

Universität Basel
Juristische Fakultät

Die bäuerlichen Gewinnanspruchsrechte in der Praxis

Flavio Belser

Grosse Masterarbeit

Betreuerin: Prof. Dr. iur. Cordula Lötscher

Beginn der Arbeit: 24. Februar 2025

Abgabe-Datum: 30. Juni 2025

Vorwort

Die vorliegende Masterarbeit entstand im Frühjahrssemester 2025 an der juristischen Fakultät der Universität Basel. Auf das Thema aufmerksam wurde ich durch meine Tätigkeit in der Anwaltskanzlei Ritter Koller AG in Möhlin, welche ich neben meinem Studium ausübe. Der Einblick in die zahlreichen und spannenden praktischen Herausforderungen, welche sich bei den bürgerlichen Gewinnanspruchsrechten stellen können, hat mein Interesse geweckt.

An dieser Stelle möchte ich mich bei Frau Prof. Dr. Cordula Lötscher für die Betreuung und die Hilfestellungen bei der Erarbeitung dieser Masterarbeit bedanken.

Des Weiteren möchte ich mich bei Herrn MLaw Michael Ritter, Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht sowie Herrn lic. iur. et dipl. Ing. Agr. FH Pius Koller, Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht, beide Ritter Koller AG, Möhlin, für die Anregung des Themas, den Einblick in die Praxis und die hilfreichen Diskussionen und Gespräche bedanken.

Dank gebührt auch den zahlreichen Gerichten, welche mir bei der Recherche nach unveröffentlichten Entscheiden geholfen haben, wenngleich diese Suche aufgrund der Seltenheit von einschlägigen Gerichtsprozessen nicht immer von Erfolg gekrönt war.

Gelterkinden, im Juni 2025

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	III
Literaturverzeichnis.....	VII
Materialien	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	X
I. Einleitung	1
II. Grundlagen	2
III. Die Veräußerungstatbestände nach Art. 29 Abs. 1 BGBB	10
IV. Die Gewinnberechnung.....	27
V. Fälligkeiten.....	46
VI. Die Gewinnverteilung	48
VII. Ausgewählte prozessuale und praktische Fragen.....	51
VIII. Fazit	63
Anhang: Gewinnberechnungsvorlage	65

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	VI
Materialien	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	X

I. Einleitung	1
II. Grundlagen	2
A. Entstehungsgeschichte und Zweck der bürgerlichen Gewinnanspruchsrechten.....	2
B. Rechtsnatur des Gewinnanspruchs	3
C. Voraussetzungen von Gewinnanspruchsrechten	4
1. Vorgehen.....	4
2. Allgemeine Voraussetzungen und Rechtsnatur des Gewinnanspruchs	5
3. Gewinnanspruch der Miterben	8
4. Güterrechtlicher Gewinnanspruch.....	8
5. Gewinnanspruch des Mit- oder Gesamteigentümers.....	9
6. Gewinnanspruch des Veräußerers	9
7. Vertraglicher Gewinnanspruch	9
III. Die Veräußerungstatbestände nach Art. 29 Abs. 1 BGBB.....	10
A. Vorbemerkungen	10
B. Verkauf und verkaufsähnliche Rechtsgeschäfte (lit. a).....	10
1. Allgemeines.....	10
2. Veräußerungszeitpunkt.....	11
3. Ausgewählte Fallbeispiele.....	11
4. Beschränkung auf erstmalige Veräußerung.....	18
C. Die Enteignung (lit. b).....	20
1. Die Enteignung i.e.S.....	20
2. Enteignungsähnliche Tatbestände	22
D. Die Zuweisung zu einer Bauzone (lit. c)	22
1. Begriff der Bauzone	22
2. Ausnahme.....	23
3. Veräußerungszeitpunkt.....	24

E. Zweckentfremdung (lit. d)	24
1. Allgemeines	24
2. Landwirtschaftliche Nutzung	24
3. Nichtlandwirtschaftliche Nutzung	25
4. Abgrenzung zum verkaufsähnlichen Rechtsgeschäft	25
5. Veräußerungszeitpunkt	27
IV. Die Gewinnberechnung	27
A. Vorgehen bei der Gewinnberechnung	27
B. Bruttogewinn	28
1. Allgemeine Berechnungsweise	28
2. Bruttogewinn bei der Zweckentfremdung	34
C. Abzüge	35
1. Abzug für wertvermehrnde Investitionen (Art. 31 Abs. 1 BGBB)	35
2. Realersatzabzug (Art. 32 BGBB)	37
3. Abzug für die Ausbesserung und den Ersatz von Bauten und Anlagen (Art. 33 BGBB)	40
4. Besitzesdauerabzug (Art. 31 Abs. 4 BGBB)	43
D. Der Sonderfall des güterrechtlichen Gewinnanspruchs	45
V. Fälligkeiten	46
A. Verkauf und Enteignung (Art. 30 lit. a BGBB)	46
B. Zuweisung zu einer Bauzone (Art. 30 lit. b BGBB)	46
1. Veräußerung innert 15 Jahren seit der Einzonung	46
2. Ohne Veräußerung innert 15 Jahren seit der Einzonung	47
C. Zweckentfremdung (Art. 30 lit. c BGBB)	47
VI. Die Gewinnverteilung	48
A. Allgemeine Regelung	48
B. Der Sonderfall des güterrechtlichen Gewinnanspruchs	48
C. Überlagernde Gewinnansprüche	49
VII. Ausgewählte prozessuale und praktische Fragen	51
A. Verwirkung und Verjährung	51
B. Pfandrecht der Berechtigten	52
C. Verzug und Verzugszinsen	54

D. Gerichtsstand	54
1. Gewinnanspruch des Miterben	54
2. Güterrechtlicher Gewinnanspruch.....	55
3. Gewinnanspruch des Mit- oder Gesamteigentümers.....	56
4. Gewinnanspruch des Veräusserers	56
5. Vertraglicher Gewinnanspruch	56
E. Aktiv/Passivlegitimation	57
1. Aktivlegitimation	57
2. Passivlegitimation	58
F. Beweislast und Informationsansprüche	58
G. Ausgleichung, Herabsetzung und Gewinnanspruch	60
1. Veräusserung zum Verkehrswert	60
2. Veräusserung unter dem Verkehrswert mit Gewinnanspruch.....	61
3. Veräusserung unter dem Verkehrswert ohne Gewinnanspruch	61
VIII. Fazit	63
Anhang: Gewinnberechnungsvorlage	65

Literaturverzeichnis

- ABT DANIEL/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung - Nachlassabwicklung - Willensvollstreckung - Prozessführung, 5. Aufl. Basel 2023 (zit. PraxKomm Erbrecht-BEARBEITER/IN)
- AEMISEGGER HEINZ/MOOR PIERRE/RUCH ALEXANDER/TSCHANNEN PIERRE (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich 2016 (zit. PraxKomm RPG-BEARBEITER/IN)
- BECK HANS PETER, Das gesetzliche Gewinnanteilsrecht der Miterben, Diss. Zürich 1967
- BEELER BRUNO, Bäuerliches Erbrecht gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) vom 4. Oktober 1991, Diss. Zürich 1998
- ARNET RUTH/BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457-640 ZGB, 4. Aufl. Zürich 2023 (zit. CHK ZGB-BEARBEITER/IN)
- EJPD/BRP, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Bern 1981 (zit. EJPD/BRP, Erläuterungen RPG)
- ESCHER ARNOLD, Zürcher Kommentar, Ergänzungslieferung zum landwirtschaftlichen Erbrecht, 3. Aufl. Zürich 1975 (zit. ZK ZGB-ESCHER)
- FEUERSTEIN NADINE, Nachlassplanung im bäuerlichen Umfeld, BIAR 3/2022, S. 201 ff. (zit. FEUERSTEIN, Nachlassplanung)
- FEUERSTEIN NADINE, Die Stellung des Vermächtnisnehmers im bäuerlichen Erbrecht unter Berücksichtigung ausgewählter notarieller Aspekte, BIAR 2/2022, S. 117 ff. (zit. FEUERSTEIN, Vermächtnisnehmer)
- GASSER PIERRE, Le droit de cohéritiers à une part de gain, Diss. 1967 Lausanne
- GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl. Basel 2023 (zit. BSK ZGB II-BEARBEITER/IN)

- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Das Güterrecht der Ehegatten: Allgemeine Vorschriften und der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Bern 1992 (zit. BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER)
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich 2019
- KELLER HANSULRICH, Das Ertragswertprinzip im neuen bäuerlichen Ehegüterrecht, Diss. Zürich 1993
- KOLLER PIUS, Das Vermächtnis als Vorkaufsfall?, successio 2/2024, S. 221 ff
- MEYER THOMAS, Der Gewinnanspruch der Miterben im bäuerlichen Bodenrecht (Art. 28 ff. BGBB), Diss. Zürich 2004 (zit. MEYER, Gewinnanspruch)
- MEYER THOMAS, Aktuelles zum Gewinnanspruch im bäuerlichen Bodenrecht, BLAR 3/2017, S. 247 ff. (zit. MEYER, Aktuelles)
- PIOTET PAUL, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/2, 1. Aufl. Basel 1978.
- RITTER MICHAEL, Die sachenrechtliche Qualifikation von Photovoltaikanlagen mit Berücksichtigung des bäuerlichen Bodenrechts, BLAR 3/2024, S. 215 ff. (zit.: RITTER, Photovoltaikanlagen)
- RITTER Michael, Güterrechtliche Auseinandersetzung im landwirtschaftlichen Umfeld, FamPra 4/2024, S. 942 ff. (zit. RITTER, Güterrechtliche Auseinandersetzung)
- RÜEGG JONAS, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken, Diss. Zürich 2014
- SALZGEBER PETER, Art. 619 ZGB - Zum Gewinnanteilsrecht der Miterben bei Einräumung eines Kaufsrechts, SJZ 1985, S. 153 ff
- SCHWEIZERISCHER BAUERNVERBAND SBV (Hrsg.), Das bäuerliche Bodenrecht: Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. Aufl. Brugg 2011 (zit. Kommentar BGBB-BEARBEITER/IN)
- SCHWENZER INGEBORG/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), Praxiskommentar Scheidung, Band I: ZGB, 4. Aufl., Bern 2022 (zit. PraxKomm Scheidung-BEARBEITER/IN)
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl. Basel 2024 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/IN)

- STEINAUER PAUL-HENRI, Le droit au gain selon le nouveau droit foncier rural, ZSR 1994, 1. Halbband, S: 11 ff.
- STREBEL LORENZ, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Diss. Zürich 2009
- STUDER BENNO, Privatrechtliche Vorschriften über die Veräusserung landwirtschaftlicher Grundstücke und Gewerbe, AJP 2/1993, S. 1075 ff.
- SUTTER-SOMM THOMAS/LÖTSCHER CORDULA, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 4. Aufl. Zürich 2025
- SUTTER-SOMM THOMAS/LÖTSCHER CORDULA/LEUENBERGER CHRISTOPH/SEILER BENEDIKT, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO). 4. Aufl. Zürich 2025 (zit. ZPO Komm-BEARBEITER/IN)
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. Bern 2022
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 7. Aufl. Basel 2020 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN)
- WOLF FRANZ A., Aktivlegitimation, Ausgleichung und Pflichtteilsschutz beim Gewinnanspruch im bäuerlichen Erbrecht, jusletter vom 20. Februar 2017 (zit. WOLF, Aktivlegitimation)
- WOLF FRANZ A., Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum bäuerlichen Boden- und Erbrecht, jusletter vom 21. Juni 2021 (zit. WOLF, Rechtsprechung)
- WOLF FRANZ A., Im Spannungsfeld zwischen Gewinnanspruch, erbrechtlicher Ausgleichung und Herabsetzung, successio 3/2011, S. 221 ff. (zit. WOLF, Spannungsfeld)
- WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/2, 2. Aufl. Basel 2015
- ZEINDLER-DETTLING URSULA, Das Gewinnanteilsrecht an nichtlandwirtschaftlichen Grundstücken, Diss. St. Gallen 2006

Materialien

Botschaft zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) sowie zum Bundesgesetz über die Teilrevision des Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachenrecht) und des Obligationenrechts (Grundstückkauf) vom 19. Oktober 1988, BBl 1988 III 953 ff. (zit. Botschaft BGBB)

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
AG	Kanton Aargau oder Aktiengesellschaft
Agr.	Agronom
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
aOR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220, alte Fassung
Art.	Artikel
aZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210, alte Fassung
BauG/AG	Gesetz über Raumentwicklung und Bauwesen vom 19. Januar 1993 (Kanton Aargau), SAR 713.100
BB1	Bundesblatt
BE	Kanton Bern
BGBB	Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, SR 211.412.11
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BL	Kanton Basel-Landschaft
BlAR	Blätter für Agrarrecht
BRP	Bundesamt für Raumplanung
BSG	Systematische Sammlung (Kanton Bern)
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
dipl.	diplomiert
Diss.	Dissertation

Dr.	Doktor
EG ZPO/BL	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, SGS 221
EGG	Bundesgesetz über die Erhaltung des bauerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951, AS 1952 403
EGV-SZ	Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EntG	Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930, SR 711
EntG/BL	Gesetz über die Enteignung vom 19. Juni 1950 (Kanton Basel-Landschaft), SGS 410
f./ff.	folgend/folgende
FamPra	Die Praxis des Familienrechts
Fn.	Fussnote
GBV	Grundbuchverordnung vom 23. September 2011, SR. 211.432.1
GestG	Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2024; SR 272
gl.M.	gleicher Meinung
GR	Kanton Graubünden
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
Ing.	Ingenieur
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR 291

KGer	Kantonsgericht
Komm	Kommentar
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsent- scheide
lic. iur.	licentiatius iuris
lit.	litera
LPG	Bundesgesetz über die landwirtschaftli- che Pacht vom 4. Oktober 1985, SR 221.213.2
LU	Kanton Luzern
LwG	Bundesgesetz über die Landwirtschaft vom 29. April 1998, SR 910.1
m.E.	meines Ermessens
MLaw	Master of Law
N	Note
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
PraxKomm	Praxiskommentar
Prof.	Professor/Professorin
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, SR 700
S.	Seite
SAR	Systematische Sammlung (Kanton Aar- gau)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1
SG	Kanton St. Gallen
SGS	Systematische Sammlung (Kanton Basel- Landschaft)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Rechtssammlung

StG/BE	Steuergesetz vom 21. Mai 2000 (Kanton Bern), BSG 661.11
SZ	Kanton Schwyz
VBB	Verordnung über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1993, SR 211.412.110
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

I. Einleitung

Das Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) soll gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a BGBB das bäuerliche Grundeigentum fördern und dabei die Familienbetriebe erhalten. Zudem soll es die Stellung des Selbstbewirtschafters¹ beim Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe und Grundstücke stärken (Art. 1 Abs. 1 lit. b BGBB).

Um diese Ziele zu erreichen, stellt das BGBB sowohl privat- als auch öffentlich-rechtliche Vorschriften auf. Die privatrechtlichen Regelungen des BGBB (sowie auch des ZGB) sehen verschiedene Möglichkeiten vor, wie Selbstbewirtschaftler ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück zu einem privilegierten Preis, namentlich zum einfachen oder doppelten Ertragswert, übernehmen können.

Dazu gehören die Ansprüche von Selbstbewirtschaftern auf Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks zu einem Vorzugspreis (einfacher oder doppelter Ertragswert) bei der Erbteilung (Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 BGBB) und der Auflösung von gemeinschaftlichem Eigentum (Art. 36 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 37 Abs. 1 BGBB). Zu denselben Preiskonditionen können die vorkaufsberechtigten Verwandten (Art. 44 BGBB) und Miteigentümer (Art. 49 Abs. 3 BGBB) ihre gesetzlichen Vorkaufsrechte ausüben. Zudem kann sich der selbstbewirtschaftende Ehegatte in einer güterrechtlichen Auseinandersetzung ein landwirtschaftliches Gewerbe zum Ertragswert anrechnen lassen (Art. 212 Abs. 1 ZGB).

Diese Zuweisungs- sowie Preisprivilegien sollen dem Gesetzeszweck entsprechend das bäuerliche Grundeigentum fördern, Familienbetriebe erhalten und die Stellung des Selbstbewirtschafters stärken. Der Übernehmer soll sich nicht auf Kosten anderer bereichern können, indem durch eine Veräusserung des privilegiert übernommenen landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks einen landwirtschaftsfremden Gewinn erzielen kann. Als Ausgleich sieht das Gesetz deshalb Gewinnanspruchsrechte für Personen vor, welche ein Preisprivileg gegen sich gelten lassen und folglich einen Verzicht haben leisten müssen. Es besteht zudem die Möglichkeit, ein Gewinnanspruchsrecht vertraglich zu vereinbaren (Art. 41 Abs. 1 BGBB). Dadurch wird die Ungleichheit zwischen dem bevorzugten Übernehmer und den Verzichtenden abgefedert, indem diese am nichtlandwirtschaftlichen Mehrwert partizipieren.

In der Praxis kommen Prozesse über bäuerliche Gewinnanspruchsrechte nur selten vor. Landwirtschaftliche Gewerbe und Grundstücke werden meistens innerhalb der Familie durch

¹ Sämtliche Personenbezeichnungen bezeichnen ohne anderslautenden Vermerk Personen aller Geschlechter.

lebzeitigen Verkauf oder Erbschaft zu einem Vorzugspreis (i.d.R. einfacher oder doppelter Ertragswert) an die nächste Generation weitergegeben, ohne dass ein nennenswerter Gewinn entsteht, welcher mit Gewinnanspruchsberechtigten geteilt werden müsste.

Aufgrund der vielen möglichen Fallkonstellationen sowie dem Zusammenspiel zwischen dem Gewinnanspruchsrecht, dem bäuerlichen und dem bürgerlichen Erbrecht, öffentlich-rechtlichen Vorschriften sowie weiteren Rechtsgrundlagen ergeben sich im Einzelfall immer wieder neue Rechtsfragen. Da es nur wenig Rechtsprechung zu den bäuerlichen Gewinnanspruchsrechten gibt, sind diese zudem häufig noch ungeklärt.

Die vorliegende Arbeit soll einen Überblick über die Voraussetzungen der Gewinnanspruchsrechte, die Veräußerungstatbestände, die Gewinnberechnung und -verteilung sowie ausgewählten prozessualen und praktischen Fragestellungen liefern. Dabei sollen sowohl die theoretischen Grundlagen als auch ausgewählte praktische Einzelfragen beleuchtet werden. Aufgrund der nahezu unbegrenzten Anzahl an verschiedenen Fallkonstellationen besteht indessen kein Anspruch auf Vollständigkeit, vielmehr soll diese Arbeit eine Hilfestellung zur Beurteilung der sich im Einzelfall stellenden Rechtsfragen bieten.

II. Grundlagen

A. Entstehungsgeschichte und Zweck der bäuerlichen Gewinnanspruchsrechten

Der Gewinnanspruch des Miterben stellt den Grundfall im bäuerlichen Gewinnanspruchsrecht dar und wird heute in den Artikeln 28 ff. des BGGB geregelt. Sinn und Zweck des Gewinnanspruchs der Miterben ist es, einen Ausgleich für die Anrechnung eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks zu einem reduzierten Wert zu schaffen und im Idealfall die Gleichbehandlung der Erben wiederherzustellen.² Er bildet somit das Gegenstück zum Anspruch des selbstbewirtschaftenden Erben auf die preisprivilegierte Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes (Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 BGGB) oder Grundstücks (Art. 21 Abs. 1 BGGB) im Rahmen einer Erbteilung.

Bereits das ZGB in der Fassung von 1907 sah in Art. 619 ein auf zehn Jahre (ab 1947 auf 15 Jahre) beschränktes Gewinnanspruchsrecht vor. Im Jahr 1965 trat eine Revision des ZGB in Kraft, womit das Gewinnanspruchsrecht detaillierter geregelt wurde. Zudem wurde die Veräußerungsfrist auf 25 Jahre verlängert (Art. 619 Abs. 1 aZGB) und die Vormerkung des

² Botschaft BGGB,1007.

Anspruches im Grundbuch war nicht mehr Voraussetzung für den Bestand eines Gewinnanspruchsrechts. Es folgten die Einführung eines Gewinnanspruchsrechts des Verkäufers bei einem Verkauf an einen Erben (Art. 218^{quinquies} OR, nicht zu verwechseln mit dem Gewinnanspruch des Veräusserers gemäss Art. 53 Abs. 1 BGBB) im Jahr 1972 sowie mit dem neuen Eherecht im Jahr 1988 der Gewinnanspruch des Ehegatten gemäss Art. 212 Abs. 3 ZGB als Gegenstück zum ebenfalls neuen Ertragswertsprinzip in der güterrechtlichen Auseinandersetzung. Eine umfassende Revision des bürgerlichen Zivilrechts erfolgte mit der Einführung des BGBB per 1. Januar 1994. Die Regelungen des Gewinnanspruches der Miterben wurden in Art. 28 ff. BGBB übertragen, angepasst und ergänzt, insbesondere durch den neuen Veräusserungstatbestand der Einzonung. Gleichzeitig wurde der Gewinnanspruch des Veräusserers, gegen welchen ein Vorkaufsrecht ausgeübt wurde (Art. 53 Abs. 1 BGBB) aus dem EGG ins BGBB überführt und der Gewinnanspruch des Mit- oder Gesamteigentümers (Art. 37 Abs. 4 BGBB) eingeführt. Der Gewinnanspruch des Verkäufers gemäss Art. 218^{quinquies} OR wurde abgeschafft und stattdessen in Art. 41 Abs. 2 BGBB³ erbrechtliche Schutzvorschriften eingeführt, falls der Verkäufer auf ein vertragliches Gewinnanspruchsrecht verzichtet.

Ausgangslage der bürgerlichen Gewinnanspruchsrechte bildet immer die Übernahme eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis und die spätere Realisierung (bzw. teilweise bereits die Möglichkeit der Realisierung) eines Gewinnes durch den Übernehmer aufgrund der Verwirklichung eines Veräusserungstatbestandes i.S.v. Art. 29 Abs. 1 BGBB. Gemeinsam haben die gesetzlichen Gewinnanspruchsrechte ausserdem, dass auf sie die Vorschriften über den Gewinnanspruch der Miterben (Art. 28 ff. BGBB) direkt oder analog anzuwenden sind. Bei vertraglich begründeten Gewinnanspruchsrechten gelten diese subsidiär, wenn keine vertragliche Regelung vorliegt (Art. 41 Abs. 1 BGBB). Die gesetzlichen Vorschriften über den Gewinnanspruch sind dispositiver Natur (Art. 35 BGBB).

B. Rechtsnatur des Gewinnanspruchs

Der gesetzliche Begriff des «Gewinnanspruchs» bezeichnet sowohl die Anwartschaft auf eine Gewinnbeteiligung als auch eine bereits entstandene Gewinnanspruchsforderung. Vor der Veräusserung handelt es sich beim Gewinnanspruch um eine Forderung, welche suspensiv dadurch bedingt ist, als dass sie erst mit der Veräusserung entsteht und gleichzeitig resolutiv dadurch

³ Vgl. Ziff. VII.G.3.

bedingt ist, als dass sie nach Ablauf der 25-jährigen Veräusserungsfrist von Gesetzes wegen untergeht.⁴

Durch die fristgerechte Veräusserung wird der bedingte Anspruch zu einem unbedingten Anspruch auf eine Gewinnanspruchsforderung.⁵ Dabei handelt es sich um eine obligationenrechtliche Forderung,⁶ welche entweder auf einer gesetzlichen oder vertraglichen Grundlage beruhen kann.

Beim Gewinnanspruch der Miterben (Art. 28 ff. BGBB) handelt es sich, entgegen seinem Namen, nicht um einen erbrechtlichen Anspruch.⁷ Eine Gewinnanspruchsforderung eines Miterben ist insbesondere nicht als erbrechtlicher Ausgleichungsanspruch zu qualifizieren,⁸ welcher unverjährbar wäre.⁹ Es handelt sich stattdessen um einen gesetzlichen, durch eine Veräusserung bedingten, obligatorischen Anspruch, welcher mit der Erbteilung entsteht.¹⁰ Dies hat sinngemäss auch für den güterrechtlichen Gewinnanspruch (Art. 212 Abs. 3 ZGB) zu gelten und ist in prozessualer Hinsicht in Bezug auf die örtliche¹¹ und sachliche¹² Zuständigkeit zu beachten.

Gewinnansprüche sind vererblich und übertragbar (Art. 28 Abs. 2 BGBB). Dies gilt sowohl für die Anwartschaft als auch für die bereits entstandene Forderung, wobei jeder Erbe über einen eigenen Anspruch entsprechend seinem Anteil verfügt.¹³ Es handelt sich dabei um einen Fall von Teilgläubigerschaft.¹⁴

C. Voraussetzungen von Gewinnanspruchsrechten

1. Vorgehen

Zunächst sollen die allgemeinen Voraussetzungen erläutert werden, welche erfüllt sein müssen, um die gesetzlichen Gewinnanspruchsrechte zu begründen. Soweit auf die Gesetzesbestimmungen des Gewinnanspruchs der Miterben von Art. 28 ff. BGBB verwiesen wird, ist damit auch

⁴ BGE 112 II 300 E. 4.b.

⁵ MEYER, Gewinnanspruch, N 809.

⁶ BGer 5A_145/2013 E. 4.

⁷ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 28 N 15b; MEYER, Gewinnanspruch, N 810 f.

⁸ BGer 5A_145/2013 E. 4.

⁹ Vgl. Ziff. VII.A.

¹⁰ MEYER, Gewinnanspruch, N 810.

¹¹ Vgl. Ziff. VII.D.

¹² Die für Klagen von Miterben oder Ehegatten auf Bezahlung einer Gewinnanspruchsforderung zuständigen Schlichtungsbehörden sind im Kanton Basel-Landschaft deshalb die Friedensrichter (§ 1 Abs. 1 lit. c EG ZPO/BL) und nicht die für erb- und familienrechtlichen Streitigkeiten zuständigen Zivilkreisgerichtspräsidien (§ 2 Abs. 1 lit. c EG ZPO/BL).

¹³ BGE 112 II 300 E. 4.b.; BGer 5A_989/2015 E. 4.1.

¹⁴ BGer 5A_989/2015 E. 3.3.

eine analoge Anwendung bei den weiteren Arten von Gewinnansprüchen mitgemeint. Die anspruchsspezifischen Grundlagen werden nach den allgemeinen behandelt.

2. Allgemeine Voraussetzungen und Rechtsnatur des Gewinnanspruchs

a. Anwendungsbereich und Objekt des Gewinnanspruchs

Die Bestimmungen des BGBB über den Gewinnanspruch kommen nur dann zur Anwendung, wenn das BGBB anwendbar ist. Dessen Anwendbarkeit wird in Art. 2 BGBB geregelt und bestimmt sich im Grundsatz anhand des örtlichen und des sachlichen Anwendungsbereiches.¹⁵ Örtlich ist das BGBB auf Grundstücke anwendbar, welche sich ausserhalb einer Bauzone i.S.v. Art. 15 RPG befinden (Art. 2 Abs. 1 lit. a BGBB) und für welche die landwirtschaftliche Nutzung zulässig ist (Art. 2 Abs. 1 lit. b BGBB). Grundstücke und Grundstücksteile mit landwirtschaftlichen Gebäuden und Anlagen samt eines angemessenen Umschwungs fallen auch dann unter den örtlichen Anwendungsbereich des BGBB, wenn sie in einer Bauzone liegen (Art. 2 Abs. 2 lit. a BGBB). Ferner gehören Grundstücke, die sich nur teilweise in einer Bauzone befinden (Art. 2 Abs. 2 lit. c BGBB) sowie gemischt genutzte Grundstücke (Art. 2 Abs. 2 lit. d BGBB) in den örtlichen Anwendungsbereich des BGBB.

