228
5. Zusammenfassung 229
6. Folgerungen, insbesondere Vor- und Nachteile der beiden Arten des Erbschaftserwerbs 229
6.1. Vorbemerkung 229
6.2. Im Allgemeinen 230
a) Schuldentilgung und Risiko der Schuldenhaftung der Erben 230
b) Schutz des Nachlasses 232

c) Übereinstimmung mit dem Normalfall 233
d) Interessen der Nachlassgläubiger 233
e) Einschaltung von Behörden 234
6.3. Insbesondere Folgerungen hinsichtlich des Erbteilungsrechts 234
a) Vorbemerkung 234
b) Regelung des Rechtsverhältnisses unter mehreren Erben 235
aa) Erbschaftserwerb durch Antritt 235
bb) Ipso iure-Erwerb 235
c) Berücksichtigung der Schulden 235
aa) Erbschaftserwerb durch Antritt 235
bb) Auf dem ipso iure-Erwerb basierendes schweizerisches Recht 236
d) Vollziehung von erblasserischen Teilungsvorschriften . . . 238
aa) Erbschaftserwerb durch Antritt 238
bb) Auf dem ipso iure-Erwerb basierendes schweizerisches Erbteilungsrecht 238
aaa) Vorbemerkung 238
bbb) Bindung an erblasserische Teilungsvorschriften im Allgemeinen 238
ccc) Insbesondere Verbindlichkeit erblasserischer Teilungsvorschriften bei gleichzeitiger Einsetzung eines Willensvollstreckers 239
e) Grundsatz der Naturalteilung 241
aa) Erbschaftserwerb durch Antritt 241
bb) Auf dem ipso iure-Erwerb beruhendes schweizerisches Recht 241
f) Grundsatz der freien, privaten Erbteilung (Art. 607 Abs. 2 ZGB) 242
aa) Erbschaftserwerb durch Antritt 242
bb) Ipso iure-Erwerb 242
7. Zusammenfassung und Ergebnisse 243

III. Zu den Rechtsverhältnissen unter mehreren Erben: Die Erbengemeinschaft 243
1. Vorbemerkungen 243
2. Subjekte der Erbengemeinschaft 244
3. Objekte der Erbengemeinschaft 244
3.1. Allgemeines 244
3.2. Aktiven 245
a) Entstehungsvoraussetzung für die Erbengemeinschaft . . . 245
b) Beim Erblasser vorhandene Gegenstände und Vorempfänge 245
aa) Einleitende Bemerkung 245
bb) Beim Erblasser als Rechtsträger vorhandene Aktiven 245
cc) Durch Ausgleichung eingeworfene oder angerechnete Objekte 245
aaa) Grundsätzliches 245

bbb) Zum Verhältnis der Ausgleichung zur Erbengemeinschaft und zu deren Entstehung ... 246
ccc) «Einwerfung in Natur» (Realkollation) 247
aaaa) Rückgängigmachung der Zuwendung ... 247
bbbb) Relevanz für die Erbengemeinschaft 247
cccc) Rückgängigmachung der Zuwendung ipso iure oder durch Einbringung des Objektes? 248
dddd) Zur Rechtsnatur der Rückgängigmachung 248
ddd) Ausgleichung «dem Werte nach» (Idealkollation) 250
3.3. Passiven 250
4. Zur Rechtsnatur der Erbengemeinschaft 251
4.1. Der Entscheid und die Überlegungen des Gesetzgebers 251
4.2. Verworfene Konzeptionen 252
a) Juristische Person 252
b) Bruchteilsgemeinschaft 253
4.3. Zur Rechtsnatur der Gesamthandschaft 254
a) Einleitende Bemerkungen 254
b) Überblick über die verschiedenen Gesamthandlehren 254
c) Theorie der mehrfachen Rechtszuständigkeit 255
d) Zur «Gruppen»-Theorie der neueren deutschen Lehre ... 255
4.4. Das Handeln für den ungeteilten Nachlass 259
a) Vorbemerkung 259
b) Grundsatz des gemeinsamen Handelns 259
c) Ausnahmen 260
aa) Vorbemerkungen 260
bb) Unechte Ausnahmen 261
aaa) Gesetzliche Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse 261
bbb) Vertragliche Vertretungsbefugnisse 261
cc) Echte Ausnahmen 261
aaa) Dringliche Fälle 261
bbb) Verzicht eines Miterben auf einen Anspruch ... 262
ccc) Unmittelbarer oder mittelbarer Einbezug aller Erben in ein Verfahren 262
ddd) Schulden der Gesamthand und Entgegennahme von Erklärungen 262
eee) Nicht den Nachlass betreffende Handlungen ... 263
aaaa) Auskunftsrechte 263
bbbb) Sicherungsrechte des einzelnen Miterben 263
d) Pflicht zur Zustimmung aus Art. 2 ZGB? 263
e) Weitere Korrektive zugunsten des einzelnen Miterben ... 264
aa) Vorbemerkung 264
bb) Erbteilungsanspruch (Art. 604 ZGB) 264

cc) Erbanteilsabtretung an einen Miterben (Art. 635 Abs. 1 ZGB) 264
f) Fazit 264

IV. Die Erbteilung 265
1. Übersicht 265
2. Eine von mehreren Arten der Beendigung der Erbengemeinschaft 265
3. Rechtsnatur der Erbteilung 266
3.1. Vorbemerkung 266
3.2. Die beiden zur Hauptssache vertretenen Konzeptionen 267
a) Erbteilung als Rechtsübertragung von der Erbengemeinschaft auf den einzelnen Miterben 267
b) Erbteilung als Rechtsaufgabe 267
3.3. Eigene Auffassung 268
a) Allgemeines 268
b) Elemente der Konzeption der Erbteilung als Rechtaufgabe 269
aa) Bisheriger Gesamthandsberechtigter als künftiger Alleinberechtigter 269
bb) Kein Übertragungsgeschäft und überhaupt kein Rechtsgeschäft zwischen Erbengemeinschaft und einzelnem Miterben 270
cc) Vertrag unter allen Miterben zur Aufhebung der erbengemeinschaftlichen Gesamtberechtigung 271
c) Ergebnis 271
3.4. Zusammenfassung 271
a) Erbteilung als Rechtsaufgabe zur Herstellung einer Alleinberechtigung 271
b) Erbteilung als einzelrechtsbezogenes Rechtsgeschäft . . . 272
4. Konsequenzen aus der Konzeption der Erbteilung als einzelrechtsbezogene Aufgabe von Rechten 272
4.1. Überblick 272
4.2. Entfallen der mit einer Rechtsübertragung verbundenen Folgen 273
a) Vorbemerkung 273
b) Ausschluss der Möglichkeit des gutgläubigen Rechtserwerbs 273
c) Kein Vorliegen eines Vorkaufsfalls 273
d) Besondere Gewährleistungsregeln (Art. 637 ZGB) 274
e) Art. 634 ZGB keine lex specialis zu Art. 657 Abs. 1 ZGB 274
f) Beschränkte Vinkulierbarkeit von Namenaktien 274
4.3. Verfügung über jeden einzelnen Erbschaftsgegenstand 275
5. Der rechtsgeschäftliche Abschluss der Erbteilung 275
5.1. Grundsatz der freien Erbteilung 275
5.2. Abschluss der Erbteilung durch Rechtsgeschäft 276
a) Vorbemerkung 276
b) Realteilung 276
c) Schriftlicher Teilungsvertrag 276

I. Einleitung

Das ZGB widmet seinen 17. Titel (Art. 602–640 ZGB) der Teilung der Erbschaft. Es unterteilt diesen Titel in die Abschnitte «Die Gemeinschaft vor der Teilung» (Art. 602–606 ZGB), «Die Teilungsart» (Art. 607–619 ZGB), «Die Ausgleichung» (Art. 626–632 ZGB) und «Abschluss und Wirkung der Teilung» (Art. 634–640 ZGB). Aus der Fülle der sich im Erbteilungsrecht stellenden Themata ist im vorliegenden Aufsatz naturgemäss eine Auswahl zu treffen.

Der Beitrag soll in einem ersten Teil auf das – soweit ersichtlich kaum je näher analysierte – Verhältnis von *Erbschaftserwerb durch mehrere Erben und Erbteilungsrecht* eingehen.[1] Sodann werden Fragen aus dem Bereich der *Erbengemeinschaft* als dem unter mehreren Erben bestehenden Rechtsverhältnis behandelt.[2] Schliesslich soll die *Erbteilung* dargestellt werden.[3]

II. Erwerb der Erbschaft durch mehrere Erben und Erbteilungsrecht

1. Übersicht

Nachfolgend sind vorerst die *verschiedenen Systeme des Erbschaftserwerbs* im Allgemeinen darzustellen.[4] Danach ist der *Erbschaftserwerb nach schweizerischem Recht* zu behandeln.[5] Es folgen *rechtsvergleichende Hinweise* auf die Ordnungen anderer europäischer Länder.[6] Nach einer *Zusammenfassung*[7] werden schliesslich *Folgerungen* gezogen und insbesondere Vor- und Nachteile der beiden Arten des Erbschaftserwerbs dargestellt.[8]

2. Die verschiedenen Systeme des Erbschaftserwerbs im Allgemeinen

2.1. Erbschaftserwerb durch Antritt (Nichtvonselbsterwerb) und ipso iure-Erwerb der Erbschaft (eo-ipso-Erwerb; Vonselbsterwerb)

Das moderne Recht zwingt niemanden, eine Erbschaft, zu der er als Erbe berufen ist, auch tatsächlich anzunehmen. Ob der Berufene Erbe werden will oder nicht, wird vielmehr ihm selbst zur Entscheidung überlassen. Dafür ist

1 Siehe II.
2 Siehe III.
3 Siehe IV.
4 Siehe II.2. sogleich.
5 Siehe II.3.
6 Siehe II.4.
7 Siehe II.5.
8 Siehe II.6.

dem berufenen Erben eine Überlegungsfrist einzuräumen, während der ungewiss bleibt, wem die Erbschaft definitiv anfallen wird.

Zur Erfüllung der sich aus dem eben erwähnten Grundsatz, wonach niemand gezwungen wird, eine Erbschaft anzunehmen, ergebenden Anforderungen kann der Gesetzgeber den Erwerb der Erbschaft auf zwei verschiedene Arten konstruieren.

Einerseits kann er die Regelung aufstellen, dass der Berufene erst dann Erbe wird, wenn er seine Entscheidung getroffen hat und die Erbschaft angenommen – prägnanter «angetreten» – hat. Das ist das *Prinzip des Erbschaftserwerbs durch Antritt* (Nichtvonselbsterwerb). In diesem Fall entsteht zwischen Anfall und Antritt der Erbschaft ein Vakuum.

Andererseits kann das Gesetz den Berufenen aber auch sofort mit dem Erbgang zum Erben erklären unter gleichzeitiger Einräumung des Rechts, die Erbschaft innert einer bestimmten Frist wiederum auszuschlagen.[9] Das ist das *Prinzip des ipso iure-Erwerbs* oder des eo-ipso-Erwerbs der Erbschaft (Vonselbsterwerb).[10]

Beide soeben umschriebenen Systeme – sowohl der Erbschaftserwerb durch Antritt als auch der ipso iure-Erwerb sind der europäischen Rechtstradition bekannt.[11]

Der ipso iure-Erwerb der Erbschaft erfährt dabei in den verschiedenen, ihn vorsehenden Rechtsordnungen eine *cum grano salis* jedenfalls durchaus als einheitlich zu bezeichnende Regelung.[12]

Demgegenüber bestehen im Zusammenhang mit dem Erbschaftserwerb durch Antritt im Einzelnen wesentlich voneinander abweichende Ordnungen. So kann der Erbschaftsantritt etwa durch private Erklärung, durch behördliche Einweisung oder auch unter Zwischenschaltung eines Treuhänders stattfinden. Beim Erbschaftserwerb durch Privaterklärung erwirbt der Erbe die Erbschaft durch eigenes Handeln. Beim Erbschaftserwerb durch behördliche Einweisung ist zusätzlich zur Erklärung des Berufenen, die Erbschaft annehmen zu wollen, die Einweisung durch eine Behörde erforderlich, damit man Erbe wird. Beim Erwerb vom Treuhänder geht der Nachlass vorerst auf diesen über und die Erben erhalten die ihnen zukommenden Erbschaftsgegenstände erst nach Bereinigung der Verhältnisse ausgehändigt.[13, 14]

---

9 Vgl. für die Ausschlagung im schweizerischen Recht Art. 566 ff. ZGB.

10 Siehe zum Ganzen Theodor Kipp/Helmut Coing, Erbrecht, 14. Bearbeitung, Tübingen 1990, S. 478.

11 Dazu Näheres in II.3. und 4. hienach.

12 Vgl. etwa die beiden auf der Grundlage des ipso iure-Erwerbs stehenden Regelungen des ZGB (dazu II.3.) und des BGB (dazu II.4.1.).

13 Siehe im Einzelnen II.4. hienach, insbesondere II.4.2., 4.4. und 4.5.

14 Zum Ganzen Heinrich Lange/Kurt Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 5. Aufl., München 2001, S. 191.

2.2. Verhältnis von Erbschaftserwerb und Universalsukzession

Die *Art des Erbschaftserwerbs* – ipso iure oder durch Antritt – ist von der *Universalsukzession* (Gesamtrechtsnachfolge) zu unterscheiden. Insbesondere darf der ipso iure-Erbschaftserwerb nicht mit der Universalsukzession verwechselt werden. Diese bedeutet, dass die Erben *uno actu* den ganzen Nachlass, die Gesamtheit der vererblichen Aktiven und Passiven, erwerben; jener dagegen bezeichnet den unmittelbar, eo-ipso – eben ipso iure – stattfindenden Erwerb der Erbschaft.[15]

Im schweizerischen Recht verbindet sich – wie sogleich näher darzulegen sein wird[16] – die Universalsukzession mit dem ipso iure-Erwerb.[17] Die vom ZGB gewählte Lösung ist allerdings nicht zwingend. Vielmehr lassen sich grundsätzlich[18] beide Systeme des Erbschaftserwerbs – sowohl ipso iure-Erwerb als auch Erbschaftserwerb durch Antritt – mit der Gesamtrechtsnachfolge vereinbaren.[19]

3. Erbschaftserwerb nach schweizerischem Recht

3.1. Allgemeines

Der Erbschaftserwerb nach schweizerischem Recht wird von zwei tragenden Grundsätzen geprägt: Einerseits dem Prinzip der *Universalsukzession* und andererseits demjenigen des *ipso iure-Erwerbs*. Beide Grundsätze sind in Art. 560 ZGB ausgesprochen.

Gemäss dem Prinzip der Universalsukzession *erwerben* die Erben mit dem Tod des Erblassers *die Erbschaft als Ganzes*, d. h. sowohl die Aktiven als auch die Passiven (vgl. Art. 560 Abs. 2 ZGB).

Der *Erbschaftserwerb* erfolgt überdies *von Gesetzes wegen* (Art. 560 Abs. 1 ZGB). Der Nachlass fällt den gesetzlichen und den eingesetzten Erben[20] ohne weiteres, auch ohne deren Wissen und Willen, zu. Das ZGB hat sich damit von der Konzeption des römischen Rechts entfernt[21] und statuiert

---

15 Siehe auch Paul-Henri Steinauer, Le droit des successions, Berne 2006, Rz. 31.

16 II.3.

17 Vgl. nur Peter Tuor/Vito Piceno ni, Berner Kommentar, Bd. III: Das Erbrecht, 2. Abt.: Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 2. Aufl., Bern 1966, N. 1 ff. der Vorbemerkungen vor Art. 560 ff. ZGB.

18 M. E. ist diesbezüglich immerhin mit Blick auf den Erbschaftserwerb vom zwischengeschalteten Treuhänder eine Einschränkung zu machen, denn hier erwerben die Erben ja nicht unmittelbar vom Erblasser. Vgl. als Beispiel die Regelung in England und dazu II.4.5. hienach.

19 Siehe Lange/Kuchinke (FN 14), S. 191.

20 Zu letzteren Art. 560 Abs. 3 ZGB und BGE 101 II 226.

21 Siehe Steinauer (FN 15), Rz. 30a.

stattdessen auf deutschrechtlicher Grundlage das Prinzip des eo-ipso-Erwerbs der Erbschaft. Es folgt damit demjenigen Grundsatz, an dem die Mehrzahl der kantonalen Rechte mit aller Konsequenz festgehalten haben.[22] Danach sind Anfall der Erbschaft und Erwerb ein und dasselbe.[23] Einer besonderen Annahme der Erbschaft durch die Erben bedarf es deshalb nach der Regelung des ZGB regelmässig nicht.[24]

3.2. Insbesondere der Erbschaftserwerb durch mehrere Erben

a) Geltung des Grundsatzes des ipso iure-Erwerbs

Der im schweizerischen Recht verankerte Grundsatz des eo-ipso-Erwerbs der Erbschaft gilt nicht nur bei Vorhandensein eines *Alleinerben*, sondern auch bei einer *Erbenmehrheit*. Das folgt bereits unmittelbar aus dem Text des Art. 560 Abs. 1 ZGB, wo ausdrücklich von mehreren Erben – wörtlich von «Die Erben erwerben die Erbschaft . . . kraft Gesetzes» – die Rede ist.[25] Dem Grundsatz des ipso iure-Erwerbs der Erbschaft kommt mithin unter dem ZGB generelle Bedeutung zu.

b) Ermöglichung des ipso iure-Erwerbs durch mehrere Erben

aa) Vorbemerkungen

Zur Ermöglichung des ipso iure-Erwerbs der Erbschaft durch mehrere Erben bedarf es der Klärung von zwei Fragen, die sich beim Erwerb durch einen Al-

---

22 Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bde. I, II, III und IV, Basel 1886, 1888, 1889 und 1893, Bd. II, S. 347 ff. Huber, a. a. O., S. 349, stellt zusammenfassend fest, dass alle kantonalen Rechte «den Erwerb der Erbschaft mit dem Tode des Erblassers eintreten lassen, die eine Gruppe derselben aber diesen Erwerb resolutiv bedingt sein lässt durch die Möglichkeit der Ausschlagung, die andere suspensiv bedingt durch den Antritt». Das ZGB steht auf dem Boden der ersten Variante. Die romanischen Kantone und auch Bern waren dagegen dem gemeinrechtlichen Modell des Erbschaftsantritts gefolgt. Siehe ferner Huber, System, Bd. II, S. 421.

23 Vgl. zum Ganzen auch Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002, S. 642 f.

24 Vom Grundsatz des ipso iure-Erwerbs der Erbschaft bestehen drei Ausnahmen: Das ZGB verlangt eine ausdrückliche Annahme der Erbschaft bei offensichtlicher Zahlungsunfähigkeit des Erblassers (Art. 566 Abs. 2 ZGB), bei Ausschlagung der berufenen Erben zugunsten nachfolgender Erben (Art. 575 ZGB) und bei Ausschlagung der Nachkommen und nachfolgender Annahmemöglichkeit durch den überlebenden Ehegatten (Art. 574 ZGB). In allen drei Fällen handelt es sich um überschuldete oder doch jedenfalls um wenig lukrative Erbschaften. Vgl. dazu Tuor/Schnyder (FN 23), S. 644.

25 Vgl. Stephan Wolf, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Habil. Bern 2004, S. 15 und 16, mit FN 67.

leinerben naturgemäss nicht stellen. So ist vorab das *Rechtsverhältnis* zu bestimmen, in welchem mehrere Erben die Erbschaft erwerben sollen.[26] Weiter bedarf es der Sicherstellung, dass dieses Rechtsverhältnis unter den Erben sich *sogleich im Zeitpunkt des Todes des Erblassers* einstellt.[27] Beides verlangt nach einer Regelung durch das Gesetz.

bb) Bestimmung des Rechtsverhältnisses durch das Gesetz

Ein Erwerb durch eine Mehrheit von Personen setzt vorerst voraus, dass das Rechtsverhältnis, in welchem dieser Erwerb stattfindet, feststeht, denn das schweizerische Recht kennt keine abstrakte gemeinsame Berechtigung mehrerer Personen. Vielmehr stellt es dafür abschliessend die Möglichkeiten des Miteigentums oder des Gesamteigentums (vgl. Art. 646 ff. bzw. Art. 652–654 ZGB) zur Verfügung.[28] Ohne besondere Regelung durch das Gesetz bzw. durch Vereinbarung unter den Beteiligten ist dabei Miteigentum zu vermuten.[29] Die zweiterwähnte Möglichkeit, das gemeinschaftliche Rechtsverhältnis rechtsgeschäftlich zu vereinbaren, scheidet allerdings unter mehreren Miterben von vornherein aus, weil solches entsprechende Abreden der Miterben voraussetzte, was naturgemäss mit Zeitaufwand verbunden ist, so dass damit der Grundsatz des ipso iure-Erwerbs der Erbschaft nicht mehr gewährleistet wäre.[30]

Auf die Vermutung zugunsten des Miteigentums mehrerer Beteiligter braucht allerdings im Falle des Erbschaftserwerbs nicht zurückgegriffen zu werden. Denn es liegt eine *gesetzliche Regelung* vor: Art. 602 ZGB bestimmt das Rechtsverhältnis unter mehreren Miterben. Danach entsteht, wenn mehrere Erben den Erblasser beerben, unter ihnen bis zur Erbteilung eine *Gemeinschaft aller Rechte und Pflichten*[31] der Erbschaft (Art. 602 Abs. 1 ZGB).[32] Die

26 Dazu II.3.2.b)bb) sogleich.

27 Dazu II.3.2.b)cc) hienach.

28 Siehe Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 16.

29 BGE 94 II 99. Vgl. statt vieler auch Tuor/Schnyder/Schmid (FN 23), S. 827.

30 Vgl. auch Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 17.

31 Hinsichtlich der Pflichten ist der Gesetzeswortlaut freilich nicht präzis, denn mit Blick auf die Schulden steht nicht eine gemeinschaftliche Haftung im Vordergrund, sondern die Solidarhaftung der Erben (Art. 603 ZGB).

32 Insofern, als er nur die «Teilung» als Beendigungsgrund der «Gemeinschaft aller Rechte und Pflichten der Erbschaft» erwähnt, erweist sich der Wortlaut des Art. 602 Abs. 1 ZGB allerdings als zu eng. Die Erbengemeinschaft kann ihr Ende nicht nur durch Erbteilung finden, sondern auch durch dingliche Erbanteilsabtretung zugunsten eines einzigen Miterben i. S. v. Art. 635 ZGB, durch Umwandlung in eine andere Rechtsgemeinschaft oder auch durch Aufbrauchen des gesamten Erbschaftsvermögens zur Schuldentilgung. Vgl. zur Auflösung der Erbengemeinschaft ausführlich Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 129 ff.

