

Franz A. Wolf

Landwirtschaftliches Grundeigentum bei der Einbringung in juristische Personen und beim Erwerb von Anteilsrechten an Kapitalgesellschaften

Kommentar zu BGE 140 II 233

Weniger als ein Prozent der landwirtschaftlichen Fläche der Schweiz gehört juristischen Personen. Erhöhter Kapitalbedarf, überbetriebliche Organisationen oder das Bedürfnis, Haftungsrisiken zu beschränken, dürften zur Verbreitung juristischer Personen als Eigentümer landwirtschaftlichen Bodens führen. BGE 140 II 233 verschärft die Bewilligungspflicht nach dem bürgerlichen Bodenrecht (BGBB) beim Erwerb von Anteilsrechten an juristischen Personen erheblich. Das bietet Gelegenheit, aktuelle Fragen zum Erwerb von Anteilen an Kapitalgesellschaften mit landwirtschaftlichem Grundeigentum anzuschauen und den legislativen Handlungsbedarf aufzuzeigen.

Beitragsarten: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: Land- und Forstwirtschaft; Bau- und Raumplanungsrecht.

Bodenrecht; BGBB; Gesellschaftsrecht

Zitiervorschlag: Franz A. Wolf, Landwirtschaftliches Grundeigentum bei der Einbringung in juristische Personen und beim Erwerb von Anteilsrechten an Kapitalgesellschaften, in: Jusletter 13. Oktober 2014

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessuales
- II. Juristische Personen als Grundeigentümer
 - 1. Einbringung landwirtschaftlicher Grundstücke oder Gewerbe in eine juristische Person
 - 2. Zulässigkeit juristischer Personen als Eigentümer landwirtschaftlichen Bodens
 - 3. Anforderungen an die Selbstbewirtschaftung durch juristische Personen
- III. Mehrheitsbeteiligung an juristischer Person mit landwirtschaftlichem Gewerbe als Hauptaktivum
 - 1. Gewerbebestimmungen für Mehrheitsbeteiligung (Art. 4 Abs. 2 BGG)
 - 2. Zum Verhältnis von Art. 4 Abs. 2 BGG zu Art. 61 ff. BGG
 - 3. Juristische Personen als Eigentümer landwirtschaftlicher Grundstücke oder Gewerbe
 - 3.1. AG, Kommandit-AG und GmbH
 - 3.2. Stiftung, Verein, Personengesellschaft und Genossenschaft
- IV. Kontrolle des Erwerbs von Anteilsrechten
 - 1. Unzulässigkeit von Holdingstrukturen
 - 2. Vinkulierung der Namenaktien bei Aktiengesellschaften
 - 3. Übertragung von Stammanteilen bei der GmbH
 - 4. Erwerbsbewilligungspflicht nach BGG auch bei untergeordnetem Aktivum?
 - 5. Rechtsfolgen eines Verstosses gegen die Erwerbsbewilligungspflicht
- V. Exkurs: Erwerbsbewilligungspflicht nach BGG bei Umstrukturierungen nach Fusionsgesetz
 - 1. Fusion und Spaltung nach FusG
 - 2. Verfahren / Erleichterungen für KMU
 - 3. Bewilligungspflicht der Vermögensübertragung
 - 4. Umwandlung nach FusG
 - 5. Registerrechtliche Aspekte
- VI. Fazit

I. Sachverhalt und Prozessuales

[Rz 1] X ist Eigentümer verschiedener landwirtschaftlicher Grundstücke, welche zusammen ein landwirtschaftliches Gewerbe bilden. Davon wurde ein Grundstück von 5.30 ha mit Zonenplanänderung vom 1. Juni 2011 der Bauzone zugewiesen.

[Rz 2] Am 22. Mai 2012 stellte X bei der kantonalen Bodenrechtsbehörde das Gesuch, der von ihm beherrschten A-AG sei der Erwerb der zu seinem landwirtschaftlichen Gewerbe gehörenden und mit Sachübernahmevertrag vom 7. Dezember 2011 übernommenen Grundstücke zu bewilligen. Zudem ersuchte er um Bewilligung zum Erwerb von 100 % des Aktienkapitals an der A-AG durch die von ihm gehaltene B-Holding-AG.

[Rz 3] Die kantonale Bodenrechtsbehörde wies das erste Rechtsbegehren ab und trat auf die weiteren nicht ein. Die von der A-AG und der B-Holding-AG dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde abgewiesen.

[Rz 4] Die A-AG und X erheben Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Dieses heisst im vorliegenden BGE 140 II 233¹ die Beschwerde gut und weist die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne seiner Erwägungen an die erste Instanz zurück (Art. 107 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG]).

¹ Urteil des Bundesgerichts 2C_212/2013 vom 18. März 2014 (BGE 140 II 233).

