

Franz A. Wolf

## Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum bäuerlichen Boden- und Erbrecht

### Rechtsprechungsübersicht von 2015 bis 2020

---

Das Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) ist ein Querschnittsrecht mit Bezugspunkten zu ganz unterschiedlichen Rechtsgebieten. Dementsprechend reichhaltig ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Nachfolgend werden die wichtigsten Urteile des Bundesgerichts aus den Jahren 2015 bis 2020 vorgestellt und kommentiert. Das Bundesgericht hat in diesem Zeitraum 118 Urteile mit einem Bezug zum BGBB gefällt, sieben dieser Urteile wurden als Leitentscheide (BGE) in die amtliche Sammlung aufgenommen.

---

Beitragsart: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht  
Rechtsgebiete: Sachenrecht; Erbrecht; Bau- und Raumplanungsrecht.  
Bodenrecht

Zitiervorschlag: Franz A. Wolf, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum bäuerlichen Boden- und Erbrecht, in: Jusletter 21. Juni 2021

## Inhaltsübersicht

1. Der Geltungsbereich beim landwirtschaftlichen Grundstück
  - 1.1. Sachlicher Geltungsbereich bei Grundstücken
  - 1.2. Geltungsbereich für Grundstücke in Naturschutzzonen
  - 1.3. Begriff der Bauzone
  - 1.4. Umstrittene Grünzone: Bauzone oder Nichtbauzone?
  - 1.5. Geltungsbereich mit Reflexwirkung auf das Steuerrecht
2. Der Geltungsbereich beim landwirtschaftlichen Gewerbe
  - 2.1. Verfahren zur Gewerbefeststellung
  - 2.2. Sanierung und Erweiterung landwirtschaftlicher Bauten in der Gewerbebeurteilung
  - 2.3. Berücksichtigung von Pachtland in der Gewerbebeurteilung/Übergangsrecht
  - 2.4. Parzellenweise Verpachtung landwirtschaftlicher Gewerbe
  - 2.5. Sonderstellung des Sömmerungsbetriebes im Raumplanungsrecht
3. Das bäuerliche Erbrecht
  - 3.1. Bäuerliches Erbrecht als Sondererbteilungsrecht
  - 3.2. Lebzeitige Hofübernahme und Ausgleichung lebzeitiger Zuwendungen
  - 3.3. Zuweisungsrecht am Nachlassgrundstück und wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein landwirtschaftliches Gewerbe
  - 3.4. Selbstbewirtschaftung durch natürliche Personen
  - 3.5. Im Besonderen: Nachweis Wille zur Selbstbewirtschaftung und Beweismass
  - 3.6. Selbstbewirtschaftung durch juristische Personen
  - 3.7. Lidlohnforderungen in der Erbteilung und Erhöhung Anrechnungswert
  - 3.8. Verkehrswert für landwirtschaftliche Grundstücke in der Erbteilung
  - 3.9. Anfechtung eines Kaufvertrages ohne vertragliches Rückkaufsrecht
4. Der Gewinnanspruch der Miterben
  - 4.1. Übergangsrecht zum Gewinnanspruchsrecht
  - 4.2. Aktivlegitimation zur Geltendmachung des Gewinnanspruchs
  - 4.3. Gewinnanspruchsforderungen in der Erbteilung
  - 4.4. Berechnung Gewinn und steuerliche Qualifikation des Gewinnanspruchs
  - 4.5. Gewinnabrechnungspflicht
5. Die gesetzlichen Vorkaufsrechte
  - 5.1. Vorkaufsrecht an einer Gesamtheit von Grundstücken
  - 5.2. Vorkaufsrecht am Grundstück: massgeblicher Zeitpunkt für Gewerbeigentum
6. Das gemeinschaftliche Eigentum
  - 6.1. Aufhebung von Miteigentum an einem landwirtschaftlichen Grundstück
7. Das Realteilungs- und Zerstückerungsverbot
  - 7.1. Abtrennung von Wohnbauten
  - 7.2. Zulässige Fläche bei der Abtrennung von Bauten
  - 7.3. Zurückhalten von Grundstücken in der Hofübergabe
  - 7.4. Zerstückerungsverbot auf Meliorationsgrundstücken (Art. 102 LwG)
  - 7.5. Verfahrenskoordination Raumplanung – Bodenrecht
8. Die Erwerbsbewilligung
  - 8.1. Errichtung Kiesabbaurecht als erwerbsbewilligungspflichtiger Tatbestand
  - 8.2. Höchstzulässiger Erwerbspreis
  - 8.3. Ortsüblicher Bewirtschaftungsbereich
  - 8.4. Erwerb durch Nichtselbstbewirtschaftler nach öffentlicher Ausschreibung/Beschwerdelegitimation
  - 8.5. Erwerbsbewilligungspflicht beim Kaufsrecht
  - 8.6. Bewilligungspflicht des Erwerbs von Anteilsrechten an juristischen Personen
  - 8.7. Aktienerwerb ohne Erwerbsbewilligung: schwebende Ungültigkeit
9. Die Belastungsgrenze für Pfandrechte

## 1. Der Geltungsbereich beim landwirtschaftlichen Grundstück

### 1.1. Sachlicher Geltungsbereich bei Grundstücken

[1] Das bäuerliche Bodenrecht unterscheidet zwischen den beiden Rechtsobjekten des landwirtschaftlichen Grundstücks und des landwirtschaftlichen Gewerbes. Der Grundstücksbegriff knüpft dabei an Art. 655 ZGB an. Dem bäuerlichen Bodenrecht unterstellt sind Grundstücke, die ausserhalb von Bauzonen liegen und für welche die landwirtschaftliche Nutzung zulässig ist (Art. 2 Abs. 1 BGGB). Liegt ein Grundstück teilweise innerhalb der Bauzone, so bleibt es bis zur Aufteilung entlang der Bauzonengrenze als Ganzes dem BGGB unterstellt (Art. 2 Abs. 2 lit. c BGGB). Für kleine, nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehörende Grundstücke mit weniger als 25 Aren Land gilt das BGGB nur eingeschränkt (besonderer Geltungsbereich, Art. 2 Abs. 3 i.V.m. Art. 3 Abs. 4 BGGB).

[2] Mehrere Urteile befassen sich im Berichtszeitraum<sup>1</sup> mit der Unterstellung einzelner, nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehörender Grundstücke unter das BGGB. Diese Urteile bestätigen weitgehend die vom Bundesgericht bereits in BGE 139 III 327 zum sachlichen Geltungsbereich aufgestellten Grundsätze.

[3] Im Urteil des Bundesgerichts 2C\_1068/2019 vom 26. Mai 2020 ging es um die Freistellung eines einzelnen Grundstücks mit einer Fläche von 6'622 m<sup>2</sup>. Auf dem Grundstück standen eine Garage (19 m<sup>2</sup>), eine Remise (92 m<sup>2</sup>) und ein nichtlandwirtschaftlich genutztes Wohnhaus (112 m<sup>2</sup>). Der grösste Teil der Fläche (3'922 m<sup>2</sup>) diente als Weide für Pferde und Esel. Das Ansinnen des Eigentümers um Freistellung vom Geltungsbereich war jedoch nicht von Erfolg gekrönt. Die kantonale Bewilligungsbehörde lehnte die Freistellung des ganzen Grundstücks ab, schlug aber eine Parzellierung und Entlassung der Gebäude vor, was der Eigentümer jedoch ablehnte.<sup>2</sup> Seine Verwaltungsgerichtsbeschwerde blieb ebenso erfolglos wie die Beschwerde an das Bundesgericht.

[4] Das Bundesgericht erwog, für die landwirtschaftliche Nutzung eigne sich praktisch jede nichtbewaldete Bodenfläche, die eine für die landwirtschaftliche Nutzung genügende Humusschicht aufweise.<sup>3</sup> Daraus ergibt sich für humusierte Grundstücke ausserhalb von Bauzonen ein weit gefasster Geltungsbereich des BGGB. Die landwirtschaftliche Nutzung kann dabei in einer Nutzung als Weide (inkl. Alpweiden), als Wiese, einer ackerbaulichen Nutzung oder in der Nutzung als Obst- oder Gemüsebau bestehen.<sup>4</sup> Für die Beurteilung der Eignung ist zunächst ein objektiver Massstab anzulegen. Die rein wirtschaftlichen Interessen der Eigentümerschaft vermögen an der Unterstellung eines Grundstücks unter den Geltungsbereich nichts zu ändern.<sup>5</sup>

[5] Auch das Urteil 2C\_14/2020 vom 18. Juni 2020 hatte ein Freistellungsbegehren der Eigentümerin eines einzelnen und ausserhalb der Bauzone liegenden Grundstücks mit einer Fläche von 26'933 m<sup>2</sup> zum Gegenstand. Von dieser Fläche waren 11'124 m<sup>2</sup> Wies- und Ackerland (Frucht-

<sup>1</sup> Die vorliegenden Rechtsprechungsübersicht umfasst Urteile des Bundesgerichts mit Urteilsdatum vom 1. Januar 2015 bis zum 2. Februar 2021.

<sup>2</sup> BGE 139 III 327 (329), E. 2.1; FRANZ A. WOLF, Nichtunterstellung eines Grundstücks ausserhalb der Bauzone unter den Geltungsbereich des bäuerlichen Bodenrechts und Verfahrenskoordination, Kommentar zu BGE 139 III 327, in: *successio: Zeitschrift für Erbrecht: Nachlassplanung und -abwicklung*, Zürich, Jg. 8 (2014), Nr. 4, S. 311–315.

<sup>3</sup> Urteil BGer 5A.14/2006 vom 16. Januar 2007, E. 2.2.2.

<sup>4</sup> Urteil BGer 2C\_1068/2019 vom 26. Mai 2020, E. 2.1.

<sup>5</sup> Urteil BGer 2C\_1068/2019 vom 26. Mai 2020, E. 2.2.

folgefläche), 4'271 m<sup>2</sup> Wald, weitere 10'308 m<sup>2</sup> waren einem Garten gewidmet. Auf dem Grundstück standen diverse, zum Teil historische Gebäude, darunter ein Schloss und ein Turm.<sup>6</sup> Die kantonale Bewilligungsbehörde schlug zunächst die Parzellierung und teilweise Entlassung aus dem Geltungsbereich vor, was die Eigentümerschaft ablehnte. Die Behörde bewilligte dann trotzdem die Freistellung des ganzen Grundstücks. Dieser Entscheid wurde auf Beschwerde der kantonalen Aufsichtsbehörde hin durch das kantonale Verwaltungsgericht aufgehoben. Dieses erwog, das Grundstück müsse als Ganzes dem BGGB unterstellt bleiben.<sup>7</sup> Die von der Eigentümerin daraufhin erhobene Beschwerde an das Bundesgericht weist dieses ab.

[6] Die Beschwerdeführerin legte vor Bundesgericht ausführlich die Historie des Grundstücks dar. Sie habe das Grundstück im Jahr 1993 und damit vor Inkrafttreten des BGGB am 1. Januar 1994 erworben. Nach dem Grundsatz der Nichtrückwirkung und aufgrund von Art. 95 BGGB (Übergangsrecht) sei das Grundstück nach ihrer Auffassung dem BGGB nicht unterstellt.<sup>8</sup> Das Bundesgericht verwirft diesen Einwand. Für den Geltungsbereich sei das Erwerbsdatum nicht massgeblich, ansonsten alle vor dem 1. Januar 1994<sup>9</sup> erworbenen Grundstücke dem BGGB nicht unterstellt wären, *«ce qui ne peut bien évidemment pas être le cas»*.<sup>10</sup> Die Eigentümer landwirtschaftlicher Grundstücke hätten keinen Anspruch auf die Beibehaltung des im Zeitpunkt des Erwerbs geltenden Rechts.

[7] Das Bundesgericht prüfte anschliessend den örtlichen Geltungsbereich des Grundstücks: Das streitgegenständliche Grundstück liege in der Landwirtschaftszone, teilweise im Wald und teilweise in der *«zone du château»* und falle daher in den räumlich-örtlichen Geltungsbereich des BGGB (Art. 2 Abs. 1 lit. a und b; Art. 2 Abs. 3 BGGB e contrario). Das Bundesgericht untersuchte dann, ob sich das Grundstück zur landwirtschaftlichen oder gartenbaulichen Nutzung eignet (Art. 2 Abs. 1 lit. b und Art. 6 Abs. 1 BGGB), und damit dem sachlichen Geltungsbereich des BGGB unterstellt ist.<sup>11</sup> Alle humusierten und nicht bewaldeten Flächen eignen sich zur landwirtschaftlichen Nutzung. Das Kriterium der Eignung ist objektiv auszulegen.<sup>12</sup>

[8] Die objektive Beurteilung der Eignung wird relativiert durch eine subjektive Beurteilung, welche, allerdings nur subsidiär, auch die bisherige tatsächliche Bewirtschaftung des Grundstücks berücksichtigen kann. So kann ein objektiv zur landwirtschaftlichen Nutzung geeignetes Grundstück unter drei restriktiven subjektiven und kumulativen Voraussetzungen seine landwirtschaftliche Eignung dennoch verlieren, nämlich wenn: (I.) die nichtlandwirtschaftliche Nutzung bereits mehrere Jahrzehnte gedauert hat und (II.) auch für die Zukunft nicht mehr voraussichtlich ist. Zudem (III.) müssen allfällige Bauten und Anlagen rechtmässig erstellt worden sein.<sup>13</sup>

[9] Das fragliche Grundstück sei aber, so das Bundesgericht, zweifellos zur landwirtschaftlichen Nutzung geeignet. Hinsichtlich der subsidiär zu prüfenden subjektiven Elemente hielt das Bundesgericht fest, die nichtlandwirtschaftliche Nutzung habe bisher lediglich 26 Jahre gedauert.

<sup>6</sup> Urteil BGer 2C\_14/2020 vom 18. Juni 2020, Sachverhalt A; Es handelte sich offensichtlich um ein gemischt genutztes Grundstück (Art. 2 Abs. 2 lit. d BGGB). Eine Parzellierung entlang der Nutzungsgrenze war nicht Gegenstand der gerichtlichen Verfahren.

<sup>7</sup> Urteil BGer 2C\_14/2020 vom 18. Juni 2020, Sachverhalt A und B.

<sup>8</sup> Urteil BGer 2C\_14/2020 vom 18. Juni 2020, E. 4.1.

<sup>9</sup> Datum des Inkrafttretens des BGGB.

<sup>10</sup> Urteil BGer 2C\_14/2020 vom 18. Juni 2020, E. 4.2.

<sup>11</sup> BGE 128 III 229 (331), E. 2.

<sup>12</sup> BGE 139 III 327 (329), E. 2.1; Urteil BGer 2C\_729/2016 vom 7. April 2017, E. 5.1.

<sup>13</sup> Urteil BGer 2C\_14/2020 vom 18. Juni 2020, E. 5.1; BGE 139 III 327 (330), E. 2.2. und E. 3.

Es sei fraglich, ob damit das zeitliche Kriterium der jahrzehntelangen nichtlandwirtschaftlichen Nutzung erfüllt sei. Die Frage könne aber offenbleiben, denn eine landwirtschaftliche Nutzung sei für die Zukunft nicht auszuschliessen.<sup>14</sup> Das Grundstück unterstehe daher als Ganzes dem BGGB.

[10] Schliesslich trug die Eigentümerin vor, das Grundstück sei für die landwirtschaftliche Nutzung ungenügend, nur zur Hälfte erschlossen. Auch diesen Einwand verwirft das Bundesgericht. Die Erschliessung sei keine gesetzliche Voraussetzung für den Geltungsbereich im BGGB. Zur Not bliebe der Eigentümerschaft der Weg über die gerichtliche Einräumung eines Notwegrechts (Art. 694 ZGB).<sup>15</sup> Auch sei die Eigentumsgarantie aufgrund der genügenden gesetzlichen Grundlage nicht verletzt und das Grundstück müsse dem Geltungsbereich unterstellt bleiben.<sup>16</sup>

[11] Kommentar: Offensichtlich handelte es sich gemäss Sachverhalt um ein gemischt genutztes Grundstück. Solche Grundstücke sind bis zur Aufteilung entlang der Nutzungszone als Ganzes dem Gesetz unterstellt (Art. 2 Abs. 2 lit. d BGGB). Eine Aufteilung und Freistellung des nichtlandwirtschaftlichen Teils ist mit behördlicher Bewilligung möglich (Art. 60 Abs. 1 lit. a BGGB, Art. 4a VBB).

## 1.2. Geltungsbereich für Grundstücke in Naturschutzzonen

[12] Dem BGGB unterstellt sind nur Grundstücke, für welche die landwirtschaftliche Nutzung zulässig ist (Art. 2 Abs. 1 lit b BGGB).<sup>17</sup> Im Urteil 2C\_636/2019 vom 22. Januar 2020 war durch das Bundesgericht zu beurteilen, ob die landwirtschaftliche Nutzung für ein an den Gestaden des Ostufers des Genfersees gelegenes und im Bundesinventar der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (Moorlandschaftsinventar, «*Les Grangettes*»)<sup>18</sup> aufgenommenes Grundstück zulässig ist. Das fragliche Grundstück wies eine Fläche von 89'353 m<sup>2</sup> auf, davon 43'302 m<sup>2</sup> Acker, Wiese und Weide; 17'649 m<sup>2</sup> Wald sowie 28'138 m<sup>2</sup> Feuchtwiesen im Flachwasserbereich.<sup>19</sup> Bei einem Teil der Fläche handelt es sich um Biotope, ein weiterer Teil besteht aus Pufferzonen («*des prairies tampon*»), welche dem Biotopschutz dienen (Art. 14 Abs. 2 lit. d NHV)<sup>20</sup>. Ein Gutachten hatte für die Pufferzonen eine teilweise nur geringe Humusschicht ausgewiesen. Weitere Teilflächen sind gemäss Gutachten vernässt und nur von geringem futterbaulichem Wert. Insgesamt seien die Pufferzonen von geringem, bis sehr geringem landwirtschaftlichem Wert; sie seien nur zur Weide oder zu einer extensiven Schnittnutzung geeignet.<sup>21</sup> Die auf dem Grundstück stehenden Gebäude (Wohnhaus und Stallungen) werden für die Freizeitpferdehaltung genutzt.

[13] Die Eigentümerschaft verlangte die Freistellung des ganzen Grundstücks aus dem Geltungsbereich des BGGB. Die kantonale Bewilligungsbehörde verweigerte die Freistellung. Das Grund-

<sup>14</sup> Urteil BGer 2C\_14/2020 vom 18. Juni 2020, E. 5.3.

