



# BGE 133 III 416

## (Urteil des Bundesgerichtes 5C.158/2006 vom 23. März 2007): Ausgleichungswert eines Erbvorbezuges (Art. 630 ZGB)

Jurij Benn

*Anwendungsbereich von Art. 630 ZGB. Nichtanwendbarkeit von Art. 630 Abs. 2 ZGB (Verwendungsausgleich) in jenen Fällen, da der ausgleichungspflichtige Erbe mit dem Zuwendungsgegenstand einer unternehmerischen Tätigkeit nachgeht.*

### Zusammenfassung des Sachverhalts:

E.A. verstarb 1999. Als gesetzliche Erben hinterliess er seine Ehefrau F.A. sowie seine drei Söhne C., D. und B. Die Ehegatten A. schlossen keinen Ehevertrag ab, 1994 jedoch einen Erbvertrag (mit Nachtrag/Ergänzung 1995), mittels welchem C. auf den Pflichtteil gesetzt und diverse Teilungsvorschriften vereinbart wurden.

Auf Anrechnung an seinen Erbteil hat der Erblasser seinem Sohn B. im Jahre 1994 eine unüberbaute Parzelle abgetreten. Einen Anrechnungswert haben die Vertragsparteien in der öffentlichen Urkunde nicht vereinbart. B. hat das Grundstück parzelliert, die Teilgrundstücke anschliessend überbaut und in den Jahren 1997 und 1998 verkauft.

C. reichte gegen seine Miterben Klage ein und begehrte unter anderem die Feststellung und Teilung des Nachlasses von E. A. Insbesondere verlangte er, der Beklagte B. sei zu verpflichten, die vorempfangene Parzelle zur Ausgleichung zu bringen.

Streitig war im kantonalen Verfahren der Ausgleichungswert des Erbvorbezuges der Parzelle. B. beantragte dem Bundesgericht mit eidgenössischer Berufung eine Herabsetzung des im kantonalen Verfahren festgesetzten Betrages, welcher bezüglich der vorempfangenen Parzelle auszugleichen war.

### Zusammenfassung der publizierten Erwägungen:

1. (E. 6.3.1) Das Grundstück ist von Seiten des Erblassers an den Beklagten auf Anrechnung an dessen Erbteil abgetreten worden und ist deshalb zur Ausgleichung zu bringen (vgl. Art. 626 ZGB). Dabei erfolgt gemäss Art. 630 Abs. 1 ZGB die Ausgleichung – mangels gegenteiliger erblasserischer An-

ordnung – nach dem (Verkehrs-) Wert der Zuwendung zur Zeit des Erbanges oder, wenn die (zugewendete) Sache vorher veräussert worden ist, nach dem dafür erzielten Erlös. Gegenstand der Zuwendung war eine unüberbaute Parzelle. Da es sich bei dieser um ein nichtlandwirtschaftliches Grundstück handelte, gilt das Verkehrswertprinzip (EITEL, Berner Kommentar, N 18 ff. zu Art. 630; FORNI/PIATTI, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 630; LIONEL SEEBERGER, Die richterliche Erbteilung, Diss. Freiburg 1992, S. 295). Massgebend ist der Verkehrswert zur Zeit des Erbanges, ausser die Sache sei zuvor veräussert worden. Für diesen Fall sieht das Gesetz – in Übereinstimmung mit anderen Bestimmungen (z.B. Art. 206 Abs. 2 ZGB) – vor, dass für die Bewertung der Zeitpunkt der Veräusserung massgebend ist und der Ausgleichungswert dem «erzielten Erlös» entspricht. Bei einer vorzeitigen Veräusserung wird dabei vom Gesetzgeber idealerweise angenommen, der Erlös stimme mit dem damaligen Verkehrswert überein. Wird die Sache jedoch unter diesem Wert veräussert, so ist ihr der objektive (Schätzungs-) Wert anzurechnen, den die Sache im Veräusserungszeitpunkt hatte (vgl. dazu FORNI/PIATTI, a.a.O., N 5 zu Art. 630; EITEL, a.a.O., N 33 ff. zu Art. 630; ESCHER/ESCHER, Zürcher Kommentar, N 10 zu Art. 630; SEEBERGER, a.a.O., S. 300 f.; HEINZ VONRUF, Der massgebende Zeitpunkt für die Bewertung der Erbschaftsgegenstände bei Pflichtteilsberechnung, Ausgleichung und Teilung, Diss. Zürich 1952, S. 51).

