

Autor	Balz Hösly, Alexandra Geiger
Titel	Die «Checks and Balances» bei der gerichtlichen Erbteilung
Buchtitel	Spuren im Erbrecht - Festschrift für Paul Eitel
Jahr	2022
Seiten	321-345
Herausgeber	Jörg Schmid, Regina Aebi-Müller, Peter Breitschmid, Barbara Graham-Siegenthaler, Alexandra Jungo
ISBN	978-3-7255-8254-9
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

321

Die «Checks and Balances» bei der gerichtlichen Erbteilung

Balz Hösly/Alexandra Geiger*

322

I. Einleitung

Hauptzweck des Erbrechts in der Zivilrechtsordnung ist der geordnete Übergang von Vermögenswerten des Erblassers auf seine Erben. Dies verläuft in vielen Fällen problemlos, mündet aber manchmal auch im Streit, weil sich die Erben bezüglich der Verteilung der Nachlasswerte nicht einigen können. Das Gesetz stellt ihnen für diesen Fall ein Instrumentarium von Konfliktlösungsmöglichkeiten zur Verfügung, das von Grundsätzen und Richtlinien zum Teilungsprozedere bis hin zur gerichtlich-verbindlichen (autoritativen) Festlegung¹ der Verteilung der Nachlassgegenstände reicht.

Dieser Beitrag fokussiert sich auf den praxisrelevanten Modellfall, bei dem keine erblasserischen Teilungsanordnungen vorliegen und sich die Erben bei der Teilung des Nachlasses nicht einig sind. Es geht mithin um die letzte Eskalationsstufe im Erbstreit – die gerichtliche Erbteilung und dem Zusammenspiel der sie beherrschenden Grundsätze. Nachdem absehbar ist, dass im Rahmen der Novelle zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge im Erbrecht² auch Unternehmen künftig als «Besondere Gegenstände» (vgl. Marginalie zu [Art. 613 ZGB](#) und zu [Art. 616 VE-ZGB](#) [Unternehmensnachfolge]) angesehen und vom Erbteilungsrichter integral einem Erben zugewiesen werden können, werden sich die gerichtlich zu beurteilenden Erbteilungsfragen in der Zukunft auf Nachlässe konzentrieren, die weder Unternehmen, eheliche Wohnungen und Hausrat ([Art. 612a ZGB](#)), landwirtschaftliche Grundstücke und Inventar ([Art. 11 ff. BGG/Art. 613a ZGB](#)), Haustiere ([Art. 651a ZGB](#)) noch zusammengehörige Sachen und Familienschriften ([Art. 613 ZGB](#)) umfassen. Im Vordergrund stehen dabei Zuweisungsfragen bei Nachlässen, die ein oder mehrere Grundstücke/Liegenschaften oder einzelne wertvolle (Kunst-)Gegenstände enthalten.

In diesem Zusammenhang traf bekanntlich kaum ein neuerer Bundesgerichtsentscheid auf derart viel Kritik in der Lehre wie [BGE 143 III 425](#). In dieser Entscheidung sprach das Bundesgericht, primär gestützt auf die historische Auslegung

323

* Dr. iur. Balz Hösly und lic. iur. Alexandra Geiger sind Rechtsanwälte, Fachanwälte SAV Erbrecht und Partner bei MME Legal AG in Zürich. Dieser Beitrag entstand unter verdankenswerter Mithilfe von MLaw Natascha Figoutz und MLaw Olivia Unger, beide Junior Associates bei MME Legal AG.

¹ Wolf Stephan/Hrubesch-Millauer Stephanie, Schweizerisches Erbrecht, 2. A., Bern 2020, Rn. 1702.

² Vorentwurf des Bundesrats zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge); Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge) vom 10. April 2019; Vernehmlassungen zum Vorentwurf des Bundesrats zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge); Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge) vom 21. Januar 2020, Materialien gefunden auf der Website des Bundesamtes für Justiz, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>, besucht am 18. Februar 2022.

und die ältere Lehre, dem Erbteilungsrichter die Kompetenz zur direkten Zuweisung der Erbschaftsgegenstände oder der gebildeten Lose an die Erben ab. Es fixierte sich dabei iterativ und geradezu mantrahaft auf die Anspruchsgleichheit als «oberste Richtschnur der Erbteilung».³

Die richterliche Erbteilung unterliegt unseres Erachtens aber nicht *einem* dominierenden Grundsatz, sondern vielmehr *einer Reihe von «Checks and Balances»*,⁴ die eine (sach)gerechte und angemessene Verteilung der Nachlassgegenstände gewährleisten sollen. Diese «Checks and Balances» umfassen einerseits einen Hauptzweck des Erbrechts, nämlich das Prinzip der werterhaltenden Übertragung von Vermögen von der einen auf die nächste Generation («*conservation du patrimoine*»)⁵ Andererseits berücksichtigen sie die Grundsätze der freien Erbteilung durch die Erben, der Gleichbehandlung und der Naturalteilung sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip, die Prozessökonomie⁶ und letztlich den Anspruch der Prozessparteien auf einen sachlich begründeten, materiellen Gerichtsentscheid.⁷

Diese «Checks and Balances» – wie auch die unbestrittenermassen vorherrschende Lehre⁸ – hat das Bundesgericht in seinem Entscheid fast gänzlich negiert. Es lohnt sich daher, die für den Richter verbindlichen Erbteilungsregeln sowie die damit verbundenen Grundsätze und ihr Zusammenspiel noch einmal genauer zu hinterfragen. Dabei werden auch gesetzgeberische Überlegungen zur integralen Zuweisung eines Unternehmens an einen Erben im Rahmen der Novelle zum Unternehmenserbrecht berücksichtigt.⁹

324

II. «Checks and Balances» bei der gerichtlichen Erbteilung

Die Universalsukzession stellt sicher, dass der Nachlass mit dem Tod des Erblassers in seiner Gesamtheit auf die Erben übergeht ([Art. 560 Abs. 1 ZGB](#)).¹⁰ Die Erben werden *ex lege* Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände ([Art. 602 Abs. 2 ZGB](#)) und verbleiben es als solche bis zur Erbteilung.¹¹ Die Erbfolge in der Schweiz ist damit beherrscht von einem bereits von Eugen Huber verfolgten Hauptzweck des Erbrechts: Der (möglichst) unveränderte Erhalt des Vermögens und dessen Weitergabe auf die nächste Generation.¹² Oder, wie es der Jubilar bezeichnet: Dem Vermögenserhaltungsprinzip.¹³

³ [BGE 112 II 206 E. 2b.](#)

⁴ «Überprüfung und Ausgleich» in der Judikative, abgeleitet von der Gewaltenteilung von Montesquieu, vgl. Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 453.

⁵ Leuba Audrey, Le partage successoral en droit suisse, ZSR 2006, S. 137 ff., 144.

⁶ Wolf Stephan, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017, Erbrecht, [ZBJV 2018, S. 405 ff.](#), 417; Sutter-Somm Thomas/Ammann Dario, «Tombola iudicialis» – das Los der uneinigen Erben?, Wege zur Auflösung der Erbengemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Teilungsgerichts, in: Arnet Ruth/Eitel Paul/Jungo Alexandra/Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, S. 543 ff., 556.

⁷ [Art. 29a BV](#): «Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde.»; vgl. Sutter-Somm/Ammann (Fn. 6), S. 556.

⁸ Wolf/Hrubesch-Millauer (Fn. 1), Rn. 1688 mit Verweisen.

⁹ Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zur Unternehmensnachfolge (Fn. 2), S. 12 ff., 22 ff.; Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge), S. 17 ff., 46 ff.

¹⁰ [BGE 107 Ib 22 E. 2.](#)

¹¹ Schaufelberger Peter C./Keller Lüscher Katrin, Kommentar zu [Art. 602–640 ZGB](#), in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, [Art. 457–977 ZGB](#), Art. 1–61 SchIT [ZGB](#), 6. A., Basel 2019, N 9 ff. zu Art. 602 ZGB; Druey Jean N., Grundriss des Erbrechts, 6. A., Bern 2014, § 16 Rn. 1 ff.; Künzle Hans Rainer, Kommentar zu Art. 602, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkomentar [ZGB](#), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. A., Basel 2017, N 4 ff. zu Art. 602 ZGB.

¹² Ammann Dario, Die Erbteilungsklage im schweizerischen Erbrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Erbteilungsgerichts (de lege lata und de lege ferenda), Diss. Basel 2020, Zürich/St. Gallen 2020, S. 425, 445 f. m.w.H.; vgl. auch Druey Jean N., Zuweisung von Erbgegenständen durch das Los – kein alter Zopf, ZGRG 2017, S. 109 ff., 112; Kaiser Andrea, Pflichtteilsverzicht mit Abfindungsvereinbarung, [AJP 2002, S. 12 ff.](#), 25; Leuba (Fn. 5), S. 141, 145 f.; Steinauer Paul-Henri, Le droit des successions, 2. A., Bern 2015, Rn. 1257; Sutter-Somm/Ammann (Fn. 6), S. 554; Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Jungo Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich/Basel/Genf 2015, S. 943; Tuor/Schnyder, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. A., Zürich 1979, § 83 Rn. 15; Wolf Stephan/Genna Gian Sandro, Schweizerisches Privatrecht, IV/I, Erbrecht, Basel 2012, S. 21.

¹³ Eitel Paul, Grundfragen der Erbteilung, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Nachlassplanung und Nachlassenteilung, Zürich 2014, S. 323 ff., 345; Seeberger Lionel Harald, Die richterliche Erbteilung, Diss., Freiburg i.Ü. 1992, S. 110 f.

