



# Im Spannungsfeld zwischen Gewinnanspruch, erbrechtlicher Ausgleichung und Herabsetzung

## Die unentgeltliche Übertragung landwirtschaftlicher Grundstücke an Nachkommen mit späterer Zuweisung zur Bauzone

Franz A. Wolf\*

*Wer durch unser Land fährt, stellt es unweigerlich fest: In der Schweiz wird mehr und mehr gebaut. Der mit der Einzonung von Landwirtschaftsland verbundene Mehrwert hat seine Tücken, insbesondere wenn das Grundstück zuvor Gegenstand einer Schenkung an einen Nachkommen war. Der vorliegende Aufsatz soll im Sinne einer Übersicht aufzeigen, wie sich eine unentgeltliche Übertragung eines landwirtschaftlichen Grundstücks mit vertraglichem Gewinnanspruchsrecht, bzw. ein Verzicht darauf, in der Erbteilung auswirken kann. Als Schwerpunkt soll das Verhältnis zwischen dem Gewinnanspruchsrecht im bürgerlichen Erbrecht und den erbrechtlichen Bestimmungen des ZGB über die Ausgleichung und Herabsetzung beleuchtet werden.*

### Inhaltsverzeichnis

- I. Sachverhalt und Fragestellung
- II. Bäuerliches Erbrecht und bürgerliches Erbrecht
  - 2.1 Vorrang des bäuerlichen Bodenrechts (BGBB)
  - 2.2 Das Schicksal landwirtschaftlicher Grundstücke bei lebzeitiger Übertragung an Nachkommen
  - 2.3 Das Schicksal landwirtschaftlicher Grundstücke im Erbfall
  - 2.4 Wertkategorien: landwirtschaftliche Grundstücke vs. Bauland
- III. Das gesetzliche Gewinnanspruchsrecht bei erbrechtlicher Zuweisung von Grundstücken
  - 3.1 Dispositive Natur des Gewinnanspruchsrechts im BGBB
  - 3.2 Entstehung des gesetzlichen Gewinnanspruchsrechts
    - 3.2.1 Erbrechtliche Zuweisung unter dem Verkehrswert als Voraussetzung
    - 3.2.2 Die Befristung des Gewinnanspruchsrechts auf 25 Jahre
    - 3.2.3 Zuweisung zur Bauzone als Veräusserungstatbestand
  - 3.3 Fälligkeit
  - 3.4 Gewinnberechnung
    - 3.4.1 Methode der Gewinnberechnung
    - 3.4.2 Die einzelnen Elemente der Gewinnberechnung
  - 3.5 Gewinnverteilung
    - 3.5.1 Beim vertraglichen Gewinnanspruchsrecht
    - 3.5.2 Beim gesetzlichen Gewinnanspruchsrecht
  - 3.6 Sicherung des Gewinnanspruchs
- IV. Das vertragliche Gewinnanspruchsrecht bei lebzeitiger Übertragung von Grundstücken
  - 4.1 Kein gesetzliches Gewinnanspruchsrecht bei lebzeitiger Übertragung
  - 4.2 Vertragsautonomie der Parteien
  - 4.3 Nachträgliche Abänderung oder Aufhebung des Gewinnanspruchsrechts
- V. Verhältnis des Gewinnanspruchsrechts zu den erbrechtlichen Bestimmungen über die Ausgleichung und Herabsetzung
- VI. Die lebzeitige Übertragung eines Grundstücks ohne Vereinbarung eines Gewinnanspruchsrechts
  - 6.1 Vorbehalt der Bestimmungen über die Ausgleichung und Herabsetzung

\* Der Autor (Ing. Agr. FH und MLaw) ist beim Amt für Landwirtschaft NW zuständig für Fragen zum bäuerlichen Grundeigentum.



# Im Spannungsfeld zwischen Gewinnanspruch, erbrechtlicher Ausgleichung und Herabsetzung

## 6.2 Die lebzeitige unentgeltliche Grundstücksübertragung im Ausgleichsrecht

### 6.2.1 Die gewillkürte Ausgleichung (Art. 626 Abs. 1 ZGB)

### 6.2.2 Die gesetzliche Ausgleichung (Art. 626 Abs. 2 ZGB)

### 6.2.3 Ausgleichungswert und Modalitäten der Ausgleichung

### 6.2.4 Ausgleichungspflicht und Ausschlagung der Erbschaft

## 6.3 Die unentgeltliche Grundstücksübertragung im Herabsetzungsrecht

### 6.3.1 Allgemeines

### 6.3.2 Hinzurechnungswert und Modalitäten der Herabsetzung

## 6.4 Verwirkungsfristen für die Klagen: Die Sondernorm in Art. 41 Abs. 2 BGG

### 6.4.1 Die Verwirkungsfristen im bürgerlichen Erbrecht

### 6.4.2 Die Verwirkungsfristen nach dem Konzept des BGG

### 6.4.3 Fazit zur Auslegung von Art. 41 Abs. 2 BGG

## VII. Vergleich: die lebzeitige Übertragung mit und ohne vertragliches Gewinnanspruchsrecht

## VIII. Fazit

## I. Sachverhalt und Fragestellung

Dem vorliegenden Aufsatz liegt jener Sachverhalt zu Grunde, bei dem der Eigentümer eines landwirtschaftlichen Grundstücks dieses unentgeltlich einem seiner Kinder übertragen möchte. Das Grundstück ist verpachtet und wird vom Kind nicht selber bewirtschaftet. Als rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeit bietet sich zunächst die lebzeitige Veräußerung an, mit oder ohne Befreiung von der erbrechtlichen Ausgleichungspflicht. Abgesehen davon kann der Vater das Grundstück auch erst im Erbfall mittels Verfügung von Todes wegen dem Kind zuweisen. Für beide Fälle soll nachfolgend aufgezeigt werden, wie sich eine spätere Zuweisung des geschenkten Grundstücks zur Bauzone (Einzonung) und die damit verbundene Erhöhung des Werts dieses Grundstücks mit Blick auf allfällige Ansprüche anderer Familienmitglieder (insbesondere weiterer Kinder) auswirken kann.<sup>1</sup>

Die Ausführungen beschränken sich auf die Situation einzelner landwirtschaftlicher Grundstücke; nur am Rande wird auf die Situation bei landwirtschaftlichen Gewerben eingegangen. Zudem wird lediglich die Problematik der Zuweisung des Grundstücks zu einer Bauzone diskutiert, im Be-

wusstsein, dass durchaus auch andere Sachverhalte einen Gewinnanspruch auslösen können.<sup>2</sup>

## II. Bäuerliches Erbrecht und bürgerliches Erbrecht

### 2.1 Vorrang des bäuerlichen Bodenrechts (BGG)

Die Antworten des Gesetzgebers zur hier vorliegenden Thematik finden sich zunächst nicht im Erbrecht des ZGB («bürgerliches Erbrecht»)<sup>3</sup>, sondern im bäuerlichen Bodenrecht<sup>4</sup>, welches ebenfalls erbrechtliche Bestimmungen enthält.<sup>5</sup> Diese gehen dem ZGB als *lex specialis* vor (Art. 619 ZGB). Insbesondere enthält das BGG in Art. 11 bis 24 spezialgesetzliche erbrechtliche Teilungsregeln. Diese gelangen zur Anwendung, wenn sich in der Erbmasse landwirtschaftliche Grundstücke oder Gewerbe befinden und daran Zuweisungsansprüche geltend gemacht werden.<sup>6</sup> Die erbrechtlichen Vorschriften des ZGB (Art. 607 ff.) gelangen nur dort zur Anwendung, wo das BGG nicht anwendbar ist. Dies kann dann der Fall sein, wenn das fragliche Grundstück nicht dem BGG unterstellt ist (Art. 2 und 3 BGG) oder wenn an den Grundstücken Zuweisungsansprüche geltend gemacht werden, welche nicht unter die Sonderbestimmungen des BGG fallen.

### 2.2 Das Schicksal landwirtschaftliche Grundstücke bei lebzeitiger Übertragung an Nachkommen

Mit der lebzeitigen Veräußerung (bzw. Schenkung) kann der Eigentümer das Grundstück an einen Nachkommen seiner Wahl übertragen. Eine Erwerbsbe-

1 Der Autor dankt Prof. Dr. iur. Paul Eitel, für die wertvollen Anregungen und die kritische Durchsicht des Manuskripts.

2 Man denke hierbei nur an die Umnutzung von Landwirtschaftsland in einen Golfplatz (Art. 29 Abs. 1 lit. d BGG).

3 Terminologie übernommen aus: PAUL EITEL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe vs. Unternehmenserbrecht im Allgemeinen, in: Recht des ländlichen Raums, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern für Paul Richli zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2006.

4 Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, BGG (SR 211.412.11), i.K. am 1. Januar 1994.

5 2. Titel des BGG; Privatrechtliche Beschränkungen des Verkehrs mit landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken.

6 BGE 134 III 1 (6), E. 3.2.

willigung ist dafür nicht erforderlich (Art. 62 lit. b BGBB). Hingegen sind die gesetzlichen Vorkaufsrechte nach BGBB zu beachten. So kann ein anderer Nachkomme des Veräusserers am Grundstück dann ein Vorkaufsrecht ausüben, wenn er selber Eigentümer<sup>7</sup> eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist oder wirtschaftlich über ein solches verfügt<sup>8</sup> und das Grundstück räumlich im Bereich dieses Gewerbes liegt (Art. 42 Abs. 2 BGBB).<sup>9</sup> Das Vorkaufsrecht am Grundstück kann zum doppelten Ertragswert ausgeübt werden (Art. 44 BGBB).<sup>10</sup> Liegen besondere Umstände vor, namentlich der höhere Ankaufswert des Grundstücks oder erhebliche Investitionen in den letzten zehn Jahren, so kann der Veräusserer eine angemessene Erhöhung des Übernahme-preises verlangen. Der Übernahme-preis entspricht in jedem Fall mindestens den auf dem Grundstück lastenden Grundpfandschulden (Art. 52 BGBB). Selbstbewirtschaftung ist für die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht vorausgesetzt, was bedeutet, dass auch der Eigentümer eines verpachteten Gewerbes das Vorkaufsrecht am fraglichen Grundstück ausüben kann. Der Vorkaufsfall bestimmt sich vorab nach Art. 681 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 216c OR (sog. allgemeiner Vorkaufsfall). Dieser allgemeine Vorkaufsfall wird im BGBB um verschiedene Fälle erweitert (sog. erweiterter Vorkaufsfall). So löst die güterrechtliche Übertragung an eine Gütergemein-

schaft, eine Gesellschaft, eine Genossenschaft oder eine andere Körperschaft das Vorkaufsrecht ebenso aus (Art. 43 lit. a BGBB) wie die Übertragung an einen Nachkommen oder den Ehegatten (Art. 43 lit. c BGBB). Zudem lösen auch Grundstücksschenkungen das Vorkaufsrecht der Verwandten aus (Art. 43 lit. b BGBB).<sup>11</sup>

Auch dem Pächter steht unter den Voraussetzungen von Art. 48 Abs. 2 BGBB ein Vorkaufsrecht am Grundstück zu. In Konkurrenz zum Vorkaufsrecht von Verwandten ist das Pächtervorkaufsrecht allerdings nachrangig (Art. 48 Abs. 3 BGBB). Auf die erweiterten Vorkaufsfälle nach Art. 43 BGBB kann sich der Pächter zudem nicht berufen. So löst die hier zur Diskussion stehende lebzeitige Übertragung des Grundstücks an ein Kind das Pächtervorkaufsrecht nicht aus.<sup>12</sup>

Wer ein gesetzliches Vorkaufsrecht an einem landwirtschaftlichen Grundstück zu einem Preis unter dem Verkehrswert ausübt, untersteht von Gesetzes wegen dem Gewinnanspruchsrecht (Art. 53 i.V.m. Art. 28 BGBB). Der Pächter ist davon allerdings befreit, da dieser kein gesetzliches Vorkaufsrecht zu einem Preis unter dem Verkehrswert ausüben kann.<sup>13</sup>

