



Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

## Chapeau

143 III 425

59. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen B. (Beschwerde in Zivilsachen)  
5A\_396/2015 vom 22. Juni 2017

## Regeste

Art. 607 ss et art. 610 ss CC; principes régissant le droit du partage successoral et règles de partage; compétences du juge du partage.

Aperçu des principes régissant le droit du partage successoral et des règles légales en la matière. L'égalité de droit des héritiers est le principe fondamental du droit du partage successoral. Le juge du partage est lié par les prescriptions légales, en particulier celles régissant la composition des lots ainsi que l'attribution et la vente de certains biens héréditaires. Il n'est par conséquent pas légitimé à attribuer un lot ou des biens héréditaires selon sa propre appréciation directement à l'un des héritiers lorsque ces derniers n'ont pas réussi à s'entendre à ce sujet et que des dispositions testamentaires relatives au partage font défaut (consid. 4-6).

**Faits** à partir de page 426

BGE 143 III 425 S. 426

**A.** A. (Beschwerdeführer), B. (Beschwerdegegnerin) und E. waren die gemeinsamen Kinder des Ehepaars C. und D. In den Jahren 1966 und 1968 verstarben D. und E., die A., B. und C. als Erben hinterliessen. 1981 einigten sich die Erben auf eine partielle Erbteilung. Der unverteilter Rest der Nachlässe umfasste mehrere Liegenschaften in U., ein Ferienhaus in Italien und 99 von 100 Aktien der I. AG, die Eigentümerin einer weiteren Liegenschaft in U. ist. Die Erben konnten sich über die Teilung des Restnachlasses nicht einigen.

**B.**

**B.a** Am 5. November 1999 leitete der Beschwerdeführer ein Erbteilungsverfahren ein. Mit Urteil vom 14. Dezember 2010 stellte das Bezirksgericht Plessur den Umfang der Nachlässe fest und bestimmte die Erbquoten wie folgt: der Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin je 65/192 und die überlebende Ehegattin C. 62/192. Das Urteil erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

**B.b** Mit Gesuch vom 22. Juli 2011 verlangte der Beschwerdeführer beim Einzelrichter am Bezirksgericht Plessur die Teilung der Nachlässe von D. und E. unter Mitwirkung der zuständigen Behörde. Ausserdem beantragte er die Versteigerung der Nachlassgegenstände unter den Erben, eventuell durch öffentliche Versteigerung. Die Beschwerdegegnerin und C. beantragten, auf das Gesuch nicht einzutreten, eventualiter dieses abzuweisen. Sie ersuchten ihrerseits um die Bildung von Losen, erläuterten, wie sie diese gebildet haben wollten, und wie die Lose den Erben zuzuteilen seien. Die Angelegenheit wurde dem Bezirksgericht Plessur als Kollegialgericht überwiesen.

**B.c** Das Bezirksgericht Plessur ordnete mit Urteil vom 21. August 2013 für die Teilung der Nachlässe von D. und E. eine interne Versteigerung der Nachlassgegenstände an. Kurz darauf verstarb C.

**C.** Die Beschwerdegegnerin erhob Berufung beim Kantonsgericht Graubünden. Sie beantragte wiederum eine Losbildung und die Zuteilung der Lose an die Erben. In seiner Beschwerdeantwort schloss der Beschwerdeführer auf Nichteintreten, eventualiter auf

BGE 143 III 425 S. 427

Anordnung einer Versteigerung unter den Erben, allenfalls eine öffentliche Versteigerung. Mit Urteil vom 16. März 2015 ordnete das Kantonsgericht in Gutheissung der Berufung die Realteilung der Nachlässe des D. und des E. an. Es stellte die güterrechtlichen Ansprüche der C. sel. fest, wies dem Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin und der Erbengemeinschaft der C. sel. (bestehend aus dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin) bestimmte Erbschaftsgegenstände direkt zu und ordnete Ausgleichszahlungen an.

**D.** Mit Eingabe vom 8. Mai 2015 erhebt der Beschwerdeführer Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Er verlangt die Aufhebung des Entscheids des Kantonsgerichts und die Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Plessur vom 21. August 2013. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Für die Verfahren vor Kantons- und Bundesgericht habe die Beschwerdegegnerin die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu tragen. Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, hebt das Urteil des Kantonsgerichts auf und weist die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück.  
(Zusammenfassung)

## Considérants

Aus den Erwägungen:

**4.** Umstritten ist der Umfang der Kompetenz des mit einer Erbteilung befassten Gerichts.

**4.1** In terminologischer Hinsicht ist vorzuschicken, dass das Gesetz unter dem Titel "Teilung der Erbschaft" teilweise von (Teilungs-)Behörde (Art. 602 Abs. 3, Art. 609, Art. 611 Abs. 2, Art. 612 Abs. 3 und Art. 613 Abs. 3 ZGB), teilweise von (Teilungs-)Gericht (Art. 604 ZGB) spricht. Die Unterscheidung wurde anfänglich so verstanden, dass "das Gericht" für bestimmte Fragen zuständig war und "die Behörde" für andere, nämlich für die Durchführung der Teilung (vgl. PETER TUOR, Berner Kommentar, 1929, N. 4 zu Art. 604 ZGB und ARNOLD ESCHER, Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 1943, N. 5 zu Art. 604 ZGB; zur Möglichkeit, die Teilungsklage mit einem Begehren auf Mitwirkung der Behörde gemäss Art. 609 Abs. 2 ZGB zu verbinden). In **BGE 69 II 357** entschied das Bundesgericht, das Teilungsgericht sei zuständig, über alle sich für die Erbteilung

BGE 143 III 425 S. 428

stehenden Fragen zu entscheiden. Insbesondere kann es die Teilung selber durchführen, d.h. das Teilungsgericht muss sie nicht der "zuständigen Behörde" überlassen (E. 7 S. 369 f.). Mit anderen Worten kann das Teilungsgericht auch sämtliche Kompetenzen wahrnehmen, welche bis dahin der Teilungsbehörde zugeschrieben wurden. Insofern hat 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.; zu einem Beispiel wie sich das Zusammenspiel zwischen Behörde und Gericht gestalten kann vgl. BRÜCKNER/WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Aufl. 2012, N. 171 f.).

Vorliegend leitete der Beschwerdeführer die Angelegenheit vor dem Einzelrichter als zuständiger Behörde ein; die Angelegenheit wurde dann aber an das Teilungsgericht überwiesen (Sachverhalt B.b).

**4.2** Die Erben können, wo es nicht anders angeordnet ist, die Teilung frei vereinbaren (Art. 607 Abs. 2 ZGB; zur vorliegend nicht gegebenen Ausnahme, in der eine amtliche Mitwirkung vorgeschrieben ist, vgl. Art. 609 ZGB). Einigen sich die Erben, können sie sich sogar über Teilungsvorschriften des Erblassers hinwegsetzen (**BGE 137 III 8** E. 3.4.1 S. 14; **BGE 97 II 11** E. 3 S. 15 f.; so anstatt vieler:

STEPHAN WOLF, Berner Kommentar, 2014, N. 8, 10 ff. zu Art. 607 ZGB; GUINAND/STETTLER/LEUBA, Droit des successions, 6. Aufl. 2005, N. 547 S. 263; JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl. 2002, § 16 N. 61; PAUL EITEL, Grundfragen der Erbteilung, in: Nachlassplanung und Nachlassteilung, Jürg Schmid [Hrsg.], 2014, S. 350; FABIENNE ELMIGER, Das Unternehmen in der Erbteilung, 2012, S. 51 ff.). Mangels Einigung sind die Teilungsvorschriften des Erblassers für die Erben verbindlich, soweit nicht die Ausgleichung einer vom Erblasser nicht beabsichtigten Ungleichheit der Teile notwendig wird (Art. 608 Abs. 1 und 2 ZGB). Wo sich die Erben nicht einigen können und auch der Erblasser keine Teilungsvorschriften aufgestellt hat, finden die gesetzlichen Teilungsregeln Anwendung (**BGE 137 III 8** E. 2.1 S. 10; **BGE 112 II 206** E. 2a S. 209; Urteil 5C.214/2003 vom 8. Dezember 2003 E. 2, in: Pra 93/2004 Nr. 99 S. 562 f.).

**4.3** Die Erben haben bei der Teilung, wenn keine andern 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 (**BGE 112 II 206** E. 2b S. 211 mit Hinweis auf TUOR/SCHNYDER,

BGE 143 III 425 S. 429

Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl. 1979, S. 466; vgl. auch ANDREAS KUONI, Das schweizerische Erbrecht, insbesondere das Übergangsrecht, 1911, S. 257). ANDREAS KUONI beschreibt kurz nach Inkrafttreten des ZGB den Geist des "neuen" Erbrechts wie folgt: "Alle Erben sind einander gleich. Keiner soll bevorzugt, keiner benachteiligt werden. Diesen Grundsatz stellt der Gesetzgeber an die Spitze des Erbrechts". Auf S. 259 bekräftigt er dann unter dem Titel der Durchführung der Teilung: "Der gleiche Anspruch aller Erben auf alle Gegenstände der Erbschaft ist der Hauptgrundsatz des Teilungsrechtes." ARNOLD ESCHER (a.a.O.) hält in N. 1 zu Art. 610 ZGB fest, der Grundsatz sei eine Spezialanwendung des bereits in Art. 607 Abs. 1 ZGB enthaltenen Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Erben; grundsätzlich habe jeder Erbe den gleichen Anspruch auf die Erbschaft und die einzelnen Gegenstände wie der andere, auch wenn sein Erbanteil kleiner sei als der des anderen; der Unterschied zwischen den Ansprüchen sei nur ein quantitativer, nicht ein qualitativer - und zwar bestehe der Anspruch grundsätzlich in natura. Ebenso hielt PETER TUOR (a.a.O., N. 2 zu Art. 610 ZGB) fest, es gebe prinzipiell nicht Sachen, die mehr dem einen als dem anderen Erben gebühren.

