

Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten baulicher Investitionen des landwirtschaftlichen Pächters¹

**Franz A. Wolf, MLaw/Ing. Agr. FH, beim Amt für Landwirtschaft NW
zuständig für Fragen zum bäuerlichen Grundeigentum**

Literaturverzeichnis	131
Materialienverzeichnis	134
Abkürzungsverzeichnis	134
I. Einleitung	137
II. Sachenrechtliche Grundlagen	138
1. Das Akzessionsprinzip als Grundsatz	138
2. Die gesetzlichen Ausnahmen: Das Baurecht	138
2.1 Übersicht	138
2.2 Das unselbständige Baurecht	139
2.2.1 Gegenstand, Errichtung und Beendigung	139
2.2.2 Errichtung als Grunddienstbarkeit	141
2.2.3 Errichtung als Personaldienstbarkeit	142
2.3 Das selbständige und dauernde Baurecht	144
2.3.1 Aufnahme ins Grundbuch: Voraussetzungen und Rechtsfolgen	144
2.3.2 Begründung durch öffentlich beurkundeten Baurechtsvertrag	145
2.3.3 Untergang durch Zeitablauf	146
2.3.4 Beendigung durch vorzeitigen Heimfall	147
III. Pachtrechtliche Grundlagen im LPG	148
1. Begriff, Geltungsbereich und Vertragsdauer	148
2. Pachtzins, Veräusserung, Beendigung Pachtvertrag	149
IV. Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Pacht	150
1. Abgrenzung zu Hauptreparaturen und Unterhalt	150
2. Pächterinvestitionen ohne Baurecht	151
2.1 Zustimmungserfordernis und Entschädigung bei Pachtende	151
2.2 Zwangsvollstreckung	153

¹ Leicht gekürzte, an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern im Frühjahrssemester 2010 verfasste Masterarbeit.

2.2.1	Zwangsvollstreckung gegen den Pächter	153
2.2.2	Zwangsvollstreckung gegen den Verpächter	154
2.3	Stellungnahme	155
3.	Pächterinvestitionen im unselbständigen Baurecht	156
3.1	Das Realteilungs- und Zerstückelungsverbot gemäss BGG	156
3.2	Begründung des Rechts und Eigentum an der Investition	157
3.3	Grundpfandrechte und Zwangsvollstreckung	157
3.4	Stellungnahme	159
4.	Pächterinvestitionen im selbständigen Baurecht	159
4.1	Begründung des Rechts und Eigentum an der Investition	159
4.2	Grundpfandrechte und Zwangsvollstreckung	160
4.2.1	Zwangsvollstreckung gegen den Baurechtsnehmer/Pächter	160
4.2.2	Zwangsvollstreckung gegen den Baurechtsgeber/Verpächter	161
4.3	Beendigung des Baurechts- oder Pachtvertrages	162
4.3.1	Das selbständige Baurecht bei Kündigung oder Auflösung der Pacht	162
a)	Bei Kündigung der Pacht aus gesundheitlichen Gründen	163
b)	Bei Kündigung der Pacht infolge Rentenalters des Pächters	164
c)	Bei Kündigung der Pacht aus wichtigem Grund durch den Verpächter	164
d)	Bei Auflösung der Pacht durch vertragliche Übereinkunft	165
4.3.2	Der Pachtvertrag beim vorzeitigen Heimfall des Baurechts	165
4.3.3	Der Widerruf der Bewilligung durch die Behörde	166
4.3.4	Rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeiten im Baurechtsvertrag	167
a)	Anpassungsregel für Baurechtszins bei Beendigung der Pacht	167
b)	Eintrittsrecht für den Rechtsnachfolger	167
4.3.5	Anwendung von Art. 678 Abs. 3 ZGB per analogiam?	168
4.4	Stellungnahme	168
VI.	Schlussfazite	169

Literaturverzeichnis

Hinweis zur Zitierweise:

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes vermerkt ist, mit dem Namen des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

- AMMON KURT/
WALTHER FRIDOLIN Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechtes, 8. Aufl., Bern 2008
- ARGUL GROSSRIEDER
MARIA CONSUELO Les causes d'extinction des servitudes foncières, Diss. Zürich 2005
- BALLIF ALBAN Le droit de superficie, éléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés, Lausanner Diss. Zürich 2004
- BANDLI CHRISTOPH ET AL. Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, Brugg 1995 (zit. BEARBEITER, Kommentar Bodenrecht, N. ... zu Art. ... BGGB)
- BUNDESAMT FÜR
LANDWIRTSCHAFT Agrarbericht 2009, Bern 2009 (zit. Agrarbericht 2009, S. ...)
- DONZALLAZ YVES Commentaire de la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le nouveau droit foncier rural, Sion 1993
- EIDGENÖSSISCHES AMT
FÜR GRUNDBUCH UND BO-
DENRECHT Agrarpolitik 2007: Änderungen im bäuerlichen Bodenrecht (BGGB) und im landwirtschaftlichen Pachtrecht (LPG) sowie Anpassung des Immobiliarsachenrechts im Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB), in: Blätter für Agrarrecht 2004, Brugg 2004, Heft 2, S. 101 ff. (zit. EGBA, S. ...)
- FASEL URS Kommentar zur Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch, Basel 2008 (zit. FASEL, N. ... zu Art. ... GBV)
- FREIMÜLLER HANS-ULRICH Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, Diss. Bern 1967
- FRIEDRICH HANS-PETER Die Neuordnung des Baurechts im Zivilgesetzbuch, in: Basler juristische Mitteilungen, Basel 1966, S. 1 ff.
- GAUCH PETER/
SCHLUEP WALTER R./
SCHMID JÖRG/
REY HEINZ Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zürich 2003 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, AT OR, Band I, Rz. ...)

- HÄFELIN ULRICH/
MÜLLER GEORG/
UHLMANN FELIX
HÄNNI PETER
HENGgeler BENNO
HOFER EDUARD
HONSELL HEINRICH/
VOGT NEDIM PETER/
GEISER THOMAS (HRSG.)
ISLER PETER
KRAMER ERNST A.
LIVER PETER
MÜLLER MANUEL
REY HEINZ
RIEMER HANS MICHAEL
RIEMER HANS MICHAEL
- Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006
- Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht,
5. Aufl., Bern 2008
- Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge
Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall (Art. 779c ff.
ZGB), Diss. Zürich 2005
- Erhöhung der Gewerbegrenze nach Artikel 7
BGBB: Auswirkungen, in: Blätter für Agrarrecht
2008, Brugg 2008, Heft 3, S. 235 ff.
- Basler Kommentar zum Schweizerischen Privat-
recht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB,
Art. 1–61 SchlT. ZGB, 3. Aufl., Basel/Genf/Mün-
chen 2007 (zit. BEARBEITER, BaKomm, N. ... zu
Art. ... ZGB)
- Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung,
Diss. Bern 1973 (zit. ISLER, S. ...)
- Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern 2005
- Bemerkung zum Gutachten des Eidgenössischen
Grundbuchamtes vom 19. Januar 1978, in: ZBGR
60/1979, S. 40 ff.
- Öffentlichrechtliche Beschränkung des Grund-
stücksverkehrs und Pfandbelastungsgrenze des neu-
en Bundesgesetzes über das bürgerliche Bodenrecht,
in: ZBGR 74/1993, S. 162 ff.
- Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigen-
tum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts,
2. Aufl., Band I, Bern 2000 (zit. REY, Rz. ...)
- Das Baurecht (Baurechtsdienstbarkeit) des Zivil-
gesetzbuches und seine Behandlung im Steuerrecht,
Diss. Zürich 1968 (zit. RIEMER, Baurecht, S. ...)
- Die beschränkten dinglichen Rechte, Dienstbarkei-
ten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten,
Grundriss des schweizerischen Sachenrechts,
2. Aufl., Band II, Bern 2000 (zit. RIEMER, Dienst-
barkeiten, S. ...)

- SCHMID JÖRG Thesen zur öffentlichen Beurkundung, in: ZBGR 74/1993, S. 1 ff. (zit. SCHMID, Beurkundung, S. ...)
- SCHMID JÖRG/
HÜRLIMANN-KAUP BETTINA Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Rz. ...)
- SCHMID JÜRIG Ausgewählte Fragen zum Baurecht, Unterbaurecht und zum Überbaurecht, in: ZBGR 79/1998, S. 289 ff. (zit. SCHMID, Baurecht, S. ...)
- STEINAUER PAUL-HENRI Les droits réels, Tome II, Propriété foncière, Propriété mobilière, Généralités sur les droits réels limités, Servitudes foncières, 3e édition, Berne 2003 (zit. STEINAUER, Band II, N. ...)
- STEINAUER PAUL-HENRI Les droits réels, Tome III, Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage mobiliers, 3e édition, Berne 2003 (zit. STEINAUER, Band III, N. ...)
- STÖCKLIN JOSEPH Die Begründung von Baurechten unter Bedingungen und Auflagen sowie Beschränkungen des Inhalts und der Übertragbarkeit, Bern 1956
- STUDER BENNO Drei Urteile aus dem bäuerlichen Boden- und Erbrecht, in: successio 2009, Zürich 2009, S. 304 ff. (zit. STUDER, Urteile, S. ...)
- STUDER BENNO Superficies an Pflanzen, Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, in: Blätter für Agrarrecht 2006, Brugg 2006, Heft 1, S. 21 ff. (zit. STUDER, Superficies, S. ...)
- STUDER BENNO ET AL. Kommentar zum Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985, 2. Aufl., Vorabdruck 2007, Brugg 2007 (zit. STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. ...)
- TUOR PETER/
SCHNYDER BERNHARD/
SCHMID JÖRG Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002
- WOLFER MARC Zur Übertragung von Personaldienstbarkeiten: Übertragungsvorgang und Übertragungsbeschränkungen, in: AJP 1/2010, S. 37 ff.
- ZOBL DIETER Grundbuchrecht, 2. Aufl., Zürich 2004

Materialienverzeichnis

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Änderung der Vorschriften des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechtes betreffend das Baurecht und den Grundstückverkehr vom 9. April 1963, BBl 1963, S. 969 (zit. Botschaft ZGB 1963, S. ...)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht vom 11. November 1981, BBl 1982, S. 257 (zit. Botschaft LPG 1981, S. ...)

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, Band 3, S. 953 (zit. Botschaft BGBB 1988, S. ...)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Reform der Agrarpolitik (Agrarpolitik 2002), Teil I: Neues Landwirtschaftsgesetz, Teil III: Lockerung der strukturpolitischen Bestimmungen im bäuerlichen Bodenrecht und im landwirtschaftlichen Pachtrecht vom 26. Juni 1996, BBl 1996, Band 4, S. 1 (zit. Botschaft Agrarpolitik 2002, S. ...)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik (Agrarpolitik 2007), Teil III: Änderung im bäuerlichen Bodenrecht (BGBB) und im landwirtschaftlichen Pachtrecht sowie Anpassung des Immobiliarsachenrechts im Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 29. Mai 2002, BBl 2002, S. 4721 (zit. Botschaft Agrarpolitik 2007, S. ...)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik (Agrarpolitik 2011) vom 17. Mai 2006, BBl 2006, S. 6337 (zit. Botschaft Agrarpolitik 2011, S. ...)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 (zit. Botschaft ZPO 2006, S. ...)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007, S. 5283 (zit. Botschaft ZGB 2007, S. ...)

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Bern)

Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bern)
BGBB	Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bürgerliche Bodenrecht (SR 211.412.11)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
d. h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DZV	Verordnung vom 7. Dezember 1998 über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (SR 910.13)
E.	Erwägung(en)
EGBA	Eidgenössisches Amt für Grundbuch- und Bodenrecht, Bern
E-LwG	Entwurf zum Bundesgesetz über die Landwirtschaft vom 29. Mai 2002 (BBl 1996, Band 3, S. 87 ff.)
et al.	et alia (und andere)
f.	und folgende/folgender (Seite, Randnummer etc.)
ff.	und folgende (Seiten, Randnummern etc.)
FN	Fussnote(n)
GBV	Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch (SR 211.432.1)
ggf.	gegebenenfalls
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.e.L.	in erster Linie
i.K.	in Kraft
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
LBV	Verordnung vom 7. Dezember 1998 über landwirtschaftliche Begriffe und die Anerkennung von Betriebsformen (SR 910.91)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern)
lit.	Buchstabe(n)

LPG	Bundesgesetz vom 4. Oktober 1985 über die landwirtschaftliche Pacht (SR 221.213.2)
LwG	Bundesgesetz vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (SR 910.1)
m.E.	meines Erachtens
mdl.	mündlich
N.	Note, Randnote
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer, Randnummer
nZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Änderung vom 11. Dezember 2009 (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), BBl 2009, S. 8779
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)
RPG	Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (SR 700)
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
sog.	sogenannte(s)
SR	Ständerat
SR	systematische Rechtssammlung des Bundes
SRL	systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
SVV	Verordnung vom 7. September 1998 über die Strukturverbesserungen in der Landwirtschaft (SR 913.1)
u. a.	unter anderem
v. a.	vor allem
VBB	Verordnung vom 4. Oktober 1993 über das bäuerliche Bodenrecht (SR 211.412.110)
vgl.	vergleiche
VZG	Verordnung des Bundesgerichts vom 23. April 1920 über die Zwangsverwertung von Grundstücken (SR 281.42)
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Zürich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer(n)

zit.	zitiert als
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (i. K. 1. Januar 2011)
z.T.	zum Teil

I. Einleitung

In den letzten Jahren haben nach Beobachtung des Autors Bauvorhaben der landwirtschaftlichen Pächter² an Bedeutung gewonnen. Sei es, weil der Verpächter eines landwirtschaftlichen Betriebes selber keine Gebäudeinvestitionen tätigen will oder sei es, dass der Pächter zwar selber Eigentümer eines Betriebes ist, ein Zupachtgrundstück jedoch für ein Bauvorhaben besser geeignet ist und der Eigentümer nicht zum Verkauf bereit ist, was im Randgebiet zum Siedlungsgebiet oft der Fall ist.³ Die Gründe, warum die Verpächter nicht selber Gebäudeinvestitionen tätigen, mögen vielfältig sein. Im Vordergrund steht sicher der Umstand, dass der Pachtzins gesetzlich limitiert ist und der behördlichen Kontrolle unterliegt (Art. 6 Abs. 1 LPG).⁴ Diese Bestimmungen stehen zwar im Dienste des Pächterschutzes⁵, führen aber dazu, dass sich Gebäudeinvestitionen für die Verpächterschaft im wirtschaftlichen Sinne nicht lohnen und daher oft dem Pächter überbunden werden oder die Grundstücke unter Ausschluss der Gebäude verpachtet werden. Der Baurechtszins kann hingegen für den Verpächter kein Motiv sein: ein solcher ist auf landwirtschaftlichen Grundstücken nicht zulässig. Darauf wird zurück zu kommen sein.⁶ Im Vordergrund der durch Pächter getätigten Investitionen stehen Neubauten wie Ökonomiebauten, Remisen, Hofdünger- und Futterlager, aber auch Wohnhäuser. In manchen Fällen werden auch Hauptreparaturen an Gebäuden vom Pächter übernommen.⁷

Die vorliegende Arbeit will eine Gegenüberstellung der verschiedenen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten von Pächterinvestitionen ermöglichen.⁸ Dabei sollen ausgewählte Aspekte an der Schnittstelle zwischen Sachenrecht und Pachtrecht unter Einbezug des Rechts über die Zwangsvollstreckung (SchKG) behandelt werden. Ein Schwerpunkt ist dem Baurecht gewidmet (*«le droit de superficie»*),

² In der vorliegenden Arbeit ist, wo nichts anderes vermerkt, unter dem Begriff «Pacht» die landwirtschaftliche Pacht gemeint (LPG, Art. 246a OR).

³ RIEMER, Dienstbarkeiten, S. 78; treffend auch HÄNNI, S. 26: «Der potenzielle Wert, der im Boden steckt, weil er Bauland werden könnte, macht den Grundbesitz, unabhängig von Bodenrente und der relativen Wertbeständigkeit, andauernd attraktiv.»

⁴ Die vorliegende Arbeit basiert auf dem Stand der Gesetzgebung am 1. Januar 2010. Auf bevorstehende Gesetzesänderungen wird punktuell hingewiesen.

⁵ Botschaft LPG 1981, S. 261.

⁶ Vgl. Ziff. V 2.

⁷ Zur Unterscheidung Unterhalt und Hauptreparaturen vgl. Ziff. IV 1.