<sup>15</sup> Urteil BGer 2C\_14/2020 vom 18. Juni 2020, E. 5.2.

<sup>16</sup> Urteil BGer 2C\_14/2020 vom 18. Juni 2020, E. 5.4 und E. 6.

<sup>17</sup> BGE 137 II 182 (192), E. 3.5.2.

<sup>18</sup> Verordnung über den Schutz der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung vom 1. Mai 1996 (Moorlandschaftsverordnung, SR 451.35).

<sup>19</sup> «*surface d'80eau stagnante*»; Urteil BGer 2C\_636/2019 vom 22. Januar 2020, Sachverhalt A.

<sup>20</sup> Verordnung über den Natur- und Heimatschutz vom 16. Januar 1991 (NHV, SR 451.1).

<sup>21</sup> Urteil BGer 2C\_636/2019 vom 22. Januar 2020, Sachverhalt A, Ziff. 2.5.

stück habe, wenn auch eingeschränkt, ein landwirtschaftliches Nutzungspotential. Die von der Eigentümerschaft dagegen erhobene Beschwerde wies das kantonale Verwaltungsgericht ab. Es erwog, der alleinige Umstand, dass ein Grundstück in der Schutzzone liegt, reiche nicht aus für eine Freistellung. Dies gelte auch für die mit Bewirtschaftungseinschränkungen belegte Pufferzone. Auch die behauptete geringe wirtschaftliche Rentabilität der Flächen sei unerheblich.<sup>22</sup>

[14] Auch das Bundesgericht weist die Beschwerde in öffentlich-rechtlicher Angelegenheit ab und bestätigt damit die Unterstellung des Grundstücks unter das BGGB. Das Bundesgericht prüfte zunächst die Zulässigkeit der landwirtschaftlichen Nutzung des fraglichen Grundstücks (Art. 2 Abs. 1 lit. b BGGB). Die Zulässigkeit der Nutzung richtet sich ausschliesslich nach der Rechtsordnung, subjektive Motive der Eigentümer spielen dabei keine Rolle.

[15] Für die Biotopzone hält das Bundesgericht fest, dass dort keine landwirtschaftliche Nutzung zulässig sei, und das BGGB sei auf diesen Teil nicht anwendbar. Anders verhalte es sich jedoch mit der dem Biotop vorgelagerten Pufferzone. Diese sei der Erhaltung und Schaffung extensiver Wiesen von hohem ökologischem Wert gewidmet. Eine Schnitt- und Weidenutzung sei dort mit Auflagen (keine Düngung, keine Pflanzenschutzmittel) zulässig. Da diese Fläche grösser als 25 Aren sei, sei weiter zu prüfen, ob sich die Pufferzone zur landwirtschaftlichen Nutzung eigne (Art. 6 Abs. 1 BGGB).<sup>23</sup>

[16] Die Pufferzone würde aktuell als Pferdeweide und als extensive Schnittwiese genutzt. Eine derartige Nutzung sei als landwirtschaftlich zu bezeichnen, und zwar unabhängig davon, ob sie wie hier der Freizeitpferdehaltung oder der Nutztierhaltung diene.<sup>24</sup> Auch der geringe agronomische Wert der Flächen vermöge an deren landwirtschaftlicher Eignung nichts zu ändern. Es handle sich um naturnahe Flächen, welche unter den Begriff der landwirtschaftlichen Nutzung fallen (Art. 3 Abs. 1 lit. c LwG). Insgesamt hält das Bundesgericht fest, dass das Grundstück unter den Geltungsbereich des BGGB fällt.<sup>25</sup> Ob das Grundstück entlang der Nutzungsgrenze (z.B. zwischen Biotop und Pufferzone) aufgeteilt werden könnte, musste das Bundesgericht nicht prüfen.<sup>26</sup>

### 1.3. Begriff der Bauzone

[17] Das BGGB nimmt in verschiedenen Bestimmungen Bezug zum Begriff der Bauzone.<sup>27</sup> Im Urteil 2C\_940/2017 vom 28. März 2018 hält das Bundesgericht fest, nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung sei zur Auslegung des BGGB auf den raumplanungsrechtlichen Rechtsbegriff abzustellen. Gemäss Art. 15 lit. b RPG (in der damals geltenden Fassung vom 22. Juni 1979) umfasst die Bauzone das Land, das voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen wird. Die jüngste Revision des RPG (vom 15. Juni 2012, i.K. seit 1. Mai 2014) hat am Grundsatz, dass das der Bauzone zugewiesene Land innert 15 Jahren zu erschliessen ist, nichts geändert. Seit der Revision des RPG gilt, dass Land neu einer Bauzone zugewiesen wird, wenn es – abgesehen

<sup>22</sup> Urteil BGer 2C\_636/2019 vom 22. Januar 2020, Sachverhalt B.

<sup>23</sup> Urteil BGer 2C\_636/2019 vom 22. Januar 2020, E. 5.2.1.

<sup>24</sup> Urteil BGer 5A.4/2000 vom 1. September 2000, E. 2c.

<sup>25</sup> Urteil BGer 2C\_636/2019 vom 22. Januar 2020, E. 5.2.2.

<sup>26</sup> Urteil BGer 2C\_636/2019 vom 22. Januar 2020, E. 5.

<sup>27</sup> Vgl. u.a. Art. 2 BGGB (örtlicher Geltungsbereich), Art. 29 ff. BGGB (Gewinnanspruch der Miterben) und Art. 60 Abs. 1 lit. d BGGB (Ausnahmen vom Realteilungsverbot).

von weiteren Voraussetzungen – «innerhalb von 15 Jahren benötigt, erschlossen und überbaut wird» (Art. 15 Abs. 4 lit. a RPG in der Fassung vom 15. Juni 2012, in Kraft seit 1. Mai 2014). Bei der Einzonung darf die Erschliessung noch fehlen.<sup>28</sup>

[18] Kommentar: Das BGGB stützt beim Begriff der Bauzone auf das Raumplanungsrecht ab, das gilt auch unter dem revidierten RPG. Anzumerken ist, dass das Bodenrecht generell nur zwischen Flächen innerhalb und ausserhalb der Bauzone unterscheidet. Die weitere Unterteilung der Bauzonen (z.B. Wohn-/Gewerbebezonen) ist für die Anwendung des Bodenrechts nicht von Bedeutung. Ob eine bestimmte Nutzungszone der Bau- oder Nichtbauzone zugewiesen ist, ergibt sich aus dem kantonalen Planungs- und Baurecht (Art. 33 RPG).<sup>29</sup> Dafür ist jedoch nicht in jedem Fall die formale Bezeichnung einer Zone im Planungs- und Baugesetz massgebend, wie das nachfolgend vorgestellte Urteil verdeutlicht:

#### 1.4. Umstrittene Grünzone: Bauzone oder Nichtbauzone?

[19] Im Urteil BGer 1C\_416/2019 der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 2. Februar 2021<sup>30</sup> hatte das Bundesgericht die baurechtliche Bewilligungsfähigkeit des Ersatzneubaus eines Keltereigebäudes für die Verarbeitung von Weintrauben und eine damit verbundene Erschliessungsstrasse zu beurteilen. Die bestehende Remise mit einer Fläche von 105 m<sup>2</sup> sollte dabei durch einen Neubau mit einer mehr als sechs Mal grösseren Fläche von 650 m<sup>2</sup> ersetzt werden. Das Bauprojekt lag in der Grünzone gemäss Art. 22 des Baugesetzes der Gemeinde Malans (GR). Die Vorinstanz (kantonales Verwaltungsgericht) wies die Beschwerde von Einsprechern ab und bestätigte die von der Gemeinde erteilte Baubewilligung. Das Verwaltungsgericht ging davon aus, bei der Grünzone handle es sich planungsrechtlich um eine Bauzone, dies ergebe sich aus der Gesetzssystematik. Das von den Einsprechern angerufene Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und hebt den angefochtenen Entscheid und die Baubewilligung auf.

[20] Zunächst heisst das Bundesgericht eine Sachverhaltsrüge der Beschwerdeführer gut. Der Vorinstanz war bei der Berechnung der Betriebsfläche des Projekts ein Fehler unterlaufen. Dieser Fehler erwies sich als erheblich, weshalb das Bundesgericht das vorinstanzliche Urteil bereits aus diesem Grund aufhob.<sup>31</sup>

[21] Aus prozessökonomischen Gründen widmete sich das Bundesgericht sodann auch der vorinstanzlichen Zuweisung der Grünzone zur Bauzone. Das Bundesgesetz über die Raumplanung definiert Bauzonen (Art. 15 RPG), Landwirtschaftszonen (Art. 16 RPG) und Schutzzonen (Art. 17 RPG). Art. 18 RPG erlaubt es zudem den Kantonen, die bundesrechtlichen Grundtypen zu unterteilen, variieren, kombinieren und ergänzen. Allerdings dürfen sie die in Art. 15 bis 17 RPG geschaffene Ordnung nicht unterlaufen und müssen insbesondere die für das Raumplanungsrecht fundamentale Unterscheidung zwischen Bauzonen und Nichtbauzonen (Trennungsgrundsatz) einhalten. Die weiteren Nutzungszonen nach Art. 18 RPG sind daher entweder der Kategorie Bauzonen oder der Kategorie Nichtbauzonen zuzuordnen. Was zur Bauzone zu rechnen ist, wird in Art. 15 RPG bundesrechtlich abschliessend festgelegt. Lässt die Hauptbestimmung einer

<sup>28</sup> Urteil BGer 2C\_940/2017 vom 28. März 2018, E. 3.3.3.

<sup>29</sup> Nichtbauzonen nach § 54 bis 59b des luzernischen Planungs- und Baugesetzes (PBG, SRL 732).

<sup>30</sup> Urteil BGer 1C\_416/2019 vom 2. Februar 2021, zur Publikation vorgesehen.

<sup>31</sup> Urteil BGer 1C\_416/2019 vom 2. Februar 2021, E. 2 und E. 3.

Zone regelmässig Bautätigkeiten zu, welche weder mit bodenerhaltenden Nutzungen (vorab der Landwirtschaft) verbunden noch auf einen ganz bestimmten Standort angewiesen sind, so liegt von Bundesrechts wegen eine Bauzone vor, für welche die Voraussetzungen gemäss Art. 15 f. RPG gelten. Andernfalls ist das Gebiet als Nichtbauzone zu qualifizieren, auch wenn gewisse standort-spezifische Vorhaben zugelassen werden (z.B. Materialabbauzonen, Energiegewinnungsanlagen oder touristische Anlagen).<sup>32</sup>

[22] Entscheidend dafür, ob es sich bei einer Zone um eine Bauzone handelt, ist für das Bundesgericht, ob sie ihrer Hauptbestimmung nach regelmässig Bautätigkeiten zulässt. Mithin ist nicht die Bezeichnung der Zone, sondern deren tatsächlicher Zweck massgeblich. Hauptzweck der vorliegenden Grünzone sei gemäss Art. 22 Abs. 1 Satz 1 BauG/Malans der Schutz des Ortsbildes. Überbauungen seien insoweit grundsätzlich nicht erlaubt bzw. nur ausnahmsweise, wenn sie im Zusammenhang mit der Bewirtschaftung der Flächen stehen, wie Wingertshäuschen, Geräteschöpfe und landwirtschaftliche Ökonomiebauten, die in direktem Zusammenhang mit einem in der angrenzenden Zone liegenden Hauptbetrieb stehen.

[23] Während Bauten und Anlagen in einer Bauzone nach Art. 15 RPG grundsätzlich zu den in der Zone festgelegten baulichen Zwecken errichtet werden dürfen, sei die Baubewilligungsfähigkeit vorliegend durch das BauG stark eingeschränkt. Es mangle der Zonenumschreibung mithin an der Festlegung der Bautätigkeit als «Regelnutzung». Eine solche wäre aber für die Zuordnung der Grünzone zur Bauzone im Sinne von Art. 15 RPG notwendig.

[24] In Bezug auf den Zusammenhang mit der Bewirtschaftung entspreche die gesetzliche Umschreibung im BauG der typischen Umschreibung einer Landwirtschaftszone, seien dort doch grundsätzlich nur Bauten und Anlagen erlaubt, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind (Art. 16a Abs. 1 RPG). Es handle sich demnach bei der vorliegenden Grünzone nicht um eine Bauzone, sondern um eine Nichtbauzone. Entscheidend für das weitere Vorgehen sei, dass das geplante Bauvorhaben nicht wie von der Vorinstanz angenommen innerhalb, sondern ausserhalb der Bauzone erstellt werden soll.<sup>33</sup>

[25] Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen bedürfen gemäss Art. 24 ff. RPG einer Ausnahmebewilligung. Ob das Bauvorhaben in der eingereichten Form ausserhalb der Bauzone bewilligungsfähig ist, habe das Bundesgericht grundsätzlich nicht als erste Instanz zu entscheiden. Aus prozessökonomischen Gründen würden sich jedoch folgende Ausführungen rechtfertigen: Die Erteilung einer Ausnahmebewilligung ausserhalb der Bauzone nach Art. 24 RPG stelle nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Bundesaufgabe im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. b NHG<sup>34</sup> dar. Bei der Erteilung der Ausnahmebewilligung wäre daher im Rahmen der Interessenabwägung gemäss Art. 24 RPG der ISOS-Eintrag<sup>35</sup> der Gemeinde Malans zu beachten (Art. 6 Abs. 2 NHG). Dieser Eintrag schliesse eine Überbauung im Rebgebiet des Malanser Dorfkerns, wo der Neubau erstellt werden soll, aus. Eine Ausnahmebewilligung für das geplante Projekt, welches nicht im nationalen Interesse liege, könne folglich auch nicht gestützt auf Art. 24 RPG erteilt werden. Nicht in Betracht fiele auch eine Ausnahmebewilligung nach Art. 24c Abs. 2 RPG. An-

<sup>32</sup> Urteil BGer 1C\_416/2019 vom 2. Februar 2021, E. 4.1, mit Verweis auf BGE 145 II 83 (86), E. 4.1.

<sup>33</sup> Urteil BGer 1C\_416/2019 vom 2. Februar 2021, E. 4.3.

<sup>34</sup> Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG, SR 451); BGE 136 II 214 (219), E. 3; Urteil BGer 1C\_231/2011 vom 16. Dezember 2011, E. 1, nicht publiziert in BGE 138 II 23.

<sup>35</sup> Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung und Ortsbildschutz (ISOS, Art. 5 NHG).



gesichts der massiven Vergrösserung des Projekts gegenüber der bestehenden Remise könne das Bauprojekt in seiner eingereichten Form nicht als massvolle Erweiterung im Sinne von Art. 24c Abs. 2 RPG i.V.m. Art. 42 Abs. 3 lit. b RPV bezeichnet werden, sondern scheitere an den dort statuierten prozentualen und absoluten Schranken. Aus diesem Grund könnte auch keine Ausnahmegewilligung nach Art. 24c Abs. 2 RPG erteilt werden. Das Bauvorhaben könne somit unter keinem Titel bewilligt werden.<sup>36</sup>

[26] Kommentar: Das Urteil ist bemerkenswert. Richtigerweise ist eine Zone gemäss Nutzungsplan nicht nach deren Bezeichnung, sondern dem materiellen Zweck und Inhalt nach zu beurteilen. In Bezug auf das BGGB führt das Urteil dazu, dass die Grünzone der betreffenden Gemeinde als Nichtbauzone in den räumlichen Geltungsbereich des BGGB fällt (Art. 2 Abs. 1 lit. a BGGB). Bemerkenswert ist das Urteil auch insofern, als das Bundesgericht das Bauvorhaben (als erste und einzige Instanz) unter dem Blickwinkel einer Ausnahmegewilligung für Bauten ausserhalb der Bauzone prüft (Art. 24 ff. RPG). Ob das Bauvorhaben allenfalls in der Landwirtschaftszone zonenkonform gewesen wäre (Art. 16a RPG, Art. 34 RPV), erschliesst sich aus dem Urteil nicht.

## 1.5. Geltungsbereich mit Reflexwirkung auf das Steuerrecht

[27] Das bäuerliche Boden- und Erbrecht weist Bezugspunkte zu verschiedenen anderen Erlassen und Rechtsgebieten auf.<sup>37</sup> Erwähnt seien insbesondere Bezüge zum Raumplanungsrecht, zu den vertraglichen Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechten des OR, zum landwirtschaftlichen Pachtrecht, zum Erbrecht, zum Ehegüterrecht und zum Sachenrecht. Obwohl im BGGB nicht erwähnt, finden sich auch Beziehungen zum Steuerrecht. Bei der Auslegung solcher Querschnittterlasse kommt dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung grosse Bedeutung zu. So ist dieser Grundsatz etwa bei der Wechselwirkung zwischen dem BGGB und dem Steuerrecht<sup>38</sup> und auch zwischen dem BGGB und dem Raumplanungsrecht<sup>39</sup> anerkannt.

[28] Mehrere Entscheide des Bundesgerichts zum Geltungsbereich des BGGB sind im Berichtszeitraum im Zusammenhang mit dem Steuerrecht ergangen. Das Steuerharmonisierungsrecht des Bundes bestimmt, dass Gewinne, die sich bei Veräusserung eines Grundstückes des Privatvermögens oder eines land- oder forstwirtschaftlichen Grundstückes ergeben, der Grundstückgewinnsteuer unterliegen, soweit der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis oder Ersatzwert zuzüglich Aufwendungen) übersteigt (Art. 12 Abs. 1 StHG<sup>40</sup>).

[29] Das Steuerrecht verwendet den Begriff des «land- und/oder forstwirtschaftlichen Grundstückes». Als solche gelten für die Zwecke der harmonisierten Steuern von Kantonen und Gemeinden jedoch nur jene Grundstücke, die dem BGGB unterstellt sind.<sup>41</sup> Gemäss Art. 18 Abs. 4 DBG werden die Gewinne aus der Veräusserung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken den steuerbaren Einkünften nur bis zur Höhe der Anlagekosten zugerechnet. Zur Einkommensbesteuerung gelangen daher nur die wieder eingebrachten Abschreibungen, da diese zur Einkom-

<sup>36</sup> Urteil BGer 1C\_416/2019 vom 2. Februar 2021, E. 4.4.

<sup>37</sup> REINHOLD HOTZ, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGGB, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 4 zu Art. 1 BGGB.

<sup>38</sup> BGE 138 II 32 (39), E 3.2.1.

<sup>39</sup> BGE 137 II 182 (196), E. 3.7.4.1.