2. (E. 6.3.2 und 3) Anhand der – im kantonalen Berufungsverfahren eingereichten – (rekonstruierten) Abrechnung über die Überbauung und den Verkauf der Liegenschaft hat der Beklagte einen tatsächlich erzielten Erlös für die unüberbaute Parzelle behauptet. Diesen in der Bauabrechnung «eingesetzten Grundstückswert» hat der Beklagte mit-

tels einer Rückrechnung aus der Differenz zwischen dem Erlös aus den Verkäufen der überbauten Parzellen und den gesamten Aufwendungen inklusive eines Unternehmensgewinns ermittelt. Das kantonale Obergericht hat dargelegt, dass und weshalb auf die Bauabrechnung des Beklagten beweismässig nicht abgestellt werden könne. Seine Schlüsse beruhen auf Beweiswürdigung, die im Rahmen der Berufung nicht überprüft werden können.

Das Bundesgericht weist in diesem Zusammenhang noch einmal auf den Unterschied zwischen Tat- und Rechtsfrage bei Bewertungsfragen hin. Das Bundesrecht bestimmt hierbei, nach welchen Rechtsgrundsätzen (Methode, Massstab) die Bewertung vorzunehmen ist, wogegen die nach diesen Grundsätzen vorzunehmende Wertermittlung grundsätzlich eine vom kantonalen Gericht abschliessend zu beurteilende Tatfrage darstellt. Der vom Obergericht beigezogene Amtsbericht des Grundbuchamtes fusst auf der von Lehre und Praxis anerkannten und vom Bundesgericht primär angewandten Vergleichswert- oder statistischen Methode (auch Preisvergleichsmethode genannt; vgl. zum Ganzen: Das Schweizerische Schätzerhandbuch, Bewertung von Immobilien, Stand 2005, Hrsg. Schweizerische Vereinigung kantonaler Grundstücksbewertungsexperten SVK und Schweizerische Schätzungsexpertenkammer/Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder SEK/SVIT, S. 50 und S. 99 ff.), die primär auf die tatsächlich bezahlten Preise abstellt (vgl. BGE 114 Ib 286 E. 7 S. 295).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung führt diese zulässige Methode dann zu richtigen Resultaten, wenn Vergleichspreise in genügender Anzahl für Objekte ähnlicher Beschaffenheit zur Verfügung stehen. Diesem Erfordernis ist das Obergericht durch das Abstellen auf den Amtsbericht, der seiner Schätzung neun Vergleichspreise aus Landverkäufen in einem Umkreis von 500 Metern in vergleichbarer Lage und Zone zugrunde gelegt hat, bundesrechtskonform nachgekommen. Aufgrund der besseren Kenntnis der örtlichen Verhältnisse im Rahmen der Auswahl von Schätzungsmethode und Vergleichsgrundstücken verfügt die kantonale Instanz über ein gewisses Ermessen. In diesen Beurteilungsspielraum greift das auf eine reine Rechtskontrolle beschränkte Bundesgericht nur mit Zurückhaltung dann ein, wenn die Auffassung der Vorinstanz als unvertretbar erscheint (vgl. BGE 130 III 193 E. 2.3 S. 197; 126 III 223 E. 4a S. 227).

3. (E. 6.3.4) Der Beklagte beruft sich unter Hinweis auf Art. 630 ZGB auf sein Unternehmerrisiko infolge Überbauung der zugewendeten Liegenschaft. Gemäss Art. 630 Abs. 1 ZGB erfolgt die Ausgleichung nach dem Wert des für die Zuwendung er-

zielten Erlöses. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung sind Verwendungen unter den Erben nach den Besitzesregeln (Art. 938 bis 940 ZGB) in Anschlag zu bringen. Dies gilt sowohl für notwendige als auch für nützliche Verwendungen des gutgläubigen Besitzers.

Verwendungen sind Leistungen aus freien Stücken im Interesse einer (fremden) Sache (vgl. STARK, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 939). In der Literatur wird vorwiegend die Meinung vertreten, dass es sich bei den Verwendungen im Sinne des Ausgleichungs- und des Besitzrechts um Ausbesserungs- sowie Sicherungsarbeiten etc. handelt, mithin um Handlungen zur (passiven) Erhaltung einer Sache im Sinne einer Werterhaltung und -steigerung (vgl. STARK, a.a.O., N 2 zu Art. 939 ZGB; EITEL, a.a.O., N 50 zu Art. 630 ZGB; auch ein bereits existierender Betrieb kann werterhaltenden Massnahmen zugänglich sein, vgl. dazu BGE 130 III 441).