Erbengemeinschaft ist dabei vom Gesetzgeber als *Gemeinschaft zur gesamten Hand* im Sinne der Art. 652–654 ZGB ausgestaltet worden.[33, 34]

cc) Zwingende Entstehung der Erbengemeinschaft unmittelbar im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers

Zur Sicherstellung des eo-ipso-Erwerbs der Erbschaft durch mehrere Erben genügt allerdings das Entstehen der Erbengemeinschaft kraft Gesetzes noch nicht. Vielmehr ist dafür zusätzlich notwendig, die Entstehungsordnung *zwingend* mit Wirkung unmittelbar im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers zu erlassen. Wäre dem nicht so, bliebe es den Erben freigestellt, das Rechtsverhältnis unter sich rechtsgeschäftlich zu vereinbaren, was infolge des dafür erforderlichen Zeitbedarfes den Grundsatz des ipso iure-Erwerbs der Erbschaft vereiteln würde.[35]

c) Gesetzliche Entstehungsordnung der Erbengemeinschaft im Dienste des ipso iure-Erwerbs der Erbschaft

Nach dem soeben Gesagten besteht bei Vorhandensein mehrerer Erben parallel zum Prinzip des ipso iure-Erwerbs der Erbschaft gemäss Art. 560 ZGB der Grundsatz der ipso iure-Entstehung der Erbengemeinschaft gemäss Art. 602 Abs. 1 ZGB.[36] Das Rechtsverhältnis der Erbengemeinschaft stellt sich unter mehreren Miterben *ex lege* und zwingend unmittelbar mit dem Ableben des Erblassers ein. Funktional stellt die dargestellte Entstehungsordnung der Erbengemeinschaft den ipso iure-Erwerb der Erbschaft sicher.[37]

4. Rechtsvergleichende Hinweise

4.1. Deutschland

a) Erbschaftserwerb

Gemäss § 1942 Abs. 1 BGB geht die Erbschaft «auf den berufenen Erben unbeschadet des Rechtes über, sie auszuschlagen». Die Vorschrift bringt den Grundsatz des *Vonselbsterwerbs* (ipso iure-Erwerbs) zum Ausdruck. Sie wird

33 So schon Eugen Huber, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Bd. I: Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht, 2. Ausgabe, Bern 1914, S. 458.

34 Zum Gesamthandsverhältnis unter mehreren Miterben eingehend III.4. hienach.

35 Vgl. schon II.3.2.b)bb) soeben und Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 17.

36 Siehe auch Urs Andrea Nater, Die Erbengemeinschaft im Zivilprozess (unter besonderer Berücksichtigung der neuen zürcherischen Zivilprozessordnung), Diss. Zürich 1978, S. 2.

37 Zum Ganzen Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 16–18, m. w. H.

ergänzt durch § 1922 Abs. 1 BGB, wonach mit dem Tode einer Person «deren Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere Personen (Erben)» übergeht, welche Bestimmung das Prinzip der *Gesamtrechtsnachfolge* (Universalsukzession) statuiert[38] und die Erbschaft im Zeitpunkt des Erbfalls und ohne weitere Voraussetzung auf den berufenen Erben übergehen lässt. § 1942 Abs. 1 BGB knüpft an den sofortigen Erwerb an und gewährt dem Erben zugleich das Recht, sich durch Ausschlagung von der Erbschaft wiederum zu befreien.[39]

Das deutsche BGB folgt also – wie das ZGB[40] – dem *System des sofortigen Erbschaftsanfalls mit Ausschlagungsmöglichkeit*.[41] Der Erbschaftserwerb tritt sogleich mit dem Erbfall ein, womit eine subjektslose Erbschaft (ruhende Erbschaft, *hereditas iacens*) vermieden wird. Für den Erbschaftserwerb ist somit weder eine Annahmeerklärung des Erben noch eine amtliche Zuweisung erforderlich und es wird auch kein Treuhänder dazwischengeschaltet.[42]

b) Rechtsverhältnis unter mehreren Erben

Unter mehreren Erben – unabhängig davon, ob ihre Berufung zur Erbfolge auf Gesetz oder auf Verfügung von Todes wegen beruht – entsteht eine *Erbengemeinschaft* (§ 2032 BGB).[43] Diese tritt auch nach deutschem Recht unabhängig vom Willen der Miterben kraft Gesetzes unmittelbar mit dem Erbfall ein.[44] Die Erbengemeinschaft des BGB stellt dabei – insofern mit der Regelung des ZGB übereinstimmend[45] – eine *Gemeinschaft zur gesamten Hand* dar.[46]

4.2. Österreich

a) Erbschaftserwerb

Nach österreichischem Recht wird die Erbschaft nicht unmittelbar mit dem Ableben des Erblassers, sondern erst aufgrund eines *gerichtlichen Verlassen-*

---

38 Dazu Dieter Leipold, Kommentierung von §§ 1922–1966, in: Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9. Erbrecht (§§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG), 4. Aufl., München 2004, Rzn. 93 ff. zu § 1922 BGB.

39 Zum Ganzen MK-Leipold (FN 38), Rz. 1 zu § 1942 BGB.

40 Zu diesem II.3. hievor.

41 Kipp/Coing (FN 10), S. 479.

42 MK-Leipold (FN 38), Rz. 2 zu § 1942 BGB.

43 Andreas Heldrich, Kommentierung von §§ 2032–2063, in: Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9. Erbrecht (§§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG), 4. Aufl., München 2004, Rz. 1 zu § 2032.

44 MK-Heldrich (FN 43), Rz. 4 zu § 2032 BGB. Vgl. auch Kipp/Coing (FN 10), S. 608 und 610.

45 Siehe dazu II.3.2.b)bb) hievor.

46 MK-Heldrich (FN 43), Rz. 7 zu § 2032 BGB; Lange/Kuchinke (FN 14), S. 1083 ff.; Kipp/Coing (FN 10), S. 610.

schaftsverfahrens erworben.[47] Bis dieses abgeschlossen ist, bleiben der Nachlass und das Vermögen der Erben getrennt und die Begleichung von Nachlassschulden erfolgt aus der Erbschaft.[48] Die Einschaltung des Gerichtes bis zur Einweisung der Erben in die Erbschaft durch die sog. Einantwortung[49] förderte die Bestimmung der Verlassenschaft als eines selbständigen Sondervermögens.[50]

Die Erben müssen unter Nachweis ihres Erbrechts bei Gericht die Einweisung in den Nachlass verlangen und zugleich ihren Willen erklären, dass sie die Erbschaft annehmen (*Erbantrittserklärung*).[51] Die Erbantrittserklärung ist materiell eine Annahmeerklärung (§ 799 ABGB) und formell ein Antrag auf Einantwortung der Erbschaft.[52] Im Anschluss an diese Willenserklärung weist das Gericht die Erben durch Beschluss in die Verlassenschaft ein (*Einantwortung*, § 819 ABGB).

Die Einantwortung bewirkt den Rechtserwerb durch die Erben.[53] Es tritt damit eine *Universalsukzession* des Erben ein und der Zustand des ruhenden Nachlasses wird beendet. Der Übergang des ganzen Vermögens auf den Erben findet mit der Einantwortung *ipso iure* statt.[54]

b) Rechtsverhältnis unter mehreren Erben

Mehrere Erben bilden nach österreichischem Recht eine *Rechtsgemeinschaft*. Diese bezieht sich vor der Einantwortung auf das Erbrecht, anschliessend auf die ererbten Rechte.[55] Die Miterben erlangen dabei *Miteigentum* an den Nachlassgegenständen.[56] Die Erbengemeinschaft beruht auf dem Gesetz und nicht dem Willen der Gemeinschafter; sie ist mithin communio incidens.[57]

---

47 Dazu Franz Haunschmidt, Erbrecht in Österreich, in: Rembert Süss/Ulrich Haas (Hrsg.), Erbrecht in Europa, Angelbachtal 2004, Rzn. 115 ff.

48 Haunschmidt (FN 47), Rz. 125.

49 Zu dieser sogleich im Text.

50 Lange/Kuchinke (FN 14), S. 1080.

51 Vgl. Hansjörg Sailer, Kommentierung von §§ 797–858 ABGB, in: Helmut Koziol/Peter Bydlinski/Raimund Bollenberger (Hrsg.), ABGB, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Wien/New York 2005, Rz. 1 zu §§ 799–800 ABGB.

52 Lange/Kuchinke (FN 14), S. 192.

53 Kipp/Coing (FN 10), S. 481; Lange/Kuchinke (FN 14), S. 192.

54 Helmut Koziol/Rudolf Welser, Bürgerliches Recht, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 11. Aufl., Wien 2000, S. 513 f.; Sailer (FN 51), Rz. 5 zu § 820 ABGB.

55 Koziol/Welser (FN 54), S. 519.

56 Lange/Kuchinke (FN 14), S. 1080.

57 Koziol/Welser (FN 54), S. 519.

4.3. Frankreich

a) Erbschaftserwerb

Nach französischem Recht erfolgt der Rechtserwerb an den Nachlassgegenständen durch die Erben *unmittelbar mit* dem *Erbfall* (siehe Art. 711 CCfr); *vorbehalten* bleibt die Möglichkeit der *Ausschlagung*.[58] Dabei gilt gemäss Art. 724 Abs. 1 CCfr grundsätzlich ebenfalls das Prinzip der *Universalsukzession*.[59] Danach umfasst der Nachlass das gesamte Vermögen sowie alle Ansprüche und Rechte des Verstorbenen. Andererseits haben gesetzliche Erben, Universal- und Erbteilsvermächtnisnehmer[60] alle Schulden und Lasten der Erbschaft zu tragen.[61]

Trotz der Unmittelbarkeit des Eigentumserwerbs der Erben bedarf es allerdings zur Geltendmachung der Rechte des Erblassers eines *besonderen Rechtstitels*, welcher sich entweder aus der sog. saisine[62] oder der gerichtlichen Besitzeinweisung ergibt.[63] Hinsichtlich der Erlangung dieses Rechtstitels sind vorerst gesetzliche Erben und sog. Universal- bzw. Erbvermächtnisnehmer zu unterscheiden.

Innerhalb des Kreises der *gesetzlichen Erben* differenziert das französische Recht sodann weiter zwischen ordentlichen gesetzlichen Erben (successeurs réguliers) und ausserordentlichen gesetzlichen Erben. Die *saisine*, d. h. der Besitz am Nachlass, geht im Zeitpunkt des Todes kraft Gesetzes auf die *ordentlichen gesetzlichen Erben*[64] über. Umgekehrt bedürfen die *ausserordentlichen gesetzlichen Erben* – zu denen freilich heute nur noch der Staat zählt (Art. 724 Abs. 2 CCfr) – der *gerichtlichen Besitzeinweisung* (envoi en possession).[65]

Durch *letztwillige Verfügung* können grundsätzlich keine Erben geschaffen werden. Vielmehr lassen sich Anordnungen über die Verteilung des Nachlasses nur mittels Vermächtnissen treffen.[66] Dabei kann allerdings der Erblasser ein sog. *Universal- bzw. Erbvermächtnis* (legs universel) ausrichten. Mit einem solchen wird einer oder mehreren Person(en) das gesamte im Todes-

---

58 Kipp/Coing (FN 10), S. 480. Siehe auch Lange/Kuchinke (FN 14), S. 192.

59 Vgl. dazu Christoph Döbereiner, Erbrecht in Frankreich, in: Rembert Süss/Ulrich Haas (Hrsg.), Erbrecht in Europa, Angelbachtal 2004, Rz. 42, mit Hinweis auf die ausnahmsweise stattfindende Sondererbfolge in FN 42.

60 Zu diesen sogleich im Text.

61 Döbereiner (FN 59), Rz. 42.

62 Die «saisine» vermittelt das Besitzrecht am Nachlass; vgl. Kipp/Coing (FN 10), S. 480.

63 Vgl. Lange/Kuchinke (FN 14), S. 192.

64 Zu diesen zählt ebenfalls der überlebende Ehegatte, und zwar auch dann, wenn er nur eine Nutzniessung an einem Teil des Nachlasses erhält.

65 Zum Ganzen Döbereiner (FN 59), Rz. 75.

66 Döbereiner (FN 59), Rz. 85.

zeitpunkt vorhandene Vermögen zugewendet.[67] Die Rechtsposition der Universalvermächtnisnehmer entspricht dabei weitgehend der Erbenstellung. So erwerben Universallegatare das Eigentum an den ihnen zugewendeten Objekten ebenfalls automatisch mit dem Erbfall. Indessen steht ihnen die *saisine* nur dann zu, wenn neben ihnen keine Pflichtteilserben vorhanden sind (Art. 1006 CCfr).[68] Andernfalls müssen sie sich *gerichtlich in den Besitz einweisen* lassen (Art. 1004 CCfr). Sind die Universalvermächtnisnehmer durch ein holographes oder ein mystisches Testament[69] bezeichnet worden, bedürfen sie in jedem Fall der *gerichtlichen Besitzeinweisung* (Art. 1006, 1008 CCfr).[70] Dem Grundsatze nach die selbe Ordnung gilt auch für die – im französischen Recht allerdings nur restriktiv zugelassenen – Vertragserben.[71]

b) Rechtsverhältnis unter mehreren Erben

Die unter mehreren Erben entstehende *Erbengemeinschaft* (indivision) ist in Frankreich erstmals 1976 gesetzlich geregelt worden.[72] Es handelt sich dabei weder um eine Gemeinschaft zur gesamten Hand noch um eine Bruchteilsgemeinschaft. Die Erbengemeinschaft des französischen Rechts wird vielmehr als *Gemeinschaft eigener Art* bezeichnet. Im Einzelnen bestehen zwei Kategorien von Erbengemeinschaften, nämlich die subsidiär geltende gesetzliche (régime légal; Art. 815 ff. CCfr) und die vertragliche Erbengemeinschaft (régime conventionnel; Art. 1873–1 ff. CCfr); die beiden Arten unterscheiden sich in verschiedener Hinsicht, so u. a. hinsichtlich der Verwaltung der indivision.[73]

4.4. Italien

a) Erbschaftserwerb

Dem italienischen Recht ist ein ipso iure-Erbschaftserwerb unbekannt. Vielmehr bedarf es der *Erbschaftsannahme*[74].

---

67 Döbereiner (FN 59), Rz. 86.

68 Vgl. Kipp/Coing (FN 10), S. 480.

69 Das seltene mystische Testament wird vom Erblasser selbst oder auf seinen Wunsch von einem Dritten niedergeschrieben (Art. 976 CCfr). Siehe dazu Weiteres bei Döbereiner (FN 59), Rz. 80.

70 Döbereiner (FN 59), Rz. 87; Kipp/Coing (FN 10), S. 480.

71 Vgl. Döbereiner (FN 59), Rz. 122. Siehe auch Kipp/Coing (FN 10), S. 480.

72 Gesetz Nrn. 76–1286 vom 31. Dezember 1976.

73 Döbereiner (FN 59), Rz. 141, m.w.H.

74 Vgl. Andrea Torrente/Piero Schlesinger, Manuale di diritto privato, diciassettesima edizione, Milano 2004, S. 959.

Das Recht auf die Annahme der Erbschaft setzt die mit dem Tod stattfindende Eröffnung des Erbganges (apertura della successione, Art. 456 CCit) und die kraft Gesetzes oder Testaments erfolgende *Berufung zur Erbschaft* (delazione dell'eredità, Art. 457 CCit) voraus.[75] Die delazione dell'eredità wird verstanden als konkrete Offerte seitens des Vermögens des Erblassers an eine lebende Person. Zugunsten der berufenen Person wird damit die Möglichkeit geschaffen, die Erbschaft mittels einer *Annahmeerklärung* (accettazione, Art. 459 CCit) effektiv zu erwerben.[76]

Dem Berufenen stehen in der Folge drei Möglichkeiten zur Verfügung: Er kann die Erbschaft vorbehaltlos annehmen, er kann Annahme unter Vorbehalt der Inventarerrichtung erklären oder er kann die Erbschaft ausschlagen.[77] Die Annahme der Erbschaft wirkt auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Erbgangs zurück (Art. 459 CCit; sog. Prinzip der «retroattività dell› accettazione»).[78]

Die vorbehaltlose Annahme (accettazione pura e semplice) hat die Verschmelzung des ererbten und des eigenen Vermögens des Erben sowie die unbeschränkte Haftung mit dem Gesamtvermögen zur Folge. Die Annahme unter Vorbehalt der Inventarisierung (accettazione con beneficio di inventario) führt dagegen bei rechtzeitiger Inventarerrichtung zu einer Trennung von ererbtem und eigenem Vermögen sowie zu einer Haftungsbeschränkung.[79]

In formeller Hinsicht kann die vorbehaltlose Annahme der Erbschaft ausdrücklich durch privatschriftliche oder notarielle Urkunde oder auch stillschweigend erfolgen (Art. 474 f. CCit).[80] Die Annahme unter Vorbehalt der Inventarerrichtung bedarf der Erklärung vor einem Notar oder dem cancelliere del tribunale, d. h. dem Urkundsbeamten des Gerichts (Art. 484 CCit).[81]

Zwischen Erbanfall und Annahme der Erbschaft durch den Berufenen stellt das Vermögen des Erblassers eine *hereditas iacens* (eredità giacente) dar.[82]

b) Rechtsverhältnis unter mehreren Erben

Wird der Erblasser von mehreren Personen beerbt, bilden diese eine *Erbengemeinschaft*. Diese ist aber kein Gesamthandsverhältnis; vielmehr gelten für

---

75 Maria Giovanna Cubeddu Wiedemann/Anton Wiedemann, Erbrecht in Italien, in: Rembert Süss/Ulrich Haas (Hrsg.), Erbrecht in Europa, Angelbachtal 2004, Rz. 137.

76 Federico del Giudice (Hrsg.), Codice Civile spiegato Articolo per Articolo, IX edizione, Napoli 2005, S. 370.

77 Wiedemann/Wiedemann (FN 75), Rz. 137 und Rzn. 140 ff.

78 Del Giudice (FN 76), S. 372.

79 Wiedemann/Wiedemann (FN 75), Rz. 140.

80 Wiedemann/Wiedemann (FN 75), Rz. 144.

81 Wiedemann/Wiedemann (FN 75), Rz. 142.

82 Dazu Torrente/Schlesinger (FN 74), S. 948 ff. Siehe auch Lange/Kuchinke (FN 14), S. 193.

sie die allgemeinen sachenrechtlichen Regelungen der *Bruchteilsgemeinschaft* (Art. 1110–1116 bzw. 713 ff. CCit).[83] Die Erbengemeinschaft stellt weiter eine *communio incidens* dar.[84]

4.5. England

England folgt dem im Common Law verbreiteten Grundsatz der *gesonderten Nachlassabwicklung*. Danach geht die Erbschaft vorerst nicht unmittelbar auf die Erben, sondern auf einen *personal representative* über. Dieser wird als *executor* bezeichnet, wenn er im Testament ernannt ist, und als *administrator*, wenn er vom Gericht bestellt wird.[85] Es findet mithin nach englischem Recht in jedem Fall zunächst eine Erbschaftsverwaltung statt und der Nachlass geht nicht direkt auf die Erben über.[86]

Die Aufgaben des *executor* bzw. *administrator* bestehen im Wesentlichen darin, die Nachlassobjekte zu sammeln, zu verwalten, die Verbindlichkeiten zu tilgen und schliesslich den Reinnachlass an die testamentarisch oder gesetzlich Begünstigten zu verteilen oder in einen trust zu überführen.[87] Anders als etwa der Willensvollstrecker des schweizerischen Rechts[88] verwaltet allerdings der *personal representative* das Nachlassvermögen nicht nur, sondern er wird selbst dessen *treuhänderischer Inhaber* (trustee).

Weil der Nachlassabwickler zunächst Inhaber des gesamten Nachlasses wird, ist dem englischen Recht die den «Civil-Law»-Ländern eigene Unterscheidung zwischen Erben und Vermächtnisnehmern nicht bekannt, sondern es werden die beiden Kategorien als «*beneficiaries*» zusammengefasst. Allen *beneficiaries* stehen dabei bloss *Herausgabeansprüche* gegenüber dem personal representative zu.[89]

Das englische Recht kennt deshalb Probleme der Erbengemeinschaft nicht und die Erben ihrerseits kann keine persönliche Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten treffen.[90]

---

83 Wiedemann/Wiedemann (FN 75), Rz. 160.

84 Del Giudice (FN 76), S. 499.

85 Felix Odersky, Erbrecht in Grossbritannien: England und Wales, in: Rembert Süss/Ulrich Haas (Hrsg.), Erbrecht in Europa, Angelbachtal 2004, S. 480 ff., Rz. 12. Vgl. auch Lange/Kuchinke (FN 14), S. 191 f.

86 Kipp/Coing (FN 10), S. 481.

87 Odersky (FN 85), Rz. 12; Lange/Kuchinke (FN 14), S. 192.

88 Vgl. zu dessen Rechten und Pflichten Art. 518 ZGB.

89 Odersky (FN 85), Rzn. 26 und 78.

90 Odersky (FN 85), Rzn. 79 f.

5. *Zusammenfassung*

Die *Schweiz* und *Deutschland* kennen beide das Prinzip des ipso iure-Erwerbs der Erbschaft, welches sich mit dem Grundsatz der Universalsukzession verbindet. Das Rechtsverhältnis unter mehreren Erben, die Erbengemeinschaft, ist als Gemeinschaft zur gesamten Hand ausgestaltet.

In *Frankreich* geht der Besitz – die sog. *saisine* – im Zeitpunkt des Todes kraft Gesetzes auf die ordentlichen gesetzlichen Erben über. Nachdem nur noch der Staat zu den ausserordentlichen gesetzlichen Erben zählt und Erben durch Testament dem Grundsatze nach nicht geschaffen werden können, findet der Erbschaftserwerb in Frankreich ebenfalls weitgehend ipso iure statt. Das Rechtsverhältnis unter mehreren Erben lässt sich weder als Miteigentumsgemeinschaft noch als Gesamthand qualifizieren, sondern stellt eine gesetzliche geordnete Gemeinschaft eigener Art dar.

Österreich und *Italien* kennen nicht den ipso iure-Erwerb, sondern das Prinzip des Erbschaftsantritts. Der Antritt erfolgt dabei in Österreich durch gerichtliche Einantwortung, in Italien grundsätzlich durch private Willenserklärung. Das Rechtsverhältnis unter mehreren Erben ist in beiden Ländern als Miteigentumsgemeinschaft ausgestaltet.

England folgt dem Prinzip der gesonderten Nachlassabwicklung. Das Vermögen des Erblassers geht treuhänderisch auf den testamentarisch bestimmten oder gerichtlich bestellten Erbschaftsverwalter über. *Beneficiaries* haben gegenüber dem *personal representative* nur Herausgabeansprüche.

6. *Folgerungen, insbesondere Vor- und Nachteile der beiden Arten des Erbschaftserwerbs*

6.1. Vorbemerkung

Im Anschluss an die Darstellung des Erbschaftserwerbs in der Schweiz[91] und die rechtsvergleichenden Hinweise zur Ordnung desselben in anderen europäischen Ländern[92] lassen sich *Folgerungen* ziehen und insbesondere *Vor- und Nachteile* von ipso iure-Erwerb einerseits und Erbschaftserwerb durch Erbschaftsantritt andererseits gegeneinander abwägen. Aussagen können dabei vorerst in *allgemeiner Hinsicht*[93] und alsdann spezifisch *mit Blick auf das Erbteilungsrecht*[94] gemacht werden.

