

Inhalt – Sommaire

1. Zur Erbanteilsabtretung unter Miterben	
von Dr. iur. Fabrizio Andrea Liechti.....	85
Résumé en français	99
2. Disziplinarrecht im Berner Notariat –	
Praxisübersicht 2015 bis 2020	
von Dr. iur. Melchior Glatthard und Adrian Glatthard	100
Résumé en français	151
3. Unwahre Provision: Nichtiger Grundstückskauf	
Prof. em. Dr. iur. Roland Pfäffli	152
Résumé en français	160
4. Rechtsprechung	
Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 26. 2. 2021	161
5. Rezensionen / Literaturhinweise	
Rezensionen.....	170
Literaturhinweise	179

Zur Erbanteilsabtretung unter Miterben

Dr. iur. Fabrizio Andrea Liechti, Rechtsanwalt und Notar,
Fachanwalt SAV Erbrecht, Bern

Inhaltsübersicht

1. Fragestellung	85
2. Erbrechtliche und sachenrechtliche Ausgangslage.....	87
3. Grundbuchrechtliche Ausgangslage	91
4. Der Rechtsgrundausweis für die Erbanteilsabtretung unter Miterben.....	93
5. Stolpersteine bei der Formulierung der Erbanteilsabtretung unter Miterben	96
6. Mögliche Formulierung eines Erbanteilsabtretungsvertrages unter Miterben	97

1. Fragestellung

Die einzelnen zur Erbengemeinschaft verbundenen und berufenen Erben können sich ihre Miterben nicht auswählen (dies im Unterschied zu den anderen Gesamthandschaften des schweizerischen Rechts), sondern sie werden alle aufgrund des Gesetzes (Art. 457 ff. ZGB) oder einer Verfügung von Todes wegen des Erblassers (Art. 470, 483 ZGB) zu Erben berufen.¹ Es handelt sich gleichsam um eine *communio incidens*, welche durch gesetzliche oder letztwillige Anordnung entsteht. Trotz dieser Rechtsnatur als *Zwangsgemeinschaft* ist es einem einzelnen Erben grundsätzlich verboten, ohne Zustimmung der anderen Erben über seinen internen Anteil resp. über Nachlasswerte alleine zu verfügen. Dies führt dazu, dass sich zwar das Vermögen des einzelnen Erben mit dem Erbgang im Rahmen der auf ihn anfallenden Erbquote verändert (meist vermehrt), jedoch besteht aufgrund der in Art. 602 Abs. 2 ZGB normierten Einstimmigkeit für Verfügungshandlungen über Nachlasswerte eine Diskrepanz zwischen Vermögen und Liquidität, die den einzelnen Erben unter Umständen in eine finanzielle Bedrängnis führen kann.² Nicht zuletzt um einer solchen Bedrängnis, welche von den anderen – etwa finanziell besser gestellten – Erben zuweilen gezielt ausgenutzt werden kann, entgegenzuwirken, statuiert Art. 635 ZGB eine Ausnahme vom Grundsatz der gesamthänderischen Verfügung über Nachlasswerte, indem er

¹ STEPHAN WOLFF, Berner Kommentar, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014, N 33 zu Art. 604 ZGB.

² RAMON MABILLARD/MANNUELA BRENNIGS-HOBI, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl., Basel 2019, N 1 zu Art. 635 ZGB.

dem einzelnen Erben die Möglichkeit eröffnet, nach dem Erbgang über den auf ihn anfallenden Erbteil am Gesamtnachlass allein zu verfügen.³ Diese Möglichkeit kann in Einzelfällen ein probates Mittel darstellen, um allfällige Liquiditätsprobleme zu beheben (so kann ein Erbe z. B. einem Dritten seinen Anteil am Liquidationserlös verüßern und sich so einen Teilungsprozess finanzieren lassen), aus einer unliebsamen Zwangsge-meinschaft auszutreten (indem ein Erbe einem Miterben seinen Anteil mit dinglicher Wirkung abtritt) oder um eine in der Abwicklung «einfache» subjektiv-partielle Erbteilung⁴ zu vollziehen (z. B. wenn sämtliche Miterben einem einzelnen Erben ihre Erbanteile für einen bestimmten Betrag abtreten, ohne dass damit eine zuweilen komplexe Überführung einzelner Vermögenswerte in die Alleinberechtigung des ausscheidenden Erben erfolgen muss).

Die nachfolgenden Ausführungen sollen aufzeigen, wie ein Erbe einem (oder mehreren) Miterben seinen Erbanteil mit dinglicher Wirkung abtreten kann und wie eine solche Abtretung grundbuchlich zu vollziehen ist. Ausgeklammert wird die Variante, in welcher ein Miterbe einem anderen Erben seinen Erbanteil mit bloss obligatorischer Wirkung abtritt resp. in welcher ein Miterbe einem anderen Erben sein ihm künftige aus der Erbteilung zustehendes Liquidationsergebnis abtritt. Einer solchen Abtretung (die in der Praxis kaum anzutreffen ist, weil dafür wohl nur ein sehr beschränktes Interesse besteht) würden dieselben Wirkungen zukommen wie der Abtretung an einen Dritten i. S. v. Art. 635 Abs. 2 ZGB.⁵

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich demzufolge auf ausgewählte Punkte der Erbanteilsabtretung i. S. v. Art. 635 Abs. 1 ZGB, welche Querbezüge zum Erbrecht, zum Sachenrecht und zum Grundbuchrecht aufweisen.

