

# Rekollation von Grundstücken: Erb-, grundbuch- und prozessrechtliche Bemerkungen

Von Dr. iur. *Fabrizio Andrea Liechti*, Rechtsanwalt und Notar (Bern),  
Fachanwalt SAV Erbrecht.

## 1. Ausgangslage

Für die Beantwortung der unten stehenden Fragestellung<sup>1</sup> wird zur besseren Illustration vom nachfolgenden Grundsachverhalt ausgegangen:

Der unverheiratete Erblasser X hinterlässt zwei Nachkommen (A und B). Zehn Jahre vor seinem Versterben hat X seinem Sohn A sein hypothekarisch unbelastetes Grundstück Bern 1/1515 schenkungshalber zu Eigentum übertragen. Der Verkehrswert des Grundstücks betrug damals – wie auch im Zeitpunkt des Todes von X – CHF 1 000 000.–. Bis zum Zeitpunkt der Teilung sinkt der Verkehrswert des Grundstücks aufgrund einer konjunkturellen Wertverminderung um CHF 200 000.– auf neu CHF 800 000.–. X hat keine Verfügung von Todes wegen erstellt.

## 2. Fragestellung

Bei dieser Ausgangslage stellt sich die Frage, welche Ansprüche dem Miterben B gegenüber seinem Bruder und Miterben A zustehen und wie diese Ansprüche erb-<sup>2</sup> und grundbuchrechtlich<sup>3</sup> sowie prozessrechtlich<sup>4</sup> geltend zu machen sind.

## 3. Erbrechtliche Ausgangslage

Im Rahmen der Erbteilung werden unter anderem die Zuwendungen, welche die Erben zu Lebzeiten vom Erblasser in Anrechnung an ihren Erbanteil erhalten haben, berücksichtigt (Ausgleichung nach Art. 626 ZGB).<sup>5</sup> Der gesetzlichen Ausgleichung untersteht gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB, was der Erblasser seinen Nachkommen als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass u. dgl. zugewendet hat, sofern er nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt. Zuwendungen von Grundstücken mit erheblichem Wert kommt grundsätzlich stets ein sog. Versorgungscharakter zu und diese unterliegen der Ausgleichung.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Vgl. Ziff. 2 hiernach.

<sup>2</sup> Nachfolgend Ziff. 3.

<sup>3</sup> Nachfolgend Ziff. 4 und 5.

<sup>4</sup> Nachfolgend Ziff. 6.

<sup>5</sup> *Roland Pfäffli*, Der Ausweis für die Eigentumseintragung im Grundbuch, Diss. St. Gallen 1999, S. 87.

<sup>6</sup> BGE 131 III 49 Erw. 4.1.2 S. 55 = ZBGR 87 S. 121 Erw. 4.1.2; BGE 116 II 667 Erw. 3b/A-A S. 675 = ZBGR 73 S. 299 Erw. 3b/A-A; BGE 107 II 119 Erw. 3b S. 131; BGE 84 II 338 Erw. 7b S. 349 = ZBGR 40 S. 168 f. Erw. 7b sowie Urteil des Bundesgerichts 5A\_338/2010 vom 4. Oktober 2010 Erw. 9.1.1.

Folglich ist A in der vorliegend untersuchten Konstellation als Sohn von X grundsätzlich verpflichtet, die empfangene Grundstücksschenkung im Nachlass von X gegenüber seinem Bruder und Miterben B zur Ausgleichung zu bringen resp. sich an seinen Erbteil «anrechnen» zu lassen.

Für die Bestimmung des «Anrechnungswertes» ist Art. 630 ZGB einschlägig, der den Randtitel «Ausgleichungswert» trägt und wie folgt lautet: «Die Ausgleichung erfolgt nach dem Werte der Zuwendungen zur Zeit des Erbanges oder, wenn die Sache vorher veräussert worden ist, nach dem dafür erzielten Erlös». Mit der Formulierung «Zeit des Erbanges» ist der Zeitpunkt der Eröffnung des Erbanges (Art. 537 Abs. 1 ZGB), d.h. der Todestag des Erblassers, gemeint.<sup>7</sup> Die Regelung des Art. 630 Abs. 1 ZGB beruht damit auf dem Todestagsprinzip.<sup>8</sup>

Das Gesetz sieht für die Ausgleichung in Art. 628 Abs. 1 ZGB zwei Alternativen vor: Die Anrechnung dem Werte nach (Idealkollation) und die Einwerfung in Natur (Realkollation).<sup>9</sup> Erfolgt die Ausgleichung auf dem Wege der Einwerfung in Natur, wird die lebzeitige Zuwendung rückgängig gemacht.<sup>10</sup>

Nach der herrschenden Lehre und der bundesgerichtlichen Praxis ist das soeben zitierte Todestagsprinzip des Art. 630 Abs. 1 ZGB lediglich in Bezug auf die Wertausgleichung (Idealkollation) massgebend, während in Bezug auf die Naturalausgleichung das Teilungstagprinzip des Art. 617 ZGB gilt.<sup>11</sup> Gemäss der Praxis des Bundesgerichts kann der Ausgleichungsschuldner mit seiner in Art. 628 Abs. 1 ZGB verankerten Wahlfreiheit spekulieren.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> *Paul-Henri Steinauer*, *Le droit des successions*, 2. Auflage Bern 2015, N. 233; *Jacqueline Burckhardt Bertossa*, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 4. Aufl. 2019, N. 2 zu Art. 630 ZGB; *Roland Fankhauser*, in: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Aufl., Zürich 2016, N. 1 zu Art. 630 ZGB; *Antoine Eigenmann*, in: *Commentaire du droit des successions*, Bern 2012, N. 1 zu Art. 630 ZGB; *Paul Eitel*, *Darlehen – Schenkung – Vorempfang, successio* 2013 S. 213.

<sup>8</sup> *Burckhardt Bertossa* (FN 7), N. 2 zu Art. 630 ZGB.

<sup>9</sup> Häufiger anzutreffen ist in der Praxis die Wertausgleichung; vgl. *Eitel* (FN 7), S. 213.

<sup>10</sup> *Paul Eitel*, *Berner Kommentar*, Band III: *Das Erbrecht*, 2. Abteilung: *Der Erbgang*, 3. Teilband: *Die Ausgleichung*, Bern 2004, N. 19 zu Art. 628 ZGB; *Stephan Wolf/Gian Sandro Genna*, *Erbrecht*, SPR Bd. IV/2, 2015, S. 340.

<sup>11</sup> *Steinauer* (FN 7), N. 233a; *Burckhardt Bertossa* (FN 7), N. 4 zu Art. 630 ZGB; *Fankhauser* (FN 7), N. 2 zu Art. 630 ZGB; *Eitel* (FN 7), S. 213.

<sup>12</sup> Vgl. den nicht veröffentlichten Entscheid des Bundesgerichts vom 29.10.1996, wiedergegeben bei *Peter Breitschmid*, *AJP* 1997 S. 1551. Handelte es sich bei der Zuwendung allerdings um eine gemischte Schenkung, ist die Realkollation nach der h.L. und der Rechtsprechung ausgeschlossen; vgl. *Felix Horat*, *Grundstückschenkungen mit Nutzniessungs- oder Wohnrechtsvorbehalt*, Diss. Luzern 2018, N. 21 zu § 5; *BGE* 98 II 352 *Erw.* 6 S. 346; *Eitel* (FN 10), N. 24 zu Art. 628 ZGB; *Burckhardt Bertossa* (FN 7), N. 17 zu Art. 628 ZGB. Dasselbe dürfte für die Schenkung mit Auflage gelten, da auch diese nur teilweise ausgeglichen werden muss; vgl. *Horat* (FN 12), N. 21 zu § 5. Zur umstrittenen Auffassung, ob eine lebzeitige Schenkung eines Grundstücks an einen Nachkommen mit Vorbehalt der Nutzniessung zugunsten des Schenkers als reine Schenkung oder gemischte Schenkung zu qualifizieren ist, vgl. die umfassende und tiefgreifende vorerwähnte Dissertation von *Felix Horat* sowie *Felix Horat*, *Die Grundstückschenkung unter «Vorbehalt» einer Nutzniessung zugunsten des Schenkers und seines Ehegatten*, *BN* 2019 S. 71 ff.

Für unseren Grundsachverhalt bedeutet dies das Folgende: Da der Wert des Grundstücks zwischen dem Todeszeitpunkt von X und dem Teilungstag massiv – um CHF 200 000.– abgenommen hat, wird A mit Vorteil die Naturalausgleichung wählen, zumal er diesfalls unter dem Strich CHF 100 000.– mehr erhält, als wenn er sich für die Idealausgleichung entscheidet und sich einen Wert von CHF 1 000 000.– anrechnen lassen muss (weil bei der Idealausgleichung das Todestagsprinzip und nicht das Teilungstagprinzip gilt).<sup>13</sup>

Wie soeben ausgeführt, besteht für den ausgleichungspflichtigen A ein Wahlrecht zwischen Real- und Idealkollation. Dabei handelt es sich um ein bedingungsfeindliches<sup>14</sup>, unwiderrufliches und empfangsbedürftiges<sup>15</sup> Gestaltungsrecht.<sup>16</sup> Vor Ausübung des Gestaltungsrechts besteht zwar bereits eine auf Ausgleichung gerichtete Obligation. Erst durch die Ausübung des dieser Obligation inhärenten Gestaltungsrechts greift der ausgleichungspflichtige A unwiderruflich<sup>17</sup> durch Ausübung seines Wahlrechts verändernd in den Bestand dieses subjektiven Rechts ein, indem er

<sup>13</sup> Allfällige Hinzurechnungs-/Herabsetzungstatbestände werden vorliegend ausser Acht gelassen.