⁸ Die vorliegende Arbeit berücksichtigt den Stand der Rechtsprechung am 1. Mai 2010.

zu dem sich gerade in landwirtschaftlichen Verhältnissen eine Reihe von Fragen stellen.⁹

II. Sachenrechtliche Grundlagen

1. Das Akzessionsprinzip als Grundsatz

Das Sachenrecht wird beherrscht vom Akzessionsprinzip.¹⁰ Es besagt, dass Bestandteile einer Sache das rechtliche Schicksal der Hauptsache teilen und steht damit hauptsächlich im Dienste der Rechtssicherheit und der Erleichterung des Rechtsverkehrs.¹¹ Für Grundstücke bedeutet dies, dass das Eigentum an Grundstücken unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken alle Bauten und Pflanzen sowie die Quellen umfasst (*superficies solo cedit*, Art. 667 Abs. 2 ZGB). Nicht von der Akzession erfasst werden Fahrnisbauten, die ohne Absicht dauernder Verbindung auf einem fremden Grundstück errichtet werden (Art. 677 ZGB).¹² Im Grundsatz, d.h. von den nachfolgenden Ausnahmen abgesehen, können damit das Grundstück und die darauf befindlichen Bauten, Pflanzen oder Quellen nicht verschiedene Eigentümer haben.¹³

2. Die gesetzlichen Ausnahmen: Das Baurecht

2.1 Übersicht

Das Akzessionsprinzip gilt «unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken» (Art. 667 Abs. 2 ZGB) und ist zwingender Natur.¹⁴ Diese gesetzlichen Schranken führen zu einer Durchbrechung des Akzessionsprinzips, so dass Bauten, Pflanzen oder Quellen einen vom Grundstück unabhängigen Eigentümer haben können.¹⁵ Das ZGB sieht eine Ausnahme vom Akzessionsprinzip zunächst für die hier nicht weiter interessierenden überragenden Bauten vor (Art. 674 ZGB). Ebenfalls nicht näher eingegangen wird auf die Quellen, für die das Akzessionsprinzip dann durchbrochen wird, wenn sie als Dienstbarkeit begründet werden (Art. 704 Abs. 2 ZGB). Betreffend Pflanzen auf einem Grundstück ist zu unterscheiden, ob diese mit oder ohne Absicht des dauernden Verbleibs auf dem Grundstück stehen. Fehlt es an dieser Absicht, so handelt es sich um Fahrnispflanzen und das Akzessions-

⁹ Das Baurecht im hier verstandenen Sinn ist begrifflich abzugrenzen vom öffentlich-rechtlichen Baurecht, jenen Normen also, welche i.e.L. die Errichtung und Nutzung von Bauten regeln.

¹⁰ Sachenrecht: Vierter Teil des ZGB, Art. 641 bis 977 ZGB.

¹¹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 79; REY, Rz. 400.

¹² SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 905.

¹³ BGE 81 II 431 (435), E. 2.

¹⁴ REY, Rz. 416.

¹⁵ REY, BaKomm, N. 1 zu Art. 675 ZGB.

prinzip findet keine Anwendung (Art.678 Abs.1 ZGB i.V.m. Art.677 ZGB).¹⁶ Sollen die Pflanzen jedoch dauernd mit dem Boden verbunden bleiben (z. B. eine Obstanlage), so gilt im Grundsatz das Akzessionsprinzip (Art.667 Abs.2 ZGB), ausser es sei ein Pflanzensuperficies begründet (Art.678 Abs.2 und 3 ZGB).¹⁷

2.2 Das unselbständige Baurecht

2.2.1 Gegenstand, Errichtung und Beendigung

Bedeutungsvoll für die Landwirtschaft ist das Baurecht nach Art.675 ZGB. Bauwerke, welche mit dem Boden fest und dauerhaft verbunden sind, können einen besonderen, vom Eigentum des Bodens abweichenden Eigentümer haben, wenn ihr Bestand als Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen ist (Art.675 Abs.1 ZGB). Das Baurecht existiert in zwei Erscheinungsformen: das als Grundstück ins Grundbuch aufgenommene selbständige und dauernde Baurecht¹⁸ und das nicht ins Grundbuch aufgenommene Baurecht.¹⁹

Die Rechtsanwendung im Bereich des unselbständigen Baurechts erweist sich als anspruchsvoll. So sind zunächst die Normen des Dienstbarkeitsrechtes heranzuziehen.²⁰ Für die Grunddienstbarkeiten sind dies die Art.730 bis Art.744 ZGB und für das als Personaldienstbarkeit ausgestaltete Baurecht der Art.781 ZGB sowie – mangels eines allgemeinen Teils im Dienstbarkeitsrecht – auch die Bestimmungen über die Grunddienstbarkeiten (Art.781 Abs.3 ZGB).²¹ Dazu kommen die Art.675 ZGB²² und Art.779 bis Art.779I ZGB, welche grundsätzlich sowohl für Grund- als auch für Personaldienstbarkeiten Anwendung finden.²³ Die Art.779a ff. ZGB können allerdings nicht unesehen auf die Grunddienstbarkeit angewendet werden.²⁴ Einzelne dieser Bestimmungen beschränken sich ausdrücklich auf das selbständige und dauernde Baurecht und können daher nur für die irregulären Personaldienstbarkeiten Geltung beanspruchen.²⁵ Das Baurecht weist sowohl Elemente des Dienstbarkeitsrechtes als auch des Eigentumsrechts auf.²⁶ Es verleiht dem Berechtigten das Recht, auf einem fremden (dienenden) Grundstück eine Baute zu errichten.²⁷ Er wird damit Eigentümer der Baute, nicht aber des

¹⁶ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 908; z. B. Bäume einer Baumschule als Fahrnispflanzen.

¹⁷ Zu den Pflanzensuperficies vgl. Ziff. IV 4.3.6.

¹⁸ Nach der Terminologie von RIEMER, Baurecht, S.23, nachfolgend «selbständiges Baurecht» genannt.

¹⁹ Nachfolgend «unselbständiges Baurecht» genannt.

²⁰ FREIMÜLLER, S.41.

²¹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1217; BGE 118 II 331 (339), E. 6.

²² Art.675 ZGB ist systematisch nicht im Dienstbarkeitsrecht eingereiht, sondern im zweiten Abschnitt über Inhalt und Beschränkung des Grundeigentums des 19. Titels des ZGB («Das Grundeigentum»). Er statuiert die Durchbrechung des Akzessionsprinzips beim als Dienstbarkeit ausgestalteten Baurecht.

²³ STEINAUER, Band II, Rz. 2193; FREIMÜLLER, S.31.

²⁴ HENGGELER, S.12.

²⁵ Z. B. Art.779a ZGB.

²⁶ ISLER, BaKomm, N. 9 zu Art.779 ZGB.

²⁷ RIEMER, Dienstbarkeiten, S.48.

dienenden Grundstücks.²⁸ Die Eigentümerstellung des Dienstbarkeitsberechtigten entspricht hinsichtlich der Baute derjenigen eines Grundeigentümers.²⁹ Mit Dienstbarkeiten belastet werden können Grundstücke nach Massgabe von Art. 655 ZGB, falls diese ins Grundbuch aufgenommen sind (Art. 943 ZGB).³⁰ Damit können Baurechtsdienstbarkeiten auch an ins Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechten nach Art. 943 Abs. 1 Ziff. 2 (sog. «Unterbaurecht»)³¹ oder an Miteigentumsanteilen an Grundstücken (Art. 943 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB) errichtet werden.³² Ob ein Baurecht als Dienstbarkeit auch zu Lasten mehrerer Grundstücke (Gesamtbaurecht) errichtet werden kann, ist umstritten.³³ Die gesetzliche Ausgestaltung der Dienstbarkeiten (u.a. Art. 730 ZGB als Grundnorm) spricht wohl eher dagegen.³⁴

Gegenstand eines Baurechts nach Art. 675 Abs. 1 ZGB können Bauwerke und andere Vorrichtungen sein, «die auf fremdem Boden eingegraben, aufgemauert oder sonstwie dauernd auf oder unter der Bodenfläche mit dem Grundstück verbunden sind». Ein Baurecht setzt somit bezüglich der Baute eine dauernde Verbindung mit dem Boden und ein Mindestmass an baulicher und funktioneller Eigenständigkeit voraus.³⁵ Die Einräumung eines Baurechtes an einzelnen Stockwerken ist ausgeschlossen (Art. 675 Abs. 2 ZGB). Das Gleiche gilt für Baurechte an Teilen von Gebäuden, wenn es diesen an einer konstruktiven, funktionellen Einheit fehlt.³⁶ Zwar können auch unterirdische Werke Gegenstand eines Baurechts sein. Die blossige Umgestaltung des Bodens kommt jedoch als Baurecht nicht in Frage.³⁷ Auf die landwirtschaftlichen Bedürfnisse übertragen bedeutet dies, dass die für einen Landwirtschaftsbetrieb erforderlichen Bauten (z.B. Ökonomiebauten, Wohnhäuser) i.d.R. als Baurecht ausgestaltet werden können. Nicht zulässig wäre hingegen, mangels funktionaler Eigenständigkeit, ein Baurecht lediglich an einer Melkanlage in einem Stall.

Für die Errichtung einer unselbständigen Baurechtsdienstbarkeit gelten die allgemeinen Regeln über die Errichtung beschränkter dinglicher Rechte.³⁸ Nach dem Kausalitätsprinzip³⁹ sind dafür ein gültiges Verpflichtungsgeschäft (Dienstbarkeitsvertrag) und ein Verfügungsgeschäft (Grundbucheintrag, Art. 731 Abs. 1 ZGB) erforderlich. Die Eintragung im Grundbuch ist konstitutiv; d. h., ohne gül-

²⁸ RIEMER, Dienstbarkeiten, S. 45.

²⁹ BGE 111 II 134 (139), E. 3.

³⁰ STEINAUER, Band II, Rz. 2200.

³¹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1378.

³² ZOBL, Rz. 172.

³³ SCHMID, Baurecht, S. 296.

³⁴ Art. 7 Abs. 3 GBV regelt die Frage entgegen seinem Wortlaut nicht, da diese Norm lediglich eine Zuständigkeitsvorschrift aufstellt; FASEL, N. 15 zu Art. 7 GBV.

³⁵ BGE 111 II 134 (139), E. 3.

³⁶ ISLER, BaKomm, N. 15 zu Art. 779 ZGB; RIEMER, Baurecht, S. 41.

³⁷ BGE 98 II 191 (195), E. 2.

³⁸ ZOBL, Rz. 191.

³⁹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 74 ff.

tige Eintragung kann keine Dienstbarkeit entstehen (Art. 971 Abs. 1 ZGB).⁴⁰ Für den Dienstbarkeitsvertrag genügt nach geltendem Recht die Form der einfachen Schriftlichkeit (Art. 732 ZGB, Art. 19 Abs. 2 GBV).⁴¹ Ein lediglich mündlich abgeschlossener Baurechtsvertrag ist ungültig und lässt kein dingliches Recht entstehen.⁴² Dies gilt für die Grunddienstbarkeiten (Art. 732 ZGB) und aufgrund des gesetzlichen Verweises in Art. 781 Abs. 3 ZGB auch für die Personaldienstbarkeiten. Bezüglich des Inhalts eines Dienstbarkeitsvertrages ist Art. 779b ZGB anwendbar, mit der Folge, dass diese Vertragsbestimmungen dingliche Wirkung (*erga omnes*) entfalten.⁴³ Das unselbständige Baurecht endet mit Ablauf der Vertragsdauer (ordentlicher Heimfall, Art. 779c ZGB).⁴⁴ Die Regeln über den vorzeitigen Heimfall (Art. 779ff. ZGB) sind nur bei selbständigen Baurechten anwendbar, d. h., sie finden keine Anwendung bei der Grunddienstbarkeit und bei der regulären Personaldienstbarkeit.⁴⁵

2.2.2 Errichtung als Grunddienstbarkeit

Die unselbständige Baurechtsdienstbarkeit kann als Grunddienstbarkeit oder als Personaldienstbarkeit errichtet werden.⁴⁶ Die Grunddienstbarkeit ist durch die Beteiligung von zwei Grundstücken gekennzeichnet: einem dienenden (mit dem Baurecht belasteten) und einem herrschenden Grundstück,⁴⁷ dessen jeweiliger Eigentümer am Baurecht berechtigt ist (Art. 730 ZGB).⁴⁸ Die Übertragung des als Grunddienstbarkeit errichteten Baurechts erfolgt ausschliesslich durch Veräusserung des herrschenden Grundstücks.⁴⁹ Als Folge davon ist ein Baurecht als Grunddienstbarkeit zwar immer übertragbar, die Übertragung ist aber nie losgelöst von einem herrschenden Grundstück möglich.⁵⁰ Nach den allgemeinen Regeln können Grunddienstbarkeiten befristet oder unbefristet eingeräumt werden.⁵¹ Die für selbständige und dauernde Baurechte in Art. 779l ZGB vorgesehene Höchstdauer

⁴⁰ Von diesem Grundsatz ausgenommen sind Dienstbarkeiten für äusserlich wahrnehmbare Leitungen (Art. 676 Abs. 3 ZGB) und Legalservitute für Durchleitungen (Art. 691 Abs. 3 ZGB). In beiden Fällen entsteht das beschränkte dingliche Recht auch ohne Eintragung im Grundbuch; BGE 124 III 293 (296), E. 2c.

⁴¹ Mit Inkrafttreten der Änderung des ZGB vom 11. Dezember 2009 bedarf das Rechtsgeschäft über die Errichtung einer Grunddienstbarkeit der Form der öffentlichen Beurkundung (Art. 732 Abs. 1 nZGB). Aufgrund des (unveränderten) gesetzlichen Verweises in Art. 781 Abs. 3 ZGB gilt dies dazumal auch für die Errichtung von Personaldienstbarkeiten.

⁴² LGVE 1988 I Nr. 10, S. 14 ff. (14), E. 2 (Luzerner Obergericht).

⁴³ ISLER, BaKomm, N. 1 ff. zu Art. 779b ZGB; Art. 779b ZGB ist für alle Arten von Dienstbarkeitsverträgen anwendbar; Urteil des BGer 5C.270/2000 vom 12. April 2001, E. 2b.

⁴⁴ RIEMER, Baurecht, S. 67.

⁴⁵ RIEMER, Baurecht, S. 68; zur Unterscheidung zwischen regulären und irregulären Personaldienstbarkeiten vgl. Ziff. II 2.2.3.

⁴⁶ ISLER, BaKomm, N. 6 zu Art. 779 ZGB.

⁴⁷ RIEMER, Dienstbarkeiten, S. 48.

⁴⁸ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1257.

⁴⁹ ISLER, BaKomm, N. 7 zu Art. 779 ZGB.

⁵⁰ BGE 100 II 105 (113), E. 3a.

⁵¹ RIEMER, Dienstbarkeiten, S. 60.

von 100 Jahren ist für das unselbständige Baurecht nicht anwendbar.⁵² Indessen darf daraus nicht gefolgert werden, dass ein solches stets auf unbefristete Dauer zulässig wäre.⁵³ Nach den für das Dienstbarkeitsrecht geltenden Grundsätzen darf auch ein unselbständiges Baurecht beim belasteten Grundstück nicht zu einer Entleerung des Eigentums führen.⁵⁴ Für die Landwirtschaft kommt ein Baurecht als Grunddienstbarkeit systembedingt nur dort in Frage, wo der Pächter (und Baurechtsnehmer) nebst der Pacht selber als Eigentümer über ein herrschendes Grundstück verfügt. Dies wird dort der Fall sein, wo er selber Eigentümer eines Landwirtschaftsbetriebes ist und das Baurecht auf einem zugepachteten Grundstück errichtet werden soll.

2.2.3 Errichtung als Personaldienstbarkeit

Häufiger als in der Form einer Grunddienstbarkeit sind in der landwirtschaftlichen Praxis Baurechte als Personaldienstbarkeiten anzutreffen. Im Vordergrund stehen dabei natürliche Personen (Art. 11 ff. ZGB) in der Person des Pächters. Zwar können Personaldienstbarkeiten auch zu Gunsten juristischer Personen (Art. 52 ff. ZGB) errichtet werden (Art. 749 Abs.1 ZGB), solche sind aber in der Landwirtschaft wenig verbreitet.⁵⁵ Auch eine Errichtung zu Gunsten einer Gemeinschaft von Personen ist zulässig.⁵⁶ Im Gegensatz zu den Grunddienstbarkeiten gibt es bei den Personaldienstbarkeiten kein herrschendes Grundstück.⁵⁷ Die aus der Personaldienstbarkeit berechnete Person braucht demzufolge nicht Eigentümerin eines Grundstücks zu sein. Vereinbaren die Parteien nichts anderes, so ist das als Personaldienstbarkeit ausgestaltete Baurecht übertragbar und vererblich (Art. 779 Abs.2 ZGB). Man spricht diesfalls von einer irregulären Personaldienstbarkeit.⁵⁸ Wird hingegen die Übertragbarkeit der Baurechtsdienstbarkeit ausgeschlossen, so liegt eine reguläre Personaldienstbarkeit vor.⁵⁹

Die Übertragung eines für landwirtschaftliche Zwecke errichteten unselbständigen Baurechts kann dann in Frage kommen, wenn die Personaldienstbarkeit auf einen Nachfolgpächter übertragen werden soll. Ein übertragbares Baurecht ist immer auch vererblich.⁶⁰ In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass ein als Personaldienstbarkeit ausgestaltetes Baurecht ausserbuchlich, d.h. ohne Grund-

⁵² BALLIF, S. 42.

⁵³ ISLER, BaKomm, N. 4 zu Art. 779l ZGB.

⁵⁴ ISLER, S. 42; BGE 103 II 176 (181), E. 2.

⁵⁵ Grund für die geringe Verbreitung juristischer Personen dürften in erster Linie das Zuweisungsrecht des selbstbewirtschaftenden Erben am landwirtschaftlichen Gewerbe sein (Art. 11 BGG) sowie der Umstand, dass die im Pacht- und Bodenrecht geforderte Selbstbewirtschaftung (Art. 21a Abs.2 LPG, Art. 9 BGG) durch juristische Personen nur dann erfüllt ist, wenn deren Mitglieder oder Gesellschafter persönlich auf dem Betrieb tätig sind; BGE 115 II 181 (185), E. 2b.

