
Blätter für Agrarrecht

Communications de droit agraire

	<i>P. Richli</i> : Zu diesem Heft	159
Aufsätze/ Articles	<i>Daniel Gay</i> : Exploitation agricole par une société commerciale : quel enjeux ? Quelles contraintes ?	161
	<i>Thomas Meyer</i> : Juristische Personen und Direktzahlungen	181
	<i>Josef Rütter</i> : Umstrukturierung von landwirtschaftlichen Unternehmen	185
	<i>Andreas Wasserfallen</i> : Erwerb und Pacht von landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken durch juristische Personen	197
	<i>Franz A. Wolf</i> : Die Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person im bäuerlichen Boden- und Pachtrecht (Art. 4 Abs. 2 BGBB)	213
Verschiedenes/ Divers	Schweizerische Gesellschaft für Agrarrecht (SGAR) – Jahresbericht 2018 des Präsidenten	227
	Schweizerische Gesellschaft für Agrarrecht (SGAR) – Protokoll der Jahresversammlung 2018	229
	Jahresrechnung 2017 der Schweizerischen Gesellschaft für Agrarrecht (SGAR)	233
	Sonderangebot für den Jubiläumsband «Entwicklung von Landwirtschaft und Agrarrecht – Rück- und Ausblick»	235



Die Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person im bäuerlichen Boden- und Erbrecht (Art. 4 Abs. 2 BGG)¹

Franz A. Wolf²

Inhalt

I.	Landwirtschaftlicher Boden im Eigentum juristischer Personen	214
1.1	Zulässigkeit juristischer Personen des Privatrechts als Bodeneigentümer.....	214
1.2	Die Anteilsrechte an juristischen Personen im BGG	215
II.	Die Rechte an einer Mehrheitsbeteiligung	216
2.1	Die Grundnorm (Art. 4 Abs. 2 BGG).....	216
2.2	Subsidiärer Schutz familienrechtlicher Ziele	216
2.3	Abgrenzung zum örtlich-sachlichen Geltungsbereich	217
2.4	Juristische Personen	218
2.5	Unzulässigkeit von Holdingstrukturen.....	219
2.6	Landwirtschaftliches Gewerbe als Hauptaktivum.....	219
2.7	Die besonderen Bestimmungen über die landwirtschaftlichen Gewerbe.	220
a.	Das landwirtschaftliche Gewerbe (Art. 5 lit. a, Art. 7 und 8 BGG).....	221
b.	Das Realteilungsverbot (Art. 58 BGG).....	221
c.	Erbrechtliche Integralzuweisung am Gewerbe (Art. 11 BGG)	222
d.	Erbrechtlicher Zuweisungsanspruch bei Miteigentum oder Gesamteigentum (Art. 13 und 14 BGG)	222
e.	Sicherung der Selbstbewirtschaftung (Art. 23 und 24 BGG).....	222
f.	Kaufrecht der Verwandten (Art. 25 ff. BGG).....	222

¹ Erweiterte Fassung des anlässlich der Jahresversammlung der Schweizerischen Gesellschaft für Agrarrecht (SGAR) vom 7. September 2018 gehaltenen Referates.

² Franz A. Wolf ist Rechtsanwalt, Notar und dipl. Ing. Agr. FH mit Schwerpunkt Landwirtschaftsrecht bei der Studer Anwälte und Notare AG in Sursee (www.studer-law.com).

g. Erbrechtlicher Zuweisungsanspruch am Betriebsinventar (Art. 15 Abs. 1 BGG)	222
h. Verfügungen des Erblassers (Art. 19, 20 BGG)	223
i. Gewinnanspruchsrecht der Miterben (Art. 28 ff. BGG)	223
j. Vorkaufsrecht der Verwandten (Art. 42 Abs. 1 BGG)	224
k. Vorkaufsrecht des Pächters (Art. 47 Abs. 1 BGG)	224
l. Massnahmen zur Verhütung der Überschuldung (Art. 73–79 BGG)	224
m. Ertragswert im Ehegüterrecht (Art. 212 ZGB)	224
III. Mehrheitsbeteiligung als Verfügungsmacht über ein Gewerbe	225
IV. Bewilligungspflicht beim Erwerb von Anteilsrechten	226

I. Landwirtschaftlicher Boden im Eigentum juristischer Personen

1.1 Zulässigkeit juristischer Personen des Privatrechts als Bodeneigentümer

Rechtsprechung und Lehre befürworten, dass auch juristische Personen des Privatrechts Eigentümer von landwirtschaftlichen Grundstücken und Gewerben sein können. Das Bundesgericht hat sich vor kurzem im Leitentscheid BGE 140 II 233 zum Erwerb landwirtschaftlichen Bodens durch juristische Personen geäussert³. Die dem bäuerlichen Boden- und Erbrecht inhärente Pflicht zur Selbstbewirtschaftung des Bodens, welche sich wie ein roter Faden durch das Gesetz zieht⁴, ist zwar primär auf die Tätigkeit natürlicher Personen zugeschnitten⁵. Landwirtschaftliche Betriebe können jedoch auch als juristische Personen konstituiert sein. Dies ergibt sich aus der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Einer gesetzlichen Grundlage bedürfe, so das Bundesgericht, nicht die Zulassung, sondern das Verbot einer solchen Rechtsform⁶. Grundsätzlich können daher auch juristische Personen landwirtschaftliche Grundstücke oder Gewerbe erwerben.