### 2.3 Das Schicksal landwirtschaftlicher Grundstücke im Erbfall

War der Erblasser Eigentümer landwirtschaftlicher Grundstücke, so fallen diese wie sein gesamtes Eigentum in den Nachlass (Art. 560 Abs. 2 ZGB). Bestimmt der Verstorbene in einer Verfügung von Todes wegen, wem das Grundstück zugewiesen werden soll, so ist durch Auslegung zu ermitteln, ob es sich dabei um ein Sachvermächtnis (Vorausvermächtnis) oder lediglich um eine Teilungsvorschrift handelt, wobei das Gesetz Letzteres vermutet (Art. 608 Abs. 3 ZGB). Unabhängig von einer solchen erblasserischen Verfügung besteht im Erbfall ein gesetzliches Zugrecht am Grundstück zum doppelten Ertragswert für denjenigen Erben, der bereits Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist oder wirtschaftlich über ein solches verfügt, wenn das Grundstück im räumlichen Bereich dieses Gewerbes liegt (Art. 21 BGBB).<sup>14</sup> Der Anrechnungswert wird jedoch angemessen erhöht, wenn besondere Umstände vorliegen, namentlich ein Überschuss an Erbschaftspassiven, der höhere Ankaufswert des Grundstücks oder erhebliche Investitionen in den letzten zehn Jahren vor dem Tod des Erblassers (Art. 21 Abs. 2 i.V.m. Art. 18 BGBB).<sup>15</sup> Selbstbewirtschaftung ist auch hier nicht erforderlich. Steht ein landwirtschaftliches Gewerbe im Eigentum des Ehemannes, was dem statistischen

7 Das Bundesgericht geht davon aus, dass überall dort, wo das Gesetz Eigentum an einem Gewerbe voraussetzt, das Zupachtland nicht berücksichtigt werden kann; BGE 129 III 693 (698), E. 5.4; bestätigt in: BGE 134 II 1 (7), E. 3.4.2; vgl. zur (m.E. berechtigten) Kritik an dieser Rechtsprechung: BENNO STUDER, Drei Urteile aus dem bäuerlichen Boden- und Erbrecht, in: *successio* 2009, Zürich 2009, S. 304 ff.

8 Zur Frage, wann wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein Gewerbe vorliegt: BGE 134 III 433 (434) E. 2.4.

9 Kein Vorkaufsrecht steht demjenigen zu, gegen den der Veräusserer Gründe geltend macht, die eine Enterbung rechtfertigen (Art. 42 Abs. 3 BGBB).

10 Zur Rangfolge mehrerer Vorkaufsberechtigter vgl. Art. 46 BGBB.

11 Hingegen stellt die Schenkung keinen allgemeinen Vorkaufsfall dar (Art. 216c Abs. 2 OR).

12 REINHOLD HOTZ, Kommentar BGBB, 1. Auflage, Brugg 1995, N 25 zu Art. 47 BGBB.

13 LORENZ STREBEL, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Diss. Zürich 2009, Rz. 1086.

14 Obwohl das Gesetz nur von einem landwirtschaftlichen Grundstück spricht, erstreckt sich der Zuweisungsanspruch auch auf eine Gesamtheit von Einzelgrundstücken: BGE 134 III 1 (6), E. 3.4.2.

15 Vgl. zum Verhältnis dieser Bestimmung zu Art. 52 BGBB: BGE 132 III 18 (21), E. 4.2.



## Im Spannungsfeld zwischen Gewinnanspruch, erbrechtlicher Ausgleichung und Herabsetzung

Regelfall entsprechen dürfte, und ist die Ehefrau an einer Erbengemeinschaft beteiligt, in deren Nachlass sich ein landwirtschaftliches Grundstück befindet, so kann die Ehefrau an diesem Grundstück kein Zuweisungsrecht geltend machen. Bei dieser in der Praxis nicht selten anzutreffenden Konstellation fehlt es seitens der Ehefrau an der erforderlichen Verfügungsmacht über ein landwirtschaftliches Gewerbe.<sup>16</sup> Dies gilt für Ehegatten, die unter dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung oder der Gütertrennung leben, gleichermassen wie für Ehegatten, die ehevertraglich eine Gütergemeinschaft vereinbart haben, es sei denn, der Ehevertrag gewähre der Ehefrau bei Auflösung der Gütergemeinschaft ein Zuweisungsrecht am Gewerbe.<sup>17</sup> Erfüllen mehrere Erben die Voraussetzung für eine Zuweisung des Grundstücks, so kann der Erblasser mittels Verfügung von Todes wegen einen von ihnen als Übernehmer bestimmen (Art. 21 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 BGG). Tut er dies nicht, so ist im Rahmen von Art. 58 BGG eine Teilung des Grundstücks möglich. Allerdings kommt einem selbstbewirtschaftenden pflichtteilsgeschützten Erben von Gesetzes wegen Vorrang gegenüber einem eingesetzten oder einem nicht selbstbewirtschaftenden Erben zu (Art. 21 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 2 BGG). Der Pächter kann im Rahmen der Erbteilung kein Vorkaufsrecht geltend machen (Art. 216c Abs. 2 OR).

### 2.4 Wertkategorien: landwirtschaftliche Grundstücke vs. Bauland

Dem **Ertragswert** kommt im bäuerlichen Bodenrecht eine zentrale Bedeutung zu. Er entspricht gemäss Legaldefinition in Art. 10 BGG jenem Kapital, das mit dem Ertrag eines landwirtschaftlichen Grundstücks bei landesüblicher Bewirtschaftung zum durchschnittlichen Zinssatz für erste Hypotheken verzinst werden kann. Der Ertragswert für Landwirtschaftsland guter Qualität und ohne Gebäude liegt im Mittelland im Bereich von ca. CHF 0.25 bis 0.50 pro m<sup>2</sup>. Das Vorkaufsrecht nach Art. 42 Abs. 2 BGG, bzw. das Zuweisungsrecht nach Art. 21 BGG an einem Grundstück kann zum doppelten Ertragswert geltend gemacht werden. Zum **Verkehrswert** kennt das BGG keine Legaldefinition. Das Bundesgericht umschreibt den Verkehrswert als jenen mittleren Preis, «zu dem Grundstücke gleicher oder ähnlicher Grösse, Lage und Beschaffenheit in der betreffenden Gegend unter normalen Verhältnissen verkauft werden».<sup>18</sup> Mit der Lehre ist darin einig zu gehen, dass der Verkehrswert für landwirtschaftliche Grundstücke seine obere Grenze im zulässigen Erwerbspreis nach Art. 66 BGG findet.<sup>19</sup> In Einzelfällen kann der Verkehrswert jedoch

auch darunter liegen. Für Landwirtschaftsland guter Qualität dürfte der Verkehrswert, je nach Region, im Bereich von CHF 6 bis 10 pro m<sup>2</sup> liegen, was etwa dem 20-fachen Ertragswert entspricht. Eine geradezu exorbitante Wertsteigerung kann ein landwirtschaftliches Grundstück dann erfahren, wenn es einer Bauzone zugewiesen wird. Je nach Lage und Region ist selbst für nicht erschlossenes Bauland ein Preis von CHF 400 bis 600 pro m<sup>2</sup> zu erzielen.

Diese Wertkategorien bzw. die (Buch-)Gewinne, welche sich zu Gunsten desjenigen Kindes ergeben können, welchem der Vater ein (ursprünglich) landwirtschaftliches Grundstück abgetreten hat, werfen die Frage auf, ob und inwiefern weitere Familienmitglieder, namentlich andere Kinder, an dieser Wertsteigerung teilhaben können. Die Antwort ergibt sich aus den Instituten des Gewinnanteilsrechts, der Ausgleichung und der Herabsetzung.

## III. Das gesetzliche Gewinnanspruchsrecht bei erbrechtlicher Zuweisung von Grundstücken

### 3.1 Dispositive Natur des Gewinnanspruchsrechts im BGG

Das BGG kennt in Art. 28 ff. eine detaillierte Normierung des Gewinnanspruchsrechts der Miterben. Dieses gesetzliche Gewinnanspruchsrecht kommt zum Tragen, wenn einem Erben in der Erbteilung ein landwirtschaftliches Grundstück (Art. 6 und 8 BGG) oder ein landwirtschaftliches Gewerbe (Art. 7 BGG) zu einem Anrechnungswert unter dem Verkehrswert zugewiesen wird. Die Bestimmungen zum Gewinnanspruchsrecht sind indessen nicht zwingender Natur.<sup>20</sup> Die Erben können den gesetzlichen Gewinnanspruch durch schriftliche Vereinbarung aufheben oder abändern (Art. 35 BGG). Diese Möglichkeit deckt sich mit dem erbrechtlichen Grundsatz der freien Teilung in Art. 607 Abs. 2 ZGB.

Aber auch dem Erblasser selbst steht nach einheitlicher Auffassung in der Lehre das Recht zu, im Rahmen seiner verfügbaren Quote (Art. 470 ZGB) mittels Verfügung von Todes wegen (Erbvertrag oder Testament, Art. 481 ZGB) den Gewinnanspruch auf-

16 REINHOLD HOTZ, Kommentar BGG (Fn. 12) N. 31 zu Art. 42 BGG.

17 BGE 134 III 433 (434), E. 2.4.3.3.

18 BGE 103 Ia (105), E. 3a.

19 BENNO STUDER, Kommentar BGG (Fn. 12) N. 7 zu Art. 18 BGG.

20 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGG (Fn. 12) N. 1 zu Art. 35 BGG.

zuheben oder abzuändern.<sup>21</sup> Diese Anordnung muss jedoch in einer der für die Verfügungen von Todes wegen vorgesehenen Formen erfolgen (Art. 498 ff. ZGB); einfache Schriftlichkeit genügt dann entgegen Art. 35 BGG nicht.<sup>22</sup> Werden durch diesen modifizierten Gewinnanspruch Pflichtteile verletzt, so unterliegen diese Verfügungen der Klage auf Herabsetzung (Art. 522 Abs. 1 ZGB). Die Anfechtung eines Erbvertrags wegen Verletzung der Pflichtteile ist allerdings jenen Pflichtteilerben vorbehalten, die den Erbvertrag nicht mitunterzeichnet haben.<sup>23</sup> Die Ausgleichspflicht (Art. 626 ZGB) ist dispositiver Natur und stellt ein Institut der gesetzlichen Erbfolge dar.<sup>24</sup>

Der Erblasser hat aber auch die Möglichkeit, das Gewinnanspruchsrecht im Rahmen eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden aufzuheben oder abzuändern. Diesfalls kommt eine Ausgleichung und / oder eine Herabsetzung infrage.

## **3.2 Entstehung des gesetzlichen Gewinnanspruchsrechts**

### **3.2.1 Erbrechtliche Zuweisung unter dem Verkehrswert als Voraussetzung**

Wird in der Erbteilung einem Erben ein Grundstück zu einem Anrechnungswert unter dem Verkehrswert (Art. 617 ZGB) zugewiesen, so hat jeder Miterbe bei einer Veräusserung Anspruch auf den seiner Erbquote entsprechenden Anteil am Gewinn (Art. 28 Abs. 1 BGG). Ein gesetzlicher Gewinnanspruch entsteht demnach nur, wenn die Zuweisung<sup>25</sup> des Grundstücks in der vorangegangenen Erbteilung zu einem Wert unter dem Verkehrswert

erfolgt ist. Auf das Ausmass der Wertdifferenz zwischen Anrechnungswert und Verkehrswert kommt es dabei nicht an.<sup>26</sup> Hat also der betreffende Erbe das landwirtschaftliche Grundstück im Zeitpunkt der Erbteilung zum Verkehrswert für landwirtschaftliche Grundstücke erworben, so entsteht selbst bei nachfolgender Einzonung und Verwertung als Bauland kein Gewinnanspruchsrecht.<sup>27</sup> Wo die Wahrscheinlichkeit einer baldigen Zuweisung des Grundstücks zu einer Bauzone besteht, kann der Erbe einem Gewinnanspruch seitens der Miterben demzufolge gänzlich entgehen, indem er das Grundstück zum landwirtschaftlichen Verkehrswert übernimmt. Der Mehrwert einer späteren Zuweisung des Grundstücks zur Bauzone ist dann nicht Gegenstand eines Gewinnanspruchsrechts.

