

**Zeitschrift  
des Bernischen  
Juristenvereins**

**Revue  
de la société  
des juristes  
bernois**

154. Jahrgang  
Erscheint  
jeden Monat  
Juni  
2018

**6 2018**

[www.zbjv.ch](http://www.zbjv.ch)

**ZBJV**

Organ für schweizerische  
Rechtspflege  
und Gesetzgebung

Redaktoren  
Prof. Dr. Jörg Schmid  
Prof. Dr. Sibylle Hofer

Stämpfli  
Verlag AG  
Bern



**Stämpfli Verlag**

## Impressum

### Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern  
Tel. 031 300 66 44, Fax 031 300 66 88  
E-Mail [verlag@staempfli.com](mailto:verlag@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com](http://www.staempfli.com)

### Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. SIBYLLE HOFER, Bern

### Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Zürich; Kantonsrichter ROLF BRUNNER, St. Gallen; Oberrichter Dr. RUEDI BÜRGI, Aarau; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Kantonsgerichtsschreiber LOUIS ISELI, Luzern; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber Dr. MARTIN KOCHER, St. Gallen; Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. Dr. JÖRG KÜNZLI, Bern; Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Bern; Prof. Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Kantonsgerichtsschreiberin INES MEIER, Luzern; Prof. Dr. MARKUS MÜLLER, Bern; Prof. Dr. PETER POPP, Zug/Bern; Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN, Zürich; Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. JUDITH WYTTEBACH, Bern.

### Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 187.–, Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv CHF 146.–, Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

#### *Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:*

Schweiz CHF 163.–, Ausland CHF 205.–,

Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 128.–,

Einzelheft CHF 12.– (exkl. Versandkosten).

Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

**[www.zbjv.recht.ch](http://www.zbjv.recht.ch)**

### Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern  
Tel. 031 300 63 25  
E-Mail [periodika@staempfli.com](mailto:periodika@staempfli.com), Internet [www.staempfliverlag.com/zeitschriften](http://www.staempfliverlag.com/zeitschriften)

**Inserate:** Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,  
Tel. 031 300 63 89

E-Mail [inserate@staempfli.com](mailto:inserate@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com/zeitschriften](http://www.staempfli.com/zeitschriften)

**Druck und Spedition:** Stämpfli AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,  
Tel. 031 300 66 66

E-Mail [info@staempfli.com](mailto:info@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com](http://www.staempfli.com)

**Auflage:** 2014 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print)/  
e-ISSN 2504-1444 (Online)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

## Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017

Erbrecht

Veröffentlicht in Band 143

Von Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Fürsprecher und Notar,  
Universität Bern

Vorbemerkung: Rezensiert werden in der Reihenfolge der Gesetzssystematik alle drei in Band 143 der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide publizierten Urteile zum Erbrecht.

- a) *BGE 143 III 640 (Urteil 5A\_236/2017 vom 11. Dezember 2017): Errichtung einer mündlichen letztwilligen Verfügung (sog. Nottestament), Gültigkeit, Angabe von Ort und Datum. Dass einer der Zeugen dem Erblasser einen Vorschlag für eine letztwillige Verfügung vorliest, stellt keinen Mangel dar, sofern dem Erblasser die Möglichkeit und die Fähigkeit verbleiben, sich dem Vorgang der Verfügung zu widersetzen (animus testandi) und den Vorschlag auch seinem Inhalt nach abzulehnen. Die Zeugen müssen in der schriftlichen Urkunde, in die sie den letzten Willen übertragen, Ort, Jahr, Monat und Tag der Äusserung desselben angeben. Art. 520a ZGB gilt sinngemäss für die Beurkundung der mündlichen Verfügung (Art. 506, 507, 520a ZGB).*

D. A., bei dem im Februar 2011 eine Lungenfibrose diagnostiziert worden war, wurde am 15. Juni 2011 hospitalisiert und am 16. Juni 2011 auf die Intensivstation verlegt. Am Freitag, 17. Juni 2011, befand er sich unter einer Sauerstoffmaske in einem fortgeschrittenen Schwächezustand, war aber orientiert und kommunizierte durch Gesten mit seinen Gesprächspartnern (Sachverhalt A.). Ebenfalls am 17. Juni 2011 bat D. A. seine Lebensgefährtin C., seine beiden Freunde E. und F. zu kontaktieren, damit sie sich sogleich an sein Krankbett begeben. Im Wissen darum, dass D. A. seinen letzten Willen nicht

geregelt hatte, rief F. Notar G. an. Dieser war am fraglichen Tag selber unabhkömmlich, wies aber F. auf die Möglichkeit eines mündlichen Testaments hin und erläuterte ihm das Pflichtteilsrecht und die verfügbare Quote für eine geschiedene Person mit Kindern. Nach Erstellung eines Textentwurfs, enthaltend die Zuweisung der Quote von einem Viertel zugunsten der Lebenspartnerin, begaben sich E. und F. am 17. Juni 2011 gegen 11 Uhr zu D. A. F. erklärte diesem die Modalitäten des mündlichen Testaments, worauf D. A., vollständig bei Bewusstsein, dem mündlichen Testament und der Zuweisung der verfügbaren Quote zustimmte. Die Diskussion zum Testament dauerte einige Minuten. Danach begaben sich E. und F. zu Letzterem, der das Testament zu Beginn des Nachmittags redigierte, indem er niederschrieb, was mit D. A. diskutiert worden war. Beide unterzeichneten das Dokument und begaben sich in der Folge zum Friedensgericht, um den Akt zu hinterlegen; weil die Büros geschlossen waren, konnten sie das Testament dort erst am Montag, 20. Juni 2011, abgeben (Sachverhalt A. a.). D. A. ist am Samstag, 18. Juni 2011, verstorben. In einem Zeugnis vom 4. Juli 2011 bestätigte die verantwortliche Ärztin der Intensivstation, dass der Patient bis zu seinem Ableben geistig gesund war, über seine intellektuellen Fähigkeiten verfügte und auch in der Lage war, seinen letzten Willen gültig auszudrücken, diesen physisch aber nicht niederschreiben konnte (Sachverhalt A. b.).