³ Vgl. die Urteilsbesprechung: FRANZ A. WOLF, Landwirtschaftliches Grundeigentum bei der Einbringung in juristische Personen und beim Erwerb von Anteilsrechten an Kapitalgesellschaften. Kommentar zu BGE 140 II 233, in: Jusletter vom 13. Oktober 2014.

⁴ Vgl. die Art. 1, 9, 11–24, 25–27, 36–39, 40, 41, 52–54 und 61 ff. BGG.

⁵ BGE 115 II 181 (185), E. 2b.

⁶ BGE 138 II 440 (458), E. 18.

1.2 Die Anteilsrechte an juristischen Personen im BGG

Das bäuerliche Bodenrecht (BGG)⁷ unterscheidet im Geltungsbereich zwischen landwirtschaftlichen Grundstücken (Art. 2 und 6 BGG) und landwirtschaftlichen Gewerben (Art. 4, 5 lit. a, Art. 7 und 8 BGG). Der Grundstücksbegriff des BGG knüpft in Art. 2 BGG an denjenigen in Art. 655 Abs. 2 ZGB an. Er umfasst daher in erster Linie Liegenschaften, dann aber auch Miteigentumsanteile und selbstständige, dauernde Rechte⁸. Dass das Gesetz die Miteigentumsanteile den Grundstücken gleichstellt (Art. 3 Abs. 1 BGG), hat keine eigenständige Bedeutung und ergibt sich bereits aus dem Grundstücksbegriff⁹.

Nach Art. 6 Abs. 2 BGG gelten auch Anteils- und Nutzungsrechte an Allmenden, Alpen, Wald und Weiden, die im Eigentum von Allmend- oder Alpengenossenschaften oder ähnlichen Körperschaften stehen, als landwirtschaftliche Grundstücke. Auch bei diesen Rechtsträgern handelt es sich um juristische Personen (des kantonalen Rechts, Art. 59 Abs. 3 ZGB)¹⁰. Die Kantone können an diesen Anteils- und Nutzungsrechten Vorkaufsrechte vorsehen (Art. 56 lit. c BGG). Es bleibt zudem dem kantonalen Recht vorbehalten, den Anwendungsbereich des BGG auf derartige Anteils- und Nutzungsrechte auszuschliessen, sofern diese nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören¹¹.

Abgesehen von diesen besonderen Bestimmungen über die Anteils- und Nutzungsrechte an Allmenden, Alpen, Wald und Weiden (Art. 6 Abs. 2 BGG) kennt das geltende Gesetz keine generelle Gleichstellung von Anteilsrechten an juristischen Personen mit landwirtschaftlichen Grundstücken. In zwei Fällen findet das BGG punktuell dennoch Anwendung auf Anteilsrechte: so kann der Erwerb von Anteilsrechten als wirtschaftliche Handänderung der Erwerbsbewilligungspflicht des BGG unterstehen (Art. 61 Abs. 3 BGG)¹², wobei die Tragweite der Bewilligungspflicht umstritten ist¹³.

Zum zweiten erklärt das BGG gewisse Bestimmungen über die landwirtschaftlichen Gewerbe auch für anwendbar auf eine Mehrheitsbeteiligung von Anteilsrechten an einer juristischen Person. Der vorliegende Aufsatz widmet sich der Frage, wie Anteilsrechte an juristischen Personen, die landwirtschaftliches Grundeigentum halten, mit Blick auf das bäuerliche Erbrecht zu behandeln sind. Nicht

⁷ Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (BGG, SR 211.412.11).

⁸ BGE 128 III 229 (231), E. 3a.

⁹ CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN/CHRISTOPH BANDLI, in: Kommentar BGG, N 4 zu Art. 3 BGG.

¹⁰ BGE 140 II 233 (247), E. 5.6.1.

¹¹ So z.B. Art. 2 des Einführungsgesetzes zum BGG des Kantons Nidwalden vom 25. Oktober 2017; Nidwaldner Gesetzessammlung 825.1.

¹² BGE 140 II 233 (247), E. 5.6.1.

¹³ WOLF (Fn. 3), S. 8; hinten: Ziff. IV.

Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen juristische Personen landwirtschaftliche Grundstücke oder Gewerbe erwerben können.

II. Die Rechte an einer Mehrheitsbeteiligung

2.1 Die Grundnorm (Art. 4 Abs. 2 BGG)

Das bäuerliche Bodenrecht kennt verschiedene Bestimmungen zum Schutz der familieneigenen Hofnachfolge für ein landwirtschaftliches Gewerbe. So haben bei lebzeitiger Veräußerung eines Gewerbes geeignete selbstbewirtschaftende Nachkommen und (zeitlich befristet) nahe Verwandte des Veräußerers ein Vorkaufsrecht zu einem privilegierten Preis, dem Ertragswert (Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Art. 44 BGG). Ein sinngemässes Vorkaufsrecht besteht auch bei Veräußerung von Miteigentumsanteilen an einem landwirtschaftlichen Gewerbe (Art. 49 Abs. 1 und 3 BGG). In der Erbteilung bestehen erbrechtliche Zuweisungsrechte am Gewerbe (Art. 11 Abs. 1 und 2 BGG), welche den Teilungsregeln des bürgerlichen Erbrechts des ZGB vorgehen (Art. 607 ff. und Art. 619 ZGB). Veräussert die Erbengemeinschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe an Dritte, so haben selbstbewirtschaftende Nachkommen oder Verwandte eines jeden Erben ein Vorkaufsrecht (Art. 42 Abs. 1 i.V.m. Art. 45 BGG).