Art. 630 Abs. 2 ZGB liesse sich zwar auch für den vorliegenden Fall eine Antwort entnehmen, jedoch widerspricht diese Sinn und Zweck des Ausgleichungsrechts. Denn im vorliegenden Fall hat der ausgleichungspflichtige Beklagte unter Verwendung des Zuwendungsobjektes (unüberbautes Grundstück) mit der Abparzellierung und der anschliessenden Überbauung und dem Verkauf der einzelnen Objekte ein eigentliches Unternehmen betrieben. Das Konzept und die systematische Einordnung von Art. 630 Abs. 2 ZGB lässt jedoch den Schluss zu, dass der Gesetzgeber nicht an solche Fälle gedacht hat, diese mithin nicht unter diesen Ausgleichungstatbestand subsumiert werden können. Denn erzielte der ausgleichungspflichtige Erbe durch die unternehmerische Tätigkeit einen grossen Gewinn, so wäre es unbillig, müsste er diesen mit den Miterben teilen. Umgekehrt wäre es auch für die ausgleichungsberechtigten Miterben unbillig, müssten sie unternehmerische Verluste – auf deren Entstehung sie keinerlei Einfluss ausüben konnten – mittragen, wenn der erzielte Erlös die Verwendungen nur knapp überstiege oder jener gar unter diesen läge.

Nach dem Gesagten widerspricht eine Beteiligung am Unternehmerrisiko – d.h. an Gewinn oder Verlust – dem Grundgedanken der Ausgleichung. Sobald der Ausgleichungsschuldner – wie hier – mit dem Zuwendungsobjekt einer unternehmerischen Tätigkeit nachgeht, können demnach solche Handlungen nicht mehr als Verwendungen im Sinne von Art. 630 Abs. 2 ZGB angesehen werden. Zum selben Ergebnis gelangt man auch, wenn man vom Zweck der einzelnen Handlungen in Bezug auf das Zuwendungsobjekt ausgeht. So ist der primäre Zweck der Verwendungen derjenige der Werterhaltung im Hinblick auf die zukünftige Erbteilung, währenddem mit der unternehmerischen Tätigkeit einzig die Gewinnerzielung angestrebt wird. Für den vorlie-



genden Fall bleibt somit kein Raum für eine andere Lösung als – abweichend vom Konzept des Art. 630 ZGB – diejenige, dass auf das ursprüngliche und unveränderte Zuwendungsobjekt (unüberbautes Grundstück) abzustellen und dessen Verkehrswert im Zeitpunkt der vorzeitigen Veräusserung zu bestimmen ist. Im Ergebnis hat das Obergericht demnach kein Bundesrecht verletzt.

### Bemerkungen:

1. Der angefochtene Entscheid erging – wie der unpublizierten E. 1.1 zu entnehmen ist – unter den Bestimmungen des OG, da der strittige Beschluss der Vorinstanz vor dem 1. Januar 2007 datiert (vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG).

2. Das Bundesgericht ruft in Erinnerung, wie im Falle streitiger Bewertungsfragen die Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfragen vorzunehmen ist (E. 6.3.3), worauf vorliegend nicht weiter eingegangen werden soll. Diese Kriterien beanspruchen vor dem Hintergrund, dass sich Art. 97 Abs. 1 BGG an das bisherige Recht anlehnt (SEILER, Stämpflis Handkommentar zum BGG, N 2 zu Art. 97), auch unter dem neuen BGG weiterhin Gültigkeit.

3. Soweit ersichtlich, hatte das Bundesgericht erstmals Gelegenheit, einen zur Publikation bestimmten Entscheid zu fällen, welcher sich ausdrücklich mit Art. 630 Abs. 2 ZGB auseinandersetzt. Entscheide zu Art. 630 Abs. 1 ZGB sind ebenfalls Mangelware (vgl. immerhin die alten BGE 45 II 7 und 55 II 163), wogegen zum verwandten Problem der Bewertung herabsetzbarer Zuwendungen – namentlich gemischter Schenkungen – auf eine reiche Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann (z. B. den grundlegenden BGE 98 II 352).