Sachlich ist das BGBB auf landwirtschaftliche Grundstücke anwendbar (Art. 2 Abs. 1 BGBB). Landwirtschaftliche Grundstücke sind zur landwirtschaftlichen Nutzung geeignet (Art. 6 Abs. 1 BGBB). Erfolgt auf einem Grundstück beispielsweise eine Ausbeutung von Rohstoffen wie Kies, ist dieses während dieses Abbaus nicht mehr zur landwirtschaftlichen Nutzung geeignet und scheidet aus dem sachlichen Anwendungsbereich aus.¹⁶ Wird nun einem Erben ein solches Grundstück zum Ertragswert zugewiesen, verfügen die Miterben diesbezüglich über kein Gewinnanspruchsrecht, da es sich nicht um ein landwirtschaftliches Grundstück handelt. Umgekehrt verfügt der Erbe auch über keinen Anspruch, dieses in Anwendung von Art. 17 Abs. 1 BGBB zum Ertragswert zugewiesen zu bekommen. Erfolgt dennoch eine privilegierte Zuweisung, kann eine potentiell ausgleichungs- oder herabsetzungspflichtige Zuwendung von Todes wegen vorliegen, welche in der Differenz zwischen dem Verkehrs- und dem Anrechnungswert (i.d.R. Ertragswert) besteht.

Das Gesetz sieht in Art. 3 Abs. 3 BGBB zudem für die Regelungen über den Gewinnanspruch einen erweiterten Geltungsbereich vor. Namentlich gelten diese für alle Gewerbe und Grundstücke, welche der Veräusserer zur landwirtschaftlichen Nutzung erworben hat. Wird ein

¹⁵ BGE 132 III 515 E. 3.1.

¹⁶ BGE 149 II 237 E. 4.2.

landwirtschaftliches Grundstück eingezont, erfüllt dies den Veräusserungstatbestand von Art. 29 Abs. 1 lit. c BGG. Durch den erweiterten Geltungsbereich des BGG wird klargestellt, dass sich der Übernehmer nicht darauf berufen kann, dass das BGG nicht mehr anwendbar sei (Art. 2 Abs. 1 lit. a BGG) und er deshalb den Berechtigten keine Gewinnanspruchsforderung mehr ausbezahlen müsse.¹⁷

b. Übernahme zu einem Preis unter dem Verkehrswert

Gemäss Art. 28 Abs. 1 BGG steht den Miterben nur dann ein Gewinnanspruchsrecht zu, wenn die Übernahme des landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks zu einem Preis erfolgt, welcher unter dem Verkehrswert liegt. Dabei dürfte es sich aufgrund des preisprivilegierten Zuweisungsanspruches in den meisten Fällen um den Ertragswert (bei Gewerben)¹⁸ oder den doppelten Ertragswert (bei Grundstücken, welche nicht Teil eines Gewerbes sind)¹⁹ handeln. Bei diesen Zuweisungsansprüchen handelt es sich um eine Besonderheit des bürgerlichen Erbrechts und eine der wenigen gesetzlichen Ausnahmen vom Grundsatz, wonach alle Erben bei der Teilung den gleichen Anspruch auf die Gegenstände der Erbschaft haben (Art. 610 Abs. 1 ZGB).²⁰ Auch der güterrechtliche Gewinnanspruch (Art. 212 Abs. 3 ZGB) sowie der Gewinnanspruch des Veräusserers (Art. 53 Abs. 1 BGG) setzen eine Übernahme zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis voraus. Der Gesetzeswortlaut von Art. 37 Abs. 4 BGG sieht dies für den Gewinnanspruch des Mit- oder Gesamteigentümers nicht ausdrücklich vor. Der Gesetzgeber wollte mit dem Gewinnanspruchsrecht einen Ausgleich zum privilegierten Anrechnungswert schaffen.²¹ Nach der hier vertretenen Auffassung steht deshalb den ausscheidenden Mit- oder Gesamteigentümern kein Gewinnanspruchsrecht zu, wenn sich der Übernehmer den Verkehrswert hat anrechnen lassen. Beim vertraglichen Gewinnanspruch gemäss Art. 41 Abs. 1 BGG vereinbaren die Parteien, ob ein Gewinnanspruchsrecht bestehen soll oder nicht, es kommt nicht auf den Kaufpreis an. Dieser hat nur einen Einfluss darauf, ob die Erben des Veräusserers über erbrechtliche Ansprüche verfügen oder nicht.²²

Die gesetzlichen Preisprivilegien des Selbstbewirtschafters, welche durch die Gewinnanspruchsrechte ausgeglichen werden sollen, sehen eine Übernahme eines landwirtschaftlichen Gewerbes zum Ertragswert²³ sowie die Übernahme eines einzelnen landwirtschaftlichen

¹⁷ Kommentar BGG-SCHMID-TSCHIRREN/BANDLI, Art. 3 N 11 f.

¹⁸ Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 BGG.

¹⁹ Art. 21 Abs. 1 BGG.

²⁰ BGE 143 III 425 E. 4.3.

²¹ Botschaft BGG, 1018.

²² Vgl. Ziff. VII.G.3.

²³ Art. 17 Abs. 1 BGG, Art. 212 Abs. 1 ZGB, Art. 37 Abs. 1 lit. a BGG und Art. 44 BGG.

Grundstücks zum doppelten Ertragswert²⁴ vor. Der Ertragswert entspricht gemäss Art. 10 Abs. 1 BGG dem Kapital, welches mit dem Ertrag eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks bei landesüblicher Bewirtschaftung zum durchschnittlichen Zinssatz für erste Hypotheken verzinst werden kann. Art. 10 Abs. 2 BGG sieht vor, dass der Bundesrat die Einzelheiten regelt, namentlich mit der Verordnung über das bürgerliche Bodenrecht (VBB) und deren Anhang (Schätzungsanleitung vom 31. Januar 2018). Praxisgemäss beträgt der Verkehrswert ein Vielfaches des Ertragswertes.²⁵

Eine Übernahme zum einfachen oder doppelten Ertragswert bildet in der Praxis zwar der Regelfall, ist jedoch nicht Voraussetzung für die Entstehung eines Gewinnanspruchsrechts.²⁶ Vielmehr muss der Übernahmepreis, dem Gesetzeswortlaut von Art. 28 Abs. 1 BGG entsprechend, unter dem Verkehrswert liegen.²⁷ Dabei kommt es nicht darauf an, wie gross die Differenz zum Verkehrswert ist.²⁸ Dies kann in denjenigen Fällen zu unbilligen Ergebnissen führen, bei welchem das Preisprivileg nur einen kleinen Anteil am späteren Gewinn ausmacht, was namentlich bei Einzonungen oder Zweckentfremdungen der Fall ist. Es besteht in solchen Fällen stets die Möglichkeit, ein Gewinnanspruchsrecht vertraglich zu begründen. Bei Vorgängen, welche geeignet sind, ein gesetzliches Gewinnanspruchsrecht zu begründen (Erbteilung, güterrechtliche Auseinandersetzung, Auflösung gemeinschaftlichen Eigentums, Ausübung eines Vorkaufsrechts), kann es im Zweifel sinnvoll sein, vertraglich festzustellen, dass der Übernahmepreis unter dem Verkehrswert liegt.

c. Auslösung eines Gewinnanspruchs

Das Gewinnanspruchsrecht besteht gemäss Art. 28 Abs. 1 BGG während 25 Jahren seit der Übernahme. Während dieser Frist muss eine Veräusserung stattfinden, welche den Gewinnanspruch auslöst. Der Begriff der «Veräusserung» im bürgerlichen Gewinnanspruchsrecht geht weit und umfasst nicht nur den klassischen Verkauf. Das Gesetz sieht in Art. 29 Abs. 1 BGG vier Veräusserungstatbestände vor, namentlich sind dies der Verkauf sowie die verkaufsähnlichen Rechtsgeschäfte (lit. a), die Enteignung (lit. b), die Zuweisung zu einer Bauzone (lit. c) und die Zweckentfremdung (lit. d). Die Veräusserungstatbestände werden nachfolgend im Einzelnen genauer erläutert. Schwierigkeiten bereiten kann die Abgrenzung, ob eine gewinnanspruchsauslösende Veräusserung vorliegt oder nicht. Auch in Fällen, bei welchem die

²⁴ Art. 21 Abs. 1 BGG, Art. 37 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 BGG und Art. 44 BGG.

²⁵ BGer 5C.203/2004 E. 4.2; MEYER, Gewinnanspruch, N 361.

²⁶ PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGG, Art. 28 BGG N 3; Kommentar BGG-STREBEL/HENNY, Art. 28 N 4.

²⁷ MEYER, Gewinnanspruch, N 361; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGG, Art. 28 BGG N 3.

²⁸ MEYER, Gewinnanspruch, N 355.

Verwirklichung eines Veräusserungstatbestandes anerkannt ist, kann die Abgrenzung der Tatbestände untereinander umstritten sei. Von der Zuordnung zu einem Tatbestand hängt ab, wie die Höhe des Gewinns berechnet wird und wann die Gewinnanspruchsforderung fällig wird.

3. Gewinnanspruch der Miterben

Eine spezifische Anspruchsvoraussetzung beim Gewinnanspruch der Miterben ist die Erbenqualität. Entsprechend dem Gesetzeswortlaut müssen sowohl der Übernehmer als auch die Berechtigte Erben sein. Wird das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück als Vermächtnis ausgerichtet, steht den Erben kein Gewinnanspruchsrecht zu.²⁹ Dies gilt es im Rahmen einer Nachlassplanung zu berücksichtigen. Gemäss Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 BGGb können sich nur Erben auf eine Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes zum Ertragswert (bzw. gemäss Art. 21 Abs. 1 BGGb eines landwirtschaftlichen Grundstücks zum doppelten Ertragswert) berufen.³⁰ Die Differenz zwischen dem Verkehrs- und dem Ertragswert stellt bei einem Vermächtnis somit eine Zuwendung von Todes wegen dar, die der Ausgleichung (Art. 626 Abs. 2 ZGB) oder der Herabsetzung (Art. 522 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) unterliegen kann.

4. Güterrechtlicher Gewinnanspruch

Ein güterrechtlicher Gewinnanspruch entsteht dann, wenn dem selbstbewirtschaftenden Ehegatten (oder einem Nachkommen) in der güterrechtlichen Auseinandersetzung ein landwirtschaftliches Gewerbe zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis zugewiesen wird (Art. 212 Abs. 1 und 3 ZGB i.V.m. Art. 28 Abs. 1 BGGb).³¹ Eine Besonderheit weist dieser dahingehend auf, als dass der Gewinnanspruch nur bei der Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes, nicht aber bei der Zuweisung eines einzelnen landwirtschaftlichen Grundstücks besteht. Ein einzelnes landwirtschaftliches Grundstück ist in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zum Verkehrswert einzusetzen,³² was ein gesetzliches Gewinnanspruchsrecht ausschliesst. Umgekehrt untersteht die (Teil)veräusserung eines einzelnen Grundstücks, welches als Teil eines landwirtschaftlichen Gewerbes zum Ertragswert in die güterrechtliche Auseinandersetzung eingesetzt wurde, der Gewinnbeteiligungspflicht.³³ Es steht den Parteien jedoch frei, in einer Scheidungskonvention ein Gewinnanspruchsrecht für einzelne landwirtschaftliche Grundstücke zu vereinbaren.

²⁹ Kommentar BGGb-STREBEL/HENNY, Art. 28 N 8m; FEUERSTEIN, Vermächtnisnehmer, 133; MEYER, Gewinnanspruch, N 200.

³⁰ Kommentar BGGb-STUDER, Art. 11 N 6.

³¹ BGer 5C.203/2004 E. 3.5.1.

³² BGE 135 III 241 E. 5.2; BSK ZGB II-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 212 N 5.

³³ BSK ZGB II-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 212 N 23.

Am häufigsten dürfte der güterrechtliche Gewinnanspruch dann zur Anwendung kommen, wenn sich die Ehegatten zu Lebzeiten scheiden lassen. Erfolgt die Auflösung des Güterstandes durch den Tod eines Ehegatten, ist Art. 212 Abs. 3 ZGB anwendbar. In den meisten Fällen kommt es gleich nach der güterrechtlichen Auseinandersetzung zur Erbteilung, wodurch der Gewinnanspruch des überlebenden Ehegatten bzw. der Erben des verstorbenen Ehegatten ausgelöst wird und untergeht.³⁴ Da auch in der Erbteilung regelmässig eine Anrechnung des landwirtschaftlichen Gewerbes zum Ertragswert erfolgt (vgl. Art. 17 Abs. 1 BGG), entsteht durch die Veräusserung kein Gewinn, welcher geteilt werden könnte.

5. Gewinnanspruch des Mit- oder Gesamteigentümers

Ähnlich wie bei der Erbteilung sieht das BGG auch bei der Auflösung von gemeinschaftlichem Eigentum preisprivilegierte Zuweisungsansprüche für selbstbewirtschaftende Mit- oder Gesamteigentümer vor (Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Art. 37 Abs. 1 BGG). Gemäss Art. 37 Abs. 4 BGG steht jedem Mit- oder Gesamteigentümer, welchem das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück nicht zugewiesen worden ist, ein Gewinnanspruchsrecht gemäss den Bestimmungen von Art. 28 ff. BGG zu. Abgesehen von der Anspruchsberechtigung bestehen hier keine besonderen Vorschriften.

6. Gewinnanspruch des Veräusserers

Das Gewinnanspruchsrecht des Veräusserers steht demjenigen Veräusserer zu, gegen welchen ein gesetzliches Vorkaufsrecht zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis ausgeübt wurde (Art. 53 Abs. 1 BGG). Namentlich ist dies bei den preisprivilegierten Vorkaufsrechten der Verwandten (Art. 42 i.V.m. Art. 44 BGG) sowie des selbstbewirtschaftenden Miteigentümers (Art. 49 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 49 Abs. 3 BGG) der Fall.³⁵ Kein gesetzliches Gewinnanspruchsrecht besteht dann, wenn der Vorkaufsberechtigte nicht über ein gesetzliches Preisprivileg verfügt. Dies gilt auch dann, wenn ein gesetzliches Vorkaufsrecht ohne Preisprivileg zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis ausgeübt wird, da das Gesetz nur dann einen Ausgleich schaffen soll, wenn der Veräusserer unfreiwillig auf einen Teil des Verkehrswertes verzichtet hat.³⁶

7. Vertraglicher Gewinnanspruch

Seit der Einführung des BGG verfügt der Veräusserer eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks über kein gesetzliches Gewinnanspruchsrecht mehr. Das alte Recht sah dies

³⁴ Vgl. Ziff. III.B.3.c.

³⁵ Kommentar BGG-BÜSSER/HOTZ, Art. 53 N 4 f.

³⁶ Kommentar BGG-BÜSSER/HOTZ, Art. 53 N 5.

in Art. 218^{quinquies} aOR noch vor. Es steht den Parteien frei, ein solches vertraglich zu vereinbaren. Wird ein Gewinnanspruchsrecht an einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder Grundstück vereinbart, gilt Art. 41 Abs. 1 BGG, wonach die Regelungen über den Gewinnanspruch der Miterben (Art. 28 ff. BGG) zur Anwendung kommen, wenn der Vertrag keine abweichende Vereinbarung enthält. Bei einer Veräusserung an einen Nachkommen zu einem Preis unter dem Verkehrswert ist die Vereinbarung eines Gewinnanspruchsrechts verbreitet, da die Erben andernfalls erbrechtliche Ansprüche geltend machen könnten (vgl. Art. 41 Abs. 2 BGG).³⁷

III. Die Veräusserungstatbestände nach Art. 29 Abs. 1 BGG

A. Vorbemerkungen

Kommt es zur Veräusserung des privilegiert übernommenen landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks, wird der Gewinnanspruch ausgelöst. Die bedingte Forderung (Anwartschaft) wird zur unbedingten Forderung. Welche Vorgänge als Veräusserung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 BGG gelten und den Gewinnanspruch auslösen, regelt das Gesetz in Art. 29 Abs. 1 BGG. Die dort vorgesehenen Veräusserungstatbestände sollen nachfolgend erläutert werden.

B. Verkauf und verkaufsähnliche Rechtsgeschäfte (lit. a)

1. Allgemeines

Gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. a BGG gelten der Verkauf und jedes andere Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt, als Veräusserung. Der Gesetzgeber stellt auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ab. Dadurch nimmt er in Kauf, dass im Einzelfall auch eine Einräumung von Nutzungs- oder Kaufsrechten einem Verkauf gleichkommen kann.³⁸ Die Formulierung des wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommenden Rechtsgeschäftes findet sich auch in der Legaldefinition des Vorkaufsfalles in Art. 216c Abs. 1 OR wieder. Trotz des identischen Wortlauts geht der Begriff des verkaufsähnlichen Rechtsgeschäftes beim Gewinnanspruchsrecht weiter als derjenige beim Vorkaufsrecht. Ein Rechtsgeschäft kann den Gewinnanspruch auslösen, ohne dass ein Vorkaufsfall eintritt. Die unterschiedliche Auslegung des «wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommenden Rechtsgeschäftes» rechtfertigt sich aufgrund der unterschiedlichen Rechtsnatur und Zweckverfolgung der beiden Bestimmungen. Der

³⁷ Vgl. Ziff. VII.G.3.

³⁸ Botschaft BGG, 1008.

gewinnanspruchsberechtigten Person steht ein bedingter, vermögensrechtlicher Anspruch zu,³⁹ der vorkaufsberechtigten Person hingegen ein bedingtes, rechtsbegründendes Gestaltungsrecht.⁴⁰

Mit einem vertraglich begründeten Vorkaufsrecht möchten die Parteien (bzw. beim gesetzlichen der Gesetzgeber) einer berechtigten Person ermöglichen, bevorzugt Eigentum an einer Sache (i.d.R. einem Grundstück) zu erwerben. Das Gewinnanspruchsrecht soll hingegen einen Ausgleich für eine privilegierte Übernahme eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks bezwecken.⁴¹ Es regelt somit die finanziellen Folgen einer Veräusserung, namentlich wie der Gewinn zu verteilen ist. Die berechtigte Person kann die Eigentumsübertragung an den Erwerber mit ihrem Gewinnanspruchsrecht nicht verhindern. Die Voraussetzungen des verkaufsähnlichen Rechtsgeschäfts i.S.v. Art. 28 Abs. 1 lit. a BGBB sind deshalb anhand des Gesetzeszweckes selbständig zu ermitteln. Nach MEYER wird das Gewinnanspruchsrecht dann ausgelöst, wenn der Übernehmer dem Dritten den überwiegenden Teil der Sachherrschaft gegen eine Leistung, die einem wesentlichen Anteil des Sachwertes entspricht, einräumt und der Übernehmer die landwirtschaftliche Nutzung des zugewiesenen Gewerbes oder Grundstücks aufgibt oder erheblich einschränkt.⁴²

2. Veräusserungszeitpunkt

Massgeblicher Veräusserungszeitpunkt ist beim Verkauf und den verkaufsähnlichen Rechtsgeschäften der Abschluss des Vertrages, mit welchem sich der Veräusserer zur Eigentumsübertragung verpflichtet (Art. 29 Abs. 2 lit. d BGBB). Erfolgt bei einem verkaufsähnlichen Rechtsgeschäft keine Eigentumsübertragung, ist auf den Abschluss des Vertrages abzustellen, mit welchem der Veräusserer sich zur Aufgabe der Sachherrschaft verpflichtet.

3. Ausgewählte Fallbeispiele

a. Vorgehen

Anhand den von MEYER aufgestellten Kriterien sollen nachfolgend ausgewählte Formen von Rechtsgeschäften daraufhin untersucht werden, ob diese als verkaufsähnliches Rechtsgeschäft i.S.v. Art. 28 Abs. 1 lit. a BGBB zu qualifizieren sind.

³⁹ Botschaft BGBB, 1007 f.

⁴⁰ RÜEGG, N 12 f..

⁴¹ Zum Gewinnanspruch der Miterben: Botschaft BGBB, 1007.

⁴² MEYER, Gewinnanspruch, N 460; ders., Aktuelles, 253.

b. Erbgang

Verstirbt der Übernehmer, fällt die Erbschaft als Ganzes von Gesetzes wegen an dessen Erben (Art. 560 Abs. 1 ZGB). Die Eigentumsübertragung an die Erbengemeinschaft zu Folge des Erbanges löst den Gewinnanspruch nicht aus.⁴³ Zwangsläufig enden die landwirtschaftliche Bewirtschaftung und die Sachherrschaft mit dem Tod des Übernehmers. Die Übertragung erfolgt jedoch vollständig unentgeltlich, da der Übernehmer keine Gegenleistung mehr erhalten kann. Die Gewinnanspruchsbelastung geht zudem durch die Universalsukzession (Art. 560 Abs. 1 ZGB) ohne Weiteres auf die Erben des Übernehmers über.

c. Auflösung Erbengemeinschaft

Grössere Schwierigkeiten bereitet die Frage, wie die Handänderung zu Folge der Auflösung der Erbengemeinschaft des Übernehmers zu beurteilen ist. Veräussert die Erbengemeinschaft das Grundstück an eine Drittperson, löst dies den Gewinnanspruch genauso aus, wie wenn es der Übernehmer noch zu Lebzeiten veräussert hätte. In der Literatur zum alten (Art. 619 ff. aZGB) sowie dem neuen Recht (Art. 28 ff. BGBB) ist umstritten, ob die Zuweisung im Rahmen der Erbteilung (des Nachlasses des Übernehmers) den Gewinnanspruch auslöst.⁴⁴ Sowohl BEELER als auch HAUSHEER/REUSSER/GEISER scheinen es als gegeben anzusehen, dass die Erbteilung keine Veräusserung darstelle und die Gewinnanspruchsverpflichtung auf den übernehmenden Erben mit der Zuweisung mitübergehe, ohne dies zu begründen.⁴⁵ STREBEL/HENNY führen aus, die Erben würden durch Universalsukzession in die Rechtsstellung des Übernehmers eintreten, weshalb diese Handänderung nicht als Veräusserung zu gelten habe.⁴⁶ Dem ist zwar in Bezug auf den Erbgang und die damit verbundene Eigentumsübertragung auf die Erbengemeinschaft zuzustimmen, nicht aber auf die durch die Erbteilung bedingte Übertragung von der Erbengemeinschaft auf den übernehmenden Erben.

Nach der hier vertretenen Ansicht stellt die Erbteilung eine Veräusserung i.S.v. Art. 29 Abs. 1 lit. a BGBB dar. Die Sachherrschaft über das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück wird von den Rechtsnachfolgern des ursprünglichen Übernehmers an einen neuen Übernehmer (als Erben) übertragen, wobei die Gegenleistung dem Anrechnungswert in der Erbteilung entspricht. Die landwirtschaftliche Bewirtschaftung hat bereits mit dem Tod des Übernehmers geendet. Regelmässig wird kein nennenswerter Gewinn resultieren, wenn der neue Übernehmer

⁴³ BEELER, 363; GASSER, 146; MEYER, Gewinnanspruch, N 447.

⁴⁴ Dafür: PraxKomm Scheidung-STECK/FANKHAUSER, Art. 212 N 14; ZK ZGB-ESCHER, Art. 619 N 5; BECK, 93; GASSER, 146; MEYER, Gewinnanspruch, N 520 ff.; Dagegen: Kommentar BGBB- STREBEL/HENNY, Art. 28 N 15; BK ZGB- HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 212/213 N 63; BEELER, 363.;

⁴⁵ BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 212/213 N 63; BEELER, 363, Fn. 1905.

⁴⁶ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 28 N 15.

über einen preisprivilegierten Zuweisungsanspruch verfügt. In einem solchen Fall entsteht ein neues Gewinnanspruchsrecht gemäss Art. 28 Abs. 1 BGBB zu Gunsten der Miterben des neuen Übernehmers. Im Einzelfall kann es im Ergebnis unbillig erscheinen, wenn zum Zeitpunkt der Veräusserung durch den Erben die Übernahme durch den Erblasser noch weniger als 25 Jahre vergangen sind und das Gewinnanspruchsrecht zu dessen Lasten ohne teilbaren Gewinn untergeht. Dem steht jedoch der allgemeine Grundsatz entgegen, dass der Gewinnanspruch nur einmal ausgelöst wird,⁴⁷ wobei das Rechtsmissbrauchsverbot die Schranke dieses Grundsatzes bildet.⁴⁸ Hätte der Übernehmer das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück noch zu Lebzeiten an den zukünftigen Erben verkauft, hätte dies den Gewinnanspruch ebenfalls ausgelöst und zwar unabhängig vom Preis.⁴⁹ Anders als bei den Vorkaufsrechten (Art. 216c Abs. 2 OR) stellt die Zuweisung an einen Erben in einer Erbteilung somit ein verkaufsähnliches Rechtsgeschäft da.

d. Vermächtnis

Mit der Frage, ob die Ausrichtung eines Vermächtnisses ein Veräusserungstatbestand i.S.d. Gewinnanspruchsrechts sein kann, haben sich, soweit ersichtlich, bislang weder Lehre noch Rechtsprechung befasst. Wie bei der Erbteilung, wurden die Sachherrschaft sowie die landwirtschaftliche Bewirtschaftung vom Übernehmer mit dessen Tod zwangsläufig aufgegeben. Beim Vermächtnis kommt es deshalb nur noch darauf an, ob dieses vollständig unentgeltlich auszurichten ist oder nicht. Das vollständig unentgeltliche Vermächtnis stellt keine Veräusserung i.S.d. Gewinnanspruchsrechts dar. Handelt es sich um ein teilweise oder vollständig entgeltliches Vermächtnis, erfolgt die Umsetzung eines wesentlichen Teils des Sachwertes. In diesen Fällen ist von einer Veräusserung auszugehen. Die Ausrichtung eines Vermächtnisses ist gleich zu behandeln, wie wenn die Erbengemeinschaft das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück freiwillig veräussern würde, weshalb die Ausführungen zu den Schenkungen und gemischten Schenkungen analog gelten. Anders als beim Vorkaufsfall, muss die Erbengemeinschaft das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück nicht freiwillig veräussern, um den Gewinnanspruch auszulösen.⁵⁰

⁴⁷ BGE 75 I 186, E. 2; Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 28 N 15; MEYER, Gewinnanspruch, N 765.

⁴⁸ Vgl. Ziff. III.B.4.

⁴⁹ Vgl. Ziff. III.B.3.f.

⁵⁰ KOLLER, 225, mit Verweis auf das unveröffentlichte Urteil KGer SG BO.2020.34 E. III.2.c.

e. Schenkung

Die Schenkung stellt nach Ansicht des Bundesgerichts kein verkaufsähnliches Rechtsgeschäft i.S.v. Art. 29 Abs. 1 lit. a BGBB dar.⁵¹ Wie das Obergericht des Kantons Zürich zu Recht ausgeführt hat, bereichert sich der Übernehmer nicht auf Kosten der Berechtigten, wenn er ein Grundstück verschenkt.⁵²

Weder die Gerichte in den zitierten Urteilen noch die Lehre haben sich damit befusst, was mit dem Gewinnanspruchsrecht nach der Schenkung passiert. Die Gewinnanspruchsforderung ist eine rein obligatorische, bedingte Forderung gegen den Übernehmer.⁵³ Sie wird insbesondere nicht auf den neuen Grundeigentümer überwält und weist keinen realobligatorischen Charakter auf.⁵⁴ Erfüllt die Schenkung keinen Veräusserungstatbestand, bleibt das Gewinnanspruchsrecht weiterhin bestehen und geht erst nach Verstreichen der Verwirkungsfrist von 25 Jahren (Art. 28 Abs. 3 BGBB) durch Zeitablauf unter. Das Gesetz setzt in Art. 28 Abs. 3 BGBB voraus, dass der übernehmende Erbe das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück «veräussert». Daher kann es nach der Eigentumsübertragung an den Beschenkten nicht mehr zu einer Veräusserung durch den Übernehmer kommen. Nach der hier vertretenen Ansicht hat dies auch für die Tatbestände der Enteignung und der Einzonung zu gelten, welche keiner aktiven Veräusserungshandlung des Übernehmers bedürfen. In diesen Fällen «veräussert» der Übernehmer das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück dadurch, indem er zum Veräusserungszeitpunkt über die Eigentümerstellung verfügt. Sinnvollerweise wäre die Schenkung m.E. ebenfalls von Art. 29 Abs. 1 lit. a BGBB zu erfassen. Entgegen der Ansicht von MEYER resultiert dabei kein Veräusserungsgewinn, weshalb folglich kein solcher geteilt werden könnte. Im Ergebnis entspricht dies der heutigen Rechtslage, jedoch würde das Gewinnanspruchsrecht durch die Schenkung ausgelöst, ohne realisierten Gewinn untergehen und der Schwebezustand beendet. Vorbehalten bliebe die rechtsmissbräuchliche Gesetzesumgehung, wenn der Übernehmer beispielsweise ein landwirtschaftliches Gewerbe an ein Kind verschenkt, wieder durch eine Schenkung übernimmt und anschliessend mit Gewinn veräussern würde.