---

91 II.3. hievor.
92 II.4. und 5. hievor.
93 II.6.2. sogleich.
94 II.6.3. hienach.

6.2. Im Allgemeinen

a) Schuldentilgung und Risiko der Schuldenhaftung der Erben

Im Vordergrund der zugunsten eines Erbschaftserwerbs durch besonderen Antritt angeführten Erwägungen steht regelmässig das Argument, damit sei die Schuldentilgung sichergestellt und folglich werde das Risiko, dem die Erben hinsichtlich der Schuldenhaftung (Art. 560 Abs. 2, Art. 603 ZGB) ausgesetzt sind, reduziert. So wird denn festgehalten, der Erwerb durch Erbschaftsantritt – erfolge er durch Annahmeerklärung, behördliche Einweisung oder vom Treuhänder – habe den Vorteil, dass in einem Zwischenstadium eine *Klärung und Abwicklung der Nachlassschulden* stattfinde.[95]

In der Tat werden beim ipso iure-Erwerb der Erbschaft grundsätzlich[96] auch die Schulden unmittelbar zu persönlichen Schulden der Erben (vgl. Art. 560 Abs. 2 ZGB). Unter diesem Aspekt erscheint denn die Lösung des Nichtvonselbsterwerbs an sich durchaus als für die Erben sicherer, das vor allem dann, wenn der Antrittserwerb in Gestalt der Zwischenschaltung eines Treuhänders, welcher vorab und unter eigener persönlicher Haftung die Nachlassschulden zu tilgen hat, statuiert wird, so dass die Erben im Ergebnis gewissermassen auf die Stellung der letzten, erst nach Begleichung aller Verbindlichkeiten zum Zuge kommenden Gläubiger verwiesen sind.

In der schweizerischen Rechtspraxis haben sich m. E. freilich die den Erben aus der Schuldenhaftung erwachsenden Gefahren nicht als derart erheblich erwiesen, dass deswegen vom bisherigen Grundsatz des ipso iure-Erwerbs abgewichen und stattdessen zum Prinzip des Erbschaftsantritts übergegangen werden müsste. Das dürfte vor allem darin begründet sein, dass das schweizerische Erbrecht den Erben *mehrere effiziente Schutzvorkehren* gegenüber der Schuldenhaftung zur Verfügung stellt. Darauf soll an dieser Stelle kurz eingegangen werden.

Die Erben werden mit dem Erbgang vorab bloss sog. provisorische Erben. Der Erbschaftserwerb steht unter der gesetzlichen Resolutivbedingung[97] der *Ausschlagung* (Art. 566 ff. ZGB). Die definitive Erbenstellung wird erst mit Ablauf der Ausschlagungsfrist (Art. 567 f. ZGB) – bzw. allenfalls mit einer vorzeitigen Annahmeerklärung oder der Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis (Art. 571 ZGB) – erlangt.

Der Erbe hat also auch im Rahmen des ipso iure-Erwerbs der Erbschaft die Möglichkeit, den definitiven Rechtserwerb durch Ausschlagung zu verhin-

95 So Lange/Kuchinke (FN 14), S. 193.

96 Immerhin sind Vorbehalte anzubringen mit Blick auf die Möglichkeiten der Ausschlagung, des öffentlichen Inventars und der amtlichen Liquidation. Dazu Näheres sogleich im Text.

97 Siehe BK-Tuor/Piceno ni (FN 17), N. 12 der Vorbemerkungen vor Art. 560 ff. ZGB.

dern. Damit wird im System des Vonselbsterwerbs der dem modernen Recht eigene Grundsatz gewährleistet, dass niemand gegen seinen Willen Erbe wird.[98]

Die Ausschlagung wird im Schrifttum als einseitiges Rechtsgeschäft qualifiziert,[99] durch welches ein Erbe seinen Erbschaftserwerb hinfällig macht; sie ist ein Gestaltungsrecht, welches die Erbeneigenschaft aufhebt.[100] Nach einhelliger Ansicht in der Lehre setzt die Ausschlagung Handlungsfähigkeit voraus.[101]

Nicht übereinstimmend beantwortet wird dagegen die Frage, ob auch der Verzicht auf die Ausschlagung bzw. das Unterlassen der Ausschlagung der Handlungsfähigkeit bedürfe. Im System des ipso iure-Erwerbs bewirkt das Unterlassen der Ausschlagung grundsätzlich[102] den endgültigen Erwerb der Erbschaft. Von der wohl überwiegenden Ansicht wird denn angenommen, dass der Verzicht auf die Ausschlagung keiner Handlungsfähigkeit bzw. keiner Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedürfe.[103] Das ist zwar insofern dogmatisch folgerichtig, als der Erbschaftserwerb ex lege und folglich auch bei Stillschweigen erfolgt, mithin der erbrechtliche Erwerb eben nicht rechtsgeschäftlichen Charakter hat.[104] Demgegenüber wird von anderer Seite darauf hingewiesen, dass nur die umgekehrte Auffassung dem Schutzgedanken des Handlungsunfähigen gerecht werde.[105] Insbesondere mit Blick auf die hier angesprochene, den Erben dem Grundsatze nach treffende Schuldenhaftung ist dieser zweiten Ansicht zuzustimmen. Danach tritt Verwirkung der

98 Siehe dazu schon II.2.1. hievor.

99 BK-Tuor/Piceno̧ni (FN 17), N. 3 zu Art. 566 ZGB. Vgl. auch Arnold Escher, Zürcher Kommentar, Bd. III: Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben, Art. 457–536 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1959, 2. Abt.: Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1960, N. 3 zu Art. 566 ZGB.

100 Steinauer (FN 15), Rz. 955 f.

101 BK-Tuor/Piceno̧ni (FN 17), N. 3 zu Art. 566 ZGB; ZK-Escher (FN 99), N. 3 zu Art. 566 ZGB; Ivo Schwander, Kommentierung von Art. 537–550, 560–561, 566–579, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, N. 5 zu Art. 566 ZGB; Franz Müller/Saskia Lindenmeyer Lieb, Kommentierung von Art. 551–579 ZGB, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), ZGB, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006, ZGB 566 N. 3; Steinauer (FN 15), Rz. 968, m.w.H.

102 Vorbehalten bleibt etwa die Ansetzung einer neuen Frist i. S. v. Art. 576 ZGB.

103 So BK-Tuor/Piceno̧ni (FN 17), N. 4 zu Art. 566 ZGB; ZK-Escher (FN 99), N. 3 zu Art. 566 ZGB. Siehe auch ZK-Escher (FN 99), N. 3–5 zu Art. 571 ZGB.

104 Vgl. BK-Tuor/Piceno̧ni (FN 17), N. 4 Art. 566 ZGB.

105 Eugen Bucher, Berner Kommentar, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Das Personenrecht, 2. Abt.: Die natürlichen Personen, I. Teilbd., Art. 11–26 ZGB, Bern 1976, N. 109 zu Art. 12 ZGB. In diese Richtung auch bereits: Otto Müller, Die Annahme von Erbschaften durch Bevormundete, ZBJV 64 (1928), S. 107 ff.; Alexander Beck, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, 2. Aufl., Bern 1976, S. 135.

Ausschlagungsmöglichkeit durch Unterlassen der Ausschlagung innert Frist nur bei gegebener Handlungsfähigkeit bzw. bei Vorhandensein eines gesetzlichen Vertreters des Betroffenen ein.[106] Ist also der provisorische Erbe nicht handlungsfähig und ist eine gesetzliche Vertretung für ihn nicht vorhanden, so führt nach der hier vertretenen Auffassung im Ergebnis der Ablauf der Ausschlagungsfrist nicht zum definitiven Erbschaftserwerb.

Das ZGB sichert den Erben im System des ipso iure-Erwerbs der Erbschaft überdies dadurch, dass im Falle, in dem die Zahlungsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes amtlich festgestellt oder offenkundig ist, die *Ausschlagung vermutet* wird (Art. 566 Abs. 2 ZGB). Die Norm stellt eine Korrektur des Grundsatzes des eo-ipso-Erwerbs dar.[107] In den im Gesetz erwähnten Fällen bedarf es mithin keiner Ausschlagungserklärung, sondern es müssten vielmehr umgekehrt die Erben aktiv werden, um die Erbschaft definitiv zu erwerben. Ohne Annahmeerklärung fällt der Erbanfall *ex lege* dahin.[108]

Im Weiteren bestehen zugunsten der Erben mit Blick auf die mit dem ipso iure-Erwerb der Erbschaft möglicherweise verbundenen Gefahren der Schuldenhaftung ex lege die Möglichkeiten des *öffentlichen Inventars* (Art. 580 ff. ZGB) und der *amtlichen Liquidation* (Art. 593 ff. ZGB).

Insgesamt sorgen die angesprochenen, dem Erben vom Gesetz zur Verfügung gestellten Möglichkeiten dafür, dass sich die sich allenfalls im Zusammenhang mit der Schuldenhaftung beim ipso iure-Erwerb der Erbschaft stellenden Schwierigkeiten nicht als unüberwindbar erweisen. Auch wenn natürlich etwa die Lösung des englischen Rechts, wo die Erben angesichts der Zwischenschaltung eines Nachlassabwicklers keine persönliche Haftung für Nachlassverbindlichkeiten treffen kann,[109] die noch sicherere ist, erscheint es nach dem Gesagten nicht als angezeigt, wegen den hinsichtlich der Schulden bestehenden Risiken vom ipso iure-Erwerb abzugehen.[110]

b) Schutz des Nachlasses

Beim Erwerb durch *Erbschaftsantritt* entsteht zwischen dem Tod des Erblassers und dem Erwerb der Erbschaft durch die Erben ein Zeitraum, während dem die Erbschaft herrenlos ist (sog. *hereditas iacens*).[111] Indessen wird die Erbschaft auch im System des Erbschaftsantritts jedenfalls dann nicht grund-

---

106 Zutreffend BK-Bucher (FN 105), N. 109 zu Art. 12 ZGB.

107 BK-Tuor/Piceroni (FN 17), N. 8 zu Art. 566 ZGB.

108 Handkomm-Müller/Lindenmeyer Lieb (FN 101), ZGB 566 N. 4.

109 Vgl. II.4.5. hievor.

110 Auf die Frage der Berücksichtigung der Schulden im Rahmen der Erbteilung wird in II.6.3.c) hienach noch separat einzugehen sein.

111 Lange/Kuchinke (FN 14), S. 193.

sätzlich schutzlos bleiben, wenn die Einschaltung einer Behörde oder eines Treuhänders vorgesehen ist, womit für eine jedenfalls minimale Verwaltung gesorgt sein dürfte.

Der *ipso iure-Erwerb* seinerseits führt demgegenüber zu keiner *hereditas iacens*, sondern zum unmittelbaren Erwerb der Erbschaft durch die Erben (Art. 560 ZGB). Faktisch kann freilich auch bei dieser Variante des Erbschaftserwerbs Schutzbedürftigkeit eintreten, so etwa dann, wenn Erben nicht bekannt oder nicht anwesend sind. Im schweizerischen Recht wird in solchen Situationen insbesondere durch die Sicherungsmassregeln (Art. 551–559 ZGB) Schutz geboten.[112]

Entscheidend für den Schutz des Erbschaftsvermögens ist mithin nicht so sehr das System des Erbschaftserwerbes, sondern vielmehr das *Ausmass des Schutzes*, der dem Nachlass nach dem Ableben des Erblassers gegen Eingriffe gewährt wird.[113] Das schweizerische Erbrecht weist diesbezüglich mit dem ipso iure-Erwerb von Recht und Besitz (vgl. Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB) alle Schutzmöglichkeiten im Zeitpunkt des Erbganges den Erben zu;[114, 115] sind diese nicht bekannt oder nicht anwesend, bieten die Sicherungsmassregeln Schutz zugunsten des wahren Erbberechtigten.

c) Übereinstimmung mit dem Normalfall

In aller Regel werden die Erben die Erbschaft annehmen. Die Ausschlagung bildet demgegenüber die Ausnahme.[116] Soll das *Passivbleiben* der Erben mit dem Normalfall übereinstimmen, so muss es deshalb eher zum *Erwerb* als zum Verlust der Erbschaft führen.[117] Insofern ist der ipso iure-Erwerb gegenüber dem Erwerb durch Erbschaftsantritt vorzuziehen.

d) Interessen der Nachlassgläubiger

Die Frage, ob der ipso iure-Erwerb oder der Erwerb durch Erbschaftsantritt den Interessen der Gläubiger besser dient, lässt sich m. E. nicht ohne weiteres

---

112 In diesem Zusammenhang zu erwähnen sind in erster Linie die Möglichkeiten der Siegelung (Art. 552 ZGB) und der Erbschaftsverwaltung (Art. 554 ZGB).

113 Zum Ganzen LANGE/KUCHINKE (FN 14), S. 193.

114 Damit werden insbesondere bewegliche Sachen, die in der Zwischenzeit, d. h. nach dem Ableben des Erblassers, aus dem Nachlass gekommen sind, zu abhandengekommenen, so dass an ihnen ein unmittelbarer gutgläubiger Erwerb nicht stattfinden kann. Als einschlägig erweist sich nicht Art. 933 ZGB, sondern Art. 934 ZGB. Vgl. entsprechend für das deutsche Recht LANGE/KUCHINKE (FN 14), S. 193.

115 Siehe dazu auch STEINAUER (FN 15), Rz. 947.

116 Vgl. für das deutsche Recht KIPP/COING (FN 10), S. 479, mit Hinweisen auf die Materialien des BGB in FN 6 f.

117 LANGE/KUCHINKE (FN 14), S. 193.

eindeutig beantworten. Im Schrifttum wird der Vonselbsterwerb der Erbschaft aus der Optik der Nachlassgläubiger insofern als vorteilhaft erachtet, als sie damit nicht gehalten sind, den Antritt der Erbschaft durch die Erben nachzuweisen.[118]

e) Einschaltung von Behörden

Der Erbschaftserwerb durch Antritt verlangt – zumindest in der Regel – nach Einschaltung der Behörden. Diese behördliche Mitwirkung kann im Einzelnen durchaus unterschiedlich ausgestaltet sein, lässt sich aber kaum je vollständig entbehren.

Mithin gestattet nur der ipso iure-Erwerb der Erbschaft den unmittelbaren Übergang der Erbschaft auf die Erben ohne jede Einschaltung einer Behörde. Er erweist sich insofern als «privatrechtskompatibler», und es ist ihm unter anderem aus diesem Grunde der Vorzug zu geben.[119]

Der hinsichtlich der Einschaltung der Behörden bestehende Unterschied zwischen eo-ipso-Erwerb und Erbschaftserwerb durch Antritt wirkt sich auch auf das Erbteilungsrecht aus, worauf zurückzukommen sein wird.[120]

6.3. Insbesondere Folgerungen hinsichtlich des Erbteilungsrechts

a) Vorbemerkung

Im folgenden Abschnitt ist auf die unterschiedlichen Konsequenzen, welche sich hinsichtlich des Erbteilungsrechts aus dem ipso iure-Erwerb einerseits und dem Erbschaftserwerb durch Antritt andererseits ergeben, einzugehen.

Im Einzelnen zu behandeln sind die *Regelung des Rechtsverhältnisses unter mehreren Erben*,[121] die *Berücksichtigung der Schulden in der Erbteilung*,[122] die *Vollziehung von erblasserischen Teilungsvorschriften*,[123] der *Grundsatz der Naturalteilung*[124] und das *Prinzip der freien, privaten Erbteilung*.[125]

---

118 Kipp/Coing (FN 10), S. 479. Vgl. ebenso Lange/Kuchinke (FN 14), S. 193, wonach der Vonselbsterwerb den Interessen der Nachlassgläubiger besser entspricht, weil er bei Gleichgültigkeit und Untätigkeit der Erben zur Annahme der Erbschaft, der Antrittserwerb dagegen zur Nichtannahme führt.

119 So auch nachdrücklich Lange/Kuchinke (FN 14), S. 193.

120 Vgl. II.6.3.f) hienach.

121 Siehe II.6.3.b) sogleich.

122 Siehe II.6.3.c) hienach.

123 Siehe II.6.3.d) hienach.

124 Siehe II.6.3.e) hienach.

125 Siehe II.6.3.f) hienach.

b) Regelung des Rechtsverhältnisses unter mehreren Erben

aa) Erbschaftserwerb durch Antritt

Die Regelung des sich unter mehreren Erben einstellenden Rechtsverhältnisses ist dann nicht oder zumindest weniger detailliert erforderlich, wenn nicht ein ipso iure-Erwerb stattfindet, denn beim Erbschaftserwerb durch Antritt wird regelmässig durch Behörden eine jedenfalls minimale Verwaltung der Erbschaft sichergestellt sein. Wo eine Zwischenschaltung eines Treuhänders stattfindet, auf welchen der Nachlass zunächst übergeht, entsteht vorerst gar keine unmittelbare gemeinsame Berechtigung der mehreren Erben, so dass sich eine Regelung der Erbengemeinschaft erübrigt.[126] In Ländern, die das System des Erbschaftserwerbs durch Antritt ohne Einschaltung eines Treuhänders kennen, ist das Rechtsverhältnis unter mehreren Erben in der Regel als Miteigentumsgemeinschaft ausgestaltet.[127]

bb) Ipso iure-Erwerb

Findet der Erbschaftserwerb ipso iure statt, so werden auch mehrere Miterben unmittelbar gemeinsam am Nachlass berechtigt, so dass das unter ihnen sich ergebende *Rechtsverhältnis zu regeln* ist. Mit dem eo-ipso-Erwerb der Erbschaft verbindet sich regelmässig das strenge Gesamthandsprinzip. Es gilt insbesondere in Deutschland[128] und in der Schweiz[129] als Länder, deren Rechtsordnungen den Vonselbsterwerb statuieren. Die Sicherung vor eigenmächtigem Handeln eines einzelnen Erben wird mithin im System des ipso iure-Erwerbs der Erbschaft statt durch staatliche Involvierung in die Nachlassabwicklung bzw. zusätzliche Einschaltung eines Treuhänders durch das aus dem Gesamthandsverhältnis fliessende Erfordernis des einstimmigen Handelns aller Erben (vgl. Art. 602 Abs. 2 ZGB) gewährleistet.

c) Berücksichtigung der Schulden

aa) Erbschaftserwerb durch Antritt

Wo der Erbschaftserwerb durch Antritt stattfindet, werden die *Schulden* regelmässig von Anfang an in die Nachlassabwicklung bzw. in die Auseinandersetzung *einbezogen*. Die Situation erweist sich als grundlegend verschie-

126 Vgl. Odersky (FN 85), Rz. 79, wonach das englische Recht Probleme der Erbengemeinschaft nicht kennt. Siehe dazu schon II.4.5. hievor.

127 Siehe so für Österreich II.4.2. und für Italien II.4.4. hievor.

128 Vgl. II.4.1. hievor.

129 Vgl. II.3. hievor.

den im Vergleich mit dem ipso iure-Erwerb, wo die Schulden jedenfalls dem Grundsatze nach in der Teilung nicht zu berücksichtigen sind.[130]

Insbesondere bei der Zwischenschaltung eines Treuhänders, aber auch bei der behördlichen Einweisung in die Erbschaft, werden in der Regel die Nachlassschulden zu klären und auch zu tilgen sein.[131] So kommt beispielsweise dem Nachlassabwickler des englischen Rechts (*personal representative*) explizit die Aufgabe zu, die Nachlassverbindlichkeiten zu begleichen.[132] Die Begleichung aller Nachlassverbindlichkeiten ist sogar die wichtigste Aufgabe jedes *personal representative*. Weil dieser sich sonst den Gläubigern gegenüber haftbar macht, muss die Tilgung der Schulden erfolgen, bevor der Nachlass verteilt wird.[133] Angesichts dieser Ausgangslage sind dem englischen Recht denn naturgemäss die Vorkehren der Ausschlagung, des öffentlichen Inventars sowie der amtlichen Liquidation im Sinne des ZGB nicht bekannt.[134]

bb) Auf dem ipso iure-Erwerb basierendes schweizerisches Recht

Die Erbteilung des schweizerischen Rechts setzt – im Gegensatz zur Situation insbesondere im englischen Recht[135] – *keinen Einbezug der Schulden* voraus, sondern erweist sich grundsätzlich als eine Auseinandersetzung nur über die Aktiven.[136]

Die Erben haften für die Schulden des Erblassers bekanntlich auch nach der Teilung weiterhin solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen, solange die Gläubiger in eine Teilung oder Übernahme der Schulden nicht eingewilligt haben (Art. 639 Abs. 1 ZGB). Ohne eine besondere Regelung belässt demnach die Erbteilung die Haftungsverhältnisse grundsätzlich unverändert, dies jedenfalls für eine Dauer von fünf Jahren (Art. 639 Abs. 2 ZGB).[137] Infolge dieser für eine befristete Zeit fortbestehenden – und somit vorerst für die Gläubiger gleich bleibenden – Solidarhaftung sind die Erben gesetzlich nicht verpflichtet, die Schulden in die erbrechtliche Auseinandersetzung miteinzubeziehen. Damit aber bedeutet Erbteilung im Grunde *nur Auseinandersetzung über die Aktiven*.[138] Die Zuweisung, Teilung oder gar Tilgung von

130 Dazu II.6.3.c)bb) sogleich.
131 Dazu schon II.6.2.a) hievor. Vgl. auch LANGE/KUCHINKE (FN 14), S. 193.
132 Siehe ODERSKY (FN 85), Rz. 72.
133 ODERSKY (FN 85), Rz. 74.
134 Vgl. für die Ausschlagung ODERSKY (FN 85), Rz. 80.
135 Dazu II.6.3.c)aa) soeben.
136 Vgl. WOLF, Grundfragen (FN 25), S. 343.
137 Dazu neuerdings THOMAS WEIBEL, Die Haftung der Erben, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Ausgewählte Aspekte der Erbteilung, INR Band 2, Bern 2005, S. 79 ff.
138 ZK-ESCHER (FN 99), N. 3 zu Art. 639 ZGB.

Schulden ist aus Anlass der Erbteilung nicht notwendig,[139] ja sie gehört nicht zum Teilungsgeschäft als solchem.[140] Nehmen die Erben dergestalt die Erbteilung nur hinsichtlich der Aktiven vor, so haben sie die Schulden intern unter sich im Verhältnis der Erbteile zu tragen (Art. 640 Abs. 3 ZGB).[141]

Im externen Verhältnis gegenüber den Gläubigern ergeben sich, wenn die Erbteilung ohne Einbezug der Schulden vorgenommen worden ist, trotz der erwähnten, vorerst fortbestehenden Solidarhaftung der Erben zwei Konsequenzen.

Einmal ist mit Abschluss der Teilung *kein gemeinschaftliches Vermögen* der Erben und insoweit kein Substrat mehr vorhanden für die neben der im Vordergrund stehenden Solidarhaftung (vgl. Art. 603 ZGB) ebenfalls gegebene Gesamthaftung der Erben. Die Gläubiger können sich mithin nicht mehr aus dem Gemeinschaftsgut befriedigen.[142] Entsprechend fällt mit der Erbteilung die Möglichkeit der Betreibung der Erbschaft dahin (Art. 49 SchKG).[143]

Überdies besteht die Solidarhaftung der Miterben nach erfolgter Erbteilung zwar weiterhin, sie unterliegt aber nunmehr einer *Verwirkungsfrist*:[144] Die Solidarhaftung endigt in jedem Falle mit Ablauf von fünf Jahren nach der Teilung oder nach dem Zeitpunkt, auf den die Forderung später fällig geworden ist (Art. 639 Abs. 2 ZGB).[145, 146]

Obgleich nach dem Gesagten in dem auf dem ipso iure-Erwerb basierenden schweizerischen Erbteilungsrecht die Berücksichtigung der Schulden eigentlich nicht zum Gegenstand der erbrechtlichen Auseinandersetzung gehört, so ist doch in praktischer Hinsicht diese ex lege existierende Situation wiederum zu *relativieren*. So besteht für die Erben naturgemäss ein vorrangiges Interesse am – unter Einbezug auch der Passiven zu ermittelnden – Nettoerbanteil.[147] Im Weiteren wird insbesondere die angesprochene, die Teilung überdauernde Solidarhaftung (Art. 639 Abs. 1 und 2 ZGB) für die Miterben

---

139 Jean Nicolas Druey, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002, § 16 Rzn. 9 ff.; vgl. auch BK-Tuor/Piceno ni (FN 17), N. 2 zu Art. 639 ZGB; Peter C. Schaufelberger, Kommentierung von Art. 602–619, 634–640, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, N. 2 zu Art. 639 ZGB.