- 3 TARKAN GÖKSU, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 1 zu Art. 635 ZGB.
- 4 Die Erbanteilsabtretung stellt teilweise eine ebenfalls zur Aufhebung der Erbengemeinschaft führende Alternative zu einer Erbteilung nach Art. 634 ZGB dar, da die Abtretung des Erbanteils mit dinglicher Wirkung an einen Miterben einen Erbteilungsvorgang im weiteren Sinne darstellt; vgl. STEPHAN WOLF, (Fn 1), N 129 zu Art. 611 ZGB.
- 5 Ebenfalls nicht Gegenstand der vorliegenden Abhandlung ist die Erbanteilsabtretung an einen Nacherben resp. an einen Dritten gemäss Art. 635 Abs. 2 ZGB. Eine solche Abtretung verleiht dem Übernehmer kein Recht auf Mitwirkung bei der Teilung, sondern nur einen Anspruch auf den Anteil, der dem abtretenden Erben aus der Teilung zugewiesen wird. So hat bereits EUGEN HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Band I, 2. Ausgabe, Bern 1914, S. 472, festgehalten, «man [ist] es... den Miterben des Verüßers schuldig, dass sie den Erwerber nicht zur Teilung zuzulassen brauchen». Vgl. dazu auch STEPHAN WOLF / CHRISTIANE VON BARY, Abtretung von Erbanteilen in der Schweiz und in Deutschland, in: AJP 2/2021, S. 154 f.

2. Erbrechtliche und sachenrechtliche Ausgangslage

Die Erbanteilsabtretung unter Miterben findet ihre gesetzliche Verankerung in Art. 635 Abs. 1 ZGB.

Das Bundesgericht führte zu dieser Bestimmung in BGE 118 II 514 E. 4 aus, dass eine solche Erbanteilsabtretung zwar auch schuldrechtliche Elemente enthalte, jedoch der erbrechtliche Charakter derselben überwiege, da durch diese Abtretung nicht einzelne Gegenstände verüßert werden, sondern das subjektive Erbrecht des Abtretenden als solches im Umfange des anfallenden (ideellen) Teils verüßert wird. Diese Auffassung, wonach eine Abtretung des Erbteils i. S. v. Art. 635 Abs. 1 ZGB eine unmittelbare sowie dingliche Wirkung entfaltet, basiert auf dem Leiturtteil BGE 102 Ib 321 E. 4⁶, in welchem der diesbezügliche Lehrstift höchstrichterlich geklärt wurde.⁷

Gestützt auf diese höchstrichterliche Erwägung, in welcher insbesondere gestützt auf eine gesetzssystematische Auslegung die Erkenntnis gewonnen wurde, dass einem Erbanteilsabtretungsvertrag unter Miterben – im Gegensatz zum Vertrag eines Erben mit einem Dritten über dessen Erbteil nach Art. 635 Abs. 2 ZGB – unmittelbar dingliche Wirkung zukommt, muss m. E. postuliert werden, dass bei jedem Erbanteilsabtretungsvertrag unter Miterben eine *praesumptio* (Vermutung) zu Gunsten einer ebensolchen dinglichen Wirkung besteht. Wollen die Miterben resp. die Parteien eines Erbanteilsabtretungsvertrages i. S. v. Art. 635 Abs. 1 ZGB mit der Abtretung bloss eine obligatorische Wirkung erzielen, mithin

⁶ In deutscher Übersetzung vgl. Praxis 1977 Nr. 130 = ZBGR 1978 S. 104.

⁷ «La posizione assunta dalla dottrina prevalente merita d'essere confermata in sede giurisprudenziale. Dal momento che il coerede cessionario è già membro della comunione e può intervenire nella divisione esercitando diritti che la cessione non ha modificato qualitativamente, e dal momento che il cedente cessa semplicemente di far parte della comunità, nulla si oppone al trasferimento immediato delle ragioni ereditarie cedute. Le conseguenze pratiche della dottrina favorevole all'effetto obbligatorio sono insoddisfacenti, dato che il cedente rimane membro della comunione; il ricorso alla rappresentanza costituisce un palliativo artificioso e insufficiente, tenuto conto che un mandato di rappresentanza è essenzialmente revocabile. Il testo dell'art. 635 cpv. 2 CC induce ad un'interpretazione a contrario del cpv. 1; se l'effetto di una cessione tra coeredi fosse lo stesso, la disposizione espressa del cpv. 2 non sarebbe necessaria, o quanto meno sarebbe formulata diversamente. A differenza di quanto avviene nel caso della cessione a un terzo (ossia non membro della comunione), l'effetto reale non implica l'ingresso nella comunione di un estraneo e questa circostanza essenziale giustifica una disciplina opposta a quella dell'art. 635 cpv. 2 CC. Decisiva appare la circostanza che l'effetto reale della cessione a un coerede ha il vantaggio pratico di dar luogo immediatamente ad una situazione del tutto netta, conforme alla volontà delle parti e tale da corrispondere a ciò che esse attendono normalmente da un tale negozio giuridico.»

dem Übernehmer bloss das dem Abtreter künftig aus der Erbteilung zustehende Liquidationsergebnis abtreten, muss dies im Vertrag explizit festgehalten werden.⁸

Kurz: Soweit ein Erbanteilsabtretungsvertrag unter Miterben nicht ausdrücklich etwas anderes festhält, ist davon auszugehen, dass mit diesem Vertrag eine unmittelbar dingliche Wirkung (Abtretung der gesamten Erbstellung) erzielt und nicht eine bloss *dare-Obligation* auf Aushändigung des noch ungewissen Liquidationsergebnisses begründet wird.

Im Übrigen finden auf die Erbanteilsabtretung unter Miterben grundsätzlich die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts Anwendung.^{9,10}

Die Erbanteilsabtretung nach Art. 635 Abs. 1 ZGB erfolgt mittels Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, wobei Art. 635 Abs. 1 ZGB lediglich das Verpflichtungsgeschäft regelt.¹¹ Für das Verfügungsgeschäft sind demgegenüber die allgemeinen Regeln resp. die Zessionsregeln von Art. 164 ff. OR massgeblich.¹² In der Praxis fallen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft meist zusammen. In einzelnen Fällen – z. B. wenn bei Vorhandensein minderjähriger Parteien noch eine Genehmigung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vorausgesetzt wird – können diese Schritte auch auseinanderfallen. Freilich handelt es sich in einem solchen Fall um ein *negotium claudicans* (hinkendes Rechtsgeschäft) resp. kann in ähnlich gelagerten Fällen durch Aufnahme einer Suspensivbedingung in den Vertrag dieselbe Wirkung erzielt werden, ohne dass es anschliessend noch einer zusätzlichen Zessionserklärung des abtretenden Erben bedarf.