Die beiden Töchter des Erblassers, A. A. und B. A., erhoben Klage gegen C. mit dem Begehren, das mündliche Testament sei als nichtig festzustellen, eventualiter ungültig zu erklären, mit der Konsequenz, dass C. weder Erbin noch Vermächtnisnehmerin in der Erbschaft des D. A. sei. Die erste Instanz erklärte in Gutheissung der Klage das mündliche Testament für ungültig. Auf Berufung durch C. erkannte die Zivilkammer des Kantonsgerichts Waadt, das mündliche Testament sei gültig (Sachverhalt B.).

A. A. und B. A. erheben am 27. März 2017 Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht mit dem Begehren um Feststellung der Nichtigkeit, subsidiär um Ungültigerklärung des mündlichen Testaments (Sachverhalt C.).

Die Beschwerdeführerinnen rügen zunächst eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung (Art. 9 BV), welche zu einer Verletzung von Art. 506 Abs. 2 ZGB führe. Der Erblasser habe nämlich nicht seinen letzten Willen offenbart, sondern einzig einem bereits von E. und F.

redigierten Textentwurf zugestimmt. Die Rüge wird vom Bundesgericht verworfen. D. A. sei am Tag, an dem er habe verfügen wollen, nicht in der Lage gewesen, einen Text zu diktieren oder Direktiven zu erteilen, habe er sich doch unter einer Sauerstoffmaske befunden und mit Gesten kommuniziert. E. und F. hätten keinen definitiven Textentwurf bei sich gehabt, sondern bloss Notizen, auf deren Grundlage sie dem Erblasser die Idee und den Inhalt des Testaments unterbreitet hätten. Aus der Sachverhaltsfeststellung gehe hervor, dass E. und F. die Einladung ans Krankenbett des Erblassers als Wunsch desselben, von Todes wegen zu verfügen, verstanden, und es stehe ausser Zweifel, dass *der Erblasser bei vollem Bewusstsein der Errichtung des Testaments und der Zuweisung des Maximums an seine Lebensgefährtin zugestimmt habe* (E. 3).

In einer zweiten Rüge machen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung von Art. 506 Abs. 2 ZGB geltend, dies einerseits hinsichtlich der Einhaltung der Form und andererseits in Bezug auf die Zulassung des Nottestaments bei den in casu gegebenen Umständen (E. 4).

Im Einzelnen halten die Beschwerdeführerinnen dafür, E. und F. hätten dem Erblasser einen bereits redigierten Text vorgelesen, dem dieser bloss noch zugestimmt habe, womit ein fehlerhaftes Verfahren vorliege. Zudem fehlten Ort und Datum der Redaktion der Niederschrift des letzten Willens durch E. und F. Schliesslich seien die Voraussetzungen für die Errichtung des ausserordentlichen mündlichen Testaments nicht gegeben gewesen, hätte der Erblasser doch durch medizinische Mittel am Leben erhalten werden können, sodass ein Notar an sein Krankenbett hätte gerufen werden können (E. 4.1).

Das Bundesgericht erinnert vorerst an die *Voraussetzungen der mündlichen letztwilligen Verfügung* als Nottestament. Dieses sei gestützt auf Art. 506 Abs. 1 ZGB nur dann zulässig, wenn der Erblasser gehindert sei, in einer anderen Errichtungsform – mithin eigenhändig oder durch notarielles Testament – zu verfügen, und wenn die Hinderung infolge ausserordentlicher Umstände eingetreten sei. Das Vorlesen des Vorschlages zu einem Testament durch einen Zeugen gegenüber dem Erblasser verstosse nicht gegen den Wortlaut des Art. 506 ZGB, der nicht einen wörtlichen Ausdruck des letzten Willens verlange. Seitens des Testators zu verlangen seien indessen der *animus testandi* sowie *die geistige und körperliche Fähigkeit, sich einem Verfahren auf Errichtung eines mündlichen Testaments und dem Vor-*

*schlag von dessen Inhalt zu widersetzen.* Zur Errichtung des mündlichen Testaments obliege es den Zeugen, die Niederschrift des letzten Willens des Erblassers oder des von diesem genehmigten Testamentsentwurfs vorzunehmen und diese ohne Verzug bei einer Gerichtsbehörde einzureichen, ergänzt mit der Erklärung, dass der Erblasser ihnen im Zustande der Verfügungsfähigkeit und unter Beschreibung der besonderen Umstände seine letztwilligen Erklärungen abgegeben habe (Art. 507 Abs. 1 ZGB). Aus den Angaben zu den besonderen Umständen müsse hervorgehen, dass der Testator nicht in einer der ordentlichen Formen habe testieren können (BGE 77 II 216). Art. 507 Abs. 1 ZGB verlange, dass die Zeugen auf dem Dokument Ort, Jahr, Monat und Tag der Errichtung angeben. Dieselbe Vorschrift werde in Art. 505 Abs. 1 ZGB für das eigenhändige Testament aufgestellt. Auf dieses beziehe sich hinsichtlich des fehlenden oder unrichtig angegebenen Datums seinem Wortlaute nach Art. 520a ZGB. Diese letztere Norm sei analog auch auf das mündliche Testament anwendbar (zum Ganzen E. 4.2).