⁵⁶ BGE 133 III 311 (322), E. 4.2.3.

⁵⁷ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1322.

⁵⁸ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1215.

⁵⁹ SCHMID, Baurecht, S. 291.

⁶⁰ ISLER, BaKomm, N. 25 zu Art. 779 ZGB.

bucheintragung, übertragen werden kann.⁶¹ Auch das Bundesgericht folgt diesem Ansatz.⁶² Mit Blick auf das Publizitätsprinzip sind diesbezüglich jedoch Vorbehalte angebracht.⁶³ Gerade bei Immobilien kommt dem Grundbuch die wichtige Funktion zu, dingliche Rechte an Grundstücken für jedermann ersichtlich zu machen.⁶⁴ Die Rechtsordnung unterstreicht dies, indem über Dienstbarkeiten an einem Grundstück jedermann Auskunft verlangen kann, und zwar ohne das Glaubhaftmachen eines Interesses (Art. 970 Abs. 3 ZGB, Art. 106a Abs. 1 lit. b GBV). Bei Personaldienstbarkeiten umfasst der Eintrag im Hauptbuch (Art. 942 Abs. 2 ZGB) auch die aus der Dienstbarkeit berechnete Person (Art. 35 Abs. 2 lit. d GBV), also die Eigentümerin des Baurechts. Die ausserbuchliche Übertragung führt dazu, dass nach einer Übertragung einer Baurechtsdienstbarkeit der im Grundbuch eingetragene Berechnete nicht mehr sachenrechtlicher Eigentümer der Baute und zugleich der neue Eigentümer aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist.⁶⁵ Was die Form der Übertragung der Personaldienstbarkeit angeht, so folgt diese gemäss einem Teil der Lehre den Regeln über das Abtretungsrecht.⁶⁶ Das Verpflichtungsgeschäft zum Abschluss eines Abtretungsvertrages ist formfrei gültig, während für ein gültiges Verfügungsgeschäft eine schriftliche Erklärung des Abtretenden erforderlich ist (Art. 165 OR).⁶⁷ Mit Blick auf die aufgezeigten Schwierigkeiten, die einer Übertragung mittels Zession anhaften, ist die Meinung von Wolfers überzeugend, der als Verfügungsgeschäft anstelle einer Zession eine Anmeldung an das Grundbuchamt vorschlägt.⁶⁸

Das gesetzliche Vorkaufsrecht nach Art. 682 Abs. 2 ZGB ist für unselbständige Baurechte nicht anwendbar.⁶⁹ Die Frage der Befristung einer Personaldienstbarkeit stellt sich weniger bei den regulären, nicht übertragbaren Personaldienstbarkeiten zu Gunsten einer natürlichen Person, da diese Dienstbarkeit mit dem Tod der berechtigten Person endet.⁷⁰ Hingegen sind bei den zu Gunsten einer juristischen Per-

⁶¹ RIEMER, Dienstbarkeiten, S. 49; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1386.

⁶² BGE 133 III 311 (321), E. 4.2.1.

⁶³ WOLFER, S. 39.

⁶⁴ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 364.

⁶⁵ Als Folge davon können beispielsweise dem aus einem Werk Geschädigten Schwierigkeiten erwachsen, den haftpflichtigen Werkeigentümer (Art. 58 OR) ins Recht zu fassen, wenn dieser aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist.

⁶⁶ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1386; RIEMER, Baurecht, S. 29.

⁶⁷ Mit Inkrafttreten der Revision des ZGB vom 11. Dezember 2009 bedarf auch die Errichtung einer Personaldienstbarkeit der Form der öffentlichen Urkunde (Art. 781 Abs. 3 i.V.m. Art. 732 Abs. 1 nZGB). Es stellt sich die Frage, ob damit nicht auch der Abtretungsvertrag über eine Personaldienstbarkeit öffentlich beurkundet werden muss. Dies ist m.E. zu verneinen. Zwar ist WOLFER (S. 41) darin zuzustimmen, dass die neueste Revision ein gesetzgeberische Grundhaltung hin zu mehr Formstrenge aufzeigt. Trotzdem spricht Art. 11 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 7 ZGB gegen eine Ausdehnung des Formzwanges auf die Übertragung von Personaldienstbarkeiten.

⁶⁸ WOLFERS, S. 39.

⁶⁹ ISLER, S. 151.

⁷⁰ Vgl. Art. 776 Abs. 3 i.V.m. Art. 749 Abs. 1 ZGB für das Wohnrecht als reguläre Personaldienstbarkeit.

son bzw. bei den übertragbaren Personaldienstbarkeiten die bereits bei den Grunddienstbarkeiten angestellten Überlegungen zur Befristung ebenfalls einschlägig.

2.3 Das selbständige und dauernde Baurecht

2.3.1 Aufnahme ins Grundbuch: Voraussetzungen und Rechtsfolgen

Ist das Baurecht selbständig und dauernd, so kann es als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden (Art. 779 Abs. 3 ZGB).⁷¹ Die Rechtsanwendung beim selbständigen Baurecht ist insofern übersichtlicher, als die Art. 779 bis 779I ZGB zusätzlich zur Grundnorm von Art. 675 ZGB uneingeschränkt anwendbar sind. Für das als Grundstück ins Grundbuch aufgenommene selbständige Baurecht sind weiter die für Grundstücke einschlägigen Normen zu beachten, insbesondere Art. 655 ZGB (Gegenstand), Art. 656ff. ZGB (Erwerb) und Art. 682 Abs. 2 ZGB (Vorkaufsrechte). Das selbständige Baurecht ist eine (irreguläre Personal-)Dienstbarkeit, weshalb auch die entsprechenden Normen aus dem Dienstbarkeitsrecht zu beachten sind (Art. 781 ZGB und Art. 730 bis Art. 744 ZGB als «allgemeiner Teil» der Personaldienstbarkeiten).⁷²

Selbständigkeit i.S.v. Art. 779 Abs. 3 ZGB eines Baurechtes liegt vor, wenn es weder zu Gunsten eines herrschenden Grundstücks, noch ausschliesslich zu Gunsten einer bestimmten Person errichtet ist (Art. 7 Abs. 2 Ziff. 1 GBV).⁷³ Ein selbständiges und dauerndes Baurecht ist demzufolge nie eine Grunddienstbarkeit oder eine reguläre Personaldienstbarkeit, sondern immer eine irreguläre (übertragbare) Personaldienstbarkeit. In beschränktem Umfang ist die vertragliche Einschränkung der Übertragbarkeit zulässig, ohne dass das Baurecht dadurch seine Selbständigkeit verlieren würde.⁷⁴ Falls die Parteien im Baurechtsvertrag die Übertragung generell von der Zustimmung des Baurechtsgebers abhängig machen, so handelt es sich dabei um eine rein obligatorische Vertragsklausel.⁷⁵ Das Grundbuchamt ist weder berechtigt noch verpflichtet, die Eintragung im Grundbuch vom Vorliegen einer Zustimmung abhängig zu machen.⁷⁶ Ein Baurecht ist dann dauernd i.S.v. Art. 779 Abs. 3 ZGB, wenn es für mindestens 30 Jahre oder auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden ist (Art. 7 Abs. 2 Ziff. 2 GBV).

⁷¹ RIEMER, Baurecht, S. 25.

⁷² FRIEDRICH, S. 4.

⁷³ Die Bestimmung von Art. 7 Abs. 2 GBV wird neu ohne inhaltliche Änderung im Gesetz verankert (Art. 655 Abs. 3 nZGB); Botschaft ZGB 2007, S. 5304.

⁷⁴ HENGGELER, S. 14; dies gilt jedenfalls so weit, als auch mit der Einschränkung noch ein hinreichend grosser Kreis von möglichen Erwerbern gegeben ist; BGE 72 I 233 (237), E. 2.

⁷⁵ Mit der Änderung des ZGB vom 11. Dezember 2009 wird Art. 779b ZGB um einen Abs. 2 ergänzt, wonach weitere vertragliche Vereinbarungen im Grundbuch vorgemerkt werden können. Solche Vereinbarungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 779a Abs. 2 nZGB). Damit kann neu auch die vertragliche Einschränkung der Übertragbarkeit vorgemerkt werden. Sie erhält damit dingliche Wirkung gegenüber jedem Erwerber (Art. 959 Abs. 2 ZGB); Botschaft ZGB 2007, S. 5313.

⁷⁶ BGE 135 III 103 (111), E. 4.5.

Zu beachten ist, dass das selbständige und dauernde Baurecht nicht automatisch ins Grundbuch aufgenommen wird. Dies setzt immer ein schriftliches Begehren des Baurechtsnehmers voraus (Art. 7 Abs. 1 und Art. 13 GBV).⁷⁷ Als Folge davon wird das Baurecht – kraft gesetzlicher Fiktion – zu einem Grundstück im Sinne des ZGB (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB, Art. 943 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) und kann mit Grundpfandrechten belastet werden (Art. 796 Abs. 1 ZGB).⁷⁸ Die Aufnahme ins Grundbuch hat allerdings nicht zur Folge, dass das selbständige Baurecht in jeder Hinsicht wie ein Grundstück behandelt wird. Es gleicht sich lediglich in Bezug auf Erwerb, Verlust, Übertragung oder Belastung den Grundstücken an.⁷⁹ Die Form der rechtsgeschäftlichen Übertragung eines ins Grundbuch aufgenommenen Baurechts entspricht derjenigen für Grundstücke: sie bedarf der öffentlichen Beurkundung (Art. 657 Abs. 1 ZGB) und des (konstitutiven) Eintrags des Erwerbers in das Grundbuch (Art. 656 Abs. 1 ZGB).⁸⁰

Der Eigentümer des mit dem selbständigen und dauernden Baurecht belasteten Grundstücks hat ein gesetzliches Vorkaufsrecht am Baurecht (Art. 682 Abs. 2 ZGB). Im Gegenzug hat der Baurechtsnehmer ein Vorkaufsrecht am belasteten Grundstück, jedoch nur, «soweit dieses durch die Ausübung seines Rechts in Anspruch genommen wird» (Art. 682 Abs. 2 ZGB *in fine*), was im Ergebnis auf ein Vorkaufsrecht an einem Teil des belasteten Grundstücks hinausläuft.⁸¹ Mit öffentlicher Beurkundung können diese gesetzlichen Vorkaufsrechte ausgeschlossen oder abgeändert werden (Art. 681b Abs. 1 ZGB). Soll diese Modifikation des Vorkaufsrechtes Wirkung gegenüber jedem Eigentümer des belasteten Grundstücks entfalten, so kann die Vereinbarung im Grundbuch vorgemerkt werden.⁸² Auch die Vereinbarung über die Vormerkung untersteht der Form der öffentlichen Urkunde (Art. 71a Abs. 2 GBV).

2.3.2 Begründung durch öffentlich beurkundeten Baurechtsvertrag

Der Vertrag über die Begründung eines selbständigen und dauernden Baurechtes (Baurechtsvertrag) bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 779a ZGB). Die Einhaltung dieser Formvorschrift ist auch Voraussetzung für die Eintragung in das Grundbuch (Art. 965 Abs. 3 ZGB, Art. 19 Abs. 1 GBV i.V.m. Art. 18 Abs. 1 lit. a GBV).⁸³ Den vertraglichen Bestimmungen über Inhalt und Umfang des Baurechts kommt dingliche Wirkung zu (Art. 779b ZGB).⁸⁴ Daneben kann der Baurechtsvertrag auch Bestimmungen mit rein obligatorischer

⁷⁷ Die Aufnahme in das Grundbuch geschieht durch Anlegen eines Blattes im Hauptbuch (Art. 945 ZGB) und durch Herstellung einer Beschreibung des Rechts (Art. 9 Abs. 1 GBV).

⁷⁸ Die Zustimmung des Baurechtsgebers ist dafür nicht erforderlich; FREIMÜLLER, S. 158.

⁷⁹ RIEMER, Baurecht, S. 33; FREIMÜLLER, S. 30.

⁸⁰ STEINAUER, Band III, Rz. 2528.

⁸¹ Botschaft ZGB 1963, S. 992; BGE 92 I 236 (239), E. 4.

⁸² ISLER, S. 154.

⁸³ FASEL, N. 7 zu Art. 19 GBV.

⁸⁴ STEINAUER, Band III, Rz. 2536a.

Wirkung enthalten.⁸⁵ Die Parteien können sich verpflichten, solche Klauseln auf Rechtsnachfolger zu überbinden.⁸⁶ Ein Baurechtszins ist für den Baurechtsvertrag nicht begriffsnotwendig.⁸⁷

2.3.3 Untergang durch Zeitablauf

Mit Ablauf der vereinbarten Dauer, bzw. nach Ablauf der gesetzlichen Maximaldauer von 100 Jahren (Art. 779f Abs. 1 ZGB) geht das selbständige und dauernde Baurecht *ipso iure* unter und verliert seine Eigenschaft als Grundstück im Sinne von Art. 655 ZGB.⁸⁸ Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann die (rein deklaratorische)⁸⁹ Löschung der bedeutungslos gewordenen Baurechtsdienstbarkeit im Grundbuch verlangen, sofern dies nicht schon von Amtes wegen erfolgt (Art. 976 Abs. 1 ZGB).⁹⁰ Bauwerke werden zu Bestandteilen des belasteten Grundstückes, dies infolge des Auflebens des Akzessionsprinzips (Art. 779c ZGB i.V.m. Art. 667 Abs. 2 ZGB). Mit dem Untergang des Baurechts gehen auch alle zu Gunsten oder zu Lasten des Baurechtsgrundstücks errichteten Rechte (z. B. Dienstbarkeiten, Grundpfandrechte) unter; sie werden nicht auf den Baurechtsgeber übertragen.⁹¹

Der Grundeigentümer schuldet dem Baurechtsnehmer eine angemessene Entschädigung für die heimfallenden Bauwerke (Art. 779d Abs. 1 ZGB). Eine allfällige Vereinbarung darüber muss in der Form der öffentlichen Urkunde abgeschlossen werden und kann im Grundbuch vorgemerkt werden (Art. 779e ZGB, Art. 71b Abs. 2 GBV).⁹² Für Grundpfandgläubiger besteht ein Schutz nach Art. 779d Abs. 1 ZGB, indem ihnen für ihre noch bestehenden Forderungen ein Vorrecht an der Heimfallentschädigung zusteht (Art. 779d Abs. 1 ZGB). Wird diese Forderung nicht bezahlt oder sichergestellt, so können die Grundpfandgläubiger binnen einer Frist von drei Monaten nach dem Untergang des Baurechtes ein entsprechendes Grundpfandrecht eintragen lassen (Art. 779d Abs. 1 und 2 ZGB).⁹³ Eine Wegbedingung der Heimfallsentschädigung ist ebenfalls zulässig. Eine solche dürfte aber

⁸⁵ Z. B. über Verhaltensregeln des Baurechtsberechtigten; ISLER, BaKomm, N. 7 zu Art. 779b ZGB.

⁸⁶ STEINAUER, Band III, Rz. 2538; ISLER, BaKomm, N. 9 zu Art. 779b ZGB.

⁸⁷ ISLER, BaKomm, N. 3 zu Art. 779a ZGB.

⁸⁸ HENGELER, S. 96; die Beendigung durch Zeitablauf wird auch als ordentlicher Heimfall bezeichnet; ISLER, BaKomm, N. 2 zu Art. 779c ZGB. Weitere Untergangsgründe sind: der vollständige Untergang des belasteten Grundstücks (Art. 734 ZGB) sowie die Löschung des Baurechts im Grundbuch infolge Zwangsverwertung des belasteten Grundstücks anlässlich des Doppelauftrags (Art. 812 Abs. 2 ZGB, Art. 142 SchKG); FREIMÜLLER, S. 48; ISLER, BaKomm, N. 7 zu Art. 779d ZGB.

⁸⁹ ISLER, BaKomm, N. 3 zu Art. 779c ZGB.

⁹⁰ HENGELER, S. 80.

⁹¹ ISLER, BaKomm, N. 4 zu Art. 779c ZGB.

⁹² ISLER, S. 122; Art. 779e ZGB wird mit der Änderung des ZGB vom 11. Dezember 2009 aufgehoben. Die Form und die Vormerkung im Grundbuch werden neu in Art. 779a nZGB und Art. 779b nZGB geregelt; Botschaft ZGB 2007, S. 5314.