<sup>14</sup> Generell ist in der Schweiz die Ausübung von Gestaltungsrechten bedingungsfeindlich. Dies auch deshalb, da die Ausübung eines Gestaltungsrechts regelmässig einen Eingriff in die Rechtssphäre einer anderen Person darstellt. Könnte dieser Eingriff bedingt erfolgen, würde beim Erklärungsempfänger eine erhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen; vgl. dazu *Isabelle Matt*, Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht, Zürich 2014, S. 129, m.w.H. Entsprechend hat das Bundesgericht in BGE 128 III 70 festgehalten: «Der einseitigen Gestaltungsmacht des Berechtigten entspricht auf der Seite des Erklärungseigners eine Gebundenheit, diese Gestaltung und den in ihr liegenden Einbruch in den eigenen Rechtskreis hinzunehmen und gegen sich gelten zu lassen. Da dem Berechtigten durch das Gestaltungsrecht eine einseitige Gestaltungsmacht eingeräumt ist, müssen Sicherungen im Interesse der Gegenpartei vorgesehen werden, damit der Eingriff in die Rechtssphäre für diesen überschaubar und auf das notwendige Mass begrenzt wird [...]. Aus diesem Schutzbedürfnis der Gegenpartei, ihrem Interesse an klaren Verhältnissen, folgt der Grundsatz, dass die Ausübung von Gestaltungsrechten bedingungsfeindlich und unwiderruflich ist.» Beim vorliegenden Gestaltungsrecht handelt es sich – nach einer besonders von *Andreas von Tuhr* herausgearbeiteten Einteilung – um ein rechtsänderndes Gestaltungsrecht; vgl. *Andreas von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910, S. 162 f.; *Andreas von Tuhr/Hans Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 23 f. So auch *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 36.

<sup>15</sup> *Jürg Schmid*, Notariats- und grundbuchrechtliche Aspekte im erbrechtlichen Umfeld, successio 2018 S. 309; *Eitel* (FN 10), N. 13 zu Art. 628 ZGB.

<sup>16</sup> *Eitel* (FN 10), N. 13 zu Art. 628 ZGB; *A. Escher*, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, 3. Aufl., Zürich 1960, N. 11 zu Art. 628 ZGB; *Wolf/Genna* (FN 10), S. 338; *Manuel Liatowitsch/Louise Lutz Sciamanna*, in: Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 2011, N. 4 zu Art. 628 ZGB; *Fankhauser* (FN 7), N. 1 zu Art. 628 ZGB; *Vito Picenoni*, Die Behandlung von Grundstücksgeschäften in der Ausgleichung und Herabsetzung, ZBGR 59 S. 75; *Jürg Schmid*, Ehegüterrecht und grundbuchliche Aspekte, ZBGR 83 S. 335.

<sup>17</sup> *Wolf/Genna* (FN 10), S. 338.

erklärt, diese Ausgleichsobligation<sup>18</sup> durch Realkollation (und nicht durch Idealkollation) erfüllen zu wollen. Nur mit Ausübung dieses Gestaltungsrechts entsteht die auf Einwerfung in Natur gerichtete Ausgleichsobligation zwischen den Miterben A und B.<sup>19</sup> Bei Empfang dieser Erklärung kommt demzufolge das Verpflichtungsgeschäft zustande.<sup>20</sup> Diese Ausgleichung ist obligatorischer und nicht dinglicher Natur.<sup>21</sup> In dogmatischer Hinsicht kann das *ex lege* gestützt auf Art. 628 ZGB bestehende Gestaltungsrecht (Wahlrecht zwischen Ideal- und Realausgleichung) als Möglichkeit verstanden werden, einseitig in den Bestand eines subjektiven Rechtes verändernd einzugreifen. Dem Ausgleichungspflichtigen wird dadurch die Möglichkeit eingeräumt, durch einseitige Willenserklärung gegenüber den Miterben eine auf Eigentumseintragung gerichtete Obligation zu begründen und damit in seine subjektiven Rechte verändernd einzugreifen.

Da durch diese empfangsbedürftige Gestaltungserklärung auch das subjektive (Forderungs-)Recht sämtlicher Miterben verändert wird, muss nach hierseitiger Auffassung die Gestaltungserklärung von sämtlichen Miterben empfangen werden, bevor sich die dieser Erklärung inhärente Wirkung entfaltet und sich die Ausgleichsobligation (die vor dem Empfang der Ausübungserklärung «abstrakt» besteht und sowohl auf Real- wie auch auf Idealkollation gerichtet sein kann) in eine auf Realkollation gerichtete Obligation verändert. Aus dem Schutzbedürfnis der übrigen Miterben in ihrem Interesse an klaren Verhältnissen folgt, dass es nicht genügen kann, dass diese Ausübungserklärung nur von einem der Miterben empfangen wird. Es gehört zwar zum Wesen von Gestaltungsrechten, dass dem Berechtigten (Ausgleichungsschuldner) durch das Gestaltungsrecht eine einseitige Gestaltungsmacht eingeräumt ist, verändernd in den Bestand eines subjektiven Rechts einzugreifen. Aufgrund dieser einseitigen Gestaltungsmacht müssen jedoch Sicherungen im Interesse der Gegenparteien (Ausgleichungsgläubiger) vorgesehen werden, damit der Eingriff in ihre Rechtssphären für diese überschaubar und auf das notwendige Mass begrenzt wird. Daraus folgt, dass die Ausübungserklärung zwingend von sämtlichen Miterben empfangen worden sein muss, bevor die auf Einwerfung in Natur gerichtete Obligation entsteht.

<sup>18</sup> BGE 44 II 356 Erw. 2 und Erw. 3 S. 359 und S. 361 = ZBGR 25 S. 272 f. Erw. 2 und 3, wo von «obligation de rapporter» die Rede ist; *Wolf/Genna* (FN 10), S. 321.

<sup>19</sup> Vgl. tiefdringend zur Rechtsnatur von Gestaltungsrechten *Eugen Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Habil. Zürich 1965, Tübingen 1965, S. 89 ff.

<sup>20</sup> *Schmid* (FN 15), S. 309.

<sup>21</sup> *Horat* (FN 12), N. 21 zu §5; *Eitel* (FN 10), N. 24 zu Vorbem. vor 626 ff. 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 Vorbem. zum 3. Abschnitt; *Wolf/Genna* (FN 10), S. 321 und 340; *Stephan Wolf*, Erbschaftserwerb durch mehrere Erben und Erbteilungsrecht – Erbengemeinschaft – Erbteilung, in: ZSR 125 II 211 S. 248; *Eitel* (FN 10), N. 20 zu Art. 628 ZGB.

## 4. Grundbuchrechtliches Vorgehen bei einer aussergerichtlichen Realkollation

### a. Ausgangslage

In der Folge wird davon ausgegangen, dass Miterbe A sein Wahlrecht zugunsten der Realausgleichung ausübt und dies seinem Bruder B schriftlich mitgeteilt hat. Nachfolgend wird aufgezeigt, welche Belege dem Grundbuchamt als Rechtsgrundaussweis einzureichen sind, damit diese Realkollation im Grundbuch vollzogen werden kann. Das nachfolgende Beispiel soll die Ausgangslage verdeutlichen:

Der unverheiratete Erblasser X hinterlässt zwei Nachkommen (A und B). Zehn Jahre vor seinem Versterben hat X seinem Sohn A sein hypothekarisch unbelastetes Grundstück Bern 1/1515 schenkungshalber zu Eigentum übertragen. Der Verkehrswert des Grundstücks betrug damals – wie auch im Zeitpunkt des Todes von X – CHF 1 000 000.–. Bis zum Zeitpunkt der Teilung sinkt der Verkehrswert des Grundstücks aufgrund einer konjunkturellen Wertverminderung um CHF 200 000.– auf neu CHF 800 000.–. A übt gegenüber B sein Gestaltungsrecht aus, indem er erklärt, dass er das Grundstück in Natur einwirft. Mit dieser Ausübungserklärung entsteht das Verpflichtungsgeschäft (d.h. die auf Eigentumseintragung gerichtete Obligation). Im vorliegenden Kapitel wird aufgezeigt, mit welchen Belegen A gegenüber dem Grundbuchamt nachweisen kann, dass diese Obligation existiert.

Wie bereits dargelegt wurde, ist die (Real-)Ausgleichung obligatorischer (und nicht dinglicher) Natur.<sup>22</sup> Es erfolgt damit kein ausserbuchlicher Vorgang resp. die Alleinberechtigung von A wechselt erst durch die grundbuchliche Einschreibung in eine gesamthänderische Berechtigung von A und B. Bei einem solchen Anwendungsfall des absoluten Eintragungsprinzips sind dem Grundbuchamt als Rechtsgrundaussweis jene Belege einzureichen, welche gegenüber diesem im Rahmen des grundbuchlichen Eintragungsverfahrens nachzuweisen vermögen, dass eine auf Änderung des im Grundbuch eingetragenen Eigentümers gerichtete Obligation besteht.<sup>23,24</sup>

<sup>22</sup> Vgl. Ziff. 3 hiervor.

<sup>23</sup> Vgl. dazu und generell zu diesem Kapitel bereits *Fabrizio Andrea Liechti*, Der Rechtsgrundaussweis für Eigentumseintragungen im Grundbuch, unter besonderer Berücksichtigung der notariellen Sorgfaltspflichten, Diss. Bern 2016, S. 45 ff.

<sup>24</sup> Irrelevant ist demgegenüber eine allfällige Fälligkeit der diesbezüglichen Obligation. Die Obligation begründet eine Recht-Pflicht-Beziehung; vgl. *Bucher* (FN 14), S. 42. Erst wenn die Obligation fällig wird, entsteht ein Anspruch; vgl. dazu *Bucher* (FN 19), S. 77 ff. und zum Begriff der Fälligkeit statt vieler: *Wolfgang Wiegand*: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N. 4 zu Art. 102 OR; *Rolf H. Weber*, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband: Die Erfüllung der Obligation, 2. Aufl., Bern 2005, N. 40 zu Art. 75 OR; Urteil des Bundesgerichts 4A\_325/2010 vom 1. Oktober 2010 Erw. 4.2. Obwohl die auf Eigentumsübertragung und Eigentumseintragung gerichtete Obligation wie auch der darauf gerichtete Anspruch i.S.v. Art. 665 ZGB setzen einen gültigen Rechtsgrund voraus; für den Anspruch i.S.v. Art. 665 ZGB vgl. *Heinz Rey/Lorenz*

### ***b. Formvorschrift für die Realkollation von Grundstücken***

Bevor die einzelnen Belege, die als Rechtsgrundaussweis dem Grundbuchamt einzureichen sind, aufgeführt werden, ist auf die anwendbare Formvorschrift einzugehen:

Die wohl herrschende Lehre verlangt bei der Realkollation von Grundstücken die Beachtung der «vom Gesetz vorgesehenen Form»<sup>25</sup> resp. der öffentlichen Beurkundung<sup>26</sup>.