140 Zutreffend ZK-Escher (FN 99), N. 10 zu Art. 639 ZGB. Siehe zum Ganzen auch Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 344 f.

141 Vgl. ZK-Escher (FN 99), N. 3 zu Art. 640 ZGB: BK-Tuor/Piceno ni (FN 17), N. 4 zu Art. 640 ZGB; Druey (FN 139), § 16 Rz. 24.

142 Vgl. BK-Tuor/Piceno ni (FN 17), N. 1 zu Art. 639 ZGB.

143 BK-Tuor/Piceno ni (FN 17), N. 1 zu Art. 639 ZGB.

144 So die h. L. zur Rechtsnatur der Frist, vgl. nur BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 18 zu Art. 639 ZGB.

145 Siehe Weibel (FN 137), S. 79 ff.

146 Zum Ganzen auch Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 343 ff.

147 Dieser ist auch für die Veranlagung allfälliger Erbschaftssteuern zu berücksichtigen.

Anlass sein, die Passiven in der Erbteilung nicht unberücksichtigt zu lassen.[148]

d) Vollziehung von erblasserischen Teilungsvorschriften

aa) Erbschaftserwerb durch Antritt

Der tatsächliche Vollzug von erblasserischen Teilungsvorschriften dürfte im System des Erbschaftserwerbs durch Antritt in der Regel besser gewährleistet sein als beim ipso iure-Erwerb.[149] Sowohl die dabei eingeschalteten Behörden als auch – und erst recht – der Treuhänder werden bestrebt sein, die Teilung nach allfällig vorhandenen Vorschriften des Erblassers vorzunehmen. So hat denn der *personal representative* des englischen Rechts den Reinnachlass unter den *beneficiaries* entsprechend der gesetzlichen oder testamentarischen Erbfolge zu verteilen.[150]

bb) Auf dem ipso iure-Erwerb basierendes schweizerisches Erbteilungsrecht

aaa) Vorbemerkung

Das schweizerische Erbteilungsrecht wird vom zentralen Grundsatz der freien Erbteilung (Art. 607 Abs. 2 ZGB)[151] geprägt.[152] Danach sind die übereinstimmenden Erben grundsätzlich insbesondere nicht an Teilungsvorschriften des Erblassers gebunden.[153]

Nachfolgend ist vorerst allgemein auf die *Bindung* der Erben *an Teilungsvorschriften* des Erblassers einzugehen.[154] Danach ist die *Verbindlichkeit von Teilungsvorschriften bei* gleichzeitiger *Einsetzung eines Willensvollstreckers* zu behandeln.[155]

bbb) Bindung an erblasserische Teilungsvorschriften im Allgemeinen

Gemäss Art. 608 Abs. 2 ZGB sind Teilungsvorschriften des Erblassers für die Erben *verbindlich*. Das bedeutet, dass jeder Erbe die Einhaltung der Tei-

148 Vgl. Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 345 f., m. w. H.
149 Vgl. auch Lange/Kuchinke (FN 14), S. 193.
150 Odersky (FN 85), Rz. 78.
151 Zu diesem auch II.6.3.f) hienach.
152 BGE 108 II 537. Vgl. auch BGE 114 II 419.
153 Statt vieler Druey (FN 139), § 16 Rz. 61.
154 II.6.3.d)bb)bbb) sogleich.
155 II.6.3.d)bb)ccc) hienach.

lungsvorschrift verlangen und erforderlichenfalls gerichtlich durchsetzen kann.[156]

Trotz an sich gegebener Bindungswirkung der Teilungsvorschrift können die Erben allerdings bei Einstimmigkeit nach einhelliger Ansicht den Nachlass *anders teilen*, als es der Erblasser angeordnet hat.[157] Sind sich sämtliche Erben einig, kommt dem Prinzip der freien Erbteilung absoluter Vorrang nicht nur gegenüber gesetzlichen, sondern auch gegenüber erblasserischen Teilungsvorschriften zu.[158, 159]

ccc) Insbesondere Verbindlichkeit erblasserischer Teilungsvorschriften bei gleichzeitiger Einsetzung eines Willensvollstreckers

Die Frage, ob die einstimmigen Erben die Erbteilung auch dann abweichend von den Teilungsvorschriften des Erblassers abschliessen können, wenn dieser einen Willensvollstrecker eingesetzt hat, war lange Zeit umstritten.[160]

Die ältere Lehre ging davon aus, der Willensvollstrecker könne Teilungsvorschriften des Erblassers in der Erbteilung auch gegen den übereinstimmenden Willen der Erben durchsetzen.[161] Nach neuerer und heute mehrheitlicher Auffassung dagegen dürfen die Erben bei Einstimmigkeit die Erbteilung

156 BK-Tuor/Piceno ni (FN 17), N. 9 zu Art. 608 ZGB; ZK-Escher (FN 99), N. 3 zu Art. 608 ZGB; BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 6 zu Art. 608 ZGB. Siehe auch Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 224.

157 ZK-Escher (FN 99), N. 3 zu Art. 608 ZGB; BK-Tuor/Piceno ni (FN 17), N. 9 zu Art. 608 ZGB; BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 9 der Vorbemerkungen zu Art. 607–619 ZGB, N. 5 zu Art. 607 ZGB und N. 10 zu Art. 608 ZGB; Christine Beusch/Michael Vlcek, Kommentierung von Art. 602–625 ZGB, Art. 607–612a ZGB, Art. 634–640 ZGB, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), ZGB, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006, ZGB 609 N. 3 und ZGB 607 N. 4; Tuor/Schnyder (FN 23), S. 676; Paul Piotet, Das Erbrecht, SPR Bd. IV, 1. Halbbd., Basel und Stuttgart 1978, 2. Halbbd., Basel und Stuttgart 1981, Nachtrag zu den Bänden IV/1 und IV/2, Basel und Frankfurt a. M. 1986, SPR IV/2, S. 866.

158 Vgl. BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 5 zu Art. 607 ZGB.

159 Siehe zum Ganzen auch Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 224 f. Ferner Stephan Wolf, Die Teilung der Erbschaft durch den Willensvollstrecker, Referat am Weiterbildungsseminar HSG Willensvollstreckung vom 7. September 2004 in St. Gallen, erscheint demnächst in gedruckter Fassung.

160 Vgl. Matthias Stein-Wigger, Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit erblasserischer Teilungsvorschriften, AJP 2001, S. 1139.

161 ZK-Escher (FN 99), N. 17 zu Art. 518 ZGB, N. 3 zu Art. 608 ZGB; Peter Tuor, Berner Kommentar, Bd. III: Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben, Art. 457–536 ZGB, 2. Aufl., Bern 1952, N. 1 und 16 zu Art. 518 ZGB; Martin Karrer, Kommentierung von Art. 517–518, 551–559, 593–597 ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, N. 57 zu Art. 518 ZGB; BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 11 zu Art. 608 ZGB.

selbst dann in Abweichung von erblasserischen Teilungsvorschriften vornehmen, wenn ein Willensvollstrecker eingesetzt ist.[162]

Die nunmehr überwiegende neuere Auffassung verdient Zustimmung. Der *Willensvollstrecker kann Teilungsvorschriften des Erblassers nicht gegen den übereinstimmenden Willen aller Erben durchsetzen.* Das ergibt sich im Wesentlichen ohne weiteres schon aus der Tatsache, dass unter den Erben über die Teilung eben Einigkeit besteht.[163]

Wird umgekehrt – und entgegen der h. L. – davon ausgegangen, der Willensvollstrecker könne erblasserische Teilungsvorschriften zwangsweise gegen den Willen sämtlicher Erben durchsetzen, so bliebe es den einstimmigen Erben dennoch unbenommen, die auf solche Weise ausgeführte Teilung wiederum rückgängig zu machen. Damit aber können die Erben das ihrem übereinstimmenden Willen entsprechende Ergebnis letztlich doch herstellen. Das Beharren auf der zwangsweisen Durchsetzung von Teilungsvorschriften durch den Willensvollstrecker muss sich damit als unnütz erweisen. Mit Blick auf die den Erben für die Rückabwicklung und Neuordnung der Verhältnisse entstehenden Kosten und Umtriebe lässt sich m. E. gar von einer Schikane sprechen.[164, 165]

Somit kann im Ergebnis der Erblasser seine Vorschriften über die Teilung der Erbschaft im Innenverhältnis unter den Miterben gegen deren anders lautende Willenseinigung auch dann nicht durchsetzen, wenn er einen Willensvollstrecker einsetzt. Damit steht ebenfalls fest, dass die Einsetzung eines Willensvollstreckers kein geeignetes Mittel zur Durchsetzung des Erblasserwillens bildet. Der Erblasser, der seine Anordnungen in jedem Falle durchgesetzt haben will,[166] muss demnach zu anderen Mitteln greifen, z. B. zur Erbeinsetzung unter der Suspensivbedingung der vorherigen Erfüllung von

---

162 Tuor/Schnyder (FN 23), S. 677; Piotet (FN 157), SPR IV/1, S. 166 f., SPR IV/2, S. 866; Druey (FN 139), § 16 Rz. 61; BSK-Karrer (FN 161), N. 57 zu Art. 518 ZGB; BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 11 zu Art. 608 ZGB; Handkomm-Beusch/Vlcek (FN 157), ZGB 608 N. 3. Diesbezüglich scheinbar a. M. der freilich wenig eindeutige BGE 108 II 537. Für Bindung des Willensvollstreckers an einen vom Erblasserwillen abweichenden übereinstimmenden Willen der Erben in Zusammenhang mit einer angeordneten Enterbung demgegenüber auch BGE 85 II 603.

163 Dazu, insbesondere auch zur Bedeutung dieser Einigkeit der Erben, ausführlicher Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 227 ff.

164 Vgl. Lionel Harald Seeberger, Die richterliche Erbteilung, Diss. Freiburg 1992 (AISUF 119) S. 24 f.

165 Zum Ganzen ausführlich Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 226 ff. Siehe ferner Wolf, Die Teilung der Erbschaft durch den Willensvollstrecker (FN 159).

166 Den Erben partout seinen Willen aufzwingen zu wollen, kann allerdings für den Erblasser grundsätzlich kein Planungsziel sein.

Teilungsanordnungen oder der Resolutivbedingung der Abweichung von diesen.[167]

e) Grundsatz der Naturalteilung

aa) Erbschaftserwerb durch Antritt

Erfolgt der Erbschaftserwerb durch Antritt, so wird das Naturalteilungsprinzip regelmässig nicht in gleichem Masse gewährleistet sein wie beim ipso iure-Erwerb. Das gilt insbesondere dann, wenn eine Zwischenschaltung eines Treuhänders vorgesehen ist, welcher vorerst die Nachlassverbindlichkeiten zu tilgen hat. In einem solchen Fall ist der Erbe im Ergebnis nicht viel mehr als der letzte Gläubiger.[168] Als solcher hat er es – in diametralem Gegensatz zur Lösung des schweizerischen Erbteilungsrechts[169] – hinzunehmen, dass er mit einer Überweisung auf sein Konto abgefunden wird.

In der umschriebenen Weise wird der *personal representative* des englischen Rechts etwa bloss den Reinnachlass unter die *beneficiaries* verteilen.[170] Diesen ihrerseits stehen gegenüber dem *personal representative* bloss Herausgabeansprüche zu.[171]

bb) Auf dem ipso iure-Erwerb beruhendes schweizerisches Recht

Mit den Worten, wonach die Erben «alle den gleichen Anspruch auf die Gegenstände der Erbschaft» haben (Art. 610 Abs. 1 ZGB), drückt das Gesetz neben dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Erben auch das *Prinzip der Naturalteilung*[172] aus.[173] Danach sind die Erbschaftsobjekte den Erben grundsätzlich[174] *in natura* zuzuweisen.[175] Der Erbe, der die Erbschaft annimmt,

---

167 Siehe auch Armand Maurice Pfammatter, Erblasserische Teilungsvorschriften (Art. 608 ZGB), Diss. Zürich 1993 (Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 99), S. 17. Derartige Bedingungen sind allerdings von vornherein nur im Rahmen der verfügbaren Quote zulässig und ihre Durchsetzbarkeit könnte an Art. 482 Abs. 2 und 3 ZGB, gegebenenfalls auch an Art. 2 Abs. 2 ZGB, scheitern. Zu alledem schon Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 231, mit FN 1335.

168 Lange/Kuchinke (FN 14), S. 193.

169 Zu diesem II.6.3.e)bb) sogleich.

170 Vgl. Odersky (FN 85), Rz. 78.

171 Odersky (FN 85), Rz. 79. Dazu schon II.4.5. hievor.

172 Dieses wird weiter konkretisiert in Art. 611 und 612 ZGB.

173 Vgl. Tuor/Schnyder (FN 23), S. 679 f.

174 Ausnahmen bestehen etwa dann, wenn ein Nachlassobjekt den Wert des Erbteils übersteigt (Art. 612 Abs. 2 ZGB) oder wenn der Erblasser den Naturalteilungsanspruch mittels Teilungsvorschriften ganz oder teilweise ausgeschlossen hat; vgl. dazu Druey (FN 139), § 16 Rzn. 51 ff.; Christine Beusch/Michael Nordin/Michael Vlcek, Kommentierung von Art. 602–625 ZGB, Art. 537, 607, 610, 617, 619, 628, 634, 639 ZGB, 607–612a, 634–640 ZGB, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), ZGB, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006, ZGB 610 N. 2.

175 BGE 97 II 23 f.; 108 II 539; BGer 5C.214/2003 E. 2.

muss sich nicht gefallen lassen, dass diese versilbert und er – gewissermassen als letzter Gläubiger – mit einer Überweisung auf sein Bankkonto abgefunden wird.[176]

f) Grundsatz der freien, privaten Erbteilung (Art. 607 Abs. 2 ZGB)

aa) Erbschaftserwerb durch Antritt

Beim Antrittserwerb ist die Einschaltung von Behörden in der Regel in mehr oder weniger intensiver Ausprägung stets vorhanden.[177] Gegebenenfalls wird ein Treuhänder dazwischen geschaltet, der vorerst Inhaber der Nachlassrechte wird.[178] Beides steht in Widerspruch zum Grundsatz der privaten Erbteilung.

bb) Ipso iure-Erwerb

Das ZGB beruht auf dem Grundsatz, dass die *Erbteilung in erster Linie Sache der Erben* ist.[179] Art. 607 Abs. 2 ZGB verankert den Grundsatz der freien, privaten Erbteilung.[180] Dieser ist angesichts des Umstandes, dass die Erben kraft Universalsukzession ipso iure Träger der Rechte des Erbschaftsvermögens geworden sind, nichts als folgerichtig. Nur ausnahmsweise und unter bestimmten Voraussetzungen kann eine Behörde unter Einschränkung des Grundsatzes der freien Erbteilung anstelle des entsprechenden Erben bei der Teilung mitwirken.[181] Für den Abschluss der Erbteilung durch Rechtsgeschäft ist denn das Prinzip der freien Erbteilung von zentraler Bedeutung.[182]

Nur der ipso iure-Erwerb gestattet den Übergang der Erbschaft auf den Erben ohne Einschalten einer Behörde oder eines Treuhänders. Nur unter ihm vermag sich der Erbfall regelmässig ausschliesslich im privaten Kreise der Familie bzw. der weiteren Erben abzuwickeln. Diese Lösung dürfte dem Willen der Beteiligten am besten gerecht werden.[183]

---

176 Druey (FN 139), § 16 Rz. 50. Vgl. auch Handkomm-Beusch/Nordin/Vlcek (FN 174), ZGB 611 N. 2.

177 Siehe bereits II.6.2.e) hievor.

178 Vgl. II.4.5. hievor.

179 Tuor/Schnyder (FN 23), S. 675.

180 Handkomm-Beusch/Vlcek (FN 157), ZGB 606 N. 4.

181 Vgl. die Fälle von Art. 609 ZGB und dazu Tuor/Schnyder (FN 23), S. 675 f. Dabei wäre es insbesondere unzulässig, gestützt auf kantonales Recht die Verbindlichkeit eines seitens aller Erben unterzeichneten Teilungsvertrages von der Genehmigung durch die Teilungsbehörde abhängig zu machen; vgl. BGE 114 II 420.

182 Dazu IV.5.1. hienach.

183 Siehe Lange/Kuchinke (FN 14), S. 193.

7. Zusammenfassung und Ergebnisse

Der Grundsatz des ipso iure-Erwerbs der Erbschaft ist von zentraler Bedeutung für das schweizerische Erbteilungsrecht. Würde von ihm abgegangen, müsste das Erbteilungsrecht neu konzipiert werden.

Der ipso iure-Erwerb führt dazu, dass auch mehrere Erben die Erbschaft unmittelbar im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers erwerben. Dazu wird allerdings die Regelung des Rechtsverhältnisses unter den mehreren Erben erforderlich und dieses wird zur Sicherung vor eigenmächtigem Vorgehen durch einen einzelnen Miterben als grundsätzlich Einstimmigkeit erheischendes Gesamthandsverhältnis ausgestaltet. Insofern sind die Miterben einem streng geregelten Gemeinschaftsverhältnis unterstellt.

Andererseits gewährleistet der ipso iure-Erwerb durch das weitestgehende Absehen von einer Einschaltung von Behörden oder eines Treuhänders den Erben grösstmögliche Freiheit in der Vornahme der Nachlassabwicklung und der Erbteilung. So sind die Erben bei Einstimmigkeit frei, Schulden miteinzubeziehen oder nicht, sie sind frei, erblasserische Teilungsvorschriften zu vollziehen oder nicht. Die Nachlassobjekte stehen den Erben *in natura* zur Teilung zur Verfügung (Grundsatz der Naturalteilung). Insgesamt wird das Erbteilungsrecht vom Prinzip beherrscht, dass die Erbteilung Sache der Erben ist (Grundsatz der freien, privaten Erbteilung).

III. Zu den Rechtsverhältnissen unter mehreren Erben: Die Erbengemeinschaft

1. Vorbemerkungen

Im Anschluss an die Ausführungen zum Erbschaftserwerb[184] ist nunmehr auf die Rechtsverhältnisse unter mehreren Miterben einzugehen, d. h. auf die Erbengemeinschaft. Zu deren *Entstehung* kann auf das zum Erbschaftserwerb durch mehrere Erben bereits Gesagte verwiesen werden.[185] Nachfolgend zu behandeln sind demgegenüber die *Subjekte*[186] und die *Objekte* der Erbengemeinschaft.[187] Weiter ist auf die *Rechtsnatur* der Erbengemeinschaft einzugehen.[188]

184 Siehe II.
185 II.3.2. hievor, insbesondere b) und c).
186 Siehe III.2.
187 Siehe III.3.
188 Siehe III.4.

2. *Subjekte der Erbengemeinschaft*

Ihrem Namen entsprechend ist die Erbengemeinschaft eine Gemeinschaft nur unter *Erben*. Subjekte der Gemeinschaft[189] sind sowohl die gesetzlichen aus auch die allfällig vorhandenen eingesetzten Erben,[190] aber immer nur Erben. Damit gehören der aufgrund von Art. 473 ZGB ausschliesslich mit einer Nutzniessung bedachte überlebende Ehegatte, der einzig güterrechtlich begünstigte Ehegatte, Vermächtnisnehmer oder Auflagebedachte der Erbengemeinschaft nicht an. Weil sodann nur die gleichzeitig und nebeneinander stehenden gesetzlichen oder gewillkürten Erben Subjekte der Erbengemeinschaft sind, entsteht keine solche zwischen Erbe und Ersatzerbe (Art. 487 ZGB) sowie zwischen Vorerbe und Nacherbe (Art. 491 ZGB);[191] Ersatz- und Nacherbe rücken vielmehr erst mit Eintritt des den Ersatz- bzw. Nacherbfall auslösenden Umstandes in die Erbengemeinschaft ein.[192]

3. *Objekte der Erbengemeinschaft*

3.1. Allgemeines

Die Erbengemeinschaft bezieht sich nach dem Wortlaut des Gesetzes auf alle «Rechte und Pflichten der Erbschaft» (Art. 602 Abs. 1 ZGB). Sie erstreckt sich mithin auf die *gesamte unverteilte Erbschaft*, welche neben den hinterlassenen Objekten und dem Zuwachs auch die nach den Grundsätzen der dinglichen *Surrogation* aus Mitteln der Erbschaft für diese erworbenen Ersatzgegenstände[193] umfasst.[194]

Im Folgenden sind nun vorerst die *Aktiven* der Erbschaft zu betrachten.[195] Alsdann ist auch kurz auf die *Passiven* einzugehen.[196]

---

189 Wenn hier von Subjekten der Gemeinschaft gesprochen wird, so ist damit zugleich auch gesagt, dass die Gemeinschaft selbst nicht Rechtssubjekt ist.

190 ZK-Escher (FN 99), N. 7 zu Art. 602 ZGB; BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 3 zu Art. 602 ZGB.

191 Siehe dazu ZK-Escher (FN 99), N. 7 zu Art. 602 ZGB; BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 4 zu Art. 602 ZGB.

192 Vgl. für das deutsche Recht MK-Heldrich (FN 43), Rz. 1 zu § 2032.

193 Dazu BGE 116 II 259, 262.

194 Tuor/Schnyder (FN 23), S. 668.

195 III.3.2. sogleich.

196 III.3.3. hienach.

3.2. Aktiven

a) Entstehungsvoraussetzung für die Erbengemeinschaft

Den Aktiven kommt – im Unterschied zu den Passiven – *entscheidende Bedeutung* für die Erbengemeinschaft zu. Zur Entstehung der Erbengemeinschaft bedarf es nämlich neben der subjektiven Voraussetzung einer Mehrheit von Erben[197] auch eines aktiven Nachlassvermögens als objektivem Erfordernis.[198] «La communauté héréditaire n'est pas une institution ... qui peut s'ouvrir avec une caisse vide».[199, 200] Ohne Vorhandensein eines aktiven Erbschaftsvermögens kann die Erbengemeinschaft nicht entstehen.[201]

b) Beim Erblasser vorhandene Gegenstände und Vorempfänge

aa) Einleitende Bemerkung

Die Aktiven lassen sich insbesondere unterscheiden in die anlässlich seines Ablebens noch beim Erblasser *vorhandenen Gegenstände*[202] und in die vom Erblasser lebzeitig ausgerichteten *Vorempfänge*.[203]

bb) Beim Erblasser als Rechtsträger vorhandene Aktiven

An den beim Erblasser als Rechtsträger im Zeitpunkt seines Ablebens vorhandenen Rechten findet nach den oben dargestellten Grundsätzen eine Universalsukzession sowie ein *ipso iure-Erwerb* statt.[204] Ebenfalls ipso iure entsteht bei einer Erbenmehrheit eine *Erbengemeinschaft*.[205]

cc) Durch Ausgleichung eingeworfene oder angerechnete Objekte

aaa) Grundsätzliches

Hat ein ausgleichungspflichtiger Erbe einen Vorempfang erhalten, so hat er die Wahl, die Ausgleichung durch *Einwerfung in Natur* (sog. Realkolla-

---

197 Dazu III.2. hievor.

198 Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 6 ff.

