

Erbengemeinschaft oder einfache Gesellschaft: was jetzt?

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung.....	532
II. Der Wille der Erben zur Umwandlung.....	533
1. Der ausdrückliche Wille zur Umwandlung.....	533
2. Die konkludente Umwandlung.....	533
III. Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung.....	534
1. Allgemeines.....	534
2. BGer 5A_304/2015 (23. November 2015).....	535
2.1 Zusammenfassung des Sachverhalts und der Prozessgeschichte.....	535
2.2 Kernerwägungen.....	535
3. BGer 5A_392/2017 (24. August 2017).....	536
3.1 Zusammenfassung des Sachverhalts und der Prozessgeschichte.....	536
3.2 Kernerwägungen.....	536
4. BGer 5A_927/2017 (8. März 2018).....	536
4.1 Zusammenfassung des Sachverhalts und der Prozessgeschichte.....	536
4.2 Kernerwägungen.....	537
IV. Folgerungen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	537
V. Rechtsfolgen der Umwandlung.....	539
1. Prozessrechtliche Folgen.....	539
2. Erbrechtliche Folgen.....	539
3. Steuerrechtliche Folgen.....	540
VI. Schlusswort.....	541

* Dr. iur., Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht, Präsident der Fachkommission Fachanwalt SAV Erbrecht des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV), Zürich

** Dr. iur., Rechtsanwältin und Fachanwältin SAV Erbrecht, Lehrbeauftragte an der Universität Zürich und Mitglied der Anwaltsprüfungskommission, Zürich

I. Einleitung

Eine Erbengemeinschaft wird durch Erbteilung aufgelöst und beendet. Die Erbteilung erfolgt grundsätzlich durch einen willentlichen Akt zwischen den Erben in Form eines schriftlichen Erbteilungsvertrags (Art. 634 Abs. 2 ZGB) oder einer Realteilung (Art. 634 Abs. 1 ZGB) oder aber mittels eines gerichtlichen Urteils, sofern sich die Erben nicht einvernehmlich einigen können. Die Erbteilung kann ausnahmsweise auch auf andere Weise herbeigeführt werden, etwa durch Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine andere Rechtsgemeinschaft, beispielsweise in eine einfache Gesellschaft.¹ Eine solche Umwandlung führt im Gegensatz zu den erwähnten Arten der Erbteilung gemäss Art. 634 ZGB oder einer solchen durch Gerichtsurteil nicht zur Herstellung der Alleinberechtigung der einzelnen Erben an den Nachlasswerten. Vielmehr bleiben die Erben weiterhin Gesamthandsberechtigte am Nachlassvermögen, unter Beibehaltung der ursprünglichen Erbquoten.²

Die Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft kann von den Erben durchaus gewollt sein und als solche vereinbart werden. Sie kann aber auch konkludent oder sogar ohne Wissen und Willen der Erben erfolgen, wobei ein rechtlicher Bindungswille unter den Erben in jedem Fall unabdingbar ist (hinten Ziff. II). Die Frage, ob im konkreten Fall noch eine Erbengemeinschaft oder schon eine einfache Gesellschaft vorliegt, ist von erheblicher praktischer Relevanz, sind die Rechtsfolgen sowohl in materieller als auch in prozessualer Hinsicht durchaus unterschiedlich (vgl. hinten Ziff. V). Das ist sicherlich einer der Gründe, weshalb sich auch das Bundesgericht immer wieder und so auch in der jüngeren Vergangenheit gleich in drei Entscheiden mit der Frage, ob eine solche Umwandlung stattgefunden hat, zu befassen hatte. Diese neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung soll in diesem Beitrag einer näheren Betrachtung unterzogen werden (hinten Ziff. III und IV).

Wie so oft, war der Jubilar seiner Zeit und seinen juristischen Artgenossen auch auf diesem Gebiet weit voraus. PETER BREITSCHMID befasste sich mit diesem Thema,³ lange bevor sich (unter anderem durch ihn) zertifizierte Erbrechts-Aficionados auf dem juristischen Markt tummelten und zu einer Zeit, als er selber noch als berichterstattender Gerichtsschreiber am Obergericht des Kantons Zürich quasi nebenamtlich wissenschaft-

¹ Zu den möglichen Arten der Erbteilung vgl. statt vieler WOLF STEPHAN, Die verschiedenen Möglichkeiten der Auflösung der Erbengemeinschaft durch Rechtsgeschäft, in: Wolf Stephan (Hrsg.), *Ausgewählte Aspekte der Erbteilung*, Bern 2005, S. 1 ff.