Art. 635 Abs. 1 ZGB ermöglicht es einem Erben demzufolge, einem anderen Miterben seinen Erbanteil abzutreten, wobei der abtretende Erbe infolge dieser Abtretung (auch «Abschichtung» genannt) aus der Erben-gemeinschaft ausscheidet.¹³ Entsprechend kann bei diesem Vorgang

- 8 FARAZIO ANDREA LECHTI, Der Rechtsgrundausweis für Eigentumseinträgen im Grundbuch, unter besonderer Berücksichtigung der notariellen Sorgfaltspflichten, Diss. Bern 2016, Bern 2017, S. 146, m. w. H.
- 9 RAMON MABILLARD / MANUELA BRENNENIS-HOBI, (Fn 2), N 3 zu Art. 635 ZGB.
- 10 So hat etwa das Bundesgericht in BGer 5A_288/2017, E. 5.1 und 5.3.1 festgehalten, dass – soweit sich dem Vertrag kein anderer Parteiwille entnehmen lässt – die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip erfolgen muss.
- 11 RAMON MABILLARD / MANUELA BRENNENIS-HOBI, (Fn 2), N 3 zu Art. 635 ZGB; STEPHAN WOLF, Die verschiedenen Möglichkeiten der Auflösung der Erben-gemeinschaft durch Rechtsgeschäft, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Ausgewählte Aspekte der Erbteilung, INR Band 2, Bern 2005, S. 1 ff., S. 19 und 21 f.
- 12 RAMON MABILLARD / MANUELA BRENNENIS-HOBI, (Fn 2), N 3 zu Art. 635 ZGB.
- 13 RAMON MABILLARD / MANUELA BRENNENIS-HOBI, (Fn 2), N 3 zu Art. 635 ZGB.

von einer subjektiv-partiellen Erbteilung gesprochen werden, da ihm dingliche Wirkung zukommt.¹⁴ Demgegenüber ändert sich am Ausserverhältnis gegenüber Drittgläubigern (wie bei der Erbteilung überhaupt) nichts: der veräussernde Erbe bleibt gegenüber den Erbschaftsgläubigern während fünf Jahren solidarisch verpflichtet (Art. 603 Abs. 1 i. V. m. Art. 639 Abs. 2 ZGB), es sei denn, diese hätten der Abtretung zugestimmt.¹⁵

Der Rechtsgrund, d. h. die *iusta causa traditionis*, für eine solche Abtretung (d. h. für die nachfolgende Verfügung resp. für die Zession) wird wohl meist ein Kauf sein.¹⁶ Diese *iusta causa traditionis* bedarf nach Art. 635 Abs. 1 ZGB i. V. m. Art. 13 OR der einfachen Schriftform, wobei dies selbst dann ausreichend ist, wenn die Erbschaft Grundstücke enthält.¹⁷ Der Erbanteilsabtretungsvertrag (als Verpflichtungsgeschäft) hat damit den Voraussetzungen von Art. 13 OR zu genügen, wonach der Vertrag die Unterschriften aller Personen tragen muss, die durch ihn verpflichtet werden sollen.¹⁸ Sofern der übernehmende Miterbe im Rahmen der Erbanteilsabtretung keine eigene Verpflichtung übernimmt (d. h. bei der Schenkung), genügt demnach die bloss Unterschrift des abtretenden Miterben. Lediglich dann, wenn sich auch der übernehmende Miterbe zu einer Leistung verpflichtet, die zur Abtretung des Erbanteils in einem Synallagma steht (z. B. Bezahlung eines Kaufpreises, Übernahme von Schulden im internen Verhältnis), muss auch der übernehmende Miterbe das Dokument unterzeichnen, damit das Verpflichtungsgeschäft perfekt

- 14 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, N 12 zu Art. 635 ZGB.
- 15 PETER C. SCHAUFELBERGER / KATRIN KELLER LÜSCHER, (Fn 14), N 13 zu Art. 635 ZGB; ROLAND PÄFFLI, Familien- und Erbrecht an den Schnittstellen zwischen Sachen- und Grundbuchrecht, in: successio 2/2020, S. 131.
- 16 Ebenso denkbar ist jedoch ein Tausch, eine Schenkung, eine Hingabe an Zahlung statt etc.; vgl. PETER TUOR / VITO PIGNONI, Berner Kommentar, Band III: Das Erb-recht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 2. Aufl., Bern 1964, N 6 zu Art. 635 ZGB; ARNOUD ESCHER / ARNOUD ESCHER, Zürcher Kommentar, Band III: Das Erb-recht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640 ZGB), 3. Aufl., Zürich 1960, N 3 zu Art. 635 ZGB.
- 17 ARNOUD ESCHER / ARNOUD ESCHER, (Fn 16), N 30 zu Art. 635 ZGB; PETER TUOR / VITO PIGNONI, (Fn 16), N 21 zu Art. 635 ZGB; PETER C. SCHAUFELBERGER / KATRIN KELLER LÜSCHER, (Fn 14), N 10 zu Art. 635 ZGB; STEPHAN WOLF / GIAN SANDRO GENNA, Band IV: Erb-recht, 2. Teilband, 2. Teil, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Basel 2015, S. 383.
- 18 Für den grundbuchlichen Vollzug bedarf es freilich dennoch – wie hiernach in Ziff. 3 noch anzudeuten ist – der Mitwirkung des übernehmenden Miterben.

wird.¹⁹ Dies wird wohl die grosse Überzahl der Fälle sein resp. es sind in der Praxis kaum Fälle bekannt, in welcher der übernehmende Erbe den abtretenden Erben nicht mindestens im inneren Verhältnis von der Schuldenhaftung befreit. Entsprechend wird das Verpflichtungsgeschäft in den allermeisten Fällen von sämtlichen Beteiligten (abtretender und übernehmende Erben) zu unterzeichnen sein.