<sup>40</sup> Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG, SR 642.14).

<sup>41</sup> BGE 138 II 32 (36), E. 2.3.1, zuletzt: Urteil BGer 2C\_1055/2019 vom 26. Juni 2020, E. 2.1.

mensminderung geführt hatten. Der eigentliche Wertzuwachsgegninn unterliegt ausschliesslich der kantonalen Grundstückgegninnsteuer und wird auf Bundesebene nicht besteuert.

[30] Dies stellt eine steuerliche Privilegierung landwirtschaftlicher Grundstücke dar. In BGE 138 II 32 hat das Bundesgericht entschieden, dass diese Privilegierung für ein nicht überbautes und vollumfänglich in einer Bauzone gelegenes Grundstück, das nicht «angemessenen Umschwung» eines Grundstücks mit landwirtschaftlichen Gebäuden und Anlagen bildet, nicht gelte.<sup>42</sup> Für die Qualifikation als land- oder forstwirtschaftliches Grundstück im Sinne von Art. 18 Abs. 4 DBG stellte es auf die in Art. 2 BGGb aufgezählten Grundstücksarten ab; namentlich auf Art. 2 Abs. 2 lit. a BGGb, wonach Grundstücke und Grundstücksteile mit landwirtschaftlichen Gebäuden und Anlagen, einschliesslich angemessenen Umschwungs, die in einer Bauzone liegen und zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören, in den Geltungsbereich des BGGb fallen. Die Qualifikation als landwirtschaftliches Grundstück soll sich nicht nach der tatsächlichen Nutzung richten, sondern grundsätzlich nach dem Geltungsbereich des BGGb.<sup>43</sup> Im Umkehrschluss ergibt sich, dass die Ausnahmeregelung für land- und forstwirtschaftliche Grundstücke im Sinne von Art. 18 Abs. 4 DBG dann keine Anwendung findet, wenn es um unbebaute und vollumfänglich in der Bauzone gelegene Grundstücke geht, die zwar land- oder forstwirtschaftlich genutzt werden, die aber keinen «angemessenen Umschwung» eines zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehörenden Grundstücks mit landwirtschaftlichen Gebäuden und Anlagen bilden.<sup>44</sup>

[31] Daraus ist jedoch nicht zwangsläufig umgekehrt zu folgern, dass auch bei Grundstücken, die ausserhalb der Bauzone liegen, die formale Unterstellung unter das BGGb das einzige Kriterium für die Definition des landwirtschaftlichen Grundstücks wäre.<sup>45</sup> So hat das Bundesgericht im Urteil 2C\_561/2016 vom 24. Mai 2017 entschieden, dass Grundstücke, die in der Landwirtschaftszone liegen, für die landwirtschaftliche Nutzung geeignet (Art. 6 Abs. 1 BGGb) und einzig wegen ihrer zu geringen Grösse dem BGGb nicht unterstellt sind (Art. 2 Abs. 3 BGGb), auch im Sinne von BGE 138 II 32 als land- und forstwirtschaftliche Grundstücke im Sinne des Steuerrechts zu qualifizieren seien.<sup>46</sup>

## 2. Der Geltungsbereich beim landwirtschaftlichen Gewerbe

### 2.1. Verfahren zur Gewerbestellung

[32] Im Berichtszeitraum befassen sich mehrere Urteile des Bundesgerichts mit der Gewerbestellung (Art. 5 lit. a und Art. 7 BGGb, Art. 84 BGGb), was angesichts der grossen Bedeutung des Gewerbebegriffes in verschiedener rechtlicher Hinsicht nicht zu überraschen vermag.<sup>47</sup>

[33] Ein landwirtschaftliches Grundstück kann für sich allein oder zusammen mit anderen Grundstücken ein landwirtschaftliches Gewerbe bilden (Art. 4 Abs. 1 BGGb). Als landwirtschaft-

<sup>42</sup> BGE 138 II 32 (36), E. 2.2 und E. 2.3.

<sup>43</sup> BGE 138 II 32 (38), E. 2.3.1.

<sup>44</sup> Urteil BGer 2C\_957/2017 vom 22. Dezember 2017, E. 3.3.

<sup>45</sup> Urteil BGer 2C\_561/2016 vom 24. Mai 2017, E. 2.4.

<sup>46</sup> Urteil BGer 2C\_561/2016 vom 24. Mai 2017, E. 2.7.

<sup>47</sup> Vgl. zur Bedeutung des Gewerbebegriffs in der Rechtsordnung: FRANZ A. WOLF, Der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: *successio: Zeitschrift für Erbrecht: Nachlassplanung und -abwicklung*. Zürich, Jg. 6 (2012), Nr. 4.

liches Gewerbe gilt gemäss Legaldefinition in Art. 7 Abs. 1 BGG «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.» Die Kantone können diese Grenze auf mindestens 0.6 Standardarbeitskräfte (SAK) herabsetzen (Art. 5 lit. a BGG). Für die Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, sind diejenigen Grundstücke zu berücksichtigen, die dem BGG unterstellt sind (Art. 7 Abs. 3 BGG). Als Besonderheit sind kleine Grundstücke mit weniger als 25 Aren Land sowie Waldgrundstücke nur dann dem BGG unterstellt, wenn sie zu einem Gewerbe gehören (Art. 2 Abs. 3, Art. 2 Abs. 2 lit. b BGG). Gewerbezugehörigkeit ist dann gegeben, wenn das betreffende Grundstück mit dem Gewerbe eine rechtliche, funktionale und räumliche Einheit bildet.<sup>48</sup> Liegt ein Gewerbe vor, so greift der Geltungsbereich des BGG auch in die Bauzone hinein: von den in der Bauzone liegenden Grundstücken sind diesfalls die betriebsnotwendigen landwirtschaftlichen Gebäude sowie ein angemessener Umschwung dem BGG unterstellt (Art. 2 Abs. 2 lit. a BGG).

[34] Im Urteil 2C\_719/2018 vom 18. September 2019 hatte die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts eine Beschwerde gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern betreffend eine Feststellungsverfügung (Art. 84 BGG) über das Vorliegen eines landwirtschaftlichen Gewerbes zu beurteilen: Vater (A) und Sohn (B) sind je hälftige Miteigentümer eines Landwirtschaftsbetriebes. Der Miteigentümer A verlangte von der kantonalen Behörde die Feststellung, dass kein landwirtschaftliches Gewerbe vorliege. Das Regierungsstatthalteramt als kantonale Behörde (Art. 90 Abs. 1 lit. a BGG) stellte jedoch fest, es handle sich um ein landwirtschaftliches Gewerbe. Auf Beschwerde des Miteigentümers A hin stellte die Volkswirtschaftsdirektion als Beschwerdeinstanz fest, es liege kein Gewerbe vor.<sup>49</sup> Dies bewog den Sohn B zur Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht. Er stellte das Begehren, der Beschwerdeentscheid sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass ein Gewerbe vorliege. Das Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde gut und stellte das Vorliegen eines Gewerbes fest.<sup>50</sup> Daraufhin gelangte A mit Beschwerde in öffentlich-rechtlicher Angelegenheit an das Bundesgericht mit dem Antrag um Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Feststellung, dass kein Gewerbe vorliege. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[35] Vor allen gerichtlichen Instanzen war umstritten, ob die Gewerbebegrenze von 1.0 SAK erreicht sei. Das Regierungsstatthalteramt hatte mit Verfügung festgestellt, dass die SAK-Schwelle erreicht werde und die Grundstücke ein Gewerbe bilden würden. Zwei diesem Entscheid zugrunde liegende Gutachten bezifferten den SAK-Wert unter Berücksichtigung des Anbaus von Kartoffeln und Spezialkulturen mit 1.194 SAK bzw. 1.148 SAK.

[36] Im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren vor der Volkswirtschaftsdirektion verlangte A die Aufhebung dieser Feststellungsverfügung und die Feststellung, dass kein Gewerbe vorliege. Er trug vor, dass der Sohn den Hof nicht vollumfänglich selber bewirtschaftete und die in der erstinstanzlichen Feststellungsverfügung berücksichtigten Spezialkulturen (u.a. Rosenkohl) seit mehr als zehn Jahren nicht mehr angebaut würden. Die dafür geeigneten Flächen seien zudem teilweise verpachtet. Auch seien die vorhandenen Gebäude sanierungsbedürftig und die notwendigen Investitionen wirtschaftlich nicht tragbar. Die gemäss Bewirtschaftungskonzept geplante Pferde-

<sup>48</sup> CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN/CHRISTOPH BANDLI, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 29 zu Art. 2 BGG.

<sup>49</sup> Entscheid Volkswirtschaftsdirektion Bern Nr. L2015-0004ZU vom 16. Februar 2017.

<sup>50</sup> Urteil VGer BE Nr. 100.2017.81U vom 25. Juni 2018.

haltung sei in Ställen vorgesehen, die seit langem nicht mehr landwirtschaftlich genutzt würden. Die Beschwerdeinstanz hiess die Beschwerde von A gut, hob die angefochtene Verfügung auf und stellte fest, die Grundstücke würden kein landwirtschaftliches Gewerbe bilden.<sup>51</sup>

[37] Damit war der Miteigentümer B nun nicht einverstanden und er erhob Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht. Das angerufene Gericht erwog, der Umstand, dass die zum Anbau von Kartoffeln und Spezialkulturen geeigneten Flächen teilweise verpachtet seien, stünde der Gewerbeeigenschaft nicht entgegen. Die für die Gewerbeeigenschaft geforderte eigentümssässige (rechtliche), funktionale und räumliche Einheit der Grundstücke sei dadurch nicht in Frage gestellt. Anders könnte es aussehen, wenn diese Verpachtung rechtmässig (mit Bewilligung) erfolgt sei und bereits mehr als sechs Jahre gedauert hätte (Art. 8 lit. a BGG).<sup>52</sup> Entsprechendes wurde jedoch nicht geltend gemacht.

[38] Das Betriebskonzept von B sah nebst dem Ackerbau auch die Haltung von Pferden vor. Auf dem Betrieb wurden schon früher Pferde gehalten, zwischenzeitlich jedoch nicht mehr und die leerstehenden Pferdeboxen wiesen Investitionsbedarf auf. Der Gutachter stellte für die Pferdeboxen und den Anschluss des Wohnhauses an die Abwasserreinigungsanlage einen Investitionsbedarf von rund Fr. 38'000.00 fest und verneinte, dass diese Investitionen für den Betrieb wirtschaftlich tragbar wären. Dieser Auffassung schloss sich auch die Beschwerdeinstanz an. Das Verwaltungsgericht sah dies anders: im Rahmen der Gewerbebeurteilung nach Art. 7 Abs. 1 BGG sei die wirtschaftliche Tragbarkeit von Investitionen nur dann zu berücksichtigen, wenn ein Gebäude seinen Zweck ohne Sanierung überhaupt nicht erfüllen könnte. Das sei hier nicht der Fall. Auch sei vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht worden, die Voraussetzungen von Art. 8 lit. b BGG (wegen ungünstiger Betriebsstruktur nicht erhaltungswürdiges Gewerbe) seien erfüllt.<sup>53</sup>

[39] Hauptstreitpunkt waren zudem die Ortsüblichkeit und der flächenmässige Umfang des Anbaus von Kartoffeln und Spezialkulturen. Der Beschwerdeführer machte vor Bundesgericht geltend, entgegen der Vorinstanz sei davon auszugehen, dass B seit 2010 keine Spezialkulturen mehr angebaut habe. Der langjährige Verzicht auf den Anbau von Spezialkulturen weise darauf hin, dass ein solches Unterfangen angesichts der veränderten klimatischen Bedingungen auch für einen erfahrenen und langjährigen Leiter eines Betriebes an guter Lage und mit guten Böden schwierig geworden sei. Dem Beschwerdegegner fehle es überdies an den für die Bewirtschaftung notwendigen Ackerbaumaschinen sowie an erforderlichem Hilfspersonal. Der vorliegende Fall sei nach dem mehrjährigen Verzicht auf den Anbau von Spezialkulturen mit der Situation zu vergleichen, dass erstmals beabsichtigt werde, Spezialkulturen anzubauen. Bei der Berücksichtigung solcher Pläne für die Berechnung der SAK sei nach einhelliger Lehre Zurückhaltung geboten. Überhaupt sei aber nicht auf die vergangenen Verhältnisse abzustellen, sondern darauf, was in Zukunft sinnvoll sei.

[40] Das Bundesgericht entgegnete dem, es entspreche der gebotenen objektiven Betrachtungsweise, wenn das Verwaltungsgericht bei der Prüfung der Frage, welche Bewirtschaftung der streitgegenständlichen Grundstücke in Zukunft möglich und sinnvoll sei, neben anderen Faktoren

<sup>51</sup> Entscheid Volkswirtschaftsdirektion Bern Nr. L2015-0004ZU vom 16. Februar 2017.

<sup>52</sup> Urteil VGer BE Nr. 100.2017.81U vom 25. Juni 2018, E. 4.3; mit Verweis auf BGE 138 III 548 (551), E. 7.1.2.

<sup>53</sup> Urteil VGer BE Nr. 100.2017.81U vom 25. Juni 2018, E. 4.5 und E. 7.

die bisherige Bewirtschaftungsform mitberücksichtigte.<sup>54</sup> Angesichts des Umstands, dass die betreffende Gegend für den Anbau von Spezialkulturen gemäss den Feststellungen der Vorinstanz «problemlos geeignet» ist, könne auch nicht gesagt werden, dass das vorgelegte Bewirtschaftungskonzept sich ausserhalb einer landesüblichen Bewirtschaftung bewege. Für die Prüfung der Gewerbeeigenschaft sei nicht von Belang, ob der Betrieb in der gegenwärtigen personellen Ausstattung die gemäss Bewirtschaftungskonzept anfallenden Arbeiten bereits bewältigen könne. Damit war der Beschwerde vor Bundesgericht kein Erfolg beschieden, was im Ergebnis die Gewerbeeigenschaft bestätigte.

[41] Vor dem kantonalen Verwaltungsgericht wurde dem Miteigentümer A die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Diese beantragte er auch im bundesgerichtlichen Verfahren. Das Bundesgericht weist diesen Antrag ab: A habe sich im bundesgerichtlichen Verfahren im Wesentlichen auf rein appellatorische Kritik am vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt beschränkt und seine materiellen Anträge seien im Lichte der Begründung zum vornherein aussichtslos gewesen.<sup>55</sup>

[42] Kommentar: Die Gewerbebestellung steht immer in einem gewissen Spannungsfeld zwischen Objektivierung und tatsächlicher Bewirtschaftung, was der Fall anschaulich aufzeigt. Das Gesetz verlangt für die Berechnung der Standardarbeitskraft eine landesübliche Bewirtschaftung (Art. 7 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht hat bereits früher betont, es sei auf durchschnittliche Bewirtschaftungsformen und nicht auf ausgefallene Einzelfälle abzustellen.<sup>56</sup> Nicht relevant sei daher die tatsächliche Nutzung, da diese subjektiv dem Einflussbereich des Grundeigentümers unterliege. Die Gewerbeberechnung müsse nach objektiven Kriterien erfolgen. Dieser Betrachtungsweise ist zwar im Grundsatz zuzustimmen, sie lässt m.E. aber ausser Acht, dass eine Gewerbebestellung nie völlig losgelöst von der durch den Bewirtschafter subjektiv geprägten aktuellen Bewirtschaftungsform erfolgen kann. So ist beispielsweise die für eine SAK-Berechnung relevante Frage, warum ein Betrieb Milchkühe oder arbeitsextensivere Mutterkühe hält oder ob er Getreide oder arbeitsintensive Kartoffeln anbaut, immer auch das Ergebnis von unternehmerischen Entscheidungen und Vorlieben des Betriebsleiters. Dem subjektiven Einfluss des Betriebsleiters auf die Gewerbebestellung ist immerhin dort eine Schranke zu setzen, wo Betriebszweige gewählt werden, die aufgrund der am betreffenden Standort vorherrschenden natürlichen Verhältnisse offensichtlich nicht mehr standortgerecht wären. So hat das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahr 2004 den Entscheid einer kantonalen Vorinstanz geschützt, welche ein Betriebskonzept, das künftig den Anbau von Spezialkulturen (Schnittblumen, Erdbeeren und Obst) vorsah, wegen der erhöhten Niederschlagsmenge und des Hagelrisikos in der betreffenden Gegend als nicht landesüblich abgelehnt.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> Urteil BGer 5C.247/2002 vom 22. April 2003, E. 2.1.

<sup>55</sup> Urteil BGer 2C\_718/2018 vom 18. September 2019, E. 4.1.

<sup>56</sup> BGE 137 II 182 (186), E. 3.1.3.

<sup>57</sup> Urteil BGer 5A.12/2004 vom 22. Juli 2004, E. 3.3.3.; FRANZ A. WOLF; Der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: successio: Zeitschrift für Erbrecht: Nachlassplanung und -abwicklung, Zürich, Jg. 6 (2012), Nr. 4.

## 2.2. Sanierung und Erweiterung landwirtschaftlicher Bauten in der Gewerbebeurteilung

[43] In den Urteilen 2C\_1034/2019 und 2C\_1035/2019 der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 8. Juli 2020 ging es zur Hauptsache um ein landwirtschaftliches Pachtverhältnis. Bei diesem war umstritten, ob es sich beim Pachtgegenstand um einzelne Grundstücke oder um eine Gewerbepacht handelt (Art. 4, Art. 7 LPG). Für die Beurteilung, ob eine Gewerbepacht vorliegt, sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des Pachtantrittes massgebend.<sup>58</sup> Die Parteien können das Pachtverhältnis über Grundstücke auch durch Vereinbarung den Bestimmungen der Gewerbepacht unterstellen. Eine solche Vereinbarung darf aber m.E. nicht leichthin angenommen werden.<sup>59</sup>

[44] Die Pächter verlangten hierfür die behördliche Feststellung des höchstzulässigen Pachtzinses für die Gewerbepacht (Art. 42 LPG). Die kantonale Behörde hatte daher vorfrageweise zu beurteilen, ob überhaupt ein Gewerbe vorliegt, was sie bejahte. Die Verpächterin führte dagegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 50 LPG), worauf das kantonale Verwaltungsgericht erkannte, dass kein Gewerbe und damit keine Gewerbepacht vorliege. Die Pächter sowie das Bundesamt für Justiz erhoben je Beschwerde an das Bundesgericht. Dieses vereinigt die Verfahren, heisst beide Beschwerden gut, hebt das vorinstanzliche Urteil auf und bestätigt die von der Erstinstanz festgestellte Gewerbeeigenschaft.<sup>60</sup>

[45] Das LPG gilt für die Pacht von landwirtschaftlichen Grundstücken (Art. 1 Abs. 1 lit. a LPG), aber auch für die Pacht von landwirtschaftlichen Gewerben im Sinne der Art. 5 und Art. 7 Abs. 1, 2, 3 und 5 BGG (Art. 1 Abs. 1 lit. b LPG). Die Gewerbeeigenschaft im LPG richtet sich deshalb nach dem BGG mit der einzigen Ausnahme (kraft fehlenden Verweises), dass Art. 7 Abs. 4 BGG nicht anwendbar ist. Im vorliegenden Fall war jedoch (aus m.E. nicht gänzlich nachvollziehbaren Gründen) nicht die Gewerbeeigenschaft nach LPG, sondern jene nach dem BGG zu beurteilen, weshalb Art. 7 Abs. 4 BGG zur Anwendung gelangte.<sup>61</sup>

[46] Im bundesgerichtlichen Verfahren ging es um den konkreten Zustand der Gebäude und um die Frage, ob die Möglichkeit ihrer Sanierung zu berücksichtigen sei. Für die Frage, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, ist auch die Möglichkeit zu berücksichtigen *«fehlende betriebsnotwendige Gebäude zu erstellen oder vorhandene umzubauen, instand zu stellen oder zu ersetzen, wenn die entsprechenden Aufwendungen für den Betrieb tragbar sind»* (Art. 7 Abs. 4 lit. b BGG).