Neben diesem Hauptzweck beherrschen die drei bekannten Grundsätze die Erbteilung: Die freie private Erbteilung ([Art. 607 Abs. 2 ZGB](#)), die Gleichbehandlung der Erben ([Art. 607 Abs. 1](#), [610 Abs. 1](#), [626 ff. ZGB](#)) und die Naturalteilung ([Art. 610 Abs. 1 ZGB](#)). Der erste Grundsatz reflektiert das überragende Prinzip der Privatautonomie im Schweizer Privatrecht,¹⁴ das sich auch im Erbteilungsrecht wiederfindet: Für die Erbteilung ist der gemeinsame Wille der Erben mass-

325

gebend, welche als Universalsukzessoren die praktisch uneingeschränkte Dispositionsfreiheit über den Nachlass haben.¹⁵ Bei der hier interessierenden gerichtlichen Erbteilung spielen aber insbesondere die zwei anderen Grundsätze eine wichtige Rolle.¹⁶

Die gerichtliche Erbteilung findet statt, wenn ein Miterbe seinen Teilungsanspruch klageweise geltend macht ([Art. 604 Abs. 1 ZGB](#)).¹⁷ Sein Begehren lautet in der Regel auf ein Gestaltungsurteil, das zu seiner individuellen Berechtigung an Nachlassgegenständen oder -werten führt¹⁸ und die freie vertragliche Erbteilung nicht nur ersetzt, sondern nach Lehre und Rechtsprechung sogar mit allfälligen Vollzugshandlungen zu ergänzen vermag.¹⁹

Hat eine Erbin im Rahmen von [Art. 604 ZGB](#) lediglich einen Anspruch auf *Teilung* der Erbschaft oder auch auf gerichtliche *Zuweisung* einer Erbschaftsache? Welche Teilungskriterien muss der Richter bei der Erbteilung beachten? Welche Bedeutung haben die gesetzlichen Teilungsregeln gemäss [Art. 610 ff. ZGB](#) und welche Bedeutung kommt dem richterlichen Ermessen²⁰ zu? Wie ist damit umzugehen, dass alle Erben «den gleichen Anspruch auf die Gegenstände der Erbschaft» ([Art. 610 Abs. 1 ZGB](#)) haben, aber letztlich die Erbschaft auch «gleichmässig und gerecht» nach [Art. 610 Abs. 2 ZGB](#) zu verteilen ist?

326

Zur Beantwortung dieser Fragen, welche die Lehre immer wieder beschäftigen, aber vor allem auch zur Bestimmung der «Checks and Balances» bei der Erbteilung soll im Folgenden näher auf die Grundsätze der Gleichbehandlung und Naturalteilung sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip eingegangen und deren Verhältnis untereinander beleuchtet werden.

1. Grundsatz der Gleichberechtigung und Gleichbehandlung

Besteht kein gesetzlich verankertes Vorrecht (wie z.B. in [Art. 612a ZGB](#)) einer Erbin auf Zuweisung eines Nachlassgegenstandes, und hat der Erblasser keine letztwillige Teilungsanordnung vorgenommen, sind die Erben an der Erbschaft qualitativ gleich berechtigt und haben als Gesamteigentümer den gleichen, abstrakten Anspruch auf die Erbschaftsgegenstände.²¹ *E contrario* bedeutet dies, dass die Erben zwar qualitativ gleichbehandelt werden, sich ihre Ansprüche aber in quantitativer Hinsicht nach den gesetzlichen

¹⁴ Wolf/Hrubesch-Millauer (Fn. 1), Rn. 1671.

¹⁵ Schaufelberger/Keller Lüscher, BaKomm (Fn. 11), N 5 ff. zu Art. 607 ZGB; Eitel (Fn. 13), S. 350; Elmiger Fabienne, Teilungsgrundsätze und Teilungsregeln – unter besonderer Berücksichtigung von Ausgleichszahlungen, [successio 2017, S. 108 ff.](#), 109; Bürgi Urs, Kommentar zu Art. 607, 612, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar [ZGB](#), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. A., Basel 2017, N 5 zu [Art. 607 ZGB](#); Sutter-Somm/Ammann (Fn. 6), S. 545; Weibel Thomas, Kommentar zu Vorbem. zu [Art. 607 ff. ZGB](#) und [Art. 604, 607, 610, 611 ZGB](#), in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 4. A., Basel 2019, N 5 f. zu Vorbem. zu [Art. 607 ff. ZGB](#).

¹⁶ Eitel (Fn. 13), S. 350; Wolf/Hrubesch-Millauer (Fn. 1), Rn. 1719.

¹⁷ Leuba (Fn. 5), S. 143; Seeberger (Fn. 13), S. 43 f.

¹⁸ Göksu Tarkan, Prozessrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in Erbsachen 2017, [successio 2018, S. 313 ff.](#); Seeberger (Fn. 13), S. 79 f., 82 ff.; Wolf Stephan, Kommentar zu [Art. 604, 607, 611, 612 ZGB](#), in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, [Art. 602–619 ZGB](#), Bern 2014, N 30 f. zu Art. 604 ZGB.

¹⁹ Antognini Daniel, Die Teilungsklage des schweizerischen Erbrechts, Diss. Zürich 2021, Zürich/Basel/Genf 2022, S. 309; Wolf, BeKomm (Fn. 18), N 78 ff. zu Art. 604; Eggel Martin, Die gerichtliche Erbteilung zwischen Erwägung und Zufall, Bemerkungen zu [BGE 143 III 425](#), [AJP 2018, S. 407 ff.](#), 409, 414; Seeberger (Fn. 13), S. 65 ff., 77, 84 f.

²⁰ Eggel (Fn. 19), S. 414, 423.

²¹ [Art. 607 Abs. 1 und 610 Abs. 1 ZGB](#); [BGE 143 III 425 E. 5.3](#); Ammann (Fn. 12), S. 57 f.; Wolf, BeKomm (Fn. 18), N 5 ff. zu Art. 607 ZGB; Schaufelberger/Keller Lüscher, BaKomm (Fn. 11), N 2 zu [Art. 607 ZGB](#); Druet (Fn. 11), § 16 Rn. 41; Elmiger (Fn. 15), S. 110; Weibel, PraxKomm (Fn. 15), N 1 zu Art. 610; Sutter-Somm/Ammann (Fn. 6), S. 546; Wolf/Hrubesch-Millauer (Fn. 1), Rn. 1719 ff.

²² Wolf, BeKomm (Fn. 18), N 4 zu [Art. 607 ZGB](#); Schaufelberger/Keller Lüscher, BaKomm (Fn. 11), N 2 zu [Art. 607](#)

bzw. den vom Erblasser verfügbaren Erbquoten richten.²² Dieser (qualitative) Gleichbehandlungsgrundsatz wird vom Bundesgericht als «oberste Richtschnur» in der Erbteilung bezeichnet.²³

2. Grundsatz der Naturalteilung

Gemäss [Art. 610 Abs. 1 ZGB](#) haben die Erben den «gleichen Anspruch auf die Erbschaftsgegenstände». Es gilt mithin der Grundsatz der Naturalteilung. Danach haben die Erben als gemeinsame Universalsukzessoren des Erblassers primär Anspruch auf die Erbschaftsgegenstände an sich und müssen sich nicht mit einer wertmässigen Befriedigung ihrer Ansprüche (und damit mit der Versilberung) zufriedengeben.²⁴ Dieser gegenständliche Anspruch ist auch Bestandteil des umfas-

327

senden und individuellen Anspruchs jedes Erben auf Vornahme der Teilung nach [Art. 604 ZGB](#).²⁵

3. Prinzip der Verhältnismässigkeit

Wie in der ganzen Rechtsordnung findet das Prinzip der Verhältnismässigkeit auch in der Erbteilung Anwendung.²⁶ Sind sich alle Erben einig, gilt der Grundsatz der freien Erbteilung.²⁷ Können sich die Erben jedoch über die Teilung des Nachlasses nicht einigen – und von dieser Konstellation gehen wir vorliegend aus – ist das Gewicht der Interessen und der zu schützenden Rechtsgüter auszubalancieren und der Richter hat seine Kompetenz im Rahmen des Prinzips der Verhältnismässigkeit auszuüben.²⁸ Der Richter ist gehalten, die Erbteilung unter Berücksichtigung der gesetzlichen Teilungsregeln und -richtlinien angemessen²⁹ und nach sachgerechten Gesichtspunkten vorzunehmen.

4. Zusammenspiel der Erbteilungsgrundsätze und -prinzipien

Für die Konkretisierung der erbtteilungsrechtlichen «Checks and Balances» soll die erwähnte neuere Meinung des Bundesgerichts als Ausgangspunkt dienen: Mit Hinweisen auf Tuor/Schnyder³⁰ und [BGE 112 II 206](#) bezeichnet es den Grundsatz der Anspruchsgleichheit bzw. Erbengleichheit, wie erwähnt, als die «oberste Richtschnur» des Teilungsrechts.³¹

4.1 Wechselwirkung von Gleichbehandlungs- und Naturalteilungsgrundsatz

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass der Naturalteilungsgrundsatz und der Gleichbehandlungsgrundsatz miteinander verknüpft sind.³² *Beide gemeinsam* sind

328

auf die Erhaltung des vom Erblasser geschaffenen Vermögens und dessen Weitergabe auf die nächste Generation hin ausgerichtet.³³

[ZGB](#); Häfliger Manuela, Kommentar zu [Art. 607, 611 ZGB](#), in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), [ZGB](#) Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. A., Zürich 2021, N 2 zu [Art. 607 ZGB](#); Weibel, PraxKomm (Fn. 15), N 10, 12 zu Vorbem. zu [Art. 607 ff. ZGB](#); Wolf/Hrubesch-Millauer (Fn. 1), Rn. 1720.

²³ [BGE 112 II 206 E. 2b; 143 III 425 E. 5.9](#); Wolf/Hrubesch-Millauer (Fn. 1), Rn. 1719.

²⁴ Druey (Fn. 11), § 16 Rn. 50; Weibel, PraxKomm (Fn. 15), N 2 zu [Art. 610 ZGB](#); Wolf/Hrubesch-Millauer (Fn. 1), Rn. 1722.