Vom Gewinnanspruchsrecht werden alle Grundstücke erfasst, die der mit dem Gewinnanspruchsrecht belastete Eigentümer ursprünglich zur landwirtschaftlichen Nutzung erworben hat (Art. 3 Abs. 3 BGG). Hinsichtlich des sachlichen Geltungsbereiches geht das Gewinnanspruchsrecht damit über den allgemeinen Geltungsbereich von Art. 2 BGG hinaus. Erfasst werden auch kleine, nicht zu einem Gewerbe gehörende Grundstücke mit weniger als 25 Aren Land (Art. 2 Abs. 3 BGG) und landwirtschaftliche Grundstücke, die bereits im Zeitpunkt des Erwerbs in einer Bauzone lagen (Art. 2 Abs. 1 lit. a BGG). Strittig könnte allenfalls sein, ob mit der Wendung «zur landwirtschaftlichen Nutzung erworben» nur die zur Selbstbewirtschaftung erworbenen Grundstücke gemeint sind. Dies würde jedoch zu einer nicht gerechtfertigten Privilegierung des Nichtselbstbewirtschafters führen, indem seine kleinen Grundstücke nicht dem Gewinnanspruchsrecht unterstehen würden. Art. 3 Abs. 3 BGG ist deshalb so zu verstehen, dass kleine Grundstücke dem Gewinnanspruch unterstehen, wenn sie für die landwirtschaftliche Nutzung geeignet sind (Art. 6 Abs. 1 BGG). Selbstbewirtschaftung durch den Erwerber ist dafür nicht vorausgesetzt.

### **3.2.2 Die Befristung des Gewinnanspruchsrechts auf 25 Jahre**

Der Gewinnanspruch besteht nur, wenn der Erbe das Grundstück innert 25 Jahren seit dem Erwerb veräussert (Art. 28 Abs. 3 BGG). Die 25-Jahresfrist beginnt nicht bereits mit dem Tod des Erblassers zu laufen, sondern erst mit dem «Erwerb» durch den betreffenden Erben. Dies bedarf der Klärung: Kommt ein Erbteilungsvertrag zustande, so bildet dieser das obligatorische Verpflichtungsgeschäft. Das Eigentum am Grundstück geht jedoch erst über mit der Eintragung im Grundbuch

21 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGG (Fn. 12), N. 1 zu Art. 35 BGG; THOMAS MEYER, Der Gewinnanspruch der Miterben im bäuerlichen Bodenrecht (Art. 28 ff. BGG), Diss. Freiburg 2004, Rz. 1519.

22 MEYER, (Fn. 21), Rz. 1521.

23 MEYER, (Fn. 21), Rz. 1522.

24 PAUL EITEL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, 3. Teilband: Die Ausgleichung, Art. 626–632 ZGB, Bern 2004, N. 45 und 136 zu Art. 626 ZGB.

25 Dem Begriff der «Zuweisung» kommt im Gewinnanspruchsrecht des BGG eine zweifache, allerdings völlig unterschiedliche Bedeutung zu. Zum einen ist damit die erbrechtliche Zuweisung eines Grundstücks an einen Erben im Rahmen der Erbteilung gemeint. Andererseits wird der Begriff verwendet bei der Einzonung eines bisher in der Landwirtschaftszone liegenden Grundstücks, also der raumplanerischen Zuweisung eines Grundstücks zur Bauzone.

26 MEYER, (Fn. 21), Rz. 361.

27 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGG (Fn. 12), N. 4 zu Art. 31 BGG.



## Im Spannungsfeld zwischen Gewinnanspruch, erbrechtlicher Ausgleichung und Herabsetzung

(Art. 656 Abs. 1 ZGB). Massgebend ist der Tag der Einschreibung im Tagebuch (Art. 972 Abs. 2 ZGB); ab diesem Tag beginnt die 25-Jahresfrist zu laufen.<sup>28</sup> Wird die Zuweisung des Grundstücks mittels einer Teilungsklage gerichtlich erstritten, so hängt der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs und damit der Beginn des Fristenlaufs von der Art des Rechtsbegehrens ab. Bei einer Gestaltungsklage auf Zuweisung des Grundstücks erfolgt der Eigentumsübergang mit Rechtskraft des Gestaltungsurteils (Art. 656 Abs. 2 ZGB). Bei einer Leistungsklage hängt der Fristbeginn von der Vollzugsart des Leistungsurteils ab.<sup>29</sup>

### 3.2.3 Zuweisung zur Bauzone als Veräusserungstatbestand

Die Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks zu einer Bauzone ist der Veräusserung gleichgestellt (Art. 29 Abs. 1 lit. c BGG). Der Gewinnanspruch entsteht auch dann, wenn die landwirtschaftliche Nutzung des Grundstücks nach der Zuweisung zur Bauzone andauert.<sup>30</sup> Der Anspruch entsteht mit der Einleitung des Verfahrens für die Zuweisung des Grundstücks zur Bauzone (Art. 29 Abs. 2 lit. c BGG). Das Zonierungsverfahren wird mit der öffentlichen Planaufgabe nach kantonalem öffentlichem Baurecht eingeleitet.<sup>31</sup> Dieser Zeitpunkt ist massgebend für die Frist von 25 Jahren (Art. 28 Abs. 3 BGG), sowie für die Berechnung des Besitzesdauerabzuges (Art. 31 Abs. 4 BGG). Übergangsrechtlich ist für die Zuweisung zur Bauzone Art. 94 Abs. 3 BGG zu beachten. Der Gesetzgeber wollte den Veräusserungstatbestand der Zuweisung zur Bauzone bewusst auch dann gelten lassen, wenn die Einleitung des Verfahrens zur Einzonung noch vor Inkrafttreten des BGG am 1. Januar 1994, die Rechtskraft des Zonenplanes aber erst danach eintrat.<sup>32</sup>

### 3.3 Fälligkeit

Die Fälligkeit des Gewinnanspruchs ist von dessen Entstehung abzugrenzen. Im hier diskutierten Fall der Einzonung sind für die Fälligkeit drei Konstellationen denkbar: nämlich der Verkauf des Baulandes, die Bebauung durch den Eigentümer selber oder die Fortführung der landwirtschaftlichen Nutzung trotz Einzonung. Im ersten Fall wird der Gewinnanspruch mit der Veräusserung fällig (Art. 30 lit. b BGG). Überbaut der mit dem Gewinnanspruchsrecht beschwerte Eigentümer das Baulandgrundstück selber, wird der Gewinn, so die Lehrmeinung, mit Beginn der Bauarbeiten fällig.<sup>33</sup> Wird schliesslich das Baulandgrundstück weder veräussert noch durch den Eigentümer überbaut, so wird der Ge-

winn nach 15 Jahren seit der rechtskräftigen Einzonung fällig (Art. 30 lit. b BGG *in fine*).

### 3.4 Gewinnberechnung

#### 3.4.1 Methode der Gewinnberechnung

Die Gewinnermittlung erfolgt in drei rechnerischen Schritten. Vorerst wird der Bruttogewinn ermittelt. Vom Bruttogewinn sind sodann Abzüge gestattet für wertvermehrnde Aufwendungen, für den Erwerb von Realersatz und für Ausbesserung und Ersatz von Bauten und Anlagen. Daraus ergibt sich der bereinigte Bruttogewinn. Von diesem ist der Besitzesdauerabzug vorzunehmen oder der Anrechnungswert zu erhöhen. Daraus resultiert der Nettogewinn, der unter den Berechtigten zu verteilen ist.<sup>34</sup>

#### 3.4.2 Die einzelnen Elemente der Gewinnberechnung

Nach dem Grundsatz in Art. 31 Abs. 1 Satz 1 BGG entspricht der (Brutto-)Gewinn der Differenz zwischen dem Veräusserungs- und dem Anrechnungswert. Der **Anrechnungswert** ist derjenige Wert, der dem betreffenden Eigentümer in der Erbteilung für das Grundstück angerechnet wurde.<sup>35</sup> Der Anrechnungswert muss jedoch tiefer sein als der Verkehrswert, damit überhaupt ein Gewinnanspruchsrecht besteht (Art. 28 Abs. 1 BGG). Beim vertraglichen Gewinnanspruchsrecht entspricht der Anrechnungswert der entrichteten Gegenleistung. Der

28 MEYER, (Fn. 21), Rz. 702.

29 BRUNO BEELER, Bäuerliches Erbrecht, Diss., Zürich 1998, S. 373; MEYER, (Fn. 21), Rz. 704.

30 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGG (Fn. 12), N. 4 zu Art. 31 BGG, (Fn. 12), N. 12 zu Art. 29 BGG.

31 MEYER, (Fn. 21), Rz. 733; Vgl. für den Kanton Luzern § 61 Planungs- und Baugesetz vom 7. März 1989 (SRL 735). Der Gesetzgeber hat sich in Art. 29 Abs. 2 lit. c BGG für den Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens und nicht für denjenigen der Rechtskraft des Zonenplanes entschieden. Damit soll verhindert werden, dass der Übernehmer nur deshalb Rechtsmittel gegen den Zonenplan ergreift, um die Entstehung eines Gewinnanspruchs hinauszuzögern.

32 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGG (Fn. 12), N. 4 zu Art. 31 BGG, (Fn. 12), N. 20 zu Art. 94 BGG.

33 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGG (Fn. 12), N. 4 zu Art. 31 BGG, (Fn. 12), N. 8 zu Art. 30 BGG.

34 MEYER, (Fn. 21), Rz. 847.

35 Handelt es sich um ein landwirtschaftliches Gewerbe, so wird dieses dem selbstbewirtschaftenden Erben zum Ertragswert (Art. 10 BGG) an seinen Erbteil angerechnet (Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 BGG). Demjenigen Erben, der einen Zuweisungsanspruch an einem Grundstück nach Art. 21 BGG geltend macht, wird dieses zum doppelten Ertragswert angerechnet.

**Veräusserungswert** umfasst alle vermögenswerten Leistungen aus dem Grundstückverkauf. Bei der Veräusserung von Bauland gehören dazu auch Rabatte aus Gegengeschäften.<sup>36</sup> Abzugsfähig vom Veräusserungswert sind all jene Kosten, die beim Verkauf i.d.R. vom Verkäufer zu tragen sind. Darunter fallen insbesondere Handänderungskosten, Geometerkosten und – nicht zu vernachlässigen – die Grundstückgewinnsteuern.<sup>37</sup> Auch eine allfällige Mehrwertabschöpfung auf Bauland (Art. 5 Abs. 1 RPG) ist abzugsfähig.

Bei der Zuweisung eines Grundstücks zur Bauzone entsteht der Gewinnanspruch bereits mit der Einleitung des Einzonungsverfahrens (Art. 29 Abs. 1 lit. c. i. V.m. Abs. 2 lit. c BGG). Es fragt sich, wie dann bei der Ermittlung des Veräusserungswertes vorzugehen ist. Ausgangspunkt ist Art. 31 Abs. 2 BGG, der wie folgt lautet: «Bei Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks zu einer Bauzone wird für die Bemessung des Gewinns auf den mutmasslichen Verkehrswert abgestellt, wenn innert 15 Jahren keine Veräusserung erfolgt.» Dazu stehen sich zwei Lehrmeinungen gegenüber: Die erste, subjektiv-historisch geprägt, geht davon aus, der Wortlaut von Art. 31 Abs. 2 BGG sei insofern irreführend, als daraus fälschlicherweise abgeleitet werden könne, der mutmassliche Verkehrswert sei nur dann massgebend, wenn innert 15 Jahren seit der Einzonung keine Veräusserung erfolgt. Aufgrund der Entstehungsgeschichte des BGG sei bei einer Zuweisung zur Bauzone immer der Zeitpunkt der Rechtskraft des Zonenplanes für die Ermittlung des mutmasslichen Verkehrswertes massgebend.<sup>38</sup> Dies müsse selbst dann gelten, wenn es innert der Frist von 15 Jahren zu einer Veräusserung komme. Eine Wertveränderung nach dem Zeitpunkt der Zuweisung zur Bauzone falle für die Berechnung des Gewinns ausser Betracht.<sup>39</sup> Die zweite Lehrmeinung

geht vom Wortlaut von Art. 31 Abs. 2 BGG aus. So wird angeführt, die Botschaft des Bundesrates könne nicht massgebend sein, da der Fälligkeitsaufschub (Art. 30 lit. b BGG) erst in den parlamentarischen Beratungen eingeführt worden sei.<sup>40</sup> Nach der Rechtsprechung darf die Auslegung einer Norm «vom klaren Wortlaut eines Satzes nur dann abweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt».<sup>41</sup> Solche Gründe sind jedoch vorliegend nicht ersichtlich. Überdies wird ein tatsächlicher Verkaufspreis bei den Parteien die höhere Akzeptanz finden als ein geschätzter und sich später als nicht zutreffend erweisender mutmasslicher Verkehrswert. Nach der hier vertretenen Auffassung ist somit jener Lehrmeinung den Vorzug zu geben, die – in Übereinstimmung mit dem Wortlaut von Art. 31 Abs. 2 BGG – auf den mutmasslichen Verkehrswert nur dann abstellen will, wenn innert 15 Jahren kein Verkauf stattfindet.<sup>42</sup> Mit anderen Worten wird bei der Zuweisung eines Grundstücks zur Bauzone auf den tatsächlichen Veräusserungserlös abgestellt. Kommt allerdings innert 15 Jahren seit der rechtskräftigen Einzonung kein Verkauf zustande, so ist der mutmassliche Verkehrswert im Zeitpunkt der Rechtskraft der Einzonung für die Gewinnberechnung massgebend. Der Verkehrswert für Bauland kann mit der Lehre als Wert für vergleichbare Grundstücke auf dem lokalen Markt definiert werden,<sup>43</sup> wobei die Beschaffung von Vergleichsdaten in statistisch relevanter Anzahl nicht einfach sein dürfte.