199 So prägnant Gustave Siesse, Contribution a l'étude de la communauté d'héritièrs en droit comparé, Diss. Paris 1922, S. 392.

200 Siehe ähnlich Dieter E. Moor, Die fortgesetzte Erbengemeinschaft, Diss. Basel 1971, S. 33: «Wo eine Erbengemeinschaft ist, muss auch Vermögen sein»; ferner René Tchéraz, Le droit de demander le partage de la succession et ses dérogations dans le Code civil suisse, Diss. Genève 1935, Chambéry 1939, S. 39.

201 Demgegenüber kann die Erbengemeinschaft durchaus auch ohne Passiven zur Entstehung gelangen. Vgl. Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 8.

202 Dazu III.3.2.b)bb) sogleich.

203 III.3.2.b)cc) hienach.

204 II.3. hievor.

205 II.3.2.b) hievor.

tion)[206] oder durch *Anrechnung dem Werte nach* (sog. Idealkollation)[207] vorzunehmen (Art. 628 Abs. 1 ZGB).[208] Vorbehalten bleiben abweichende Anordnungen des Erblassers sowie Herabsetzungsansprüche der Miterben (Art. 628 Abs. 2 ZGB).

Damit stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Ausgleichung zur Erbengemeinschaft und ihrer Entstehung.[209] Des Weiteren fragt sich, wie die der Ausgleichungspflicht unterliegenden Gegenstände zu behandeln sind.[210]

bbb) Zum Verhältnis der Ausgleichung zur Erbengemeinschaft und zu deren Entstehung

Ansprüche auf Ausgleichung sind *obligatorischer Natur*.[211] Dogmatisch handelt es sich bei der Ausgleichung um eine besondere, nämlich eine bereits entstandene «erbrechtliche Obligation».[212]

Der Zuwendungsempfänger ist zu Lebzeiten des Erblassers Inhaber eines «Vollrechts» am zugewendeten Gegenstand geworden, also insbesondere Eigentümer. Das Eigentum geht nun – auch bei Realkollation – *nicht* analog Art. 560 ZGB *ipso iure* – allenfalls rückwirkend – auf die sämtlichen Miterben über.[213]

Nach h. L. beruht die «Mechanik» der Ausgleichung darauf, dass eine – «eigentliche» oder allenfalls nur «rechnerische» – *Rückführung von Vermögensgegenständen* in den Nachlass, d. h. in das beim Tod des Erblassers noch vorhandene Vermögen, stattfindet.[214]

Die Bedeutung der Ausgleichung für die Erbengemeinschaft und deren Entstehung ist unterschiedlich, je nachdem, ob neben den ausgleichungspflichtigen Objekten vom Erblasser hinterlassene Nachlassgegenstände vorhanden sind oder nicht.

Falls ohnehin beim Ableben des Erblassers in dessen Rechtsträgerschaft gestandene Gegenstände vorhanden sind, so entsteht daran die Erbengemein-

---

206 III.3.2.b)cc)ccc) hienach.

207 III.3.2.b)cc)ddd) hienach.

208 Tuor/Schnyder (FN 23), S. 719.

209 III.3.2.b)cc)bbb) sogleich.

210 III.3.2.b)cc)ccc) hienach.

211 Paul Eitel, Berner Kommentar, Bd. III: Das Erbrecht, 2. Abt.: Der Erbgang, Teilbd. 3: Die Ausgleichung, Art. 626–632, Bern 2004, N. 24 der Vorbemerkungen vor Art. 626 ff. ZGB, m. w. H. Vgl. auch Pierre Widmer, Grundfragen der erbrechtlichen Ausgleichung. Eine kritisch – rechtsvergleichende Studie zur Theorie des Vorempfanges, Diss. Bern 1971, S. 69 f.; Jurij Benn, Rechtsgeschäftliche Gestaltung der erbrechtlichen Ausgleichung, Diss. Zürich 2000, S. 34; ferner BGE 118 II 272.

212 Beck (FN 105), S. 171. In BGE 45 II 522 wird hinsichtlich Art. 629 Abs. 1 ZGB ausgeführt, die «Ausgleichungspflicht» werde «zur Herausgabepflicht».

213 BK-Eitel (FN 211), N. 24 der Vorbemerkungen vor Art. 626 ff. ZGB.

214 Vgl. BK-Eitel (FN 211), N. 8 ff. zu Art. 628 ZGB, m. H. auch auf a. M.

schaft ohne weiteres.[215] In diesem Fall stellt sich bloss noch die Frage, wie die Wiedervereinigung des Vorempfangsobjekts mit dem bereits vorhandenen Nachlass erfolgt.[216]

Liegen zwar ausgleichungspflichtige Zuwendungen vor, ist aber beim Erblasser selbst kein Nachlassvermögen vorhanden, so kommt es vorerst zu keiner Entstehung der Erbengemeinschaft. Diese aktualisiert sich aber dann, wenn sich der Vorempfangspflichtige zur Realkollation, d. h. zur Rückführung des vorempfangenen Objektes *in natura*, entschliesst. Am in den Nachlass rückgeführten Objekt entsteht – zumindest dem Grundsatze nach[217] – ipso iure eine Erbengemeinschaft.[218] Anders präsentiert sich die Situation dann, wenn sich der Vorempfangspflichtige zur Idealkollation entschliesst; diese hat ein blosses Abrechnungsverhältnis zur Folge, ohne dass unter den Beteiligten eine gesamthänderische Berechtigung in Gestalt der Erbengemeinschaft einträte.[219]

ccc) «Einwerfung in Natur» (Realkollation)

aaaa) Rückgängigmachung der Zuwendung

Findet die Ausgleichung durch Einwerfung in Natur statt, so wird die lebzeitig ausgerichtete Zuwendung rückgängig gemacht und es werden die zugewendeten Objekte real mit der Teilungsmasse vereinigt.[220] Die Rückgängigmachung der Zuwendung braucht keine endgültige zu sein, denn es bleibt offen, ob nicht der Erbe, der die Realkollation gewählt hat, nach Vornahme der Erbteilung wiederum Alleineigentümer des eingeworfenen Gegenstandes wird.[221]

bbbb) Relevanz für die Erbengemeinschaft

Ist ausser dem ausgleichungspflichtigen Aktivum kein Nachlassvermögen vorhanden, so entsteht eine Erbengemeinschaft erst mit Rückgängigmachung der Zuwendung. Erst damit beginnt auch wieder eine Teilungsmasse zu exis-

---

215 Siehe zur ipso iure-Entstehung der Erbengemeinschaft schon II.3.2.b) hievor.

216 Diesbezüglich bestehen die beiden Möglichkeiten der Real- und der Idealkollation; siehe sogleich III.3.2.b)cc)ccc) und ddd).

217 Vorbehalten bleibt der Fall, dass das Vorempfangsobjekt nicht vorerst der Gesamtheit der mehreren Erben, sondern unmittelbar dem in der Erbteilung darauf angewiesenen Miterben zugeführt wird, was in der Lehre als zulässig erachtet wird. Vgl. dazu BK-Eitel (FN 211), N. 20 zu Art. 628 ZGB, m. w. H.

218 Dazu auch III.3.2.b)cc)ccc)bbbb).

219 Siehe ebenfalls III.3.2.b)cc)ddd).

220 ZK-Escher (FN 99), N. 2 zu Art. 628 ZGB; BK-Eitel (FN 211), N. 19 zu Art. 628 ZGB; Piotet (FN 157), SPR IV/1, S. 316 f.

221 Siehe BK-Eitel (FN 211), N. 19 zu Art. 628 ZGB.

tieren. Diese ihrerseits steht in der Gesamtberechtigung der zur Erbengemeinschaft verbundenen mehreren Miterben.[222]

cccc) Rückgängigmachung der Zuwendung ipso iure oder durch Einbringung des Objektes?

Nunmehr ist die Frage zu behandeln, ob mit Abgabe der Erklärung des Ausgleichsschuldners über die Einwerfung *in natura* die Zuwendung ipso iure rückgängig gemacht worden ist und mithin eo ipso ins Eigentum der sämtlichen Miterben fällt, oder ob dazu ein spezifiziertes Einbringungsgeschäft erforderlich ist.

Diesbezüglich ist vom Umstand auszugehen, dass Ausgleichungsansprüche *obligatorischer Natur* sind.[223] Deshalb kann Einwerfung in Natur nicht bedeuten, dass der Zuwendungsgegenstand ipso iure vom Alleineigentum des Ausgleichungspflichtigen in das Gesamteigentum der Miterben zurückfällt.[224] Vielmehr ist dieser Vorgang rechtsgeschäftlich, über ein *Verpflichtungs- und* ein *Verfügungsgeschäft*, abzuwickeln. Mithin bedeutet das, dass für die Einwerfung von Grundstücken eine Eintragung im Grundbuch, bei Mobilien eine Traditio, bei Forderungen eine Zession usw. erforderlich sind.[225]

dddd) Zur Rechtsnatur der Rückgängigmachung

Im *Schrifttum* wird die konkrete Vornahme der Rückgängigmachung der Zuwendung regelmässig als eine *Übertragung* bezeichnet.[226]

Übertragung heisst Bewirkung des Übergangs der Zuständigkeit an einem subjektiven Recht von einem Rechtssubjekt auf ein anderes.[227]

---

222 Freilich lässt die Lehre auch zu, dass das Vorempfangsobjekt direkt vom Ausgleichungsschuldner an denjenigen Erben überführt wird, der in der Erbteilung darauf angewiesen wird. Vgl. BK-Eitel (FN 211), N. 20 zu Art. 628 ZGB. Diesfalls entsteht trotz Realkollation keine Erbengemeinschaft.

223 Siehe dazu und zum Folgenden auch schon III.3.2.b)cc)bbb) hievor.

224 BK-Eitel (FN 211), N. 20 zu Art. 628 ZGB.

225 BK-Tuor/Piceno ni (FN 17), N. 2 zu Art. 628 ZGB; Rolando Forni/Giorgio Piatti, Kommentierung von 519–520, 521–536, 598–601, 626–632, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, N. 3 zu Art. 628 ZGB.

226 Vgl. im Einzelnen BK-Tuor/Piceno ni (FN 17), N. 2 zu Art. 628 ZGB («Übertragung an die Gemeinschaft»); ZK-Escher (FN 99), N. 2 zu Art. 628 ZGB («grundbuchliche Rückübertragung seitens des Vorempfängers auf die Teilungsmasse»); BK-Eitel (FN 211), N. 20 zu Art. 628 ZGB («Übertragung des Gegenstandes einer Zuwendung zunächst auf mindestens zwei Erben»); siehe auch Piotet (FN 157), SPR IV/1, S. 317, wo ebenfalls von einer Singularübertragung die Rede ist.

227 Siehe grundlegend Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Bd. II 1. und 2. Hälfte, Leipzig 1910 und München/Leipzig 1914 und 1918, Bd. I, S. 219 ff.

Eine Übertragung findet typischerweise bei einem Kaufvertrag als einem Veräusserungsgeschäft i. e. S. statt, indem z. B. das Eigentum an einem Grundstück vom Verkäufer A auf den Käufer B übergeht. Nach Vollzug des Kaufvertrages mittels Eintragung im Grundbuch (Art. 972 ZGB) ist A nicht mehr Eigentümer des Grundstücks und B seinerseits dessen Eigentümer geworden.

Nehmen wir jetzt beispielsweise an, Miterbe A habe vom Erblasser ein Grundstück als Vorempfang ausgerichtet erhalten und sei nun zusammen mit Miterbe B Subjekt der Erbengemeinschaft, in welche er das Grundstück *naturaliter* einbringen will.

In einem solchen Fall findet mit der Einwerfung in Natur *keine Übertragung* des Eigentums statt. Vielmehr wirft Miterbe A als Ausgleichungspflichtiger das Grundstück in die aus ihm und B bestehende Erbengemeinschaft ein. Miterbe A ist aber auch nach Einwerfung *nach wie vor Eigentümer* – zwar nicht mehr allein, wohl aber gemeinsam mit seinem Miterben B –, weshalb – im Gegensatz zu einer Veräusserung i. e. S. – kein Übertragungsvorgang vorliegt.

Der Vorgang ist vergleichbar einer Verpflichtung eines einfachen Gesellschafters zur Einbringung von bestimmten in seinem Eigentum stehenden Gegenständen in die Gesellschaft (sog. Illation, Illationsvertrag). Auch hier ist der Gesellschafter nach Einbringung z. B. eines Grundstücks in die Gesellschaft weiterhin Eigentümer am Grundstück, allerdings nicht mehr allein, sondern gemeinsam mit den anderen Gesellschaftern.[228] Es handelt sich deshalb nicht um eine Übertragung.

An den für die Einwerfung des Vorempfangsobjekts zu beachtenden Modalitäten ändert sich mit dieser Konzeption nichts. Verlangt werden eine *Verpflichtung und* eine *Verfügung* in den vom Sachen-, Obligationenrecht oder sonstigen Vermögensrecht geforderten Formen.[229] Allerdings sind damit in anderer Hinsicht *praktische Konsequenzen* verbunden. So kann, weil keine Rechtsübertragung vorliegt, ein gutgläubiger Erwerb (Art. 933f, 973 ZGB) nicht stattfinden und ein Vorkaufsfall (Art. 216c OR) ist nicht gegeben. Von ihrer Rechtsnatur her erweist sich die Einbringung *in natura* gewissermassen als das Gegenstück zur Erbteilung.[230]

---

228 Vgl. zum Illationsvertrag auch ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, 1. Art.: Das Eigentum, 1. Teilbd.: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981, N. 61 zu Art. 652 ZGB; 2. Teilbd.: Das Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, 3. Aufl., Bern 1974, N. 30 zu Art. 657 ZGB; STEPHAN WOLF, Subjektswechsel bei einfachen Gesellschaften, ZBGR 81 (2000), S. 7.

229 Dazu III.3.2.b)cc)ccc)cccc) hievor.

230 Zur Rechtsnatur der Erbteilung IV.3. und zu den sich in diesem Zusammenhang ergebenden Konsequenzen IV.4.2. hienach.

ddd) Ausgleichung «dem Werte nach» (Idealkollation)

In dieser Variante der Ausgleichung verbleibt der lebzeitig zugewendete Gegenstand dem Vorempfangnehmer und es wird dessen *Wert* zum Zeitpunkt des Erbganges[231] *zur Ausgleichung gebracht*.[232]

Die Ausgleichung ist in diesem Fall eine bloss rechnerische, so dass dabei *kein gemeinsames Vermögen begründet* wird und damit bei Fehlen von seitens des Erblassers selbst hinterlassenen Nachlassgegenständen keine Erbengemeinschaft entsteht, sondern ein blosses *Abrechnungsverhältnis* unter den Ausgleichungspflichtigen und den Ausgleichungsberechtigten eintritt.

3.3. Passiven

In den Nachlass fallen – und Objekt der Erbengemeinschaft werden – allerdings nicht nur die Aktiven, sondern auch die Passiven, d. h. die Verpflichtungen und Schulden des Erblassers.[233]

Wenn Art. 602 Abs. 1 ZGB die «Pflichten der Erbschaft» im gleichen Zug mit den Rechten erwähnt, so ist das zwar insofern zutreffend, als eben auch sie ipso iure auf die Erben übergehen und zudem eine erbrechtliche Auseinandersetzung ohne jede Rücksicht auf die Passiven praktisch nicht vorstellbar ist.[234]

Andererseits sind für die Erbengemeinschaft aber weit weniger die Passiven als vielmehr die Aktiven von Bedeutung.

Das einmal deswegen, weil es zur Entstehung der Erbengemeinschaft neben dem subjektiven Erfordernis einer Mehrheit von Erben in objektiver Hinsicht des Vorliegens eines aktiven Nachlassvermögens bedarf.[235] Demgegenüber ist das Vorhandensein von Passiven keine Entstehungsvoraussetzung für die Erbengemeinschaft.[236]

Für die Passiven der Erbschaft bestehen die Sondernormen von Art. 603 und Art. 639 ZGB. Damit kann zwar nicht gerade gesagt werden, dass die vom Erblasser hinterlassenen Schulden an der Gemeinschaft nicht teilnehmen,[237]

---

231 Vgl. Art. 630 Abs. 1 ZGB.

232 ZK-Escher (FN 99), N. 3 zu Art. 628 ZGB; BSK-Forni/Piatti (FN 225), N. 4 zu Art. 628 ZGB.

233 Druey (FN 139), § 13 Rz. 52; BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 7 zu Art. 602 ZGB.

234 Theoretisch ist freilich die Erbteilung eine Auseinandersetzung nur über die Aktiven. Zum Ganzen schon II.6.3.c)bb) hievor.

235 Dazu Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 6 ff.

236 Siehe dazu auch schon III.3.2.a) hievor.

237 So aber ZK-Escher (FN 99), N. 10 zu Art. 602 ZGB.

denn eine Gesamthaftung besteht durchaus auch. [238] Für die Gemeinschaften zur gesamten Hand des schweizerischen Rechts ist denn die Verknüpfung von Gesamt- und Solidarverpflichtung die Regel.[239] Wohl aber steht die im Interesse der Gläubiger gesetzlich verankerte Solidarhaftung der Erben (Art. 603, 639 ZGB) für die Schulden im Vordergrund.

Insgesamt sind *Passiven* für die Erbengemeinschaft *keine Entstehungsvoraussetzung* und für die Haftung der Erben gegen aussen ist die Erbengemeinschaft ihrerseits mit der gegenüber der Solidarhaftung bloss untergeordnete Bedeutung aufweisenden Gesamthaftung im Grunde entbehrlich. Die Gemeinschaft zur gesamten Hand erweist sich damit insofern als ein Aktivvermögensverhältnis.

4. Zur Rechtsnatur der Erbengemeinschaft

4.1. Der Entscheid und die Überlegungen des Gesetzgebers

Gemäss Art. 602 Abs. 2 ZGB werden mehrere Miterben Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände und sie verfügen unter Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse gemeinsam über die Rechte der Erbschaft.

Die Erbengemeinschaft ist damit vom Gesetzgeber als *Gemeinschaft zur gesamten Hand* ausgestaltet worden. Eugen Huber ist dabei nach seinen eigenen Worten den in den kantonalen Rechten «vorherrschenden Anschauungen» gefolgt.[240] Freilich steht diese Aussage des Gesetzesredaktors in einem gewissen Widerspruch zu seinen eigenen, früheren Erkenntnissen, wonach Erbschaftssachen von mehreren Miterben «in der Regel ... zu Miteigentum nach Verhältnis ihrer Erbportionen oder Erbteile» erworben werden[241] bzw. dass das Gesamteigentum dem schweizerischen Rechtskreis bis zum Erlass

238 Vgl. Widmer (FN 211), S. 119; Oskar Annen, Die objektiv und subjektiv beschränkte Teilung der Erbengemeinschaft, Diss. Freiburg 1939, Schwyz 1941, S. 25; Thomas Weibel, Das Ende der Solidarhaftung der Erben, Diss. Basel 2001, Basel/Genf/München 2002 (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Bd. 63), S. 32.

239 Siehe Pio Caroni, Zur Geschichte und Dogmatik der Gesamthaftung im schweizerischen Recht, ZBJV 103 (1967), S. 311 und 313. Schon der Gesetzesredaktor hat das betont; vgl. Eugen Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Zweite, durch Verweisungen auf das Zivilgesetzbuch und etliche Beilagen ergänzte Ausgabe, Zweiter Band, Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900, Bern 1914, S. 70, wonach «die Gesamteigentümer aus der Gesamtsache auch insgesamt verpflichtet, und sogar zumeist solidarisch haftbar sind».

240 Huber, Erläuterungen I (FN 33), S. 458.

241 Huber, System II (FN 22), S. 427.

des ZGB weitgehend unbekannt war.[242] In jedem Falle steht aber fest, dass der Gesetzgeber mit der Konzipierung der Erbengemeinschaft als Gesamthandsverhältnis einen *bewussten Entscheid* getroffen hat, und zwar aus den sogleich darzustellenden Überlegungen.

Im Vordergrund beim Entscheid zugunsten einer Gemeinschaft zur gesamten Hand stand eindeutig das *Bestreben, das Verfügungsrecht eines einzelnen Miterben* über Erbschaftsobjekte grundsätzlich *auszuschliessen*. Die Erben sollen vor der Teilung über Erbschaftssachen nur gemeinsam – oder allenfalls durch einen Vertreter – verfügen können. Der einzelne Miterbe soll seine Quote nicht veräussern und sie auch nicht belasten können.[243] Verfügungsberechtigt sollen nur alle Erben zusammen zu gesamter Hand sein. Die kantonalen Rechte hätten dieses Verhältnis teilweise im Unklaren gelassen und etwa die quotenweise Veräusserung für zulässig gehalten. Diesbezüglich soll nun im ZGB der Grundsatz gelten, «der ein für allemal die Erben zur gesamten Hand verbindet, so lange sie nicht geteilt haben»[244].

Ebenfalls hinsichtlich der Forderungen der Erbschaft betont EUGEN HUBER die Bedeutung der nur gemeinsamen Verfügungsberechtigung der Miterben. «Auch hier soll bis zur Teilung die Gesamthand herrschen und nicht ein einzelner Erbe irgendwelche Guthaben auf seinen Anteil ... einkassieren ... können»[245]. Gerade bei den Forderungen zeige sich noch mehr als bei den Eigentumsverhältnissen, «welch grosse Vorzüge dieses Gesamthandverhältnis zur Sicherung der Stellung der Erben untereinander darbietet. Erst damit ist die Grundlage für eine allseitig billige Durchführung der Teilung gesichert und die grosse Gefahr beseitigt, der sonst ein Erbe durch das Verhalten des andern ausgesetzt wäre»[246].

4.2. Verworfene Konzeptionen

a) Juristische Person

Mit der in Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB vorgenommenen Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses unter mehreren Erben hat sich der Gesetzgeber gegen eine juristische Person ausgesprochen.

---

242 EUGEN HUBER, Zum schweizerischen Sachenrecht, Drei Vorträge mit Anmerkungen, Bern 1914, S. 17 f.

243 Dazu besteht nun immerhin eine Ausnahme in Gestalt der durch Art. 635 Abs. 1 ZGB vermittelten Möglichkeiten zur Abtretung des Erbanteils unter Miterben. Diese Erbanteilsabtretung ist unter Miterben mit dinglich-absoluter Wirkung möglich. Vgl. dazu ausführlich WOLF, Grundfragen (FN 25), S. 138 ff.

244 HUBER, Erläuterungen I (FN 33), S. 458.

245 HUBER, Erläuterungen I (FN 33), S. 458.

246 HUBER, Erläuterungen I (FN 33), S. 459.

Die Erbengemeinschaft ist vielmehr als Gemeinschaft zur gesamten Hand konzipiert worden. Als solche gehört sie – zusammen mit der Miteigentumsgemeinschaft – zu den *Rechtsgemeinschaften*. Der Begriff der Rechtsgemeinschaft findet sich weder im ZGB noch im OR. Die Marginalie vor Art. 646 ff. ZGB lautet «Gemeinschaftliches Eigentum», es findet sich aber in der Folge keine allgemeine Bestimmung über dieses gemeinschaftliche Eigentum, sondern das Gesetz widmet sich – seiner Eigenheit entsprechend, abstrakte Begriffsbildungen zu vermeiden – sogleich den beiden Arten gemeinschaftlichen Eigentums, dem Miteigentum (Art. 646–651a ZGB) und dem Gesamteigentum (Art. 652–654 ZGB).[247] Die Rechtsgemeinschaft ist der Oberbegriff für die Gemeinschaft nach Bruchteilen und die Gemeinschaft zu gesamter Hand.