⁵¹ BGer 5A_326/2016, mit Verweis auf: STREBEL/HENNY, Kommentar BGBB, Art. 29 N 9b; vgl. auch: OGer ZH LB140078 E. IV.2.c; a.M. MEYER, Gewinnanspruch, N 498.

⁵² OGer ZH LB140078 E. IV.2.c.

⁵³ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 7; MEYER, Gewinnanspruch, N 813.

⁵⁴ BECK, 120; MEYER, Gewinnanspruch, N 813.

f. Gemischte Schenkung

Die gemischte Schenkung löst im Gegensatz zur Schenkung das Gewinnanspruchsrecht aus.⁵⁵ Der Veräusserer gibt mit der gemischten Schenkung die Sachherrschaft und die landwirtschaftliche Nutzung auf. Diesbezüglich besteht kein Unterschied zum klassischen Verkauf. Im Gegensatz zur reinen Schenkung erhält der Veräusserer bei der gemischten Schenkung eine Gegenleistung, wenngleich diese nicht dem vollen Wert entspricht. Es kommt somit zur Umsetzung eines wesentlichen Teils des Sachwertes. Nach der hier vertretenen Ansicht liegt eine wesentliche Umsetzung des Sachwertes dann vor, wenn das Rechtsgeschäft als gemischte und nicht als reine Schenkung zu qualifizieren ist. Die Erörterung dieser Frage dürfte praktisch nicht relevant sein. Erhält der veräussernde Übernehmer nur eine so geringe Gegenleistung, dass das Rechtsgeschäft als reine Schenkung zu qualifizieren ist, übersteigt diese seinen Übernahmepreis nicht. Folglich resultiert in einem solchen Fall kein Gewinn, der geteilt werden könnte.

g. Einräumung Kaufsrecht

Das Bundesgericht qualifiziert das Kaufsrecht als ein bedingtes Recht auf Erwerb, welches einer Potestativbedingung unterliege («*un droit d'acquisition conditionnel subordonné à une condition potestative*»).⁵⁶ Übt der Berechtigte das Kaufsrecht rechtsgültig aus, befindet er sich in derselben Situation, wie wenn er einen reinen Kaufvertrag abgeschlossen hätte.⁵⁷ Die Lehre ist sich einig, dass die Einräumung eines Kaufsrechts als Veräusserung qualifiziert werden kann.⁵⁸ Diese Auffassung findet sich auch in der Botschaft zum BGBB wieder, wonach im Einzelfall auch die Einräumung eines Kaufsrechts eine Veräusserung darstellen könne.⁵⁹ Unterschiedliche Auffassungen werden darüber vertreten, unter welchen Umständen die Einräumung des Kaufsrechts den Gewinnanspruch auslöst.

Einen eher strengen Massstab wenden STREBEL/HENNY an, welche dann von einer Veräusserung ausgehen, wenn das Kaufsrecht erst nach Ablauf der 25-jährigen Verwirkungsfrist (Art. 28 Abs. 3 BGBB) ausgeübt werden könne und dies einzig geschehe, um den Gewinnanspruch nicht eintreten zu lassen. Fliesse bei der Einräumung bzw. vor der Ausübung Geld, müsse unterschieden werden, ob es sich um eine Entschädigung für die Einräumung des Kaufsrechts oder bereits um eine Umsetzung des Landwertes handelt.⁶⁰ MEYER ist hingegen der Ansicht, dass die

⁵⁵ OGer ZH LB140078 E. IV.2.c; Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 9; MEYER, Gewinnanspruch, N 503; STEINAUER, 17.

⁵⁶ BGE 121 III 210 E. 3c.

⁵⁷ BGE 121 III 210 E. 3c.

⁵⁸ Kommentar BGBB- STREBEL/HENNY, Art. 29 N 9; BEELER, 366; MEYER, Gewinnanspruch, N 534; WOLF/GENNA, 300.

⁵⁹ Botschaft BGBB, 1008.

⁶⁰ Kommentar BGBB- STREBEL/HENNY, Art. 29 N 9.

Einräumung des Kaufsrechts in der Regel eine Veräusserung darstelle. Er begründet dies damit, dass die Umsetzung des Sachwerts des Grundstücks sowie die Aufgabe der landwirtschaftlichen Nutzung lediglich von der Willenserklärung des Kaufrechtsberechtigten abhängen. Wenn der Übernehmer die Sachherrschaft noch über eine längere Zeit erhalte und der Kaufrechtsvertrag in seinem Gehalt in keiner Weise einem Verkauf gleichkomme, unterliege die Begründung des Kaufsrechts nicht bereits der Gewinnteilung.⁶¹

Wird ein Kaufsrecht eingeräumt und zu einem späteren Zeitpunkt ausgeübt, kommt es zu einer entgeltlichen Übertragung der Sachherrschaft und der Aufgabe der landwirtschaftlichen Nutzung. Durch die rechtsgültige Ausübung des Kaufsrechts verfügt der Berechtigte über einen Anspruch auf Eigentumsübertragung, wie wenn er einen Kaufvertrag geschlossen hätte.⁶² Es dürfte deshalb unbestritten sein, dass in diesem Fall eine Veräusserung erfolgte. GASSER vertrat zum alten Gewinnanspruchsrecht die Ansicht, dass erst durch die Ausübung des Kaufsrechts das obligatorische Verhältnis der Parteien, welches ihnen eine Stellung als Käufer und Verkäufer verleihe, zur Perfektion gelange.⁶³ Nach der hier vertretenen Ansicht kommt es nicht darauf an, ob das Kaufsrecht vor oder nach Ablauf der Veräusserungsfrist gemäss Art. 28 Abs. 3 BGGB ausgeübt wurde. Gemäss Art. 29 Abs. 2 lit. a BGGB (bzw. Art. 619 Abs. 3 aZGB) ist für den Zeitpunkt der Veräusserung der Abschluss des Vertrages, mit welchem sich der Veräusserer zur Eigentumsübertragung verpflichtet hat, massgebend. Aus Sicht des Veräusserers ist dies der Kaufrechtsvertrag. Ab dessen Abschluss kann der Veräusserer die Eigentumsübertragung an den Berechtigten nicht mehr verhindern und gibt dadurch seine Sachherrschaft auf.⁶⁴ Der Berechtigte kann das Kaufsrecht innert der vereinbarten Frist jederzeit ausüben und die Eigentumsübertragung gerichtlich durchsetzen lassen.

Der Kaufpreis ist regelmässig erst mit der Ausübung des Kaufsrechts und somit einige Jahre nach dem massgeblichen Veräusserungszeitpunkt, allenfalls gar erst nach dem Ablauf der Veräusserungsfrist zu bezahlen. Dies führt jedoch nicht dazu, dass der Gewinnanspruch zwischenzeitlich verwirkt wäre. Zum Veräusserungswert gehören alle vermögenswerten Gegenleistungen, die der Veräusserer erhält.⁶⁵ Bei der Gewinnberechnung ist somit auf den effektiv bezahlten Kaufpreis abzustellen. Die Zeitspanne zwischen dem Abschluss des Kaufrechtsvertrages und der Kaufrechtsausübung schiebt lediglich die Fälligkeit der Gewinnanspruchsforderung bis zu

⁶¹ MEYER, Gewinnanspruch, N 534.

⁶² BGE 121 III 210 E. 3c

⁶³ GASSER, 111; ebenso: SALZGEBER, 155 f.

⁶⁴ Vgl. auch zum bedingten Kaufvertrag: MEYER, Gewinnanspruch, N 480 ff.; ZEINDLER-DETTING, 85 f.

⁶⁵ Kommentar BGGB- STREBEL/HENNY, Art. 31 N 15a.

dem Zeitpunkt auf, bei welchem der Veräusserer seine Kaufpreisforderung einfordern kann (Art. 30 lit. a BGBB).⁶⁶

Verstreicht die Ausübungsfrist des Kaufsrechts ungenutzt, stellt sich die Frage, ob bereits die blosser Einräumung des Kaufsrechts eine Veräusserung darstellt. Nach der hier vertretenen Ansicht hat die Einräumung eines Kaufsrechts eine Aufgabe der Sachherrschaft zur Folge, welche darin besteht, dass der Kaufsrechtsgeber die Eigentumsübertragung nicht mehr verhindern kann. Dies hat nicht nur dann zu gelten, wenn der Kaufsrechtsgeber die Eintragungsbewilligung (vgl. Art. 963 Abs. 1 ZGB und Art. 84 Abs. 1 GBV) bereits mit der Einräumung des Kaufsrechts erteilt hat, sondern auch dann, wenn der Berechtigte die Eigentumsübertragung gerichtlich durchsetzen lassen muss. Läuft das Kaufsrecht ungenutzt ab, erlangt er die Sachherrschaft zwar wieder, dennoch wurde diese dauerhaft aufgegeben. Dasselbe gilt für die Aufgabe bzw. Einschränkung der landwirtschaftlichen Nutzung. Ob diese weitergeführt werden kann, hängt nur vom Willen der Berechtigten ab. Dadurch schränkt sich der Kaufsrechtsgeber in zeitlicher Hinsicht bei der landwirtschaftlichen Nutzung wesentlich ein. Fraglich bleibt, ob ein wesentlicher Teil des Sachwertes umgesetzt wurde. Leistet der Berechtigte beim Abschluss des Kaufsrechtsvertrages eine Entschädigung, kommt es darauf an, ob ein wesentlicher Anteil des Sachwertes umgesetzt wurde.⁶⁷ Hat der Berechtigte dem Kaufsrechtsgeber bei der Einräumung eine Anzahlung an den Kaufpreis zu bezahlen, stellt dies bereits eine Teilveräusserung dar. Der auf die Anzahlung entfallende Gewinnanteil wird fällig, sobald die Anzahlung fällig wird (Art. 30 lit. a BGBB). Wird hingegen lediglich die Einräumung des Kaufsrechts abgegolten und diese Entschädigung ist im Verhältnis zum Kaufpreis nur sehr klein, ist die blosser Einräumung des Kaufsrechts nach der hier vertretenen Auffassung noch nicht als Veräusserung i.S.v. Art. 29 Abs. 1 lit. a BGBB zu qualifizieren, da es an der Umsetzung eines wesentlichen Anteils des Sachwertes mangelt.

h. Einräumung eines Baurechts

Dass die Einräumung eines Baurechts den Gewinnanspruch auslösen kann, sah bereits das alte Recht in Art. 619 Abs. 2 aZGB ausdrücklich vor. Im BGBB fehlt eine explizite Nennung, jedoch ist die Qualifikation der Einräumung des dauernden Baurechts als verkaufsähnliches Rechtsgeschäft in der Literatur allgemein anerkannt.⁶⁸ Dem ist zuzustimmen, gibt doch der Übernehmer die Sachherrschaft des belasteten Grundstücks zu einem wesentlichen Teil auf und kann es in

⁶⁶ Vgl. in Bezug auf den bedingten Kaufvertrag: MEYER, Gewinnanspruch, N 482.

⁶⁷ Vgl. auch: Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 9.

⁶⁸ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 9; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 29 N 7; MEYER, Gewinnanspruch, N 540; WOLF/GENNA, 300.

der Folge nicht mehr landwirtschaftlich nutzen. Anstelle der Nutzung des Grundstücks zur Errichtung eines landwirtschaftlichen Gebäudes (oder einer anderweitigen landwirtschaftlichen Nutzung) erhält der Dritte das Recht, auf einem Grundstück ein Bauwerk zu errichten (vgl. Art. 779 Abs. 1 ZGB). Keine Aufgabe der Sachherrschaft liegt vor, wenn das Baurecht nur für eine kurze Zeitdauer eingeräumt wird.⁶⁹ Die Baurechtsnehmerin schuldet dem Baurechtsgeber üblicherweise einen Baurechtszins, welcher die wesentliche Umsetzung des Sachwertes darstellt. Um den Veräusserungspreis zu bestimmen, ist dieser zu kapitalisieren.⁷⁰ Erfolgt die Einräumung des Baurechts unentgeltlich, bleibt zu prüfen, ob der Tatbestand der Zweckentfremdung (Art. 29 Abs. 1 lit. d BGG) erfüllt wurde, welcher bei der Gewinnberechnung auch ein Abstellen auf einen möglichen (und nicht nur den tatsächlich erzielten) Ertrag zulässt (Art. 31 Abs. 3 BGG).

4. Beschränkung auf erstmalige Veräusserung

Das Gewinnanspruchsrecht der berechtigten Personen beschränkt sich auf die erstmalige Veräusserung.⁷¹ Bereits der Gesetzgeber erkannte, dass dadurch ein gewisses Missbrauchspotenzial besteht.⁷² Verkauft der Übernehmer das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück nach der privilegierten Übernahme ohne Gewinn an eine Dritte weiter, löst diese Veräusserung den Gewinnanspruch aus. Ist kein Gewinn vorhanden, muss der Übernehmer den Berechtigten entsprechend keinen Gewinnanteil ausbezahlen. Kommt es nun zu einer Veräusserung durch die Dritterwerberin, gehen die ursprünglich Berechtigten leer aus. Dies ist besonders stossend, wenn der Übernehmer bereits bei der Veräusserung an die Dritterwerberin mit einer Realisierung eines Veräusserungsgewinnes rechnen konnte.

Die Botschaft hält fest, dass der Richter im Einzelfall zu entscheiden habe, ob der Gewinn der zweiten (oder späteren) Veräusserung ebenfalls geteilt werden müsse und verweist auf Art. 1 Abs. 2 ZGB.⁷³ Das Kantonsgericht Schwyz⁷⁴ hatte die Frage des rechtsmissbräuchlichen Verkaufs bei einem Fall einer vertraglichen Gewinnbeteiligung an einem nichtlandwirtschaftlichen Grundstück zu beurteilen. Namentlich übernahm die Beklagte durch einen Erbteilungsvertrag im Jahr 1995 ein Grundstück und räumte ihren Geschwistern ein Gewinnanteilsrecht ein. Ein halbes Jahr später übertrug sie einen hälftigen Miteigentumsanteil zu Fr. 60'000 an ihren

⁶⁹ MEYER, Gewinnanspruch, N 540; zum alten Recht: GASSER, 121.

⁷⁰ MEYER, Gewinnanspruch, N 540.

⁷¹ BGE 75 I 186 E. 2; Botschaft BGG, 1088; Kommentar BGG-BSTREBEL/HENNY, Art. 28 N 15; MEYER, Gewinnanspruch, N 439.

⁷² Botschaft BGG, 1008.

⁷³ Botschaft BGG, 1008.

⁷⁴ KGer SZ EGV-SZ 2016 A 2.4.

Ehemann, um bevorstehende Umbauarbeiten durch die Bank finanzieren zu können. Nachdem die beiden im Jahr 2013 die ganze Liegenschaft für Fr. 3'500'000 verkauften, war unter den Erben strittig, ob sich die Gewinnanspruchsforderung der Miterben nur noch auf den Miteigentumsanteil der Beklagte oder auch auf denjenigen ihres Ehemannes bezog. Das Kantonsgericht Schwyz kam zum Schluss, dass es sich bei der Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils durch die Beklagte um eine rechtsmissbräuchliche Teilveräusserung gehandelt habe. Durch die erste Veräusserung im Jahr 1996 sei die gewinnanspruchs begründende Bedingung als erfüllt anzusehen, wobei bei der Gewinnberechnung so vorzugehen sei, wie wenn die erste Veräusserung nicht erfolgt wäre und deshalb lediglich auf die zweite Veräusserung im Jahr 2013 abzustellen sei.⁷⁵ Das Kantonsgericht Schwyz stützte sich bei der rechtlichen Beurteilung im Wesentlichen auf die Ausführungen von ZEINDLER-DETTLING zu vertraglichen Gewinnanteilsrechten an nichtlandwirtschaftlichen Grundstücken. Sie führt richtigerweise aus, dass ein vertragliches Gewinnanteilsrecht ein suspensiv bedingtes Recht darstelle.⁷⁶ Sie geht zudem davon aus, dass der Verkauf des Grundstücks ohne Gewinn, in der Absicht das Gewinnanspruchsrecht einer berechtigten Person zu umgehen, eine treuwidrige Verhinderung des Eintritts einer Bedingung i.S.v. Art. 156 OR darstelle. Durch den rechtsmissbräuchlichen Verkauf werde die Bedingung einer fristgerechten Veräusserung erfüllt, wobei bei der Berechnung des Gewinns auf die zweite Veräusserung abzustellen sei.⁷⁷ Dieselbe Ansicht vertritt auch MEYER beim Gewinnanspruchsrecht nach dem BGBB.⁷⁸ Dem ist zuzustimmen und zu präzisieren, dass eine Eigentumsübertragung zu einem Wert unter dem Verkehrswert bereits als verkaufsähnlich zu qualifizieren ist und eine Berufung auf Art. 156 OR in diesen Fällen gar nicht erst nötig ist.⁷⁹ Stellt die rechtsmissbräuchliche Eigentumsübertragung hingegen noch keine Veräusserung i.S.v. Art. 29 Abs. 1 lit. a BGBB dar (z.B. bei einer Schenkung), ergibt sich die fristgerechte Veräusserung aus Art. 156 OR. In beiden Fällen ist zur Gewinnberechnung der Veräusserungswert der zweiten Veräusserung heranzuziehen, wie wenn die rechtsmissbräuchliche Veräusserung nie erfolgt wäre.⁸⁰

Eine weiterer Lösungsansatz besteht darin, dass der rechtsmissbräuchlich handelnde Unternehmer den übergangenen Berechtigten gegenüber schadenersatzpflichtig wird. In einem älteren Entscheid aus dem Jahr 1949 hielt das Bundesgericht fest, dass einem Verkauf an einen

⁷⁵ KGer SZ EGV-SZ 2016 A 2.4 E. 3.a.bb.

⁷⁶ ZEINDLER-DETTLING, 15.

⁷⁷ ZEINDLER-DETTLING, 84; vgl auch: KGer SZ EGV-SZ 2016 A 2.4 E. 3.a.bb.

⁷⁸ MEYER, Gewinnanspruch, N 444.

⁷⁹ Vgl. Ziff. III.B.3.f.

⁸⁰ KGer SZ EGV-SZ 2016 A 2.4 E. 3.a.bb; MEYER, Gewinnanspruch, N 443; ZEINDLER-DETTLING, 84 f.

Strohmann mit einer Schadenersatzklage nach Art. 41 OR begegnet werden könne.⁸¹ Dabei liess das Bundesgericht offen, ob sich der Schadenersatzanspruch auf Art. 41 Abs. 1 OR oder Abs. 2 stützen soll. Eine Haftung des Übernehmers gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR dürfte an der Voraussetzung der Widerrechtlichkeit scheitern.⁸² Regelmässig liegt Gewinnanspruchsbelasteten und den Berechtigten kein besonderes Vertrauensverhältnis vor, insbesondere dann, wenn es sich um ein gesetzliches Gewinnanspruchsrecht handelt. Dadurch scheidet eine durch einen Verstoss gegen das Gebot von Treu und Glauben begründete Widerrechtlichkeit aus.⁸³ Zudem fehlt es an einer Vertrauensgrundlage, welche für einen Anspruch aus Vertrauenshaftung nötig wäre.⁸⁴

Eine Haftung nach Art. 41 Abs. 2 OR kommt subsidiär zu Art. 41 Abs. 1 OR dann in Frage, wenn es an der Voraussetzung der Widerrechtlichkeit fehlt.⁸⁵ Ein solcher Haftungsgrund ist nur ausnahmsweise und mit Zurückhaltung anzunehmen und soll nicht dazu dienen, das Erfordernis der Widerrechtlichkeit auszuhöhlen.⁸⁶ Es ist MEYER beizupflichten, wonach ein Verhalten eines Übernehmers, welches darauf abzielt, die Gewinnanspruchsberechtigten um ihren Anspruch zu bringen, als sittenwidrig einzustufen ist und deshalb eine Haftung aus Art. 41 Abs. 2 OR begründen kann.⁸⁷

Ist bei einer privilegierten Übernahme absehbar, dass das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück innerhalb der Gewinnanspruchsfrist veräussert wird, ohne dass ein nennenswerter Gewinn entsteht, kann eine vertragliche Absicherung der Gewinnanspruchsberechtigten sinnvoll sein. Dies kann namentlich dadurch geschehen, indem sich der Übernehmer verpflichtet, seine Gewinnanspruchsbelastung auf den neuen Erwerber zu überbinden.

C. Die Enteignung (lit. b)

1. Die Enteignung i.e.S.

a. Allgemeines

Gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. b BGBB stellt die Enteignung eine Veräusserung dar, weshalb sich die Frage stellt, was darunter zu verstehen ist. Das Verwaltungsrecht unterscheidet zwischen der formellen Enteignung und den öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen.⁸⁸ Bei der

⁸¹ BGE 75 I 186 E. 2.

⁸² Gl.M. MEYER, Gewinnanspruch, N 445; a.M. GASSER, 147.

⁸³ Vgl. BGE 108 II 305 E. 2.b.

⁸⁴ Vgl. BGE 120 II 331 E. 5.

⁸⁵ BSK OR I- KESSLER, Art. 41 N 40; HUGUENIN, N 1956.

⁸⁶ BGE 124 II 297 E. 5.e.

⁸⁷ MEYER, Gewinnanspruch, N 446.

⁸⁸ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1783.

formellen Enteignung handelt es sich um einen hoheitlichen Entzug von Eigentumsrechten, wobei diese in der Regel dem Enteigner übertragen werden.⁸⁹ Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen sind hoheitliche Eigentumseingriffe, durch welche das Gemeinwesen in Erfüllung staatlicher Aufgaben die Verfügungs- oder Nutzungsbefugnisse beschränkt.⁹⁰ Die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen werden zudem danach unterschieden, ob sich diese für den Eigentümer wie eine Enteignung auswirken und deshalb zu entschädigen (materielle Enteignung) oder ob sie weniger intensiv wirken und entschädigungslos hinzunehmen sind.⁹¹

Unter den Begriff der Enteignung i.S.v. Art. 29 Abs. 1 lit. b BGG fallen sowohl die formelle als auch materielle Enteignung.⁹² Keine Veräusserung stellen hingegen öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen dar, welche entschädigungslos hinzunehmen sind. Diese Beschränkungen treffen den Übernehmer nur in einem so geringen Ausmass, dass nicht von einer Veräusserung gesprochen werden kann.⁹³

b. Veräusserungszeitpunkt

Massgeblicher Veräusserungszeitpunkt ist die Verfahrenseinleitung (Art. 29 Abs. 2 lit. b BGG). Bei der formellen Enteignung ist diese anhand der einschlägigen bundes- oder kantonrechtlichen Bestimmungen zu ermitteln, wobei in der Regel auf die öffentliche Planaufgabe abzustellen ist.⁹⁴ Bei der materiellen Enteignung ist der Zeitpunkt massgebend, in welchem die anspruchsbegründende Eigentumsbeschränkung in Kraft tritt.⁹⁵ Einigen sich Enteignerin und Eigentümer mittels Enteignungsvertrag und wird das Enteignungsverfahren dadurch hinfällig, ist dieser Vorgang ebenfalls als Enteignung und nicht als Verkauf zu qualifizieren.⁹⁶ Folglich ist die Verfahrenseinleitung und nicht der Vertragsabschluss für die Wahrung der Veräusserungsfrist massgebend. Andernfalls könnte der Übernehmer das Enteignungsverfahren bis zum Fristablauf hinauszögern, sich anschliessend mit dem Gemeinwesen auf einen Enteignungsvertrag einigen und sich der Gewinnteilungspflicht entziehen.⁹⁷

⁸⁹ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1783.

⁹⁰ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1783.

⁹¹ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1783.

⁹² BGE 105 II 172 E. 2.b. Kommentar BGG-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 10b; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGG, Art. 29 N 8; BEELER, 366 f.; MEYER, Gewinnanspruch, N 550.

⁹³ Kommentar BGG-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 10b.

⁹⁴ Kommentar BGG-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 25a; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGG, Art. 29 N 18; MEYER, Gewinnanspruch, N 726.

⁹⁵ PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGG, Art. 29 N 18; MEYER, Gewinnanspruch, N 727; a.M. Kommentar BGG-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 25b.

⁹⁶ MEYER, Gewinnanspruch, N 557.

⁹⁷ MEYER, Gewinnanspruch, N 557.

2. Enteignungsähnliche Tatbestände

a. Allgemeines

Der Enteignung gleichzustellen sind die enteignungsähnlichen Tatbestände.⁹⁸ MEYER subsumiert darunter Vorgänge, bei welchen der Übernehmer hoheitlich gezwungen wird, wesentliche aus dem Eigentum fliessende Befugnisse abzutreten und die landwirtschaftliche Nutzung gegen eine einem wesentlichen Anteil des Sachwerts entsprechende Entschädigung aufzugeben.⁹⁹

Namentlich zu nennen sind hier die nachbarrechtlichen Notrechte wie das Durchleitungsrecht (Art. 691 Abs. 1 ZGB), das Notwegrecht (Art. 694 Abs. 1 ZGB), und das Notbrunnenrecht (Art. 710 Abs. 1 ZGB).¹⁰⁰ Des Weiteren können auch Landumlegungsverfahren enteignungsähnlich wirken, namentlich durch den Einbezug in ein Bodenverbesserungsunternehmen (Art. 703 ZGB), ein Quartierplanverfahren oder die Baulandumlegung.¹⁰¹ Es ist dabei jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die erforderliche Intensität der Einschränkung gegeben ist.¹⁰²

Ebenfalls unter die enteignungsähnlichen und nicht verkaufsähnlichen Vorgänge zu fassen ist die Zwangsvollstreckung.¹⁰³ Dadurch wird verhindert, dass der Übernehmer durch die Ergreifung von Rechtsmitteln den massgebenden Veräusserungszeitpunkt hinauszögern kann.

b. Veräusserungszeitpunkt

Massgeblicher Veräusserungszeitpunkt bei den nachbarrechtlichen Notrechten ist der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der entsprechenden Klage.¹⁰⁴ Bei der Zwangsvollstreckung ist auf jenen Akt abzustellen, mit welchem das betreibungsrechtliche Beschlagnahme Recht begründet wird.¹⁰⁵

D. Die Zuweisung zu einer Bauzone (lit. c)

1. Begriff der Bauzone

Gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. c BGGB gilt die Zuweisung zu einer Bauzone als Veräusserung, ausser sie betreffe ein Grundstück, das dem bäuerlichen Bodenrecht unterstellt bleibt (Art. 2 Abs. 2 lit. a BGGB). Der Begriff der Bauzone entspricht demjenigen von Art. 15 RPG.¹⁰⁶ Die

⁹⁸ Botschaft BGGB, 1008; Kommentar BGGB-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 10c; MEYER, Gewinnanspruch, N 566.

⁹⁹ MEYER, Gewinnanspruch, N 566.

¹⁰⁰ Kommentar BGGB-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 10c; MEYER, Gewinnanspruch, N 569.

¹⁰¹ Kommentar BGGB-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 10c; MEYER, Gewinnanspruch, N 567.

¹⁰² Kommentar BGGB-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 10c.

¹⁰³ Kommentar BGGB-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 10c; MEYER, Gewinnanspruch, N 572; a.M. BEELER, 366; STEINAUER, 17.

¹⁰⁴ Kommentar BGGB-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 25b; MEYER, Gewinnanspruch, N 729.

¹⁰⁵ Vgl. ausführlicher: Kommentar BGGB-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 25b; MEYER, Gewinnanspruch, N 730 f.