In casu war der Erblasser nach den Sachverhaltsfeststellungen nicht mehr in der Lage, zu sprechen und zu unterschreiben, und damit a fortiori auch nicht schreibfähig. Somit blieben ihm als Möglichkeiten, von Todes wegen zu verfügen, bloss das öffentliche Testament in der Variante der Vorlesung gemäss Art. 502 ZGB oder das mündliche Testament nach Art. 506 ZGB. Nachdem auch der kontaktierte Notar G. die Variante der Errichtung eines öffentlichen Testaments durch einen seiner Kollegen offenbar als nicht realisierbar erachtete, *verblieb einzig die Möglichkeit der Form des mündlichen Testaments* (E. 4.3). Entgegen den Beschwerdeführerinnen habe sich der Testator infolge seines Gesundheitszustandes in unmittelbarer Todesgefahr befunden und sei einen Tag nach der Verfügung auch gestorben. Unter diesen Umständen sei es begründet gewesen, dass der Erblasser mündlich testiert habe (E. 4.3).

Nach dem Bundesgericht ist in casu auch das Verfahren der Errichtung des mündlichen Testamentes gültig eingehalten worden. Die mündliche Formulierung von Vorschlägen durch die Zeugen und deren Genehmigung durch zustimmendes Kopfnicken des Erblassers seien das einzige Mittel geblieben, um die letztwillige Verfügung des Erblassers entgegenzunehmen. Was die verlangten Angaben von Ort und Zeit betreffe, so bezögen sich diese auf Ort und Zeit, wo bzw. in der der Wille des Erblassers entgegengenommen worden seien

(Art. 507 Abs. 1 ZGB sowie unter analoger Anwendung von Art. 520a ZGB), und nicht auf den Moment, in dem die Zeugen den Akt errichteten (E. 4.3).

Im Ergebnis beurteilt das Bundesgericht das *Verfahren auf Errichtung des mündlichen Testaments als gesetzeskonform abgewickelt* (E. 4.4). Die Beschwerde wird deshalb abgewiesen (E. 5.).

Dem die praktisch eher seltene Form des Nottestaments betreffenden Entscheid ist ohne Weiteres *zuzustimmen*. Das vorliegend gewählte Vorgehen ist als zulässig zu erachten und mithin nicht vorauszusetzen, dass der Erblasser eine verbale Erklärung abgibt. Das entspricht der Lehrmeinung, wonach die «Erklärung ... in jeder nur erdenklichen Form erfolgen» kann (BK-WEIMAR, N. 6 zu Art. 506–508 ZGB). Auch in der hier vorgegebenen Konstellation sind – was im Entscheid etwas zu wenig klar auseinandergehalten wird – sowohl der animus testandi als erbrechtlicher Geschäftswille (STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, N. 376 f.) als auch die Testierfähigkeit (Art. 467 ZGB) mit dem intellektuellen und dem voluntativen Element vorauszusetzen. Siehe zum Entscheid ebenfalls die Besprechungen von EMILIE JACOT-GUILLARMOD, *Le testament oral*, LawInside vom 3. Januar 2018, FRANCESCA BORIO, *ius.focus* 2018, Nr. 57, und MARTINA BOSSHARDT/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, *Rechtsprechungs-panorama Erbrecht*, *Ausgewählte Entscheidungen des Bundesgerichts aus dem Jahr 2017*, AJP 2018, 495 ff., 497 ff.

- b) *BGE 143 III 369 (Urteil 5A\_246/2017 vom 28. Juni 2017): Berechtigung, ein öffentliches Inventar zu verlangen. Der durch Verfügung von Todes wegen vollständig von der Erbschaft ausgeschlossene Pflichtteilserbe ist nicht berechtigt, ein öffentliches Inventar zu verlangen (Art. 580 Abs. 1 ZGB).*

Die Ehegatten C.B. und B.B. schlossen 2015 einen Ehe- und Erbvertrag. Dabei vereinbarten sie die Zuweisung beider Vorschläge an den überlebenden Ehegatten und setzten den jeweils überlebenden Ehegatten als Universalerben ein.

Im Jahre 2016 starb C.B. Gesetzliche Erbinnen sind seine Ehefrau B.B. sowie die beiden gemeinsamen Töchter D. und A.

A. verlangte in der Folge die Aufnahme eines öffentlichen Inventars. Die kantonalen Gerichte wiesen das Begehren ab, worauf sich A. als Beschwerdeführerin an das Bundesgericht wendet.

