

Formulierung der Rechtsbegehren bei Erbteilungsklagen und grundbuchliche Auswirkungen

von Dr. iur. Fabrizio Andrea Liechti, Rechtsanwalt und Notar, Bern

1. Ausgangslage

Bis zur Publikation von BGE 143 III 425 dürfte ein Rechtsbegehren bei einer Erbteilungsklage regelmässig wie folgt formuliert worden sein:

«*Es sei der Nachlass des am ... verstorbenen XY festzustellen und zu teilen.*»¹

Die gestützt auf dieses Rechtsbegehren anhängig gemachte Erbteilungsklage wurde grundsätzlich als Gestaltungsklage qualifiziert.²

- 1 Vgl. etwa CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Aufl., S. 118 f. oder STEPHAN WOLF/RICCARDO BRAZEROL, Grundsätze für die Vornahme der Erbteilung durch das Gericht, in: AJP 11/2016, S. 143. Diese Formulierung kann sich an eine langjährige Bundesgerichtspraxis anlehnen, welche gestützt auf die kantonalen Prozessordnungen ergangen ist; vgl. etwa BGer 5A_316/2009 E.1; 5A_654/2008 E.6.2; BGE 101 II 41 E.3a; 84 II 685 E.3. Ob solch ein abstraktes Begehren bei der Erbteilung auch unter dem Geltungsbereich der Eidgenössischen Zivilprozessordnung zulässig ist, wurde – soweit ersichtlich – vom Bundesgericht noch nicht beantwortet.
- 2 THOMAS SUTTER-SOMM, Die Bedeutung der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung für erbrechtliche Prozesse – eine verfahrensrechtliche Übersicht, in: successio 3/10, S. 171; PETER C. SCHAUFELBERGER/KATRIN KELLER LÜSCHER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015, N 2 zu Art. 604 ZGB; WOLF/BRAZEROL, (FN 1), S. 143; STEPHAN WOLF, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014, N 33 zu Art. 604 ZGB; STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/MARTINA BOSSHARDT/MORITZ B. KOCHER, Rechtsbegehren im Erbrecht, in: successio 1/18, S. 24. Zur Möglichkeit der Erhebung einer Leistungs- oder Feststellungsklage siehe STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Band IV: Erbrecht, 2. Teilband, 2. Teil, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Basel 2015, S. 208. Die Interpretation eines Erbteilungsurteils als Gestaltungsurteil verwickelt den z. B. in BGE 101 II 41 E.4.b statuierten Grundsatz, wonach das richterliche Erbteilungsurteil die Verteilung der Erbschaftsbestandteile (z. B. eines Grundstücks) auf einen einzelnen Erben durch die Vollzugsorgane unmittelbar zu ermöglichen hat, zumal ein Gestaltungsurteil erga omnes wirkt und keiner besonderen Vollstreckung bedarf, weil mit ihm die Erbteilung auch bereits vollzogen ist; vgl. dazu auch SPR IV/2-WOLF/GENNA, (ebd.), S. 209; BK-WOLF, (ebd.), N 40 f. zu Art. 604 ZGB und STEPHAN WOLF, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Habil. Bern 2004, Bern 2004, S. 122 ff. Bei einem entsprechenden Gestaltungsurteil findet für Grundstücke ein ausserbuchlicher Vorgang statt; vgl. STEPHAN WOLF, Grundstücke in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung, in: ZBJV 2000, S. 283. Erst das auf entsprechendes Gestaltungsbegehren hin ergehende Gestaltungsurteil vermag die bisher gemeinschaftliche Berechtigung aller Miterben am Nachlass in eine alleinige Berechtigung des die Teilung verlangenden einzelnen Erben an seiner Erbquote entsprechenden Erbschaftsobjekten zu überführen; vgl. BK-WOLF, (ebd.), N 39 zu Art. 604 ZGB.

Ein solch relativ unbestimmtes Rechtsbegehren wurde bisher namentlich dann als zulässig erachtet, wenn der Kläger aus zureichenden Gründen keine präziseren Anträge stellen konnte, weil der Beklagte beispielsweise seiner Auskunftspflicht bezüglich ausgleichungs- oder herabsetzungspflichtiger Tatbestände (noch) nicht nachgekommen war.³ Die Zulässigkeit eines solchen – für den Zivilprozess doch sehr offen formulierten Rechtsbegehrens – wurde unter anderem deshalb befürwortet, weil davon ausgegangen wurde, dass dem Richter, gestützt auf das materielle Erbrecht, ohnehin die Kompetenz zukommt, die Erbschaftsgegenstände selbständig nach objektiven Kriterien und gerichtlichem Ermessen den einzelnen Erben unmittelbar zuzuweisen.⁴

Dieses bisher weit verbreitete Verständnis der Erbteilungsklage und des Erbteilungsurteils hat durch das Urteil BGE 143 III 425 erheblich an Konturen gewonnen.⁵ Kernfrage dieses Urteils war, ob dem Gericht die Kompetenz zukommt, den Parteien direkt und ohne Befolgung der gesetzlichen Teilungsvorschriften, d. h. nach objektiven Kriterien und gerichtlichem Ermessen, die Lose zuzuweisen. In diesem Urteil hat das Bundesgericht zwar eine umfassende Zuweisungskompetenz des Teilungsrichters bejaht, jedoch ein Ermessen des Richters für die Frage, welche Erbschaftsobjekte an einen Erben zugewiesen werden, verneint.⁶ (Auch) eine direkte Zuweisung von gegebenenfalls gebildeten Losen nach eigenem richterlichem Ermessen bleibt damit ausgeschlossen.⁷ Für die Praxis resp. für die Formulierung zukünftiger Rechtsbegehren bei Erbteilungsklagen sind insbesondere die folgenden zwei Erwägungen aufschlussreich:

1. Das Bundesgericht hat – wie soeben dargelegt – festgehalten, dass dem Erbteilungsrichter für die Zuweisung von Erbschaftsgegenständen kein Ermessen zukommt. Dies bedeutet im Ergebnis, dass in den

3 BRÜCKNER/WEIBEL, (FN 1), S. 119; THOMAS WEIBEL, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl., Basel 2015, N 31 zu Art. 604 ZGB.

4 BK-WOLF, (FN 2), N 21 zu Art. 611 ZGB und PraxKomm-WEIBEL, (FN 3), N 8 zu Art. 611 ZGB, beide m. v. H.

5 Für eine Besprechung dieses Urteils wird verwiesen auf JEAN NICOLAS DRUEY, Zuweisung von Erbgegenständen durch das Los – kein alter Zopf (Kommentar zum Bundesgerichtsentscheid 5A_396/2015), in: ZGRG 03/17, S. 109 ff.

6 BGE 143 III 425 E. 5.5 und 5.10. In E. 5.3 hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Erbteilungsgericht gemäss Art. 610 ff. ZGB nur: «Lose zu bilden, zur Losziehung zu schreiten und Erbschaftsgüter, die weder geteilt noch einem Los zugewiesen werden können, zu verkaufen und den Erlös zu verteilen» hat.

7 BGE 143 III 425 E. 5.10.

meisten Fällen⁸ eine gerichtliche Erteilung entweder über ein Losbildungs- und Losziehungsverfahren oder über eine Versteigerung der Erbschaftsgegenstände mit Verteilung des Erlöses zu erfolgen hat. Die Zuweisung von Nachlassgegenständen nach gerichtlichem Ermessen (gestützt auf objektive Kriterien) bleibt ausgeschlossen⁹;

2. das Bundesgericht hat weiter festgehalten, dass die Verfahren auf gerichtliche Losbildung gemäss Art. 611 ZGB und auf Versteigerung gemäss Art. 612 ZGB *nur auf Antrag eines Erben* aufgenommen werden.¹⁰

Während in den letzten Jahren bei Erbteilungsprozessen die gerichtliche Bildung und Ziehung von Losen¹¹ eher eine Randerscheinung gefristet haben¹², dürfte sich dies gestützt auf das oben erwähnte Judikat ändern: Das bisher meistgebrauchte Rechtsbegehren bei Erbteilungsklagen, «*sei der Nachlass des am ... verstorbenen XY festzustellen und zu teilen*»¹³, wird diesen bundesgerichtlichen Erwägungen nur noch dann genügen, wenn der Erblasser gültige und umfassende Teilungsvorschriften erlassen oder ein gesetzlicher Sonderfall¹⁴ vorliegt *und* der Kläger aus zureichenden Gründen keine präziseren Anträge stellen kann, etwa weil der Beklagte seiner Auskunftspflicht bezüglich ausgleichungs- oder herabsetzungspflichtiger Tatbestände nicht nachgekommen ist. In sämtlichen anderen Fällen muss, gestützt auf die bundesgerichtlichen Erwägungen, davon ausgegangen werden, dass in der gerichtlichen Erteilung ein

8 Es bestehen gesetzliche Sonderfälle, welche eine direkte gerichtliche Zuweisung ohne Losbildung/-ziehung oder Versteigerung nach wie vor ermöglichen, so beispielsweise im bäuerlichen Erbrecht (Art. 11 Abs. 1 BGBB), im Eherecht betreffend eheliche Wohnung mit Hausrat (Art. 612a ZGB), bei Familienschriften und -objekten (Art. 613 Abs. 3 ZGB) sowie bei Vorliegen von umfassenden Teilungsanordnungen des *de cuius*.

9 Ebenso DRUEY, (FN 5), S. 110.

10 BGE 143 III 425 E. 4.7, m. w. H.

11 Unter «Lösen» versteht das Gesetz nicht die Erbteile, sondern «wertgleiche Häuflein» von Erbschaftsaktiven und -passiven; vgl. PraxKomm-WEIBEL, (FN 3), N 7 zu Art. 611 ZGB. Die Erben können sich jederzeit an die zuständige Behörde wenden, welche unter Berücksichtigung des Ortsgebrauches, der persönlichen Verhältnisse und der Wünsche der Mehrheit der Miterben Lose bildet (Art. 611 Abs. 2 ZGB). In einem zweiten Schritt kann – nach der Bildung der Lose – gemäss Art. 611 Abs. 3 ZGB die Verteilung der Lose nach Vereinbarung oder durch Losziehung unter den Erben erfolgen. Bei dieser «zuständigen Behörde» gemäss Abs. 2 handelt es sich nicht um ein Gericht.

12 So auch LIONEL HARALD SEEBERGER, Die richterliche Erteilung, Diss. Freiburg i. Ü. 1992, Freiburg i. Ü. 1992, S. 76 f. Auch PraxKomm-WEIBEL, (FN 3), N 5 zu Art. 611 ZGB hält fest, dass das System der Losbildung weitgehend «toter Buchstabe» geblieben ist.

13 Vgl. etwa BRÜCKNER/WEIBEL, (FN 1), S. 118 f. oder WOLF/BRAZEROL, (FN 2), S. 143.

14 Z. B. im bäuerlichen Erbrecht (Art. 11 Abs. 1 BGBB), im Eherecht betreffend eheliche Wohnung mit Hausrat (Art. 612a ZGB) sowie bei Familienschriften und -objekten (Art. 613 Abs. 3 ZGB); vgl. bereits FN 8 hiavor.

Losbildungs-/ziehungsverfahren oder eine Versteigerung der Nachlasswerte stattfinden wird. Aufgrund der bundesgerichtlichen Erwägung in E.4.7 und der dem Teilungsprozess inhärenten Dispositionsmaxime¹⁵, wird der teilungswillige Erbe im Rechtsbegehren überdies präzisieren müssen, ob er eine Losbildung/-ziehung oder eine Versteigerung verlangt. Bei einer fehlenden Präzisierung riskiert der Erbe eine Abweisung der Erbteilungsklage.