Der dispositive (vgl. BGer 5C.60/2003, E. 3.1) Art. 630 ZGB regelt im Bereich der Ausgleichung dreierlei: In Absatz 1 bestimmt er vorab, dass Erbvorbezüge zum Verkehrswert («Werte der Zuwendungen») auszugleichen sind (vgl. EITEL, a.a.O., N 18 ff. zu Art. 630 mit Hinweisen auf die abweichende Regelung im bäuerlichen Bodenrecht, wo zum Ertragswert auszugleichen ist). Sodann regelt er den massgebenden Bewertungszeitpunkt, wobei er – im Falle der sog. Idealkollation (zum Begriff EITEL, a.a.O., N 1 zu Art. 628) – danach unterscheidet, ob der Erbvorbezug zum Zeitpunkt des Erbgangs (gemeint ist die Eröffnung des Erbgangs, also der Zeitpunkt des Hinschieds des Erblassers) noch im Eigentum des Ausgleichspflichtigen steht (dann ist dieser Zeitpunkt massgebend; es gilt somit das «Todestagsprinzip») oder vorher veräussert worden

ist (dann hat die Ausgleichung zum Werte im Zeitpunkt des Verkaufs zu erfolgen, sofern dieser zum Verkehrswert erfolgte; so die herrschende Lehre, zuletzt BURCKHARDT BERTOSSA, Praxiskommentar Erbrecht, N 10 f. zu Art. 630; CHK-R. FANKHAUSER, N 4 f. zu Art. 630).

In Absatz 2 ordnet Art. 630 ZGB an, dass «Verwendungen und Schaden nach den Besitzesregeln in Anschlag zu bringen» sind.

Die publizierten und vorliegend relevanten Erwägungen des Bundesgerichtes beleuchten den Anwendungsbereich beider Absätze.

4. Hinsichtlich des massgebenden Bewertungszeitpunkts hat sich der Gesetzgeber – in Übereinstimmung mit Art. 537 Abs. 2 ZGB – für den Zeitpunkt der Eröffnung des Erbgangs («Todestagsprinzip») und gegen den Zeitpunkt der Ausrichtung der Zuwendung entschieden. Dies wird von der Lehre überwiegend gebilligt, hat aber zur Konsequenz, dass dem Umstand der uneingeschränkten Verfügungsfreiheit des ausgleichungspflichtigen Erben zwischen dem Zuwendungszeitpunkt und der Eröffnung des Erbgangs Rechnung getragen werden muss (vgl. EITEL, a.a.O. N 6 zu Art. 630, welcher von «Korrekturfaktoren» spricht, welche aber ohne eigentlichen Einfluss auf den Ausgleichungswert blieben). Es ist dem ausgleichungspflichtigen Erben erlaubt, den Gegenstand zu nutzen (auch zu übernutzen), zu veräussern oder zu verschenken. Selbstredend kann er im fraglichen Zeitraum auch werterhaltende und/oder wertvermehrende Investitionen tätigen, über welche im Rahmen der Erbteilung abzurechnen ist.

Art. 630 Abs. 2 ZGB verweist für die Bewertung der Ansprüche des Ausgleichungsschuldners gegen seine Miterben auf die Besitzesregeln (Art. 938–940 ZGB). Diese Verweisung wird einhellig kritisiert, da die besitzrechtliche Unterscheidung zwischen Gut- und Bösgläubigkeit zufolge fehlender Analogie zum Ausgleichsrecht vielfach zu keinen befriedigenden Resultaten führt (zuletzt BURCKHARDT BERTOSSA, a.a.O., N 14 zu Art. 630; CHK-R. FANKHAUSER, N 6 zu Art. 630).

Im Anwendungsbereich von Art. 630 Abs. 2 ZGB postuliert das herrschende Schrifttum (vgl. EITEL, a.a.O., N 50 zu Art. 630) eine Anspruchsregelung aufgrund allgemeiner besitzrechtlicher Grundsätze. Demnach sind zwar notwendige und nützliche Verwendungen zu ersetzen, nicht aber solche luxuriöser Natur (vgl. STARK, Berner Kommentar, N 8 ff. zu Art. 939; die Abgrenzung hat unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalles zu erfolgen). Letztere sollen immerhin entfernt werden dürfen, soweit dies ohne Beschädigung des betroffenen Gegenstandes möglich ist. Hinsichtlich der Nutzungen herrscht die

Ansicht vor, dass Erträge nicht zur Ausgleichung zu bringen sind, wohl aber mit den zu ersetzenden Verwendungen verrechnet werden müssen (vgl. BURCKHARDT BERTOSSA, a.a.O., N 18 zu Art. 630). Strittig ist, ob der Ausgleichungsschuldner lediglich für absichtlich zum Nachteil der Ausgleichungsgläubiger verursachten Schaden oder jedenfalls nicht für leichte Fahrlässigkeit einzustehen habe oder ob er zum Ersatz jedes schuldhaft verursachten Schadens zu verhalten sei (Überblick über den Meinungsstand bei EITEL, a.a.O., N 56 zu Art. 630). Übereinstimmend geht die Doktrin hingegen davon aus, dass die durch Übernutzung verursachte Wertminderung zu ersetzen ist (ESCHER/ESCHER, a.a.O., N 15 zu Art. 630). Art. 630 Abs. 2 ZGB ist bei der Wertanrechnung (Idealkollation) wie bei der Einwerfung in Natur (Realkollation) gleichermassen anzuwenden (vgl. PIOTET, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/1, S. 326 Fn. 135), da in beiden Fällen zwischen der Zuwendung und der Eröffnung des Erbgangs Verwendungen anfallen, über die in der Erbteilung abzurechnen ist.