Eine Minderheitsmeinung lässt demgegenüber die einfache Schriftform genügen.<sup>27</sup> Begründet wird dies mit der besonderen Nähe der Ausgleichung zur Erbteilung, womit eine analoge Anwendung der für den Erbteilungsvertrag geltenden Formvorschrift (einfache Schriftlichkeit gemäss Art. 634 Abs. 2 ZGB) gerechtfertigt erscheine. Dieser Minderheitsmeinung ist beizupflichten. Tatsächlich ergibt sich bereits aus der

*Strebel*, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019, N. 4 f. zu Art. 665 ZGB; *Robert Haab/August Simonius/Werner Scherrer/Dieter Zobl*, Zürcher Kommentar, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2. Aufl., Zürich 1977, N. 4 zu Art. 656 ZGB. (Fortsetzung S. ) Da die Grundbuchanmeldung – und damit auch die Beibringung des Rechtsgrundaussweises – im Rahmen des absoluten Eintragungsprinzips vom Schuldner der auf Eigentumsübertragung und -eintragung gerichteten Obligation ausgeht (Art. 963 Abs. 1 ZGB), ist für den Grundbuchverwalter nicht massgebend, wann der Gläubiger die Leistung fordern darf – dazu wäre die Fälligkeit erforderlich –, sondern wann der Schuldner diese Leistung erbringen darf; vgl. zur diesbezüglichen Unterscheidung von Erfüllbarkeit und Fälligkeit der Obligation auch *Wiegand* (FN 24), N. 4 zu Art. 102 OR und *Weber* (FN 24), N. 40 zu Art. 75 OR. Der Grundbuchverwalter hat sich bei Eigentumseintragungen, welche im Rahmen des absoluten Eintragungsprinzips stattfinden, demnach nicht um die Fälligkeit der darauf gerichteten Obligation zu kümmern. Entsprechend muss sich auch aus dem Rechtsgrundaussweis nicht die Fälligkeit der Obligation ergeben. Es genügt damit, dass – im Rahmen des absoluten Eintragungsprinzips – aus dem Rechtsgrundaussweis für Eigentumseintragungen ersichtlich ist, dass gestützt auf einen (gültigen) Rechtsgrund eine auf Eigentumseintragung gerichtete Obligation besteht. Der Nachweis eines diesbezüglichen Anspruchs muss demgegenüber nicht erbracht werden. Sofern jedoch im Einzelfall eine fällige Obligation vorliegt und sich der Eigentümer in ungerechtfertigter Weise weigert, die entsprechende Erklärung abzugeben, kann auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums geklagt werden (Art. 665 Abs. 1 ZGB). Bei Obsiegen des Klägers erwirkt dieser ein gerichtliches Gestaltungsurteil, welches nicht einer separaten Vollstreckung bedarf. Mit Eintritt der formellen Rechtskraft geht das Grundstück vielmehr unmittelbar und ausserbuchlich in das Eigentum des Erwerbers über. Es ist jedoch auch möglich, dass der Erwerber eine Leistungsklage erhebt und mit dieser verlangt, dass der Veräusserer zur Abgabe der Grundbuchanmeldung verpflichtet werden soll. Dazu ist in Art. 344 ZPO statuiert, dass – wenn der Entscheid des Gerichts auf Abgabe einer Willenserklärung lautet – dieser Entscheid die Willenserklärung ersetzt; vgl. dazu und generell zum diesbezüglichen Rechtsschutz eingehender *Thomas Sutter-Somm*, Eigentum und Besitz, in: Sachenrecht, SPR Bd. V/1, 2014, N. 506 ff., m.w.H. Vgl. dazu bereits *Liechti* (FN 23), S. 193 ff.

<sup>25</sup> *Rolando Forni/Giorgio Piatti*, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019, N. 3 zu Art. 628 ZGB; *Tuor/Piconi* (FN 21), N. 2 zu Art. 628 ZGB; *Wolf/Genna* (FN 10), S. 340; *Wolf* (FN 21), S. 249.

<sup>26</sup> So ausdrücklich *Burckhardt Bertossa* (FN 7), N. 19 zu Art. 628 ZGB; *Wolf/Genna*, (FN 10), S. 340.

<sup>27</sup> *Piconi* (FN 16), S. 75; *Jürg Schmid*, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019, N. 14b zu Art. 965 ZGB, m.w.H.

Gesetzessystematik, dass die Ausgleichung – welche im Titel «Die Teilung der Erbschaft» eingegliedert ist – auf die Erbteilung gerichtet ist und dieser gewissermassen dient.<sup>28</sup> Aus gesetzessystematischen Überlegungen ist die analoge Anwendung von Art. 634 Abs. 2 ZGB (einfache Schriftform) für die Realkollation demzufolge naheliegend.

Auch eine dogmatisch-systematische Betrachtung dieser Rückführung legt nahe, dass einfache Schriftlichkeit (analog Art. 634 Abs. 2 ZGB) für die Überführung des Grundstücks von der Alleinberechtigung des ausgleichungspflichtigen Erben in die gemeinschaftliche (gesamthänderische) Berechtigung der Miterben genügen muss: Die Notwendigkeit der öffentlichen Beurkundung für die Realkollation von Grundstücken wird von der herrschenden Lehre sinngemäss damit begründet, dass Art. 657 Abs. 1 ZGB für die Verträge auf Eigentumsübertragung eines Grundstücks generell die öffentliche Beurkundung vorsieht. Bei der Realkollation besteht diesbezüglich jedoch eine Besonderheit:

Art. 628 ZGB räumt dem ausgleichungspflichtigen Erben ein *einseitiges* gesetzliches Gestaltungsrecht ein, welches ihm ermöglicht, in den Bestand eines subjektiven Rechtes verändernd einzugreifen. Es handelt sich dabei gerade nicht um einen *Vertrag* i.S.v. Art. 657 Abs. 1 ZGB (dieser Absatz lautet wie folgt: «Der *Vertrag* auf Eigentumsübertragung<sup>29</sup> bedarf zu seiner Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung» [Hervorhebungen durch den Verfasser]). Art. 657 Abs. 1 ZGB ist bereits deshalb vorliegend nicht einschlägig.

<sup>28</sup> Die Ausgleichung erfolgt im Rahmen der Erbteilung und ist Teil derselben; vgl. *Burckhardt Bertossa* (FN 7), N. 1 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB. Auch das Bundesgericht hat in BGE 123 III 49 ausgeführt, dass die Ausgleichung im Rahmen der Erbteilung zu prüfen sei, was bereits die Gesetzessystematik belege, nach welcher der Abschnitt über die Ausgleichung (Art. 626 ff. ZGB) zwischen demjenigen über die Teilungsart (Art. 607 ff. ZGB) und den Bestimmungen über Abschluss und Wirkung der Teilung liegt (Art. 634 ff. ZGB).

<sup>29</sup> Man könnte sich zudem überlegen, ob nur dann eine Übertragung i.S.v. Art. 657 Abs. 1 ZGB vorliegt (und damit eine öffentliche Beurkundung vorausgesetzt ist), sofern der bisherige Eigentümer durch den Rechtsvorgang das Eigentum aufgrund des eintretenden Subjektwechsels vollständig verliert (z.B. wenn Alleineigentümer C beim Vollzug eines Grundstückkaufvertrages das Grundstück in die Alleinberechtigung von D überträgt). Bei der Realkollation würde demgegenüber keine Übertragung *stricto sensu* vorliegen, da der überführende Eigentümer (in unserem Beispiel A) nach diesem Vorgang nach wie vor Eigentümer des eingeworfenen Grundstücks wäre (zwar nicht Alleineigentümer, aber doch Gesamteigentümer zusammen mit B). Analoges müsste diesfalls auch für einen Illationsvertrag gelten, bei dem ein Alleineigentümer sein Grundstück auf eine einfache Gesellschaft überführt, an welcher er anschliessend gesamthänderisch berechtigt ist; vgl. bereits *Liechti* (FN 23), FN 476. Für weitergehende Literatur zu diesem Thema der Eigentumsübertragung vgl. *von Tuhr* (FN 14), S. 219 ff., sowie für den Rechtserwerbsvorgang *Stephan Wolf*, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Habil. Bern 2002, Bern 2004, S. 192 ff., m.w.H.; *Wolf* (FN 21), S. 248 f.

Aus diesen Gründen kann der herrschenden Auffassung, wonach für die Realkollation von Grundstücken die öffentliche Beurkundung vorausgesetzt wird, nach hierseitiger Auffassung nicht gefolgt werden.<sup>30</sup>

Nach *Picenoni* würde es sogar genügen, wenn dem Grundbuchamt die einseitige (einfach-schriftliche)<sup>31</sup> Willenserklärung des Ausgleichungspflichtigen als Rechtsgrundaussweis eingereicht wird.<sup>32</sup> Dieser Auffassung ist beizupflichten, sofern zusätzlich noch der Nachweis erbracht wird, dass die einseitige Willenserklärung des Erben A von seinem Miterben B empfangen wurde. Die auf Einwerfung in Natur – und damit auf Eigentumseintragung gerichtete – Obligation entsteht aber unabhängig von einer allfälligen Mitwirkung von B bereits mit dem Empfang dieser Gestaltungserklärung. Dem Grundbuchamt muss jedoch nachgewiesen werden, dass B diese Erklärung erhalten hat, da erst in diesem Moment die auf Einwerfung in Natur gerichtete Obligation entsteht. Eine Mitwirkung von B im Rahmen eines «Vertrages» oder einer «gemeinsamen Erklärung» ist jedoch nicht nötig, damit diese Obligation entsteht.<sup>33</sup>

### c. Die Belege für den Rechtsgrundaussweis

Der Nachweis des Bestehens dieser auf Einwerfung in Natur gerichteten Obligation gegenüber dem Grundbuchamt ist dann erbracht, wenn feststeht, dass 1. der vormalige Eigentümer (Erblasser) verstorben ist und wer die Miterben sind; 2. eine Ausgleichungsobligatio zu Lasten des aktuellen Grundstückseigentümers besteht sowie 3. der ausgleichungspflichtige Eigentümer sein Wahlrecht zugunsten der Einwerfung in Natur ausgeübt hat und diese von den Miterben empfangen wurde.

