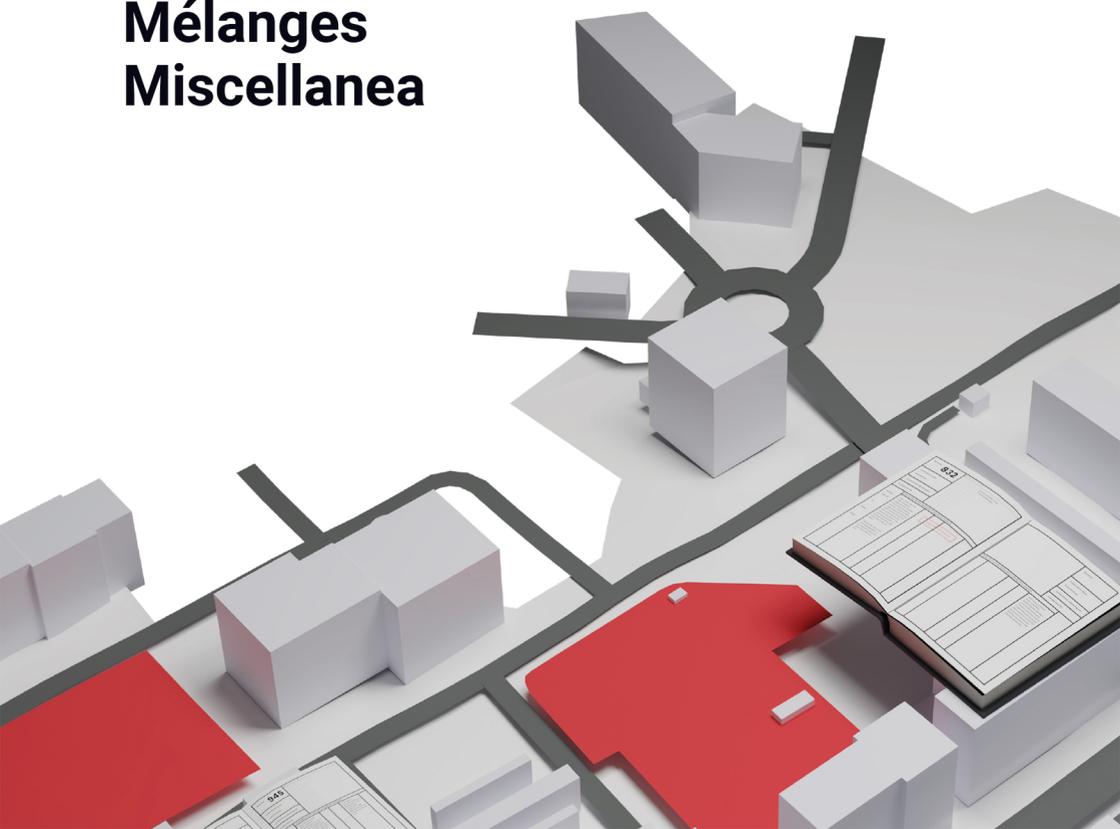




Adrian Mühlematter / Evelyne Seppey /
Philipp Adam / Andrea Gautschi

Festschrift Mélanges Miscellanea



«Entgegennahme der Lose» (Realteilung) i.S.v. Art. 634 Abs. 1 ZGB bei Grundstücken

Fabrizio Andrea Liechti

Im vorliegenden Beitrag wird die Realteilung im Erbrecht und dessen Zusammenspiel mit dem Grundbuch beleuchtet. Es wird aufgezeigt, wie eine solche Realteilung erfolgen muss, welche Probleme sich mit Grundstücken ergeben und welche Risiken die Realteilung für die Erben und auch für die Rechtsberater mit sich bringt.

Inhaltsverzeichnis

1. Vorbemerkungen.....	592
2. Ausgangslage und Fragestellung.....	593
3. Gesetzliche Ausgangslage	593
4. Der Augenblick der eintretenden Bindung bei der Realteilung und dessen Folgen	597
4.1. Im Allgemeinen.....	597
4.2. Bei Grundstücken.....	599
4.2.1. Allgemeine Bemerkungen	599
4.2.2. Bindungswirkung zwischen Grundbuchanmeldung und Hauptbucheintrag?	604
4.2.3. Rechtsfolge für bereits erfolgte Teilhandlungen	606
5. Praxisempfehlungen	608
5.1. Zusammengefasste Ausgangs-/Risikolage.....	608
5.2. Die Realteilung ist für Grundstücke in den meisten Fällen nicht die geeignete Teilungsart.....	609

- 5.3. Präzise Vertragsredaktion bei Willenseinigungen zu Vorbereitungshandlungen zur Realteilung, bei partiellen Realteilungen und bei der Redaktion von Erbteilungsverträgen611
- 5.4. Haftungsbeschränkung für Rechtsanwälte und Notare612

1. Vorbemerkungen

Am 1. Januar 2023 ist das revidierte Erbrecht in Kraft getreten.¹ Verschiedene erbrechtliche Revisionsvorhaben befinden sich im Gesetzgebungsverfahren² und im Urteil BGE 143 III 425 wurden bisher in der Praxis und Literatur fest tradierte Grundsätze zur Erbteilung resp. zum Verfahren der «Losbildung, Losziehung und Loszuweisung» höchstrichterlich verworfen resp. ergänzt.³

Kurz: Das Erbrecht ist im Wandel; *tempora mutantur et nos mutamur in illis*.

Gerade diese neue höchstrichterliche Praxis bei der Erbteilung «durch Losziehung/Loszuweisung» bietet Anlass zu den nachfolgenden Überlegungen, in welchen das

¹ (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-83570.html>), zuletzt besucht am 24. Juli 2023.

² (<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>), zuletzt besucht am 24. Juli 2023.

³ FELIX SCHÖBI, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Erbteilung, *successio* 2/2021, S. 108 ff.; FABRIZIO ANDREA LIECHTI, Formulierung der Rechtsbegehren bei Erbteilungsklagen und grundbuchliche Auswirkungen, *BN* 2/2018, S. 236 ff.; PAUL-HENRI STEINAUER, Le tribunal du partage n'a pas la compétence d'attribuer directement un bien à un héritier, *successio* 2/2018, S. 187 ff.; TARKAN GÖKSU, Prozessrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in Erbsachen 2017, *successio* 4/2018, S. 313 ff.; THOMAS SUTTER-SOMM/DARIO AMMANN, «Tom-bola iudicialis» – das Los der uneinigen Erben? Wege zur Auflösung der Erbengemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Teilungsgerichts, *Der Mensch als Mass*, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, S. 543 ff.; STEPHAN WOLF/MARTIN EGGEL, Jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung und hängige Erbrechtsrevision – erste Folgerungen und Überlegungen zur Rechtsgeschäftsplanung, in: Stephan Wolf (Hrsg.), *Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern*, INR 25, Aktuelles zur ehedüter- und erbrechtlichen Planung – insbesondere aus der Sicht des Notariats, *Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis*, Bern 2019, S. 1 ff.; JEAN NICOLAS DRUEY, Zuweisung von Erbgegenständen durch das Los – kein alter Zopf, *ZGRG* 2017, S. 109 ff.; PAUL EITEL/FELIX HORAT, *Erbrecht 2017–2019 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur, successio* 2/2020, S. 146 ff.; MARTIN EGGEL, Die gerichtliche Erbteilung zwischen Erwägung und Zufall, *Bemerkungen zu BGE 143 III 425*, *AJP* 2018, S. 407 ff.; MARTINA BOSSHARDT/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, *Rechtsprechungs-panorama Erbrecht*, *AJP* 2018, S. 495 ff.

(einvernehmliche) «Losverfahren» resp. die «Loszuweisung» im Sinne einer Realteilung und dessen Zusammenspiel mit dem Grundbuch beleuchtet werden sollen (wobei das gerichtliche Losverfahren nicht mit dem gewillkürten zu verwechseln ist).

2. Ausgangslage und Fragestellung

Zur besseren Illustration der nachfolgenden Ausführungen soll der folgende Sachverhalt dienen:

Erblasser X ist verstorben und hinterlässt als einzige Erben seine Kinder A, B und C. Jedes Kind ist als Erbe zu $\frac{1}{3}$ gesamthänderisch am Nachlass des X berechtigt. Der Nachlass besteht einzig aus einem Grundstück mit einem Verkehrswert per Teilungstag von CHF 100'000.00, aus einem Auto mit einem Verkehrswert per Teilungstag von CHF 100'000.00 und aus einem Bankkonto mit einem Saldo per Teilungstag von CHF 100'000.00.