Vom Bruttogewinn können **wertvermehrende Aufwendungen** (z.B. der Einbau einer Drainage, Anlage eines Bewirtschaftungsweges, etc.) am landwirtschaftlichen Grundstück zum Zeitwert abgezogen werden (Art. 31 Abs. 1 Satz 2 BGG). Die Berücksichtigung des Zeitwertes bedeutet, dass dem Wertverlust der Investition Rechnung zu tragen ist; diese muss im Zeitpunkt der Anrechnung noch einen Mehrwert aufweisen.<sup>44</sup> Der Abzug ist auch bei der Zuweisung des Grundstücks zu einer Bauzone zulässig.<sup>45</sup> Vom Abzug für wertvermehrende Aufwendungen ist jener für **Ausbesserung und Ersatz von Bauten und Anlagen** (Art. 33 BGG) zu unterscheiden. Ein solcher kommt dann in Frage, wenn die Bauten oder Anlagen aus der gleichen Erbschaft stammen wie das fragliche Grundstück, weiterhin der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung dienen und im Eigentum des Belasteten bleiben. Wie jener ist auch ein **Abzug für Realersatz**, d.h. für den Erwerb eines Ersatzgrundstücks in unserem Beispiel nicht zulässig. Ein Abzug ist überdies nur möglich, wenn der Eigentümer mit dem Realersatz sein bis-

36 MEYER, (Fn. 21), Rz. 850.

37 MEYER, (Fn. 21), Rz. 853.

38 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGG (Fn. 12), N. 17 zu Art. 31 BGG; BEELER, (Fn. 29), S. 379.

39 Botschaft zum BGG, BBl 1988 III S. 1011; JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGG (Fn. 12), N. 18 zu Art. 31 BGG; BEELER, (Fn. 29), S. 378.

40 MEYER, (Fn. 21), Rz. 873.

41 Anstelle vieler: BGE 131 II 217 (220), E. 2.3.

42 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGG Rz. 874.

43 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGG (Fn. 12), N. 16 zu Art. 31 BGG.

44 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGG (Fn. 12), N. 11 zu Art. 31 BGG.

45 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGG (Fn. 12), N. 19 zu Art. 31 BGG.



## Im Spannungsfeld zwischen Gewinnanspruch, erbrechtlicher Ausgleichung und Herabsetzung

her selber bewirtschaftetes Gewerbe weiterführen will (Art. 32 Abs. 1 BGG).<sup>46</sup>

Darüber hinaus kann der Belastete für jedes volle Jahr, während dem das Grundstück in seinem Eigentum stand, zwei Prozent abziehen (**Besitzesdauerabzug**, Art. 31 Abs. 4 BGG).<sup>47</sup> Der Besitzesdauerabzug erfolgt nach dem Gesetzeswortlaut vom Gewinn, d.h. vom vorangehend ermittelten bereinigten Bruttogewinn. Maximal können also bis 50% des Bruttogewinnes als Besitzesdauerabzug beim Übernehmer verbleiben. Im vorliegend interessierenden Fall der Einzonung ist die Zeitspanne vom Eigentumserwerb bis zur Entstehung des Gewinnanspruchs massgebend, also bis zur Einleitung des Einzonungsverfahrens (Art. 29 Abs. 2 lit. c BGG). Wurde dem Erben das Gewerbe in der Erbteilung zum Ertragswert (Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 BGG), bzw. das Grundstück zum doppelten Ertragswert (Art. 21 Abs. 1 BGG) zugewiesen, so hat er bei der Berechnung des Besitzesdauerabzuges das Recht, von zwei Verfahren das für ihn günstigere zu wählen. Er kann anstelle des Besitzesdauerabzuges der Gewinnberechnung einen erhöhten Anrechnungswert zugrunde legen (Art. 31 Abs. 5 BGG). Dies ist dann relevant, wenn die Bemessungsgrundlage für die Berechnung des Ertragswertes seit der Zuweisung geändert hat und der Ertragswert dadurch höher ausfällt (Art. 87 BGG, Art. 2 VBB<sup>48</sup>).

### 3.5 Gewinnverteilung

#### 3.5.1 Beim vertraglichen Gewinnanspruchsrecht

Bei lebzeitiger Veräußerung des Grundstücks mit vertraglichem Gewinnanspruchsrecht steht der Gewinnanspruch dem Veräußerer zu (Art. 41 Abs. 1 BGG). Entsteht der Gewinnanspruch zwar noch vor seinem Tod (z.B. durch Zuweisung des Grundstücks zur Bauzone), ohne jedoch fällig zu werden, so fällt die entsprechende Forderung in seinen Nachlass (Art. 560 Abs. 2 ZGB). Das Gewinnanspruchsrecht ist vererblich (Art. 28 Abs. 2 Satz 2 BGG). Stirbt der am Gewinn Berechtigte während der 25-jährigen bzw. vertraglichen Dauer, so kann jeder Miterbe seinen Anspruch entsprechend seiner Erbquote selbständig geltend machen (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 BGG).<sup>49</sup>

#### 3.5.2 Beim gesetzlichen Gewinnanspruchsrecht

Beim gesetzlichen Gewinnanspruchsrecht hat jeder Miterbe Anspruch auf den seiner Erbquote entsprechenden Gewinn (Art. 28 Abs. 1 BGG in fine). Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass nur jene

Erben am Gewinn partizipieren können, die im Zeitpunkt der vorangegangenen Erbteilung Erbstellung innehaben. Dazu gehören regelmässig auch der Übernehmer selber, ebenso wie eingesetzte Erben (Art. 483 ZGB). Wer auf das Erbe verzichtet hat (Art. 495 ZGB)<sup>50</sup>, wer seinen Erbanteil ausgeschlagen hat (Art. 566 ZGB) oder enterbt worden ist (Art. 477 ff. ZGB) hat somit keinen Anspruch auf den Gewinn.<sup>51</sup> Ausgeschlossen sind auch Vermächtnisnehmer.<sup>52</sup> Die Verteilung des Nettogewinns erfolgt nach dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend den Erbquoten der vorangegangenen Erbteilung. Der Gewinnanspruch ist vererblich und übertragbar (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Somit kann er durch den Miterben selber, dessen Erben oder, bei Abtretung, durch den Zessionar geltend gemacht werden und zwar selbständig, d.h. unabhängig von einer Geltendmachung durch die übrigen Miterben.<sup>53</sup>

### 3.6 Sicherung des Gewinnanspruchs

Das Gewinnanspruchsrecht kann seine Funktion nur erfüllen, wenn der Veräußerungserlös eines Grundstücks nicht missbräuchlich und zu Lasten der Anspruchsberechtigten verwendet wird. Dafür sieht das BGG das Sicherungsinstrument des (mittelbaren) gesetzlichen Grundpfandrechts vor (Art. 34 BGG, Art. 837 ZGB). Nach der hier vertretenen Auffassung ist Art. 34 BGG entgegen der allgemein dispositiven Natur des Gewinnanspruchsrechts zwingend und wird von Art. 35 BGG nicht erfasst, denn ein gesetzliches Sicherungsinstrument kann seiner Funktion nur gerecht werden, wenn es dem Parteiwillen entzogen ist (vgl. 837 Abs. 2 ZGB). Bereits ab dem Zeitpunkt der Zuweisung, bzw. lebzeitigen Übertragung eines Grundstücks kann jeder Berechtigte,<sup>54</sup> sei es ein Miterbe, der Zessionar oder der Veräusse-

46 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGG (Fn. 12), N. 5 zu Art. 32 BGG; BEELER, (Fn. 29), S. 368.

47 Für ein angefangenes Jahr ist ein Abzug pro rata temporis möglich; Botschaft zum BGG, BBl 1988 III S. 1011.

48 Verordnung über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1993, (VBB, SR 211.412.110).

49 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGG (Fn. 12), N. 12 zu Art. 28 BGG.

50 Auch die Nachkommen des Verzichtenden sind vom Gewinnanspruch ausgeschlossen (Art. 495 Abs. 3 ZGB); MEYER, (Fn. 21), Rz. 201.

51 MEYER, (Fn. 21), Rz. 1074.

52 MEYER, (Fn. 21), Rz. 1075.

53 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGG (Fn. 12), N. 12 zu Art. 28 BGG.

54 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGG (Fn. 12), N. 5 zu Art. 34 BGG.



rer, am entsprechenden Grundstück eine vorläufige Eintragung einer Grundpfandverschreibung ohne Angabe eines Pfandvertrages vormerken lassen (Art. 34 Abs. 2 BGBB). Die Vormerkung muss für jedes Grundstück einzeln erfolgen<sup>55</sup> und ist zulässig bis zum Zeitpunkt der Veräusserung, selbst wenn das Grundstück zwischenzeitlich einer Bauzone zugewiesen wurde.<sup>56</sup> Die Wirkung dieser Vormerkung ist eine zeitliche. Eine nachfolgende definitive Eintragung des Grundpfandrechts bewirkt, dass dieses vom Zeitpunkt der Vormerkung an dinglich wirksam wird (Art. 34 Abs. 2 Satz 2 BGBB, Art. 961 Abs. 2 ZGB). Es geht damit später eingetragenen dinglichen Rechten vor (Art. 959 Abs. 2 ZGB, Art. 972 Abs. 1 ZGB). Darüber hinaus ist die Vormerkung geeignet, den guten Glauben eines Dritten zu zerstören (Art. 973 Abs. 1 ZGB).<sup>57</sup>

Hat der Berechtigte Kenntnis von der Veräusserung des Grundstücks erlangt, so muss er innert dreier Monate die definitive Eintragung des Grundpfandrechts verlangen, andernfalls die Vormerkung dahin fällt (Art. 34 Abs. 4 BGBB). Mit der Anmeldung zur definitiven Eintragung ist der Betrag des Grundpfandrechts anzugeben (Art. 794 ZGB).<sup>58</sup> Subsidiär gelten die Regeln über das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 34 Abs. 4 BGBB). Somit kann der Berechtigte, sollte der Veräusserer die Höhe der Forderung nicht anerkennen, diese gerichtlich feststellen lassen (Art. 839 Abs. 3 ZGB, Art. 22 Abs. 2 GBV). Leistet der Veräusserer anderweitige Sicher-

heiten, ist die Eintragung des Grundpfandrechts nicht möglich (Art. 839 Abs. 3 ZGB, Art. 22 Abs. 3 GBV). Die Belastungsgrenze für die Errichtung von Grundpfandrechten ist in diesem Zusammenhang unbeachtlich (Art. 75 Abs. 1 lit. e BGBB). Das definitiv eingetragene Grundpfandrecht erlaubt es dem Berechtigten, sich im Falle der Nichtbefriedigung aus dem Erlös des Grundstücks bezahlt zu machen (Art. 816 ZGB).