²⁵ Wolf, BeKomm (Fn. 18), N 26 zu [Art. 604 ZGB](#).

²⁶ Schindler Benjamin/Tschumi Tobias, Kommentar zu [Art. 5 BV](#), in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Band 1, 3. A., Zürich 2014, N 48 zu [Art. 5 BV](#).

²⁷ Schaufelberger/Keller Lüscher, BaKomm (Fn. 11), N 4 ff., 11 zu Vorbem. zu [Art. 607 ff. ZGB](#); Bürgi, KUKO (Fn. 15), N 5 zu [Art. 607 ZGB](#); Wolf, BeKomm (Fn. 18), N 8 ff. zu Art. 607 ZGB; Wolf/Hrubesch-Millauer (Fn. 1), Rn. 1671.

²⁸ Vgl. Hösly Balz/Ferhat Nadira, Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht – Vorschläge de lege ferenda, [successio 2016, S. 100 ff.](#), Rn. 20.

²⁹ Seeberger (Fn. 13), S. 76.

³⁰ Tuor/Schnyder (Fn. 12), § 83 Rn. 14.

³¹ [BGE 143 III 425 E. 4.3.](#)

³² Sutter-Somm/Ammann (Fn. 6), S. 546.

³³ Ammann (Fn. 12), S. 61.

Eggel sieht den Naturalteilungsgrundsatz gar als dem Gleichbehandlungsgrundsatz erbeilungsspezifisch vorgelagert.³⁴ Weil es Rechtsgemeinschaften inhärent sei, dass alle gleich zu behandeln sind, mache es nämlich erst der Naturalteilungsgrundsatz erforderlich, dass alle Erben auch den gleichen Anspruch auf die unterschiedlichen Stücke oder auch Stücke vergleichbarer Art hätten. In der Erbteilung könne die Gleichbehandlung deshalb nur mit der Naturalteilung zusammen verstanden werden.³⁵

Eine rigoros-prioritäre Anwendung des Gleichbehandlungsprinzips würde das Naturalteilungsprinzip denn auch vollständig aus den Angeln heben. Der erbrechtliche Hauptzweck – die unveränderte Erhaltung und Übertragung der von der früheren Generation geschaffenen Werte auf die folgende Generation – würde missachtet.³⁶ Das Bundesgericht scheint allerdings einen derartig radikalen Vorrang des Gleichbehandlungsprinzips nicht auszuschliessen. Zumindest fällt seine (wenig vertiefte) Abwägung der zwei Grundsätze eindeutig zu Gunsten der Erbgleichbehandlung aus.³⁷

Auch der Jubilar sieht zwar das Zusammenspiel der erbrechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung und der Naturalteilung grundsätzlich «in der reinsten Form verwirklicht im Vorgang der Bildung und (vor allem) der Verteilung der Lose».³⁸ Da dieses Prozedere aber nicht nur kompliziert und unattraktiv sei und damit auch nicht unbedingt regelmässig ein sinnvolles Ergebnis erzielt werden könne, gesteht er den Gerichten eine weitgehende Zuweisungskompetenz zu, damit es «auch bei streitigen Erbteilungen zu einer möglichst optimalen Ressourcenallokation» kommen kann³⁹ bzw. kommen muss. Damit spricht sich der Jubilar klar gegen einen absoluten Vorrang des Gleichbehandlungsgrundsatzes aus.⁴⁰

329

4.2 Relative Gleichbehandlung als «oberste Richtschnur» und Richtlinie

Nachlässe, die zunächst allen Erben gemeinsam anfallen, werden fast immer einmal geteilt. Das Ergebnis dieses Erbteilungsverfahrens hat zur Konsequenz, dass die Erben hinsichtlich der realiter übernommenen oder zugewiesenen Gegenstände am Ende ungleich behandelt sind. Bereits diese Kraft des Faktischen steht u.E. einer theoretisch-absoluten Gleichbehandlung der Erben entgegen.

Eine gleichmässige Wahrscheinlichkeit aller Erben, einen gewünschten Nachlasswert zugeteilt zu erhalten, besteht im Grundsatz ohnehin nur bei gleich grossen Erbteilen.⁴¹ Die Erbgleichheit lässt sich folglich regelmässig nicht in absoluter Weise, sondern, wenn überhaupt, nur nach Massgabe der Erbquoten bewerkstelligen.⁴²

Gerade bei Erbteilen stark unterschiedlicher Grösse⁴³ besteht eine weitere Herausforderung: Die herrschende Lehre versteht unter dem Begriff der «Lose» «wertgleiche Häuflein» von Erbschaftsobjekten,⁴⁴ die erst noch möglichst homogen zusammengesetzt sein sollen.⁴⁵ Je kleiner gewisse Erbteile sind (und deshalb auch die Anzahl der gemäss [Art. 611 Abs. 2 ZGB](#) zu bildenden Lose proportional mitwächst), desto eher übersteigen die Werte der einzelnen Nachlassgegenstände den Umfang der Erbteile bzw. der Lose. Das Bundesgericht, das diesem Verständnis folgt, verbindet dieses nun mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz als «oberste Richtschnur».⁴⁶ Demnach sind so viele Lose zu bilden, wie Erben an der Teilung beteiligt sind. Sind deren Erbanteile nicht gleich gross, führt dies zu einer Zersplitterung (und damit zu einer Versilberung) des Nachlasses, weil Lose in der Grösse des kleinsten gemeinsamen Vielfachen der Nenner der Stammanteile zu bilden sind.⁴⁷

³⁴ Eggel (Fn. 19), S. 419.

³⁵ Eggel (Fn. 19), S. 420.

³⁶ Sutter-Somm/Ammann (Fn. 6), S. 554; a.M. Antognini (Fn. 19), Rn. 1312.

³⁷ [BGE 143 III 425 E. 5.9.](#)

³⁸ Eitel (Fn. 13), S. 351; [BGE 143 III 425 E. 4.5.](#)

³⁹ Eitel (Fn. 13), S. 352; Weibel, PraxKomm (Fn. 15), N 45c zu Art. 604.

⁴⁰ So auch der Schluss des Bundesgerichtes in [BGE 143 III 425 E. 5.](#), 6.

⁴¹ Sutter-Somm/Ammann (Fn. 6), S. 553.

⁴² Sutter-Somm/Ammann (Fn. 6), S. 553.

⁴³ Dazu auch hinten Ziff. IV.

⁴⁴ Wolf, BeKomm (Fn. 18), N 15 zu [Art. 611 ZGB](#); Schaufelberger/Keller Lüscher, (Fn. 11), N 4 zu [Art. 611 ZGB](#); Druey (Fn. 11), § 16 Rn. 84; Weibel, PraxKomm (Fn. 15), N 7 zu [Art. 611 ZGB](#); Wolf/Hrubesch-Millauer (Fn. 1), Rn. 1727.

⁴⁵ Druey (Fn. 11), § 16 Rn. 84; Eggel (Fn. 19), S. 412.

⁴⁶ Eggel (Fn. 19), S. 412; Weibel, PraxKomm (Fn. 15), N 8a zu [Art. 611 ZGB](#).

⁴⁷ Wolf, BeKomm (Fn. 18), N 15 zu [Art. 611 ZGB](#); Schaufelberger/Keller Lüscher, BaKomm (Fn. 11), N 4 zu [Art. 611 ZGB](#); Häfliger, OFK (Fn. 22), N 3 zu [Art. 611 ZGB](#); Weibel, PraxKomm (Fn. 15), N 7 zu [Art. 611 ZGB](#);

330

Die Schwierigkeit in der Praxis besteht bekanntlich darin, dass sich Erbschaftsgegenstände höchst selten gleichmässig auf die Erben bzw. Erbteile aufteilen oder proportional oder gar mathematisch korrekt zuteilen lassen (was in der reinen Form nur bei vertretbaren Gütern überhaupt der Fall sein kann). Die Erben können somit auch aufgrund der Zusammensetzung der Nachlässe nicht absolut gleichbehandelt werden.⁴⁸

Der «reine Gleichbehandlungsansatz» des Bundesgerichtes kann die aufgezeigten faktischen Ungleichheiten nicht aus der Welt schaffen. Das Problem liegt u.E. darin, dass eine anfängliche *Anspruchsgleichheit* der Erben mit dem Wunsch nach *Ergebnisgleichheit* gleichgesetzt wird. Ergebnisgleichheit unter den Erben wäre nur dann zu erreichen, wenn zunächst die auf alle Erben verteilbaren vertretbaren Gegenstände zugeteilt, der Restnachlass vollständig liquidiert und das aus der Liquidation fliessende Geld wieder unter den Erben verteilt würde. Eine solche ergebnisorientierte Gleichheit⁴⁹ würde allerdings den Grundsatz der Naturalteilung komplett ignorieren und ihn letztlich obsolet machen. Dies ist vom Gesetz nicht so vorgesehen: Es ergibt sich nur schon aus [Art. 612 Abs. 2 und 613 Abs. 3 ZGB](#), dass die Versilberung gesetzlich die *ultima ratio* der Erbteilung ist.⁵⁰ Die Versilberung von Gegenständen eines Nachlasses ist eine Ausnahme und der Richter hat sie nur als solche zur Anwendung zu bringen.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen schliessen wir im Einklang mit der Lehre,⁵¹ dass es sich bei den vorne genannten Grundsätzen und Prinzipien für den Richter um erb-(teilungs-)rechtliche Richtlinien und nicht um verbindliche Vorschriften handeln muss. Als «oberste Richtschnur» verstehen wir nicht die absolute, sondern vielmehr die relative Gleichbehandlung der Erben.⁵² Im Rahmen dieses Verständnisses hat der Richter die Erbteilungsgrundsätze und -bestimmungen als «Checks and Balances», mithin als wechselwirkende Faktoren auf der Suche nach einer optimalen Lösung zu verstehen und anzuwenden. Er hat die relative Gleichheit der Erben durch eine sachgerechte, in seinem Ermessen liegende

331

Differenzierung herzustellen.⁵³ Nur ein richterlicher Entscheid⁵⁴ *ex aequo et bono* vermag die Gleichbehandlung und die Naturalteilung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips auszubalancieren⁵⁵ und einen schriftlichen Erbvertrag zu substituieren. Dabei darf nicht Willkür oder Zufall den Richter leiten,⁵⁶ sondern der Richter hat die Umstände des Einzelfalls im Sinne von [Art. 4 ZGB](#) zu berücksichtigen.⁵⁷

Wolf/Hrubesch-Millauer (Fn. 1), Rn. 1727.