<sup>30</sup> Weiter wäre zu berücksichtigen, dass die herrschende Lehre – entgegen der hier vertretenen Auffassung; vgl. sogleich – eine direkte Übereignung eines einzuwerfenden Grundstücks vom Ausgleichungsschuldner an denjenigen Erben, dem es in der Erteilung zugewiesen wird, als zulässig erachtet; vgl. *Tuor/Picenoni* (FN 21), N. 2 zu Art. 628 ZGB; *Eitel* (FN 10), N. 20 zu Art. 628 ZGB, m.w.H. Bei einer solchen Direktübertragung wird die Realkollation im Erbteilungsvertrag erklärt, womit die Formvorschrift von Art. 634 Abs. 2 ZGB in einem solchen Fall ohnehin zur Anwendung gelangt. Für eine Unterscheidung der auf die Realkollation anwendbaren Formvorschrift, je nachdem ob die einstufige oder die zweistufige Lösung gewählt wird, besteht kein sachlicher Grund, womit eine generelle Anwendung von Art. 634 Abs. 2 ZGB auf die Realkollation angezeigt erscheint. Damit ist nach der hier vertretenen Auffassung für die Realkollation die einfache Schriftform auch dann ausreichend, wenn sie den Handwechsel von Grundstücken im Rahmen der «zweistufigen Realkollation» betrifft. Gleicher Auffassung aber mit einer anderen Begründung *Picenoni* (FN 16), S. 75. Danach könne die Realkollation bei Grundstücken in der Form des Erbteilungsvertrages (einfache Schriftform gemäss Art. 634 ZGB) erfolgen, weil es sich um ein gesetzliches (Art. 628 Abs. 1 ZGB), einseitiges Gestaltungsrecht des Vorempfängers im Rahmen der Erteilung handle.

<sup>31</sup> Die entsprechende Willenserklärung ist nicht formgebunden; vgl. *Eitel* (FN 10), N. 13 zu Art. 628 ZGB. Dennoch hat sie aufgrund der Belegfunktion des Rechtsgrundaussweises mindestens in schriftlicher Form zu erfolgen.

<sup>32</sup> *Picenoni* (FN 16), S. 75. Danach ist das Motiv für die Zulässigkeit der bloss einseitigen Willenserklärung für die Rückübertragung darin zu erblicken, dass der Vorempfang von Gesetzes wegen gemäss Art. 628 ZGB mit einer resolutiven Potestativbedingung für den Vorempfänger verknüpft ist, in dem Sinne, dass dieser als Erbe im Nachlass des Zuwenders die Möglichkeit der dinglichen Rückstellung der Liegenschaft erhält.

<sup>33</sup> Vgl. dazu sogleich in Ziff. 4/c.



Der Nachweis des *ersten Punktes* (Tod des vormaligen Eigentümers X und Bestand der Erbengemeinschaft) wird gegenüber dem Grundbuchamt durch Einreichung eines Erbenscheins i.S.v. Art. 559 Abs. 1 ZGB erbracht, aus welchem einerseits ersichtlich ist, dass der seinerzeitige Eigentümer und nunmehrige Erblasser X verstorben ist; und andererseits diejenigen Personen aufgeführt sind, die als seine einzigen Erben anerkannt sind (die Geschwister A und B).<sup>34</sup>

Der Nachweis des *zweiten Punktes* (Bestehen einer Ausgleichungsobligatio) kann beispielsweise durch Einreichung einer entsprechenden vom Erblasser formulierten Ausgleichungsanordnung erbracht werden. Befindet sich eine solche Ausgleichungsanordnung bereits in der Belegsammlung des Grundbuchamtes (z.B. im Abtretungsvertrag zwischen dem einwerfenden Erben A und dem Erblasser X), muss diesbezüglich kein weiterer Beleg beigebracht werden.<sup>35</sup> Sofern keine Ausgleichungsanordnung des Erblassers X vorliegt, der einwerfende Erbe A die Ausgleichungsobligatio auf die gesetzliche Bestimmung von Art. 626 Abs. 2 ZGB<sup>36</sup> abstützt und das entsprechende Grundstück gestützt auf eine summarische Prüfung des Grundbuchamtes einen gewissen Wert aufweist (was im eingangs geschilderten Fall zutrifft), muss ebenfalls kein separater Beleg eingereicht werden. Dies deshalb, weil das Bundesgericht den Ausstattungsscharakter – und damit die grundsätzliche Ausgleichungspflicht nach Art. 626 Abs. 2 ZGB – bei Zuwendung von Grundstücken mit erheblichem Wert vermutet.<sup>37, 38, 39</sup>

<sup>34</sup> Pfäffli (FN 5), S. 87 f.

<sup>35</sup> Analog für das Vorliegen des Vorkaufvertrages in der Belegsammlung des Grundbuches im Falle eines Vorkaufsrechts vgl. Pfäffli (FN 5), S. 99 f.; Roland Pfäffli/Daniela Byland, Vorkaufsrecht, Kaufrecht, Rückkaufsrecht an Grundstücken, Anwaltsrevue 2013 S. 292.

<sup>36</sup> Art. 626 Abs. 2 ZGB lautet wie folgt: «Was der Erblasser seinen Nachkommen als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass u. dgl. zugewendet hat, steht, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt, unter der Ausgleichungspflicht.»

<sup>37</sup> BGE 131 III 49 Erw. 4.1.2 S. 55 = ZBGR 87 S. 121 Erw. 4.1.2; BGE 116 II 667 Erw. 3b/A-A S. 674 = ZBGR 73 S. 299 Erw. 3b/A-A.

<sup>38</sup> Handelt es sich demgegenüber um ein Grundstück, welches vermutungsweise keinen erheblichen Wert aufweist und beruft sich der Einwerfende auf Art. 626 Abs. 2 ZGB, so genügt die einfach-schriftliche Erklärung der Reakkollation des Einwerfenden nicht, um den Nachweis des Bestehens einer Ausgleichungsobligatio zu erbringen. In dieser Konstellation, d.h. sofern keine separate Ausgleichungsanordnung vorliegt, der Einwerfende sich auf Art. 626 Abs. 2 ZGB beruft und es sich um ein offensichtlich nicht werthaltiges Grundstück handelt, kann nur ein (einfach-schriftlicher) Vertrag zwischen dem Einwerfenden und allen Erben (oder ein entsprechendes Judikat) den rechtsgenügenden Nachweis des Bestehens einer Ausgleichungsobligatio erbringen. Solche Fälle mit nicht werthaltigen Grundstücken dürften jedoch die Ausnahme darstellen. Die einseitige einfach-schriftliche Erklärung des Einwerfenden ist diesfalls als Rechtsgrundausweis ungenügend, da dadurch der Nachweis des Bestehens einer auf Einwerfung in Natur gerichtete Obligation nicht erbracht werden kann, weil die vom Bundesgericht statuierte Vermutung über das Bestehen einer Ausgleichungspflicht nur bei «werthaltigen» Grundstücken zur Anwendung gelangt; vgl. BGE 131 III 49 Erw. 4.1.2 S. 55 = ZBGR 87 S. 121 Erw. 4.1.2; BGE 116 II 667 E.3b/A-A S. 674 = ZBGR 73 S. 299 Erw. 3b/A-A.

<sup>39</sup> Vgl. dazu bereits Ziff. 3 hiervor.

Der Nachweis des *dritten Punktes* (Ausübung des Wahlrechts als Gestaltungsrecht zugunsten der Realkollation) kann durch Einreichung der (vorbehalt- und bedingungslosen)<sup>40</sup> schriftlichen<sup>41</sup> Gestaltungserklärung von A und einer Bestätigung des Miterben B, dass er diese Ausübungserklärung erhalten hat, erfolgen.<sup>42</sup>

Mit diesen Belegen vermag A gegenüber dem Grundbuchamt nachzuweisen, dass gestützt auf einen erbrechtlichen Rechtstitel (Realkollation nach Art. 628 ZGB) eine auf Eigentumseintragung gerichtete Obligation besteht (Eigentumseintragung von «Alleineigentum A» in «Gesamteigentum der Erbengemeinschaft X, bestehend aus A und B»). Sofern B diesen Eintrag verhindern will, weil er etwa die Zulässigkeit einer Realkollation bestreitet (z.B. wenn es sich um eine gemischte Schenkung des Erblassers X an den Miterben A gehandelt hat<sup>43</sup>), wird der Miterbe B die Ausstellung einer Bestätigung über den Erhalt der Ausübungserklärung verweigern. Diesfalls zwingt er A dazu, die Grundbucheintragung (resp. die Realkollation) auf dem Klageweg geltend zu machen. In diesem Fall kann vor gerichtlichen Schranken über die Zulässigkeit der Realkollation und den Empfang der Ausübungserklärung Beweis geführt werden.<sup>44</sup> Dem Gericht steht diesbezüglich für die Erhebung von Beweisen naturgemäss eine weitergehende Kognition zu als dem Grundbuchamt.

Als Ergebnis wird im Grundbuch neu nicht mehr A als Alleineigentümer eingetragen sein, sondern die Erbengemeinschaft X, bestehend aus den Erben A und B.

Im Rahmen der anschliessend durchzuführenden Erbteilung wird das mittels der Realkollation zugeführte Grundstück regelmässig in die Alleinberechtigung eines der Miterben (oder eines Dritterwerbers, wenn es z.B. zu einer gerichtlichen Versteigerung des Grundstücks kommt) überführt werden. Beim im Rahmen dieses «zweiten Schrittes» beizubrin-

<sup>40</sup> *Eitel* (FN 10), N. 13 zu Art. 628 ZGB; *Fankhauser* (FN 7), N. 1 zu Art. 628 ZGB. Beim vorliegenden Gestaltungsrecht handelt es sich wohl – nach einer besonders von *Andreas von Tuhr* herausgearbeiteten Einteilung – um ein rechtsänderndes Gestaltungsrecht; vgl. *von Tuhr* (FN 14), S. 162 f.; *von Tuhr/Peter* (FN 14), S. 23 f. So auch *Bucher* (FN 14), S. 36.

<sup>41</sup> Die entsprechende Willenserklärung ist nicht formgebunden; vgl. *Eitel* (FN 10), N. 13 zu Art. 628 ZGB. Dennoch hat sie aufgrund der Belegfunktion des Rechtsgrundausweises mindestens in schriftlicher Form zu erfolgen.

<sup>42</sup> Weigert sich der Miterbe B zur Abgabe dieser Bestätigung, muss A eine Teilungs-/Ausgleichungsklage einreichen. In diesem Verfahren ist unter anderem darüber Beweis zu führen, ob der Miterbe B die Ausübungserklärung erhalten hat.