Es stellt sich nun die Frage, wie es sich mit diesen Schutzbestimmungen verhält, wenn nicht das Gewerbe als solches veräussert bzw. vererbt wird, sondern lediglich Anteilsrechte daran. Der Gesetzgeber hat hierzu in Art. 4 Abs. 2 BGG vorgesehrt und einen (zumindest teilweisen) Schutz der familieneigenen Nachfolge vorgesehen.

2.2 Subsidiärer Schutz familienrechtlicher Ziele

Art. 4 Abs. 2 BGG ist ein subsidiärer Auffangtatbestand zu den bestehenden privatrechtlichen Vorkaufs- und Zuweisungsrechten des BGG¹⁴. Das Bundesgericht äussert sich dazu wie folgt:

«Die besonderen Vorschriften über die landwirtschaftlichen Gewerbe (Art. 4) haben vor allem deren langfristige Erhaltung zum Ziel: Beim Eigentumsübergang innerhalb der Familie sollen die – privatrechtlichen – Zuweisungsansprüche in der Erbteilung (Art. 11 ff.) sowie die Kaufs- oder Vorkaufsrechte der Verwandten (Art. 25 ff. und Art. 42 ff.) nicht umgangen werden können, und bei Veräusserungen aus der Familie heraus wird mit der – öffentlich-rechtlichen – Bewilligungspflicht und den Bewilligungsvoraussetzungen (Art. 61 ff.) dafür gesorgt, dass

¹⁴ CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN/CHRISTOPH BANDLI, in: Kommentar BGG, N 6 und 7 zu Art. 4 BGG.

selbstbewirtschaftende Bauern ein landwirtschaftliches Gewerbe grundsätzlich ungeteilt übernehmen können¹⁵», und weiter:

«Auch die Veräußerung der Mehrheitsbeteiligung löst die Schutzwirkungen des Gesetzes für landwirtschaftliche Gewerbe aus; diese Regelung ist insbesondere für den Zuweisungsanspruch in der Erbteilung und bei der Ausübung eines Vorkaufsrechts (also für die zivilrechtlichen Aspekte des bäuerlichen Bodenrechts) von Bedeutung. Der Zuweisungsanspruch und das Vorkaufsrecht können damit nicht nur an der Sache selber, sondern auch an der Mehrheitsbeteiligung, z.B. an einem Aktienpaket, geltend gemacht werden¹⁶.»

Grundgedanke von Art. 4 Abs. 2 BGBB ist somit der Schutz von Familienmitgliedern eines Mehrheitseigners einer juristischen Person, welche Eigentümerin eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist:

- Bei der Veräußerung/Vererbung einer Mehrheitsbeteiligung an der juristischen Person, deren Hauptaktivum ein landwirtschaftliches Gewerbe ist, wird die Mehrheitsbeteiligung wie ein landwirtschaftliches Gewerbe behandelt,
- Anwendbar sind jedoch nur die privatrechtlichen Beschränkungen für die Gewerbe und das Realteilungsverbot. Diese Rechte können somit nicht nur an der Sache selbst, sondern auch an einer Mehrheitsbeteiligung geltend gemacht werden¹⁷.

Unter diesen Voraussetzungen behandelt das Gesetz eine Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person wie ein landwirtschaftliches Gewerbe (Art. 4 Abs. 2 BGBB). Eine Mehrheitsbeteiligung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 BGBB gilt zudem als wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein Gewerbe¹⁸.

2.3 Abgrenzung zum örtlich-sachlichen Geltungsbereich

Art. 4 Abs. 2 BGBB weitet den Geltungsbereich des BGBB teilweise auf eine Mehrheitsbeteiligung aus. Die genannte Norm beschränkt jedoch nicht etwa den örtlich-sachlichen Geltungsbereich (Art. 2–4 BGBB) hinsichtlich des Grundstücks oder des Gewerbes, das im Eigentum einer juristischen Person steht. Vielmehr dehnt Art. 4 Abs. 2 BGBB den Geltungsbereich des Gesetzes teilweise (nämlich in Bezug auf die Bestimmungen über das Gewerbe) auf Anteilsrechte (genauer auf eine Mehrheitsbeteiligung) aus¹⁹. Dies bedeutet, dass auch ein landwirtschaftliches Gewerbe im Eigentum einer juristischen Person, an der keine Mehrheitsbeteiligung besteht oder deren Hauptaktivum nicht aus einem Gewerbe besteht und das demzufolge nicht unter Art. 4 Abs. 2 BGBB fällt, weiterhin dem sachlich-örtlichen Gel-

¹⁵ BGE 140 II 233 (236), E. 3.1.1.

¹⁶ BGE 140 II 233 (241), E. 3.4.

¹⁷ BGE 140 II 233 (236), E. 3.4.

¹⁸ BGE 129 III 693 (700), E. 5.5.

¹⁹ BGE 140 II 233 (241), E. 3.4.

tungsbereich untersteht. Auch für ein solches Gewerbe gelten z.B. das Realteilungsverbot und die Erwerbsbewilligungspflicht.