Das höchste Gericht hält fest, die Beschwerdeführerin sei als Tochter des Erblassers dessen gesetzliche Erbin (Art. 457 ZGB) und pflichtteilsberechtigt (Art. 471 Ziff. 1 ZGB). Sie sei vom Erblasser mit Verfügung von Todes wegen vollständig übergegangen worden und erlange ihre Erbenstellung erst mit einem Herabsetzungsurteil (E. 2.1). Der Auffassung der Beschwerdeführerin entgegen, benützt das Bundesgericht in casu die Gelegenheit, sein nicht amtlich veröffentlichtes Urteil 5A\_610/2013 vom 1. November 2013 dahin gehend zu präzisieren, dass es damit seine Praxis hinsichtlich der sog. *virtuellen Erbin* nicht habe ändern und auch nicht auf eine frühere Rechtsprechung habe zurückkommen wollen (E. 2.2; zum Urteil 5A\_610/2013 vom 1. November 2013 die Besprechung von REGINA E. AEBI-MÜLLER, ZBJV 150 [2014] 375 ff., mit zutreffender Kritik an den damaligen missverständlichen Erwägungen im Zusammenhang mit dem sog. *virtuellen Erben*). Das Obergericht sei mithin «von zutreffenden erbrechtlichen Grundsätzen ausgegangen, indem es dafürgehalten hat, die Beschwerdeführerin, die vom Erblasser mittels Ehe- und Erbvertrag vollständig von der Erbschaft ausgeschlossen worden sei, müsse die ... Ungültigkeits-, eventuell Herabsetzungsklage erheben, um Erbenstellung zu erlangen» (E. 2.3).

In Bezug auf das Begehren um öffentliches Inventar führt das Gericht aus, ein solches zu stellen sei berechtigt jeder Erbe, der die Befugnis hat, die Erbschaft auszuschlagen (Art. 580 Abs. 1 ZGB). A. als vom Erblasser mit Verfügung von Todes wegen vollständig übergangene Erbin könne folglich ein *öffentliches Inventar erst dann verlangen, wenn sie ihre Erbenstellung durch ein zu ihren Gunsten lautendes Ungültigkeits- oder Herabsetzungsurteil erlangt* habe: «Vorher ist die Ausschlagung weder nötig noch möglich» (E. 3.1). Gegenteiliges lasse sich auch dem Urteil 5A\_610/2013 vom 1. November 2013 nicht entnehmen, welches nicht die Berechtigung zum Begehren um Errichtung eines öffentlichen Inventars (Art. 580 ff. ZGB), sondern eines Sicherungsinventars (Art. 553 ZGB; sog. Erbschaftsinventar) durch einen von der Erbschaft ausgeschlossenen Pflichtteilsrben zum Gegenstand gehabt habe (E. 3.2).

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe mit Blick auf ihre Herabsetzungsklage ein schutzwürdiges Interesse daran, genaue Kenntnis über den Nachlass inkl. Bewertungen zu erhalten, und die Verweigerung des öffentlichen Inventars bedeute eine Ungleichbehandlung zwischen ihr als gesetzlicher Erbin und der Ehefrau des Erblassers als eingesetzter Alleinerbin (E. 3.3). Für das Bundesgericht sind die Einwände nicht begründet. Zum einen setze «die Erhebung der Herabsetzungsklage nicht voraus, dass das genaue Ausmass der Pflichtteilsverletzung feststeht, sondern es genügt die Kenntnis der ungefähren Nachlasshöhe». Zum anderen sei «eine Verfügung von Todes wegen wirksam, solange sie nicht ... für ungültig erklärt oder herabgesetzt wird», weshalb ein sachlicher Grund dafür bestehe, eine wirksam eingesetzte Alleinerbin und eine wirksam ausgeschlossene gesetzliche Erbin hinsichtlich der Berechtigung, ein öffentliches Inventar zu verlangen, unterschiedlich zu behandeln (zum Ganzen E. 3.4).

Das Bundesgericht erkennt, dass die Beschwerdeführerin vorliegend nicht berechtigt ist, ein öffentliches Inventar zu verlangen (E. 3.5). Das führt zur Abweisung der Beschwerde (E. 4).

Das Urteil ist zu begrüssen. *Ein vom Erblasser vollständig übergangener Pflichtteilsrbe hat keine Erbenstellung, solange er diese nicht eingeräumt erhalten hat*, sei dies aufgrund entsprechender *Anerkennung seitens der anderen Erben* oder erforderlichenfalls mittels Erhebung der Herabsetzungs- oder gegebenenfalls der Ungültigkeitsklage durch *Ausfällung eines Gestaltungsurteils* (dazu näher BK-WOLF, N. 23 zu Art. 602 ZGB, m. w. H.). Wer nicht Erbe ist, hat *keine Legitimation zum Stellen eines Begehrens um Errichtung des öffentlichen Inventars*, denn er haftet als Nichterbe auch nicht für die Schulden. Demgegenüber steht dem vollständig übergangenen Pflichtteilsrben die Möglichkeit offen, die *Errichtung eines Sicherungsinventars* zu verlangen (Art. 553 ZGB). Siehe zum Entscheid auch die Besprechungen von ALEXANDRA HIRT, Kein öffentliches Inventar auf Antrag eines virtuellen Erben, dRSK, 25. September 2017; ANGELIKA KARRER, ius.focus 2017, Nr. 220; MARTINA BOSSHARDT/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Rechtsprechungs-panorama Erbrecht, Ausgewählte Entscheidungen des Bundesgerichts aus dem Jahr 2017, AJP 2018, 495 ff., 508 f.