Anspruchsgleichheit gilt immer, wo sich weder aus Gesetz noch aus testamentarischer Vorschrift eine Ausnahme ergibt (**BGE 100 II 440** E. 4 S. 443 f. und E. 8 S. 449; **66 II 238** S. 241 ff.). Andere gesetzliche Vorschriften sehen die vorliegend nicht massgebenden Art. 612a ZGB betreffend Zuweisung von Wohnung und Hausrat an den überlebenden Ehegatten und Art. 613b ZGB betreffend Zuweisung des landwirtschaftlichen Inventars sowie die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB; SR 211.412.11) vor (Art. 619 ZGB). Von Teilungsvorschriften des Erblassers und besonderen Vorschriften abgesehen, gewährt das Bundeszivilrecht in Art. 604 ZGB daher nur einen Anspruch auf Vornahme der Teilung, nicht aber auf Zuweisung bestimmter Nachlassgegenstände (**BGE 101 II 41** E. 4a und 4b S. 44 f.).

**4.4** Ein weiterer Teilungsgrundsatz folgt aus Art. 612 Abs. 1 ZGB, wonach eine Erbschaftssache, die durch Teilung an Wert wesentlich verlieren würde, einem der Erben ungeteilt zugewiesen werden soll. Erbschaftssachen sollen, wenn immer möglich, in natura unter die Erben verteilt werden (**BGE 97 II 11** S. 16; vgl. auch ESCHER, a.a.O., N. 1 zu Art. 610 ZGB). Der Grundsatz der Naturalteilung erfährt

BGE 143 III 425 S. 430

insbesondere bei einer Versilberung/Versteigerung eine Einschränkung (siehe nachfolgend E. 4.6).

**4.5** Zum konkreten Vorgehen bei einer Teilung sieht das Gesetz in Art. 611 Abs. 1 ZGB vor, dass die Erben so viele Lose bilden, als Erben oder Erbstämme sind. Können sich die Erben nicht auf die Losbildung einigen, hat auf Verlangen eines der Erben die zuständige Behörde die Lose zu bilden (Art. 611 Abs. 2 ZGB). Die Verteilung der Lose erfolgt nach Vereinbarung oder durch Losziehung unter den Erben (Art. 611 Abs. 3 ZGB). Eine behördliche Zuweisung der Lose wird im Gesetz nicht - zumindest nicht explizit - vorgesehen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine solche ausgeschlossen (**BGE 85 II 383** E. 3 S. 388). Die Verlosung unter den Erben ist ein Mittel, um dem Grundsatz der Anspruchsgleichheit zum Durchbruch zu verhelfen (**BGE 97 II 11** E. 3 S. 16: "Nach dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Erben [Art. 607, **BGE 97 II 610** ZGB] sind solche Sachen in der Regel auf diese Weise zu teilen"; vgl. auch EITEL, a.a.O., S. 351, der die Ansicht vertritt, dass

im Vorgang der Bildung und [vor allem] der Verteilung der Lose Gleichbehandlungs- und Naturalteilungsprinzip "in reinster Form verwirklicht" werden. Zum Einfluss der Anspruchsgleichheit auf die Bildung der Lose siehe BGE 100 II 440 E. 4 S. 443 f. und E. 8 S. 449).

**4.6** Eine weitere Teilungsart sieht Art. 612 Abs. 2 ZGB vor, wonach, wenn sich die Erben nicht über die Teilung oder Zuweisung einer Sache einigen können, die Sache zu verkaufen und der Erlös zu teilen ist. Auf Verlangen eines Erben hat der Verkauf auf dem Wege der Versteigerung stattzufinden, wobei, wenn die Erben sich nicht einigen, die zuständige Behörde entscheidet, ob die Versteigerung öffentlich oder nur unter den Erben stattfinden soll (Art. 612 Abs. 3 ZGB). Auch eine Versteigerung kann Bestätigung und Auswirkung des Grundsatzes der Anspruchsgleichheit der Erben auf die Erbschaftssachen sein, da jeder Erbe die Möglichkeit hat, an der Steigerung teilzunehmen (BGE 66 II 238 S. 241 ff.; 85 II 383 E. 3 S. 389).

Es ist 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 (Urteile

BGE 143 III 425 S. 431

5C.214/2003 vom 8. Dezember 2003 E. 4.1, in: Pra 93/2004 Nr. 99 S. 560 mit Hinweisen auf PAUL PIOTET, in: Erbrecht, SPR Bd. IV/2, 1981, § 110/IV S. 883 ff., LIONEL HARALD SEEBERGER, Die richterliche Erbteilung, 1992, S. 114 ff. und weitere; 5C.155/1991 vom 14. Mai 1992 E. 2a). Die Zulässigkeit einer Ausgleichszahlung ist auf Grund der Umstände des konkreten Einzelfalls nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) zu prüfen, wobei das richtige Verhältnis zwischen Ausgleichssumme und Wert des Erbteils nicht schematisch festgelegt werden kann (Urteil 5C.214/2003 vom 8. Dezember 2003 E. 4.1 mit Hinweis auf SEEBERGER, a.a.O., S. 116 ff. und den in der Lehre vorgeschlagenen Maximalwert 10 %; siehe anstatt vieler: WOLF, a.a.O., N. 18 zu Art. 611 ZGB). Ein Verkauf - oder auf Verlangen eines Erben die Versteigerung - ist nur möglich, wenn der Weg nach Art. 611 ZGB verschlossen ist (BGE 97 II 11 E. 3 S. 16). Andererseits darf nach BGE 85 II 383 E. 3 S. 388 f. der Grundsatz der Bevorzugung der Zuweisung in natura nicht derart verstanden werden, dass daraus die Zulässigkeit einer behördlichen Zuweisung von Erbschaftssachen an einen bestimmten Erben oder an mehrere unter sich einige Erben abzuleiten ist, wenn sich auf diese Weise ein Verkauf vermeiden liesse, denn sonst verlöre Art. 612 Abs. 2 ZGB praktisch fast jede Bedeutung, was dem Sinn des Gesetzes widerspricht, das bei Unmöglichkeit der körperlichen Teilung und der Teilung auf dem Weg der Losbildung und -ziehung die Versteigerung vorsieht.

**4.7** Der Erbteilungsprozess wird durch die Dispositionsmaxime beherrscht (BGE 130 III 550 E. 2 S. 551 f., E. 2.1.3 S. 553). Mithin kann sich aus den Rechtsbegehren der Parteien eine Einschränkung der Kompetenz des Teilungsgerichts ergeben. Namentlich kann sich das Teilungsgericht im Rahmen der Rechtsbegehren darauf beschränken, materiell-rechtliche Einzelfragen der Teilung zu entscheiden und damit die Voraussetzung für eine spätere vertragliche Erbteilung zu schaffen (Urteil 5D\_133/2010 vom 12. Januar 2011 E. 4.1). Ein Teil der Lehre spricht sich für eine eingeschränkte Dispositionsmaxime aus, weshalb das Gericht auch zu einem Ergebnis gelangen könne, das von keinem Miterben beantragt worden ist (WOLF, a.a.O., N. 84 zu Art. 604 ZGB; vgl. auch THOMAS WEIBEL, in: Erbrecht, 3. Aufl. 2015, N. 6 ff., 48 zu Art. 604 ZGB; SEEBERGER, a.a.O., S. 61 f.). Anderer Ansicht ist TARKAN GÖKSU (Die Rechtsbegehren der Erbteilungsklage, in: Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts,

BGE 143 III 425 S. 432

Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, 2014, S. 127 ff., insb. S. 138 ff.). Die ZPO kenne keine Beschränkung der Dispositionsmaxime im Erbrechtsprozess. Er weist auf die Problematik des rechtlichen Gehörs bei überraschender Rechtsanwendung hin. Fehlen die notwendigen Rechtsbegehren, ist nach Meinung von TARKAN GÖKSU eine Klage abzuweisen - und nicht nach richterlichem Ermessen etwas nicht Beantragtes zuzuweisen (a.a.O., S. 141 ff.). In Bezug auf die Parteien leitet er aus dem Bestimmtheitsgebot für Rechtsbegehren ab, dass die Rechtsbegehren der Erbteilungsklage bezüglich der Auflösung der Erbengemeinschaft sowie vor allem auch bezüglich der Zuweisung einzelner Nachlasswerte hinreichend bestimmt sein müssten; nur wo dies unmöglich oder unzumutbar erscheine, sei bezüglich der betroffenen Rechtsbegehren eine unbezifferte Forderungsklage bzw. ein unbestimmter Antrag zu stellen (Art. 85 ZPO; GÖKSU, a.a.O., S. 138 f.). Ebenso habe aufgrund der Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO) der beklagte Erbe Rechtsbegehren zu

stellen (a.a.O., S. 140 f.). Dass das Gericht dem beklagten Erben, welcher keine Rechtsbegehren stellt, irgendetwas zuspricht, ist seiner Meinung nach ausgeschlossen (ebenso spricht er sich - a.a.O., S. 142 - gegen die Anordnung einer Versilberung entgegen dem Willen der Parteien oder einer Ausgleichszahlung, obwohl eine solche nicht beantragt worden ist, aus).

Im vorliegenden Kontext braucht nicht weiter auf die Prozessmaximen eingegangen zu werden. Sowohl das Verfahren auf gerichtliche Losbildung gemäss Art. 611 ZGB als auch das Verfahren auf Versteigerung gemäss Art. 612 ZGB werden nur auf Antrag eines Erben aufgenommen (vgl. Art. 611 Abs. 2, Art. 612 Abs. 3 ZGB: "auf Verlangen eines [der] Erben"). Für den weiteren Verlauf vorliegenden Verfahrens spielt somit eine entscheidende Rolle, welche Rechtsbegehren die Parteien stellten und ob diese rechtsgenüchlich vorgebracht wurden.

5. Die Vorinstanz ging insofern über die erläuterten gesetzlichen Teilungsregeln hinaus, als sie die Erbschaftsgegenstände auf die drei Parteien aufteilte und damit faktisch drei den Erbquoten entsprechende Lose bildete, die Verteilung derselben aber weder einer allfälligen Parteivereinbarung noch einem Losziehungsverfahren gemäss Art. 611 Abs. 3 ZGB überliess, sondern nach eigenem Ermessen - und teilweise explizit gegen die Anträge der Erben - eine Zuteilung vornahm. Die Kernfrage ist somit, ob der Vorinstanz die

BGE 143 III 425 S. 433

Kompetenz zukam, den Parteien direkt und ohne Befolgung der gesetzlichen Teilungsvorschriften, d.h. nach objektiven Kriterien und richterlichem Ermessen die Lose zuzuweisen. Zur Kompetenz von Erbteilungsgericht und -behörde finden sich in Rechtsprechung und Lehre seit Beginn des ZGB kontroverse Stellungnahmen. Die verschiedenen Ansätze widerspiegeln auch eine unterschiedliche Gewichtung der skizzierten Grundsätze des Erbrechts.

