

Kritisches zur bundesgerichtlichen Praxis zum Zupachtland im bäuerlichen Boden- und Erbrecht

Dr. iur. Benno Studer, Fürsprecher und Notar

Den nachfolgend besprochenen drei Urteilen ist gemeinsam, dass die Frage nach der Definition des landwirtschaftlichen Gewerbes, resp. was unter einer Mehrheitsbeteiligung an einem Gewerbe zu verstehen ist, gestellt wird. Dabei spielt die Frage, ob bei der Gewerbedefinition das Zupachtland einzurechnen ist, eine entscheidende Rolle. Der Rezensent vertritt in dieser Frage eine andere Auffassung als das Bundesgericht, welches der Auffassung von Frau PD Dr. CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN folgt.¹ Auf die kommende Rechtsentwicklung darf man gespannt sein.

BGE 129 III 693

Urteil der II. Zivilabteilung i.S. P gegen X und Y sowie Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement und Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden

A. Zusammenfassung des Sachverhaltes

1. X veräusserte an Y ein landwirtschaftliches Grundstück von 5052 m² zum Preise von Fr. 5028.–.
2. P ist Pächter dieses Grundstücks. In dieser Eigenschaft übte er gemäss Art. 47 Abs. 2 BGBB das Vorkaufsrecht aus.
3. P ist Eigentümer einer landwirtschaftlichen Nutzfläche von 3,8 ha mit Wohn- und Ökonomiegebäuden. Zusätzlich hat er rund 15 ha Land zugepachtet (darunter auch das Grundstück von 5052 m²).
4. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden entschied, dass P über kein landwirtschaftliches Gewerbe verfüge, weil die Zupachtfläche von 15 ha bei der Berechnung nicht mitgezählt werden dürfe. Folglich stehe P auch kein Vorkaufsrecht zu.
5. Das Bundesgericht schützt diese Rechtsauffassung.

B. Zusammenfassung der publizierten Erwägungen

1. Das Bundesgericht führt aus, dass die landwirtschaftlichen Gewerbe in verschiedener Weise besonderen Schutz geniessen, insbesondere durch günstige Übernahmbedingungen (z.B. Art. 11 Abs. 1 BGBB, Art. 36 Abs. 1 BGBB).²

¹ Vgl. SCHMID-TSCHIRREN, Eigentumsfragen im bäuerlichen Bodenrecht, BIAR 2009, S. 3 ff.

² BGE 129 III E. 5.2, S. 697.

2. Das Bundesgericht weist darauf hin, dass der Bundesrat in seiner Botschaft zum BGG³ bei der Gewerbedefinition nur das Eigenland berücksichtigt wissen wollte, dass aber das Parlament in Art. 7 Abs. 4 eine neue lit. c einfügte. Mit diesem Zusatz sollten auch *für längere Dauer zugepachtete Grundstücke berücksichtigt werden*.
3. Das Bundesgericht folgert dann, dass diese Spezialbestimmung einzig bei der Bestimmung der Betriebsgrösse zu berücksichtigen sei, also für die Frage, ob die halbe Arbeitskraft einer bäuerlichen Familie gegeben sei.⁴ Insbesondere sei durch diese parlamentarische Ergänzung das rechtliche System und die agrarpolitische Zielsetzung des Gesetzes nicht verändert worden.
4. Zudem, so führt das Bundesgericht weiter aus, gehöre das Zupachtland begrifflich nicht zum Eigentum an einem landwirtschaftlichen Gewerbe. Jedenfalls sei dort, wo das Gesetz selber ausdrücklich Eigentum an einem landwirtschaftlichen Gewerbe verlange, davon auszugehen, dass das Zupachtland nicht berücksichtigt werden dürfe (z.B. Art. 21 Abs. 1, Art. 42 Abs. 2, Art. 47 Abs. 2 BGG).

Eine andere Betrachtung würde beim Pächtervorkaufsrecht gemäss Art. 47 Abs. 2 BGG zu vom Gesetzgeber nicht erwünschten Auswirkungen führen. Diese Bestimmung bezwecke insbesondere die Förderung des bäuerlichen Grundeigentums und die Strukturverbesserung von landwirtschaftlichen Betrieben.

Da diese Zielvorstellung vorliegend nicht erreicht werde, sei die Beschwerde abzuweisen.

C. Bemerkungen

1. Gemäss Art. 47 Abs. 2 lit. b steht dem Pächter beim Verkauf des Pachtgrundstücks ein Vorkaufsrecht zu, wenn er Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist oder wirtschaftlich über ein solches verfügt. Nicht als wirtschaftliche Verfügung gilt die (reine) Pacht eines landwirtschaftlichen Gewerbes.⁵

Die Aufzählung in der Botschaft, was als «wirtschaftliche Verfügungsberechtigung» zu gelten hat, ist beispielhaft. Nicht ausgeschlossen werden kann daher aufgrund der Botschaft (*argumentum e contrario*), dass Betriebe mit Eigenland und Pachtland unter diesen Begriff zu subsumieren sind.

³ BBl 1988 III 982.

⁴ Heute 1.0 SAK, vgl. BGE 134 III 1 ff.

⁵ Botschaft (Fn. 3), S. 1001.

Das Gesetz selber verwendet somit nicht nur den reinen Eigentumsbegriff, wie ihn das Bundesgericht unter Berufung auf EDUARD HOFER definiert.⁶

2. Art. 620 aZGB sah vor, dass für die Beurteilung, ob eine ausreichende landwirtschaftliche Existenz gegeben war, auch Anteile an Liegenschaften und für längere Dauer mitbewirtschaftete Liegenschaften berücksichtigt werden konnten.

Durch die Schaffung von Art. 7 Abs. 4 lit. c wurde zumindest der Geltungsbereich des alten Rechts in das BGGB überführt.⁷

3. Nach der Systematik des BGGB werden im 2. Kapitel des 1. Titels verschiedene *Begriffe* definiert (Art. 6–10 BGGB), darunter auch der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes (Art. 7 BGGB). Mit seiner Interpretation führt das Bundesgericht zwei Gewerbebegriffe in das Gesetz ein, nämlich einen *mit* Berücksichtigung von Zupachtland (z.B. Art. 11 und 25 BGGB) und einen *ohne* Berücksichtigung von Zupachtland. Dieser Dualismus findet im Gesetz keine Stütze. Die ursprüngliche Konzeption des Bundesrats sah den Gewerbebegriff *ohne* Pachtland; das Parlament hat korrigiert und den Gewerbebegriff *mit* Pachtland definiert. Tertium non datur!
4. Das Bundesgericht lehnt das Vorkaufsrecht des Pächters letztlich auch unter Hinweis auf die agrarpolitische Zielsetzung und die erwünschte Korrektur landwirtschaftlicher Strukturen ab.

Art. 1 Abs. 1 lit. b BGGB bezweckt, «die Stellung des Selbstbewirtschafters einschliesslich diejenige des *Pächters beim Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe und Grundstücke zu stärken*».

Wie aber soll die Stellung des Pächters beim Erwerb von Grundstücken gestärkt werden, wenn ihm das Vorkaufsrecht – wie im vorliegenden Fall – verweigert wird? Der Pachtlandanteil an landwirtschaftlicher Nutzfläche in der Schweiz beträgt rund 45%. Wenn der Pächter die Möglichkeit hat, die von ihm gepachteten Grundstücke zu erwerben und auf diese Weise seinen Eigenlandanteil aufzustocken, gibt es keinen vernünftigen Grund, weshalb der Gesetzgeber dies verwehren sollte. Dies umso weniger, als der Erwerb mit der Zielsetzung des Gesetzes im Einklang steht.

In der Botschaft des Bundesrats fehlte die Zielsetzung des Gesetzes gänzlich. Diese fand erst im Rahmen der parlamentarischen Beratung Aufnahme im Gesetz (Art. 1 Abs. 1 BGGB). Der Bundesgerichtsentscheid basiert noch auf der bundesrätlichen Konzeption.