<sup>43</sup> Bei gemischten Schenkungen ist eine Realkollation ausgeschlossen. BGE 98 II 352 Erw. 6 S. 346; *Eitel* (FN 10), N. 24 zu Art. 628; *Burckhardt Bertossa* (FN 7), N. 17 zu Art. 628 ZGB; *Horat* (FN 12), N. 21 zu §5, differenzierter in N. 17 ff. zu §11.

<sup>44</sup> Hat B seine Empfangsbestätigung bereits abgegeben und will er den Grundbucheintrag dennoch verhindern (z.B. weil er erst nachträglich eine erblasserische Verfügung auffindet, welche die Ausgleichung dem Werte nach anordnet), wird er beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht (Art. 4 sowie Art. 29 Abs. 1 und 2 ZPO) im summarischen Verfahren (Art. 249 lit. d Ziff. 11 ZPO) die Anordnung einer Verfügungsbeschränkung gegen die vorgesehene Eintragung erwirken und im Grundbuch vormerken lassen (Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB und Art. 77 ff. GBV).

genden Rechtsgrundaussweis wird es sich meist um einen schriftlichen Erbteilungsvertrag oder um ein entsprechendes Judikat handeln.<sup>45</sup>

#### **d. Zulässigkeit der Direktüberführung?**

Nach der Lehre soll es zulässig sein, dass der Ausgleichungspflichtige das einzuwerfende Grundstück direkt auf denjenigen Erben überführt, dem das Grundstück in der Erbteilung zugewiesen wird.<sup>46</sup> Auf unser Beispiel angewendet, würde dies das Folgende bedeuten:

Der unverheiratete Erblasser X hinterlässt zwei Nachkommen (A und B). Zehn Jahre vor seinem Versterben hat X an A sein hypothekarisch unbelastetes Grundstück Bern 1/1515 schenkungshalber zu Eigentum übertragen. Der Verkehrswert des Grundstücks betrug damals – wie auch im Zeitpunkt des Todes von X – CHF 1 000 000.–. Bis zum Zeitpunkt der Teilung sinkt der Verkehrswert des Grundstücks um CHF 200 000.– auf neu CHF 800 000.– aufgrund einer konjunkturellen Wertverminderung. A wählt anlässlich der Erbteilung die Realkolla-

tion (aufgrund der konjunkturellen Wertverminderung). A und B einigen sich, dass B das Grundstück in der Erbteilung erhalten soll.

Nach der Lehre soll es zulässig sein, dass A das Grundstück gestützt auf einen einfach-schriftlichen Erbteilungsvertrag nach Art. 634 ZGB direkt auf B überführt, ohne dass dieses zuerst auf die Erbengemeinschaft (bestehend aus A und B) und in einem zweiten Schritt dann von der Erbengemeinschaft auf B überführt werden muss.

Der Lehre kann in diesem Punkt nicht beigespflichtet werden, da diesfalls – d.h. bei einer direkten Überführung des einwerfenden Erben an einen Erben – das Hauptbuch des Grundbuchamtes nicht die vollständige Kette aller Eigentümer widerspiegeln würde. Ebendiese lückenlose Kette muss zwingend aus dem Hauptbuch hervorgehen.<sup>47</sup> Nach hierseitiger Auffassung ist folglich eine direkte Überführung bereits aus grundbuchrechtlicher Sicht unzulässig.

<sup>45</sup> Es wird diesbezüglich auf die Spezialliteratur verwiesen; vgl. beispielsweise *Liechti* (FN 23), S. 133 ff.

<sup>46</sup> *Schmid*, (FN 15), S. 309; *Eitel* (FN 10), N. 20 zu Art. 628 ZGB; *Tuor/Piccononi*, N. 21 zu Art. 628 ZGB; *Wolf/Genna*, (FN 10), S. 340.

<sup>47</sup> *Bruno Huwiler*, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019, N. 12 zu Art. 562 ZGB; *Haab/Simoni/Scherrer/Zobl* (FN 24), N. 27 zu Art. 652–654 ZGB; *Arthur Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2. Teilband: Grundeigentum I, 3. Aufl., Bern 1974, N. 49 zu Art. 656 ZGB; *Arthur Homberger*, Zürcher Kommentar, Band IV: Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch, 2. Aufl., Zürich 1938, N. 22 zu Art. 965 ZGB. Sollte eine Direktübertragung – entgegen der hier vertretenen Auffassung – als zulässig erachtet werden, müsste dem Grundbuchamt zusätzlich zu den hiervor genannten Belegen gleichzeitig auch ein schriftlicher Erbteilungsvertrag als Rechtsgrundaussweis eingereicht werden. Im Gegensatz zur zweistufigen Realkollation würde jedoch bloss eine einmalige grundbuchliche Eintragung stattfinden. Aus dem Erbteilungsvertrag müsste bei der direkten Realkollation der Wille der Erbengemeinschaft auf (direkte) Übertragung des Grundstücks ersichtlich sein.

Auch in zivilrechtlicher Hinsicht wäre eine Direktüberführung vom ausgleichungspflichtigen Erben A auf den Miterben B problematisch, da für diese Verfügung kein erbrechtlicher Rechtstitel besteht. Das Gesetz räumt A in Art. 628 ZGB lediglich das Recht ein, das Grundstück durch Realkollation in die Gesamthandsberechtigung der Erbengemeinschaft zu überführen. Art. 634 ZGB regelt schliesslich die Überführung von der Erbengemeinschaft auf einen einzelnen Erben. Für die Direktüberführung besteht demgegenüber kein Rechtstitel im materiellen Erbrecht. Eine solche Überführung/Übertragung müsste seine causa ausserhalb des Erbrechts finden (z.B. im Kaufvertragsrecht) und würde die Einhaltung der entsprechenden Formvorschriften (öffentliche Beurkundung nach Art. 657 Abs. 1 ZGB und Art. 216 OR) voraussetzen sowie die entsprechenden (negativen) Steuerfolgen auslösen. Eine Zusammenführung beider Verpflichtungsgeschäfte (Realkollation und Erbteilung) in einem einfach-schriftlichen Vertrag ist nicht möglich, weil die Erbteilung nur erfolgen kann, wenn die Erbengemeinschaft die Verfügungsbefugnis über den entsprechenden Gegenstand erhalten hat resp. das Grundstück in deren Gesamthandsberechtigung überführt wurde. Bei einer direkten Überführung würde sich die Erbengemeinschaft demgegenüber als nicht verfügungsberechtigte Gemeinschaft verpflichten. Es würde eine analoge Situation vorliegen, wie wenn sich ein Nichteigentümer zur Veräusserung einer fremden Sache verpflichtet. Dies jedoch mit dem Unterschied, dass es vorliegend bereits für das Verpflichtungsgeschäft an jeglicher erbrechtlicher causa fehlt und somit nicht nur die anschliessende Verfügung, sondern bereits die causa mangelbehaftet wäre. Damit eine direkte Überführung möglich ist, müsste demnach *de lege ferenda* ein entsprechender Rechtstitel im materiellen Erbrecht normiert werden.

Eine direkte Überführung vom ausgleichungspflichtigen Erben A auf den Miterben B mittels eines einfach-schriftlichen Vertrages ist folglich sowohl in grundbuch- wie auch in zivilrechtlicher Hinsicht unzulässig.

Es ist demzufolge nicht nur in grundbuch-, sondern auch in zivilrechtlicher Hinsicht stets zwischen der Realkollation (Überführung der Alleinberechtigung am Grundstück von A in die Gesamthandsberechtigung von A und B) und der anschliessenden Teilung zu differenzieren:

In einem ersten Schritt hat Miterbe A das lebzeitig empfangene Grundstück wieder der Erbteilungsmasse zuzuführen (vom «Alleineigentum von A» in das «Gesamteigentum der Erbengemeinschaft X, bestehend aus A und B».<sup>48</sup> Diese Rückgängigmachung des lebzeitig vom Erblasser erhaltenen Grundstücks ist jedoch keine endgültige: Denn es bleibt offen, ob der Erbe A, welcher das Grundstück in die Erbteilungsmasse einbringt, denselben Gegenstand nach der Abwicklung der Erbteilung wiederum erhält (oder ob dieser B zugewiesen oder an einen Dritten veräussert/versteigert wird).<sup>49</sup> Es finden damit hinsichtlich des Grundstücks

<sup>48</sup> Escher (FN 16), N. 9 zu Art. 628 ZGB; Wolf/Genna (FN 10), S. 340.

<sup>49</sup> Eitel (FN 10), N. 19 zu Art. 628 ZGB; Wolf (FN 21), S. 247.

zwei Schritte statt: In einem ersten Schritt wird das Grundstück vom ausgleichungspflichtigen Erben dem Nachlass und in einem zweiten Schritt wird das Grundstück im Rahmen der Erbteilung einem Erben (oder durch Verkauf/Versteigerung auf einen Dritten) zugeführt.<sup>50</sup>

Demnach ist die Realkollation und die anschliessende Erbteilung stets in zwei Schritten vorzunehmen: zuerst die Überführung des Grundstücks auf die Erbengemeinschaft und anschliessend die Überführung desselben auf einen der Erben (oder auf eine Drittperson). Der Grundbuchverwalter müsste einen Antrag auf eine direkte Überführung dementsprechend abweisen.

### 5. Besondere Prüfungspflicht des Grundbuchamtes bei gemischten Schenkungen und beantragter Realkollation<sup>51</sup>

Rechtsprechung und Lehre sind sich einig, dass sich die Prüfungsbefugnis des Grundbuchverwalters hinsichtlich des Ausweises über den Rechtsgrund entgegen des engen Wortlautes von Art. 965 Abs. 3 ZGB nicht bloss auf die Prüfung der Form beschränkt.<sup>52, 53</sup> Art. 965 Abs. 3 ZGB lautet wie folgt: «Der Ausweis über den Rechtsgrund liegt in dem

<sup>50</sup> *Eitel* (FN 10), N. 19 zu Art. 628 ZGB.

<sup>51</sup> Vgl. dazu und generell zu diesem Kapitel und den dazugehörigen Fussnoten bereits *Liechti* (FN 23), S. 6 ff.