2.4 Juristische Personen

Die Norm (Art. 4 Abs. 2 BGG) verlangt ihrem Wortlaut nach eine Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person. Daher können nur juristische Personen in Frage kommen, deren Kapital in Anteilsrechte aufgeteilt werden kann. Anwendbar ist Art. 4 Abs. 2 BGG auf juristische Personen des Privatrechts, an denen *per definitionem* eine Mehrheitsbeteiligung überhaupt möglich ist.

Der Begriff der Anteilsrechte erfasst die in Aktien, Partizipationsscheinen, Genussscheinen und Anteilsscheinen verkörperte Mitgliedschaft²⁰. Als Anteilsinhaber (Art. 2 lit. g FusG) gelten Inhaber von Aktien, Partizipations- (Art. 656b ff. OR) oder Genussscheinen (Art. 657 OR), die Gesellschafter einer GmbH sowie die Genossenschafter mit Anteilsscheinen²¹.

Ohne weiteres anwendbar ist Art. 4 Abs. 2 BGG auf juristische Personen, die als AG, als Kommandit-AG oder als GmbH konstituiert sind. Deren Kapital ist in Anteilsrechte aufgeteilt und der Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung ist möglich.

Die Stiftung (Art. 80 ff. ZGB) ist die Widmung und Verselbständigung eines Vermögens zu einem bestimmten Zweck. Mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten sind bei der Rechtsform der Stiftung inexistent. Anteilsrechte an Stiftungen gibt es nicht²². Eine Mehrheitsbeteiligung an einer Stiftung ist daher begrifflich ausgeschlossen, was die Anwendung von Art. 4 Abs. 2 BGG auf Stiftungen ausschliesst.

Auch Vereine sind juristische Personen (Art. 60 ff. ZGB), jedoch gibt es daran keine Anteilsrechte (Art. 2 lit. g FusG e contrario)²³. Folglich ist auch eine Mehrheitsbeteiligung an einem Verein ausgeschlossen, was die Anwendung von Art. 4 Abs. 2 BGG auf Vereine ausschliesst.

Genossenschaften des Privatrechts (Art. 828 ff. OR) können (müssen aber nicht) an ihre Genossenschafter Anteilsscheine am Genossenschaftskapital ausgeben (Art. 853 Abs. 1 OR, Art. 87 Abs. 1 lit. h HRegV²⁴). In solchen Fällen hat jeder Genossenschafter mindestens einen Anteilsschein zu übernehmen (Art. 853 Abs. 1 OR). Die Statuten können vorsehen, dass bis zu einer bestimmten Höchstzahl mehrere Anteilsscheine erworben werden dürfen (Art. 853 Abs. 2 OR). Unabhängig vom Besitz an Anteilsrechten hat jeder Genossenschafter an der Generalversamm-

²⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, 13. Juni 2000 (BBI 2000 4337, S. 4400).

²¹ Botschaft FusG (Fn. 20), S. 4390.

²² Botschaft FusG (Fn. 20), S. 4468.

²³ Botschaft FusG (Fn. 20), S. 4396.

²⁴ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411).

lung eine Stimme (Kopfstimmrecht, Art. 885 OR). Eine beherrschende Stellung eines einzelnen Genossenschafters gibt es unter diesen Umständen selbst dann nicht, wenn er mehrere Anteilsscheine besitzt. Die Genossenschaft ist daher nach der hier vertretenen Auffassung vom Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 2 BGG ausgeschlossen, weil es an ihr keine Mehrheitsbeteiligung geben kann²⁵.

Mangels Konstituierung als juristische Personen sind auch die Personengesellschaften (einfache Gesellschaft [Art. 530 ff. OR], die Kollektivgesellschaft [Art. 552 ff. OR] und die Kommanditgesellschaft [Art. 594 ff. OR]) vom Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 2 BGG ausgeschlossen²⁶. Zudem sind diese Gebilde nicht vermögensfähig und stellen keine Anteilsrechte aus.

2.5 Unzulässigkeit von Holdingstrukturen

Eine Holding (Kurzform für Holding-Gesellschaft, Holding-Organisation oder auch Dachgesellschaft) ist der Begriff für Unternehmen, deren ausschliesslicher Betriebszweck darin besteht, Kapitalbeteiligungen an anderen Unternehmen zu halten.²⁷ Die Anteilsrechte einer Gesellschaft sind daher bei der Holding nicht im Eigentum natürlicher Personen, sondern im Eigentum anderer Gesellschaften. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes sind Holdingstrukturen beim Erwerb von bäuerlichem Boden ausgeschlossen²⁸. Diese Beschränkung wird in der Rechtslehre kritisiert²⁹.

2.6 Landwirtschaftliches Gewerbe als Hauptaktivum

Art. 4 Abs. 2 BGG ist nur anwendbar, wenn ein landwirtschaftliches Gewerbe im Eigentum der juristischen Person vorliegt. 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. 7 Abs. 1 BGG, Standardarbeitskraft, SAK, Art. 2a VBB³⁰). Kennzeichnend für den Gewerbebegriff ist somit das arbeitswirtschaftliche Kriterium, welches ein Mindestmass erreichen muss. Die Berechnung erfolgt objektiviert³¹ mittels standardisierter Faktoren. Der im Einzelfall tatsächliche Arbeitsaufwand ist nicht mas-

²⁵ A.M. BENNO STUDER/EDUARD HOFER, Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe durch juristische Personen, in: Blätter für Agrarrecht (BIAR), 2012, Heft 2/3, S. 55.