[47] Für die Gewerbeeigenschaft müssen die Wirtschaftsgebäude einen gebrauchstauglichen (*«convenable»*) Zustand aufweisen.<sup>62</sup> Die Grundsätze hierzu hat das Bundesgericht bereits zum alten bäuerlichen Erbrecht (aArt. 620 ZGB)<sup>63</sup> aufgestellt und diese gelten auch unter dem Regime des BGG.<sup>64</sup> Jedoch können kraft Art. 7 Abs. 4 lit. b BGG betriebsnotwendige Gebäude umgebaut, instand gestellt oder ersetzt und sogar erweitert werden, *«wenn die entsprechenden Aufwendungen für den Betrieb tragbar sind»*. Das Bundesgericht lässt hierzu entsprechend dem Wortlaut der Norm auch die Ergänzung der bestehenden Gebäude durch Neubauten zu. Bauliche

<sup>58</sup> Entscheid KGer SG Nr. BZ2009.101 vom 22. März 2010, E. 2c.

<sup>59</sup> Die im Entscheid des KGer SG Nr. BZ2009.101 vom 22. März 2010 in E. 4b und c vertretene Auffassung, eine solche Vereinbarung könne auch konkludent entstehen, ist m.E. abzulehnen.

<sup>60</sup> Urteil BGer 2C\_1034/2019 und 2C\_1035/2019 vom 8. Juli 2020, Sachverhalt A bis C.

<sup>61</sup> Urteil BGer 2C\_1034/2019 und 2C\_1035/2019 vom 8. Juli 2020, E. 4.1.

<sup>62</sup> Urteil BGer 2C\_1034/2019 und 2C\_1035/2019 vom 8. Juli 2020, E. 4.4.1.

<sup>63</sup> Aufgehoben per 1. Januar 1994 (Art. 92 Ziff. 1 BGG).

<sup>64</sup> BGE 82 II 4 (8), E. 2; BGE 135 II 313 (321), E. 5.2.1.

Massnahmen müssen jedoch immer auf eine landesübliche Bewirtschaftung ausgerichtet und betriebsnotwendig sein. Dies bedarf einer objektiven Beurteilung. Insofern ist Art. 7 Abs. 1 BGGB auch im Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 4 lit. b BGGB zu beachten.<sup>65</sup>

[48] Zudem müssen diese baulichen «Aufwendungen» für den Betrieb tragbar sein. Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Tragbarkeit kommt dem gerichtlichen Gutachter eine entscheidende Rolle zu.<sup>66</sup> Ausserbetriebliche Finanzquellen (z.B. Erbschaften und Schenkungen) müssen dabei ausser Acht bleiben. Nur das vom betreffenden Gewerbe erwirtschaftete landwirtschaftliche Einkommen ist massgebend. Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht auch das aus der Verpachtung des Gewerbes erzielte Einkommen herangezogen und die wirtschaftliche Tragbarkeit als gegeben erachtet.<sup>67</sup> Anders als die Vorinstanz bejahte daher das Bundesgericht vorliegend die Gewerbeeigenschaft.

[49] Kommentar: Liegt ein landwirtschaftliches Gewerbe vor, bei dem die für die Sanierung von Gebäuden erforderlichen Investitionen durch den Betrieb nicht tragbar sind, kann dies dazu führen, dass das Gewerbe in Anwendung von Art. 8 lit. b BGGB nicht mehr erhaltungswürdig ist. Das Gewerbe verliert damit seinen Gewerbestatus (Art. 4 lit. a BGGB e contrario).<sup>68</sup>

### 2.3. Berücksichtigung von Pachtland in der Gewerbebeurteilung/Übergangsrecht

[50] Für die Feststellung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, sind (nebst den Grundstücken im Eigentum) auch die für längere Dauer gepachteten Grundstücke zu berücksichtigen (Art. 7 Abs. 4 lit. c BGGB). Eine Pacht von längerer Dauer im Sinne von Art. 7 Abs. 4 lit. c BGGB bedeutet mindestens sechs Jahre für die erstmalige Verpachtung von einzelnen Grundstücken bzw. für die Fortsetzung der Pacht.<sup>69</sup>

[51] Für das arbeitswirtschaftliche Element des Gewerbebegriffs – und nur dafür<sup>70</sup> – sind folglich auch die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke zu berücksichtigen (Art. 7 Abs. 4 lit. c BGGB). Auch die Zupachtgrundstücke müssen dem Gesetz unterstellt sein (Art. 7 Abs. 3 BGGB), was zur Folge hat, dass zugepachtete Grundstücke, die vollständig innerhalb von Bauzonen liegen, nicht zu berücksichtigen sind (Art. 2 Abs. 1 BGGB). Die zugepachteten Grundstücke müssen zusammen mit den Grundstücken im Eigentum eine funktionale und räumliche Einheit bilden.<sup>71</sup> Die räumliche Einheit kann dann fraglich sein, wenn das Pachtgrundstück räumlich derart weit

<sup>65</sup> Urteil BGer 5A\_345/2012 vom 20. September 2012, E. 5.3; Entscheid KGer BL Nr. 810 15 3 vom 20. Mai 2015, E. 3.3.

<sup>66</sup> Urteil BGer 5A\_345/2012 vom 20. September 2012, E. 3.3 und E. 5.1.

<sup>67</sup> Urteil BGer 2C\_1034/2019 und 2C\_1035/2019 vom 8. Juli 2020, E. 4.4.3 in fine.

<sup>68</sup> Urteil BGer 2C\_200/2009 vom 14. September 2009, E. 2.2.

<sup>69</sup> Urteil BGer 5A\_682/2014 und 5A\_692/2014 vom 16. Juli 2015, E. 6.4; FRANZ A. WOLF, Der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: *successio* 2012 S. 280 ff., S. 283 Ziff. II/2.1.3.; JEAN-MICHEL HENNY, Questions choisies en matière de droit foncier rural, ZBGR 87/2006 S. 237 ff., S. 246.

<sup>70</sup> BGE 129 III 693 (699), E. 5.4; FRANZ A. WOLF, Der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: *successio*: Zeitschrift für Erbrecht: Nachlassplanung und -abwicklung. Zürich, Jg. 6 (2012), Nr. 4.

<sup>71</sup> EDUARD HOFER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGGB, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 29 zu Art. 7 BGGB.

vom Betrieb entfernt ist, dass der Transportaufwand unverhältnismässig gross wird.<sup>72</sup> Erforderlich ist, dass der Betrieb tatsächlich über das Zupachtland verfügt. Die Anrechnung eines rein hypothetischen, in der betreffenden Gegend üblichen Pachtlandanteils hat das Bundesgericht unter Hinweis auf den Wortlaut («zugepachtete Grundstücke») abgelehnt.<sup>73</sup>

[52] Das Pachtverhältnis darf zudem nicht gekündigt sein. Wurde behördlich eine kürzere Pacht-dauer bewilligt (Art. 7 Abs. 2 LPG), so dürfte es an der erforderlichen Langfristigkeit fehlen, was zur Folge hat, dass die entsprechende Fläche nicht in die Gewerbebeurteilung einfließen kann.

[53] Am 1. Januar 2014 wurde der neue Abs. 4<sup>bis</sup> zu Art. 7 BGG in Kraft gesetzt.<sup>74</sup> Nach dessen Wortlaut sind bei der Beurteilung, ob Eigentum an einem landwirtschaftlichen Gewerbe im Sinne der Artikel 21, 36 Abs. 2, 42 Abs. 2, 47 Abs. 2 und 49 Abs. 2 BGG vorliegt, auch die für längere Dauer gepachteten Grundstücke zu berücksichtigen.<sup>75</sup> Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, eine die neue Norm betreffende Übergangbestimmung zu schaffen.

[54] In den Urteilen 5A\_682/2014 und 5A\_692/2014 vom 16. Juli 2015 äussert sich das Bundesgericht zum Übergangsrecht für die neue Bestimmung. Ausgangspunkt bildet dabei die in Art. 1 SchlT ZGB enthaltene Grundregel der Nichtrückwirkung einer Gesetzesänderung. Sie erfährt allerdings gewichtige Einschränkungen durch Art. 2 SchlT ZGB, wonach eine Rückwirkung zulässig ist, wenn die Gesetzesbestimmung um die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden ist. Öffentlich-rechtliche Bestimmungen des BGG, zu denen auch die Art. 6 ff. BGG über die Begriffe zählen,<sup>76</sup> sind sofort selbst in einem hängigen kantonalen Rechtsmittelverfahren anzuwenden, wenn keine besonderen Übergangbestimmungen bestehen und die Voraussetzungen von Art. 2 SchlT ZGB erfüllt sind. Der Art. 7 Abs. 4<sup>bis</sup> BGG über die Berücksichtigung von Zupachtland zur Bestimmung des Gewerbecharakters eines Landwirtschaftsbetriebs ist eine öffentlich-rechtliche Bestimmung und um der öffentlichen Ordnung willen eingefügt worden mit der Begründung, dass die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zupachtland im Widerspruch zur einheitlichen Rechtsordnung steht und deshalb klargestellt werden muss, dass bei der Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, neu auch die für längere Dauer zugепachteten Flächen berücksichtigt werden sollen.<sup>77</sup> Eine sofortige Anwendung der Bestimmung dient somit der Rechtseinheit und Rechtssicherheit und steht im öffentlichen Interesse. Im vorliegenden Fall durfte daher das Kantonsgericht die während des Berufungsverfahrens in Kraft getretene Bestimmung sofort anwenden und das Zupachtland bei der Gewerbeberechnung berücksichtigen.<sup>78</sup>

[55] Auch dem Urteil 2C\_1085/2013 vom 21. Mai 2015 lag eine Gewerbebeurteilung zugrunde. C war Eigentümer und Bewirtschafter eines Landwirtschaftsbetriebes im Kanton Waadt. Er verstarb im Juni 2009 und hinterliess als Erben seine beiden minderjährigen Söhne. Das Grundeigentum umfasste rund 16.26 ha Acker- und Wiesland, 0.61 ha Weinreben und 4.44 ha Wald. Zu

<sup>72</sup> Die in aArt. 33 LPG vorgesehene Einsprachemöglichkeit gegen die Zupacht weit vom Betrieb entfernter Grundstücke wurde per 1. September 2008 aufgehoben (AS 2008, S. 3589).

<sup>73</sup> BGE 137 II 182 (191), E. 3.3.

<sup>74</sup> Änderung des BGG vom 22. März 2013, AS 2013 3463.

<sup>75</sup> FRANZ A. WOLF, Landwirtschaftliche Gewerbe und Zupacht: Der Gesetzgeber schafft Klarheit zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Blätter für Agrarrecht (BIAR) 1/2013, S. 43 ff.

<sup>76</sup> BGE 129 III 186 (190), E. 2.2; BGE 134 III 1 (4), E. 2.

<sup>77</sup> BGE 129 III 186 (190), E. 2.2; BGE 134 III 1 (4), E. 2.

<sup>78</sup> Urteil BGer 5A\_682/2014 und 5A\_692/2014 vom 16. Juli 2015, E. 6.3.5.



Lebzeiten hatte C noch zwei Rebgrundstücke mit zusammen rund 0.70 ha Fläche dazu gepachtet. Seit seinem Tod wurde der Hof von der Erbengemeinschaft bewirtschaftet mit Ausnahme der beiden Zupachtgrundstücke. Diese waren zwar für den Vollzug der agrarpolitischen Massnahmen bei der kantonalen Behörde auf den Namen der Erben gemeldet, wurden jedoch tatsächlich von Dritten bewirtschaftet.

[56] Die Schwester von C, Y, machte als Nichterbin ihr gesetzliches Kaufrecht am Gewerbe geltend (Art. 25 Abs. 1 lit. b BGG<sup>79</sup>). Die Erben, vertreten durch ihre beiden Beiständigen versuchten dies zu verhindern und gelangten an die kantonale Behörde mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass es sich um einzelne Grundstücke und nicht um ein landwirtschaftliches Gewerbe handle (Art. 5 lit. a und 7 BGG<sup>80</sup>). Die Behörde ermittelte einen SAK-Wert von 0.952 und stellte fest, dass bei einer (damals) anwendbaren Gewerbegrenze von 1.0 SAK kein Gewerbe vorliege.<sup>80</sup>

[57] Auf Beschwerde der Schwester Y des Erblassers hin stellte das angerufene kantonale Verwaltungsgericht fest, dass es sich unter Berücksichtigung der beiden Zupachtgrundstücke mit einem gesamten SAK-Wert von 1.127 um ein landwirtschaftliches Gewerbe handle. Die Erben erhoben daraufhin Beschwerde in öffentlich-rechtlicher Angelegenheit an das Bundesgericht. Dieses heisst die Beschwerde gut, hebt das vorinstanzliche Urteil auf und bestätigt damit den Entscheid der kantonalen Behörde, dass kein Gewerbe vorliege. Damit stand der Schwester des Erblassers auch kein Kaufrecht zu (Art. 25 BGG<sup>81</sup>), das Kaufrecht ist nur für ein landwirtschaftliches Gewerbe vorgesehen.<sup>81</sup>

[58] Im Zentrum des bundesgerichtlichen Verfahrens stand die Frage, ob die beiden Zupachtgrundstücke in der SAK-Berechnung für die Gewerbeeigenschaft zu berücksichtigen seien oder nicht. Gemäss Art. 7 Abs. 4 lit. c BGG<sup>82</sup> sind für die Frage, ob ein Gewerbe vorliegt, auch die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke zu berücksichtigen. Zwar ist das Kaufrecht nach Art. 25 BGG<sup>83</sup> im Katalog von Art. 7 Abs. 4<sup>bis</sup> BGG<sup>84</sup> nicht aufgeführt, dessen Katalog ist jedoch nicht abschliessend.<sup>82</sup>

[59] Meines Erachtens zu Recht weist das Bundesgericht zunächst daraufhin, dass für den Gewerbebegriff weitere Kriterien (als die Anrechenbarkeit von Pachtland) massgebend sind, welche aber vorliegend nicht zu beurteilen waren.<sup>83</sup> Auf welchen Zeitpunkt hin die Gewerbebeurteilung vorzunehmen ist, ist im Kontext der jeweiligen anwendbaren materiell-rechtlichen Norm zu prüfen.<sup>84</sup> Vorliegend sei die Erbteilung noch nicht erfolgt. Für die Gewerbebeurteilung zur Ausübung eines erbrechtlichen Kaufrechts (Art. 25 BGG<sup>84</sup>) seien daher die Zupachtgrundstücke zu berücksichtigen. Eine Berücksichtigung von Pachtland falle jedoch nur in Betracht, wenn diese mit den im Eigentum stehenden Grundstücken eine wirtschaftliche Einheit bilden würden.

[60] Bereits zum alten Recht hat die Rechtsprechung verlangt, dass allfälliges Eigen- oder Pachtland des Ansprechers von diesem bereits vor dem Tode des Erblassers erworben bzw. gepachtet

<sup>79</sup> FRANZ A. WOLF; Urteil des Bundesgerichts vom 24. Oktober 2014, 5A\_292/2014; Das Kaufrecht der Verwandten am landwirtschaftlichen Gewerbe nach Art. 25 BGG in: *successio: Zeitschrift für Erbrecht: Nachlassplanung und -abwicklung*, Zürich, Jg. 10 (2016), Nr. 1, S. 55–59.

<sup>80</sup> Urteil BGER 2C\_1085/2013 vom 21. Mai 2015, Sachverhalt A.

<sup>81</sup> Urteil BGER 2C\_1085/2013 vom 21. Mai 2015, E. 3.

<sup>82</sup> FRANZ A. WOLF, Landwirtschaftliche Gewerbe und Zupacht: Der Gesetzgeber schafft Klarheit zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: *Blätter für Agrarrecht (BlAR)* 1/2013, Ziff. 3.1.4, S. 61.

<sup>83</sup> Urteil BGER 2C\_1085/2013 vom 21. Mai 2015, E. 3.

<sup>84</sup> Urteil BGER 2C\_1085/2013 vom 21. Mai 2015, E. 5.1.

und bewirtschaftet wurde und dass diese Bewirtschaftung weiterhin auf längere Zeit möglich ist.<sup>85</sup> An dieser erforderlichen wirtschaftlichen Einheit fehlte es vorliegend bezüglich der beiden Zupachtgrundstücke. Diese wurden seit dem Erbgang von Dritten bewirtschaftet. Es reiche für eine Berücksichtigung auch nicht aus, dass dieses Pachtland bei der Landwirtschaftsbehörde auf den Namen der Erbengemeinschaft gemeldet sei. Damit könnten die beiden Grundstücke nicht in die Gewerbebeurteilung einfließen und in der Folge liege kein landwirtschaftliches Gewerbe vor.<sup>86</sup>

## 2.4. Parzellenweise Verpachtung landwirtschaftlicher Gewerbe

[61] Die parzellenweise Verpachtung eines landwirtschaftlichen Gewerbes bedarf einer behördlichen Bewilligung (Art. 30 LPG). Die Bewilligungspflicht dient in erster Linie dem Schutz der Nachkommen und Erben des Gewerbeeigentümers, denn mit der rechtmässigen parzellenweisen Verpachtung verliert der Hof nach sechs Jahren seine Gewerbeeigenschaft und damit die Verwandten ihre Vorkaufsrechte und erbrechtlichen Zuweisungsrechte am Gewerbe.

