

# ZH\_OBERGERICHT LB190011 vom 10. Oktober 2019

ZH Obergericht, 2019-10-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB190011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB190011)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB190011 du 10 octobre 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LB190011 del 10 ottobre 2019

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind Erben des am tt.mm.2008 verstorbenen K.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Erblasser). Im Rahmen der bisherigen partiellen Erbteilung sind verschiedene Nachlassobjekte verteilt worden, und drei gesetzliche Erben schieden mittels partiellen Erbteilungsvertrags vom 21. Dezember 2010 (act. 4/2; nachfolgend: Erbteilungsvertrag) aus der Erbengemeinschaft aus. Dabei überliessen sie die Liegenschaft an der ...-Strasse ... in I.\_\_\_\_\_ den Parteien des vorliegenden Verfahrens zu Gesamteigentum. Die Teilung der Liegenschaft ist zwischen den Parteien strittig.

### E. 2

Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel (in Tat- und Rechtsfragen) frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4); blosser Verweise auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgebrachten genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso

- 18 - wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragenen Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (vgl. BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Entsprechend muss ein Berufungskläger zwar darlegen, dass und inwiefern die Vor-

instanz das Recht aus seiner Sicht unrichtig angewendet hat, zutreffen muss die Begründung – um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwirken – aber nicht (vgl. zur ebenfalls vollen Kognition der Beschwerdeinstanz in Rechtsfragen OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./3). Mit anderen Worten muss die Rechtschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten, wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird (vgl. etwa OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

### **E. 3**

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen

- 19 - will, hat darzutun und zu beweisen, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Im Falle unechter Noven hat sie namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorbringen können (vgl. BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017, E. II./3; LB170028 vom 30. November 2017, E. II./1.2; LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1b; LB130063 vom 17. September 2014, E. II./2; LB140014 vom 3. Juni 2014, E. III./2).

#### **E. 3.1**

In BGE 143 III 425 ff. hat das Bundesgericht die Grundsätze des Erbschaftsrechts und die Befugnisse des Teilungsgerichts behandelt. Gemäss Regeste ist das Teilungsgericht 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.

- 22 - Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Vor Bezirksgericht hatte der Beschwerdeführer die Teilung der Nachlässe seines verstorbenen Vaters sowie eines verstorbenen Geschwisters unter Mitwirkung der zuständigen Behörde nach Art. 611 Abs. 2 ZGB verlangt und beantragt, die Nachlassgegenstände seien unter den Erben (nebst dem Beschwerdeführer seine Schwester sowie seine Mutter), eventuell öffentlich zu versteigern. Seine Miterben beantragten, auf das Gesuch nicht einzutreten, eventualiter dieses abzuweisen. Sie ersuchten ihrerseits um die Bildung von Losen und erläuterten, wie diese zu bilden und wie die Lose den Erben zuzuteilen seien. Das Bezirksgericht ordnete in seinem Urteil die Teilung der Nachlässe sowie eine interne Versteigerung der Nachlassgegenstände an. Kurz darauf verstarb die Mutter. Die Schwester gelangte ans Kantonsgericht und beantragte wie vor erster Instanz eine (konkrete) Losbildung und die Zuteilung dieser Lose an die Erben, der Beschwerdeführer blieb ebenfalls bei seinen erstinstanzlichen Anträgen. Das Kantonsgericht stellte die güterrechtlichen Ansprüche der verstorbenen Mutter fest und wies dem Bruder, der Schwester sowie den beiden (gemeinsam) als Erbengemeinschaft der Mutter bestimmte Erbschaftsgegenstände direkt zu und ordnete Ausgleichszahlungen an. Das Bundesgericht erwägt, es habe sich in der Vergangenheit mehrmals zur Thematik geäußert und dabei etwa festgehalten, das Erbteilungsgericht habe im Rahmen der Rechtsbegehren ein vollstreckbares Urteil zu fällen, d.h. die Teilung durchzuführen und die Erbbetreffnisse konkret zuzuweisen; es entscheide über sämtliche Streitfragen und habe umfassende Teilungs- und Zuweisungskompetenz

