

Equus und aequus – et cetera

Liber amicorum für Benno Studer
zum 70. Geburtstag

Schulthess 

FRANZ A. WOLF*

Das Baurecht in der Landwirtschaft – ausgewählte Aspekte

Inhaltsverzeichnis

I.	Vorwort.....	284
II.	Das Baurecht in der Übersicht.....	285
	1. Das Akzessionsprinzip: Die Verbindung von Boden und Bauten.....	285
	2. Das Baurecht: Errichtung und Voraussetzungen.....	286
	3. Das selbständige und dauernde vs. das unselbständige Baurecht.....	288
	4. Der ordentliche Heimfall.....	289
	5. Der vorzeitige Heimfall.....	290
III.	Die Besonderheiten des Baurechts in der Landwirtschaft.....	291
	1. Motive der Baurechtsbegründung.....	291
	2. Natürliche Personen.....	292
	3. Koppelung mit landwirtschaftlicher Pacht.....	292
	4. Gesetzliche Beschränkung Baurechtszins und Anpassung an veränderte Verhältnisse.....	293
IV.	Das Baurecht und die gesetzlichen Vorkaufsrechte.....	294
	1. Die Vorkaufsrechte im Baurecht des ZGB.....	294
	2. Das Vorkaufsrecht der Verwandten im BGBB.....	294
	3. Das Vorkaufsrecht des Pächters im BGBB.....	295
	4. Rangfolge der Vorkaufsrechte.....	295
V.	Das Baurecht beim Tod des Pächters.....	296
	1. Der Pachtvertrag beim Tod des Pächters.....	296
	2. Erbrechtliche Zuweisungsrechte und Nachlassplanung beim Baurecht.....	297

* Dipl. Ing. Agr. FH, MLaw, Rechtsanwalt und Notar, Studer Anwälte und Notare AG, Sursee.

VI. Das Baurecht und die Erwerbsbewilligungspflicht	298
1. Geltendes Recht.....	298
2. Reformbedarf.....	299
VII. Das Baurecht und das Realteilungs- und Zerstückelungsverbot	299
1. Geltendes Recht und Reformbedarf.....	299
2. Einräumung Baurecht anstelle Abtrennung.....	301
VIII. Das Baurecht und die Belastungsgrenze für Grundpfandrechte	302
1. Das Baurechtsgrundstück als Pfandobjekt.....	302
2. Belastungsgrenze für Grundpfandrechte beim Baurecht.....	303
IX. Das Baurecht und öffentliche Investitionshilfen	303
X. Exkurs: Möglichkeiten zur dinglichen Sicherung von Solarstromanlagen	304
1. Fahrnisanlagen.....	304
2. Nutzniessung.....	304
3. Selbständige und dauernde Personaldienstbarkeit.....	305
4. Miteigentum mit ausschliesslichem Nutzungsrecht.....	305
5. Baurecht.....	306
XI. Das Baurecht an Pflanzen (Pflanzensuperficiés)	306
1. Grundsatz.....	306
2. Baurecht oder Pflanzensuperficiés an Wald?.....	307
XII. Schlusswort	307

I. Vorwort

Kaum ein Rechtsinstitut steht sinnbildlich so treffend für das umfangreiche juristische und publizistische Schaffen von BENNO STUDER wie das Baurecht in der Landwirtschaft. So vereint es doch bodenrechtliche Fragen ebenso wie pachtrechtliche Aspekte. Beide Rechtsgebiete, das bäuerliche Bodenrecht und das landwirtschaftliche Pachtrecht, hat der Jubilar bekanntlich umfassend und in mehreren Auflagen kommentiert.¹ Man darf getrost sagen, dass kaum ein Jurist

¹ Vgl. etwa seine Kommentierungen in: Schweizer Bauernverband, Agriexpert (Hrsg.), Das landwirtschaftliche Pachtrecht, Kommentar zum Bundesgesetz

die Lehre zum bäuerlichen Bodenrecht, insbesondere zum bäuerlichen Erbrecht und zum landwirtschaftlichen Pachtrecht, so umfassend geprägt hat wie STUDER. Ausserdem bedarf der Baurechtsvertrag auch der Form der öffentlichen Urkunde. Damit ist die Tätigkeit des Jubilars als aargauische Urkundsperson angesprochen.

Nachfolgend soll also vom Baurecht des ZGB («*le droit de superficie*») die Rede sein, und zwar in der in landwirtschaftlichen Verhältnissen häufig anzutreffenden Konstellation, dass der Baurechtsnehmer zugleich Pächter ist. Ich beschränke mich dabei auf ausgewählte Aspekte im landwirtschaftlichen Kontext, der Schwerpunkt liegt beim selbständigen und dauernden Baurecht.² Für allgemeine Fragen zum Baurecht sei auf die gängige Literatur verwiesen.³

II. Das Baurecht in der Übersicht

1. Das Akzessionsprinzip: Die Verbindung von Boden und Bauten

Das Grundeigentum umfasst unter Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen alle Bauten und Pflanzen sowie die Quellen (Akzessionsprinzip, Art. 667 Abs. 2 ZGB). Der Eigentümer des Bodens ist daher immer zugleich Eigentümer der darauf stehenden Bauten, Pflanzen und Quellen. Nicht vom Akzessionsprinzip erfasst sind Fahrnisbauten (Art. 677 ZGB), diesbezüglich fehlt es an der festen und dauerhaften Verbindung mit dem Boden.

über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985, 2. A., Brugg 2014; oder in: Schweizerischer Bauernverband, Treuhand und Schätzungen (Hrsg.), Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. A., Brugg 2011.

² Literatur und Rechtsprechung zur Thematik des Baurechts in der Landwirtschaft sind ausgesprochen rar. Auch das Landwirtschaftsrecht behandelt das Baurecht eher stiefmütterlich. Im Pachtrecht (LPG) findet sich der Begriff des Baurechts überhaupt nicht. Das BGGB kennt eine einzige Bestimmung zum Baurecht (Art. 60 Abs. 1 lit. f). Im LwG wird das Baurecht im Zusammenhang mit Investitionshilfen erwähnt (Art. 96 Abs. 3).

³ Ausgeklammert werden vorliegend zudem das Überbaurecht (Art. 674 Abs. 1 ZGB), die Baurechtsdienstbarkeit an Quellen (Art. 704 Abs. 2 ZGB) und das Leitungsbaurecht (Art. 676 ZGB).

2. Das Baurecht: Errichtung und Voraussetzungen

Eine Ausnahme, welche das Akzessionsprinzip durchbricht, ist das vertragliche Baurecht (Art. 675, 779 ff. ZGB). Das Baurecht ist eine Dienstbarkeit, welche den Baurechtsnehmer berechtigt, auf fremdem Grundeigentum Bauten und Anlagen zu errichten und zu erhalten. Diese Bauwerke stehen, da das Baurecht das Akzessionsprinzip durchbricht, im Sondereigentum des Baurechtsnehmers (Art. 667 Abs. 2, 675 ZGB).

– *Errichtung*: Das Baurecht ist eine Dienstbarkeit (Art. 779 Abs. 1 ZGB) und bedarf zur Errichtung der Begründung in öffentlicher Urkunde (Art. 779a Abs. 1 ZGB). Das Baurecht als dingliches Recht entsteht erst mit dem Tagebucheintrag in das Grundbuch.⁴

– *Vererblichkeit und Übertragbarkeit*: Gemäss Art. 779 Abs. 2 ZGB ist das Baurecht, wenn es nicht anders vereinbart ist, übertragbar und vererblich. Der Ausschluss der Vererblichkeit wird selten vereinbart.⁵ Beim dem als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Baurecht ist der Ausschluss der Übertragbarkeit nicht zulässig. Die Übertragbarkeit darf in gewissem Rahmen beschränkt werden. Für die Landwirtschaft wird i.d.R. vereinbart, dass das Baurecht nur an den Nachfolgepächter übertragen werden darf. Eine vertragliche Übertragungsbeschränkung hat rein obligatorische Wirkung zwischen den Parteien des Baurechtsvertrags. Der Grundbuchverwalter ist weder berechtigt noch verpflichtet, die Übertragung eines selbständigen und dauernden Baurechts von der Zustimmung des Baurechtsgebers abhängig zu machen.⁶

– *Umfang*: Das Baurecht belastet als Dienstbarkeit immer das ganze Grundstück, kann aber räumlich auf einen Teil des Grundstücks begrenzt werden. Nicht zulässig ist hingegen die Baurechtserrichtung an einzelnen Stockwer-

⁴ Dies ist bei der Errichtung eines selbständigen und dauernden Baurechts von Bedeutung. Das Gesetz sieht hierfür eine Mindestdauer von 30 Jahren vor (Art. 22 GBV). Ein Baurecht, das für eine Dauer von 30 Jahren ab dem Tag der öffentlichen Beurkundung begründet und in den folgenden Tagen in das Tagebuch im Grundbuch eingetragen wird, ist somit nicht eintragungsfähig, da die gesetzliche Mindestdauer unterschritten wird.