² Werden bei der Umwandlung in eine andere Rechtsform die ursprünglichen Erbquoten verändert, liegt neben der Umwandlung zusätzlich eine Erbanteilsabtretung unter den Miterben gemäss Art. 635 Abs. 1 ZGB vor, vgl. dazu auch WOLF (Fn. 1), S. 20 ff., S. 24 Fn. 93.

³ BREITSCHMID PETER, AJP 10/1996, S. 1283 ff.: Erbteilungsklage über eine als Grab schmuck dienende Bronzeplastik von hohem Wert: einfache Gesellschaft oder Erbengemeinschaft mit Bezug auf das Grabmal (Erw. 3–5)?

liche und wertvolle Beiträge zur erbrechtlichen Weiterbildung für Erbrechtsinteressierte verfasste.

II. Der Wille der Erben zur Umwandlung

Die Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine andere Rechtsgemeinschaft, insbesondere in eine einfache Gesellschaft, ist an keine besonderen Formerfordernisse geknüpft. Das Gesetz sieht nämlich für die Erbteilung lediglich für den Erbteilungsvertrag (vgl. Art. 634 Abs. 2 ZGB) und für die Erbanteilsabtretung (Art. 635 Abs. 1 ZGB) eine Formvorschrift vor;⁴ für die Entstehung einer einfachen Gesellschaft i.S.v. Art. 530 Abs. 1 OR bestehen überhaupt keine speziellen Formvorschriften, d.h. die einfache Gesellschaft kann auch konkludent aufgrund des Verhaltens der Beteiligten entstehen.

1. Der ausdrückliche Wille zur Umwandlung

Die ausdrückliche Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft erfolgt durch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zwischen allen Erben⁵ bzw. Gesellschaftern. Es liegen mithin ausdrückliche, auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags gerichtete Willenserklärungen der Erben vor. Dogmatisch ändert sich damit der Rechtsgrund des Gesamteigentums der seinerzeitigen Erben und zukünftigen einfachen Gesellschafter; sie sind nunmehr Gesamteigentümer infolge einfacher Gesellschaft anstelle von Gesamteigentümern infolge Erbengemeinschaft. Für Grundstücke sieht die Grundbuchverordnung in Art. 96 Abs. 3 explizit die Möglichkeit vor, eine derartige deklaratorische Mutation im Grundbuch vorzunehmen.

2. Die konkludente Umwandlung

Im Fall einer konkludenten Umwandlung schliessen die Erben gerade weder einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag i.S.v. Art. 530 ff. OR ab, noch liegen ausdrückliche Vereinbarungen unter den Erben vor. Vielmehr ergibt sich die Umwandlung aus einem sonst irgendwie gearteten gemeinsamen Vorgehen oder aus anderen Umständen; mithin wird durch Auslegung und unter Würdigung der Besonderheiten im Einzelfall und nach Ermessen (Art. 4 ZGB)⁶ auf Umwandlung geschlossen. Dabei ist nicht einmal das Bewusstsein der Parteien erforderlich, dass sie durch ihr Verhalten eine einfache Gesell-

⁴ Vgl. WOLF (Fn. 1), S. 25.

⁵ Dabei müssen grundsätzlich alle Erben mitwirken, es sei denn, einzelne Erben sind vorgängig bereits qua subjektiv-partieller Teilungsverträge ausgeschieden. Denkbar ist auch, dass Erben im Zuge der Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft ausscheiden und die einfache Gesellschaft nicht von allen Erben weitergeführt wird.

⁶ Vgl. WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, SPR IV/2, Basel 2015, S. 193.

schaft begründen, soweit sie nur einen rechtlichen Bindungswillen haben, der auf eine gemeinsame Zweckerreichung gerichtet ist.⁷

Gemäss Bundesgericht muss die vertragsmässige Bindung auch nicht von allen Beteiligten gewollt sein. Für das konkludente Zustandekommen des Gesellschaftsvertrags genügt vielmehr, dass sich mindestens eine Vertragspartei rechtlich binden wollte. Einen allseitig unbewussten und ungewollten Vertragsschluss gibt es hingegen nicht.⁸