(E. 5.3 unter Verweis auf BGE 137 III 8 sowie BGer 5D\_133/2010 vom 12. Januar 2011, E. 4.1). Daraus könne indes nicht geschlossen werden, das Bundesgericht habe damit die Kompetenz des Erbteilungsgerichts bejaht, nach eigenem Ermessen bestimmte Erbschaftsgegenstände bestimmten Erben zuzuweisen (E. 5.3, Hervorhebung hinzugefügt). Diese Frage sei vielmehr bisher vom Bundesgericht noch nicht zu entscheiden gewesen (E. 5.5). Nach Abwägung der verschiedenen Lehrmeinungen kommt das Bundesgericht sodann zum Schluss, dass das Gericht, wo die Voraussetzungen für eine Anwendung von Art. 611 ZGB erfüllt sind, nicht nach eigenem Gutdünken Erbschaftsgegenstände zuweisen könne (E. 5.9 f.).

- 23 -

### **E. 3.2**

Das Urteil des Bundesgerichts ist jedenfalls aus prozessualen Gründen zutreffend. Das Kantonsgericht verletzte mit seiner Entscheidung nämlich die auch im Erbteilungsprozess gültige Dispositionsmaxime, war doch die vorgenommene Zuweisung nicht von den Parteianträgen gedeckt (E. 4.7 und E. 5.7.6, je mit weiteren Hinweisen; das steht im Einklang mit der bestehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wie sie in BGE 137 III 8 E. 3.4.1 formuliert ist: "Im Rahmen der Rechtsbegehren hat das Erbteilungsgericht ein vollstreckbares Urteil zu fällen, d.h. die Teilung durchzuführen und die Erbbetreffnisse konkret zuzuweisen. Es entscheidet über sämtliche Streitfragen und hat umfassende Teilungs- und Zuweisungskompetenz" [Hervorhebung hinzugefügt]). Im vorliegenden zu beurteilenden Fall verhält es sich insofern anders als im Fall von BGE 143 III 425 ff., als der Beklagte mit seinem in der Duplik eingebrachten Eventualbegehren genau das verlangt hatte, was die Vorinstanz entschied, nämlich die Zuweisung des Grundstücks an ihn zu Alleineigentum. Trotzdem muss der vom Bundesgericht in BGE 143 III 425 ff. publizierte Entscheid auch in der vorliegenden Konstellation Gültigkeit haben: Art. 611 Abs. 3 ZGB sieht vor, dass die – gegebenenfalls vom Gericht gebildeten – Lose nach Vereinbarung oder durch Losziehung unter den Erben verteilt werden, von einer Zuteilung durch die Behörde resp. durch das Gericht ist nicht die Rede. Das muss gemäss BGE 143 III 425 grundsätzlich auch gelten, wo im Prozess ein einzelner Miterbe eine bestimmte Zuteilung verlangt. Die Losziehung unter den Erben ist seiner Intention nach ein Mittel, um dem Grundsatz der Anspruchsgleichheit zum Durchbruch zu verhelfen (BGE 97 II 11 E. 3; BGE 143 III 425 E. 4.5 m.w.H.), das lediglich hinter eine Vereinbarung über die Losverteilung zurückzutreten hat (zur Frage, ob die Erben vorliegend eine solche Vereinbarung getroffen haben nachfolgend Ziff. 4). Das in BGE 143 III 425 publizierte Urteil ist in der Lehre auf teilweise heftige Kritik gestossen, weil es die Kompetenz des Teilungsgerichts im Vergleich zur bisherigen Praxis ganz erheblich einschränke (vgl. WOLF, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017, Erbrecht, ZBJV 154/2018 S. 405 ff., 415 ff. m.w.H.), was indes, wie auch von WOLF eingeräumt wird (a.a.O., S. 418 f.), am faktisch verbindlichen Charakter dieses Entscheids nichts zu ändern vermag.

- 24 - Die direkte, integrale Zuweisung des Grundstücks an den Beklagten durch die Vorinstanz als das angerufene Teilungsgericht war demnach gemäss geltender bundesgerichtlicher Rechtsprechung unzulässig.

### **E. 4**

Das vorinstanzliche Urteil verletzt indes auch abgesehen von der soeben referenzierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung die gesetzlichen Teilungsvorschriften von Art. 610 ff. ZGB.