¹⁰⁶ BGE 137 III 344 E. 5.2; Botschaft BGGB, 1009; Kommentar BGGB-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 13; MEYER, Gewinnanspruch, N 589.

Bauzone i.S.v. Art. 15 RPG ist als Zone zu definieren, welche regelmässig Bautätigkeiten zulässt, die weder mit bodenerhaltenden Nutzungen (vorab der Landwirtschaft) verbunden noch sonstwie von ihrer Bestimmung her auf einen ganz bestimmten Standort angewiesen sind.¹⁰⁷ Das Bundesrecht lässt es zu, dass die Kantone eigene Zonen ausscheiden können (Art. 18 Abs. 1 RPG). Aufgrund des Trennungsgrundsatzes sind diese jeweils entweder den Bau- oder Nichtbauzonen zuzuordnen¹⁰⁸ und zwar unabhängig von ihrer Bezeichnung. Scheidet ein Kanton eine «Speziallandwirtschaftszone» aus, stellt diese eine Bauzone i.S.v. Art. 15 RPG dar, wenn sie die Nutzungsvorschriften als Bauzone erscheinen lassen.¹⁰⁹

Zu den Bauzonen gehören Wohn-, Gewerbe-, Industrie-, Landhaus- und Ferienhauszonen.¹¹⁰ Sport- und Erholungszonen gehören dann zum Nichtbaugebiet, wenn sie Nutzungsbedürfnisse ausserhalb der Bauzone abdecken.¹¹¹ Dies kann bei Ski- oder Golfsportzonen der Fall sein.¹¹² Zu den Nichtbauzonen gehören des Weiteren Weiler- und Erhaltungszonen, Zonen für Energiegewinnungsanlagen sowie Materialabbau- und Deponiezone.¹¹³

Wird ein landwirtschaftliches Grundstück einer Spezialzone i.S.v. Art. 18 Abs. 1 RPG zugewiesen, welche nicht zu den Bauzonen i.S.v. Art. 15 RPG gehört, wird der Veräusserungstatbestand der Einzonung nicht erfüllt. Die zonenkonforme Nutzung kann jedoch eine Zweckentfremdung darstellen und den Gewinnanspruch auf diese Weise auslösen, z.B. durch die Errichtung eines Golfplatzes. Ebenfalls keine Einzonung stellt die Zuweisung zu einer Kiesabbauzone dar,¹¹⁴ wogegen der Gewinnanspruch durch den Kiesabbau (Zweckentfremdung) ausgelöst wird,

2. Ausnahme

Keine Veräusserung stellt die Einzonung dar, wenn das Grundstück weiterhin «dem bäuerlichen Bodenrecht unterstellt bleibt (Art. 2 Abs. 2 lit. a BGG)». Die Gesetzesformulierung ist unglücklich gewählt. Die Ausnahme von Art. 2 Abs. 2 lit. a BGG unterstellt die zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehörenden und in der Bauzone liegenden Grundstücke sowie Grundstücksteile mit landwirtschaftlichen Gebäuden und Anlagen inklusive des angemessenen

¹⁰⁷ BGE 143 II 588 E. 2.5.2; EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 15 N 5.

¹⁰⁸ BGE 143 II 588 E. 2.5.1; PraxKomm RPG-MOOR, Art. 18 N 11; EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 18 N 2.

¹⁰⁹ Vgl. BGE 143 II 588 E. 2.4. Das Bundesgericht qualifizierte eine Zone in der Walliser Gemeinde Raron, in welcher eine Ringkuhkampfarena sowie eine Markthalle hätten realisiert werden sollen, als Bauzone und nicht wie die Gemeinde als «Speziallandwirtschaftszone».

¹¹⁰ EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 15 N 5.

¹¹¹ BGer 1C_33/2015 E. 2.4.

¹¹² BGE 143 II 588, 588 E. 2.5.3.

¹¹³ Ausführlicher: PraxKomm RPG-MUGGLI, Art. 18 N 24 ff.

¹¹⁴ BGer 2C_255/2022 E. 4.4.3 und 4.8, wonach eine kantonale Kiesabbauzone («zone gravière») als Nichtbauzone qualifiziert wurde; vgl. aber auch: BGer 2C_157/2017 E. 3.2, wo das Bundesgericht eine Kiesabbauzone implizit als Bauzone qualifizierte.

Umschwungs dem örtlichen Geltungsbereich des BGG. Gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. c BGG bleiben auch solche Grundstücke dem BGG unterstellt, die nur teilweise in der Bauzone liegen. Aus dem Gesetzeswortlaut geht somit nicht klar hervor, ob der Veräusserungstatbestand auch dann erfüllt wird, wenn ein Grundstück nur teilweise eingezont wird. Die Lehre ist sich zu Recht einig, dass auch die Einzonung eines Grundstückanteils den Gewinnanspruch auslöst und der Ausnahmetatbestand von Art. 2 Abs. 2 lit. c BGG in Art. 29 Abs. 1 lit. c BGG nicht mitgemeint wird. Sie begründet dies mit einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers¹¹⁵ oder mit dem Gesetzeszweck.¹¹⁶

3. Veräusserungszeitpunkt

Das Bundesgericht hat klargestellt, dass das Zuweisungsverfahren i.S.v. Art. 29 Abs. 2 lit. c BGG das Verfahren der Nutzungsplanung ist, da nur anhand der Nutzungspläne festgestellt werden kann, ob ein Grundstück der Bauzone zugewiesen wurde oder nicht.¹¹⁷ Gemäss Art. 29 Abs. 2 lit. c BGG ist der massgebliche Veräusserungszeitpunkt die Einleitung des Verfahrens auf Einzonung. Das Bundesgericht hat sich dabei der h.L. angeschlossen und festgehalten, dass dieses mit der öffentlichen Planaufgabe seinen Anfang nimmt, welche deshalb den massgeblichen Veräusserungszeitpunkt i.S.v. Art. 29 Abs. 2 lit. c BGG darstellt.¹¹⁸

E. Zweckentfremdung (lit. d)

1. Allgemeines

Gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. d BGG gilt der Übergang von einer landwirtschaftlichen zu einer nichtlandwirtschaftlichen Nutzung (sogenannte Zweckentfremdung) als Veräusserung. Das Gesetz stellt keine Kriterien auf, ab wann von einer solchen ausgegangen werden kann. Als negative Umschreibung hält es lediglich fest, dass die Aufgabe einer mindestens zehnjährigen Betriebsführung eines landwirtschaftlichen Gewerbes durch den Übernehmer sowie dessen Verbleib auf einer zu diesem Gewerbe gehörenden Wohnung keine Zweckentfremdung darstelle (Art. 29 Abs. 1 lit. d Satz 2 BGG).

2. Landwirtschaftliche Nutzung

Der Tatbestand setzt voraus, dass das betroffene Grundstück bei der Übernahme landwirtschaftlich genutzt wurde, da es andernfalls nicht mehr zu einem Übergang zu einer nichtlandwirtschaftlichen Nutzung kommen kann. Zudem wird die nichtlandwirtschaftliche Nutzung beim

¹¹⁵ Kommentar BGG-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 14.

¹¹⁶ MEYER, Gewinnanspruch, N 618.

¹¹⁷ BGE 137 III 344 E. 5.4.

¹¹⁸ BGE 137 III 344 E. 5.4.

Anrechnungswert bereits berücksichtigt (vgl. Art. 10 Abs. 3 BGBB und Art. 17 Abs. 2 BGBB) oder ein nicht landwirtschaftlich genutztes Grundstück befindet sich bei der Übernahme gar nicht im örtlichen oder sachlichen Geltungsbereich des BGBB.¹¹⁹ Zur Auslegung des Begriffs der landwirtschaftlichen Nutzung kann auf Art. 3 LwG verwiesen werden.¹²⁰ Namentlich umfasst die Landwirtschaft gemäss Art. 3 Abs. 1 LwG die Produktion verwertbarer Erzeugnisse aus Pflanzenbau und Nutztierhaltung (lit. a), die Aufbereitung, Lagerung und den Verkauf der entsprechenden Erzeugnisse auf den Produktionsbetrieben (lit. b) und die Bewirtschaftung von naturnahen Flächen (lit. c).

3. Nichtlandwirtschaftliche Nutzung

Des Weiteren muss es zu einem Übergang zu einer nichtlandwirtschaftlichen Nutzung gekommen sein. Diese kann durch den Übernehmer selber oder einen Dritten erfolgen (vgl. Art. 29 Abs. 2 lit. d BGBB). Beispiele für nichtlandwirtschaftliche Nutzungen sind die Ausbeutung von Bodenbestandteilen (z.B. Kies), das Betreiben von Solaranlagen, eines Campingplatzes, Parkplatzes, Sportplatzes oder die Vermietung von Wohnungen an Dritte.¹²¹

Der Veräusserungstatbestand der Zweckentfremdung setzt ein gewisses Ausmass der nichtlandwirtschaftlichen Nutzung voraus. Nicht jede landwirtschaftsfremde Nutzung entspricht einer Zweckentfremdung. Dies ergibt sich daraus, dass das Gesetz von einer Zweckentfremdung («*changement d'affectation*») und nicht von einer Nutzungsänderung («*changement d'utilisation*») spricht.¹²² Eine Voraussetzung, damit das erforderliche Ausmass einer Zweckentfremdung vorliegt, ist eine gewisse Dauerhaftigkeit, nicht aber eine Irreversibilität.¹²³ Eine dauerhafte Umnutzung begründet noch nicht automatisch eine Zweckentfremdung, vielmehr muss dies immer im Einzelfall geprüft werden.¹²⁴ Vermietet ein Landwirt eine einzelne Wohnung auf einem landwirtschaftlichen Gewerbe und wohnt selber nicht auf dem Betrieb, liegt noch keine Zweckentfremdung vor, weil der Übernehmer aufgrund seiner Wohnkosten im Vergleich zu einer eigenen Nutzung der Wohnung keinen nennenswerten Gewinn erzielt.¹²⁵

4. Abgrenzung zum verkaufsähnlichen Rechtsgeschäft

Schwierig kann die Abgrenzung zwischen einer Zweckentfremdung und einem verkaufsähnlichen Rechtsgeschäft werden, was insbesondere bei langfristigen Dienstbarkeiten der Fall sein

¹¹⁹ Vgl. betreffend den sachlichen Anwendungsbereich des BGBB beim Kiesabbau: BGE 149 II 237 E. 4.2.

¹²⁰ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 18d.

¹²¹ MEYER, Gewinnanspruch, N 672.

¹²² BGer 5A_740/2021 E. 3.4.2.

¹²³ BGer 5A_740/2021 E. 3.4.1.

¹²⁴ BGer 5A_740/2021 E. 3.1.2.

¹²⁵ BGer 5A_740/2021 E. 3.2.

kann. MEYER führt richtigerweise aus, dass die Zweckentfremdung durch einen Dritten auf die Erlaubnis einer dauerhaften nichtlandwirtschaftliche Nutzung gerichtet ist, während der Übernehmer als Eigentümer die Verfügungsmacht über das Grundstück behält. Ein verkaufsähnliches Rechtsgeschäft ist hingegen auf die Übertragung der Sachherrschaft (oder zumindest wesentlicher Teile davon) ausgerichtet.¹²⁶ Aufschluss über die Zuordnung können deshalb die Modalitäten des Rechtsgeschäftes geben, namentlich ist bei einer einmaligen, den Sachwert entsprechenden Leistung eher von einem verkaufsähnlichen Rechtsgeschäft auszugehen, bei einer wiederkehrenden, periodischen Entschädigung an den Übernehmer eher von einer Zweckentfremdung.¹²⁷ Die Abgrenzungsschwierigkeiten sollen an nachfolgendem Beispiel aufgezeigt werden:

B ist Eigentümer eines landwirtschaftlichen Grundstücks in U. Er räumt der A AG eine Dienstbarkeit ein, wonach diese auf dem gesamten Grundstück Bodenschätze ausbeuten sowie Erschliessungsanlagen und Installationen erstellen dürfe. B verpflichtete sich, bereits ab Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch, nichts mehr zu unternehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit behindern würde, insbesondere sollte er keine Miet-, Pacht- oder weitere Nutzungsverträge mehr abschliessen. Zu diesem Zeitpunkt war das Grundstück noch nicht in eine Kiesabbauzone umgezont worden und es lag dementsprechend auch noch keine Abbaubewilligung vor.

Das Bundesgericht hatte in Bezug auf diesen Sachverhalt zu beurteilen, ob dieser Dienstbarkeitsvertrag ein wirtschaftliche einer Eigentumsübertragung gleichkommendes Rechtsgeschäft darstellt (Art. 61 Abs. 3 BGG) und die A AG deshalb eine Erwerbsbewilligung benötigt. Das Bundesgericht schützte die Vorinstanzen und bejahte eine Bewilligungspflicht, da dem Eigentümer faktisch keine rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten mehr verblieben.¹²⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung wäre dieser Sachverhalt in Bezug auf die Veräusserungen des Gewinnanspruchsrechts folglich unter den Tatbestand des verkaufsähnlichen Rechtsgeschäftes und nicht der Zweckentfremdung zu subsumieren.

Ebenfalls als verkaufsähnlich ist die Einräumung eines Baurechts zur Erstellung eines Wohnhauses zu qualifizieren.¹²⁹ Dient ein Baurecht der Erstellung eines kleinen Unterstandes für Betriebsmaterial eines Modellflugplatzes¹³⁰ oder einer Photovoltaikanlage auf dem Dach eines

¹²⁶ MEYER, Gewinnanspruch, N 679.

¹²⁷ Vgl. auch: MEYER, Gewinnanspruch, N 679.

¹²⁸ BGer 2C_157/2017 E. 4.2.

¹²⁹ Vgl. Ziff. III.B.3.h.

¹³⁰ Kommentar BGG-BSTREBEL/HENNY, Art. 29 N 21.

Gebäudes¹³¹ ist hingegen von einer Zweckentfremdung auszugehen, da es nur zu einem kleinen Verlust der Sachherrschaft gekommen ist.

5. Veräußerungszeitpunkt

Art. 29 Abs. 2 lit. d BGBB unterscheidet beim Veräußerungszeitpunkt zwischen Zweckentfremdungen durch Dritte und solchen durch den Übernehmer. Erfolgt sie durch Dritte, ist auf «das Geschäft, mit welchem dem Berechtigten die nichtlandwirtschaftliche Nutzung erlaubt wird», abzustellen (Art. 29 Abs. 2 lit. d Var 1 BGBB). Massgebend ist der formgerechten Abschluss des Vertrages mit dem Dritten.¹³² Erfolgt die Zweckentfremdung durch den Übernehmer, ist auf die Handlung des Eigentümers abzustellen, mit welchem die Nutzungsänderung bewirkt wird (Art. 29 Abs. 2 lit. d Var. 2 BGBB). Dies kann gerade bei einer schleichenden Ausweitung der nichtlandwirtschaftlichen Nutzung schwierig zu bestimmen sein. Massgebend ist die erste äusserlich sichtbare Handlung (beispielsweise Spatenstich).¹³³

IV. Die Gewinnberechnung

A. Vorgehen bei der Gewinnberechnung

Das Gesetz regelt die Gewinnberechnung in Art. 31 BGBB. Diese Bestimmung bezieht sich auf den Gewinnanspruch der Miterben, hat jedoch aufgrund der gesetzlichen Verweise Allgemeingültigkeit, sofern keine anderslautenden rechtsgeschäftliche Regelungen vorhanden sind.¹³⁴ Definiert wird der Gewinn als Differenz zwischen dem Veräußerungs- und dem Anrechnungswert (Art. 31 Abs. 1 BGBB). Präziser ausgedrückt, handelt es sich dabei um den Bruttogewinn.¹³⁵ Bei der Zweckentfremdung definiert das Gesetz den Gewinn hingegen als das Zwanzigfache des tatsächlichen oder möglichen jährlichen Ertrages der nichtlandwirtschaftlichen Nutzung (Art. 31 Abs. 3 BGBB). Konnte der Bruttogewinn ermittelt werden, sind in einem zweiten Schritt die gesetzlichen Abzüge vorzunehmen. Namentlich sind dies der Abzug für wertvermehrnde Investitionen (Art. 31 Abs. 1 BGBB), für Realersatz (Art. 32 BGBB) sowie die Ausbesserung und den Ersatz von Bauten und Anlagen (Art. 33 BGBB). Dabei resultiert der

¹³¹ Wobei aufgrund des Realteilungs- und Zerstückelungsverbots (Art. 58 BGBB) wohl nur dann ein Baurecht eingeräumt werden kann, wenn das Grundstück nicht mehr dem BGBB unterstellt ist, vgl. hierzu: RITTER, Photovoltaikanlagen, 221 f.

¹³² Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 27; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 29 N 20; BEELER, 376; MEYER, Gewinnanspruch, N 737.

¹³³ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 29 N 27; MEYER, Gewinnanspruch, N 736.

¹³⁴ Vgl. Art. 212 Abs. 3 ZGB (güterrechtlicher Gewinnanspruch), Art. 37 Abs. 4 BGBB (Gewinnanspruch des Mit- oder Gesamteigentümers), Art. 53 Abs. 2 BGBB (Gewinnanspruch des Veräußerers bei der Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts) und Art. 41 Abs. 1 BGBB (vertraglicher Gewinnanspruch).

¹³⁵ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 1; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 31 N 1; MEYER, Gewinnanspruch, N 848.

bereinigte Bruttogewinn.¹³⁶ Erst zum Schluss wird der Besitzesdauerabzug vorgenommen.¹³⁷ Dieser beträgt gemäss Art. 31 Abs. 4 BGG 2% pro Jahr, während welchem das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück im Eigentum des Übernehmers stand. Für angebrochene Jahre berechnet sich der Abzug pro rata temporis.¹³⁸

Eine Besonderheit bei der Berechnungsweise weist der güterrechtliche Gewinnanspruch nach Art. 212 Abs. 3 ZGB auf. Es wird weder eine Gewinnberechnung im eigentlichen Sinn vorgenommen noch findet eine Verteilung anhand von Beteiligungsquoten statt. Stattdessen wird die güterrechtliche Auseinandersetzung erneut vorgenommen und dabei das landwirtschaftliche Gewerbe neu mit dem Veräusserungserlös anstelle des Ertragswertes bewertet.¹³⁹ Aufgrund der sinngemässen Anwendung der erbrechtlichen Bestimmungen können vom Bruttoveräusserungserlös die gesetzlichen Abzüge vorgenommen werden und es ist lediglich der Nettowert für die Bewertung des landwirtschaftlichen Gewerbes in der neuen güterrechtlichen Auseinandersetzung einzusetzen.¹⁴⁰ Vorbehalten bleiben anderslautende Vereinbarungen. Haben sich die geschiedenen Ehegatten beispielsweise auf einen Gewinnanspruch in Form einer fixen Beteiligungsquote am Nettogewinn geeinigt, ist der Nettogewinn nach den allgemeinen Grundsätzen zu berechnen und zu verteilen. Eine erneute Vornahme einer güterrechtlichen Auseinandersetzung ist diesfalls nicht erforderlich.

B. Bruttogewinn

1. Allgemeine Berechnungsweise

Bei den Tatbeständen des Verkaufs, der Enteignung sowie der Einzonung wird der Bruttogewinn als Differenz zwischen Veräusserungs- und Anrechnungswert definiert. Nachfolgend soll deshalb zunächst erläutert werden, wie die Veräusserungswerte bei den jeweiligen Tatbeständen zu ermitteln sind. In einem zweiten Schritt wird auf den Anrechnungswert eingegangen, wobei sich dieser bei den verschiedenen Tatbeständen nicht unterscheidet.

Zuletzt folgt die Ermittlung des Bruttogewinnes bei der Zweckentfremdung, wofür das Gesetz in Art. 31 Abs. 3 BGG eine eigene Regelung vorsieht, welche auf den jährlichen Ertrag abstellt.

¹³⁶ MEYER, Gewinnanspruch, N 1035.

¹³⁷ Kommentar BGG-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 1; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGG, Art. 31 N 1; MEYER, Gewinnanspruch, N 1038.

¹³⁸ Botschaft BGG, 1011; Kommentar BGG-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 25; MEYER, Gewinnanspruch, N 1048.

¹³⁹ BGer 5C.203/2004 E 3.5.2; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 212/213 N 55 ff. PraxKomm Scheidung-FANKHAUSER/STECK, Art. 212 N 15; KELLER, 107; RITTER, 954.

¹⁴⁰ KELLER, 107.

a. Veräusserungswert

aa. Verkauf und verkaufsähnliche Rechtsgeschäfte

Beim Verkauf und den verkaufsähnlichen Rechtsgeschäften ist auf die Gesamtheit aller vermögenswerten Gegenleistungen, welche der Veräusserer erhält, abzustellen.¹⁴¹ In aller Regel ist dies der Verkaufspreis. Bei lebzeitigen Verkäufen von landwirtschaftlichen Gewerben ist es verbreitet, dem Veräusserer ein Wohnrecht einzuräumen. Auch dieses ist zum Veräusserungswert hinzuzuzählen, sofern es nicht anderweitig entschädigt wird (z.B. durch eine periodische Zahlung).

Bei der Einräumung eines Baurechts ist auf den kapitalisierten Baurechtszins abzustellen¹⁴² und bei der Erbteilung auf den Anrechnungswert (i.d.R. einfacher oder doppelter Ertragswert, seltener Verkehrswert).

bb. Enteignung und enteignungsähnliche Tatbestände

Bei der Enteignung und den enteignungsähnlichen Tatbeständen entspricht der Veräusserungswert der tatsächlichen Enteignungsentschädigung. Dies ist in der Regel ein definierter Wert zum Zeitpunkt des Vorliegens eines vollstreckbaren Enteignungstitels.¹⁴³ Bei Enteignungen durch den Bund beträgt die Entschädigung für Kulturland im Geltungsbereich des BGGB gemäss Art. 19 lit. a^{bis} EntG das Dreifache des ermittelten Höchstpreises gemäss Art. 66 Abs. 1 BGGB. Teilweise wurde diese noch junge Bestimmung in die kantonalen Enteignungsgesetze übernommen.¹⁴⁴ Ein anderer Teil der Kantone stellt hingegen auch bei landwirtschaftlichen Grundstücken auf den einfachen Verkehrswert ab.¹⁴⁵

Zu differenzieren gilt es, wofür genau die Entschädigung ausgerichtet wird. Zum Veräusserungswert i.S.v. Art 31 Abs. 1 BGGB gehört die Gegenleistung für den Wert der enteigneten Fläche (vgl. Art. 19 lit. a oder a^{bis} EntG).¹⁴⁶ Nach der hier vertretenen Ansicht ist auch die Entschädigung für den Minderwert des Restgrundstücks (vgl. Art. 19 lit. b EntG) beim Veräusserungswert zu berücksichtigen, wenn das Restgrundstück ebenfalls vom Gewinnanspruchsrecht erfasst ist. Die Entschädigung der Wertminderung ist als Entgelt einer Teilveräusserung zu betrachten und würde bei einer späteren Veräusserung nicht mehr berücksichtigt, da der Verkehrswert des Grundstücks entsprechend tiefer sein wird. Nicht beachtlich ist hingegen die

¹⁴¹ Kommentar BGGB-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 15a; MEYER, Gewinnanspruch, N 863.

¹⁴² Kommentar BGGB-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 15a; MEYER, Gewinnanspruch, N 865.

¹⁴³ Vgl. Art. 19^{bis} EntG.

¹⁴⁴ So § 143 Abs. 1 lit. a BauG/AG

¹⁴⁵ So § 19 Abs. 1 lit. a EntG/BL

¹⁴⁶ Kommentar BGGB-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 15b; MEYER, Gewinnanspruch, N 870.

Entschädigung für die weiteren Nachteile («Inkonvenienzen», vgl. Art. 19 lit. c EntG), da diese den Unternehmer nur persönlich betreffen.¹⁴⁷

In Bezug auf die enteignungsähnlichen Tatbestände (Zwangsvollstreckung, nachbarrechtliche Notrechte) kann auf die Ausführungen zum Verkauf und den verkaufsähnlichen Rechtsgeschäften verwiesen werden. Zu teilen ist jeweils die Gesamtheit aller tatsächlich erhaltenen Gegenleistungen.

cc. Zuweisung zu einer Bauzone

Beim Veräusserungstatbestand der Einzonung sieht das Gesetz in Art. 30 lit. b BGG drei Varianten vor, wann eine Gewinnanspruchsforderung fällig wird. Abhängig davon unterscheidet sich das Vorgehen bei der Ermittlung des Veräusserungswertes. Dies geht aus Art. 31 Abs. 2 BGG vor, wonach auf den mutmasslichen Verkehrswert abzustellen sei, wenn innert 15 Jahren keine Veräusserung erfolgt.

i. Veräusserung innert 15 Jahren seit der Einzonung

Gemäss Art. 31 Abs. 1 BGG entspricht der Gewinn (genauer gesagt der Bruttogewinn) der Differenz zwischen dem Veräusserungs- und dem Anrechnungswert. Dabei handelt es sich nach der hier vertretenen Auffassung um eine allgemeine Norm, welche immer dann zur Anwendung kommt, wenn das Gesetz keine Spezialbestimmung enthält.¹⁴⁸ Art. 31 Abs. 2 BGG, wonach auf dem mutmasslichen Verkehrswert abzustellen sei, wenn innert 15 Jahren keine Veräusserung erfolgt, bildet eine solche Spezialbestimmung. Immer dann, wenn diese nicht einschlägig ist, kommt die allgemeine Norm von Art. 31 Abs. 1 BGG zur Anwendung.

Es stellt sich deshalb die Frage, welche Vorgänge vom Begriff der «Veräusserung» i.S.v. Art. 31 Abs. 2 BGG umfasst werden. Naheliegender wäre es, auf den Begriff der «Veräusserung» i.S.v. Art. 29 Abs. 1 BGG abzustellen. Dies ist jedoch abzulehnen und stattdessen von einem enger gefassten Veräusserungsbegriff auszugehen. Art. 30 lit. b BGG hält in Bezug auf die Fälligkeit fest, dass die Gewinnanspruchsforderung bei der Einzonung fällig werde «im Zeitpunkt der Veräusserung oder Nutzung als Bauland, spätestens aber 15 Jahre seit der rechtskräftigen Einzonung». Die Nutzung als Bauland stellt eine Zweckentfremdung i.S.v. Art. 29 Abs. 1 lit. d BGG und somit ausdrücklich eine Veräusserung i.w.S. dar. Anhand der ausdrücklichen Nennung der Nutzung als Bauland neben dem Begriff der «Veräusserung» in Art. 30 lit. b BGG wird klar, dass der Gesetzgeber zumindest in Bezug auf die Fälligkeit die eigene Nutzung als

¹⁴⁷ Kommentar BGG-B-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 15b; MEYER, Gewinnanspruch, N 870.

¹⁴⁸ Vgl. Ziff. IV.C.1.

Bauland nicht unter den Begriff der «Veräusserung» subsumierte, da ansonsten keine ausdrückliche Nennung nötig gewesen wäre.¹⁴⁹ Art. 31 Abs. 2 BGBB stellt bei der Gewinnberechnung auf den mutmasslichen Verkehrswert ab, wenn innert 15 Jahren keine «Veräusserung» erfolgt und nimmt dadurch Bezug auf Art. 30 lit. b BGBB. Die beiden Begriffe der «Veräusserung» in Art. 30 lit. b und Art. 31 Abs. 2 BGBB müssen deshalb gleichgesetzt werden. Die eigene Nutzung als Bauland fällt nach der hier vertretenen Auffassung nicht unter den Begriff der «Veräusserung» in Art. 31 Abs. 2 BGBB.¹⁵⁰ Die unter Art. 29 Abs. 1 lit. a und b BGBB zu subsumierenden Vorgänge, namentlich der Verkauf, die verkaufsähnlichen Rechtsgeschäfte sowie die Enteignung und enteignungsähnlichen Tatbestände, sind hingegen als Veräusserung i.e.S. zu qualifizieren, da diese mit einer Eigentumsübertragung (oder zumindest einer Aufgabe eines wesentlichen Anteils der Sachherrschaft) einher gehen. Kommt es zu einer Veräusserung i.e.S., richtet sich die Gewinnberechnung nach Art. 31 Abs. 1 BGBB. Dazu ist der tatsächlich erzielte Veräusserungserlös beizuziehen, das Vorgehen unterscheidet sich nicht von «gewöhnlichen» Verkäufen bzw. Enteignungen.¹⁵¹

ii. Ohne Veräusserung innert 15 Jahren seit der Einzonung

Erfolgte innert 15 Jahren keine Veräusserung i.e.S., ist gemäss Art. 31 Abs. 2 BGBB auf den mutmasslichen Verkehrswert abzustellen. Dies gilt nach der hier vertretenen Auffassung auch dann, wenn der Übernehmer das eingezonte Grundstück selbst als Bauland nutzt. Einig ist sich die Lehre dahingehend, dass der mutmassliche Verkehrswert den Veräusserungswert und nicht den Bruttogewinn darstellen soll.¹⁵² Umstritten ist hingegen, welches der massgebliche Schätzungszeitpunkt ist. Das Gesetz nennt diesen nicht explizit. Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, es sei der Verkehrswert zum Zeitpunkt der Einzonung massgebend.¹⁵³ Ein anderer Teil stellt hingegen auf den Verkehrswert per Fälligkeitszeitpunkt ab.¹⁵⁴ Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist letzterer Ansicht zu folgen.