Dies führt zum Resultat, dass im Einzelfall nicht auszuschliessen ist, dass eine Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft stattgefunden hat, obwohl die Erben subjektiv immer noch der Ansicht sind, der Nachlass sei noch gar nicht oder nicht vollständig geteilt und sie würden insoweit immer noch eine Erbengemeinschaft bilden.⁹

III. Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung

1. Allgemeines

Unter welchen Umständen ist nun davon auszugehen, dass eine Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft umgewandelt wird? Das Bundesgericht hat die Hürde für die Annahme einer einfachen Gesellschaft vergleichsweise hoch angesetzt. Im Entscheid 5A_304/2015 vom 23. November 2015¹⁰ hat es sich dazu in E. 3.3. geradezu lehrbuchmässig wie folgt geäussert:

«Gleichwohl kann danach die Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft nur angenommen werden, wenn klar feststeht, dass die Betroffenen die fortgesetzte Erbengemeinschaft aufheben und als einfache Gesellschaft weiterführen wollen [...]. Fehlen ausdrückliche Willenserklärungen der Erben, muss zur Einigung auf einen gemeinsamen Zweck eine rechtsgeschäftliche Förderungspflicht hinzukommen. Da bereits eine gesetzliche Bindung unter den Erben besteht, darf nicht genau aus der Tatsache ihres Zusammenwirkens und der Bedeutung des Projekts auf eine rechtsgeschäftliche Bindung geschlossen werden. Hinzukommen muss vielmehr eine die einfache Gesellschaft kennzeich-

⁷ SCHÜTZ JÜRIG GIAN, in: Schütz Jürg Gian (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530–619 OR), Bern 2015, Art. 530 OR N 9 m.w.H.

⁸ Vgl. BGer 5A_304/2015 E. 3.2. m.H. auf BGer 4C.24/2000 E. 3d; 4A_27/2008 E. 2.3.

⁹ Vgl. auch BAUMANN LORENZ, Geteilt – oder noch nicht geteilt?, successio 2/2015, S. 96 ff., 103, der sich kritisch dazu äussert, ob das Abstellen auf bloss objektiven Kriterien zulässig ist oder nicht gegen die Auslegungsgrundsätze im Vertragsrecht verstösst (BAUMANN, a.a.O., S. 104 m.w.H. in Fn. 47).

¹⁰ Vgl. FLÜCKIGER ANDREAS, Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft erfordert bewusste Vereinbarung aller Erben, dRSK vom 12. Februar 2016; ebenfalls EITEL PAUL, Erbrecht 2015–2017 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur, successio 3/2018, S. 232 ff., 248 f.

nende, über die Erbengemeinschaft hinausgehende und sich von ihr unterscheidende Beziehung [...]. Die Zweckänderung – fort von der blossen Liquidation hin zu einem weitergehenden Zweck – muss von allen Erben gewollt sein [...], und die Auslegung zu einem zweifelsfreien Ergebnis führen, wenn aus bloss objektiven Umständen der Umwandlungswille hergeleitet werden soll [...].»

Dieses Urteil 5A_304/2015 vom 23. November 2015 sowie zwei weitere, kurz darauf ergangene Urteile des Bundesgerichtes werden nachfolgend näher dargestellt.

2. BGer 5A_304/2015 (23. November 2015)

2.1 Zusammenfassung des Sachverhalts und der Prozessgeschichte

Im Jahr 1978 verstarb der Vater C. Gemäss seinem Testament waren seine beiden Söhne B und A mit einer Erbquote von je $\frac{3}{8}$ und seine Schwester E mit einer Erbquote von $\frac{2}{8}$ seine Erben. Im Nachlass befand sich ein Bürogebäude. Im Grundbuch wurden die vorgenannten drei Erben als Gesamteigentümer infolge Erbengemeinschaft eingetragen. In der Folge unterblieb eine Erbteilung unter ihnen.

Die Erben nutzten und verwalteten die Liegenschaft gemeinsam. Im Jahr 2006 starteten sie ein Projekt mit einer Totalsanierung der Liegenschaft.

Im Jahr 2008 verstarb E. Gemäss ihrem Testament waren B und A ihre Erben mit einer Erbquote von $\frac{2}{3}$ für B und $\frac{1}{3}$ für A. Ihren Gesamthandsanteil von $\frac{2}{8}$ am Bürogebäude wies E testamentarisch je zur Hälfte B und A zu. In der Folge wurden B und A als Gesamteigentümer infolge Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen.