<sup>52</sup> BGE 99 Ib 244 Erw. 3 S. 247 = ZBGR 55 S. 98 Erw. 3; *Sutter-Somm* (FN 24), N. 486, m.w.H.; *Homburger* (FN 47), N. 43 zu Art. 965 ZGB; *Fritz Ostertag*, Berner Kommentar, Band IV: Sachenrecht, 3. Abteilung: Art. 919–977 ZGB, 2. Aufl., Bern 1917, N. 2 zu Art. 965 ZGB; *Adrian Mühlematter/Stephan Stucki*, Grundbuchrecht für die Praxis, Zürich 2016, S. 57 und 190 ff.; *Carl Wieland*, Zürcher Kommentar, Band IV: Das Sachenrecht, Zürich 1909, N. 1 zu Art. 965 ZGB, wonach der Rechtsgrundausweis nachzuweisen hat, dass er in der vorgeschriebenen Form und mit dem vom Gesetz geforderten Inhalt errichtet worden ist; *Bettina Deillon-Schegg*, Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Diss. Zürich 1997, S. 149 ff., wonach die Prüfung des Rechtsgrundes Antwort auf die Frage geben soll, ob eine Rechtsgrundlage vorliegt, welche es rechtfertigt, einerseits eine Buchung im Grundbuch vorzunehmen und andererseits diesem eingeschriebenen Recht oder Rechtsverhältnis die spezifisch mit der Einschreibung im Grundbuch verbundenen grundbuchrechtlichen Wirkungen zukommen zu lassen. Siehe auch *Pfäffli* (FN 5), S. 48, m.w.H. Danach besitzt der Grundbuchverwalter betreffend die für die Gültigkeit des Rechtsgrundes erforderliche Form eine umfassende Kognition. Im Weiteren bezieht sich die Kognition des Grundbuchverwalters jedoch auf jene Mängel, welche eine offensichtliche Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hätten. Nach BGE 124 III 341 Erw. 2b S. 343 = ZBGR 80 S. 132 Erw. 2b hat der Grundbuchverwalter «im Wesentlichen nur zu prüfen, ob die Formerfordernisse erfüllt sind». Nach BGE 119 II 16 Erw. 2a S. 18 = ZBGR 74 S. 365 Erw. 2a ist zudem stets vom Grundbuchverwalter zu prüfen, ob das angemeldete Recht sich seiner Natur nach überhaupt zur Aufnahme ins Grundbuch eignet oder ob der angemeldete Rechtstitel nichtig ist.

<sup>53</sup> *Ostertag* (FN 52), N. 13 und 16 zu Art. 965 ZGB führt aus, dass durch den Rechtsgrundausweis die Existenz des Rechtsgrundaktes nachzuweisen ist. Dieser Rechtsgrundakt besteht im Rechtsgrund einer grundbuchlichen Verfügung, welcher Recht und Pflicht zur dinglichen Rechtsänderung unmittelbar begründet (*titulus aquirendi*). *Wieland* (FN 52), N. 1 zu Art. 965 ZGB hält fest, dass sich aus dem Rechtsgrundausweis auch ergeben muss, dass der Rechtsgrund mit dem vom Gesetz geforderten Inhalt errichtet worden ist.

Nachweise, dass die für dessen Gültigkeit erforderliche Form erfüllt ist.» Das Grundbuchamt prüft anhand des Rechtsgrundausweises vielmehr – im Rahmen seiner (beschränkten) Kognition<sup>54</sup> – das Vorliegen und die materielle Gültigkeit<sup>55</sup> des dem angebehrten Eintrag zugrunde liegenden Rechtsgrundes.<sup>56, 57</sup> Diese Prüfungspflicht lässt sich aus dem in Art. 974

<sup>54</sup> Betreffend materielle 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 Erw. 1 S. 213 = ZBGR 64 S. 108 Art. 1; BGE 124 III 341 Erw. 2b S. 343 f. = ZBGR 80 S. 132 Erw. 2b; Urteil des Bundesgerichts 5A.28/2005 vom 13. Februar 2006 Erw. 2 = ZBGR 87 S. 382 Erw. 2; Schmid (FN 27), N. 31 zu Art. 965 ZGB; Aron Pfammatter, in: Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 2011, N. 7 zu Art. 965 ZGB, m.w.H.; Bettina Deillon-Schegg, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. Zürich 2016, N. 18 zu Art. 965 ZGB.

<sup>55</sup> Schmid (FN 27), N. 3 und 12 zu Art. 966 ZGB und Pfammatter (FN 54), N. 2 und 6 zu Art. 966 ZGB halten fest, dass im Zeitpunkt der Anmeldung sämtliche Bewilligungen und Zustimmungserklärungen vorliegen müssen, welche die Gültigkeit des Rechtsgrundes nachzuweisen vermögen. Damit wird m.E. zugleich und zu Recht festgehalten, dass sich die Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters nicht bloss auf das Vorhandensein eines Rechtsgrundes, sondern – im Rahmen seiner Kognition – auf das Vorliegen eines gültigen Rechtsgrundes erstrecken muss.

<sup>56</sup> Homberger (FN 47), N. 43 zu Art. 965 ZGB; Deillon-Schegg (FN 52), S. 149 ff., wonach durch die Prüfung des Rechtsgrundes insbesondere das Vorhandensein einer Rechtsgrundlage abgeklärt werden soll; Schmid (FN 27), N. 10 zu Art. 965 ZGB, m.w.H. führt aus, dass der Rechtsgrundausweis alle notwendigen und wesentlichen Elemente des Grundgeschäftes enthalten muss, die für die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes erforderlich sind. Er hat z.B. die betroffenen Grundstücke, das einzutragende Recht oder den abzuändernden Eintrag zu bezeichnen. Weiter hat das Grundbuchamt anhand des Rechtsgrundausweises zu prüfen, ob der Rechtsgrund *per se* erstellt ist. Vgl. auch Ostertag (FN 52), N. 2 zu Art. 965 ZGB, wonach die Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters hinsichtlich des Rechtsgrundausweises zu seinen wichtigsten Funktionen gehört, ohne deren peinlichste Erfüllung das Grundbuch wertlos ist. Auch Homberger (FN 47), N. 43 zu Art. 965 ZGB, ist der Auffassung, dass die Formulierung von Art. 965 Abs. 3 ZGB zu eng ist, da der Grundbuchbeamte auch die materielle Gültigkeit des Rechtsgrundausweises zu prüfen hat. Sofern aus dem Rechtsgrundausweis eine Nichtigkeit infolge Widerrechtlichkeit, Unsittlichkeit oder Unmöglichkeit ersichtlich sei, müsse dies zur Abweisung des Geschäfts führen. Weiter müsse sich der Grundbuchbeamte vergewissern, ob sich die Parteien über alle wesentlichen Vertragspunkte geeinigt haben; vgl. Homberger (FN 47), N. 45 zu Art. 965 ZGB. Zudem obliegt dem Grundbuchverwalter die Pflicht, die Übereinstimmung zwischen Grundbuchanmeldung und Verpflichtungsgeschäft zu überprüfen, da er die Grundbuchanmeldung abzuweisen hat, wenn sie weitergeht als das der Anmeldung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft; vgl. Pfäffli (FN 5), S. 32. Aus dieser besonderen Prüfungspflicht lässt sich ableiten, dass der Grundbuchverwalter – sofern überhaupt ein Verpflichtungsgeschäft vorliegt – dessen Inhalt und Umfang zur Kenntnis nehmen können muss, da er ansonsten die Übereinstimmung mit der Grundbuchanmeldung nicht prüfen kann. Eben diese Kenntnisnahme kann nur gestützt auf den Rechtsgrundausweis für Eigentumseintragungen erfolgen, dem folglich auch für die Erfüllung dieser Prüfungspflicht ein weitergehender Zweck als der blosser «Nachweis der Form» zuzusprechen ist.

<sup>57</sup> Der Umstand, dass der Grundbuchverwalter das Vorhandensein eines Rechtsgrundes zu prüfen hat, ist sachgerecht, da grundbuchliche Eintragungen nicht abstrakt, d.h. unabhängig von der ihnen zugrunde liegenden Rechtslage Bestand haben können. Eine grundbuchliche Buchung ist stets nur in Verbindung mit einem Rechtsgrund oder Titel, welcher ihr als Grundlage dient, denkbar und möglich; vgl. Homberger (FN 47), N. 14 zu Art. 965 ZGB; Deillon-Schegg (FN 52), S. 151.

und 975 ZGB normierten Grundsatz der materiellen Gesetzmässigkeit ableiten.<sup>58</sup> Dieses «Legalitätsprinzip» im Grundbuchrecht legt dem Grundbuchverwalter die Pflicht auf, das Grundbuch in Einklang mit der wahren Rechts- und Sachlage zu halten und es vor ungerechtfertigten und unwirksamen Einträgen zu schützen.<sup>59</sup>

Nur wenn das Grundbuchamt im Rahmen seiner (eingeschränkten) Prüfungskognition gestützt auf den Rechtsgrundaussweis für Eigentumseintragungen zur Auffassung gelangt, dass ein gültiger Rechtsgrund und damit eine auf Eigentumseintragung gerichtete Obligation besteht<sup>60</sup>, nimmt es die ersuchte Eigentumseintragung vor.

Bei einer Realkollation eines Grundstücks hat das Grundbuchamt in diesem Zusammenhang insbesondere zu prüfen, dass eine Realkollation im konkreten Fall überhaupt zulässig ist, was namentlich bei gemischten Schenkungen grundsätzlich nicht der Fall ist.<sup>61</sup>

Da demnach eine Realkollation eines Grundstücks ausgeschlossen ist, wenn dieses Grundstück vom Erblasser dem ausgleichungspflichtigen Erben als gemischte Schenkung übertragen wurde<sup>62</sup> (und keine anders-

<sup>58</sup> *Henri Deschenaux*, Sachenrecht, SPR Bd. V/3, Das Grundbuch, 1. Abteilung, 1989, S. 464, m.w.H.; *Hombberger* (FN 47), N. 43 ff. zu Art. 965; *Franz Jenny*, Das Legalitätsprinzip im schweizerischen Grundbuchrecht, ZBGR 11 S. 186 f.