Die Erben möchten den Nachlass möglichst unkompliziert teilen: Sie werden aus Kostengründen keinen Teilungsvertrag erstellen und stattdessen eine Realteilung vornehmen, wobei sie das Grundstück dem A, das Auto dem B und das Bankkonto dem C zuweisen möchten.

Nachfolgend soll aufgezeigt werden, wie eine solche Realteilung erfolgen müsste und welche Risiken diese für die Erben und auch für die Rechtsberater (Anwälte, Notare) mit sich bringt.

3. Gesetzliche Ausgangslage

Die einzelnen zur Erbengemeinschaft berufenen und verbundenen Erben befinden sich in einer Zwangsgemeinschaft und können sich bekanntlich ihre Miterben nicht aussuchen.⁴ Dementsprechend steht auch jedem Miterben individuell ein grundsätzlich

⁴ FABRIZIO ANDREA LIECHTI, Zur Erbanteilsabtretung unter Miterben, BN 2021, S. 85 ff.; STEPHAN WOLF, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014, Art. 602 ZGB N. 14 (zit. BK AUTORENSCHAFT).

jederzeitiger Teilungsanspruch zu,⁵ womit jeder Erbe zu jeder Zeit (und falls nötig vor dem Richter) die Teilung der Erbschaft verlangen kann.

Sofern unter den Erben Einstimmigkeit besteht, kann die Erbteilung durch Abschluss eines schriftlichen Teilungsvertrages (und gemäss herrschender Lehre anschliessendem Vollzug⁶) oder alternativ durch Realteilung (d.h. durch Aufstellung und Entgegennahme von Losen⁷) erreicht werden. Nachfolgend wird lediglich die zweite Variante (Realteilung) diskutiert.

Der Gesetzgeber benennt diese zweite Möglichkeit der einvernehmlichen Erbteilung in Art. 634 Abs. 1 ZGB als «*Aufstellung und Entgegennahme der Lose*». Diese Art der rechtsgeschäftlichen Erbteilung wird als Realteilung bezeichnet⁸ (welche freilich nicht mit der Realteilung gemäss Art. 58 ff. BGBB zu verwechseln ist). Es handelt sich um eine

⁵ Art. 604 ZGB.

⁶ STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Schweizerisches Erbrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N. 2064, N. 2071; LIONEL HARALD SEEBERGER, Die richterliche Erbteilung, Diss. Freiburg i.Ü., Freiburg i.Ü. 1992, S. 17; ARNOLD ESCHER/ARNOLD ESCHER, in: E. Beck/Robert Haab/Karl Ofringer/Wolfhart Friedrich Bürgi et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), III. Band: Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640), 3. Aufl., Zürich 1960, Art. 634 ZGB N. 8 (zit. ZK AUTORENSCHAFT); PETER C. SCHAUFELBERGER/KATRIN KELLER LÜSCHER, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 634 ZGB N. 32 (zit. BSK AUTORENSCHAFT); RAMON MABILLARD/MANUELA BRENNEIS-HOBI, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 634 ZGB N. 12 (zit. PraxKomm AUTORENSCHAFT). Dies erfolgt entweder mittels Abschlusses eines separaten obligatorischen Vertrages erfüllungshalber oder einer rechtsgeschäftlichen Konkretisierung – und damit Änderung – des gesetzlichen Teilungsanspruchs (vgl. dazu STEPHAN WOLF/MARTIN EGGEL, Erbteilung und Kaufvertrag unter Miterben, in: Roland Fankhauser/Corinne Widmer Lüchinger/Rafael Kingler/Benedikt Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Basel 2016, S. 971 ff.) und anschliessender Vornahme der Verfügungsgeschäfte; vgl. dazu auch EGGEL (Fn. 3), S. 408. A. M. PETER WEIMAR, Die Erbschaftsteilung als Erfüllungs- und Verfügungsgeschäft, in: François Dessemontet/Paul Piotet (Hrsg.), Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, S. 443 ff., S. 450 f., welcher davon ausgeht, dass bereits der schriftliche Teilungsvertrag – als Erfüllungsgeschäft – unmittelbar dingliche Wirkung habe.

⁷ Gemäss der herrschenden Lehre hat der Gesetzgeber dem Begriff des Loses i.S.v. Art. 611 Abs. 1 ZGB die Bedeutung «wertgleicher Häuflein» von Erbschaftsobjekten zugebracht, vgl. ANNINA VÖGELI, Möglichkeiten und Grenzen von fair division im schweizerischen Erbrecht, Diss. Zürich 2019, S. 152, m.w.H.

⁸ PraxKomm MABILLARD/BRENNEIS-HOBI, Art. 634 ZGB N. 7; BSK SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 ZGB N. 3.

«tatsächlich vollzogene, zu Ende geführte Teilung»,⁹ welche die zu teilenden Gegenstände realiter durch Entgegennahme der Lose ins Alleineigentum der einzelnen Parteien überführt.¹⁰ Eine vorangehende obligatorische Bindung besteht nicht.¹¹ Bindungswirkung entfaltet diese Art von Teilung von Hand zu Hand erst mit der Inempfangnahme der Lose als dem Zeitpunkt der vollendeten Teilungsausführung.¹² Es bedarf m.a.W. des dinglichen Eigentumswechsels aus dem Gesamteigentum der Erbgemeinschaft in das Alleineigentum des betreffenden Erben, damit die Realteilung verbindlich wird.¹³

Zwar kann es zwischen den Erben vor der Entgegennahme der Lose bereits zu einer (einvernehmlichen) Losbildung und -ziehung i.S.v. Art. 611 ZGB gekommen sein.^{14, 15} Dabei handelt es sich jedoch um eine blossere Vorbereitungshandlung, welche zwischen den Erben keine Bindung bewirkt.¹⁶ Es sind unzählige solche Vorbereitungshandlungen denkbar (Verabredungen und Willenseinigungen der Erben), welche den eigentlichen Übertragungshandlungen vorangehen; diese können auch schriftlich fixiert werden und die Unterschrift der Parteien tragen.¹⁷ All diese Vorbereitungshandlungen führen aber – sofern der Wille der Erben auf die Vornahme einer Realteilung und nicht auf den Abschluss eines Teilungsvertrages gerichtet ist¹⁸ – zu keiner Bindungswirkung

⁹ PETER TUOR/VITO PICENONI, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 2. Aufl., Bern 1964, Art. 634 ZGB N. 5 m.w.H. (zit. BK AUTORENSCHAFT).

¹⁰ BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 5; ALBERT GLOOR, Der aussergrundbuchliche Eigentumserwerb nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1929, S. 73 ff.

¹¹ STEPHAN WOLF, Die verschiedenen Möglichkeiten der Auflösung der Erbgemeinschaft durch Rechtsgeschäft, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern, INR 2, Ausgewählte Aspekte der Erbteilung, Bern 2005, S. 15.

¹² BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 6 und N. 9; GLOOR (Fn. 10), S. 77.

¹³ BSK SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 ZGB N. 3.

¹⁴ BK WOLF, Art. 611 ZGB N. 9; ebenso SEEBERGER (Fn. 6), S. 36.

¹⁵ BSK SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 ZGB N. 3.

¹⁶ So bereits ausdrücklich Eugen Huber; vgl. MARKUS REBER/CHRISTOPH HURNI, Berner Kommentar, Band II: Materialien zum Zivilgesetzbuch, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorwurfs von 1900, Bern 2007, N. 1207; BSK SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 ZGB N. 3; ZK ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N. 4.

¹⁷ BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 5.