- c) *BGE 143 III 425 (Urteil 5A\_396/2015 vom 22. Juni 2017): Grundsätze des Erbteilungsrechts und Erbteilungsregeln; Befugnisse des Teilungsgerichts. Das Teilungsgericht ist nicht befugt, Lose oder einzelne Sachen direkt nach eigenem Ermessen einem der Erben zuzuweisen, wenn sich die Erben darüber nicht einig sind und erblasserische Teilungsvorschriften fehlen (Art. 607 ff. und Art. 610 ff. ZGB).*

A (Beschwerdeführer), B (Beschwerdegegnerin) und E waren die gemeinsamen Kinder der Ehegatten C und D. D und E. verstarben 1966 bzw. 1968. Sie hinterliessen A, B und C als Erben. Diese nahmen 1981 einvernehmlich eine partielle Erbteilung vor. Über die Teilung der verbleibenden Erbschaft vermochten sie sich nicht zu einigen. 1999 leitete A ein Erbteilungsverfahren ein, in dessen Rahmen das Bezirksgericht Plessur die anschliessend nicht mehr bestrittenen Erbquoten wie folgt bestimmte: Für A und B je 65/192 sowie für die überlebende Ehegattin C 62/192. Das Urteil erwuchs in Rechtskraft. 2011 verlangte A die Teilung der Nachlässe von D und E unter Mitwirkung der zuständigen Behörde. Weiter beantragte er, die Nachlassgegenstände seien intern unter den Erben, eventualiter öffentlich zu versteigern. B und C ihrerseits beantragten die Bildung von Losen und erläuterten, wie diese gebildet werden sollten und wie sie den Erben zuzuweisen seien. Das Bezirksgericht Plessur ordnete mit Urteil vom 21. August 2013 die Erbteilung auf dem Wege der internen Versteigerung an. Kurz danach verstarb C (Sachverhalt A. und B.).

B erhob gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung beim Kantonsgericht Graubünden. Mit Urteil vom 16. März 2015 hiess das Kantonsgericht die Berufung gut und ordnete die Realteilung der beiden Erbschaften an. Dabei wies es den Erben bestimmte Erbschaftsgegenstände zu und ordnete Ausgleichszahlungen an (Sachverhalt C.).

Am 8. Mai 2015 erhebt A Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Dieses heisst die Beschwerde gut und weist die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an das Kantonsgericht zurück (Sachverhalt D.).

Das Bundesgericht nimmt im zu besprechenden Entscheid Stellung zum *Umfang der Kompetenz des mit einer Erbteilung befassten Gerichts* (E. 4). Es hält fest, es habe in BGE 69 II 357 entschieden, «das Teilungsgericht sei zuständig, über alle sich für die Erbteilung

stellenden Fragen zu entscheiden. Insbesondere kann es die Teilung selber durchführen, d. h. das Teilungsgericht muss sie nicht der «zuständigen Behörde» überlassen». Insofern habe «das Bundesgericht seither dem Teilungsgericht in konstanter Rechtsprechung eine «umfassende Teilungs- und Zuweisungskompetenz» zugesprochen (vgl. zuletzt BGE 137 III 8 E. 3.4.1. S. 14 f. ...)» (zum Ganzen E. 4.1).

Die Erben könnten die Teilung grundsätzlich frei vereinbaren (Art. 607 Abs. 2 ZGB). Bei allseitiger Einigung könnten sie sich auch über Teilungsvorschriften des Erblassers hinwegsetzen. Bei fehlender Einigung seien indessen die Teilungsvorschriften für die Erben verbindlich. Wo sich die Erben nicht einigen könnten und keine Teilungsvorschriften des Erblassers vorhanden seien, würden die gesetzlichen Teilungsregeln Anwendung finden (E. 4.2).

Die Erben hätten bei der Teilung, wenn keine anderen Vorschriften Platz greifen, «alle den gleichen Anspruch auf die Gegenstände der Erbschaft (Art. 610 Abs. 1 ZGB). Dieser Grundsatz der Anspruchsgleichheit ist die oberste Richtschnur für die Erbteilung...». Anspruchsgleichheit gelte «immer, wo sich weder aus Gesetz noch testamentarischer Vorschrift eine Ausnahme ergibt». Von solchen Ausnahmen abgesehen «gewährt das Bundeszivilrecht in Art. 604 ZGB daher nur einen Anspruch auf Vornahme der Teilung, nicht aber auf Zuweisung bestimmter Nachlassgegenstände» (E. 4.3).

Das höchste Gericht weist in der Folge darauf hin, ein «weiterer Teilungsgrundsatz» folge aus Art. 612 Abs. 1 ZGB, wonach eine Erbschaftssache, die durch Teilung an Wert wesentlich verlieren würde, einem der Erben ungeteilt zugewiesen werden soll (E. 4.4). «Zum konkreten Vorgehen bei einer Teilung» sehe das Gesetz in Art. 611 ZGB die Losbildung und -verteilung vor (E. 4.5). Eine «weitere Teilungsart» ergebe sich aus Art. 612 Abs. 2 ZGB, wonach dann, wenn sich die Erben nicht über die Teilung oder Zuweisung einer Sache einigen können, diese zu verkaufen und der Erlös zu teilen sei. Dabei habe nach Art. 612 Abs. 3 ZGB auf Verlangen eines Erben der Verkauf auf dem Wege der Versteigerung stattzufinden; bei diesbezüglicher Uneinigkeit der Erben entscheide die Behörde, ob die Versteigerung öffentlich oder nur unter den Erben stattfinden soll. Es sei nach Art. 611 ZGB «vorzugehen, solange die Erbschaftssache in einem Los Platz hat und damit einem Erben zugewiesen werden kann. Sogar wenn die Erbteile kleiner sind als der Wert der Sache, ist die Zuweisung mit Ausgleichszahlung gegenüber der Veräusserung vorzuziehen,



sofern die Differenz nicht erheblich ist ...» (E. 4.6). Es folgen Ausführungen zur Dispositionsmaxime im Erbteilungsprozess, die in das Ergebnis münden, im «vorliegenden Kontext braucht nicht weiter auf die Prozessmaximen eingegangen zu werden» (E. 4.7).