Die Totalsanierung der Liegenschaft dauerte bis ins Jahr 2012. Noch vor Abschluss derselben schlossen B und A einen schriftlichen Erbteilungsvertrag. Darin legten sie den Anrechnungswert der Liegenschaft fest und vereinbarten, dass A die Liegenschaft zu Alleineigentum übernehme gegen Auszahlung an B. Der Erbteilungsvertrag wurde grundbuchlich vollzogen. Wenige Monate später erhob B Erbteilungsklage beim Bezirksgericht Zürich bzw. Klage auf Vollzug des Erbteilungsvertrags gegen A. Das Bezirksgericht und auf Berufung das Obergericht des Kantons Zürich hiessen die Klage im Wesentlichen gut. Im Jahr 2015 wies das Bundesgericht die Beschwerde in Zivilsachen des A ab.

2.2 Kernerwägungen

Gemäss Bundesgericht behauptete A entgegen den Grundbucheinträgen, dass im Jahr 2006 bzw. spätestens im Jahr 2009 die Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft umgewandelt worden sei. Entsprechend sei der Eigentumsviertel der verstorbenen E, den B und A zu gleichen Teilen geerbt haben, mit dem Wert in diesem Zeitpunkt und nicht etwa mit dem vereinbarten höheren Wert gemäss dem Erbteilungsvertrag im Jahr 2012 einzusetzen. A sei insoweit anlässlich des Abschlusses des Erbteilungsvertrags einem wesentlichen Irrtum unterlegen.

Gemäss Bundesgericht konnte A die Vermutung der Grundbucheinträge nicht umstossen. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass die 2008 verstorbene E im Zeitraum von 2006 bis 2008 sich auf einen gemeinsamen Zweck mit A und B eingelassen hätte. Bis

zum Tode von E im Jahr 2008 sei daher keine einfache Gesellschaft nachgewiesen. Auch für den Zeitraum von 2008 bis 2012, der Realisierungsphase in Bezug auf die Totalsanierung der Liegenschaft, war gemäss Bundesgericht kein gemeinsam verfolgter Zweck von A und B festzustellen, der sich von der Zielsetzung einer Erbengemeinschaft abheben würde. Der Abschluss des Erbteilungsvertrags noch vor dem Abschluss der Renovation spreche gegen eine einfache Gesellschaft.

3. BGer 5A_392/2017 (24. August 2017)

3.1 Zusammenfassung des Sachverhalts und der Prozessgeschichte

Der im Jahr 1995 verstorbene Erblasser hinterliess vier Nachkommen als Erben: A, B, C und D. Im Jahr 2000 eröffneten die Erben bei der UBS AG gemeinsam ein Bankkonto, ohne dass sie sich dabei als Erbengemeinschaft gegenüber der Bank bezeichnet hätten. Im Jahr 2011 schlossen die Erben eine Teilungsvereinbarung. Darin verpflichtete sich u.a. D, den Betrag von CHF 96'090 zwecks Teilfinanzierung von Rückstellungen auf das Bankkonto zu bezahlen.

Im Jahr 2015 klagten A, B und C gegen D beim Bezirksgericht Baden auf Liquidation der einfachen Gesellschaft betreffend das Bankkonto. Der Beklagte D erhob die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit. Er machte geltend, dass die Parteien keine einfache Gesellschaft bilden würden, sondern vielmehr eine Erbengemeinschaft vorliege. Für die Auflösung derselben sei in Anwendung von Art. 28 Abs. 1 ZPO nicht das Bezirksgericht Baden zuständig, da der Erblasser nicht im Bezirk Baden verstorben sei.

Das Bezirksgericht Baden und das Obergericht des Kantons Aargau schützten die Unzuständigkeitseinrede des D und traten auf die Klage nicht ein. Im Jahr 2017 wies das Bundesgericht die Beschwerde der klagenden A, B und C ab.

3.2 Kernerwägungen

Gemäss Bundesgericht sagt das Verhalten der Erben im Aussenverhältnis gegenüber der UBS AG nichts darüber aus, in welcher Rechtsbeziehung sie untereinander stehen würden. Zum Nachlassvermögen zählen nicht nur Vermögenswerte, die der Erblasser hinterlassen hat, sondern auch Vermögenswerte, die erst nach dem Tode des Erblassers entstanden seien. Das Bundesgericht erwähnt in diesem Zusammenhang Früchte und Zinsen, Surrogate und Ausgleichszahlungen.