Dabei gilt es aber zu berücksichtigen, dass das *alleinige* Begehren um gerichtliche Losbildung/-ziehung in prozessualer Hinsicht problematisch ist.¹⁶ Dies, da die in Art. 611 ZGB normierten Losbildung und Losziehung

- 15 BGE 143 III 425 E.4.7, m.w.H. Ob dieser Grundsatz bei Erbteilungsklagen ausnahmslos zur Anwendung gelangt, ist noch nicht restlos geklärt; vgl. HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT/KOCHER, (FN 2), S.24.
- 16 In BGE 143 III 420 hielt das Bundesgericht in der E.5.9 fest: «*Demnach ist das Teilungsgericht dazu berufen, auf Antrag eines Erben hin Lose zu bilden (Art. 611 Abs. 2 ZGB). Einigen sich die Erben nicht über die Zuteilung der so gebildeten Lose – oder auf ein anderes Vorgehen –, so hat eine Losziehung gemäss Art. 611 Abs. 3 ZGB stattzufinden, wenn die Erben die Durchführung der Teilung und nicht lediglich die Behandlung einzelner Teilaspekte der Erbteilung verlangt haben.*». In der E.5.7.6 gab das Bundesgericht – ohne sich in der Sache dazu zu äussern – überdies eine jüngere Lehrmeinung wieder, welche postuliert, dass aufgrund der dem Erbteilungsprozess inhärenten Dispositionsmaxime das Gericht nicht von Amtes wegen, d. h. nicht ohne Antrag einer Partei, eine Losziehung anordnen dürfe. Mangels Antrag einer Partei müsse eine Losziehung diesfalls ausbleiben, selbst wenn dies aufgrund der materiellen Rechtslage angezeigt wäre (TARKAN GÖKSU, Die Rechtsbegehren der Erbteilungsklage, in: Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, Zürich 2014, S.145 f.). Generell führte das Bundesgericht in E.5.9 aus, dass der gesamte Art.611 ZGB – auch wenn dies nicht aus dem Gesetzestext hervorgeht – nicht bloss für die Teilungsbehörde sondern auch für das Gericht gelten soll. In Art.611 Abs.2 ZGB ist jedoch ein eigenständiger Anspruch auf Losbildung normiert. Soweit das Bundesgericht dem Erbteilungsrichter dieselbe Kompetenz wie der Teilungsbehörde zuweist und zudem eine jüngere Lehrmeinung referenziert, welche offenbar nicht ausschliesst, dass ein Gerichtsurteil auch bloss die Losbildung im Dispositiv festhalten kann, scheint es nicht ausgeschlossen zu sein, dass zukünftig Gerichtsdispositive verfasst werden, in welchen lediglich die gerichtlich gebildeten Lose wiedergegeben werden. Die Ziehung dieser Lose müsste dann in einem nächsten Schritt durch die Erben und bei Uneinigkeit derselben erneut über ein Gerichtsurteil erfolgen. Konkret scheint es gestützt auf die bundesgerichtlichen Erwägungen und der genannten Lehrmeinung nicht ausgeschlossen zu sein, dass ein Erbe beim Gericht nicht eine eigentliche Teilung, sondern bloss die Bildung von Losen i. S. v. Art. 611 Abs. 2 ZGB verlangen kann. Ob Art. 611 Abs. 2 ZGB tatsächlich einen entsprechenden Anspruch auf gerichtliche Bildung von Losen statuiert, wird an dieser Stelle stark angezweifelt, zumal der Gesetzestext von Art. 611 Abs. 2 ZGB das Gericht nicht ausdrücklich erwähnt und auch kein erdenkliches Rechtsschutzinteresse ersichtlich ist, das die Begründung eines solchen Anspruchs rechtfertigen könnte. Tatsächlich handelt es sich bei der blossen Bildung von Losen um eine blosses Vorbereitungshandlung zur Teilung, welche höchstens eine Anwartschaft *sui generis* herstellt und zur Erfüllung des Anspruchs keinen eigentlichen Beitrag leistet. Entsprechend bedarf die blosses Bildung von Losen auch nicht der Mitwirkung eines Gerichts. Selbst wenn entgegen der hier vertretenen Auffassung ein solcher materieller Anspruch auf

lediglich Vorbereitungshandlungen für die eigentliche Entgegennahme¹⁷ der Lose gemäss Art. 634 ZGB darstellen¹⁸, durch welche die Erbteilung erst vollzogen wird.¹⁹ Wird folglich lediglich die «Bildung» und/oder «Ziehung» von Losen verlangt, dann wird damit nicht auch zugleich die Teilung der Erbschaft angebeht und das Gericht dürfte bei einem solchen Rechtsbegehren infolge der Dispositionsmaxime auch keine Teilung vornehmen. Es ist folglich zu empfehlen, dass in einem ersten Begehren um Feststellung und Teilung des Nachlasses ersucht wird und (erst) anschliessend in einem eigenständigen Begehren der «Weg» zur Verwirklichung

(blosse) gerichtliche Losbildung bestehen sollte, ist zu berücksichtigen, dass gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei Erbteilungsklagen für sämtliche Begehren, welche nicht auf die eigentliche Teilung gerichtet sind, ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse bestehen (und nachgewiesen werden) muss; vgl. etwa BGer 5D_133/2010 vom 12. Januar 2011 E. 4.1. Diese Voraussetzung korreliert denn auch mit den zivilprozessualen Bestimmungen, welche eine gerichtliche Beurteilung eines materiellen Anspruchs nur bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses zulassen; vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO. Es ist wohl kaum eine Ausgangslage denkbar, bei welcher ein Erbe ein solches schutzwürdiges Interesse auf die blosse Bildung von Losen nachzuweisen vermag, da das Interesse des Erben gerade im Losbildungsverfahren stets auf die eigentliche Teilung (und damit auf die «Losziehung» und «Entgegennahme der Lose») gerichtet ist. So ist der Art. 611 ZGB systematisch denn auch unter dem Titel «Teilung der Erbschaft» eingegliedert. Selbst wenn – entgegen der hier vertretenen Meinung – ein eigenständiger materieller Anspruch auf blosse gerichtliche Losbildung bejaht werden sollte, dürfte demzufolge in den meisten Fällen auf ein entsprechendes Begehren mangels Rechtsschutzinteresse nicht eingetreten werden. Sollte dennoch ein Grundbuchamt dereinst mit einem Urteilsdispositiv konfrontiert sein, in welchem lediglich eine Losbildung vorgenommen wurde, dann könnte ein solches Dispositiv jedenfalls kein Rechtsgrundausweis für eine Eigentumseintragung darstellen, da dadurch weder ein Recht begründet noch ein Recht übertragen, sondern bloss eine Vorbereitungshandlung für die anschliessende Ziehung und Entgegennahme von Losen vorgenommen wird. Auch BRÜCKNER/WEIBEL, (FN 1), S. 107 verneinen die Zulässigkeit einer blossen gerichtlichen Losbildung und begründen dies in zutreffender Weise damit, dass die ausschliessliche Bildung von Losen nicht möglich sei, da dies die Parteien der Entscheidung «wer erhält was?» nicht näher bringt. Vgl. auch MARTIN EGCEL, Die Gerichtliche Erbteilung zwischen Erwägung und Zufall, Bemerkungen zu BGE 143 III 425, in: AJP 4/2018, S. 411, welcher einen solchen Anspruch auf blosse Losbildung im Ergebnis ebenfalls für dogmatisch kaum haltbar erachtet.

17 Entgegennahme bedeutet Vornahme der entsprechenden Verfügungsgeschäfte; vgl. SEEBERGER, (FN 12), S. 17.

18 EGCEL, (FN 16), S. 408; ebenso STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, N 1666.

19 So die h. L.: BsK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, (FN 2), N 3 zu Art. 634 ZGB; ARNOLD ESCHER/ARNOLD ESCHER, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537–640, 3. Aufl., Zürich 1960, N 15 zu Art. 611 ZGB und N 4 zu Art. 634 ZGB; PETER TUOR/VITO PICENONI, Berner Kommentar, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 2. Aufl., Bern 1964, N 6 zu Art. 611 ZGB; BK-WOLF, (FN 2), N 9 zu Art. 611 ZGB; a. A. PraxKomm-MABILLARD, (FN 3), N 8 zu Art. 634 ZGB, für den keine solche Dreiteilung besteht und mit den in Art. 611 und 634 ZGB normierten Begriffspaaren dieselben Handlungen bezeichnet werden.

dieses Anspruchs (Bildung, Ziehung und Zuweisung von Losen) präzisiert wird. Geht aus dem Rechtsbegehren (oder zumindest aus der Klagebegründung²⁰) nicht hervor, dass (auch) die Teilung des Nachlasses verlangt wird, dann kann ein Rechtsbegehren um Losbildung und Losziehung zu keiner gerichtlichen Erbteilung führen. Allenfalls könnte in einem solchen Fall das Rechtsbegehren zusammen mit der Klagebegründung als Klage um Mitwirkung bei der Erbteilung ausgelegt werden.²¹

Worin liegt im Ergebnis der Unterschied, ob eine Erbteilung oder eine Klage um Mitwirkung bei der Erbteilung vorliegt?

- Bei einer Erbteilungsklage stellt das Gericht durch ein Gestaltungsurteil²² die alleinige Berechtigung des die Teilung verlangenden einzelnen Erben an seiner Erbquote entsprechenden Erbschaftsobjekten her und erfüllt damit den Erbteilungsanspruch.²³
- Bei der Klage um Mitwirkung an der Erbteilung ergeht demgegenüber ein Leistungsurteil, bei dem der Teilungsanspruch insoweit präzisiert wird, dass dieser nunmehr z. B. auf die Zuweisung des Gegenstandes X gerichtet ist. Das Urteil entfaltet in solchen Fällen eine ähnliche Wirkung wie ein Erbteilungsvertrag.²⁴

Das Teilungsurteil (als Gestaltungsurteil) geht damit insoweit über das Leistungsurteil, welches den Miterben zur Mitwirkung an der Erbteilung verpflichtet, hinaus, als dass beim Teilungsurteil die weiteren Vollzugshandlungen (z. B. Eintragung im Grundbuch) auf der Ebene des Verfügungsgeschäfts entfallen, weil es zu einer unmittelbaren Herstellung von Alleinberechtigung der jeweiligen Miterben kommt.²⁵

20 Rechtsbegehren sind im Lichte der Begründung auszulegen; vgl. BGE 137 III 617 E. 6.2; BGE 137 II 313 E. 1.3; BGE 135 I 119 E. 4; BGE 134 III 235 E. 2; BGE 106 II 175.

21 Sofern ein Erbe seiner realobligatorischen Verpflichtung zur Mitwirkung an der Erbteilung nicht nachkommt, kann jeder Erbe mittels einer Leistungsklage durchsetzen, dass der renitente Miterbe zu einem Tun – nämlich zur Mitwirkung bei der Erbteilung – verurteilt wird; vgl. BK-WOLF, (FN 2), N 16 ff. und 37 f. zu Art. 604 ZGB.

22 Diese weitgehende Adjudikationsmöglichkeit mit Gestaltungswirkung des Erbteilungsurteils ist gesetzlich eigentlich nicht vorgesehen und beruht allein auf richterlicher Rechtsfortbildung; vgl. dazu tiefgreifend EGGEL, (FN 16), S. 419 sowie Kap. 2./b./aa. hiernach. Bei einem solchen Urteil handelt es sich um ein sog. materiellrechtliches Gestaltungsurteil, welches zu einer Veränderung einer materiellrechtlichen Rechtsbeziehung führt. Vgl. zur Unterscheidung zwischen prozessrechtlichem und materiellrechtlichem Gestaltungsurteil MIGUEL SOGO, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren, Diss. Zürich 2007, Zürich 2007, S. 46 f.