In der anschliessenden E. 5 wird einleitend festgehalten, die Vorinstanz sei «über die erläuterten gesetzlichen Teilungsregeln» hinausgegangen, «als sie die Erbschaftsgegenstände auf die drei Parteien aufteilte» und «nach eigenem Ermessen ... eine Zuteilung vornahm». Die «Kernfrage» sei «somit, ob der Vorinstanz die Kompetenz zukam, den Parteien direkt und ohne Befolgung der gesetzlichen Teilungsvorschriften, d. h. nach objektiven Kriterien und richterlichem Ermessen die Lose zuzuweisen». Dazu würden «sich in Rechtsprechung und Lehre seit Beginn des ZGB kontroverse Stellungnahmen» finden.

Das höchste Gericht verweist in der Folge auf Aussagen in der Expertenkommission zum «Umfang der Kompetenzen der Teilungsbehörden» (E. 5.1). Danach gibt es ausführlich seine eigene bisherige Rechtsprechung wieder (E. 5.2–5.4) und gelangt dabei relativierend zum Schluss: «Bisher nicht zu entscheiden hatte das Bundesgericht die Frage, ob das Teilungsgericht befugt ist, Erbschaftsgegenstände ... nach eigenem Ermessen an die Erben zuzuweisen» (E. 5.5). Es folgt eine wiederum ausführliche Wiedergabe der jüngeren Lehre, die sich weit überwiegend eindeutig für eine richterliche Zuweisungskompetenz ausspricht (E. 5.6), der diesbezüglich teilweise anderslautenden älteren Lehre (E. 5.7) und schliesslich auch derjenigen Autoren, die «sich nur indirekt oder in kommentierender Weise zur Frage» äussern (E. 5.8).

Nach dem Bundesgericht sei den «Gegnern des Losbildungsverfahrens ... gemeinsam, dass sie ein Gestaltungsurteil nach der «Vernunft» des Richters dem Zufallsentscheid vorziehen». Dabei bleibe aber «unklar ..., was die Autoren, die sich für einen «Vernunftsentscheid» anstelle einer Losziehung aussprechen, unter Vernunft verstehen». Demgegenüber könne der «Zufallsentscheid» für sich beanspruchen, «die konsequenteste Verwirklichung des Erben-Gleichbehandlungsprinzips zu sein» (E. 5.9).

Das höchste Gericht gelangt damit zum Ergebnis, *die Vorinstanz hätte «im vorliegenden Fall nur Lose bilden und den Erben danach einen Zuweisungsvorschlag vorlegen dürfen. Danach hätte sie nötigenfalls eine Losziehung in die Wege leiten müssen. Durch die direk-*

*te Zuweisung der Lose nach eigenem richterlichem Ermessen hat sie Bundesrecht verletzt»* (E. 5.10; Kursivschrift nicht im Original). Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und weist die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an das Kantonsgericht Graubünden zurück.

Das Urteil des Bundesgerichts hat unter Praktikerinnen und Praktikern des Erbrechts zu *grosser Überraschung* geführt, denn es «entspricht ... nicht dem gelebten Rechtsalltag, wie er sich in den letzten 100 Jahren herausgebildet hat» (DANIEL ABT, Prozessuale Erbteilung: Zufallsentscheid oder Zuweisungskompetenz?, dRSK, 29. August 2017, Rz. 16). Darüber hinaus haben die Erwägungen des höchsten Gerichts auch in der Sonntagspresse Beachtung gefunden; vgl. MARKUS FELBER, Der Zufall ist der beste Richter, NZZaS vom 27. August 2017, S. 16, der u. a. festhält: «Unser Bundesgericht misstraut der Vernunft. Insbesondere der des Richters. Das ist nicht etwa eine böswillige Unterstellung, sondern eine klare Aussage in einem neuen Grundsatzurteil.»

Wenig überraschen wird dagegen, dass das Urteil an dieser Stelle auf *keine Zustimmung* zu stossen vermag. Bei der Lektüre der bundesgerichtlichen Erwägungen fällt zunächst auf, wie weit das Gericht ausholt. Es werden breit, ja teilweise fast inventarmässig Verhandlungen aus der seinerzeitigen Expertenkommission sowie vor allem Passagen aus Judikatur und Lehre wiedergegeben. Eine inhaltlich wirklich auf die sich eigentlich stellende Frage konzentrierte, argumentative Auseinandersetzung gerät darob gar etwas in den Hintergrund. In diesem Sinne hat denn zum Entscheid auch bereits JEAN NICOLAS DRUEY, Zuweisung von Erbgegenständen durch das Los – kein alter Zopf, ZGRG 2017, S. 110, festgestellt: «Ich gestehe, dass die Durchsicht des ganzen Materials recht mühsam ist. Der Eindruck besteht, dass die vom Bundesgericht jetzt entschiedene Frage oft nicht mit der erforderlichen Schärfe im Fokus steht.» Bemerkenswert ist vor allem, dass nach deren ausführlicher Wiedergabe die bisherige Rechtsprechung nunmehr «präzisiert und relativiert» wird (vgl. so ABT, a. a. O., Rz. 15; von einer «Relativierung bzw. Präzisierung diverser Entscheide» sprechen auch MARTINA BOSSHARDT/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Rechtsprechungs-panorama Erbrecht, Ausgewählte Entscheidungen des Bundesgerichts aus dem Jahr 2017, AJP 2018, 495 ff., 513). Eine solche, teilweise *viele Jahrzehnte nach Ausfällen*