Das vor der Teilungsvereinbarung eröffnete Bankkonto zur Teilfinanzierung der Rückstellungen ist gemäss Bundesgericht zweifellos Teil des Nachlassvermögens. Entsprechend hätten A, B und C mit der Erbteilungsklage am *forum hereditatis* die Auflösung der Erbengemeinschaft verlangen müssen.

4. BGer 5A_927/2017 (8. März 2018)

4.1 Zusammenfassung des Sachverhalts und der Prozessgeschichte

Im Nachlass des 1939 verstorbenen Erblassers X befanden sich mehrere land- und forstwirtschaftliche Grundstücke. Eine Erbteilung unterblieb bis in das Jahr 1972. Damals schlossen die Erben einen von ihnen als «Teilungsvertrag» bezeichneten Vertrag

ab. Später erschlossen die Erben eines der mehreren Grundstücke, verkauften es teilweise parzellenweise und verteilten den Erlös gemäss den erbrechtlichen Quoten. Bei dieser Vorgehensweise bezeichneten sich die Parteien stets als Erbengemeinschaft.

Im Jahr 1991 schlossen die Parteien einen partiellen Teilungsvertrag ab, nahmen weitere Parzellierungen und Zuteilungen an die Erben vor, wobei diese Rechtshandlungen teilweise in Vollziehung des Vertrags von 1972 erfolgten.

Im Jahr 2014 klagten fünf Erben gegen drei Erben auf Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft «Erben X». Ein Jahr später klagten die drei beklagten Erben auf Teilung des Nachlasses X. Im Jahr 2017 wiesen das erstinstanzliche Bezirksgericht Hochdorf und das zweitinstanzliche Kantonsgericht Luzern die Klage der fünf Erben ab. Im Jahr 2018 wies das Bundesgericht die Beschwerde in Zivilsachen der fünf Erben ab.

4.2 Kernerwägungen

Gemäss Bundesgericht liegt ein klassischer Auslegungstreit mit Bezug auf den im Jahr 1972 geschlossenen Vertrag vor. In diesem Vertrag fehle der Begriff «einfache Gesellschaft». Die Veräusserung von Erbschaftsliegenschaften stelle eine typische Liquidationshandlung einer Erbengemeinschaft dar. Die Vereinbarung begründe keine von einer Erbengemeinschaft zu unterscheidende Beziehung unter den Parteien.

Das Bundesgericht räumt freilich ein, dass der Regelungsgehalt der Vereinbarung aus dem Jahr 1972 durchaus in der Gesellschaftsform einer einfachen Gesellschaft umgesetzt werden könnte. Gleichwohl verneint es im Ergebnis eine einfache Gesellschaft. Mithin besteht seit 79 Jahren, nämlich seit 1939, eine Erbengemeinschaft.

IV. Folgerungen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Es fällt auf, dass das Bundesgericht sich in seiner neueren Rechtsprechung, wie vorne in Ziff. III dargestellt, stets für die (fortgesetzte) Erbengemeinschaft und gegen die einfache Gesellschaft ausgesprochen hat. Es betont jeweils, dass mit der Erbengemeinschaft bereits ein Gesamthandverhältnis unter den Parteien bestehe. Für den Nachweis einer konkludenten Vereinbarung i.S.v. Art. 530 Abs. 1 OR bleibt demzufolge, folgt man dieser Rechtsprechung, praktisch kein Raum; die einfache Gesellschaft bleibt demnach stets die Ausnahme i.S.v. Art. 530 Abs. 2 OR.

Dem *Faktor «Zeit»* misst das Bundesgericht keine relevante Bedeutung zu; er ist kein massgebliches Abgrenzungskriterium. Zwar ist es richtig, dass die Erbengemeinschaft als blosses Übergangsstadium konzipiert ist mit dem Endziel ihrer Liquidation. Daraus aber abzuleiten, dass die Erben, welche die Erbengemeinschaft über längere Dauer bestehen lassen wollen, dies entsprechend vereinbaren müssten, wäre freilich verfehlt. Denn das Gesetz kennt keine maximale Dauer für eine Erbengemeinschaft,¹¹ und daher

¹¹ Vgl. bereits BGE 61 II 164 E. 1. BAUMANN (Fn. 9) weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass in einzelnen Kantonen sogar festgeschrieben sei, dass eine Erbengemein-

ist es aus unserer Sicht unbestritten, dass die Erben die Erbengemeinschaft für eine bestimmte oder unbestimmte Dauer beibehalten können, ohne sie in eine andere Rechtsgemeinschaft umzuwandeln (sog. *fortgesetzte Erbengemeinschaft*)¹² und ohne dies vereinbaren zu müssen.