Kennzeichen der Rechtsgemeinschaft ist es, dass *mehrere Personen gemeinsam Träger ein und desselben Rechts* sind. Von der juristischen Person unterscheidet sie sich insbesondere durch die Rechtszuständigkeit: Berechtigt und verpflichtet sind immer die einzelnen Gemeinschafter und nicht die Gemeinschaft als solche, denn dieser fehlt die Rechtspersönlichkeit.[248]

Ist die Erbengemeinschaft kein Rechtssubjekt, so sind somit ausschliesslich die berufenen Erben die Subjekte der im Nachlassvermögen befindlichen Rechte.[249, 250]

b) Bruchteilsgemeinschaft

Innerhalb der beiden Varianten der Rechtsgemeinschaft hat das ZGB die Erbengemeinschaft den Gesamthandsverhältnissen zugeordnet. Die Ablehnung der Miteigentumsgemeinschaft erfolgte in erster Linie mit Blick auf die von Eugen Huber betonten Vorzüge bei der Sicherung der Position des einzelnen Miterben. Diese erachtete der Gesetzesredaktor beim Miteigentum insbesondere wegen der damit verbundenen Möglichkeit der Verfügung über Bruchteile als gefährdet.[251]

---

247 Siehe BK-Meier-Hayoz (FN 228), N. 6 der Vorbemerkungen zu Art. 646–654 ZGB.

248 Vgl. zum Ganzen BK-Meier-Hayoz (FN 228), N. 5 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 646–654 ZGB; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern 2004, § 2 Rzn. 55 ff.; Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 20, mit FN 86.

249 Vgl. schon Widmer (FN 211), S. 2. Siehe auch Wolf, Grundragen (FN 25), S. 20 f.

250 Diesbezüglich wird freilich irritierenderweise häufig davon gesprochen, die Erbengemeinschaft sei Trägerin eines Rechts; vgl. etwa aus jüngerer Zeit BGer 5C.133/2004 vom 5. Januar 2005, E. 4.3, wonach «der Betrieb der Erbengemeinschaft gehört hat».

251 Siehe dazu auch III.4.1. hievor.

4.3. Zur Rechtsnatur der Gesamthandschaft

a) Einleitende Bemerkungen

Die Gemeinschaft zur gesamten Hand ist ein germanisches Rechtsprinzip. Die älteste Erscheinungsform bildet dabei die unter Brüdern nach dem Tod des Familienvaters fortgesetzte Hausgemeinschaft.[252]

Die dogmatische Erfassung der Gesamthandsgemeinschaft bereitet seit langem grosse Schwierigkeiten; sie hat das Schrifttum immer wieder beschäftigt,[253] beschäftigt es nach wie vor und wird es aller Voraussicht nach auch künftig beschäftigen.[254, 255]

Nachfolgend ist vorerst ein Überblick über die *verschiedenen Gesamthandlehren* vorzunehmen.[256] Anschliessend wird kurz die heute in der Schweiz herrschende *Theorie der mehrfachen Rechtszuständigkeit* dargestellt[257] und dann auf die *«Gruppen»-Theorie* der neueren deutschen Lehre hingewiesen.[258]

b) Überblick über die verschiedenen Gesamthandlehren

Die Gesamthandstheorien befassen sich mit der grundlegenden Frage, wie das gemeinsame Recht mehreren Subjekten zugeordnet werden kann. Diese Frage ist unterschiedlich beantwortet worden.[259]

---

252 Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, Bd. II: Sachenrecht, Leipzig 1905, I, S. 664 ff., m.w.H.; Gerhard Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, Marburg in Hessen 1936, S. 21 f., m.w.H. Vgl. auch Annette Ascheuer, Der Anteil des Gesamthänders am Gesamthandsvermögen, Diss. Köln 1991, Berlin 1992 (Schriften zur Rechtsgeschichte Heft 53), S. 53 f.; Karin Müller, Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft: ein Diskussionsbeitrag zum Recht der Gesamthandschaft, Diss. Luzern 2003 (Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 2), Zürich 2003, S. 35, FN 179.

253 So hat etwa 1936 Buchda (FN 252), S. 3, ausgeführt: «Das Gesamthandrecht wird seit Jahrhunderten mit Eifer durchforscht, aber die Wissenschaft hat in diesem Bereiche immer noch genug zu tun».

254 Vgl. nur die aus dem Jahre 2000 datierende Bemerkung von Christina Eberl-Borges, Die Erbauseinandersetzung, Habil. Potsdam, Tübingen 2000 (Jus privatum; 45), S. 10, es sei «sicher keine Übertreibung, wenn die Theorie der Gesamthand als eine der schwierigsten Fragen der gegenwärtigen Zivilrechtsdogmatik bezeichnet wird».

255 Vgl. auch Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 23 f., m.w.H., sowie Müller (FN 252), S. 35, mit Hinweisen auf den erneuten Aufwind der Diskussion in Deutschland.

256 III.4.3.b) sogleich.

257 III.4.3.c) hienach.

258 III.4.3.d) hienach.

259 Siehe auch Dieter Zobl, Änderungen im Personenbestand von Gesamthandschaften, Diss. Zürich 1973 (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Nr. 418), S. 29.

Nach früheren Ansichten ist dafür eine Vervielfältigung des gemeinschaftlichen Rechtes erforderlich *(Theorie des condominium plurium in solidum)* oder andererseits das gemeinschaftliche Recht zu teilen *(Theorie der geteilten Mitberechtigung)*. Die beiden neueren Theorien ihrerseits gehen – vorerst übereinstimmend –, von einem ungeteilten gemeinsamen Recht aus, unterscheiden sich aber alsdann darin, dass nach der einen Ansicht eine einheitliche Rechtszuständigkeit der Gesamthandsgemeinschaft (*Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung* mit einfacher Rechtszuständigkeit) und nach der anderen eine mehrfache Rechtszuständigkeit der einzelnen Gesamthänder *(Theorie der mehrfachen Rechtszuständigkeit)* besteht.[260]

c) Theorie der mehrfachen Rechtszuständigkeit

In der Schweiz wird die Gesamthandsgemeinschaft heute von der h. L. auf der Basis der Theorie der mehrfachen Rechtszuständigkeit[261] verstanden.

Danach sind bei der Gesamthandschaft alle einzelnen Gemeinschafter Rechtsträger der gemeinsamen Objekte und nicht die Gemeinschaft als solche. Andererseits besteht aber in Bezug auf die Rechtsausübung eine Einheit; nur alle Gesamthänder gemeinsam können verfügen. Die Gesamthand ist umschrieben worden als «*eine Rechtsgemeinschaft auf Grund mehrfacher Zugehörigkeit und eine Dispositionsgemeinschaft auf Grund einheitlicher Verfügungsmacht*»[262].

Nach schweizerischer Ansicht ist die Gemeinschaft zur gesamten Hand, und damit auch die Erbengemeinschaft, kein Rechtssubjekt, sondern ein Prinzip der Vermögenszuordnung an mehrere Personen, welche als alleinige und mehrfache Rechtsträger am gemeinschaftlichen Recht zuständig sind und für Verfügungen über dieses eine Dispositionsgemeinschaft bilden.[263]

d) Zur «Gruppen»-Theorie der neueren deutschen Lehre

In Abweichung von der das Vermögen, das mehreren Personen zu gesamter Hand zusteht, ins Zentrum stellenden schweizerischen Lehre[264] bestimmt

260 Vgl. für den Überblick über die Gesamthandlehren Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 28, mit anschliessender ausführlicher Darstellung der einzelnen Theorien, S. 28 ff.

261 Diese geht auf Konrad Engländer, Die regelmässige Rechtsgemeinschaft, Teil I: Grundlegung, Berlin 1914, zurück.

262 Romano Kunz, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Diss. Zürich 1963, Bern 1963 (ASR 355), S. 167 (Kursivschrift im Original).

263 Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 43.

264 Siehe zu der in der Schweiz herrschenden Theorie der mehrfachen Rechtszuständigkeit III.4.3.c) soeben. Vgl. sodann aus der Literatur BK-Meier-Hayoz (FN 228), N. 7 der Vorbemerkungen zu Art. 646–654 ZGB und N. 13 zu Art. 652 ZGB; Jürg Wichtermann, Kommentierung von Art. 646–651, 652–654a, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser

nach der von einem Teil des deutschen Schrifttums in den letzten drei Jahrzehnten vor allem anhand der Gesellschaft bürgerlichen Rechts entwickelten sog. «Gruppen»-Theorie die Zusammenfassung der Beteiligten zu einer als *überindividuelle Wirkungseinheit* erscheinenden «Gruppe» das Wesen der Gesamthand. Diese neuere deutsche Ansicht unterstreicht, dass die Gesamthandsgesellschaft mehr sei als ein den Gesellschaftern zu gesamter Hand zustehendes Sondervermögen. Es sei nicht das gemeinsame Vermögen, das die Gesamthand im Innersten zusammenhalte: «Nicht das Gesamthandsvermögen begründet die Gesamthand, sondern umgekehrt»[265, 266].

Diese neuere deutsche Lehre vermag in verschiedener Hinsicht – und wohl vorab im Recht der Personengesellschaften – auch für das schweizerische Recht durchaus zu weiteren Erkenntnissen zu führen.

Dennoch ist sie insgesamt jedenfalls in einer aus der Optik des schweizerischen Rechts und der für dieses heute überwiegend vertretenen Gesamthandstheorie der mehrfachen Rechtszuständigkeit erfolgenden Beurteilung

---

(Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, N. 12 zu Art. 652 ZGB; Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des Schweizerischen Sachenrechts, Bd. I, 2. Aufl., Bern 2000, Rz. 975; Pascal Simonius/Thomas Sutter, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel 1995, § 16 N. 1 f.; Zobl, Gesamthandschaften (FN 259), S. 39; Beat Bräm, Gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten an Grundstücken, Bildet Gesamteigentum als einfache Gesellschaft eine gute Alternative zum Miteigentum und zum Gesamteigentum im Güterstand der Gütergemeinschaft?, Diss. Bern 1997 (ASR 605), S. 7 f.; Martin Lenz, Die Form von Eigentumsübertragungen am Immobilienvermögen bei Personengesellschaften, Diss. Basel, Bern 2001, S. 22 (aus Müller, FN 252, Rz. 77).

265 Werner Flume, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), S. 191; ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I. Bd., I. Teil, Die Personengesellschaft, Berlin/Heidelberg/New York 1977, I/1, § 5, S. 68.

266 Nach Flume (FN 265) weist die Gesamthandsgesellschaft über die vermögensrechtliche Seite hinaus auch ein personenrechtliches Element auf. Dieses bestehe darin, dass bei der Gesamthandsgesellschaft die Gesellschafter als Personengruppe den Bezugspunkt der rechtlichen Beziehungen der Gesellschaft bildeten, indem der Gesellschaftsvertrag als Organisationsvertrag die Gesellschaft als Verband konstituiere. Die Gesamthand stelle folglich eine «Wirkungseinheit» dar, eine Gruppe, welche «als kollektive Einheit» am Rechtsverkehr teilnehme. Gemäss Flume ist die «Gruppe», d. h. es sind die Mitglieder der Gruppe in ihrer Verbundenheit, Rechtssubjekt und demnach fähig, Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein. Weil die Rechtsfähigkeit eines Verbandes einfache Rechtszuständigkeit zur Folge hat, somit zur Rechtsträgerschaft des Verbandes selbst führt, sind die Personengesellschaften hinsichtlich der Rechtsfähigkeit den juristischen Personen insofern gleichgestellt, als die Gruppe als solche Trägerin der gesamthänderischen Beziehungen ist, nicht aber die einzelnen Gesellschafter. Der Auffassung von Flume hat sich inzwischen – mit im Einzelnen unterschiedlichen Differenzierungen – wohl eine Mehrheit der deutschen Gesellschaftsrechtler angeschlossen. Siehe zum Ganzen die Darstellung bei Müller (FN 252), S. 45 ff., m. w. H.

abzulehnen.[267, 268] Das ist hier – ohne dass ausführlich auf die «Gruppen»-Theorie eingegangen werden kann – kurz zu begründen.

Vorab knüpft die «Gruppen»-Lehre an die überwundene Gesamthandstheorie der ungeteilten Gesamtberechtigung[269] an. Gemäss dieser massgebend von OTTO VON GIERKE geprägten, lange Zeit herrschenden Lehre[270] sind die einzelnen Gemeinschafter zu einer Personeneinheit verbunden, der das gesamthänderische Recht ungeteilt zusteht.[271] Weil sie eine Personeneinheit bilden, sind die Gesamthänder nicht für sich, sondern in ihrer Verbundenheit «kollektiv» berechtigt und verpflichtet.[272] Kraft der gesamten Hand «ist die verbundene Personenmehrheit rechtsfähig»[273] und «auch handlungsfähig»[274].

Die in der Schweiz lange Zeit herrschende Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung wird von der nunmehr überwiegenden Ansicht richtigerweise abgelehnt.[275] Denn wenn die Gesamthandsgemeinschaft als solche Trägerin der gemeinsamen Rechte ist, so stellt sie eben eine juristische Person

---

267 Vgl. schon WOLF, Grundfragen (FN 25), S. 38, FN 190.

268 Nach der Ansicht von KARIN MÜLLER, S. 79 und 276, ist von einer vollständigen Implementierung der deutschen Lehre jedenfalls zur Zeit abzusehen. Die Autorin will aber den deutschen Ansatz jedenfalls graduell implementieren insofern als die Gesellschafter als «Gruppe» über die rein schuldrechtlich gedachte Gesellschaft qualitativ erhoben sei. Die einfache Gesellschaft sei als personenrechtliche Gemeinschaft in gewissem Sinne eine «Wirkungseinheit», die am rechtlichen Verkehr teilhat. Zugleich stehe damit fest, dass für gesellschaftsrechtliche Fragestellungen der mehrfachen Rechtszuständigkeit keine Bedeutung zukomme. Verbandsrechtliche Fragestellungen – wie etwa die Übertragung der Mitgliedschaft – seien nicht nach einem vermögens- bzw. sachenrechtlichen, sondern vielmehr nach einem verbandsrechtlichen Ansatz zu beantworten (MÜLLER, FN 252, S. 79). Die einfache Gesellschaft sei im Ergebnis eine «Wirkungseinheit», die am rechtlichen Verkehr teilhabe, ohne Rechtssubjekt zu sein (MÜLLER, FN 252, S. 276).

269 Vgl. zu dieser die zusammenfassende Darstellung bei WOLF, Grundfragen (FN 25), S. 34 f.

270 Siehe grundlegend OTTO VON GIERKE, Das deutsche Genossenschaftsrecht, II. Bd.: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs, Berlin 1873, S. 923 ff.; DERS. (FN 252), DPR I, S. 660 ff., und DPR II, S. 387 ff.

271 VON GIERKE (FN 252), DPR II, S. 389.

272 VON GIERKE (FN 252), DPR I, S. 676.

273 VON GIERKE (FN 252), DPR I, S. 682 (Sperrschrift im Original).

274 VON GIERKE (FN 252), DPR I, S. 684 (Sperrschrift im Original).

275 BK-MEIER-HAYOZ (FN 228), N. 13 ff. zu Art. 652 ZGB; REY, Sachenrecht I (FN 264), Rzn. 974 f.; KUNZ (FN 262), S. 72 ff.; ZOBL, Gesamthandschaften (FN 259), S. 28 ff.; EUGEN MARBACH, Rechtsgemeinschaften an Immaterialgüterrechten, dargestellt am Beispiel von Erfinder- und Urhebergemeinschaften, Habil. Bern 1987 (ASR 508), S. 50; RAYMOND L. BISANG, Die Zwangsvertretung von Anteilen an Gesamthandschaften, Diss. Zürich 1978 (Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Bd. 32), S. 2 f.; REGULA MASANTI-MÜLLER, Verwaltung und Vertretung in der Gütergemeinschaft, Dogmatische Grundlagen und praktische Konsequenzen, Diss. Bern 1995 (ASR 568), S. 13 f.; BRÄM (FN 264), S. 7; WOLF, Grundfragen (FN 25), S. 35 ff.

dar.[276] Andernfalls hätten wir ein rechtsfähiges Subjekt, das doch nicht Rechtsperson sein soll,[277] was allerdings mit unserer Rechtsordnung unvereinbar ist, solange Rechtssubjekt und Person identische Begriffe darstellen.[278]

Überdies hilft die «Gruppen»-Lehre gerade für das Verständnis der Erbengemeinschaft im Grunde nicht weiter. Denn ihre Prämisse, wonach nicht das Gesamthandsvermögen die Gesamthand begründe,[279] sondern umgekehrt, trifft nun jedenfalls für die Erbengemeinschaft gerade nicht zu. Für sie ist das Vorliegen von (Nachlass-)Vermögen eine unabdingbare Entstehungsvoraussetzung.[280, 281] Insofern erweist sich das Gesamthandsverhältnis für die Erbengemeinschaft als Aktivvermögensprinzip.[282]

Was das von der «Gruppen»-Theorie betonte, in einer Zusammenfassung zu einer überindividuellen Wirkungseinheit bestehende personenrechtliche Element der Gesamthand betrifft, ist für die Erbengemeinschaft darauf hinzuweisen, dass deren Entstehung *ex lege* und – im Gegensatz zu anderen Gesamthandsverhältnissen – nicht durch Vertrag erfolgt. Die innere Organisation des Verhältnisses ist bei der Erbengemeinschaft gesetzlich geordnet. Insofern ist jedenfalls unter diesem Gesichtspunkt ein personenrechtliches Element bei der Erbengemeinschaft nicht ersichtlich. Die angesprochene «Wirkungseinheit» dürfte sodann, was die Verfügungsseite betrifft, der Verfügungsgemeinschaft entsprechen.

---

276 Siehe die Kritik bei BK-Meier-Hayoz (FN 228), N. 14 zu Art. 652 ZGB; Kunz (FN 262), S. 75; Zobl, Gesamthandschaften (FN 259), S. 40; Widmer (FN 211), S. 5; Benno Schneider, Das schweizerische Miteigentumsrecht, Diss. Bern 1973 (ASR 418), S. 225. Diesbezüglich kritisch schon Buchda (FN 252), S. 258.

277 Entsprechend wird denn in einer sowohl begrifflich als auch gedanklich unscharfen Weise etwa für die Gesamthandsgemeinschaft ausgeführt, dass sie «nicht die Gestalt einer juristischen Person hat, aber als Personengemeinschaft rechtsfähig ist»; so Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 9 N. 73, unter Verweisung auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 ff. BGB). Diese ihrerseits ist in Gestalt «der gemeinschaftlichen Verbundenheit der Gesellschafter als Gesamthand... gemäss § 718 BGB Rechtsträger des Gesellschaftsvermögens und damit rechtsfähig, ohne eine juristische Person zu sein. Rechtsträger ist die Gemeinschaft der Gesellschafter als Gesamthand» (Larenz/Wolf, § 9 N. 38). An anderer Stelle stellen dann allerdings die gleichen Autoren – Larenz/Wolf, § 9 N. 62 – gegenteilig wiederum fest dafür, die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gehöre zu den «Vereinigungen, denen die Rechtsfähigkeit fehlt» (Larenz/Wolf, § 9 N. 62). Siehe zum Ganzen schon Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 37 f., FN 190 m. w. H.

278 Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 36, m. w. H.

279 Siehe III.4.3.d)

280 Siehe III.3.2.a) hievor.

281 In dieser Hinsicht dürfte sich die Erbengemeinschaft denn von anderen Gesamthandsverhältnissen unterscheiden. So ist etwa denkbar, dass eine Gütergemeinschaft oder eine einfache Gesellschaft auch ohne Vermögen Bestand haben kann.

282 Siehe schon hievor III.3.3. i. f.

Die «Gruppen»-Lehre vermag sodann keinen Beitrag zu leisten an das Verständnis des Vorgangs der Erbteilung. Im Gegenteil droht sie zur unrichtigen Ansicht zur verleiten, es finde dabei eine Übertragung der Rechte von der als «überindividuelle Wirkungseinheit» verstandenen Erbengemeinschaft auf die einzelnen Erben statt.[283]

Insgesamt muss daher der Erkenntnisgewinn der «Gruppen»-Theorie für das schweizerische Recht und jedenfalls mit Blick auf die Erbengemeinschaft eher gering ausfallen. Sie ist denn als solche für das schweizerische Recht – wie erwähnt – nicht zu übernehmen.[284, 285]

4.4. Das Handeln für den ungeteilten Nachlass

a) Vorbemerkung

Wichtiger Ausfluss der Gemeinschaft zur gesamten Hand ist das Einstimmigkeitsprinzip. Nachfolgend ist vorab der *Grundsatz des gemeinsamen Handelns* darzustellen.[286] Alsdann wird auf die *Ausnahmen* vom Grundsatz eingegangen,[287] und weiter die Frage behandelt, ob sich eine *Pflicht zur Zustimmung* der Erben aus Art. 2 ZGB ableiten lässt.[288] Schliesslich ist auf *weitere Korrektive* hinzuweisen[289] und ein *Fazit* zu ziehen.[290]

b) Grundsatz des gemeinsamen Handelns

Gemäss Art. 602 Abs. 2 ZGB verfügen mehrere Erben gemeinsam über die Rechte der Erbschaft. Nach Lehre und Praxis gilt die Vorschrift nicht nur für *Verfügungen*, sondern ebenfalls für die *Verwaltung* der Erbschaftssachen.[291] Anders als im Ehegüterrecht für die ebenfalls zu den Gesamthandsverhältnissen zählende Gütergemeinschaft (vgl. Art. 227 Abs. 2 ZGB) und ebenfalls anders als im Miteigentumsrecht (Art. 647 af. ZGB, Art. 648 ZGB) wird für die

---

283 Zur Rechtsnatur der Erbteilung IV.3. hienach.

284 Jedenfalls hinsichtlich der Konsequenzen so auch Müller (FN 252), S. 80 f. und 276.

285 Mit Müller (FN 252), S. 275, wird man andererseits und mit Blick auf die Gemeinschaften zur gesamten Hand generell immerhin festhalten dürfen, es sei der «Gruppen»-Lehre «die Erkenntnis zu verdanken, dass es sich bei der Gesamthandschaft nicht um ein spezifisch vermögensrechtliches, sondern um ein allgemeines zivilrechtliches Problem handelt» (im Original teilweise in Fettschrift).

286 III.4.4.b) sogleich.

287 III.4.4.c) hienach.

288 III.4.4.d) hienach.

289 III.4.4.e) hienach.

290 III.4.4.f) hienach.

291 Tuor/Schnyder (FN 23), S. 66; BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 16 zu Art. 602 ZGB. Vgl. auch BK-Tuor (FN 161), N. 20 zu Art. 602 ZGB; ZK-Escher (FN 99), N. 12 zu Art. 602 ZGB.

Erbengemeinschaft nicht zwischen Verfügungs- und Verwaltungshandlungen unterschieden.[292] Auch blosse Verwaltungshandlungen erfordern somit Einstimmigkeit.[293]

Im ungeteilten Nachlass gilt also dem Gesamthandsgedanken entsprechend ganz allgemein das Prinzip des gemeinsamen Handelns.