der entsprechenden bundesgerichtlichen Entscheidungen stattfindende, deren Bedeutung relativierende Vorgehensweise erscheint – abgesehen davon, dass sich das ganze rechtliche und ausserrechtliche Umfeld im Laufe der Zeit verändert hat – besonders auch methodisch als *fragwürdig*. Trotz der Beteuerungen des Bundesgerichts, es hätte die Frage noch nie zu entscheiden gehabt (E. 5.5), enthält das Urteil nachträglich «nicht nur eine Relativierung bzw. Präzisierung der bisherigen Rechtsprechung; der Entscheid wird bei Teilungsgerichten (nolens volens) – zu einer *Änderung der Praxis* führen», und zwar ohne dass angedeutet worden wäre, dass in einem neuen Entscheid eine Abweichung von der bisherigen, gefestigten Praxis vorgenommen würde, «wie es zur Wahrung der Rechtssicherheit die Regel ist» (so zutreffend schon ABT, a. a. O., Rz. 16, Kursivschrift nicht im Original).

*Inhaltlich* ist das Urteil unter Vornahme einer Auslegung von Art. 611 ZGB insbesondere mit Blick auf die in casu infrage stehende gerichtliche Erbteilung bereits eingehend analysiert worden. Dabei hat sich ergeben, dass die Argumentation des Gerichts trotz des breiten Ausholens einer kritischen Überprüfung aufgrund der anerkannten *Auslegungskanones* – mithin dem grammatikalischen, historischen, systematischen und teleologischen Argument sowie auch Praktikabilitätsüberlegungen – *nicht standzuhalten vermag* (MARTIN EGCEL, Die gerichtliche Erbteilung zwischen Erwägung und Zufall, Bemerkungen zu BGE 143 III 425, AJP 2018, 407 ff., besonders 413 ff.). Die bundesgerichtlichen Überlegungen kreisen um die im Entscheid vollständig ins Zentrum gesetzte «Anspruchsgleichheit» der Erben (etwa E. 4.3 und 5.9). Die Gleichbehandlung und Gleichberechtigung der Erben ist nun durchaus als «oberste Richtlinie des Teilungsrechts» zu qualifizieren. Sie erfasst als namentlich in Art. 607 Abs. 1 und Art. 610 ZGB ausgedrückter Grundsatz das gesamte Erbteilungsrecht in einem ganz umfassenden, viele Teilaspekte einbeziehenden Sinne, aber eben doch (nur) als ein Grundsatz, der einzubetten ist in andere normative Überlegungen des Gesetzgebers. Der vorliegende Entscheid *isoliert den Gleichbehandlungsgrundsatz in zu absoluter, abstrakter Weise* aus diesem seinem Kontext im Vorfeld der Erbteilung, der besonders auch den Naturalteilungsgrundsatz enthält (dazu EGCEL, a. a. O., besonders S. 420, wonach die bundesgerichtliche Auslegung von Art. 611 Abs. 2 und 3 ZGB unzutreffend ist). Gleichbehandlung ist auch im Erbteilungsrecht nicht rein absolut zu verstehen, sondern *relativ*, eingebettet in ein weiteres tatsächliches und normatives Umfeld. Bei

einem solchen Verständnis *finden sich auch für die Zuweisung von Erbschaftsgegenständen in der Erbteilung ohne Weiteres objektivierte, sachliche und damit «gerechte» Kriterien* wie die konkreten Umstände, persönlichen Verhältnisse und Interessen der einzelnen Erben sowie der Ortsgebrauch. Dem recht verstandenen Gleichbehandlungsgrundsatz im Erbteilungsrecht vermag im Streitfall in der Tat nur ein *richterlicher Entscheid ex aequo et bono* – im besten, von Eugen Huber in Art. 4 ZGB verankerten Sinne – Nachachtung zu verschaffen (EGCEL, a. a. O., S. 423).