Bei *Grundbucheinträgen* gilt die Vermutung der Richtigkeit des Eintrags i.S.v. Art. 9 Abs. 1 bzw. 937 Abs. 1 ZGB bzw. Art. 179 ZPO. Entsprechend schwierig ist es in der Praxis, diese Vermutung umzustossen. In BGE 96 II 325 sah das Bundesgericht diese Vermutung nur deshalb als widerlegt, weil die Erben untereinander eine schriftliche Vereinbarung abgeschlossen hatten, welche unter anderem Folgendes vorsah: «*In diesem Sinne wird über die ganze Erbschaft ein Auskauf getroffen, womit die Erbschaft erledigt ist.*» Daraus leitete das Bundesgericht unseres Erachtens zu Recht ab, dass die Erben die Erbengemeinschaft explizit aufgelöst hatten. Diese Formulierung zielt denn auch klarerweise in Richtung einer Saldoklausel.

Demgegenüber konnte über den Bestand einer einfachen Gesellschaft im Urteil BGE 113 II 493 kein Zweifel bestehen. In diesem Fall kauften zwei Brüder F und E im Jahr 1937 ein im Bezirk Appenzell gelegenes landwirtschaftliches Heimwesen, wobei sie gemäss dem öffentlich beurkundeten Kaufvertrag Käufer als Gesamteigentümer zufolge einfacher Gesellschaft waren. Im Jahr 1965 verstarb E und im Jahr 1984 auch F. Das Bundesgericht führt vorab aus, dass der Bestand einer einfachen Gesellschaft gemäss dem Kaufvertrag aus dem Jahr 1937 aufgrund des klaren Wortlauts der Abrede offensichtlich ist. Mit dem Tod von E im Jahr 1965 sei die einfache Gesellschaft aufgrund von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR aufgelöst worden; eine Liquidation der aufgelösten einfachen Gesellschaft sei jedoch unterblieben. Mit einem im Nachlass von E im Jahr 1969 geschlossenen Erbteilungsvertrag sei die einfache Gesellschaft rechtlich in den Gesamteigentumsanteil des F und denjenigen der Erbengemeinschaft des verstorbenen E zerfallen, an welcher F wiederum Erbe war. Daraus folgt gemäss Bundesgericht, dass mit dem Tod von F im Jahr 1984 das Heimwesen zwei verschiedenen Erbmassen angehörte, nämlich der Erbengemeinschaft des F einerseits und der Erbengemeinschaft des E andererseits. Das Bundesgericht erachtete *in casu* das bäuerliche Erbrecht als nicht anwendbar, weil zuerst die bereits seit 1965 aufgelöste einfache Gesellschaft liquidiert werden müsse. Diese Liquidation gehe vor, und sie ziele nach Art. 548 ff. OR auf Geld (das Bundesgericht verweist in diesem Zusammenhang auf BGE 93 II 387).

Dieses Urteil stellt somit gleichsam das Spiegelbild zur Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft dar. Es gibt keine Umwandlung einer einfachen Gesellschaft in eine Erbengemeinschaft, denn nach dem Tod eines Gesellschafters einer

schaft nach Ablauf einer bestimmten Dauer nicht mehr als solche gelte. Mit BAUMANN ist allerdings davon auszugehen, dass dies bundesrechtswidrig ist (S. 104 Fn. 46).

¹² Vgl. statt aller WEIBEL THOMAS, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 3. A., Basel 2015, Art. 602 ZGB N 47 ff. m.w.H. Die fortgesetzte Erbengemeinschaft untersteht damit weiterhin den Regeln über die Erbengemeinschaft, wobei ergänzend in Analogie die Regeln des Gesellschaftsrechts beigezogen werden können, soweit dies erforderlich ist (BAUMANN [Fn. 9], S. 103 f. mit Verweis auf BGE 61 II 164 E. 1).

einfachen Gesellschaft kann das Gesellschaftsverhältnis und damit das Gesamteigentum mit Bezug auf das Gesellschaftsvermögen nicht mittels einer Vereinbarung in eine Erbengemeinschaft überführt werden. Vielmehr entsteht eine Erbengemeinschaft unter den Erben des verstorbenen Gesellschafters *ex lege*, was freilich nichts am Bestand der einfachen Gesellschaft ändert, die gemäss dispositivem Recht mit dem Tod des Gesellschafters nur, aber immerhin aufgelöst wird.