## IV. Das vertragliche Gewinnanspruchsrecht bei lebzeitiger Übertragung von Grundstücken

### 4.1 Kein gesetzliches Gewinnanspruchsrecht bei lebzeitiger Übertragung

Anders als die bis zum Inkrafttreten des BGBB am 1. Januar 1994 geltende gesetzliche Ordnung sieht das bürgerliche Bodenrecht für den Fall der lebzeitigen Übertragung eines landwirtschaftlichen Grundstücks (oder Gewerbes) von Gesetzes wegen kein Gewinnanspruchsrecht vor.<sup>59</sup> Die Parteien können jedoch ein solches vereinbaren. Ein am 1. Januar 1994 bestehendes, vertragliches oder gesetzliches Gewinnanspruchsrecht behält seine Gültigkeit.<sup>60</sup> Hinsichtlich Fälligkeit und Berechnung des Gewinns sind diese altrechtlichen Gewinnanspruchsrechte jedoch den Bestimmungen des BGBB unterstellt (Übergangsrecht, Art. 94 Abs. 3 BGBB).<sup>61</sup> Ausnahmsweise untersteht auch eine lebzeitige Übertragung eines Grundstücks von Gesetzes wegen dem Gewinnanspruchsrecht, nämlich für den Fall, dass ein gesetzliches Vorkaufsrecht ausgeübt wurde (Art. 53 BGBB).

### 4.2 Vertragsautonomie der Parteien

Bei der lebzeitigen Veräusserung eines landwirtschaftlichen Grundstücks können die Parteien vereinbaren, dass der Veräusserer Anspruch auf den Gewinn hat, wenn das Grundstück weiterveräussert wird (Art. 41 Abs. 1 BGBB). Beschränken sich die Parteien auf die Vereinbarung dieses Grundsatzes, so untersteht dieses vertragliche Gewinnanspruchsrecht kraft gesetzlichen Verweises den Bestimmungen über das gesetzliche Gewinnanspruchsrecht (Art. 41 Abs. 1 Satz 2 BGBB). Die Parteien haben es damit in der Hand, den vertraglichen Gewinnanspruch auch abweichend von Art. 28 ff. BGBB zu regeln. Sie können insbesondere die Berechnung des Gewinnanspruchs so modifizieren, dass auch trotz Veräusserung zum Verkehrswert – und damit abweichend von Art. 28 Abs. 1 BGBB – ein Gewinnanspruchsrecht entstehen soll oder sie können eine kürzere als die gesetz-

55 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGBB (Fn. 12), N. 10 zu Art. 34 BGBB.

56 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGBB (Fn. 12), N. 13 zu Art. 34 BGBB.

57 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGBB (Fn. 12), N. 14 zu Art. 34 BGBB; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 3. Aufl. 2009, Rz. 473.

58 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGBB (Fn. 12), N. 18 zu Art. 34 BGBB.

59 Vgl. demgegenüber aArt. 218<sup>quinquies</sup> OR, der auf die damaligen Bestimmungen des ZGB über den Gewinnanspruch der Miterben verwies (aArt. 619 ZGB) und damit auch für die lebzeitige Abtretung von Grundstücken an einen künftigen Erben (sog. Kindskauf; BGE 120 V 10 (13) E. 4a) ein gesetzliches Gewinnanspruchsrecht vorsah; BGE 94 II 240 (248), E. 9d; BGE 120 V 10 (12), E. 2.

60 BGE 120 V 10 (12), E. 2.

61 Nicht geregelt wird im Übergangsrecht des BGBB, nach welchem Recht die Sicherung des Gewinnanspruchs erfolgen soll. Die Lehre geht davon aus, dass altrechtliche Gewinnanspruchsrechte generell den Regeln des BGBB folgen, allerdings mit der in Art. 94 Abs. 3, letzter Satz BGBB erwähnten Gegen Ausnahme bei der Zuweisung zu einer Bauzone; JEAN-MICHEL HENNY/REINHOLD HOTZ/BENNO STUDER, Kommentar BGBB (Fn. 12), N. 19 zu Art. 94 BGBB.



## Im Spannungsfeld zwischen Gewinnanspruch, erbrechtlicher Ausgleichung und Herabsetzung

liche Dauer von 25 Jahren vorsehen. Die Vereinbarung einer längeren als der gesetzlich vorgesehenen Dauer wird vom BGBB nicht ausgeschlossen, dürfte aber ihre Grenze in der Dauer der zulässigen Bindung nach Art. 27 ZGB finden.<sup>62</sup> Die vertragliche Vereinbarung eines Gewinnanspruchsrechts untersteht keiner gesetzlichen Formvorschrift (Art. 11 OR).<sup>63</sup>

### 4.3 Nachträgliche Abänderung oder Aufhebung des Gewinnanspruchsrechts

Wenn die Parteien anlässlich des Grundstückserwerbs ein Gewinnanspruchsrecht vereinbaren dürfen, so versteht sich, dass sie diese Vereinbarung später auch wieder (formfrei) abändern oder aufheben können. Im Falle der nachträglichen vertraglichen Aufhebung des Gewinnanspruchsrechts zwischen Veräusserer und Erwerber muss zum Schutz der Miterben allerdings jene Rechtslage gelten, wie sie Art. 41 Abs. 2 BGBB für die Veräusserung ohne Gewinnanspruchsrecht vorsieht. Den Erben stehen dann die erbrechtlichen Klagen auf Ausgleichung und Herabsetzung offen. Entsprechend dem Grundsatz der freien Teilung (Art. 607 Abs. 2 ZGB), können auch die Erben unter sich ein ursprünglich zu Lebzeiten des Veräusserers vertraglich vereinbartes Gewinnanspruchsrecht formfrei abändern oder aufheben. Auf alle diese Fälle der nachträglichen Abänderung oder Aufhebung eines vertraglichen Gewinnanspruchsrechts findet die Formvorschrift von Art. 35 BGBB keine Anwendung, da diese nur auf das gesetzliche Gewinnanspruchsrecht ausgerichtet ist.<sup>64</sup>

## V. Verhältnis des Gewinnanspruchsrechts zu den erbrechtlichen Bestimmungen über die Ausgleichung und Herabsetzung

Trotz Gewinnanspruchsrecht sind Konstellationen denkbar, in denen die Miterben von einem Gewinnanteil ausgeschlossen sind (z.B. nach Ablauf der 25-jährigen Frist) oder infolge der verschiedenen Abzugsmöglichkeiten nur noch beschränkt am Gewinn beteiligt werden. Es fragt sich für diese Fälle, wann eine Klage auf Ausgleichung oder Herabsetzung bezüglich des entgangenen Gewinns offensteht. Die Antwort ist zu differenzieren.

In all jenen Fällen, in denen die gesetzliche Ordnung über das Gewinnanspruchsrecht (Art. 28 ff. BGBB) unverändert zur Anwendung gelangt, sind die erbrechtlichen Klagen auf Ausgleichung und Herabsetzung ausgeschlossen. Dies gilt gleichermaßen bei erbrechtlicher Zuweisung eines Grundstücks als auch bei lebzeitiger Veräusserung mit vertraglichem Gewinnanspruchsrecht. Dieser Ausschluss

ergibt sich aus dem Vorrang der Bestimmungen über das Gewinnanspruchsrecht gegenüber dem bürgerlichen Erbrecht (*lex specialis* des BGBB, Art. 619 ZGB). Die Ausgestaltung des gesetzlichen Gewinnanspruchsrechts, welches zahlreiche Abzüge und schliesslich eine Befristung auf 25 Jahre vorsieht, führt regelmässig zu einer Bevorzugung des Grundeigentümers gegenüber den (Mit-)Erben. Die erbrechtlichen Klagen zuzulassen, hiesse nichts weniger als das Gewinnanspruchsrecht des BGBB auszuhebeln.

Anders verhält es sich in jenen Fällen, in denen zwar dem Grundsatz nach ein Gewinnanspruchsrecht gilt, dieses aber vertraglich, bzw. mittels Verfügung von Todes wegen abweichend von Art. 28 ff. BGBB und zu Lasten der Pflichtteilserben abgeändert wurde. Diesfalls muss den Pflichtteilserben bei Verletzung ihrer Pflichtteile die Klage auf Herabsetzung offen stehen.<sup>65</sup> Aufgrund der Verwirklichungsfrist (Art. 533 Abs. 1 ZGB) ist die Herabsetzungsklage jedoch nur bis zehn Jahre, gerechnet ab dem Tod des Erblassers zulässig. Da die 25-jährige Frist für das Gewinnanspruchsrecht erst mit dem Erwerb des Grundstücks durch den betreffenden Erben zu laufen beginnt, kann bei einer langwierigen Erbteilung die Herabsetzungsklage verwirkt sein, noch bevor der Gewinnanspruch entstanden ist. Art. 41 Abs. 2 BGBB, der die Verwirkung der Herabsetzungsklage aufschieben lässt, ist für diese Konstellation nicht anwendbar. Dies mag im Einzelfall unbefriedigend sein, ist *de lege lata* aber wohl hinzunehmen. Eine Ausgleichungsklage ist nicht zulässig, da in der Modifikation des Gewinnanspruchsrechts zu Gunsten des Erwerbers auch die Befreiung von der Ausgleichungspflicht zu erblicken ist.<sup>66</sup> Zulässig sind die Klagen auf Ausgleichung und Herabsetzung kraft gesetzlicher Anordnung in Art. 41 Abs. 2 BGBB hingegen dort, wo bei lebzeitiger Veräusserung kein Gewinnanspruchsrecht vereinbart oder ein zuvor vereinbartes Gewinnanspruchsrecht nachträglich aufgehoben wurde. Davon soll nachfolgend die Rede sein.

62 BEELER, (Fn. 29), S. 414.

63 JEAN-MICHEL HENNY, (Fn. 12), N. 9 zu Art. 41 BGBB.

64 MEYER, (Fn. 21), Rz. 1488.

65 JEAN-MICHEL HENNY, Kommentar BGBB (Fn. 12), N 1 zu Art. 35 BGBB; MEYER, (Fn. 21), Rz. 525; Die Frage stellt sich, ob bereits eine ggf. nur geringfügige testamentarische oder (erb-)vertragliche Verkürzung der gesetzlichen Dauer von 25 Jahren unter Beibehaltung der übrigen gesetzlichen Regeln zur Gewinnberechnung auch zu einer Herabsetzungsklage berechtigt. Die Frage ist nach der hier vertretenen Auffassung zu bejahen, da mit der Verkürzung das Gewinnanspruchsrecht in seiner Funktion als Sicherungsinstrument eingeschränkt wird.

66 EITEL, Berner Kommentar (Fn. 24), N 8 zu Art. 630 ZGB.

	Bei lebzeitiger Veräusserung			Bei erbrechtlicher Zuweisung	
	mit vertraglichem Gewinnanspruch		ohne (oder nachträglich aufgehobenen) vertraglichen Gewinnanspruch	gesetzlicher Gewinnanspruch (Art. 28 ff. BGG)	
Zulässigkeit der ...	nach Regeln v. Art. 28 ff. BGG	abgeändert (Art. 41 Abs. 1 BGG in fine) <sup>67</sup>		ohne letztwillige Verfügung	mit letztwilliger Verfügung
Ausgleichungsklage	Nein	Nein	Ja (Art. 41 Abs. 2 BGG)	Nein	Nein
Herabsetzungsklage	Nein	Ja	Ja (Art. 41 Abs. 2 BGG)	Nein	Ja
Verwirkung der Herabsetzungsklage	–	nach Art. 533 ZGB	nach Art. 41 Abs. 2 BGG	–	nach Art. 533 ZGB

Tabelle 1: Zulässigkeit und Verwirkung der Klagen auf Ausgleichung bzw. Herabsetzung.