5. In BGE 134 III 1 ff. wurde die in dieser Entscheidung besprochene Rechtsprechung weiter entwickelt. Um Doppelspurigkeiten zu vermeiden, erfolgt eine vertiefte Auseinandersetzung in der nachfolgenden Besprechung. Es

⁶ Komm. zum BGGB, N 13, 15 und 21 zu Art. 7 BGGB.

⁷ HOFER, in Komm. zum BGGB, N 91 zu Art. 7 BGGB.

ist daher unerlässlich, auch die Bemerkungen zu BGE 134 III 1 ff. in die vorstehenden Ausführungen einzubeziehen.

BGE 134 III 1

Urteil des Bundesgerichts vom 18. September 2007: Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes zum Ertragswert (Art. 11 BGG), bzw. eines landwirtschaftlichen Grundstückes zum doppelten Ertragswert (Art. 21 BGG).

A. Zusammenfassung des Sachverhalts

1. R verstarb im April 2001. Als gesetzliche Erben hinterliess er fünf Söhne. Zum Nachlass des Erblassers gehören unter anderem zwei landwirtschaftliche Grundstücke mit total 132 Aren. Auf einem Grundstück befindet sich das Wohnhaus, umfassend eine Betriebsleiterwohnung und einen Stallanteil, sowie ein Ökonomiegebäude.

Der Kläger, Landwirt, bewohnt mit seiner Familie die Betriebsleiterwohnung. Der Ertragswert der beiden Nachlassgrundstücke beträgt Fr. 87000.00.

2. Der Kläger ist Eigentümer von vier landwirtschaftlichen Grundstücken, nämlich
 - 78,74 Aren mit Stallgebäude, Acker und Wiese
 - 43,96 Aren Acker und Wiese
 - 31,18 Aren Scheune mit Umschwung
 - 74,56 Aren Acker und Wiese

Daneben bewirtschaftet der Kläger – gestützt auf schriftliche und mündliche Pachtverträge – rund 2172 Aren. Einen Teil dieser Fläche hat er vom Erblasser gepachtet. Er betreibt einen Milchwirtschaftsbetrieb mit 26,2 Grossvieheinheiten (GVE).

3. Der Kläger verlangte die Zuweisung der beiden Nachlassgrundstücke zum einfachen *Ertragswert*. Die Beklagten verlangten, dass auf die Nachlassgrundstücke für die Teilung das *Verkehrswertprinzip* zur Anwendung gelange.

B. Verfahrensablauf

1. Das Bezirksgericht bejahte das Vorliegen eines landwirtschaftlichen Gewerbes gemäss Art. 7 bzw. Art. 11 Abs. 1 BGG. Es erwog, dass bei der strittigen Frage, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliege, die dem Kläger bereits gehörenden oder für längere Dauer zugepachteten Grundstücke berücksichtigt werden dürfen, «weil diese Grundstücke vor dem

Tode des Erblassers von ihm zusammen mit den (Nachlass) Liegenschaften bereits bewirtschaftet wurden». Da somit unzweifelhaft ein landwirtschaftliches Gewerbe vorlag, wurde die Klage gutgeheissen.

2. Das Obergericht stellte fest, dass ein Zuweisungsanspruch im Sinne von Art. 11 Abs. 1 BGGB nur dann gegeben sei, wenn sich in der *Erbschaft* ein landwirtschaftliches Gewerbe befinde. Massgebend sei demnach, «ob der Nachlass selber ein landwirtschaftliches Gewerbe bildet oder ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, weil die Nachlassgrundstücke zusammen mit Zupachten ein solches ausmachen. Unmassgeblich ist, ob ausserhalb der Erbschaft bzw. des Nachlasses ein landwirtschaftliches Gewerbe gegeben ist, zu dem die Nachlassgrundstücke allenfalls mit einem Pachtverhältnis rechtlich verbunden sind und insoweit wirtschaftlich gehören, und das von einem Erben bewirtschaftet wird.»

Folgerichtig wurde das Vorliegen eines landwirtschaftlichen Gewerbes im Nachlass verneint.

Hingegen bejahte das Obergericht einen Zuweisungsanspruch gemäss Art. 21 Abs. 1 BGGB. Nach dieser Bestimmung kann ein Erbe Nachlassgrundstücke zum *doppelten Ertragswert* in sein Eigentum verlangen, wenn er Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist. Diese Voraussetzung war – unter Einbezug des Pachtlandes – vorliegend erfüllt.

3. Die Beklagten erklärten Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrag, das obergerichtliche Urteil sei aufzuheben und die beiden Nachlassgrundstücke seien bei der Teilung zum Verkehrswert einzusetzen.

Der Kläger verlangte die Abweisung der Berufung und mit Anschlussberufung gleichzeitig die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils, d.h. die Zuweisung der Nachlassparzellen zum einfachen Ertragswert.

Das Bundesgericht heisst die Berufung gut und erklärt für die Teilung den Verkehrswert der beiden Parzellen massgebend.

C. Zusammenfassung der publizierten Erwägungen

1.
 - 1.1 Das Bundesgericht setzt sich zuerst mit der These des Obergerichts auseinander, nach welcher dem Kläger ein Zugrecht zum doppelten Ertragswert zugesprochen wurde. Die Frage, wer als Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes gelten könne, hatte sich bereits in BGE 129 III 693 gestellt. In jenem Entscheid machte ein Pächter, der über Grundstücke mit Landwirtschaftsland, Bauten und Anlagen von 3,8 Hektaren und Pachtland von rund 19 Hektaren verfügte, geltend, er verfügte über ein landwirtschaftliches Gewerbe und habe damit auch ein Pächtervorkaufsrecht gemäss Art. 47 Abs. 2 lit. b BGGB. Das Bundesgericht erkannte, dass Zupachtland begrifflich nicht zum Eigentum an einem landwirtschaftli-

chen Gewerbe gehöre und daher bei der Beurteilung, ob der Pächter Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sei, *nicht* berücksichtigt werden könne.⁸ Es sei einzig das Eigenland als Kriterium heranzuziehen. Weil jedoch in diesem Falle (nur 3,8 Hektaren Eigenland) kein landwirtschaftliches Gewerbe vorliege, bestehe kein Vorkaufsrecht.⁹

- 1.2 Das Bundesgericht sah keine Veranlassung, von der im Zusammenhang mit dem Pächtervorkaufsrecht entwickelten Rechtsprechung beim Zuweisungsrecht des Art. 21 BGG abzuweichen. Zur Begründung führt es aus:¹⁰ «Es wäre mit Blick auf das Strukturhaltungsziel, das einen gefestigten Zusammenhalt der Betriebsgrundlagen voraussetzt, zudem wenig sinnvoll, den starken eigentumsrechtlichen Zusammenhalt (teilweise) aufzugeben mit Rücksicht auf die wesentlich schwächere Verbundenheit, die Pachtverhältnisse herstellen.» Nachdem der Kläger lediglich Eigentümer von vier landwirtschaftlichen Grundstücken von rund 2,28 Hektaren sei, verfüge er über kein landwirtschaftliches Gewerbe und folglich über kein Zuweisungsrecht zum doppelten Ertragswert gemäss Art. 21 BGG.

2.

- 2.1 Das Zuweisungsrecht gemäss Art. 11 Abs. 1 BGG (zum einfachen Ertragswert) setzt – nach dem bundesgerichtlichen Urteil – voraus, dass sich *in der Erbschaft* selbst, d.h. im Nachlassvermögen des Erblassers, ein landwirtschaftliches Gewerbe befindet.¹¹

Der Gesetzeswortlaut lasse es nicht zu, dass zur Bestimmung der Gewerbeliegenschaft Nachlassgrundstücke und Grundstücke im Eigentum eines Erben vermischt werden.

Selbst wenn im vorliegenden Falle die Nachlassgrundstücke und die im Eigentum des Klägers befindlichen Grundstücke zusammengezählt würden, liege immer noch kein landwirtschaftliches Gewerbe vor, da ausschliesslich auf das Eigentum abzustellen sei.