II. Juristische Personen als Grundeigentümer

1. Einbringung landwirtschaftlicher Grundstücke oder Gewerbe in eine juristische Person

[Rz 5] Grundsätzlich sind zwei Vorgänge voneinander abzugrenzen: Die Einbringung von Grundstücken oder Gewerben in eine Kapitalgesellschaft und die Veräußerung von Beteiligungsrechten an einer juristischen Person.²

[Rz 6] Die Einbringung eines landwirtschaftlichen Unternehmens bzw. von landwirtschaftlichen Grundstücken in eine Kapitalgesellschaft erfolgt durch Sacheinlage oder Sachübernahme (Art. 628 und 634 des Obligationenrechts [OR]). Für die Einbringung von Grundstücken ist der Abschluss eines öffentlich beurkundeten Sacheinlagevertrages³ erforderlich (Art. 634 Ziff. 1 OR).

[Rz 7] Die Sacheinlage oder Sachübernahme landwirtschaftlicher Grundstücke durch eine Kapitalgesellschaft (AG, GmbH oder Kommandit-AG) untersteht der Erwerbsbewilligungspflicht nach Art. 61 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB), und zwar ungeachtet dessen, ob es sich dabei um ein landwirtschaftliches Gewerbe (Art. 4 Abs. 1, Art. 5 lit. a und Art. 7 BGBB) handelt oder nicht.⁴ Von der Erwerbsbewilligungspflicht ausgenommen ist die Fusion oder Spaltung (Art. 62 lit. g BGBB), welche allerdings dem Einzelunternehmen ohnehin verwehrt sind (Art. 4 und 30 des Fusionsgesetzes [FusG]).

2. Zulässigkeit juristischer Personen als Eigentümer landwirtschaftlichen Bodens

[Rz 8] Das Bundesgericht nimmt zunächst eine gesetzessystematische Einordnung der Erwerbsbewilligungspflicht des BGBB vor. Von den drei Bewilligungskriterien (Erwerbspreis, Selbstbewirtschaftung und ggf. Distanz, Art. 63 BGBB) sieht das Gesetz lediglich bei der Ausnahme von der Selbstbewirtschaftungspflicht die Möglichkeit vor, die Bewilligung mit Auflagen (oder Bedingungen) zu verbinden. Die Pflicht zur Selbstbewirtschaftung (als Teilaspekt der Erwerbsbewilligungspflicht, Art. 63 Abs. 1 lit. a BGBB) sei zwar an sich auf die Tätigkeit natürlicher Personen zugeschnitten.⁵ Landwirtschaftliche Betriebe können jedoch auch als juristische Personen konstituiert sein. Dies ergibt sich aus der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 der Bundesverfassung [BV]), solange der Bundesgesetzgeber keine Einschränkungen derselben vorgesehen habe (Art. 104 Abs. 2 BV). Einer gesetzlichen Grundlage bedürfe nicht die Zulassung, sondern das Verbot einer solchen Rechtsform.⁶ Grundsätzlich können daher auch juristische Personen landwirtschaftliche Grundstücke oder Gewerbe erwerben (E. 3.2.1)⁷.

² Vgl. zur Veräußerung bzw. zum Erwerb von Beteiligungsrechten Ziff. IV.

³ Auch Illationsvertrag genannt.

⁴ BGE 133 III 562(565), E. 4.3.

⁵ BGE 115 II 181(185), E. 2b.

⁶ BGE 138 II 440(458), E. 18.

⁷ Botschaft zum BGBB vom 19. Oktober 1988 (BBI 1988 III 953, S. 1039 ff.); BGE 133 III 562.

3. Anforderungen an die Selbstbewirtschaftung durch juristische Personen

[Rz 9] Näher zu beleuchten ist die Frage, inwiefern juristische Personen die Anforderungen an die Selbstbewirtschaftung (Art. 9 BGGB) erfüllen können. Nach Rechtsprechung und Lehre ist dies nur dann der Fall, wenn selbstbewirtschaftende Anteilseigner (Gesellschafter der GmbH oder Aktionäre der AG) über eine Mehrheitsbeteiligung an der juristischen Person verfügen oder zumindest eine Mehrheit der Anteilseigner persönlich auf dem Hof mitarbeiten (E. 3.2.2).⁸ Wer als Mehrheitseigner als Selbstbewirtschaftler auftreten will, muss diese Anforderungen persönlich erfüllen und zudem — vergleichbar mit einem Eigentümer — über das Gewerbe verfügen können (E. 3.2.3). Diese Vorgabe impliziert, dass der Mehrheitseigner nur eine natürliche Person sein kann, Holdingstrukturen sind daher nach Auffassung des Bundesgerichts einer Erwerbsbewilligung nicht zugänglich (E. 3.2.3).