[62] Ist nämlich ein landwirtschaftliches Gewerbe seit mehr als sechs Jahren ganz oder teilweise rechtmässig verpachtet, wobei diese Verpachtung weder vorübergehenden Charakter hat (Art. 31 Abs. 2 lit. e LPG) noch aus persönlichen Gründen erfolgt (Art. 31 Abs. 2 lit. f. LPG), so finden die Bestimmungen über die einzelnen landwirtschaftlichen Grundstücke Anwendung (Art. 4 Abs. 3 lit. a BGG).<sup>87</sup> Mit anderen Worten verliert dann das parzellenweise verpachtete Gewerbe seine Gewerbeeigenschaft (Art. 8 lit. a BGG). Diese Rechtsfolge tritt jedoch dann nicht ein, wenn die parzellenweise Verpachtung aus beim Verpächter liegenden persönlichen Gründen erfolgt (Art. 31 Abs. 2 lit. f. LPG) oder wenn die parzellenweise Verpachtung nur vorübergehenden Charakter hat (Art. 31 Abs. 2 lit. e LPG).

[63] Das Urteil 2C\_342/2014 der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 17. April 2015 hatte eine Gewerbefeststellung zum Prozessgegenstand. Das Gewerbe war zuvor ohne behördliche Bewilligung (teilweise) parzellenweise verpachtet worden. Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob das Gewerbe dadurch seine Gewerbeeigenschaft in Anwendung von Art. 8 lit. a BGG verloren habe. Sowohl die kantonale Behörde als auch das angerufene kantonale Verwaltungsgericht hatten die Gewerbeeigenschaft bejaht. Das Verwaltungsgericht hatte u.a. erwogen, aufgrund der nur teilweisen Verpachtung liege keine überwiegende parzellenweise Verpachtung vor, welche in Anwendung von Art. 8 lit. a BGG zur Auflösung des Gewerbes führen würde.<sup>88</sup> Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

[64] Art. 8 lit. a BGG hat zum Ziel, einerseits Familienbetriebe zu erhalten, andererseits die Struktur der Landwirtschaft zu verbessern (Art. 1 Abs. 1 lit. a BGG). Er kommt insbesondere zum Tragen in Übergangssituationen, in denen sich die bisherigen Bewirtschafter aus dem Erwerbsleben zurückziehen, aber die Zukunft des Betriebs noch unklar ist, insbesondere wenn sich in der Familie niemand findet, der das Gewerbe zur Selbstbewirtschaftung übernehmen will. Das Gewerbe kann alsdann – vorerst nur pachtweise – aufgelöst werden, indem es mit Bewilligung

<sup>85</sup> BGE 107 II 318 (321), E. 4; BGE 112 II 211 (212), E. 4.

<sup>86</sup> Urteil BGer 2C\_1085/2013 vom 21. Mai 2015, E. 6.

<sup>87</sup> Urteil BGer 2C\_342/2014 vom 17. April 2015, E. 3.3.

<sup>88</sup> Urteil BGer 2C\_342/2014 vom 17. April 2015, E. 3.5.

gemäss Art. 30 f. LPG parzellenweise verpachtet wird. Erfolgt innert sechs Jahren keine Weiterführung des Gewerbes, so kann es auch eigentumsässig aufgelöst werden; die Teile des aufzulösenden Gewerbes sollen dazu dienen, andere landwirtschaftliche Gewerbe zu arrondieren.<sup>89</sup>

[65] Sind die Voraussetzungen von Art. 8 lit. a BGGB erfüllt, gelten für die betreffenden Grundstücke nicht mehr die Bestimmungen über landwirtschaftliche Gewerbe, sondern nur noch diejenigen über die landwirtschaftlichen Grundstücke (Art. 4 Abs. 3 lit. a BGGB). Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann von der Bewilligungsbehörde feststellen lassen, ob die Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 84 BGGB).<sup>90</sup> Die Bewilligungsbehörde klärt im Rahmen der Anwendung von Art. 8 lit. a BGGB ab, ob (a) der betroffene Betrieb grundsätzlich die Voraussetzungen eines landwirtschaftlichen Gewerbes im Sinne von Art. 7 BGGB erfüllt und (b) rechtmässig, d.h. zulässigerweise ganz oder teilweise parzellenweise verpachtet ist. Alsdann prüft die Bewilligungsbehörde, ob die parzellenweise Verpachtung (c) die erforderliche Dauer von mindestens sechs Jahren erreicht hat und ob (d) diese Verpachtung weder vorübergehenden Charakter hat noch aus persönlichen Gründen erfolgt ist. Diese Voraussetzungen (a – d) sind kumulativ: Ist nur eine davon nicht erfüllt, findet Art. 8 lit. a BGGB keine Anwendung, d.h. der betroffene Betrieb bleibt den besonderen Bestimmungen für landwirtschaftliche Gewerbe nach Art. 4 BGGB weiterhin unterstellt.<sup>91</sup>

[66] Vorübergehend ist eine Verpachtung nach Art. 31 Abs. 2 lit. e LPG dann, wenn das landwirtschaftliche Gewerbe zu einem späteren Zeitpunkt wieder als Ganzes bewirtschaftet werden soll. In der Literatur wird als Beispiel angeführt, dass der zum Betriebsnachfolger bestimmte Nachkomme noch zu jung ist, um den Hof zu übernehmen.<sup>92</sup>

[67] Für die Anwendbarkeit von Art. 8 lit. a BGGB wird verlangt, dass der betroffene Betrieb rechtmässig, d.h. zulässigerweise ganz oder teilweise parzellenweise verpachtet ist. Für Pachtverträge, die nach dem Inkrafttreten des LPG am 20. Oktober 1986 geschlossen wurden, bedeutet dies, dass eine Bewilligung nach den Art. 30 ff. LPG vorliegen muss.<sup>93</sup> Rechtmässig ist eine parzellenweise Verpachtung nur dann, wenn eine behördliche Bewilligung hierfür vorliegt.<sup>94</sup> Die kantonale Bewilligungsbehörde ist nach der Rechtsprechung nicht verpflichtet, ein nachträgliches Bewilligungsverfahren einzuleiten.<sup>95</sup> Die blossе Bewilligungsfähigkeit der parzellenweisen Verpachtung genügt nicht, damit das Gewerbe aufgelöst wird. Eine anderslautende Betrachtung wäre, so das Bundesgericht, mit den Zielen des BGGB, welches die Erhaltung von bäuerlichen Familienbetrieben zum Ziel hat (Art. 1 Abs. 1 lit. a BGGB), nicht zu vereinbaren.<sup>96</sup> Die kantonale Rechtsprechung geht im Übrigen davon aus, dass ein Pachtvertrag über ein einzelnes Grundstück eines landwirtschaftlichen Gewerbes auch dann zivilrechtlich gültig ist, wenn der Verpächter über keine Bewilligung für die parzellenweise Verpachtung verfügt.<sup>97</sup>

<sup>89</sup> Urteil BGer 2C\_342/2014 vom 17. April 2015, E. 3.2; Botschaft vom 26. Juni 1996 zur Reform der Agrarpolitik: Zweite Etappe (Agrarpolitik 2002), BBl 1996 IV, S. 374.

<sup>90</sup> BGE 139 III 327 (329), E. 2.

<sup>91</sup> Urteil BGer 2C\_342/2014 vom 17. April 2015, E. 3.3.

<sup>92</sup> Urteil BGer 5A.31/2005 vom 29. März 2006, E. 2.2.

<sup>93</sup> Urteil BGer 5A.31/2005 vom 29. März 2006, E. 2.1.

<sup>94</sup> EDUARD HOFER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGGB, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 9 zu Art. 8 BGGB.

<sup>95</sup> Urteil BGer 2C\_342/2014 vom 17. April 2015, E. 3.6.

<sup>96</sup> Urteil BGer 2C\_342/2014 vom 17. April 2015, E. 3.6.

<sup>97</sup> Entscheid KGer SG III. Zivilkammer Nr. BZ.2009.101 vom 22. März 2001, E. 5.

## 2.5. Sonderstellung des Sömmerungsbetriebes im Raumplanungsrecht

[68] Im Leiturteil BGE 135 II 313 hielt das Bundesgericht im Jahr 2009 fest, ein Sömmerungsbetrieb (eine «Alp») sei nicht für die ganzjährige Bewirtschaftung vorgesehen und verkörpere nicht das Existenzzentrum des Bewirtschafters. Ein landwirtschaftliches Gewerbe könne daher bei einem Sömmerungsbetrieb nicht vorliegen.<sup>98</sup> Dem Fall lag ein Testament zugrunde, das durch Teilungsanordnung des Erblassers die körperliche Aufteilung eines Sömmerungsbetriebes auf zwei Erben vorsah. Die kantonale Bodenrechtsbehörde hielt die Teilung für nicht zulässig, da sie für die betreffende Alp von einem Gewerbe ausging, das dem Realteilungsverbot untersteht (Art. 58 Abs. 1 BGG). Auch das von den Erben angerufene Verwaltungsgericht bestätigte diese Auffassung. Das Bundesgericht hob das Urteil auf und hielt fest, dass kein dem Realteilungsverbot unterliegendes landwirtschaftliches Gewerbe vorliege.<sup>99</sup>

[69] Im BGE 143 II 485<sup>100</sup> hatte sich das Bundesgericht erneut mit der Stellung des Sömmerungsbetriebes im bäuerlichen Bodenrecht zu befassen, diesmal im raumplanerischen Kontext. In der Sache ging es um den Ausbau einer Alphütte im Waadtländer Pays-d'Enhaut zu einer alpwirtschaftlichen Gaststätte («une buvette d'alpage»). Die von der Behörde hierfür erteilte Baubewilligung wurde von beschwerdeberechtigten Nachbarn angefochten. Das Kantonsgericht wies deren Beschwerde ab und bestätigte die Bewilligung. Das mit Beschwerde in öffentlich-rechtlicher Angelegenheit angerufene Bundesgericht nahm durch eine Delegation einen Augenschein vor Ort vor, hiess die Beschwerde gut und hob das Urteil des Verwaltungsgerichts und die Baubewilligung auf.<sup>101</sup>

[70] Können landwirtschaftliche Gewerbe im Sinne des BGG ohne ein Zusatzeinkommen nicht weiter bestehen, so können bauliche Massnahmen zur Einrichtung eines betriebsnahen nichtlandwirtschaftlichen Nebenbetriebs in bestehenden Bauten und Anlagen bewilligt werden. Diese raumplanerische Ausnahme von der Zonenkonformität für nichtlandwirtschaftliche Nebenbetriebe zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe ist seit 1. September 2007 in Kraft (Art. 24b Abs. 1 RPG). Die Bewilligung eines nichtlandwirtschaftlichen Nebenbetriebs setzt voraus, dass es sich um ein Gewerbe im Sinne von Artikel 5 oder 7 BGG handelt (Art. 40 Abs. 1 lit. d RPV). Nach dem Wortlaut von Art. 24b Abs. 1<sup>ter</sup> RPG können bei temporären Betriebszentren bauliche Massnahmen nur in den bestehenden Bauten und Anlagen und nur für gastwirtschaftliche Nebenbetriebe bewilligt werden.

[71] Mit der Teilrevision des RPG vom 23. März 2007 wurde Art. 24b RPG dahingehend ergänzt, dass bei temporären Betriebszentren bauliche Massnahmen nur in den bestehenden Bauten und Anlagen und nur für gastwirtschaftliche Nebenbetriebe bewilligt werden können (Art. 24b Abs. 1<sup>ter</sup> RPG). Die Botschaft des Bundesrates hält hierzu fest: «In der Vernehmlassung hat sich gezeigt, dass dort, wo ein Betriebszentrum nur während einer bestimmten Zeit des Jahres bewohnt wird, d.h. im Bereich der Alp- bzw. Sömmerungswirtschaft, eine gewisse Rechtsunsicherheit bezüglich der Anwendbarkeit von Artikel 24b RPG besteht. Mit dem neu vorgeschlagenen Absatz 1<sup>ter</sup> soll in die-

<sup>98</sup> FRANZ A. WOLF, Der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: *successio: Zeitschrift für Erbrecht: Nachlassplanung und -abwicklung*, Zürich, Jg. 6 (2012), Nr. 4; PIUS KOLLER, Ein Sömmerungsbetrieb stellt nie ein landwirtschaftliches Gewerbe dar; BGE 135 II 313, in: *successio: Zeitschrift für Erbrecht: Nachlassplanung und -abwicklung*, Zürich, Jg. 5 (2011), Nr. 1, S. 56–61.

<sup>99</sup> BGE 135 II 313 (326), E. 6.

<sup>100</sup> Urteil BGer 1C\_54/2016 vom 28. Juni 2017.

<sup>101</sup> BGE 143 II 485 (486), Sachverhalt A bis I.

ser Hinsicht Klarheit geschaffen werden. Auch in temporären Betriebszentren kann grundsätzlich von der Möglichkeit von Artikel 24b RPG Gebrauch gemacht werden, und zwar unabhängig davon, ob das temporäre Betriebszentrum Teil eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist (sog. Stufenbetrieb) oder nicht (reiner Alp- bzw. Sömmerungsbetrieb). Allerdings sollen die zulässigen nebenbetrieblichen Aktivitäten auf Grund der Besonderheiten der Alp- bzw. Sömmerungswirtschaft auf gastwirtschaftliche Angebote (Bewirtung, Beherbergung) beschränkt bleiben. Zudem dürfen entsprechende Nebenbetriebe nur innerhalb des bestehenden Gebäudevolumens eingerichtet werden.»<sup>102</sup>

[72] Das Bundesgericht lässt den Einwand der Beschwerdeführer nicht gelten, beim Sömmerungsbetrieb handle es sich nicht um ein landwirtschaftliches Gewerbe. Das sei nicht entscheidend, denn: «Dorénavant, la loi permet explicitement le développement de ce type d'activité étroitement liée à l'exploitation temporaire. A contrario, une interprétation restrictive conduirait à ne plus autoriser aucune buvette dans une exploitation temporaire, à savoir en alpage, ce qui n'était pas le but voulu par le législateur».<sup>103</sup>

[73] Das Bundesgericht erwog, die strittige Alphütte verfüge über keine landwirtschaftliche Infrastruktur und das Vieh (Mutterkühe), das in der Umgebung übersommert, bleibe immer auf der Weide. Die Alphütte habe somit keine landwirtschaftliche Funktion mehr im Sinne von Art. 40 Abs. 1 RPV und könne daher nicht als temporäres Betriebszentrum im Sinne von Art. 24b Abs. 1<sup>ter</sup> RPG betrachtet werden. Mit der vorgesehenen Nutzung als «buvette» wäre eine vollständige und definitive Zweckänderung verbunden, ohne jeden Bezug zur Landwirtschaft.<sup>104</sup> Abschliessend hält das Bundesgericht fest, sofern die Voraussetzungen von Art. 24b RPG und Art. 40 RPV erfüllt seien, könnten auch juristische Personen eine Bewilligung für einen nichtlandwirtschaftlichen Nebenbetrieb erhalten. Vorliegend sei die Bewilligung jedoch zu verweigern, da die Voraussetzungen nicht erfüllt seien.<sup>105</sup>

[74] Kommentar: Auf den ersten Blick mag es erscheinen, als habe das Bundesgericht – entgegen seiner im Jahr 2009 in BGE 135 II 313 ergangenen Rechtsprechung – für Sömmerungsbetriebe eine neue eigene Kategorie von landwirtschaftlichen Gewerben geschaffen. Das ist aber nicht der Fall. Der Entscheid ist nicht so zu verstehen, dass ein Sömmerungsbetrieb ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne des BGGB wäre. Das Urteil verdeutlicht lediglich die bereits in der Botschaft vertretene Auffassung, dass ein Sömmerungsbetrieb ein temporäres Betriebszentrum nach Art. 24b Abs. 1<sup>ter</sup> RPG darstellen kann. Insofern dient das Urteil der willkommenen Klarstellung.

### 3. Das bäuerliche Erbrecht

#### 3.1. Bäuerliches Erbrecht als Sondererbteilungsrecht

[75] Im Leiturteil BGE 143 III 425 hat das Bundesgericht Grundsätze für die gerichtliche Erbteilung festgelegt. Das Teilungsgericht ist demnach an die gesetzlichen Bestimmungen insbesondere über die Bildung von Losen sowie über die Zuweisung und den Verkauf einzelner Sachen gebunden. Es ist folglich nicht befugt, Lose oder einzelne Sachen direkt nach eigenem Ermessen einem

<sup>102</sup> Botschaft Revision RPG 2007, BBl 2005 7097, S. 7113.

<sup>103</sup> BGE 143 II 485 (491), E. 2.2.

<sup>104</sup> BGE 143 II 485 (492), E. 2.3.

<sup>105</sup> BGE 143 II 485 (494), E. 3.

der Erben zuzuweisen, wenn sich die Erben darüber nicht einig sind und erblasserische Teilungsvorschriften fehlen.

[76] Von Teilungsvorschriften des Erblassers und besonderen Vorschriften abgesehen, gewährt das Erbrecht in Art. 604 ZGB daher nur einen Anspruch auf Vornahme der Teilung, nicht aber auf Zuweisung bestimmter Nachlassgegenstände. Solche besonderen Vorschriften bilden die gesetzlichen Teilungsregeln im bäuerlichen Erbrecht (Art. 11 ff. BGG). So ist das Teilungsgericht – entsprechende Rechtsbegehren vorausgesetzt<sup>106</sup> – befugt, ein landwirtschaftliches Gewerbe einem selbstbewirtschaftenden Erben (Art. 11 Abs. 1 BGG) oder einem Pflichterben (Art. 11 Abs. 2 BGG) zuzuweisen. Auch die erbrechtlichen Zuweisungsrechte der Mit- oder Gesamteigentümer (Art. 14 und 15 BGG) werden durch die neue Rechtsprechung nicht beschnitten. Dasselbe gilt für die erbrechtliche Zuweisung von Betriebsinventar, von nichtlandwirtschaftlichen Nebengewerben (Art. 15 BGG) oder von einzelnen landwirtschaftlichen Nachlassgrundstücken (Art. 21 BGG). Diese gesetzlichen Zuweisungsrechte des BGG haben auch unter BGE 143 III 425 weiterhin Geltung.