- 2.2 Das BGG habe unter anderem das Ziel, leistungsfähige Betriebe als Ganzes zu erhalten (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a BGG). Diese Zielsetzung beziehe sich – sowohl im Nachlass als auch beim Erben – auf *bestehende* landwirtschaftliche Gewerbe. Nur diese sollen von den Vorzugsbestimmungen profitieren und nicht auch solche, die erst durch die Ausübung eines *Zugrechts* entstünden.¹²

⁸ BGE 129 III 699.

⁹ Vgl. dazu die Bemerkungen zu BGE 129 III 693.

¹⁰ BGE 134 III 7.

¹¹ BGE 134 III 9.

¹² BGE 134 III 9.

D. Bemerkungen

Der vorliegende Entscheid hat bei konsequenter Umsetzung und Anwendung auf die Zuweisungsrechte – sowohl für Gewerbe gemäss Art. 11 Abs. 1 BGGG wie auch für Einzelgrundstücke nach Art. 21 BGGG – einschneidende Auswirkungen, indem er letztlich zu einer Aushöhlung der Zuweisungsrechte führt. Damit die Sorge des Rezensenten verständlich wird, seien die ökonomischen Konsequenzen dieses Entscheides an den Anfang der Ausführungen gestellt. Die praktischen Auswirkungen – die Tragweite im wahrsten Sinne des Wortes – erfordern aber auch eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Materialien, insbesondere dem Wechsel vom ZGB (Art. 620 ff. aZGB) zum neuen bürgerlichen Bodenrecht BGGG in Kraft seit 1.1.1994).

Die Anrechnung des Pachtlandes bei der Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, steht in einem direkten Zusammenhang mit der Höhe der Gewerbebegrenze in Art. 7 BGGG. Der Bundesrat hatte in seiner Vernehmlassungsgrundlage zur Agrarpolitik 2011 (AP 2011) vom 14. September 2005 noch eine Erhöhung der Gewerbebegrenze auf 1,25 SAK vorgeschlagen.¹³ Im Parlament setzte sich dann die Grösse von 1,0 SAK durch. Hingegen wurde die vom Bundesrat vorgeschlagene untere Grenze für kantonale rechtliche Gewerbebegrenzungen gemäss Art. 5 BGGG von neu 0,75 SAK auch vom Parlament gutgeheissen.

Die nachfolgende Tabelle¹⁴ zeigt, dass die Kantone von ihrer Kompetenz, die Gewerbebegrenze herabzusetzen, in unterschiedlichem Masse Gebrauch machen, ja kantonsintern noch zwischen Talzone (TZ), Hügelzone (HZ) und Bergzonen (BZ) unterscheiden.

¹³ www.blw.admin.ch, Dossier «Agrarpolitik 2011».

¹⁴ Quelle BLW.

	Vor 1.9.2008			Ab 1.9.2008		
	Anzahl SAK			Anzahl SAK		
	TZ	HZ	BZ	TZ	HZ	BZ
Aargau	0,75	0,75	0,75	1	1	1
Appenzell Ausserrhoden	0,75	0,75	0,75	1	1	1
Appenzell Innerrhoden	/	/	0,5	/	/	0,75
Basel-Landschaft	0,75	0,75	0,75	1	1	1
Basel-Stadt	0,75	0,75	0,75	1	1	1
Bern	0,75	0,55	0,55	1	0,8	0,8
Freiburg	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75
Genf	0,5	/	/	0,75	/	/
Glarus	0,75	0,75	0,5	1	0,75	0,75
Graubünden	0,75	0,75	0,75	1	1	1
Jura	0,6	0,6	0,6	0,75	0,75	0,75
Luzern	0,75	0,6	0,6	1	0,8	0,8
Neuenburg	0,75	0,75	0,75	1	1	1
Nidwalden	0,75	0,75	0,75	1	1	1
Obwalden	0,75	0,75	0,75	1	1	1
Schaffhausen	0,75	0,75	0,75	1	1	1
Schwyz	0,75	0,75	0,75	1	1	1
St. Gallen	0,75	0,75	0,75	1	1	1
Solothurn	0,5	0,5	0,5	0,75	0,75	0,75
Tessin	0,5	0,5	0,5	0,75	0,75	0,75
Thurgau	0,75	0,75	0,75	1	1	1
Uri	0,75	0,75	0,75	1	1	1
Waadtland	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75
Wallis	0,75	0,75	0,75	1	1	1
Zug	0,75	0,75	0,75	1	1	1
Zürich	0,75	0,75	0,75	1	1	1

I. Strukturpolitische Konsequenzen

1. Gemäss Art. 7 BGGB wird das landwirtschaftliche Gewerbe nach der Fassung vom 1. Januar 2004 wie folgt definiert:

Als landwirtschaftliches Gewerbe gilt eine Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen, die als Grundlage der landwirtschaftlichen Produktion dient und zu deren Bewirtschaftung, wenn sie landesüblich ist, mindestens drei Viertel einer Standardarbeitskraft nötig ist. Der Bundesrat legt die Faktoren und die Werte für die Berechnung einer Standardarbeitskraft in Abstimmung mit dem Landwirtschaftsrecht fest.

Gemäss der Botschaft zur Agrarpolitik 2011¹⁵ erreichen nach dieser Definition noch 44159 Betriebe diese Grösse und galten somit als landwirtschaftliche Gewerbe im Sinne des BGGB.¹⁶

2. Durch die Revision des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht vom 5. Oktober 2007, in Kraft seit 1. September 2008, wurde die Gewerbe-
grenze auf 1,0 SAK angehoben. Wiederum nach der Schätzung des BLW
erreichen nach dieser Heraufsetzung noch 38236 Betriebe die Gewerbe-
eigenschaft nach Art. 7 BGGB.
3. Aus diesem Kontext der AP 2011 wie auch einer Nachfrage beim BLW
ergibt sich klar, dass beim Vorschlag der Erhöhung der Gewerbe-
grenze das *Pachtland* immer eingerechnet war. Die vom BLW veröffentlichten Be-
triebszahlen von 44159 Gewerben bei 0,75 SAK, resp. 38236 Gewerben bei
1,0 SAK verstehen sich immer inkl. Pachtland. Mit anderen Worten: Beim
Gewerbebegriff gemäss Art. 7 BGGB wurde das Pachtland immer mitge-
rechnet.
4. Gemäss den statistischen Erhebungen und Schätzungen des Schweizeri-
schen Bauernverbandes aus dem Jahre 2006 hat der Pachtlandanteil in den
letzten Jahren laufend zugenommen. Der Anteil des Pachtlandes an der
bewirtschafteten landwirtschaftlichen Nutzfläche liegt heute bei ca. 45%.
Der Rezensent wollte vom Bundesamt für Statistik wissen, wie viele Be-
triebe die Voraussetzungen für ein landwirtschaftliches Gewerbe noch er-
füllen:
 - ohne Pachtland bei 0,75 SAK
 - ohne Pachtland bei 1,0 SAK

Der zuständige Sachbearbeiter, Herr D. BOHNENBLUST (dem ich an dieser
Stelle herzlich danke), unterzog sich der Aufgabe und teilte mit:

Die Eigentums- und Nutzungsverhältnisse wurden letztmals im Jahre 1996
bei allen Landwirten im Sinne einer Vollerhebung erfasst. Im Jahre 2005
wurde diese Frage nur noch in einer Stichprobe erfragt. Dabei wurde bei
Betrieben mit Pachtland ausgerechnet, wie hoch in Prozent der Anteil des
Pachtlandes an der gesamten landwirtschaftlichen Nutzfläche (LN) des
Betriebes liegt. Dieser Prozentsatz wurde auf die SAK angewandt und er-
mittelt, wie viele Betriebe die genannten Grenzwerte erreichen. Danach
ergibt sich folgendes Bild:

¹⁵ BBI 2006, S. 6484 f.

¹⁶ Zum kantonalrechtlichen Gewerbebegriff vgl. Art. 5 BGGB.