[Rz 10] Die Vorinstanz hat die Bewilligung zum Erwerb des landwirtschaftlichen Gewerbes durch die A-AG mit der Begründung verweigert, das landwirtschaftliche Gewerbe bilde bloss ein untergeordnetes Aktivum, denn das nun in der Bauzone liegende und nicht (mehr) zum Gewerbe gehörende Baulandgrundstück habe zu Baulandpreisen bewertet einen viel höheren Wert als das ganze landwirtschaftliche Gewerbe. Dadurch unterstehe das von X gehaltene Aktienpaket nicht mehr dem Art. 4 Abs. 2 BGGB und das Gewerbe könne bewilligungsfrei veräussert werden (E. 4.2). Die Vorinstanz sah darin eine Umgehung der wesentlichen Schutzziele des bäuerlichen Bodenrechts. Das Bundesgericht verwirft diese Argumentation. M.E. weist es zu Recht darauf hin, dass nie ausgeschlossen werden könne, dass sich die Zusammensetzung der Aktiven einer juristischen Person im Laufe der Zeit derart verändere, dass das Gewerbe nicht mehr das Hauptaktivum i.S. von Art. 4 Abs. 2 BGGB darstelle. Vorausgesetzt für die Bewilligungsfähigkeit des Erwerbs landwirtschaftlicher Gewerbe durch juristische Personen sei, dass die Inhaber der Mehrheitsbeteiligung die Anforderungen für die Selbstbewirtschaftung erfüllen müssen. Das heisst aber nicht, dass das Gewerbe ein Hauptaktivum der juristischen Person sein muss.⁹ Die Voraussetzung der Selbstbewirtschaftung könne allenfalls auch durch Auflagen sichergestellt werden.

[Rz 11] Sodann — und das ist das wirklich Überraschende am vorliegenden Urteil — hält das Bundesgericht fest, jede Übertragung von Anteilsrechten einer juristischen Person, die Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sei, komme einer wirtschaftlichen Eigentumsübertragung nach Art. 61 Abs. 3 BGGB gleich und unterstehe unabhängig von Art. 4 Abs. 2 BGGB der Erwerbsbewilligungspflicht. Darauf ist zurückzukommen.

III. Mehrheitsbeteiligung an juristischer Person mit landwirtschaftlichem Gewerbe als Hauptaktivum

1. Gewerbebestimmungen für Mehrheitsbeteiligung (Art. 4 Abs. 2 BGGB)

[Rz 12] In gewissen Konstellationen behandelt das BGGB eine Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person wie ein landwirtschaftliches Gewerbe (Art. 4 Abs. 2 BGGB). Die Anwendbarkeit

⁸ FRANZ A. WOLF, Der Erwerb von landwirtschaftlichen Grundstücken oder Gewerben durch das Gemeinwesen oder dessen Anstalten, in: Jusletter 11. Oktober 2010, S. 4.

⁹ BGE 140 II 233, E. 5.5.

von Art. 4 Abs. 2 BGG setzt voraus, dass es sich bei den landwirtschaftlichen Grundstücken im Eigentum der juristischen Person um ein landwirtschaftliches Gewerbe nach Art. 7 bzw. Art. 5 lit. a BGG handelt. Weiter ist kumulativ auch vorausgesetzt, dass dieses Gewerbe — wertmässig — ein Hauptaktivum¹⁰ in der Bilanz der juristischen Person darstellt. Trifft beides zu, so sind auf eine Mehrheitsbeteiligung an dieser juristischen Person die Bestimmungen des BGG über landwirtschaftliche Gewerbe anwendbar.

2. Zum Verhältnis von Art. 4 Abs. 2 BGG zu Art. 61 ff. BGG

[Rz 13] Art. 4 Abs. 2 BGG unterstellt eine Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person den Bestimmungen über die landwirtschaftlichen Gewerbe. Insbesondere sind damit das Realteilungsverbot (Art. 58 Abs. 1 BGG), das erbrechtliche Zuweisungsrecht (Art. 11 Abs. 1 BGG) und das Vorkaufsrecht der Verwandten (Art. 42 Abs. 1 BGG) und des Pächters (Art. 47 Abs. 1 BGG) betroffen. Diese Rechte können somit nicht nur an der Sache selbst, sondern auch an einer Mehrheitsbeteiligung geltend gemacht werden (E. 3.4). Ein «Aktienpaket» wird also wie ein landwirtschaftliches Gewerbe behandelt.

[Rz 14] Der Erwerb der betreffenden Grundstücke selbst ist jedoch immer im Lichte der Erwerbsbewilligungspflicht nach Art. 61 ff. BGG zu würdigen. Diese kommt auch zum Tragen, wenn die Anwendung von Art. 4 Abs. 2 BGG ausscheidet, etwa weil das Gewerbe kein Hauptaktivum der Gesellschaft darstellt. Das Bundesgericht hat damit die Feststellung der Vorinstanz zu Recht verworfen (E. 5.6.1), mit der Nichtanwendung von Art. 4 Abs. 2 BGG würde das Gewerbe dem Schutzbereich von Art. 61 ff. BGG entzogen.