### **3.2. Lebzeitige Hofübernahme und Ausgleichung lebzeitiger Zuwendungen**

[77] Eine Erbstreitigkeit betreffend das väterliche landwirtschaftliche Heimwesen führte die Erben (sieben Geschwister) über einen Zeitraum von rund zehn Jahren insgesamt fünfmal bis vor Bundesgericht.<sup>107</sup> Am 19. Mai 1998 verkaufte der spätere Erblasser A (geb. 1927) seinem Sohn B (geb. 1966) sein landwirtschaftliches Heimwesen, bestehend aus zwei Grundstücken mit Wohnhaus, Stall und Scheune zum Preis von Fr. 94'100. Der Käufer tilgte die Kaufpreisschuld durch Übernahme bestehender Grundpfandschulden von Fr. 89'340 und indem er seinem Vater im Wert von Fr. 4'760 ein Wohn- und Nutzniessungsrecht einräumte. Eine Befreiung des Käufers von der erbrechtlichen Ausgleichungspflicht nach Art. 626 Abs. 2 ZGB sah der Kaufvertrag ebenso wenig vor wie einen Überschussdispens nach Art. 629 Abs. 1 ZGB. Der Kaufvertrag hielt ferner fest, B übernehme den Hof, den er zuvor bereits als Pächter bewirtschaftete, zur Selbstbewirtschaftung.<sup>108</sup>

[78] Am 20. Juli 2007 starb A. Seine Erben waren seine sieben Kinder, B und dessen sechs Geschwister. Der Erblasser hinterliess Aktiven von Fr. 31'997 und Passiven von Fr. 13'640 sowie Todesfallkosten von ca. Fr. 20'000. Am 21. November 2008 verklagten die sechs Geschwister ihren Bruder B vor dem Bezirksgericht Schwyz auf Ausgleichung, eventualiter Herabsetzung lebzeitiger Zuwendungen sowie auf Teilung der Erbschaft. Im Zentrum stand die Frage, ob der Kaufvertrag von 1998 eine gemischte Schenkung darstellte und wenn ja, in welchem Umfang eine Ausgleichungspflicht nach Art. 626 Abs. 2 ZGB besteht.

[79] In den gerichtlichen Verfahren ging es zunächst um den für die Erbteilung massgeblichen Verkehrswert der landwirtschaftlichen Grundstücke. Im Urteil 5A\_670/2012 vom 30. Januar

<sup>106</sup> Der Erbteilungsprozess wird durch die Dispositionsmaxime beherrscht (Art. 58 Abs. 1 ZPO); BGE 130 III 550 (551), E. 3; BGE 143 III 425 (431), E. 4.7.

<sup>107</sup> Urteil BGer 5A\_670/2012 vom 30. Januar 2013; Urteil BGer 5A\_194/2014 vom 21. Mai 2014; Urteil BGer 5A\_629/2015 vom 27. März 2015; Urteil BGer 5A\_967/2016 vom 16. März 2018; Urteil BGer 5A\_966/2016 vom 16. März 2018.

<sup>108</sup> Urteil BGer 5A\_629/2015 vom 27. März 2017, Sachverhalt A bis C.

2013 beschied das Bundesgericht, dass der höchstzulässige Erwerbspreis nach Art. 66 BGG auch in der Erbteilung massgebend sei.<sup>109</sup> Weiter war vorfrageweise strittig, ob das von B noch zu Lebzeiten seines Vaters zu Eigentum übernommene Heimwesen im Zeitpunkt des Erwerbs ein landwirtschaftliches Gewerbe darstellte. Gemäss Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 BGG wird ein landwirtschaftliches Gewerbe einem Erben zum Ertragswert zugewiesen, wenn er es selber bewirtschaften will und dafür als geeignet erscheint. Bezüglich des Ausgleichswertes bzw. der Schenkungskomponente des Kaufvertrags von 1998 hätte sich die Gewerbeeigenschaft mit dem Ertragswert quantitativ erheblich ausgewirkt. Die Gerichte konnten diese Frage jedoch offenlassen, denn sie sprachen dem Sohn die Fähigkeit und Eignung zur Selbstbewirtschaftung ab. B hatte die Volksschule nur mit Mühe absolviert und keinerlei Berufsausbildung abgeschlossen. Zudem hatte er mit Alkoholproblemen zu kämpfen.<sup>110</sup>

[80] Das Kantonsgericht stellte für den massgeblichen Zeitpunkt des Erwerbs im Jahr 1998 für die beiden Grundstücke einen Verkehrswert von Fr. 678'912 fest.<sup>111</sup> Der effektiv von B unter Berücksichtigung des Wertes von Wohnrecht und Nutzniessung geleistete Kaufpreis habe Fr. 203'340 betragen.<sup>112</sup> Der Kaufvertrag vom 19. Mai 1998 stelle eine gemischte Schenkung dar, wovon der Hofübernehmer B gegenüber seinen Miterben eine Schenkungskomponente von Fr. 475'572 zur Ausgleichung zu bringen habe. Eine Befreiung von der Ausgleichspflicht liege nicht vor. Das objektive Element einer lebzeitigen Zuwendung (die Zuwendung aus dem Vermögen des Erblassers) sei gegeben,<sup>113</sup> denn es liege ein erhebliches Missverhältnis zwischen der von B erbrachten Leistung und der Gegenleistung vor.

[81] Das Kantonsgericht erwog, der Erblasser und B müssten das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung tatsächlich erkannt haben, zumal es augenfällig gewesen sei. Selbst wenn dem Beschwerdeführer dieses Missverhältnis bzw. die Schenkungsabsicht des Erblassers nicht bewusst gewesen wäre, hätte er es zumindest erkennen können. Ein «Durchschnittsbürger» hätte die Schenkungsabsicht objektiv betrachtet jedenfalls erkannt. Wollte man eine gemischte Schenkung nur deshalb verneinen, weil B wegen einer allenfalls verminderten intellektuellen Leistungsfähigkeit die Schenkungsabsicht des Erblassers nicht erkennen konnte, so würde der Beschwerdeführer in Konstellationen wie der vorliegenden ohne eigentliche Begründung «zu stark» privilegiert. Zudem hätten die Kaufvertragsparteien im Kaufvertrag zwar die Übernahme zur Selbstbewirtschaftung vereinbart, es liege jedoch auf der Hand, dass weder der Vater (Erblasser) noch B selber an eine Selbstbewirtschaftung glaubten. Die Voraussetzungen für eine gemischte Schenkung seien damit erfüllt.<sup>114</sup> Im Urteil 5A\_629/2015 vom 27. März 2017 schloss sich auch das Bundesgericht dieser Auffassung an und wies die betreffende Rüge von B ab.<sup>115</sup>

[82] Im kantonalen Berufungsverfahren machte B erstmals geltend, er sei vom Vater von der Pflicht zur Ausgleichung eines seinen eigenen Erbanteil übersteigenden Mehrempfanges befreit worden (Art. 629 Abs. 1 ZGB, Überschussdispens). Das Kantonsgericht hielt dem entgegen, dieser Einwand sei verspätet. B hätte die entsprechenden Tatsachen bereits vor Bezirksgericht vorbrin-

<sup>109</sup> Vgl. dazu hinten, Ziff. 3.7.

<sup>110</sup> Urteil KGer SZ Nr. ZK1 2011 34 vom 12. Juni 2012, E. 3.

<sup>111</sup> Urteil KGer SZ Nr. ZK 1 2013 13 vom 9. Juni 2015, E. 5.

<sup>112</sup> Urteil KGer SZ Nr. ZK 1 2013 13 vom 9. Juni 2015, E. 4.

<sup>113</sup> Urteil KGer SZ Nr. ZK 1 2013 13 vom 9. Juni 2015, E. 6b.

<sup>114</sup> Urteil KGer SZ Nr. ZK 1 2013 13 vom 9. Juni 2015, E. 6c.

<sup>115</sup> Urteil BGer 5A\_629/2015 vom 27. März 2017, E. 8.

gen und ggf. beweisen müssen.<sup>116</sup> Die entsprechende Rüge von B blieb auch im bundesgerichtlichen Verfahren erfolglos.<sup>117</sup> Das Bundesgericht wies die Beschwerde von B insgesamt ab.

[83] Im Ergebnis musste B gegenüber den Miterben bezüglich der beiden Grundstücke einen Betrag von Fr. 451'122 zur Ausgleichung bringen. Auch hatte er das Betriebsinventar nie von seinem Vater abgekauft, worin die Gerichte eine weitere ausgleichungspflichtige lebzeitige Zuwendung im Wert von rund Fr. 56'000 erblickten. Unter Berücksichtigung seines eigenen Erbanspruches musste B jedem seiner sechs Geschwister Fr. 68'005.45, insgesamt somit Fr. 408'032.70, auszahlen.

[84] Kommentar: Das vorliegende Urteil erging am 27. März 2017. Inzwischen hat das Bundesgericht mit BGE 145 III 1<sup>118</sup> zum Beweis des Schenkungswillens bei lebzeitigen Zuwendungen entschieden, die Herabsetzung einer gemischten Schenkung setze insbesondere voraus, dass der Erblasser das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zur Zeit des Vertragsabschlusses tatsächlich erkannt habe. Blosser Erkennbarkeit reicht diesem Leitentscheid zufolge nicht aus.<sup>119</sup>

### **3.3. Zuweisungsrecht am Nachlassgrundstück und wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein landwirtschaftliches Gewerbe**

[85] Die Ehegatten E und F führten einen kleinen Landwirtschaftsbetrieb, bestehend aus zwei im Alleineigentum von E stehenden Grundstücken mit 3.24 ha bzw. 2.11 ha sowie Wohn- und Ökonomiegebäuden. Am 12. Oktober 1968 verstarb E. Er hinterliess dreizehn Kinder und die überlebende Ehefrau F. Dieser wendete er die Nutzniessung an seinem Nachlass, darunter auch am Landwirtschaftsbetrieb, zu. Am 5. August 1995 verstarb F, ohne eine letztwillige Verfügung zu hinterlassen.<sup>120</sup>

[86] Die Erben A und B stritten in der Folge gerichtlich um die Zuweisung der beiden landwirtschaftlichen Grundstücke im Nachlass.<sup>121</sup> Am 19. Mai 2008 machte A die Erbteilungsklage rechtshängig. Sowohl A als auch B verlangten die gerichtliche Zuweisung der beiden Nachlassgrundstücke zu Eigentum, gestützt auf Art. 21 BGG.

[87] Das Bezirksgericht wies beide Grundstücke dem Miterben und Gewerbeeigentümer B zum doppelten Ertragswert zu (Art. 21 BGG). Das Kantonsgericht hiess die Berufung von A teilweise gut, bestätigte aber hinsichtlich der Zuweisung der Grundstücke an B das erstinstanzliche Urteil. Sowohl A als auch B erhoben Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Das Bundesgericht vereinigt die beiden Verfahren und heisst beide Beschwerden teilweise gut (Urteil BGER 5A\_682/2014, 5A\_692/2014 vom 16. Juli 2015). Den Antrag von A auf Zuweisung der Grundstücke zu Eigentum weist es indessen ab. Gerichtlich zu klären war mitunter, ob das ehevertragliche Gesamteigentum von A als wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein Gewerbe gelten kann und in welchem Zeitpunkt diese Voraussetzung erfüllt sein muss.

<sup>116</sup> Urteil KGer SZ Nr. ZK 1 2013 13 vom 9. Juni 2015, E. 11.

<sup>117</sup> Urteil BGER 5A\_629/2015 vom 27. März 2017, E. 9.

<sup>118</sup> BGE 145 III 1 (Urteil BGER 5A\_404/2018 vom 6. November 2018).

<sup>119</sup> BGE 145 III 1 (3), E. 3.

<sup>120</sup> Urteil BGER 5A\_682/2014 und 5A\_692/2014 vom 16. Juli 2015, Sachverhalt A und B.

<sup>121</sup> Ein landwirtschaftliches Gewerbe lag offenbar nicht vor.



[88] A ist verheiratet mit I. Diese hatte von ihrem Vater das landwirtschaftliche Gewerbe «H» geerbt, das sie zusammen mit A bewirtschaftet. Am 15. Dezember 2007 hatten die Ehegatten A und I durch Ehevertrag den Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft vereinbart. Damit wurde das bisher im Alleineigentum der Ehefrau stehende Gewerbe «H» zu Gesamteigentum beider Ehegatten (Art. 222 Abs. 1 ZGB). Dieser Ehevertrag enthielt keine Bestimmung, wonach der Ehemann A bei Auflösung des Güterstandes das Gewerbe zu Alleineigentum übernehmen könnte. Dies bedeutet im vorliegenden Fall, dass die Ehefrau des Klägers den geerbten, in die Ehe eingebrachten und zu ihrem Eigengut zählenden (Art. 198 Ziff. 2 ZGB) Landwirtschaftsbetrieb «H» an sich ziehen kann, selbst wenn sie die Voraussetzungen der Zuweisung nach Art. 36 BGG nicht erfüllt. Der Schutz desjenigen Ehegatten, der das Gewerbe als Eigengut eingebracht hat, geht der agrarpolitischen Zielsetzung vor.<sup>122</sup>

[89] Nachdem A am 19. Mai 2008 die Erbteilungsklage rechtshängig gemacht hatte, schloss er am 21. Juni 2008 mit seiner Ehefrau I einen zweiten Ehevertrag ab. Mit diesem zweiten Ehevertrag haben die Ehegatten den ersten Ehevertrag von 2007 dahingehend geändert, dass A in allen Fällen der Auflösung der Gütergemeinschaft die Zuweisung des landwirtschaftlichen Gewerbes «H» zu Alleineigentum soll verlangen können. Mit dem zweiten Vertrag wollte die Ehefrau dazu beitragen, dass ihr Ehemann im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BGG die wirtschaftliche Verfügungsmacht über das landwirtschaftliche Gewerbe «H» erhält und, für den Fall der Auflösung der Gütergemeinschaft, die Möglichkeit hat, durch seine alleinige Entscheidung an das Alleineigentum über den Landwirtschaftsbetrieb «H» zu gelangen.<sup>123</sup>

[90] Nach Art. 21 Abs. 1 BGG kann ein Erbe die Zuweisung landwirtschaftlicher Einzelgrundstücke aus der Erbschaft zum doppelten Ertragswert verlangen, wenn er Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist oder über ein solches wirtschaftlich verfügt. Gestützt auf den Gesetzestext und nach der Lehre muss der Erbe nicht schon im Zeitpunkt des Erbgangs, sondern spätestens im Zeitpunkt, in dem er die Zuweisung verlangt, Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein oder wirtschaftlich über ein solches verfügen.<sup>124</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat jedoch nur wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein Gewerbe, wer früher oder später ohne Zutun eines Dritten das Eigentum an einem landwirtschaftlichen Gewerbe zu erwerben vermag, d.h. durch vertragliche oder gesetzliche Bestimmung von sich aus zum Alleineigentum am Gewerbe gelangen kann.<sup>125</sup>

[91] Bei der Aufhebung von vertraglich begründetem Gesamt- oder Miteigentum an einem landwirtschaftlichen Gewerbe kann jeder Mit- oder Gesamteigentümer die ungeteilte Zuweisung des Gewerbes zu Alleineigentum verlangen, wenn er es selber bewirtschaften will und dafür als geeignet erscheint (Art. 36 Abs. 1 BGG). Keine Rolle für den Zuweisungsentscheid spielt dabei,

<sup>122</sup> Urteil BGer 5A\_682/2014 und 5A\_692/2014 vom 16. Juli 2015, E. 5.2.3; BENNO STUDER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 10 zu Art. 36 BGG; YVES DONZALLAZ, Commentaire de la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le nouveau droit foncier rural, 1993, N. 373 zu Art. 36 BGG.

<sup>123</sup> Urteil BGer 5A\_682/2014 und 5A\_692/2014 vom 16. Juli 2015, E. 5.2.1.

<sup>124</sup> BRUNO BEELER, «Bäuerliches Erbrecht» gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGG) vom 4. Oktober 1991, Diss. Zürich 1998, S. 324; SANDRA DOSIOS PROBST, La loi sur le droit foncier rural: objet et conditions du droit à l'attribution dans une succession ab intestat, Diss. Lausanne 2002, S. 230 N. 439; JOHANN GILLIERON, La liberté de disposer à cause de mort au regard de la loi fédérale sur le droit foncier rural, Diss. Lausanne 2004, S. 305 N. 918; THOMAS MEYER, Erbteilung im bäuerlichen Erbrecht, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Ausgewählte Aspekte der Erbteilung, 2005, S. 85 ff., S. 116.

<sup>125</sup> BGE 134 III 433 (435), E. 2.4.3; bestätigt in den Urteilen BGer 5A\_682/2014 und 5A\_692/2014 vom 16. Juli 2015, E. 5.2.2.

wem das Gewerbe ursprünglich gehört hat bzw. wer es seinerzeit in das gemeinschaftliche Eigentum eingebracht hat. Bei der Aufhebung von Gesamteigentum unter Ehegatten, das auf ehevertraglicher Gütergemeinschaft gründet, gehen allerdings die Art. 242 und 243 ZGB den Bestimmungen des BGG vor (Art. 36 Abs. 3 BGG). Demnach nimmt bei Auflösung der Gütergemeinschaft derjenige Ehegatte das Gewerbe zu Alleineigentum zurück, in dessen Eigengut das Gewerbe unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung stehen würde (Rückfall, Art. 242 ZGB, bei Tod allerdings nur der überlebende Ehegatte: Art. 243 ZGB). Während die Einbringung des Gewerbes in die Gütergemeinschaft einen Vorkaufsfall hinsichtlich der Verwandtenvorkaufsrechte des BGG darstellt (erweiterter Vorkaufsfall, Art. 43 lit. a BGG), gilt dies nach der Lehre nicht für den Rückfall.<sup>126</sup>

[92] Besteht am landwirtschaftlichen Gewerbe Gesamteigentum zufolge Gütergemeinschaft unter den Ehegatten, kann somit eine allgemeine Gütergemeinschaft für sich allein nicht genügen, um die nach Art. 21 BGG erforderliche wirtschaftliche Verfügungsmacht über das Gewerbe zu gewährleisten. Damit ein Ehegatte, welcher kraft Ehevertrag Gesamteigentümer an einem landwirtschaftlichen Gewerbe ist, wirtschaftlich über dieses verfügt, muss vielmehr vertraglich geregelt sein, dass der betreffende Ehegatte in jedem Fall der Auflösung des Güterstandes einen Anspruch auf das landwirtschaftliche Gewerbe zu Alleineigentum hat (Art. 242 Abs. 3 ZGB, Art. 39 BGG).<sup>127</sup> Bei Auflösung der Gütergemeinschaft infolge Todes gilt zudem zu beachten, dass dem überlebenden Ehegatten keine Vorrangstellung gegenüber den anderen gesetzlichen Erben zukommt. Jedoch kann der Erblasser gemäss Art. 19 Abs. 1 BGG den überlebenden Ehegatten durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag als Übernehmer bezeichnen, wenn mehrere Erben die Voraussetzungen für den Zuweisungsanspruch erfüllen.<sup>128</sup>

[93] Im vorgestellten Urteil musste das Bundesgericht letztlich die Frage nach dem massgeblichen Zeitpunkt nicht beantworten, da der erste Ehevertrag von 2007 A keine wirtschaftliche Verfügungsmacht über das Gewerbe gewährte und der zweite Ehevertrag von 2008 erst während des Erbteilungsprozesses und damit zu spät abgeschlossen wurde. Dem Kläger A stand folglich kein Anspruch auf Zuweisung der beiden landwirtschaftlichen Grundstücke aus dem Nachlass seiner Eltern zu.