<sup>59</sup> *Jenny* (FN 58), S. 186; *Schmid* (FN 27), N. 28a zu Art. 965 ZGB, wonach der Zweck der Prüfungsbefugnis des Grundbuchverwalters darin liegt, dass eine möglichst grosse Übereinstimmung zwischen der durch das Register ausgewiesenen Rechtslage und der materiellen Rechtslage erreicht werden kann. Diesbezüglich gilt es hervorzuheben, dass es in historischer Hinsicht nicht selbstverständlich ist, dass sich das Grundbuchamt um die Übereinstimmung der materiellen Wirklichkeit mit dem Grundbucheintrag bemüht. Tatsächlich bedurfte es weder nach dem römischen Recht noch in der diesbezüglichen späteren Rezeption zur Eigentumsübertragung eines Grundbucheintrags; vgl. diesbezüglich und zur Stellung der entsprechenden Kataster im römischen und auch im ptolemäisch-ägyptischen Recht *Ernst Rabel*, Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. Aufl., Basel 1955, S. 50 f.; *Julius von Gierke*, Bürgerliches Recht, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1948, S. 32. Die Umsetzung des Gedankens, dass die Immobiliarsachenrechte in einem öffentlichen Register zur Erscheinung kommen und mit diesem übereinstimmen müssen, wurde in Anlehnung an das preussische Gesetz vom 5. Mai 1872 ins Bürgerliche Gesetzbuch übernommen. Danach hat der rechtsgeschäftliche Erwerb eines jeden dinglichen Rechts am Grundstück neben anderen Erfordernissen die grundbuchliche Eintragung dieses Rechts als Voraussetzung und es erfährt seine Vollendung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Diese Umsetzung wurde denn auch als «Ruhmesblatt des deutschen Rechts» bezeichnet; vgl. *Gierke* (FN 59), S. 32. Die Sorge nach der Übereinstimmung des Grundbucheintrags mit der materiellen Rechtslage bedingt, dass die Prüfung des Rechtsgrundaussweises durch den Grundbuchverwalter eine der wichtigsten Funktionen desselben darstellt und ohne sorgsame Erfüllung dieser Prüfungspflicht das Grundbuch wertlos ist; so für das schweizerische Recht *Ostertag* (FN 52), N. 2 zu Art. 965 ZGB; siehe bereits FN 56.

<sup>60</sup> Vgl. dazu bereits FN 24.

<sup>61</sup> BGE 98 II 346 Erw. 6 S. 352 ff.; *Eitel* (FN 10), N. 24 zu Art. 628 ZGB; *Burckhardt Bertossa* (FN 7), N. 17 zu Art. 628 ZGB; *Horat* (FN 12), N. 21 zu § 5, differenzierter in N. 17 ff. zu § 11.

<sup>62</sup> BGE 98 II 346 Erw. 6 S. 352 ff.; *Eitel* (FN 10), N. 24 zu Art. 628 ZGB; *Burckhardt Bertossa* (FN 7), N. 17 zu Art. 628 ZGB; *Horat* (FN 12), N. 21 zu § 5, differenzierter in N. 17 ff. zu § 11.

lautende Anordnung des Erblassers vorliegt), hat der Grundbuchverwalter eine beantragte Realkollation abzuweisen, sofern er aus den Grundbuchbelegen entnehmen kann, dass eine gemischte Schenkung vorlag. Ein Beispiel:

Der unverheiratete Erblasser X hinterlässt zwei Nachkommen (A und B). Zehn Jahre vor seinem Versterben hat X an A sein hypothekarisch belastetes Grundstück Bern 1/1515 schenkungshalber zu Eigentum übertragen. A übernahm bei dieser Schenkung die auf dem Vertragsobjekt lastende Hypothekarschuld von CHF 300 000.–. In einem solchen Fall liegt eine gemischte Schenkung vor und eine Realkollation ist ausgeschlossen. Würde nun A (mit oder ohne Zustimmung von B) eine Einwerfung in Natur und damit die Übertragung des Eigentums auf die Erbengemeinschaft beantragen, müsste das Grundbuchamt diese Anmeldung abweisen. Dies, weil aus der Belegsammlung des Grundbuches – konkret aus dem Schenkungsvertrag zwischen X und A – ersichtlich ist, dass A das Grundstück nicht gestützt auf eine reine, sondern gestützt auf eine gemischte Schenkung erhalten hat.

Umstrittener dürfte das Prüfungsergebnis im grundbuchlichen Eintragsverfahren sein, wenn sich der nachfolgende Sachverhalt präsentiert:

Der unverheiratete Erblasser X hinterlässt zwei Nachkommen (A und B). Zehn Jahre vor seinem Versterben hat X an A sein hypothekarisch unbelastetes Grundstück Bern 1/1515 schenkungshalber zu Eigentum übertragen. A behält sich im selben Vertrag die lebenslängliche Nutznießung vor.

Sofern dieses Rechtsgeschäft (Grundstücksschenkung mit vorbehaltenen Nutznießung zugunsten des Schenkers) als gemischte Schenkung oder als Schenkung mit Auflage qualifiziert wird, wäre eine Realkollation dieses Grundstücks unzulässig und das Grundbuchamt müsste ein solches Gesuch abweisen. Dies ist dann der Fall, wenn davon ausgegangen wird, dass die Errichtung der Nutznießung eine logische Sekunde nach der Übereignung des Grundstücks durch den Schenker erfolgt.<sup>63</sup>

Wird dieses Rechtsgeschäft demgegenüber als reine Schenkung qualifiziert, weil davon ausgegangen wird, dass die Errichtung der Nutznießung eine logische Sekunde vor der Übereignung des Grundstücks durch den Schenker erfolgte, wäre eine Realkollation zulässig und das Grundbuchamt müsste eine entsprechende Grundbuchanmeldung eintragen.

Die wohl überwiegende Lehre hat sich bisher der zweiten Auffassung (Annahme einer reinen Schenkung) angeschlossen.<sup>64</sup> Da sich das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid jedoch ausdrücklich für die erste Auffassung ausgesprochen hat und bei dieser Ausgangslage von einer gemischten Schenkung ausgegangen ist<sup>65</sup>, muss davon ausgegangen

<sup>63</sup> In einem solchen Fall wäre nur noch eine Idealkollation möglich und die Anrechnung würde zum Verkehrswert im Zeitpunkt des Todes des Erblassers, in welchem im Übrigen auch die Nutznießung entfällt, berechnet.

<sup>64</sup> *Horat* (FN 12), N. 10 zu § 11, m.w.H.

<sup>65</sup> BGE 145 III 1 = ZBGR 100 S. 209.



werden, dass eine Realkollation ausgeschlossen und ein entsprechendes Eintragungsgesuch abgewiesen werden müsste.

## 6. Prozessuales

### a. Entwicklung der Rechtsprechung

Abschliessend sollen für den Fall, dass die Realkollation eines Grundstücks in einem Erbteilungsprozess geltend gemacht wird, einige ausgewählte Punkte zur Formulierung der Rechtsbegehren und zum Novenrecht dargelegt werden.

Die ältere Rechtsprechung hatte an die Formulierung der Rechtsbegehren bei einer Realkollation – gerade unter dem Gesichtspunkt der Ausübung des Wahlrechts nach Art. 628 ZGB – nicht allzu hohe Anforderungen gestellt. So hat im Jahr 1928 das Bundesgericht den Ausgleichsschuldner zur Einwerfung *oder* Anrechnung eines Geldbetrages, den er vom Erblasser bekommen hatte, verurteilt.<sup>66</sup> Im Jahr 1941 hielt das Bundesgericht fest, dass «[d]ie Ausgleichung muss nicht in jedem Fall, kann aber immer durch Geldleistung bewirkt werden; der Ausgleichspflichtige hat [...] die Wahl. Handelt es sich, wie hier, nur noch um die Verteilung von Aktivvermögen, so ist daher dem Erben, der zu kurz gekommen zu sein glaubt, nicht zu verwehren, einfach den ihm zukommenden Geldwert einzuklagen».<sup>67</sup>

Seit Inkrafttreten der Eidgenössischen Zivilprozessordnung stellt das Bundesgericht strengere Anforderungen an die Formulierung der Rechtsbegehren. Im bereits besprochenen<sup>68</sup> BGE 143 III 425 = ZBGR 99 S. 310 hat das Bundesgericht in Erw. 7 die Wichtigkeit der Dispositionsmaxime in erbrechtlichen Prozessen hervorgehoben und es scheint (leider)<sup>69</sup>, als würde sich das Bundesgericht der in der Literatur vertretenen Ansicht anschliessen, welche in erbrechtlichen Prozessen eine strenge Dispositionsmaxime postuliert.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> BGE 54 II 93 Erw. 2. S. 99 = ZBGR 25 S. 166 f. Erw. 2.

<sup>67</sup> BGE 67 II 207 Erw. 2 S. 211 = ZBGR 26 S. 213 Erw. 2.

<sup>68</sup> Siehe etwa *Fabrizio Andrea Liechti*, Formulierung der Rechtsbegehren bei Erbteilungsklagen und grundbuchliche Auswirkungen, BN 2018 S. 236 ff., und *Martin Eggel*, Die gerichtliche Erbteilung zwischen Erwägung und Zufall, Bemerkungen zu BGE 143 III 425, AJP 2018 S. 407 ff.

<sup>69</sup> Nach hierseitiger Auffassung ist die Eidgenössische ZPO nicht optimal für die Führung von Erbteilungsklagen geeignet. Die Gründe dafür sind mannigfaltig. Beispielsweise verfügen die Parteien in Erbteilungsprozessen meistens über keinen Wissensvorsprung gegenüber dem Erbteilungsgericht. Vielmehr muss – zusammen mit den Beweiserhebungen des Gerichts und den Auskunftspflichten der Parteien – quasi «gemeinschaftlich» (Parteien mit Gericht) die bisher den Parteien meist unbekanntes Vergangenes des Erblassers aufgearbeitet werden. Es wäre wünschenswert, dass der Gesetzgeber für erbrechtliche Prozesse beispielsweise die Einführung einer eingeschränkten Dispositionsmaxime prüfen würde; vgl. zu diesem Thema auch *Stephan Wolf*, Berner Kommentar, Die Teilung der Erbschaft, Bern 2014, N. 84 zu Art. 604 ZGB; *Thomas Weibel*, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl. 2019, N. 48 zu Art. 604 ZGB; *Lionel Harald Seeburger*, Die richterliche Erbteilung, Diss. Freiburg 1992, S. 61 f.

<sup>70</sup> *Tarkan Göksu*, Die Rechtsbegehren der Erbteilungsklage, in: Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, 2014, S. 127 ff., insb. S. 138 ff.