5.1 Der Umfang der Kompetenzen der Teilungsbehörden wurde bereits in der Expertenkommission, welche die Revision des Erbrechts in den Jahren 1901-1903 vorbereitete, kontrovers diskutiert. Johann Winkler regte in der zweiten Session im März 1902 an, Art. 624 Vorentwurf ZGB (heutiger Art. 612 ZGB; im redigierten Vorentwurf von 1903 als Art. 625 geführt) analog zu Art. 626 Vorentwurf ZGB (heutiger Art. 613 ZGB; im redigierten Vorentwurf von 1903 unverändert Art. 626) zu gestalten. Gemäss Protokoll fand er, "es sollte doch der Behörde vorbehalten werden, zu entscheiden, dass unter Umständen die Sache auch an einen einzelnen Erben übergehen solle" (Protokolle der Verhandlungen der grossen Expertenkommission 1901-1903, in: Berner Kommentar, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Bd. III, Reber/Hurni/Schwizer [Hrsg.], 2013, S. 761 Rz. 6870). Eduard Boos beantragte sodann, Art. 624 Abs. 2 wie folgt zu ergänzen: "Können die Erben sich [...] nicht einigen, so entscheidet die zuständige Behörde über die Zuweisung unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse." Er argumentierte dabei namentlich mit der Übernahme von Gewerben (a.a.O., S. 762 Rz. 6874). Albert Brosi sprach sich gegen den Antrag Winkler aus und bezeichnete es als "unerträglich", wenn die Behörde die Kompetenz hätte, einem einzelnen Erben z.B. ein Haus zuzuweisen, das nicht teilbar sei (a.a.O., S. 762 Rz. 6878). Boos und Winkler fanden sich schliesslich im Vorschlag einer Fassung, welche alternativ einen Verkauf oder die Zuweisung an einen einzelnen Erben vorsehen sollte. Diese Alternative mit direkter Zuweisungskompetenz wurde schliesslich in der Abstimmung mit grossem Mehr verworfen (a.a.O., S. 762 Rz. 6886). Der Teilungsbehörde sollte mithin keine Kompetenz zukommen, Erbschaftssachen nach eigenem Ermessen direkt zuzuweisen. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass dasselbe für das Teilungsgericht gilt (zur Unterscheidung Behörde/Gericht vgl. oben E. 4.2).

BGE 143 III 425 S. 434

5.2 Das Bundesgericht hatte bereits kurz nach Inkrafttreten des ZGB die Gelegenheit, sich zur Thematik zu äussern. In **BGE 40 II 102** E. 3 S. 108 hielt es fest, dass es das Gesetz, abgesehen von bäuerlichen Betrieben, nicht erlaubt, unteilbare Objekte dem einen oder anderen Erben zuzuweisen, ausser alle Erben hätten dem zugestimmt ("...mentre dal capoverso secondo e terzo dell'art. 612 risulta chiaramente che l'attribuzione degli oggetti indivisi all'uno od all'altro degli eredi dalla legge non è concessa se non ove tutti i coeredi vi abbiano aderito..."). Diese Auslegung wurde in **BGE 66 II 238** S. 241 f. bekräftigt. Mangels bindender Anordnung des Erblassers gilt Art. 610 ZGB, wonach alle Erben den gleichen Anspruch auf die Erbschaftssachen haben; als Ausnahme erwähnt wurden die landwirtschaftlichen Gewerbe gemäss [a]Art. 620 ZGB sowie Fälle behördlicher Zuweisung nach Art. 611 und Art. 613 ZGB. Es folgten Ausführungen zur internen Versteigerung für den Fall, dass sich die Erben über die Zuweisung einer unteilbaren Sache nicht einigen.

In **BGE 69 II 357** stellte das Bundesgericht klar, dass das Teilungsgericht zuständig ist, über alle sich für die Erbteilung stellenden Fragen zu entscheiden (vorstehend E. 4.2), womit dem Teilungsgericht mindestens die selben Kompetenzen wie der Teilungsbehörde zukommen. Obwohl die betreffende Erbschaft Liegenschaften umfasste, wurden der klagenden Erbin nicht etwa Liegenschaften zugewiesen, sondern die Erbin wurde "auf die sämtlichen zur Zeit in der Schweiz, nämlich bei den Banken [...] beschlagnahmten Werte bis zum Betrage von insgesamt Fr. [...] nebst ihrem Anteil an den Erträgen angewiesen". Etwas anderes war auch gar nicht möglich, da die Klägerin ihren Pflichtteil einklagte, der nur "dem Werte nach" geltend gemacht werden kann (vgl. Art. 522 Abs. 1 ZGB zur Herabsetzung).

**5.3** Soweit ersichtlich hat sich das Bundesgericht seither nie mehr direkt zur Frage geäußert, ob das Teilungsgericht insofern mehr Kompetenzen hat als die Teilungsbehörde, als jenes Erbschaftssachen an einen bestimmten Erben oder an mehrere unter sich einige Erben zuweisen darf, mithin nicht an die Art. 611 und/oder Art. 612 ZGB gebunden ist.

In **BGE 94 II 231** E. 5 S. 239 f. führte das Bundesgericht aus: "Si les héritiers ne parviennent pas à s'entendre sur l'attribution des biens compris dans la succession et que le défunt ne leur ait pas prescrit de règles de partage (cf. art. 608 CC), l'autorité ne peut ordonner que

BGE 143 III 425 S. 435

les mesures spécialement prévues par les art. 610 ss. CC, c'est-à-dire former les lots, procéder au tirage au sort des lots, vendre les biens qui ne peuvent être partagés ni attribués à un lot et en répartir le prix." Im Fall war streitig, ob das befassende Erbteilungsgericht einen Nachlass derart teilen kann, dass eine Liegenschaft in Stockwerkeigentum aufgeteilt wird und Stockwerkeinheiten den Erben - durch Losziehung - zugewiesen werden. Zwar wird der neutrale Begriff "autorité" verwendet, womit aber das Teilungsgericht gemeint war. Mit der Aussage, dass die Behörde keine anderen Massnahmen treffen darf als die spezifisch in Art. 610 ff. ZGB vorgesehenen, hat sich das Bundesgericht also an das Teilungsgericht gewandt. Es hat damit klargestellt, dass die Art. 610 ff. ZGB auch für das Teilungsgericht massgebend sind, dieses also nur Lose bilden, zur Losziehung schreiten und Erbschaftsgüter, die weder geteilt noch einem Los zugewiesen werden können, verkaufen und den Erlös verteilen kann.

Ein Sonderfall lag in **BGE 100 II 440** vor, da der Erblasser in Bezug auf zwei Liegenschaften eine Teilungsvorschrift hinterlassen (Zuweisung an eine Tochter) und im Übrigen selbst für den Fall der Uneinigkeit seiner Erben die Losziehung angeordnet hatte.

In **BGE 101 II 41** hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Teilungsgericht im Rahmen seiner Kompetenzen ein vollstreckbares Urteil zu fällen hat, d.h. ein solches, das die Teilung durchführt und die Verteilung der Erbschaftsgegenstände auf die einzelnen Erben durch die Vollzugsorgane unmittelbar ermöglicht. Der Anspruch aus Art. 604 Abs. 1 ZGB geht aber, Teilungsvorschriften des Erblassers vorbehalten, nur auf Vornahme der Teilung, nicht auch auf Zuweisung bestimmter Objekte. Die Erben haben bei der Teilung gemäss Art. 610 Abs. 1 ZGB alle den gleichen Anspruch auf die Gegenstände der Erbschaft; erst durch die Losbildung und allfällige Losziehung erfolgt die Zuweisung an die einzelnen Erben (Art. 611 ZGB; vgl. zum Ganzen **BGE 101 II 41** E. 4a S. 44 und E. 4b S. 45 mit Hinweis auf **BGE 69 II 369**). Das Gericht fällt ein reformatorisches Urteil, das den Erbteilungsvertrag ersetzt, den die Erben bei Einigkeit abschliessen würden (**BGE 130 III 550** E. 2.1.1 in fine S. 552).

In **BGE 137 III 8** E. 3.4.1 S. 14 f. wurde **BGE 101 II 41** insofern bestätigt, als das Bundesgericht festhielt, "Im Rahmen der Rechtsbegehren hat das Erbteilungsgericht ein vollstreckbares Urteil zu fällen, d.h. die Teilung durchzuführen und die Erbbetreffnisse konkret

BGE 143 III 425 S. 436

zuzuweisen. Es entscheidet über sämtliche Streitfragen und hat umfassende Teilungs- und Zuweisungskompetenz." Daraus kann indes nicht geschlossen werden, das Bundesgericht habe eine über die in Art. 610 ff. ZGB genannten Vorkehren hinausgehende Kompetenz des Erbteilungsgerichts bejaht, nach eigenem Ermessen bestimmte Erbschaftsgegenstände bestimmten Erben zuzuweisen. In **BGE 137 III 8** ging es hauptsächlich um die Frage, ob die Teilungsbehörde vorfrageweise auch Fragen beantworten darf, die in die Zuständigkeit des Teilungsgerichts fallen, und ob nach Rechtshängigkeit der Erbteilungsklage noch die Teilungsbehörde angerufen werden kann. Die "umfassende Teilungs- und Zuweisungskompetenz" des Teilungsgerichts ist als Gegenstück zur beschränkten Kompetenz der Teilungsbehörde zu verstehen, die weder Nachlassgegenstände zuweisen noch sonst wie in die Rechte der Erben eingreifen und beispielsweise auch nicht verbindlich

einen Verkaufserlös verteilen kann, weshalb während eines Verfahrens vor der Behörde die Anrufung des Teilungsgerichts möglich bleibt (E. 3.4.2 S. 15).