## VI. Die lebzeitige Übertragung eines Grundstücks ohne Vereinbarung eines Gewinnanspruchsrechts

### 6.1 Vorbehalt der Bestimmungen über die Ausgleichung und Herabsetzung

Wird ein landwirtschaftliches Grundstück unter dem Verkehrswert veräussert, ohne dass ein Gewinnanspruchsrecht vereinbart wurde, so bleiben zum Schutz der Erben die erbrechtlichen Bestimmungen über die Ausgleichung und Herabsetzung vorbehalten (Art. 41 Abs. 2 BGG). Damit werden bei einer lebzeitigen Veräusserung die Rechte der Miterben durch die entsprechenden Bestimmungen des bürgerlichen Erbrechts gewahrt. Gleichzeitig versteht sich, dass der Veräusserer selber zu seinen Lebzeiten von einem Gewinnanspruch ausgeschlossen ist, hat er es doch bei der lebzeitigen Abtretung in der Hand, ein Gewinnanspruchsrecht vertraglich zu vereinbaren.

Eine Schenkung unter Lebenden kann erbrechtlich in zweifacher Hinsicht von Bedeutung sein. Sie kann Gegenstand der Ausgleichungspflicht sein (Art. 626 ff. ZGB) oder, wenn sie die Rechte von Pflichtteilerben tangiert, zu einer Herabsetzung führen (Art. 522 ff. ZGB). Auf beides ist nachfolgend näher einzugehen, wenn auch insbesondere

zum Ausgleichsrecht manche Frage nach wie vor ungeklärt bleibt, wie selbst das Bundesgericht unlängst einräumen musste.<sup>68</sup>

### 6.2 Die lebzeitige unentgeltliche Grundstücksübertragung im Ausgleichsrecht

#### 6.2.1 Die gewillkürte Ausgleichung (Art. 626 Abs. 1 ZGB)

Die gesetzlichen Erben sind gegenseitig verpflichtet, alles zur Ausgleichung zu bringen, was ihnen der Erblasser bei Lebzeiten auf Anrechnung an ihren Erbteil zugewendet hat (Art. 626 Abs. 1 ZGB). Diese sog. gewillkürte Ausgleichung bedeutet, dass die Erben eine lebzeitige Zuwendung nur bei entsprechender Anordnung («auf Anrechnung») durch den Erblasser zur Ausgleichung bringen müssen.<sup>69</sup> Diese Anordnung ist an keine besondere Form gebunden (Art. 11 OR), muss aber anlässlich der Zuwendung erfolgen.<sup>70</sup>

#### 6.2.2 Die gesetzliche Ausgleichung (Art. 626 Abs. 2 ZGB)

Im vorliegenden Sachverhalt ist die Grundstücksschenkung an ein Kind erfolgt. Für Nachkommen ist die gesetzliche Ausgleichung in Art. 626 Abs. 2 ZGB von Bedeutung. Nach dieser Bestimmung haben die Nachkommen alles zur Ausgleichung zu bringen, was ihnen der Erblasser «als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass u. dgl. zugewendet hat», es sei denn, der Erblasser habe ausdrücklich (auch formfrei und ggf. nachträglich) das Gegenteil verfügt.

Eine (Grundstück-)Schenkung fällt objektiv ohne Weiteres unter die gewillkürte Ausgleichungspflicht. Das Gleiche gilt für die gemischte Schenkung eines Grundstücks, bei der zwar eine Gegenleistung ent-

67 Erfolgt eine Abänderung des Gewinnanspruchs, so liegt in der Regel ein Teilerlass von der Ausgleichungspflicht vor und es kommt insofern zu einer Herabsetzung.

68 BGE 131 III 49 (58), E. 4.3.2.

69 PAUL EITEL, in: Unternehmensrecht II, Nachfolge und Umstrukturierung, Gesellschafts-, Erb- und Steuerrecht, Zürich 2009, Rz. 15, S. 105.

70 BGE 76 II 188 (197), E. 6.



## Im Spannungsfeld zwischen Gewinnanspruch, erbrechtlicher Ausgleichung und Herabsetzung

richtet wird (oder Hypothekarschulden übernommen werden), diese aber in einem Missverhältnis zum Wert des Grundstücks steht. Diesfalls ist für eine Ausgleichungspflicht in subjektiver Hinsicht zusätzlich vorausgesetzt, dass der Schenker das Missverhältnis im Zeitpunkt des Vertragsabschluss erkannt hat und einen entsprechenden Schenkungswillen bekundet hat.<sup>71</sup>

Die lebzeitige Zuwendung eines Grundstücks, sei sie in Form einer reinen oder gemischten Schenkung erfolgt, fällt in objektiver Hinsicht unter die gesetzliche Ausgleichungspflicht der Nachkommen;<sup>72</sup> zumindest dann, wenn es sich um ein Grundstück von einem gewissen Wert handelt.<sup>73</sup> Falls in unserem Beispiel das Grundstück ohne Anordnung über die Ausgleichung unentgeltlich an das Kind übertragen wird, so liegt damit ein Anwendungsfall der gesetzlichen Ausgleichungspflicht nach Art 626 Abs. 2 ZGB vor. Es fragt sich nun, zu welchem Wert das inzwischen der Bauzone zugewiesene und mit erheblichem Mehrwert veräusserte Grundstück in der Erbteilung auszugleichen ist.

### 6.2.3 Ausgleichungswert und Modalitäten der Ausgleichung

Die Ausgleichung erfolgt gemäss Art. 630 Abs. 1 ZGB nach dem Wert der Zuwendung zur Zeit des Erbanges, d.h. zur Zeit des Todes des Erblassers (Art. 537 Abs. 2 ZGB). Bezüglich des Bewertungszeitpunktes hat sich der Gesetzgeber damit für das «Todestagprinzip» und gegen den Zeitpunkt der Ausrichtung der Zuwendung entschieden.<sup>74</sup> Als massgeblicher Wert für die Ausgleichung ist der Verkehrswert des geschenkten Grundstücks heranzuziehen.<sup>75</sup> Bei einer gemischten Schenkung spricht sich das Bundesgericht bei der Ermittlung des Ausgleichungswertes für die sog. Quoten- oder Proportionalmethode aus.<sup>76</sup> Im Ergebnis werden damit Wertveränderungen zwischen dem Zeitpunkt der Zuwendung und dem Tod des Erblassers berücksichtigt. Bei Grundstücken dürfte diese Wertveränderung i.d.R. eine Wertzunahme bedeuten (Bauland!), die sich der Beschenkte vollumfänglich anrechnen lassen muss. Allerdings kann der Eigentümer Aufwendungen am Grundstück, die er im Interesse einer Werterhaltung vorgenommen hat, vom Ausgleichungswert abziehen (Art. 630 Abs. 2 ZGB).<sup>77</sup> Die aus der Verpachtung des Grundstücks erzielten Pachtzinsen sind überdies nicht auszugleichen (Art. 630 Abs. 2 i.V.m Art. 938 Abs. 1 ZGB).<sup>78</sup> Wurde das Grundstück vor dem Tod des Erblassers veräussert, ist der erzielte Verkaufserlös auszugleichen (Art. 630 Abs. 1 ZGB).

Kommt es zur Ausgleichung, so hat der Pflichtige ein Wahlrecht zwischen der «Einwerfung in Natur» oder der «Anrechnung dem Werte nach» (Art. 628 Abs. 1 ZGB). Das beschenkte Kind kann also wahlweise das Grundstück an die Erbengemeinschaft zurück übertragen oder aber das Eigentum daran behalten und sich dessen Wert an seinen Erbteil anrechnen lassen. Dies kann es auch dann tun, wenn der Wert des Grundstücks seinen Erbteil übersteigen sollte (sog. Mehrempfang, Art. 628 Abs. 1 ZGB in fine). Es ist von der Ausgleichung eines Mehrempfanges allerdings nur dann befreit, wenn der Erblasser es damit nachweislich begünstigen wollte (Art. 629 Abs. 1 ZGB).<sup>79</sup> Zudem bleiben die Rechte der pflichtteilsgeschützten Erben durch die Möglichkeit der Herabsetzungsklage gewahrt (Art. 628 Abs. 2 ZGB).

### 6.2.4 Ausgleichungspflicht und Ausschlagung der Erbschaft

Die gesetzlichen und die eingesetzten Erben haben das Recht, die Erbschaft auszuschlagen (Art. 566 Abs. 1 ZGB). Mit der Ausschlagung verliert der

71 BGE 98 II 352 (357), E. 3a; BGE 126 III 171 (173), E. 3a.

72 PAUL EITEL, Lebzeitige Zuwendungen, Ausgleichung und Herabsetzung – eine Auslegeordnung, in: ZBJV, Band 134, 1998, S. 735; der Autor bezeichnet Schenkungen als unentgeltliche lebzeitige Zuwendungen par excellence.

73 BGE 116 II 667 (675), E. 3b aa; «Les libéralités ayant pour objet des immeubles sont sujettes à réduction quand il s'agit de biens importants»; BGE 131 III 49 (55), E. 4.1.2; PAUL EITEL, Was lehrt uns BGE 131 III 49 auch noch? Ergänzende Hinweise im Anschluss an die Urteilsanmerkungen von Thomas Weibel in Jusletter 18. April 2005, in: Jusletter 10. April 2006, Rz. 14.

74 JURIJ BENN, BGE 133 III 416: Ausgleichungswert eines Erbvorbezuges (Art. 630 ZGB), in: successio 2008, S. 66.

75 BGE 133 III 416 (418), E. 6.3.1; BENNO STUDER, Erbrechtliche Aspekte der Unternehmensnachfolge (Prävention, Ausgleichung, Herabsetzung, Intertemporalrecht), in: Blätter für Agrarrecht, 2008, S. 285. Der Auffassung des Autors ist zuzustimmen, dass der massgebliche Wert eines Grundstücks in der Ausgleichung, bzw. Herabsetzung seine Obergrenze im höchstzulässigen Preis nach Art. 66 BGGB findet.

76 BGE 98 II 352 (359), E. 5.

77 BGE 131 III 416 (419), E. 6.3.4.

78 PAUL EITEL, Alte und neue Probleme der Unternehmensnachfolge, Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Medizinalrecht und allgemeinen Privatrecht, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2002, S. 508.

79 BGE 131 III 49 (55), E. 4.1.3.

präsumptive Erbe seine Erbenstellung. Durch Ausschlagung kann der Empfänger einer lebzeitigen Zuwendung somit auch seiner Ausgleichspflicht entgehen.<sup>80</sup> Die Ausgleichspflicht geht diesfalls allerdings auf seine Erben über, und zwar auch dann, wenn die Zuwendung selber nicht auf die Erben übergegangen ist (Art. 627 ZGB). Nebst der Befreiung von der Ausgleichspflicht durch den Veräusserer sind also verschiedene Situationen denkbar, in denen das mit dem Grundstück beschenkte Kind einer Ausgleichung entgehen kann. Die pflichtteilsgeschützten Erben haben dann die Möglichkeit, bei Verletzung ihrer Pflichtteile auf Herabsetzung zu klagen.<sup>81</sup>

### 6.3 Die unentgeltliche Grundstücksübertragung im Herabsetzungsrecht

#### 6.3.1 Allgemeines

Das Herabsetzungsrecht steht im Dienste einer – zumindest minimalen – Gewährleistung der Familienerbfolge.<sup>82</sup> Der Kreis der pflichtteilsgeschützten Erben ist dementsprechend eng und umfasst lediglich die Nachkommen, Eltern und Ehegatten, bzw. eingetragene Partner(in) des Erblassers (Art. 470 Abs. 1 ZGB). Hat der Erblasser seine Verfügungsbefugnis überschritten und damit Pflichtteile verletzt, so können die Pflichtteilerben, die nicht dem Werte nach ihren Pflichtteil erhalten haben, die Herabsetzung der erblasserischen Verfügungen auf das erlaubte Mass verlangen (Herabsetzungsklage, Art. 522 Abs. 1 ZGB). Der Herabsetzung unterliegen nach der Prioritätenordnung in Art. 532 ZGB zum einen, und in erster Priorität, Verfügungen von Todes wegen, aber zum zweiten auch Verfügungen, die der Erblasser zu Lebzeiten vorgenommen hat (Verfügungen unter Lebenden,