[94] Kommentar: Nach wie vor ist höchstrichterlich nicht geklärt, zu welchem Zeitpunkt der Erbe, welcher den Zuweisungsanspruch nach Art. 21 Abs. 1 BGG geltend macht, über ein landwirtschaftliches Gewerbe verfügen muss.<sup>129</sup> Die Lehre ist der Auffassung, dass der den Zuweisungsanspruch erhebende Erbe erst im Zeitpunkt des Zuweisungsbegehrens über ein Gewerbe verfügen muss. Das Bundesgericht hegte daran gewisse Zweifel, weil die Gesetzesmaterialien zumindest nahelegten, dass der Erbe bereits bei der Eröffnung des Erbgangs durch den Tod des Erblassers ein landwirtschaftliches Gewerbe als Eigentümer oder Verfügungsberechtigter besitzen muss.<sup>130</sup> Letztlich konnte die Frage nach dem genauen Zeitpunkt im vorliegenden Fall aber offen bleiben, denn der Kauf oder die Übernahme eines landwirtschaftlichen Gewerbes erst im Prozess

<sup>126</sup> BENNO STUDER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 6 zu Art. 36 BGG.

<sup>127</sup> Urteil BGer 5A\_682/2014 und 5A\_692/2014 vom 16. Juli 2015, E. 5.2.3.; BGE 134 III 433 (435), E. 2.4.3.3.

<sup>128</sup> Urteil BGer 5A\_682/2014 und 5A\_692/2014 vom 16. Juli 2015, E. 5.2.4.

<sup>129</sup> Auch im späteren Urteil BGer 5A\_266/2016 vom 21. September 2016, E. 2.3.3, hat das Bundesgericht die Frage des massgeblichen Zeitpunkts offengelassen.

<sup>130</sup> Offengelassen im Urteil BGer 5A\_752/2012 vom 20. November 2012, E. 3.2; Urteil BGer 5A\_682/2014 vom 16. Juli 2015, E. 5.1; zuletzt: Urteil BGer 5A\_266/2016 vom 21. September 2016, E. 2.3.3.

über den Zuweisungsanspruch hatte von vornherein ausser Betracht zu bleiben und konnte die Voraussetzung einer Zuweisung im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BGG nicht erfüllen. Dem ist m.E. zuzustimmen.

[95] Für das gesetzliche Vorkaufsrecht an einem Grundstück (Art. 42 Abs. 2, Art. 47 Abs. 2, Art. 49 Abs. 2 BGG) hat das Bundesgericht kürzlich entschieden, der Vorkaufsberechtigte müsse bereits im Zeitpunkt des Vorkaufsfalles über ein Gewerbe verfügen.<sup>131</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung unterscheidet sich das Vorkaufsrecht jedoch strukturell vom erbrechtlichen Zuweisungsrecht. M.E. genügt es daher, wenn der anspruchserhebende Erbe spätestens im Zeitpunkt des erbrechtlichen Zuweisungsbegehrens über ein Gewerbe verfügt. Die Auffassung, der Erbe müsse bereits im Zeitpunkt des Erbgangs diese Voraussetzung erfüllen, ist abzulehnen.<sup>132</sup>

[96] Die hier vorgestellte Rechtsprechung bezieht sich zwar auf die Situation bei ehevertraglichem Gesamteigentum. Indessen kann für Miteigentum an einem landwirtschaftlichen Gewerbe unter Ehegatten nichts anderes gelten. Das Bundesgericht hat bereits in BGE 134 III 433 festgehalten: «*Gemeinschaftliches Eigentum von zwei Personen mit gleichen Anteilen genügt nach dem Gesagten für die Ausübung des Zugrechts dann nicht, wenn der die Integralzuweisung beanspruchende Gesamteigentümer im Falle der Auflösung des dem Gesamteigentum zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses sein Gesamteigentum verliert.*»<sup>133</sup> Das gemeinschaftliche Eigentum umfasst sowohl das Gesamt- als auch das Miteigentum (Marginalie zu Art. 646 ZGB). Auch bei Miteigentum am Gewerbe ist daher vertraglich sicherzustellen, dass bei Aufhebung des Miteigentums das Gewerbe in jedem Fall und ohne Zutun Dritter an denjenigen Ehegatten zugewiesen wird, der den erbrechtlichen Zuweisungsanspruch an den Nachlassgrundstücken (Art. 21 BGG) geltend macht. Auch der gesetzliche Zuweisungsanspruch bei Aufhebung von Miteigentum (Art. 650 ff. ZGB, Art. 36 Abs. 1 BGG) kann in öffentlicher Urkunde abgeändert werden (Art. 39 BGG).

### 3.4. Selbstbewirtschaftung durch natürliche Personen

[97] In zwei Urteilen äussert sich das Bundesgericht im Berichtszeitraum im Zusammenhang mit Entscheidungen zum landwirtschaftlichen Pachtrecht (LPG)<sup>134</sup> zum Begriff der Selbstbewirtschaftung an Grundstücken (Urteil BGer 4A\_260/2019 vom 23. Oktober 2019 und Urteil BGer 4A\_239/2019 vom 27. August 2019). Der Begriff des Selbstbewirtschafters findet sich sowohl im BGG als auch im landwirtschaftlichen Pachtrecht (LPG). Das LPG enthält jedoch anders als das BGG keine gesetzliche Definition des Begriffs. Für den Begriff des Selbstbewirtschafters ist auch im Pachtrecht auf Art. 9 BGG abzustellen.<sup>135</sup> Der Begriff wird in beiden Erlassen identisch verwendet.<sup>136</sup> Die von Lehre und Rechtsprechung zu Art. 620 ZGB entwickelten Kriterien zum Begriff des Selbstbewirtschafters können auch unter der Herrschaft des BGG (und des LPG) herangezogen werden.<sup>137</sup>

<sup>131</sup> BGE 146 III 217 (222), E. 6.4.2.

<sup>132</sup> FRANZ A. WOLF; Zuweisungsrechte und Nachlassplanung im bäuerlichen Erbrecht, in: Blätter für Agrarrecht (BIAR), Jg. 51 (2017), H. 3/3, S. 209 f.

<sup>133</sup> BGE 134 III 433 (437), E. 2.4.3.3.

<sup>134</sup> Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985 (LPG, SR 221.213.2).

<sup>135</sup> Urteil BGer 4A\_239/2019 vom 27. August 2019, E. 2.2.1.1.1.

<sup>136</sup> BGE 115 II 185 (185), E. 2.

<sup>137</sup> BGE 134 III 586 (589), E. 3.1.2.

[98] Die Anforderungen an die Selbstbewirtschaftung von Grundstücken sind nicht identisch mit jenen bei Gewerben, was sich schon aus dem Wortlaut von Art. 9 BGG ergibt. Für die Selbstbewirtschaftung einzelner landwirtschaftlicher Grundstücke muss die betreffende Person jedoch bereits bisher eine entsprechende landwirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt oder sich zumindest intensiv darauf vorbereitet haben.<sup>138</sup> Beim Kriterium des Willens zur Selbstbewirtschaftung einzelner Grundstücke sind strenge Anforderungen zu stellen.<sup>139</sup> Die Selbstbewirtschaftung muss ernsthaft gewollt und praktisch möglich sein.<sup>140</sup> Selbstbewirtschafter ist, wer sich (ggf. zusammen mit seinen Angehörigen) im Wesentlichen selbst auf dem Grundstück betätigt.<sup>141</sup> Vorausgesetzt wird zudem die Eignung zur Selbstbewirtschaftung, wobei dieser Begriff eng mit jenem der Selbstbewirtschaftung verbunden ist.<sup>142</sup>

[99] Das Gericht hat in Gesamtwürdigung aller Tatsachen die Überzeugung zu gewinnen, es sei wahrscheinlich, dass sich der potentielle Selbstbewirtschafter auf dem Heimwesen behaupten und den Betrieb sachgerecht führen könne. An diese Prognose und Wertung dürfen nach dem Bundesgericht nicht allzu strenge Massstäbe gelegt werden. Es muss nicht absolut sicher und undiskutabel, sondern bloss wahrscheinlich sein, dass sich der Interessent als selbständiger Bewirtschafter eines landwirtschaftlichen Betriebs von der Grösse und Art des streitgegenständlichen bewähren werde, wobei auch die Eignung der Ehegatten einbezogen werden kann.<sup>143</sup>

[100] In verschiedenen früheren Entscheiden hat das Bundesgericht unter Hinweis auf die Botschaft des BGG ausgeführt, in der Regel sei nur zur Selbstbewirtschaftung geeignet, wer eine landwirtschaftliche Schule besucht habe.<sup>144</sup> Mit der am 1. Januar 1999 in Kraft getretenen Teilrevision von Art. 9 BGG wurde aber klargestellt, dass Selbstbewirtschaftung nicht nur dann vorliegt, wenn jemand bereits ein landwirtschaftliches Gewerbe persönlich leitet; für die Selbstbewirtschaftung einzelner landwirtschaftlicher Grundstücke genüge es, dass die betreffende Person eine entsprechende landwirtschaftliche Tätigkeit schon bisher ausgeübt oder sich zumindest intensiv darauf vorbereitet habe. Entsprechend wird gefordert, dass die Person eine im Hinblick auf das streitgegenständliche landwirtschaftliche Grundstück adäquate Ausbildung hat, um dieses zu bewirtschaften oder eine fachgerechte Bewirtschaftung eines vergleichbaren landwirtschaftlichen Grundstücks nachweisen kann.<sup>145</sup>

[101] Ob eine Person gewillt und geeignet ist, ein landwirtschaftliches Heimwesen zum Selbstbetrieb zu übernehmen, ist weitgehend eine Tatfrage, soweit nicht das Mass der an den Bewerber zu stellenden Anforderungen zur Debatte steht.<sup>146</sup> In einem früheren Urteil hielt das Bundesge-

<sup>138</sup> Urteil BGer 4A\_239/2019 vom 27. August 2019, E. 2.2.1.1.2.

<sup>139</sup> EDUARD HOFER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 29 zu Art. 9 BGG; FRANZ A. WOLF, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum landwirtschaftlichen Pachtrecht, Rechtsprechungsübersicht von 2015 bis 2019, in: Jusletter 15. Juni 2020, S. 16.

<sup>140</sup> BGE 94 II 254 (258), E. 3a.

<sup>141</sup> BGE 115 II 181 (185), E. 2b.

<sup>142</sup> Urteil BGer 2C\_855/2008 vom 11. Dezember 2009, E. 2.1 und 2.3; Urteil BGer 5C.247/2002 vom 22. April 2003, E. 3.2; Urteil BGer 2C\_747/2008 vom 5. März 2009, E. 3.1; Urteil BGer 5A.20/2004 vom 2. November 2004, E. 2.2.

<sup>143</sup> Urteil BGer 4A\_239/2019 vom 27. August 2019, E. 2.2.1.1.1; BGE 110 II 488 (489), E. 5; Urteil BGer 2C\_539/2014 vom 23. Oktober 2014, E. 7.2.1; Urteil BGer 2C\_747/2008 vom 5. März 2009, E. 3.1; Urteil BGer 5C.247/2002 vom 22. April 2009, E. 3.2.

<sup>144</sup> Urteil BGer 5A.17/2006 vom 21. Dezember 2006, E. 2.4.1; Urteil BGer 5C.247/2002 vom 22. April 2003, E. 3.2.

<sup>145</sup> Urteil BGer 4A\_239/2019 vom 27. August 2019, E. 2.2.1.1.2; Urteil BGer 2C\_747/2008 vom 5. März 2009, E. 3.1; Urteil BGer 5A.17/2006 vom 21. Dezember 2006, E. 2.4.1; Urteil BGer 5A.9/2001 vom 30. Juli 2001, E. 2c.

<sup>146</sup> Urteil BGer 4A\_239/2019 vom 27. August 2019, E. 2.2.1.1.3; BGE 107 II 30 (33), E. 2.

richt im Zusammenhang mit Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG (Unzumutbarkeit der Pächterstreckung bei Selbstbewirtschaftung) fest, das Fehlen eines Betriebskonzeptes führe nicht zwingend zur Annahme der fehlenden Eignung zur Selbstbewirtschaftung.<sup>147</sup>

[102] Dem bundesgerichtlichen Urteil 5A\_109/2018 vom 20. April 2018 lag eine Rechtsstreitigkeit über die Auslegung eines vertraglichen Kaufrechts an einem landwirtschaftlichen Gewerbe zugrunde. Im Jahr 1989 schlossen die Erben einen Erbteilungsvertrag ab und übertrugen das sich im Nachlass befindende landwirtschaftliche Gewerbe an einen Miterben. Den übrigen Miterben wurde an diesem Gewerbe ein vertragliches Kaufrecht für die Dauer von 50 Jahren eingeräumt. Der Vertrag enthielt folgenden Passus: «*Der Kaufrechtsausübende muss praktizierender Landwirt sein und er muss nach Gesetz als Landwirt geeignet und ausgebildet sein*». Die kantonalen Zivilgerichte (Kantonsgericht und Obergericht) haben diese Vertragsklausel den Anforderungen des Selbstbewirtschafters im BGBB gleichgestellt. Diese Auffassung hat auch das Bundesgericht geschützt.<sup>148</sup>

[103] Kommentar: Für die Selbstbewirtschaftung einzelner landwirtschaftlicher Grundstücke sind an die Fähigkeiten und Eignung geringere Anforderungen zu stellen als für landwirtschaftliche Gewerbe. Gerade umgekehrt verhält es sich beim Kriterium des Willens zur Selbstbewirtschaftung. Die beiden Urteile bieten einen Überblick über den aktuellen Stand der Rechtsprechung zur Selbstbewirtschaftung an Grundstücken durch natürliche Personen.

### **3.5. Im Besonderen: Nachweis Wille zur Selbstbewirtschaftung und Beweismass**

[104] Dem Urteil des BGer 5A\_350/2019 der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 26. Oktober 2020 ging eine mehrjährige Erbstreitigkeit über die Zuweisung eines Hofes voraus. Der Erblasser hinterliess seine Ehefrau und vier Kinder, darunter die Tochter A und den Sohn B. Eine Verfügung von Todes wegen lag nicht vor. Im Nachlass befanden sich mehrere landwirtschaftliche Grundstücke und Miteigentumsanteile an solchen. Allerdings war strittig, ob überhaupt ein landwirtschaftliches Gewerbe vorlag (Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 BGBB).

[105] Mit objektiv-partieller Erbteilungsklage vom 29. April 2010 verlangte B die Integralzuweisung am landwirtschaftlichen Gewerbe zur Selbstbewirtschaftung. Die Miterbinnen verlangten in Ihren Anträgen, es sei dem A nur ein Teil der Grundstücke und diese erst noch zum Verkehrswert zuzuweisen. Ein erstes bezirksgerichtliches Urteil vom 31. Juli 2013 wurde auf Berufung von A hin durch das Obergericht aufgehoben und an das Bezirksgericht zurückgewiesen.<sup>149</sup> Mit dem nachfolgenden zweiten Urteil vom 3. August 2017 wies das Bezirksgericht die Grundstücke und Miteigentumsanteile zur Selbstbewirtschaftung und zum Ertragswert an B zu. Erneut erhob A Berufung und verlangte im Wesentlichen, dass die Grundstücke dem A zum Verkehrswert, anstatt zum Ertragswert zuzuweisen seien.<sup>150</sup>

[106] Nach einem umfangreichen Beweisverfahren war das Bezirksgericht zum Schluss gekommen, bei den Grundstücken im Nachlass handle es sich um ein landwirtschaftliches Gewerbe,

<sup>147</sup> Urteil BGer 4A\_260/2019 vom 23. Oktober 2019, E. 3.

<sup>148</sup> Urteil BGer 5A\_109/2018 vom 20. April 2018, E. 7.

<sup>149</sup> Beschluss OGER ZH vom 27. Juni 2014.

<sup>150</sup> Urteil OGER ZH LB 170041-O/U vom 15. März 2019, Berufungsanträge, S. 9.

was das Obergericht bestätigte.<sup>151</sup> Der erbrechtliche Zuweisungsanspruch an einem landwirtschaftlichen Gewerbe nach Art. 11 Abs. 1 BGG setzt voraus, dass der Ansprecher das ihm zugewiesene landwirtschaftliche Gewerbe selber bewirtschaftet und er dafür fähig und geeignet ist (Art. 9 BGG). Somit war zu prüfen, ob B die Voraussetzungen zur Selbstbewirtschaftung erfüllt. Das Obergericht befasste sich eingehend mit der Selbstbewirtschaftung,<sup>152</sup> insbesondere mit der Frage, ob B zur Selbstbewirtschaftung geeignet und gewillt sei.<sup>153</sup> Es hielt bezüglich des Willens zur Selbstbewirtschaftung fest, dieser Wille müsse aus den gesamten zu berücksichtigenden Umständen eindeutig und glaubwürdig hervorgehen und daraus müsse die gerichtliche Überzeugung resultieren, dass der Ansprecher das Gewerbe selber bewirtschaften werde. Aufgrund der Umstände sprach das Obergericht dem B seinen Willen zur Selbstbewirtschaftung ab. Es wies den Antrag von B auf Zuweisung des Gewerbes ab und wies die Sache zur Ergänzung an das Bezirksgericht zurück.