¹⁸ Zur Abgrenzung zwischen Realteilung und schriftlichem Erbteilungsvertrag sowie der entsprechenden Willensrichtung der Erben vgl. etwa RUTH ARNET, Erbgemeinschaft im sachenrecht-

zwischen den Erben.¹⁹ Erst mit der tatsächlich vollzogenen Teilung tritt bei der Realteilung Bindungswirkung ein.^{20, 21}

Stringent wird dies von Tuor/Picenoni wie folgt umschrieben: «*Es bedeutet demnach die Entgegennahme der Lose: die Inempfangnahme durch den Erben der zu seinem Erbtreffnis gehörenden Gegenstände, oder besser die Überführung derselben aus der gesamten Hand in die Individualrechtssphäre, in das Vermögen der einzelnen Erben [...]».*²² Oder mit den Worten des Bundesgerichts: «*[...] Nach dem Wortlaut von Art. 634 Abs. 1 ZGB tritt dabei die Bindung der Erben erst mit der Entgegennahme der Lose ein. Erforderlich für die Bindung ist somit, dass die Nachlassgegenstände aus der gesamten Hand in die Individualrechtssphäre der einzelnen Erben übergeführt worden sind [...]».*²³

In obigem Beispiel²⁴ haben die Miterben A, B und C etwa vereinbart, dass sie drei Lose bilden und sie haben diese Lose wie folgt «gezogen»: Los Nr. 1 mit dem Grundstück soll dem Miterben A zugewiesen werden; Los Nr. 2 mit dem Auto soll dem Miterben B zugewiesen werden und Los Nr. 3 mit dem Bankkonto soll dem Miterben C zugewiesen werden. Diese Willenseinigungen über die Losbildung und Losziehung bewirken jedoch noch keine Bindung resp. jeder der drei Erben kann es sich bis zur «Zuweisung» (Realteilung) auch noch anders überlegen und auf die erfolgten Willenseinigungen (i.S.v. unverbindlichen Vorbereitungshandlungen) zurückkommen, solange die gebildeten und gezogenen Lose noch nicht zugewiesen resp. bis diese Vermögenswerte noch nicht in die Individualrechtssphäre der einzelnen Erben überführt wurden.²⁵

Entscheidend für die Bestimmung des Beginns der Bindungswirkung ist demzufolge, in welchem Zeitpunkt diese Überführung in die Individualrechtssphäre des überneh-

lichen Umfeld, in: Jürg Schmid (Hrsg.), *Nachlassplanung und Nachlassteilung/Planification et partage successoraux*, Zürich 2014, S. 402 ff.

¹⁹ BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 5.

²⁰ STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, *Erbrecht*, in: dies. (Hrsg.), *Schweizerisches Privatrecht*, Band IV/2, II, Basel 2015, S. 374; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 6), N. 2059.

²¹ Vgl. zum Zeitpunkt der Bindungswirkung hiernach eingehender in Ziff. 4.

²² BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 4.

²³ BGE 102 II 197, 203.

²⁴ Vgl. Ziff. 2. hiervor.

²⁵ Freilich könnten sich diesfalls in Konstellationen, in welchen ein Erbe von vornherein kein Wille zur Vornahme einer Realteilung hat, Ansprüche aus *culpa in contrahendo* ergeben.

menden Erben (und die Rechtsaufgabe an diesem Vermögenswert durch die übrigen Erben) erfolgt. Erst und nur in diesem Zeitpunkt erfolgt die Realteilung und beginnt die damit verbundene Bindungswirkung.²⁶

4. Der Augenblick der eintretenden Bindung bei der Realteilung und dessen Folgen

4.1. Im Allgemeinen

In der Lehre wird zuweilen vertreten, dass die «*Entgegennahme der Lose*» – und damit die Realteilung – Vornahme der entsprechenden Verfügungsgeschäfte bedeute, wie sie im Sachen-, Obligationen- oder sonstigen Vermögensrecht vorgeschrieben sind:²⁷ Für Tiere²⁸ und Fahrnis²⁹ die Besitzesübergabe und für Forderungen³⁰ eine schriftliche Abtretungserklärung (Zession).

Diese – grundsätzlich korrekte – Auffassung ist aber gerade bei Grundstücken zu präzisieren, wobei unbestritten ist, dass eine Realteilung auch bei Grundstücken zulässig sein muss.³¹ Die nachfolgenden Präzisierungen sind im Grunde nur deshalb notwendig,

²⁶ Es ist dabei wohl eine gewisse Verwandtschaft mit dem römischen Realkontrakt erkennbar: dem entgegennehmenden Miterben wird geleistet unter Auflage der Verpflichtung aus einem Teilungsvertrag und dieser nimmt diese Leistung und damit die Verpflichtung *per se an*; vgl. ZK ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N. 5. Zwischen Realteilung und dem römischen Realkontrakt bestehen aber auch gewichtige Unterschiede, welche an dieser Stelle nicht diskutiert werden können. Namentlich wäre das jeweilige Vorhanden- resp. Nichtvorhandensein einer Verpflichtungslage im römischen Realkontrakt gegenüber der heutigen Realteilung noch vertiefter abzuhandeln.

²⁷ Statt vieler SEEBERGER (Fn. 6), S. 17; EGGEL (Fn. 3), S. 408; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 6), N. 2061. Die Realteilung hat unbestrittenermassen dingliche Wirkung. Während ein Teil der Lehre davon ausgeht, dass dem Verfügungsgeschäft zwingend ein Verpflichtungsgeschäft – wohl eine logische Sekunde – vorausgeht oder gleichzeitig beigestellt wird (etwa PraxKomm MABILLARD/BRENNEIS-HOBI, Art. 634 ZGB N. 11; BSK SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 ZGB N. 4; BGE 102 II 197, 203 E. 3a), nehmen andere an, dass mit der Entgegennahme der Lose der gesetzliche Teilungsanspruch selbst unmittelbar erfüllt wird (WOLF/HRUBESCH-MILLAUER [Fn. 6], N. 2059).

²⁸ Art. 641a ZGB.

²⁹ Art. 714 Abs. 1 ZGB.

³⁰ Art. 165 Abs. 1 OR.

³¹ PraxKomm MABILLARD/BRENNEIS-HOBI, Art. 634 ZGB N. 11; BSK SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 ZGB N. 7; STEPHAN WOLF, Grundstücke in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung, ZBJV 2000, S. 281 ff.; ZK ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N. 1; BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 1.

weil beim immobiliarsachenrechtlichen Rechtsübergang (in Anwendung des absoluten Eintragungsprinzips) Ursache und Wirkung des Rechtsübergangs auseinanderfallen können (vgl. sogleich):

Denn massgebend für die Vornahme der Realteilung ist gerade nicht die «*Vornahme des Verfügungsgeschäfts*», sondern die Herstellung der Alleinberechtigung des übernehmenden Erben und die Rechtsaufgabe sämtlicher übrigen Miterben am betreffenden Vermögenswert.³² Erst mit dieser Überführung in die Alleinberechtigung des übernehmenden Erben (und der damit einhergehenden Rechtsaufgabe sämtlicher übrigen Miterben) kann und darf von einer Realteilung gesprochen werden.³³ Denn es ist nur an der tatsächlich vollzogenen Teilung, an welche das Gesetz den Eintritt der Verbindlichkeit der Realteilung knüpft.³⁴

Bei Fahrnis (z.B. beim Auto im obigen Fall³⁵) oder bei Forderungen (z.B. bei einem Bankkonto) fällt freilich das Verfügungsgeschäft (dinglicher Konsens mit *traditio* bei Fahrnis resp. Zession bei Forderungen) mit der Überführung in die Alleinberechtigung des übernehmenden Erben und Rechtsaufgabe der übrigen Erben *uno actu* zusammen. Insoweit ist – zumindest für diese Vermögenswerte, bei welchen Verfügungsgeschäft und Überführung in die Individualrechtssphäre des Erben in zeitlicher Hinsicht ineinander-

³² BGE 102 II 197, 203 E. 3a; ZK ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N. 5 f.; BK TUOR/PICENONI (Fn. 9), Art. 634 ZGB N. 9; ARNET (Fn. 18), S. 404; BSK SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 ZGB N. 7; FABRIZIO ANDREA LIECHTI, Der Rechtsgrundausweis für Eigentumsübertragungen im Grundbuch unter besonderer Berücksichtigung der notariellen Sorgfaltspflichten, Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern, INR 20, Bern 2017, S. 135 f. Dabei muss man sich vergegenwärtigen, dass der anlässlich der Erbteilung stattfindende Vorgang als Rechtsaufgabe zu qualifizieren ist; vgl. WOLF (Fn. 31) S. 288 ff. sowie eingehend dazu WOLF (Fn. 11), S. 6 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 einzelberechtigte 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).

³³ Vgl. statt vieler ZK ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N. 3. So auch in einem aktuelleren Bundesgerichtsentscheid: «*La composition et la réception des lots de l'art. 634 al. 1 i.i. CC (partage manuel) consiste dans la prise de possession par chaque héritier des objets formant son lot: le passage de ces choses dans sa maîtrise exclusive*», BGER 5A_707/2020 vom 16. März 2021, E. 5.1.

³⁴ ZK ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N. 3.

³⁵ Vgl. Ziff. 2. hiervor.

fallen – den erwähnten Literaturstellen, welche die Vornahme des Verfügungsgeschäfts als Realteilung qualifizieren, beizupflichten.

Bei Grundstücken ist dies demgegenüber nicht der Fall.³⁶

4.2. Bei Grundstücken

4.2.1. Allgemeine Bemerkungen

Tatsächlich stellt bei Grundstücken die Grundbuchanmeldung gemäss der Rechtsprechung³⁷ und Literatur³⁸ das Verfügungsgeschäft oder zumindest die Verfügung dar. Demgegen-

³⁶ Vgl. dazu sogleich Ziff. 4.2.