Es ist schon zutreffend ausgeführt worden, der vorliegende Entscheid stehe «in eklatantem Widerspruch zur jahrelangen, einhelligen Doktrin, zu diversen jüngeren bundesgerichtlichen Entscheiden und zur verbreiteten kantonalen Praxis» (ABT, a. a. O., Rz. 16; vgl. in diesem Sinne auch BOSSHARDT/HRUBESCH-MILLAUEER, a. a. O., S. 514). In der *Erbrechtspraxis* kommt das vom höchsten Gericht als richtiger Weg angepriesene Losbildungs- und -ziehungsverfahren kaum vor. Art. 611 ZGB ist weitgehend «toter Buchstabe geblieben» (PraxKomm-WEIBEL, N. 5 zu Art. 611 ZGB, m. H. unter anderem auf JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002, § 16 Rz. 39). Das Losbildungsverfahren ist zudem «unattraktiv» und regelmässig auch «unpraktikabel» (PraxKomm-WEIBEL, N. 6 f. zu Art. 611 ZGB; vgl. diesbezüglich auch den Hinweis von BOSSHARDT/HRUBESCH-MILLAUEER, a. a. O., S. 514, wonach stattdessen die Befürworter der gerichtlichen Zuweisungsbefugnis «den pragmatischen Weg beschreiten»). Dass das Bundesgericht sich mit dem vorliegenden Entscheid derart ausserhalb, ja gar fern der gelebten und bewährten Erbrechtspraxis – wie sie namentlich auch in der Rechtsprechung der kantonalen Gerichte bestand – bewegt, ist erstaunlich. Der Rechtssicherheit ist damit nicht gedient (so ABT, a. a. O., Rz. 16). Und eine über Jahrzehnte gefestigte, bewährte Praxis durch den vorliegenden Entscheid ins Gegenteil zu wenden und zugleich darauf hinzuweisen, eine – ihrerseits wiederum zur Fortgeltung der bisherigen im Erbrecht gelebten Praxis führende – «Änderung wäre nicht Aufgabe der Rechtsprechung, sondern des Gesetzgebers», wozu sich freilich in der laufenden Erbrechtsrevision keine Hinweise finden würden (E. 5.9), ist eine doch in mehrfacher Hinsicht sonderbare Argumentationshaltung. Warum wird eine Praxisänderung vorgenommen und dann am Schluss für eine allfällige erneute Änderung – und mithin Rückkehr zur bisherigen Praxis – nach dem Gesetzgeber gerufen? Warum nur

sollten sich denn in einer Revisionsvorlage entsprechende Hinweise finden, wenn die diesbezüglich gelebte Praxis sich seit Langem als bewährt etabliert hat?

Ergänzend anzusprechen ist *die prozessrechtliche Dimension des Entscheids*. Das in Anwalts- und Gerichtskreisen verankerte – und etwa von dem im vorliegenden Urteil unbeachtet gebliebenen ARTHUR JOST, Der Erbteilungsprozess im schweizerischen Recht, Bern 1960, fundiert dargelegte – Verständnis der Erbteilungsklage als einer *actio duplex* – zu deren Eigenheiten gerade auch der Umstand gehört, dass wechselseitig Rechtsbegehren gestellt werden und jede Partei gegebenenfalls etwas erhält, was sie gar nicht gewollt hat – und als *zivilrechtliche Klage mit umfassender Gestaltungswirkung* (dazu namentlich auch CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Erbrechtliche Klagen, 3. Aufl., Zürich 2012, Rz. 167 ff., besonders Rz. 200 ff.) lässt sich nun regelmässig – und namentlich immer dann, wenn keine Teilungsvorschriften des Erblassers oder des Gesetzes vorliegen – nicht mehr halten.

Zum Schluss sind hier die *Auswirkungen des Urteils auf die zukünftige Praxis* zu skizzieren. Es ist nicht davon auszugehen, dass das Bundesgericht seinen Entscheid wieder in eine andere Richtung lenken wird, zumal es diesbezüglich gerade nach dem Gesetzgeber gerufen hat. Gemäss dem vorliegenden Urteil steht dem Erbteilungsrichter *keine Zuweisungskompetenz* zu. Er kann nur i. S. v. Art. 611 ZGB Lose bilden, die Losziehung vornehmen sowie gegebenenfalls Erbschaftsgegenstände, die sich weder teilen noch einem Los zuweisen lassen, i. S. v. Art. 612 ZGB verkaufen und den Erlös verteilen (siehe ebenso die Beurteilung von ABT, a. a. O., Ingress). Dazu aber bedarf es von vornherein der Anrufung des Erbteilungsgerichts nicht. Oder wie es am 12. Schweizerischen Erbrechtstag im August 2017 prägnant festgehalten worden ist: «Zum Münzenwerfen braucht es kein teures Gerichtsverfahren» (ANDREAS FLÜCKIGER, Zitat gestützt auf die abgegebenen Folien, auch wiedergegeben bei EGGER, a. a. O., S. 422, Fn. 161).

Die Praktikerinnen und Praktiker des Erbrechts werden künftighin *Rechtsbegehren anders stellen* und grundsätzlich – ohne Vorliegen einer erblasserischen oder gesetzlichen Teilungsvorschrift – *auf konkrete Zuweisungsbegehren verzichten* müssen. Das Erbteilungsgericht anzurufen, wird generell seltener noch eine Option darstellen. Zu hoffen bleibt, dieser Umstand fördere die Kompromissbereitschaft

der Erben (so auch ABT, a. a. O., Rz. 16). Das Erbteilungsurteil vermag *keine vollwertige Alternative zum Erbteilungsvertrag mehr* zu bieten. Mit der nunmehrigen Rechtsprechung *steigt die Bedeutung einer sorgfältigen Erbschaftsplanung durch Verfügungen von Todes wegen*, namentlich mit Statuierung von konkreten Zuweisungsansprüchen begründenden *Teilungsvorschriften* des Erblassers (Art. 608 Abs. 1 ZGB). Insofern trägt der Entscheid zur – im Grundsatz nicht hoch genug zu veranschlagenden – *Verwirklichung von Privatrecht ausserhalb der Gerichte* bei, und das ist an sich durchaus zu begrüssen.