²⁶ a.M. STUDER/HOFER (Fn. 25), S. 55.

²⁷ Quelle: Wikipedia.

²⁸ BGE 140 II 233 (247), E. 5.6.2.

²⁹ STUDER/HOFER (Fn. 25), Ziff. 4.4.3; KEVIN M. HUBACHER, in: AJP 9/2014, S. 1255.

³⁰ Verordnung über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1993 (VBB, SR 211.412.110).

³¹ BGE 137 II 182 (186), E. 3.1.3.

sgebend. Den Kantonen ist es vorbehalten, auch Betriebe mit weniger als einer Standardarbeitskraft den Bestimmungen über die landwirtschaftlichen Gewerbe zu unterstellen (Art. 5 lit. a BGG³²).

Im Urteil 5A.34/2006 vom 3. April 2007³³ hat das Bundesgericht festgehalten, dass die auf das landwirtschaftliche Grundeigentum fallenden Aktiven wertmässig näher bei 100% als bei 50% aller Aktiven liegen müssten, damit ein Hauptaktivum vorliege. Dem ist beizupflichten. Zur Frage, ob das Gewerbe bzw. die Grundstücke nach dem Erwerb dauerhaft ein Hauptaktivum der Gesellschaft bleiben muss, äussert sich das Bundesgericht nicht vollends klar. So sagt es, wenn der Eigentümer (Anteilsinhaber) «*daneben noch grössere Geschäfte (betreibt), ist es ihm zuzumuten, diese in separaten Gesellschaften abzuwickeln, die nicht mit dem landwirtschaftlichen Gewerbe in Verbindung stehen*»³⁴. Das Bundesgericht spricht sich damit zumindest indirekt dafür aus, dass das landwirtschaftliche Gewerbe das Hauptaktivum darstellen muss. Nicht abschliessend geklärt ist, ob für die Frage des Hauptaktivums das Gewerbe zum Ertragswert oder zum Verkehrswert zu bewerten ist. Die Autoren STUDER und HOFER sprechen sich für eine Bewertung des Gewerbes zum Verkehrswert aus³⁵. Dieser Auffassung ist m.E. zu folgen. Soll der Verkehrswert massgebend sein, so ist davon auszugehen, dass dieser dem höchstzulässigen Preis nach Art. 66 BGG entspricht³⁶.

Ebenfalls nicht geklärt ist, ob auch das landwirtschaftliche Betriebsinventar zum Hauptaktivum zählen kann. Dies ist m.E. bei einem landwirtschaftlichen Gewerbe zu bejahen; schliesslich hat im Privatrecht der Erbe, der sich das Gewerbe zuweisen lässt, auch ein Zuweisungsrecht am Betriebsinventar (Art. 15 Abs. 1 BGG). Bei lebzeitigem Verkauf erstreckt sich das gesetzliche Vorkaufsrecht auch auf das Inventar (Art. 51 BGG). Das Betriebsinventar ist im Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 2 BGG zum Verkehrswert (und nicht zum Nutzwert, Art. 17 Abs. 2 BGG) zu bewerten.

2.7 Die besonderen Bestimmungen über die landwirtschaftlichen Gewerbe

Art. 4 Abs. 2 BGG unterstellt eine Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person den Bestimmungen über die landwirtschaftlichen Gewerbe. Diese Rechte können somit nicht nur an der Sache selbst, sondern auch an einer Mehrheitsbetei-

³² Das kantonale Recht darf die SAK-Grenze von 0.60 SAK nicht unterschreiten (Art. 5 lit. a BGG).

³³ Urteil des BGer 5A.34/2006 vom 3. April 2007, E. 6.1.

³⁴ BGE 140 II 233 (239), E. 3.2.3.

³⁵ STUDER/HOFER (Fn. 25), S. 57.

³⁶ Urteil des BGer 5A_670/2012 vom 30. Januar 2013, E. 3.2.

ligung geltend gemacht werden³⁷. Ein «Aktienpaket» wird also wie ein landwirtschaftliches Gewerbe behandelt.

Nachfolgend soll aufgezeigt werden, welche besonderen Bestimmungen über die landwirtschaftlichen Gewerbe überhaupt in den Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 2 BGGG fallen können³⁸. Dabei ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die gesetzlichen Bestimmungen über die Gewerbe nur sinngemäss auf eine Mehrheitsbeteiligung Anwendung finden können:

a. Das landwirtschaftliche Gewerbe (Art. 5 lit. a, Art. 7 und 8 BGGG)

Diese Bestimmungen zum Gewerbe (Art. 5 lit. a und Art. 7 Abs. 1–4^{bis} BGGG) finden keine Anwendung auf die Mehrheitsbeteiligung nach Art. 4 Abs. 2 BGGG. Vielmehr wird die Mehrheitsbeteiligung im Sinne einer gesetzlichen Fiktion dem landwirtschaftlichen Gewerbe nach Art. 7 BGGG gleichgestellt. Anwendung finden kann jedoch Art. 7 Abs. 5 BGGG. Diese Bestimmung bezieht sich auf die gemischten Gewerbe mit überwiegend landwirtschaftlichem Charakter, welche auch in den Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 2 BGGG fallen können. Ebenfalls nicht anwendbar auf eine Mehrheitsbeteiligung ist Art. 8 BGGG (landwirtschaftliche Gewerbe, besondere Fälle).