³⁷ BGE 115 II 221, 229 f. E. 5a f. Zur Kritik an dieser Auffassung vgl. LIECHTI (Fn. 32), Fn. 176, m.w.H. Meines Erachtens verhält es sich vielmehr wie folgt: Die Grundbuchanmeldung stellt (im Rahmen des absoluten Eintragungsprinzips) die (letzte) Erfüllungshandlung des verpflichteten Eigentümers dar. Die Verfügung über das Grundeigentum erfolgt jedoch mittels (direkter) Stellvertretung durch das Grundbuchamt, indem dieses den Eigentumsübergang im Hauptbuch einträgt. (Erst) durch diese Eintragung wird das subjektive Eigentumsrecht *unmittelbar* auf den Berechtigten übertragen. Die vorausgesetzte Vertretungsmacht des Grundbuchamtes zur Vornahme der Verfügung für den belasteten Grundeigentümer besteht von Gesetzes wegen (Art. 948 ZGB i.V.m. Art. 81 ff. GBV), womit es sich um eine Situation der *gesetzlichen Stellvertretung* handelt, d.h. um eine Vertretungsmacht des Grundbuchamtes, welche nicht auf dem Willen des Vertretenen beruht, sondern positivrechtlich normiert ist; vgl. zur gesetzlichen Vertretungsmacht generell ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl, Zürich 1979, S. 377 ff. Das Grundbuchamt verfügt als gesetzlicher Vertreter des zur Eigentumsübertragung verpflichteten Eigentümers über das entsprechende Grundeigentum mit der Eigentumseintragung im Hauptbuch. Da das durch den gesetzlichen Vertreter (Grundbuchamt) vorgenommene Verfügungsgeschäft unmittelbar Wirkungen im Rechtskreis des Vertretenen (verpflichteter Eigentümer) zeitigt, würde es sich um eine direkte Stellvertretung handeln; vgl. zur Stellvertretung im Allgemeinen von TUHR/PETER, ebd., S. 347 ff. Es entspricht denn auch dem Wesen des Stellvertretungsrechts, dass die Vertreterhandlung unmittelbar in der Person des Vertretenen Wirkung entfaltet; vgl. von TUHR/PETER, ebd., S. 396. Das Stellvertretungsrecht *per se* stünde dieser Interpretation jedenfalls nicht im Wege, da das Stellvertretungsrecht auf Verfügungsgeschäfte analog anwendbar ist. Tatsächlich entspricht die analoge Anwendung der Stellvertretungsregeln, welche das OR für den Abschluss obligatorischer Verträge aufstellt, auf Verfügungsgeschäfte der h.L.: von TUHR/PETER, ebd., S. 351 f.; BRUNO HUWILER, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 562 ZGB N. 13 (zit. BSK AUTORENSCHAFT); ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Stellvertretung, Art. 32–40 OR, 2. Aufl., Bern 2014, Vorbemerkung zu Art. 32–40 OR N. 109 (zit. BK AUTORENSCHAFT), m.w.H. Insb. auch für grundbuchliche Verfügungen im Rahmen von Eigentumsübertragungen wird die analoge Anwendung der vom OR aufgestellten Stellvertretungsregeln als zulässig und einschlägig erachtet; vgl. BSK HUWILER, Art. 562 ZGB N. 13.

³⁸ Eine umfangreiche Angabe der entsprechenden Literaturstellen und Rechtsprechung findet sich insb. in folgenden Werken: THOMAS SUTTER-SOMM, Eigentum/Besitz, in: ders. (Hrsg.), Schwei-

über findet die Rechtsänderung (z.B. die Eigentumsübertragung oder – in unserem Fall – die Überführung in die Alleinberechtigung des Miterben A und Rechtsaufgabe der Miterben B und C) im Anwendungsbereich des absoluten Eintragungsprinzips³⁹ erst mit der Eintragung ins Hauptbuch statt.⁴⁰ Zwischen der Grundbuchanmeldung und dem Rechtsübergang (welcher mit Eintragung im Hauptbuch erfolgt), kann bekanntermassen noch viel Zeit vergehen und es sind noch verschiedene Akte notwendige (Eintragung ins Tagebuch, Vornahme des Grundbucheintragungsverfahrens und anschliessende Eintragung ins Hauptbuch). Denn die Grundbuchanmeldung bewirkt lediglich, dass das grundbuchrechtliche Verfahren eingeleitet wird, welches auf eine Eintragung ins Hauptbuch gerichtet ist.⁴¹ Mit Eingang der Anmeldung hat das Grundbuchamt das entsprechende Geschäft *ohne Aufschiebung* ins Tagebuch einzuschreiben (Art. 948 Abs. 1 ZGB und Art. 81 Abs. 1 Bst. a GBV).⁴² Bis es dann aber – nach Abschluss

zerisches Privatrecht, Band V/1, 2. Aufl., Basel 2014, S. 502 (zit. SUTTER-SOMM, SPR Bd. V/1) m.w.H.; BETTINA DEILLON-SCHEGG, Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Diss. Zürich 1997 (unter dem Namen Schegg Bettina Verena publiziert), S. 36, m.w.H.; STEPHAN WOLF, Verfügungsrecht und Grundbuchanmeldung – Betrachtungen zu Art. 963 ZGB, ZBGR 84/2003, S. 2, m.w.H.; ROLAND PFÄFFLI, Der Ausweis für die Eigentumseintragung im Grundbuch, Diss. St. Gallen 1999, Langenthal 1999, S. 27.

³⁹ Die Realteilung unterliegt dem absoluten Eintragungsprinzip; BGE 102 II 197, 203 E. 3a.; LIECHTI (Fn. 37), S. 141.

⁴⁰ BGE 138 III 512, 515 E. 3.3.: Das Bundesgericht spricht von einer «dinglichen Anwartschaft» des Erwerbers auf die einzutragende Rechtsstellung zwischen dem Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung bis zur Eintragung ins Hauptbuch.

⁴¹ Statt vieler: SUTTER-SOMM, SPR Bd. V/1 (Fn. 38), N. 502.

⁴² Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellen die der Grundbuchanmeldung nachfolgenden Operationen der Einschreibung im Tagebuch und im Hauptbuch eine öffentlichrechtliche Pflicht des Grundbuchverwalters dar; vgl. BGE 115 II 221 E. 5a. Zwischen der Grundbuchanmeldung und der Eintragung im Tagebuch besteht damit der zeitliche Faktor «*ohne Aufschiebung*». Dieser zeitliche Faktor, welcher in der Grundbuchverordnung «*sofort*» genannt wird (Art. 81 Abs. 1 Bst. a GBV), wird in der Lehre dergestalt interpretiert, dass alle im Verlaufe eines Arbeitstages angemeldeten Geschäfte in der chronologischen Reihenfolge ihres Eingangs gesamthaft verbucht werden, z.B. am späteren Nachmittag oder am darauffolgenden Morgen; vgl. PFÄFFLI (Fn. 38), S. 29. Es ist demnach durchaus möglich und zulässig, dass zwischen der Grundbuchanmeldung und dem Tagebucheintrag über 24 Stunden vergehen. Nach dem Tagebucheintrag erfolgt anschliessend durch das Grundbuchamt die Prüfung der Eintragungsfähigkeit, woraufhin die Eintragung im Hauptbuch erfolgt. Erst damit, d.h. erst mit der Eintragung im Hauptbuch, geht jedoch das Eigentum – und damit das subjektive Recht – auf den Erwerber über, wodurch (im Anwendungsbereich des absoluten Eintragungsprinzips) grundsätzlich (nicht aber bei der Realteilung, weil keine vorbestehende Verpflichtung besteht) die auf Eigentumsübertragung ge-

des grundbuchlichen Eintragsverfahrens – zum Eintrag im Hauptbuch (und damit zur Rechtsänderung) kommt, kann es (u.U. bei gewissen Grundbuchämtern im Kanton Bern) länger als ein Jahr dauern.