⁵ ISLER PETER R./GROSS DOMINIQUE, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 5. A., Basel 2015, Art. 779 ZGB N 23.

⁶ BGE 135 III 103 E. 4.5.

ken eines Gebäudes (Art. 675 Abs. 2 ZGB).⁷ Für solche Anliegen steht das (allerdings mit dem Baurecht nicht vergleichbare) Institut des Stockwerkeigentums zur Verfügung (Art. 712a ff. ZGB).

– *Ausschluss von Fahrnisbauten*: Das Gesetz nennt als Fahrnisbauten beispielhaft: «Hütten, Buden, Baracken u. dgl.» (Art. 677 ZGB). Diese sind – objektiv – nicht dauerhaft konstruktiv fest mit dem Boden verbunden, und es fehlt – subjektiv – an der Absicht der dauernden Verbindung mit dem Boden. Bei Fahrnisbauten besteht demnach keine Akzession. Fahrnisbauten können ohne Weiteres einen vom Bodeneigentum abweichenden Eigentümer haben. Die Errichtung eines Baurechts an Fahrnisbauten ist weder erforderlich noch möglich.⁸

– *Baulich-konstruktive Eigenständigkeit*: Nicht an jedem Bauwerk kann ein Baurecht begründet werden. Die Baurechtsbaute muss konstruktiv eigenständig sein: So hat das Bundesgericht entschieden, eine von zwei Doppelgaragen sei nicht baurechtsfähig, wenn beide konstruktiv und statisch so verbunden seien, dass die eine ohne die andere nicht stehen könne.⁹ Die Baurechtsbaute muss ohne Zerstörung anderer Gebäude abgebrochen werden können. Das Baurecht an Stockwerken ist schon vom Wortlaut des Gesetzes her ausgeschlossen (Art. 675 Abs. 2 ZGB).¹⁰ An Teilen von Gebäuden kann daher grundsätzlich kein Baurecht begründet werden (Bestandteilprinzip).

– *Funktionale Eigenständigkeit*: Die Baurechtsbaute muss eigenständig funktionieren können und darf nicht von anderen Anlagen oder Bauten abhängen. Ein Melkroboter¹¹ ist für sich allein nicht baurechtsfähig, da es hierbei an der funktionalen Eigenständigkeit fehlt. Der Melkroboter funktioniert nur zusammen mit dem ganzen Stall. Vereinzelt wird in der Lehre die Auffassung

⁷ BGE 99 Ib 140.

⁸ BGE 92 II 227 E. 2.; BSK ZGB II-ISLER/GROSS (Fn. 5), Art. 779 ZGB N 13.

⁹ BGE 111 II 134 E. 4.

¹⁰ Wobei die Erwähnung des Stockwerkeigentums in Art. 675 Abs. 2 ZGB nur beispielhaft ist (BGE 111 II 134 E. 3.).

¹¹ Auch Automatisches Melksystem (AMS) genannt. Ein AMS ist ein automatisiertes System zum Melken von Kühen. Das Melkgeschirr wird dabei automatisch und ohne jegliche manuelle Hilfe mit Erkennungssystemen auf Basis von Ultraschall, Laser und optischen Sensoren an das Euter der Kuh angeschlossen. Beim Melkroboter wird meistens mit einer Teilmischung gearbeitet. Es wird Kraffutter als Lockmittel eingesetzt und gleichzeitig durch die Wahl der Menge auf den tierindividuellen Bedarf eingegangen (Quelle: Wikipedia).

vertreten, die Baurechtsbaute bedürfe sogar einer *wirtschaftlich-funktionalen* Eigenständigkeit.¹² Das zusätzliche Element der wirtschaftlichen Eigenständigkeit ist m.E. aus Sicht der Landwirtschaft klar abzulehnen.¹³ An einem Ökonomiegebäude könnte so kein Baurecht zu Gunsten des Pächters begründet werden, da das Ökonomiegebäude in wirtschaftlicher Einheit mit dem ganzen Pachtbetrieb steht.

– *Gesamtbaurechte*: Umstritten ist die Frage, ob ein Baurecht über mehrere Grundstücke errichtet werden darf (Gesamtbaurecht). Nach luzernerischer Grundbuchpraxis sind Gesamtbaurechte zulässig. Mit Blick auf Art. 74 Abs. 2 BGGB ist zu vermeiden, ein Gesamtbaurecht zugleich über Grundstücke innerhalb und ausserhalb des Geltungsbereichs des BGGB zu errichten.

3. Das selbständige und dauernde vs. das unselbständige Baurecht

Ist das Baurecht als übertragbare Personaldienstbarkeit ausgestaltet¹⁴ und für eine unbestimmte Zeit oder für eine Dauer von wenigstens 30 Jahren begründet, so handelt es sich um ein selbständiges und dauerndes Baurecht (Art. 655 Abs. 3 ZGB). Dieses Baurecht kann (muss aber nicht) als eigenes Rechtsgrundstück in das Grundbuch aufgenommen werden (Art. 655 Abs. 3 ZGB, Art. 17 und 22 GBV). Die Aufnahme in das Grundbuch als Grundstück erlaubt es, das Baurechtsgrundstück mit Grundpfandrechten (vgl. Art. 796 Abs. 1 ZGB)¹⁵ oder Dienstbarkeiten, Vormerkungen und Anmerkungen zu belasten.

Erfüllt das Baurecht diese zwei Voraussetzungen nicht, so handelt es sich um ein unselbständiges Baurecht. Beiden Typen von Baurechten ist gemeinsam, dass die Baurechtsbauten im Sondereigentum des Baurechtsnehmers stehen.

¹² REY HEINZ/STREBEL LORENZ, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB, 5. A., Basel 2015, Art. 676 ZGB N 8.

¹³ Auch der (spärlichen) Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Erfordernis der wirtschaftlichen Eigenständigkeit nicht zu entnehmen.

¹⁴ Das Gesetz drückt dies (etwas umständlich) so aus: «weder zugunsten eines berechtigten Grundstücks noch ausschliesslich zugunsten einer bestimmten Person» (Art. 655 Abs. 3 Ziff. 1 ZGB).

¹⁵ Das Grundpfand wird nur auf Grundstücken errichtet, die in das Grundbuch aufgenommen sind (Art. 796 Abs. 1 ZGB).