Aufgrund dieser neueren bundesgerichtlichen Erwägungen muss – zumindest vom prozessführenden Rechtsanwalt – davon ausgegangen werden, dass an der bisherigen Rechtsprechung, welche an die Formulierung der Rechtsbegehren bei einer Realkollation nicht allzu hohe Anforderungen gestellt hat, nicht mehr festgehalten werden kann.

Das Bundesgericht hat in der genannten Erwägung zudem festgehalten, dass dem Erbteilungsrichter für die Zuweisung von Erbschaftsgegenständen kein Ermessen zukommt. Dies bedeutet im Ergebnis, dass in den meisten Fällen<sup>71</sup> eine gerichtliche Erbteilung entweder über ein Losbildungs- und Losziehungsverfahren oder über eine Versteigerung der Erbschaftsgegenstände mit Verteilung des Erlöses erfolgen wird. Die Zuweisung von Nachlassgegenständen nach gerichtlichem Ermessen (gestützt auf objektive Kriterien) bleibt grundsätzlich<sup>72</sup> ausgeschlossen<sup>73</sup>. Weiter hat das Bundesgericht 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.<sup>74</sup>

### ***b. Folgen für die Praxis***

Welche Auswirkungen hat BGE 143 III 425 = ZBGR 99 S. 310 für A (resp. für seinen Prozessanwalt), welcher in unserem Ausgangssachverhalt sein Grundstück in einem Gerichtsprozess in natura in den Nachlass einbringen will?

1. Zunächst einmal ist davon auszugehen, dass die erwähnte – im Jahr 1928 ergangene – bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche bei der prozessualen Geltendmachung der Ausübungserklärung sehr grosszügig war, überholt ist. Der Ausgleichungsschuldner A hat demnach die gewünschte Realausgleichung prozessual rechtzeitig und unmissverständlich zu erklären.

Dabei sollte der Ausgleichungsschuldner die im Prozessrecht normierten Bestimmungen zu seinen Gunsten anwenden: Tatsächlich hat A regelmässig ein Interesse daran, dass er mit der Ausübung seiner Gestaltungserklärung (Wahl zwischen Ideal- oder Realausgleichung) möglichst lange resp. bis unmittelbar vor der Teilung zuwartet. Dies, weil sich die Realausgleichung nur dann lohnt, wenn sich der Wert des Grundstücks zwischen dem Todestag und dem Teilungstag reduziert hat. Damit A möglichst lange eine allfällige konjunkturelle Wertveränderung abwarten kann (sofern der Grundstückswert bis zum Teilungstag über dem

<sup>71</sup> Es bestehen gesetzliche Sonderfälle, welche eine direkte gerichtliche Zuweisung ohne Losbildung/-ziehung oder Versteigerung nach wie vor ermöglichen, so beispielsweise im bürgerlichen 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 Erblassers. Vgl. FN 71.

<sup>72</sup> Ebenso *Jean Nicolas Druey*, Zuweisung von Erbgegenständen durch das Los – kein alter Zopf (Kommentar zum Bundesgerichtsentscheid 5A\_396/2015 [= ZBGR 99 S. 310]), ZGRG 2017 S. 110.

<sup>74</sup> BGE 143 III 425 Erw. 4.7 S. 432 = ZBGR 99 S. 315 Erw. 4.7 m.w.H.

Wert per Todestag steigt, sollte A die Idealkollation wählen und umgekehrt), ist es entscheidend, wann A sein Wahlrecht im Prozess spätestens ausüben muss.

Regelmässig stellen die beklagten Miterben – in unserem Fall B – ihrerseits Rechtsbegehren, in denen dem Ausgleichungsschuldner (A) vom Gericht eine Frist zur Ausübung seines Wahlrechts angesetzt wird.<sup>75</sup> Sofern jedoch kein solches Begehren gestellt wird, sollte A mit seinem Rechtsbegehren resp. mit der Ausübung seines Wahlrechts möglichst lange zuwarten, d.h. mindestens kurz vor der Novenschanke gemäss Art. 229 i.V.m. Art. 227 ZPO. Nach hierseitiger Auffassung muss es jedoch auch zulässig sein, dass A die Novenschanke unbenutzt verstreichen lässt und anschliessend, während resp. erst unmittelbar vor Abschluss des hängigen Beweisverfahrens, den Miterben eine ausserprozessuale Ausübungserklärung zukommen lässt. Diese Ausübungserklärung ist dann ohne Verzug i.S.v. Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO als echtes Novum in den Prozess einzubringen und die Klage i.S.v. Art. 230 Abs. 1 ZPO zu ändern. Ein einschlägiges Präjudiz, das die Frage beantwortet, ob ein solch «selbstverschuldetes» echtes Novum auch nach der Novenschanke noch produziert und in den Prozess eingebracht werden kann, besteht soweit ersichtlich nicht. Gerade bei der Realkollation gibt es aber gute Gründe, welche die Zulässigkeit dieses Vorgehens indizieren: Das materielle Erbrecht gewährt dem Erben in Art. 628 ZGB den Anspruch, bis zur Teilung mit der Ausübung seines Wahlrechts zuzuwarten. Es wäre nun stossend, wenn aufgrund des Prozessrechts ein Erbe gezwungen würde, sein Gestaltungsrecht etliche Monate oder gar Jahre vor der Erbteilung auszuüben. Tatsächlich ist es nicht ungewöhnlich, dass bei Erbteilungsprozessen vom Zeitpunkt der Novenschanke bis zum Urteil Jahre vergehen können (z.B. wenn Beweisverfügungen auch ausländische Aktiven/Passiven betreffen). Dem ausgleichungspflichtigen Erben muss es nach der hier vertretenen Auffassung entsprechend möglich sein – zumindest sofern keine Fristansetzung durch die anderen Miterben gewünscht wird – dass er möglichst bis unmittelbar vor der Teilung mit der Ausübung seines Gestaltungsrechts zuwartet.

Selbst wenn eine Fristansetzung durch andere Miterben erfolgt, müsste nach hierseitiger Auffassung der Richter diesem Umstand Rechnung tragen und eine möglichst lange Frist (bis zum Abschluss des Beweisverfahrens) gewähren, da nur durch eine solche Fristansetzung der materielle Anspruch des Verpflichteten gewahrt wird. Ein Beispiel:

Der unverheiratete Erblasser X hinterlässt zwei Nachkommen (A und B). Zehn Jahre vor seinem Versterben hat X seinem Sohn A sein hypothekarisch unbelastetes Grundstück Bern 1/1515 schenkungshalber zu Eigentum übertragen. Der Verkehrswert des Grundstücks betrug damals – wie auch im Zeitpunkt des Todes von X – CHF 1 000 000.–. Bis zum Zeitpunkt der Klageeinreichung sinkt der Verkehrswert des Grund-

<sup>75</sup> *Eitel* (FN 10), N. 14 zu Art. 628 ZGB; BGE 84 II 685 Erw. 3 S. 694 ff.

stücks um CHF 10000.– auf neu CHF 990 000.– aufgrund einer konjunkturellen Wertverminderung.

A (resp. sein Rechtsanwalt) weiss jedoch, dass Erbteilungsprozesse lange dauern. Er geht davon aus, dass der Verkehrswert des Grundstücks während des Prozesses wieder steigen könnte (z.B. infolge einer Änderung der anwendbaren Bauordnung). Entsprechend könnte A im Schlichtungsgesuch, in der Klage, in der Replik sowie im ersten Parteivortrag mit der Ausübung seines Wahlrechts noch zuwarten. Noch während des Beweisverfahrens könnte er den aktuellen Verkehrswert des Grundstücks (erneut) schätzen lassen und je nach Ergebnis die Real- oder Idealkollation wählen. Diese Ausübungserklärung würde er B erst unmittelbar vor Abschluss des Beweisverfahrens postalisch zukommen lassen und dieses echte Novum i.S.v. Art. 229 Abs. 2 lit. a ZPO (unverzüglich) in den Prozess einbringen sowie das Rechtsbegehren nach Art. 230 Abs. 1 ZPO anpassen.

Davon ausgehend, dass der Verkehrswert des Grundstücks zwischen der Einleitung des Erbteilungsprozesses und dem Abschluss des Beweisverfahrens um CHF 20 000.– gestiegen ist und neu CHF 1 010 000.– beträgt, sollte A die Idealkollation (und nicht die Realkollation) wählen (weil er gestützt auf das Todestagsprinzip «nur» CHF 1 000 000.– ausgleichen muss).

Der Anwalt von A sollte demnach bei der Ausübung des Wahlrechts Vorsicht walten lassen oder seinen Klienten zumindest (schriftlich) über diese Rechtslage aufklären. Ansonsten könnte eine verfrühte Ausübung des Wahlrechts (gerade bei erbrechtlichen Prozessen, die aufgrund der damit verbundenen Informationsansprüche meist sehr lange dauern) zu einem anwaltlichen Haftpflichtfall werden.

2. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass ein Begehren, wonach das Grundstück nach der Überführung in die Erbmasse an einen bestimmten Erben zugewiesen wird, unzulässig sein dürfte, zumal die gerichtliche Teilung – von wenigen Ausnahmen abgesehen<sup>76</sup> – nur noch über das Losverfahren oder die Versteigerung erfolgen wird. A wird demzufolge in seinen Rechtsbegehren nicht die Zuweisung des Grundstücks an sich oder an B beantragen. Er wird vielmehr anbegehren, dass das Grundstück durch eine entsprechende grundbuchliche Einschreibung ins Gesamteigentum der Erben überführt und anschliessend ins Losverfahren einbezogen, eventualiter versteigert wird.

Das urteilende Gericht wird schliesslich im Urteil bei der Anweisung ans Grundbuchamt darauf achten müssen, dass in einem ersten Schritt die Erbengemeinschaft und erst in einem zweiten Schritt die Eigentumseintragung an den Erben A oder B festgehalten wird, damit im Grundbuch die lückenlose Kette sämtlicher Eigentümer abgebildet wird<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> Vgl. FN 71.

<sup>77</sup> *Huwiler* (FN 47), N. 12 zu Art. 562 ZGB; *Haab/Simonius/Scherrer/Zobl* (FN 24), N. 27 zu Art. 652–654 ZGB; *Meier-Hayoz* (FN 44), N. 49 zu Art. 656 ZGB; *Homburger* (FN 47), N. 22 zu Art. 965 ZGB.