#### **E. 4.1**

Die Erben können, wo es nicht anders angeordnet ist, die Teilung der Erbschaft frei vereinbaren (Art. 607 Abs. 2 ZGB). Einigen sich die Erben, können sie sich sogar über Teilungsvorschriften des Erblassers hinwegsetzen (BGE 143 III 425 E. 4.2, mit zahlreichen Hinweisen). 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). Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz zutreffend (und im Übrigen auch unangefochten) festgestellt, dass der Erblasser keine Teilungsvorschriften erlassen hat (act. 85 S. 63). Sie hat sodann geprüft, ob unter den Erben eine Einigung zustande gekommen sei (act. 85 S. 63 ff.). In Auslegung von Ziff. 16 des Erbteilungsvertrags kommt die Vorinstanz dabei zum Resultat, dass "zumindest über das Eventualbegehren des Beklagten" [die Zuweisung des gesamten Grundstücks an den Beklagten im Alleineigentum, Anmerkung hinzugefügt] "eine Einigung zustande gekommen ist" (act. 85 S. 68). Dieses Auslegungsergebnis lässt mit Blick auf den ausgelegten Vertragstext aufmerken (Wiedergabe von Ziffer 16 oben, Ziff. 1): Vereinbart war, das Grundstück werde zu einem späteren Zeitpunkt aufgeteilt, wobei der Beklagte die Hausliegenschaft mit dem Gebäude Assek.-Nr. 3 samt dem dazu notwendigen Hausumschwung zu Alleineigentum erhalten sollte, die weiteren vier Erben (also die Kläger) den nordwestlich vom Gebäude gelegenen, noch abzuparzellierenden Hausumschwung im Gesamteigentum, um darauf eine neue Überbauung zu realisieren.

#### **E. 4.2**

Anknüpfungspunkt der vorinstanzlichen Vertragsinterpretation ist folgende Passage in Ziffer 16 des Erbteilungsvertrags (vgl. oben, Ziff. 1): "Flächenunterschiede zwischen Hausliegenschaft und Baulandgrundstück sind untereinander

- 25 - zu Fr. 622.30 pro Quadratmeter (heutiger umgerechneter Übernahmepreis) auszugleichen (...). Dieser Wert gilt auch unter den Parteien bei einem allfälligen späteren Austritt/Verzicht eines Miterben vor Beginn der Realisierung einer neuen Überbauung." Die Parteien verstehen die letztgenannte Passage betreffend einen allfälligen späteren Austritt/Verzicht eines Miterben jedenfalls im Berufungsverfahren unterschiedlich (vgl. act. 83 Rz 14 sowie act. 96 Rz 22 f.), dies Bezug nehmend auf die Erwägungen der Vorinstanz. Im vorinstanzlichen Verfahren haben sich die Parteien soweit ersichtlich nicht zu dieser Frage geäußert, kontrovers thematisiert wurde vielmehr die Regelung von Ziffer 16 des Erbteilungsvertrags als solche, d.h. die geplante Aufteilung, ohne auf die Bedeutung eines späteren Austritts resp. Verzichts eines Miterben einzugehen. Die Vorinstanz ist zu einer objektivierenden Auslegung von Ziffer 16 geschritten und hat in diesem Rahmen festgestellt, aus teleologischen Gründen sei das Ausscheiden eines Miterben infolge gerichtlicher Erbteilung unter den Begriff des "Austritts" bzw. des "Verzichts" im Sinne des Erbteilungsvertrags zu subsumieren. Darüber hinaus hätten die Kläger mit ihrem Begehren um öffentliche Versteigerung zumindest implizit gar selbst ihren "Austritt" bzw. "Verzicht" im Sinne von Ziffer 16 des Erbteilungsvertrags erklärt (act. 85 S. 63 ff., S. 67).

#### **E. 4.3**

Entgegen der Vorinstanz liegt keine Einigung der Erben über die Teilung – in Form der Zuweisung des gesamten Grundstücks an den Beklagten – vor: Vorab ist offensichtlich unzutreffend, dass die Kläger mit dem Begehren um öffentliche Versteigerung ihren Austritt aus der Erben- resp. Gesamteigentümer- gemeinschaft erklärt hätten: Die Kläger und Berufungskläger haben vor der Vor- instanz ursprünglich ausschliesslich die Losbildung beantragt und diesen Antrag stets aufrecht erhalten, ab der Replik begleitet durch den Antrag auf öffentliche Versteigerung des Grundstückes, wobei Letzteres im Berufungsverfahren (wie schon gemäss Schlussvortrag im vorinstanzlichen Verfahren) nunmehr als Hauptantrag gestellt wird. Ein Antrag auf öffentliche Versteigerung der Erbschaftssache ist nun allerdings kein (impliziter) Austritt aus der Erben- resp. Ge-