3. Juristische Personen als Eigentümer landwirtschaftlicher Grundstücke oder Gewerbe

[Rz 15] Es stellt sich die Frage, ob Art. 4 Abs. 2 BGG auf alle Arten von juristischen Personen Anwendung findet. Die Norm verlangt eine Mehrheitsbeteiligung an der betreffenden juristischen Person. Daher können nur juristische Personen in Frage kommen, deren Kapital in Anteilsrechte aufgeteilt werden kann. Der Begriff der Anteilsrechte erfasst die in Aktien, Partizipations-scheinen, Genussscheinen und Anteilsscheinen verkörperte Mitgliedschaft.¹¹ Als Anteilsinhaber (Art. 2 lit. g FusG) gelten Inhaber von Aktien, Partizipations- (Art. 656b ff. OR) oder Genussscheinen (Art. 657 OR), die Gesellschafter von GmbH sowie die Genossenschafter mit Anteilsscheinen.¹²

3.1. AG, Kommandit-AG und GmbH

[Rz 16] 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

¹⁰ Im Urteil des Bundesgerichts 5A.34/2006 vom 3. April 2007 (E. 6.1) hat das Bundesgericht festgehalten, die auf landwirtschaftliches Grundeigentum fallenden Aktiven müssten wertmässig näher bei 100 % als bei 50 % aller Aktiven liegen, damit ein Hauptaktivum vorliege.

¹¹ Botschaft vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (BBI 2000 4337, S. 4400), (zit.: Botschaft FusG, S. x).

¹² Botschaft FusG, S. 4390.

und der Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung ist möglich.

3.2. Stiftung, Verein, Personengesellschaft und Genossenschaft

[Rz 17] Die Stiftung (Art. 80 ff. des Zivilgesetzbuches [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 nicht.¹³ Eine Mehrheitsbeteiligung an einer Stiftung ist daher begrifflich ausgeschlossen, was die Anwendung von Art. 4 Abs. 2 BGG auf Stiftungen ausschliesst.

[Rz 18] Auch Vereine sind juristische Personen (Art. 60 ff. ZGB), jedoch gibt es daran keine Anteilsrechte (Art. 2 lit. g FusG e contrario).¹⁴ Folglich ist auch eine Mehrheitsbeteiligung an einem Verein ausgeschlossen, was die Anwendung von Art. 4 Abs. 2 BGG auf Vereine ausschliesst. 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 ausgeschlossen.¹⁵ Zudem sind diese Gebilde nicht vermögensfähig und stellen keine Anteilsrechte aus.

[Rz 19] Genossenschaften des Privatrechts (Art. 828 ff. OR) können (müssen aber nicht) ihren Genossenschaftern Anteilsscheine am Genossenschaftskapital herausgeben (Art. 853 Abs. 1 OR, Art. 87 Abs. 1 lit. h der Handelsregisterverordnung [HRegV]¹⁶). In solchen Fällen hat jeder Genossenschaftler 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 Genossenschaftler an der Generalversammlung eine Stimme (Kopfstimmrecht, Art. 885 OR). Eine beherrschende Stellung eines einzelnen Genossenschafters gibt es selbst dann nicht, wenn er mehrere Anteilsscheine besitzt. Die Genossenschaft ist daher vom Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 2 BGG ausgeschlossen, weil es an ihr keine Mehrheitsbeteiligung geben kann.¹⁷

IV. Kontrolle des Erwerbs von Anteilsrechten

1. Unzulässigkeit von Holdingstrukturen

[Rz 20] Das Bundesgericht hält im vorliegenden Entscheid fest, dass das Aktienkapital einer AG, die ein landwirtschaftliches Gewerbe besitzt, ausschliesslich aus Namenaktien bestehen dürfe, welche zudem von natürlichen Personen gehalten werden müssen. Holdingstrukturen seien damit ausgeschlossen (E. 5.6.2). In der Lehre¹⁸ wird demgegenüber überzeugend argumentiert, dass die Übernahme einer Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person durch eine andere juristische Person (Holding- oder Muttergesellschaft) zu bewilligen sei, wenn an der Muttergesellschaft

¹³ Botschaft FusG, S. 4468.

¹⁴ Botschaft FusG, S. 4396.

¹⁵ A.M. BENNO STUDER/EDUARD HOFER, Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe durch juristische Personen, in: Blätter für Agrarrecht (BLAR), 2012, S. 55 (zit.: STUDER/HOFER, BLAR, S. x).

¹⁶ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411).

¹⁷ A.M. STUDER/HOFER, BLAR, S. 55.

¹⁸ STUDER/HOFER, BLAR, S. 50.

eine Mehrheitsbeteiligung besteht, deren Inhaber Selbstbewirtschafter ist und diese Selbstbewirtschaftung und die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 2 BGGB dauernd gesichert werden können. Eine weitere Voraussetzung für die Bewilligung ist, dass das landwirtschaftliche Gewerbe die Hauptsache an den gesamten Aktiven (Mutter- inkl. Tochtergesellschaft) ausmachen muss.¹⁹ Meines Erachtens ist dem beizupflichten, die Holdinggesellschaft kann über vinkulierte Namenaktien sicherstellen, dass ihre Anteile in den Händen von selbstbewirtschaftenden natürlichen Personen bleiben (vgl. Ziff. IV.2).