⁴⁸ Elmiger (Fn. 15), S. 110; Weibel, PraxKomm (Fn. 15), N 3 zu [Art. 610 ZGB](#).

⁴⁹ Eggel (Fn. 19), S. 420.

⁵⁰ Ammann (Fn. 12), S. 352; Wolf, BeKomm (Fn. 18), N 33 zu [Art. 612 ZGB](#); Elmiger (Fn. 15), S. 110 f.; Bürgi, KUKO (Fn. 15), N 9 f. zu Art. 612 ZGB; Leuba (Fn. 5), S. 170; Seeberger (Fn. 13), S. 76 f.; Sutter-Somm/Ammann (Fn. 6), S. 557.

⁵¹ Wolf, BeKomm (Fn. 18), N 16 zu [Art. 610 ZGB](#); Elmiger (Fn. 15), S. 110; Weibel, PraxKomm (Fn. 15), N 3 zu [Art. 610 ZGB](#); Wolf/Hrubesch-Millauer (Fn. 1), Rn. 1686.

⁵² Wolf Stephan, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017, *Erbrecht*, [ZBJV 2018, S. 405 ff.](#), 416; a.M. Antognini (Fn. 19), Rn. 1317.

⁵³ Eggel (Fn. 19), S. 422; Seeberger (Fn. 13), S. 76, 127, 164 f., 229 f.; Sutter-Somm/Ammann (Fn. 6), S. 553 f.; Wolf (Fn. 6), S. 416 f.

⁵⁴ Gemäss [Art. 188 Abs. 1 BV](#); Seeberger (Fn. 13), S. 76.

⁵⁵ Sutter-Somm/Ammann (Fn. 6), S. 556; Wolf (Fn. 52), S. 417.

⁵⁶ Vgl. [BGE 103 Ia 501 E. 7](#). U.E. liegt eine sog. «Erkenntnislücke» vor, vgl. Schluop Walter R., Der Richter in der Maske des Gesetzgebers und die Notwendigkeit der Demaskierung, in: Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 199 ff., 200, der m.w.H. darauf hinweist, dass Arthur Meyer-Hayoz den Begriff der Erkenntnislücke geprägt hat. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die neue Lehre mehrheitlich auf die Differenzierung von echten und unechten Lücken und auf den Begriff der «Erkenntnislücke» verzichtet und stattdessen den Ausdruck der «planwidrigen Unvollständigkeit innerhalb des Gesetzes» gebraucht, vgl. dazu Emmenegger Susan/Tschentscher Axel, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, [Art. 1–9 ZGB](#), Bern 2012, N 344 mit weiteren Nachweisen, 358, 369 zu [Art. 1 ZGB](#).

⁵⁷ Wenn auch die Behandlung der Erkenntnislücken umstritten ist, und z.T. deswegen für eine Vorgehensweise nach [Art. 1 Abs. 2 ZGB](#) plädiert wird, vgl. Hrubesch-Millauer Stephanie, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, [Art. 1–9 ZGB](#), Bern 2012, N 67 zu [Art. 4 ZGB](#).

Das Los (und damit der Zufall) verbleibt lediglich als letztes Zuweisungs-Kriterium, falls keine sachlich begründeten Merkmale für die Erbteilung vorliegen.⁵⁸ Nur wenn kein rationaler Entscheid mehr möglich ist, darf der Zufall als Notnagel zu Hilfe genommen werden.

Dieses Verständnis der erbrechtlichen Grundsätze und Prinzipien lässt sich auch historisch herleiten. Die durch den Gesetzgeber bei der Schaffung des eidgenössischen Zivilgesetzbuches postulierte Erbgleichheit verfolgte vor allem den Zweck, von damals noch existierenden kantonalen Vorrechten einzelner Erbenkategorien wegzukommen. Die Bevorzugung und alten Privilegien⁵⁹ sollten abgeschafft und eine gleiche Ausgangslage für alle Erben geschaffen werden. Die

332

bewusste Abschaffung von einst vorhandenen Vorrechten kann aber nicht automatisch dazu führen, dass ein Erbe ungeachtet aller objektiver, persönlicher, sachlich gerechtfertigter und begründbarer Umstände keinen besseren Anspruch⁶⁰ auf einzelne Nachlassgegenstände geltend machen darf. Es ist u.E. nicht nachzuvollziehen, weshalb die Abschaffung von Vorrechten und damit von bedingungslos bestehenden Vorab-Erbansprüchen auch jegliche sachlich-objektive, begründbare Zuweisungswünsche einzelner Erben vollständig unterbinden soll. Auch hier wird wohl die Anspruchsgleichheit mit Ergebnisgleichheit verwechselt.

III. Die Ambivalenz des [Art. 611 ZGB](#)

Offen bleibt die Frage, wie die «Checks and Balances» mit den Kriterien des [Art. 611 ZGB](#) zusammenspielen und was dies für den Erbteilungsrichter bedeutet.

1. Die Bindung des Teilungsrichters an [Art. 611 ZGB](#)

Das Bundesgericht setzte sich in seinem Entscheid [BGE 143 III 425](#) mit dem Verhältnis von Teilungsbehörde und Teilungsgericht auseinander. Zunächst hielt es in E. 5.1 fest, dass sich die Expertenkommission, welche die Revision des Erbrechts anlässlich der Schaffung des [ZGB](#) vorbereitete, grundsätzlich (und entgegen den Intentionen von Eugen Huber) dafür aussprach, dass die zuständige Behörde zwar nach gesetzlichen Regelungen vorgehen muss, aber keine eigenständige Zuweisungskompetenz von Erbsachen hat. Daraufhin allerdings führte das Bundesgericht – unter Berufung auf [BGE 94 II 23](#), eine weitgehend historische Auslegung und Berücksichtigung der vorab älteren Lehre, deren Auffassungen «*anfangs des 20. Jahrhunderts*» publiziert wurden und «*möglicherweise den Zeitgeist bei Erlass des [ZGB](#) noch unmittelbarer mittrugen*»⁶¹ – aus, dass die [Art. 610 ff. ZGB](#) auch für das Teilungsgericht massgebend wären, womit «*dieses nur Lose bilden, zur Losziehung schreiten und Erbschaftsgüter die weder geteilt noch einem Los zugewiesen werden können, verkaufen und den Erlös verteilen*» könne.⁶²

333

Damit setzte das Bundesgericht die von der Lehre pragmatisch-extensiv interpretierte umfassende Teilungs- und Zuweisungskompetenz des Richters⁶³ ausser Kraft⁶⁴ und legte fest, dass auch das Teilungsgericht an die Anwendung von [Art. 610 ff. ZGB](#) gebunden ist. Der Teilungsrichter hat damit insbesondere die formellen und materiellen Vorgaben nach [Art. 611 ZGB](#) zwingend zu beachten und kann im Rahmen seiner Kompetenzen lediglich die Teilung als definitiv erklären und die Entgegennahme der Lose durch die Erben im Sinne von [Art. 634 ZGB](#) verbindlich festlegen. Diese Kompetenzen des Teilungsgerichts schienen dem Bundesgericht auszureichen, um der richterlichen Entscheidungs- und Begründungspflicht zu genügen und

⁵⁸ Druey (Fn. 11), § 16 Rn. 90; Egel (Fn. 19), S. 422 f.; Seeberger (Fn. 13), S. 76 f.

⁵⁹ Ammann (Fn. 12), S. 57: «Vor Inkrafttreten des [ZGB](#) (am 1. Januar 1912) sahen die kantonalen Rechte teilweise noch Privilegien für einzelne Erben vor. So bestanden Vorrechte nach dem Geschlecht – männliche Erben hatten teils Anspruch auf Jagdwaffen, während weibliche Erben den Schmuck oder die Kleidung der Mutter für sich beanspruchen konnten –, der Geburt, der Erbteile oder nach der Nähe der Verwandtschaft.»; Egel (Fn. 19), S. 422; Seeberger (Fn. 13), S. 123.

⁶⁰ [BGE 143 III 425 E. 5.1](#); Seeberger (Fn. 13), S. 76.

⁶¹ [BGE 143 III 425 E. 5.9](#).

⁶² [BGE 145 III 425 E. 5.3](#).

⁶³ Wolf, BeKomm (Fn. 18), N 81 zu [Art. 604 ZGB](#); Schaufelberger/Keller Lüscher, BaKomm (Fn. 11), N 7 zu [Art. 604 ZGB](#); Weibel, PraxKomm (Fn. 15), N 45 zu [Art. 604 ZGB](#), je mit weiteren Hinweisen; dazu differenzierend Antognini (Fn. 19), Rn. 1280.