Zurückkehrend zur Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft ist abschliessend der wichtige Grundsatz aufzugreifen, wonach im Zweifelsfall stets von einer fortgesetzten Erbengemeinschaft und nicht von einer einfachen Gesellschaft auszugehen ist. Das Bundesgericht hat diesen Grundsatz im Urteil 5A_392/2017 vom 24. August 2017 in E. 2.3. mit folgenden Worten festgehalten:

«[...] das Bundesgericht [hat] schon früh betont, dass die Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft stets einer ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung unter den Miterben bedarf. Diese Vereinbarung ist um so mehr erforderlich, als mit der Erbengemeinschaft, die über Jahrzehnte fortbestehen kann, bereits ein Gesamthandverhältnis besteht, womit die Gründung einer einfachen Gesellschaft ohnehin eine Besonderheit respektive die Ausnahme im Sinne des Art. 530 Abs. 2 OR darstellt [...].»

V. Rechtsfolgen der Umwandlung

Steht einmal fest, dass sich die Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft umgewandelt hat, so zeitigt dieser Umstand die folgenden Rechtsfolgen:

1. Prozessrechtliche Folgen

In prozessualer Hinsicht ist mangels Bestehens einer Erbengemeinschaft eine Erbteilungsklage nicht mehr möglich. Der Rechtsbehelf mutiert zur Klage auf Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft. Mit Bezug auf die örtliche Zuständigkeit kann nicht mehr das *forum hereditatis* i.S.v. Art. 28 Abs. 1 ZPO angerufen werden. Zuständig ist nach Art. 10 ZPO vielmehr der Wohnsitz der beklagten Gesellschafter.

2. Erbrechtliche Folgen

In erbrechtlicher Hinsicht können drei Rechtsfolgen hervorgehoben werden:

Es ist nicht mehr möglich, zur Überwindung von Blockadesituationen in der nunmehr bestehenden einfachen Gesellschaft einen *Erbenvertreter* i.S.v. Art. 602 Abs. 3 ZGB zu ernennen. Die Rechtsprechung lässt die Ernennung eines Erbenvertreters auch bei der fortgesetzten Erbengemeinschaft zu, wenn auch mit Zurückhaltung.¹³ Kein Raum für einen Erbenvertreter besteht dagegen nach erfolgter Umwandlung der Erbengemein-

¹³ Vgl. statt aller PraxKomm-WEIBEL (Fn. 12), Art. 602 ZGB N 52 m.w.H.

schaft in eine einfache Gesellschaft. Im Rahmen einer Klage auf Durchführung der Liquidation der einfachen Gesellschaft kann ein Antrag auf Abberufung und Ernennung eines Liquidators bzw. Einsetzung eines Liquidators gestellt werden.¹⁴

Mit der Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft ist die Erbteilung abgeschlossen. Entsprechend beginnt auch die *Fünffjahresfrist* gemäss Art. 639 Abs. 2 ZGB zu laufen.

Ein *Willensvollstreckermandat* endet mit der Erbteilung. Das ist nach dem Gesagten auch mit der Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft der Fall. Von praktischer Relevanz ist dieses Mandatsende u.a. deshalb, weil die bundesrechtliche Behördenaufsicht über den Willensvollstrecker nur so lange andauert, als ein Willensvollstrecker im Amt ist.¹⁵ Mit anderen Worten ist eine Aufsichtsbeschwerde nach der Erbteilung nicht mehr möglich. Das ist einem Beschwerdeführer in einem instruktiven Fall zum Verhängnis geworden, den das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 5. Februar 2013 entschieden hat.¹⁶ *In casu* wurde Beschwerde gegen eine Handlung erhoben, die ein Willensvollstrecker 35 Jahre nach dem Tod der Erblasserin vornahm. Das erstinstanzlich über die Beschwerde befindende Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich trat auf die Beschwerde mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein, weil gemäss seiner Beurteilung im Zeitpunkt der beanstandeten Handlung keine Erbengemeinschaft mehr bestanden habe, womit auch das Willensvollstreckermandat beendet sei. Das Obergericht des Kantons Zürich schützte den Entscheid der Vorinstanz, und das Bundesgericht wies in BGer 5A_195/2013 eine Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts ab.