Ein ähnlicher Wortlaut wie in **BGE 137 III 8** findet sich im kurz danach gefällten Urteil 5D\_133/2010 vom 12. Januar 2011, welches bestätigte, dass das Erbteilungsgericht im Rahmen der Rechtsbegehren ein vollstreckbares Urteil zu fällen, d.h. die Teilung durchzuführen und die Erbbetreffnisse konkret zuzuweisen hat. Es entscheidet über sämtliche Streitfragen und hat umfassende Teilungs- und Zuweisungskompetenz. Zu den Folgen führte das Bundesgericht aus, dass die Erbteilungsklage zu einem Urteil führt, das - je nach Begehren - den Nachlass vollständig oder partiell teilt und infolgedessen auch die Erbgemeinschaft vollständig oder partiell aufhebt (mit Hinweis auf **BGE 130 III 550** E. 2.1.1 S. 552). Soweit entsprechende Begehren gestellt werden (Hinweis auf **BGE 130 III 550** E. 2.1.3 S. 553) und an deren Beurteilung ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse besteht, kann sich ein Erbteilungsgericht aber auch darauf beschränken, materiell-rechtliche Einzelfragen der Teilung zu entscheiden und damit die Voraussetzung für eine spätere vertragliche Erbteilung zu schaffen (mit Hinweis auf **BGE 123 III 49** betreffend Feststellung der Ausgleichspflicht). Das Bundesgericht hielt weiter fest: "Das Urteil bewirkt dann allerdings weder die Zuweisung bestimmter Nachlassgegenstände noch die Aufhebung der Erbgemeinschaft" (zit. Urteil 5D\_133/2010 E. 4.1). Im Kontext gelesen kann auch hieraus nicht geschlossen werden, das Bundesgericht hätte eine über Art. 610 ff. ZGB hinausgehende

BGE 143 III 425 S. 437

Zuteilungskompetenz bejahen wollen. Im genannten Fall war gerade nicht eine konkrete Zuteilung strittig, sondern es ging um die Frage der Einsetzung eines Erbenvertreters. Die Ausführungen dienten der Begründung, weshalb trotz gerichtlichem Erbteilungsurteil nach wie vor eine Erbgemeinschaft besteht, der ein Erbenvertreter bestellt werden kann (a.a.O., E. 4.2).

Das später ergangene Urteil 5A\_372/2011 vom 4. Oktober 2011 E. 2.1.1 führt sodann unter Hinweis auf **BGE 101 II 41** E. 4b S. 45; **69 II 357** E. 7 S. 369 aus: "L'action en partage (art. 604 CC) tend à ce que le juge ordonne le partage de la succession, auquel les défendeurs s'opposent, et/ou attribue sa part au demandeur. (...) Le juge devra, notamment, déterminer la masse à partager et arrêter les modalités du partage; son jugement (formateur) remplace le contrat de partage que les héritiers concluent normalement." Auch hier wird zwar von Zuweisung gesprochen, aber gerade nicht davon, dass der Richter nach eigenem Ermessen die Zuteilung vornimmt, sondern indem er den Nachlass bestimmt und die Modalitäten der Teilung regelt.

**5.4** Einzig im nicht amtlich publizierten Urteil 5C.87/2000 vom 1. März 2001 E. 4c hatte das Bundesgericht eine Zuweisung nach richterlichem Ermessen zu prüfen und schützte diese im Ergebnis. Das Bundesgericht hielt fest, dass das Kantonsgericht kein Bundesrecht verletzte, indem es die Erbschaftsbestandteile konkret zugewiesen hatte (mit Verweis auf den nicht veröffentlichten Entscheid des Bundesgerichts vom 22. Juni 1995 i.S. N.B. und L.H. gegen J.H. und K.H. mit Hinweisen [Urteil 5C.20/1995 vom 22. Juni 1995]). Es ist präzisierend zu vermerken, dass sich im Fall 5C.87/2000 drei gleichberechtigte Geschwister als Erben gegenüberstanden. Es gab insgesamt vier Liegenschaften, zwei davon landwirtschaftliche Grundstücke, sowie Barguthaben zu verteilen. Das Teilungsgericht wies die beiden landwirtschaftlichen Grundstücke derjenigen Erbin (Klägerin) zu, die diese bereits mehrere Jahre gepachtet hatte. Es stützte sich dabei auf die im Zeitpunkt des Todes des Erblassers (Art. 15 SchIT ZGB) geltenden Bestimmungen für landwirtschaftliche Gewerbe und Grundstücke. Der oben zitierte Satz erfolgte denn auch unmittelbar in diesem Zusammenhang, weshalb er nicht der Verallgemeinerung zugänglich ist. Bestätigt wird dies durch den Verweis auf das Urteil 5C.20/1995 vom 22. Juni 1995, denn im verwiesenen Fall ging es um die Teilung einer Erbschaft nach den Regeln

BGE 143 III 425 S. 438

des bäuerlichen Erbrechts, für welches - damals wie heute - Sonderbestimmungen gelten. Die beiden anderen Grundstücke schlug das Gericht der Schwester zu. Der Bruder erhielt Sparguthaben. Das Bundesgericht erwog (zit. Urteil 5C.87/2000 E. 4/c/bb): "Dass die übrigen Liegenschaften bei dieser Sachlage den Beklagten zugewiesen werden, ergibt sich aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Erben, zumal diese nicht die Versteigerung der Grundstücke beantragen. Die Beklagten können die der Beklagten 1 zugewiesenen Grundstücke auf ihren Wunsch unter sich anders verteilen, als vom Gericht beschlossen." Mithin scheiterte das Anliegen der anderen Erben an den fehlenden zweckdienlichen Rechtsbegehren. Aus den dargelegten Gründen kann auch aus Urteil 5C.87/2000 nicht abgeleitet werden, dass dem Erbteilungsgericht im nicht bäuerlichen Kontext die Kompetenz

zukommt, nach eigenem (sachlichen) Ermessen bestimmte Erbschaftsgegenstände bestimmten Erben zuzuweisen.

**5.5** Zusammengefasst kann das Teilungsgericht nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts die Teilung entsprechend den gesetzlichen Vorgaben vornehmen. Es hat ein reformatorisches Urteil zu erlassen, im Rahmen dessen es den Erben in vollstreckbarer Weise Erbschaftsgegenstände zuweist. Insofern verfügt das Teilungsgericht über eine umfassende Zuweisungskompetenz. Allerdings hat es die gesetzlichen Teilungsregeln zu befolgen, namentlich die Art. 611 und 612 ZGB. Bisher nicht zu entscheiden hatte das Bundesgericht die Frage, ob das Teilungsgericht befugt ist, Erbschaftsgegenstände, namentlich nach Art. 611 Abs. 2 ZGB gebildete Lose, nach eigenem Ermessen an die Erben zuzuweisen.

**5.6** In der jüngeren Lehre finden sich teilweise klare Voten für eine richterliche Zuteilungskompetenz in dem Sinne, dass das Teilungsgericht nach eigenem Ermessen bestimmte Erbschaftsgegenstände - teilweise wird explizit auch von der Zuteilung richterlich gebildeter Lose gesprochen - bestimmten Erben zuweisen kann.

**5.6.1** Die Rolle des Vorreiters nimmt dabei LIONEL HARALD SEEBERGER ein (a.a.O., insb. S. 65 ff., 80 ff.).

Zum Ausgangspunkt führt SEEBERGER aus, nur wenn der Teilungsrichter über die Kompetenz zur direkten Zuweisung verfüge, könnten die Erben im Prozess mit Aussicht auf Erfolg die Zuteilung konkreter Nachlassobjekte verlangen. Werde eine solche direkte Zuweisungskompetenz des Richters bejaht, stelle sich als

BGE 143 III 425 S. 439

nächstlogische Frage jene nach den massgeblichen Zuteilungskriterien; bei Negation richterlicher Zuweisungskompetenzen bleibe offen, wie diesfalls Streitigkeiten der Erben über die gegenständliche Verteilung zu lösen seien (a.a.O., S. 66). Eine Zuteilung durch das Losverfahren lehnt er grundsätzlich ab. Bereits das Wesen des Privatrechts lege weitgehend fest, wie die Zuweisung zu erfolgen habe, nämlich unter Berücksichtigung der Umstände und unter Gebrauch der Vernunft. Zusammengefasst will er eine Losziehung nur als ultima ratio zulassen, wenn in einem konkreten Fall die vernünftige Berücksichtigung der Umstände zu keinem Resultat führe, weil insofern eine tatsächliche Pattsituation bestehe, als mehrere Erben bezüglich des gleichen (strittigen) Gegenstandes als gleichermassen berechtigt erscheinen würden. Hier könne einzig das Schicksal eine Lösung herbeiführen. Er geht davon aus, dass ein solcher Fall nur "äusserst selten" vorliege (a.a.O., S. 76 f.). Wenn der Richter (nur) das Ergebnis einer Verlosung zum Inhalt seines Urteils erhebt, kann seines Erachtens nicht mehr von einer direkten Zuteilung noch von umfassender richterlicher Kompetenz gesprochen werden, da letztlich gerade nicht der Richter, sondern der Zufall entscheide (a.a.O., S. 69). Zur Begründung der von ihm vertretenen umfassenden Zuteilungskompetenz verweist er auch auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, welches die Zuweisungskompetenz des Teilungsrichters bereits früh bejaht habe. Er nennt namentlich **BGE 69 II 357**, 100 II 440 und 101 II 45.