Das Erfordernis gemeinsamen Handelns bezweckt – den Intentionen des Gesetzgebers entsprechend[294] – den Schutz der Gemeinschaft gegen schädliche Sonderaktionen einzelner Miterben.[295]

Ein Willensbildungsorgan sieht das ZGB für die Erbengemeinschaft nicht vor. Das ist insofern folgerichtig, als die Erbengemeinschaft ja nicht zu den juristischen Personen gehört. Der Wille im Gesamthandsverhältnis ist letztlich nicht anders als durch sämtliche Erben zusammen zu bilden. In der Praxis finden denn häufig Erbenversammlungen statt. Auch deren Beschlüsse bedürfen gemäss Art. 602 Abs. 2 ZGB der Zustimmung aller Miterben.[296]

c) Ausnahmen

aa) Vorbemerkungen

Bereits der Gesetzgeber hat erkannt, dass das Einstimmigkeit erheischende Gesamthandsprinzip nicht generell zur Anwendung gelangen kann. Er hat deshalb in Art. 602 Abs. 2 ZGB vertragliche oder gesetzliche Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse gegenüber dem allgemeinen Erfordernis des gemeinsamen Handelns vorbehalten und in Art. 602 Abs. 3 ZGB das Institut des Erbenvertreters verankert. Diese Vorbehalte können als gesetzlich vorgesehene und insofern *unechte Ausnahmen* vom Gesamthandsprinzip bezeichnet werden.[297] Darüber hinaus – und mithin ohne eigentliche gesetzliche Grundlage – ist aber in der Praxis erkannt worden, dass auch in weiteren Fällen nicht streng am Erfordernis des gemeinsamen Handelns festgehalten werden kann. Es sind m. a. W. zur Lockerung des Gesamthandsprinzips auch *echte Ausnahmen* geschaffen worden.[298]

---

292 Druey (FN 139), § 14 Rz. 23.

293 Druey (FN 139), § 14 Rz. 23; ZK-Escher (FN 99), N. 12 zu Art. 602 ZGB; BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 11 zu Art. 602 ZGB.

294 III.4.1. hievor.

295 BGE 121 III 121.

296 BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 12 zu Art. 602 ZGB.

297 Dazu III.4.4.c)bb) sogleich.

298 Dazu III.4.4.c)cc) hienach.

bb) Unechte Ausnahmen

aaa) Gesetzliche Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse

Gesetzliche Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse kommen dem *Willensvollstrecker* (Art. 517 f. ZGB), dem *Erbschaftsverwalter* (Art. 554 und 595 ZGB) und dem *Erbenvertreter* (Art. 602 Abs. 3 ZGB) zu. Soweit ein solcher Funktionsträger bezeichnet worden ist, kommt diesem – und nicht mehr den Erben – im Rahmen der ihm zustehenden Kompetenzen die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis von Gesetzes wegen zu.[299]

bbb) Vertragliche Vertretungsbefugnisse

Allen Erben zusammen steht es frei, nach allgemeinen Regeln einen oder mehrere der Miterben oder auch einen Dritten zur Vertretung zu *bevollmächtigen*. Die Vollmacht kann eine umfassende Generalvollmacht oder eine auf spezifizierte Verfügungs- oder Verwaltungshandlungen beschränkte Vollmacht sein.[300]

cc) Echte Ausnahmen

aaa) Dringliche Fälle

Die Rechtsprechung lässt das alleinige Handeln eines Erben für die Erbengemeinschaft in *dringenden Fällen* zur Wahrung der Interessen der Erbengemeinschaft oder der Erhaltung von Erbschaftsgegenständen oder Rechten zu. Der allein handelnde Miterbe hat diesfalls im Namen aller Erben aufzutreten.[301]

Das Bundesgericht nimmt dafür eine – ungeschriebene – gesetzliche Vollmacht an. Diese entfällt, wenn die zeitliche Dringlichkeit nicht mehr besteht.[302]

In der Lehre ist eingewendet worden, es bestünde kein Anlass, hier eine Gesetzeslücke anzunehmen. Vielmehr genügten die Möglichkeiten der Geschäftsführung ohne Auftrag i. S. v. Art. 419–424 OR und namentlich der Bestellung eines Erbenvertreters (Art. 602 Abs. 3 ZGB).[303] Gegen die Anwen-

299 Vgl. zuletzt Christine Beusch, Kommentierung von Art. 602–625 ZGB, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), ZGB, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006, ZGB 602 N. 15.

300 BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 24 zu Art. 602 ZGB; Handkomm-Beusch (FN 299), ZGB 602 N. 16.

301 BGE 121 III 121 f.; 125 III 220. Vgl. auch Tuor/Schnyder (FN 23), S. 670; BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 18 zu Art. 602 ZGB.

302 BGE 58 II 200 f.

303 Piotet (FN 157), SPR IV/2, S. 668.

dung der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag spricht allerdings, dass eine solche ohne Genehmigung kein Vertretungsrecht gegen aussen einzuräumen vermag.[304] Die Bestellung eines Erbenvertreters durch die Behörde wird ihrerseits immer eine gewisse Zeit beanspruchen und so unter Umständen zu spät kommen;[305] zudem wirkt die verbreitete Befürchtung, dass der Beizug von Behörden nach Streit unter den Erben aussieht, doch als psychologisches Hindernis.[306]

bbb) Verzicht eines Miterben auf einen Anspruch

Nicht erforderlich ist die Mitwirkung eines Miterben bei der Geltendmachung eines Anspruches, auf den er *verzichtet* hat.[307]

ccc) Unmittelbarer oder mittelbarer Einbezug aller Erben in ein Verfahren

Eine weitere Ausnahme vom Prinzip des gemeinsamen Handelns wird zugelassen, wenn alle Miterben unmittelbar oder mittelbar in ein Verfahren einbezogen sind[308] bzw. wenn alle Erben auf der Kläger- oder Beklagtenseite in eine gerichtliche Auseinandersetzung involviert sind.[309, 310]

ddd) Schulden der Gesamthand und Entgegennahme von Erklärungen

Das Gesamthandsprinzip gilt nicht für Schulden, für welche die Erben – neben der auch bestehenden Gesamthaftung[311] – solidarisch haften (Art. 603 ZGB).[312] Ebenso lässt das Bundesgericht zu, dass bei Dringlichkeit Dritte gültig Erklärungen an einen einzelnen Erben zuhanden aller Erben abgeben können.[313]

---

304 Thomas Leimgruber, Die Befugnisse des einzelnen Miterben beim Erbgang und bei der Nachlassverwaltung, Diss. Basel 1978 (Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 114), S. 92–96. Vgl. auch Druey (FN 139), § 14 Rz. 26, m. w. H.

305 Man denke zum Beispiel an die erforderlichen Vorkehren zur Fristwahrung für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 ff. ZGB).

306 So Druey (FN 139), § 14 Rz. 26.

307 BGE 51 II 270; 116 Ib 450. Vgl. Tuor/Schnyder (FN 23), S. 670.

308 BGE 109 II 400, 403; 102 Ia 432.

309 BGE 54 II 243 f.; 74 II 217. Vgl. BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 19 zu Art. 602 ZGB.

310 Dagegen hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Rechtsgeschäftes zwischen der Erbengemeinschaft und einem einzelnen Miterben am Erfordernis der Einstimmigkeit festgehalten. So sind die Rechte der Erbengemeinschaft aus einem Pachtvertrag des Erblassers mit einem Miterben durch alle Erben – Kündigung – gemeinsam oder durch einen Erbenvertreter, Willensvollstrecker bzw. Erbschaftsverwalter auszuüben; siehe BGE 125 III 219.

311 Dazu II.6.3.c) hievor.

312 BGE 119 Ia 345.

313 BGE 73 II 170. Vgl. auch Tuor/Schnyder (FN 23), S. 670; Druey (FN 139), § 14 Rz. 27.

eee) Nicht den Nachlass betreffende Handlungen

aaaa) Auskunftsrechte

Nicht vom Erfordernis des gemeinsamen Handelns erfasst werden Handlungen, die nicht den Nachlass als solchen betreffen. Dazu gehören das Recht zur *Einsichtnahme* in Urkunden[314] oder auch das Recht, *Auskünfte* über die Erbschaftsaktiven einzuholen, sofern dadurch keine Benachteiligung der Miterben entsteht.[315] Das Auskunftsrecht ist mithin ein Individualerbenrecht.[316]

bbbb) Sicherungsrechte des einzelnen Miterben

Jeder Erbe allein kann das Begehren um Einsetzung eines *Erbenvertreters* (Art. 602 Abs. 3 ZGB), um Errichtung eines *Erbschaftsinventars* (Art. 553 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) oder eines *öffentlichen Inventars* (Art. 580 Abs. 1 ZGB)[317] stellen. Ebenfalls individuell kann jeder Erbe das *Sicherstellungsbegehren* (Art. 604 Abs. 3 ZGB) erheben.[318] All diese Individualrechte der Erben gehören nicht zu den Verwaltungs- oder Verfügungsbefugnissen hinsichtlich des Nachlasses.

d) Pflicht zur Zustimmung aus Art. 2 ZGB?

Wegen der meist intensiven persönlichen Beziehungen unter den Gemeinschaftern wird in der neueren Lehre teilweise aus Art. 2 ZGB eine Pflicht zur Zustimmung abgeleitet.[319]

Angesichts der doch zahlreich bestehenden Ausnahmen vom Prinzip der Einstimmigkeit[320] dürfte sich freilich ein Rückgriff auf Art. 2 ZGB wohl in den meisten Fällen als entbehrlich erweisen. Die Berufung auf die Generalklausel ist denn allgemein nur mit Zurückhaltung zuzulassen. Immerhin erscheint es andererseits in Ausnahmefällen nicht als ausgeschlossen, auf Art. 2 ZGB zu greifen.

---

314 BGE 82 II 267. Siehe dazu TUOR/SCHNYDER (FN 23), S. 670.

315 BGE 121 III 122.

316 BSK-SCHAUFELBERGER (FN 139), N. 20 zu Art. 602 ZGB, m.w.H.

317 Demgegenüber kann dem Begehren eines Erben um amtliche Liquidation nicht Folge gegeben werden, wenn ein Miterbe die Annahme erklärt (Art. 593 Abs. 2 ZGB).

318 DRUEY (FN 139), § 14 Rz. 32; BSK-SCHAUFELBERGER (FN 139), N. 21 zu Art. 602 ZGB.

319 BSK-WICHTERMANN (FN 264), N. 6 zu Art. 653 ZGB; STEFANO ROMELLI, Kommentierung von Art. 646–654a ZGB, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), ZGB, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006, ZGB 653 N. 2.

320 Siehe dazu die Darstellung in III.4.4.c) soeben.

e) Weitere Korrektive zugunsten des einzelnen Miterben

aa) Vorbemerkung

Als *Korrektive* der erbengemeinschaftlichen Zwangsverbundenheit erweisen sich auch zwei weitere, gesetzlich verankerte Möglichkeiten, auf welche an dieser Stelle kurz einzugehen ist.

bb) Erbteilungsanspruch (Art. 604 ZGB)

Jeder einzelne Erbe kann zu grundsätzlich beliebiger Zeit die *Teilung der Erbschaft verlangen* (Art. 604 Abs. 1 ZGB). Er verfügt somit über das Individualrecht, die Erbengemeinschaft für sich zu beenden und seiner Erbquote entsprechende Nachlassobjekte zur Alleinberechtigung zugewiesen zu erhalten.

cc) Erbanteilsabtretung an einen Miterben (Art. 635 Abs. 1 ZGB)

Ein Erbe kann seinen *Erbanteil* mit erbrechtlich-dinglicher Wirkung an einen Miterben *abtreten* (Art. 635 Abs. 1 ZGB). Damit veräussert er seine Gesamthandsquote insgesamt und wird dafür regelmässig vom Erbanteilserwerber abgefunden werden. Im Ergebnis scheidet der erbanteilsabtretende Miterbe aus der Erbengemeinschaft aus und lässt sich dafür auszahlen.

f) Fazit

Der Gesetzgeber hat mit der Ausgestaltung der Erbengemeinschaft als Gesamthandsverhältnis bewusst das *grundsätzliche Erfordernis des gemeinschaftlichen Handelns* verankert.

Die Regelung hat den unbestreitbaren *Vorteil*, dass sie verhindert, dass einzelne Erben mit Erbschaftssachen eigenmächtig umgehen. Andererseits weist sie den *Nachteil* auf, dass Willensbildung, Beschlussfassung und Handeln in Angelegenheiten der Erbschaft stark erschwert sind; es entstehen leicht Meinungsverschiedenheiten und letztlich Streitigkeiten unter den Erben. Das sind Nachteile, denen selbst mit dem Hilfsmittel der Ernennung eines Erbenvertreters (Art. 602 Abs. 3 ZGB) nicht genügend begegnet werden kann. Das ist denn auch in der Rechtsprechung erkannt worden, welche über die gesetzlichen Vorbehalte hinaus Ausnahmen vom Prinzip des gemeinsamen Handelns zugelassen hat.[321] Weitere *Korrektive* liegen vor in Gestalt des grundsätzlich jederzeitigen Teilungsanspruchs (Art. 604 Abs. 1 ZGB) und der Möglichkeit der zum Ausscheiden aus der Erbengemeinschaft führenden Erbtanteilsabtretung an einen Miterben (Art. 635 Abs. 1 ZGB).

---

321 Zum Ganzen auch TUOR/SCHNYDER (FN 23), S. 670.

Mit Blick auf die doch in mehrfacher Hinsicht bestehenden Lockerungen erscheint m. E. das Gesamthandsprinzip für die Erbengemeinschaft nach wie vor als geeignet. Dank der vielen Ausnahmen sollten sich jedenfalls unüberwindbare und für einen Miterben letztlich existenziell werdende Probleme verhindern lassen. Die Erbengemeinschaft wird auch nicht generell als so schwerfällig empfunden, dass im Rahmen der Rechtsgeschäftsplanung ihre Vermeidung ein Ziel wäre;[322] allerdings ist das natürlich – das ist einzuräumen – immer eine Erwägung *ex ante*, während man aus einer Optik *ex post* vielleicht anders entschieden hätte.

IV. Die Erbteilung

1. Übersicht

Die folgenden Ausführungen sind der Erbteilung i. S. v. Art. 634 ZGB gewidmet. Nach einem Hinweis auf die Erbteilung als *eine von mehreren Arten der Beendigung der Erbengemeinschaft*[323] ist ausführlich auf die *Rechtsnatur* der Erbteilung einzugehen.[324] Dabei wird sich zeigen, dass der Erbteilungsvorgang nicht als Rechtsübertragung, sondern als Rechtsaufgabe zu konzipieren ist. Daraus sind *praktische Konsequenzen* zu ziehen.[325] Schliesslich ist der *rechtsgeschäftliche Abschluss* der Erbteilung darzustellen.[326]

2. Eine von mehreren Arten der Beendigung der Erbengemeinschaft

Gemäss Art. 602 Abs. 1 ZGB besteht unter mehreren Erben eine Erbengemeinschaft, «bis die Erbschaft geteilt wird». Der Wortlaut der Norm könnte zur Annahme verleiten, die Teilung bilde die einzige Möglichkeit der Beendigung der Erbengemeinschaft.[327]

Dem ist nicht so. Wohl stellt die Erbteilung i. e. S. des Art. 634 ZGB den *ordentlichen Weg zur Beendigung der Erbengemeinschaft* dar,[328] aber eben nicht den einzigen. Die Erbengemeinschaft kann vielmehr auf verschiedene, sich je unterschiedlich gestaltende Weisen aufgehoben werden.[329]

---

322 Vgl. Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 11 f., FN 42.
323 IV.2. sogleich.
324 IV.3. hienach.
325 Siehe IV.4.
326 Siehe IV.5.
327 Vgl. in dieser Hinsicht kritisch bereits BK-Tuor/Piceroni (FN 17), N. 5 zu Art. 602 ZGB.
328 Siehe BK-Tuor/Piceroni (FN 17), N. 6 zu Art. 602 ZGB.
329 Vgl. auch Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 129.

So kann die Erbengemeinschaft *ex lege* beendigt werden; das ist erstens dann der Fall, wenn von anfänglich mehreren Miterben alle bis auf einen wegfallen, so dass an die Stelle der Erbenmehrheit nunmehr ein Alleinerbe tritt,[330] und zweitens dann, wenn das ursprünglich einmal vorhandene Nachlassvermögen vollständig wegfällt.[331]

Die Erbengemeinschaft kann aber auch durch *Rechtsgeschäft*, d. h. durch Willenserklärung der Beteiligten, beendet werden, wobei sich hier ebenfalls mehrere Varianten unterscheiden lassen. Im Einzelnen handelt es sich um die Erbteilung i. e. S. (Art. 634 ZGB), auf welche nachfolgend näher einzugehen sein wird,[332] um die Erbanteilsabtretung unter Miterben (Art. 635 ZGB),[333] den Verzicht auf die Miterbenstellung[334] und die Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine andere Rechtsgemeinschaft.[335]

3. Rechtsnatur der Erbteilung

3.1. Vorbemerkung

Über die Rechtsnatur der Erbteilung i. S. v. Art. 634 ZGB bestehen unterschiedliche Auffassungen. Im Wesentlichen vertreten werden dabei die Konzeptionen der Erbteilung als *Rechtsübertragung* einerseits[336] und als *Rechtsaufgabe* andererseits.[337] Darüber hinaus finden sich im Einzelnen weitere Ansichten zur Rechtsnatur der Erbteilung, auf die hier nicht eingegangen werden kann.[338]

---

330 Sog. Beendigung der Erbengemeinschaft aus subjektiven Gründen; dazu Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 131 ff.

331 Sog. Beendigung der Erbengemeinschaft aus objektiven Gründen; dazu Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 133 f.

332 Siehe IV.3.

333 Dazu Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 136 ff., m. w. H.; ders., Die verschiedenen Möglichkeiten der Auflösung der Erbengemeinschaft durch Rechtsgeschäft, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Ausgewählte Aspekte der Erbteilung, INR Band 2, Bern 2005, S. 17 ff.

334 Zu diesem Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 163 ff.

335 Zu dieser Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 169 ff.

336 Dazu IV.3.2.a) sogleich.

337 Dazu IV.3.2.b) hienach.

338 Diesbezüglich sei verwiesen auf Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 272 ff.

3.2. Die beiden zur Hauptssache vertretenen Konzeptionen

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

Die herkömmliche Auffassung, wie sie insbesondere auf der Grundlage der Gesamthandlehre von der ungeteilten Gesamtberechtigung[339] in den Grosskommentaren und bis heute in der erbrechtlichen Literatur wohl überwiegend vertreten wird, geht davon aus, Erbgang und Erbteilung stellten je einen Rechtsübertragungsvorgang dar. Charakteristisch für diese Lehrmeinung erweist sich die Formulierung, es handle sich bei der Übertragung von Erbschaftsgegenständen auf einen Miterben «um einen *doppelten Eigentumsübergang*. Die dem Miterben bei der definitiven Auseinandersetzung zufallende Sache fällt ihm niemals direkt vom Erblasser zu, das Recht an ihr geht vielmehr durch das Intermedium der Erbengemeinschaft hindurch, welche vorerst Eigentümerin wird und erst hernach ihr Recht wieder aufgibt zugunsten des übernehmenden Miterben»[340, 341].

Die Erbteilung wird nach dieser Konzeption im Ergebnis einem gewöhnlichen Veräusserungsgeschäft – wie es typischerweise zwischen Verkäufer und Käufer abgeschlossen wird – gleichgestellt.[342] Demnach findet anlässlich der Erbteilung eine Übertragung der Rechte von der Erbengemeinschaft auf den einzelnen Miterben statt.[343] «Der Erbteilungsvertrag stellt ein Übertragungsgeschäft von der Erbengemeinschaft auf den einzelnen Erben dar»[344, 345].

b) Erbteilung als Rechtsaufgabe

In Abweichung von der Konstruktion der Erbteilung als einer von der Erbengemeinschaft auf den einzelnen Miterben stattfindenden Rechtsübertra-

---

339 Dazu III.4.3.b) hievor, mit Hinweisen.

340 ZK-Escher (FN 99), N. 36 zu Art. 602 ZGB (Kursivschrift im Original).

341 Im gleichen Sinne von einem doppelten Eigentumsübergang sprechen auch BK-Tuor/Piceroni (FN 17), N. 41 zu Art. 602 ZGB.

342 Siehe auch Druey (FN 139), § 16 Rz. 5, wo von einem «Veräusserungsgeschäft zwischen Gemeinschaft und Einzelerbe» die Rede ist.

343 ZK-Escher (FN 99), N. 35 zu Art. 602 ZGB, spricht kurz von einer «Übertragung von Erbschaftsgegenständen». Siehe auch ders. (FN 99), N. 19 zu Art. 602 ZGB und N. 3 ff. zu Art. 634 ZGB; BK-Tuor/Piceroni (FN 17), N. 1 zu Art. 560 ZGB, wonach in der Erbteilung «die Erbschaftsbestandteile von der Gemeinschaft auf die einzelnen Erben übergehen». Vgl. ebenso BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 3, 7 und 18 zu Art. 634 ZGB, wo überall von einem Eigentumsübergang die Rede ist.

344 So prägnant Simonius/Sutter (FN 264), § 10 N. 61.

345 Siehe zum Ganzen auch die ausführliche Darstellung bei Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 273 ff.; ferner ders., Möglichkeiten (FN 333), S. 6 f.

gung[346] qualifiziert die neuere, insbesondere sachenrechtliche Lehre den Teilungsvorgang als *Rechtsaufgabe*.[347, 348]

Diese neue Konzeption einer Rechtsaufgabe geht im schweizerischen Schrifttum im Wesentlichen auf ROMANO KUNZ zurück. Dieser Autor hat sich gegen die lange Zeit herrschende Gesamthandlehre der ungeteilten Gesamtberechtigung, die den Erbteilungsvorgang als Rechtsübertragung konzipiert, gewandt. Aus der von ihm vertretenen Theorie der mehrfachen Rechtszuständigkeit hat er insbesondere auch Folgerungen für die Rechtsnatur der Aufhebung einer Gemeinschaft zur gesamten Hand im Allgemeinen und damit auch für die Erbteilung als Aufhebung der Erbengemeinschaft gezogen. Für KUNZ ist aus der fehlenden Rechtsfähigkeit der Gesamthandsgemeinschaft und der stattdessen gegebenen Rechtszuständigkeit sämtlicher einzelner Gesamthänder abzuleiten, «dass jedes Mitglied als Subjekt des ganzen Eigentumsrechts ... nicht nochmals Eigentum am selben Rechtsobjekt erwerben kann. Auf den Eigentümer einer Sache kann das Eigentum nicht erneut übertragen werden; das ist logisch ausgeschlossen, denn was man hat, kann man nicht erst noch erwerben»[349]. Spezifisch hinsichtlich der Erbteilung wird KUNZ von HAUSER gefolgt, für welchen die Erbteilung ebenfalls keine Eigentumsübertragung darstellt, sondern eine wechselseitige Aufgabe von Gesamtrechten.[350]

Im Einzelnen werden innerhalb der Konzeption der Rechtsaufgabe je unterschiedliche Untervarianten vertreten, auf die hier nicht näher eingegangen wird.[351]

3.3. Eigene Auffassung

a) Allgemeines

Der anlässlich der Erbteilung stattfindende Vorgang ist als *Rechtsaufgabe* zu qualifizieren.[352]

---

346 IV.3.2.a) soeben.

347 Zur Erbteilung als Rechtsaufgabe eingehend WOLF, Grundfragen (FN 25), S. 277 ff.

348 Ein uneinheitliches Bild zur Frage der Rechtsnatur der Erbteilung bietet die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Diese geht – ohne dass je eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Thematik stattgefunden hätte – teilweise von einer Rechtsübertragung – so: BGE 86 II 351; 102 II 204; ZBGR 74 (1993), S. 380 f. – und teilweise von einer Rechtsaufgabe – vgl. eher gegen eine Rechtsübertragung, letztlich aber unentschieden BGE 47 II 254 f.; gegen eine Eigentumsübertragung im Sinne von Art. 657 Abs. 1 ZGB BGE 83 II 369 f.; für die Konzeption einer Rechtsaufgabe BGE 95 II 432, wo von einer «Aufgabe von Gesamtrechten» die Rede ist; für Rechtsaufgabe sodann BGE 116 II 181 – aus.