4. Der ordentliche Heimfall

Mit Ablauf der vereinbarten Dauer bzw. nach Ablauf der gesetzlichen Maximaldauer von 100 Jahren (Art. 779l Abs. 1 ZGB) geht das selbständige und dauernde Baurecht *ipso iure* unter.¹⁶ Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann die (rein deklaratorische)¹⁷ Löschung der Baurechtsdienstbarkeit im Grundbuch verlangen, sofern dies nicht schon von Amtes wegen erfolgt (Art. 976 Abs. 1 ZGB).¹⁸ Bauwerke werden mit dem Heimfall zu Bestandteilen des belasteten Grundstücks, dies infolge des Auflebens des Akzessionsprinzips (Art. 779c 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 das Stammgrundstück übertragen.¹⁹

Der Grundeigentümer schuldet dem Baurechtsnehmer eine angemessene Entschädigung für die heimfallenden Bauwerke (Art. 779d Abs. 1 ZGB). Für Grundpfandgläubiger besteht ein Schutz nach Art. 779d Abs. 1 ZGB, indem ihnen für ihre noch bestehenden Forderungen ein Vorrecht an der Heimfallentschädigung zusteht. Wird diese Forderung nicht bezahlt oder sichergestellt, so können die Grundpfandgläubiger binnen einer Frist von drei Monaten nach dem Untergang des Baurechts ein entsprechendes Grundpfandrecht eintragen lassen (Art. 779d Abs. 1 und 2 ZGB).²⁰ Eine Wegbedingung der Heimfallentschädigung

¹⁶ HENGGELE BENO, Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall (Art. 779c ff. ZGB), Diss. Freiburg 2005 (AISUF 235), S. 96; die Beendigung durch Zeitablauf wird auch als ordentlicher Heimfall bezeichnet; BSK ZGB II-ISLER (Fn. 5), Art. 779c ZGB N 2. 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 Doppelaufbaus (Art. 812 Abs. 2 ZGB; Art. 142 SchKG); FREIMÜLLER HANS ULRICH, Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, ASR Band, Diss. Bern 1967 (ASR Heft 380), S. 48; BSK ZGB II-ISLER (Fn. 5), Art. 779d ZGB N 7.

¹⁷ BSK ZGB II-ISLER/GROSS (Fn. 5), Art. 779c ZGB N 3.

¹⁸ HENGGELE (Fn. 16), S. 80.

¹⁹ BSK ZGB II-ISLER/GROSS (Fn. 5), Art. 779c ZGB N 4.

²⁰ Es handelt sich um ein mittelbares gesetzliches Grundpfandrecht. Das Grundpfand entsteht erst mit der Eintragung im Grundbuch; SCHMID JÖRG/HÜRLI-MANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 1670.

gung ist zulässig. Eine solche dürfte aber kaum die Zustimmung der Grundpfandgläubiger erhalten (Art. 779d ZGB) und wird dementsprechend selten anzutreffen sein.²¹

5. Der vorzeitige Heimfall

Vom ordentlichen Heimfall zu unterscheiden ist der vorzeitige Heimfall, welcher einer einseitigen Vertragsaufhebung durch den Grundeigentümer gleichkommt.²² Die gesetzlichen Bestimmungen zum vorzeitigen Heimfall sind zwingender Natur und können inhaltlich nicht abgeändert, vertraglich aber präzisiert und im Grundbuch vorgemerkt werden.²³ 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.²⁴ 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.²⁵ Ob ein Verschulden erforderlich ist, wird in der Lehre kontrovers diskutiert.²⁶ Zuzustimmen ist m.E. jener Meinung, die eine schwerwiegende Pflichtverletzung ohne Verschulden als kaum denkbar erachtet.²⁷

Angesichts der grossen Tragweite haben der Ausübung des vorzeitigen Heimfalls eine Mahnung und Fristansetzung voranzugehen (Art. 107 OR).²⁸ Als Folge

²¹ BSK ZGB II-ISLER/GROSS (Fn. 5), Art. 779d ZGB N 14.

²² ISLER PETER, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Diss. Bern 1973, S. 126; 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 (Botschaft ZGB), BBl 1963 I S. 963, 969, 987.

²³ Botschaft ZGB (Fn. 22), S. 988; FREMÜLLER (Fn. 16), S. 87; SCHMID/HÜRLMANN-KAUP (Fn. 20), Rz. 1406.

²⁴ ISLER (Fn. 22), S. 128.

²⁵ ISLER (Fn. 22), S. 128; HENGGELE (Fn. 16), S. 163.

²⁶ Verneinend: FREIMÜLLER (Fn. 16), S. 86; HENGGELE (Fn. 16), S. 164; a.M. BSK ZGB II-ISLER/GROSS (Fn. 5), Art. 779f ZGB N 5.

²⁷ Vgl. auch Art. 779g Abs. 1 ZGB.

²⁸ BSK ZGB II-ISLER/GROSS (Fn. 5), Art. 779f ZGB N 10.

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.²⁹ Die Baurechtsdienbarkeit bleibt weiterhin bestehen und wird zur Eigentümergehörigkeit i.S.v. Art. 733 ZGB.³⁰ Der Grundeigentümer schuldet dem Baurechtsnehmer zwingend eine Entschädigung für die heimfallende Baute, deren Bezahlung oder Sicherstellung Voraussetzung für die Übertragung ist (Art. 779g ZGB).³¹ Deren Festsetzung richtet sich nach dem objektiven Wert der Baute (Verkehrswert)³² und nach dem subjektiven Verschulden des Baurechtsnehmers, welches zu einer Herabsetzung der Entschädigung führen kann (Art. 779g Abs. 1 ZGB).³³

III. Die Besonderheiten des Baurechts in der Landwirtschaft

Es ist so selbstverständlich, dass es an sich keiner Erwähnung bedürfte: Das Baurecht, und zwar das selbständige wie auch das unselbständige, ist auch zulässig auf landwirtschaftlichen Grundstücken. Dieser Grundsatz ergibt sich bereits aus der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie (Art. 26 BV). Einschränkungen können sich aber aus dem Gesetz ergeben.

1. Motive der Baurechtsbegründung

Im nichtlandwirtschaftlichen Bereich sind es vor allem öffentlich-rechtliche Körperschaften (Korporationen, Gemeinden etc.), welche auf ihrem Grundeigentum Baurechte einräumen. Dies hat den Grund vorab darin, dass diese juristischen Personen des öffentlichen Rechts ihr Grundeigentum langfristig behalten

²⁹ Botschaft ZGB (Fn. 22), S. 987; auch die auf dem Baurechtsgrundstück bestehenden Mietverträge gehen auf den Grundeigentümer über (Art. 261 OR); HENGGELE (Fn. 15), S. 193; STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome II, Propriété foncière, Propriété mobilière, Généralités sur les droits réels limités, Servitudes foncières, Band III, Bern 2003, Rz. 2539.

³⁰ SCHMID/HÜRLMANN-KAUP (Fn. 20), Rz. 1404; ISLER (Fn. 22), S. 131.

³¹ Anders als beim ordentlichen Heimfall (Art. 779d ZGB) ist beim vorzeitigen Heimfall ein Sicherungsinstrument für die Grundpfandgläubiger nicht erforderlich, da die Grundpfandrechte bestehen bleiben; HENGGELE (Fn. 16), S. 187.

³² HENGGELE (Fn. 16), S. 181.

³³ HENGGELE (Fn. 16), S. 184; Botschaft ZGB (Fn. 22), S. 988.

möchten oder aufgrund gesetzlicher Vorschrift sogar erhalten müssen und nicht veräussern dürfen. Die Einräumung von Baurechten auf Grundeigentum natürlicher Personen ist meiner Einschätzung nach bisher wenig verbreitet.

Anders sind die Motive für die Baurechtsbegründung in der Landwirtschaft. Zwar mag auch hier eine Rolle spielen, dass das Grundeigentum nicht veräussert werden soll. Im Vordergrund steht aber oft der Umstand, dass der Verpächter nicht bereit ist, Gebäudeinvestitionen zu tätigen und Investitionen dem Pächter überlassen will. Das Baurecht bietet hier eine Lösung, indem es Sondereigentum an den Bauten schafft. Der landwirtschaftliche Pächter ist bei dieser Lösung zugleich Baurechtsnehmer und Eigentümer der von ihm vom Baurechtsgeber erworbenen oder selber errichteten landwirtschaftlichen Bauten.³⁴

2. Natürliche Personen

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass in der Landwirtschaft regelmässig natürliche Personen Baurechtsgeber und Baurechtsnehmer sind. Dies schafft besondere Herausforderungen im Hinblick auf die Rechtsnachfolge und die erbrechtliche Nachlassplanung.