**5.6.2** STEPHAN WOLF (a.a.O., N. 81 zu Art. 604 ZGB) vertritt die Ansicht, dem Erbteilungsgericht müsse eine umfassende und freie Zuteilungskompetenz in dem Sinne zukommen, dass es die Erbteilung gestützt auf sachliche Kriterien wie konkrete Umstände, persönliche Verhältnisse, Interessen der Erben und Ortsgebrauch vornehmen könne. Es sei an die Art. 612 ff. ZGB und an erblasserische Vorschriften (Art. 608 ZGB) gebunden und habe nach Möglichkeit auf den Willen der Mehrheit der Erben Rücksicht zu nehmen. Ebenso habe es den Grundsatz der Gleichbehandlung der Erben (Art. 610 Abs. 1 ZGB) zu berücksichtigen. Hinsichtlich Art. 612 ZGB ergänzt WOLF, dass sich der Erbteilungsrichter an eine ungeteilte Zuweisung gemäss Abs. 1 zu halten habe. Eine (ungeteilte) Zuweisung von Erbschaftssachen sei jedenfalls immer dann zulässig, wenn entsprechende Anträge der Erben vorlägen, selbst wenn Uneinigkeit darüber bestehe, an wen die Zuweisung erfolgen solle. Wenn ein Erbe die Veräusserung verlange, könne der Richter nichtsdestotrotz eine

BGE 143 III 425 S. 440

ungeteilte Zuweisung entgegen dem Willen einzelner Miterben vornehmen, da Art. 612 Abs. 2 ZGB eher als Handlungsanweisung an die Erben zu verstehen und nicht unmittelbar an die Behörde gerichtet sei. WOLF geht mit Hinweis auf LIONEL HARALD SEEBERGER sogar so weit, dass der Richter eine Zuteilung an einen Erben anordnen könne, der die Zuweisung an sich ablehnt (N. 27 zu Art. 612 ZGB; ebenso SEEBERGER, a.a.O., S. 61 und 171).

Der Richter sei nicht an das Losbildungsverfahren nach Art. 611 ZGB gebunden; ihm stehe die Kompetenz zu, die Erbschaftsgegenstände selbständig den einzelnen Miterben unmittelbar zuzuweisen (WOLF, a.a.O., N. 21 zu Art. 611 ZGB). Das Erbteilungsgericht habe die Zuweisung in erster Linie nach objektiven Kriterien und nach pflichtgemäßem Ermessen vorzunehmen; etwas anderes lasse sich kaum mit der dem Gericht zukommenden Stellung vereinbaren ("[e]ine strikte Verweisung des Erbteilungsgerichts auf das Losziehungsverfahren als ausschliessliches Mittel zur Festsetzung der den einzelnen Miterben im Gestaltungsurteil zuzuweisenden Erbschaftsobjekte liesse sich weiter mit der dem Gericht zukommenden Verantwortung und seiner sich in grundsätzlicher Hinsicht aus Art. 1 Abs. 2 ZGB ergebenden Stellung kaum vereinbaren"; vgl. a.a.O., N. 81 zu Art. 604 ZGB). Bei der Zuweisung der Erbschaftssachen könne der Richter nötigenfalls vom Grundsatz der Gleichbehandlung abweichen (a.a.O., N. 17 zu Art. 610 ZGB). Erst wenn objektive, sachliche Kriterien fehlten, und ein bestimmtes Erbschaftsobjekt ebenso gut dem einen wie dem anderen Miterben zugeteilt werden könnte, sei es dem Richter nicht verwehrt, zum Losziehungsverfahren zu schreiten. Der Zufallsentscheid durch das Los könne nur subsidiär, als ultima ratio, in Betracht fallen (a.a.O., N. 81 zu Art. 604 ZGB). Da es weder praktikabel noch attraktiv sei, werde das gesetzliche Losbildungsverfahren kaum je wirklich angewandt (a.a.O., N. 14 zu Art. 611 ZGB). Das ZGB verstehe unter dem Begriff der "Lose" nicht die Erbteile, die konkret den einzelnen Miterben zugewiesen werden sollten, sondern "wertgleiche Häuflein" von Erbschaftsobjekten, wobei grundsätzlich so viele Lose gebildet würden, wie Erben an der Teilung beteiligt seien (a.a.O., N. 15 zu Art. 611 ZGB). Dies sei besonders bei ungleichen Erbquoten unpraktikabel. Die zu bildende Anzahl von Losen habe nämlich zur Konsequenz, dass grosse, wertvolle Erbschaftsobjekte (Art. 612 ZGB) und Sachgesamtheiten (Art. 613 ZGB) nicht in die Lose passen und letztlich im Widerspruch zum gesetzlich vorgesehenen Prinzip der

BGE 143 III 425 S. 441

Naturalteilung (Art. 610 ZGB) versilbert werden müssten (a.a.O., N. 16 zu Art. 611 ZGB). Das Losbildungsverfahren, wie es gesetzlich vorgesehen sei, sei weiter auch unattraktiv, denn welcher Erbe welches Los mit welchem Inhalt zugewiesen erhalte, hänge letztlich vom Zufall ab. So gehe das Konzept des ZGB davon aus, dass die Losbildung unabhängig von den Bedürfnissen und Wünschen der einzelnen Erben - mithin abstrakt und zufällig - erfolge. Hinzu komme, dass nach dem Prinzip der Gleichbehandlung der Erben die Lose möglichst homogen gebildet werden sollten; es sollte also auf jedes Häuflein von allem - Grundstücke, Fahrnis, Forderungen usw. - ein bisschen entfallen, was zu einer weiteren oftmals unangebrachten Aufsplitterung der Erbschaft führe. Anschliessend geschehe die Zuweisung der Lose entweder nach Vereinbarung oder durch "Losziehung" und damit wiederum nach Zufall (a.a.O., N. 17 zu Art. 611 ZGB).

**5.6.3** SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER halten dafür, gerade bei strittigen Verhältnissen solle dem Richter die Kompetenz zugestanden werden, "aufgrund sachlicher Kriterien eine bessere, d.h. die konkreteren Umstände, die persönlichen Verhältnisse und die Interessen aller Erben, allenfalls auch den Ortsgebrauch berücksichtigende Teilung vorzunehmen", damit er den Entscheid nicht dem Zufall (Losziehung) überlassen müsse. Entsprechend unterstützen sie die Idee der so verstandenen umfassenden richterlichen Zuteilungskompetenz (in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 5. Aufl. 2015, N. 7 zu Art. 604 ZGB). Im Gegensatz zur Teilungsbehörde, die keine Zuweisung vornehmen kann, könne der Teilungsrichter einen behördlichen Teilungsplan genehmigen oder aber selbst über die Zuteilung entscheiden (a.a.O., N. 16 f. zu Art. 611 ZGB). Das Losbildungsverfahren sei eine gesetzliche Notlösung (a.a.O., N. 3 zu Art. 611 ZGB).

**5.6.4** Weitere Autoren schliessen sich ohne eigene rechtliche Begründung der Lehrmeinung einer freien richterlichen Zuweisungskompetenz nach pflichtgemäßem Ermessen aufgrund sachlicher Kriterien an (EITEL, a.a.O., S. 351 f., der sich von einer "möglichst optimalen Ressourcenallokation" leiten lässt, nichtsdestotrotz aber darauf hinweist, dass das Bundesgericht sich in den von der Lehre zitierten Entscheiden **BGE 100 II 440** und **BGE 101 II 41** "nicht besonders klar für die gerichtliche Zuweisungskompetenz ausgesprochen" habe; BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, in: Erbrecht, 2. Aufl. 2012, N. 11

BGE 143 III 425 S. 442

zu Art. 604 ZGB). STÉPHANE SPAHR (in: Commentaire romand, Code civil, Bd. II, 2016, N. 27 zu Art. 611 ZGB) führt aus, Art. 611 ZGB stelle für den Richter dispositives Recht dar; der Richter sei frei, zu entscheiden, welches Gut welchem Erben zukommen solle, ohne zu einer Losziehung

schreiten zu müssen. Von einer derartigen richterlichen Kompetenz gehen offenbar auch COUCHEPIN/MAIRE aus, wenn ausgeführt wird, der Richter verfüge über einen weiten Ermessensspielraum und könne auch zu einer Lösung gelangen, die von keiner Partei vorgeschlagen worden sei (in: *Commentaire du droit des successions*, 2012, N. 18 zu Art. 604 ZGB).

**5.6.5** TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO vertreten die Auffassung, dass das Gericht bei entsprechend lautenden Rechtsbegehren die Teilung selber vornehme, wobei ihm gegebenenfalls eine umfassende Zuteilungskompetenz zukomme (Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl. 2015, § 83 N. 11 und 24). In § 83 Fn. 23 ergänzen sie, dass bei aller Bejahung der grundsätzlichen Zuteilungskompetenz des Gerichts die Losziehung entgegen HARALD LIONEL SEEBERGER nicht nur "äusserst selten" vorkommen dürfte.

**5.6.6** Eine Zusammenfassung der Lehre findet sich bei THOMAS WEIBEL (a.a.O., N. 45 zu Art. 604 ZGB), der ebenfalls für eine Zuweisungskompetenz des Erbteilungsgerichts nach richterlichem Ermessen eintritt. Art. 611 ZGB sei für das Erbteilungsgericht dispositiver Natur und das System der Losbildung unattraktiv und unpraktikabel (a.a.O., N. 6 ff. zu Art. 611 ZGB). Schliesslich kann auf die ausführliche Abhandlung von AUDREY LEUBA hingewiesen werden (*Le partage successoral en droit suisse*, ZSR 125/2006 II S. 137 ff.). Sie zeigt die Entwicklung der Lehre vor und nach **BGE 69 II 357** auf. Sie begrüsst die Anerkennung einer umfassenden Zuweisungskompetenz des Erbteilungsgerichts.

**5.7** Ein anderes Bild ergibt das Studium weiterer Autoren, namentlich der älteren Lehre.

**5.7.1** In der ersten Ausgabe des Zürcher Kommentars erläutert ARNOLD ESCHER die Diskussionen in der Expertenkommission, bei Nichteinigung der Erben eine direkte Verteilung und Ausscheidung der Lose durch die Behörde zuzulassen; eine Berücksichtigung dieses Vorschlags sei allerdings aus dem Gesetz nicht ersichtlich. Könnten sich die Erben nicht einigen, reiche das Verlangen auch nur eines Erben, damit zur behördlichen Teilbildung geschritten werde. Könnten sich die Erben über die Modalitäten der Ziehung der Lose nicht

BGE 143 III 425 S. 443

einigen, so sei sodann nicht das ordentliche Gericht, sondern die Behörde zuständig. Die Alternative einer direkten Zuweisung nach richterlichem Ermessen erwähnt er nicht (ESCHER, Zürcher Kommentar, 1912, N. zu Art. 611 ZGB).