Art. 527 ZGB), wobei die späteren vor den früheren herabgesetzt werden. Insbesondere fallen darunter auch lebzeitige Zuwendungen an Nachkommen, die nach Art. 626 Abs. 2 ZGB ausgleichspflichtig wären, bei denen es aber nicht zu einer Ausgleichung gekommen ist, sei es infolge Befreiung von der Ausgleichspflicht durch den Erblasser oder wegen Ausschlagung der Erbschaft durch den Ausgleichspflichtigen.<sup>83</sup> Die Herabsetzung einer lebzeitigen Zuwendung ist demnach subsidiär zur Ausgleichung.<sup>84</sup> Wie lange die lebzeitigen Zuwendungen zeitlich zurückliegen, ist im Übrigen für eine Herabsetzungsklage nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB unerheblich. Um Art. 527 ZGB ranken sich viele Fragen. Eine davon betrifft die Kontroverse, ob die Wendung «auf Anrechnung an den Erbteil» in Ziffer 1 objektiv oder subjektiv auszulegen sei. Das Bundesgericht ist bisher der rein objektiven Auslegung gefolgt, dass unter Art. 527 Ziff. 1 ZGB sämtliche lebzeitigen Zuwendungen fallen, die ihrer Natur nach gemäss Art. 626 ZGB auszugleichen wären. Erfasst werden demnach auch lebzeitige Zuwendungen, die durch Verfügungen des Erblassers der Ausgleichung entzogen sind.<sup>85</sup> Überzeugender ist allerdings die Minderheitsmeinung in der Lehre, welche für eine subjektive Auslegung steht und damit lebzeitige Zuwendungen vom Anwendungsbereich von Art. 527 Ziff. 1 ZGB ausnehmen will, wenn sie der Erblasser seinerzeit nicht der Ausgleichspflicht unterstellt hat.<sup>86</sup> Nach der subjektiven Theorie würde sich der Anwendungsbereich von Art. 527 Ziff. 1 ZGB auf jene lebzeitigen Zuwendungen beschränken, die nicht durch erblasserische Verfügung – subjektiv – der Ausgleichung entzogen wurden.

#### 6.3.2 Hinzurechnungswert und Modalitäten der Herabsetzung

Die der Herabsetzungsklage unterliegenden Zuwendungen unter Lebenden werden dem Vermögen des Erblassers hinzugerechnet (Art. 475 ZGB). Der für die Bewertung einer Zuwendung (i.c. Grundstückschenkung) massgebliche Zeitpunkt ist, wie bei der Ausgleichung, der Todestag des Erblassers (Art. 474 Abs. 1, 537 Abs. 2 ZGB). Als Bewertungsmaßstab gilt wiederum der Verkehrswert des Grundstücks. Wie vorzugehen ist, wenn die Zuwendung infolge Verkaufs am Todestag nicht mehr vorhanden ist, lässt sich dem Herabsetzungsrecht nicht entnehmen.<sup>87</sup> Das Bundesgericht ist der Auffassung, dass diesfalls, wie bei der Ausgleichungspflicht, auf den Verkaufserlös abzustellen ist.<sup>88</sup>

80 BGE 131 III 49 (52), E. 2.2.

81 Vgl. zu den Rechtsfolgen der Ausschlagung in Bezug auf die Ermittlung der Pflichtteilsansprüche: PAUL EITEL, Die erbrechtliche Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Spannungsfeld zwischen Ausgleichung und Herabsetzung; in: ZBJV, Band 142, 2006, S. 476 ff.

82 EITEL, (Fn. 69), Rz. 1, S. 119.

83 BGE 98 II 352 (356), E. 3a.

84 EITEL, (Fn. 69), Rz. 1, S. 119.

85 BGE 116 II 667 (671), E. 2b aa.

86 EITEL, (Fn. 81), S. 470; Zudem stellt sich die Frage, inwiefern die subjektive Auslegung von Art. 579 Abs. 1 ZGB in BGE 131 III 49 Auswirkungen auf die Praxis des Bundesgerichts zur Auslegung von Art. 527 Ziff. 1 ZGB hat; vgl. EITEL (Fn. 72), Rz. 25 ff.

87 EITEL, (Fn. 72), S. 758.

88 BGE 110 II 228 (231), E. 7b.



## Im Spannungsfeld zwischen Gewinnanspruch, erbrechtlicher Ausgleichung und Herabsetzung

### 6.4 Verwirkungsfristen für die Klagen: Die Sondernorm in Art. 41 Abs. 2 BGG

#### 6.4.1 Die Verwirkungsfristen im bürgerlichen Erbrecht

Mit der Ausgleichungsklage verlangt der Kläger in der Erbteilung die Anrechnung einer an den Beklagten erfolgten lebzeitigen Zuwendung des Erblassers an den Erbteil des Beklagten. Da der Teilungsanspruch unverjährbar ist (Art. 604 Abs. 1 ZGB),<sup>89</sup> kann auch die Ausgleichungsklage nicht verjähren solange die Teilung nicht erfolgt ist.

Nach erfolgter Teilung untersteht die Anfechtung eines abgeschlossenen Teilungsvertrages den Regeln des allgemeinen Teils des Obligationenrechtes über die Anfechtung von Verträgen (Art. 638 ZGB).<sup>90</sup> Der Teilungsvertrag ist damit nichtig bei unmöglichem, widerrechtlichem oder unsittlichem Inhalt (Art. 20 OR) und anfechtbar, wenn er auf Übervorteilung beruht (Art. 21 OR) oder Willensmängel aufweist (Art. 23 ff. OR). Die Anfechtung muss binnen der relativen Jahresfrist von Art. 31 Abs. 1 OR erfolgen.<sup>91</sup> Dies gilt auch bei der Anfechtung von Erbteilungsverträgen.<sup>92</sup> Nach der herrschenden Ungültigkeitstheorie wird der Vertrag als Folge der Anfechtung mit Wirkung *ex tunc* aufgehoben.<sup>93</sup>

Die Herabsetzungsklage gegen eine lebzeitige Zuwendung verwirkt<sup>94</sup> mit Ablauf eines Jahres vom Zeitpunkt an, von dem die Erben von der Verletzung ihrer Pflichtteile Kenntnis erhalten haben (relative Frist), in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit dem Tod des Erblassers (absolute Frist, Art. 533 Abs. 1 ZGB).

#### 6.4.2 Die Verwirkungsfristen nach dem Konzept des BGG

Das BGG bestimmt nun in Art. 41 Abs. 2, dass bei Veräusserung eines Grundstücks unter dem Verkehrswert und ohne dass ein Gewinnanspruchsrecht vereinbart worden wäre, die Klage auf Herabsetzung und Ausgleichung nicht verjährt, «solange der Gewinn nicht fällig ist». Mit dieser Sondernorm im BGG treten somit die Verwirkungsfristen des bürgerlichen Erbrechts zurück. Die Tragweite dieser Norm ruft nach Klärung. Vieles dazu ist umstritten und in der Literatur bisher wenig aufgearbeitet worden.<sup>95</sup>

■ Dem Wortlaut von Art. 41 Abs. 2 BGG ist zu entnehmen, dass die erbrechtlichen Klagen erst mit Fälligkeit des Gewinns «verjähren»<sup>96</sup>. Die Formulierung ist insofern verwirlich, als die Bestimmung ja nur dann anwendbar ist, wenn bei der lebzeitigen Veräusserung gar kein Gewinnanspruch vereinbart wurde, mithin also gar kein Gewinn im Sinne von Art. 28 ff. BGG vorliegt.

■ Umstritten ist in der Lehre, ob dort, wo kein vertragliches Gewinnanspruchsrecht vereinbart wurde, die erbrechtliche Herabsetzungsklage überhaupt keiner Verwirkungsfrist unterliege oder ob die Frist von 25 Jahren aus dem Gewinnanspruchsrecht (Art. 28 Abs. 3 BGG) analog anwendbar sei. Träfe Ersteres zu, so wäre die Herabsetzungsklage zeitlich unbefristet zulässig. Dazu wird vorgebracht, für eine analoge Anwendung der 25-jährigen Frist biete das Gesetz keine Grundlage.<sup>97</sup> Dem ist nach der hier vertretenen Auffassung entgegenzuhalten, dass das Gesetz auch für den Fall, wo kein Gewinnanspruchsrecht vereinbart wurde, auf die Regeln über das Gewinnanspruchsrecht verweist (Art. 41 Abs. 2 Satz 2 BGG) und damit implizit auch auf die Frist von 25 Jahren. Deshalb, und auch aus Gründen der Rechtssicherheit, gebietet sich eine zeitliche Begrenzung der erbrechtlichen Klagen auf maximal 25 Jahre.

■ Eine weitere Frage dreht sich darum, ob der Vorrang von Art. 41 Abs. 2 BGG gegenüber den Verwirkungsfristen des ZGB nur gilt bezüglich der absoluten Frist von zehn Jahren (Art. 533 Abs. 1 ZGB) oder auch bezüglich der relativen Fristen von einem Jahr (Art. 533 Abs. 1 ZGB, Art. 31 Abs. 1 OR). Das Grundproblem liegt darin, dass die relativen Fristen bereits zu laufen beginnen, wenn der Kläger seinen «Irrtum» bemerkt (Grundlagenirrtum, Art. 31 Abs. 2 OR), bzw. wenn die Erben «von der Verletzung ihrer Rechte Kenntnis erhalten haben» (Herabsetzungsklage, Art. 533 Abs. 1 ZGB). Dieser Zeitpunkt dürfte regelmässig jenem der Zuweisung des Grundstücks zur Bauzone entsprechen. Mit der öffentlichen Planaufgabe zum Einzonungsverfahren erhalten die Miterben Kenntnis von der beabsichtigten Einzonung und vom dadurch bedingten Mehrwert am Grundstück. Mit der Einzonung entsteht zwar der klagebegründende Mehrwert am Grundstück, dieser ist aber erst bei der Veräusserung des Baulandes, die ggf. erst

89 BGE 116 II 267 (275), E. 7.

90 Dieser Schluss ergibt sich an sich bereits aus Art. 7 ZGB.

91 Art. 31 OR beinhaltet nebst der relativen Frist von einem Jahr keine absolute Frist; BGE 114 II 131 (141), E. 2b.

92 BGE 84 II 685 (690), E. 1.

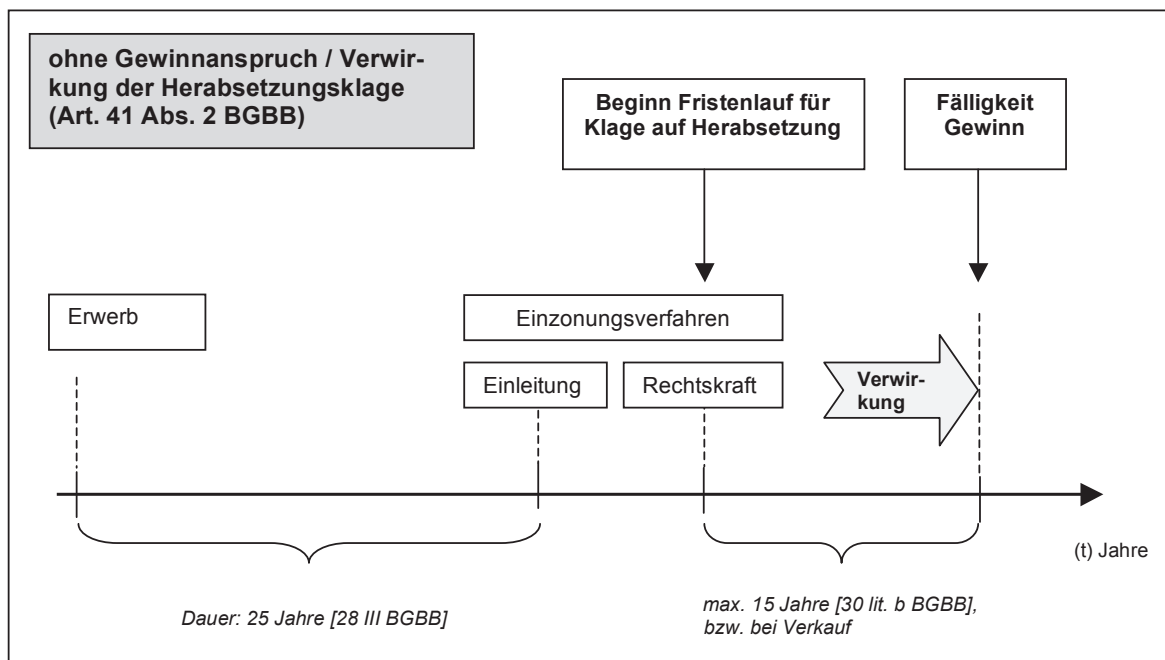
93 BGE 114 II 131 (142), E. 3b.