⁹³ Es handelt sich um ein mittelbares gesetzliches Grundpfandrecht. Das Grundpfand entsteht erst mit der Eintragung im Grundbuch; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1670.

kaum die Zustimmung der Grundpfandgläubiger erhalten (Art. 779d ZGB) und wird dementsprechend selten anzutreffen sein.⁹⁴

2.3.4 Beendigung durch vorzeitigen Heimfall

Vom ordentlichen Heimfall zu unterscheiden ist der vorzeitige Heimfall, welcher einer einseitigen Vertragsaufhebung durch den Grundeigentümer gleichkommt.⁹⁵ Die entsprechenden Bestimmungen in Art. 779ff. ZGB sind zwingender Natur.⁹⁶ Der vorzeitige Heimfall kann durch den Grundeigentümer dann verlangt werden, wenn der Baurechtsberechtigte sich einer schweren Pflichtverletzung schuldig macht (Art. 779f ZGB). Eine solche kann zunächst vorliegen, wenn der Berechtigte «sein dingliches Recht überschreitet», etwa indem er ein anderes als das vereinbarte Bauwerk erstellt.⁹⁷ Aber auch die Verletzung vertraglicher Pflichten fällt unter Art. 779f ZGB. Immer ist jedoch eine *qualifizierte* Pflichtverletzung auf Seiten des Berechtigten erforderlich, welche die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den Grundeigentümer objektiv unzumutbar macht.⁹⁸ Ob ein Verschulden erforderlich ist, wird in der Lehre kontrovers diskutiert.⁹⁹ Zuzustimmen ist jener Meinung, die eine schwerwiegende Pflichtverletzung ohne Verschulden als kaum denkbar erachtet.¹⁰⁰ In Übereinstimmung mit dem zwingenden Charakter besagt Art. 779h ZGB, dass jede Parteivereinbarung, die als Voraussetzung eine Pflichtverletzung des Baurechtsberechtigten und als Rechtsfolge die Rückübertragung des Baurechts hat, den Vorschriften über die Ausübung des vorzeitigen Heimfalls untersteht.¹⁰¹

Angesichts der Tragweite des vorzeitigen Heimfalls hat der Ausübung eine Mahnung und Fristansetzung voranzugehen (Art. 107 OR).¹⁰² Als Folge der Ausübung wird das Baurecht, anders als beim ordentlichen Heimfall, auf den Grundeigentümer übertragen (Art. 779g Abs. 1 ZGB), und zwar mit allen Rechten und Lasten.¹⁰³ Anders als beim ordentlichen Heimfall bleibt die Baurechtsdienstbarkeit weiter bestehen und wird zur Eigentümerdienstbarkeit i.S.v. Art. 733 ZGB.¹⁰⁴ Der Grundeigentümer schuldet dem Baurechtsnehmer zwingend eine Entschädigung für die heimfallende Baute, deren Bezahlung oder Sicherstellung Voraussetzung für die

⁹⁴ ISLER, BaKomm, N. 14 zu Art. 779d ZGB.

⁹⁵ ISLER, S. 126; Botschaft ZGB 1963, S. 987.

⁹⁶ Eine von Art. 779f bis 779h ZGB abweichende Parteivereinbarung ist nichtig; ISLER, BaKomm, N. 9 zu Art. 779f ZGB; Art. 779e ZGB, welcher die Entschädigung dem Parteiwillen unterstellt, ist beim vorzeitigen Heimfall nicht anwendbar; HENGGELER, S. 179.

⁹⁷ ISLER, S. 128.

⁹⁸ ISLER, a.a.O.; HENGGELER, S. 163.

⁹⁹ Verneinend: FREIMÜLLER, S. 86; HENGGELER, S. 164; a.M. ISLER, BaKomm, N. 5 zu Art. 779f ZGB.

¹⁰⁰ Vgl. auch Art. 779g Abs. 1 ZGB.

¹⁰¹ Botschaft ZGB 1963, S. 988; FREIMÜLLER, S. 87; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1406.

¹⁰² ISLER, BaKomm, N. 10 zu Art. 779f ZGB.

¹⁰³ Botschaft ZGB 1963, S. 987; auch die auf dem Baurechtsgrundstück bestehenden Mietverträge gehen auf den Grundeigentümer über (Art. 261 OR); HENGGELER, S. 193; STEINAUER, Band III, Rz. 2539.

¹⁰⁴ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1404; ISLER, S. 131.

Übertragung ist (Art. 779g ZGB).¹⁰⁵ Deren Festsetzung richtet sich nach dem objektiven Wert der Baute (Verkehrswert)¹⁰⁶ und nach dem subjektiven Verschulden des Baurechtsnehmers, welches zu einer Herabsetzung der Entschädigung führen kann (Art. 779g Abs. 1 ZGB).¹⁰⁷

III. Pachtrechtliche Grundlagen im LPG

1. Begriff, Geltungsbereich und Vertragsdauer

Bei der landwirtschaftlichen Pacht handelt es sich um die entgeltliche Gebrauchsüberlassung an einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder Grundstück (Art. 4 LPG). Das LPG ist ein Sondererlass (lex specialis) zu den Vorschriften des OR über die Pacht (Art. 275 OR).¹⁰⁸ Letztere gelten subsidiär zum LPG, insoweit dieses nicht anwendbar ist oder keine besonderen Vorschriften enthält (Art. 1 Abs. 4 LPG). Das LPG steht auf dem Boden des Pächterschutzes und wird in weiten Teilen von (relativ) zwingendem Recht beherrscht (Art. 29 LPG).¹⁰⁹ Damit übereinstimmend Art. 1 Abs. 2 LPG, der auch Umgehungsgeschäfte, die wirtschaftlich das gleiche bezwecken, dann dem Gesetz unterstellt, wenn ohne Unterstellung der vom LPG angestrebte Schutz vereitelt würde.¹¹⁰

Der Gewerbebegriff des LPG ist mit demjenigen des BGBB koordiniert (Art. 1 Abs. 1 lit. b LPG i.V.m. Art. 5 und 7 BGBB).¹¹¹ Dies bedeutet, dass zum gepachteten Gewerbe sowohl kleine Grundstücke mit weniger als 25 Aren Land (Art. 2 Abs. 3 BGBB) als auch Grundstücke in der Bauzone gehören, wenn sich darauf landwirtschaftliche Gebäude und Anlagen befinden (Art. 2 Abs. 2 lit. a BGBB). Für die Zupacht von einzelnen Grundstücken sowie für Betriebe, welche die für Gewerbe erforderliche Mindestgrösse¹¹² nicht erreichen, gelten die Vorschriften über die Grundstückspacht.¹¹³ Einzelne, nicht zu einem Gewerbe gehörende

¹⁰⁵ Anders als beim ordentlichen Heimfall (Art. 779d ZGB) ist hier ein Sicherungsinstrument für die Grundpfandgläubiger nicht erforderlich, da die Grundpfandrechte bestehen bleiben; HENGGELER, S. 187.

¹⁰⁶ HENGGELER, S. 181.

¹⁰⁷ HENGGELER, S. 184; Botschaft ZGB 1963, S. 988.

¹⁰⁸ BGE 125 III 425 (428), E. 3b.

¹⁰⁹ Botschaft LPG 1981, S. 285; ist nichts anderes bestimmt, kann der Pächter (oder seine Erben) auf die Rechte aus den Bestimmungen des zweiten Kapitels des LPG (Art. 4ff. LPG) nicht zum Voraus verzichten (Art. 29 LPG).

¹¹⁰ Botschaft LPG 1981, S. 270.

¹¹¹ Was im LPG als Gewerbe zu gelten hat, ist somit dem Willen der Parteien (Vertragsfreiheit) entzogen; Botschaft Agrarpolitik 2007, S. 4948: «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 eine Standardarbeitskraft nötig ist.» (Art. 1 Abs. 1 lit. b LPG i.V.m. Art. 7 BGBB).

¹¹² Die Mindestgrösse umfasst ein Arbeitsaufkommen von einer Standardarbeitskraft (Art. 7 Abs. 1 BGBB).

¹¹³ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 30.

Grundstücke, die vollständig in einer Bauzone nach Art. 15 RPG liegen, sind vom Geltungsbereich des LPG ausgenommen (Art. 2a Abs. 1 LPG).¹¹⁴ Unter dem Vorbehalt kantonalen Rechts sind auch Grundstücke ohne Gebäude mit weniger als 25 Aren vom Geltungsbereich ausgenommen (Art. 2 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 LPG).¹¹⁵ *E contrario*, und das ist mit Blick auf Baurechtsgrundstücke von Bedeutung, sind kleine Grundstücke mit weniger als 25 Aren Land dann dem LPG unterstellt, wenn darauf landwirtschaftliche Gebäude stehen.¹¹⁶ Charakteristisch für die landwirtschaftliche Pacht sind die gesetzliche Mindestpachtdauer von sechs Jahren für Grundstücke und neun Jahre für Gewerbe (Art. 7 Abs. 1 LPG) sowie die minimale Fortsetzungsdauer von sechs Jahren (Art. 8 Abs. 1 LPG). Die Vereinbarung einer kürzeren Dauer bedarf zu ihrer Gültigkeit der behördlichen Bewilligung (Art. 7 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 LPG). Eine kürzere Pachtdauer wird bewilligt, «wenn persönliche oder wirtschaftliche Verhältnisse einer Partei oder andere sachliche Gründe die Verkürzung rechtfertigen» (Art. 7 Abs. 3 LPG).

2. Pachtzins, Veräusserung, Beendigung Pachtvertrag

Der Pachtzins ist gesetzlich limitiert und unterliegt der behördlichen Kontrolle (Art. 36 Abs. 1 LPG), bzw. für die Verpachtung von landwirtschaftlichen Gewerben der Bewilligungspflicht (Art. 42 Abs. 1 LPG). Als Basis zur Berechnung dient der landwirtschaftliche Ertragswert (Art. 37 lit. a und Art. 38 Abs. 1 lit. a LPG)¹¹⁷ und nicht etwa der Verkehrswert oder die in Gebäude investierten Anlagekosten.¹¹⁸ Wird der Pachtgegenstand veräussert, so tritt der Erwerber in den Pachtvertrag ein (Art. 14 LPG). Dies gilt im Grundsatz auch bei einer Zwangsverwertung des Pachtgegenstandes.¹¹⁹ Der Erwerber kann allerdings den Pachtvertrag auflösen, wenn er den Pachtgegenstand unmittelbar zu Bauzwecken, zu öffentlichen Zwecken oder zur Selbstbewirtschaftung erwirbt (Art. 15 Abs. 1 LPG).¹²⁰ Der Verpächter muss diesfalls den Schaden ersetzen, der aus der vorzeitigen Beendigung

¹¹⁴ Wird der Pachtgegenstand während der Vertragsdauer vollständig einer Bauzone zugewiesen, so bleibt dieser während der laufenden gesetzlichen oder vertraglichen Dauer oder während der gerichtlich erstreckten Dauer dem LPG unterstellt (Art. 2a Abs. 2 LPG). Wird nur ein Teil des Pachtgegenstandes einer Bauzone zugewiesen, so kann für die nicht in den Geltungsbereich des BGGB (vgl. Art. 2 Abs. 2 BGGB) fallenden Grundstücke die Kündigung ausgesprochen werden (Teilkündigung, Art. 16 Abs. 4 LPG).

¹¹⁵ Die Flächen von mehreren, vom gleichen Eigentümer an den gleichen Pächter verpachteten Grundstücke werden zusammengezählt (Art. 2 Abs. 3 LPG).

¹¹⁶ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 130.

¹¹⁷ Der Ertragswert entspricht dem Kapital, das mit dem Ertrag eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks bei landesüblicher Bewirtschaftung zum durchschnittlichen Zinssatz für erste Hypotheken verzinst werden kann. Für die Feststellung des Ertrags und des Zinssatzes ist auf das Mittel mehrerer Jahre abzustellen (Art. 10. Abs. 1 BGGB).

¹¹⁸ Botschaft LPG 1981, S. 289.

¹¹⁹ Zur Auflösung des Pachtvertrages bei Zwangsversteigerung vgl. Ziff. IV 4.2.2.

¹²⁰ Der Erwerber muss diesfalls dem Pächter binnen einer Frist von drei Monaten seit Abschluss des Veräusserungsvertrages die Auflösung schriftlich anzeigen (Art. 15 Abs. 2 LPG). Dem Pächter steht die Klage auf Erstreckung offen (Art. 15 Abs. 3 LPG).

der Pacht entsteht (Art. 15 Abs. 4 LPG). Die Kündigung bedarf zu ihrer Gültigkeit der Schriftform (Art. 16 Abs. 1 LPG). Die Kündigungsfrist beträgt ein Jahr (Art. 16 Abs. 2 LPG) und ist mit Rücksicht auf die besondere Natur der landwirtschaftlichen Pacht nur auf den ortsüblichen Frühjahrs- oder Herbsttermin möglich (Art. 16 Abs. 3 LPG).¹²¹ Der gekündigten Partei steht die Klage auf Pächterstreckung durch den Richter zu (Art. 26ff. LPG). Als Dauerschuldverhältnis ist der Pachtvertrag jederzeit kündbar, wenn er aus wichtigem Grund für eine Partei unzumutbar geworden ist (Art. 17 Abs. 1 LPG).¹²² Die Anrufung von Art. 17 LPG kommt indes nur als *ultima ratio* in Frage. Zuvor ist zu prüfen, ob der Vertrag mit einer Anpassung weitergeführt werden kann (Art. 12 LPG).¹²³ Investitionen des Pächters in den Pachtgegenstand bedürfen der Zustimmung des Verpächters (Art. 22a LPG). Das LPG stellt zur Frage der Entschädigungspflicht und der Rückgabe bei Pachtende zudem Sondernormen auf. Darauf ist zurückzukommen.¹²⁴ Art. 297a OR sieht vor, dass der Pachtvertrag mit Eröffnung des Konkurses gegen den Pächter von Gesetzes wegen endet. Diese Bestimmung gilt grundsätzlich auch bei der landwirtschaftlichen Pacht.¹²⁵ Selbstredend ist die Norm aber nur anwendbar, wenn der Pächter der Konkursbetreibung unterstellt ist, was beim landwirtschaftlichen Pächter in der Regel nicht der Fall ist.¹²⁶

IV. Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Pacht

1. Abgrenzung zu Hauptreparaturen und Unterhalt

Das Pachtrecht weist die Pflicht, Hauptreparaturen am Pachtgegenstand vorzunehmen, dem Verpächter zu (Art. 22 Abs. 1 LPG). Hauptreparaturen dienen immer der langfristigen Werterhaltung des Pachtgegenstandes. Insbesondere können die Erneuerung eines Scheunendaches oder der Ersatz von Türen, Fenstern oder Balken darunter fallen.¹²⁷ Demgegenüber zielen Investitionen auf eine funktionelle Verbesserung des Pachtgegenstandes ab und sind wertvermehrend.¹²⁸ Der Verpächter ist nicht verpflichtet, solche wertvermehrenden Investitionen vorzunehmen. Davon ausgenommen ist der Wiederaufbau zerstörter Gebäude, den der

¹²¹ Die Parteien können einen anderen Kündigungstermin vereinbaren (Art. 16 Abs. 3 LPG). Immer häufiger wird auch der 31. Dezember als Kündigungstermin vereinbart.

¹²² BGE 128 III 428 (429), E. 3; die Kündigungsfrist beträgt diesfalls sechs Monate (Art. 17 Abs. 1 LPG). Schadenersatzforderungen bleiben vorbehalten (Art. 17 Abs. 2 LPG).

¹²³ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 392.

¹²⁴ Vgl. Ziff. IV 2.1.

¹²⁵ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 395.

¹²⁶ Der Konkursbetreibung unterliegen die nach Art. 39 SchKG im Handelsregister eingetragenen Schuldner. Für Landwirtschaftsbetriebe besteht in der Regel keine Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister (Art. 934 OR; BGE 135 III 304 (307), E. 5.1). Sie unterstehen daher der Betreibung auf Pfändung (Art. 42 SchKG).

¹²⁷ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 465.

¹²⁸ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 267; Urteil des BGer 4C.337/2002 vom 3. März 2003, E. 1.1.

Verpächter dann vornehmen muss, wenn ihm eine entsprechende Versicherungssumme ausbezahlt wird.¹²⁹ Den Pächter trifft gegenüber dem Verpächter eine Anzeigepflicht über anstehende Reparaturen. Im Unterlassungsfall haftet der Pächter für den entstandenen Schaden (Art. 286 OR).¹³⁰ Nimmt der Verpächter notwendige Hauptreparaturen auf Anzeige des Pächters hin nicht innert nützlicher Frist vor, so ist der Pächter zur Ersatzvornahme berechtigt. Spätestens bei Pachtende kann er dafür Entschädigung verlangen (Art. 22 Abs. 2 LPG). Der ordentliche Unterhalt am Pachtgegenstand ist hingegen Sache des Pächters (Art. 284 OR; Art. 22 Abs. 3 LPG). Darunter fallen beispielsweise der Ersatz bzw. die Reparatur einzelner Ziegel, Fensterscheiben oder Selbsttränkebecken.¹³¹ Die Parteien können vereinbaren, dass der Pächter auch für die Hauptreparaturen aufkommt (Art. 22 Abs. 4 LPG), was v. a. bei langfristigen Pachtverträgen oft vorkommt. Der Pächter hat diesfalls Anspruch auf eine Reduktion des Pachtzinses (Art. 12 Pachtzinsverordnung)¹³².

2. Pächterinvestitionen ohne Baurecht

2.1 Zustimmungserfordernis und Entschädigung bei Pachtende

In der landwirtschaftlichen Praxis übernehmen die Pächter Hauptreparaturen oder kleinere Investitionen nicht selten auf Grundlage nur minimaler formeller Abmachungen mit dem Verpächter. Errichten die Parteien keine Dienstbarkeit nach Art. 675 ZGB, so werden die durch den Pächter getätigten baulichen Massnahmen aufgrund des Akzessionsprinzips unmittelbar mit dem Einbau Bestandteil des Grundstücks (Art. 671 Abs. 1 ZGB) und gehen ins Eigentum des Verpächters über (Art. 667 Abs. 2 ZGB).¹³³

Investitionen in den Pachtgegenstand, die über den ordentlichen Unterhalt hinausgehen, darf der Pächter nur mit schriftlicher Zustimmung des Verpächters vornehmen (Art. 22a Abs. 1 LPG).¹³⁴ Hat der Verpächter zugestimmt, so kann er die Wiederherstellung bei Pachtende nur verlangen, wenn dies schriftlich vereinbart worden ist (Art. 22a Abs. 2 LPG). Die Zustimmung hat zur Folge, dass der Pächter bei Pachtende für die Investitionen eine angemessene Entschädigung verlangen darf (Art. 23 Abs. 2 LPG). Allerdings kann der Verpächter auch lediglich seine Zustimmung zur Investition geben und von einer Entschädigung absehen. Ob er dies tut, wird vom Nutzen der in Frage stehenden Gebäudeinvestition aus seiner Sicht als Eigentümer abhängen. Bei landwirtschaftlichen Ökonomiebauten, die in der Landwirtschaftszone stehen (Art. 16 RPG) und daher bei Pachtende kaum

¹²⁹ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 466.