3. Koppelung mit landwirtschaftlicher Pacht

In landwirtschaftlichen Verhältnissen ist der Baurechtsnehmer regelmässig zugleich Pächter, sei es eines landwirtschaftlichen Grundstücks oder Gewerbes. Die Bewilligung einer Ausnahme vom Realteilungsverbot für die Baurechteinräumung (Art. 62 lit. f BGBB) setzt voraus, dass Baurechtsnehmer und Pächter identisch und beide Verträge von gleicher Dauer sind.³⁵ Beim selbständigen und dauernden Baurecht führt dies zu einem Pachtvertrag für eine Dauer von mindestens 30 Jahren. Die Vormerkung des Pachtvertrages im Grundbuch ist nicht zwingend, aber zu empfehlen.³⁶

³⁴ WOLF FRANZ A., Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten baulicher Investitionen des landwirtschaftlichen Pächters, BIAR 2010, S. 129 ff., *passim*.

³⁵ Diese Anforderung ist einzig in Art. 9 Abs. 1 SVV normiert, aber in der Praxis und Lehre wohl unbestritten.

³⁶ Vgl. zur Frage der Beendigung des Vertrags: WOLF (Fn. 34), S. 162.

4. Gesetzliche Beschränkung Baurechtszins und Anpassung an veränderte Verhältnisse

Nach einem Entscheid der ehemaligen Eidgenössischen Pachtrekurskommission³⁷ aus dem Jahr 2000 ist ein Baurechtszins auf einem landwirtschaftlichen Grundstück, das den Bestimmungen des LPG untersteht,³⁸ nur im Rahmen des höchstzulässigen Pachtzinses zulässig (Art. 36 Abs. 1 LPG). Diese Beschränkung gilt für landwirtschaftliche Grundstücke und Gewerbe. Solange das landwirtschaftliche Pachtrecht eine gesetzliche Beschränkung des Pachtzinses kennt, ist die analoge Anwendung auf den Baurechtszins m.E. unabdingbar und erforderlich. Andernfalls liesse sich der höchstzulässige Pachtzins durch den Baurechtszins aushebeln. Auch eine vertragliche Indexierung des Baurechtszinses ist m.E. im Lichte dieses Grundsatzes nur in den Schranken des höchstzulässigen Pachtzinses möglich.

Das landwirtschaftliche Pachtrecht sieht verschiedene Möglichkeiten der Anpassung des laufenden Pachtvertrages an veränderte Verhältnisse vor (Art. 10-13 LPG). So kann die Veränderung der Ansätze für die Bemessung des zulässigen Pachtzinses zu einer Vertragsanpassung führen (Art. 10 i.V.m. Art. 40 LPG), ebenso wie die Änderung des Ertragswerts (Art. 11 LPG).

Art. 12 LPG sieht vor, dass auch andere Vertragsbestimmungen als der Pachtzins an veränderte Verhältnisse angepasst werden können, wenn der Vertrag für eine Partei unzumutbar geworden ist. Dies ist nichts anderes als Ausdruck des Prinzips der *clausula rebus sic stantibus*, welches auch auf den Baurechtsvertrag anwendbar ist.³⁹

Schliesslich kann der Pächter verlangen, dass der Pachtzins für bestimmte Zeit angemessen herabgesetzt wird, wenn der Ertrag aufgrund ausserordentlicher Unglücksfälle oder Naturereignisse vorübergehend beträchtlich zurückgegangen ist (Art. 13 LPG).

Die Grundsätze der Art. 10-13 und der Art. 42-46 LPG (Pachtzinskontrolle) müssen m.E. sinngemäss auch auf den Baurechtsvertrag in der Landwirtschaft

³⁷ Entscheid der Eidgenössischen Pachtrekurskommission vom 23. Juni 2000, S. 14, E. 8.

³⁸ Nach Art. 51 LPG (aufgehoben per 1. Januar 2007) unterlagen letztinstanzliche kantonale Entscheide der Beschwerde an die Eidgenössische Pachtrekurskommission.

³⁹ BGE 127 III 300.

Anwendung finden. Auf die Rechte aus Art. 11-13 LPG kann der Pächter nicht im Voraus, z.B. bereits bei Abschluss des Baurechtsvertrags verzichten (Art. 29 LPG). Da diese Bestimmungen nur teilzwingend sind, ist ein Vorausverzicht insoweit zulässig, als vertraglich auf eine künftige Erhöhung des Baurechtszinses verzichtet wird.

IV. Das Baurecht und die gesetzlichen Vorkaufsrechte

1. Die Vorkaufsrechte im Baurecht des ZGB

Das ZGB kennt gesetzliche Vorkaufsrechte im Baurecht: So hat der Baurechtsnehmer bei Veräusserung⁴⁰ ein Vorkaufsrecht am Stammgrundstück, soweit dieses mit dem Baurecht belastet ist. Der Baurechtsgeber seinerseits hat ein Vorkaufsrecht am Baurechtsgrundstück (Art. 682 Abs. 2 ZGB).

Diese beiden gesetzlichen Vorkaufsrechte bestehen allerdings nur beim selbständigen und dauernden Baurecht, in jenem Fall also, bei dem das Baurecht als Rechtsgrundstück mit eigenem Hauptbuchblatt in das Grundbuch aufgenommen werden kann (Art. 655 Abs. 3 ZGB, Art. 17 und 22 GBV). Die Aufnahme in das Grundbuch ist allerdings für das Vorkaufsrecht nicht vorausgesetzt.⁴¹

2. Das Vorkaufsrecht der Verwandten im BGG

Das BGG kennt eine Reihe gesetzlicher Vorkaufsrechte. Im Zusammenhang mit dem Baurecht sind vor allem das Vorkaufsrecht der Verwandten (Art. 42 ff. BGG) und des Pächters (Art. 47 f. BGG) von Interesse.

Wird das mit dem Baurecht belastete Grundstück oder Gewerbe veräussert, so bestehen die Verwandtenvorkaufsrechte des BGG (Art. 42 ff.). Ist das Gewerbe allerdings langfristig an den Baurechtsnehmer verpachtet und das Pachtverhältnis im Grundbuch vorgemerkt, so scheint mir fraglich, ob sich ein Verwandter des Baurechtsgebers auf das Vorkaufsrecht berufen kann, denn dies setzt die Selbstbewirtschaftung voraus, was durch den Pacht- und Baurechtsvertrag möglicherweise auf lange Dauer verunmöglicht ist (Art. 42 Abs. 1 BGG).

⁴⁰ Genauer: im Vorkaufsfall.

⁴¹ BSK ZGB II-REX/STREBEL (Fn. 12), Art. 682 ZGB N. 11.

Eine andere Konstellation ist jene, in welcher der Baurechtsnehmer das Baurechtsgrundstück veräussert. In der Regel wird allerdings vertraglich vereinbart, dass eine Übertragung des Baurechts nur an den Nachfolgepächter zulässig ist. Ein Nachkomme hat ein Vorkaufsrecht bei Veräusserung eines landwirtschaftlichen Grundstücks, wenn er selber Eigentümer eines landwirtschaftlichen Grundstückes ist oder wirtschaftlich über ein solches verfügt und das Grundstück im ortsblichen Bewirtschaftungsbereich liegt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Dies gilt auch für Nachkommen des Baurechtsnehmers, schliesslich ist dieser Eigentümer des Baurechtsgrundstücks. Das Verhältnis dieses Verwandtenvorkaufsrechts (welches dem Vorkaufsrecht des Baurechtsgebers vorgeht) zum Vorkaufsrecht des Baurechtsgebers (Art. 682 Abs. 2 ZGB) ist in Rechtsprechung und Lehre bisher kaum geklärt.

3. Das Vorkaufsrecht des Pächters im BGG

Nachrangig zu den Verwandten (Art. 47 Abs. 3 BGG) hat auch der Baurechtsnehmer und Pächter eines Gewerbes ein gesetzliches Vorkaufsrecht, wenn das mit dem Baurecht belastete Grundstück oder Gewerbe veräussert wird. Dieses Vorkaufsrecht umfasst bei der Gewerbepacht das ganze Gewerbe und nicht nur soweit, als das belastete Grundstück durch das Baurecht in Anspruch genommen wird (Art. 682 Abs. 2 ZGB). Ist der Baurechtsnehmer hingegen lediglich Pächter eines Teils eines Grundstücks, so besteht das Vorkaufsrecht nur «am Pachtgegenstand» (Art. 47 Abs. 2 BGG).