	Stichprobe	2005 Total	%
Betriebe => 0,75 SAK	7452	44990	100
Betriebe => 0,75 SAK (Abzug Pachtland)	4581	27655	61,5
Betriebe, die ohne Pachtland die Gewerbeeigenschaft verlieren		17335	38,5
Betriebe => 1,00 SAK	6802	38716	100
Betriebe => 1,00 SAK (Abzug Pachtland)	3789	25564	66
Betriebe, die ohne Pachtland die Gewerbeeigenschaft verlieren		13152	34

Auch wenn die stichprobenweise Erfassung der Daten mit Unsicherheiten behaftet ist und auf die einzelnen Betriebe nicht korrekt ist, wird doch die Konsequenz klar:

Zwischen 30 und 40 % der Betriebe erfüllen ohne Pachtland das Kriterium des landwirtschaftlichen Gewerbes nicht mehr.

Kann das Pachtland bei den Zuweisungsrechten nicht berücksichtigt und nur noch Eigenland bei der Beurteilung eines Gewerbes mitgezählt werden, führt dies zu einer massiven Abwertung des Instituts des bäuerlichen Erbrechts. Sämtliche Betriebe, die ohne Pachtland kein Gewerbe mehr bilden, unterliegen automatisch dem *Verkehrswertprinzip*.

Nachfolgend wird aufzuzeigen sein, ob diese Konsequenz auch vom Gesetzgeber gewollt war, oder ob das Bundesgericht in seiner Auslegung der Bestimmungen des BGGB seine eigene Strukturpolitik betreibt.¹⁷

II. Für längere Dauer mitbewirtschaftete Liegenschaften im ZGB

1. Durch die Revision des bäuerlichen Erbrechts vom 15. Februar 1973 wurde ein neuer Abs. 2 von Art. 620 aZGB eingefügt, wonach bei der Beurteilung einer landwirtschaftlichen Existenz auch «Anteile an Liegenschaften und für längere Dauer mitbewirtschaftete Liegenschaften berücksichtigt werden» können. Wesentlich an dieser neuen Bestimmung war, dass das Prinzip der rechtlichen Einheit durchbrochen und ausserhalb der Nachlassmasse liegende Elemente berücksichtigt werden konnten.¹⁸
2. Durch die Rechtsprechung wurden – in Anlehnung an die Literatur – Auslegungskriterien wie folgt entwickelt:

¹⁷ Vgl. dazu auch HOFER, Erhöhung der Gewerbebegrenze nach Artikel 7 BGGB: Auswirkungen, BIAR 2008, S. 246 f.

¹⁸ Zum Ganzen ausführlich, STUDER, Die Integralzuweisung landwirtschaftlicher Gewerbe nach der Revision des bäuerlichen Zivilrechts von 1972, 2. Aufl., S. 112 f.

- Die Grundstücke müssen *zusammen* mit den Liegenschaften des Erblassers als wirtschaftliche Einheit bewirtschaftet werden.¹⁹
- Eigenland oder Pachtland des ansprechenden Erben dürfen nur berücksichtigt werden, wenn es schon zu Lebzeiten des Erblassers zusammen mit dem Gewerbe als wirtschaftliche Einheit bewirtschaftet worden war.²⁰
- Das Zuweisungsrecht wurde verneint, wenn sich nur einige landwirtschaftliche Grundstücke im Eigentum des Erblassers befinden, der Sohn aber ein Heimwesen bewirtschaftet, das nicht zur Erbmasse zählt.²¹

III. Vom ZGB zum BGBB

1. Der Art. 620 aZGB verlangte an objektiven Voraussetzungen ein im Nachlass liegendes landwirtschaftliches Gewerbe, das eine wirtschaftliche Einheit bildet, und eine ausreichende landwirtschaftliche Existenz bietet.²²
2. Der durch das Bundesgesetz über Änderungen des bürgerlichen Zivilrechts vom 6. Oktober 1972 geschaffene Art. 620 Abs. 2 ZGB ermöglichte neu – unter genau umschriebenen Voraussetzungen (vgl. vorne unter II/2.) – die Berücksichtigung von Pachtland und Eigenland des Bewerbers. Die im ZGB enthaltenen Bestimmungen über das bürgerliche Erbrecht (Art. 620 und 625 ZGB) wurden durch einen eigentlichen «code rural», das Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht (BGBB), abgelöst. Die Frage ist gestellt, ob durch das neue Gesetz auch materiell eine andere Beurteilung vorzunehmen ist.²³
3. Die *Botschaft* zum Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht vom 19. Oktober 1988²⁴ wollte bewusst eine Änderung der bisherigen Gesetzgebung und Rechtsprechung herbeiführen, was aus dem folgenden Zitat hervorgeht:²⁵

«Indessen ist zu beachten, dass für die Beurteilung, ob diese Voraussetzung erreicht wird, die zugepachteten Grundstücke (Art. 620 Abs. 2 ZGB; BGE 112 II 211 ff.; 107 II 319 ff.) nicht mehr einbezogen werden. Die Lösung, welche bereits die Expertenkommission im Vorentwurf vorgeschlagen hatte, drängt sich zunächst aus rechtlichen Überlegungen auf. Sie ist systemkonform. Der Erwerb von landwirtschaftlichem Grundeigentum soll sich

¹⁹ BGE 107 II 319.

²⁰ BGE 112 II 211.

²¹ Kantonsgericht SG, Urteil vom 13. Juli 1977, ZBGR 60 S. 286.

²² Vgl. dazu NEUKOMM/CZETTLER, Das bürgerliche Erbrecht, 5. Aufl., Brugg, S. 27 ff.

²³ Zumindest im Bereich der subjektiven Voraussetzungen wurde dies vom Bundesgericht explizit verneint, vgl. BGE 134 III 589.

²⁴ BBl 1988 III 953.

²⁵ BBl 1988 III 982.

nach diesem Gesetz und die Verpachtung und die Übertragung von Pachtverhältnissen nach dem Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht richten. Die Rechtsanwendung wird wesentlich vereinfacht, wenn für die Übertragung von Eigentum nur auf dieses Gesetz und für die Übertragung von Pachtverhältnissen nur auf jenes Gesetz abzustellen ist. Die Lösung ist aber auch agrarpolitisch sinnvoll. Würde bei der Beurteilung der Frage, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, auch auf das Zupachtland abgestellt, so müsste dieses konsequenterweise auch bei der Beurteilung, ob das Gewerbe eine gute oder eine überdurchschnittlich gute Existenz bietet, einbezogen werden. Dies würde aber der Förderung des Zuerwerbs von Land zu Eigentum in der Erteilung und durch Ausübung eines Vorkaufsrechts an einzelnen Grundstücken zuwiderlaufen.»

Konsequenterweise sind die Pachtverhältnisse in der bundesrätlichen Gewerbedefinition nicht erwähnt.

4. In den parlamentarischen Beratungen wurde in Art. 7 Abs. 4 eine neue lit. c geschaffen, wonach bei der Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, ebenfalls «die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke» zu berücksichtigen sind.²⁶ Insbesondere die Nationalratsdebatte erweist sich für die Interpretation als wichtige Quelle, wenn ausgeführt wird (Kommissionspräsident Nussbaumer), «dass der Ständerat mit seiner neuen Formulierung (die zugepachteten Grundstücke, der Verf.) gegenüber dem Bundesrat etwas beibehalten will, was schon im bisherigen Recht gilt. Es geht nämlich um die Grundstücke, die schon zugepachtet und weiter als Pachtland erhältlich sind. Das Land soll also schon zugepachtet sein und muss weiter als Pachtland zur Verfügung stehen.»²⁷

Auch Bundesrat Koller schloss sich dieser Auffassung an, wenn er festhielt: «Im Übrigen sind wir mit dem Ständerat einverstanden, dass auch stabile Zupachtverhältnisse bei der Bestimmung des landwirtschaftlichen Gewerbes berücksichtigt werden müssen.»²⁸

Das Parlament – und schlussendlich auch der Bundesrat – wollten damit, entgegen dem in der Botschaft enthaltenen, vor allem rechtsdogmatisch begründeten Vorschlag, der wirtschaftlichen Realität in der Schweiz Rechnung tragen, wie es schon das alte Recht getan hatte. Das Pachtland bildet mit einem Anteil von 45% eine strukturelle Komponente in der Schweizerischen Landwirtschaft generell, aber auch eines grossen Anteils der Betriebe. Verliert ein Betrieb eine Pachtparzelle, wird er in der Regel in der Lage sein, sie in absehbarer Zeit wieder zu ersetzen. Im Rahmen des Strukturwandels werden laufend Betriebe aufgelöst. In der Regel wird das dazu

²⁶ Amtl. Bull. SR 1990, S. 218.