23 BK-WOLF, (FN 2), N 39 zu Art. 604 ZGB.

24 Vgl. dazu hiernach Kap. 2./c./i.

25 EGGEL, (FN 16), S. 412.

In den nachfolgenden Erwägungen soll auf die grundbuchlichen Unterschiede dieser Urteilswirkungen näher eingegangen werden (Kap. 2). Zum Abschluss wird eine Formulierung für mögliche Rechtsbegehren einer Erbteilungsklage mit Gestaltungswirkung vorgeschlagen, welche die in BGE 143 III 425 enthaltenen Erwägungen berücksichtigt (nachfolgend Kap. 3).

2. (Grundbuchrechtliche) Relevanz der Rechtsbegehren im Erbteilungsprozess

a. Einleitung

Der Erbteilungsprozess wird durch die Dispositionsmaxime beherrscht.²⁶ Aus den Rechtsbegehren der Parteien kann sich folglich eine Einschränkung der Kompetenz des Teilungsgerichts ergeben. Zwar hat das Bundesgericht im jüngst ergangenen Judikat BGE 143 III 420 die konkreten Auswirkungen der Dispositionsmaxime ausdrücklich offengelassen und namentlich nicht beantwortet, ob der Erbteilungsrichter auch zu einem Ergebnis gelangen kann, das von keinem Miterben beantragt worden ist.²⁷ Es hat jedoch in derselben Erwägung ausgeführt, dass das Verfahren auf gerichtliche Losziehung gemäss Art. 611 ZGB nur auf Antrag eines Erben aufgenommen wird.

Es ist demzufolge im konkreten Einzelfall anhand des Klagefundamentes vom Gericht zu beurteilen, ob es eine Teilungsklage (Gestaltungsurteil) oder eine Klage auf Mitwirkung an der Erbteilung (Leistungsurteil) zu beurteilen hat.²⁸

²⁶ BGE 143 III 425 E. 4.7, m.w.H.

²⁷ BGE 143 III 425 E. 4.7, m.w.H.

²⁸ BGer 5D_133/2010 vom 12. Januar 2011 E. 4.3.1.; ebenso BK-WOLF, (FN 2), N 34 zu Art. 604 ZGB, wonach das Gericht je nach Begehren die Erbteilung durch Gestaltungsurteil selber vornimmt oder mittels Leistungs- oder Feststellungsurteil bestimmt, wie zu teilen ist, und die Durchführung den beteiligten Miterben oder einer Behörde überlässt.

b. Erbteilungsurteil als Rechtsgrundausweis

aa. Rechtsnatur des Erbteilungsurteils (mit Losbildung und Losziehung)

Die Möglichkeit zur Erhebung einer Gestaltungsklage muss sich grundsätzlich²⁹ aus dem materiellen Recht ergeben.³⁰ Das materielle Recht muss den Berechtigten mit anderen Worten ermächtigen, unmittelbar sowie mit dinglicher Wirkung auf Zusprechung des Eigentums zu klagen.³¹ Für die Erbteilungsklage wird diese Möglichkeit zur Erhebung einer Gestaltungsklage von der Lehre aus Art. 604 ZGB abgeleitet.³² Richtigerweise gibt es eigentlich aber keine gesetzliche Grundlage für ein solch weites gerichtliches Ermessen bei Erbteilungsprozessen.³³ Der Umstand, dass bei Erbteilungsprozessen ein Gestaltungsurteil mit unmittelbar-dinglicher Wirkung zulässig ist, beruht allein auf richterlicher Rechtsfortbildung.³⁴ Dasselbe gilt auch für Erbteilungsklagen, bei welchen im Rechtsbegehren die Bildung und Ziehung von Losen verlangt wird, sofern zumindest aus dem Klagefundament ersichtlich ist, dass die Teilung des Nachlasses begehrt wird.³⁵ Die gerichtliche Zuweisung der gebildeten und gezogenen Lose substituiert in einem solchen Fall die «Entgegennahme» der Lose durch die Erben und zeitigt unmittelbar-absolute Wirkung.³⁶ Das Gestaltungs-

29 Zu den Ausnahmen resp. zu den Möglichkeiten einer rechtsgeschäftlichen Begründung eines Gestaltungsklagerechts vgl. ALEXANDER MARKUS, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art.1–149 ZPO, Bern 2013, N 6 zu Art. 87 ZPO; MARC WEBER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 2 f. zu Art. 87 ZPO.

30 PAUL OBERHAMMER, in: Paul Oberhammer et al. (Hrsg.), Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, N 1 zu Art. 87 ZPO; BK-MARKUS, (FN 29), N 5 ff. zu Art. 87 ZPO; BsK ZPO-Weber, (FN 29), N 3 zu Art. 87 ZPO.

31 Ein klassisches Anwendungsbeispiel ist die Realexekution eines Grundstückkaufvertrages, bei welchem Art. 665 Abs.1 ZGB eine solche Gestaltungsklage explizit vorsieht; vgl. BK-MARKUS, (FN 29), N 16 zu Art. 87 ZPO; BsK ZPO-WEBER, (FN 29), N 10 zu Art. 87 ZPO; BsK ZGB II-REY/STREBEL, (FN 2), N 4 ff. zu Art. 665 ZGB; THOMAS SUTTER-SOMM, in: Thomas Sutter-Somm, Band V: Sachenrecht, 1. Teilband: Eigentum und Besitz, in: Thomas Sutter-Somm (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2014, N 584.

32 BK-WOLF, (FN 2), N 39 ff. zu Art. 604 ZGB; PraxKomm-WEIBEL, (FN 3), N 3 zu Art. 604 ZGB; BsK ZGB II-SCHAUFFELBERGER/KELLER LÜSCHER, (FN 2), N 2 zu Art. 634 ZGB.

33 Anders als z. B. für Immobilien in Art. 665 Abs. 2 ZGB erwähnt der Gesetzeswortlaut von Art. 604 ZGB keine solch weitgehende Gestaltungskompetenz des urteilenden Gerichts.

34 EGGEL, (FN 16), S. 419, m.w. H. und bereits FN 22 hiavor.

35 Vgl. dazu Kap. 1 hiavor. Dass ein Gestaltungsurteil auch bei gerichtlicher Losbildung und Losziehung zulässig sein muss, ergibt sich auch aus BGE 143 III 425, dem offenbar ein Gestaltungsurteil zugrunde lag. Im Ergebnis gleich BK-WOLF, (FN 2), N 81 zu Art. 604 ZGB.

36 In der Rechtsprechung wurde die umfassende Zuweisungskompetenz des Erbteilungsgerichts stets bejaht; vgl. zuletzt BGE 143 III 425 E. 5. 5.

urteil bewirkt damit grundsätzlich im Zeitpunkt des Eintritts seiner formellen³⁷ Rechtskraft³⁸ unmittelbar die begehrte Änderung der Rechtslage, womit in diesem Zeitpunkt die Rechtsaufgabe³⁹ sämtlicher Miterben an dem Erbschaftsobjekt erfolgt, das dem Alleinberechtigten durch gerichtliche Zusprechung zugewiesen wurde.⁴⁰

Im Gegensatz zu Leistungs- und Feststellungsurteil bewirkt das Gestaltungsurteil gleichsam eine unmittelbare Änderung der materiellen Rechtslage, womit es keiner Vollstreckung bedarf.⁴¹ Mit dem Judikat wird mit anderen Worten das Gesamteigentum unmittelbar in das Alleineigentum des Erben, die Gesamtzuständigkeit in die Alleinzuständigkeit überführt.⁴² Mit der Gestaltungsklage kann demzufolge die Pflicht jedes Miterben auf Mitwirkung an der Vornahme der Erbteilung unmittelbar rechtsgestaltend durchgesetzt werden.⁴³ Die mit der Erbteilungsklage angestrebte Einzelzuständigkeit der einzelnen Erben wird damit unmittelbar hergestellt. Für Grundstücke handelt es sich demnach um einen Anwendungsfall des relativen Eintragungsprinzips.⁴⁴

37 SPR V/1-SUTTER-SOMM, (FN 31), N 584; BsK ZGB II-STREBEL/LAIM, (FN 2), N 46 zu Art. 656 ZGB.

38 Die formelle Rechtskraft eines Entscheids tritt ein, wenn er mit keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr angefochten werden kann, und sie bleibt bestehen, solange sie nicht durch ein ausserordentliches Rechtsmittel (z. B. die Beschwerde) bzw. den ein solches gutheissenden Entscheid wieder aufgehoben wird; vgl. MARTIN STERCHI, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 ZPO und Art. 400–406 ZPO, Bern 2012, N 2 zu Art. 315 ZPO.

39 Nach zutreffender Auffassung ist die Erbteilung nicht als Rechtsübertragung, sondern als Rechtsaufgabe zu verstehen; vgl. WOLF, (FN 2), S. 288 ff. Dies, da von einer Übertragung nur dann zu sprechen ist, wenn es zu einem vollständigen Subjektwechsel kommt, nicht aber bei einem bloss teilweisen. Da der künftig einzelnberechtigte Erbe nicht erst mit der Erbteilung, sondern gemäss Art. 560 ZGB bereits mit dem Erbgang zusammen mit seinen Miterben rechtszuständig geworden ist, liegt bei der nachfolgenden Erbteilung gerade keine Übertragung, sondern eine Rechtsaufgabe vor. Die Rechtsaufgabe bei der Erbteilung erfolgt – als Ausfluss des Gesamthandprinzips – durch Verzicht zu gesamter Hand, d. h. durch Verzicht sämtlicher Erben (unter Einbezug desjenigen Erben, der den zuzuweisenden Nachlassgegenstand nicht aufgibt und daran allein zuständig werden soll).

40 Generell zum Eigentumsübergang bei Gestaltungsurteilen BsK ZGB II-REY/STREBEL, (FN 2), N 11 zu Art. 665 ZGB; ULRICH ZELGER, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018, N 16 zu Art. 656 ZGB; für das Erbteilungsurteil im Besonderen BK-WOLF, (FN 2), N 39 zu Art. 604 ZGB, wonach das rechtskräftige Gestaltungsurteil die mit einer Erbteilung verbundenen Rechtsänderungen mit unmittelbar-absoluter Wirkung herbeiführt. Ebenso GÖKSU, (FN 16), S. 136.

41 BK-MARKUS, (FN 29), N 22 zu Art. 87 ZPO.

42 GÖKSU, (FN 16), S. 136.

43 Vgl. etwa BGE 120 III 550 E. 2.1.1. Für die Lehre statt vieler EGGEL, (FN 16), S. 412.

44 SPR V/1-SUTTER-SOMM, (FN 31), N 584; BsK ZGB II-REY/STREBEL, (FN 2), N 10 f. zu Art. 665 ZGB; GÖKSU, (FN 16), S. 136.

Der Moment der Rechtsaufgabe sämtlicher Miterben und Begründung der Alleinberechtigung eines ehemaligen Miterben knüpft am Begriff der «formellen Rechtskraft» an⁴⁵, welcher eine blossе Eigenschaft des Entscheids darstellt: Er umschreibt den Umstand, dass ein Entscheid mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbar ist.⁴⁶

Der neu Alleinberechtigte kann anschliessend kraft des formell rechtskräftigen Entscheids beim Grundbuchamt von sich aus die deklaratorische⁴⁷ Grundbucheintragung⁴⁸ erwirken (Art. 963 Abs. 2 ZGB).⁴⁹

bb. Der Rechtsgrundausweis⁵⁰

Bei *ausserbuchlichen* Eigentumsübergängen (Analoges gilt für die vorliegende Rechtsaufgabe durch die Miterben) ist dem Grundbuchamt als Rechtsgrundausweis jener Beleg einzureichen, welcher im grundbuchlichen Eintragungsverfahren nachzuweisen vermag, dass eine materielle Rechtslage vorliegt, welche nicht mit der im Grundbuch wiedergegebenen Eigentumslage in Einklang steht.⁵¹ Folgerichtig hält Art. 65 Abs. 1 lit. e GBV fest, dass dem Grundbuchamt als Rechtsgrundausweis das Gestaltungsurteil einzureichen ist, welches mit der Rechtskraftbescheinigung versehen sein muss.