- 26 - samteigentümergeinschaft am Grundstück, sondern ein Antrag auf Teilung der Erbschaftssache gemäss Art. 612 Abs. 3 ZGB. Noch weniger kann eine Einigung auf das Eventualbegehren des Beklagten – wie erinnerlich: das Begehren auf Zuteilung des Alleineigentums am gesamten Grundstück an den Beklagten unter Auszahlung von Fr. 500'000.00 an die übrigen verbliebenen Miterben – aus einer (teleologisch begründeten) objektivierten Auslegung des Vertrags hergeleitet werden. Ein Verzicht eines Miterben resp. ein Austritt aus der Gesamteigentümergeinschaft an dem Grundstück erfolgt durch Willenserklärung des betreffenden Miterben und lässt sich mit einem gerichtlich angeordneten Ausscheiden (durch Auflösung der Erbengemeinschaft infolge gerichtlicher Erbteilung) nicht gleichsetzen. Es ist indes ohnehin nicht angängig, aus einer objektivierenden Vertragsauslegung herzuleiten, die Parteien hätten sich zwar primär auf eine Parzellierung (in zwei Grundstücke) einigen wollen, aber ebenso darauf, dass im Fall einer gerichtlich vorgenommenen Erbteilung das Eigentum am gesamten Grundstück (also ohne Parzellierung) an einen der Miterben gehen soll – denn für eine solche Einigung, die letztlich das Gegenteil der im Vertragstext ausgedrückten Absicht zur Folge hat, finden sich weder im Vertragstext noch sonst wo Anhaltspunkte.

#### **E. 4.4**

Es handelt sich bei Ziffer 16 des Erbteilungsvertrags augenscheinlich um eine Vereinbarung über die Teilung. Das Grundstück sollte gemäss dieser Vereinbarung nicht etwa einem der Erben zugewiesen werden – unter Auszahlung der übrigen Erben –, es sollte auch nicht unter den Erben oder öffentlich versteigert werden, noch sollten aus dem Grundstück so viele Lose (Parzellen) wie Erben gebildet werden, sondern vertraglich als Aufteilung vorgesehen war die ebenerwähnte Aufteilung in zwei Lose in Form von zwei Parzellen. Da die Parzellierung erst noch vorzunehmen war, bestand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch keine Einigung über den genauen Verlauf der Grenze (immerhin sollte die Aufteilung zwischen Hausliegenschaft und Baulandgrundstück so erfolgen, dass entlang der ursprünglichen Hausfassade ein Abstand zur neuen Grundstücksgrenze von ca. 3.5 Meter besteht) und damit noch keine Einigung über die genaue Grösse (in Quadratmetern) der Lose. Über die endgültige Losbildung konn-

- 27 - ten sich die Parteien in der Folge nicht einigen. Mangels Einigung über die Losbildung konnte auch keine Einigung über die Zuteilung der noch nicht feststehenden Lose getroffen werden, wenngleich sowohl betreffend die Losbildung wie auch betreffend die Zuteilung durchaus Absichten bestanden.