**5.7.2** Auch der Berner Kommentar, der heute für die umstrittene Zuteilungskompetenz eintritt, stand früher für eine andere Rechtsauffassung. Die Lösung von PETER TUOR für den Fall, dass sich die Erben über die Losbildung und/oder die Verteilung der Lose uneinig sind, ist kurz und bündig: "Bei Uneinigkeit bestimmt das Gesetz: für die Bildung der Teile: amtliche Vornahme; für die Zuweisung der Teile: Losziehung." (a.a.O., N. 5 zu Art. 611 ZGB). In Bezug auf die Verteilung der einmal gebildeten Lose hält er die Vereinbarung für eine Ausnahme, die Regel sei die Losziehung, wodurch die Entscheidung dem Schicksal anheimgegeben werde. Zur Losziehung müsse Zuflucht genommen werden, sobald die Erben sich nicht auf eine andere Art des Vorgehens einigen könnten. Für das Losziehungsverfahren verweist er auf den Ortsgebrauch (z.B. Ziehung durch die Erben in der umgekehrten Reihenfolge des Alters oder auch durch einen Dritten; vgl. a.a.O., N. 19 zu Art. 611 ZGB). Ausgangslage ist dabei für ihn die Anspruchsgleichheit der Erben. Es gebe prinzipiell nicht Sachen, die mehr dem einen als dem anderen Erben gebühren (a.a.O., N. 2 zu Art. 610 ZGB).

**5.7.3** Die Rechtsauffassung von PETER TUOR wurde von VITO PICENONI weitergeführt. Auf Verlangen eines Erben werde die Behörde mit der Losbildung betraut; im Erbteilungsprozess sei es demgegenüber Sache des Richters, die Lose zu bilden. Sodann übernimmt er die Formel von PETER TUOR. Die Erben seien frei in der Bildung und Zuweisung der Teile. Bei Uneinigkeit bestimme das Gesetz: für die Bildung der Teile: amtliche Vornahme; für die Zuweisung der Teile: Losziehung. Er bestätigt, zur Losziehung müsse Zuflucht genommen werden, sobald die Erben sich nicht auf eine andere Art des Vorgehens einigen (VITO PICENONI, Berner Kommentar, 1964, N. 4 f. und N. 19 zu Art. 611 ZGB). Er macht dabei keine Einschränkung, dass dies nur für die Behörde, nicht aber das Gericht gelten solle.

Im Kommentar zu Art. 604 ZGB weist PICENONI aber darauf hin, es sei umstritten, ob der Richter im Teilungsprozess mit der Aufstellung der rechtlichen Voraussetzungen für das Teilungsgeschäft seine

Aufgabe erfüllt habe, oder er das Teilungsgeschäft selbst durchzuführen, also den Erben die ihnen zukommenden

BGE 143 III 425 S. 444

Nachlassgegenstände im Urteil zuzuteilen habe. Er fasst zusammen, welche Autoren und Bundesgerichtsentscheide für die eine oder andere Lösung sprechen und kommt schliesslich zum Schluss, der Richter müsse ein vollstreckbares Urteil fällen, d.h. ein solches, das die Verteilung der Erbschaftsbestandteile auf die betreffenden Erben durch die Vollzugsorgane unmittelbar ermögliche. Es reiche nicht, wenn ein Urteil bloss die Voraussetzungen für das Teilungsgeschäft schaffe; ein Urteil das sich auf blosser Teilungsvorschriften beschränke, bedeute eine formelle Rechtsverweigerung gegenüber der klagenden Partei. Insofern sprach er sich für eine umfassende richterliche Kompetenz aus (a.a.O., N. 4g zu Art. 604 ZGB).

**5.7.4 HANS MERZ** (Zur Auslegung einiger erbrechtlicher Teilungsregeln, in: Zum schweizerischen Erbrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Peter Tuor, 1946, S. 85 ff.) erinnert an den Grundsatz, wonach jeder Erbe den gleichen Anspruch auf die Gegenstände der Erbschaft hat, und folgert, dass deshalb nicht einzusehen sei, "weshalb der eine eher als der andere" einen bestimmten Nachlassgegenstand erhalten sollte, und es lasse sich "nicht begründen, welche bessere Berechtigung der Teilungsplan des Erben A (...) gegenüber dem die umgekehrte Zuteilung verlangenden Plan des B haben solle" (a.a.O., S. 87 f.). Auf S. 90 führt er weiter aus: "Art. 611 gibt nicht einem Erben ein Vorrecht, einen Anspruch auf eine bestimmte Erbschaftssache; er begründet lediglich den Anspruch auf Durchführung eines bestimmten Verfahrens zur Teilung solcher Erbschaften, die der Quotenteilung nach Art. 610 zufolge ihrer Zusammensetzung nicht zugänglich sind. Dabei beschränkt sich die Zuständigkeit der im Falle der Nichteinigung der Erben zur Entscheidung berufenen Behörde auf die Bildung der Lose und nicht etwa auf ihre Zuteilung an die einzelnen Erben. Es geht dies aus Art. 611 Abs. 2 im Gegensatz zu Abs. 3 mit aller Deutlichkeit hervor und es kann deshalb in dieser Gesetzesbestimmung auch keine Grundlage für die in gewissen kantonalen Einführungsgesetzen anerkannten Vorzugsrechte einzelner Erben auf bestimmte Objekte erblickt werden. (...) Die zwangsweise Durchsetzung von Vorzugsrechten einzelner Erben oder gar die direkte Zuweisung der Lose muss aber als bundesrechtswidrig bezeichnet werden, soweit sie sich auf Art. 611 ZGB stützt." HANS MERZ wirft allerdings die Frage auf, inwiefern es notwendig sei, für die blosser Losbildung auf die in Art. 611 Abs. 2 ZGB aufgezählten Entscheidungskriterien des Ortsgebrauches, der persönlichen Verhältnisse und der Wünsche der Erbenmehrheit abzustellen.

BGE 143 III 425 S. 445

Darin stecke vielleicht gerade - abgesehen von der Möglichkeit der Herbeiführung einer Verständigung - eine feine psychologische Überlegung, indem die Behörde verhalten werde, um so sorgfältiger auf eine gleichwertige und qualitativ gleichartige Zusammensetzung der Lose bedacht zu sein. Er erblickt darin die Absicht, den Grundsatz der Gleichberechtigung der Erben nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten (a.a.O., S. 91). Sodann erläutert er: "Es mag scheinen, als ob die Durchsetzung des in Art. 611 ZGB verankerten Anspruchs auf schicksalsmässige Zuteilung der Erbanteile zu derartigen Schwierigkeiten Anlass gebe, dass er aus praktischen Erwägungen aufgegeben und der zuständigen Instanz das Recht auf direkte Zuweisung der Lose gegeben werden müsste. (...) Dem ist entgegenzuhalten, dass es nicht grössere Anforderungen an die zuständige Instanz stellt, gemäss den oben entwickelten Grundsätzen Lose zu bilden, als entsprechende direkte Zuteilungen vorzunehmen. Die wertmässige Zusammensetzung der Teile bedarf in beiden Fällen der genau gleich sorgfältigen Prüfung. Es steht nicht im Widerspruch zu der hier vertretenen Auffassung, wenn die im Teilungsverfahren (Art. 611 Abs. 2, eventuell nach Art. 609 ZGB) angerufene Behörde einen eigentlichen Teilungsplan mit Zuweisung der Erbschaftsgegenstände an die einzelnen Erben aufstellt, sofern nur dieser Plan den Charakter eines Entwurfes behält, den die Erben anzunehmen oder zu verwerfen frei sind. Es entspricht dies der Rolle, welche nach der bundesgerichtlichen Praxis der vom kantonalen Recht zur Mitwirkung bei der Teilung berufenen Behörde (Art. 609 Abs. 2 ZGB) ganz allgemein zusteht. Sie soll die einer Einigung der Erben im Wege stehenden Schwierigkeiten zu beheben suchen, darf aber in keiner Weise die ihnen durch Bundesrecht vorbehaltenen Ansprüche beeinträchtigen" (a.a.O., S. 94).

**5.7.5 PAUL PIOTET** (Partage judiciaire et constitution de propriétés par étages, ZSR 113/1994 I S. 207 ff., insb. 209 f. inkl. Fn. 13 und 14) kritisiert zunächst den - möglicherweise falsch verstandenen - Hinweis von JEAN NICOLAS DRUEY (Grundriss des Erbrechts, 3. Aufl. 1992, § 16 N. 89), wonach

das Bundesgericht in **BGE 100 II 440** erstmals die Möglichkeit des Teilungsgerichts einer direkten Zuweisung ohne Losziehung anerkannt habe. Das Bundesgericht habe dort ausschliesslich über die Methoden für die Losbildung entschieden. "Jamais, en dehors du droit successoral paysan et en l'absence d'une règle de partage posée par le de cujus, le Tribunal fédéral n'a attribué directement des biens dans un partage successoral."

BGE 143 III 425 S. 446

Ferner hält PAUL PIOTET unter Hinweis auf **BGE 94 II 231** E. 5 fest, zurecht stelle das Bundesgericht das Teilungsgericht ("le juge du partage") und die Teilungsbehörde ("l'autorité de partage stricto sensu") in Bezug auf die Lösungen, die sie wählen könnten, auf die gleiche Stufe ("sur le même pied"; a.a.O., S. 210). Schliesslich führt er aus: "Les règles sur le partage de la succession, posées aux art. 602 ss CC, et en particulier les art. 611 et 612 CC, lient aussi bien le juge du partage que l'autorité de partage distincte de lui. On ne voit pas comment, par exemple, le juge serait lié par les art. 612a-618 CC, mais pas par les art. 611 et 612 CC. Rien dans la loi ne permet de faire cette distinction."