Diese Rechtskraftbescheinigung hat zu bestätigen, dass der Entscheid nicht mit einem ordentlichen Rechtsmittel anfechtbar ist. Im Einzelnen:

45 SPR V/1-SUTTER-SOMM, (FN 31), N 584; BsK ZGB II-STREBEL/LAIM, (FN 2), N 46 zu Art. 656 ZGB.

46 BK-KILLIAS, (FN 38), N 26 zu Art. 236 ZPO; BK-STERCHI, (FN 38), N 2 zu Art. 315 ZGB; KUKO ZPO-OBERHAMMER, (FN 30), N 27 zu Art. 236 ZPO; BsK ZPO-STECK/BRUNNER, (FN 29), N 32 zu Art. 236 ZPO.

47 GÖKSU, (FN 16), S. 136.

48 Im hier verstandenen Sinn bezieht sich der Begriff «Eigentumseintrag» auf das Ergebnis des grundbuchlichen Eintragungsverfahrens, d.h. der im Hauptbuch stattfindenden Eigentumseintragung. Zu den Begriffen «Eintragung» und «Eintrag»: Sofern der Gesetzgeber den Begriff der «Eintragung» verwendet, wird damit die Tätigkeit (d.h. der formelle Vorgang) der vorzunehmenden Änderung im Grundbuch gemeint (vgl. etwa Art. 967 Abs. 1 ZGB). Unter dem Begriff «Eintrag» ist demgegenüber das Ergebnis, welches im Grundbuch vollzogen ist, zu verstehen (vgl. etwa Art. 973 ZGB). Vgl. zum Ganzen auch ROLAND PRÄFFLI, Der Ausweis für die Eigentumseintragung im Grundbuch, Diss. St. Gallen 1999, Langenthal 1999, S. 2 f.

49 SPR V/1-SUTTER-SOMM, (FN 31), N 584; BsK ZGB II-REY/STREBEL, (FN 2), N 10 zu Art. 665 ZGB.

50 Vgl. zum Rechtsgrundausweis für Eigentumseintragungen bei Gestaltungsurteilen generell FABRIZIO ANDREA LIECHTI, Der Rechtsgrundausweis für Eigentumseintragungen im Grundbuch, unter besonderer Berücksichtigung der notariellen Sorgfaltspflichten, Diss. Bern 2016, Bern 2017, S. 235 ff.

51 LIECHTI, (FN 50), S. 45 ff.

- Sofern das erstinstanzliche Gestaltungsurteil *berufungsfähig* i.S.v. Art. 308 ff. ZPO ist, sieht Art. 315 Abs. 3 ZPO⁵² vor, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung bei Gestaltungsentscheiden unzulässig ist. Diese Anordnung gilt ausnahmslos, womit bei Berufungen gegen Gestaltungsurteile stets deren Rechtskraft und deren Vollstreckbarkeit gehemmt werden.⁵³ Die formelle Rechtskraft – und damit die Rechtsaufgabe sämtlicher Miterben und Begründung der Alleinberechtigung eines vormaligen Miterben – tritt in solchen Konstellationen frühestens bei einem Verzicht auf die Berufung⁵⁴, bei unbenutztem Ablauf der Berufungsfrist⁵⁵, bei Dahinfallen des Rechtsmittels⁵⁶ oder bei Rückzug der Berufung⁵⁷ ein. Die Rechtsaufgabe der Miterben resp. die zukünftige Alleinberechtigung und die formelle Rechtskraft treten demnach bei berufungsfähigen Gestaltungsentscheiden aufgrund der Bestimmung von Art. 315 Abs. 3 ZPO stets im gleichen Zeitpunkt ein.
- Steht demgegenüber lediglich das (ausserordentliche)⁵⁸ Rechtsmittel der *Beschwerde* zur Verfügung⁵⁹, tritt die formelle Rechtskraft bereits mit der Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids ein.⁶⁰ Die Rechtsaufgabe der Miterben erfolgt in diesem Fall bereits im Moment der Eröffnung dieses Entscheids ausserbuchlich *uno actu* und *ipso iure*. Sollte jedoch anschliessend fristgerecht eine Beschwerde erhoben und dann gutgeheissen werden, wird die formelle Rechtskraft wieder aufgehoben resp. vernichtet.⁶¹ Fraglich ist nun, was vorzukehren ist, wenn bei Vorliegen eines beschwerdefähigen erstinstanzlichen Gestaltungsentscheids gestützt auf die mit der Entscheideröffnung einhergehende formelle Rechtskraft in Anwendung von Art. 65 Abs. 1 lit. e GBV i.V.m. Art. 965 Abs. 3 ZGB die Eigentumseintragung beim Grundbuchamt bereits vorgenommen wurde und anschliessend der Beschwerdeentscheid den erstinstanzlichen Entscheid und damit auch die formelle

52 Vgl. die analoge Bestimmung für das Verfahren vor dem Bundesgericht in Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG.

53 BK-STERCHI, (FN 38), N 12 zu Art. 315 ZPO; KUKO ZPO-BRUNNER, (FN 30), N 7 zu Art. 315 ZPO.

54 BK-STERCHI, (FN 38), N 3 ff. zu Art. 315 ZPO.

55 BK-STERCHI, (FN 38), N 4 f. zu Art. 315 ZPO.

56 BK-STERCHI, (FN 38), N 8 zu Art. 315 ZPO.

57 BK-STERCHI, (FN 38), N 6 zu Art. 315 ZPO.

58 BK-STERCHI, (FN 38), N 1 zu Art. 319 ZPO.

59 Z. B. weil der Streitwert bei einem nicht sehr werthaltigen Grundstück weniger als CHF 10000.00 beträgt (was etwa im Anwendungsbereich des bäuerlichen Bodenrechts nicht allzu unüblich ist); vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO.

60 BK-STERCHI, (FN 38), N 1 zu Art. 325 ZPO.

61 BK-STERCHI, (FN 38), N 1 zu Art. 325 ZPO und N 2 zu Art. 315 ZPO.

Rechtskraft sowie die damit einhergegangene Rechtsaufgabe der Miterben aufhebt: Da der gutheissende Beschwerdeentscheid die formelle Rechtskraft vernichtet⁶², muss davon ausgegangen werden, dass mit Wirkung *ex tunc* die durch die Gestaltungsklage begehrte Rechtsaufgabe nicht stattgefunden hat und der Grundbucheintrag damit nicht mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt. Da es sich um einen von Anfang an ungerechtfertigten Eintrag handelt, bedarf es einer Grundbuchberichtigung i.S.v. Art. 975 ZGB.⁶³ Die ursprünglich rechtsaufgebenden Miterben müssten damit (zumindest wenn ein kassatorischer Beschwerdeentscheid ergeht) grundsätzlich eine Grundbuchberichtigungsklage auf Richtigstellung des Grundbuchs erheben und anschliessend das (rechtskräftige) Feststellungsurteil⁶⁴ als Rechtsgrundausweis beim Grundbuchamt einreichen.⁶⁵ In der Regel wird es aber zweckmässiger sein, dass die Miterben abwarten, bis der kassierte Entscheid neu beurteilt und rechtskräftig abgeurteilt wurde, damit dann dieser neue, rechtskräftige Entscheid (Gestaltungsurteil) als Rechtsgrundausweis eingereicht werden kann. In solchen Fällen wird es wohl regelmässig ratsam sein, dass die Miterben mittels einer vorsorglichen Massnahme im summarischen Verfahren (Art. 261ff. ZPO) eine Verfügungsbeschränkung i.S.v. Art. 960 Abs.1 Ziff.1 i.V.m. 961 Abs.1 Ziff.1 ZGB beim Grundbuchamt vormerken lassen, bis der materiell unrichtige Grundbucheintrag berichtigt wird.

62 BK-STERCHI, (FN38), N1 zu Art. 325 ZPO.

63 Die Grundbuchberichtigungsklage ist ausschliesslich darauf gerichtet, von Anfang an ungerechtfertigte Einträge zu korrigieren; vgl. BsK ZGB II-SCHMID, (FN2), N2 zu Art. 975 ZGB; HENRI DESCHENAUX, in: Henri Deschenaux (Hrsg.), Band V: Sachenrecht, 3. Teilband: Das Grundbuch, 2. Abteilung (Deutsche Übersetzung von Franz Weber), in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Basel 1989, S. 818. Eine blosser Berichtigung nach Art. 977 ZGB, welche nur der Zustimmung der Parteien bedürfte, ist nicht zulässig, da es sich beim unrichtigen Eintrag um einen «gewollten» Eintrag handelt, d.h. kein «Versehen» vorliegt; vgl. SPR V/3, II-DESCHENAUX, (FN63), S. 890.

64 Bei der Grundbuchberichtigungsklage handelt es sich um eine materielle, zivilrechtliche Feststellungsklage; vgl. BsK ZGB II-SCHMID, (FN2), N6 zu Art. 975 ZGB.

65 Vgl. zum Rechtsgrundausweis für Eigentumseintragungen bei Feststellungsurteilen LIECHTI, (FN50), S. 239.

c. Auf Mitwirkung an der Erbteilung gerichtetes Rechtsbegehren als Rechtsgrundausweis

aa. Rechtsnatur des auf Mitwirkung an der Erbteilung lautenden Urteils

Sofern vom Gericht die Bildung und Ziehung von Losen verlangt wird, ohne dass zugleich auch eine Erbteilung, d. h. die Überführung von gewissen Nachlassaktiven in die Alleinberechtigung des klagenden Erben, beantragt wurde, wird im Ergebnis die Mitwirkung der beklagten Miterben an der Erbteilung begehrt.⁶⁶

Die fehlende Mitwirkung an der Erbteilung wird dann durch die gerichtliche Anordnung substituiert. Mit dem Urteil wird nur – aber immerhin – der schriftliche Teilungsvertrag, der aber noch des dinglichen Vollzugs bedarf, ersetzt.⁶⁷ Mit dem entsprechenden Judikat werden sämtliche Miterben mit Ausnahme des künftigen Alleinberechtigten zur Rechtsaufgabe an dem diesem zuzuweisenden Erbschaftsobjekt *verpflichtet* und dem künftigen Alleinberechtigten kommt zugleich das Recht zu, die Rechtsaufgabe betreffend diesen Gegenstand verlangen zu können.⁶⁸ Dabei wird mit dem Gerichtsurteil nicht eigentlich eine wirklich neue Verpflichtungslage geschaffen, sondern bloss der den Erben je individuell zustehende jederzeitige Anspruch auf Teilung der Erbschaft (welcher in Art. 604 Abs. 1 ZGB normiert ist) konkretisiert. Dieses Urteil führt jedoch allein zu einer obligatorischen Bindung der Erben; d. h. das Urteil ersetzt den Erbteilungsvertrag.⁶⁹ Um die beabsichtigte Einzelzuständigkeit der einzelnen Erben herzustellen, muss die im gerichtlichen Urteil präzierte Verpflichtungslage aber noch mittels Verfügung erfüllt werden. Mit diesem Leistungsurteil erfolgt mit anderen Worten noch keine Rechtsaufgabe der Miterben und Begründung einer Alleinberechtigung.⁷⁰ Es findet gleichsam kein ausserbuchlicher Vorgang statt. Der gesetzliche Teilungsanspruch

66 Sofern ein Erbe seiner realobligatorischen Verpflichtung zur Mitwirkung an der Erbteilung nicht nachkommt, kann jeder Erbe den Erbteilungsanspruch mittels einer Leistungsklage durchsetzen, in welcher er die Verurteilung des renitenten Miterben zu einem Tun – nämlich zur Mitwirkung bei der Erbteilung – verlangt; vgl. BK-WOLF, (FN 2), N 16 ff. und 37 f. zu Art. 604 ZGB.