²⁷ Amtl. Bull. NR 1991, S. 106.

²⁸ Amtl. Bull. NR 1991, S. 107.

gehörende Land verpachtet. Dieses Verhalten der Eigentümer aufgelöster Betriebe wird sich durch eine starre rechtsdogmatische Auslegung des Gewerbebegriffs in Art. 7 BGG nicht ändern lassen. Diese im letzten Satz des obigen Zitats (oben Ziff. 3.) aus der Botschaft zum Ausdruck gebrachte Hoffnung war verfehlt. Vielmehr verhindert die Auslegung des Bundesgerichts in den betroffenen Fällen eben gerade die «Förderung des Zuerwerbs von Land zu Eigentum in der Erbteilung und durch Ausübung eines Vorkaufsrechts an einzelnen Grundstücken».

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass zwar nach dem Willen der Expertenkommission (VE ZIMMERLI) wie des Bundesrates Zupachtgrundstücke bei der Legaldefinition des landwirtschaftlichen Gewerbes nicht berücksichtigt werden sollten, dass aber der Gesetzgeber diese Auffassung korrigiert hat. Nach dem massgebenden Willen des Gesetzgebers wurde somit die bereits unter dem ZGB geltende Konzeption unverändert in das neue Recht übernommen und explizit bei der Bestimmung der Gewerbeeigenschaft berücksichtigt. Dies gilt selbstredend auch für Eigenland des Bewerbers.²⁹ Damit erweisen sich die Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz sowie die darauf fussenden Ausführungen des Bundesgerichts als nicht zutreffend.³⁰

IV. BGE 134 III 1 – Fehlerteil oder im Ergebnis doch korrekt?

1. Im vorliegenden Falle befanden sich im Nachlass einzig zwei landwirtschaftliche Grundstücke Kat. Nr. 6413 und 2304 mit total 132 Aren (1,32 Hektaren) mit Wohnhaus und Ökonomiegebäude. Demgegenüber betrug die totale landwirtschaftliche Nutzfläche 30,97 Hektaren, wobei das Pachtland rund 28,6 Hektaren ausmachte. Die Frage stellt sich, ob bei einem derart krassen Missverhältnis zwischen Eigenland und Pachtland ein ungeteilter Zuweisungsanspruch gemäss Art. 11 BGG noch zu rechtfertigen ist.

Das «Missverhältnis» ist meines Erachtens kein taugliches Kriterium. Eine quantitative Abgrenzung mit einem Verhältnis oder einer Mindestfläche scheint mir keinesfalls sachgerecht. Es ist mir auch nicht bekannt, dass ein anderer Autor eine kohärente Lösung dazu publiziert hätte. HOFER schlägt (implizit) vor, für den minimalen Landanteil die örtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen (Art. 7 Abs. 4 Bst. a). Im St. Galler Rheintal genügt die Fläche der Gebäude mit dem notwendigen Umschwung. Auch in andern Gebieten können solche Verhältnisse herrschen.³¹ Die Abgrenzung ist konsequent nach qualitativen Kriterien vorzunehmen: In Absatz 1 von Artikel 7 wird eine «Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bau-

²⁹ Vgl. BGE 107 II. 30 ff.

³⁰ Vgl. BGE 134 III 4.

³¹ HOFER, Das bäuerliche Bodenrecht, N 22 und N 120 zu Art. 7.

ten und Anlagen» verlangt. Es handelt sich um die Grundstücke, die sich in der Erbschaft befinden oder die, wenn sie sich nicht in einer Erbschaft befinden, den gleichen Eigentümer haben. Die Gesamtheit besteht aus Land, Wohn- und Ökonomiegebäude. Sie besteht in jedem Fall, sobald Wohn- und Ökonomiegebäude und über den notwendigen Umschwung hinaus Land vorhanden sind. Da nur die dem Gesetz unterstellten Grundstücke zu berücksichtigen sind, könnte man in Anlehnung an Art. 2 Abs. 3 BGBB verlangen, dass es 25 Aren sein müssen. In besonderen Fällen wie dem Rheintal genügt wie oben erwähnt der notwendige Umschwung.³²

2. Zwar wurde bereits bei der Kommentierung von Art. 620 Abs. 2 aZGB erkannt, dass die Durchbrechung der rechtlichen Einheit Probleme mit sich bringen könnte. So wird in der Literatur zu dieser Frage ausgeführt, dass eine Berücksichtigung von zugepachteten Grundstücken nur dann in Frage kommen könnte, wenn die Grundstücke vor dem Tod des Erblassers bewirtschaftet wurden.³³

Der Rezensent hat dazu ausgeführt:³⁴

«– Damit Liegenschaften zur ausreichenden landwirtschaftlichen Existenz miteingerechnet werden können, mussten sie vor dem Tode des Erblassers (längere Dauer) mitbewirtschaftet sein; d.h., in jedem Falle muss beim Tode des Erblassers bereits ein Gewerbe mit ausreichender landwirtschaftlicher Existenz vorliegen.

– Nicht nur durch den Erblasser, sondern auch durch den eventuellen Übernehmer zugepachtete Liegenschaften können berücksichtigt werden, wenn die Bewirtschaftung vor dem Tode des Erblassers und mit dem Gewerbe des Erblassers (als wirtschaftliche Einheit) stattgefunden hat.»

3. Auf den vorliegenden Fall bezogen, führte der Rezensent aus:³⁵

«Da sich ein landwirtschaftliches Gewerbe in der Erbschaft befinden muss (620 Abs. 1), ist jener Fall ausgeschlossen, in dem sich nur einige landwirtschaftliche Grundstücke im Eigentum des Erblassers befunden haben, der Sohn aber ein Heimwesen bewirtschaftet, das nicht zur Erbmasse zählt.»

Damit wären – nach Meinung des Rezensenten – im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine ungeteilte Zuweisung zum einfachen Ertragswert nicht gegeben gewesen. Bei der Beurteilung dieser Frage ist dem Bundesgericht wohl Recht zu geben. Nicht haltbar ist jedoch die im Entscheid geäußerte Auffassung, dass Zupachtland und Eigenland *überhaupt nicht*

³² HOFER (Fn. 31), N 120 zu Art. 7.

³³ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., S. 691 Anm. 28 mit Verweis auf BGE 112 II 211.

³⁴ STUDER (Fn. 18), S. 112.

³⁵ STUDER (Fn. 18), S. 117.

berücksichtigt werden können. Entgegen meiner Auffassung in der 1. Auflage meiner Dissertation über die Integralzuweisung landwirtschaftlicher Gewerbe, in der ich noch mindestens die Hälfte Eigentum an Nachlassgrundstücken inkl. Gebäude verlangte, wurde dieses Kriterium in der 2. Auflage zu Gunsten einer flexiblen Lösung weggelassen. Am Grundsatz der Berücksichtigung von Pachtland und Eigenland auch bei der Legaldefinition des «landwirtschaftlichen Gewerbes» hat sich aber nichts geändert.

Auf den 132 Aren im Nachlass befinden sich Wohnhaus und Ökonomiegebäude. Sofern diese Gebäude das Zentrum des Betriebs des Ansprechers bilden, er das Pachtland schon zu Lebzeiten des Erblassers bewirtschaftet hat und nicht ein grosser Teil davon gekündigt ist, befindet sich im Nachlass ein Gewerbe. Aus dem Urteil des Obergerichtes muss man aber schliessen, dass dem nicht so war. Offenbar hat der Ansprecher nicht die Gebäude des Erblassers oder nicht alle davon genutzt. Deshalb wird auch davon gesprochen, er habe den Hauptteil der Fläche vom Erblasser gepachtet. Hätte er die Gebäude und das Land vom Erblasser gepachtet gehabt, hätte es sich um ein Gewerbe gehandelt. Wenn er aber das Land des Erblassers von seinen eigenen Gebäuden aus nutzte, war er Eigentümer eines Gewerbes (siehe dazu Art. 21 BGG) und hatte das Land des Erblassers zugepachtet. Das Gewerbe des Erblassers galt dann wohl nach Art. 8 Abs. 1 BGG als aufgelöst. Deshalb stimmt das Bundesgerichtsurteil bezüglich der Zuweisung nach Art. 11 BGG im Ergebnis.