b. Das Realteilungsverbot (Art. 58 BGGG)

Für eine Mehrheitsbeteiligung gilt das Realteilungsverbot, d.h. es dürfen nicht einzelne Anteilsrechte abgetrennt werden. Ungeklärt ist die Anwendung der Ausnahmebestimmungen von Art. 59 BGGG (z.B. Zwangsvollstreckung) und Art. 60 BGGG (insbesondere Abs. 2, strukturelle Verbesserung anderer Gewerbe). Das Realteilungsverbot muss auf eine Mehrheitsbeteiligung Anwendung finden, da ansonsten ein Aktienpaket in Minderheitsbeteiligungen aufgeteilt werden könnte. Davon gehen auch das Bundesgericht³⁹ und die Rechtslehre⁴⁰ aus. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht de lege lata jedoch keine Verpflichtung, bei der Einbringung eines Gewerbes in eine juristische Person überhaupt eine Mehrheitsbeteiligung zu schaffen.

³⁷ BGE 140 II 233 (236), E. 3.4.

³⁸ Die Frage, welche Bestimmungen über die landwirtschaftlichen Gewerbe in den Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 2 BGGG fallen, ist in Rechtsprechung und Rechtslehre kaum geklärt.

³⁹ BGE 140 II 233 (239), E. 3.2.4; BGE 127 III 90 (96), E. 5a.

⁴⁰ STUDER/HOFER (Fn. 25), S. 48 f. und S. 62.

c. Erbrechtliche Integralzuweisung am Gewerbe (Art. 11 BGG)

Selbstbewirtschaftende Erben können die Zuweisung einer sich im Nachlass befindenden Mehrheitsbeteiligung verlangen, wenn es sich um ein Gewerbe handelt. Die Anrechnung der Anteilsrechte an den Erbteil erfolgt zum Ertragswert (Art. 17 Abs. 1 BGG), allenfalls unter Erhöhung des Anrechnungswertes (Art. 18 BGG). Subsidiär kann auch ein nichtselbstbewirtschaftender Pflichtteilserbe die Zuweisung der Mehrheitsbeteiligung verlangen, dies allerdings zum Verkehrswert (Art. 617 ZGB). Auch Art. 11 Abs. 3 BGG (Wohnrecht oder Nutzniessung des überlebenden Ehegatten) ist sinngemäss anwendbar. Die Bestimmung über die Aufschiebung der Erbteilung bei minderjährigen Nachkommen gilt sinngemäss auch bei einer Mehrheitsbeteiligung (Art. 12 BGG).

d. Erbrechtlicher Zuweisungsanspruch bei Miteigentum oder Gesamteigentum (Art. 13 und 14 BGG)

Die für das Gewerbe vorgesehenen Rechte gelten auch für die Mehrheitsbeteiligung.

e. Sicherung der Selbstbewirtschaftung (Art. 23 und 24 BGG)

Übernimmt ein selbstbewirtschaftender Erbe in der Erbteilung eine Mehrheitsbeteiligung, so darf er diese während zehn Jahren nur mit Zustimmung der Miterben veräussern (Art. 23 BGG). Bei endgültiger Aufgabe der Selbstbewirtschaftung innert zehn Jahren steht den selbstbewirtschaftenden Miterben ein Kaufsrecht an der Mehrheitsbeteiligung zu (Art. 24 BGG).

f. Kaufsrecht der Verwandten (Art. 25 ff. BGG)

Befindet sich in der Erbschaft eine Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person, die als Hauptaktivum ein Gewerbe enthält, so steht selbstbewirtschaftenden Nachkommen, Geschwistern und Geschwisterkindern des Erblassers, die selber nicht Erben sind, ein Kaufsrecht an der Mehrheitsbeteiligung zu. Das Kaufsrecht ist nachrangig zu den erbrechtlichen Zuweisungsansprüchen (Art. 26 BGG).

g. Erbrechtlicher Zuweisungsanspruch am Betriebsinventar (Art. 15 Abs. 1 BGG)

Der selbstbewirtschaftende Erbe, der sich die Mehrheitsbeteiligung am Gewerbe zuweisen lässt, kann sich zusätzlich das Betriebsinventar zum Nutzwert zuweisen lassen.

h. Verfügungen des Erblassers (Art. 19, 20 BGBB)

Der Erblasser kann durch Verfügung von Todes wegen die Mehrheitsbeteiligung einem bestimmten selbstbewirtschaftenden Erben zuweisen (Art. 19 Abs. 1 BGBB). Einem pflichtteilsgeschützten und selbstbewirtschaftenden Erben kann der Erblasser die Anteilsrechte jedoch nicht entziehen (Art. 19 Abs. 2 BGBB). Fehlt eine Verfügung des Erblassers, so geht der Zuweisungsanspruch eines Pflichtteils-erben vor (Art. 20 BGBB).

i. Gewinnanspruchsrecht der Miterben (Art. 28 ff. BGBB)

Die Bestimmungen des BGBB über den Gewinnanspruch der Miterben beschränken sich nicht auf die Übernahme landwirtschaftlicher Gewerbe, vielmehr fallen auch Grundstücke darunter (Art. 28 Abs. 1 BGBB).