BEELER führt aus, dass der Fälligkeitsaufschub von 15 Jahren erst nachträglich in den parlamentarischen Beratungen eingefügt wurde, wogegen der bundesrätliche Entwurf noch eine Fälligkeit mit der Rechtskraft der Einzonung festgelegt habe. Durch die Ergänzung des

¹⁴⁹ Von einem eng gefassten Begriff einer «Veräusserung» geht die Lehre im Übrigen bei Art. 34 Abs. 2 BGBB aus. Es kann nicht immer an den Veräusserungsbegriff i.S.v. Art. 28 Abs. 1 BGBB angeknüpft werden. Vgl. diesbezüglich Ziff. VII.B sowie auch PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 34 N 12, welche von einer «eigentlichen Veräusserung» sprechen.

¹⁵⁰ Gl.M. STEINAUER, 22; a.M. MEYER, Gewinnanspruch, N 874.

¹⁵¹ Gl.M. Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 18a; MEYER, Gewinnanspruch, N 874; a.M. PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 31 N 6 f., BEELER, 378 f.

¹⁵² Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 16; MEYER, Gewinnanspruch, N 875; STEINAUER, 16.

¹⁵³ PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 31 N 6; BEELER, 378 f.

¹⁵⁴ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 17; MEYER, Gewinnanspruch, N 880; STEINAUER, 22.

Fälligkeitsaufschubs sei die Verkehrswertschätzung per Einzonungszeitpunkt nicht geändert worden.¹⁵⁵ Dieser Schlussfolgerung kann nicht zugestimmt werden. Der Veräusserungstatbestand der Einzonung ist vordergründig ein raumplanerisches Instrument.¹⁵⁶ Nur bei der Einzonung hat der Übernehmer den Berechtigten auch dann eine Gewinnanspruchsforderung auszubezahlen, wenn er ein Grundstück ausschliesslich landwirtschaftlich nutzt.¹⁵⁷ Ziel des Einzonungstatbestandes ist es, den Baulandmarkt zu verflüssigen und die in der Bauzone gelegenen Grundstücke diesem zur Verfügung zu stellen.¹⁵⁸ Dieser Gesetzeszweck ist neben dem Gleichbehandlungsgedanken stets zu berücksichtigen. Die von BEELER vorgeschlagene Lösung läuft jedoch den beiden Zwecken zuwider. Der Übernehmer würde allein von der Wertsteigerung profitieren, welche zwischen der rechtskräftigen Einzonung und der Fälligkeit entsteht. Dies würde ihn dazu motivieren, mit einer Bebauung oder Veräusserung zuzuwarten und die vollen 15 Jahre des Fälligkeitsaufschubes zu Spekulationszwecken auszunutzen. Aus raumplanerischer Sicht sollte das Grundstück, dem raumplanerischen Planungshorizont (vgl. Art. 15 Abs. 1 RPG) entsprechend, innert 15 Jahren bebaut werden. Wie bereits aufgezeigt wurde, ist bei einer vorzeitigen Veräusserung zudem auf den tatsächlich erzielten Veräusserungserlös abzustellen, wodurch zwangsläufig eine Bewertung zum Zeitpunkt der Veräusserung an die Drittperson vorgenommen wird. Ein Abstellen auf den Zeitpunkt des Verkehrswertes zum Zeitpunkt der Einzonung könnte zu ungleichen Ergebnissen führen.

Es ist nach der hier vertretenen Auffassung stets der Verkehrswert zum Zeitpunkt der Fälligkeit (Nutzung als Bauland oder 15 Jahre nach der Einzonung) massgebend.

b. Korrektur des Veräusserungswerts

Vom Veräusserungswert abzuziehen sind allfällige Veräusserungskosten. Es handelt sich dabei nicht um einen Abzug i.e.S., sondern um eine Korrektur zum Nettoerlös einer Veräusserung. Zu berücksichtigen sind insbesondere angefallenen Geometerkosten, Grundbuchgebühren, Notariatskosten, Kosten für Bewilligungen, Prozesskosten, übliche Mäklerprovision, Steuern (insbesondere Grundstücksgewinn- und Einkommenssteuern) und Abgaben (z.B. Mehrwertabgabe).¹⁵⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung sind obligatorische Sozialversicherungsbeiträge

¹⁵⁵ BEELER, 378 f.

¹⁵⁶ MEYER, Gewinnanspruch, N 582.

¹⁵⁷ MEYER, Aktuelles, 257.

¹⁵⁸ BGE 137 III 344 E. 5.4; Botschaft BGBB, 1009.

¹⁵⁹ BGer 2C_162/2016 E. 4.3.3; OGer ZH LB140078 E. IV.4.a; KGer GR ZF 03 37 E. 4.d; Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 10a; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 31 N 2; MEYER, Gewinnanspruch, N 853.

(AHV/IV/EO), welche der Übernehmer aufgrund der Veräusserung zu entrichten hatte, ebenfalls abzugsfähig.

Aus steuerlicher Sicht zu beachten ist, dass in der Regel der Übernehmer als Veräusserer alleiniges Steuersubjekt der Einkommens- bzw. Grundstückgewinnsteuer ist und vollumfänglich steuerpflichtig wird.¹⁶⁰ Er hat die gesamte Steuerlast zu tragen und kann diese bei der Gewinnberechnung in Abzug bringen. Umgekehrt kann er bei der Steuerberechnung keinen Abzug von ausbezahlten Gewinnanspruchsforderungen tätigen.¹⁶¹

Nicht abzugsfähig sind unnötige Prozesskosten und solche Kosten, welche üblicherweise nicht vom Veräusserer getragen werden.¹⁶² Vom Bruttoveräusserungserlös sind zudem vorangehende Gewinnansprüche in Abzug zu bringen.¹⁶³

Die Veräusserungskosten sind auch beim Tatbestand der Einzonung zu berücksichtigen,¹⁶⁴ wenn es während des Fälligkeitsaufschubes zu einer Veräusserung i.e.S.¹⁶⁵ kommt. Bei der Zweckentfremdung ist ebenfalls der Nettoertrag zu berücksichtigen.¹⁶⁶

c. Anrechnungswert

Der Anrechnungswert entspricht dem Wert, zu welchem der Übernehmer das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück übernommen hatte. Beim Gewinnanspruch der Miterben (Art. 28 Abs. 1 BGBB) sowie demjenigen des Mit- oder Gesamteigentümers (Art. 37 Abs. 4 BGBB) entspricht dies dem Wert, den sich der Übernehmer in der Erbteilung bzw. der Auflösung des gemeinschaftlichen Eigentums hat anrechnen lassen müssen. Hat der Übernehmer das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück hingegen durch einen Vertrag entgeltlich erworben (i.d.R. Kauf), ist der Kaufpreis massgebend. Dies ist namentlich beim vertraglichen Gewinnanspruch (Art. 41 Abs. 1 BGBB) und demjenigen des Veräusserers (Art. 53 Abs. 1 BGBB) der Fall. Beim güterrechtlichen Gewinnanspruch ist der Anrechnungswert im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigen.¹⁶⁷ Bei der Teilveräusserung ist der auf den teilveräusserten Anteil entfallene Wert anzurechnen. Wird beispielsweise ein Grundstück teilweise der Bauzone zugewiesen, ist der Anrechnungswert dieses Grundstückanteils zu

¹⁶⁰ BGer 2C_162/2016 E. 4.2.

¹⁶¹ BGer 2C_162/2016 E. 4.3.4; anders jedoch im Kanton Bern, vgl. § 126 Abs. 1 lit. c StG/BE.

¹⁶² MEYER, Gewinnanspruch, N 853.

¹⁶³ Vgl. Ziff. VI.C.

¹⁶⁴ BGer 2C_162/2016 E. 4.3.4.

¹⁶⁵ Vgl. Ziff. IV.B.1.a.cc.i.

¹⁶⁶ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 21; MEYER, Gewinnanspruch, N 887.

¹⁶⁷ Vgl. Ziff. IV.D.

ermitteln. Der Anrechnungswert ist in der Regel dokumentiert und daher mit wenig Aufwand zu ermitteln.

2. Bruttogewinn bei der Zweckentfremdung

Das Gesetz sieht in Art. 31 Abs. 3 BGBB für die Zweckentfremdung eine eigene Berechnungsweise des Bruttogewinns vor, welche von der allgemeinen Regel in Art. 31 Abs. 1 Satz 1 BGBB (Veräusserungswert – Anrechnungswert) abweicht. Der Bruttogewinn beträgt demnach das Zwanzigfache des tatsächlichen oder jährlichen Ertrages aus der nichtlandwirtschaftlichen Nutzung. Damit sieht das Gesetz eine Kapitalisierung von periodischen Leistungen vor (Kapitalisierungssatz von fünf Prozent), wobei sich der Gesetzgeber an der Berechnung des Gesamtwerts einer Grundlast (Art. 783 Abs. 2 ZGB) orientierte.¹⁶⁸

Da der kapitalisierte Ertrag gemäss dem Gesetzeswortlaut bereits dem «Gewinn» und nicht dem Veräusserungswert entspricht, entfällt ein Abzug des Anrechnungswertes.¹⁶⁹ Berechnungsgrundlage ist der Nettoertrag der nichtlandwirtschaftlichen Nutzung, weshalb der Übernehmer den Betrag abziehen kann, welchen er bei einer landwirtschaftlichen Nutzung erzielen würde.¹⁷⁰ Ebenso sind wie bei den anderen Veräusserungstatbeständen die Veräusserungskosten vorgängig abzuziehen.¹⁷¹

Handelt es sich um eine befristete Zweckentfremdung (z.B. ein auf zehn Jahre befristetes Kie-sabbaurecht), erscheint es unbillig, auf den pauschalen Kapitalisierungsfaktor von 20 abzustellen. Es ist deshalb der herrschenden Lehre zu folgen, welche bei befristeten Zweckentfremdungen auf die tatsächliche voraussichtliche Dauer abstellt und die Anwendung des Pauschalsatzes ablehnt.¹⁷² Es ist des Weiteren STREBEL/HENNY zu folgen, welche sich dafür aussprechen, dass in diesen Fällen das Gewinnanspruchsrecht nicht zu Folge einer Veräusserung untergeht, sondern bis zum Ablauf der Veräusserungsfrist weiterhin besteht.¹⁷³ Dadurch wird sichergestellt, dass die Gewinnansprüche der Berechtigten auch bei einer unerwartet länger andauernden nichtlandwirtschaftlichen Nutzung nicht geschmälert werden.

Das Gesetz sieht in Art. 31 Abs. 3 BGBB vor, dass auf den tatsächlichen oder den möglichen nichtlandwirtschaftlichen Ertrag abzustellen sei. Dadurch kann verhindert werden, dass der Übernehmer das Gesetz durch einen Ertragsverzicht umgeht. Beispielsweise könnte dies

¹⁶⁸ Botschaft BGBB, 1011.

¹⁶⁹ MEYER, Gewinnanspruch, N 886.

¹⁷⁰ MEYER, Gewinnanspruch, N 886.

¹⁷¹ Kommentar BGBB STREBEL/HENNY, Art. 31 N 21; MEYER, Gewinnanspruch, N 887.

¹⁷² Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 21; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 31 N 10; MEYER, Gewinnanspruch, N 890.

¹⁷³ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 23b.

vorkommen, indem der Übernehmer einen Mietvertrag zu einem sehr tiefen Mietzins abschliesst, nur um diesen nach der Ausbezahlung der Gewinnanspruchsforderungen gleich wieder zu erhöhen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist nicht bereits bei jeder geringfügigen Abweichung vom tatsächlichen zum möglichen Ertrag auf letzteren abzustellen, sondern erst wenn nicht mehr von einem vorteilhaften Preis gesprochen werden kann.¹⁷⁴

C. Abzüge

Das Gesetz sieht drei Arten von Abzügen vom Bruttogewinn vor, namentlich den Abzug für die wertvermehrenden Investitionen (Art. 31 Abs. 1 BGGb), den Realersatzabzug (Art. 32 BGGb) den Abzug für die Ausbesserung und den Ersatz von Bauten und Anlagen (Art. 33 BGGb). Dabei resultiert der bereinigte Bruttogewinn, von welchem der Besitzesdauerabzug (Art. 31 Abs. 4 BGGb) zu tätigen ist. Der Besitzesdauerabzug ist erst nach den anderen Abzügen vorzunehmen.¹⁷⁵ Diese Reihenfolge ergibt sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut. Die Abzüge für den Realersatz (Art. 32 Abs. 1 BGGb) und die Ausbesserung und für den Ersatz von Bauten und Anlagen (Art. 33 Abs. 1 BGGb), kann der Übernehmer vom «Veräusserungspreis» abziehen, während der Besitzesdauerabzug vom «Gewinn» aus vorzunehmen ist. Der Gesetzgeber wählte diese Terminologie zur Klarstellung der Reihenfolge der Abzüge.¹⁷⁶ In Bezug auf die Zweckentfremdung ist dies jedoch missverständlich, da bei dieser gar kein «Veräusserungspreis» ermittelt wird. Dennoch können der Realersatzabzug sowie der Abzug für die Ausbesserung und den Ersatz von Bauten und Anlagen auch bei der Zweckentfremdung getätigt werden.¹⁷⁷ Sie sind vom Bruttogewinn in Abzug zu bringen.

1. Abzug für wertvermehrende Investitionen (Art. 31 Abs. 1 BGGb)

Der Veräusserer kann vom Bruttogewinn seine wertvermehrenden Investitionen zum Zeitwert abziehen (Art. 31 Abs. 1 BGGb). Die Berücksichtigung zum Zeitwert bedeutet, dass auf den Wert zum Zeitpunkt der Gewinnberechnung abzustellen ist.¹⁷⁸ Damit soll verhindert werden, dass der Übernehmer den Gewinn teilen muss, welchen er selber erschaffen hat. Abzugsfähig

¹⁷⁴ Vgl. auch betreffend die Abgrenzung zwischen einem Kauf und einer gemischten Schenkung: STREBEL, 120, der ab einer Unterschreitung des Verkehrswertes ab 20% nicht mehr von einem nur vorteilhaften Preis spricht.

¹⁷⁵ KGer GR ZF 03 37 E. 4.d; Botschaft BGGb, 1012; Kommentar BGGb-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 1; MEYER, Gewinnanspruch, N 1037; a.M. KGer SZ ZK1 2014 55 E. 3.e.bb, nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens in: BGer 5A_326/2016.

¹⁷⁶ Botschaft BGGb, 1012.

¹⁷⁷ BEELER, 381; Implizit auch: Kommentar BGGb STREBEL/HENNY, Art. 32 N 13a; PRAXKOMM ERBRECHT-KOLLER/STUDER, Anhang BGGb, Art. 32 N 7a.

¹⁷⁸ Gl.M. Kommentar BGGb-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 14; MEYER, Gewinnanspruch, N 914.

ist die Wertvermehrung, welche der Übernehmer durch Kapital oder Arbeit geschaffen hat, wie beispielsweise durch den Kauf von Anlagen, Bauarbeiten oder Bodenverbesserungen.¹⁷⁹

Die Investitionen sind in dem Masse abzugsfähig, in welchem sie zum Zeitpunkt der Gewinnberechnung noch einen Mehrwert darstellen.¹⁸⁰ Kommt es zu einer Teilveräusserung, können nur wertvermehrnde Investitionen auf dem Veräusserungsobjekt berücksichtigt werden.¹⁸¹ Wird beispielsweise nach der privilegierten Übernahme eines landwirtschaftlichen Gewerbes ein einzelnes Grundstück veräussert, können die Erstellungskosten eines Gebäudes auf einem anderen Grundstück dieses Gewerbes nicht abgezogen werden. Erfolgt die Veräusserung nur teilentgeltlich (gemischte Schenkung), kann der gewinnanspruchsverpflichtete Veräusserer seine wertvermehrnden Investitionen nur dem entgeltlichen Anteil entsprechend abziehen, da der Übernehmer den durch ihn geschaffenen Mehrwert nur teilweise entgeltlich überträgt.¹⁸²

Nach der hier vertretenen Auffassung sind die wertvermehrnden Investitionen auch bei Einzonungen und Zweckentfremdungen abzugsfähig, sofern zum relevanten Zeitpunkt ein Mehrwert vorhanden ist.¹⁸³ Dies ergibt sich aus der systematischen Auslegung von Art. 31 BGG. Das Gesetz nennt in Abs. 1 keinen Veräusserungstatbestand explizit, weshalb dieser als allgemeine Regelung für alle Veräusserungstatbestände und somit auch für die Einzonung und die Zweckentfremdung anzusehen ist. In den Absätzen 2 und 3 stellt das Gesetz gesonderte Regelungen auf, welche jeweils nur für die Tatbestände der Einzonung bzw. Zweckentfremdung gelten. Wie in Art. 31 Abs. 1 Satz 1 BGG definieren diese beiden Bestimmungen den «Gewinn» und stellen somit eine von der allgemeinen Regelung abweichende Bestimmung dar. Sie äussern sich hingegen nicht zu den wertvermehrnden Aufwendungen gemäss Art. 31 Abs. 1 Satz 2 BGG. Daraus kann m.E. kein qualifiziertes Schweigen abgeleitet werden, wonach dieser Abzug bei Einzonungen und Zweckentfremdungen nicht zur Anwendung kommen sollte. Die allgemeine Regelung, wonach wertvermehrnde Aufwendungen vom Bruttogewinn zum Zeitwert in Abzug gebracht werden können, hat somit auch bei Einzonungen und Zweckentfremdungen ihre Gültigkeit.

Sie sind jedoch nur in dem Umfang zu berücksichtigen, in welchem sie tatsächlich den Veräusserungserlös (bzw. den Ertrag bei der Zweckentfremdung) zum Berechnungszeitpunkt

¹⁷⁹ Kommentar BGG-BSTREBEL/HENNY, Art. 31 N 11.

¹⁸⁰ Kommentar BGG-BSTREBEL/HENNY, Art. 31 N 14; MEYER, Gewinnanspruch, N 916.

¹⁸¹ MEYER, Gewinnanspruch, N 911.

¹⁸² OGer ZH LB140078 E. IV.3.d.

¹⁸³ Kommentar BGG-BSTREBEL/HENNY, Art. 31 N 15; PraxKomm Erbrecht-KOLLER STUDER, Anhang BGG, Art. 31 N 14; MEYER, Gewinnanspruch, N 904; WOLF, Spannungsfeld, 227; unveröffentlichtes Urteil des OGer ZG vom 21. Mai 2015, Erwägung ohne Stellungnahme wiedergegeben in: BGer 5A_508/2015 E. 6.2.1.

erhöhen.¹⁸⁴ Hat der Übernehmer beispielsweise eine Remise auf einem später der Wohnzone zugewiesenem Grundstück erstellt, sind diese Investitionskosten nicht abzugsfähig. Um das Grundstück als dem Zweck der Zone entsprechend zu nutzen, muss die Remise abgebrochen werden und vermag den Veräusserungserlös (bzw. Verkehrswert) nicht zu erhöhen. Die Abbruchkosten können hingegen unter Umständen eine wertvermehrende Investition darstellen, namentlich dann, wenn der Abbruch zu einer Wertsteigerung führt.

2. Realersatzabzug (Art. 32 BGBB)

Das Gesetz sieht in Art. 32 Abs. 1 BGBB einen Abzug für die Beschaffung von Ersatzgrundstücken vor. Veräussert der Übernehmer ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück und verwendet den Erlös für eine Ersatzanschaffung, muss dieser Betrag nicht geteilt werden. Dadurch wird ihm ermöglicht, die Struktur des bisherigen Gewerbes zu erhalten sowie durch Tausch neue Grundstücke zu erwerben und Arrondierungseffekte zu nützen.¹⁸⁵ Das Gesetz beschränkt den Abzug in mehrfacher Hinsicht.

a. Örtliche Beschränkung

In örtlicher Hinsicht wird der Abzug darauf beschränkt, dass sich der Realersatz (landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück) in der Schweiz befinden muss. Aufgrund der dispositiven Natur der Vorschriften über den Gewinnanspruch (Art. 35 BGBB) steht es den Parteien frei, in einer einschlägigen Vereinbarung den Realersatzabzug auch für ausländische Grundstücke zuzulassen.

b. Sachliche Beschränkung

Der Erwerb muss dazu dienen, das bisher betriebene Gewerbe weiterzuführen (Art. 32 Abs. 1 BGBB). Der Veräusserer muss Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein und nach der Realersatzbeschaffung bleiben, wobei das landwirtschaftliche Gewerbe durch Art. 7 BGBB definiert wird.¹⁸⁶ In der Botschaft wird zudem ausgeführt, dass der Realersatz (landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück) dem BGBB unterstellt sein müsse.¹⁸⁷

c. Umfangmässige Beschränkung

Des Weiteren kann der Abzug nur für einen ertragsmässig gleichwertigen Ersatz geltend gemacht werden (Art. 32 Abs. 1 BGBB). Im alten Recht (Art. 619^{ter} aZGB) war noch ausdrücklich vorgesehen, dass der Abzug für einen «ertragsmässig höchstens gleichwertigen Ersatz»

¹⁸⁴ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 15; MEYER, Gewinnanspruch, N 904.

¹⁸⁵ PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 32 N 1.

¹⁸⁶ PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 32 N 5.

¹⁸⁷ Botschaft BGBB, 1012.

vorzunehmen sei. Dies hat auch ohne ausdrückliche Regelung im neuen Recht weiter zu gelten. Abzugsfähig ist jedoch nicht der Ertragswert, sondern der tatsächlich bezahlte Kaufpreis. Das Gesetz spricht in Art. 32 Abs. 1 BGBB ausdrücklich vom «Erwerbspreis». Erwirbt der Veräusserer ein ertragsmässig unter dem veräusserten Grundstück liegenden Ersatz, kann er sich dennoch nur höchstens den tatsächlich bezahlten Kaufpreis anrechnen lassen.¹⁸⁸ Beschafft der Veräusserer mit dem Veräusserungserlös ein ertragsmässig besseres Grundstück, kann er nur den Betrag abziehen, welchen er für das Ersatzgrundstück bezahlt hätte, wenn es denselben Ertragswert wie das veräusserte Grundstück aufweisen würde.¹⁸⁹ Beträgt der Ertragswert des veräusserten Grundstücks beispielsweise Fr. 1'500 (Verkehrswert Fr. 30'000), kann der Übernehmer ein Ersatzgrundstück mit einem Ertragswert von Fr. 2'500 (Kaufpreis Fr. 50'000) beschaffen. Als Realersatz in Abzug bringen kann er nur den Verkehrswert eines gleichwertigen Grundstücks, hier somit Fr. 30'000.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Veräusserer jeden Kaufpreis abziehen kann, welchen er für die Beschaffung eines ertragsmässig gleichwertigen Grundstücks tatsächlich bezahlt hat und dadurch unter Umständen die Gewinnanspruchsberechtigten um ihren Anspruch bringen kann. Der Gesetzgeber hat in Art. 32 Abs. 1 BGBB einen eigenständigen Verweis auf Art. 66 BGBB geschaffen. Die Abzugsfähigkeit des Erwerbspreises ist auf den maximal zulässigen Verkehrswert beschränkt.¹⁹⁰ Übersetzt und somit nicht mehr zulässig ist ein Preis dann, wenn er die Preise für vergleichbare landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstücke der betreffenden Gegend im Mittel der letzten fünf Jahre um mehr als fünf Prozent übersteigt (Art. 66 Abs. 1 BGBB), wobei die Kantone diesen Prozentsatz auf maximal 15 Prozent erhöhen können (Abs 2). Zur Veranschaulichung soll folgendes Beispiel dienen:

Übernehmer U übernimmt in einer Erbteilung ein landwirtschaftliches Gewerbe zum Ertragswert. Zu diesem gehört das Grundstück B (Ertragswert Fr. 1'500), welches nach der Übernahme der Bauzone zugewiesen wurde (neuer Verkehrswert: Fr. 300'000). U möchte seinen Miterben keine Gewinnbeteiligung auszahlen und überlegt sich deshalb, von seinem Sohn S ein ertragsmässig gleichwertiges Grundstück (Ertragswert Fr. 1'500; höchstzulässiger Verkehrswert Fr. 36'000) zu erwerben und ihm dafür einen Baulandpreis (Fr. 300'000) zu bezahlen, so dass kein Nettogewinn mehr vorhanden ist. Schliesslich könne S das Geld besser gebrauchen

¹⁸⁸ Kommentar BGBB STREBEL/HENNY, Art. 32 N 9; BEELER, 387; MEYER, Gewinnanspruch, N 945.

¹⁸⁹ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 32 N 9; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 32 N 3; BEELER, 387; MEYER, Gewinnanspruch, N 941.

¹⁹⁰ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 32 N 8; MEYER, Gewinnanspruch, N 948.

als seine Geschwister. Da der Erwerb durch seinen Sohn gemäss Art. 62 lit. b BGBB keine Erwerbsbewilligung benötigt, kann er sich der amtlichen Preiskontrolle entziehen.

Art. 32 Abs. 1 BGBB schützt die Berechtigten (hier die Miterben) vor solchen Umgehungspraktiken, indem der Abzug nicht auf übersetzte Preise zugelassen wird und zwar auch dann, wenn das Ersatzgrundstück nicht der Preiskontrolle untersteht. U kann sich den Erwerbspreis des Ersatzgrundstücks deshalb nur im Umfang von Fr. 36'000 anrechnen lassen.

d. Zeitliche Beschränkung

Neben den örtlichen und den inhaltlichen Beschränkungen sieht das Gesetz in Art. 32 Abs. 2 BGBB eine zeitliche Beschränkung des Realersatzabzuges vor. Der Kauf des Realersatzes muss innert zwei Jahren vor oder nach der Veräusserung (allgemeiner Fall) oder innert fünf Jahren seit der Enteignung (Ausnahmeregel) stattfinden. Diese Regelung bereitet in der Praxis dann Schwierigkeiten, wenn zwischen dem massgeblichen Veräusserungszeitpunkt i.S.v. Art. 29 Abs. 2 BGBB und der Fälligkeit i.S.v. Art. 30 BGBB ein längerer Zeitraum liegt. Beim Veräusserungstatbestand der Einzonung können zwischen der Veräusserung (Einleitung des Einzonungsverfahrens, vgl. Art. 29 Abs. 2 BGBB) und der Fälligkeit der Gewinnanspruchsforderung (spätestens 15 Jahre nach der rechtskräftigen Einzonung, vgl. Art. 30 lit. b BGBB) mehr als 15 Jahre vergehen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist deshalb bei Einzonungen die Fälligkeit als Ausgangspunkt der Frist anzusehen.¹⁹¹ Beim Kaufsrecht vollendet die Berechtigte durch die Ausübung des Kaufsrechts die Veräusserung. Es ist dabei deshalb auf die Ausübungs-erklärung abzustellen, sofern die Einräumung des Kaufsrechts nicht bereits selbst eine Teilveräusserung darstellt.

e. Weitergeltung des Anspruchs

Gemäss Art. 32 Abs. 3 BGBB bleibt der Gewinnanspruch erhalten, wenn die restlichen, dem Gewinnanspruch unterstehenden Grundstücke oder die Ersatzgrundstücke veräussert werden. Dass das Gewinnanspruchsrecht auf den nicht veräusserten Grundstücken weiterbesteht, ist keine Eigenheit des Realersatzabzuges, sondern entspricht bei Teilveräusserungen der Regel.¹⁹² Auf dem Ersatzgrundstück lastet das Gewinnanspruchsrecht hingegen, wie wenn es Teil der ursprünglichen Übernahme gewesen wäre. Es wird keine neue Veräusserungsfrist begründet¹⁹³ und der Gewinnanspruch der Berechtigten am Ersatzgrundstück beschränkt sich auf den Betrag,

¹⁹¹ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 32 N 13c; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 32 N 7; MEYER, Gewinnanspruch, N 934; a.M. BEELER, 388 f.