¹³⁰ Art. 286 OR findet auch im Pachtrecht Anwendung; STUDER, Kommentar Pachtrecht, Anhang I.

¹³¹ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 479.

¹³² Verordnung vom 11. Februar 1987 über die Bemessung des landwirtschaftlichen Pachtzinses (SR 221.213.221).

¹³³ REY, Rz. 477.

¹³⁴ Diese Bestimmung wurde mit der Revision des LPG vom 20. Juni 2003 redaktionell neu gefasst, jedoch ohne eine materielle Änderung zu erfahren; Botschaft Agrarpolitik 2007, S. 4950.

einer nichtlandwirtschaftlichen Nutzung zugänglich sind, wird der Verpächter bezüglich einer Entschädigung zurückhaltend sein. Anders bei Investitionen des Pächters in Wohnbauten; das Wohnen im Grünen ist attraktiv und entsprechende Investitionen rechtfertigen eine Entschädigung bei Pachtende. Die vom Pächter finanzierten Investitionen rechtfertigen keine Reduktion, aber auch keine Erhöhung des Pachtzinses nach Art. 11 LPG.¹³⁵ Der Verpächter schuldet daher bei Pachtende auch keinen aufgelaufenen Zins auf dem investierten Betrag.¹³⁶ Ausnahmsweise ist dann eine Pachtzinsreduktion gerechtfertigt, wenn ein im Eigentum des Verpächters stehendes Gebäude abgebrochen und durch eine Investition des Pächters ersetzt wird.¹³⁷ Bei der Höhe der Entschädigung nach Art. 23 Abs. 2 LPG ist dem Wertverlust durch Abschreibungen Rechnung zu tragen.¹³⁸ Der Pächter trägt die Beweislast für den Umfang der wertvermehrenden Investitionen. Er tut also gut daran, die entsprechenden Belege aufzubewahren.¹³⁹ Der Anspruch des Pächters auf Entschädigung bei Pachtende ist rein obligatorischer Natur. Er kann somit nur gegenüber dem ursprünglich zustimmenden Verpächter geltend gemacht werden. Bei einem Eigentumsübergang des Pachtgegenstandes während der Pachtdauer verliert der Pächter somit faktisch seinen Entschädigungsanspruch, da er diesen gegenüber dem neuen Eigentümer nicht geltend machen kann. Das Mietrecht sieht vor, dass die Parteien die Vormerkung des Vertrages im Grundbuch vereinbaren können (Art. 261b OR, Art. 959 Abs. 1 ZGB). Diese Möglichkeit eröffnet sich auch bei der landwirtschaftlichen Pacht, da das OR subsidiär zur Anwendung gelangt (Art. 1 Abs. 4 LPG i.V.m. Art. 290 lit. c OR).¹⁴⁰ Mit der Vormerkung erhält der Entschädigungsanspruch nach Art. 23 Abs. 2 LPG realobligatorische Wirkung¹⁴¹ und kann dann gegenüber dem jeweiligen Eigentümer geltend gemacht werden (Art. 261b Abs. 2 OR, Art. 959 Abs. 2 ZGB).

Der investierende Pächter verfolgt i.d.R. eine längerfristige unternehmerische Perspektive und hat daher ein Interesse daran, den Pachtgegenstand über die gesetzliche Mindestpachtdauer hinaus (Art. 7 und 8 LPG) bewirtschaften zu können. Im Rahmen der Zustimmung nach Art. 22a Abs. 1 LPG werden die Parteien daher regelmässig eine längere als nur die minimale gesetzliche Pachtdauer vereinbaren. Die Vormerkung hat zur Folge, dass ein allfälliger Erwerber den Pachtvertrag übernehmen muss (Art. 261b Abs. 2 OR) und diesen selbst dann nicht auflösen kann, wenn er den Pachtgegenstand unmittelbar zu Bauzwecken, zu öffentlichen Zwecken oder zur Selbstbewirtschaftung erwirbt (Art. 15 Abs. 1 LPG).¹⁴²

¹³⁵ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 273; anders bei Hauptreparaturen (Art. 12 Pachtzinsverordnung).

¹³⁶ STUDER, Kommentar Pachtrecht, a.a.O.

¹³⁷ STUDER, Kommentar Pachtrecht, a.a.O.

¹³⁸ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 507.

¹³⁹ Urteil des BGer 4C.337/2002 vom 3. März 2003, E. 1.3.

¹⁴⁰ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 99.

¹⁴¹ TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 799.

¹⁴² STUDER, Kommentar Pachtrecht, a.a.O.

Die Vornahme von Investitionen ohne schriftliche Zustimmung des Verpächters bedeutet eine Verletzung vertraglicher Pflichten durch den Pächter (Art.22b LPG).¹⁴³

Bei Beendigung der Pacht ist der Pachtgegenstand «in dem Zustand, in dem er sich befindet, zurückzugeben» (Art.23 Abs.1 LPG). Dies bedeutet, dass der Pächter Bauwerke oder Einrichtungen, die fest mit dem Pachtgegenstand verbunden sind, nicht entfernen darf, unabhängig davon ob er diese mit oder ohne Zustimmung des Verpächters eingebaut hat.¹⁴⁴ Davon ausgenommen sind Einrichtungen, die mit dem Pachtobjekt nicht fest verbunden sind und denen zugleich Zugehörigkeit zukommt (Art.644 Abs.2 ZGB).¹⁴⁵

2.2 Zwangsvollstreckung

2.2.1 Zwangsvollstreckung gegen den Pächter

Tätigt der Pächter Investitionen auf dem Pachtgegenstand, ohne ein Baurecht zu errichten, so werden diese – kraft Akzessionsprinzips – Bestandteil des Grundstücks des Verpächters. Der Pächter hat an diesem Pachtgrundstück keine Vermögensrechte. Im Rahmen einer Schuldbetreibung gegen ihn (Art.42 SchKG) ist dieses Grundstück demzufolge nicht pfändbar (Art.10 VZG).¹⁴⁶ Die Pfändung eines Grundstücks, das laut Grundbucheintrag offensichtlich dem Verpächter gehört, wäre nichtig.¹⁴⁷ Ob der Entschädigungsanspruch des Pächters nach Art.23 Abs.2 LPG pfändbar ist, hängt davon ab, ob dieser die Voraussetzungen der Pfändbarkeit von Forderungen nach Art.95 Abs.1 SchKG erfüllt. Forderungen sind pfändbar, wenn sie dem Schuldner rechtlich gehören und verkehrsfähig sind.¹⁴⁸ Auch eine noch nicht fällige Forderung ist pfändbar.¹⁴⁹ Hat der Anspruch hingegen nur den Charakter einer unsicheren Anwartschaft, so ist er nicht pfändbar.¹⁵⁰ Bezüglich der Pfändbarkeit des Entschädigungsanspruchs ist demnach zu unterscheiden, ob dieser im Pachtvertrag beziffert ist und das Pachtende feststeht, es sich also um einen auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Pachtvertrag handelt (Art.8 Abs.1 lit. b LPG). Diesfalls ist eine Pfändbarkeit m.E. zu bejahen. Ist jedoch der Pachtvertrag

¹⁴³ Insoweit es sich bei den Pächterinvestitionen – und das dürfte der Regelfall sein – um ein bewilligungspflichtiges Bauvorhaben handelt (Art.22 RPG), wird für die Baubewilligung ohnehin die schriftliche Zustimmung des Grundeigentümers erforderlich sein (§ 62 Abs.4 Planungs- und Bauverordnung des Kantons Luzern vom 27. November 2001, SRL Nr. 736).

¹⁴⁴ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 503; anders bei der Miete (Art.267 OR).

¹⁴⁵ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 504.

¹⁴⁶ AMMON/WALTHER, S.196.

¹⁴⁷ AMMON/WALTHER, a.a.O.

¹⁴⁸ AMMON/WALTHER, a.a.O.

¹⁴⁹ BGE 99 II 52 (55), E. 3.

¹⁵⁰ BGE 97 III 23 (27), E. 2; AMMON/WALTHER, S.197.

auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden (Art.8 Abs.1 lit.a LPG) und der Entschädigungsumfang nicht im Pachtvertrag vereinbart worden, so dürfte eine Pfändung des Anspruchs nicht in Frage kommen.¹⁵¹

2.2.2 Zwangsvollstreckung gegen den Verpächter

Das Pachtgrundstück, auf dem der Pächter Investitionen getätigt hat, gehört im Rahmen einer Schuldbetreibung gegen den Verpächter zu dessen pfändbarem Vermögen (Art.95 Abs.2 SchKG). Eine Pfändung des Grundstücks erübrigt sich naturgemäss, wenn ein Gläubiger daran ein Grundpfandrecht hat (Art.816 ZGB). In einer Zwangsversteigerung (Art.154 SchKG, Art.816 ZGB) übernimmt der Erwerber das Grundstück mit allen dinglichen Lasten¹⁵², so auch mit dem ggf. vorgemerkten Pachtvertrag (*Überbindungsprinzip*, Art.135 SchKG).¹⁵³ Allerdings kann ein Grundpfandgläubiger in der Zwangsverwertung verlangen, dass das Grundstück anlässlich der Versteigerung sowohl mit als auch ohne den vorgemerkten Pachtvertrag aufgerufen wird (*Doppelaufruf*, Art.142 SchKG, Art.812 Abs.2 ZGB, Art.56 VZG).¹⁵⁴ Im ersten Aufruf wird das Grundstück mit der Vormerkung aufgerufen. Deckt das Angebot das Pfandrecht und die ihm im Rang vorgehenden Pfandrechte ab, so erfolgt der Zuschlag mit dem Pachtvertrag (*Deckungsprinzip*, Art.126 SchKG). Andernfalls, und wenn der Pächter den Fehlbetrag nicht sofort bar bezahlt (Art.56 lit.a VZG), erfolgt ein zweiter Aufruf ohne Pachtvertrag. Ergibt sich daraus ein höheres Angebot, so erfolgt der Zuschlag ohne den vorgemerkten Pachtvertrag, bzw. der Ersteigerer kann dessen Löschung im Grundbuch verlangen (Art.142 Abs.3 SchKG, Art.56 lit.b VZG). Dies führt jedoch nicht dazu, dass der Pachtvertrag nicht auf den Erwerber übergehen würde. Vielmehr steht diesem dann auch bei einem langfristig abgeschlossenem Pachtvertrag ein Kündigungsrecht auf den nächsten gesetzlichen Termin zu (Art.7 und Art.8 LPG).¹⁵⁵

Ist der Pachtvertrag nicht vorgemerkt, so wird dieser aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung in Art.14 LPG vom neuen Eigentümer zu den bisherigen Bedingungen übernommen.¹⁵⁶ Dies kann zum stossenden Ergebnis führen, dass der Pächter eines im Grundbuch vorgemerkten Pachtvertrages im Verfahren des Doppelaufrufs seine Pacht verlieren kann und damit schlechter da steht, als

¹⁵¹ Die «angemessene Entschädigung» nach Art.23 Abs.2 LPG lässt sich diesfalls erst bei Pachtende, unter Berücksichtigung des dannzumaligen Zustands der Investition, festlegen.

¹⁵² Gemäss bereinigtem und rechtskräftigem Lastenverzeichnis (Art.140 SchKG, Art.33ff. VZG).

¹⁵³ AMMON/WALTHER, S.276.

¹⁵⁴ Der Doppelaufruf kann nur verlangt werden, wenn die Vormerkung des Pachtvertrages ohne Zustimmung der im Rang vorangehenden Grundpfandgläubiger erfolgt ist (Art.142 Abs.1 SchKG).
¹⁵⁵ BGE 125 III 123 (129), E. 1e.

¹⁵⁶ Urteil des BGer 4P.1/2001 vom 27. April 2001, E. 5c; die Möglichkeit, den Pachtvertrag aufzulösen beschränkt sich diesfalls auf die Tatbestände in Art.15 LPG (insbesondere der Erwerb zur Selbstbewirtschaftung oder zu Bauzwecken).

wenn er von einer Vormerkung abgesehen hätte. Auch das Bundesgericht hat dies erkannt. Es hält fest, dass der Gesetzgeber mit Art. 14 LPG den Schutz der Grundpfandgläubiger (Art. 812 Abs. 2 ZGB) nicht aushebeln wollte. Auch bei einem nicht vorgemerkten langfristig abgeschlossenen Pachtvertrag¹⁵⁷ könne deshalb in analoger Anwendung von Art. 142 SchKG der Doppelaufwurf verlangt werden.¹⁵⁸

Ist der Pachtvertrag im Grundbuch vorgemerkt und fällt er nicht dem Doppelaufwurf zum Opfer, so kann der Pächter bei Pachtende seinen Entschädigungsanspruch nach Art. 23 Abs. 2 LPG auch gegenüber dem neuen Eigentümer geltend machen. Der Pächter hat im Übrigen ein Vorkaufsrecht nach Massgabe von Art. 47 BGG am Pachtgegenstand. Dieses kann auch im Rahmen einer Zwangsversteigerung ausgeübt werden (Art. 681 Abs. 1 ZGB, Art. 60a VZG).

2.3 Stellungnahme

Nimmt ein Pächter Investitionen am Pachtgegenstand vor, ohne ein Baurecht zu errichten, so investiert er in ein fremdes Grundstück, mithin in fremdes Vermögen.¹⁵⁹ Dass er dafür vorgängig die schriftliche (!) Zustimmung des Verpächters einholt, wird vom Pachtrecht nicht nur vorausgesetzt, sondern ist auch unerlässlich für ein gutes Einvernehmen zwischen den Parteien. Eine nur mündliche oder konkludente Zustimmung des Verpächters verschlechtert die Rechtsposition des Pächters bezüglich der Entschädigung bei Pachtende erheblich: Er verwirkt dadurch seinen Entschädigungsanspruch. Es ist dem Verpächter mit Blick auf die vergleichsweise bescheidene Kapitalrendite von landwirtschaftlichen Gebäudeinvestitionen nicht zu verargen, wenn er seine Zustimmung zur Investition vom Verzicht des Pächters auf eine Entschädigung bei Pachtende abhängig macht. Investiert der Pächter jedoch in Wohnbauten, so ist aufgrund deren grösseren Werthaltigkeit eine Entschädigung durchaus gerechtfertigt. Die Gestaltungsform ohne Baurecht erlaubt keine Belastung mit Grundpfandrechten, ist daher eher für kleinere Investitionsvorhaben geeignet und setzt – insbesondere wenn die Parteien von einer Entschädigung bei Pachtende absehen – einen langfristig abgeschlossenen Pachtvertrag voraus, der dem Pächter die mehr oder weniger vollständige betriebswirtschaftliche Abschreibung der Investition während der Vertragsdauer erlaubt. Die Vormerkung des Pachtvertrages im Grundbuch ist zu empfehlen.

¹⁵⁷ Im zu beurteilenden Fall (BGE 124 III 37) war der nicht vorgemerkte Pachtvertrag über eine Dauer von 15 Jahren abgeschlossen worden.

¹⁵⁸ BGE 124 III 37 (40), E. 2; BGE 125 III 123 (128), E. 1d.

¹⁵⁹ Nicht geklärt, und im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht zu diskutieren, ist die Frage, ob der Entschädigungsanspruch zu einer Wertausgleichung (Art. 206 Abs. 1 ZGB) führen kann, wenn die Ehegattin des Pächters die Investitionen mitfinanziert hat und es während der Pacht zu einer güterrechtlichen Auseinandersetzung (Tod, Scheidung) kommt.