Anderes gilt für das Verfügungsgeschäft, bei welchem die allgemeinen Bestimmungen zur Zession nach Art. 164 ff. OR zur Anwendung gelangen.²⁰ Massgebend ist Art. 165 OR, wonach lediglich die Unterzeichnung des Zedenten vorausgesetzt wird.²¹ Die Unterzeichnung des übernehmenden Erben ist für die Verfügung nicht vorausgesetzt. Da die Verfügung in der Form der Zession erfolgt und dieselbe nach aktueller Rechtsprechung²² abstrakter Natur ist, geht die Erbenstellung selbst bei einer allfälligen Ungültigkeit des Verpflichtungsgeschäftes auf den übernehmenden Miterben über.²³

Im Grunde müssten demzufolge für die Abtretung eines Erbanteils sowohl aufgrund von Art. 635 Abs. 1 ZGB ein schriftliches Verpflichtungsgeschäft als auch vor dem Hintergrund von Art. 165 Abs. 1 OR ein schriftliches Verfügungsgeschäft vorliegen. In der Praxis werden die beiden Rechtsgeschäfte allerdings – wie bereits ausgeführt wurde – meist zusammenfallen. Sind sie in einer einzigen Urkunde enthalten, genügt es, wenn darin auch der Verfügungswille des Zedenten enthalten ist.²⁴

Die sich auf sämtliche Gegenstände des gesamten Nachlassvermögens beziehende Gesamthandberechtigung des Abtretenden wächst dem Erbanteilswerbenden Miterben demzufolge mit der entsprechenden

- 19 Im Ergebnis wohl gleich RAMON MAILLARD/MANUELA BRENNERS-HUBI, (Fn 2), N 3 zu Art. 635 ZGB.
- 20 Vgl. bereits Ziff. 2 hiervor.
- 21 Vgl. Art. 13 OR; vgl. BGER 4A_133/2009 vom 3. 6. 2009 E. 2.4 m. w. H. Die Schriftform gemäss Art. 165 Abs. 1 OR ist generell, mithin unabhängig davon, was sich im Nachlass befindet, ausreichend; vgl. STEPHAN WOLFF, (Fn 11), S. 22.
- 22 Bisher hat sich das BGER ausdrücklich für die Abstraktheit der Zession ausgesprochen; vgl. etwa BGE 71 II 167 E. 2 f.; 67 II 123 E. 4, m. w. H. auf frühere Rechtsprechung. In neuerer Zeit scheint das BGER diese Frage jedoch wieder offen zu lassen; vgl. etwa BGER 4A_191/2013 vom 5. August 2013 E. 4; BGE 54 II 355 E. 1, 95 II 109 E. 2b. Vgl. dazu etwa auch MARTIUS WALCH, Abstraktions- und Kausalitätsprinzip bei der Forderungsbretung, in: AJP 7/2015, S. 1006 ff.
- 23 Vgl. zu den Folgen eines ungültigen Verpflichtungsgeschäfts bei einer Zession statt vieler: DANIEL GRISBERGER/JOHANNES LUKAS HERMANN, in: Corinne Widmer Lütlinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019, N 22 ff. zu Art. 164 OR.
- 24 STEPHAN WOLFF, (Fn 11), S. 22.

Verfügun*g ipso iure* (gestützt auf Art. 635 Abs. 1 ZGB i. V. m. Art. 165 ff. OR) und *eo ipso* an, ohne dass es für Grundstücke zusätzlich der Vornahme der Eintragung im Grundbuch bedürfte.²⁵ Es handelt sich somit um einen ausserbuchlichen Vorgang.²⁶ Der Erbanteil geht mit der Abtretung derivativ in Einzelnachfolge resp. in Singularkzession vom Erbanteilsabtreter auf den Erbanteilserberber über.²⁷ Die anschliessende grundbuchliche Löschung²⁸ (vgl. sogleich) hat demzufolge deklaratorische Wirkung.²⁹ Der Vorgang stellt eine Anwachsung (Akkreszenz) dar, indem nicht hinsichtlich der an den Erbanteil geknüpften einzelnen Rechte am Nachlass ein Erwerb erfolgt, sondern eine bloss quotale Vergrösserung der bereits vorbestehenden Berechtigung des Zessionars an dessen Gesamthandberechtigung, welche sich auf sämtliche Objekte des Nachlassvermögens bezieht, eintritt.³⁰

3. Grundbuchrechtliche Ausgangslage

In Art. 656 Abs. 2 ZGB ist das sog. relative Eintragungsprinzip normiert. Dieses Prinzip durchbricht den in Art. 656 Abs. 1 ZGB festgehaltenen Grundsatz, wonach der Eigentumserwerb (erst) durch den Eintrag im Grundbuch erfolgt insofern, als bei Anwendung des relativen Eintragungsprinzips das Eigentum am Grundstück bereits vor dem entsprechenden Eintrag im Grundbuch übergeht.³¹ Dieses Prinzip umfasst damit alle Fälle, in welchen das Grundeigentum *extra tabulas* (ohne Eintrag im

- 25 STEPHAN WOLFF, Grundfragen der Aufrißung der Erbengemeinschaft, mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Habli, Bern 2002, Bern 2004, S. 153 f.
- 26 CHRISTIAN BRÜCKNER, Ausserbuchlicher Eigentumserwerb an Grundstücken, in: ZBGR 2000, S. 227.
- 27 STEPHAN WOLFF, (Fn 11), S. 23.
- 28 Die Eintragung im Grundbuch erfolgt in diesem Fall durch Streichung des Erbanteilsabreters; vgl. STEPHAN WOLFF, (Fn 25), S. 154.
- 29 BGE 102 Ib 321 E. 5: «L'iscrizione ha qui valore puramente declaratorio, gli effetti della convenzione in virtù della quale i diritti sulla proprietà spettanti al coerede cedente sono stati ceduti al coerede cessionario.»
- 30 STEPHAN WOLFF, (Fn 11), S. 23.
- 31 ROBERT HAAB/AUGUST SIMONIS/WERNER SCHERRER/DIETER ZOBEL, Zürcher Kommentar, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum (Art. 641–729 ZGB), 2. Aufl., Zürich 1977, N 14 zu Art. 656 ZGB; ADRIAN MÜHLEMATTER/STEPHAN STUCKI, Grundbuchrecht für die Praxis, Zürich 2016, S. 38.