2. Vinkulierung der Namenaktien bei Aktiengesellschaften

[Rz 21] Die Eigentumsübertragung von Namenaktien kann, anders als bei Inhaberaktien, durch die Statuten beschränkt werden (Vinkulierung, Art. 685b OR). Bei nicht börsenkotierten Namenaktien ist eine weitergehende Beschränkung zulässig als bei Namenaktien, die an der Börse gehandelt werden (Art. 685d OR). Bei Publikumsgesellschaften ist grundsätzlich nur noch eine Prozentklausel zur Verhinderung der Aktienübertragung zulässig.²⁰ Weiter sieht Art. 685d OR vor, dass Aktienerwerber abgelehnt werden können, wenn sie nicht ausdrücklich erklären, dass sie die Aktien «im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erworben» haben (Art. 685d Abs. 2 OR). Nicht zulässig ist eine Ablehnung, wenn der Erwerber die Aktie durch Erbgang, Erbteilung oder eheliches Güterrecht erworben hat.

[Rz 22] Eine weitere Möglichkeit für die Vinkulierung einer börsenkotierten Namenaktie sieht Art. 4 der Schlussbestimmungen zum OR (XXVI. Titel)²¹ in Ergänzung zu Art. 685d Abs. 1 OR vor. Mit dieser «verkappten Ausländerklausel»²² kann die Gesellschaft Personen als Erwerber ablehnen, soweit und solange deren Anerkennung die Gesellschaft daran hindern könnte, durch Bundesgesetz geforderte Nachweise über die Zusammensetzung des Kreises der Aktionäre zu erbringen. Obwohl die Literatur sich dazu nicht äussert,²³ ist diese Bestimmung nach der hier vertretenen Auffassung auch auf das BGGB anwendbar. Auch börsenkotierten Gesellschaften würde es danach gestützt auf eine statutarische Bestimmung möglich sein, Nichtselbstbewirtschafter als Aktionäre abzulehnen.

[Rz 23] Werden die Aktien durch Erbgang, Erbteilung, ehedüterrechtliche Auseinandersetzung oder Zwangsvollstreckung übertragen, kann die Gesellschaft die Übertragung ebenfalls nur ablehnen, wenn sie die Aktien zum Verkehrswert zu übernehmen bereit ist. Aus bodenrechtlicher Sicht sind diese Handänderungen teilweise bewilligungsfrei (Art. 62 BGGB). Insbesondere keiner Erwerbsbewilligung bedarf gemäss Art. 62 BGGB der Erwerb durch Erbgang und durch erbrechtliche Zuweisung, wenn ein Nachkomme, der Ehegatte, die Eltern, ein Geschwister oder ein Geschwisterkind des Veräusserers das landwirtschaftliche Gewerbe oder das Grundstück erwirbt. Ebenfalls von der Erwerbsbewilligungspflicht befreit ist der Übergang von Grundeigentum durch Fusion oder Spaltung nach FusG (Art. 62 lit. g BGGB). Darauf ist zurückzukommen (vgl. V.1).

¹⁹ STUDER/HOFER, BLAR, S. 50.

²⁰ ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 2007, § 6 N 310 (zit.: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, §x N x).

²¹ Eingefügt durch Ziff. III des BG vom 4. Okt. 1991, in Kraft seit 1. Juli 1992 (AS 1992 733; BBl 1983 II 745).

²² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 310.

²³ BSK OR II, OERTLE/DU PASQUIER, N 4 zu Art. 4 Schl. AG.

3. Übertragung von Stammanteilen bei der GmbH

[Rz 24] Die Übertragung von Stammanteilen der GmbH erfolgt durch Abtretung (Zession, Art. 165 i.V.m. Art. 785 OR). Die GmbH ist eine personenbezogene Kapitalgesellschaft (Art. 772 Abs. 1 OR). Das Gesetz lässt daher eine deutliche strengere Vinkulierung der Abtretung der Stammanteile einer GmbH zu, als dies bei der AG für die Aktien möglich ist. Die Gesellschafterversammlung der GmbH kann die Zustimmung zur Abtretung ohne Angabe von Gründen verweigern (Art. 786 Abs. 1 OR). Die Statuten können zudem Gründe für die Verweigerung festlegen (Art. 786 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Denkbar ist daher eine Statutenbestimmung, welche die Zustimmung zur Abtretung an das Erfordernis der Selbstbewirtschaftung nach BGGB knüpft. Die öffentlich-rechtliche Kontrolle der Selbstbewirtschaftungspflicht als Auflage ist bei der GmbH dadurch gewährleistet, als die Gesellschafter zwingend namentlich im Handelsregister einzutragen sind (Art. 73 Abs. 1 lit. i HRegV).