¹⁹² PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 32 N 9; MEYER, Gewinnanspruch, N 951.

¹⁹³ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 32 N 15; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 32 N 8; BEELER, 389; MEYER, Gewinnanspruch, N 958.

welcher dem Anteil entspricht, der in der ersten Veräusserung zum Abzug zugelassen wurde.¹⁹⁴ Der Weiterbestand des Gewinnanspruchsrecht bezieht sich auf den wertemässigen Anteil und nicht auf den absoluten in der ersten Veräusserung in Abzug gebrachten Betrag, weil die Gewinnanspruchsberechtigten auch an den Wertschwankungen partizipieren.¹⁹⁵

Übernehmer U muss seinen Geschwistern als Miterben aufgrund einer Einzonung eines landwirtschaftlichen Grundstücks eine Gewinnanspruchsforderung ausbezahlen. Er konnte ein Ersatzgrundstück für Fr. 50'000 erwerben, welches einen höheren Ertragswert als das eingezonte Grundstück aufweist. Er kann bei der Gewinnberechnung Fr. 30'000 vom Veräusserungswert abziehen. Einige Jahre später (innert der Veräusserungsfrist) verkauft er das Ersatzgrundstück für Fr. 60'000. Welcher betragsmässige Anteil untersteht weiterhin dem Gewinnanspruch der Miterben?

U konnte bei der ersten Veräusserung einen Realersatzabzug von Fr. 30'000 tätigen, was 3/5 des Kaufpreises entspricht. Der Veräusserungspreis der zweiten Veräusserung beträgt Fr. 60'000 und untersteht zu 3/5 und somit im Umfang von Fr. 36'000 dem Gewinnanspruch der Miterben.

3. Abzug für die Ausbesserung und den Ersatz von Bauten und Anlagen (Art. 33 BGBB)

Art. 33 BGBB sieht vor, dass der Übernehmer die Kosten für Ausbesserungen sowie von Neuerstellungen von Bauten und Anlagen vom Bruttogewinn abziehen kann. Diese Abzugsmöglichkeit soll der Erhaltung des landwirtschaftlichen Betriebes dienen.¹⁹⁶ Im Gegensatz zum Abzug für Realersatz (Art. 32 BGBB) setzt der Abzug für die Ausbesserung und den Ersatz von Bauten und Anlagen kein Vorhandensein eines landwirtschaftlichen Gewerbes voraus.¹⁹⁷

a. Abzug für notwendige Ausbesserungen

aa. Abgrenzung zu den wertvermehrenden Investitionen

Der Abzug für die notwendigen Ausbesserungen (Art. 33 Abs. 1 BGBB) ist vom Abzug der wertvermehrenden Investitionen abzugrenzen. Der Ausbesserungsabzug betrifft nach dem Gesetzeswortlaut Aufwendungen, welche auf einem Grundstück vorgenommen wurden, das aus derselben Erbschaft stammt, wie das veräusserte und gleichzeitig im Eigentum des Veräusserers verbleibt. Der Abzug für Ausbesserungen nach Art. 33 Abs. 1 BGBB umfasst keine

¹⁹⁴ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 32 N 17; MEYER, Gewinnanspruch, N 957.

¹⁹⁵ MEYER, Gewinnanspruch, N 957.

¹⁹⁶ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 33 N 1; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 33 N 1.

¹⁹⁷ PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 33 N 1.

Aufwendungen auf dem veräusserten Grundstück. Diese sind hingegen dem Abzug für wertvermehrende Investitionen nach Art. 31 Abs. 1 BGG zugänglich.

bb. Grundstück aus der gleichen Erbschaft

Die Voraussetzung, dass das ausgebesserte Grundstück aus derselben Erbschaft stammt wie das veräusserte Grundstück, soll eine Gewinnbeteiligung der Miterben (bzw. den Berechtigten) am ausgebesserten Grundstück sicherstellen.¹⁹⁸ Wird das ausgebesserte Grundstück zu einem späteren Zeitpunkt ebenfalls veräussert, kann der Veräusserer den Betrag für die Ausbesserung nicht nochmals in Abzug bringen (Art. 33 Abs. 4 BGG), d.h. keinen Abzug für die wertvermehrenden Investitionen gemäss Art. 31 Abs. 1 BGG vornehmen.

Dem Gesetzeszweck entsprechend muss diese Voraussetzung «aus der gleichen Erbschaft» bei den anderen Arten von Gewinnanspruchsrechten sinngemäss angepasst werden. In anderen Worten ausgedrückt, muss die Ausbesserung auf einem Grundstück erfolgen, welches demselben Gewinnanspruchsrecht untersteht. Beim güterrechtlichen Gewinnanspruchsrecht (Art. 212 Abs. 3 ZGB) muss das ausgebesserte Grundstück zum Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung zum privilegiert behandelten landwirtschaftlichen Gewerbe gehört haben.¹⁹⁹ Beim Gewinnanspruch des Mit- oder Gesamteigentümers (Art. 37 Abs. 4 BGG) ist der Abzug für solche Grundstücke zuzulassen, welche mit demselben Rechtsgeschäft (z.B. Vertrag über die Auflösung einer einfachen Gesellschaft) ebenfalls vom Veräusserer mit einer Gewinnanspruchsverpflichtung gegenüber denselben Berechtigten übernommen wurden. Beim Gewinnanspruch des Veräusserers (Art. 53 Abs. 2 BGG) ist der Ausbesserungsaufwand auf solchen Grundstücken zuzulassen, welche der Übernehmer mit der Ausübung seines Vorkaufsrechts mitübernommen hat. Beim vertraglichen Anspruch (Art. 41 Abs. 1 BGG) muss am ausgebesserten Grundstück ein vertragliches Gewinnanspruchsrecht bestehen.

cc. Begriff der notwendigen Ausbesserungen

Notwendig sind die Ausbesserungen, wenn sie im Hinblick auf eine langfristige landwirtschaftliche Bewirtschaftung angezeigt sind,²⁰⁰ nicht aber wenn diese lediglich der Verschönerung dienen.²⁰¹ STREBEL/HENNY nennen als Beispiele notwendiger Ausbesserungen das Neueindecken eines Scheunendachs, den Ersatz einer Heizung, eines Stallbodens, von Türen, Fenstern und Einwandungen, das Auswechseln von Balken, die Erneuerung von Wasserleitungen, Brunnen,

¹⁹⁸ Botschaft BGG, 1013; Kommentar BGG-STREBEL/HENNY, Art. 33 N 7; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGG, Art. 33 N 5; MEYER, Gewinnanspruch, N 992.

¹⁹⁹ KELLER, 106.

²⁰⁰ Botschaft BGG, 1013.

²⁰¹ ZK ZGB-ESCHER, Art. 619^{quater} N 2; Kommentar BGG-STREBEL/HENNY, Art. 33 N 4; BEELER, 391.

Dachrinnen, elektrischen Leitungen, Jauchegruben, Silos oder die Wiederbepflanzung und Instandstellung eines durch Frost beschädigten ganzen Baumgartens.²⁰² BEELER lässt den Abzug nur in dem Umfang zu, als dass die Ausbesserung den Ertrag nicht erhöht.²⁰³ Dieser Ansicht ist als zu pauschal abzulehnen und stattdessen MEYER zu folgen, welcher differenziert. Entspricht die Modernisierung dem aktuellen Standard und den örtlichen Gepflogenheiten und steht finanziell in einem vernünftigen Verhältnis zu den Kosten eines ertragsmässig gleichen Ersatzes, sollen diese Kosten abgezogen werden können.²⁰⁴ Abzugsfähig sind dabei die vollen Kosten (inkl. Kosten für bspw. die Planung und nötige Bewilligungen, jedoch abzüglich allfälliger Subventionen).²⁰⁵

Nicht abzugsfähig sind Kosten für reine Unterhaltsarbeiten. Als Orientierungshilfe zur Abgrenzung zwischen einer notwendigen Ausbesserung und dem Unterhalt kann Art. 22 LPG bieten.²⁰⁶ Erfüllt die eine Arbeit den Begriff der «Hauptreparatur» i.S.v. Art. 22 Abs. 1 LPG, ist von einer notwendigen Ausbesserung und nicht von einer Unterhaltsarbeit auszugehen.

dd. Zeitliche Befristung

Das Gesetz sieht eine zeitliche Befristung der Abzüge auf Aufwendungen vor, welche im Zeitpunkt der Veräusserung nötig sind oder vom Eigentümer in den fünf Jahren vor der Veräusserung aufgewendet wurden (Art. 33 Abs. 2 BGGB). Der massgebliche Veräusserungszeitpunkt bestimmt sich nach Art. 29 Abs. 2 BGGB, wobei im Einzelfall, analog dem Realersatzabzug, auf den Fälligkeitszeitpunkt abzustellen ist.²⁰⁷

b. Abzug für den Ersatz von Bauten und Anlagen

aa. Abgrenzung zum Realersatz

Der Abzug für den Realersatz umfasst die *Beschaffung* eines oder mehrerer Ersatzgrundstücke, während der Abzug für den Ersatz von Bauten und Anlagen die Kosten erfasst, welche der Veräusserer für die *Erstellung* von Ersatzbauten aufwendet.

bb. Voraussetzungen gemäss Art. 33 Abs. 2 BGGB

Art. 33 Abs. 3 BGGB erwähnt weder Einschränkungen in Bezug auf die Herkunft und den Verbleib des aufgewerteten Grundstücks noch in zeitlicher Hinsicht. Es ist der h.L. zuzustimmen, wonach die Einschränkungen gemäss Art. 33 Abs. 2 BGGB auch bei der Neuerstellung und

²⁰² Kommentar BGGB-STREBEL/HENNY, Art. 33 N 4.

²⁰³ BEELER, 391.

²⁰⁴ MEYER, Gewinnanspruch, N 986.

²⁰⁵ Kommentar BGGB-STREBEL/HENNY, Art. 33 N 9d.

²⁰⁶ Kommentar BGGB-STREBEL/HENNY, Art. 33 N 4.

²⁰⁷ Vgl. Ziff. IV.C.2.d.

nicht nur bei der Ausbesserung zur Anwendung kommen, da der Gesetzgeber eine Gleichstellung der beiden Abzüge herbeiführen wollte.²⁰⁸ Die Erstellung muss somit auf einem Grundstück aus derselben Erbschaft (bzw. Übernahme) wie das veräusserte stammen, im Eigentum des Veräusserers verbleiben und der Bedarf muss per Veräusserungszeitpunkt (vorbehalten die Ausnahmen) vorhanden oder der Betrag muss innert den fünf Jahren zuvor aufgewendet worden sein (vgl. Art. 33 Abs. 2 BGBB). Klar ist der Gesetzeswortlaut dafür dahingehend, dass Art. 33 Abs. 4 BGBB ausdrücklich auch bei den Ersatzbauten zur Anwendung kommt. Diese Aufwendungen können deshalb bei einer späteren Veräusserung ebenfalls nicht nochmals als wertvermehrende Investitionen in Abzug gebracht werden.

cc. Umfang des Abzuges

Im Gegensatz zum Realersatzabzug (Art. 32 Abs. 1 BGBB) sieht der Gesetzeswortlaut beim Abzug für die Ersatzbaute keine Beschränkung auf einen ertragsmässig gleichen Ersatz vor. Von einer unbeschränkten Abzugsfähigkeit scheint die Lehre hingegen nicht auszugehen.²⁰⁹ Die Kosten der Ersatzbaute sind so weit abzugsfähig, als dass diese einen Ersatz einer Baute oder Anlage im bisherigen Umfang und den bisherigen Funktionen nach dem aktuellen Standard bezwecken.²¹⁰

4. Besitzesdauerabzug (Art. 31 Abs. 4 BGBB)

Das Gesetz räumt dem Gewinnanspruchsverpflichteten in Art. 31 Abs. 4 BGBB einen pauschalen Besitzesdauerabzug von 2% pro Jahr, während welchem das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück in seinem Eigentum stand, ein. Berechnet wird dieser Abzug, indem die massgebliche Haltedauer in Jahren mit 2% multipliziert wird (z.B. Haltedauer von 18 Jahren x 2% = 36% Besitzesdauerabzug). Nicht gemeint ist hingegen, dass der Bruttogewinn in jedem Jahr der Haltedauer um 2% reduziert wird (z.B. bei einer Haltedauer von 18 Jahren entspräche dies Bruttogewinn x 0.98¹⁸, was zu einem Abzug von nur rund 30% führen würde). Für angebrochene Jahre berechnet sich der Abzug pro rata temporis.²¹¹ Dies war unter dem alten Recht noch umstritten.²¹²

²⁰⁸ Botschaft BGBB, 1013; Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 33 N 11a f.; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 33 N 6a; BEELER, 396; MEYER, Gewinnanspruch, N 1021.

²⁰⁹ Kommentar BGBB-STUDER/HENNY, Art. 33 N 12; STUDER, 1078; BEELER, 395 f.; MEYER, Gewinnanspruch, N 1030.

²¹⁰ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 33 N 12; BEELER, 395 f.; MEYER, Gewinnanspruch, N 1030.

²¹¹ Botschaft BGBB, 1011; Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 25; MEYER, Gewinnanspruch, N 1048.

²¹² Dafür: PIOTET, 973; Dagegen: ZK ZGB-ESCHER, Art. 619bis N 6; KELLER, 109; KGer SZ ZK1 2014 55 E. 3.e.aa.

Die massgebliche Besitzesdauer beginnt entsprechend dem Gesetzeswortlaut (welcher auf die Eigentumsdauer abstellt) mit dem buchlichen oder ausserbuchlichen Eigentumserwerb zu laufen und kann deshalb in der Regel auf einfache Weise klar bestimmt werden. Mehr Schwierigkeiten bereitet die Frage, wann die Besitzesdauer endet. Nach der h.L. ist nicht auf die Eigentumsübertragung an die Dritterwerberin, sondern den Veräusserungszeitpunkt abzustellen.²¹³ Dem ist zuzustimmen. Zum einen könnte der Veräusserer durch Hinauszögern der Übertragung die Ansprüche der Berechtigten bewusst schmälern. Zum anderen zieht nicht jede Veräusserung eine Eigentumsübertragung nach sich. Zu denken ist beispielsweise an verkaufsähnliche Rechtsgeschäfte ohne Eigentumsübertragung, Einzonungen und Zweckentfremdungen.

In der Lehre ist umstritten, wann die Besitzesdauer bei der Einzonung endet. Nach der hier vertretenen Ansicht ist auch hier auf den Veräusserungszeitpunkt abzustellen. Wie bereits dargelegt wurde, verfolgt der Veräusserungstatbestand der Einzonung überwiegend raumplanerische Ziele.²¹⁴ Kann sich der Unternehmer die Zeitspanne zwischen der Einleitung des Einzonungsverfahrens und der Fälligkeit des Gewinnanspruchsfordernung als Haltedauer anrechnen lassen,²¹⁵ ist dieser daran interessiert, mit einem Verkauf oder einer Bebauung möglichst lange zuzuwarten, um den Nettogewinn zu reduzieren.²¹⁶ Der Unternehmer könnte durch Verzögerungen des Einzonungsverfahrens sowie dem Verzicht auf eine Bebauung oder einen Verkauf des eingezonten Grundstücks den Nettogewinn um über 30 % reduzieren, da der 15-jährige Fälligkeitsaufschub erst mit der Rechtskraft der Einzonung zu laufen beginnt (Art. 30 lit. b BGGb). Gleichzeitig würde das eingezonte Grundstück frühestens nach 15 Jahren als Bauland genutzt. Dies wollte der Gesetzgeber jedoch gerade verhindern.²¹⁷ Bei der Ermittlung der für den Besitzesdauerabzug massgeblichen Haltedauer ist deshalb auch bei der Einzonung in jedem Fall auf den Veräusserungszeitpunkt abzustellen.²¹⁸

Beim güterrechtlichen Gewinnanspruch erfolgt keine Gewinnberechnung i.e.S., sondern eine erneute Vornahme der güterrechtlichen Auseinandersetzung.²¹⁹ Hilfsweise muss eine Gewinnberechnung vorgenommen werden, um die betragsmässige Höhe des Besitzesdauerabzuges zu

²¹³ Kommentar BGGb-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 25a; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGGb, Art. 31 N 16; MEYER, Gewinnanspruch, N 1046.

²¹⁴ Vgl. Ziff. IV.B.1.cc.ii.

²¹⁵ So gefordert von STREBEL/HENNY, vgl. Kommentar BGGb-STREBEL/HENNY, Art. 31 N 25a.

²¹⁶ MEYER, Aktuelles, 260 f.

²¹⁷ Botschaft BGGb, 1009.

²¹⁸ Gl.M. MEYER, Aktuelles, 261; Ferner: WOLF, Spannungsfeld, 228; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGGb, Art. 31 N 7, welche jedoch beide bei der Verkehrswertermittlung auf den Zeitpunkt der Einzonung abstellen.

²¹⁹ KELLER, 107.

ermitteln. Dieser Betrag wird dann in der erneuten güterrechtlichen Auseinandersetzung vom Veräußerungserlös abgezogen.²²⁰

Anstelle eines Besitzesdauerabzuges kann der Veräußerer einen erhöhten Anrechnungswert wählen, wenn der Ertragswert aufgrund einer Änderung der Bemessungsgrundlagen gestiegen ist (Art. 31 Abs. 5 BGG). Zu einer solchen Änderung ist es letztmals durch die Inkraftsetzung der neuen Schätzungsanleitung per 1. April 2018 gekommen.

D. Der Sonderfall des güterrechtlichen Gewinnanspruchs

Der güterrechtliche Gewinnanspruch nach Art. 212 Abs. 3 ZGB weist einige Besonderheiten bei der Gewinnberechnung und -verteilung auf und wird deshalb nachfolgend im Einzelnen beleuchtet. Anders als bei den anderen Arten von Gewinnansprüchen wird der Gewinn nicht nach einer bestimmten Quote oder vollumfänglich an die berechtigte Person verteilt.

Das Bundesgericht geht betreffend die Gewinnberechnung und -verteilung davon aus, dass an die Stelle des damaligen Ertragswertes (zum Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung) der erzielte Verkaufserlös trete, was eine neue güterrechtliche Auseinandersetzung notwendig mache.²²¹ Diese Formulierung ist m.E. jedoch etwas missverständlich, da der berechtigte Ehegatte im Falle einer Veräußerung nicht auf eine Abänderung der damaligen güterrechtlichen Auseinandersetzung, sondern auf Bezahlung einer gesetzlichen Forderung zu klagen hat. Treffender ist deshalb die Beschreibung von JUNGO, wonach eine neue, hypothetische güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen sei.²²² Das rechtskräftige Scheidungsurteil wird nicht durch eine neue güterrechtliche Auseinandersetzung abgeändert.

Bei der hypothetischen güterrechtlichen Auseinandersetzung wird der damalige, unter dem Verkehrswert liegende Anrechnungswert durch den Nettoveräußerungserlös ersetzt. Dieser berechnet sich nach den einschlägigen Bestimmungen in Art. 28 ff. BGG, wobei der Übernehmer die gesetzlich (oder vertraglich) vorgesehenen Abzüge (Abzug für wertvermehrende Investitionen, Realersatz, Ausbesserung und Ersatz von Bauten und Anlagen sowie den Besitzesdauerabzug) vornehmen kann. Speziell zu beachten ist, dass beim güterrechtlichen Gewinnanspruch nur die Aufwendungen abzugsfähig sind, welche seit der güterrechtlichen Auseinandersetzung angefallen sind und dadurch bei dieser noch nicht berücksichtigt werden konnten. Auch die für den Besitzesdauerabzug massgebliche Haltedauer beginnt erst mit der güterrechtlichen

²²⁰ KELLER, 108.

²²¹ BGer 5C.203/2004 E. 3.5.2.

²²² CHK ZGB-JUNGO, Art. 212/213 N 14.

Auseinandersetzung bzw. dem darauf gestützten Erwerb des Alleineigentums zu laufen.²²³ Die güterrechtliche Auseinandersetzung bildet das Pendant zur Erbteilung beim Gewinnanspruch der Miterben. Zur Ermittlung des Besitzesdauerabzuges ist eine eigentliche Gewinnberechnung vorzunehmen und der so errechnete abzugsfähige Betrag in der hypothetischen güterrechtlichen Auseinandersetzung vom Bruttoveräusserungserlös abzuziehen.²²⁴

Nicht vom Veräusserungserlös abzuziehen ist der ursprüngliche Kaufpreis oder Anrechnungswert, da dieser im Rahmen der ersten (und folglich auch in der hypothetischen) güterrechtlichen Auseinandersetzung entsprechend berücksichtigt wurde bzw. wird. Ebenso wenig ist der Anrechnungswert aus der ursprünglichen güterrechtlichen Auseinandersetzung vom Nettoerlös abzuziehen, da dieser durch den Veräusserungserlös ersetzt wird.²²⁵

V. Fälligkeiten

Wann die Gewinnanspruchsforderung fällig wird, regelt das Gesetz in Art. 30 BGG. Abhängig vom Veräusserungstatbestand wird die Fälligkeit unterschiedlich geregelt.

A. Verkauf und Enteignung (Art. 30 lit. a BGG)

Bei den Varianten des Verkaufs sowie der Enteignung wird die Gewinnanspruchsforderung dann fällig, wenn die Gegenleistung des Verkäufers bzw. Enteigneten fällig wird (Art. 30 lit. a BGG).

B. Zuweisung zu einer Bauzone (Art. 30 lit. b BGG)

1. Veräusserung innert 15 Jahren seit der Einzonung

Eine Veräusserung (i.e.S.)²²⁶ führt zur Beendigung des Fälligkeitsaufschubes (Art. 30 lit. b Var. 1 BGG). Das Gesetz spricht davon, dass die Fälligkeit «im Zeitpunkt der Veräusserung» eintrete. Diese Formulierung ist jedoch zu ungenau. Sie soll bezwecken, dass der Übernehmer die Gewinnanspruchsforderung dann ausbezahlen muss, wenn er tatsächlich einen Gewinn realisiert hat.²²⁷ Es ist deshalb nach Art. 30 lit. a BGG vorzugehen und nicht auf den Veräusserungszeitpunkt i.S.v. Art. 29 Abs. 1 lit. a und b BGG abzustellen.²²⁸

²²³ Vgl. KELLER, 109.

²²⁴ KELLER, 108.

²²⁵ Im Ergebnis gleich: CHK ZGB-JUNGO, Art. 212/213 N 13 f., welche den Anrechnungswert bei der Bruttogewinnberechnung abzieht und den ungeteilten Nettogewinn in der hypothetischen güterrechtlichen Auseinandersetzung wieder zum Anrechnungswert hinzuaddiert.

²²⁶ Vgl. Ziff. IV.B.1.a.cc.ii.

²²⁷ MEYER, Gewinnanspruch, N 1129.

²²⁸ Kommentar BGG-STREBEL/HENNY, Art. 30 N 7; PraxKomm Erbrecht KOLLER/STUDER, Anhang BGG, Art. 30 N 5; MEYER, Gewinnanspruch, N 1129; STEINAUER, 18; a.M. BEELER, 399.

2. Ohne Veräusserung innert 15 Jahren seit der Einzonung

Erfolgt nach der Einzonung keine Veräusserung, sieht das Gesetz zwei Anknüpfungspunkte für die Fälligkeit vor. Zum einen tritt diese mit der Nutzung als Bauland ein (Art. 30 lit. Var. 2 BGBB). Dabei ist auf den tatsächlichen Beginn der Bauarbeiten (Spatenstich) abzustellen, das Vorliegen einer Baubewilligung reicht zur Begründung der Fälligkeit noch nicht aus.²²⁹ Zum anderen tritt die Fälligkeit spätestens 15 Jahre nach der rechtskräftigen Einzonung ein (Art. 30 lit. b Var. 3 BGBB). Dies ist immer dann der Fall, wenn seit der Einzonung weder eine Veräusserung (i.e.S.) noch eine Baulandnutzung stattgefunden hat.

C. Zweckentfremdung (Art. 30 lit. c BGBB)

Bei der Zweckentfremdung, welche der Eigentümer veranlasst, wird der Gewinnanspruch mit der Handlung fällig, mit welcher die Zweckentfremdung bewirkt wird (Art. 30 lit. c BGBB). Dies kann beispielsweise durch einen Spatenstich erfolgen.²³⁰ Wann die Gewinnanspruchsforderung bei einer Zweckentfremdung durch einen Dritten fällig wird, nennt das Gesetz nicht. Es ist deshalb nach der hier vertretenen Auffassung analog auf Art. 30 lit. a BGBB abzustellen, wonach die Gewinnanspruchsforderung dann fällig wird, wenn die Gegenleistung fällig wird.²³¹ Anderenfalls könnte dies den Übernehmer in finanzielle Schwierigkeiten bringen, wenn er selbst als Gegenleistung für die Zweckentfremdung nur eine periodische Entschädigung erhält. So ist es beispielsweise verbreitet, dass der Grundeigentümer für ein Kiesabbau-recht eine periodische Entschädigung erhält, deren Höhe zumindest teilweise von der abgebauten Menge Kies abhängt. Würde der Ansicht von BEELER und STREBEL/HENNY gefolgt, würde die gesamte Gewinnanspruchsforderung bereits mit der Einräumung des Kiesabbaurechts fällig werden, noch bevor der Übernehmer seine Gegenleistung erhalten hat. Aus Sicht des Übernehmers empfiehlt es sich deshalb, bereits im Vorfeld einer Übernahme mit den Berechtigten eine Abrede über die Fälligkeit der Gewinnanspruchsforderung bei einer Zweckentfremdung zu treffen, um mögliche Zahlungsschwierigkeiten zu verhindern.

²²⁹ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 30 N 8; BEELER, 400; MEYER, Gewinnanspruch, N 1131.

²³⁰ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 30 N 10.

²³¹ Gl.M. PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 30 N 7; MEYER, Gewinnanspruch, N 1139; STEINAUER, 19; a.M. Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 30 N 11; BEELER, 401 f.

VI. Die Gewinnverteilung

A. Allgemeine Regelung

Wurde der Nettogewinn ermittelt, gilt es diesen an die Berechtigten zu verteilen. Die Gewinnverteilung erfolgt je nach Art des Gewinnanspruches unterschiedlich. Beim Gewinnanspruch der Miterben ist der Gewinn entsprechend den Erbquoten zu verteilen (Art. 28 Abs. 2 BGG). Beim Gewinnanspruch der Mit- oder Gesamteigentümers (Art. 37 Abs. 4 BGG) ist der Nettogewinn bei analoger Anwendung von Art. 28 Abs. 1 BGG ebenfalls entsprechend den Beteiligungsquoten auf die Berechtigten zu verteilen. Der Veräusserer, gegen welchen ein gesetzliches Vorkaufsrecht zu einem Preis unter dem Verkehrswert ausgeübt wurde (Art. 53 Abs. 1 BGG) ist üblicherweise alleiniger Berechtigter. Stand das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück im Eigentum mehrerer Veräusserer, ist auch hier der Gewinn entsprechend den Beteiligungsquoten zu verteilen (Art. 53 Abs. 2 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 BGG). Beim vertraglichen Gewinnanspruch (Art. 41 Abs. 1 BGG) ist auf den Vertragswortlaut abzustellen, in der Regel ist der Veräusserer alleiniger Berechtigter.