Übernimmt ein Erbe in der Erbteilung Anteilsrechte an einer juristischen Person, welche die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 2 BGBB erfüllt, zu einem Anrechnungswert unter dem Verkehrswert, so besteht zu Gunsten der Miterben ein gesetzliches Gewinnanspruchsrecht. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht jedoch von Gesetzes wegen kein Gewinnanspruchsrecht an Anteilsrechten an einer juristischen Person, die lediglich Grundstücke hält.

Bei der lebzeitigen Veräußerung von Anteilsrechten kann ein Gewinnanspruchsrecht vereinbart werden (Art. 41 Abs. 1 BGBB). Wird kein Gewinnanspruchsrecht vereinbart, so gilt subsidiär Art. 41 Abs. 2 BGBB.

Jeder Miterbe kann seinen Gewinnanspruch durch Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Pfandrechtes im Grundbuch sichern (Art. 34 BGBB). Dies ist jedoch nur möglich, falls einem Miterben Grundstücke oder Gewerbe unter dem Verkehrswert erbrechtlich zugewiesen bzw. lebzeitig veräußert werden, nicht aber bei Anteilsrechten an juristischen Personen. Das Sicherungsinstrument von Art. 34 BGBB ist nach der hier vertretenen Auffassung auf Anteilsrechte nicht anwendbar, da das Grundbuchamt von einer nachfolgenden Veräußerung der Anteilsrechte keine Kenntnis haben kann (Art. 34 Abs. 4 BGBB, Art. 969 ZGB).

Die Bestimmungen des BGBB über den Gewinnanspruch gelten für alle Gewerbe und Grundstücke, die der Veräußerer zur landwirtschaftlichen Nutzung erworben hat (Art. 3 Abs. 3 BGBB). Diese Bestimmung betrifft den räumlich-sachlichen Geltungsbereich⁴¹. Der Gewinnanspruch gilt damit auch für kleine Grundstücke, die der Erbe zur landwirtschaftlichen Nutzung übernommen hat. Für Anteilsrechte an juristischen Personen ist diese Norm nicht anwendbar.

⁴¹ THOMAS MEYER, Der Gewinnanspruch der Miterben im bäuerlichen Erbrecht, Diss. 2004, S. 96.

Inwieweit die gesetzlichen Regeln zur Gewinnberechnung (Art. 31–33 BGG) sinngemäss auch für die Anteilsrechte an juristischen Personen gelten sollen, ist durch Rechtsprechung und Rechtslehre bisher nicht geklärt.

j. Vorkaufsrecht der Verwandten (Art. 42 Abs. 1 BGG)

Selbstbewirtschaftende Nachkommen und Verwandte des Veräusserers können das Vorkaufsrecht an einer Mehrheitsbeteiligung geltend machen (Art. 42 Abs. 2 BGG). Es gilt der erweiterte Vorkaufsfall (Art. 43 BGG). Die Übernahme der Anteilsrechte erfolgt zum Ertragswert (Art. 44 BGG), unter allfälliger Erhöhung (Art. 52 BGG). Der Zuweisungsanspruch erstreckt sich zusätzlich auf Anteilsrechte an einem Nebengewerbe (Art. 51 Abs. 2 BGG). Die durch Ausübung eines Vorkaufsrechts übernommene Mehrheitsbeteiligung unterliegt den Bestimmungen über den Gewinnanspruch (Art. 53 BGG) und den Bestimmungen über die Sicherung der Selbstbewirtschaftung (Art. 54, 55 BGG).

k. Vorkaufsrecht des Pächters (Art. 47 Abs. 1 BGG)

Art. 4 Abs. 2 BGG steht auf dem Boden der Familiennachfolge. Demzufolge ist nach der hier vertretenen Auffassung das Pächtervorkaufsrecht auf eine Mehrheitsbeteiligung *nicht* anwendbar. Die Frage ist in Rechtsprechung und Rechtslehre bisher ungeklärt.

l. Massnahmen zur Verhütung der Überschuldung (Art. 73–79 BGG)

Landwirtschaftliche Grundstücke dürfen nur bis zur Belastungsgrenze mit Grundpfandrechten belastet werden (Art. 73 Abs. 1 BGG). Das Gesetz kennt Ausnahmen und Bewilligungstatbestände. Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, ob das betreffende Grundstück zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehört. Auch an Anteilsrechten (Aktien) können Pfandrechte errichtet werden (Art. 689b Abs. 2 OR, Art. 899 ff. und Art. 905 ZGB). Nach der Systematik und Zweck von Art. 4 Abs. 2 BGG gilt jedoch für Anteilsrechte keine Belastungsgrenze des BGG.

m. Ertragswert im Ehegüterrecht (Art. 212 ZGB)

In der güterrechtlichen Auseinandersetzung unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung wird ein landwirtschaftliches Gewerbe unter den Voraussetzungen von Art. 212 ZGB zum Ertragswert bewertet. Auch dies ist eine «besondere Bestimmung über die landwirtschaftlichen Gewerbe» und fällt unter den Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 2 BGG. Ebenfalls sind die Bestimmungen über die Erhöhung des Anrechnungswertes und den Gewinnanspruch anwendbar (Art. 212 Abs. 3 ZGB). Leben die Ehegatten unter dem vertraglichen Güterstand der Güter-

gemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB), so gelten bezüglich einer Mehrheitsbeteiligung die Art. 36–39 BGGB sinngemäss.