4. Erwerbsbewilligungspflicht nach BGGB auch bei untergeordnetem Aktivum?

[Rz 25] Das oberste Gericht hält im vorliegenden Urteil fest, *jede* Übertragung von Anteilsrechten einer juristischen Person, die Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sei, komme einer wirtschaftlichen Eigentumsübertragung nach Art. 61 Abs. 3 BGGB gleich und unterstehe unabhängig von Art. 4 Abs. 2 BGGB der Erwerbsbewilligungspflicht (E. 5.6.1). Dies gelte selbst dann, wenn das landwirtschaftliche Gewerbe nicht das Hauptaktivum der Gesellschaft bilde.

[Rz 26] Das Bundesgericht begründet diese (überraschende) Auffassung nicht näher. Es nimmt auch nicht Bezug auf die Lehrmeinungen²⁴ und seine — diesbezüglich allerdings spärliche — bisherige Rechtsprechung. So hat das Bundesgericht 2007 entschieden, der Erwerb von Aktien einer Gesellschaft, deren landwirtschaftlichen Grundstücke 40.52 % der Aktiven darstellten, unterliege nicht der Erwerbsbewilligungspflicht.²⁵ Eine Auffassung, die Zustimmung verdient.

[Rz 27] Das vorliegende Urteil lässt nämlich ausser Acht, dass die Erwerbsbewilligungspflicht nach Art. 61 BGGB für landwirtschaftliche Gewerbe und einzelne Grundstücke gleichermaßen gilt. Die Konzeption des Bundesgerichts würde letztlich bedeuten, dass der Erwerb von Anteilsrechten einer Gesellschaft, die — als völlig untergeordnetes Aktivum — ein landwirtschaftliches Gewerbe oder eben bloss ein landwirtschaftliches Grundstück besitzt, der Erwerbsbewilligungspflicht unterstehen würde. Insbesondere beim Aktienhandel börsenkotierter Unternehmen wäre diese Bewilligungspflicht kaum praktikabel. Im Gegensatz zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG²⁶, «Lex Friedrich») kennt das BGGB keine gesetzliche Ausnahme von der Bewilligungspflicht beim Erwerb von Anteilen börsenkotierter juristischer Personen (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG für börsenkotierte Immobiliengesellschaften).

[Rz 28] Der Erwerb bzw. die Eigentumsübertragung von Aktien unterliegt grundsätzlich keiner öffentlich-rechtlichen Kontrolle («société anonyme»). Bei einer Aktiengesellschaft, die ein landwirtschaftliches Gewerbe oder landwirtschaftliche Grundstücke besitzt, untersteht gemäss

²⁴ STUDER/HOFER, BLAR, S. 48.

²⁵ Urteil des Bundesgerichts 5A.34/2006 vom 3. April 2007, E. 6.2.

²⁶ Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (BewG, SR 211.412.41).

Bundesgericht jedoch jede Veränderung in der Zusammensetzung des Kapitals der Bewilligungspflicht (E. 5.6.2). Somit unterliegen Kapitalerhöhungen (Art. 650 OR) sowie Kapitalherabsetzungen (Art. 732 OR) der Bewilligungspflicht.

5. Rechtsfolgen eines Verstosses gegen die Erwerbsbewilligungspflicht

[Rz 29] Rechtsgeschäfte, die den Verboten der Realteilung und der Zerstückelung von Grundstücken oder den Bestimmungen des BGG über den Erwerb von Gewerben oder Grundstücken zuwiderlaufen oder deren Umgehung bezwecken, sind nichtig (Art. 70 BGG). Die Auslegung dieser Bestimmung in Bezug auf die Übertragung von Anteilsrechten wirft Fragen auf und ist in der Lehre kaum geklärt. Zweck der Bestimmung ist die Verhinderung von nach BGG nicht zulässigen Eigentumsübergängen bzw. Abspaltungen.

[Rz 30] Wie unter Ziff. IV.2 erläutert, entspräche nach dem vorliegenden Urteil jede Übertragung von Anteilsrechten an einer juristischen Person mit einem landwirtschaftlichen Gewerbe in ihrem Aktivum einer bewilligungspflichtigen Eigentumsübertragung. Dem Aktienerwerb droht folglich die Nichtigkeit. Es ist offensichtlich, dass die vorliegend diskutierte bundesgerichtliche Rechtsprechung eine erhebliche Rechtsunsicherheit beim Erwerb von Anteilsrechten zur Folge hat.

V. Exkurs: Erwerbsbewilligungspflicht nach BGG bei Umstrukturierungen nach Fusionsgesetz

1. Fusion und Spaltung nach FusG

[Rz 31] Bei Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung geht das Eigentum an den betreffenden Aktiven (d.h. ggf. auch an landwirtschaftlichen Grundstücken bzw. Gewerben) auf dem Weg der Universalsukzession gleichzeitig mit der Eintragung in das Handelsregister über (Art. 22, 52 und 73 FusG). Der Grundbucheintrag hat dabei nur eine deklaratorische Wirkung.