Bei allen Varianten gilt es zu beachten, dass der Gewinnanspruch vererblich ist. In diesem Fall geht der Anteil des Berechtigten auf dessen Erben je einzeln und der Erbquote entsprechend über (vgl. Art. 28 Abs. 2 BGG).²³²

B. Der Sonderfall des güterrechtlichen Gewinnanspruches

Beim güterrechtlichen Gewinnanspruch erfolgt keine Gewinnverteilung nach Quoten, sondern durch Vornahme einer neuen hypothetischen güterrechtlichen Auseinandersetzung. Diese hat vollständig zu erfolgen, d.h. es hat eine Neuberechnung der Mehrwertbeteiligungen, Ersatzforderungen und des Vorschlaganteiles stattzufinden.²³³ Musste der selbstbewirtschaftende Ehegatte in der güterrechtlichen Auseinandersetzung aufgrund des Korrektivs von Art. 212 Abs. 2 ZGB auf Mehrwert- bzw. Beteiligungsforderung verzichten, leben diese in der neuen güterrechtlichen Auseinandersetzung neu auf und können zur Verrechnung gebracht werden.²³⁴ Die gesetzliche Gewinnanspruchsforderung entspricht dem Betrag, welcher der Nichteigentümerehegatte im Vergleich zwischen der neuen und der damaligen güterrechtlichen Auseinandersetzung zu wenig erhalten hat.²³⁵ Abzulehnen ist die Ansicht von HAUSHEER/REUSSER/GEISER,

²³² BGer 5A_989/2015 E. 4.2.

²³³ KELLER, 95.

²³⁴ Vgl. zum Ganzen: CHK ZGB-JUNGO, Art. 212/213, N 15.

²³⁵ BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 212/213 N 56; PraxKomm Scheidung-Steck/Fankhauser, Art. 212 N 16; RITTER, Güterrechtliche Auseinandersetzung, 954.

wonach auch die Erbteilung zu wiederholen sei.²³⁶ Wird die güterrechtliche Auseinandersetzung aufgrund des Todes eines Ehegatten gleichzeitig mit der Erbteilung vorgenommen, erfolgt letztere zumindest eine logische Sekunde nach der güterrechtlichen Auseinandersetzung. Dadurch geht der güterrechtliche Gewinnanspruch zu Folge einer Veräusserung unter.²³⁷ Übernimmt der überlebende Ehegatte das landwirtschaftliche Gewerbe zu eine unter dem Verkehrswert liegenden Preis in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zur Selbstbewirtschaftung, ohne dass eine Erbteilung erfolgt, steht den Erben ein güterrechtliches Gewinnanspruchsrecht zu. Die nach den güterrechtlichen Grundsätzen ermittelte Forderung des verstorbenen Ehegatten ist entsprechend der Erbquoten (Art. 28 Abs. 2 BGBB) auf dessen Erben zu verteilen.

Vorsicht ist dann geboten, wenn die Ehegatten in einer Scheidungskonvention abweichende Bestimmungen festgelegt haben. So kann es sein, dass die Ehegatten beispielsweise eine hälftige Gewinnbeteiligungsquote des Nichteigentümerehegatten vereinbaren und für die Gewinnberechnung auf Art. 28 ff. BGBB verweisen. In diesen Fällen ist nach der hier vertretenen Auffassung keine neue güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen, sondern wie beim Gewinnanspruch der Miterben vorzugehen. Dies bedeutet, dass eine Gewinnberechnung zu erfolgen hat und der so errechnete Nettogewinn entsprechend der vereinbarten Quote aufzuteilen ist. Dies hat zur Folge, dass der Eigentümerehegatte, welcher gemäss Art. 212 Abs. 2 ZGB auf Mehrwert- bzw. Beteiligungsforderungen verzichten musste, diesen Verzicht nicht mit der Gewinnanspruchsforderung verrechnen und abziehen kann, da die Ehegatten auf eine neue güterrechtliche Auseinandersetzung verzichtet haben.

C. Überlagernde Gewinnansprüche

Es ist möglich, dass sich mehrere Gewinnansprüche überlagern. Häufig stellt die Begründung eines Gewinnanspruchsrechts gleichzeitig eine Veräusserung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 BGBB dar (z.B. die Erbteilung, Auflösung von gemeinschaftlichem Eigentum, Auslösung eines Vorkaufsfalls und anschliessende Ausübung eines Vorkaufsrechts oder der lebzeitige Verkauf mit der Begründung eines vertraglichen Gewinnanspruchsrechts), weshalb regelmässig nur Gewinnanspruchsrechte aus demselben Entstehungsgrund gleichzeitig bestehen. Anders sieht die Situation bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung aus, wenn sich nach einer Scheidung die Bewirtschaftungssituation nicht verändert hat. Dem Nichteigentümerehegatten steht gemäss Art. 212 Abs. 3 ZGB ein Gewinnanspruchsrecht zu, ohne das frühere Gewinnanspruchsrechte

²³⁶ BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 212/213 N 56.

²³⁷ Vgl. Ziff. III.B.3.c.

durch die güterrechtliche Auseinandersetzung zu Folge einer Veräusserung untergegangen wären.

Bestehen mehrere, auf verschiedenen Entstehungsgründen beruhende Gewinnanspruchsrechte nebeneinander, sind im Falle einer Veräusserung für beide Arten eigene Berechnungen vorzunehmen. Dabei gehen die früher begründeten Rechte den jüngeren vor.²³⁸ Bei den Abzügen ist jeweils im Einzelnen zu prüfen, ob und in welchem Umfang diese für die jeweilige Berechnung zuzulassen sind. Zur Veranschaulichung soll folgendes Beispiel dienen:

«Der verheiratete Landwirt L kauft von seinem Vater V im Jahr 2001 ein landwirtschaftliches Gewerbe zum Ertragswert von Fr. 1'000'000 und räumt ihm dabei ein Gewinnanspruchsrecht ein. Finanziert wurde der Erwerb mit Errungenschaftsmitteln. Im Jahr 2005 investiert er Eigengut in einen neuen Stall. Fünf Jahre später im Jahr 2010 lässt er sich von seiner Ehefrau F scheiden, wobei ihm das landwirtschaftliche Gewerbe in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zum Ertragswert von Fr. 1'000'000 angerechnet wurde. Im Jahr 2015 investiert er in eine neue Remise und entschliesst sich im Jahr 2025, das Gewerbe zum Preis von Fr. 4'000'000 (Veräusserungskosten bereits abgezogen) an einen Dritten zu verkaufen. Die Investition aus dem Jahr 2005 weist zum Verkaufszeitpunkt noch einen Mehrwert von Fr. 200'000 auf, diejenige aus dem Jahr 2015 noch Fr. 500'000.»

In einem ersten Schritt ist nun der Gewinnanspruch des Vaters V zu berechnen. Der Bruttogewinn beträgt Fr. 3'000'000 (Fr. 4'000'000 – Fr. 1'000'000). Davon sind die wertvermehrenden Investitionen zum Zeitwert (Fr. 200'000 + Fr. 500'000 = Fr. 700'000) in Abzug zu bringen, wobei ein bereinigter Bruttogewinn von Fr. 2'300'000 resultiert. Hiervon ist ein Besitzesdauerabzug von 48 % (24 Jahre Haltedauer) abzuziehen. Der Nettogewinn beträgt somit Fr. 1'196'000 und ist vollumfänglich an V zu bezahlen.

In einem zweiten Schritt ist der Gewinnanspruch der geschiedenen Ehefrau F zu berechnen. Der Veräusserungserlös beträgt Fr. 4'000'000. Hiervon ist der Gewinnanspruch des Vaters in Abzug zu bringen, wobei noch ein Betrag von Fr. 2'804'000 resultiert. Von diesem sind nun die Abzüge vorzunehmen. Zu beachten ist, dass eine Investition im Jahr 2005 erfolgte und somit bereits in der güterrechtlichen Auseinandersetzung im Jahr 2010 enthalten ist. Die Investition des Jahres 2015 ist hingegen mit dem Zeitwert von Fr. 500'000 in Abzug zu bringen, wobei noch ein bereinigter Bruttoerlös von Fr. 2'304'000 resultiert. Zur Ermittlung des Besitzesdauerabzuges muss der Anrechnungswert in Abzug gebracht werden, die Haltedauer beträgt hier

²³⁸ BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER Art. 212/213 N 62; RITTER, Güterrechtliche Auseinandersetzung, 956.

zudem 15 Jahre (von der güterrechtlichen Auseinandersetzung im Jahr 2010 bis zur Veräusserung im Jahr 2025). Der Besitzesdauerabzug beträgt folglich (Fr. 391'200 = [Fr. 2'304'000 – Fr. 1'000'000] * 30%). Dieser ist vom bereinigten Bruttoerlös in Abzug zu bringen, wobei ein Nettoerlös von Fr. 1'912'800 resultiert. Es ist nun eine neue (hypothetische) güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen, wobei das landwirtschaftliche Gewerbe mit Fr. 1'912'800 zu bewerten ist.

VII. Ausgewählte prozessuale und praktische Fragen

A. Verwirkung und Verjährung

Gemäss Art. 28 Abs. 3 BGBB besteht der Gewinnanspruch nur, wenn der Miterbe das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück während 25 Jahren veräussert. Aufgrund der gesetzlichen Verweise gilt dies ohne anderweitige Vereinbarung auch bei den anderen Arten von Gewinnansprüchen. Die Einhaltung dieser Veräusserungsfrist ist Bedingung für das Entstehen einer Gewinnanspruchsforderung. Es handelt sich um eine Verwirkungsfrist, welche weder unterbrochen werden oder stillstehen kann.²³⁹ Läuft sie ab, ohne dass eine Veräusserung stattgefunden hat, geht das Gewinnanspruchsrecht unter.²⁴⁰ Die Veräusserungsfrist beginnt gemäss dem Gesetzeswortlaut mit dem «Erwerb» durch den Übernehmer zu laufen. Es ist auf den Zeitpunkt des Eigentumserwerbs abzustellen.²⁴¹ Zur Fristwahrung ist eine fristgerechte Veräusserung nötig. Wann diese erfolgt, regelt Art. 29 Abs. 2 BGBB für die jeweiligen Veräusserungstatbestände im Einzelnen.

Erfolgte eine fristgerechte Veräusserung, verfügt der Berechtigte über eine nun unbedingte, obligationenrechtliche Forderung.²⁴² Weder das BGBB noch ein anderer Erlass des Bundesprivatrechts nennen eine besondere Verjährungsfrist, weshalb die allgemeinen Verjährungsregelungen zur Anwendung kommen. Gemäss Art. 127 OR beträgt die ordentliche Verjährungsfrist zehn Jahre, wobei die Frist mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen beginnt. Dies gilt auch für die Gewinnanspruchsforderung, wobei sich die Fälligkeit nach Art. 30 BGBB bestimmt.²⁴³

²³⁹ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 28 N 10; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 28 N 4; MEYER, Gewinnanspruch, N 698.

²⁴⁰ MEYER, Gewinnanspruch, N 739.

²⁴¹ Vgl. ausführlich zur Übernahme in Folge einer Erbteilung: MEYER, Gewinnanspruch, N 701 ff.

²⁴² Vgl. auch BGer 5A_145/2013 E. 4.

²⁴³ Botschaft BGBB, 1010; Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 30 N 1; BEELER, 396; MEYER, Gewinnanspruch, N 1189.

Unverjährbar gemäss Art. 807 ZGB ist zudem eine Gewinnanspruchsforderung, welche durch ein definitiv eingetragenes Grundpfandrecht (Art. 34 Abs. 1 BGBB) gesichert wurde.²⁴⁴

B. Pfandrecht der Berechtigten

Art. 34 Abs. 1 BGBB sieht vor, dass der Miterbe seinen Gewinnanspruch durch die Errichtung eines Grundpfands am zugewiesenen Grundstück sichern lassen kann. Die gesetzliche Lösung orientiert sich am Zweiphasensystem des Bauhandwerkerpfandrechts.²⁴⁵ Aufgrund der Verweisnormen können die Berechtigten aller gesetzlichen Gewinnanspruchsrechten sowie mangels anderslautender Vereinbarung auch vertraglich Berechtigte i.S.v. Art. 41 Abs. 1 BGBB die Grundpfandsicherung verlangen.²⁴⁶ Jeder Berechtigte kann die Sicherung selbständig erwirken, da er über eine eigene Teilforderung verfügt (vgl. auch Art. 28 Abs. 2 BGBB).²⁴⁷ Die Vormerkung kann ausdrücklich auf einseitiges Begehren des Berechtigten und ohne Zustimmung des Eigentümers erfolgen (Art. 34 Abs. 3 BGBB). Zudem muss die Pfandbelastungsgrenze gemäss Art. 73 Abs. 1 BGBB nicht beachtet werden.²⁴⁸

Gemäss Art. 34 Abs. 2 BGBB kann der Berechtigte bis zum Zeitpunkt der Veräusserung die vorläufige Eintragung des Pfandrechts ohne Angabe eines Pfandbetrages im Grundbuch vormerken lassen, wodurch dieses im Falle einer späteren Feststellung vom Zeitpunkt der Vormerkung an dinglich wirksam wird. Umstritten ist in der Lehre, wie der Zeitpunkt der Veräusserung i.S.v. Art. 34 Abs. 2 BGBB zu verstehen ist. Beim Veräusserungstatbestand des Verkaufs (Art. 29 Abs. 1 lit. a BGBB) kann die Vormerkung bis zum Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts erfolgen,²⁴⁹ teilweise wird die Ansicht vertreten, dass beim Ende der Frist auf das Verfügungsgeschäft abzustellen sei.²⁵⁰ Bei der Enteignung ist nicht auf den Veräusserungszeitpunkt gemäss Art. 29 Abs. 2 lit. b BGBB abzustellen, sondern auf den Zeitpunkt, bis zu welchem gemäss dem einschlägigen eidgenössischen oder kantonalen Verfahrensrecht die auf dem Grundstück lastenden Rechte geltend zu machen sind.²⁵¹ Bei der betriebsrechtlichen Zwangsverwertung, welche nach der hier vertretenen Ansicht ebenfalls unter den

²⁴⁴ Botschaft BGBB, 1015; Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 34 N 21; BEELER, 397; MEYER, Gewinnanspruch, N 1192.

²⁴⁵ Ausführlich zur Entstehungsgeschichte: MEYER, Gewinnanspruch, N 1243 ff.

²⁴⁶ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 34 N 5; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 34 N 4; zum güterrechtlichen Gewinnanspruch: OGer LU JK 02 72 = LGVE 2003 I Nr. 8.

²⁴⁷ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 34 N 4; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 34 N 5; MEYER, Gewinnanspruch, N 456.

²⁴⁸ Kommentar BGBB-SCHMID-TSCHIRREN/MÜLLER, Art. 73 N 23; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 34 N 8; MEYER, Gewinnanspruch, N 459.

²⁴⁹ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 34 N 12c; BEELER, 407; MEYER, Gewinnanspruch, N 1288.

²⁵⁰ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 34 N 12c; BEELER, 407; a.M. MEYER, Gewinnanspruch, N 1288.

²⁵¹ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 34 N 12d; MEYER, Gewinnanspruch, N 1290.

Veräusserungstatbestand der Enteignung zu subsumieren ist, muss die Vormerkung bis zur Anmeldefrist gemäss Art. 138 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG geltend gemacht werden.²⁵² Im Konkursverfahren ist die Anmeldung hingegen noch bis zum Verfahrensabschluss möglich, wobei bei Verspätung Kostenfolgen drohen können (vgl. Art. 251 Abs. 1 und 2 SchKG).²⁵³ Bei der Zweckentfremdung sowie der Einzonung kommt es nicht zwangsläufig zu einer Eigentumsübertragung, weshalb eine Vormerkung möglich ist, solange es noch keine solche an einen Dritten erfolgt ist.²⁵⁴

Wurde das Pfandrecht vorläufig eingetragen und kommt es zu einer Veräusserung, kann der Berechtigte innert dreier Monate seit Kenntnis der Veräusserung die definitive Eintragung verlangen, wobei andernfalls die vorläufige Eintragung dahinfällt (Art. 34 Abs. 4 BGBB). Das Gesetz verweist ausdrücklich auf das Bauhandwerkerpfandrecht. Der Berechtigte erhält dann von der Veräusserung Kenntnis, sobald er nach menschlichem Ermessen davon ausgehen kann, dass ein Gewinnanspruch entstanden sein dürfte oder absehbar entstehen wird und er die Pfandsumme mit angemessener Genauigkeit berechnen kann.²⁵⁵ Würde die Kenntnis der Veräusserung nur die Verwirklichung des Tatbestandes, nicht aber die mutmassliche Höhe der Gewinnanspruchsforderung umfassen, könnte der Berechtigte die Pfandsumme noch gar nicht beziffern. Dies ist jedoch nötig, um eine definitive Eintragung zu erlangen (vgl. Art. 794 ZGB).²⁵⁶ MEYER plädiert im Sinne der Rechtssicherheit dafür, auf einen formellen Entscheid abzustellen. Dem ist zuzustimmen. Beim Verkauf (bzw. verkaufsähnlichen Tatbestand) ist auf das Datum der Eigentumsübertragung abzustellen,²⁵⁷ ebenso bei der Enteignung (vgl. z.B. Art. 91 Abs. 1 EntG) und der Zwangsverwertung, bei der Einzonung auf die Rechtskraft des Entscheides über die Einzonung und bei der Zweckentfremdung auf die Rechtsübertragung an eine Drittperson oder die erste äusserlich erkennbare Handlung.²⁵⁸

Aufgrund des Verweises auf die Vorschriften über das Bauhandwerkerpfandrecht muss die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt worden sein (Art. 839 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 34 Abs. 4 BGBB). Beim Bauhandwerkerpfandrecht erfolgt mit der

²⁵² Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 34 N 12c; MEYER, Gewinnanspruch, N 1428.

²⁵³ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 34 N 12c; MEYER, Gewinnanspruch, N 1428.

²⁵⁴ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 34 N 13; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 34 N 10; BEELER, 407; a.M. MEYER, Gewinnanspruch, N 1289.

²⁵⁵ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 34 N 19a; MEYER, Gewinnanspruch, N 1359.

²⁵⁶ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 34 N 18; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 34 N 13; BEELER, 410; MEYER, Gewinnanspruch, N 1359.

²⁵⁷ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 34 N 19d; a.M. MEYER, Gewinnanspruch, N 1355.

²⁵⁸ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 34 N 19d ff. PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 34 N 12; MEYER, Gewinnanspruch, N 1159.

Anerkennung der Pfandsomme keine gleichzeitige Anerkennung der Forderungshöhe,²⁵⁹ was auch beim Gewinnanspruchsrecht zu gelten hat.²⁶⁰

Ohne Zustimmung des Eigentümers ist die definitive Eintragung des Pfandrechts gerichtlich zu erstreiten. Sofern der Berechtigte nicht gleichzeitig ein Leistungsbegehren stellt, handelt es sich nicht um einen Forderungsprozess, sondern das Gericht hat lediglich über die Eintragung des Pfandrechts zu befinden.²⁶¹

C. Verzug und Verzugszinsen

Wird eine Gewinnanspruchsforderung fällig, kann der Schuldner gemäss den allgemeinen obligationenrechtlichen Regelungen in Verzug geraten. Erforderlich ist gemäss Art. 102 Abs. 1 OR, dass der Berechtigte den Schuldner mahnt, wobei eine Mahnung bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit erfolgen kann.²⁶² Einen Verfalltag i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR haben die Parteien in der Regel nicht vereinbart, da es bei der Begründung des Gewinnanspruchsrechts noch ungewiss ist, ob und wann eine Forderung entsteht. Es lohnt sich insbesondere bei strittigen Fällen, rasch zu mahnen, um den Zinsenlauf (Art. 104 Abs. 1 OR) auszulösen. Die Forderungssummen können gerade bei Einzonungen sehr hoch ausfallen, weshalb die Verzugszinsen nicht zu vernachlässigen sind.

D. Gerichtsstand

Der Gerichtsstand ist gemäss den Art. 9 ff. ZPO zu bestimmen. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist eine fällige Gewinnanspruchsforderung in der Regel am Beklagtenwohnsitz einzuklagen. Nachfolgend wird auf die spezifischen Konstellationen im Einzelnen eingegangen.

1. Gewinnanspruch des Miterben

Die Klage eines Miterben auf Bezahlung einer Gewinnanspruchsforderung ist in Anwendung von Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO am Beklagtenwohnsitz (bzw. bei juristischen Personen gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO an deren Sitz) einzureichen.²⁶³ Dieser allgemeine, subsidiäre Gerichtsstand kommt immer und nur dann zur Anwendung, wenn das Gesetz keinen anderen Gerichtsstand vorsieht.²⁶⁴

²⁵⁹ BGE 126 III 467 E. 3.

²⁶⁰ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 34 N 19j; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 34 N 17; MEYER, Gewinnanspruch, N 1365.

²⁶¹ PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 34 N 18.

²⁶² BGE 103 II 102 E. 1.a; HUGUENIN, N 920.

²⁶³ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 28 N 15b; vgl. noch zum GestG: MEYER, Gewinnanspruch, N 1174 f.

²⁶⁴ BSK ZPO-INFANGER, Art. 10 N 6; ZPO Komm-SUTTER-SOMM/CALLIEROTTI/WENDT, Art. 10 N 3.

Aufgrund der Begrifflichkeiten könnte der Schluss gezogen werden, dass es sich bei der Klage eines «Miterben» auf Bezahlung eines Gewinnanspruchs um eine erbrechtliche Klage i.S.v. Art. 28 Abs. 1 ZPO handeln könnte. Dies trifft jedoch nicht zu. Bei der Gewinnanspruchsforderung handelt es sich nicht um eine erbrechtliche Forderung. Begründet wird sie durch die Erbteilung, welche die Auseinandersetzung zwischen den Erben gerade abschliesst weshalb sie als eine gesetzliche, bedingte und obligatorische Forderung zu qualifizieren ist.²⁶⁵ Der Gerichtsstand am letzten Wohnsitz des Erblassers scheidet folglich aus.²⁶⁶

Keine örtliche Zuständigkeit gemäss Art. 29 ZPO begründet zudem der Belegenheitsort des veräusserten Grundstücks. Die Gewinnanspruchsforderung ist obligatorischer Natur, weshalb eine Zuständigkeit nach Art. 29 Abs. 1 lit. a ZPO ausscheidet. Auch Art. 29 Abs. 2 ZPO ist nicht einschlägig. Rein obligatorische Klagen mit einem faktischen Bezug zu einem Grundstück (wie beispielsweise eine Klage auf Bezahlung des Kaufpreises aus einem Grundstückkaufvertrag oder eine Klage gegen einen Grundeigentümer aus Werkmangelhaftung) fallen nicht unter die Klagen über Rechte an Grundstücken i.S.v. Art. 29 Abs. 2 ZPO.²⁶⁷

Gemäss Art. 15 Abs. 2 ZPO ist im Falle einer objektiven Klagehäufung jedes Gericht örtlich zuständig, welches für einen der Ansprüche zuständig ist. So kann die berechtigte Person die definitive Eintragung ihres gesetzlichen Pfandrechts gemäss Art. 34 Abs. 4 BGBB am Belegenheitsort des Grundstücks (Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO) geltend machen und gleichzeitig auf die Bezahlung der Forderung klagen.²⁶⁸ Zudem kommt es immer wieder vor, dass neben einer Gewinnanspruchsforderung erbrechtliche Ansprüche gegen den Übernehmer bestehen, wodurch mittels objektive Klagehäufung auch der letzte Erblasserwohnsitz als Gerichtsstand offensteht (Art. 28 Abs. 1 ZPO).

Der Gerichtsstand nach Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO (bzw. lit. b bei juristischen Personen) ist nicht zwingender Natur (Art. 9 Abs. 1 ZPO *e contrario*).

2. Güterrechtlicher Gewinnanspruch

Das Gesetz äussert sich in Art. 212 Abs. 3 ZGB nicht zur Rechtsnatur des güterrechtlichen Gewinnanspruches, sondern erklärt lediglich die Bestimmungen von Art. 28 ff. BGBB für sinngemäss anwendbar. Die güterrechtliche Gewinnanspruchsforderung ist eine persönliche

²⁶⁵ Vgl. Ziff. II.B.

²⁶⁶ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 28 N 15b; noch zum GestG: MEYER, Gewinnanspruch, N 1164; BGE 117 II 26 E. 2a, wonach die im Rahmen der Erbteilung von einem Erben eingegangene Verpflichtung zur Errichtung einer Dienstbarkeit nicht am erbrechtlichen Gerichtsstand eingeklagt werden kann.

²⁶⁷ ZPO Komm-LÖTSCHER, Art. 29 N 22 f.

²⁶⁸ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 28 N 15c; vgl. auch BGE 137 III 563 E. 2.1.

obligatorische Forderung auf Geldleistung gegenüber dem Übernehmer.²⁶⁹ Es handelt sich deshalb nicht um eine eherechtliche Klage, weshalb auf die vorangehenden Ausführungen zum Gewinnanspruch der Miterben verwiesen wird, wonach gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO das Gericht am Beklagtenwohnsitz örtlich zuständig ist.

3. Gewinnanspruch des Mit- oder Gesamteigentümers

Das Gewinnanspruchsrecht wird mit der Auflösung des gemeinsamen Eigentums begründet und weist deshalb keinen direkten Bezug zum vorangehenden Rechtsverhältnis (z.B. einfache Gesellschaft) mehr auf. Es kann auf die vorangehenden Ausführungen zum Gewinnanspruch der Miterben verwiesen werden, wonach gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO das Gericht am Beklagtenwohnsitz örtlich zuständig ist.

4. Gewinnanspruch des Veräusserers

Gemäss Art. 53 Abs. 1 BGBB besteht ein Gewinnanspruchsrecht ausdrücklich im Falle der Ausübung eines gesetzlichen (und nicht vertraglichen) Vorkaufsrechts. Der Gewinnanspruchsberechtigte sowie die Verpflichtete stehen in keinerlei vertraglichem Verhältnis, weshalb die Forderung gesetzlicher Natur ist. Es ist deshalb auf die Ausführungen zum Gewinnanspruch der Miterben zu verweisen, wonach gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO das Gericht am Beklagtenwohnsitz örtlich zuständig ist.

5. Vertraglicher Gewinnanspruch

Gemäss Art. 41 Abs. 1 BGBB können die Parteien ein vertragliches Gewinnanspruchsrecht an einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder Grundstück begründen. Da dieses vertraglicher Rechtsnatur ist, kommt Art. 31 ZPO zur Anwendung. Demnach steht dem Kläger wiederum der Beklagtenwohnsitz als Gerichtsstand offen. Zudem sieht Art. 31 ZPO einen alternativen Gerichtsstand an dem Ort vor, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist. Regelmässig vereinbaren die Parteien das Gewinnanspruchsrecht in einem Kaufvertrag über ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück. Die charakteristische Vertragsleistung besteht bei zweiseitigen Verträgen üblicherweise in der Leistung, welche nicht die Geldleistung ist,²⁷⁰ d.h. vorliegend in der Übertragung des Grundeigentums. Bei vertraglichen Gewinnanspruchsforderungen steht folglich auch der Gerichtsstand am Belegenheitsort des übernommenen Grundstücks zur Verfügung. Die Gerichtsstände nach Art. 31 ZPO sind nicht zwingender Natur (Art. 9

²⁶⁹ BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 212/213 N 58; KELLER, 110.

²⁷⁰ BGE 145 III 190 E. 2.

Abs. 1 ZPO *e contrario*), der Abschluss einer Gerichtsstandvereinbarung sowie die Einlassung auf einen Gerichtsstand sind zulässig.

Erbrechtliche Klagen, welche einen Verzicht auf einen vertraglichen Gewinnanspruch zum Gegenstand haben, sind am nicht zwingenden Gerichtsstand des letzten Erblasserwohnsitzes einzureichen (Art. 28 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 ZPO *e contrario*).