4. Rangfolge der Vorkaufsrechte

Die gesetzlichen Vorkaufsrechte des BGG gehen dem gesetzlichen Vorkaufsrecht des ZGB vor (*lex specialis*, Art. 682a ZGB). Es ergibt sich beim Baurecht folgende Rangfolge der Vorkaufsrechte:

1. Gesetzliche Vorkaufsrechte der Verwandten (Art. 42, Art. 47 Abs. 3 BGG).
2. Gesetzliches Vorkaufsrecht des Pächters (Art. 47 BGG).
3. Gesetzliche Vorkaufsrechte im Baurecht (Art. 682 Abs. 2 ZGB).
4. Vertragliche Vorkaufsrechte (Art. 681 Abs. 3 ZGB, Art. 216 Abs. 2 OR).

Bei den gesetzlichen Vorkaufsrechten der Verwandten gilt der vom BGG vorgesehene erweiterte Vorkaufsfall (Art. 43 BGG). Die gesetzlichen Vorkaufsrechte können in der Form der öffentlichen Urkunde aufgehoben oder abgeändert und dann im Grundbuch vorgemerkt werden (Art. 681b ZGB). Dies gilt auch für die gesetzlichen Vorkaufsrechte im BGG. Davon ausgenommen ist

das gesetzliche Pächtervorkaufsrecht, welches nur nach Massgabe von Art. 48 BGBB aufgehoben werden kann.⁴²

V. Das Baurecht beim Tod des Pächters

1. Der Pachtvertrag beim Tod des Pächters

Stirbt der Pächter und Baurechtsnehmer, so stellt sich die Frage der Erbfolge bezüglich Pacht und Baurecht. Das landwirtschaftliche Pachtrecht enthält Sonderbestimmungen für den Fall, dass der Pächter verstirbt: Beim Tod des Pächters können sowohl die Erben als auch der Verpächter den Pachtvertrag ausserordentlich mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf den folgenden Frühjahr- oder Herbsttermin kündigen (Art. 18 Abs. 1 LPG).⁴³

Wird der Pachtvertrag vom Verpächter gekündigt, so kann ein Nachkomme, der Ehegatte, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner des Pächters innert 30 Tagen den Eintritt in den Pachtvertrag erklären. Der Verpächter kann unter mehreren Bewerbern denjenigen bezeichnen, der in den Pachtvertrag ein-treten soll (Art. 18 Abs. 2 LPG). Beim Tod des Pächters geht das Interesse der Hinterbliebenen an einer Weiterführung der Bewirtschaftung der Entscheidungs-freiheit des Verpächters hinsichtlich Auflösung oder Fortführung des Vertrags somit vor.⁴⁴ Der Pächter kann jedoch in einer Verfügung von Todes wegen unter mehreren geeigneten Pächternachfolgern einen bezeichnen. Das Wahlrecht des Verpächters geht jedoch vor.⁴⁵

Das Ablehnungsrecht des Verpächters ist eingeschränkt: Lediglich wenn der Eintretende keine Gewähr für eine ordnungsgemässe Bewirtschaftung des Pachtgegenstandes bietet oder die Fortsetzung der Pacht für den Verpächter aus

⁴² STREBEL LORENZ/HOTZ REINHOLD, in: Sekretariat des Schweizerischen Bau-erverbandes (Hrsg.), Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesge-setz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. A., Brugg 2011, Art. 48 BGBB N 1 f.

⁴³ Das Gesetz erwähnt, dass die Kündigung schriftlich erfolgen muss. Dies ergibt sich jedoch bereits aus Art. 16 LPG, der die Schriftlichkeit als Gültigkeitser-fordernis für die Kündigung bestimmt.

⁴⁴ BGE 118 II 441 E. 2.

⁴⁵ Zum Wahlrecht des Verpächters: STUDER BENNO, Die landwirtschaftliche Pacht im Erbrecht, successio 2013, S. 342 ff., *passim*.

anderen Gründen unzumutbar ist, kann der Verpächter innert 30 Tagen seit der Eintrittserklärung auf Auflösung des Pachtvertrags klagen (Art. 18 Abs. 3 LPG).

Auf das Kündigungsrecht (Art. 18 Abs. 1 LPG) und auf das Eintrittsrecht (Art. 18 Abs. 2 LPG) kann der Pächter nicht im Voraus, z.B. bereits bei Abschluss des Pacht- und Baurechtsvertrags, verzichten (Art. 29 LPG). Hingegen sind das Wahlrecht (Art. 18 Abs. 2 LPG, letzter Satz)⁴⁶ und das Ablehnungsrecht des Verpächters (Art. 18 Abs. 3 LPG) nicht zwingend, sodass ein Vorausverzicht zulässig ist.⁴⁷ Die Regeln von Art. 18 LPG sind sowohl auf die Gewerbepacht als auch auf die Grundstückspacht anwendbar.⁴⁸

2. Erbrechtliche Zuweisungsrechte und Nachlassplanung beim Baurecht

Das selbständige und dauernde Baurecht bzw. das in das Grundbuch als Grund-stück aufgenommene Baurechtsgrundstück ist vererblich (Art. 779 Abs. 2 ZGB). M.E. kann sich der selbstbewirtschaftende Erbe allerdings in Bezug auf das Baurechtsgrundstück nicht auf die gesetzlichen Zuweisungsrechte des BGBB berufen. Beim Nachlassgrundstück handelt es sich nämlich nicht um ein land-wirtschaftliches Gewerbe, sodass das Zuweisungsrecht nach Art. 11 BGBB ausscheidet. Ein Anspruch auf Zuweisung des Baurechtsgrundstücks kann auch nicht aus Art. 21 BGBB abgeleitet werden, da der betreffende Erbe nicht Eigen-tümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist.

Um Streitigkeiten unter den Erben über die Zuweisung des Baurechtsgrund-stücks in der Erbteilung zu vermeiden, tut der Baurechtsnehmer gut daran, das Baurechtsgrundstück durch Vermächtnis oder Teilungsregel mittels Verfügung von Todes wegen dem künftigen Hofnachfolger und Baurechtsnehmer zuzuwei-sen.

Handelt es sich beim Pachtgegenstand um ein landwirtschaftliches Gewerbe, so kann derjenige Erbe, der die Pacht alleine weiterführt, zudem verlangen, dass ihm das gesamte Inventar (Vieh, Gerätschaften, Vorräte etc.) unter Anrechnung auf seinen Erbteil zum Nutzwert zugewiesen wird (Art. 613a ZGB).

⁴⁶ Diesbezüglich m.E. ungenau: STUDER BENNO/HOFER EDUARD, in: Schweizer Bauernverband, Agriexpert (Hrsg.), Das landwirtschaftliche Pachtrecht, Kom-mentär zum Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985, 2. A., Brugg 2014, Art. 29 LPG N 615.

⁴⁷ Komm LPG-STUDER/HOFER (Fn. 46), Art. 29 LPG N 615.

⁴⁸ Komm LPG-STUDER/HOFER (Fn. 46), Art. 17 LPG N 405a.

Bereits durch die gesetzliche Ordnung im LPG und durch die Vererblichkeit des Baurechts ist daher m.E. gewährleistet, dass ein Nachkomme sowohl in den Pachtvertrag eintreten als auch das Baurechtsgrundstück erwerben kann. Die Kontinuität des Baurechtsvertrages kann damit gewährleistet werden.