Grundbuch) übergeht.³² Dem Grundbucheintrag kommt in diesen Fällen lediglich eine deklaratorische Wirkung zu.³³ Es ist damit möglich, dass der an einem Grundstück materiell Berechtigte nicht mit dem im Grundbuch aufgeführten Berechtigten übereinstimmt.

Dies kann anhand des folgenden Beispiels aufgezeigt werden: Die Erbengemeinschaft des A besteht aus den Miterben B und C. Der Nachlass umfasst einzig das Grundstück Bern 1/1. Der Erbe B tritt in einem einfach-schriftlichen Erbanteilsabtreuungsvertrag seinen Erbteil an diesem Nachlass dem Miterben C ab (Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft). Der Miterbe C wird damit *ipso iure* (gestützt auf Art. 635 Abs. 1 ZGB i. V. m. Art. 165 ff. OR) und *eo ipso* im Moment des Unterzeichnens dieses Vertrages (welcher sowohl das Verpflichtungs- wie auch das Verfügungsgeschäft enthält) Alleineigentümer des Grundstücks Bern 1/1, ohne dass es dazu einer entsprechenden Eintragung im Grundbuch bedürfte. Dennoch besteht insofern ein Eintragungszwang, als der (neu) materiell (Allein)berechtigte C erst nach erfolgtem Grundbucheintrag (alleine) über das Grundstück verfügen kann (Art. 656 Abs. 2 ZGB).

Im Anwendungsbereich des relativen Eintragungsprinzips bewirkt der Erwerbsgrund, d. h. die *causa* (hier: die im Erbanteilsabtreuungsvertrag enthaltene Zession i. S. v. Art. 635 Abs. 1 ZGB i. V. m. Art. 164 ff. OR), demzufolge von sich aus eine Änderung der materiellen Rechtslage.

Das Vorliegen eines gültigen Rechtsgrundes stellt die einzige Voraussetzung dar, damit bei Anwendung des relativen Eintragungsprinzips das Grundeigentum übergeht. Anders als beim absoluten Eintragungsprinzip bedarf es insbesondere keiner Grundbuchanmeldung. Das Eigentum geht vielmehr *ipso iure* (Art. 656 Abs. 2 i. V. m. Art. 635 Abs. 1 ZGB i. V. m. Art. 164 ff. OR) auf den neuen Berechtigten über und sämtliche weitergehenden Vollzugshandlungen, so insbesondere die Grundbuchanmeldung, haben keinen konstitutiven Charakter im engeren Sinn.

32 HENRI DESCHENAUX, Band V: Sachenrecht, 3. Teilband: Das Grundbuch, 1. Abteilung, (Deutsche Übersetzung von Franz Weber), in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Basel und Frankfurt am Main 1988, S. 307; ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2. Teilband: Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, 3. Aufl., Bern 1974, N 3 zu Art. 656 ZGB.

33 Sicht vieler: CHRISTINA MARIA SCHMID-TSCHIRREN, Aspekte des sachrechtlichen Publizitätsprinzips, in: Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinuer, Bern 2013, S. 608.

Aufgrund des Auseinanderfallens des materiell Berechtigten (C) und der im Grundbuch eingetragenen Eigentümer (Erbengemeinschaft des A, bestehend aus den Miterben B und C) stimmt die Grundbuchwirklichkeit nicht mehr mit der materiellen Rechtswirklichkeit überein. Um diesem der materiellen Rechtswirklichkeit nicht entsprechenden Zustand abzuhelfen, bedarf es einer Richtigstellung des Grundbuchs.

Der übernehmende Erbe hat insbesondere ein bestimmtes rechtliches Interesse an dieser Richtigstellung des Grundbuchs: Der neu materiell Berechtigte erhält erst durch den Eintrag im Grundbuch die alleinige formelle Verfügungsmacht nach Art. 656 Abs. 2 ZGB.

Soweit durch die Erbanteilsabtreuung der übernehmende Erbe zudem neu Alleinberechtigter des entsprechenden Grundstücks geworden ist, bewirkt erst der Eigentumsnachtrag nach Art. 937 ZGB die Vermutung, dass das Eigentum neu als Vollrecht zu Gunsten des übernehmenden Erben besteht, und ermöglicht diesem die alleinige besondere Klagemöglichkeit des Eingetragenen nach Art. 937 Abs. 1 ZGB.

Der Eigentumsnachtrag beschränkt sich demzufolge nicht auf einen rein verfahrensrechtlichen Antrag, sondern zeitigt auch materiell-rechtliche Folgen.

4. Der Rechtsgrundaussweis für die Erbanteilsabtreuung unter Miterben

Die «Richtigstellung des Grundbuchs», welche nach vollzogener Erbanteilsabtreuung unter Miterben stattfinden muss, erfolgt mittels einer Grundbuchanmeldung.³⁴ Im Unterschied zum absoluten Eintragungsprinzip ergibt sich jedoch aus Art. 665 Abs. 2 ZGB, dass der Zessionar des Eigentums die Eintragung von sich aus erwirken kann. Dies hat das Bundesgericht im Urteil BGE 102 Ib 321 E. 5 ausdrücklich bestätigt: «*Ne segue che per l'iscrizione della cessione tra coeredi nel registro fondiario, ossia per l'iscrizione dell'uscita dalla comunione del coerede cedente, è sufficiente la richiesta del coerede cessionario (...).*»

Es entspricht den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, dass die für die Grundbucheintragung verlangte Eintragungsbewilligung aufgrund des ausserbuchlichen Übergangs einzig von übernehmenden Miterben vorliegen

34 HENRI DESCHENAUX, (Fn 32), S. 316.

muss (Art. 963 Abs. 2 ZGB). Eine Eintragungsbewilligung des abtretenden Miterben oder gar von weiteren Erben ist nicht vorausgesetzt.