Es wäre jedoch wünschbar gewesen, wenn die Urteile sämtlicher Instanzen sich klar ausgesprochen hätte, wo das Zentrum des Betriebs liegt – beim Erblasser oder beim Erben.

V. Zuweisung zum doppelten Ertragswert

1. Damit bleibt die Frage zu prüfen, ob ein Anspruch auf die Nachlassgrundstücke zum doppelten Ertragswert bestanden hätte. Nach Art. 21 BGG kann ein Erbe die Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks zum doppelten Ertragswert verlangen, wenn er selber Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist und das Grundstück im ortsüblichen Bewirtschaftungsbereich dieses Gewerbes liegt.

Das Obergericht hat diese Frage bejaht im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Hauptbestandteile eines Gewerbes beim ansprechenden Erben vorhanden seien.³⁶ Zudem lag eine Feststellungsverfügung des Amtes Landwirtschaft und Natur vor, in der der landwirtschaftliche Betrieb

³⁶ Ökonomiegebäude, 228 a landwirtschaftliche Nutzfläche, Beteiligung am Wohnhaus, resp. die Möglichkeit, eine Wohnbaute zu erstellen, vgl. Art. 7 Abs. 4 lit. b BGG.

des Ansprechers als landwirtschaftliches Gewerbe qualifiziert wurde (vgl. Art. 84 BGG).

Das Obergericht und das Amt für Landwirtschaft und Natur gingen offenbar davon aus, dass das Zentrum des Betriebes auf den Grundstücken im Eigentum des Ansprechers liegt. Damit er Eigentümer eines Gewerbes ist, muss er Eigentümer der Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen sein. Nach unserer Auffassung ist er auch dann Eigentümer eines Gewerbes, wenn nur mit dem Pachtland zusammen 1 SAK für die Bewirtschaftung erreicht wird. Ob das Urteil des Obergerichts richtig war, kann ich aufgrund der schwammigen Formulierung in der Klammer im obigen Abschnitt (... Beteiligung am Wohnhaus ...) nicht beurteilen. Dass der Kläger im Wohnhaus des Erblassers wohnte (Sachverhalt A. Ziff. 1) spricht eher dagegen.

Jedenfalls kann der Betrieb des Ansprechers nur *ein* Gewerbe bilden: Entweder ist sein Eigentum der Kern, dann sind die Grundstücke des Erblassers zugepachtet, oder dann sind die Grundstücke mit Gebäuden des Erblassers der Kern. Im ersten Fall könnte Art. 21 zur Anwendung kommen, im zweiten Fall Art. 11 BGG.

Wenn die Beurteilung des Obergerichts stimmte, dann ist das Urteil des Bundesgerichts bezüglich der Anwendung von Art. 21 BGG falsch.

2. Das Bundesgericht hält sich in seiner ablehnenden Begründung streng an den sachenrechtlichen Begriff des Grundeigentums. Dabei verkennt es, dass das Parlament – im Gegensatz zum Bundesrat, der das rein sachenrechtliche Prinzip vertrat – den Begriff des «landwirtschaftlichen Gewerbes» ausweitete. «Landwirtschaftliches Gewerbe» ist ohnehin kein sachenrechtlicher Begriff und findet sich insbesondere *nicht* im Art. 655 ZGB. Vielmehr unterscheidet das BGG in Grundstücke, die dem Gesetz unterstellt sind, und solche, die dem landwirtschaftlichen Bodenrecht nicht unterstehen.

Das sachenrechtliche Prinzip bei der Definition des landwirtschaftlichen Gewerbes wird im BGG selber *durchbrochen*:

Art. 2 Abs. 2 lit. a BGG bestimmt, dass das Gesetz ferner gilt für: «a. Grundstücke und Grundstücksteile mit landwirtschaftlichen Gebäuden und Anlagen, einschliesslich angemessenem Umschwung, die in einer Bauzone liegen und zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören.»

Mit anderen Worten:

Ist der (in der Bauzone gelegene) Umschwung unangemessen gross, wird er (ohne Abparzellierung des Baulandes) bei der Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, nicht berücksichtigt.

Art. 7 Abs. 3 nimmt nun direkten Bezug auf Art. 2 BGG, wenn der Abs. 3 bestimmt: «Bei der Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vor-

liegt, sind diejenigen Grundstücke zu berücksichtigen, die diesem Gesetz unterstellt sind (Art. 2).»

3. Abs. 4 von Art. 7 BGG schliesst sich mit der gleichen Wortwahl («berücksichtigen») dem Abs. 3 an:

«Abs. 4 Zudem sind zu berücksichtigen:

- a. die örtlichen Verhältnisse;
- b. die Möglichkeit, fehlende betriebsnotwendige Gebäude zu erstellen oder vorhandene umzubauen, instand zu stellen oder zu ersetzen, wenn die entsprechenden Aufwendungen für den Betrieb tragbar sind;
- c. die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke.»

Es gibt keine logische Begründung, weshalb den beiden Absätzen des Art. 7 ein unterschiedlicher Wertgehalt zukommen soll. Insbesondere lässt sich eine Differenzierung der Materialien nicht entnehmen. Im Gegenteil: Das Parlament ergänzte Art. 7 BGG mit einer neuen lit. c, um zumindest den unter der Herrschaft des ZGB (Art. 620 ff. aZGB) bestehenden Rechtszustand zu wahren.³⁷

4. Das Bundesgericht begründet seine abweisende Haltung damit, dass es in denjenigen Fällen, in denen das Gesetz selber ausdrücklich Eigentum an einem landwirtschaftlichen Gewerbe verlangt (also Art. 47 Abs. 2 und Art. 21 BGG), die Berücksichtigung von Zupachtland ablehnt. Dieser vom Bundesgericht eingeführte Dualismus ist dem BGG fremd und würde dazu führen, dass dort, wo sich ein landwirtschaftliches Gewerbe im Nachlass befindet, also Art. 11 und Art. 25 BGG oder ein ganzes landwirtschaftliches Gewerbe veräussert wird (Art. 42 Abs. 1 und Art. 47 Abs. 1 BGG), Zupachtgrundstücke berücksichtigt werden können, nicht aber beim Vorkaufsrecht (Art. 42 Abs. 2 und Art. 47 Abs. 2 BGG) und beim Zuweisungsrecht an Einzelgrundstücken (Art. 21 BGG).³⁸ Die Unhaltbarkeit dieser These kann aus dem Zweckgedanken des Gesetzes abgeleitet werden:

Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b BGG bezweckt das Gesetz, «die Stellung des Selbstbewirtschafters einschliesslich diejenige des Pächters beim Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe und Grundstücke zu stärken».

Der Erwerb von landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken soll also gleichermassen gefördert werden.

Ein Beispiel:

In der Erbschaft liegen Wohn- und Ökonomiegebäude sowie 5 Hektaren landwirtschaftliche Nutzfläche. Der Erblasser hatte 20 Hektaren land-

³⁷ Vgl. vorne unter II./1.

³⁸ Kritisch auch MEYER, Erbteilung im bäuerlichen Erbrecht, Bern 2005, S. 101 N 70.

wirtschaftliche Nutzfläche zugepachtet. Das Pachtland erfüllt die Voraussetzung der längeren Dauer gemäss Art. 7 Abs. 4 lit. c BGG.

Ein Nachkomme macht die Zuweisung geltend, weil im Nachlass ein landwirtschaftliches Gewerbe liegt. Gestützt auf Art. 11 Abs. 1 BGG hat er Anspruch auf ungeteilte Zuweisung. Das Gewerbe wird im Rahmen der Erbteilung auf ihn übertragen.