3. Pächterinvestitionen im unselbständigen Baurecht

3.1 Das Realteilungs- und Zerstückelungsverbot gemäss BGGB¹⁶⁰

Von landwirtschaftlichen Gewerben (Art. 7 BGGB) dürfen nicht einzelne Grundstücke oder Grundstücksteile abgetrennt werden (Realteilungsverbot, Art. 58 Abs. 1 BGGB).¹⁶¹ Die Abtrennung eines Grundstücks allein stellt allerdings noch keine Realteilung dar. Eine solche liegt erst in Verbindung mit einem Veräußerungsgeschäft vor.¹⁶² Wenn in der Lehre argumentiert wird, die Einräumung eines Baurechts gelte als Veräußerungstatbestand und falle unter das Realteilungsverbot,¹⁶³ so stimmt dies zwar für den Regelfall der Einräumung zu Gunsten des Pächters, nicht aber für den Fall der Errichtung eines Baurechts als Eigentümerdienstbarkeit, da damit kein Veräußerungsgeschäft verbunden ist.¹⁶⁴ Zustimmung verdient hingegen die Auffassung, dass sowohl das selbständige als auch das unselbständige Baurecht unter das Realteilungsverbot fallen.¹⁶⁵

Vom Realteilungsverbot zu unterscheiden ist das Zerstückelungsverbot (Art. 58 Abs. 2 BGGB). Das Zerstückelungsverbot untersagt die Grundstücksteilung *an sich*, selbst wenn diese nicht mit einem Veräußerungsgeschäft einhergeht.¹⁶⁶ Die Zerstückelung ist kein Veräußerungsgeschäft, sondern eine einseitige Verfügung des Eigentümers auf Teilung des Grundstücks.¹⁶⁷ Nach dem Zerstückelungsverbot dürfen landwirtschaftliche Grundstücke (Art. 6 BGGB) nicht in Teilstücke unter 25 Aren aufgeteilt werden. Daraus erhellt, dass die Einräumung eines Baurechts an einem landwirtschaftlichen Grundstück, das nicht zu einem Gewerbe gehört, nicht vom Zerstückelungsverbot erfasst wird, wenn das Baurecht selber mehr als 25 Aren umfasst.¹⁶⁸ Der weitaus häufigere Fall der Einräumung eines Baurechts mit einer Fläche von weniger als 25 Aren zu Gunsten des Gewerbepächters fällt jedoch sowohl unter das Realteilungs- als auch unter das Zerstückelungsverbot.

Das Gesetz sieht die Möglichkeit der Bewilligung von Ausnahmen vom Realteilungs- und Zerstückelungsverbot vor. So wird eine Ausnahme bewilligt, wenn auf dem abzutrennenden Teil ein Baurecht zu Gunsten des Pächters des landwirtschaftlichen Gewerbes errichtet werden soll (Art. 60 Abs. 1 lit. f BGGB).¹⁶⁹ Auf-

¹⁶⁰ Die Ausführungen in Ziff. IV 3.1 gelten sinngemäss auch für das selbständige Baurecht.

¹⁶¹ MÜLLER, S. 164, bezeichnet das Realteilungs- und Zerstückelungsverbot im BGGB – wohl zu Recht – als eine von vier zentralen Rechtsfiguren im bäuerlichen Bodenrecht.

¹⁶² BANDLI, Kommentar Bodenrecht, N. 2 zu Art. 58 BGGB; MÜLLER, S. 168.

¹⁶³ BANDLI, Kommentar Bodenrecht, N. 4 zu Art. 58 BGGB.

¹⁶⁴ Die Zulässigkeit der Errichtung eines Baurechts als Eigentümerdienstbarkeit ist unbestritten; FREIMÜLLER, S. 46; vgl. auch Art. 779f ZGB (vorzeitiger Heimfall), der im Ergebnis zu einer Eigentümerdienstbarkeit führt.

¹⁶⁵ BANDLI, Kommentar Bodenrecht, a.a.O.

¹⁶⁶ BANDLI, Kommentar Bodenrecht, N. 8 zu Art. 58 BGGB.

¹⁶⁷ MÜLLER, S. 168; DONZALLAZ, Rz. 512.

¹⁶⁸ Das Realteilungsverbot ist diesfalls mangels Vorliegens eines Gewerbes nicht anwendbar. Zur Frage der Zulässigkeit von Baurechten zu Gunsten des Grundstückspächters vgl. Ziff. V 1.2.

¹⁶⁹ Art. 60 Abs. 1 lit. f BGGB wurde mit der Revision des BGGB vom 20. Juni 2003 eingefügt (AS 2003, S. 4123). Sie ist die einzige Norm im BGGB, die sich ausdrücklich mit dem Baurecht befasst.

grund der Entstehungsgeschichte der Norm ist diese Möglichkeit sowohl für das selbständige als auch für das unselbständige Baurecht gegeben.¹⁷⁰ Rechtsgeschäfte, die dem Verbot der Realteilung oder der Zerstückelung zuwiderlaufen oder deren Umgehung bezwecken, sind nichtig (Art. 70 BGBB). Ein Baurecht, sei es selbständig oder unselbständig, das ohne Bewilligung der zuständigen Bodenrechtsbehörde ins Grundbuch eingetragen worden ist, entfaltet demzufolge keine Rechtswirkung und führt mit Wirkung *ex tunc* zur zivilrechtlichen Nichtigkeit des Vertrages.¹⁷¹ Die Bewilligungsbehörde ordnet diesfalls eine Berichtigung des Grundbuchs, d.h. die Löschung des Eintrags, an (Art. 72 Abs. 1 BGBB). Die Möglichkeit zur Berichtigung des Grundbuchs ist auf zehn Jahre seit dem Eintrag im Tagebuch befristet (Art. 948 ZGB, Art. 72 Abs. 3 BGBB).¹⁷² Eine Berichtigung des Grundbuches ist ausgeschlossen, wenn dadurch Rechte gutgläubiger Dritter (Art. 973 ZGB) verletzt würden (Art. 72 Abs. 4 BGBB).¹⁷³ Als gutgläubige Dritte kommen beim selbständigen Baurecht i.e.L. die Grundpfandgläubiger in Frage. Da die Möglichkeit der Belastung mit Grundpfandrechten ein wichtiges Motiv für die Errichtung eines selbständigen Baurechts ist, wird die Grundbuchberichtigung regelmässig an den Rechten der Grundpfandgläubiger scheitern.

3.2 Begründung des Rechts und Eigentum an der Investition

Kommt zwischen investierendem Pächter und Verpächter eine Baurechtsdienstbarkeit nach Art. 675 ZGB zustande, so führt dies zu einer Durchbrechung des Akzessionsprinzips. Der Pächter wird damit Eigentümer der Baute, die er fortan auch selber zu unterhalten und reparieren hat. Die Vorschriften nach Art. 22 LPG (Unterhaltungspflicht, Reparaturen) sind daher nicht anwendbar. Der Dienstbarkeitsvertrag tritt an die Stelle der Zustimmung des Verpächters nach Art. 22a LPG. Ausser acht bleiben auch die Bestimmungen des LPG über die Entschädigung bei Pachtende (Art. 23 Abs. 2 LPG). Die Entschädigung richtet sich dann nach den Bestimmungen über das Baurecht (Art. 779 ff. ZGB).

Das unselbständige Baurecht kann nicht als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen werden (Art. 779 Abs. 3 ZGB *e contrario*). Grundpfandrechte können nur auf Grundstücken (Art. 655 Abs. 2 ZGB) errichtet werden, die in das Grundbuch aufgenommen sind (Art. 796 ZGB).¹⁷⁴

3.3 Grundpfandrechte und Zwangsvollstreckung

Der Bund gewährt für den Um- oder Neubau von Wohn- und Ökonomiegebäuden in der Landwirtschaft zinslose Investitionskredite (Art. 104 Abs. 3 lit. e BV,

¹⁷⁰ Vgl. Ziff. V 1.2.2.

¹⁷¹ STALDER, Kommentar Bodenrecht, N. 9 zu Art. 70 BGBB.

¹⁷² Die Frist stimmt mit jener in Art. 661 ZGB (ordentliche Ersitzung) überein. Im Unterschied zur ordentlichen Ersitzung schützt Art. 72 Abs. 3 BGBB auch den bösgläubigen Besitzer; STALDER, Kommentar Bodenrecht, N. 8 zu Art. 72 BGBB.

¹⁷³ DONZALLAZ, Rz. 638.

¹⁷⁴ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1514.

Art. 105 ff. LwG). Der Vollzug dieser Strukturverbesserungsmassnahmen obliegt den Kantonen (Art. 178 Abs. 1 LwG).¹⁷⁵ Solche Kredite werden nach der Praxis der Kantone, die für einen Verlust gegenüber dem Bund haften, in der Regel nur gegen Grundpfandsicherheit gewährt (Art. 105 Abs. 4 LwG, Art. 111 LwG). Die Gewährung eines Investitionskredites an einen Pächter für ein Bauvorhaben im unselbständigen Baurecht ist dann möglich, wenn der Verpächter zur Sicherstellung des Kredites die Errichtung eines Grundpfandrechtes ermöglicht und der Pachtvertrag im Grundbuch vorgemerkt wird (Art. 106 Abs. 2 lit. c LwG).¹⁷⁶

Leistet der Verpächter für die Investitionen des Pächters eine Grundpfandsicherheit, so entsteht ein Drittpfandverhältnis. Die persönliche Haftung für die Schuld liegt dann beim Pächter, während für die Grundpfandhaftung das verpfändete Grundstück des Verpächters einsteht (Art. 824 Abs. 2 ZGB, Art. 845 ZGB).¹⁷⁷ Ein besonderes Augenmerk ist somit auf den Fall einer gegen den Pächter gerichteten Betreibung durch den Grundpfandgläubiger zu legen. Der Verpächter als Dritteigentümer des Pfandes wird dadurch in die Betreibung miteinbezogen und kann sämtliche Rechte eines Betriebenen wahrnehmen.¹⁷⁸ Der Zahlungsbefehl wird dann auch dem Verpächter zugestellt (Art. 153 Abs. 2 lit. a SchKG) und er kann dagegen Rechtsvorschlag erheben (Art. 153 Abs. 2 Satz 2 SchKG, Art. 88 VZG). Für pfandgesicherte Forderungen erfolgt die Fortsetzung der Betreibung durch Verwertung des Pfandes (Art. 41 Abs. 1 SchKG) und zwar unabhängig davon, ob der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt oder nicht.¹⁷⁹ Pächter und Verpächter können jedoch vereinbaren, dass die Grundpfandhaftung nur subsidiär gelten soll und vorab der Pächter persönlich mit seinem gesamten Vermögen haften soll (*beneficium excussionis personalis*).¹⁸⁰ Das BGGB stellt für die Zwangsvollstreckung von landwirtschaftlichen Grundstücken Sondernormen auf (Art. 30 Abs. 2 SchKG).¹⁸¹

Die im Sondereigentum des Pächters stehende Baute stellt ggf. einen erheblichen Vermögenswert dar, so dass sich die Frage stellt, inwiefern diese in der Betreibung gegen den Pächter pfändbar ist. Das unselbständige Baurecht ist als Dienstbarkeit weder pfändbares bewegliches Vermögen noch eine Forderung nach Art. 95 Abs. 1 SchKG. Andererseits wird es auch nicht vom Katalog der unpfändbaren Vermögenswerte nach Art. 92 SchKG erfasst. Dass auch unbewegliches Vermögen

¹⁷⁵ 5. Titel LwG, Art. 87 ff.

¹⁷⁶ Der bundesrätliche Entwurf zum LwG hatte noch vorgesehen, dass die Gewährung von Investitionskrediten nur im Zusammenhang mit der Errichtung eines selbständigen und dauernden Baurechtes möglich sein soll (Art. 103 E-LwG; Botschaft Agrarpolitik 2002, S. 38). Das Parlament hat die Beschränkung auf «selbständige und dauernde» Baurechte gestrichen und so die Gewährung von Investitionskrediten auch beim unselbständigen Baurecht im Gesetz verankert (Art. 106 Abs. 2 lit. c LwG; Amtl. Bull. NR 1998, S. 311; Amtl. Bull. SR 1998, S. 345).

¹⁷⁷ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1606.

¹⁷⁸ AMMON/WALTHER, S. 303.

¹⁷⁹ AMMON/WALTHER, S. 85.

¹⁸⁰ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1805; AMMON/WALTHER, S. 300.

¹⁸¹ Vgl. Ziff. V 1.1.1.

gepfändet (und verwertet) werden kann, steht indessen ausser Frage (Art. 95 Abs. 2 SchKG). Die beschränkte Übertragbarkeit eines Vermögenswertes steht einer Verwertung nicht entgegen.¹⁸² Das SchKG sieht auch die Verwertung einer Nutznießung ausdrücklich vor (Art. 132 Abs. 1 SchKG),¹⁸³ so dass die Pfändbarkeit einer im unselbständigen Baurecht errichteten Baute nach der hier vertretenen Meinung ebenfalls möglich sein muss. Eine diesbezügliche Privilegierung des unselbständigen gegenüber dem selbständigen Baurecht wäre nicht zu rechtfertigen.

3.4 Stellungnahme

Investiert der Pächter in ein unselbständiges Baurecht, so wird er Eigentümer dieser Investition. Das unselbständige Baurecht profitiert durch die weitgehende Anwendbarkeit der Normen für das Baurecht nach Art. 779ff. ZGB von den hierfür durch Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätzen. Dies schafft für den investierenden Pächter Rechtssicherheit. In Kombination mit einem im Grundbuch vorgemerkten langfristigen Pachtvertrag bietet das unselbständige Baurecht eine taugliche Grundlage für Pächterinvestitionen. Als wesentlicher Vorteil gegenüber einem selbständigen Baurecht ist die freie Wahl der Vertragsdauer zu sehen. So kann ein unselbständiges Baurecht über einen überschaubaren Zeitraum von 15 bis 20 Jahren vereinbart werden, welcher die betriebswirtschaftliche Abschreibung der getätigten Investitionen ermöglicht. Da das unselbständige Baurecht nicht mit Grundpfandrechten belastet werden kann, bietet es sich vorab für jene Pächter an, die selber auch über Grundeigentum verfügen, welches als Grundpfandsicherheit dienen kann.

4. Pächterinvestitionen im selbständigen Baurecht

4.1 Begründung des Rechts und Eigentum an der Investition

Während für das selbständige Baurecht die öffentliche Beurkundung erforderlich ist, ist der Pachtvertrag nicht von diesem Formzwang erfasst und formfrei gültig (Art. 11 Abs. 1 OR).¹⁸⁴ Die im selbständigen Baurecht errichtete Baute steht nach den allgemeinen Regeln über das Baurecht im Eigentum des Pächters, der zugleich Baurechtsnehmer ist. Die Errichtung eines selbständigen Baurechts zu Gunsten eines Nichtpächters verstösst auf landwirtschaftlichen Grundstücken gegen das Realteilungs- bzw. Zerstückelungsverbot (Art. 58 BGG) und ist daher grundsätzlich ausgeschlossen.¹⁸⁵

¹⁸² BGE 120 III 131 (133), E. 2.

¹⁸³ AMMON/WALTHER, S. 205; das Verwertungsverfahren solcher «Vermögensbestandteile anderer Art» (Art. 132 Abs. 1 SchKG) erfolgt nach Vorgabe der Aufsichtsbehörde; BGE 120 III 131 (132), E. 1.

¹⁸⁴ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 148; SCHMID, Beurkundung, S. 4.

¹⁸⁵ Vgl. Ziff. V 1.2; zu den wenigen Ausnahmen von diesem Grundsatz vgl. Ziff. V 1.3.2.

4.2 Grundpfandrechte und Zwangsvollstreckung

Auch für Bauvorhaben, die der Pächter im selbständigen Baurecht errichtet, kann er vom Bund Investitionskredite beanspruchen (Art. 106 Abs. 2 lit. c LwG).¹⁸⁶ Vorausgesetzt wird diesfalls, dass «ein selbständiges und dauerndes Baurecht von mindestens 30 Jahren errichtet wird und ein landwirtschaftlicher Pachtvertrag für den übrigen Betrieb mit gleicher Dauer abgeschlossen wird» (Art. 9 Abs. 1 SVV). Der Pachtvertrag ist im Grundbuch vorzumerken. Steht der investierende Pächter in einem laufenden Pachtverhältnis, so muss er diesen um mindestens 30 Jahre verlängern. Auch das bauerliche Bodenrecht setzt voraus, dass Baurecht und Pachtvertrag von gleicher Dauer sind (Art. 60 Abs. 1 lit. f BGG).¹⁸⁷ Ist das selbständige und dauernde Baurecht ins Grundbuch aufgenommen, so kann es mit Grundpfandrechten belastet werden. Für die Sicherstellung des Investitionskredites und allfälliger weiterer Kredite steht somit das Baurechtsgrundstück zur Verfügung. Die Leistung einer Grundpfandsicherheit durch den Verpächter erübrigt sich damit.

4.2.1 Zwangsvollstreckung gegen den Baurechtsnehmer/Pächter

Das als Grundstück ins Grundbuch aufgenommene selbständige Baurecht kann im Rahmen einer Zwangsvollstreckung gegen den Baurechtsnehmer verwertet werden (Art. 816 Abs. 1 ZGB). Der Baurechtsgeber kann sein Vorkaufsrecht am Baurechtsgrundstück auch bei einer Zwangsversteigerung ausüben (Art. 682 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 681 Abs. 1 ZGB). Der Erwerb des Baurechtsgrundstücks in der Zwangsvollstreckung führt nicht zu dessen Untergang. Vielmehr wird das Baurecht auf den Erwerber übertragen und besteht als solches weiter. Der Erwerber benötigt dafür eine Erwerbsbewilligung nach Art. 61 BGG.¹⁸⁸ Handelt es sich um einen Dritten (z. B. eine Bank als Grundpfandgläubigerin), so gerät sein Erwerb allerdings in Konflikt mit dem Realteilungsverbot (Art. 58 Abs. 1 BGG). Der Gesetzgeber hat deshalb die Zwangsvollstreckung vom Realteilungs- und Zerstückerungsverbot ausgenommen (Art. 59 lit. d BGG). Das Ergebnis führt zu einem Auseinanderfallen der Berechtigung aus Pacht- und Baurechtsvertrag. Der Pachtvertrag umfasst das Baurechtsgrundstück nicht und ist daher von der Zwangsvollstreckung nicht berührt.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Vgl. Ziff. IV 3.3.