5. Das Bundesgericht hält mit der Lehre dafür, dass es sich bei den Verwendungen im Sinne von Art. 939 ZGB um Ausbesserungs-, Sicherungsarbeiten und dgl. handle, mithin solche zur (passiven) Erhaltung des Zuwendungsgegenstandes im Sinne einer Wert-erhaltung und -steigerung (E. 6.3.4). Die (analoge) Anwendung muss also immer dann scheitern, wo wie im vorliegenden Sachverhalt die Aktivitäten des Ausgleichungsschuldners über die passive Erhaltung des Zuwendungsgegenstandes hinausgehen. Das höchste Gericht gelangt zum Schluss, dass der Gesetzgeber Sachverhalte, in welchen auf ein unternehmerisches Handeln des Ausgleichungsschuldners zu schliessen sei, nicht bedacht habe. Erziele der Ausgleichungsschuldner durch seine Tätigkeit einen grossen Gewinn, sei es unbillig, diesen auch den Miterben des Ausgleichungsschuldners zugute kommen zu lassen, wogegen es im umgekehrten Fall nicht angezeigt sei, die Miterben allfällige Verluste entgelten zu lassen (E. 6.3.4 S. 420).

Das Bundesgericht trägt diesem Umstand konsequenterweise durch Nichtanwendung von Art. 630 ZGB Rechnung. Es geht – ohne diese ausdrücklich zu benennen – von einer unechten Lücke bzw. planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes aus (zu den Begriffen HONSELL, Basler Kommentar zum ZGB, N 30 zu Art. 1) und versagt den einschlägigen Bestimmungen die Anwendung. Abweichend vom Konzept von Art. 630 ZGB hat demnach der Ausgleichungsschuldner jenen Wert zur Ausgleichung zu bringen, welchen der ursprüngliche Zuwendungsgegenstand im Zeitpunkt der Veräusserung gehabt hätte unter Nichtberücksichtigung der getätigten

Investitionen und damit verbundenen Mehr- oder Minderwerten.

6. Das Bundesgericht hat die Nichtanwendbarkeit von Art. 630 ZGB in der amtlichen Sammlung nicht als Praxisänderung gekennzeichnet. Vielmehr ist von einer erstmaligen Praxisfestlegung auszugehen, welche die Anwendung von Art. 630 ZGB für die dargestellte Sachverhaltskonstellation vollständig ausschliesst. Für die künftige Rechtsanwendung ist nunmehr von Bedeutung, über griffige Abgrenzungskriterien zur Beantwortung der Frage zu verfügen, wann der Ausgleichungsschuldner den Bereich der bloss passiven Erhaltung des Zuwendungsgegenstandes verlässt und stattdessen eine unternehmerische Tätigkeit entfaltet.

Das Gericht hat einen Weg beschritten, welcher Parallelen zum Ansatz aufweist, den PAUL EITEL für die Ausgleichung von Unternehmenszuwendungen vorgeschlagen hat: Dieser Autor postuliert, im Rahmen der erbrechtlichen Ausgleichung mindestens teilweise ein der güterrechtlichen Auseinandersetzung analoges Vorgehen in Bezug auf ein sog. «Eigengutsunternehmen» (also in die Ehe eingebrachtes oder nach Eingehung der Ehe durch Erbgang oder sonst wie unentgeltlich erhaltenes Unternehmen, vgl. Art. 198 Ziff. 2 ZGB, sowie die rechtsgeschäftliche Begründung von Eigengutsunternehmen durch Ehevertrag nach Massgabe von Art. 199 Abs. 1 ZGB) anzuwenden (vgl. EITEL, Alte und neue Probleme der Unternehmensnachfolge, in: Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Festschrift für Heinz Hausheer, Bern 2002, S. 493 ff. S. 509; ders., Zivilrechtliche, insbesondere güter-, erb- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Unternehmensnachfolge, recht, Studienheft 6, S. 6; ders., a.a.O., N 62 zu Art. 630). Demnach ist (im Gegensatz zu dem an sich klaren Wortlaut von Art. 630 ZGB) nicht auszugleichen, was im Zeitpunkt der Eröffnung des Erbanges des Erblassers zur «Er-rungenschaft» des Ausgleichungsschuldners (wobei zufolge bloss analoger Anwendung der güterrechtlichen Grundsätze der Zivil- und Güterstand des Ausgleichungsschuldners belanglos bleibt) gehört, nämlich der Ertrag (also die Nutzungen, was bereits jetzt ganz herrschende Ansicht ist) sowie ein marktgerechter Arbeitserwerb (also der auf unternehmerisches Handeln zurückzuführende Mehrwert). Im Gegenzug ist in dieser Konstellation ein Minderwert konsequenterweise vom Ausgleichungsschuldner alleine zu tragen, indem er jenen Wert auszugleichen hat, welchen die Zuwendung ohne die fehlgeschlagenen Investitionen zum massgebenden Bewertungszeitpunkt (hypothetisch) gehabt hätte (die Doktrin spricht in diesem Zusammenhang von