67 Gleicher Auffassung EGGEL, (FN 16), S. 412.

68 STEPHAN WOLF/MARTIN EGGEL, Erbteilung und Kaufvertrag unter Miterben, Abgrenzung der Zuweisung von Erbschaftsgegenständen durch Erbteilung von derjenigen durch Kaufvertrag, in: Roland Fankhauser/Corinne Widmer Lüchinger/Rafael Klingler/Benedikt Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich/Basel/Genf 2016, Zürich 2016, S. 974.

69 EGGEL, (FN 16), S. 412.

70 Im Ergebnis gleich (für die Rechtsübertragung) LIECHTI, (FN 50), S. 194 f.

ist damit noch nicht vollständig erfüllt, aber die Teilung ist in einem solchen Fall verbindlich obligatorisch festgesetzt. Ob im Einzelfall am Erlass eines solchen Urteils über eine Vorstufe zur definitiven Teilung resp. einem solchen Zwischenschritt überhaupt ein zureichendes Rechtsschutzinteresse besteht, ist jedoch fraglich (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) und wohl tendenziell zu verneinen.⁷¹

Generell sind die Rechtsnatur und die Folgen eines solchen Urteils in prozessualer Hinsicht unklar und bedürften einer eingehenden prozessrechtlichen Analyse, welche vorliegend nicht erfolgen kann. Tatsächlich tritt durch diese gerichtliche Substituierung eines Erbteilungsvertrags ein zivilrechtlich sehr seltener Fall ein, in welchem ein Gericht durch sein Urteil rechtsgestaltend eine Verpflichtungslage zur Entstehung bringt (der Teilungsanspruch wird konkretisiert). Vergleichbar ist diese Situation am ehesten mit derjenigen eines Kaufvorvertrages, bei welcher eigentlich erst durch gerichtlichen Abschluss des nachfolgenden Hauptvertrages eine Verpflichtungslage entsteht, bei der auf Vollstreckung in natura geklagt werden kann. In aller Regel verurteilt in solchen Fällen das angerufene Gericht zwecks Vermeidung einer Klageverdoppelung dennoch in Anwendung der sog. Einstufentheorie direkt auf Vollstreckung des Hauptvertrages in natura.⁷² In der Literatur wird demgegenüber noch immer die Auffassung vertreten – und das Bundesgericht hat dieses Vorgehen noch im Jahr 2005 geschützt⁷³ –, dass in einem ersten Schritt auf Abschluss des Hauptvertrages geklagt werden soll und dann, sofern der durch das Urteil Verpflichtete die Grundbuchanmeldung verweigert, erneut beim Gericht auf Durchsetzung des ersten Urteils geklagt werden muss (zweistufiges Vorgehen gemäss der Zweistufentheorie).⁷⁴

Es ist damit unklar, ob das Bundesgericht bei einem Urteil, das auf Mitwirkung an der Erbteilung lautet und auf diese Weise den Erbteilungsvertrag substituiert, eine direkte Anweisung des Gerichts an das Grundbuchamt i.S.v. Art. 344 Abs. 2 ZPO zulassen würde (analoge Anwendung der Einstufentheorie) oder ob – bei Weigerung der durch die neue Verpflichtungslage zu der Rechtsaufgabe verpflichteten Erben, die Grund-

71 Ebenso EGGEL, (FN 16), S. 411 Fn. 43.

72 Vgl. etwa BGE 118 II 32 E. 3. c., welcher festhält: «Wenn der Vorvertrag bereits alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages enthält, kann direkt auf Erfüllung geklagt werden».

73 BGer 5P.19/2005 vom 25.05.2005 E. 2.

74 CORINNE ZELLWEGER-GÜTKNECHT, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 62 zu Art. 22 OR.

buchanmeldung vorzunehmen – ein nochmaliger Gang vor Gericht nötig würde (analoge Anwendung der Zweistufentheorie).

Sollte ein zweistufiges Vorgehen verlangt werden, würde dies einen erneuten Gang vor Gericht folglich nicht ausschliessen, da – damit die angestrebte Einzelzuständigkeit des einzelnen Erben hergestellt wird – es nach dem ersten Urteil noch der Rechtsaufgabe sämtlicher⁷⁵ Miterben bedürfte, welche durch eine Grundbuchanmeldung und der Eintragung im Hauptbuch des Grundbuchamtes zu erfolgen hätte.⁷⁶ Die Einreichung der Grundbuchanmeldung wäre dabei die letzte auf Erfüllung des Erbteilungsanspruchs gerichtete Erfüllungshandlung der übrigen Miterben.⁷⁷ Die rechtsaufgebenden Miterben hätten bei Anwendung der Zweistufentheorie diese Grundbuchanmeldung einzureichen, d. h. die Grundbuchanmeldung könnte nicht vom zukünftigen Alleinberechtigten allein eingereicht werden, was sich bereits aus Art. 963 Abs. 1 ZGB ergibt. Würden sich die übrigen Miterben in einem solchen Fall (d. h. nach Vorliegen eines Judikats, welches sie zur Rechtsaufgabe *verpflichtet* und bei Anwendung der Zweistufentheorie) dennoch weigern, diese Grundbuchanmeldung abzugeben, müsste der zukünftige Alleinberechtigte mittels einer neuen (zweiten) Leistungsklage auf Abgabe der fehlenden – auf Eigentumseintragung gerichteten – Willenserklärung durch die übrigen Miterben⁷⁸ klagen, wobei erst dieses zweite vollstreckbare Leistungsurteil die vom Beklagten verweigerte Willenserklärung (Grundbuchanmeldung mit Eintragungsbewilligung⁷⁹) ersetzen würde (Art. 344 ZPO).⁸⁰ Es müsste mit anderen Worten bei Bejahung der Zweistufentheorie grundsätzlich eine *zweite Klage* – und zwar auf Vollzug des durch gerichtlichen Entscheid substituierten Erbteilungsvertrags – eingereicht werden.⁸¹ In diesem zweiten Entscheid hätte dann das urteilende Gericht dem Registerführer

75 Dies ist Ausfluss des Gesamthandsprinzips.

76 Vgl. zum absoluten Eintragungsprinzip und den entsprechenden grundbuchrechtlichen Wirkungen LIECHTI, (FN 50), S. 21 ff.; zur Qualifikation der Erbteilung als Rechtsaufgabe (und nicht als Rechtsübertragung) vgl. WOLF/EGGEL, (FN 68), S. 974 und bereits FN 39 hiavor.

77 Zur Qualifikation der Grundbuchanmeldung als letzte Erfüllungshandlung (und nicht als Verfügung) im Rahmen des absoluten Eintragungsprinzips vgl. LIECHTI, (FN 50), S. 28 ff.

78 SPR V/1-SUTTER-SOMM, (FN 31), N 585; ARTHUR MEIER-HAYOZ, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2. Teilband: Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, 3. Aufl., Bern 1974, N 5 zu Art. 665 ZGB; BsK ZGB II-REY/STREBEL, (FN 2), N 13 zu Art. 665 ZGB.

79 Vgl. zur Rechtsnatur der Eintragungsbewilligung LIECHTI, (FN 50), S. 27.

80 SPR V/1-SUTTER-SOMM, (FN 31), N 585.

81 Siehe zur Klage auf Vollzug des Erbteilungsvertrags BRÜCKNER/WEIBEL, (FN 1), S. 129 ff.

von Amtes wegen die nötigen Anweisungen für den Registereintrag zu erteilen (Art. 344 Abs. 2 ZPO).⁸² Mit der anschliessenden Einschreibung der Alleinberechtigung im Grundbuch würde der Erbteilungsanspruch durch *solutio* untergehen.

Aus diesen kurzen Ausführungen wird bereits ersichtlich, dass ein Vorgehen über die Leistungsklage bei einer Erbteilung nicht zu empfehlen ist, da in einem solchen Fall ein erneuter Gang zum Gericht notwendig werden könnte, sofern dereinst das Bundesgericht bei Gerichtsurteilen, welche auf Mitwirkung an der Erbteilung lauten, die analoge Anwendung der Zweistufentheorie befürworten sollte.

82 Sofern sich der Antrag und der Inhalt der Anmeldung aus dem Entscheiddispositiv ergeben, bedarf es dann keiner zusätzlichen formellen Anmeldung. Enthält das Urteil jedoch keine entsprechende Anweisung des Gerichts, so verlangt die bernische Praxis, dass der im Grundbuch eingetragene Eigentümer zusätzlich eine Grundbuchanmeldung einreicht; vgl. Handbuch der Justizdirektion des Kantons Bern für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung, in Bearbeitung, Stand 21. November 2017, Ziff. 3.4.3. Dieser Auffassung kann nicht beigepliziert werden: Zum einen würdigt diese Praxis den Umstand ungenügend, dass die Parteien sich im Streit befinden und der unterlegene Eigentümer regelmässig nicht freiwillig zur Einreichung einer Grundbuchanmeldung Hand bieten wird, womit – wenn dieser Praxis gefolgt würde – ein erneuter Gang zum Gericht nötig wäre, damit das Gericht die entsprechende Anweisung in das Urteilsdispositiv aufnimmt. Zum anderen verkennt diese Praxis den Gehalt von Art. 344 Abs. 2 ZPO, welcher ausdrücklich vorsieht, dass das Gericht das Grundbuchamt von Amtes wegen zur Eintragung anzuweisen hat. Fehlt eine entsprechende Anweisung im Urteilsdispositiv, so hat das Grundbuchamt damit von sich aus vom urteilenden Gericht eine formlose Anweisung einzuholen. Nach anderer Auffassung hat das Grundbuchamt in einem solchen Fall zwar keine separate Anweisung des urteilenden Gerichts einzuholen, es hat jedoch auch ohne separate Grundbuchanmeldung (und ohne Anweisung) die Eigentumseintragung vorzunehmen, da das Urteil nach dem Willen von Art. 344 Abs. 2 ZPO eine direkte Verpflichtung der Registerbehörde statuiert; vgl. FELIX BOMMER, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, N 6 zu Art. 344 ZPO. Auf keinen Fall ist es nach der hier vertretenen Auffassung jedoch mit der gesetzlichen Konzeption von Art. 344 Abs. 2 ZPO vereinbar, dass die Eigentumseintragung in diesem Fall von der Einreichung einer Grundbuchanmeldung durch die unterliegende Eigentümerschaft abhängig gemacht wird. Es bedürfte in einem solchen Fall auch keiner zusätzlichen Vollstreckung durch das Vollstreckungsgericht. Dies ergibt sich direkt aus Art. 344 Abs. 2 ZPO; vgl. SPR V/1-SUTTER-SOMM, (FN 31), N 585; KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, (FN 30), N 4 f. zu Art. 344 ZPO. Siehe auch BsK ZGB II-REY/STREBEL, (FN 2), N 13 zu Art. 665 ZGB; BsK ZPO-ZINSLI, (FN 29), N 18 f. zu Art. 344 ZPO. Konkret bedeutet dies Folgendes: Von dem Vorliegen eines vollstreckbaren Entscheids, der zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt (Vermutungsbasis), wird unwiderlegbar auf das Vorliegen der Willenserklärung (Vermutungsfolge) geschlossen, d.h. die Willenserklärung des Verkäufers wird fingiert. Damit erzielt der vollstreckbare Entscheid auf Abgabe einer Willenserklärung die gleichen Wirkungen wie die freiwillige Abgabe der geforderten Willenserklärung durch den unterlegenen Grundstückseigentümer; vgl. BK-KELLERHALS, (FN 38), N 7 zu Art. 344 ZPO; KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, (FN 30), N 4 zu Art. 344 ZPO.