Als Ausweis über den Rechtsgrund für Eigentumseintragungen ist demzufolge mindestens ebendieser Rechtsgrund, d. h. der einfach-schriftliche Abtretungsvertrag (welcher nicht nur das Verpflichtungsgeschäft, sondern insbesondere auch die Zession enthalten muss), einzureichen.³⁵

Gemäss der vorzitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts soll es jedoch sogar genügen, wenn dem Grundbuchamt als Rechtsgrundausweis bloss die einseitige, schriftliche Abtretungserklärung (Zessionserklärung) des Erbanteilsabtreters, wonach er seine Rechte am gemeinschaftlich gehaltenen Grundstück auf den Erbanteilserberber übertragen hat, beigebracht wird: «(...) è sufficiente la richiesta del coerede cessionario, suffragata dal contratto scritto o dalla dichiarazione unilaterale scritta, con cui il coerede cedente ha trasferito a quello cessionario i propri diritti di proprietà comune sull'immobile in questione.»³⁶

Nach hierseitiger Auffassung ist der höchststrichterlichen Rechtsprechung beizupflichten: Im Anwendungsbereich des relativen Eintragungsprinzips ist mit dem Rechtsgrundausweis (lediglich) nachzuweisen, dass eine materielle Rechtslage vorliegt, welche nicht mit der im Grundbuch wiedergegebenen Eigentumslage in Einklang steht.³⁷ Weiter ergibt sich aus Art. 965 Abs. 3 ZGB, dass der Grundbuchverwalter anhand des Rechtsgrundausweises auch prüfen muss, dass die für die Gültigkeit des Rechtsgrundes erforderliche Form eingehalten wurde. Rechtsgrund für die grundbuchliche Nachtragung ist jedoch nicht das Verpflichtungsgeschäft (Erbanteilsabtretungsvertrag), sondern das Verfügungsgeschäft (d. h. die Zession, welche freilich auch im Vertrag miteinhalten sein kann und meist auch miteinhalten ist), welches zum ausserbuchlichen Vorgang führt:

35 FABRIZIO ANDREA LECHTI, (Fn 8), S. 146 f.; ROLAND PRÄFEL, Der Ausweis für die Eigentumseintragung im Grundbuch, Diss. St. Gallen 1999, Langenthal 1999, S. 84; ROLAND PRÄFEL, (Fn 15), S. 131.

36 BGE 102 Ib 322 E. 5. Eine allenfalls etwas einschränkende Auffassung vertritt die Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern, welche als Rechtsgrundausweis (nur) den schriftlichen Abtretungsvertrag auführt; vgl. elektronisches Handbuch der Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung, in Bearbeitung, Stand 15. März 2021, Ziff. 3.3.2.2.1.

37 FABRIZIO ANDREA LECHTI, (Fn 8), S. 146 f.

- Wie in Ziff. 2 hervor bereits dargelegt wurde, sieht das Gesetz in Art. 635 Abs. 1 ZGB für das Verpflichtungsgeschäft eine besondere Form vor (einfache Schriftlichkeit i. S. v. Art. 13 OR).³⁸ Der Erbanteilsabtretungsvertrag hat den Voraussetzungen von Art. 13 OR zu genügen, wonach der Vertrag die Unterschriften aller Personen tragen muss, die durch ihn verpflichtet werden sollen. Nur soweit der übernehmende Miterbe im Rahmen der Erbanteilsabtretung eigene Verpflichtungen übernimmt (z. B. Bezahlung eines Kaufpreises, Übernahme von Schulden im internen Verhältnis) muss auch dieser den Vertrag unterzeichnen, damit das Verpflichtungsgeschäft der Perfektion zugeführt wird.³⁹
- Anderes gilt demgegenüber für das Verfügungsgeschäft, bei welchem die allgemeinen Bestimmungen zur Zession nach Art. 164 ff. OR zur Anwendung gelangen, welche lediglich die Unterzeichnung des Zedenten vorsehen (Art. 165 OR).⁴⁰ Die Unterzeichnung des übernehmenden Erben ist für die Verfügung über die Erbenstellung (und damit für die causa des abgekehrten grundbuchlichen Eintrages) nicht vorausgesetzt.

Aus dem soeben Ausgeführten ergibt sich das Folgende: Eine einfach-schriftliche Zessionserklärung des abtretenden Miterben ist als Rechtsgrundausweis vom Grundbuchamt zu akzeptieren, da die Abstraktheit der Zession die Erbenstellung unabhängig vom Bestehen eines gültigen Verpflichtungsgeschäfts übergehen lässt.⁴¹ Allein mit der Beibringung der Zessionserklärung vermag gegenüber dem Grundbuchamt bereits der Nachweis erbracht zu werden, dass eine materielle Rechtslage vorliegt, welche nicht mit der im Grundbuch wiedergegebenen Eigentumslage in Einklang steht (freilich hat auch in diesem Fall vom übernehmenden Miterben eine durch ihn unterzeichnete Grundbuchanmeldung inkl. Eintragungsbewilligung miteingereicht zu werden. Dieser Umstand schützt den übernehmenden Erben zugleich vor unliebsamen Schenkungen und deren Vollzug; *invito beneficium non datur*. Der Konsens wird dem Grundbuchamt damit gewissermassen [nur] auf der Verfügungsebene [weil abstrakt] nachgewiesen).