⁶⁴ Antognini (Fn. 19), Rn. 1221.

den Erben in vollstreckbarer Weise die Erbschaftsgegenstände zuzuweisen.⁶⁵ Das Problem, dass damit verschiedene obligationen- und sachenrechtliche Übernahmefragen ungelöst bleiben,⁶⁶ liess das Bundesgericht unberücksichtigt. Kurz: Das Teilungsgericht hat «*die gesetzlichen Teilungsregeln zu befolgen, namentlich die Art. 611 und 612 ZGB*».⁶⁷

2. Das Spannungsverhältnis von [Art. 611 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB](#)

Das Bundesgericht liess bei der «Verbindlicherklärung» von [Art. 611 ZGB](#) für den Teilungsrichter auch den in diesem Artikel vorhandenen und nur schwer zu verstehenden Widerspruch, der bereits von Merz hinterfragt wurde,⁶⁸ unbeantwortet: Gemäss [Art. 611 Abs. 2 ZGB](#) sind von der zuständigen Behörde für die Erben Lose «unter Berücksichtigung des Ortsgebrauches, der persönlichen Verhältnisse und der Wünsche der Mehrheit der Miterben» zu bilden. Die Lose sollen folglich individualisiert bzw. personifiziert sein und auf die besonderen Verhältnisse der einzelnen Erben und der Erbengemeinschaft Rücksicht nehmen. Wenn sich die Erben danach trotz aller behördlichen bzw. gerichtlichen Bemühungen nicht auf eine Verteilung dieser Lose einigen können, kommt es zur Losziehung nach [Art. 611 Abs. 3 ZGB](#). Die zunächst individualisierten und/oder auf die persönlichen Verhältnisse einzelner Erben ausgerichteten Lose wären demnach den

334

Erben per Zufallsentscheid zuzuweisen. Die auf die Erben «zugeschnittenen» Lose könnten demnach (und das wäre vermutlich regelmässig der Fall) durch die Losziehung einer dafür nicht «vorgesehenen» Erbin verbindlich zugeteilt werden. Dies wäre eine geradezu absurde Konsequenz des vom Bundesgericht festgelegten Vorgehens: Es riskiert damit eine rational nicht erklärbare, willkürliche Erbteilung, die weder einem objektiven noch subjektiven Gerechtigkeitsempfinden genügen würde.⁶⁹

In diesem Zusammenhang scheint uns Abs. 2 von [Art. 610 ZGB](#) wesentlich. Bei der Kommentierung dieser Gesetzesbestimmung konzentriert sich die Lehre üblicherweise auf den darin postulierten Informationsanspruch der Erben.⁷⁰ Dabei wird allerdings übersehen, dass in diesem Absatz auch das eigentliche Ziel der Erbteilung statuiert wird, nämlich die «*gleichmässige und gerechte Verteilung der Erbschaft*». Die Erbteilung soll folglich zu einem gerechten Ergebnis führen – sie muss einem Werturteil standhalten können. Was gerecht ist, orientiert sich aber nicht nur an Fakten, sondern vor allem an der «*Überzeugung von Richtigkeit*», und an «*Meinungen und Regeln, die der Mehrheit einleuchten*».⁷¹ Die zufällige Zuteilung von individualisierten Losen an die anspruchsberechtigten Erben genügt diesen Kriterien mit Sicherheit nicht.

Die mangelnde Koordination zwischen [Art. 611 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB](#) wurde u.a. von Seeberger aufgenommen. Er erkannte, dass sich die nach [Art. 611 Abs. 2 ZGB](#) geformten (also individualisierten) Lose gar nicht zur Verlosung eignen.⁷² Deshalb schlägt er vor, dass bei einer Nichteinigung der Erben über eine Zuteilung der individualisierten Lose gemäss [Art. 611 Abs. 2 ZGB](#) eine neue Losbildung vorzunehmen sei, welche ausgewogene oder «neutrale Lose» zusammenstellen soll, die sodann von den Erben (unter bestmöglicher Wahrung des Gleichheitsgrundsatzes) gezogen werden könnten.⁷³

Seebergers Vorschlag ist sicherlich pragmatisch, aber die Unterscheidung zwischen individualisierten und neutralen Losen lässt sich u.E. dem Gesetz nicht ent-

335

⁶⁵ Vgl. dazu auch [BGE 101 II 41](#).

⁶⁶ Sutter-Somm/Ammann (Fn. 6), S. 547.

⁶⁷ [BGE 143 III 425 E. 5.5](#); so auch schon Piotet Paul, Partage judiciaire et constitution de propriétés par étages, ZSR 1994 I, S. 207 ff., 210.

⁶⁸ [BGE 143 III 425 E. 5.7.4](#); Merz Hans, Zur Auslegung einiger erbrechtlicher Teilungsregeln, in: Zum schweizerischen Erbrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Peter Tuor, 1946, S. 85 ff.; vgl. dazu auch Antognini (Fn. 19), Rn. 1258 ff.

⁶⁹ So auch Leuba (Fn. 5), S. 175; Sutter-Somm/Ammann (Fn. 6), S. 556; a.M. Antognini (Fn. 19), Rn. 1320.

⁷⁰ Wolf, BeKomm (Fn. 18), N 28 ff. zu Art. 610 ZGB; Meyer Thomas, Kommentar zu [Art. 610 ZGB](#), in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, [Art. 457–640 ZGB](#), 3. A., Zürich 2016, N 3 zu [Art. 610 ZGB](#); Weibel, PraxKomm (Fn. 15), N 21 zu Vorbem. zu [Art. 607 ff. ZGB](#).

⁷¹ Honsell Heinrich, Was ist Gerechtigkeit?, Bern 2019, S. 72; Seeberger (Fn. 13), S. 76.

⁷² Seeberger (Fn. 13), S. 37; dazu auch Ammann (Fn. 12), S. 8.

⁷³ Seeberger (Fn. 13), S. 37.

⁷⁴ Leuba (Fn. 5), S. 175.

nehmen. Es war laut Leuba,⁷⁴ die auf einen ähnlichen zweispurigen Ansatz von Piotet⁷⁵ Bezug nimmt, wohl auch kaum der Wille des Gesetzgebers, zwei Losbildungsmöglichkeiten vorzusehen. Mehr noch: Bemühen sich die uneinigen Erben zunächst um Vermittlung der Behörde, ist die Behörde verpflichtet, Lose gemäss [Art. 611 Abs. 2 ZGB](#) zu bilden. Sodann können sich die Erben über deren Verteilung einigen. Andernfalls hat eine Losziehung zu erfolgen, für die allerdings die bisherigen Lose aufzuheben und neue neutrale Lose zu bilden wären. Da die Behörde die Entgegennahme von Losen nicht verbindlich anordnen kann, hätten die Erben bei unbefriedigender Losziehung immer noch die Möglichkeit, das Teilungsgericht anzurufen. Das Teilungsgericht, das gemäss Bundesgericht an die [Art. 611 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB](#) gebunden ist,⁷⁶ müsste eine dritte Losbildung (wiederum individualisierte Lose) vornehmen. Falls sich die Erben wieder nicht auf eine entsprechende Verteilung einigen können, hätte vermutlich eine gerichtliche, vierte (sic!) Losbildung im Sinne von neutralen Losen sowie Losziehung zu erfolgen. Ein solches Verfahren wäre absurd und spräche jeder Prozessökonomie Hohn. Die Erbteilung würde zu einer Farce verkommen.⁷⁷ Würde sich ein Erbe dann auch noch weigern, ein Los zu ziehen, müsste wohl eine gerichtliche Losziehung in Vertretung dieses Erben erfolgen.⁷⁸ Dazu allerdings schweigt sich das Gesetz auch aus, wie es schon Seeberger⁷⁹ darlegte. Wir schliessen uns seiner Meinung – wie auch derjenigen von Leuba⁸⁰ – an, dass eine derartige gerichtliche Kompetenz für das Erbteilungsverfahren aus dem Gesetz nicht abzuleiten ist.

Auch diese Überlegungen führen uns zum Schluss, dass der Anwendungsbereich von [Art. 610 ff. ZGB](#) primär auf das konsensuale Erbteilungsverfahren zugeschnitten ist und sich an die Erben, sekundär an die sie unterstützenden Behörden richtet. Dem Erbteilungsgericht können sie hingegen vor diesem Hintergrund lediglich als Richtlinie dienen, um im Rahmen der «Checks and Balances» der

336

Erbteilung die sachlich richtige Lösung zu finden.⁸¹ Die vom Bundesgericht postulierte Bindung des Richters an den Wortlaut von [Art. 611 ZGB](#) führt u.E. nicht zu einer «gleichmässigen und gerechten Verteilung der Erbschaft» ([Art. 610 Abs. 2 ZGB](#)). Um diese zu erreichen, hat der Richter vielmehr die Pflicht «*dem Einzelnen zuzusprechen, was ihm aufgrund der konkreten Umstände vernünftigerweise zusteht*».⁸² Seeberger spricht in diesem Zusammenhang sogar von einem eigentlichen «*Urteilsfällungszwang*» des Richters.⁸³ Auch u.E. muss der Erbteilungsrichter in Anwendung der «Checks and Balances» und der Teilungsrichtlinien von [Art. 610 ff. ZGB](#) einen Entscheid fällen können, der nötigenfalls einen Nachlassgegenstand oder ein Los einem Erben zuweist.

Diese Unterscheidung des Anwendungszwecks von [Art. 610 ff. ZGB](#) für Erben und Behörden einerseits und für Erbteilungsgerichte andererseits scheint uns auch deshalb gerechtfertigt, weil es im ersten Fall um die behördliche Unterstützung bei der konsensualen Erbteilung, im anderen Fall aber um Richtlinien zur Findung eines gerichtlich-autoritativen Erbteilungsentscheides geht. Im Rahmen einer konsensualen Erbteilung finden die persönlichen Verhältnisse und Bedürfnisse der Erben im Rahmen der sie begleitenden Diskussionen und der Beschlussfassung immer Anwendung, auch wenn die Lösung in aller Regel mit Kompromissen von allen Seiten verbunden ist. Wieso aber ein gerichtlicher Erbteilungsentscheid, welcher den Erbteilungsvertrag unter den Erben ersetzen soll, diese persönlichen Verhältnisse, unterschiedlichen Berechtigungen oder «Geeignetheit» einzelner Erben, gewisse Vermögensgegenstände eher als andere aus dem Nachlass zu erhalten, komplett ausblenden soll, ist für uns nicht nachvollziehbar. Eine gerichtliche Erbteilung hat u.E. das Wesen des Privatrechts zu berücksichtigen, das auf die Prinzipien der Eigentumsfreiheit und der Verhältnismässigkeit ebenso ausgerichtet ist, wie auf die Erhaltung von privaten und volkswirtschaftlichen Werten.⁸⁴

⁷⁵ Piotet Paul, *Traité de droit privé suisse*, IV, Droit successoral, 2. A., Fribourg 1988, S. 786 ff.