#### **E. 4.5**

Das angerufene Teilungsgericht hat mangels Einigung der Erben und mangels Teilungsvorschriften durch den Erblasser nach den gesetzlichen Teilungsregeln vorzugehen. Oberste Richtlinie des Teilungsrechts ist dabei die Anspruchsgleichheit der Erben (Art. 610 Abs. 1 ZGB; vgl. dazu BGE 143 III 425 E. 4.2 f.). In Art. 611 und Art. 612 ZGB werden Teilungsgrundsätze festgehalten. Nach Art. 611 Abs. 1 ZGB sind aus der Erbschaftssache so viele Lose zu bilden, als Erben oder Erbstämme sind. Gemäss Art. 611 Abs. 2 ZGB hat auf Verlangen eines der Erben die zuständige Behörde die Lose zu bilden, wenn sich die Erben auf die Losbildung nicht einigen können. Nach Art. 611 ZGB ist dabei grundsätzlich 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. Das Bundesgericht legt dabei das richtige Verhältnis zwischen Ausgleichssumme und Wert des Erbteils nicht schematisch fest (BGE 143 III 425 E. 4.6 m.w.H.). Die Vorinstanz hat die Erbsache ungeteilt dem Beklagten zugewiesen – obwohl diesbezüglich keine Einigung unter den Erben vorlag (vgl. oben, Ziff. 4.3) – und eine Ausgleichszahlung in der Höhe von CHF 572'092.– festgelegt, dies ausgehend von einem anrechenbaren Grundstückswert von CHF 1'000'000.–. Damit ist die Differenz zwischen dem Erbteil und dem Wert der Sache auf jeden Fall erheblich (vgl. etwa STEPHAN WOLF, Berner Kommentar, 2014, N 18 zu Art. 611 ZGB: vorgeschlagener Maximalwert von 10 % Wertabweichung). Indem die Vorinstanz das Grundstück ungeteilt einem Erben zuwies und eine Ausgleichszahlung in der Höhe von 57% des gemäss Vorinstanz anrechenbaren Grundstückswertes anordnete, hat sie auch diesbezüglich die gesetzliche Teilungsregel von Art. 611 ZGB verletzt. Da sich die Erben nicht auf die Zuweisung des gesamten Grundstücks an den Beklagten geeinigt haben, stände die Höhe der Ausgleichs-

- 28 - zahlung auch einer Zuweisung der gesamten Erbschaftssache an einen der Erben gestützt auf Art. 612 Abs. 1 ZGB entgegen (STEPHAN WOLF, a.a.O., N 28 zu Art. 612 ZGB m.w.H.).

#### **E. 4.6**

Nachdem die Zuteilung der gesamten Erbschaftssache an den Beklagten die Bestimmungen von Art. 611 und Art. 612 Abs. 1 ZGB verletzt, ist die Erbteilung gemäss den Teilungsregeln von Art. 610 ff. ZGB vorzunehmen. Da die Vorinstanz infolge der Zuteilung der gesamten Erbschaftssache an den Beklagten alle Fragen, die im Zusammenhang mit der Aufteilung des Grundstücks in zwei Parzellen von den Parteien aufgeworfen wurden (nebst dem genauen Grenzverlauf die Anträge und Vorbringen betreffend Grenzabstand zur ursprünglichen Hausfassade, beantragter Abriss des Holzschopfs, Einräumung von Näherbau-rechten etc.) nicht beurteilt hat, ist das Verfahren zur Fortsetzung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO). Bei der vorzunehmenden Teilung werden die nachfolgenden Grundsätze zu beachten sein. 5.1 Sowohl das Verfahren auf Losbildung gemäss Art. 611 ZGB wie auch das Verfahren auf Versteigerung gemäss Art. 612 ZGB werden nur auf Antrag eines Erben aufgenommen. Es spielt daher für das konkrete Vorgehen eine entscheidende Rolle, welche Rechtsbegehren die Parteien stellten und ob diese rechtsgenügend vorgebracht wurden. Mit ihrer Berufung verlangen die Kläger (wie schon am Schluss des erstinstanzlichen Verfahrens) primär die öffentliche Versteigerung des Grundstücks, daneben indes nach wie vor die gerichtliche Losbildung. Ursprünglich war von den Klägern nicht die öffentliche Versteigerung, sondern

die Losbildung verlangt worden (verbunden mit weiteren Begehren, vgl. oben, S. 3 ff.). Auch der Beklagte verlangte vorinstanzlich ursprünglich die Bildung von Losen (die er freilich etwas anders gebildet haben wollte als die Kläger) und hat dazuhin mit der Replik neu den Antrag auf Zuweisung des gesamten Grundstücks an ihn unter Anordnung einer Ausgleichszahlung gestellt. Vor diesem Hintergrund ist vorab der Weg der Losbildung zu beschreiten.