Wir haben bei Grundstücken demzufolge die Situation, dass zwischen dem Verfügungsgeschäft (gemäss h.L. folglich mit der Grundbuchanmeldung) und der Rechtsänderung (Hauptbucheintrag) mehr als ein Jahr vergehen kann. Vielleicht aufgrund ebendieser Besonderheit im schweizerischen Immobiliarsachenrecht wurde in der Lehre teilweise postuliert, dass die Realteilung bei Grundstücken bereits mit Übertragung zu Eigenbesitz⁴³ oder mit der Grundbuchanmeldung⁴⁴ erfolgen soll. Diese Auffassungen sind jedoch (zusammen mit der vorherrschenden Literatur⁴⁵ und Rechtsprechung⁴⁶ zum Eintritt der Bindungswirkung bei der Erbteilung) abzulehnen, da – wie hiervor dargelegt wurde – die Realteilung erst mit der dinglichen Veränderung resp. mit der Überführung in die Individualrechtssphäre des übernehmenden Erben erfolgen kann.⁴⁷ Diese dingliche Veränderung tritt bei Grundstücken (erst) mit der Eintragung im Hauptbuch und nicht bereits mit der Grundbuchanmeldung ein (Art. 972 Abs. 1 ZGB).⁴⁸

Die gemeinsame Grundbuchanmeldung der Erben stellt demzufolge vielmehr (bloss) das vorbereitende Stadium dar, in welchem auch bei der Realteilung gewisse Vereinbarungen und Handlungen der Miterben möglich, ja notwendig (und nicht bindend)

richtete Obligation durch Erfüllung (*solutio*) untergeht (vgl. Art. 972 Abs. 1 ZGB, wonach dingliche Rechte durch die Eintragung im Hauptbuch entstehen).

⁴³ PETER JÄGGI, Zwei Fragen aus dem Erbrechtsrecht, SJZ 1967, S. 165 ff.; diese Auffassung wurde vom Bundesgericht in BGE 102 II 197 E. 3 ausdrücklich verworfen.

⁴⁴ WOLF/GENNA, SPR Bd. V/1 (Fn. 20), S. 375; PraxKomm MABILLARD/BRENNEIS-HOBI, Art 634 ZGB N.11.

⁴⁵ ZK ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N. 5 f.; BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 9; ARNET (Fn. 18), S. 404; BSK SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 ZGB N. 7; LIECHTI (Fn. 32), S. 135 f.

⁴⁶ BGE 102 II 197 E. 3.

⁴⁷ BGE 102 II 197, 203; BK TUOR/PICENONI, Art 634 ZGB N. 4 f. und N. 9; GLOOR (Fn. 10), S. 73 ff.;

⁴⁸ Statt vieler: SUTTER-SOMM, SPR Bd. V/1 (Fn. 38), N. 502; ROBERT HAAB/AUGUST SIMONIUS/WERNER SCHERRER/DIETER ZOBL (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung: Das Eigentum, Art. 641–729, 2. Aufl., Zürich 1977, Art. 656 ZGB N. 14 (zit. ZK AUTORENSCHAFT).

sind.⁴⁹ Die bei der Realteilung eintretende vertragliche Bindung tritt demgegenüber erst mit dem Hauptbucheintrag resp. mit der definitiven Überführung in die Alleinberechtigung des übernehmenden Erben ein.⁵⁰ Mit der beim Grundbuchamt auf der Grundbuchanmeldung enthaltenden Zustimmungserklärung zur Realteilung erklären sich die Miterben (nur) damit einverstanden, dass durch die behördlich vorzunehmende Eintragung die Realteilung (dereinst) stattfinden wird.

Gegen diesen Punkt, wonach bei der Realteilung die Bindungswirkung erst mit dem Hauptbucheintrag (und damit mit dem Vollzug) eintritt, wird von einem Teil der Lehre eingewendet, dass ein einseitiger Rückzug der Grundbuchanmeldung ja ohnehin nicht mehr möglich sei,⁵¹ womit bereits der Grundbuchanmeldung Bindungswirkung zugesprochen werden sollte.⁵² Nach hierseitiger Auffassung ist dieser Lösungsansatz jedoch verkürzt, weil er dem fundamentalen Grundprinzip der Realteilung, wonach die Bindungswirkung (erst) zusammen mit der Rechtsänderung eintritt, widerspricht. Bei der Realteilung kann keine der Grundbucheintragung vorangehende vertragliche Bindung bestehen.⁵³ Eine solche vorgängige Bindung mit Einreichung der Grundbuchanmeldung wäre bei der Realteilung begrifflich ausgeschlossen.⁵⁴ Würde man der Grundbuchanmeldung bereits eine solche Bindungswirkung zuerkennen, würde dies zu einer gesetzlich nicht vorgesehenen und sachlich unbegründeten Ungleichbehandlung von Grundstücken gegenüber sämtlichen anderen Vermögenswerten bei der Realteilung führen. Es gibt keinen sachlichen Grund und keine gesetzliche Grundlage, damit bei Grundstücken bei einer Realteilung bereits vor der Rechtsänderung eine Bindungswirkung unter den Erben entstehen kann. Deshalb ist der herrschenden Auffassung⁵⁵ und

⁴⁹ Vgl. zu den «unverbindlichen» Vorbereitungshandlungen etwa ZK ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N.4; BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 4; BSK SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 ZGB N. 4.

⁵⁰ ZK ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N. 5 f.; BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 9; ARNET (Fn. 18), S. 404; BSK SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 ZGB N. 7; LIECHTI (Fn. 32), S. 135 f.; PETER HAUSER, Der Erbteilungsvertrag, Diss. Zürich 1973, S. 56 f.

⁵¹ Art. 47 Abs. 1 Satz 2 GBV.

⁵² WOLF/GENNA, SPR Bd. V/2 (Fn. 20), S. 375.

⁵³ ZK ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N. 6.

⁵⁴ ZK ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N. 6.

⁵⁵ ZK ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N. 5 f.; BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 9; ARNET (Fn. 18), S. 404; BSK SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 ZGB N. 7; LIECHTI (Fn. 32), S. 135 f.

der Rechtsprechung,⁵⁶ welche die Bindungswirkung erst mit dem Hauptbucheintrag entstehen lassen wollen, beizupflichten.

Es ist demzufolge nach hierseitiger Auffassung davon auszugehen, dass in der Einreichung der von sämtlichen Erben unterzeichneten Grundbuchanmeldung mit dem Antrag, dass der Miterbe A infolge Realteilung als Alleineigentümer des Grundstückes einzutragen ist, die letzte Vorbereitungshandlung der Miterben und gleichzeitige Vollmachtserteilung an das Grundbuchamt zur Vornahme der Realteilung zu erblicken ist. Die eigentliche Verpflichtungs-/Verfügungslage (resp. die eigentliche Vornahme der Realteilung) erfolgt jedoch mittels (direkter) Stellvertretung durch das Grundbuchamt, indem dieses die Überführung in die Alleinberechtigung des Miterben A im Hauptbuch einträgt. Die vorausgesetzte Vertretungsmacht des Grundbuchamtes zur Vornahme dieser Rechtsänderung besteht von Gesetzes wegen (Art. 948 ZGB i.V.m. Art. 81 ff. GBV), womit es sich um eine Situation der *gesetzlichen Stellvertretung* handelt, d.h. um eine Vertretungsmacht des Grundbuchamtes, welche nicht auf dem Willen des Vertretenen beruht, sondern positivrechtlich normiert ist.⁵⁷ Da die durch den gesetzlichen Vertreter (Grundbuchamt) vorgenommene Rechtsänderung unmittelbar Wirkungen im Rechtskreis der Vertretenen (Miterben) zeitigt, handelt es sich um eine gesetzliche, direkte Stellvertretung.

Wie soeben dargelegt, kann es zwischen der Grundbuchanmeldung und dem Eintrag ins Hauptbuch bei manchen Grundbuchämtern länger als ein Jahr dauern. Weiter haben wir gesehen, dass es sich bei der Realteilung um eine Teilung von Hand zu Hand handelt, in welcher das Verpflichtungsgeschäft und die gewünschte Rechtsänderung zusammenfallen resp. keine dieser Rechtsänderung vorangehende obligatorische Bindung besteht.⁵⁸ Es ist damit zu klären, wie es sich mit der Bindungswirkung während dieser Zeitdauer zwischen Grundbuchanmeldung und grundbuchlichem Hauptbucheintrag verhält.

⁵⁶ BGE 102 II 197 E. 3.

⁵⁷ Vgl. zur gesetzlichen Vertretungsmacht generell VON TUHR/PETER (Fn. 37), S. 377 ff.

⁵⁸ Vgl. etwa BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 6 und N. 9; GLOOR (Fn. 10), S. 77.