bb. Der Rechtsgrundaussweis⁸³

Bei *buchlichen* Eigentumsübergängen (Analoges gilt für die vorliegende Rechtsaufgabe durch die Miterben) ist dem Grundbuchamt als Rechtsgrundaussweis jener Beleg einzureichen, welcher im grundbuchlichen Eintragungsverfahren nachzuweisen vermag, dass eine auf Änderung des im Grundbuch eingetragenen Eigentümers gerichtete Obligation besteht.⁸⁴ Diese Einreichung/Anmeldung hat durch die aktuellen Eigentümer zu erfolgen (Art. 963 Abs. 1 ZGB). Der Wortlaut von Art. 64 Abs. 1 lit. h GBV verlangt diesbezüglich, dass dem Grundbuchamt bei dem immobilienrechtlichen Eigentumsübergang gestützt auf ein Leistungsurteil ebendieses Urteil einzureichen ist, welches mit der *Rechtskraftbescheinigung* versehen sein muss. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dieser Wortlaut zumindest unvollständig. Jedenfalls entspricht er nicht der gesetzgeberischen Konzeption der Eidgenössischen Zivilprozessordnung, welche zwischen Rechtskraft und *Vollstreckbarkeit* unterscheidet:

Während die Vollstreckbarkeit die Durchsetzbarkeit des Urteilsbefehls durch staatlichen Zwang verkörpert (prozessrechtliche Urteilswirkung)⁸⁵, kommt der formellen Rechtskraft keine Entscheidungswirkung zu⁸⁶ und die materielle Rechtskraft verkörpert schliesslich lediglich die Verbindlichkeit des Entscheides.⁸⁷ Dabei können Rechtskraft und Vollstreckbarkeit auseinanderfallen.⁸⁸ Dies ist namentlich dann der Fall, wenn etwa die Berufungsinstanz gestützt auf Art. 336 Abs. 1 lit. b ZPO die vorzeitige Vollstreckung des formell noch nicht rechtskräftigen Entscheides bewilligt oder wenn die Rechtsmittelinstanz bei einem ausserordentlichen Rechtsmittel⁸⁹ die Vollstreckung aufschiebt, obschon der Entscheid bereits formell rechtskräftig ist.⁹⁰ Damit im Falle eines Leistungsurteils gestützt auf Art. 344 Abs. 2 ZPO das urteilende Gericht das Grundbuchamt anweisen kann, die Eigentumseintragung vorzunehmen, wird Vollstreckbarkeit – und nicht

83 Vgl. zum Rechtsgrundaussweis für Eigentumseintragungen bei Leistungsurteilen generell LIECHTI, (FN 50), S. 193 ff.

84 LIECHTI, (FN 50), S. 45 ff.

85 KUKO ZPO-OBERHAMMER, (FN 30), N 26 zu Art. 236 ZPO.

86 KUKO ZPO-OBERHAMMER, (FN 30), N 27 zu Art. 236 ZPO. Ein Entscheid ist formell rechtskräftig, wenn er nach seiner rechtsgültigen Eröffnung von den Parteien nicht bzw. nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann; vgl. BK-KILLIAS, (FN 38), N 26 zu Art. 236 ZPO.

87 KUKO ZPO-OBERHAMMER, (FN 30), N 28 zu Art. 236 ZPO. Die materielle Rechtskraft eines Entscheides bewirkt, dass dieser für spätere Prozesse der Parteien (und ihrer Rechtsnachfolger) verbindlich ist; vgl. BK-KILLIAS, (FN 38), N 29 zu Art. 236 ZPO.

88 BK-KILLIAS, (FN 38), N 27 zu Art. 236 ZPO.

89 Art. 325 Abs. 2 ZPO für die Beschwerde; Art. 332 Abs. 2 ZPO für die Revision.

90 BK-KILLIAS, (FN 38), N 27 zu Art. 236 ZPO.

Rechtskraft – des Urteils verlangt.⁹¹ Es ist unglücklich, dass die Grundbuchverordnung für die Eigentumseintragung gestützt auf ein Leistungsurteil andere Voraussetzungen aufstellt als ein Bundesgesetz. Entgegen dem Wortlaut von Art. 64 Abs. 1 lit. h GBV wird hiermit – in Übereinstimmung mit der gesetzgeberischen Konzeption von Art. 344 Abs. 2 ZPO – postuliert, dass als Rechtsgrundausweis für Eigentumseintragungen gestützt auf ein Leistungsurteil nicht die Rechtskraft, sondern die Vollstreckbarkeit desselben nachzuweisen ist.

Dieser Nachweis ist mittels einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung i.S.v. Art. 336 Abs. 2 ZPO zu erbringen.⁹²

Als Fazit kann festgehalten werden, dass beim vorliegenden (buchlichen) Vorgang gestützt auf ein Leistungsurteil als Ausweis über den Rechtsgrund für Eigentumseintragungen das mit der Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehene Leistungsurteil⁹³ dem Grundbuchamt einzureichen ist. Ist die im Entscheiddispositiv enthaltene gerichtliche Anweisung nach Art. 344 Abs. 2 ZPO mit einer Bedingung behaftet (z. B. die bedingte Anweisung an die registerführende Person, die Eintragung habe zu erfolgen, wenn der zukünftig Alleinberechtigte den übrigen Miterben eine gewisse Summe bezahlt hat), ist dem Grundbuchamt der Eintritt dieser Bedingung zusätzlich mittels eines separaten Belegs nachzuweisen.⁹⁴ Dieser Nachweis bildet in diesem Fall einen Teil des einzureichenden Rechtsgrundausweises (zusammengesetzter Rechtsgrundausweis).⁹⁵

Das Grundbuchamt hat sich aufgrund seiner beschränkten Kognition⁹⁶ jedenfalls nicht darum zu kümmern, ob das urteilende und ihn in Anwen-

91 KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, (FN 30), N 4 zu Art. 344 ZPO.

92 BK-KELLERHALS, (FN 38), N 16 zu Art. 336 ZPO, wonach in der Vollstreckbarkeitsbescheinigung der Erkenntnisrichter bestätigt, dass der zu vollstreckende Titel den Parteien gehörig eröffnet worden ist und dagegen kein Rechtsmittel mehr offensteht oder hängig ist, welches die Vollstreckbarkeit des Entscheides hemmt.

93 Je nach (analoger) Anwendung der Ein- oder Zweistufentheorie wäre das erste oder zweite Judikat beizubringen; vgl. dazu Kap. 2./c./i. hiervor.

94 BK-OSTERTAG, N 28 zu Art. 965 ZGB.

95 Zur (inhaltlichen) Prüfungsbefugnis des Grundbuchverwalters bei Urteilen wird verwiesen auf URS FASEL, in: Urs Fasel (Hrsg.), Kommentar zur Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011, 2. Aufl., Basel 2013, N 263 zu Art. 64 GBV. Für die Prüfungsbefugnis bei ausländischen Urteilen siehe STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Die Auswirkungen der eingetragenen Partnerschaft auf Notariat und Grundbuchführung, in: ZBGR 2007, S. 177. Vgl. zum Begriff des «zusammengesetzten Rechtsgrundausweises» LIECHTI, (FN 50), S. 49 f.

96 Hinsichtlich der materiellen Gültigkeit des Rechtsgrundes kommt dem Grundbuchverwalter bloss eine eingeschränkte Kognition zu, indem er die ersuchte Eigentumseintragung nur dann abzuweisen hat, wenn der Rechtsgrund offensichtlich nichtig ist; vgl. dazu auch BGE 107 II 211 E. 1; 124 III 341 E. 2. b; BGer 5A. 28/2005 vom 13. Februar 2006 E. 2; BsK ZGB II-SCHMID, (FN 2), N 31 zu Art. 965 ZGB.

derung von Art. 344 Abs. 2 ZPO anweisende Gericht gestützt auf die Ein- oder Zweistufentheorie zur Anweisung an das Grundbuchamt berechtigt gewesen wäre.⁹⁷

d. Der Rechtsgrundausweis bei Entscheidsurrogaten⁹⁸

Im Nachfolgenden wird der Rechtsgrundausweis für Eigentumseintragungen bei Entscheidsurrogaten anhand der Leistungsklage (Klage auf Vollzug des durch gerichtlichen Entscheid substituierten Erteilungsvertrags bei Anwendung der Zweistufentheorie⁹⁹)¹⁰⁰ dargelegt.

Im Zivilprozess können die Parteien das Verfahren auch durch Prozesshandlungen wie etwa Klageanerkennung¹⁰¹ oder gerichtlichen Vergleich¹⁰² beenden.¹⁰³ Als Prozesshandlungen sind beide erwähnten Entscheidsurrogate an das Gericht zu richten¹⁰⁴, da sie ansonsten bloss zivilrechtliche Wirkung entfalten.¹⁰⁵ Dem gerichtlichen Vergleich und der Klageanerkennung kommen formersetzende Wirkung zu, d. h. wo aussergerichtlich vorgenommene Rechtsgeschäfte der öffentlichen Beurkundung bedürfen (z. B. bei der Übertragung von Grundeigentum gemäss Art. 657 Abs. 1 ZGB), reicht die Einhaltung der prozessualen Form¹⁰⁶ aus.¹⁰⁷ Beide Entscheidsurrogate

97 Vgl. dazu Kap. 2./c./i. hiervor.

98 Vgl. zum Rechtsgrundausweis für Eigentumseintragungen bei Entscheidsurrogaten generell LIECHTI, (FN 50), S. 196 ff.

99 Vgl. Kap. 2./c./i. hiervor.

100 Vgl. Kap. 2./c./i. hiervor.

101 Die Klageanerkennung ist die einseitige Erklärung der beklagten Partei, dass sie die Klage anerkenne; vgl. KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS, (FN 30), N 21 zu Art. 241 ZPO.

102 Mit dem Vergleichsvertrag legen die beteiligten Parteien einen Streit über ein Rechtsverhältnis bei; vgl. KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS, (FN 30), N 25 zu Art. 241 ZPO.

103 KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS, (FN 30), N 1 zu Art. 241 ZPO. Beim vorliegend zu behandelnden Rechtsgrundausweis für Eigentumseintragungen kommt dem Klagerückzug keine Bedeutung zu, da bei Vorliegen einer solchen Konstellation (Rückzug der auf Mitwirkung an der Erteilung gerichteten Klage [Leistungsklage]) keine Grundbucheintragung vorzunehmen ist.