VI. Das Baurecht und die Erwerbsbewilligungspflicht

1. Geltendes Recht

Wer ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück erwerben will, braucht dazu eine Erwerbsbewilligung (Art. 61 BGGB). Das Gesetz kennt einen abschliessenden Katalog von Ausnahmen zur Erwerbsbewilligungspflicht (Art. 62 BGGB).⁴⁹

Die Erwerbsbewilligungspflicht umfasst die Aspekte der Selbstbewirtschaftung (Art. 63 Abs. 1 lit. a BGGB), des höchstzulässigen Erwerbspreises (Art. 63 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 66 BGGB) und der Distanz zum Gewerbe des Käufers (Art. 63 Abs. 1 lit. d BGGB). Die Erwerbsbewilligung wird verweigert, wenn ein übersetzter Preis vereinbart wurde (Art. 63 Abs. 1 lit. b BGGB).⁵⁰

Zunächst gilt festzuhalten, dass mit der Einräumung eines Baurechts, ob selbständig und dauernd oder nicht, keine Handänderung an der Grundstücksfläche verbunden ist. Der Baurechtsnehmer erwirbt die Baurechtsfläche nicht, vielmehr wird ihm mittels Dienstbarkeit (Art. 675, Art. 779 Abs. 1 ZGB) das Recht eingeräumt, auf fremdem Grund und Boden Bauten zu errichten und zu erhalten. Bezüglich des höchstzulässigen Erwerbspreises kann es somit nur um den Erwerbspreis für Bauten und Anlagen gehen, da mit dem Baurecht keine Liegenschaftsfläche zu Eigentum an den Baurechtsnehmer übertragen wird. Eine behördliche Kontrolle des höchstzulässigen Erwerbspreises für die mit Einräumung des Baurechts an den Baurechtsnehmer zu Eigentum übertragenen landwirtschaftlichen Bauten und Anlagen rechtfertigt sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht.

⁴⁹ BGER 5A_817/2009 E. 3.2.

⁵⁰ Der Erwerbspreis gilt als übersetzt, wenn er die Preise für vergleichbare landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstücke in der betreffenden Gegend im Mittel der letzten fünf Jahre um mehr als 5 % übersteigt (Art. 66 Abs. 1 BGGB). Die Kantone können in ihrer Gesetzgebung diesen Prozentsatz auf maximal 15 % erhöhen (Art. 66 Abs. 2 BGGB).

Der Pächter, dem ein Baurecht eingeräumt wird, wird das Kriterium der Selbstbewirtschaftung zweifellos erfüllen. Eine behördliche Kontrolle erübrigt sich diesbezüglich. Das Pachtrecht auferlegt dem Pächter nach wie vor eine persönliche Bewirtschaftungspflicht (Art. 21a LPG).⁵¹

Das Distanzkriterium (ortsüblicher Bewirtschaftungsbereich, Art. 63 Abs. 1 lit. d BGGB) kommt beim Baurecht des Pächters aus naheliegenden Gründen nicht zum Tragen, denn Baurechtsfläche und Pachtfläche sind unmittelbar räumlich miteinander verbunden.

2. Reformbedarf

De lege feranda ist daher zu fordern, die Einräumung eines Baurechts an Bauten und Pflanzen zu Gunsten des Pächters von der Erwerbsbewilligungspflicht nach Art. 61 ff. BGGB auszunehmen. Die geänderte Bestimmung könnte wie folgt lauten (Art. 62 lit. i BGGB):

«Keiner Bewilligung bedarf der Erwerb:

- i. durch Einräumung eines Baurechts an Bauten oder Pflanzen zu Gunsten des Pächters des landwirtschaftlichen Grundstückes oder Gewerbes.»

Der gewählte Oberbegriff («Baurecht») macht klar, dass die Norm sowohl selbständige und dauernde als auch unselbständige oder nicht dauernde Baurechte und auch die Pflanzensuperficies nach Art. 678 Abs. 2 ZGB erfasst.

VII. Das Baurecht und das Realteilungs- und Zerstückerungsverbot

1. Geltendes Recht und Reformbedarf

Landwirtschaftliche Gewerbe unterstehen dem Verbot der Realteilung. Für landwirtschaftliche Grundstücke gilt zudem das Zerstückerungsverbot (Art. 58 BGGB). Die kantonale Behörde bewilligt eine Ausnahme vom Realteilungs- und Zerstückerungsverbot, wenn auf dem abzutrennenden Teil ein Baurecht zu

⁵¹ WOLF (Fn. 34), S. 164.

grund der Korporationsgesetze nicht oder nur beschränkt befugt, Grund und Boden zu veräussern.⁵⁶

Diese Überlegungen rechtfertigen daher die Anpassung des Wortlauts der Norm an den Sinn der Bestimmung. Die geltende Bestimmung für die Bewilligung einer Ausnahme vom Realteilungs- und Zerstückelungsverbot ist auch auf den Grundstückspächter auszudehnen. *De lege ferenda* ist zu fordern, Art. 60 Abs. 1 lit. f BGBB wie folgt abzuändern:

«Die kantonale Bewilligungsbehörde bewilligt *Ausnahmen vom Realteilungs- und Zerstückelungsverbot, wenn:*

- f. *ein Baurecht an Bauten oder Pflanzen zu Gunsten des Pächters des landwirtschaftlichen Grundstückes oder Gewerbes errichtet werden soll.*»

Mit der Neuformulierung würde klargestellt, dass auch zu Gunsten des Grundstückspächters ein Baurecht als Ausnahme vom Realteilungs- und Zerstückelungsverbot bewilligt werden kann. Ebenfalls unter die geänderten Norm fallen die Pflanzensuperficies, dies allerdings nur dann, wenn der an den Pflanzen Berechtigte zugleich Pächter ist.

2. Einräumung Baurecht anstelle Abtrennung

Wenn das Gesetz in Art. 60 Abs. 1 lit. f BGBB bestimmt, es könne eine Ausnahme vom Realteilungs- und Zerstückelungsverbot erteilt werden für die Errichtung eines Baurechts zu Gunsten des Pächters des landwirtschaftlichen Gewerbes, so ist daraus nicht etwa zu schliessen, dass dies die einzig zulässige Baurechtserrichtung auf Bodenrechtsgrundstücken wäre.

Das BGBB kennt einen Katalog von gesetzlichen Ausnahmetatbeständen, bei denen eine Ausnahme vom Realteilungs- und Zerstückelungsverbot bewilligt wird (Art. 60 Abs. 1 BGBB). In all diesen Fällen kann selbstverständlich, so denn die gesetzlichen Anforderungen erfüllt sind, anstelle der Abtrennung (Parzellierung, Art. 974a ZGB) auch lediglich ein Baurecht errichtet werden. Der Baurechtsnehmer braucht dabei nicht Pächter zu sein. So kann etwa ein objektiv für das Gewerbe nicht mehr benötigtes Wohnhaus im Baurecht abgegeben werden, sofern dieses auch abgetrennt werden dürfte (Art. 60 Abs. 1 lit. a BGBB).

⁵⁶ Z.B.: Art. 28 Gesetz über das Korporationsbürgerrecht, die Organisation und Verwaltung der Korporationen sowie die Nutzung des Korporationsvermögens (Korporationsgesetz, NG 181.1).

Gunsten des Pächters des landwirtschaftlichen Gewerbes errichtet werden soll (Art. 60 Abs. 1 lit. f BGBB).

Der Wortlaut dieser Bestimmung nimmt Bezug auf die landwirtschaftlichen Gewerbe. Es stellt sich die Frage, ob eine Ausnahmebewilligung auch erteilt werden kann, wenn ein Baurecht zu Gunsten des Pächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks errichtet werden soll. Wäre diese Frage zu verneinen,⁵² so könnte für die Einräumung eines Baurechts zu Gunsten des Grundstückspächters keine Ausnahmebewilligung erteilt werden. Da die Einräumung eines Baurechts unter das Realteilungs- und Zerstückelungsverbot fällt und kein anderer Ausnahmetatbestand aus dem abschliessenden Katalog von Art. 60 BGBB anwendbar ist, wäre die Einräumung eines Baurechts an den Grundstückspächter schlechthin nicht möglich.