4.2.2. **Bindungswirkung zwischen Grundbuchanmeldung und Hauptbucheintrag?**

Zwar normiert Art. 47 Abs. 1 Satz 2 GBV, dass die Grundbuchanmeldung nicht mehr einseitig zurückgezogen werden kann. Diese Bestimmung regelt aber (nur) das grundbuchliche Eintragungsverfahren und vermag wohl – bereits aufgrund seiner gesetzssystematischen Stellung auf Verordnungsstufe – die formell-gesetzliche Bestimmung zur erbrechtlichen Realteilung gemäss Art. 634 Abs. 1 ZGB nicht zu verändern. Und nach ebendieser tritt die zivil-/erbrechtliche Bindungswirkung nur und erst zusammen mit der Rechtsänderung resp. mit der Überführung des Grundstücks in die Individualrechtssphäre des übernehmenden Erben ein.⁵⁹ Die Rechtsänderung ist bei der Realteilung nicht Perfizierung eines vorangehenden obligatorischen Vertrages, sie ist vielmehr Bestandteil *und* Voraussetzung der vertraglichen Bindung selbst⁶⁰ – Bindung an den Vertrag und Ausführung dieser Bindung decken sich gleichsam. Es wäre in gesetzssystematischer Hinsicht mehr als stossend, wenn gestützt auf eine Ausführungsverordnung zum grundbuchlichen Eintragungsverfahren die materiellen Wirkungen eines im ZGB kodifizierten Rechtsinstituts geändert würden.

Deshalb muss der vorsichtige Rechtsanwender davon ausgehen, dass die Erben zivil-/erbrechtlich bis zum Hauptbucheintrag frei sind, ihre (obligatorisch nicht bindende) Zustimmung (als Vorbereitungshandlung)⁶¹ zur Überführung des Grundstücks in die Alleinberechtigung des A und die Rechtsaufgabe von B und C, auch einseitig zurückzuziehen. Jedenfalls besteht das Risiko, dass das in Art. 47 Abs. 1 Satz 2 GBV auf Verordnungsstufe normierte Rückzugsverbot (der Grundbuchanmeldung) an dieser materiell-rechtlichen Ausgestaltung der Realteilung nichts zu ändern vermag. Und danach entfaltet die Realteilung ihre Wirkung erst dann, wenn das Eigentum in die Individualrechtssphäre übergegangen ist.⁶² Bis zu diesem Moment müssen die Erben frei sein, da bis zu diesem Zeitpunkt keine Bindung besteht. Es wäre vielmehr in grundbuch-

⁵⁹ Vgl. etwa BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 6 und N. 9; ZK ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N. 3; GLOOR (Fn. 10), S. 77.

⁶⁰ BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 11.

⁶¹ Vgl. dazu Ziff. 4.2.1. hiervor.

⁶² Statt vieler BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 6 und N. 9; ZK ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N. 3; GLOOR (Fn. 10), S. 77.

rechtlicher Hinsicht zu prüfen, ob das Grundbuchamt bei Anmeldungen zur Realteilung nicht einem einseitigen Rückzug stattgeben müsste, da wohl nicht anzunehmen ist, dass das formelle Grundbuchverfahrensrecht die Umsetzung des materiellen Zivilrechts zu verhindern vermag. In diesem Sinn muss wohl davon ausgegangen werden, dass der Art. 643 Abs. 1 ZGB den Art. 47 Abs. 1 Satz 2 GBV derogiert.

Mit der Realteilung liegt gleichsam ein bundesgesetzlicher Spezialfall vor, bei welchem eine Eintragung vorgenommen werden soll, welche sich auf keine vorbestehende Verpflichtungslage – und auch auf keine vorbestehende Rechtsänderung, wie dies bei ausserbuchlichen Vorgängen der Fall ist – bezieht. Nicht ganz unähnlich ist es etwa auch anerkannt, dass ein Eigentümer die Anmeldung eines Eigentümerschuldbriefes oder einer Eigentümerdienstbarkeit zurückziehen kann, solange sie nicht grundbuchlich vollzogen ist.⁶³ Auch die Rechtsprechung hat (freilich vor Inkrafttreten des Art. 47 Abs. 1 Satz 2 GBV) die Möglichkeit eines einseitigen Rückzuges der Grundbuchanmeldung stets (nur) dann verneint, wenn diese in Erfüllung eines bestimmten Verpflichtungsgeschäfts erfolgt ist,⁶⁴ welches bei der Realteilung jedoch bis zum Eintrag im Hauptbuch gerade (noch) nicht existiert (die Verpflichtungslage wird vielmehr erst mit der Rechtsänderung begründet⁶⁵). Das Verbot der einseitigen Widerrufbarkeit der Grundbuchanmeldung wurde (und wird) dogmatisch denn auch damit begründet, als darin ein auf *vertraglicher Einigung* beruhendes Verfügungsgeschäft erblickt wird, das wegen der Übereinstimmung zwischen Veräusserer und Erwerber dem einseitigen Widerruf entgegensteht.⁶⁶ Gerade eine solche vertragliche Einigung vor der dinglichen Rechtsänderung ist aber bei der Realteilung systemfremd und würde dazu führen, dass keine Realteilung sondern ein Teilungsvertrag vorliegen würde. Dies weil – wie bereits besprochen⁶⁷ – die Rechtsänderung bei der Realteilung nicht Perfizierung eines voran-

⁶³ JÜRIG SCHMID, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 963 ZGB N. 11 (zit. BSK AUTORENSCHAFT).

⁶⁴ BGE 115 II 221, 227 E. 4.b.

⁶⁵ Statt vieler BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 6 und N. 9; ZK ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N. 3; GLOOR (Fn. 10), S. 77.

⁶⁶ HENRI DESCHENAUX, Das Grundbuch, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band V/3, I, Basel/Frankfurt am Main 1988, S. 282 f.

⁶⁷ Vgl. Ziff. 4.2.2. hiervor.

gehenden obligatorischen Vertrages, sondern vielmehr Bestandteil *und* Voraussetzung der vertraglichen Bindung selbst darstellt.⁶⁸ Aus all diesen Gründen muss – solange in diesem Punkt keine höchstrichterliche Klärung vorliegt – von der Möglichkeit und vom Risiko ausgegangen werden, dass einer der anmeldenden Erben bei der Realteilung die Grundbuchanmeldung oder aber zumindest seine «Einwilligung zu dieser Vorbereitungs-handlung» zurückziehen kann, was dann – sollte der Grundbucheintrag dennoch erfolgen – zu einem ungerechtfertigten Grundbucheintrag führen würde.⁶⁹

4.2.3. Rechtsfolge für bereits erfolgte Teilhandlungen

Es ist demzufolge möglich, dass in unserem Beispiel für B bereits Alleinbesitz und -eigentum am Auto hergestellt ist, der C die Bankforderung zediert erhält und die Grundbuchanmeldung zugunsten von A erfolgt. Anschliessend könnte aber einer der drei Miterben vor dem Hauptbucheintrag seine Zustimmung zu dieser Vorbereitungs-handlung (einseitig) zurückziehen und der Hauptbucheintrag dürfte nicht erfolgen resp. würde in ungerechtfertigter Weise erfolgen.

Natürlich würde sich in diesem Fall die Frage stellen, ob nicht auch die Überführungs-handlungen hinsichtlich des Autos und des Bankkontos (z.B. infolge eines Willensman-gels) rückabgewickelt werden müssten (dies zumindest dann, sofern der Konsens der Miterben dahingehend war, dass eine Realteilung hinsichtlich sämtlicher Vermögenswerte zu erfolgen hat).⁷⁰ Weiter stellt sich die Frage, ob die Erben für die in der Zwischenzeit erfolgte Nutzung an den übernommenen Vermögenswerten eine Entschädigung zu be-

⁶⁸ BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 11.

⁶⁹ So dies dereinst von der Rechtsprechung anders interpretiert werden sollte, würde dies dazu führen, dass die Realteilung systemisch im Rahmen von Zuweisungen von Grundstücken zu einer Ungleichbehandlung gegenüber Fahnris und Forderungen führen würde: Diesfalls würde bei Grundstücken die Realteilung – in Abweichung zur eigentlichen Rechtsnatur der Realteilung – bereits vor der Herstellung der Alleinberechtigung des übernehmenden Erben und der Rechtsaufgabe sämtlicher übrigen Miterben am Grundstück erfolgen. Freilich würde auch diese Annahme zu unklaren Folgefragen führen, z.B. wenn eine Grundbuchanmeldung ungerechtfertigterweise vom Grundbuchamt abgewiesen würde. Eine allfällige Klage oder ein Rechtsmittel dagegen müsste von sämtlichen Erben ergriffen werden (weil der übernehmende Miterbe noch nicht allein zuständig geworden ist), womit evident würde, dass gerade noch keine Überführung in seine alleinige Rechtszuständigkeit erfolgt ist und damit noch keine Realteilung erfolgt ist.