¹⁸⁷ Die Frage, ob ein 30-jähriger Pachtvertrag, wie er beim selbständigen Baurecht erforderlich ist, vor Art. 27 ZGB (Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung) standhält, kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht vertieft geprüft werden. Sie ist jedoch weit mehr als bloss akademischer Natur: Hat der Pächter beim Abschluss des Baurechtsvertrages das 35. Lebensjahr überschritten, so verpflichtet ihn der entsprechende – notabene persönlich zu erfüllende (Art. 21a Abs. 2 LPG) – Pachtvertrag zur Bewirtschaftung über das ordentliche Rentenalter hinaus, was im Lichte von Art. 27 ZGB fragwürdig erscheint. Das Bundesgericht räumt bei langfristigen Verträgen der betreffenden Partei dann ein ausserordentliches Kündigungsrecht ein, wenn die Fortführung eine unzumutbare Einschränkung ihrer Persönlichkeitsrechte bedeuten würde; BGE 128 III 428 (431), E. 3c.

¹⁸⁸ Vgl. Ziff. V 1.1.

¹⁸⁹ Hingegen ist das mit dem Baurecht belastete Grundstück Gegenstand eines Pachtvertrages.

4.2.2 Zwangsvollstreckung gegen den Baurechtsgeber/Verpächter

Gerät das mit einem Baurecht belastete Grundstück in eine Zwangsvollstreckung, so kann der Baurechtsnehmer sein Vorkaufsrecht ausüben, allerdings nur an jenem Teil des Grundstücks, das mit dem Baurecht belastet ist (Art. 682 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 681 Abs. 1 ZGB).¹⁹⁰ Nun ist der Baurechtsnehmer in landwirtschaftlichen Verhältnissen regelmässig zugleich Pächter des mit dem Baurecht belasteten Grundstücks. In diesem Zusammenhang ist deshalb zu prüfen, ob er auch an jenem Grundstücksteil, der nicht mit dem Baurecht belastet ist, sein Vorkaufsrecht als Pächter ausüben kann. Handelt es sich beim Pachtobjekt um ein landwirtschaftliches Gewerbe (Art. 7 BGG) und ist die gesetzliche Mindestpachtdauer von 9 Jahren abgelaufen (Art. 7 Abs. 1 LPG, Art. 47 Abs. 1 lit. b BGG), so dürften die Voraussetzungen dafür erfüllt sein (Art. 681 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 47 Abs. 1 BGG).

Handelt es sich bei dem in Zwangsvollstreckung befindlichen Pachtgegenstand hingegen um ein einzelnes Grundstück, so sind die Hürden für das Pächtervorkaufsrecht weitaus höher. Zunächst muss auch hier die gesetzliche Mindestpachtdauer von sechs Jahren abgelaufen sein (Art. 7 Abs. 1 LPG, Art. 47 Abs. 2 lit. a BGG). Weiter muss das zu erwerbende Grundstück innerhalb des ortsüblichen Bewirtschaftungsbereiches des Gewerbes des Käufers liegen und der Pächter muss selber Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein oder wirtschaftlich über ein solches verfügen (Art. 47 Abs. 2 lit. b BGG).¹⁹¹ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann hierfür, in Abweichung von Art. 7 Abs. 4 lit. c BGG, zum Betrieb zugepachtetes Land nicht berücksichtigt werden, was im Ergebnis viele Gewerbe mit einem hohen Anteil an Pachtland von der Ausübung des Pächtervorkaufsrechtes an einem Grundstück ausschliesst.¹⁹²

Ein Grundpfandgläubiger kann in der Zwangsversteigerung den Doppelaufwurf (Art. 142 SchKG) verlangen, wenn das Baurecht oder der vorgemerkte Pachtvertrag nachrangig zum Grundpfandrecht und ohne seine Zustimmung eingetragen wurde (Art. 812 Abs. 2 ZGB). Dasselbe gilt bezüglich eines langfristig abgeschlossenen Pachtvertrages ohne Vormerkung.¹⁹³ Diese Rechte werden gelöscht (Art. 142 Abs. 3 SchKG), sobald «ihr Bestand den vorgehenden Pfandgläubiger schädigt» (Art. 812 Abs. 2 ZGB *in fine*). Kann oder will der Pächter sein Vorkaufsrecht am belasteten

¹⁹⁰ Nach dem Wortlaut von Art. 682 Abs. 2 ZGB: «Ein Vorkaufsrecht gegenüber jedem Erwerber [hat auch] der Inhaber dieses Rechts am belasteten Grundstück, soweit dieses durch die Ausübung (...) in Anspruch genommen wird.»

¹⁹¹ Dem Eigentum wird die wirtschaftliche Verfügung über ein Gewerbe gleichgesetzt. So verfügt z. B. über ein Gewerbe, wer eine Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person innehat, deren Hauptaktivum ein landwirtschaftliches Gewerbe darstellt. Hingegen *verfügt* der Pächter nicht über ein Gewerbe im Sinne von Art. 47 Abs. 2 lit. b BGG; BGE 134 III 1 (8), E. 3.4.3.

¹⁹² Das Bundesgericht geht davon aus, dass überall dort, wo das Gesetz das Eigentum an einem Gewerbe voraussetzt, das Zupachtland nicht berücksichtigt werden kann; BGE 129 III 693 (698), E. 5.4; bestätigt in: BGE 134 II 1 (7), E. 3.4.2; vgl. zur (m.E. berechtigten) Kritik an dieser Rechtsprechung: STUDER, Urteile, S. 304 ff.

¹⁹³ Vgl. Ziff. IV 2.2.

Grundstück nicht ausüben und wird das Grundstück von einem Dritten erworben, so riskiert er, dass sein Baurecht bei einem allfälligen Doppelaufwurf infolge Löschung untergeht (Art. 734 ZGB) und sein Pachtvertrag auf den nächstmöglichen gesetzlichen Termin gekündigt wird.¹⁹⁴

4.3 Beendigung des Baurechts- oder Pachtvertrages

Bei Errichtung eines selbständigen Baurechts sind die Parteien nach dem Gesagten auch zum Abschluss eines Pachtvertrages von gleicher Dauer verpflichtet. Beim selbständigen und dauernden Baurecht müssen beide Verträge für eine Dauer von mindestens 30 Jahren abgeschlossen werden (Art. 7 Abs. 2 Ziff. 2 GBV). Von ihrer Rechtsnatur her handelt es sich bei beiden Vertragstypen um Dauerschuldverhältnisse.¹⁹⁵ Solche können aus wichtigen Gründen auch vorzeitig gekündigt werden.¹⁹⁶ Die Voraussetzungen für eine vorzeitige Beendigung sind allerdings für Pacht- und Baurechtsvertrag unterschiedlich, was, wie nachfolgend aufzuzeigen ist, erhebliche Schwierigkeiten schaffen kann.

4.3.1 Das selbständige Baurecht bei Kündigung oder Auflösung der Pacht

Während einer 30-jährigen Pachtdauer können beim Pächter Gründe eintreten, welche die Weiterführung der Pacht für ihn unzumutbar machen, wie z. B. Krankheit oder Invalidität. Zu beachten ist weiter, dass für die Ausrichtung von Direktzahlungen an die Landwirtschaft eine Altersgrenze von 65 Jahren gilt (Art. 70 Abs. 5 LwG, Art. 19 Abs. 1 DZV).¹⁹⁷ Eine Bewirtschaftung des Pachtbetriebes über das Rentenalter hinaus ist zwar durchaus zulässig und der Eintritt des Pächters in das Rentenalter stellt für sich genommen auch keinen wichtigen Grund (Art. 17 LPG) für eine ausserordentliche Kündigung der Pacht dar, solange der Pächter den Pachtgegenstand persönlich bewirtschaftet. Trotzdem ist die Weiterbewirtschaftung des Betriebes ohne Direktzahlungen angesichts deren enormen wirtschaftlichen Bedeutung unattraktiv.¹⁹⁸ Darüber hinaus ist eine Bewirtschaftung im Rentenalter auch agrarpolitisch unerwünscht.¹⁹⁹ Kündigt der Pächter den Pachtvertrag aus den dargelegten Gründen unter Berufung auf einen wichtigen Grund nach Art. 17 LPG oder vereinbaren die Parteien dessen Auflösung (*actus contrarius*, Art. 19 Abs. 1 OR)²⁰⁰, so stellt sich die Frage, was dies für den Baurechtsvertrag bedeutet.

¹⁹⁴ BGE 124 III 37 (40), E. 2; BGE 125 III 123 (128), E. 1d.

¹⁹⁵ ISLER, BaKomm, N. 1 zu Art. 779f ZGB.

¹⁹⁶ BGE 128 III 428 (429), E. 3.

¹⁹⁷ Die Altersgrenze gilt für den Bezug der allgemeinen Direktzahlungen, der Ökobeiträge und der Ethobeiträge, nicht aber für die auf Sömmerungsalpen (Art. 9 LBV) ausgerichteten Sömmerungsbeiträge (Art. 70 Abs. 5 LwG).

¹⁹⁸ Im Jahr 2008 wurden pro Betrieb CHF 46600.– an Direktzahlungen ausgerichtet. Im Mittel machten die Direktzahlungen einen Anteil von 18,6% an der Rohleistung aus, im Berggebiet sogar 32,8%; Agrarbericht 2009, S. 185.

¹⁹⁹ Botschaft Agrarpolitik 2002, S. 213; Urteil des BGer 2A.292/2004 vom 7. Juni 2004, E. 2.2.2.

²⁰⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, AT OR, Band I, Rz. 616.

a) *Bei Kündigung der Pacht aus gesundheitlichen Gründen*

Ist der Pächter aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage die Pacht weiterzuführen, so liegt für die Pacht ein wichtiger Grund für eine ausserordentliche Kündigung nach Art. 17 LPG vor.²⁰¹ Bezüglich des Baurechtsvertrages dürfte seine Interessenlage unterschiedlich sein, je nach dem ob es sich um ein landwirtschaftliches Ökonomiegebäude²⁰² oder aber um eine Wohnbaute handelt. Im ersten Fall wird er dazu bereit sein oder sogar ein Interesse daran haben, das Ökonomiegebäude auf einen Rechtsnachfolger zu übertragen, sei dies auf einen Nachfolgpächter oder auf den Grundeigentümer. Ist der Pächter hingegen Eigentümer einer im selbständigen Baurecht erstellten Wohnbaute, so ist denkbar, dass er das Eigentum daran auch nach Aufgabe der Pacht behalten möchte. Der Verlust des Wohneigentums dürfte gerade bei einer Beendigung der Pacht infolge Krankheit oder Invalidität des Pächters unerwünscht sein. Darüber hinaus gilt Wohneigentum anerkanntermassen als geeignete Form der Altersvorsorge, die dem Pächter aber dann verwehrt bleibt, wenn er bei Pachtende das Eigentum an der Wohnbaute aufgeben muss. Das Interesse des Baurechtsnehmers kollidiert dann möglicherweise mit demjenigen des Verpächters. Dieser möchte das Gewerbe an einen anderen Pächter verpachten, der dafür auch eine Wohngelegenheit benötigt.

Die ausserordentliche Kündigung des Pachtvertrages durch den Pächter aus gesundheitlichen Gründen ist dadurch gekennzeichnet, dass sie, nach der hier vertretenen Auffassung, nicht unter die Regeln des vorzeitigen Heimfalls (Art. 779f ZGB) fällt; setzt dies doch entweder eine Überschreitung des dinglichen Rechts (Baurecht) oder eine Verletzung vertraglicher Verpflichtungen «in grober Weise» durch den Baurechtsnehmers voraus. Von einer Überschreitung des dinglichen Rechts kann bei Kündigung des Pachtvertrages ohnehin nicht gesprochen werden. Ob sich die Verletzung vertraglicher Pflichten nur auf den Baurechtsvertrag bezieht, oder ob auch die Verletzung andere Verträge zwischen Baurechtsnehmer und Baurechtsgeber darunter fällt, wird in der Lehre unterschiedlich beurteilt.²⁰³

Es bleibt festzuhalten, dass eine Kündigung der Pacht infolge Krankheit oder Invalidität durch den Pächter während der Dauer des Baurechtsvertrages dem Grundeigentümer nach dem Konzept des ZGB keinen Anspruch auf Übertragung des Baurechts gibt. Der Grundeigentümer hat den Baurechtsvertrag auszuhalten. Allerdings rechtfertigt sich mit Aufgabe der Pacht die Unentgeltlichkeit des Baurechtes nicht mehr. Dies gilt zumindest in jenen Fällen, in denen der ursprüngliche Verzicht auf einen Baurechtzins ausschliesslich aufgrund der Vorschriften des Pachtrechts und nicht im Sinne einer Begünstigung des Baurechtsnehmers erfolgte.²⁰⁴ Mangels gesetzlicher Anordnung oder vertraglicher Regelung im Baurechts-

²⁰¹ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 396.

²⁰² Ställe, Futterlager, Jauchesilos, Remisen etc.

²⁰³ Für eine Beschränkung auf den Baurechtsvertrag: Botschaft ZGB 1963, S. 988; ISLER, BaKomm, N. 7 zu Art. 779f ZGB; a.M. HENGGELER, S. 169.

²⁰⁴ ISLER, S. 47.

vertrag wird sich der Grundeigentümer dabei auf die *clausula rebus sic stantibus* berufen können. Die Anwendung dieser Rechtsfigur setzt voraus, dass die Verhältniseränderung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht voraussehbar war und es sich um eine wesentliche Äquivalenzstörung handelt.²⁰⁵ Beide Voraussetzungen für eine gerichtliche Vertragsergänzung sind bei einer Kündigung der Pacht aus gesundheitlichen Gründen erfüllt.

b) *Bei Kündigung der Pacht infolge Rentenalters des Pächters*

Ob der Verlust der Direktzahlungen bei Eintritt ins Rentenalter einen wichtigen Grund für eine ausserordentliche Kündigung seitens des Pächters darstellt, ist fraglich, setzt ein solcher doch voraus, dass die Fortführung des Pachtverhältnisses unzumutbar ist (Art. 17 LPG). Zwar können auch subjektive Elemente als wichtiger Grund berücksichtigt werden, jedoch nur, soweit diese bei Vertragsabschluss nicht voraussehbar waren.²⁰⁶ Das Erreichen des Rentenalters ist für den Baurechtsnehmer, im Unterschied zu Krankheit oder Invalidität, bereits bei Vertragsabschluss vorhersehbar. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes und die Unzumutbarkeit der Pachtfortsetzung allein wegen des Verlusts der Direktzahlungen zu bejahen, würde im Ergebnis auf ein einseitiges Kündigungsrecht des Pächters beim Eintritt ins Rentenalter hinauslaufen, was nach der hier vertretenen Meinung abzulehnen ist. Dem Verpächter steht ein solches Kündigungsrecht ohnehin nicht zu, solange der Pächter den Pachtgegenstand – ob mit oder ohne Direktzahlungen – vertragskonform bewirtschaftet.

c) *Bei Kündigung der Pacht aus wichtigem Grund durch den Verpächter*

Im landwirtschaftlichen Pachtrecht kommt der Person des Pächters grosse Bedeutung zu. Der Pächter ist grundsätzlich zur persönlichen Erfüllung des Pachtvertrages verpflichtet (Art. 21a Abs. 2 LPG, Art. 68 OR).²⁰⁷ Dem widerspricht nicht, dass er den Pachtgegenstand unter seiner Verantwortung durch Angestellte, Familienangehörige oder Lohnunternehmer bewirtschaften lassen kann.²⁰⁸ Auch die Bewirtschaftungspflicht im Rahmen einer überbetrieblichen Zusammenarbeit ist zulässig (Art. 21a Abs. 2 LPG *in fine*). Eine Unterpacht braucht demgegenüber immer die Zustimmung des Verpächters (Art. 1 Abs. 4 LPG i.V.m. Art. 291 Abs. 1 OR).²⁰⁹ Eine nicht bewilligte Unterpacht stellt einen schwerwiegenden Verstoss des Pächters gegen den Pachtvertrag dar und rechtfertigt eine ausserordentliche Kündigung («wichtiger Grund», Art. 17 Abs. 1 LPG)²¹⁰ und gleichzeitig einen Anspruch des Verpächters auf vorzeitigen Heimfall des Baurechts, zumindest wenn

²⁰⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, AT OR, Band I, Rz. 1298; BGE 127 III 300 (304), E. 5b.

²⁰⁶ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 399.

²⁰⁷ Botschaft Agrarpolitik 2002, S. 4949; STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 456.

²⁰⁸ Z. B. im Rahmen einer Betriebs- oder Betriebszweiggemeinschaft, der der Pächter selber angehört (Art. 10ff. LBV); STUDER, Kommentar Pachtrecht N. 458.

²⁰⁹ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 161.