Das Bedürfnis, auch dem Pächter eines Grundstücks ein Baurecht einzuräumen, ist durchaus vorhanden.⁵³ Zum einen ist denkbar, dass der Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes eine Baute auf einem gepachteten Grundstück errichten möchte. Zum andern betrifft die Frage jene zahlreichen kleineren Landwirtschaftsbetriebe, die aufgrund ihrer Grösse kein landwirtschaftliches Gewerbe (Art. 7 BGBB) darstellen und deshalb unter die Bestimmungen für die Grundstücke fallen.⁵⁴ Der in der Lehre vertretenen Auffassung, es bestehe für das Baurecht zu Gunsten des Pächters von Einzelgrundstücken kein Bedürfnis, da diese Grundstücke ja dem Pächter veräussert werden könnten, kann m.E. nicht gefolgt werden.⁵⁵ Der Eigentümer kann berechnete Interessen daran haben, die Einräumung eines Baurechts einer Veräusserung vorzuziehen. Öffentlich-rechtliche Körperschaften (Korporationen) als Verpächter sind zudem auf-

⁵² HERRENSCHWAND MARGRET/BANDLI CHRISTOPH, in: Schweizerischer Bauernverband, Treuhand und Schätzungen (Hrsg.), Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. A., Brugg 2011, Art. 60 BGBB N 13.

⁵³ Vgl. zum Ganzen: WOLF, Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten (Fn. 34), *passim*.

⁵⁴ HOFER EDUARD, in: Schweizerischer Bauernverband, Treuhand und Schätzungen (Hrsg.), Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. A., Brugg 2011, Art. 7 BGBB N 14.

⁵⁵ HERRENSCHWAND/BANDLI (Fn. 52), Art. 60 BGBB N 13.

Ein weiteres denkbare Beispiel ist die Errichtung eines Baurechts für ein Wasserreservoir zu Gunsten einer Wasserversorgungsgenossenschaft (Art. 60 Abs. 1 lit. h BGG).⁵⁷

VIII. Das Baurecht und die Belastungsgrenze für Grundpfandrechte

1. Das Baurechtsgrundstück als Pfandobjekt

Für landwirtschaftliche Grundstücke gilt die Belastungsgrenze bei der Errichtung von Grundpfandrechten (Art. 73 ff. BGG).⁵⁷ Ein Hauptmotiv für die Errichtung eines selbständigen und dauernden anstelle eines unselbständigen Baurechts ist die Möglichkeit beim Ersteren, dieses als Grundstück in das Grundbuch aufnehmen und mit Grundpfandrechten belasten zu können (Art. 655 Abs. 3 ZGB, Art. 17 und 22 GBV, Art. 796 Abs. 1 ZGB). Dies ist in der Landwirtschaft angesichts des hohen Investitions- und Finanzierungsbedarfs regelmässig erforderlich. Der Pächter, welcher Gebäudeinvestitionen im Baurecht tätigt, benötigt zur Sicherstellung von Darlehen i.d.R. ein Grundpfandrecht. Die Frage der Anwendbarkeit der Belastungsgrenze stellt sich nur beim selbständigen und dauernden und als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenen Baurecht.

Das BGG knüpft bezüglich des sachlichen Geltungsbereichs (Art. 2) an den Grundstücksbegriff des ZGB an (Art. 655 ZGB).⁵⁸ Grundstücke im Sinne des BGG sind auch die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen dauernden Baurechte (Art. 2 BGG i.V.m. Art. 655 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Vorbehalten sind die besonderen Anforderungen des BGG an Grundstücke, vor allem in Bezug auf den Nutzungsplan (Art. 2 Abs. 1 lit. a), die landwirtschaftliche Nutzung (Art. 2 Abs. 1 lit. b und Art. 6) sowie die Mindestgrösse (Art. 2 Abs. 3). Insbesondere muss das Baurechtsgrundstück für die landwirtschaftliche oder

⁵⁷ Vgl. zur Kritik am Rechtsinstitut der Belastungsgrenze, welche nach Auffassung des Autors keine genügende Berechtigung mehr hat: WOLF FRANZ A., Administrative Entlastung im Vollzug des bäuerlichen Bodenrechts (BGG) und des landwirtschaftlichen Pachtrechts (LPG). Gutachten zum Postulat von Nationalrat Karl Vogler und Mitunterzeichnende vom 19. März 2015 (15.3284), im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Direktionsbereich, Bern, August 2016; <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/agrarrech/gutachten-po-vogler-d.pdf>, besucht am 17. März 2018, Ziff. 3.12.

⁵⁸ BGE 128 III 229 E. 3a.

gartenbauliche Nutzung geeignet sein, damit dieses dem BGG untersteht (was etwa bei einem Baurecht zum Zweck des Abbaus von Bodenschätzen nicht der Fall ist).⁵⁹

2. Belastungsgrenze für Grundpfandrechte beim Baurecht

Bezüglich des Geltungsbereichs des BGG ist für Baurechtsgrundstücke im Einzelfall nach obigen Kriterien zu prüfen, ob dieses als Grundstück dem Gesetz und damit auch den Bestimmungen über die Belastungsgrenze untersteht.⁶⁰

Die Belastungsgrenze gilt nur für Grundstücke, welche dem BGG unterstellt sind. Wird das Baurecht zu Gunsten des Pächters eines Gewerbes errichtet, so gehört das Baurechtsgrundstück zwar formal nicht zum Gewerbe, ist aber mit diesem vertraglich verknüpft. Es ist daher dafür zu halten, dass dann für das Baurechtsgrundstück, ungeachtet der Baurechtsfläche (Art. 2 Abs. 3 BGG), die Belastungsgrenze zu beachten ist.

Deutlich schwieriger ist die Frage der Unterstellung unter das BGG zu beurteilen, wenn das Baurecht zu Gunsten des Pächters eines Grundstücks errichtet worden ist. Die Frage ist zu bejahen, wenn das Baurechtsgrundstück eine Fläche von mehr als 25 Aren Land (Umschwung) beansprucht. Diesfalls sind landwirtschaftliche Grundstücke selbst dann dem BGG unterstellt, wenn sie nicht zu einem Gewerbe gehören (Art. 2 Abs. 3 BGG). Ist die Baurechtsfläche hingegen kleiner, rechtfertigt sich die Unterstellung unter das BGG nicht. Ein derartiges Baurechtsgrundstück kann ohne Berücksichtigung der Belastungsgrenze mit Pfandrechten belastet werden. Mit Blick auf die Regelung beim Heimfall (Art. 779d ZGB) obliegt es sodann den Kreditgebern zu entscheiden, in welchem Umfang durch das Baurechtsgrundstück grundpfandgesicherte Darlehen zu gewähren sind.

IX. Das Baurecht und öffentliche Investitionshilfen

Bund und Kanton gewähren Investitionshilfen u.a. für den Neubau, den Umbau und die Verbesserung landwirtschaftlicher Gebäude (Art. 93 und 94 Abs. 2, Art. 96 LwG). An Pächter werden Investitionshilfen gewährt, wenn ein Baurecht begründet wird (Art. 96 Abs. 3 LwG).

⁵⁹ BGE 128 III 229 E. 3b.

⁶⁰ BGE 128 III 229 E. 3a.

Pächter und Pächterinnen von Betrieben im Eigentum juristischer oder natürlicher Personen ausserhalb der Familie können Investitionshilfen erhalten, wenn ein selbständiges und dauerndes Baurecht von mindestens 30 Jahren errichtet und zugleich ein landwirtschaftlicher Pachtvertrag für den übrigen Betrieb von gleicher Dauer abgeschlossen wird. Der Pachtvertrag ist im Grundbuch vorzumerken (Art. 9 Abs. 1 SVV).⁶¹

Für Pächter reicht ein unselbständiges Baurecht, sofern der Grundeigentümer dem Pächter für die Dauer von mindestens 20 Jahren ein Grundpfandrecht in der Höhe des benötigten Fremdkapitals stellt (Art. 9 Abs. 2 SVV). In diesem Fall entsteht ein Drittpfandverhältnis.

X. Exkurs: Möglichkeiten zur dinglichen Sicherung von Solarstromanlagen

Die Suche nach erneuerbarer Energie hat sie zahlreich werden lassen: Solarstromanlagen/Photovoltaikanlagen, welche hierzulande vor allem auf Dächern zu finden sind. Gerade landwirtschaftliche Ökonomiegebäude bieten sich hierzu als Träger geradezu an. In sachenrechtlicher Hinsicht stellen sich bei diesen Anlagen einige knifflige dogmatische Fragen, welche hier nur in der Übersicht dargestellt werden können.