38 Vgl. bereits Ziff. 2 hiervor.

39 Im Ergebnis wohl gleich RAMON MAAILLARD/MANUELA BRENNERS-HORJ, (Fn 2), N 3 zu Art. 635 ZGB.

40 Vgl. bereits Ziff. 2 hiervor.

41 Vgl. etwa BGE 71 II 167 E. 2 f.; 67 II 123 E. 4, m. w. H. sowie bereits in Ziff. 2 hiervor.

Fazit: Der Erbanteilsvererber kann damit (da es sich um einen ausserbuchlichen Vorgang handelt) gestützt auf Art. 963 Abs. 2 ZGB einseitig und unter Vorlage der von den Parteien unterzeichneten Abtretungsvereinbarung (welche das Verfügungsgeschäft miteinhalten muss) oder unter Vorlage der einseitigen durch den Erbanteilsabtreter unterzeichneten Zessionsklärung sowie (in beiden Fällen) ohne Zustimmung der anderen Erben die Löschung des Erbanteilsabreters im Grundbuch verlangen.⁴²

5. Stolpersteine bei der Formulierung der Erbanteilsabtretung unter Miterben

Es sollen nachfolgend nur zwei ausgewählte Stolpersteine aufgeführt werden, welche bei der Redaktion eines Erbanteilsabtretungsvertrages und dem grundbuchlichen Vollzug desselben mit Vorteil zu beachten sind:

- Wie hiervoor in Ziff. 2 bereits dargelegt wurde, ist auch bei der Erbanteilsabtretung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zu unterscheiden. Der ausserbuchliche Vorgang, der die *causa* für die grundbuchliche Richtigestellung darstellt, tritt erst mit dem Verfügungsgeschäft ein. Deshalb ist es empfehlenswert, das Verfügungsgeschäft im Vertrag ausdrücklich zu erwähnen. Ansonsten wird riskiert, dass das Grundbuchamt die anbegehrte Richtigestellung des Grundbucheintrags abweist, mit der Begründung, dass das Verfügungsgeschäft – und dabei der dem *extra tabula* Erwerb zugrundeliegende Tatbestand – nicht genügend nachgewiesen ist.
- Zwingende Voraussetzung, damit es sich um einen Anwendungsfall von Art. 635 Abs. 1 ZGB handelt, ist, dass dem ausscheidenden Miterben für die Abtretung seines Erbanteils keine Rechte aus dem Nachlass zugewiesen werden. Ansonsten liegt nicht mehr eine Erbanteilsabtretung als subjektiv-partielle Erbteilung, sondern eine kombiniert-partielle Erbteilung vor, welche sich, weil dabei teilweise Rechte aus dem Nachlass liquidiert werden, nach Art. 634 ZGB richtet.⁴³ Sofern der ausscheidende Miterbe als Gegenleistung mit Rechten aus dem Nachlass abgegolten wird, handelt es sich um eine Erbteilung, für welche der Grundbucheintrag konstitutive Wirkung zeitigt, d. h. es

42 FABRIZIO ANDREA LICHTI, (Fn 8), S. 146 f.; STEPHAN WOLF / GIAN SANDRO GENNA, (Fn 17), S. 383.

43 STEPHAN WOLF, (Fn 25), S. 150.

findet ein buchlicher Eigentumsübergang statt⁴⁴, womit der schriftliche Teilungsvertrag als erfüllungsbezogener Rechtsgrundaussweis einzureichen ist.⁴⁵ Da bei einem buchlichen Eigentumsübergang die Eintragungsbewilligung zudem von sämtlichen Erben vorliegen muss (Art. 963 Abs. 1 ZGB), müsste das Grundbuchamt eine Anmeldung unter dem Titel «Erbanteilsabtretungsvertrag», welche nur vom übernehmenden Erben angemeldet wird und bei welcher nur dessen Eintragungsbewilligung vorliegt, abweisen. Sofern die Miterben mit Gegenständen aus dem Nachlass abgegolten werden sollen, ist damit kein Erbanteilsabtretungsvertrag i. S. v. Art. 635 Abs. 1 ZGB, sondern ein Erbteilungsvertrag auszubereiten und dem Grundbuchamt ebendieser Vertrag als Rechtsgrundaussweis einzureichen (unter Einhaltung der allgemeinen Bestimmungen [Eintragungsbewilligung und Grundbuchanmeldung sämtlicher Erben etc.]).

6. Mögliche Formulierung eines Erbanteilsabtretungsvertrages unter Miterben

Nachfolgend wird eine mögliche (einfache) Formulierung für einen Erbanteilsabtretungsvertrag vorgeschlagen. Selbstverständlich ist diese im Einzelfall entsprechend ausführlicher zu gestalten.

Es wird nachfolgend davon ausgegangen, dass der Erblasser A vier Nachkommen (B, C, D und E) sowie eine Ehefrau F als einzige, gesetzliche und anerkannte Erben (Art. 559 Abs. 1 ZGB i. Vm. Art. 65 Abs. 1 lit. a GBV) hinterlässt und die Nachkommen ihre Erbteile an die Ehefrau / Mutter abtreten:

1. Die vorgenannten Erben sind unter anderem Gesamteigentümer (Erbengemeinschaft des A sel.) des Grundstücks Bern 1/1.
2. Gegenstand der vorliegenden Erbanteilsabtretung ist das gesamte Erbrecht der Nachkommen von A sel., das mit ihrer Stellung als Erben des A sel. verbunden ist, d. h. ihr jeweiliger Gesamtmandatsanteil an der Erbengemeinschaft des verstorbenen A sel. und das Ausscheiden sämtlicher Nachkommen aus der Erbengemeinschaft.

44 Statt vieler: STEPHAN WOLF, Grundstücke in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung, in: ZBlV 2000, S. 283.

45 Zum erfüllungsbezogenen Rechtsgrundaussweis vgl. FABRIZIO ANDREA LICHTI, (Fn 8), S. 49 f. Zum Inhalt des schriftlichen Teilungsvertrages als Rechtsgrundaussweis vgl. FABRIZIO ANDREA LICHTI, ebd., S. 141 f.