⁷⁶ Dabei hat schon Escher (Escher Arnold, *Kommentar zu Art. 537–640 ZGB*, in: Beck E. et al. [Hrsg.], *Zürcher Kommentar, Das Erbrecht, Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB*, 3. A., Zürich 1960, N 5a zu [Art. 604 ZGB](#)) aufgezeigt, dass eine richterliche Teilungskompetenz bestehen soll, wenn vorgängig zum Erbteilungsprozess ein Verfahren nach [Art. 611 ZGB](#) stattgefunden hat.

⁷⁷ Eggel (Fn. 19), S. 407; Seeberger (Fn. 13), S. 69; a.M. Antognini (Fn. 19), Rn. 1337.

⁷⁸ Vgl. dazu Antognini (Fn. 19), Rn. 1336.

⁷⁹ Seeberger (Fn. 13), S. 79.

⁸⁰ Leuba (Fn. 5), S. 175.

⁸¹ Wolf/Hrubesch-Millauer (Fn. 1), Rn. 1686.

⁸² Seeberger (Fn. 13), S. 13, 76.

⁸³ Seeberger (Fn. 13), S. 14, 77.

⁸⁴ Hösly/Ferhat (Fn. 28), S. 100; a.M. Antognini (Fn. 19), Rn. 1318.

3. [Art. 611 Abs. 2 ZGB](#) als Richtlinie entspricht einer pragmatischen und zeitgemässen Auffassung

Eine unterschiedliche Berechtigungsqualität einzelner Erben an einzelnen Gegenständen im Nachlass ist dem Bundesgericht ein Dorn im Auge. Ohne tiefere Auseinandersetzung verwirft es deshalb die u.E. einschlägigen Überlegungen von Seeberger, der es für unwahrscheinlich hält, dass «mehrere Erben bezüglich des

337

gleichen Gegenstandes gleichermaßen berechtigt» sein könnten.⁸⁵ Dies würde bedeuten, dass einzelne Erben bezüglich gewisser Erbschaftsgegenstände besser berechtigt sein könnten als andere, und das darf für das Bundesgericht gemäss der «obersten Richtschnur» der Erbteilung nicht sein. Dem Erbteilungsrichter soll es demnach verwehrt sein, sich mit sachlichen Argumenten für die Zuweisung einzelner Erbschaftsgegenstände oder Lose an einzelne Erben zu entscheiden.

3.1 Sachgerechter Zuweisungsentscheid des Erbteilungsrichters bei der Unternehmensnachfolge

Im Vorfeld zur Publikation des Vorentwurfs zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge im Erbrecht⁸⁶ hat sich die Lehre oft mit der Zuweisungskompetenz des Richters im Rahmen einer Unternehmensnachfolge beschäftigt.⁸⁷ Eine gesetzliche Regelung für die integrale Erhaltung eines Unternehmens bei strittigen Erbengemeinschaften drängte sich auf:⁸⁸ Ein Unternehmen im Nachlass ist – als Rechtsgesamtheit i.S. von [Art. 613 Abs. 1 ZGB](#)⁸⁹ – ein einheitlicher Vermögensgegenstand und in aller Regel der dominierende Vermögenswert eines Nachlasses. Aufgrund dessen kann es im Erbteilungsprozess bis anhin regelmässig keinem einzelnen Erben integral zugewiesen werden. In Anwendung von [Art. 612 Abs. 2 ZGB](#) müssen Unternehmen bei strittigen Erbengemeinschaften deshalb oft aufgeteilt oder verkauft werden, was fast zwingend mit Wertverlusten verbunden ist.⁹⁰ Der Vorentwurf des Bundesrates zu einem neuen [Art. 617 ZGB](#) gibt deshalb dem Erbteilungsrichter die Kompetenz, ein Unternehmen dem antragstellenden Erben zuzuweisen.⁹¹ *Ratio legis* dieser Zuweisungskompetenz war das Bedürfnis, ein

338

Unternehmen als privaten und als volkswirtschaftlich wertvollen Vermögenswert nicht wegen eines Erbstreits zu beeinträchtigen oder gar zu zerstören.⁹²

Von besonderem Interesse in Zusammenhang mit den hier angestellten Überlegungen ist allerdings die im Vorentwurf vorgesehene zusätzliche Kompetenz des Richters, ein Unternehmen auch dann einer Erbin zuweisen zu können, wenn mehrere Erben die Zuweisung je an sich verlangen. Der Richter hat diesfalls darauf abzustellen, welcher der Erben die geeignetste Person ist, um die Nachfolge als Unternehmensleiter oder Unternehmensleiterin anzutreten.⁹³ Dieser Ansatz orientiert sich an [Art. 11 BGG](#),⁹⁴ welcher bei der Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes ebenfalls auf die Geeignetheit eines Erben abstellt. Der Richter soll demnach bei mehreren Prätendenten gerade *nicht* den Gleichbehandlungsgrundsatz anwenden,

⁸⁵ Seeberger (Fn. 13), S. 77.

⁸⁶ Vgl. vorne Fn. 2.

⁸⁷ Eitel Paul, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe vs. Unternehmenserbrecht im Allgemeinen, in: Schmid Jörg/Seiler Hansjörg (Hrsg.), Recht des ländlichen Raums, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern für Paul Richli zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 93 ff., 111 ff.; Elmiger Fabienne, Das Unternehmen in der Erbteilung, Die Teilungsart ([Art. 607–619 ZGB](#)), Diss. Luzern 2012, Zürich 2012, S. 174; Hösly/Ferhat (Fn. 28), S. 106 ff.; Leuba Audrey, Transmissions d'entreprises en droit des successions: de quelques difficultés actuelles et améliorations possibles, in: Steinauer Paul-Henri/Mooser Michel/Eigenmann Antoine (Hrsg.), Journée de droit successorale 2019, Bern 2019, S. 15 ff.; Seeberger (Fn. 13), S. 225 ff.

⁸⁸ Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zur Unternehmensnachfolge (Fn. 2), S. 7 f.

⁸⁹ Eitel (Fn. 87), S. 104.

⁹⁰ Hösly/Ferhat (Fn. 28), S. 103 ff. mit weiteren Hinweisen.

⁹¹ Vgl. [Art. 617 VE-ZGB](#) (Unternehmensnachfolge); Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zur Unternehmensnachfolge (Fn. 2), S. 12, 22 f.

⁹² Hösly/Ferhat (Fn. 28), S. 103.

⁹³ Vgl. [Art. 617 Abs. 2 VE-ZGB](#) (Unternehmensnachfolge); Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zur Unternehmensnachfolge (Fn. 2), S. 24 f.

⁹⁴ AS 1993 1410.

sondern aufgrund der Geeignetheit eines Nachfolgers oder einer Nachfolgerin sachgerecht entscheiden, wer für die Nachfolge die nötigen Kenntnisse, die geeignete Ausbildung oder praktische Erfahrungen mitbringt. Diese Kriterien, mithin auch die persönlichen Verhältnisse der betroffenen Erben, sollen dem Richter helfen, die bestgeeignete Person auszuwählen und ihr das Unternehmen in der Erbteilung zuzuweisen.⁹⁵ Im Rahmen der Vorbereitungen für den parlamentarischen Gesetzgebungsprozess zur erbrechtlichen Erleichterung der Unternehmensnachfolge gingen demnach das Bundesamt für Justiz, die vorberatende Expertenkommission und der Bundesrat einhellig davon aus, dass der Richter im Falle eines Anspruchs mehrerer Erben auf das Unternehmen eine sachgerechte Entscheidung treffen muss, um jenes nach objektiven Überlegungen und konkreten Kriterien dem bestgeeigneten oder bestberechtigten Erben zuzuweisen.⁹⁶ Auch hier spielten wirtschaftliche Überlegungen zur Werterhaltung eines Unternehmens mit eine Rolle: Der geeignetste Erbe bietet die bestmögliche Garantie, das Unternehmen als privaten und volkswirtschaftlichen Wert zu erhalten und vor einem Wertverlust zu bewahren.