1. Fahrnisanlagen

Besteht zwischen dem Dach als Träger und der Photovoltaikanlage keine feste und dauerhafte Verbindung, etwa weil die Anlage leicht entfernt werden kann, liegt Fahrnis vor (Art. 677 ZGB). Die Bauten und die Photovoltaikanlage können dann ohne Weiteres unterschiedliche Eigentümer haben, denn bei Fahrnis entsteht keine Akzession. In diesen (eher seltenen Fällen) ist ein Baurecht nicht möglich, aber auch nicht erforderlich.

2. Nutzniessung

Soll ein Dritter zwar nicht Eigentümer der Photovoltaikanlage werden, wohl aber die Anlage nutzen können, so steht neben der Pacht auch die Nutzniessung

⁶¹ Gemäss Weisungen des Bundesamtes für Landwirtschaft ist eine Vormerkung des Pachtvertrags dann nicht erforderlich, wenn der Pachtvertrag «integrierter Bestandteil» des Baurechtsvertrags ist.

zur Verfügung. Seit der Revision von Art. 745 ZGB ist die Nutzniessung auch an Teilen von Gebäuden und Grundstücken zulässig (in Kraft seit dem 1. Januar 2004). Die Nutzniessung wird als Personaldienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen (Art. 746 ZGB). Sie kann zu Gunsten natürlicher Personen für die Dauer bis zum Tod oder für juristische Personen für längstens 100 Jahre begründet werden (Art. 749 ZGB). Die Nutzniessung ist immer eine Personaldienstbarkeit, d.h. sie kann nicht zu Gunsten eines herrschenden Grundstücks begründet werden. Je nach Art der Nutzung und Dauer kann die Nutzniessung auf Bodenrechtsgrundstücken eine Ausnahme vom Realteilungs- oder Zerstückelungsverbot erforderlich machen. Der Nutzniessungsberechtigte hat ein dingliches Recht auf den Nutzen der Anlage (Art. 755 ZGB). Die Nutzniessung durchbricht jedoch nicht die Akzession, die Photovoltaikanlage verbleibt daher im Eigentum des Bodeneigentümers.

3. Selbständige und dauernde Personaldienstbarkeit

An der Photovoltaikanlage kann eine Personaldienstbarkeit begründet werden. Ist diese selbständig und dauernd, so kann sie als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen und bei Bedarf mit Grundpfandrechten belastet werden. Der Unterschied zum selbständigen und dauernden Baurecht besteht dann lediglich darin, dass das Eigentum an der Anlage beim Grundeigentümer verbleibt (Akzession).

4. Miteigentum mit ausschliesslichem Nutzungsrecht

Der Vollständigkeit halber sei auch auf die Möglichkeit hingewiesen, am betreffenden Grundstück Miteigentum zu begründen (Art. 646 ff. ZGB) und die Nutzung an der Photovoltaikanlage durch eine Nutzungs- und Verwaltungsordnung ausschliesslich einem Miteigentümer zuzuweisen.

Diese Lösung bedarf angesichts der rechtlichen Komplexität des Miteigentums einer umfassenden Beratung. Zu beachten ist insbesondere, dass die ausschliessliche Nutzungszuweisung an einen Miteigentümer ein wohlverworbenes Recht darstellt und nur noch mit dessen Zustimmung geändert oder aufgehoben werden kann (Art. 647 Abs. 1^{bis} ZGB). Die Nutzungs- und Verwaltungsordnung ist zudem für Rechtsnachfolger verbindlich, selbst wenn diese im Grundbuch nicht angemerkte ist (Art. 649a ZGB). Zu berücksichtigen sind ferner die Regeln des BGBB für das Miteigentum, und zwar sowohl betreffend die gesetzlichen Vorkaufsrechte im Miteigentum (Art. 49 ff.) als auch der erbrechtliche Zuweisungsanspruch bei Miteigentum (Art. 13) und die Sonderregeln bei Aufhebung des Miteigentums (Art. 36 ff.). Letztere können, vorbehaltlich einer anderen

vertraglichen Regelung (Art. 39), dazu führen, dass ein landwirtschaftliches Gewerbe ungeteilt zum Ertragswert einem Miteigentümer zugewiesen wird.⁶²

5. Baurecht

Nicht selten besteht in der Praxis das Bedürfnis nach getrenntem Eigentum am Gebäude (als Träger der Anlage) und der Anlage selber. Dafür eignet sich grundsätzlich das Baurecht. Die Baurechtsfähigkeit von Photovoltaikanlagen wird allerdings in der Lehre kontrovers diskutiert, und die kantonale Grundbuchpraxis ist uneinheitlich. Das Grundproblem liegt darin, dass es der Photovoltaikanlage an der baulich-konstruktiven Eigenständigkeit und der direkten Verbindung zum Boden fehlt. Im konkreten Fall ist das kantonale Grundbuchamt zu kontaktieren. Einzelne Kantone unterscheiden in der Bewilligungspraxis danach, ob es sich um eine sog. Indachanlage oder um eine sog. Aufdachanlage handelt. Bei der Indachanlage ersetzt die Photovoltaikanlage die Ziegel und ist fest in das Dach integriert.

XI. Das Baurecht an Pflanzen (Pflanzensuperficies)

1. Grundsatz

Mit Änderung des ZGB vom 20. Juni 2003 wurde das Pflanzrecht neu geregelt: Demnach kann eine dem Baurecht entsprechende Dienstbarkeit für einzelne Pflanzen und Anlagen von Pflanzen auf mindestens 10 und auf höchstens 100 Jahre errichtet werden (Art. 678 Abs. 2 ZGB).⁶³ Zuvor war die Bestellung einer dem Baurecht entsprechenden Dienstbarkeit an Pflanzen und Waldungen ausgeschlossen (Art. 678 Abs. 2 aZGB). Bezüglich des Pflanzrechts wurde allerdings das BGBB nicht geändert, sodass dessen Verhältnis zum Realteilungs- und Zerstückelungsverbot und zur Erwerbsbewilligungspflicht bis heute ungeklärt ist.⁶⁴

⁶² WOLF FRANZ A., Zuweisungsrechte und Nachlassplanung im bäuerlichen Erbrecht, BIAR 2017, S. 187 ff., 201.

⁶³ Vgl. zum Ganzen: STUDER BENNO, Superficies an Pflanzen, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 271 ff., 277; zudem wurde die vorzeitige Auflösung gesetzlich geregelt (Art. 678 Abs. 3 ZGB).

⁶⁴ STUDER (Fn. 63), S. 284 ff.

2. Baurecht oder Pflanzensuperficies an Wald?

Nach dem am 1. Januar 2004 aufgehobenen Art. 678 Abs. 2 aZGB war die Begründung eines Baurechts an Wald ausgeschlossen. In der Lehre wird mit Verweis auf die Gesetzesmaterialien die Meinung vertreten, dass die Pflanzensuperficies lediglich einzelne Pflanzen und Anlagen von Pflanzen erfassen und deshalb sowohl ein Baurecht als auch eine Pflanzensuperficies an Wald ausgeschlossen sei.⁶⁵ Das Bundesgericht musste sich mit der Frage, soweit ersichtlich, bisher nicht befassen.

XII. Schlusswort

Die speziellen Anliegen der Landwirtschaft in Bezug auf das Baurecht finden im Gesetzestext wenig Eingang. Indessen ist aus den von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätzen für die meisten Fragen eine adäquate Antwort zu finden. Vor übertriebenen gesetzgeberischen Aktivitäten sei daher (auch) beim Baurecht in der Landwirtschaft Abstand zu nehmen. Man kann dies auch treffend mit den Worten des österreichischen Juristen JOSEF UNGER⁶⁶ ausdrücken: «Das Gesetz ist lückenhaft, das Recht ist lückenlos».

⁶⁵ BSK ZGB II-REY/STREBEL (Fn. 12), Art. 678 ZGB N 6a.

⁶⁶ JOSEPH UNGER (1828-1913) war ein österreichischer Jurist, Schriftsteller, Politiker und Reichsgerichtspräsident.