⁷⁰ Bei der Realteilung wäre auch eine (objektiv oder subjektiv) partielle Erbteilung denkbar; vgl. ARNET (Fn. 18), S. 400; BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 7.

zahlen haben: Hat der B in unserem Beispiel in der Zwischenzeit das Auto benutzt und ist damit 10'000 km gefahren, hat dieser Vermögenswert einen Wertverlust erlitten.⁷¹

Freilich kann die Realteilung – sofern dies dem Willen der Erben entspricht – auch in mehrere zeitlich auseinanderliegenden Teilakten erfolgen⁷² (erster Teilungsakt besteht in der Übergabe des Autos an B und in der Zession der Forderung an C und der zweite Teilungsakt besteht dann im Hauptbucheintrag des Alleineigentums von A am Grundstück). Es würde sich diesfalls um eine partielle Teilung objektiver oder subjektiver Art handeln, wobei nur bis zum Abschluss der erforderlichen Teilungshandlung (nicht aber bis zum Abschluss sämtlicher Teilungshandlungen) ein unverbindliches Rechtsgeschäft vorliegt.⁷³ Im Einzelfall bleibt jedoch stets zu klären, ob die Erben eine partielle Teilung wollten oder ob sie erst dann gebunden sein wollten, wenn hinsichtlich sämtlicher Vermögenswerte eine Überführung in die Individualrechtssphäre der übernehmenden Miterben und eine Rechtsaufgabe der übrigen Miterben erfolgt ist. Die Zulässigkeit, wonach trotz vollzogener Überführungshandlungen (z.B. Besitzesüberführung oder Zession) die Bindungswirkung erst mit der Überführung sämtlicher Vermögenswerte in die Individualrechtssphäre der Miterben eintreten soll, ist Ausfluss des Grundsatzes, wonach es den Erben gestattet ist, die Bindungswirkung auf einen späteren Zeitpunkt als jenen der vollendeten Entgegennahme der Lose zu verschieben.⁷⁴ Erst mit Abschluss der gesamten Realteilung erhalten in diesem Fall die vorausgegangenen präparatorischen Handlungen, Übereinkommen und Zuwendungsgeschäfte ihre definitive Kraft und löst sich die Gemeinschaft auf.

⁷¹ Ein Anspruch gestützt auf ungerechtfertigte Bereicherung dürfte daran scheitern, dass der B nicht aus einer fremden Rechtssphäre bereichert wurde, da er am Auto selbst umfassend (gesamthänderisch) berechtigt ist. Da das Bundesgericht in jüngster Zeit diesem Tatbestandsmerkmal (leider) nicht allzu grosse Aufmerksamkeit schenkt, wäre es im vorliegenden Fall nicht auszuschliessen, dass ein Vorgehen nach Art. 62 OR denkbar wäre. Vgl. etwa BGer 5A_512/2019 vom 28. Oktober 2019 und insb. die tiefgründige Kritik dazu von BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/ALEXANDRA JUNGO, Verfügung der Scheinalleinerbin über Erbschaftsgegenstände: Surrogation oder Rückerstattungsforderung der Miterben?, *successio* 2/21, S. 164 ff.

⁷² BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 7; ARNET (Fn. 18), S. 400.

⁷³ BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 7.

⁷⁴ So wie dies bereits in früheren kantonalen Rechten (z.B. im Kanton Waadt) der Fall war; BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 7.

Im ersten Fall (d.h. wenn der Wille auf eine partielle Teilung gerichtet war) kann jener Erbe, der alle ihn treffenden Vermögenswerte in seine Individualberechtigung überführt erhalten hat, die Unverbindlichkeit nicht anrufen, wenn die Realteilung eines weiteren Vermögenswertes nicht erfolgt ist. Ebenso wenig können die übrigen Miterben in Bezug auf dessen Anteil die Unverbindlichkeit anrufen, da auch sie dieses Los aus dem Gesamteigentum ausgeschieden und die Alleinberechtigung des übernehmenden Miterben übertragen haben.⁷⁵

Im zweiten Fall (d.h. wenn der Wille auf eine Gesamtteilung gerichtet war) kann jeder Erbe bis zum Vollzug der gesamten Teilung die Unverbindlichkeit der bereits vollzogenen Überführungshandlung (z.B. Besitzesübertragung oder Zession) geltend machen und den Vollzug des zweiten Teilungsaktes verhindern, da in diesem Fall die Bindungswirkung erst mit dem Vollzug sämtlicher Teilungsakte eintritt. Die bereits überführten Vermögenswerte bleiben weiterhin Teil des Nachlasses und an diesen sind die Erben weiterhin (bis zur Teilung) gesamthänderisch berechtigt. Die bereits erfolgten Überführungshandlungen sind demzufolge unverbindlich.

Natürlich ist es im Einzelfall schwierig festzustellen, ob der Wille der Erben auf Vornahme einer partiellen Erbteilung gerichtet war oder ob sich die Erben eine Gesamtteilung vorbehalten haben. Die Qualität und den Umfang des Bindungswillens zu eruieren wird gerade durch den Umstand erschwert, dass die Realteilung formfrei möglich ist.^{76, 77}

5. Praxisempfehlungen

5.1. Zusammengefasste Ausgangs-/Risikolage

Es sei an dieser Stelle zur Veranschaulichung der Praxisempfehlungen nochmals an unseren Ausgangssachverhalt angeknüpft:⁷⁸

⁷⁵ BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 7.

⁷⁶ Im Ergebnis gleich PraxKomm MABILLARD/BRENNEIS-HOBI, Art. 634 ZGB N. 11, wonach das Fehlen von Formvorschriften in einigen Fällen die genaue Bestimmung des Zeitpunktes der Realteilung erschweren kann.

⁷⁷ Vgl. zur entsprechenden Beweisführung Ziff. 5.2. hiernach.

⁷⁸ Vgl. Ziff. 5.2. hiernach.

A, B und C haben sich (ohne Bindungswirkung und im Sinne einer Vorbereitungshandlung) geeinigt, dass A das Grundstück, B das Auto und C das Bankkonto zu Alleineigentum übernehmen möchten. Sie streben nun die Realteilung an. Die Besitzesübertragung an B und die Zession zugunsten von C sind erfolgt. Weiter haben die Miterben eine Grundbuchanmeldung mit dem Vermerk «Realteilung gemäss Art. 634 Abs. 1 ZGB» dem Grundbuchamt eingereicht und beantragt, dass A als Alleineigentümer des Grundstücks einzutragen sei.

Je nach Grundbuchamt dauert es – wie wir gesehen haben⁷⁹ – über ein Jahr, bis die Realteilung betreffend Grundstück vollzogen wird.

Es ist nun denkbar, dass z.B. C seine Vollmachterteilung an das Grundbuchamt zur Vornahme der Realteilung vor dem Hauptbucheintrag widerruft, resp. die vorgenommene Vorbereitungshandlung (Grundbuchanmeldung) als nicht bindend erachtet.⁸⁰

Sofern dies der Fall ist, wird es zu keiner Realteilung hinsichtlich des Grundstücks kommen. Ein allfälliger dennoch durchgeführter Grundbucheintrag wäre ohne Rechtsgrund erfolgt und müsste mittels Grundbuchberichtigungsklage berichtigt werden.⁸¹

Aus diesen zusammengefassten Problempunkten ergeben sich für die Praxis u.a. die nachfolgenden Handlungsempfehlungen.

5.2. Die Realteilung ist für Grundstücke in den meisten Fällen nicht die geeignete Teilungsart

Aus den soeben gewonnenen Erkenntnissen wird ersichtlich, dass es bei Nachlässen mit Grundstücken und weiteren Wertgegenständen als Nachlassobjekte zu zeitlichen Verzögerungen in der Realteilung kommen kann.⁸² Dies nicht zuletzt deshalb, weil die Parteien keinen Einfluss darauf nehmen können, wann das Grundbuchamt die Realteilung im Hauptbuch einträgt und damit die Realteilung vornimmt. Eine zeitliche «Synchronisierung» der Realteilung mit Grundstücken und weiteren Vermögenswerten

⁷⁹ Vgl. Ziff. 4.2.1. hiavor.

⁸⁰ Vgl. Ziff. 4.2.2. hiavor.

⁸¹ Siehe zum Rechtsgrundausweis bei der Grundbuchberichtigung LIECHTI (Fn. 37), S. 239 ff.

⁸² Vgl. Ziff. 4.2.1. hiavor.

(z.B. Fahrnis oder Forderungen) ist demzufolge beinahe ausgeschlossen. Theoretisch wäre es zwar denkbar, dass die Miterben im Sinne einer Vorbereitungshandlung die real zu teilenden Mobilien und Forderungen treuhänderisch an eine Drittperson übergeben⁸³ (z.B. einem Notar) und diesen anweisen, dieselben (erst) Zug-um-Zug mit dem Hauptbucheintrag an die übernehmenden Erben zuzuweisen.

Konkret könnten in unserem Beispiel A, B und C den Notar X anweisen, an ihrer Stelle die Realteilung vorzunehmen und das Auto dem B erst mit Hauptbucheintrag im Grundbuch zu übergeben resp. das Bankkonto erst dann auf den C zu zedieren.