104 PASCAL LEUMANN-LIEBSTER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, N 7 zu Art. 241 ZPO; BK-KILLIAS, (FN 38), N 8 und 11 zu Art. 241 ZPO; KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS, (FN 30), N 3 zu Art. 241 ZPO.

105 ZPO-LEUMANN-LIEBSTER, (FN 104), N 7 zu Art. 241 ZPO; KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS, (FN 30), N 3 zu Art. 241 ZPO. Beim aussergerichtlichen Vergleich ist dem Grundbuchamt ein Rechtsgrundausweis i. S. v. Art. 64 Abs. 1 lit. a GBV beizubringen; vgl. dazu LIECHTI, (FN 50), S. 93 ff.

106 Die Klageanerkennung oder der gerichtliche Vergleich ist nach Art. 235 ZPO dem Gericht entweder schriftlich einzureichen oder dem Gericht mündlich zu Protokoll zu geben; vgl. BK-KILLIAS, (FN 38), N 21 zu Art. 241 ZPO.

107 ZPO-LEUMANN-LIEBSTER, (FN 104), N 15 zu Art. 241 ZPO; BK-KILLIAS, (FN 38), N 24 zu Art. 241 ZPO.

erwachsen *ipso iure* mit der Abgabe der entsprechenden Prozesserkklärung¹⁰⁸ in materielle Rechtskraft und sind wie ein Gerichtsentscheid vollstreckbar.¹⁰⁹ Dies bedeutet zugleich auch, dass im Falle einer der Prozesserkklärung zugrunde liegenden *Leistungsklage* die Rechtsaufgabe der Miterben und Begründung von Alleinberechtigung resp. die Herstellung der angestrebten Einzelzuständigkeit eines Erben buchlich – und nicht ausserbuchlich – erfolgt.¹¹⁰ Damit einem Entscheidsurrogat dieselbe Vollstreckungswirkung wie einem Entscheid zukommt, bedarf es schliesslich noch des entsprechenden Abschreibungsbeschlusses des Gerichts.¹¹¹

Die Klageanerkennung kann bereits vor der Schlichtungsbehörde erfolgen¹¹² und der gerichtliche Vergleich kann nicht bloss vor dem Gericht und der Schlichtungsbehörde, sondern auch im Rahmen einer Mediation abgeschlossen werden.¹¹³

Als Zwischenfazit ist demnach festzuhalten, dass (obschon dies von Art. 64 Abs. 1 lit. h GBV nicht vorgesehen ist) ein vor Gericht mittels einer Leistungsklage eingeleitetes Gerichtsverfahren auf Abgabe der fehlenden – auf Eigentumseintragung gerichteten – Willenserklärung nicht bloss mittels eines Gerichtsentscheids, sondern auch mittels Klageanerkennung oder gerichtlichem Vergleich (mit denselben Vollstreckungswirkungen wie der Gerichtsentscheid) abgeschlossen werden kann.

Obschon unter einer formaljuristischen Betrachtung bereits der Prozesserkklärung die Wirkung eines Entscheids zukommt, muss bei Urteilssurrogaten zusätzlich nachgewiesen werden, dass die Prozesserkklärung dem Gericht rechtsgenüchlich mitgeteilt worden ist. Den Erhalt dieser Prozesserkklärung bestätigt das Gericht zumindest implizit im Abschrei-

108 ZPO-LEUMANN-LIEBSTER, (FN 104), N 17 zu Art. 241 ZPO; KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS, (FN 30), N 9 ff. zu Art. 241 ZPO.

109 ZPO-LEUMANN-LIEBSTER, (FN 104), N 18 zu Art. 241 ZPO.

110 Im Ergebnis gleich BSK ZGB II-REY/STREBEL, (FN 2), N 12 zu Art. 665 ZGB.

111 ZPO-LEUMANN-LIEBSTER, (FN 104), N 21 zu Art. 241 ZPO; BK-KILLIAS, (FN 38), N 31 zu Art. 241 ZPO. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Erkenntnis bereits durch die Abgabe der entsprechenden Prozesserkklärung – und nicht erst der Abschreibungsbeschluss des Gerichts – in materielle Rechtskraft erwächst. In BGE 139 III 133 hat sich das Bundesgericht ausdrücklich für dieses «Berner Modell» ausgesprochen und diesen Entscheid in BGE 143 III 425 E. 3. 2 bestätigt. Demzufolge handelt es sich beim Abschreibungsbeschluss lediglich um einen deklaratorischen Akt, welcher jedoch eine notwendige Voraussetzung bildet, damit der Prozesserkklärung Vollstreckungswirkung zuerkannt werden kann.

112 BK-KILLIAS, (FN 38), N 36 zu Art. 241 ZPO.

113 BK-KILLIAS, (FN 38), N 37 zu Art. 241 ZPO.

bungsbeschluss.¹¹⁴ Entsprechend muss dem Grundbuchamt zusätzlich zur Prozessklärung (Klageanerkennung oder gerichtlicher Vergleich in der von der ZPO vorgesehenen Form) auch, d.h. zusätzlich, der Abschreibungsbeschluss als Rechtsgrundausweis eingereicht werden (zusammengesetzter Rechtsgrundausweis). Gibt der Abschreibungsbeschluss die Prozessklärung präzise wieder, muss die Einreichung des Abschreibungsbeschlusses als Rechtsgrundausweis genügen, womit auf eine separate Beibringung der Prozessklärung verzichtet werden kann.

Sofern gestützt auf eine Mediation i.S.v. Art. 213 ff. ZPO ein entsprechender Vergleich abgeschlossen wurde, bedarf es nach der hier vertretenen Auffassung zusätzlich noch der Beibringung des von der Genehmigungsinstanz¹¹⁵ ausgestellten Genehmigungsentscheids¹¹⁶ (zusammengesetzter Rechtsgrundausweis). Auch in diesem Fall muss jedoch die alleinige Einreichung des Genehmigungsentscheids als Rechtsgrundausweis genügen, sofern dieser die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung präzise wiedergibt.

Entscheidsurrogate bei einer erbrechtlichen Leistungsklage (Klage auf Vollzug des durch gerichtlichen Entscheid substituierten Erbteilungsvertrags)¹¹⁷ beinhalten die zur Grundbucheintragung erforderliche Willenserklärung der rechtsaufgebenden Miterben i.S.v. Art. 344 Abs.1 ZPO, womit der künftige alleinberechtigte Erbe den Rechtsgrundausweis ohne weitere Mitwirkung seiner Miterben beim Grundbuchamt anmelden und somit den konstitutiven Grundbucheintrag erwirken kann.

3. Mögliche Rechtsbegehren für eine Erbteilungsklage

Nachfolgend wird eine mögliche Formulierung für Rechtsbegehren einer Erbteilungsklage, welche die bundesgerichtlichen Erwägungen in BGE 143 III 425 berücksichtigt und grundsätzlich als Gestaltungsklage zu qualifizieren wäre, vorgeschlagen. Es wird dabei davon ausgegangen, dass der Erblasser XY zwei Nachkommen als gesetzliche Erben hinterlässt und es wird mit der Teilungsklage zugleich eine Ausgleichungsklage (eventualiter Herabsetzungsklage) mit Auskunftsklage kombiniert.

114 BK-KILLIAS, (FN 38), N 33 zu Art. 241 ZPO.

115 BK-PETER, (FN 38), N 11 zu Art. 217 ZPO, wonach als Genehmigungsinstanz die jeweils mit der Sache betraute Instanz wirkt: Findet die Mediation im Rahmen des Schlichtungsverfahrens statt, so ist die Schlichtungsbehörde die genehmigende Instanz. Ebenso SHK ZPO-ROBERTO/HAUSER, (FN 82), N 2 zu Art. 217 ZPO.

116 Art. 217 ZPO.

117 Vgl. dazu Kap. 2./c./i. hiervor.

Bei einzelnen Begehren (z. B. bei Rechtsbegehren¹²) handelt es sich um Leistungsbegehren und das darauf allenfalls ergehende Judikat wäre ein Leistungsurteil. Die Erbteilungsklage kann also dahin gehend gemischt sein, dass sie sowohl Gestaltungsansprüche (Auflösung Gesamthandverhältnis und Zuweisung einzelner Vermögenswerte) als auch Leistungsansprüche (z. B. Urteil betreffend Pflichten einzelner Erben) enthält. Prozessual werden die Gestaltungsbegehren (Auflösung der Erbengemeinschaft sowie Zuweisung Nachlasswerte) und die damit zusammenhängenden Leistungsbegehren/Feststellungsbegehren in objektiver Klagehäufung nach Art. 90 ZPO gleichzeitig eingeklagt.^{118/119/120}

1. Es sei der Nachlass des am ... 2018 verstorbenen XY gerichtlich festzustellen, d. h. es sei festzustellen, dass der Nachlass die im beigefügten Inventar vom ... 2018 [Beilage ...] aufgeführten Aktiven und Passiven mit den entsprechenden Wertveränderungen, unter Hinzurechnung zum Nachlass (unter dem Titel der Ausgleichung, eventualiter unter dem Titel der pflichtteilsrechtlichen Hinzurechnung) der vom Erblasser zu Lebzeiten an die Beklagte ausgerichteten Zuwendungen umfasst, bestehend insbesondere aus:

- a. Grundstück A;
- b. Gegenstand B;
- c. einem *noch zu beziffernden Betrag Bargeld* (mindestens jedoch CHF ...).

2. Es sei festzustellen, dass der Kläger am Nachlass des XY zu $\frac{1}{2}$ berechtigt ist.

118 GÖKSU, (FN 16), S. 136; HRUBESCH-MILLAUER / BOSSHARDT / KOCHER, (FN 2), S. 24.

119 Jede erbrechtliche Streitigkeit ist einzigartig in ihrer emotionalen wie auch in der juristischen Komplexität. Entsprechend variieren auch die Rechtsbegehren von Fall zu Fall, womit die nachfolgenden Rechtsbegehren lediglich als erste Anregung für mögliche Teilungsklagen zu qualifizieren sind.

120 Wichtig erscheint noch der Hinweis, dass beim nachfolgenden Vorschlag materielle Begehren mit prozessualen Begehren bewusst vermischt werden. Tatsächlich ist bei erbrechtlichen Prozessen die systematische Trennung von materiellen und prozessualen Begehren gerade bei komplexeren Verhältnissen kaum sinnvoll umsetzbar, da die prozessualen Begehren – so z. B. das Begehren um gerichtliche Losbildung und -ziehung – die Durchsetzung und damit auch die Formulierung der materiellen Ansprüche stark beeinflussen. Diese zivilprozessuale Besonderheit für erbrechtliche Prozesse ist hinzunehmen, zumal der Gesetzgeber in Art. 604 ZGB offenbar bewusst vorgesehen hat, dass ein Gericht den einzelnen Teilungsanspruch präzisieren, formen und umsetzen soll. Entsprechend ist es häufig ratsam, dass dem Gericht durch eine – wohl unvermeidbare – Durchmischung von materiellen mit prozessualen Begehren rezeptartig das Vorgehen für die begehrte Teilung präsentiert wird.

3. Die der Beklagten zu Lebzeiten ausgerichteten Zuwendungen (insbesondere die im Rechtsbegehren 1./a.–1./c. genannten) seien gerichtlich festzustellen und von der Beklagten zur Ausgleichung zu bringen.¹²¹ Eventualiter seien die zu Lebzeiten getätigten Zuwendungen an die Beklagte (insbesondere die im Rechtsbegehren 1./a.–1./c. genannten) gerichtlich so weit herabzusetzen, dass der Kläger seinen vollen Pflichtteil von... am Gesamtnachlass des Erblassers erhält.