349 KUNZ (FN 262), S. 127.

350 Vgl. PETER HAUSER, Der Erbteilungsvertrag, Diss. Zürich 1973, S. 23.

351 Siehe dazu Näheres bei WOLF, Grundfragen (FN 25), S. 281 ff.

352 Zum Folgenden ausführlich WOLF, Grundfragen (FN 25), S. 288 ff.; ferner DERS., Möglichkeiten (FN 333), S. 7 ff.

Der Beurteilung ist dabei die zutreffende neuere *Gesamthandlehre der mehrfachen Rechtszuständigkeit* zugrunde zu legen. Danach ist die Gemeinschaft zur gesamten Hand kein Rechtssubjekt, sondern es sind ausschliesslich die einzelnen Gesamthänder Rechtsträger der im Gemeinschaftsvermögen befindlichen Rechte.[353]

Bezogen auf die Erbengemeinschaft heisst das, dass ausschliesslich die einzelnen Miterben die Träger der Nachlassrechte sind. Dagegen kommt der Erbengemeinschaft als solcher keine Rechtssubjektivität zu.[354]

Auf dieser Grundlage lassen sich nun mehrere Elemente der Konzeption der Erbteilung als Rechtsaufgabe unterscheiden.[355]

b) Elemente der Konzeption der Erbteilung als Rechtaufgabe

aa) Bisheriger Gesamthandsberechtigter als künftiger Alleinberechtigter

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

Ist aber der einzelne Miterbe schon durch den Erbgang Träger der Rechte des Nachlasses geworden, so kann er nicht anlässlich der Erbteilung das Recht an den ihm zugewiesenen Nachlassgütern nochmals erwerben.[356, 357]

Einer Begründung der Rechtsträgerschaft des einzelnen Erben an den ihm anlässlich der Erbteilung zu künftiger Alleinberechtigung zugewiesenen Erbschaftsgegenständen bedarf es auch gar nicht, denn diese Trägerschaft ist eben als gesamthänderische kraft Erbganges schon entstanden und liegt demnach bereits vor. In dieser vorbestehenden Rechtszuständigkeit aller Erben an den ihnen zu künftiger Alleinberechtigung zu überlassenden Erbschaftsobjekten unterscheidet sich der Erbteilungsvertrag grundlegend vom Kaufvertrag, bei welchem Eigentum am Vertragsobjekt vom Verkäufer auf den Käufer übertragen und damit für den letzteren die Rechtszuständigkeit am Erwerbsgegenstand derivativ erst begründet wird.[358]

---

353 Dazu schon III.4.3.c) hievor. Vgl. sodann Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 289.

354 Siehe auch Wolf, Möglichkeiten (FN 333), S. 8.

355 IV.3.3.b) sogleich.

356 So zutreffend für die Umwandlung von Gesamteigentum in Alleineigentum generell Kunz (FN 262), S. 127. Vgl. allgemein auch bereits von Tuhr (FN 227) II/1, S. 34 f., Anm. 1, wonach ein Recht nur erwerben kann, wer das Recht nicht schon hat.

357 Eine Rechtsübertragung läge nur dann vor, wenn ein Recht, das bisher dem Subjekt A gehört hat, nunmehr dem Subjekt B gehörte; vgl. Kunz (FN 262), S. 141 f.

358 Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 289 f., mit FN 1657.

Folglich ist es zur Herstellung einer Alleinberechtigung eines Miterben an einem Erbschaftsobjekt ausreichend, wenn sämtliche Miterben mit Ausnahme des darauf angewiesenen ihr *Recht aufgeben*. Der entsprechende Miterbe wird diesfalls von Rechts wegen zum Alleinberechtigten, weshalb es eines Übertragungsgeschäftes nicht bedarf.[359]

bb) Kein Übertragungsgeschäft und überhaupt kein Rechtsgeschäft zwischen Erbengemeinschaft und einzelnem Miterben

Eine Rechtsübertragung setzt voraus, dass zwei verschiedene Rechtssubjekte vorhanden sind, nämlich eines, welches das Recht überträgt, und eines, an welches das Recht übertragen wird. Entsprechend geht denn die die Konzeption der Erbteilung als Rechtsübertragung vertretende Auffassung auch von einem zwischen Erbengemeinschaft und einzelnem Miterben abzuschliessenden Rechtsgeschäft aus.[360] So wird ausgeführt, dass nicht nur die Miterben als einzelne Gesamthänder Vertragsparteien seien, sondern es werde «*der Teilungsvertrag ... juristisch zwischen der Gemeinschaft als Gesamtheit und jedem einzelnen Teilhaber abgeschlossen*»[361].

Die Ansicht, wonach die Erbteilung ein Übertragungsgeschäft zwischen der Erbengemeinschaft und den einzelnen Erben darstellt, muss verworfen werden.

Ist nämlich die *Erbengemeinschaft* mangels Rechtsfähigkeit *nicht Trägerin der im Nachlass befindlichen Rechte*, so können von ihr in der Erbteilung auch keine solchen auf die einzelnen Erben übertragen werden. Der Erbteilungsvorgang lässt sich deshalb nicht als ein Übertragungsgeschäft konstruieren. In Anbetracht der fehlenden Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft zur gesamten Hand kann die Erbteilung überhaupt nicht als ein zwischen Erbengemeinschaft und einzelnen Erben abzuschliessendes Rechtsgeschäft qualifiziert werden. Vielmehr erweist sich die Erbteilung als ein *Rechtsgeschäft*, das *unter allen Erben als* den einzig vorhandenen *Rechtssubjekten* vorzunehmen ist.[362]

---

359 Zu alledem schon Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 289 f., m. w. H.; siehe auch ders., Möglichkeiten (FN 333), S. 8.

360 Vgl. IV.3.2.a) hievor.

361 So explizit Theo Guhl, Gesamthandsverhältnisse und deren grundbuchliche Behandlung, in: ZBJV LIII (1917), S. 15 (Kursivschrift im Original).

362 Wolf, Möglichkeiten (FN 333), S. 9. Ausführlich ders., Grundfragen (FN 25), S. 290 ff.

cc) Vertrag unter allen Miterben zur Aufhebung der erbengemeinschaftlichen Gesamtberechtigung

Wie dargelegt, sind an der Erbteilung als Rechtssubjekte ausschliesslich die einzelnen Erben beteiligt. Diese treten dabei – anders als bei einem Rechtsgeschäft, das sie alle zusammen mit einem Dritten oder auch einem einzelnen von ihnen abschliessen – je für sich allein, gewissermassen *atomisiert*, auf. Die Erbteilung erweist sich insofern als ein *Rechtsgeschäft unter sämtlichen Miterben* A, B und C, nicht aber als ein Rechtsgeschäft zwischen den gemeinschaftlich handelnden Erben A, B sowie C einerseits und einem Dritten bzw. A, B oder C allein andererseits.[363]

Wer dagegen von der Konzeption der Teilung als Übertragungsgeschäft von der Erbengemeinschaft bzw. von sämtlichen Erben auf einen einzelnen Erben ausgeht, behandelt die Erbteilung als gewöhnliche Handänderung.[364] Damit aber werden die zwischen einem allgemeinen Veräusserungsgeschäft – beispielsweise einem Kauf- oder Schenkungsvertrag, wie er zwischen allen Erben und einem Dritten oder auch zwischen allen Erben und einem unter ihnen möglich ist – und der Teilung als einem besonderen Vertrag zur *Aufhebung* der erbengemeinschaftlichen Gesamtberechtigung bestehenden Unterschiede übersehen.[365]

c) Ergebnis

Die Erbteilung ist als ein unter allen Erben abzuschliessendes Rechtsgeschäft zur Aufhebung der erbengemeinschaftlichen Gesamtberechtigung zu qualifizieren. Die dabei stattfindende Herstellung der Alleinberechtigung jedes Miterben erfolgt dadurch, dass hinsichtlich der je einem einzelnen Erben zugewiesenen Erbschaftsgegenstände jeweils alle anderen Miterben ihre (Gesamthand-) Berechtigung aufgeben. Im Ergebnis stellt damit der Erbteilungsvorgang eine *Rechtsaufgabe* dar.[366]

3.4. Zusammenfassung

a) Erbteilung als Rechtsaufgabe zur Herstellung einer Alleinberechtigung

Der anlässlich der Erbteilung stattfindende Vorgang ist nicht als Rechtsübertragung, sondern als *Rechtsaufgabe* zu qualifizieren.[367] Die Erbteilung enthält

363 Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 292, mit FN 1671.
364 Siehe denn dazu auch die Kritik von Kunz (FN 262), S. 127.
365 Zum Ganzen Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 292 f.; ders., Möglichkeiten (FN 333), S. 9 f.
366 Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 293; ders, Möglichkeiten (FN 333), S. 10.
367 IV.3.3.b)aa) hievor.

deshalb keine Veräusserung i. e. S. Als ein die Aufhebung der erbengemeinschaftlichen Gesamtberechtigung bewirkendes Rechtsgeschäft gehört sie lediglich zu den Veräusserungen i. w. S. [368]

Weil in der Erbteilung keine Rechte übertragen werden, liegt im Verhältnis zwischen den ihr (Gesamthands-)Recht aufgebenden Miterben und dem für ein bestimmtes Erbschaftsobjekt als künftiger Alleinberechtigter vorgesehenen einzelnen Erben kein Rechtserwerb und demnach auch keine Rechtsnachfolge oder Sukzession vor. Zwar folgt zeitlich in der Tat auf die erbengemeinschaftliche Berechtigung eine Individualberechtigung der Erben. Aber dieser Ablösung der Gesamthandsberechtigung aller Erben an sämtlichen Rechten des Nachlasses durch eine jeweilige alleinige Berechtigung je eines Erben an den ihm zugewiesenen Erbschaftsobjekten liegt eben die Aufgabe von Rechten zugrunde und nicht die Übertragung bzw. der Erwerb von solchen. Die Erbteilung ist somit *causa* nicht für einen Rechtserwerb, sondern vielmehr *für die Herstellung einer Alleinberechtigung*.[369]

b) Erbteilung als einzelrechtsbezogenes Rechtsgeschäft

Die Erbteilung gemäss Art. 634 ZGB bewirkt die Aufhebung der am ganzen Nachlass bestehenden erbengemeinschaftlichen Berechtigung und deren Ersetzung durch je eine Alleinberechtigung eines Erben an jeder einzelnen Erbschaftssache. Gegenstand der Erbteilung bildet somit *jedes im Nachlass befindliche, einzeln spezifizierte Recht*.[370]

4. *Konsequenzen aus der Konzeption der Erbteilung als einzelrechtsbezogene Aufgabe von Rechten*[371]

4.1. Überblick

Aus der Konzeption der Erbteilung als einer auf jedes einzelne Nachlassobjekt Bezug nehmenden Rechtsaufgabe ergeben sich verschiedene Konsequenzen. Diese bestehen einerseits darin, dass *die mit einer Rechtsübertragung im Allgemeinen verbundenen Folgen entfallen*.[372] Andererseits ergibt sich daraus, dass für die Herstellung der Alleinberechtigung der Erben eine *spezifizierte Verfügung für jedes einzelne Nachlassobjekt* notwendig ist.[373]

368 Vgl. auch Tuor/Schnyder (FN 23), S. 727, für welche die Erbteilung «einer Veräusserung ähnlich ist», mithin eben keine solche im eigentlichen Sinne darstellt.

369 Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 331. Siehe auch ders., Möglichkeiten (FN 333), S. 11.

370 Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 331; ders., Möglichkeiten (FN 333), S. 11.

371 Zum Folgenden insgesamt schon Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 332 ff.

372 IV.4.2. sogleich.

373 IV.4.3. hienach.

4.2. Entfallen der mit einer Rechtsübertragung verbundenen Folgen

a) Vorbemerkung

Stellt die Erbteilung keine Rechtsübertragung dar, so müssen alle mit einer solchen verbundenen Konsequenzen entfallen. Der Gesetzgeber selbst behandelt denn die Erbteilung – richtigerweise – in verschiedener Hinsicht auch ausdrücklich anders als eine Rechtsübertragung.[374]

b) Ausschluss der Möglichkeit des gutgläubigen Rechtserwerbs

Weil der Teilungsvorgang keine Übertragung von Rechten enthält, ist es ausgeschlossen, dass der einzelne Miterbe an den ihm in der Erbteilung zugewiesenen Sachen kraft guten Glaubens Eigentum erwerben kann.[375, 376] Denn Rechtsbegründung durch guten Glauben setzt eine Übertragung bzw. einen Erwerb des Eigentums voraus (vgl. Art. 714 Abs. 2 ZGB und Art. 933 ZGB für Mobilien, Art. 973 ZGB für Immobilien), und dieses Tatbestandserfordernis fehlt, wenn die Erbteilung nicht als Rechtsübertragung und -erwerb, sondern als Rechtsaufgabe zu qualifizieren ist.[377]

c) Kein Vorliegen eines Vorkaufsfalls

Da die Erbteilung als Rechtsaufgabe und nicht als Veräusserung i. e. S. zu qualifizieren ist, stellt sie keinen Vorkaufsfall dar. Der gesetzlich verankerte Ausschluss der «Zuweisung an einen Erben in der Erbteilung» von den Vorkaufsfällen (Art. 216c Abs. 2 OR) erweist sich somit ebenfalls unter dogmatischen Überlegungen als zutreffend, wenn auch im Grunde als überflüssig.[378]

---

374 Wer das Konzept der Erbteilung als Rechtsübertragung vertritt, sieht sich diesbezüglich einzuräumen veranlasst, dass der «Rechtsübergang» auf die Erben doch verschiedentlich als Vorgang behandelt wird, «der die Rechtsfolgen von Veräusserungen nicht auslöst»; vgl. so DRUEY (FN 139), § 16 Rz. 26. Wird die Erbteilung dagegen als Rechtsaufgabe verstanden, so ist es nichts als logisch, dass ihr die Folgen einer Übertragung bzw. Veräusserung i. e. S. nicht zukommen.

375 Wie hier gegen die Möglichkeit der Berufung des Erben auf seinen guten Glauben HERMANN BECKER, Berner Kommentar, Bd. VI: Das Obligationenrecht, II. Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–551 OR, Bern 1934, N. 6 zu Art. 192 OR; ebenso auch BECK (FN 105), S. 176, welcher dafür hält, die Frage, ob gutgläubiger Erwerb beim Teilungsgeschäft stattfinden könne, sei «wohl zu verneinen».

376 A. M. ZK-ESCHER (FN 99), N. 4 zu Art. 637 ZGB, der aus der von ihm vertretenen Konzeption der Erbteilung als Eigentumsübertragung konsequenterweise schliesst, der gute Glaube des Erben bei Übernahme der Sache bewirke, dass «auch Rechte, die der Erbengemeinschaft nicht zustanden, beim Käufer zur Entstehung kommen».

377 WOLF, Grundfragen (FN 25), S. 332 f.; DERS., Möglichkeiten (FN 333), S. 12 f.

378 WOLF, Grundfragen (FN 25), S. 333.

d) Besondere Gewährleistungsregeln (Art. 637 ZGB)

Weil die Erbteilung kein Rechtsübertragungsgeschäft darstellt, sind für sie eigene Gewährleistungsregeln vorzusehen. Der Gesetzgeber statuiert denn in Art. 637 ZGB zu Recht eine besondere Regelung der Gewährleistung unter Miterben. Diese fällt teilweise strenger aus als jene des Kaufvertrages (vgl. Art. 192 ff. OR, Art. 197 ff. OR und Art. 171 OR) als dem typischen Übertragungsgeschäft. Zutreffenderweise spricht der Wortlaut des Art. 637 Abs. 1 ZGB auch davon, dass die Miterben einander für Erbschaftssachen «wie» – und nicht etwa als – Käufer und Verkäufer haften. Miterben sind angesichts der unterschiedlichen Rechtsvorgänge, wie sie einem Kaufvertrag einerseits und einer Erbteilung andererseits zugrundeliegen, nicht als Käufer bzw. Verkäufer zu betrachten, sondern sie sind nur so zu behandeln, wie wenn sie es wären.[379]

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

Die für die Erbteilung die beiden Formen der Realteilung und des schriftlichen Teilungsvertrages vorsehenden Vorschriften des Art. 634 Abs. 1 bzw. Abs. 2 ZGB sind im Verhältnis zu der für den Vertrag auf Eigentumsübertragung an Grundstücken die öffentliche Beurkundung verlangenden Norm des Art. 657 Abs. 1 ZGB nicht als lex specialis zu qualifizieren.[380] Vielmehr handelt es sich bei Art. 634 Abs. 1 bzw. Abs. 2 ZGB und Art. 657 Abs. 1 ZGB um Bestimmungen, welche verschiedene Vorgänge – Rechtsaufgabe zur Auflösung einer bisher gemeinschaftlichen Berechtigung einerseits, Rechtsübertragung andererseits – regeln und insofern je selbständig nebeneinander stehen.[381]

f) Beschränkte Vinkulierbarkeit von Namenaktien

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

379 Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 333 f.

380 So aber implizit ZK-Escher (FN 99), N. 5 zu Art. 634 ZGB sowie N. 12 zu Art. 634 ZGB. Im gleichen Sinne auch BK-Tuor/Piceno ni (FN 17), N. 11 zu Art. 634 ZGB und N. 20 zu Art. 634 ZGB; ferner so Druey (FN 139), § 16 Rz. 25, wo Art. 634 Abs. 2 ZGB als Abweichung von Art. 216 OR dargestellt wird.

381 Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 334.

eine Ablehnung des aufgrund der Erbteilung auf die Aktien angewiesenen Miterben von vornherein ausgeschlossen (Art. 685d Abs. 3 OR).[382, 383]

4.3. Verfügung über jeden einzelnen Erbschaftsgegenstand

Die Erbteilung führt die Aufhebung der erbengemeinschaftlichen Berechtigung und deren Ersetzung durch eine Alleinberechtigung je eines Erben an jedem einzelnen Nachlassobjekt herbei. Gegenstand der Erbteilung ist folglich jede einzeln zu spezifizierende Erbschaftssache. Zur Bewirkung der Rechtsaufgabe bedarf es deshalb auch für jedes individualisierte Erbschaftsobjekt einer Verfügung. Das Spezialitätsprinzip ist uneingeschränkt anwendbar.[384]

5. *Der rechtsgeschäftliche Abschluss der Erbteilung*[385]

5.1. Grundsatz der freien Erbteilung[386]

In der konkreten Ausgestaltung der Erbteilung sind die Erben gemäss Art. 607 Abs. 2 ZGB grundsätzlich frei.[387] Im allseitigen Einverständnis können sie beliebig bestimmen, welchem Erben was zu welchem Wert auf Anrechnung seiner erbrechtlichen Ansprüche zugewiesen werden soll. Allerdings sind unter Umständen gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Teilungsvorschriften zu beachten.[388] Der Grundsatz der freien Erbteilung seinerseits ist an das Prinzip des ipso iure-Erwerbs der Erbschaft geknüpft.[389]

---

382 Vgl. Druey (FN 139), § 16 Rz. 26.

383 Wolf, Grundfragen (FN 25), S. 334 f.; ders., Möglichkeiten (FN 333), S. 14.

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

385 Zum Folgenden auch Wolf, Möglichkeiten (FN 333), S. 15 f.

386 Siehe zum Grundsatz der freien Erbteilung Tuor/Schnyder (FN 23), S. 675 f. und II.6.3.f) hievor.

387 Vorbehalten bleiben etwa Zerstückelungsverbote für Grundstücke, wie sie insbesondere im Bäuerlichen Bodenrecht bestehen.

388 Vgl. dazu auch Stephan Wolf, Grundstücke in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung, ZBJV 136 (2000), S. 278 f., mit Hinweisen auf Teilungsvorschriften insbesondere hinsichtlich von Immobilien S. 279 ff.

389 Dazu II.6.3.f) hievor.

5.2. Abschluss der Erbteilung durch Rechtsgeschäft[390]

a) Vorbemerkung

Für den Abschluss der rechtsgeschäftlichen Erbteilung stellt Art. 634 ZGB die zwei Möglichkeiten der *Realteilung*[391] und des *schriftlichen Teilungsvertrages*[392] zur Verfügung.[393] Beide Teilungsmodi sind gleichwertig.

b) Realteilung

Realteilung als Teilung von Hand zu Hand bedeutet Zusammenfallen von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft. Demgemäss besteht eine dem Verfügungsgeschäft vorangehende obligatorische Bindung nicht. Bindungswirkung tritt vielmehr erst mit Entgegennahme der Erbschaftssachen durch die einzelnen Erben ein (vgl. Art. 634 Abs. 1 ZGB). Für die «Entgegennahme» erforderlich ist die Vornahme der für jedes Nachlassobjekt nach Sachen- oder Obligationenrecht verlangten Verfügungshandlung. Realteilung kann daher umschrieben werden als *tatsächlich vollzogene Teilung*.[394]

c) Schriftlicher Teilungsvertrag

Im Gegensatz zur Realteilung existiert beim schriftlichen Teilungsvertrag ein Verpflichtungsgeschäft bereits vor der Verfügung. Bindungswirkung tritt mit der Unterzeichnung des Teilungsvertrages durch alle Erben ein. Der Teilungsvertrag bedarf der Schriftform, welche auch dann ausreichend ist, wenn im Teilungsvertrag Grundstücke zugewiesen oder andere dingliche Rechte an solchen begründet werden.[395] Die schriftliche Teilungsvereinbarung begründet die *obligatorische Verpflichtung* der Parteien, die zum Vollzug der Auseinandersetzung erforderlichen Handlungen nachfolgen zu lassen.[396] Die Erfüllung der Verpflichtung erfolgt durch Vornahme der jeweils nach Sachen-, Obligationen- oder sonstigem Vermögensrecht erforderlichen *Verfügung* über die einzelnen Nachlassobjekte.

---

390 Zum Folgenden Wolf, Grundstücke (FN 388), S. 281 ff.

391 IV.5.2.b) sogleich.

392 IV.5.2.c) hienach.

393 Vgl. auch Druey (FN 139), § 16 Rz. 18 ff.

394 ZK-Escher (FN 99), N. 3 f. zu Art. 634 ZGB; BK-Tuor/Piceno ni (FN 17), N. 5 f. zu Art. 634 ZGB.

395 BGE 118 II 397. Vgl. auch Tuor/Schnyder (FN 23), S. 722 f.

396 ZK-Escher (FN 99), N. 8 zu Art. 634 ZGB; BK-Tuor/Piceno ni (FN 17), N. 15 zu Art. 634 ZGB; BSK-Schaufelberger (FN 139), N. 32 zu Art. 634 ZGB.