3. Sämtliche vorgenannten Nachkommen (B, C, D und E) treten durch Unterzeichnung der vorliegenden Vereinbarung ihren jeweiligen Erbteil am vorgenannten Nachlass unwiderruflich, vorbehalt- und bedingungslos i. S.v. Art. 635 Abs. 1 ZGB mit dinglicher Wirkung an F ab (Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft). Sämtliche Erbteile wachsen damit F an.
 4. Als Gegenleistung für diese Erbanteilsabtretung verpflichtet sich F vorbehalt- und bedingungslos innerhalb von 30 Tagen seit Anmeldung dieser Vereinbarung beim zuständigen Grundbuchamt zur Bezahlung der folgenden Barbeiträge an B, C, D und E:....
 5. Die Parteien erklären, dass mit dieser Erbanteilsabtretung (1) F Alleinerbin des gesamten Nachlasses geworden ist, (2) die Erbengemeinschaft damit aufgelöst wurde und (3) sämtliche Nachkommen im inneren Verhältnis aus jeglicher Schuldhaftung gegenüber allfälligen Erbschafts- sowie Erbgangsgläubigern entlassen werden.⁴⁶
 6. F erklärt, dass sie sämtliche Erbschafts- sowie Erbgangsschulden und alle mit dem Vollzug dieser Vereinbarung verbundenen Kosten (insb. Grundbuchkosten etc.) zur alleinigen Bezahlung übernimmt und B, C, D sowie E schadlos hält.
 7. F erteilt ihre Einwilligung, sämtliche sich aus dieser Vereinbarung ergebenden Einschreibungen im Grundbuch vorzunehmen.
 8. Mit Vollzug dieser Vereinbarung erklären sich die Parteien per Saldo sämtlicher Ansprüche als auseinandergesetzt.
- Dieses Formulierungsbeispiel wurde auch deshalb gewählt, um eine «besondere Konstellation» einer Erbanteilsabtretung unter Miterben aufzuzeigen: Die Abtretung eines Erbanteils an einen Miterben stellt selbst dann nicht immer eine subjektiv-partielle Erteilung dar, wenn dem abtretenden Erben keine Rechte aus dem Nachlass zugewiesen werden. Tatsächlich gilt es, von dieser Regel die folgenden zwei Ausnahmen zu machen: Sofern nur zwei Miterben vorhanden sind und der eine seinen Erbanteil dem anderen abtritt, findet trotz dinglicher Erbanteilsabtretung

46 In diesem Punkt zeigt sich ein nicht unerheblicher Unterschied zu einer «gewöhnlichen» Erteilung: bei welcher – sollten später bisher unbekannte Nachlassgegenstände auftauchen – diese wiederum (abweichende Abreden vorbehalten) zwischen den Miterben geteilt werden. Bei der Erbanteilsabtretung ist dies grundsätzlich gerade umgekehrt: Tauchen später bisher unbekannte Vermögenswerte auf, steht dem abtretenden Miterben (allfällige anderslautende Abreden und etwaige Irrtumssanftechnungen vorbehalten) kein subjektives Recht an denselben zu.

keine subjektiv-partielle Erteilung statt.⁴⁷ Dasselbe gilt dann, wenn drei oder mehr Erben vorhanden sind und alle Erben ihre Erbanteile demselben Miterben abtreten.⁴⁸ In solchen Fällen tritt das weitergehende Resultat einer vollständigen Auflösung der Erbengemeinschaft ein.⁴⁹ Infolge Ausscheidens seines bzw. seiner sämtlichen Miterben wird der einzige verbleibende Miterbe auf dem Wege der Anwachsung alleiniger Träger aller bisher in gesamthandschaftlicher Berechtigung vorhandenen Nachlassobjekte.⁵⁰ Dieser Vorgang ist dabei jedoch mit demjenigen einer subjektiv-partiellen Erteilung beinahe identisch: d. h. es liegt eine auf der subjektiven Seite erfolgende Aufhebung der Erbengemeinschaft ohne Liquidation des von einem Miterben allein übernommenen Nachlasses vor.⁵¹ Auch diesfalls handelt es sich um einen ausserbuchlichen Vorgang, welcher unmittelbar dingliche Wirkung zeitigt.⁵² Im Unterschied zur «gewöhnlichen» Abtretung an einen Miterben findet vorliegend im Grundbuch jedoch nicht eine blosser Löschung eines Miterben statt. Es wird vielmehr das Gesamteigentum *per se* gelöscht und der verbleibende Erbe, welchem die Erbschaft kraft Anwachsung zufällt, wird ausserbuchlich Alleineigentümer.⁵³

Résumé

Cession d'une part héréditaire entre cohéritiers

La cession d'une part héréditaire interne à un cohéritier peut avoir lieu en la forme écrite sans le consentement des autres héritiers. Il s'agit en l'espèce d'un transfert réel (hors registre) de propriété.

Une requête du cohéritier cessionnaire en relation avec le contrat écrit ou avec une déclaration écrite unilatérale de l'héritier sortant confirme la cession intervenue suffit pour réaliser le transfert de propriété au registre foncier.

47 STEPHAN WOLFF, (Fn 1), N 189 zu Art. 602 ZGB; STEPHAN WOLFF, (Fn 25), S. 140 f.

48 STEPHAN WOLFF, (Fn 1), N 189 zu Art. 602 ZGB; STEPHAN WOLFF, (Fn 25), S. 140 f.

49 STEPHAN WOLFF, (Fn 25), S. 140 f.

50 STEPHAN WOLFF, (Fn 25), S. 140.

51 STEPHAN WOLFF, (Fn 25), S. 141.

52 STEPHAN WOLFF, (Fn 1), N 189 zu Art. 602 ZGB.

53 STEPHAN WOLFF, (Fn 25), S. 153 f.