[Rz 32] Vor dem Inkrafttreten des FusG am 1. Juli 2004 war jede Übertragung von landwirtschaftlichen Gewerben oder Grundstücken im Rahmen einer Fusion bewilligungspflichtig nach BGG, und zwar unabhängig vom Anteil, welcher der landwirtschaftliche Grundbesitz an den Gesamtaktiven ausmachte. Diese Regelung wurde in der Lehre als undurchführbar kritisiert.²⁷ Aus diesem Grund wurde die Spaltung und Fusion nach FusG in den Ausnahmekatalog aufgenommen, wonach der Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe oder Grundstücke infolge einer Fusion oder Spaltung nach FusG keiner Bewilligung mehr bedarf, wenn die Aktiven des übertragenden oder des übernehmenden Rechtsträgers nicht zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder Grundstück bestehen (Art. 62 lit. g BGG). Aus Art. 62 lit. g BGG folgt e contrario, dass die Fusion oder Spaltung dann der Bewilligungspflicht unterliegt, wenn die Grundstücke oder das Gewerbe das Hauptaktivum bilden.²⁸

²⁷ STALDER, Kommentar BGG, N 18 zu Art. 61 BGG.

²⁸ ALAIN FRIEDRICH, Die Abspaltung dinglicher Rechte an Grundstücken nach Fusionsgesetz; ausgewählte Fragen zum Vollzug im Handelsregister und Grundbuch, in: AJP/PJA, April 2013, S. 555 (zit. als FRIEDRICH, AJP/PJA, S. x).

2. Verfahren / Erleichterungen für KMU

[Rz 33] Während der Fusionsbericht einen Hinweis auf allfällige erteilte oder ausstehende behördliche Bewilligungen (z.B. nach BGG oder BewG) enthalten muss (Art. 14 Abs. 3 lit. k FusG), ist ein derartiger Hinweis im Spaltungsbericht nach Art. 39 FusG gesetzlich nicht vorgeschrieben, aber dennoch zu empfehlen.²⁹ Zu beachten ist allerdings, dass kleine und mittlere Unternehmen (Art. 2 lit. e FusG) mit Zustimmung aller Gesellschafter ohnehin auf den Fusions- bzw. Spaltungsbericht verzichten können (Art. 14 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 FusG). Der Verzicht auf den Fusionsbericht ist auch möglich bei der erleichterten Fusion von Kapitalgesellschaften (Art. 23 und 24 FusG).

3. Bewilligungspflicht der Vermögensübertragung

[Rz 34] Obwohl ebenfalls eine Universalsukzession vorliegt, ist die Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG nicht von der Bewilligungsfreiheit erfasst.³⁰ In der Literatur wird dafür plädiert, zumindest konzerninterne Vermögensübertragungen de lege ferenda ebenfalls in den Ausnahmekatalog nach Art. 62 BGG aufzunehmen.³¹ Dem ist m.E. beizupflichten: wo landwirtschaftliche Grundstücke bereits im Eigentum juristischer Personen stehen, soll die Eigentumsübertragung innerhalb des Konzerns bewilligungsfrei sein.

4. Umwandlung nach FusG

[Rz 35] Die Umwandlung einer Gesellschaft nach Art. 55 ff. FusG kann definiert werden als Änderung der Rechtsform, unter Fortbestand aller vermögens- und mitgliedschaftsrechtlichen Beziehungen³². Es liegt daher bei der Umwandlung einer Gesellschaft nach Art. 55 ff. FusG i.d.R. kein Eigentumsübergang an Aktiven oder Anteilsrechten vor. Es handelt sich lediglich um eine Änderung des juristischen Kleides der betreffenden Gesellschaft. Die Umwandlung ist daher m.E. nach BGG bewilligungsfrei, da keine — auch keine wirtschaftliche — Handänderung vorliegt.³³ Das Bundesgericht musste sich allerdings zur Frage der Bewilligungspflicht von Umwandlungen nach FusG bisher nicht äussern.

5. Registerrechtliche Aspekte

[Rz 36] Bei Fusion oder Spaltung erfolgt der Eigentumsübergang an Grundstücken von Gesetzes wegen (und abweichend von Art. 656 Abs. 1 ZGB) mit dem Handelsregistereintrag (Art. 22 Abs. 1 und Art. 52 FusG, Art. 128 ff. HRegV). Dem Grundbucheintrag kommt nur deklaratorische Bedeutung zu (relatives Eintragungsprinzip Art. 66 der Grundbuchverordnung [GBV]).

[Rz 37] Im Falle eines rein deklaratorischen Grundbucheintrages wird die Prüfungsbefugnis des

²⁹ FRIEDRICH, AJP/PJA, S. 549.

³⁰ Botschaft FusG, S. 4496.

³¹ MARC HÄUSLER, Verkannte Problematik des BGG bei Konzernumstrukturierungen, in: Jusletter 8. Juni 2009, S. 3.

³² Botschaft FusG, S. 4357.