Eine solche «Vorbereitungshandlung» würde aber sowohl inhaltlich wie auch von deren Komplexität her rasch zu einem eigentlichen Erbteilungsvertrag mutieren. Dass bei einer solchen Vereinbarung jeder Erbe weiterhin frei bleiben soll, sein Einverständnis bis zum Hauptbucheintrag zurückzuziehen, wird kaum einem Bedürfnis in der Praxis entsprechen. Deshalb dürften solche «Konstruktionen» die Ausnahme bleiben.

Die Realteilung ist deshalb – gerade aufgrund dieses zeitlichen Auseinanderfallens der verschiedenen Überführungshandlungen – für Nachlässe, welche Grundstücke und weitere Vermögenswerte enthalten, grundsätzlich nicht die geeignete Teilungsart.⁸⁴

Wie hiervor dargelegt,⁸⁵ wird bei einer Realteilung mit Grundstücken und weiteren Vermögenswerten (z.B. Fahrnis oder Forderungen) der Zeitpunkt der Vornahme der jeweiligen Überführungshandlung auseinanderfallen. Entsteht in diesem *interregnum* Streit zwischen den Miterben oder ändert ein Miterbe seine Meinung, muss – damit eine allfällige Rückführung und Entschädigungsforderungen geprüft werden können⁸⁶ – mittels Auslegung ermittelt werden, ob die bereits vollzogenen Überführungshandlungen rechtsgültig sind oder nicht resp. wann die Erben gebunden sein wollten (bereits mit der einzelnen Überführungshandlung oder erst nach Vornahme der gesamten Zuteilung?). Solche Auslegungen sind – da die Realteilung formfrei möglich ist – schwierig

⁸³ Zu den entsprechenden Haftungsrisiken vgl. Ziff. 4. hiervor.

⁸⁴ ZK ESCHER/ESCHER, Art. 634 ZGB N. 1; PraxKomm MABILLARD/BRENNEIS-HOBI, Art. 634 ZGB N. 7, wonach die Realteilung als vollwertige Alternative zum Teilungsvertrag primär bei überschaubaren Verhältnissen mit gleichartigen, einfach zuzuweisenden Objekten vorkommt.

⁸⁵ Ziff. 4.2.3. hiervor.

⁸⁶ Ziff. 4.2.3. hiervor.

vorzunehmen. Für die Bestimmung über das Vorliegen eines Teilungswillens und den massgebenden Zeitpunkt desselben müssen sämtliche Indizien ausgelegt werden, die sich aus den Gesamtumständen ergeben.⁸⁷ Es gilt die allgemeine Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB.

Jedem Rechtsanwender dürfte vor diesem Hintergrund klar sein, dass eine Realteilung, in welcher neben anderen Vermögenswerten auch Grundstücke betroffen sind, mit grossen Unsicherheiten und Risiken verbunden ist.

5.3. Präzise Vertragsredaktion bei Willenseinigungen zu Vorbereitungshandlungen zur Realteilung, bei partiellen Realteilungen und bei der Redaktion von Erbteilungsverträgen

Wie aufgezeigt wurde,⁸⁸ können im Vorfeld einer Realteilung verschiedene Vereinbarungen über die Auf- und Zuteilung von Erbschaftsaktiven bzw. über die Auf- und Zuteilung von Losen erfolgen (wie dies in Art. 611 ZGB vorgesehen ist), welche jedoch keine obligatorische Bindung zwischen den Erben bewirken. Diese (unverbindlichen) Vorbereitungshandlungen können auch schriftlich fixiert werden und die Unterschriften der Parteien tragen.⁸⁹

Bei gewillkürten Erbteilungen muss man sich demzufolge stets die Frage stellen, ob eine einzelne «Vereinbarung» als (bindende) Erbteilungsvereinbarung, als partielle Realteilung oder als (unverbindliche) Vorbereitungshandlung zu einer Realteilung zu qualifizieren ist. Die Auslegung solcher Vereinbarungen erfolgt nach den Grundsätzen über die Auslegung i.S.v. Art. 18 OR bzw. des Vertrauensprinzips.⁹⁰

Für den Kautelarjuristen ergibt sich daraus die Aufgabe, dass sowohl bei (unverbindlichen) Vorbereitungshandlungen zur Realteilung wie auch bei allfälligen partiellen Realteilungshandlungen und auch bei der Formulierung von (bindenden) Erbteilungsverträgen klar abgebildet wird, worauf sich der Wille der Erben bezieht:

⁸⁷ PraxKomm MABILLARD/BRENNEIS-HOBI, Art. 634 ZGB N. 11.

⁸⁸ Ziff. 3. hiervor.

⁸⁹ BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 5.

⁹⁰ ARNET (Fn. 18), S. 403.

- Bei Vorbereitungshandlungen zur Realteilungen ist im Idealfall jeweils klar darauf hinzuweisen, dass die entsprechende Regelung als *unverbindliche Vorbereitungshandlung zur Realteilung* erfolgt;
- Bei Überführungshandlungen von einzelnen Aktiven im Sinne einer partiellen Realteilung⁹¹ ist festzuhalten, dass *mit dieser Überführung die Realteilung hinsichtlich dieses Vermögensobjektes ungeachtet der Verbindlichkeit/Unverbindlichkeit früherer oder späterer Überführungshandlungen von anderen Vermögensobjekten als abgeschlossen gilt*;
- Bei Erbteilungsverträgen wird mit Vorteil darauf hingewiesen, dass *die Parteien bereits mit Unterzeichnung dieser Vereinbarung verbindlich gebunden sein wollen und dass es sich um keine Vorbereitungshandlung zu einer Realteilung, sondern um einen Erbteilungsvertrag handelt*.

5.4. Haftungsbeschränkung für Rechtsanwälte und Notare

In einfachen, überschaubaren Verhältnissen lassen sich Notare regelmässig zur stellvertretenden Vornahme von Realteilungen beauftragen, da die Ausarbeitung eines eigentlichen Teilungsvertrages mit zusätzlichen (unnötigen) Kosten verbunden ist. Befinden sich im Nachlass z.B. lediglich Bankkonti, an welchen drei Erben zu gleichen Teilen berechtigt sind, kann sich der Notar zur Vornahme der Realteilung mandatieren lassen und die drei Konti unter Überweisung der jeweiligen Nettoergebnisse zu je $\frac{1}{3}$ an die drei Erben saldieren lassen.

Sind demgegenüber auch Grundstücke im Nachlass enthalten, wird hierseitig von der Vornahme von Realteilungen abgeraten. Denn bis zum Eintrag im Hauptbuch besteht keine Bindungswirkung und jeder Erbe kann (bis zum Hauptbucheintrag) auf seinen Entscheid zurückkommen. Bei bereits vorgenommenen Überführungshandlungen (z.B. bei der Besitzesübergabe an Mobilien) stellt sich dann die Frage, ob diese rückabgewickelt werden müssen und ob allenfalls eine Entschädigung für die zwischenzeitliche Nutzung zu erfolgen hat.⁹² Der Notar haftet in einem solchen Fall (zumindest wenn er

⁹¹ Vgl. dazu Ziff. 4.2.2. hievore; vgl. auch ARNET (Fn. 18), S. 400; BK TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N. 7.

⁹² Vgl. Ziff. 4.2.2. hiervore.

nicht von einer solchen mehrschichtigen Realteilung abgeraten hat) gegebenenfalls für den daraus erwachsenen Schaden nach den allgemeinen Grundsätzen.

Sollte die Klientschaft dennoch auf die Vornahme einer Realteilung bestehen, müsste der bevollmächtigte Notar (mindestens) separat auf die Risiken (insb. auf die fehlende Bindungswirkung bis zum Hauptbucheintrag) hinweisen und – sofern die Parteien damit einverstanden sind – als Beauftragter sämtliche Vermögenswerte bis zum Hauptbucheintrag verwalten. Die an ihn ausgestellte (und jederzeit widerrufbare) Vollmacht zur Vornahme der Realteilung wäre idealerweise dergestalt formuliert, dass die Überführung der Alleinberechtigung an den übrigen Vermögenswerten Zug-um-Zug mit dem grundbuchlichen Hauptbucheintrag zu erfolgen hat. Weiter müsste in dieser Vollmacht geklärt werden, was der Notar mit den entgegengenommenen (und durch ihn verwalteten) Vermögenswerten vorzunehmen hat, sofern einer der Erben vor dem Gesamtvollzug der Realteilung (und damit insb. vor dem Hauptbucheintrag) seine Zustimmung zu den Vorbereitungs-handlungen widerrufen sollte.