- 29 - 5.2 Die Losbildung hat gemäss Art. 611 Abs. 2 ZGB unter Berücksichtigung des Ortsgebrauchs, der persönlichen Verhältnisse sowie der Wünsche der Mehrheit der Miterben zu erfolgen. Nachdem die Erben sich über die endgültige Losbildung nicht einigen konnten und mangels Einigung über die Losbildung auch keine Einigung über die Zuweisung der noch nicht feststehenden Lose gefunden werden konnte, bleibt von Ziffer 16 des Erbteilungsvertrags als vertragliche Teilungseinbarung, welche den gesetzlichen Teilungsregeln vorgehen würde, wenig übrig. Werden zwei Lose gebildet – ob ohne Wertverlust auch acht Lose (entsprechend den Ansprüchen der Kläger 1-4) gebildet werden könnten, wurde im bisherigen Verfahren nicht thematisiert, ist aber aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung bei einem Grundstück von 1'607 m<sup>2</sup> doch ziemlich fraglich –, so erscheint immerhin aufgrund des Umstands, dass der Beklagte im Wohnhaus wohnt und an der Zuteilung des Gartens kein Interesse hat, die Zuteilung per Losziehung als den persönlichen Verhältnissen nicht angemessen. Unstatthaft wäre indes die Annahme, die Parteien hätten sich auf zwei Lose (die Anzahl betreffend) sowie darauf geeinigt, dass im einen Los das Wohnhaus sei und dieses vom Erbteilungsgericht noch zu bildende Los dem Beklagten zukommen solle: denn können sich die Erben nicht über die Lose einigen, so kann nicht das Gericht Lose bilden, deren Zuteilung schon feststeht, ohne mit dem Grundsatz der Anspruchsgleichheit der Erben zumindest potenziell in Konflikt zu geraten. Vielmehr wird bei der Losbildung die Anspruchsgleichheit der Erben dadurch gewährleistet, dass im Zeitpunkt der Losbildung noch nicht feststeht, wer welches Los erhalten wird, indem die Verteilung der Lose gemäss Art. 611 Abs. 3 ZGB durch Losziehung erfolgt, soweit sich die Erben über die Verteilung der gebildeten Lose nicht einig sind. Demnach werden in einer ersten Phase zwei möglichst gleich grosse und gleichwertige Lose zu bilden sein, entsprechend der internen Beteiligung an der Erbschaft zu 4/8 und viermal 1/8. Können sich die Erben gemäss Art. 611 Abs. 3 ZGB auf die Zuteilung der gebildeten Lose einigen, so wird die Verteilung entsprechend den von der Vorinstanz vorgeschlagenen Losen erfolgen. Die Parteien können sich auch jederzeit auf ein anderes Vorgehen einigen, wodurch die Notwendigkeit einer Losbildung gänzlich entfielen (z.B. Teilungsvertrag, Verkauf oder Versteigerung, Weiterführung der Erbengemeinschaft). Können sich die Parteien

- 30 - nicht auf die Zuteilung der gebildeten Lose einigen, so wird die Vorinstanz nicht von sich aus die Zuteilung der von ihr gebildeten Lose vornehmen, sondern in der vorliegenden Konstellation – sofern sich die Parteien nicht auf eine Zuteilung der beiden Lose per Losziehung einigen – die Versteigerung des Grundstücks anzuordnen haben, wobei, falls sich die Erben auch darüber nicht einigen, die Vorinstanz nach Ermessen zu entscheiden haben wird, ob die Versteigerung öffentlich oder unter den Erben stattfinden soll (Art. 612 Abs. 3 ZGB).

## **E. 6**

Mit der Rückweisung im Sinne der Erwägungen wird die Anschlussberufung, welche die Änderung einer durch die Rückweisung aufgehobenen Dispositivziffer (sowie eine andere

Verteilung der Gerichtskosten) verlangt, gegenstandslos. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im erstinstanzlichen Verfahren wird die Vorinstanz neu zu entscheiden haben. 2. Im Rechtsmittelverfahren lag nach wie vor die Zuteilung der Erbschaftssache im Streit. Auch wenn mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass das Grundstück (mittlerweile) einen höheren Wert hat (act. 85 S. 73), so ist der Wert des Grundstückes gemäss im Erbteilungsvertrag festgelegten Übernahmewertes von Fr. 1'000'000.– zu veranschlagen, wie dies auch die Vorinstanz getan hat (act. 85 S. 76). Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist demnach gemäss § 4 GebV OG auf Fr. 15'375.– festzusetzen und aus dem von den Berufungsklägern geleisteten Vorschuss zu beziehen. Infolge der Rückweisung ist die Verteilung der Gerichtskosten des Berufungsverfahrens (gegebenenfalls in Form eines Rückgriffs) und der Entscheid über die Parteientschädigungen dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO-SCHMID, Art. 104 ZPO N 7). Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.