**5.7.6** Zu den Gegnern einer freien Zuweisungskompetenz zu zählen ist wohl auch TARKAN GÖKSU, der eine Zuweisung nach richterlichem Ermessen aus zivilprozessualen Überlegungen ablehnt; zumindest soweit eine solche - wie vorliegend - nicht von den Parteienanträgen gedeckt ist (vgl. vorstehend E. 4.7). Er führt ein Beispiel an, in dem zwei Erben die Zuweisung der erblasserischen Liegenschaft beantragen und das Gericht nun dem einen Erben antragsgemäss die Liegenschaft, dem anderen Erben aber auch ohne solchen Antrag andere Nachlassobjekte zuweisen können soll (a.a.O., S. 142). Im Falle einer Losbildung erachtet er es im Übrigen als ausreichend, wenn der Erbteilungskläger für den gesamten Nachlass oder Teile davon die Bildung "gleich grosser" Lose und die Zuweisung eines Loses an sich selbst beantrage, ohne den genauen Inhalt der einzelnen Lose oder des ihm zuzuweisenden Loses zu präzisieren. Der Richter verfüge "sowohl bei der Bildung der einzelnen Lose als auch der Zuweisung der Lose (direkte Zuweisung durch das Gericht oder Anordnung der Losziehung; vgl. Art. 611 Abs. 3 ZGB)" über ein Rechtsfolgeermessen. Aufgrund der Dispositionsmaxime dürfe das Gericht aber nicht von Amtes wegen, d.h. nicht ohne Antrag einer Partei, eine Losziehung anordnen. Mangels Antrag einer Partei müsse eine Losziehung ausbleiben, selbst wenn dies aufgrund der materiellen Rechtslage angezeigt wäre (a.a.O., S. 145 f.).

**5.8** Weitere Autoren äussern sich nur indirekt oder in kommentierender Weise zur Frage.

**5.8.1** Von den frühen Kommentatoren äussern sich namentlich ROSSEL/MENTHA (Manuel du droit civil suisse, 2. Aufl. 1922-1931, Bd. II, Livre Troisième, Des Successions, Du mode de partage, N. 1127 ff. S. 222 ff., insb. N. 1134 f. S. 230 f.) und ANDREAS KUONI (a.a.O.,

BGE 143 III 425 S. 447

S. 250, 259 ff.), soweit ersichtlich, nicht explizit zur Frage, ob der Teilungsrichter gleichermassen wie die Behörde an das Losziehungsverfahren gebunden sei resp. stellte sich für sie infolge der Kompetenzteilung zwischen Behörde und Gericht (hierzu vorstehend E. 4.2) möglicherweise die Frage gar nicht. ANDREAS KUONI sagt lediglich im Absatz "Teilungsanspruch 604", die Teilung selber erfolge nach den hierfür aufgestellten Grundsätzen; er verweist auf Art. 607 ff., 654 ZGB(a.a.O., S. 250).

**5.8.2** Ohne eine eigene Meinung zu äussern, weisen BEUSCH-LIGGENSTORFER/DORJEE-GOOD/GELLIS darauf hin, dass der Umfang der richterlichen Teilungskompetenz strittig sei. Die herrschende Lehre gehe heute von einer umfassenden und freien Zuteilungskompetenz aus; demnach sei das Gericht nicht an das Losverfahren nach Art. 611 ZGB gebunden, sondern entscheide - unter Beachtung der gesetzlichen und erblasserischen Teilungsvorschriften sowie unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Erben - aufgrund sachlicher Kriterien (in: ZGB, Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl. 2016, N. 6 zu Art. 604 ZGB).

**5.8.3** Gemäss PAUL-HENRI STEINAUER dient die Teilungsklage dazu, dass das Gericht sich über die Teilung ausspreche, wenn sich die Erben nicht über deren Modalitäten einigen (Le droit des successions, 2. Aufl. 2015, § 52 Rz. 1283). Im Zusammenhang mit den Kompetenzen des Teilungsrichters verweist er auf TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl. 2009, § 82 N. 23) und LIONEL HARALD SEEBERGER (a.a.O., S. 219 § 52 Fn. 79 zu Rz. 1273).

**5.8.4** In seiner Besprechung der Dissertation von LIONEL HARALD SEEBERGER führt JEAN NICOLAS DRUEY (AJP 4/1993 S. 479 f.) aus, es treffe sicher zu, dass das Zufallsprinzip von Art. 611 Abs. 3 ZGB aus den Anschauungen "unserer" Zeit heraus einen geradezu brutalen Anstrich erhalte, und doch solle das Zurückgreifen des Gesetzes auf dieses Prinzip nicht einfach verdrängt werden. Es lasse sich durchaus mit guten Gründen für die Tauglichkeit des Zufallsprinzips argumentieren. "Wenn zwei Kinder, sie Kunsthistorikerin und er Zahnarzt, um das schönste Bild im Nachlass streiten (sie schätzt den Maler besonders, er hätte gern etwas Schönes ins Wartezimmer), so ist es eine Überanstrengung des Rechts, von ihm justitiable Massstäbe für die Zuteilung zu erwarten. Entweder gelangen wir zur Kadijustiz oder zum Zufallsentscheid. Der Zufallsentscheid

BGE 143 III 425 S. 448

kann für sich beanspruchen, die konsequenteste Verwirklichung des Erben-Gleichbehandlungsprinzips zu sein." Er weist auch auf den Widerspruch hin, dass LIONEL HARALD SEEBERGER zwar Art. 611 Abs. 2 ZGB als Orientierung für den Richter betrachte, Abs. 3 derselben Bestimmung aber nur für die Behörde gelten solle. Der Richter gehe im Falle einer Losziehung nicht seiner Kompetenzen verlustig. Er wirft schliesslich die Frage auf, ob dem Richter die Wahl des Vorgehens offengelassen werden könnte.

An anderer Stelle führt JEAN NICOLAS DRUEY aus, es sei dem Teilungsrecht des ZGB keinerlei Anhaltspunkt zu entnehmen, dass es bei der Teilungsklage eine Ausnahme zum Konzept der Entscheidung durch den Zufall geben solle. Er vermutet dahinter eine Idee des Einigungszwangs (Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl. 2002, § 16 N. 89). Gleichzeitig hält er unter Hinweis auf **BGE 101 II 41**, **BGE 101 II 45** f. dafür, die Erben könnten Zuweisungsanträge bezüglich spezifischer Nachlassobjekte stellen. Zunächst seien die Kriterien nach Art. 611 Abs. 2 ZGB zu prüfen. Wenn diese für die Entscheidung nicht "konkret genug" seien, habe der Richter zur Losziehung nach Abs. 3 zu greifen (a.a.O., § 16 N. 89).

**5.9** Den Gegnern des Losbildungsverfahrens ist gemeinsam, dass sie ein Gestaltungsurteil nach der "Vernunft" des Richters dem Zufallsentscheid vorziehen. Sie treten damit in ein Spannungsverhältnis mit dem vom Bundesgericht als oberste Richtschnur des Teilungsrechts bezeichneten Grundsatz der Anspruchsgleichheit (Art. 610 Abs. 1 ZGB; **BGE 112 II 206** E. 2b S. 211; **66 II 238** S. 241 ff.; vgl. hiervor E. 4.3). Es fällt auf, dass insbesondere Autoren, die anfangs des 20. Jahrhunderts publizierten und möglicherweise den Zeitgeist bei Erlass des ZGB noch unmittelbarer mittrugen, die Anspruchsgleichheit hervorhoben (insb. KUONI, ESCHER SEN., TUOR, MERZ; siehe hiervor). STEPHAN WOLF nimmt eine Abweichung von der Anspruchsgleichheit ausdrücklich in Kauf (a.a.O., N. 17 zu Art. 610 ZGB). LIONEL HARALD SEEBERGER setzt sich, soweit ersichtlich, nicht einlässlich mit der Vereinbarkeit seines Vorschlages mit dem Grundsatz der Anspruchsgleichheit auseinander. Immerhin führt er aus, es dürfte nur äusserst selten vorkommen, dass "mehrere Erben bezüglich des gleichen Gegenstandes gleichermassen berechtigt" wären. Mithin unterstellt er, dass Erben mit Bezug auf gewisse Erbschaftsgegenstände "besser" berechtigt sein können als andere (a.a.O., S. 76). Der Widerspruch zu Art. 610 ZGB ist offensichtlich.

BGE 143 III 425 S. 449

An der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die Anspruchsgleichheit oberste Richtlinie des Teilungsrechts ist, ist aber festzuhalten.

Hinzu kommt, dass unklar bleibt, was die Autoren, die sich für einen "Vernunftentscheid" anstelle einer Losziehung aussprechen, unter Vernunft verstehen. Objektive Kriterien spielen im Erbrecht insofern eine untergeordnete Rolle, als der Erblasser frei über die Erbschaftsgegenstände verfügen kann. Ein Schutz vor "unvernünftigen" Teilungsvorschriften des Erblassers besteht nicht, resp. nur insofern, als die unter sich einigen Erben sich über die Teilungsvorschriften des Erblassers hinwegsetzen können. Gerade in den umstrittenen Fällen, wo also zwei oder mehr Erben denselben Gegenstand für sich beanspruchen, ist es unrealistisch, klare Entscheidungskriterien zu erwarten. Vielmehr wird jeder seine Gründe vorbringen, weshalb ihm die Sache zuzuweisen sei. Angesichts des Fehlens allgemeingültiger Zuweisungskriterien im Gesetz ergäbe sich je nach Richter eine eigene Gewichtung. Was für den einen Richter ein sachliches Zuweisungsargument wäre, bliebe bei einem anderen unbeachtet. Gewisse Richtlinien vermöchte wohl Art. 611 Abs. 2 ZGB zu geben, der bei der Bildung der Lose zu beachten ist. Allerdings zeigt gerade diese Notlösung ein weiteres Spannungsfeld auf, soll doch Art. 611 Abs. 2 ZGB für den Richter gelten, während eine Bindung des Richters an Absatz 3 derselben Bestimmung verneint wird. Auch wenn der Gesetzestext in der Bestimmung nicht

ausdrücklich vom "Gericht" spricht, ist nicht ersichtlich, weshalb alle Bestimmungen des Teilungsrechts für den Richter gelten sollten, ausser Art. 611 Abs. 3 ZGB zur Losverteilung. Eine solche Ausnahme ist weder aus dem Gesetzestext noch aus den Materialien ersichtlich, und - wie aufgezeigt - auch nicht aus der Rechtsprechung.