einer «Billigkeitshaftung» des Ausgleichungsschuldners [vgl. EITEL, a.a.O.], ein Analogieschluss zum ehelichen Güterrecht ist ausgeschlossen).

Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies im Ergebnis nichts anderes, als dass bei Nutzung des Vorempfanges zu unternehmerischen Zwecken durch den Ausgleichungsschuldner im Rahmen der Durchführung der erbrechtlichen Ausgleichung zwischen konjunkturellen und industriellen Mehrwerten abgegrenzt werden muss, um zu sachgerechten Ergebnissen zu gelangen (zu dieser Abgrenzung aus der publizierten Rechtsprechung zuletzt BGE 131 III 559 [Arbeitserwerb] mit weiteren Hinweisen; aus der Doktrin HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Basler Kommentar, N 14 zu Art. 197; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, N 37 ff. zu Art. 197): Erstere sind ausschliesslich auf Angebot und Nachfrage des Marktes zurückzuführen, letztere haben dagegen ihren Grund im Einsatz des wirtschaftlich Tätigen. Analog auf die Ausgleichung angewendet sind somit lediglich konjunkturelle Mehrwerte zur Ausgleichung zu bringen, nicht aber industrielle. Im umgekehrten Fall von Wertminderungen finden lediglich konjunkturelle Einbussen bei der Bemessung des Ausgleichungswerts Berücksichtigung, nicht aber industrielle (hier ist auf den hypothetischen Wert unter Ausklammerung der wertmindernden Einflüsse abzustellen).

Konsequent zu Ende gedacht bedeutet dies, dass das unternehmerische Risiko gleichsam in Fällen der Ideal- als auch der Realkollation voll durchschlägt. Spielen die vorgenannten Grundsätze nämlich im Falle der Idealkollation (Anrechnung dem Werte nach), besteht kein Grund, sie nicht auch im Falle der Realkollation (Einwerfung des Zuwendungsgegenstandes) anzuwenden. Demnach hätte ein erfolgreicher Unternehmer, falls er den Zuwendungsgegenstand in natura einwirft, ebenso Anspruch auf Ersatz des industriellen Mehrwertes durch seine Miterben wie der glücklose Unternehmer den durch seine aktive Tätigkeit verursachten Minderwert den Ausgleichungsgläubigern zu erstatten hätte.

7. Nicht geklärt ist damit freilich die schwierige Frage, wann der Ausgleichungsschuldner eine unternehmerische Tätigkeit für sich reklamieren darf oder wann ihm eine solche unterstellt werden muss. Denn nur soweit unternehmerisch gehandelt wird, werden überhaupt (ausgleichsrechtlich irrelevante) industrielle Mehr- oder Minderwerte erzielt.

Die güterrechtliche Doktrin und Praxis haben bereits unter dem alten Ehegüterrecht der Güterverbindung Gelegenheit gehabt, Konturen für die Abgrenzung herauszuarbeiten, wiewohl die Unterscheidung nicht ausdrücklich im Gesetz festgehalten war (BGE 112 II 384; vgl. auch MERZ, Wertsteigerungen in die Gü-

terverbindungsehe eingebrachter Eigengüter bei Auflösung des Güterstandes, SAG 1987, S. 13 ff.). Diese Grundsätze gelten auch unter dem Recht der Errungenschaftsbeteiligung (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, a.a.O.). Demnach liegen konjunkturelle Mehrwerte vor, welche ohne jedes Zutun eines Ehegatten eintreten oder auf die gewöhnliche bzw. ordentliche Verwaltung zurückzuführen sind, wobei eine Wertsteigerung gestützt auf eine gewisse Geschäftstüchtigkeit unbeachtlich sein soll. Industrielle Mehrwerte stehen demgegenüber in Rede bei eigentlicher wirtschaftlicher Tätigkeit, welche zu einer Wertsteigerung des betroffenen Vermögens führt (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, a.a.O., N 40 ff. zu Art. 197).