Wir erachten diese Überlegungen durchaus als relevant für die Analyse der allgemeinen Zuweisungskompetenz des Richters im Erbteilungsprozess. Es ist eine Aufgabe der liberalen Rechtsordnung, private Werte zu schützen. Es ist die

339

passive Schutzfunktion des Rechts (die sich aus der Eigentumsgarantie der Bundesverfassung ableitet), gesetzliche Regelungen (oder Auslegungen) zu vermeiden, die vorhandene Werte ohne bzw. ohne ein überwiegendes öffentliches Interesse einschränken, beeinträchtigen oder zerstören.⁹⁷ Auch aus diesen Überlegungen vermag die Auffassung des Bundesgerichts bezüglich der absoluten Gleichbehandlung aller Erben als «oberste Richtschnur» nicht zu überzeugen. Vermögenswerte im Nachlass sind, wenn immer möglich, den Rechtnachfolgern des Erblassers zu erhalten und dürfen nicht leichtfertig liquidiert werden.⁹⁸ Der Grundsatz der Substanz- bzw. Werterhaltung bedeutet u.E. deshalb auch, Vermögensgegenstände im Rahmen eines Erbteilungsprozesses denjenigen Erben zuzuweisen, die daran eine sachlich überzeugende besondere oder bessere Berechtigung oder Befähigung nachweisen können. Die Kriterien, die für landwirtschaftliche Gewerbe und künftig vermutlich auch für Unternehmen gelten bzw. gelten werden, sollten als Richtlinie auch für andere Vermögensgegenstände Anwendung finden.⁹⁹ Der Erbteilungsrichter hat im Sinne von «Checks and Balances» eine Abwägung zwischen dem Naturalteilungs- und den ihm inhärentem Werterhaltungsgrundsatz in Kombination mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip und der Anspruchsgleichheit vorzunehmen. Nicht zuletzt entspricht diese Überlegung auch der Eigentumsgarantie, ist volkswirtschaftlich sinnvoll und gewährleistet – wir schliessen uns dem Jubilar an – eine «optimale Ressourcenallokation» bei der Erbteilung.¹⁰⁰

3.2 Zuweisungsentscheid bei «Besonderen Gegenständen»

Auch die Kontroverse zu «Besonderen Gegenständen» im Nachlass kann mit einer pragmatischen und zeitgemässen Auffassung des [Art. 611 ZGB](#) vernünftig gelöst werden. [Art. 613 Abs. 3 ZGB](#) sieht in Bezug auf zusammengehörende Sachen und Familienschriften bei uneinigen Erbengemeinschaften eine «Zuweisung mit oder ohne Anrechnung, unter Berücksichtigung des Ortsgebrauchs und, wo ein solcher nicht besteht, der persönlichen Verhältnisse der Erben» durch die «zuständige Behörde» vor. Dieser Artikel mag zur Interpretation verleiten, dass Sach- und Rechtsgesamtheiten zusammenbleiben sollen und (ausserhalb eines Losverfahrens gemäss [Art. 611 ZGB](#)) einem Erben direkt zugewiesen werden können.

340

⁹⁵ Zum Ganzen Hösly/Ferhat (Fn. 28), S. 109; vgl. Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zur Unternehmensnachfolge (Fn. 2), S. 24 f.

⁹⁶ Vgl. hierzu und zum Nachfolgenden bspw. Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zur Unternehmensnachfolge (Fn. 2), S. 8, 12 f., 24 f.

⁹⁷ Hösly/Ferhat (Fn. 28), S. 103.

⁹⁸ Vgl. vorne Fn. 50.

⁹⁹ In diesem Sinne bräuchte es auch keine klarere Gesetzesgrundlage, um die Zuteilungskriterien zu normieren, wie es Antognini (Fn.19), Rn. 1344 f. vorschlägt.

¹⁰⁰ Vgl. vorne Fn. 39.

Steinauer¹⁰¹ hat sich mit diesem Artikel vor allem auch im Lichte von [BGE 143 III 425](#) beschäftigt und schlüssig dargelegt, dass es dabei nicht um eine «Sonderzuweisungskompetenz» handelt, sondern dass [Art. 613 Abs. 3 ZGB](#) im Kontext der [Art. 610 ff. ZGB](#) steht.¹⁰² Dabei hielt er auch unmissverständlich fest, dass – wenn überhaupt eine Möglichkeit der direkten Zuweisung in Betracht zu ziehen wäre – «*seul un tribunal civil (normalement, le tribunal du partage) puisse attribuer directement un bien à un héritier*».¹⁰³

Gesteht man dem Erbteilungsgericht eine direkte Zuweisungskompetenz der nach [Art. 611 Abs. 2 ZGB](#) zu bildenden Lose zu, wie wir es befürworten, ist [Art. 613 Abs. 3 ZGB](#) u.E. so zu interpretieren, dass die Zuweisungskompetenz des Gerichtes auch Sach- und Rechtsgesamtheiten umfasst, die «ihrer Natur nach zusammengehören» und die ein Erbe nicht getrennt haben möchte. Diese zusammengehörenden Sachen sollen – sofern sie nicht gemäss [Art. 612 Abs. 2 ZGB](#) verkauft werden müssen – dem betreffenden Erben im Rahmen seines Loses zugewiesen werden können.

IV. Die Anwendung des Naturalteilungsgrundsatzes bei ungleichen und kleinen Erbteilen

Mangels eigener Zuweisungskompetenz des Erbteilungsgerichtes ist nach der Meinung des Bundesgerichts auch bei gerichtlichen Erbteilungen nunmehr ausschliesslich das Prozedere gemäss [Art. 610 ff. ZGB](#) einzuhalten. Neben den bereits aufgezeigten Unzulänglichkeiten dieses Denkansatzes hat dies in der Praxis auch zur Konsequenz, dass die Losbildung bei stark ungleichen oder sehr kleinen Erbteilen zwangsläufig zur Versilberung des Gesamtnachlasses führt.¹⁰⁴

Dies sei am folgenden Beispiel aus unserer praktischen Tätigkeit illustriert: Ein Erblasser hat sich eines betrügerischen Verhaltens gegenüber seiner Familie schuldig gemacht. Er ist freiwillig aus dem Leben geschieden, hat aber seinen Mittäter in einem kurz vor seinem Tod errichteten Testament als seinen Erben von

341

1 % seines Nachlasses eingesetzt. Bei einer streitigen Erbteilung müsste nach dem Ansatz des Bundesgerichts die Losbildung über den kleinsten gemeinsamen Nenner von 1 % erfolgen. Allerdings könnte kaum einer der im Nachlass vorhandenen Vermögensgegenstände (Mobiliar, Teppiche, Computer, Auto, Ferienwohnung, Bilder) integral einem 1 %-Los zugewiesen werden. Folglich müsste der gesamte reine Nachlass in Anwendung von [Art. 612 ZGB](#) versilbert werden.

Wir halten es für nicht system- und gesetzeskonform und den «Checks and Balances» der Erbteilung widersprechend, das Gleichbehandlungsgebot der Erben derart dominieren zu lassen, dass eine Versilberung des ganzen Nachlassvermögens erforderlich wird. Dies selbst dann, wenn der Erblasser bewusst kleine Erbteile geschaffen hat. Das rigide Festhalten an der Anspruchsgleichheit kombiniert mit dem komplizierten und unattraktiven,¹⁰⁵ faktisch unpraktikablen Losbildungsverfahren birgt die Gefahr einer vollständigen Versilberung der Nachlassgegenstände.¹⁰⁶ Dies widerspricht wie aufgezeigt der «*conservation du patrimoine*»,¹⁰⁷ und es führt mit Sicherheit nicht zu einer «optimalen Ressourcenallokation» in einer strittigen Erbteilung.¹⁰⁸

In so einem Fall (und erst recht bei kleinen, nicht gewillkürten Intestaterbteilen) setzen u.E. der Naturalteilungsgrundsatz und das Verhältnismässigkeitsprinzip der Anspruchsgleichheit der Erben Schranken: Der Nachlass ist – soweit möglich – primär in natura weiterzugeben und unter den Erben gerecht zu verteilen. Diese gerechte Verteilung des Nachlasses ist von einem Gericht in einem sachlich ausgewogenen und objektiv begründbaren (Wert-)Urteil festzulegen und darf nicht das Resultat einer abstrakten, primär arithmetischen Kriterien folgenden Losbildung sein, die wohl in der Mehrheit der Fälle zu einem unbefriedigenden (und deshalb ungerechten) Resultat führen würde.

¹⁰¹ Steinauer Paul-Henri, L'art. 613 al. 3 CC à la lumière de l'arrêt [ATF 143 III 425](#), in: Arnet Ruth/Eitel Paul/Jungo Alexandra/Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, S. 519 ff.

¹⁰² Steinauer (Fn. 101), S. 529: «*malgré la systématique de l'art. 613 CC, cette exception ne concerne pas les objets qui par leur nature forment un tout*», gl. M. Antognini (Fn. 19), Rn. 1323 f.

¹⁰³ Steinauer (Fn. 101), S. 529.

¹⁰⁴ Vgl. vorne Ziff. I.

¹⁰⁵ Eitel (Fn. 13), S. 352.

¹⁰⁶ Wolf, BeKomm (Fn. 18), N 12 zu [Art. 604 ZGB](#).

¹⁰⁷ Leuba (Fn. 5), S. 145 f.

¹⁰⁸ Eitel (Fn. 13), S. 352.

Vor diesem Hintergrund erachten wir eine unterschiedliche Behandlung von kleinen und kleinsten Erbteilen gegenüber den grösseren Erbteilen – im Sinne der zu berücksichtigenden «Checks and Balances» – als gerechtfertigt. Gleiches muss bekanntlich gleich, Ungleiches ungleich behandelt werden.¹⁰⁹ Um dem Naturalteilungsprinzip einen sinnvollen Raum zu geben, sind u.E. kleinste Erbteile vorab

342

über liquide Mittel, grössere und grosse Erbteile mit den grösseren (und oft auch wichtigeren) Nachlassgegenständen abzugelten.

Unsere Überlegungen dürften in der Regel auch dem mutmasslichen Erblasserwillen (und damit einer Vorgehensweise im Sinne des erbrechtlichen Willensprinzips) entsprechen. Der Erblasser könnte einer Erbin, welcher er einen bestimmten Nachlassgegenstand zukommen lassen möchte, ein Vorausvermächtnis oder ein Speziesvermächtnis ausrichten. Tut er dies nicht, will er vermutlich nicht seinen ganzen Nachlass versilbern, aber dieser Erbin wohl entsprechende Werte, z.B. ein Geldbetrag oder liquide Mittel, zukommen lassen, während die übrigen Erben primär die Nachlassgegenstände in natura übernehmen sollen. Erfahrungsgemäss bilden gerade juristische Laien oft kleinste Erbquoten. Damit nehmen sie unwissentlich eine Erbeneinsetzung vor, anstatt dass sie ebenso zweckmässige, aber viel praktikablere (Bar-)Vermächtnisse ausrichten. Resultieren kleinste Erbteile aus der Familienkonstellation oder aus der Intestaterbfolge, ist in aller Regel ohnehin davon auszugehen, dass der Erblasser kaum gewollt hätte, dass sein ganzer Nachlass deswegen versilbert werden müsste.