Demnach ist das Teilungsgericht dazu berufen, auf Antrag eines Erben hin Lose zu bilden (Art. 611 Abs. 2 ZGB). Einigen sich die Erben nicht über die Zuteilung der so gebildeten Lose - oder auf ein anderes Vorgehen -, so hat eine Losziehung gemäss Art. 611 Abs. 3 ZGB stattzufinden, wenn die Erben die Durchführung der Teilung und nicht lediglich die Behandlung einzelner Teilaspekte der Erbteilung verlangt haben. Anders als die Teilungsbehörde kann der Richter das Ergebnis der Losziehung in sein Urteil aufnehmen und so die Erbteile verbindlich den Erben zuweisen, womit die Forderung nach einem vollstreckbaren Urteil erfüllt ist. Damit besteht auch keine Gesetzeslücke, die Raum böte, dem Teilungsgericht über

BGE 143 III 425 S. 450

das Gesetz hinausgehende Kompetenzen zuzugestehen. Zwar kann das Losbildungsverfahren bei ungleichen Erbquoten dazu führen, dass grössere, wertvolle Erbschaftssachen und Sachgesamtheiten nicht in die Lose passen und zu Lasten des Prinzips der Naturalteilung versilbert werden müssen. Dies ist insofern in Kauf zu nehmen, als das Prinzip der Erbgleichheit vorgeht und das Gesetz diese Fälle in Art. 612 ZGB auch explizit regelt. Überdies ist auf die kreativen Ansätze in der Lehre zu verweisen, wie dem Problem mit den zu kleinen Losen begegnet werden kann (hierzu nachfolgend E. 6).

Gegen eine freie Zuweisungskompetenz des Richters spricht auch, dass Erben von vornherein (Teilungsvorschriften des Erblassers und Sondervorschriften des Gesetzes vorbehalten) nicht die Zuteilung konkreter Nachlassobjekte verlangen können, da der Anspruch aus Art. 604 Abs. 1 ZGB nur auf Vornahme der Teilung, nicht aber auf Zuweisung bestimmter Objekte geht (BGE 101 II 41 E. 4b S. 44 f.). Auch die Herabsetzungsklage ist nur möglich, wo ein Pflichtteilserbe "nicht dem Werte nach" erhalten hat, was ihm gebührt (Art. 522 Abs. 1 ZGB). Dabei ist JEAN NICOLAS DRUEY beizupflichten, dass der Zufallsentscheid für sich beanspruchen kann, die konsequenteste Verwirklichung des Erben-Gleichbehandlungsprinzips zu sein (oben E. 5.8.4). Es kann auch nicht von der Hand gewiesen werden, dass der Weg über das Losbildungsverfahren insofern Streitbeilegungspotenzial hat, als es den Erben Raum bietet, doch noch eine Einigung zu finden. Soweit die abweichenden Lehrmeinungen schliesslich darin gründen, dass das Losbildungsverfahren unpraktikabel und nicht mehr zeitgemäss sei und dem Richter bereits aus diesem Grund weitergehende Kompetenzen eingeräumt werden müssten, ist festzuhalten, dass dies nichts daran ändert, dass das Gesetz für Fälle, in denen sich Erben über die Zuweisung von Erbschaftssachen nicht einig sind, klare Vorgaben für die Vorgehensweise aufgestellt hat. Deren Änderung wäre nicht Aufgabe der Rechtsprechung, sondern des Gesetzgebers. Soweit ersichtlich, gewährt aber auch die laufende Revision des Erbrechts dem Richter keine weitergehenden Zuweisungskompetenzen (vgl. Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs [Erbrecht] und Medienmitteilungen des Bundesrats vom 4. März 2016 und 10. Mai 2017; alle Dokumente einsehbar im Onlinedossier des Bundesamts für Justiz: [www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html](http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html); zuletzt besucht am 22. Mai 2017).

BGE 143 III 425 S. 451

Zusammengefasst ist kein zwingendes Argument der Befürworter einer freien richterlichen Zuweisungskompetenz ersichtlich, weshalb der Erbteilungsrichter nicht an Art. 611 Abs. 3 ZGB gebunden sein soll, abgesehen von den im Gesetz selber vorgesehenen, vorliegend aber nicht gegebenen Ausnahmen (vgl. oben E. 4.3, 5.2). Sind die Voraussetzungen für eine Anwendung von Art. 611 ZGB erfüllt, kann der Richter den Erben nicht nach eigenem Gutdünken Erbschaftsgegenstände zuweisen.

**5.10** Demnach hätte die Vorinstanz 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 direkte Zuweisung der Lose nach eigenem richterlichem Ermessen hat sie Bundesrecht verletzt.

**6.**

**6.1** Vor Bundesgericht verlangt der Beschwerdeführer nur noch die (interne) Versteigerung. Der Antrag ist insofern widersprüchlich, als er am 22. Juli 2011 beim Einzelrichter am Bezirksgericht Plessur ein Verfahren auf "Mitwirkung der zuständigen Behörde nach Art. 611 Abs. 2 ZGB" eingeleitet hat, also grundsätzlich selbst eine Losbildung beantragt hat, allerdings dann den Schluss zog, dass eine solche angesichts der Erbquoten nicht möglich sei. Ebenso bezogen sich die Miterbinnen auf Art. 611 ZGB. Auch nach der Überweisung an das Bezirksgericht Plessur behielt der Beschwerdeführer den genannten Titel bei (vgl. Sachverhalt B.b). Vor diesem Hintergrund hat das Kantonsgericht mithin vorab weiter den Weg der Losbildung zu beschreiten. Damit stellt sich die Frage nach der konkreten Losbildung. Der Beschwerdeführer hat auch die Zusammensetzung der Lose als unzulässig kritisiert. Seiner Ansicht nach hätte die Vorinstanz angesichts der unterschiedlich hohen Erbquoten nicht nur drei, sondern 192 "Häufchen" bilden müssen (nicht publ. E. 3.2).

**6.2** Dazu sei in Erinnerung gerufen, dass dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin gemäss Urteil des Bezirksgerichts Plessur vom 14. Dezember 2010 am Nachlass von Vater und Bruder ein Erbanteil von je 65/192 und der inzwischen verstorbenen Mutter ein solcher von 62/192 zustand (vgl. Sachverhalt B.a). Die Vorinstanz berechnete ausgehend vom zu teilenden Nachlassvermögen (Fr. 6'171'702.-) den Wert der Erbquoten (Beschwerdeführer und Beschwerdegegnerin je 65/192, d.h. Fr. 2'089'378.-; Mutter 62/192, d.h. Fr. 1'992'946.-). Anschliessend bildete sie durch direkte

BGE 143 III 425 S. 452

Zuweisung faktisch drei Lose: zwei Lose mit dem Wert von Fr. 2'089'378.-, wobei eines davon mit einer Ausgleichszahlung von gut Fr. 110'000.- verbunden war, und ein Los mit dem Wert von Fr. 1'992'946.-. Das kleinere Los teilte die Vorinstanz der Erbengemeinschaft der Mutter zu, die grösseren Lose verteilte sie unter den Geschwistern. Insofern hat sie die Erbquoten eingehalten. Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass die Ausgleichszahlung im Bereich des von der Rechtsprechung Tolerierten lag; die Beschwerdegegnerin, welcher das betreffende Los zugeteilt wurde, akzeptierte diese im Übrigen, hat sie ihrerseits doch nicht den Weg ans Bundesgericht gesucht.

**6.3** Einigen sich die Parteien - nunmehr in Kenntnis der Rechtslage - auf eine Verteilung der von der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid vorgeschlagenen Lose, können die Lose ohne weiteres wie von der Vorinstanz vorgeschlagen übernommen werden. Dies steht den Parteien frei. Die Parteien können sich auch jederzeit auf ein anderes Vorgehen einigen, wodurch die Notwendigkeit einer Losbildung gänzlich entfielen (z.B. Teilungsvertrag, Verkauf oder Versteigerung eines oder mehrerer Teile der Erbschaft; Weiterführung der Erbengemeinschaft u.a.). Den Parteien eröffnen sich insofern weitere Möglichkeiten, als zwei sich überlagernde Nachlässe vorliegen. Kommt es indes zu einer Losziehung nach Art. 611 Abs. 3 ZGB, hat die Vorinstanz neue Lose zu bilden. Fiele das für die Mutter zugedachte kleinere Los nämlich dem Beschwerdeführer oder der Beschwerdegegnerin zu, würden diese wertmässig benachteiligt. Die Vorinstanz hat die Lose so zu bilden, dass die Ziehung die Erbquoten gewährleistet. Für den Fall dass Miterben ungleiche Erbquoten zustehen, halten VIRGILE ROSSEL/FRÉDÉRIC-HENRI MENTHA pragmatisch fest, es seien so viele Lose zu bilden, dass eine eventuelle Losziehung stattfinden könne (a.a.O., N. 1135 S. 231). In der Lehre werden kreative Ansätze aufgezeigt, wie bei ungleichen Erbquoten Lose gebildet werden könnten, damit die Grundsätze der Erbgleichheit und der Zuweisung in natura möglichst verwirklicht werden (vgl. beispielsweise MERZ, a.a.O., S. 85 ff., S. 92 ff.; PAUL PIOTET, L'attribution directe et la formation des lots dans le partage successoral, JT 1975 I S. 553 ff., 557 f.; ELMIGER, a.a.O., S. 14; oder bereits ansatzweise TUOR, a.a.O., N. 5 zu Art. 611 ZGB). Zu denken ist beispielsweise daran, dass drei Lose à 62/192 (zu verteilen an die beiden Geschwister und die Erbengemeinschaft der Mutter) und zwei à 3/192 (zu verteilen an die beiden Geschwister) gebildet werden.

BGE 143 III 425 S. 453

Aufgrund der konkreten Verhältnisse im vorliegenden Fall ist sodann auch die Bildung dreier gleich grosser Lose nicht von vornherein ausgeschlossen. Da Beschwerdeführer und Beschwerdegegnerin gleichermassen am Nachlass der Mutter partizipieren, würde auch bei dieser Variante unabhängig vom Ausgang der Losziehung keiner der noch beiden lebenden Erben gegenüber dem anderen wertmässig benachteiligt. Es obliegt nicht dem Bundesgericht, hier dem Kantonsgericht vorzugreifen, dem bei der Bildung der Lose ein Ermessen zukommt.

Kommt die Vorinstanz zum Schluss, dass eine Losbildung nach Art. 611 ZGB im konkreten Fall nicht möglich ist, wäre angesichts des Antrags des Beschwerdeführers nach Art. 612 ZGB vorzugehen. (...)