Die im Güterrecht vorzunehmende Abgrenzung ist in der Sache mit der steuerrechtlichen Abgrenzung zwischen steuerfreien Kapitalgewinnen und steuerbarem Vermögensertrag eng verwandt. Aus diesem Grunde stellt die Lehre in Zweifelsfällen darauf ab, ob der Ausgleichungsschuldner die Mehrwerte auf dem Vermögen im Realisierungsfalle als Einkommen zu versteuern habe oder als private (steuerfreie) Kapitalgewinne vereinnahmen könne (vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, a.a.O., N 40 zu Art. 197; zur Problematik der Abgrenzung generell REICH, Der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Festschrift für Raoul Oberson, Basel 1995, S. 115 ff.). Mit anderen Worten ist danach zu fragen, ob die zugewendeten Vermögenswerte für Steuerzwecke des Ausgleichungsschuldners zu seinem Privat- oder Geschäftsvermögen gehören.

Im vorliegenden Fall darf ohne Weiteres unterstellt werden, der Ausgleichungsschuldner habe sich durch die Parzellierung, Überbauung und den anschliessenden Verkauf des vorempfangenen Grundstücks als gewerbsmässiger Liegenschaftenhändler qualifiziert und das zur Parzellierung bestimmte Grundstück sei entsprechend seinem Geschäftsvermögen zuzuordnen gewesen (illustrativ zur strengen Rechtsprechung der grundlegende BGE 125 II 113; zur analogen Frage der Annahme der selbständigen Erwerbstätigkeit im Wertschriftenhandel vgl. das Kreisschreiben Nr. 8 der eidgenössischen Steuerverwaltung vom 21. Juni 2005). In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass auch die gewinnbringende Veräusserung unentgeltlich erhaltener Liegenschaften die Supponierung des gewerbsmässigen Liegenschaftenshandels nicht ausschliesst, wobei hier der Wertzuwachs, welcher noch auf dem Privatvermögen entstanden ist, von der Besteuerung ausgenommen wird (vgl. LOCHER, Kommentar zum DBG, N 40 zu Art. 18), was auch für die Ausgleichung zu gelten hat.

(Theoretisch) keine Schwierigkeiten bereitet dieses Konzept in jenen Fällen, wo dem Ausgleichungs-



schuldner als Vorempfang eine Einzelunternehmung oder die Beteiligung an einer ein kaufmännisches Unternehmen betreibenden Personengesellschaft zugewendet wird, zumal in solchen Konstellationen immer von selbständiger Erwerbstätigkeit auszugehen ist und die Zuwendung – soweit sie geschäftlich genutzt wird – als Geschäftsvermögen qualifiziert wird (detailliert LOCHER, a.a.O., N 127 ff. zu Art. 18). Hingegen stellen Beteiligungsrechte nur dann Geschäftsvermögen des Steuerpflichtigen dar, wenn die Beteiligung einem gleichzeitig von ihm betriebenen Einzelunternehmen erlaubt, einen beherrschenden Einfluss auf eine in einem verwandten Gebiet tätige Unternehmung auszuüben. In allen anderen Fällen liegt indessen Privatvermögen vor, wobei unbeachtlich bleibt, ob das Unternehmen dem Steuerpflichtigen nahe steht oder nicht. Aus diesem Grunde ist zusammen mit EITEL (recht, Studienheft 6, a.a.O. bei Anm. 61) davon auszugehen, dass für die ausgleichsrechtlich relevante Beurteilung der Frage der unternehmerischen Tätigkeit Vorempfänge von Personenunternehmen und beherrschenden Beteiligungen an Kapitalgesellschaften nicht unterschiedlich beurteilt werden dürfen. In Fällen gemischt-entgeltlicher Zuwendungen, wo sich der Erblasser die Nutzniessung vorbehält (und damit steuerrechtlich nie von Geschäftsvermögen des Ausgleichsschuldners ausgegangen werden darf [LOCHER, a.a.O., N 129 zu Art. 18]), dürfte regelmässig die Annahme einer unternehmerischen Tätigkeit entfallen, da der Erblasser die Geschicke bestimmt und deshalb nicht einzusehen wäre, weshalb ein Mehrwert dem Ausgleichsschuldner allein zustünde bzw. ein Minderwert allein von ihm zu tragen wäre.