Kurz darauf stirbt der ledige Bruder des Vaters, also der Onkel des Übernehmers. Bei der seinerzeitigen Teilung erhielt er drei Hektaren Kulturland zu Eigentum. Der Neffe verlangt nun – gestützt auf Art. 21 BGG – die Zuweisung der Nachlassgrundstücke zum doppelten Ertragswert. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat der Neffe keinen Anspruch auf Zuweisung dieses Grundstückes, weil er nicht Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist.

Der Erbe ist zwar – mit Hilfe des Pachtlandes – Eigentümer des landwirtschaftlichen Gewerbes geworden, der Weiterausbau des Gewerbes ist ihm jedoch verwehrt, weil das Pachtland beim Erwerb der weiteren drei Hektaren nun plötzlich nicht mehr zählt.

Eine solche Gesetzesauslegung widerspricht dem Zweckgedanken des Gesetzes; dieses will den Erwerb auch von landwirtschaftlichen Grundstücken erleichtern.

5. Das Bundesgericht führt aus³⁹, dass in der Literatur durchwegs die Ansicht vertreten werde, dass der Ansprecher Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein müsse, um sein Zugrecht wahrnehmen zu können. Dies stimmt; sämtliche Autoren gehen – soweit ersichtlich – jedoch beim Eigentumsbegriff von der Legaldefinition des Art. 7 BGG aus, d.h., die zugepachteten Grundstücke werden mitgezählt,⁴⁰ SION kritisiert einzig⁴¹, dass bei einem Weinbaubetrieb von 2,4 Hektaren, wovon eine Hektare gepachtet war, das Gericht die längere Dauer des Pachtverhältnisses nicht abgeklärt hat⁴².
6. Das Bundesgericht selber hat im Rahmen eines Entscheides, als es um die Aussiedlung eines Landwirtschaftsbetriebs ging⁴³, festgehalten, dass es bei der Definition des landwirtschaftlichen Gewerbes gemäss Art. 7 BGG einzig auf den Ertrag ankomme, der auf der Nutzfläche erwirtschaftet wurde. Dies allein sei entscheidend, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vor-

³⁹ BGE 134 III 7.

⁴⁰ BEELER, Bäuerliches Erbrecht, Diss. Zürich 1998, S. 86; DONZALLAZ, Pratique et jurisprudence de droit foncier rural [1994–1998].

⁴¹ N 160 zu Art. 7 Abs. 4 lit. c, S. 79.

⁴² Vgl. auch N 161 (Fn. 41), S. 80; PROBST, La loi sur le droit foncier rural, Diss. Lausanne 2002, N 202 ff.; LUDER/DUTTWEILER/NÄF, Das landwirtschaftliche Gewerbe, BIAR 1992, S. 101; MEYER (Fn. 38), S. 101; STUDER, Kommentar zum BGG, Brugg 1995, N 12 zu Art. 21 BGG.

⁴³ Urteil vom 22. Dezember 1995, I.A. 181/1995, publiziert in ZBI 1997, S. 134.

liege. In diesem Sinne wurde nicht nur die Eigenlandfläche von 11,6 Hektaren, sondern auch das Pachtland von 1,2 Hektaren mitgezählt.⁴⁴

Die vom Bundesgericht vorgenommene rein grammatikalische Auslegung steht im Widerspruch zum Gesetzeszweck und noch deutlicher zum Willen des Gesetzgebers. Sie ist aber auch sprachlich nicht zwingend, ja nicht einmal richtig. Abs. 1 von Art. 7 BGGB verlangt die Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen. Diese müssen im Eigentum des Ansprechers stehen. Wenn deren Bewirtschaftung zusammen mit den nach Abs. 4 Bst. c für längere Dauer zugepachteten Grundstücken 1 SAK erfordert, ist er Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes. Die Bedingung, dass zur Bewirtschaftung der Gesamtheit im Eigentum nach Abs. 1 mindestens 1 SAK nötig sein muss, wird durch Abs. 4 Bst c aufgelöst, und zwar nicht nur für einen Teil, sondern für alle die Gewerbe betreffenden Bestimmungen im BGGB.

VI. Zusammenfassung

1. Die vom Bundesgericht in BGE 134 III 1 entwickelten Grundsätze sind weder aufgrund der grammatikalischen Auslegung noch aufgrund der Gesetzesmaterialien noch vom Zweckgedanken des BGGB her vertretbar.
2. Bei der Definition des landwirtschaftlichen Gewerbes gemäss Art. 7 BGGB sind die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke mit zu berücksichtigen. Demgemäss sind sie bei der Zuweisung zum doppelten Ertragswert gemäss Art. 21 BGGB mitzuzählen.
3. Eigenland des Bewerbers ist mitzuzählen, sofern es bereits vor dem Tod des Erblassers in wirtschaftlicher Einheit mit dessen Gewerbe bewirtschaftet wurde.

BGE 134 III 433

Urteil des Bundesgerichts vom 17. April 2008: Art. 21 Abs. 1 BGGB; Anspruch auf Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks zum doppelten Ertragswert. Voraussetzungen, unter denen ein Erbe die Zuweisung verlangen kann, der gestützt auf einen Ehevertrag gemeinsam mit seinem Ehepartner Gesamteigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist (E.2.4.).

⁴⁴ Urteil (Fn. 43), S. 135.

A. Zusammenfassung des Sachverhalts

1. Die Erblasserin E. verstarb am 1. Juni 2004 und hinterliess als ihre gesetzlichen Erben ihre vier Kinder A., B., C. und D. Der Nachlass wies neben Vermögen insbesondere drei landwirtschaftliche Grundstücke auf.⁴⁵ F., der Ehegatte von A., hatte bereits am 27. Oktober 1980 vom Ehegatten der Erblasserin das landwirtschaftliche Gewerbe «W.» zu einem günstigen Preis erworben. Die Erblasserin setzte die Tochter in einer letztwilligen Verfügung vom 20. Oktober 1996 auf den Pflichtteil.
2. Am 13. Januar 1999 schlossen die Ehegatten F. und A. einen Ehevertrag ab. Darin hoben sie ihren bisherigen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung auf und begründeten neu den Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft. Des Weiteren vereinbarten die Ehegatten, dass bei Auflösung des vertraglich begründeten Gesamteigentums am Landwirtschaftsbetrieb «W.» in Abänderung zu Art. 36 BGGB zuerst der Gesamteigentümer F. verlangen dürfe, dass ihm das landwirtschaftliche Gewerbe zugewiesen werde.
3. Am 10. Juni 2005 klagte A. gegen ihre drei Miterben unter anderem auf Zuweisung der drei landwirtschaftlichen Grundstücke und Festsetzung des Ertragswertes. Sie vertrat die Ansicht, dass sie aufgrund ihres Gesamteigentums an einem landwirtschaftlichen Gewerbe gemäss Art. 21 BGGB an den Grundstücken zuweisungsberechtigt sei.

B. Verfahrensablauf

1. Die erste kantonale Instanz hielt in ihrem Urteil fest, dass das Gesamt- oder Miteigentum des ansprechenden Ehegatten an einem landwirtschaftlichen Gewerbe für den Zuweisungsanspruch gemäss Art. 21 Abs. 1 BGGB genüge. Sie stellte sich sodann auf den Standpunkt, dass bei Gesamt- oder Miteigentum von einer wirtschaftlichen Verfügungsmacht gesprochen werden kann. Das Gericht hiess die Klage von A. gut und sprach ihr alle drei landwirtschaftlichen Grundstücke zum doppelten Ertragswert zu.
Insbesondere verwarf es auch den Einwand der Beklagten, der Güterstandswechsel sei – in rechtsmissbräuchlicher Absicht – einzig deshalb vorgenommen worden, um den Zuweisungsanspruch gemäss Art. 21 BGGB zu wahren.
2. Das Obergericht verneinte den Zuweisungsanspruch der Klägerin mit der Begründung, dass es an einer ehevertraglichen Absicherung fehle, wonach jeder Ehegatte Alleineigentümer werden könne. Insbesondere die im Ehevertrag aufgenommene Scheidungsklausel, wonach der Ehemann bei Auflösung des vertraglich begründeten gemeinschaftlichen Eigentums ein

⁴⁵ GB Nr. 47, 131 und 56.