4. Es sei die Beklagte unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB und Art. 343 ZPO mit Busse im Wiederhandlungsfall zu verurteilen, dem Kläger über ihre Verhältnisse zum Erblasser, insbesondere über... und über allfällige weitere Schenkungen, Vorbezüge und Darlehen sowie über sonstige Vereinbarungen mit dem Erblasser, umfassend Auskunft zu erteilen und die entsprechenden Unterlagen offenzulegen.

5. Nach Erteilung der Auskünfte durch die Beklagte gemäss Rechtsbegehren 4 hiervor und nach Abschluss des Beweisverfahrens sei dem Kläger Gelegenheit zu geben, die Rechtsbegehren 1./c. und 3 hiervor zu ergänzen und im Sinne von Art. 85 Abs. 2 ZPO abschliessend zu beziffern.

6. Es sei der nach Auskunftserteilung gemäss Rechtsbegehren 4 hiervor zu bestimmende Nachlass gemäss den nach Auskunftserteilung präzisierten Rechtsbegehren zu teilen.

7. Es seien dazu... gleichwertige Lose zu bilden.¹²²

121 Das Ausgleichungsbegehren für sich betrachtet wäre wohl als Feststellungsbegehren zu qualifizieren, da damit lediglich die Teilungsmasse festgestellt wird; vgl. HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT/KOCHER, (FN 2) S. 20. Gemäss einem Teil der Lehre ist bei der Geltendmachung von Ausgleichungsansprüchen im Teilungsprozess kein besonderes Rechtsbegehren für die Ausgleichung notwendig, da die Ausgleichungspflicht zum Sachverhalt gehört und entsprechend von jener Partei zu behaupten und zu beweisen ist, welche sich darauf beruft; vgl. THOMAS SUTTER-SOMM/LÖTSCHER CORDULA, Der Erbrechtsprozess unter der Schweizerischen ZPO und seine Stolpersteine für die Praxis, in: *successio* 4/13, S. 358. Im Ergebnis gleich HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT/KOCHER, (FN 2), S. 20, wonach die Erfüllung der Ausgleichungspflicht keines eigenen Rechtsbegehrens bedarf, wenn sie im Rahmen einer Erbteilungsklage in der Begründung geltend gemacht wird. Ob dies zutrifft, wurde bisher höchstrichterlich nicht geklärt. Solange diese Frage nicht höchstrichterlich beurteilt wurde, empfiehlt es sich m. E. dennoch, ein entsprechendes Begehren aufzunehmen, obschon den genannten Lehrauffassungen beizupflichten ist, dass die Ausgleichung als blosses Vorbereitungsstadium der Erbteilung zu qualifizieren und Teil des Sachverhaltes (Höhe des zu teilenden Nachlasses) ist. Tatsächlich ergibt sich bereits aus der Gesetzessystematik, dass die Ausgleichung – welche im Titel «Die Teilung der Erbschaft» eingegliedert ist – auf die Erbteilung gerichtet ist und dieser gewissermassen dient; vgl. LIECHTI, (FN 50), S. 156.

122 Über die Losbildung könnte dann allenfalls ein Teilentscheid i. S.v. Art. 236 Abs. 1 ZPO ergehen; vgl. dazu auch EGGEL, (FN 16), S. 412 Fn. 45.

8. Nach erfolgter Losbildung sei das Verfahren für eine (auf gemeinsames Begehren erstreckbare) Frist von ... Monaten zu sistieren, um den Parteien Gelegenheit für eine partielle oder umfassende Einigung mit allfällig abweichender Losbildung und/oder definitiver Zuteilung von Nachlassobjekten zu gewähren.¹²³

9. Nach Ablauf dieser Frist seien die vom Gericht gebildeten (resp. von den Parteien gemäss Rechtsbegehren 8 hiervoor allenfalls angepassten) Lose durch Zufall (resp. gemäss Wünschen der Parteien gemäss Rechtsbegehren 8 hiervoor) zu ziehen und durch gerichtliches Urteil den Parteien zuzuweisen.

10. Eventualiter zu den Rechtsbegehren 7–9 hiervoor sei die Versteigerung der Erbschaftssachen unter den Parteien, subeventualiter die öffentliche Versteigerung, anzuordnen, und es seien der Steigerungserlös und die Erbschaftspassiven zwischen den Parteien gemäss den ihnen zustehenden Erbquoten aufzuteilen.¹²⁴

11. Subeventualiter zu den Rechtsbegehren 7–10 hiervoor sei die Teilung nach Ermessen des Gerichts vorzunehmen.¹²⁵

123 Nach der hier vertretenen Auffassung müsste das Gericht selbst bei Fehlen dieses Rechtsbegehrens eine entsprechende Frist ansetzen. Dies ergibt sich aus dem im Zivilgesetzbuch normierten Losbildungsverfahren, welches in Art. 611 Abs. 3 ZGB vorsieht, dass die gebildeten Lose zwischen den Erben zu verteilen sind, und zwar durch Vereinbarung oder Losziehung. Diese beiden Alternativen (Vereinbarung und Losziehung) sind äquivalent. Entsprechend muss postuliert werden, dass bloss die gerichtliche Gewährung einer Verhandlungspause nach der erfolgten Losbildung dem Normgehalt von Art. 611 Abs. 3 ZGB gerecht werden kann. Diese Norm gibt dem Gericht die konkrete Handlungsanweisung für das Losbildungs- und Losziehungsverfahren verbindlich vor. Auch in BGE 143 III 425 E. 5.9 scheint sich das Bundesgericht dafür auszusprechen, dass nach der Bildung der Lose den Erben die Möglichkeit eingeräumt werden soll, eine Einigung über die Zuteilung der Lose zu erzielen. Tatsächlich führt das Bundesgericht in dieser Erwägung aus, dass (nachdem die gerichtliche Losbildung vorgenommen wurde) *«einigen sich die Erben nicht über die Zuteilung der so gebildeten Lose – oder auf ein anderes Vorgehen –, so hat eine Losziehung gemäss Art. 611 Abs. 3 ZGB stattzufinden»* (Hervorhebungen durch den Verfasser).

124 Verlangt ein Erbe eine spezifische Art der Teilung, die im konkreten Fall nicht zulässig ist, muss das Gericht die Klage abweisen. Für den Fall, dass eine Losbildung etwa aufgrund der Grösse von einzelnen Nachlassaktiven nicht möglich sein sollte, sollte folglich eventualiter die Versteigerung angebehrat werden.

125 Verlangt ein Erbe eine spezifische Art der Teilung, die im konkreten Fall nicht zulässig ist, muss das Gericht die Klage abweisen. Sofern dieser Erbe aber zumindest subeventualiter auch noch die Teilung nach Ermessen des Gerichts verlangt, so ist zumindest das Subeventualbegehren gutzuheissen. Vgl. dazu EGGER, (FN 16), S. 423. Solange der in BGE 143 III 425 präzisierter Ablauf einer gerichtlichen Erbteilung in der Praxis (noch) nicht gefestigt ist, wird dieses Subeventualbegehren mit Vorteil gestellt werden.

12. Sofern zur Deckung des Ausgleichsanspruchs, eventualiter des Herabsetzungsanspruchs, des Klägers gemäss Rechtsbegehren 1.– 4. hier vor im Nachlass nicht genügend Mittel vorhanden sind, sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den durch den Nachlass nicht gedeckten Betrag zu zahlen nebst Zins zu 5% seit dem ...¹²⁶ Dem Kläger sei Gelegenheit zu geben, diesen Betrag nach Erteilung der Auskunft durch die Beklagte (gemäss Rechtsbegehren 4. hier vor) und nach Abschluss des Beweisverfahrens im Sinne von Art. 85 Abs. 2 ZPO abschliessend zu beziffern.

13. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

4. Kurzfazit für Anwälte (Prozessführung), Notare (Nachlassplanung) und Grundbuchämter (Empfänger von Rechtsgrundausweisen)

Für **prozessierende Anwälte** begründet BGE 143 III 425 in einem ersten Schritt eine gewisse Unsicherheit¹²⁷, zumal Erbteilungsprozesse mit Losbildung und Losziehung bisher selten durchprozessiert wurden. Es ist wohl davon auszugehen, dass infolge des Umstandes, dass für die Zuweisung von Nachlassaktiven nunmehr die *dea fortuna* regelmässig ins Recht gefasst werden wird, vermehrt Erbteilungsstreitigkeiten ausserprozessual erledigt werden. Sobald jedoch der Streit vor gerichtlichen Schranken ausgetragen wird, verdienen die Rechtsbegehren eine besondere Beachtung, zumal in den meisten Fällen das bisher übliche Begehren «*Es sei der Nachlass des am ... verstorbenen XY festzustellen und zu teilen*» den prozessualen Anforderungen nicht mehr genügen dürfte.

In der Nachlassplanung wird der damit betraute **Notar** oder Rechtsanwalt, gestützt auf die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung, die Klientschaft darüber orientieren müssen, dass ohne präzise Teilungsvorschriften rasch einmal die Veräusserung der Erbschaftsgegenstände und die Verteilung des Erlöses in der Erbteilung erfolgen werden. Fehlen Teilungsvorschriften, ist eine gerichtliche Zuweisung nach sachlichen Kriterien (z. B. an den Miterben, der das fragliche Grundstück seit Jahr-

126 Der Verzugszins kann grundsätzlich ab Klageeinleitung geltend gemacht werden, da die Beklagte dadurch in Verzug gesetzt wird. Vorbehalten bleibt aber die Bösgläubigkeit der beklagten Partei i. S. v. Art. 528 ZGB. Diesfalls entsteht der Zinsanspruch bereits ab dem Todestag des Erblassers; vgl. BGE 115 II 211 E. 4; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT/KOCHER, (FN 2), S. 18.

127 Gleicher Ansicht PETER BREITSCHMID/ANNINA VÖGELI, Entwicklungen im Erbrecht/Le point sur le droit successoral, in: SJZ 114 (2018), S. 117, welche festhalten, dass dieser Entscheid unklare, aber weitreichende Folgen haben dürfte.

zehnten bewohnt) ausgeschlossen. Entsprechend werden in der Nachlassplanung erblasserische Teilungsvorschriften an Gewicht gewinnen.

Die **Grundbuchämter** werden in Zukunft noch sorgfältiger als anhin beurteilen müssen, ob mit dem gerichtlichen Entscheid bloss ein Erbteilungsvertrag substituiert oder mit Gestaltungswirkung gerichtlich und ausserbuchlich Eigentum zugewiesen und damit eine Erbteilung vorgenommen wurde. Die Beurteilung, ob ein eingereichtes Entscheiddispositiv als Rechtsgrundausweis für Eigentumseintragungen i. S. v. Art. 965 Abs. 3 ZGB dienen kann oder nicht, wird aufgrund der sich nach dem BGE 143 III 425 neu zu entwickelnden Gerichtspraxis sicherlich anspruchsvoll bleiben.

Résumé

Formulation des demandes en justice dans le cas d'actions en partage avec conséquence en matière de registre foncier

Le Tribunal fédéral dans son arrêt ATF 143 III 425 a décidé de quelques nouveautés en rapport avec la formulation des demandes en justice dans le cas d'actions en partage. La composition de lots en matière de partage va gagner en importance. Ainsi, le juge du partage est lié par les prescriptions légales et n'a donc pas de pouvoir d'appréciation en la matière.

Les avocats, les notaires et les conservateurs de registres fonciers doivent être bien conscients de cette nouvelle jurisprudence. Les formulations des demandes en justice et des dispositions pour cause de mort doivent ainsi accorder plus d'importance encore aux prescriptions de partage.