8. Die durch die Anwendung vorgenannten Konzepts beseitigten Probleme der Anwendung von Art. 630 ZGB führen zwar näher an sachgerechte Ergebnisse heran, schaffen auf der anderen Seite aber neue Fragestellungen.

Schwierig zu beantworten kann wie dargelegt bereits die Frage sein, wann eine unternehmerische Tätigkeit vorliegt und ob die erzielten Mehr- oder Minderwerte auf konjunkturelle oder industrielle Einflüsse zurückzuführen sind.

Besondere Probleme bereitet im Falle unternehmerischen Misserfolgs die Feststellung des ausgleichsrechtlich relevanten Werts. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang unklar, ob vom Wert des Zuwendungsgegenstands im Falle bloss passiver Erhaltung (also im Ergebnis dem Wert zum Zeitpunkt der Zuwendung, bei Unternehmensnachfolgen erschiene eine solche Annahme etwas theoretisch) oder eher vom Wert, welchen das Unternehmen bei Zugrundelegung einer angemessenen Rendite unter Abzug der hypothetisch zulässigen Fruchtnut-

zung (welche noch keine Übernutzung darstellen würde) auszugehen wäre. Zu beachten ist, dass im Falle der Zuwendung gleichartiger Gegenstände an einen Unternehmer- und einen Nichtunternehmer (z. B. erhält der Sohn die Stimmenmehrheit in einer Familienaktiengesellschaft zugewendet, die Tochter dagegen Stammaktien) von unterschiedlichen Ausgleichswerten ausgegangen werden muss.

Beweismässig gilt in Anwendung allgemeiner Grundsätze (vgl. Art. 8 ZGB), dass – ausgehend vom Wert des Vorempfanges im Zuwendungszeitpunkt – beim Vorliegen von Wertsteigerungen der Ausgleichsschuldner für das Vorhandensein und den Umfang industrieller (nicht ausgleichspflichtiger) Mehrwerte beweispflichtig wird. Umgekehrt haben die Ausgleichungsgläubiger im Falle von Wertminderungen den Beweis zu erbringen, dass diese auf industrielle Ursachen (sowohl hinsichtlich des Vorhandenseins als auch des Umfangs) zurückzuführen sind. Diese Beweise dürften nur in seltenen Fällen zu erbringen sein (vgl. EITEL, a.a.O., N 63 zu Art. 630).

Diese Unwägbarkeiten führen zum resignierenden Ergebnis, dass auch weiterhin allen von einem Erbvorempfang betroffenen Parteien entschieden anzuraten ist, Fragen der Bewertung und der möglichen Verwendungen in einer Vereinbarung (zu Details exemplifikativ BURCKHARDT BERTOSSA, a.a.O., N 29 ff. zu Art. 626) zu regeln, welcher alle künftigen Erben beitreten.

9. Entgeht der Ausgleichsschuldner – aus welchen Gründen auch immer – der Ausgleichung (vgl. Art. 475 ZGB in Verbindung mit Art. 527 Ziff. 1 ZGB), so sind nach richtiger Auffassung die vorerwähnten Grundsätze auch für die Frage der Berechnung des Umfangs der Hinzurechnung und damit der möglichen Herabsetzbarkeit anzuwenden, um so Inkoherenzen tunlichst zu vermeiden (in diesem Sinne WEIMAR, Berner Kommentar, N 38 ff. zu Art. 475; JAUN, Zur erbrechtlichen Problematik von Wertveränderungen bei Zuwendungen unter Lebenden, ZBJV 2002, S. 96 ff. [S. 99 f.]; ebenso BÜRGL, Handkommentar zum ZGB, N 3 f. zu Art. 475, und CHK-CH. WILDISEN, N 6 f. zu Art. 475; je mit Hinweisen auf die abweichende herrschende Auffassung, welche nach der Gut- oder Bösgläubigkeit des Empfängers differenziert).

10. Zusammengefasst verdient der höchstrichterliche Entscheid, welcher couragiert der vorliegend nicht sachgerechten Gesetzgebung die Anwendung verweigert, Zustimmung. Das Bundesgericht beschreitet mit seiner Unterscheidung nach dem Kriterium der unternehmerischen Tätigkeit den richtigen Weg. Dieser harrt indes der weiteren Erschliessung durch die Praxis und das erbrechtliche Schrifttum.