³³ A.M. STALDER, Kommentar BGG, N 18 zu Art. 61 BGG.

Grundbuchverwalters eingeschränkt (BGE 111 II 42 [45], E. 2). Dieser hat grundsätzlich nur das Vorliegen der geltend gemachten Erwerbstatsachen zu kontrollieren. Eine materielle Überprüfung des Übergangs der dinglichen Rechte ist dem Grundbuchverwalter verwehrt. Er muss sich auf die vorgängige Beurteilung des Handelsregisteramts verlassen. Nur wenn besonders krasse Mängel bei der Übertragung der dinglichen Rechte zugrunde liegen und die Übertragung offensichtlich nichtig ist, ist eine Abweisung der Grundbucheintragung geboten.³⁴ Es gehört jedoch nicht zur Aufgabe des Grundbuchverwalters, Rechtsverhältnisse generell in materiell-rechtlicher Hinsicht zu überprüfen.³⁵

[Rz 38] In der Lehre wird zu Recht gefordert, Art. 81 BGG de lege ferenda anzupassen. Nicht nur der Grundbuchverwalter, sondern auch der Handelsregisterführer sollte die Befugnis haben, ein Eintragungsverfahren auszusetzen, wenn eine Ungewissheit betreffend die Bewilligungspflicht nach BGG vorliegt.³⁶

VI. Fazit

- Die höchstrichterliche Klarstellung bezüglich der grundsätzlichen Zulässigkeit juristischer Personen beim Erwerb von landwirtschaftlichen Grundstücken ist zu begrüßen.
- Die Einbringung landwirtschaftlicher Grundstücke oder Gewerbe in eine juristische Person ist, vorbehaltlich der Ausnahmen nach Art. 62 BGG, immer bewilligungspflichtig. Das Erteilen der Erwerbsbewilligung setzt nicht voraus, dass es sich bei den einzubringenden Grundstücken um ein Hauptaktivum der juristischen Person handelt.
- Bilden landwirtschaftliche Grundstücke oder Gewerbe das Hauptaktivum der juristischen Person, so müssen die Anteilsrechte im Eigentum natürlicher Personen sein. Bei der AG sind nur Namenaktien zulässig.
- Holdingstrukturen sind nach dem vorliegenden Urteil ausgeschlossen. Ein kategorischer Ausschluss von Holdingstrukturen ist allerdings nicht gerechtfertigt, solange die Anteilsrechte der Muttergesellschaft in den Händen von Selbstbewirtschaftern sind. Die Vermögensübertragung an landwirtschaftlichen Grundstücken zwischen juristischen Personen unter einem Konzerndach sollte de lege ferenda bewilligungsfrei erfolgen können.
- Die vorliegend vom Bundesgericht vertretene Auffassung, jeder Erwerb von Anteilsrechten einer juristischen Person, die landwirtschaftliche Grundstücke oder Gewerbe halte sei bewilligungspflichtig, ist aus praktischen Gründen abzulehnen. Handelt es sich bei den landwirtschaftlichen Grundstücken lediglich um ein Minderheitsaktivum, ist die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Anteilsrechten als zu weit gehend abzulehnen und mit Blick auf den Aktienhandel nicht praktikabel. Die gesetzlichen Nichtigkeitsfolgen im BGG führen überdies zur Rechtsunsicherheit beim Erwerb von Anteilsrechten.
- Der Rechtsformwechsel (Umwandlung nach Art. 55 ff. FusG) sollte ebenfalls bewilligungsfrei im Sinne des BGG erfolgen können, da bei einer Umwandlung keine Handänderung, sondern nur eine Änderung der Rechtsform erfolgt.
- Art. 81 BGG sollte de lege ferenda angepasst werden, sodass auch die Handelsregisterführer

³⁴ FRIEDRICH, AJP/PJA, S. 561.

³⁵ BSK-II ZGBJÜRGEN SCHMID, N 31, Art. 965.

³⁶ FRIEDRICH, AJP/PJA, S. 555.

die Möglichkeit erhalten, bei Ungewissheit über das Vorliegen einer Bewilligungspflicht nach BGGB das Eintragsverfahren auszusetzen.

FRANZ A. WOLF ist Rechtsanwalt und dipl. Ing. Agr. FH und mit Schwerpunkt im Bereich Landwirtschaftsrecht tätig bei der Studer Anwälte und Notare AG in Sursee (www.studer-law.com). Der vorliegende Beitrag wiedergibt die persönliche Meinung des Autors. Abschluss Manuskript: 20. September 2014.

Der Autor dankt Frau MLaw Stefanie Wirth, juristische Mitarbeiterin, für die Mitarbeit am Manuskript.

Die beiden Mitarbeiter der Studer Anwälte und Notare AG, Dr. Eduard Hofer und Dr. Benno Studer, haben zuhanden der verfügenden Behörde (Amt für Landwirtschaft) ein Gutachten verfasst (BGE 140 II 233 E.2).