E. Aktiv/Passivlegitimation

1. Aktivlegitimation

Gemäss Art. 28 Abs. 2 BGGb kann jeder Miterbe seinen Gewinnanspruch selbständig geltend machen. Aufgrund der jeweiligen Verweise auf die Vorschriften über den Gewinnanspruch der Miterben gilt diese Bestimmung für sämtliche bäuerlichen Gewinnanspruchsrechte.²⁷¹ Zum alten Recht stellte das Bundesgericht klar, dass der Gewinnanspruch jedem Erben einzeln zustehe und nicht der Erbengemeinschaft zu gesamter Hand.²⁷² Dies gilt auch im neuen Recht. Der Gesetzeswortlaut lässt zudem keine alternative Aktivlegitimation der Erbengemeinschaft neben den einzelnen Miterben zu.²⁷³ Allgemeiner ausgedrückt ist somit stets die einzelne materiell-rechtlich Berechtigte dazu legitimiert, die ihr zustehende Teilforderung einzuklagen. Mehreren Berechtigten steht es frei, gemeinsam als einfache Streitgenossenschaft i.S.v. Art. 71 Abs. 1 ZPO vorzugehen.²⁷⁴

Verstirbt eine Berechtigte, vererbt diese ihren Gewinnanspruch (Art. 28 Abs. 2 BGGb) je einzeln auf die Erben. Aufgrund der Verweise gilt dies für alle Arten der bäuerlichen Gewinnanspruchsrechte.²⁷⁵ Zudem betrifft dies sowohl die Anwartschaft auf die künftige Gewinnbeteiligung als auch eine bereits entstandene Gewinnanspruchsforderung.²⁷⁶

Da der Gewinnanspruch übertragbar ist (Art. 28 Abs. 2 BGGb), steht es jedem Berechtigten frei, seinen eigenen Gewinnanspruch abzutreten. Diesfalls wird der Zessionar berechtigt und aktivlegitimiert.

²⁷¹ Vgl. zu einem vertraglichen Gewinnanspruch: BGer 5A_989/2015 E. 2.3.

²⁷² BGE 113 II 130 E. 3.

²⁷³ BGer 5A_989/2015 E. 3.3.

²⁷⁴ BGer 5A_989/2015 E. 3.3; Kommentar BGGb-STREBEL/HENNY, Art. 28 N 12; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGGb, Art. 28 N 7; MEYER, Aktuelles, 250; WOLF, Aktivlegitimation, N 24.

²⁷⁵ Vgl. zu einem vertraglichen Gewinnanspruch: BGer 5A_898/2015 E. 3.3.

²⁷⁶ BGer 5A_989/2015 E. 4.1; PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGGb, Art. 28 N 8; MEYER, Aktuelles, 250.

2. Passivlegitimation

Die Verpflichtung, den Berechtigten eine Gewinnanspruchsforderung auszubezahlen, ist eine obligatorische Schuld. Da es sich beim Gewinnanspruch nicht um eine Realobligation handelt,²⁷⁷ geht die Gewinnanspruchsverpflichtung nicht mit dem Eigentum am betreffenden landwirtschaftlichen Gewerbe oder Grundstück auf den Erwerber über.²⁷⁸ Die in Art. 28 Abs. 2 BGGB vorgesehene Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Gewinnanspruches betrifft diesen auch passiv. Mit dem Tod der Verpflichteten geht deren Verpflichtung von Gesetzes wegen an ihre Erben persönlich über (vgl. Art. 560 Abs. 2 ZGB),²⁷⁹ wobei diese solidarisch haften (Art. 603 Abs. 1 ZGB) und keine notwendige passive Streitgenossenschaft bilden.²⁸⁰

Lautet die Klage nicht auf die Bezahlung einer Gewinnanspruchsforderung, sondern soll der Verzicht auf einen Gewinnanspruch erbrechtlich berücksichtigt werden (namentlich als lebzeitige Zuwendung, vgl. auch Art. 41 Abs. 2 BGGB), richtet sich die Passivlegitimation nach den einschlägigen erbrechtlichen Bestimmungen.²⁸¹

F. Beweislast und Informationsansprüche

Der Kläger trägt gemäss Art. 8 ZGB die Behauptungs- und Beweislast über den Bestand, die Höhe und die Fälligkeit der Gewinnanspruchsforderung. Der Beklagte hat hingegen seine geltend gemachten Abzüge zu behaupten und beweisen. Die Beweislast kann den Kläger vor praktische Probleme stellen, wenn er nicht über die erforderlichen Informationen verfügt.

Die erste Schwierigkeit besteht darin, dass der Berechtigte von der Veräusserung erfahren muss, um seinen Gewinnanspruch einzufordern. Das Gesetz sieht keine Benachrichtigungspflicht des Gewinnanspruchsverpflichteten vor. Lassen die Berechtigten die vorläufige Eintragung ihres gesetzlichen Pfandrechts im Grundbuch vormerken (Art. 34 Abs. 2 BGGB), werden sie im Falle einer Eigentumsübertragung durch das Grundbuchamt informiert (Art. 969 Abs. 1 ZGB).²⁸² Zudem setzt eine Eigentümerabfrage im Grundbuch kein schutzwürdiges Interesse voraus (Art. 970 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Schwieriger ist es hingegen, von einer verkaufsähnlichen Veräusserung zu erfahren, da diese nicht zwangsläufig eine Handänderung oder die Errichtung eines neuen Grundstücks (z.B. beim Baurecht) zur Folge haben. Dasselbe gilt für die

²⁷⁷ BECK, 120; MEYER, Gewinnanspruch, N 1144.

²⁷⁸ MEYER, Gewinnanspruch, N 1144.

²⁷⁹ Vgl. Ziff. III.B.3.b.

²⁸⁰ SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, N 596 f.

²⁸¹ Vgl. BGer 5A_326/2016 und das vorinstanzliche Verfahren KGer SZ ZK1 2014 55, wo eine Erbteilung Streitgegenstand war.

²⁸² Kommentar BGGB-STREBEL/HENNY, Art. 34 N 19a; MEYER, Gewinnanspruch, N 1153.

Zweckentfremdung. Einfacher gestaltet sich die Lage bei Einzonungen, da die Zonenpläne öffentlich einsehbar sind.

Weiss der Berechtigte von einer Veräusserung, muss er den Veräusserungswert beziffern können. Dies kann er jedoch dann nicht tun, wenn er keine Kenntnis vom Inhalt des Veräusserungsgeschäftes (z.B. Kaufvertrag, Enteignungsvertrag oder Dienstbarkeitsvertrag) hat. Macht ein Erbe glaubhaft, dass die Kenntnis der Grundbuchdaten der Durchsetzung erbrechtlicher Ansprüche dient, verfügt er über ein schutzwürdiges Interesse i.S.v. Art. 970 Abs. 1 ZGB²⁸³ und kann Einsicht in das Grundbuch und die dazugehörigen Belege verlangen.²⁸⁴ Dies hat auch für Gewinnanspruchsforderungen zu gelten.

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die Berechtigten über einen materiell-rechtlichen Informationsanspruch verfügen. Dies ist in der Lehre umstritten und auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung befasste sich bislang noch nicht mit einem möglichen Informationsanspruch bei gesetzlichen Gewinnansprüchen.²⁸⁵ MEYER spricht sich gegen eine Auskunftspflicht aus, da diese keine gesetzliche Stütze finde und die bestehenden Rechtsinstitute (z.B. Editionsspflicht) ausreichen würden.²⁸⁶ Auch STREBEL/HENNY weisen auf die Editionsspflicht und allfällige nachteilige Folgen bei der Prozesskostenverteilung im Falle einer Nichtbefolgung hin.²⁸⁷ KOLLER/STUDER und WOLF sprechen sich hingegen für eine materiell-rechtliche Informationspflicht aus und stützen sich dabei auf ein bundesgerichtliches Urteil.²⁸⁸ Strittig war ein Gewinnbeteiligungsanspruch an einem nichtlandwirtschaftlichen Grundstück, welches den Miterben in einem Erbteilungsvertrag eingeräumt wurde.²⁸⁹ Die Vorinstanz erinnerte daran, dass das Bundesgericht in derselben Angelegenheit in einem vorangehenden Entscheid betreffend die örtliche Zuständigkeit die Streitigkeit als erbrechtlich qualifizierte²⁹⁰ und stützte sich auf eine analoge Anwendung von Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB:

«Ohne den Erbgang wären die Parteien nicht in die Situation gekommen, ein Gewinnbeteiligungsrecht vertraglich zu statuieren. Es handelt sich damit um unmittelbare Nachwirkungen der Erbteilung. Insoweit stehen die Parteien als Geschwister in einer engen Sonderverbindung

²⁸³ BGE 132 III 603 E. 4.3.2; BGer 5A_799/2020 E. 3.

²⁸⁴ BGer 5A_502/2014 E. 3.1.

²⁸⁵ Vgl. hingegen betreffend ein vertragliches Gewinnanspruchsrecht an einem nichtlandwirtschaftlichen Grundstück: BGer 5A_708/2014.

²⁸⁶ MEYER, Gewinnanspruch, N 1155.

²⁸⁷ Kommentar BGBB-STREBEL/HENNY, Art. 28 N 1a.

²⁸⁸ PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 28 N 10; WOLF, Rechtsprechung, N 164; je mit Verweis auf BGer 5A_708/2014 E. 3.

²⁸⁹ BGer 5A_708/2014.

²⁹⁰ BGer 5A_627/2012 E. 5.

zueinander, welche eine Informationspflicht nach Treu und Glauben rechtfertigt. Eine materielle Pflicht zur Offenlegung und Abrechnung des Beklagten gegenüber den Klägern ist demnach in analoger Anwendung von Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB zu bejahen»²⁹¹

Das Bundesgericht kam hingegen zum Schluss, die Informationspflicht beruhe auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, ohne sich explizit zur Anwendbarkeit der gesetzlichen Auskunftspflichten zu äussern.²⁹² Es erscheint deshalb fraglich, ob es bei einem gesetzlichen Gewinnanspruchsrecht ohne eine rechtsgeschäftliche Grundlage einen materiell-rechtlichen Informationsanspruch ohne Weiteres bejahen würde, wie die Lehre²⁹³ teilweise davon ausgeht.

Da es sich beim Gewinnanspruch der Miterben nicht um einen erbrechtlichen Anspruch handelt,²⁹⁴ ergibt sich nach der hier vertretenen Ansicht kein materiell-rechtlicher Informationsanspruch aus dem Gesetz, wenngleich ein solcher m.E. zu begrüssen wäre. Dasselbe hat für die weiteren gesetzlichen Gewinnansprüche zu gelten. Es ist stets zu prüfen, ob sich eine Informationspflicht aus einer rechtsgeschäftlichen Grundlage ergibt, wie dies das Bundesgericht im erwähnten Entscheid²⁹⁵ feststellen konnte. Es ist deshalb empfehlenswert, eine Informationspflicht rechtsgeschäftlich zu vereinbaren, wenn ein vertragliches Gewinnanspruchsrecht begründet, bzw. ein gesetzliches festgestellt wird (z.B. Erbteilungs- oder Kaufvertrag, Scheidungskonvention).

G. Ausgleichung, Herabsetzung und Gewinnanspruch

Lebzeitige Veräusserungen von landwirtschaftlichen Gewerben oder Grundstücken erfolgen häufig innerhalb der Familie, klassischerweise von einem Elternteil an einen Nachkommen. Aus diesem Grund muss das Zusammenwirken der erbrechtlichen Ausgleichung und der Herabsetzung einerseits sowie dem Gewinnanspruch andererseits beachtet werden. Bei der lebzeitigen Veräusserung sind drei Fallgruppen zu bilden.²⁹⁶

1. Veräusserung zum Verkehrswert

Einfach ist der Fall bei einer Veräusserung zum Verkehrswert. Der Erblasser erhält für das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück das volle Leistungsäquivalent. Es liegt keine

²⁹¹ Unveröffentlichter Entscheid OGer BE ZK 14 57 E. IV.4.3, Erwägung sinngemäss wiedergegeben in: BGer 5A_708/2014 E. 3.

²⁹² BGer 5A_708/2014 E. 3.

²⁹³ PraxKomm Erbrecht-KOLLER/STUDER, Anhang BGBB, Art. 28 N 10; WOLF, Rechtsprechung, N 164.

²⁹⁴ Vgl. Ziff. II.B.

²⁹⁵ BGer 5A_708/2014.

²⁹⁶ MEYER, Aktuelles, 262.

lebzeitige Zuwendung vor, welche der Ausgleichung (Art. 626 ff. ZGB) oder Herabsetzung (Art. 522 ff. ZGB) unterliegen könnte.²⁹⁷

2. Veräußerung unter dem Verkehrswert mit Gewinnanspruch

Die Parteien (i.d.R. Elternteil und Nachkomme) können vereinbaren, dass dem Veräußerer bei einer Weiterveräußerung ein Gewinnanspruch zusteht (Art. 41 Abs. 1 BGG). Die Preisdifferenz zwischen dem Verkehrswert und dem Veräußerungspreis (i.d.R. Ertragswert) würde grundsätzlich eine lebzeitige Zuwendung darstellen. Aufgrund des Ertragswertprivilegs unterliegt diese nicht der Ausgleichung oder Herabsetzung.²⁹⁸ Ohne gegenteilige vertragliche Vereinbarung geht der Gewinnanspruch nach dem Tod des Veräußerers auf dessen Erben über.²⁹⁹ Wird das Gewinnanspruchsrecht vertraglich (oder durch eine Verfügung von Todes wegen) so ausgestaltet, dass dadurch Pflichtteile der Erben ohne deren Mitwirkung in einem Erbvertrag verletzt werden, unterliegt diese Verfügung der Herabsetzung.³⁰⁰

Keine gesetzliche Sonderregelung sieht das BGG hingegen dann vor, wenn der Erblasser zu Lebzeiten auf eine fällige Gewinnanspruchsforderung verzichtet. Auch in diesem Fall ist nach den allgemeinen Regeln des Erbrechts zu prüfen, ob der Verzicht zur Ausgleichung zu bringen oder herabzusetzen ist.³⁰¹ Nicht zu prüfen bleibt hingegen die ursprüngliche gemischte Schenkung, welche durch den Verkauf zu einem Preis unter dem Verkehrswert entstanden ist, da die Gewinnanspruchsforderung an deren Stelle tritt.³⁰²

3. Veräußerung unter dem Verkehrswert ohne Gewinnanspruch

Veräußert der Erblasser zu Lebzeiten ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück zu einem Preis unter dem Verkehrswert und vereinbart keinen Gewinnanspruch, fehlt es an dem Gegenstück, welches die Erben vor einem Missbrauch des Preisprivilegs schützen soll. Das Gesetz sieht deshalb in Art. 41 Abs. 2 BGG vor, dass zum Schutz der Erben die Bestimmungen über die Ausgleichung und Herabsetzung vorbehalten bleiben und die Klagen nicht verjähren, solange der Gewinn nicht fällig wird. Viele Fragen zur Ausgleichung und Herabsetzung gestützt auf Art. 41 Abs. 2 BGG sind nach wie vor ungeklärt,³⁰³ hat sich doch auch das Bundesgericht, soweit ersichtlich, bislang noch nicht mit dieser Gesetzesbestimmung befasst.

²⁹⁷ So auch MEYER, Aktuelles, 262.

²⁹⁸ Art. 41 Abs. 2 BGG *e contrario*, vgl. auch: BSK ZGB II-PIATTI, Art. 626 N 10.

²⁹⁹ Art. 41 Abs. 1 i.V.m. Art. 28 Abs. 2 BGG; vgl. auch: BGer 5A_989/2015 E. 4.1 f.

³⁰⁰ FEUERSTEIN, Nachlassplanung, 208.

³⁰¹ BGer 5A_326/2016 E. 4.1, mit Verweis auf: WOLF, Aktivlegitimation, N 31.

³⁰² BGer 5A_326/2016 E. 4.1.

³⁰³ So auch: WOLF, Aktivlegitimation N 16.

Der Ausgleichung und Herabsetzung unterliegt der entgangene Gewinn des Erblassers.³⁰⁴ Um den Wert des erblasserischen Verzichts zu bestimmen, ist deshalb der hypothetische Gewinnanspruch zu ermitteln. Die Lehre vertritt einhellig die Auffassung, dass der Übernehmer dabei keine gesetzlichen Abzüge in einem Verfahren betreffend Ausgleichung oder Herabsetzung geltend machen könnte und begründet dies damit, dass das Gesetz in Art. 41 Abs. 2 BGGb keinen Verweis auf die Abzüge vorsehe.³⁰⁵ M.E. ist dies jedoch zu kurz gegriffen. Der Ausgleichung oder Herabsetzung unterliegt der Verzicht auf das Gewinnanspruchsrecht. Der Wert dieses Verzichts entspricht der hypothetischen Höhe der Gewinnanspruchsforderung im Zeitpunkt der Fälligkeit, wenn der Erblasser eine solche vereinbart hätte und nur die gesetzlichen Regelungen gemäss Art. 41 Abs. 1 i.V.m. Art. 28 ff. BGGb zur Anwendung kommen würden. Aufgrund des Verweises in Art. 41 Abs. 1 BGGb auf die Bestimmungen des Gewinnanspruchs der Miterben wird nämlich klar, dass es sich bei den gesetzlichen Regeln (Art. 28 ff. BGGb) um die gesetzlich vorgesehene Privilegierung des Übernehmers handelt. Dazu gehören auch die Abzüge, welche eine gesetzlich vorgesehene Begünstigung des Übernehmers darstellen. Verkauft der spätere Erblasser zu Lebzeiten ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück zum einfachen bzw. doppelten Ertragswert an einen Nachkommen und behält sich ein Gewinnanspruchsrecht gemäss Art. 28 ff. BGGb vor, handelt es sich dabei um nichts anderes als der vorweggenommenen gesetzlichen Erbfolge. Anstelle der Miterben verfügt der Veräusserer über einen Gewinnanspruch. Verstirbt er, übernehmen seine Erben den Gewinnanspruch als Anwartschaft bzw. entstandene Forderung oder er wurde bereits zu Lebzeiten ausbezahlt und befindet sich bei den Nachlassaktiven. Somit wird neben der gesetzlichen Erbfolge auch das gesetzliche Gewinnanspruchsrecht vorweggenommen.

Weicht ein vertragliches Gewinnanspruchsrecht zu Gunsten des Erwerbers von den gesetzlichen Regeln ab, liegt eine lebzeitige Zuwendung vor und es muss geprüft werden, ob dadurch Ausgleichungs- oder Herabsetzungsansprüche entstehen. Die Zuwendung besteht in Form eines (Teil)verzichts auf einen Gewinnanspruch und somit der Differenz zwischen Höhe der vereinbarten Gewinnanspruchsforderung und derjenigen, welche in Anwendung der gesetzlichen Regelungen resultieren würde. Der Verzicht auf das Gewinnanspruchsrecht tritt an die Stelle der aufgrund eines zu tiefen Verkaufspreises erfolgten lebzeitigen Zuwendung.³⁰⁶ Vereinbaren der Erblasser und der Veräusserer gar keinen Gewinnanspruch, entspricht die hypothetische

³⁰⁴ Kommentar BGGb-Studer/Henny, Art. 41 N 25a; MEYER, Aktuelles, 264; WOLF, Spannungsfeld, 230.

³⁰⁵ Kommentar BGGb-Studer/Henny, Art. 41 N 25a; MEYER, Aktuelles, 265.

³⁰⁶ Analog dem Verzicht auf eine bereits entstandene Gewinnanspruchsforderung, vgl. hierzu: BGer 5A_326/2016 E. 4.1.

Gewinnanspruchsforderung (gemäss Art. 41 Abs. 1 i.V.m. Art. 28 ff. BGG) dem Wert des Verzichtes. Erfolgt die Weiterveräußerung durch den Erwerber erst nach dem Ablauf der 25-jährigen Veräußerungsfrist, wäre ein den gesetzlichen Regelungen entsprechendes vertragliches Gewinnanspruchsrecht verwirkt. Dem ursprünglichen Veräußerer (Erblasser) stünde keine Gewinnanspruchsforderung mehr zu, weshalb der Wert dieses Verzichtes auf null Franken zu beziffern ist. Dass sich die Erben des Veräußerers nicht mehr auf Art. 41 Abs. 2 BGG berufen können, wenn die Weiterveräußerung nach Ablauf der 25-jährigen Verwirkungsfrist gemäss Art. 28 Abs. 3 BGG erfolgt, wird auch von der Lehre teilweise anerkannt.³⁰⁷

Da sich die anspruchsauslösende Veräußerung auch erst Jahre nach einer Erbteilung realisieren kann, hat sieht das Gesetz in Art. 41 Abs. 2 BGG vor, dass die Klagen auf Ausgleichung und Herabsetzung nicht verjähren, solange der Gewinn nicht fällig ist. Zu beachten gilt es jedoch, dass der Aufschub der Verwirkungsfrist bei der Herabsetzungsklage (Art. 533 Abs. 1 ZGB) nur dann gilt, wenn der Erblasser zu Lebzeiten kein Gewinnanspruchsrecht vereinbart hat, nicht aber ausserhalb dieses Ausnahmetatbestandes.³⁰⁸ Ändert der Erblasser das Gewinnanspruchsrecht der Miterben mit einer Verfügung von Todes wegen zu Lasten eines Pflichtteilserven ab, verwirkt die Herabsetzungsklage spätestens zehn Jahre nach dem Tod des Erblassers (Art. 533 Abs. 1 ZGB), während der Gewinnspruch innert 25 Jahren ausgelöst werden kann.³⁰⁹ In solchen Fällen kann die Herabsetzungsklage verwirkt sein, noch bevor der Gewinnanspruch entstanden ist.³¹⁰

VIII. Fazit

Das bäuerliche Gewinnanspruchsrecht kann in der Praxis anspruchsvolle und vielseitige Rechtsfragen aufwerfen. Aufgrund der geringen Anzahl veröffentlichter Entscheide wurden im Rahmen dieser Arbeit ausgewählte erst- und zweitinstanzliche Gerichte aus dem ländlichen Raum vom Autor um Einsicht in unveröffentlichte Urteile zu den bäuerlichen Gewinnanspruchsrechten gebeten. Dabei hat sich gezeigt, dass solche Prozesse in der Praxis nur selten vorkommen und sich nicht wenige der angefragten Gerichte in ihrer jüngeren Geschichte noch gar nie mit diesem Thema befasst haben.

Umgekehrt kann es zu einer Vielzahl an Fallkonstellationen kommen, welche noch unbeantwortete Rechtsfragen aufwerfen. Zu denken ist an die Kombinationen aus den verschiedenen

³⁰⁷ MEYER, Aktuelles, 264; WOLF, Spannungsfeld, 234; a.M. Kommentar BGG-STUDER/HENNY, Art. 41 N 30.

³⁰⁸ BGer 5A_466/2016 E. 3.3 mit Verweis auf: WOLF, Spannungsfeld, 230.

³⁰⁹ WOLF, Spannungsfeld, 230.

³¹⁰ BGer 5A_466/2016 E. 3.3, mit Verweis auf: WOLF, Spannungsfeld, 230.

Arten von Gewinnanspruchsrechten und Veräusserungstatbeständen sowie unterschiedliche Handhabung bei der Gewinnberechnung. Dazu kommen prozessuale Fallstricke, welche es zu bewältigen gibt. Da die Streitwerte von Gewinnansprachsklagen regelmässig hoch sind, kann eine Klageabweisung mangels Aktivlegitimation erhebliche unnötige Prozesskosten verursachen. Anspruchsvoll können zudem die Bezüge zu anderen Rechtsgebieten sein. In ein und demselben Prozess über eine Gewinnanspruchsfordderung kann sich die Praktikerin beispielsweise mit Fragestellungen aus den Gebieten des Erb-, Familien- und Obligationenrechts, des Raumplanungsrechts sowie des vorliegend nicht behandelten Steuer- und Sozialversicherungsrecht konfrontiert sehen. Wie insbesondere die Erläuterungen zu den Einzonungen und Zweckentfremdungen gezeigt haben, sind viele Fragen zum Gewinnanspruchsrecht noch offen. Das kürzlich ergangene Urteil des Bundesgerichts im Fall «Mellingen»³¹¹ wirft zudem die Frage auf, welchen Einfluss Auszonungen und Nichteinzonungen auf das Gewinnanspruchsrecht haben.³¹²

Es bleibt somit zu hoffen, dass die Zukunft noch das ein oder andere aufschlussreiche Urteil bringen wird, wenngleich es auch dann nicht an interessanten und ungeklärten Rechtsfragen mangeln wird.

³¹¹ BGer 1C_275/2022.

³¹² Vgl. hierzu: MEYER, Aktuelles, 255 ff.

Anhang: Gewinnberechnungsvorlage

Nachfolgend handelt es sich um eine Beispielsrechnung, welche verschiedene Varianten einer Gewinnberechnung beinhaltet. Alle Zahlen sind frei erfunden und können im Einzelfall variieren. Insbesondere fallen nicht in jedem Fall alle der aufgeführten Abzüge an und es ist nur einer der aufgeführten Veräusserungstatbestände gleichzeitig einschlägig.

Veräusserungspreis oder Verkehrswert per Fälligkeit	CHF 5'000'000.00
./. Veräusserungskosten	
Mehrwertabgabe (bei Einzonungen)	CHF 1'000'000.00
Grundstückgewinnsteuer	CHF 450'000.00
Einkommenssteuern	CHF 250'000.00
Sozialversicherungsbeiträge	CHF 300'000.00
Kosten für Verkauf/Enteignungsverfahren	CHF 15'000.00
Nettoveräusserungspreis	CHF 2'985'000.00
Bruttogewinn (Verkauf, Enteignung, Einzonung)	
Nettoveräusserungspreis	CHF 2'985'000.00
./. Anrechnungswert	CHF 1'000'000.00
Bruttogewinn	CHF 1'985'000.00
Bruttogewinn (Zweckentfremdung)	
Nichtlandwirtschaftlicher Ertrag (jährlich)	CHF 150'000.00
./. entgangener landwirtschaftlicher Ertrag	CHF 50'750.00
Nettoertrag (jährlich)	CHF 99'250.00
Bruttogewinn (jährlicher Nettoertrag x 20)	CHF 1'985'000.00
Bereinigung des Bruttogewinns	
Bruttogewinn	CHF 1'985'000.00
./. Zeitwert wertvermehrende Investitionen	CHF 200'000.00
./. Realersatzabzug	CHF 100'000.00
./. Ausbesserungen und Ersatzbeschaffungen	CHF 50'000.00
Bereinigter Bruttogewinn	CHF 1'635'000.00
Bereinigter Bruttogewinn	CHF 1'635'000.00
./. Besitzesdauerabzug (= 15.15 Besitzesjahre x 2%)	CHF 495'285.55
Nettogewinn	CHF 1'139'714.45

Eigentumserwerb: 7. Mai 2010; Veräusserungszeitpunkt: 30. Juni 2025

Massgebliche Besitzesdauer (7. Mai 2010-30. Juni 2025) in Jahren: 15.15

Eigenständigkeitserklärung

Ich bezeuge mit meiner Unterschrift, dass ich meine Arbeit nach den Regeln der wissenschaftlichen Integrität verfasst habe und meine Angaben über die bei der Abfassung meiner Arbeit benützten Quellen in jeder Hinsicht der Wahrheit entsprechen und vollständig sind. Alle Quellen, die wörtlich der sinngemäss übernommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet.

Des Weiteren versichere ich, sämtliche Textpassagen, die ganz oder teilweise von KI-gestützten Programmen verfasst wurden, entsprechend gekennzeichnet sowie mit einem Hinweis auf das verwendete KI-gestützte Programm versehen zu haben. Eine Überprüfung der wissenschaftlichen Integrität der Arbeit unter Einsatz entsprechender Software darf vorgenommen werden. Ich habe zur Kenntnis genommen, dass unlauteres Verhalten zum Ausschluss vom Studium der Rechtswissenschaften führen kann

Gelterkinden, den 30. Juni 2025

Flavio Belser

Persönliche Angaben des Verfassers

Flavio Belser

Schützenhausweg 13

4460 Gelterkinden

flavio.belser@stud.unibas.ch

Matrikelnummer: 20-050-191