94 Entgegen dem Wortlaut der Marginalie zu Art. 533 ZGB handelt es sich um eine Verwirkungs- und nicht um eine Verjährungsfrist; BGE 98 II 176 (179), E. 10.

95 In der amtlichen Sammlung des Bundesgerichts ist kein Entscheid zu Art. 41 Abs. 2 BGG veröffentlicht.

96 Es handelt sich um Verwirkungsfristen.

97 JEAN-MICHEL HENNY (Fn. 12), N. 31 zu Art. 41 BGG.



Grafik 1: lebzeitige Übertragung eines Grundstücks ohne Gewinnanspruchsrecht; Verwirkung der Herabsetzungsklage.

viele Jahre später erfolgt, liquid verfügbar. Der beklagte Grundeigentümer wird unmittelbar nach der Einzonerung des Grundstücks möglicherweise gar nicht in der Lage sein, die vermögensrechtlichen Ansprüche der Kläger zu befriedigen, weil das Bauland noch nicht veräussert wurde. In der Lehre wird zwar vereinzelt gefordert, dass bei einer Herabsetzungsklage immerhin die relative Frist von einem Jahr gewahrt werden müsse.<sup>98</sup> Abgesehen vom aufgezeigten Problem der fehlenden Liquidität dürfte diese Auffassung auch nicht den gesetzgeberischen Intentionen entsprechen. Die Botschaft zum BGG erwähnt nämlich explizit die absolute und die relative Frist, welche vom Verwirkungsaufschub erfasst werden.<sup>99</sup>

- Wenn, wie in diesem Aufsatz, bezüglich der Herabsetzungsklage für eine Beschränkung der Verwirkung auf die Fristen nach Art. 28 ff. BGG plädiert wird, so kann dies immer noch dazu führen, dass ein vor 40 Jahren abgeschlossener Erbteilungsvertrag wegen Grundlagenirrtums angefochten und ggf. ex tunc aufgehoben werden kann.<sup>100</sup> Dass sich dazumal erhebliche prakti-

sche Probleme stellen können, bedarf keiner weiteren Erläuterungen.

- Die Ausgleichungsklage ist eine Vorstufe der Erbteilung und da der Anspruch auf Erbteilung nicht verwirkt, kann auch die Ausgleichungsklage nicht verwirken. Dem Wortlaut von Art. 41 Abs. 2 Satz 2 ist nun aber zu entnehmen, dass die Ausgleichungsklage nicht verjährt, «solange der Gewinn nicht fällig ist». Im Umkehrschluss könnte daraus abgeleitet werden, dass nach Fälligkeit des Gewinnes eine Ausgleichungsklage verjähren (zutreffender: verwirken) könnte. Ob ein solches Ergebnis der *ratio legis* von Art. 41 Abs. 2 BGG entspricht, ist doch stark zu hinterfragen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Klage auf Ausgleich unabhängig von Art. 41 Abs. 2 BGG bis zum Zeitpunkt der Erbteilung zulässig. Die Miterben würden sonst ihrer Ausgleichungsklage beraubt und der mit Art. 41 Abs. 2 BGG beabsichtigte Schutz der Miterben würde auf den Pflichtteil beschränkt. Dieses Ergebnis hat der Gesetzgeber aber wohl gerade nicht gewollt.

#### 6.4.3 Fazit zur Auslegung von Art. 41 Abs. 2 BGG

Im Ergebnis ist Art. 41 Abs. 2 BGG wie folgt auszulegen: Wurde ein landwirtschaftliches Grundstück zu Lebzeiten zu einem Preis unter dem Verkehrswert übertragen, ohne dass ein Gewinnanspruchs-

<sup>98</sup> JEAN-MICHEL HENNY (Fn. 12), N. 29 zu Art. 41 BGG.

<sup>99</sup> Botschaft zum BGG, BB1 1988 III S. 1021; der Wortlaut des Gesetzesentwurfes wurde in den parlamentarischen Beratungen nicht verändert.

<sup>100</sup> Vgl. Grafik 1.



## Im Spannungsfeld zwischen Gewinnanspruch, erbrechtlicher Ausgleichung und Herabsetzung

	mit vertraglichem Gewinnanspruch (Art. 41 Abs. 1 BGBB)	ohne vertraglichen Gewinnanspruch (Art. 41 Abs. 2 BGBB)	
		mit Ausgleichungspflicht	ohne Ausgleichungspflicht (=> Herabsetzung)
Aktivlegitimation bezüglich Gewinnanspruch	Veräusserer (Art. 41 Abs. 1 BGBB), bzw. dessen Erben (Art. 28 Abs. 2 BGBB)	jeder Erbe	pflichtteilsberechtigzte Erben (Art. 522 Abs. 1 ZGB)
Massgeblicher Bewertungszeitpunkt	Rechtskraft Einzonung <sup>101</sup>	Todestag (Art. 630 Abs. 1 ZGB)	Todestag (Art. 537 Abs. 2 ZGB)
Bewertungsmassstab	Verkaufserlös oder mutmasslicher Verkehrswert innert 15 Jahren (Art. 31 Abs. 2 BGBB)	Verkehrswert, bzw. Verkaufserlös (Art. 630 Abs. 1 ZGB)	Verkehrswert, bzw. Verkaufserlös (Art. 630 Abs. 1 ZGB)
Umfang des Anspruchs	Differenz aus Veräusserungs- und Anrechnungswert, unter Berücksichtigung von: <ul style="list-style-type: none"> <li>– Abzug für wertvermehrnde Aufwendungen</li> <li>– Abzug für Ausbesserung und Ersatz von Bauten</li> <li>– Abzug für Realersatz (nur bei landw. Gewerben)</li> <li>– Besitzesdauerabzug</li> </ul>	Verkehrswert, bzw. Verkaufserlös unter Abzug der zur Werterhaltung am Grundstück getätigten Aufwendungen (Art. 630 Abs. 2 ZGB)	Herabsetzung bis zur Herstellung der Pflichtteile (Art. 522 Abs. 1 ZGB)  Verkehrswert, bzw. Verkaufserlös unter Abzug der zur Werterhaltung am Grundstück getätigten Aufwendungen (Art. 630 Abs. 2 ZGB)
Rechtsnatur des Anspruchs	vermögensrechtlicher Anteil am Gewinn (Art. 41 Abs. 1 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 BGBB)	Einwerfung in Natur oder Anrechnung dem Werte nach (Wahlrecht, Art. 628 Abs. 1 ZGB)	Herabsetzung des Erbteils (Art. 522 Abs. 1, Art. 527 ZGB), ggf. Rückleistung im Umfang der Bereicherung (Art. 528 Abs. 1 ZGB)

Tabelle 2: Ansprüche mit und ohne Gewinnanspruchsrecht bei lebzeitiger Übertragung eines Grundstücks.

recht vereinbart wurde, so steht den Erben die Klage auf Herabsetzung offen. Entgegen den hierfür im Erbrecht vorgesehenen (absoluten und relativen) Verwirkungsfristen ist diese Klage zulässig, solange die Fälligkeit eines Gewinns nach Art. 28 ff. BGBB nicht eingetreten wäre. Für die Berechnung der Verwirkungsfristen ist auf Art. 28 ff. BGBB abzustellen. Dies bedeutet, dass 25 Jahre nach der lebzeitigen Veräusserung eines Grundstücks, bzw. spätestens 15 Jahre nach Eintreten der Rechtskraft des Zonenplans eine Klage auf Herabsetzung wegen Verwirkung ausgeschlossen ist. Die Ausgleichungsklage ist in jedem Fall bis zur Erbteilung möglich.

### VII. Vergleich: die lebzeitige Übertragung mit und ohne vertragliches Gewinnanspruchsrecht

Mit der Vereinbarung eines Gewinnanspruchsrechts bei lebzeitiger Veräusserung gewährt der Erwerber dem Veräusserer das Recht, am Mehrwert (i.c. durch Zuweisung des Grundstücks zu einer Bauzone) zu partizipieren. Vorbehältlich einer anders lautenden Abrede ist dieses Recht auf eine Dauer von 25 Jahren beschränkt. Beim Ableben des Veräusserers vererbt sich das Gewinnanspruchsrecht. Der mit der

Einzonung verbundene Mehrwert entspricht jedoch nicht dem zu verteilenden Gewinn. Vielmehr sind verschiedene Abzugsmöglichkeiten seitens des Erwerbers gegeben. Der Gewinnanspruch ist rein vermögensrechtlicher Natur. Ein dinglicher Anspruch am Grundstück besteht nicht. Hingegen hat der Berechtigte einen Anspruch auf Errichtung eines Grundpfandrechts zur Sicherstellung seines vermögensrechtlichen Anspruchs.

Wird bei einer lebzeitigen unentgeltlichen Übertragung kein Gewinnanspruchsrecht vereinbart, so ist zunächst zu klären, ob die lebzeitige Zuwendung der erbrechtlichen Ausgleichungspflicht untersteht. Trifft dies zu, so muss sich das beschenkte Kind das Grundstück zum Verkehrswert im Zeitpunkt des Todes des Veräusserers anrechnen lassen. Anstelle der Anrechnung an seinen Erbteil kann es wahlweise das Grundstück in den Nachlass einwerfen, was eine Eigentumsübertragung an die Gemeinschaft der Erben bedeutet. Ist das beschenkte Kind hingegen von einer Ausgleichungspflicht befreit worden, so bleibt den pflichtteilsgeschützten Erben nur (aber immerhin) die Klage auf Herabsetzung offen.

101 JEAN-MICHEL HENNY, (Fn. 12), N. 17 zu Art. 31 BGBB.



## VIII. Fazit

Für die unentgeltliche Übertragung einzelner landwirtschaftlicher Grundstücke an Nachkommen sind nach dem Gesagten folgende Aspekte zu berücksichtigen:

- Bei der erbrechtlichen Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks unter dem Verkehrswert an einen Erben entsteht das Gewinnanspruchsrecht von Gesetzes wegen. Die nachträgliche Abänderung oder Aufhebung bedarf der Schriftform.
- Bereits die Zuweisung eines mit dem Gewinnanspruchsrecht belasteten Grundstücks zur Bauzone erfüllt den Veräußerungstatbestand und löst das Gewinnanspruchsrecht aus. Vom Gewinn sind verschiedene Abzüge zulässig. Spätestens 15 Jahre nach der Einzonung ist der Gewinnanspruch fällig, auch wenn keine Veräußerung des eingezonten Grundstücks erfolgt.
- Das Gewinnanspruchsrecht ist vererblich und abtretbar und kann durch jeden Berechtigten entsprechend seiner Erbquote selbständig geltend gemacht werden.
- Folgt das (gesetzliche oder vertragliche) Gewinnanspruchsrecht unverändert den dispositiven Normen von Art. 28 ff. BGG, so ist die Ausgleichungs-, bzw. Herabsetzungsklage ausgeschlossen. Wird das Gewinnanspruchsrecht abgeändert, so steht hingegen die Herabsetzungsklage offen.
- Bei der lebzeitigen Übertragung eines landwirtschaftlichen Grundstücks an einen Nachkommen besteht kein gesetzliches Gewinnanspruchsrecht, jedoch kann ein solches vereinbart werden. Diese Vereinbarung, wie die spätere Aufhebung oder Abänderung, ist an keine besondere Form gebunden. Ohne anders lautende Vereinbarung richtet sich das vertragliche Gewinnanspruchsrecht nach den Regeln über das gesetzliche Gewinnanspruchsrecht.
- Wird bei lebzeitiger Übertragung kein Gewinnanspruchsrecht vereinbart, so steht den Erben die Klage auf Ausgleichung offen. Diese bleibt bis zur Erbteilung möglich. Subsidiär steht die Herabsetzungsklage zur Verfügung. Die Klage verwirkt nicht, solange der Gewinn nicht fällig wäre.