3. Steuerrechtliche Folgen

In steuerrechtlicher Hinsicht ist generell voranzustellen, dass sämtliche in diesem Beitrag referenzierten Entscheidungen des Bundesgerichts rein zivilrechtlicher Natur sind. Es ist daher nicht auszuschliessen, dass die steuerrechtliche Betrachtungsweise eine Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft abweichend von den vorgenannten Grundsätzen annimmt.

Mit Bezug auf die Grundstückgewinnsteuer ist zwar die Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft als Akt der Erbteilung noch Aufschubtatbestand (vgl. z.B. § 216 Abs. 3 lit. a Steuergesetz des Kantons Zürich). Mit Bezug auf die Beurteilung, ob eine Erbengemeinschaft sich in eine einfache Gesellschaft umgewandelt hat, orientiert sich freilich das Steuerrecht noch stärker an den objektiven Kriterien als nach den subjektiven Eindrücken der Mitglieder der Erbengemeinschaft. Dies

¹⁴ STAEHELIN DANIEL, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. A., Basel 2016, Art. 548/549 OR N 1 und Art. 550 OR N 8 f. m.w.H.

¹⁵ KARRER MARTIN/VOGT NEDIM PETER/LEU DANIEL, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Peter (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 1–66 SchlT ZGB, 5. A., Basel 2015, Art. 518 ZGB N 100 m.w.H.

¹⁶ Vgl. OGer ZH 20. November 2012, PF120062.

könnte dazu führen, dass in steuerrechtlicher Hinsicht eine Umwandlung in eine einfache Gesellschaft eher angenommen wird als im Zivilrecht, in welchem das Bundesgericht, wie ausgeführt, betont, dass ein Wille zu einem vertraglichen Zusammenschluss nachgewiesen sein muss.

Als Fazit aus diesen möglicherweise bestehenden Diskrepanzen zwischen Steuerrecht und Zivilrecht ist zu raten, ein Bauvorhaben oder dergleichen, das die Erben als Erbengemeinschaft durchführen wollen, vorgängig den Steuerbehörden zur rechtlichen Beurteilung vorzulegen (sog. Ruling).

VI. Schlusswort

Die Gerichte haben sich im Zusammenhang mit der Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft natürlich nicht nur mit Grundstücken, sondern auch mit weit profaneren Gegenständen zu befassen. Die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sah sich in einem unveröffentlichten Urteil vom 6. Oktober 1995¹⁷ mit dem Schicksal einer Bronzeplastik «La Grâce» bzw. «La Nympe sans bras» von Aristide Maillol konfrontiert. Diese Plastik stand auf dem Grab der anfangs der 60er Jahre verstorbenen Mutter der Parteien, und der Schätzwert dieser Plastik belief sich Mitte der 90er Jahre (immerhin vor rund 23 Jahren) auf CHF 500'000. Die beiden Töchter der Erblasserin stritten sich um die Frage, ob diese Plastik noch zum ungeteilten Nachlass der Mutter gehöre, nachdem sie bereits in den 60er Jahren eine Erbteilung durchgeführt hatten, oder ob die Erbengemeinschaft, was die Plastik betreffe, in ein neues Rechtsverhältnis (einfache Gesellschaft oder Miteigentum) überführt worden sei. Das Obergericht des Kantons Zürich befand, dass mit Bezug auf die Statue immer noch eine fortgesetzte Erbengemeinschaft der Parteien bestehe und die klagende Tochter daher Anspruch auf unverzügliche Teilung des Restnachlasses, bestehend aus der genannten Statue, habe.

Dieser Entscheid veranlasste den Jubilar zu einigen Urteilsanmerkungen, die er in seiner gewohnt prägnanten Manier mit dem an Deutlichkeit nicht zu überbietenden Satz einleitete:

«Die Erbteilung ist erst abgeschlossen, wenn auch das Grabfeld geräumt und ein allfälliger Erlös aus dem Grabdenkmal geteilt ist.»¹⁸

Dem ist an dieser Stelle auch von unserer Seite nichts mehr hinzuzufügen.

¹⁷ Vgl. dazu BREITSCHMID (Fn. 3), S. 1283 ff.

¹⁸ BREITSCHMID (Fn. 3), S. 1286.