Vorrecht habe, schliesse die Möglichkeit, allein über das Gewerbe verfügen zu können, aus. Zudem sah es das Obergericht als erwiesen an, dass die ehevertragliche Einräumung von Gesamteigentum rechtsmissbräuchlich erfolgt sei. Die landwirtschaftliche Rechtsberatung habe den Ehegatten explizit zum Abschluss des Vertrages geraten, um das Landwirtschaftsland zu «sichern».

3. Vor Bundesgericht erneuerte A. als Beschwerdeführerin ihren Antrag, ihr die landwirtschaftlichen Grundstücke zum doppelten Ertragswert zuzuweisen und somit das obergerichtliche Urteil aufzuheben. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

C. Zusammenfassung und Bemerkungen zu den publizierten Erwägungen

1. Der vorliegende Fall entbehrt nicht einer gewissen familiären Tragik: Der Vater übertrug im Jahre 1980 das landwirtschaftliche Gewerbe nicht seiner Tochter A., sondern seinem Schwiegersohn F. Die Mutter blieb weiterhin Eigentümerin von drei landwirtschaftlichen Grundstücken in Halte von ca. 8 ha, die der Schwiegersohn ebenfalls gepachtet hat. Der doppelte Ertragswert betrug Fr. 84400.00, der Verkehrswert rund Fr. 800000.00, also rund zehn Mal mehr.

Dass die Ehegatten A und F bei dieser Situation versuchten, die gepachtete Betriebsfläche für die Weiterexistenz zu sichern ist verständlich und auch nicht zum vornherein rechtsmissbräuchlich. Der Fall entschied sich an einer verhängnisvollen Scheidungsklausel im Ehevertrag aus dem Jahre 1999.⁴⁶

Bei der Scheidung nämlich soll das vom Schwiegervater übernommene Gewerbe inklusive der drei aus dem (schwieger-)mütterlichen Nachlass übernommenen Grundstücke nicht die Tochter, sondern der Schwiegersohn erhalten. Dies war sowohl für das Obergericht wie das Bundesgericht geradezu eine Steilvorlage, um das Zuweisungsbegehren zum doppelten Ertragswert abweisen zu können. Dem Urteil ist daher – aufgrund der konkreten ehevertraglichen Konstellation – im Ergebnis zuzustimmen.

2. Das Bundesgericht hatte erstmals Gelegenheit sich im Zusammenhang mit Art. 21 BGG zu Miteigentums- und Gesamteigentumsverhältnissen zu äussern.

Der entsprechende Art. 21 Abs. 1 BGG lautet:

«Befindet sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches Grundstück, das nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehört, so kann ein Erbe dessen Zuweisung zum doppelten Ertragswert verlangen, wenn er Eigen-

⁴⁶ Vgl. dazu auch BRÄNDLI, in AJP 2008, S. 1170.

tümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist oder über ein solches wirtschaftlich verfügt und das Grundstück im ortsüblichen Bewirtschaftungsbereich dieses Gewerbes liegt.»

Nachdem kein Alleineigentum vorlag, konnten solche Gemeinschaftsverhältnisse nur unter den Begriff der «wirtschaftlichen Verfügung» subsumiert werden. Diese Aussage war in der Literatur nie bestritten.⁴⁷ Das Bestehen eines gemeinschaftlichen Verhältnisses für sich allein genügt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch nicht; vielmehr könne nur dann von wirtschaftlicher Verfügungsmacht gesprochen werden, wenn die ansprechende Erbin vertraglich oder gesetzlich zum Alleineigentum gelangen könne.

3. Eine *vertragliche* Regelung kann im Rechtsakt, in dem das gemeinschaftliche Verhältnis begründet wird, getroffen werden. Es ist aber auch ohne weiteres möglich, dass separate Regelungen getroffen werden, wie z.B. in Form von Kaufrechten⁴⁸ oder in Form von Erbverträgen gemäss Art. 19 BGG.
4. In den meisten Fällen wird jedoch die Begründung des gemeinschaftlichen Eigentums genügen, ohne dass zusätzliche Regelungen notwendig würden. Das BGG hat gemäss Art. 13 BGG neu ein Zuweisungsrecht an Miteigentumsanteilen und nach Art. 14 BGG die Beteiligung an einem Gesamthandverhältnis geregelt. Diesen Zuweisungsansprüchen auf dem Erbrechtsweg entsprechen die Zuweisungsansprüche zu Lebzeiten bei Aufhebung von vertraglich begründetem gemeinschaftlichem Eigentum gemäss Art. 36 ff. BGG.

Beiden Zuweisungsansprüchen ist gemeinsam, dass der geeignete Selbstbewirtschafter den Vorrang hat (Art. 11 Abs. 1, Art. 36 Abs. 1 BGG).

Beispiel:

Der Vater hat seinen beiden Söhnen das landwirtschaftliche Gewerbe als Miteigentümer zu je $\frac{1}{2}$ übertragen. Der eine Bruder stirbt; der andere kann den Miteigentumsanteil des verstorbenen Bruders zum Ertragswert beanspruchen.

Diese für landwirtschaftliche Gewerbe geltende Regelung gilt auch für landwirtschaftliche Grundstücke: Dem erbrechtlichen Zuweisungsanspruch gemäss Art. 21 BGG entspricht der lebzeitige Zuweisungsanspruch gemäss Art. 36 Abs. 2 BGG.

Beispiel:

Zwei Brüder sind Miteigentümer zu je $\frac{1}{2}$ an einem landwirtschaftlichen Gewerbe. Der soeben verstorbene kinderlose Onkel hat noch 3 ha Kultur-

⁴⁷ BEELE, Bäuerliches Erbrecht, Diss. Zürich 1998, S. 325 f.; STUDER (Fn. 42), N 20 zu Art. 21.

⁴⁸ Vgl. BRÄNDLI (Fn. 46), S. 1170.

land hinterlassen, die sich im ortsüblichen Bewirtschaftungsbereich des Gewerbes befinden. Die beiden Brüder haben zweifellos Anspruch auf Zuweisung zum doppelten Ertragswert. Es könnte aber auch jeder Miteigentümer die Zuweisung verlangen, weil

- das im Alleineigentum stehende Grundstück ebenfalls dem Realteilungsverbot gemäss Art. 58 BGG untersteht.
- das Zuweisungsrecht bei Auflösung des Miteigentums auch das Einzelgrundstück (allerdings dieses zum doppelten Ertragswert) miterfasst.

Zusammenfassend:

Die gesetzlichen Zuweisungsrechte sind in den meisten Fällen ausreichend, damit die vom Bundesgericht geforderte wirtschaftliche Verfügungsmacht erreicht werden kann.

5. Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Urteil wäre es interessant gewesen, zu erfahren, ob die die allgemeine Gütergemeinschaft begründenden Ehegatten Nachkommen haben. Gemäss Art. 43 lit. a BGG stellt das Einbringen eines landwirtschaftlichen Gewerbes in eine Gütergemeinschaft einen Vorkaufsfall dar. Die Vormundschaftsbehörde hätte für die Verzichtserklärungen der Nachkommen einen Beistand ad hoc bestellen müssen. Dieser Verzicht wird regelmässig mit den Hinweisen abgegeben, dass die Rechte der Nachkommen auf jeden Fall erhalten bleiben, weil ihnen weiterhin das Vorkaufsrecht gemäss Art. 42 BGG zustehe. Zudem werde die bäuerliche Existenz langfristig gesichert.

Nachdem der Art. 21 BGG eine Strukturverbesserung bestehender Betriebe erreichen will⁴⁹, müsste meines Erachtens die gesamte familiäre Situation berücksichtigt werden. Dies umso mehr, als das BGG Nichterben eine starke Stellung eingeräumt hat (z.B. Art. 25 BGG).

⁴⁹ Botschaft, BBl 1988 III 953 ff.