²¹⁰ STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 405; nebst dem «wichtigen Grund» von Art. 17 LPG finden sich Spezialtatbestände in Art. 22b LPG; STUDER, Kommentar Pachtrecht, N. 394.

man jenem Teil der Lehre folgen will, der auch die schwerwiegende Verletzung nichtbaurechtlicher Verträge unter Art. 779f ZGB subsumieren will.²¹¹

d) Bei Auflösung der Pacht durch vertragliche Übereinkunft

Die Auflösung des Pachtvertrages im gegenseitigen Einvernehmen der Parteien ist jederzeit möglich (Art. 19 Abs. 1 OR). Im Grundsatz können die Parteien auch die Aufhebung oder die Übertragung der Baurechtsdienstbarkeit an den Grundeigentümer vereinbaren.²¹² Im Falle der Aufhebung kommt es zu einem vertraglich vereinbarten Heimfall. Die auf dem Baurecht errichteten Bauwerke werden zu Bestandteil des belasteten Grundstücks (Akzessionsprinzip, Art. 779c ZGB). Das Baurecht geht jedoch erst mit der Löschung des Eintrags im Grundbuch unter (Art. 734 ZGB). Die Aufhebung des im Grundbuch als Grundstück eingetragenen Baurechts tangiert allfällige Rechte von Dritten,²¹³ da deren Rechte am Grundstück untergehen.²¹⁴ Sie müssen deshalb zur Löschung ihre schriftliche Zustimmung erteilen (Art. 964 Abs. 1 ZGB; Art. 61 Abs. 2 GBV).²¹⁵ Die Grundpfandgläubiger werden der Löschung aus naheliegenden Gründen jedoch erst dann zustimmen, wenn ihre Ansprüche befriedigt oder sichergestellt sind (vgl. Art. 779d ZGB beim ordentlichen Heimfall).

Vereinbaren die Parteien die Übertragung des Baurechts an den Grundeigentümer, so bedarf dieser Vertrag der öffentlichen Beurkundung (Art. 657 Abs. 1 ZGB). Ob auch der Aufhebungsvertrag einer Formvorschrift unterliegt, ist nicht geklärt. Gegen eine zwingende öffentliche Beurkundung spricht Art. 779a ZGB, der nur für die *Begründung* eines selbständigen und dauernden Baurechts die Form der öffentlichen Urkunde vorschreibt. Andererseits wird die Anwendbarkeit von Art. 115 OR, welcher eine formlose Aufhebung von Forderungen durch Übereinkunft auch dann vorsieht, wenn zu deren Begründung eine besondere Form erforderlich war, für die Aufhebung eines Baurechtsvertrages verneint.²¹⁶ Im Zweifelsfall sollte nach der hier vertretenen Meinung der Aufhebungsvertrag in der Form der öffentlichen Urkunde abgeschlossen werden.²¹⁷ Die Anmeldung an das Grundbuchamt zur Löschung der Baurechtsdienstbarkeit muss jedenfalls schriftlich erfolgen (Art. 963 Abs. 1 ZGB).

4.3.2 Der Pachtvertrag beim vorzeitigen Heimfall des Baurechts

Erhebt der Grundeigentümer Anspruch auf Übertragung des Baurechts wegen Überschreitung des dinglichen Rechts durch den Baurechtsnehmer (vorzeitiger

²¹¹ HENGGELER, S. 169.

²¹² HENGGELER, S. 73; ISLER, S. 119.

²¹³ Z. B. Dienstbarkeitsberechtigte oder Grundpfandgläubiger.

²¹⁴ ISLER, BaKomm, N. 4 zu Art. 779c ZGB.

²¹⁵ Aus dem gleichen Grund ist auch die (einseitige) Dereliktion an einem Baurechtsgrundstück unzulässig; BGE 118 II 115 (118), E. 2. Sie bedarf vielmehr der Zustimmung der daraus dinglich Berechtigten; BGE 127 III 300 (303), E. 5aa.

²¹⁶ ISLER, BaKomm, N. 37 zu Art. 779a ZGB.

²¹⁷ Übereinstimmend: ISLER, BaKomm, a.a.O.

Heimfall, Art.779f ZGB), so bedeutet dies nicht zwingend auch das Vorliegen eines wichtigen Grundes für eine ausserordentliche Kündigung der Pacht nach Art.17 LPG. Der Pächter findet sich dann in der zwar selbstverschuldeten, aber unangenehmen Situation, mit einem laufenden Pachtvertrag, jedoch ohne Gebäude dazustehen. Dass sich die Parteien in dieser Situation darauf einigen, die an den Grundeigentümer übertragenen Gebäude in den Pachtvertrag aufzunehmen, dürfte naturgemäss schwierig sein. Der Pächter selber kann also damit in die Situation kommen, dass er den Pachtvertrag aus wichtigem Grund wegen Unzumutbarkeit ausserordentlich kündigen muss.

4.3.3 Der Widerruf der Bewilligung durch die Behörde

Die Einräumung eines Baurechtes auf einem landwirtschaftlichen Grundstück untersteht der Bewilligungspflicht gemäss BGG.²¹⁸ Unter gewissen Voraussetzungen kann die Behörde die erteilte Bewilligung widerrufen.²¹⁹ Bei der Ausnahmebewilligung zur Einräumung eines Baurechtes (i.S.v. Art.60 Abs.1 lit.f BGG) handelt es sich um eine *privatrechtsgestaltende Verfügung*.²²⁰ Nach Abschluss des privatrechtlichen Rechtsgeschäftes können solche grundsätzlich nicht mehr widerrufen werden.²²¹ Das BGG sieht jedoch vor, dass die Behörde ihren Entscheid widerruft, wenn dieser durch falsche Angaben erschlichen wurde (Art.71 Abs.1 BGG).²²² Der Widerruf ist längstens bis zehn Jahre nach der Eintragung des Rechtsgeschäftes im Grundbuch möglich (Art.71 Abs.2 BGG).²²³ Zu prüfen ist im vorliegenden Kontext, ob ein Widerruf dann in Frage kommt, wenn das Pachtverhältnis oder der Baurechtsvertrag vorzeitig beendet wird und dadurch die wirtschaftliche Einheit nicht mehr gewahrt ist. Ein Widerruf setzt allerdings voraus, dass die Bewilligung unter falschen Angaben erschlichen wurde; die falschen Angaben müssen kausal für die Bewilligung gewesen sein (objektives Erfordernis).²²⁴ Darüber hinaus muss der Gesuchsteller mit Täuschungsabsicht gehandelt haben (subjektives Erfordernis).²²⁵ Diese Voraussetzungen dürften nicht erfüllt sein, wenn der Pachtvertrag aus wichtigem Grund gekündigt oder im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst wird. Auch die Gründe, die zu einem vorzeitigen Heimfall des Baurechtes führen können, werden diese Voraussetzungen i.d.R. nicht erfüllen, so dass kein Raum für einen behördlichen Widerruf der Bewilligung besteht. Wenn sich der Sachverhalt nach Erteilen der Bewilligung anders als erwartet entwickelt

²¹⁸ Vgl. Ziff. V 1.1.

²¹⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 994.

²²⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1023; STALDER, Kommentar Bodenrecht, N. 8 zu Art.70 BGG.

²²¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1021.

²²² STALDER, Kommentar Bodenrecht, N. 1 zu Art.71 BGG.

²²³ Die Frist stimmt damit mit derjenigen für die ordentliche Ersitzung eines Grundstücks überein (Art.661 ZGB); Botschaft BGG 1988, S.1044; DONZALLAZ, Rz. 649.

²²⁴ STALDER, Kommentar Bodenrecht, N. 3 zu Art.71 BGG; Urteil des BGer 5A.19/2003 vom 17. Oktober 2003, E. 5.

²²⁵ STALDER, Kommentar Bodenrecht, N. 4 zu Art.71 BGG.

(z.B. infolge Krankheit), ist ein Widerruf ohnehin ausgeschlossen.²²⁶ Auf die Folgen eines Widerrufs ist deshalb nicht weiter einzugehen.

4.3.4 Rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeiten im Baurechtsvertrag

Um der gegenseitigen Abhängigkeit von Pacht- und Baurechtsvertrag Rechnung zu tragen, empfiehlt es sich, gewisse Vereinbarungen in den Baurechtsvertrag aufzunehmen:

a) Anpassungsregel für Baurechtszins bei Beendigung der Pacht

Der Verzicht auf einen Baurechtszins ist nur, aber immerhin, solange gerechtfertigt, als Pacht- und Baurechtsvertrag eine wirtschaftliche Einheit bilden und damit den Regeln des Pachtrechtes unterstehen.²²⁷ Soll der Baurechtsvertrag auch nach Beendigung der Pacht fortgeführt werden, so empfiehlt es sich, im Baurechtsvertrag festzuhalten, dass ab diesem Zeitpunkt ein Baurechtszins geschuldet ist (positive Anpassungsregel).²²⁸ Diese Vereinbarung entfaltet nur obligatorische Wirkung zwischen den ursprünglichen Parteien.²²⁹ Als Sicherungsinstrument ist allerdings der Anspruch des Grundeigentümers auf Errichtung eines Grundpfandrechtes nach Art. 779i ZGB mit realobligatorischer Wirkung gegenüber dem jeweiligen Baurechtsberechtigten durchsetzbar.²³⁰

b) Eintrittsrecht für den Rechtsnachfolger

Besteht bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Aussicht darauf, dass ein bestimmter Nachfolger in den Pacht- und Baurechtsvertrag eintreten möchte, kann diesem ein Eintrittsrecht in die beiden Vertragsverhältnisse (Gestaltungsrecht)²³¹ eingeräumt werden für den Fall, dass der Rechtsvorgänger die Pacht aufgibt. Dies wird v.a. dann in Frage kommen, wenn der Pächter einen Nachkommen hat, der den Pachtbetrieb weiterführen möchte. Der Vorteil einer solchen Lösung ist darin zu sehen, dass der Rechtsnachfolger sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht vertraglich binden muss. Bezüglich des Pachtvertrages ist die Einräumung eines solchen Eintrittsrechtes formfrei möglich (Art. 1 Abs. 1 OR), entfaltet jedoch nur obligatorische Wirkung zwischen den Parteien. Deshalb ist eine Vormerkung des Pachtvertrages im Grundbuch zu empfehlen (Art. 1 Abs. 4 LPG i.V.m. Art. 290 lit. c OR). Das Eintrittsrecht kann dann gegenüber jedem Eigentümer geltend gemacht werden (Art. 959 Abs. 2 ZGB). In Bezug auf das Baurecht ist das Eintrittsrecht des Nachfolgers als Kaufrecht am Baurechtsgrundstück auszugestalten, das

²²⁶ STALDER, Kommentar Bodenrecht, N. 5 zu Art. 71 BGBB.

²²⁷ Zur Unzulässigkeit eines Baurechtszinses vgl. Ziff. V 2.

²²⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, AT OR, Band I, Rz. 1285; ISLER, BaKomm, N. 31 Art. 779a ZGB.

²²⁹ ISLER, BaKomm, N. 7 zu Art. 779a ZGB.

²³⁰ Mit der Ergänzung von Art. 779b ZGB um den neuen Abs. 2 (Teilrevision ZGB vom 11. Dezember 2009) kann auch eine (öffentlich beurkundete) Vereinbarung über den Baurechtszins im Grundbuch vorgemerkt werden. Sie erhält damit Wirkung gegenüber jedem Erwerber (Art. 959 Abs. 2 ZGB); Botschaft ZGB 2007, S. 5313.

²³¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, AT OR, Band I, Rz. 65.

mit Eintritt in das Pachtverhältnis ausgeübt werden kann. Es bedarf der Form der öffentlichen Urkunde (Art. 216 Abs. 2 OR, Art. 657 Abs. 1 ZGB). Das Kaufrecht an einem Baurecht kann allerdings für höchstens zehn Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden (Art. 216a OR).

4.3.5 Anwendung von Art. 678 Abs. 3 ZGB per analogiam?

Die Verknüpfung von (obligatorischem) Pachtvertrag und (dinglichem) Baurechtsverhältnis ist eine Besonderheit der Landwirtschaft. Für die Lösung der Schwierigkeiten, die sich daraus bei Beendigung der Pacht ergeben können, stellt das Recht über die Baurechtsdienstbarkeiten *de lege lata* keine adäquate Lösung zur Verfügung. Insbesondere kann der Grundeigentümer bei Beendigung der Pacht nicht in jedem Fall auch die Beendigung des Baurechtsverhältnisses verlangen.

Seit der Revision des ZGB vom 20. Juni 2003²³² kann an Pflanzen eine dem Baurecht entsprechende Dienstbarkeit für die Dauer von mindestens zehn und höchstens hundert Jahren errichtet werden (sog. «Pflanzensuperficies», Art. 678 Abs. 2 ZGB). Diese Dienstbarkeit führt als gesetzlicher Vorbehalt i.S.v. Art. 667 Abs. 2 ZGB zur Durchbrechung des Akzessionsprinzips und lässt Sondereigentum an den Pflanzen entstehen.²³³ In Art. 678 Abs. 3 ZGB hat der Gesetzgeber eine Regel für die Beendigung dieser Dienstbarkeit geschaffen: Hat der Grundeigentümer mit dem Dienstbarkeitsberechtigten einen Pachtvertrag abgeschlossen und wird dieser beendet, so kann er die Ablösung der Dienstbarkeit vor Ablauf der vereinbarten Dauer verlangen. Der Richter bestimmt die vermögensrechtlichen Folgen unter Würdigung aller Umstände.²³⁴ Die Anwendung dieser Regel auf die Baurechtsdienstbarkeiten würde es dem Grundeigentümer erlauben, das Baurecht für den Fall der vorzeitigen Beendigung der Pacht abzulösen. Aus öffentlich-rechtlicher Sicht steht Art. 678 Abs. 3 ZGB auch in Übereinstimmung mit dem Realteilungs- und Zerstückelungsverbot von Art. 58 BGG, indem ein Auseinanderfallen der Berechtigung aus dem Pacht- und dem Baurechtsverhältnis verhindert wird. Ob diese Norm – wie es hier vertreten wird – auf das Baurechtsverhältnis tatsächlich Anwendung finden kann, ist in einem künftigen konkreten Fall durch den Richter zu entscheiden (Art. 1 ZGB).²³⁵

4.4 Stellungnahme

Der wichtige (und m.E. für landwirtschaftliche Bedürfnisse einzige) Vorteil des selbständigen Baurechts gegenüber dem Unselbständigen ist in der Möglichkeit seiner Belastung mit Grundpfandrechten zu sehen. Für den Gewerbepächter, der nicht über anderweitige Grundpfandsicherheiten verfügt, wird deshalb ein selbständiges Baurecht im Vordergrund stehen. Die Mindestdauer von 30 Jahren

²³² AS 2003, S. 4121, i.K. 1. Januar 2004.

²³³ Mit ZOBL, Rz. 195a, ist einizugehen, dass die praktische Bedeutung der Pflanzensuperficies gering bleiben wird.

²³⁴ Botschaft Agrarpolitik 2007, S. 4954; STUDER, Superficies, S. 29.

²³⁵ Das Bundesgericht musste sich bisher, soweit ersichtlich, zu Art. 678 Abs. 3 ZGB nicht äussern.

schafft jedoch in Verbindung mit dem auf gleiche Dauer abzuschliessenden Pachtvertrag erhebliche Probleme bei der vorzeitigen Beendigung der Pacht, für welche Rechtsprechung und Lehre bisher kaum befriedigende Lösungsansätze aufzeigen können. Die für die Pflanzensuperficies vom Gesetzgeber vorgesehene Lösung ist nach der hier vertretenen Meinung auch für das Baurechtsverhältnis geeignet.

VI. Schlussfazit

Für Investitionen des landwirtschaftlichen Pächters auf Grundeigentum des Verpächters ist neben der obligationenrechtlichen Sicht auch eine sachenrechtliche Betrachtungsweise erforderlich. Aus der Darstellung und Diskussion der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten von Pächterinvestitionen sind folgende Fazite zu ziehen:

- Sehen die Parteien von der Errichtung einer Dienstbarkeit ab, so gelangen die vom Pachtrecht aufgestellten Normen zur Anwendung. Das dispositive Recht sichert dem Pächter einen Entschädigungsanspruch bei Pachtende zu, sofern die schriftliche Zustimmung des Verpächters zur Investitionen vorliegt. Wird gleichzeitig ein langfristiger Pachtvertrag abgeschlossen, ist dieser sinnvollerweise im Grundbuch vorzumerken.
- Die im unselbständigen Baurecht getätigten Investitionen gehen ins Eigentum des Pächters über. Die Parteien können die Laufzeit von Baurechts- und Pachtvertrag der Abschreibungsdauer der Investition entsprechend frei wählen. Indessen müssen beide Verträge von gleicher Dauer abgeschlossen werden. Die von der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre vertretene Übertragung mittels Zession ist im Lichte der Rechtssicherheit (Publizitätsprinzip) und der Erwerbsbewilligungspflicht nach BGG abzulehnen. Vorzuziehen ist eine Übertragung mittels konstitutiven Grundbucheintrags. Auch eine im unselbständigen Baurecht errichtete Baute ist in der Betreibung gegen den Pächter pfändbar.
- Für das selbständige und im Grundbuch aufgenommene Baurechtsgrundstück ist im Regelfall die Belastungsgrenze für Grundpfandrechte gemäss BGG zu beachten. Pacht- und Baurechtsvertrag sind von gleicher Dauer und über mindestens dreissig Jahre abzuschliessen. Dieser Grundsatz lässt sich allerdings nicht ausnahmslos umsetzen: endet der Pachtvertrag infolge Rentenalters, Krankheit oder Tod des Pächters vorzeitig, so läuft der Baurechtsvertrag trotzdem weiter. Insgesamt schafft die Dualität von Pacht- und Baurechtsvertrag bei Beendigung des einen oder anderen Vertragsverhältnisses Schwierigkeiten, so dass das selbständige Baurecht für landwirtschaftliche Verhältnisse nur bedingt geeignet erscheint.