III. Mehrheitsbeteiligung als Verfügungsmacht über ein Gewerbe

Liegt eine Mehrheitsbeteiligung nach Art. 4 Abs. 2 BGGB vor, so verschafft diese dem Eigentümer verschiedene gesetzliche Vorkaufs- und Zuweisungsrechte an einzelnen Grundstücken. Es liegt dann nämlich eine wirtschaftliche Verfügungsmacht über das Gewerbe der betreffenden juristischen Person vor⁴². Das BGGB setzt die wirtschaftliche Verfügungsmacht dem Eigentum am Gewerbe gleich. Dies betrifft folgende Bestimmungen:

- Anspruch auf Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks in der Erbschaft (Art. 21 BGGB);
- Zuweisungsanspruch an einem landwirtschaftlichen Grundstück bei Aufhebung von vertraglichem begründetem Gesamteigentum oder Miteigentum (Art. 36 Abs. 2 BGGB);
- Vorkaufsrecht von Verwandten an einem Grundstück (Art. 42 Abs. 2/Art. 45 BGGB);
- Vorkaufsrecht des Pächters am Grundstück (Art. 47 Abs. 2 BGGB);
- Vorkaufsrechte der Miteigentümer, Nachkommen oder Pächter bei Veräusserung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück (Art. 49 Abs. 2 BGGB).

Vorausgesetzt, die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen (z.B. Distanz) sind erfüllt, kann somit auch derjenige diese Rechte beanspruchen, der nicht Eigentümer eines Gewerbes ist, wohl aber eine Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person hält, deren Hauptaktivum aus einem Gewerbe besteht.

Anteils- und Nutzungsrechte an Allmenden, Alpen, Wald und Weiden, die im Eigentum von Allmend- oder Alpengenossenschaften oder ähnlichen Körperschaften stehen, gelten als landwirtschaftliche Grundstücke (Art. 6 Abs. 2 BGGB)⁴³. Das Bundesgericht vertritt die Auffassung, dass auch derartige Anteilsrechte zu einer wirtschaftlichen Beherrschung führen können. Eine Mehrheitsbeteiligung sei dann nicht erforderlich, wenn mit einer Minderheitsbeteiligung ein langfristiges Nutzungsrecht an den Alpweiden verbunden sei⁴⁴.

⁴² BGE 134 III 1 [8], 3.4.3; BGE 134 III 433 [435], E. 2.4.2.

⁴³ Vgl. vorne Ziff. I.1.2.

⁴⁴ Urteil BGer 2C_876/2008 vom 14. Juli 2009, E. 4.3.

IV. Bewilligungspflicht beim Erwerb von Anteilsrechten

Nach der hier vertretenen Auffassung und mit Blick auf BGE 140 II 233 erfasst Art. 4 Abs. 2 BGG nicht die Erwerbsbewilligungspflicht nach Art. 61 ff. BGG. Die anderslautende, in der Rechtslehre geäusserte Auffassung⁴⁵ ist durch BGE 140 II 233 inzwischen überholt. Die Voraussetzungen für den Erwerb von Grundstücken/Gewerben oder Anteilsrechten an juristischen Personen richten sich daher ausschliesslich nach Art. 61 ff. BGG.

Das Gesetz stellt nicht nur den Erwerb von Grundstücken unter die Erwerbsbewilligungspflicht, sondern auch den Erwerb von Anteilsrechten, dies aber nur in beschränktem Umfang. Nicht jeder Erwerb von Aktien soll bewilligungspflichtig sein⁴⁶. Das Bundesgericht hat sich allerdings kürzlich im Leitentscheid BGE 140 II 233 für eine weite Bewilligungspflicht ausgesprochen⁴⁷.

«Ein derartiges Rechtsgeschäft, das im Sinne von Art. 61 Abs. 3 BGG wirtschaftlich einer Eigentumsübertragung gleichkommt, liegt nun aber auch dann vor, wenn Anteile einer juristischen Person übertragen werden, die ein landwirtschaftliches Gewerbe besitzt, auch wenn dieses nicht ihr Hauptaktivum bildet. Das bedeutet mit anderen Worten: Jede Übertragung von Aktien einer Gesellschaft, die ein landwirtschaftliches Gewerbe besitzt, kommt wirtschaftlich einer teilweisen Eigentumsübertragung desselben gleich und untersteht unabhängig von Art. 4 Abs. 2 BGG in jedem Fall der Bewilligungspflicht und einem entsprechenden Verfahren nach Art. 61 ff. BGG, in welchem auch die Verweigerungsgründe von Art. 63 BGG zu prüfen sind.»

Wird eine Mehrheitsbeteiligung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 BGG durch Erbgang, Erbteilung oder Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben, so sind die Erben, Nachkommen und nahen Verwandten von der Erwerbsbewilligungspflicht befreit (Art. 62 lit. a, lit. b BGG).

⁴⁵ STUDER/HOFER (Fn. 25), S. 53.

⁴⁶ Das Bundesgericht weitet damit die Erwerbsbewilligungspflicht auch auf den Erwerb von Anteilsrechten an Gesellschaften aus, bei denen das landwirtschaftliche Gewerbe ein untergeordnetes Aktivum darstellt, was m.E. problematisch ist und in der Literatur kritisiert wird (WOLF [Fn. 3], S. 8; CORRADO RAMPINI, in: GesKR 2/2015).

⁴⁷ BGE 140 II 233 (246), E. 5.6.1.