Auch bei dem von uns vorgeschlagenen Vorgehen kann es aber nötig werden, einen Teil des Nachlasses gemäss [Art. 612 ZGB](#) zu versilbern oder ein Wertschriftendepot zu vermindern, um die kleinen Erbteile abzugelten. Einen gesamten Nachlass aber wegen kleiner Erbteile zwangszuliquidieren, gilt es zu vermeiden. Nachlassgegenstände sollen nach Möglichkeit erhalten und weitergegeben werden. Der Richter hat folglich in Anwendung der «Checks and Balances» die Befriedigung der kleinsten und kleinen Erbteile (auch ein Ermessensentscheid) durch flüssige Mittel im Rahmen einer sinnvollen und verhältnismässigen Teilversilberung sicherzustellen, um damit die Einhaltung der erbeilungsrechtlichen Grundsätze und Prinzipien zu gewährleisten.

V. Konklusion und Vorschlag zur Zuweisungskompetenz im Rahmen der «Checks and Balances» bei der gerichtlichen Erbteilung

Im Einklang mit Leuba sind wir der Meinung, dass die Gleichheit der Erben vom Teilungsrichter nicht abstrakt hergestellt werden kann.¹¹⁰ Vielmehr hat der Erbteilungsrichter die Interessen und die persönliche Situation der Miterben gemäss [Art. 611 Abs. 2 ZGB](#) zu berücksichtigen und mit seiner fachlichen Kompetenz

343

eine konkrete und materielle (relative) Gleichbehandlung der Erben zu gewährleisten. Nur dies führt zu befriedigenden und sinnvollen Teilungsergebnissen.

Wir erachten dies im Übrigen auch als die logische Konsequenz aus dem Ansatz des Bundesgerichts (obwohl sie der Schlussfolgerung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung widerspricht). [Art. 611 Abs. 2 ZGB](#) ist nach der Meinung des Bundesgerichts für den Richter verbindlich und dieser wiederum kann auch die Teilung als verbindlich erklären. [Art. 611 Abs. 2 und 3 ZGB](#) qualifizieren sich u.E. als Rechtsgrundlage für die richterliche Zuweisungskompetenz¹¹¹ und durchbrechen damit gerade den absoluten Gleichbehandlungsgrundsatz.¹¹²

¹⁰⁹ Waldmann Bernhard, Kommentar zu [Art. 8 BV](#), in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, N 26 zu [Art. 8 BV](#); Seeberger (Fn. 13), S. 127, 164 f.; vgl. auch Hrubesch-Millauer, BeKomm (Fn. 57), N 67 zu [Art. 4 ZGB](#).

¹¹⁰ Leuba (Fn. 5), S. 177.

¹¹¹ So wie die wohl bisherige überwiegende Lehre, vgl. Seeberger (Fn. 13), S. 220; Wolf, BeKomm (Fn. 18), N 81 zu Art. 604; vgl. zum Ganzen Antognini (Fn. 19), Fn. 98 f.; a.M. Eggel (Fn. 19), S. 423, der die Rechtsgrundlage für die Zuweisungskompetenz des Richters in [Art. 611 Abs. 3 ZGB](#) sieht.

¹¹² Druey (Fn. 11), § 16 Rn. 42 f.

Dem Richter kommt bei der Erbteilung ein Ermessen zu, das aus dem Teilungsanspruch und dem Zuweisungsanspruch eines jeden Erben nach [Art. 604 ZGB](#) resultiert.¹¹³ Dieses Ermessen hat der Richter i.S.v. [Art. 4 ZGB](#) (der Richter hat ein sachgerechtes Urteil unter Berücksichtigung sämtlicher rechtserheblicher Umstände des Einzelfalles zu fällen)¹¹⁴ sowie in Berücksichtigung der Teilungsrichtlinien in [Art. 610 Abs. 2 und 611 Abs. 2 ZGB](#) auszuüben.¹¹⁵ Damit kann der Teilungsrichter die «Checks and Balances» bei der Erbteilung einhalten und mit einem sachgerechten Teilungsentscheid sicherstellen, dass die Nachlassgegenstände den Erben letztlich gleichmässig und gerecht zukommen.

344

Zusammengefasst schlagen wir dem Richter im Erbteilungsprozess (auch im Sinne eines «kreativen» Ansatzes nach [BGE 143 III 425 E. 6](#)) das folgende siebenstufige Vorgehen vor:

1. Besteht ein gesetzlich verankertes Vorrecht einer Erbin, wird ihr der besagte Nachlassgegenstand vorab und auf Anrechnung an ihren Erbteil zugewiesen.
2. Differiert die Grösse der Erbteile stark (eine Ermessensentscheidung), werden die kleinsten Erbteile mit liquiden Mitteln befriedigt. Diese liquiden Mittel werden soweit möglich dem reinen Nachlass entnommen, andernfalls werden einzelne Nachlassgegenstände nach sachgerechten Kriterien sowie unter Wahrung der Grundsätze der Werterhaltung und der Verhältnismässigkeit versilbert.¹¹⁶
3. Erheben zwei oder mehrere Erbinnen Anspruch auf einen Nachlassgegenstand und liegen keine sachlichen Gründe vor, diesen Gegenstand einer Erbin zuzuweisen, kann das Los über die Zuweisung des Gegenstandes auf Anrechnung auf den jeweiligen Erbteil entscheiden.¹¹⁷
4. Für die verbleibenden grösseren, nunmehr etwa gleich grossen Erbteile, werden individualisierte und auf die Bedürfnisse der Erbgemeinschaft zugeschnittene Lose im Sinne von [Art. 611 Abs. 2 ZGB](#) gebildet. Auch Sach- und Rechtsgesamtheiten, die ihrer Natur nach zusammengehören und auf Antrag einer Erbin nicht getrennt werden, sollen – unter Vorbehalt von Schritt 5 – in ein Los aufgenommen werden.
5. Grosse Nachlassgegenstände, die keinem Los zugeordnet werden können, sind nach [Art. 612 ZGB](#) zu verkaufen, und der Erlös ist auf die gebildeten Lose zu verteilen.¹¹⁸
6. Die Verteilung der Lose erfolgt gemäss [Art. 611 Abs. 3 ZGB](#). Den Erben ist die Wahl zu geben, die Lose konsensual zuzuteilen und im Hinblick auf eine einvernehmliche Verteilung auch zu modifizieren.

345

7. Können sich die Erben über die Zuteilung der Lose nicht einigen, hat der Richter die Lose (bzw. die sich darin befindenden Gegenstände) den einzelnen Erben verbindlich und in vollstreckbarer Weise zuzuweisen und damit die Erbteilung zu beenden.

Folgt man dieser Auffassung der richterlichen Zuweisungskompetenz in Anwendung von [Art. 611 ZGB](#), dann dürfte dieser Artikel in der Gerichtspraxis nicht mehr toter Buchstabe bleiben,¹¹⁹ sondern zum Leben erweckt werden. Dem Jubilar bliebe es allerdings auch dann möglicherweise weiterhin verwehrt, «*in seiner*

¹¹³ So auch Sutter-Somm/Amann (Fn. 12), die [Art. 604 ZGB](#) als Generalklausel sehen, welche dem Teilungsgericht den Ermessensspielraum eröffnet, die Erbteilung unter Berücksichtigung der gesetzlichen Teilungsregeln nach sachgerechten Gesichtspunkten vorzunehmen; a.M. Eggel (Fn. 19), der sich auf [Art. 611 Abs. 2 ZGB](#) stützt a.M. generell Antognini (Fn. 19), Rn. 1284.

¹¹⁴ Honsell Heinrich, Kommentar zu [Art. 1–10 ZGB](#), in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, [Art. 1–456 ZGB](#), 6. A., Basel 2018, N 9 zu [Art. 4 ZGB](#); Hrubesch-Millauer, BeKomm (Fn. 57), N 5 zu [Art. 4 ZGB](#); Middendorf Patrick/Grob Beatrice, Kommentar zu [Art. 4 ZGB](#), in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, [Art. 1–456 ZGB – PartG](#), 3. A., Zürich 2016, N 10 zu [Art. 4 ZGB](#).

¹¹⁵ Ähnlich Sutter-Somm/Amann (Fn. 6), S. 557; a.M. Göksu (Fn. 18), S. 313, der keine gesetzliche Grundlage für ein richterliches Ermessen sieht, wenn [Art. 1 ZGB](#) nicht in Anspruch genommen wird, und Antognini (Fn. 19), Rn. 1318 f.

¹¹⁶ Im Gesetz nach wie vor unbefriedigend gelöst ist die Tatsache, dass die Versilberung auf Verlangen eines Erben auf dem Wege einer Versteigerung geschehen muss, was in der Regel (gegenüber einem professionellen Verkauf) mit einem Wertverlust verbunden ist. Für eine andere Lösung lässt das Gesetz u.E. allerdings keinen Spielraum.

¹¹⁷ In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass eine rasche Klärung der Zuweisung von «emotional-aufgeladenen» Nachlassgegenständen auch bei einer strittigen Erbteilung oft zu einer Entspannung zwischen den Parteien führt.

¹¹⁸ Vgl. Fn. 116.

¹¹⁹ Abt Daniel, Prozessuale Erbteilung: Zufallsentscheid oder Zuweisungskompetenz?, dRSK 29. August 2017, Rn. 16; Druey (Fn. 11), § 16 Rn. 84; Weibel, PraxKomm (Fn. 15), N 5 zu [Art. 611 ZGB](#).



praktischen Tätigkeit in ein «eigentliches» [behördliches oder gerichtliches] Losverfahren involviert zu werden».¹²⁰

¹²⁰ Eitel (Fn. 13), Fn. 162.