[107] B gelangte daraufhin mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Er rügte mitunter, das Obergericht hätte auf die Berufung mangels ausreichender Begründung gar nicht erst eintreten dürfen.<sup>154</sup> Die Berufungsführerin A habe die Bestreitung seines Willens zur Selbstbewirtschaftung in der Berufung ungenügend begründet. Das Bundesgericht folgt dieser Auffassung. Nicht nur war die Berufung ungenügend begründet, sondern das Obergericht hatte auch allzu strenge Anforderungen an den Nachweis des Willens zur Selbstbewirtschaftung gestellt.

[108] Als innere Tatsache ist der Wille einem direkten Beweis naturgemäss nicht zugänglich; er lässt sich direkt nur durch Parteiaussage, im Übrigen aber lediglich durch Folgerungen aus dem äusseren Verhalten einer Person oder anhand der Umstände beweisen.<sup>155</sup> Wo ein strikter Beweis der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist, betrachtet die Rechtsprechung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend.<sup>156</sup> Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.<sup>157</sup>

[109] Dies alles übersehe das Obergericht, wenn es das Bezirksgericht mit Blick auf die Feststellung des Willens zur Selbstbewirtschaftung darüber belehre, dass das Willenselement «eindeutig» aus den Umständen hervorgehen müsse und diesbezüglich eine «gerichtliche Überzeugung» zu fordern sei.<sup>158</sup> Nach alledem stehe fest, so das Bundesgericht, dass das Obergericht einen Rechtsfehler begehe, indem es im Berufungsverfahren eine Rüge behandle, obwohl diese von der Beschwerdegegnerin nicht den Anforderungen entsprechend begründet wurde. Die Vorinstanz hätte auf die gegen die erstinstanzliche Feststellung des Willens zur Selbstbewirtschaftung gerichtete Rüge der Beschwerdegegnerin nicht eintreten dürfen. Entsprechend dem erstinstanzlichen Entscheid habe daher der Wille des Beschwerdeführers, das landwirtschaftliche Gewerbe selbst zu bewirtschaften, als erstellt zu gelten. Damit falle der angefochtene Entscheid in sich zu-

<sup>151</sup> Urteil OGER ZH LB 170041-O/U vom 15. März 2019, E. 5 und E. 6.

<sup>152</sup> Urteil OGER ZH LB 170041-O/U vom 15. März 2019, E. 7.3.2.

<sup>153</sup> Urteil OGER ZH LB 170041-O/U vom 15. März 2019, E. 7.4.1 bis E. 7.4.4.

<sup>154</sup> Urteil BGer 5A\_350/2019 vom 26. Oktober 2020, E. 4.1.

<sup>155</sup> BGE 140 III 193 (197), E. 2.2.1.

<sup>156</sup> BGE 144 III 264 (269), E. 5.3; BGE 141 III 569 (573), E. 2.2.1; BGE 130 III 321 (324), E. 3.2.

<sup>157</sup> BGE 144 III 264 (269), E. 5.2; BGE 140 III 610 (612), E. 4.1; BGE 132 III 715 (719), E. 3.1.

<sup>158</sup> Urteil BGer 5A\_350/2019 vom 26. Oktober 2020, E. 4.4.

sammen, denn andere Gründe, weshalb dem Beschwerdeführer das fragliche landwirtschaftliche Gewerbe in der Erbteilung nicht integral zugewiesen werden könnte, seien dem angefochtenen Entscheid nicht zu entnehmen.<sup>159</sup> Das Bundesgericht heisst folglich die Beschwerde gut und weist die Sache an das kantonale Obergericht zurück, damit dieses unter «*Bejahung der Integralzuweisung an den Beschwerdeführer ein neues Urteil*» zu fällen habe.<sup>160</sup>

[110] Kommentar: Das Bundesgericht präzisiert den Nachweis des Willens zur Selbstbewirtschaftung. Ein absoluter, eindeutiger Beweis des Willens ist weder möglich noch erforderlich. Es genügt hinsichtlich des Beweismasses eine überwiegende Wahrscheinlichkeit. Obwohl das Urteil im Kontext einer Erbteilung ergangen ist, gilt dieses Beweismass auch für das öffentlich-rechtliche Erwerbsbewilligungsverfahren (Art. 61 ff. BGG). Die Anforderungen an die Selbstbewirtschaftung (Art. 9 BGG) sind im privatrechtlichen Teil des BGG identisch mit jenen im öffentlich-rechtlichen Teil.

### 3.6. Selbstbewirtschaftung durch juristische Personen

[111] Gemessen an der langen Rechtstradition des bäuerlichen Erbrechts<sup>161</sup> sind juristische Personen des Privatrechts und insbesondere Kapitalgesellschaften (Art. 2 lit. c FusG) als Eigentümer landwirtschaftlichen Bodens, zumindest hierzulande, eine eher neue Erscheinung. Sie stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den Zielen des BGG hinsichtlich der Selbstbewirtschaftung und der Förderung von Familienbetrieben (Art. 1 Abs. 1 lit. a und b BGG). Das bäuerliche Erbrecht ging und geht bis heute vom Modell aus, dass ein landwirtschaftliches Gewerbe im Alleineigentum oder im gemeinschaftlichen Eigentum von natürlichen Personen steht und diese das Gewerbe auch selber bewirtschaften und dieses lebzeitig an selbstbewirtschaftende Nachkommen oder Verwandte veräussert oder vererbt wird.<sup>162</sup> So ist denn auch die Definition der Selbstbewirtschaftung im bäuerlichen Bodenrecht auf die Tätigkeit natürlicher Personen zugeschnitten. Dennoch besteht in der Praxis ein gewisses Bedürfnis, landwirtschaftliche Gewerbe auch in der Eigentumsstruktur von Kapitalgesellschaften zu organisieren. Das hat den Bundesrat bewogen, dem Parlament mit der Botschaft zur Agrarpolitik AP 2022+ neue Bestimmungen zu juristischen Personen im BGG zu unterbreiten.<sup>163</sup> Im Urteil 4A\_260/2019 vom 23. Oktober 2019 hatte das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer Pächterstreckung die Selbstbewirtschaftung durch juristische Personen zu beurteilen. Die bundesgerichtlichen Erwägungen entsprechen denen aus der bisherigen Rechtsprechung.

[112] Aus der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), auf welche sich auch die Landwirte berufen können, soweit der Bundesgesetzgeber keine Abweichungen vorgesehen hat (Art. 104 Abs. 2 BV), ergibt sich, dass landwirtschaftliche Betriebe auch in Form einer juristischen Person betrieben werden können; einer gesetzlichen Grundlage bedürfte nicht die Zulassung, sondern das Ver-

<sup>159</sup> Urteil BGer 5A\_350/2019 vom 26. Oktober 2020, E. 4.5.

<sup>160</sup> Urteil BGer 5A\_350/2019 vom 26. Oktober 2020, E. 5.

<sup>161</sup> Bereits das ZGB von 1912 enthielt Bestimmungen zum bäuerlichen Erbrecht (aArt. 620 ff. ZGB).

<sup>162</sup> Im deutschsprachigen Raum ausgedrückt durch das Sprichwort: «Das Gut fliesst wie das Blut».

<sup>163</sup> Entwurf BGG gemäss Botschaft zur AP 2022+, vom 12. Februar 2020, BBl 2020, S. 3955 ff.; FRANZ A. WOLF, Die Revision des bäuerlichen Bodenrechts, Botschaft AP 2022+, Die Revision des bäuerlichen Bodenrechts (BGG) gemäss Entwurf und Botschaft zur Agrarpolitik 2022+ vom 12. Februar 2020 — Eine erste Beurteilung, in: Jusletter 30. März 2020.

bot einer solchen Rechtsform. Das Landwirtschaftsrecht verbietet den Betrieb landwirtschaftlicher Unternehmen durch juristische Personen nicht, sondern setzt im Gegenteil deren Zulässigkeit verschiedentlich voraus (Art. 4 Abs. 2 BGBB; Art. 3 Abs. 2 und 3 DZV;<sup>164</sup> Art. 2 Abs. 1 LBV).<sup>165</sup> Demgemäss können auch juristische Personen grundsätzlich landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstücke erwerben. Die Rechtsprechung anerkennt juristische Personen allerdings nur mit Zurückhaltung als Selbstbewirtschafter.<sup>166</sup> Juristische Personen erfüllen das Erfordernis der Selbstbewirtschaftung, wenn natürliche Personen, die Mitglieder oder Gesellschafter einer juristischen Person sind, über eine Mehrheitsbeteiligung verfügen und die Anforderungen an die Selbstbewirtschaftung erfüllen oder zumindest die Mehrheit der Gesellschafter auf dem Hof mitarbeitet.<sup>167</sup>

[113] 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 BGBB). Ein sinngemässes Vorkaufsrecht besteht auch bei Veräusserung von Miteigentumsanteilen an einem landwirtschaftlichen Gewerbe (Art. 49 Abs. 1 und 3 BGBB). In der Erbteilung bestehen erbrechtliche Zuweisungsrechte am Gewerbe (Art. 11 Abs. 1 und 2 BGBB), 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 BGBB). Es stellt sich 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 BGBB vorgesorgt und einen (teilweisen) Schutz der familieneigenen Nachfolge vorgesehen. Unter den Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 2 BGBB behandelt das Gesetz eine Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person wie ein landwirtschaftliches Gewerbe. Eine Mehrheitsbeteiligung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 BGBB gilt zudem als wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein Gewerbe.<sup>168</sup>

[114] Die Anwendbarkeit von Art. 4 Abs. 2 BGBB 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 BGBB handelt. Weiter ist kumulativ vorausgesetzt, dass dieses Gewerbe wertmässig ein Hauptaktivum der juristischen Person darstellt. Trifft beides zu, so sind auf eine Mehrheitsbeteiligung an der juristischen Person die Bestimmungen des BGBB über landwirtschaftliche Gewerbe anwendbar. Wenn der Inhaber einer Mehrheitsbeteiligung nach Art. 4 Abs. 2 BGBB das Gewerbe, welches das Hauptaktivum der juristischen Person bildet, persönlich bewirtschaftet, kann er zwar als Selbstbewirtschafter gelten. Er muss dazu aber alle Anforderungen

<sup>164</sup> Direktzahlungsverordnung vom 23. Oktober 2013 (DZV, SR 910.13).

<sup>165</sup> Landwirtschaftliche Begriffsverordnung vom 7. Dezember 1998 (LBV, SR 910.91).

<sup>166</sup> BGE 115 II 181 (185), E. 2b; Urteil BGER 5A.22/2002 vom 7. Februar 2003, E. 2.2.

<sup>167</sup> BGE 140 II 233 (238), E. 3.2.1; 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.

<sup>168</sup> BGE 129 III 693 (700), E. 5.5; FRANZ A. WOLF, Die Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person im bäuerlichen Boden- und Pachtrecht (Art. 4 Abs. 2 BGBB), in: Blätter für Agrarrecht, Jg. 52 (2018), H. 3/3, S. 213–226.



an einen Selbstbewirtschafter erfüllen. Ausserdem muss er über das Gewerbe verfügen können, sodass er es als Arbeitsinstrument einsetzen kann, wie wenn er direkt Eigentümer wäre.<sup>169</sup>

### 3.7. Lidlohnforderungen in der Erbteilung und Erhöhung Anrechnungswert

[115] In den bereits vorgestellten Urteilen 5A\_682/2014 und 5A\_692/2014 vom 16. Juli 2015 waren u.a. Lidlohnforderungen eines Miterben Streitgegenstand. War früher in bäuerlichen Verhältnissen die unentgeltliche Mitarbeit volljähriger Nachkommen auf dem Hof oder im Bauernhaushalt weit verbreitet, sind solche Arbeitsverhältnisse und damit Lidlohnforderungen heute nur noch selten anzutreffen.

[116] Gemäss Art. 334 ZGB können volljährige Kinder oder Grosskinder, die ihren Eltern oder Grosseltern in gemeinsamem Haushalt ihre Arbeit oder ihre Einkünfte zugewendet haben, hierfür eine angemessene Entschädigung verlangen (Abs. 1), über deren Höhe, Sicherung und Art und Weise der Bezahlung im Streitfalle das Gericht entscheidet (Abs. 2), und zwar nach Recht und Billigkeit.<sup>170</sup> Obwohl das Gesetz von «Eltern» spricht, ist Art. 334 ZGB auch anwendbar, wenn nur ein Elternteil im Haushalt lebt, sofern ihm die Stellung des Familienhauptes zukommt. Voraussetzung für den Lidlohnanspruch nach Art. 334 ZGB ist weiter die Zuwendung von Arbeitsleistung oder von Einkünften an den gemeinsamen Haushalt. Es kann zwar unter Umständen bereits ausreichen, wenn das volljährige Kind nur einen Teil seiner Arbeit oder seiner Einkünfte seinen Eltern zuwendet, indes muss eine gewisse Regelmässigkeit vorliegen und das Kind in der Ausübung einer ausserhäuslichen Erwerbstätigkeit eingeschränkt sein. Eine nur gelegentlich geleistete Arbeit oder Zuwendung reicht nicht aus. Im Einzelfall können deshalb bescheidene finanzielle Zuschüsse und Arbeitsleistungen nach Feierabend auch blosses Entgelt für Kost und Logis bei den Eltern und für deren weitere Leistungen (z.B. Besorgung der Wäsche) darstellen und keinen Anspruch auf Lidlohn geben.<sup>171</sup> Sind die Voraussetzungen des Lidlohnanspruchs hingegen erfüllt, kann für die Bemessung grundsätzlich auf die vom Schweizerischen Bauernverband (SBV) in Brugg ermittelten Lidlohnansätze abgestellt werden.<sup>172</sup>

[117] Bei den Lidlohnforderungen handelt es sich nicht um einen erbrechtlichen, sondern um einen gesetzlichen obligationenrechtlichen Anspruch sui generis.<sup>173</sup> Der Anspruch kann daher nicht durch letztwillige Verfügung (Testament, Art. 498 ZGB) wegbedungen werden.<sup>174</sup> Ein erbvertraglicher Verzicht dürfte aber m.E. zulässig sein (Art. 495 ZGB).

[118] Das Gesetz kennt zum Lidlohn besondere Fälligkeits- und Verjährungsregeln. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann die Lidlohnforderung mit dem Tod des Schuldners geltend gemacht werden (Art. 334<sup>bis</sup> Abs. 1 ZGB). Sie wird mit der Eröffnung des Erbganges fällig (Art. 537 Abs. 1 ZGB). Schon zu Lebzeiten des Schuldners kann sie geltend gemacht werden, wenn gegen ihn eine Pfändung erfolgt oder der Konkurs eröffnet wird, wenn der gemeinsame Haushalt aufgehoben

<sup>169</sup> BGE 140 II 233 (239), E. 3.2.3; Urteil BGer 4A\_260/2019 vom 2. Oktober 2019, E. 5.2.

<sup>170</sup> BGE 109 II 389 (391), E. 3; Urteil BGer 5A\_682/2014 und 5A\_692/2014 vom 16. Juli 2015, E. 7.1.

<sup>171</sup> Urteil BGer 5C.133/2004 vom 5. Januar 2005, E. 5.2.

<sup>172</sup> BGE 109 II 389 (391), E. 3.

<sup>173</sup> BSK ZGB I-Pius KOLLER/BENNO STUDER, Vorbem. zu Art. 334 und Art. 334<sup>bis</sup> ZGB, N 2.

<sup>174</sup> BGE 109 II 389 (392), E. 4 bis E. 6.

wird oder der Betrieb in andere Hände übergeht (Art. 334<sup>bis</sup> Abs. 2 ZGB). Nicht nur der Eigentumsübergang, sondern auch die Verpachtung des Betriebes dürfte darunter fallen. In all diesen Fällen unterliegt die fällige Lidlohnforderung zu Lebzeiten des Schuldners keiner Verjährung, sie muss aber spätestens in der Erbteilung des Schuldners geltend gemacht werden (Verwirkung, Art. 334<sup>bis</sup> Abs. 3 ZGB).

[119] Lidlohnforderungen sind Erbschaftsschulden, können aber nicht höher sein als der Nettowert (Art. 603 Abs. 2 ZGB). Insoweit ist die Zahlungspflicht der Erben gemildert und deren Haftung begrenzt.<sup>175</sup> Mit Bezug auf den Nettowert waren im vorliegenden Fall zwei landwirtschaftliche Nachlassliegenschaften nicht zum Verkehrswert, sondern einem Miterben zum doppelten Ertragswert zu Alleineigentum zugewiesen worden (Art. 21 BGG). Ergibt sich bei dieser Anrechnung zum doppelten Ertragswert ein Überschuss an Erbschaftspassiven, so wird der Anrechnungswert entsprechend erhöht, höchstens aber bis zum Verkehrswert. Ferner können die Miterben eine angemessene Erhöhung verlangen, wenn besondere Umstände es rechtfertigen (Art. 18 i.V.m. Art. 21 Abs. 2 BGG). Eine derartige Erhöhung des Anrechnungswertes fällt u.a. dann in Betracht, wenn andernfalls Lidlohnansprüche eines Miterben des Übernehmers nicht befriedigt werden oder eine besondere Notlage besteht, in der sich ein Miterbe des Übernehmers befindet.<sup>176</sup>

### 3.8. Verkehrswert für landwirtschaftliche Grundstücke in der Erbteilung

[120] Der Verkehrswert für landwirtschaftliche Grundstücke ist (auch im BGG) nicht gesetzlich definiert. Das Bundesgericht umschreibt ihn als jenen mittleren Preis, «zu dem Grundstücke in gleicher oder ähnlicher Grösse, Lage und Beschaffenheit in der betreffenden Gegend unter normalen Verhältnissen verkauft werden.»<sup>177</sup>

[121] Im erbrechtlichen Urteil 5A\_670/2012 hat sich das Bundesgericht im Jahr 2013 zum Begriff des Verkehrswertes für landwirtschaftliche Grundstücke im Zusammenhang mit der erbrechtlichen Ausgleichspflicht geäussert.<sup>178</sup> Der Erwerb von Grundstücken in der Erbteilung, so das Bundesgericht mit Blick auf Art. 62 lit. b BGG, sei nicht der Erwerbsbewilligungspflicht und damit nicht der Höchstpreiskontrolle gemäss Art. 66 BGG unterstellt. Daraus folge aber nicht, dass die in Art. 66 Abs. 1 BGG enthaltene Höchstpreisvorschrift in der Erbteilung keine Rolle spiele. Zu ermitteln sei vielmehr, entsprechend der allgemeinen Umschreibung des Verkehrswertbegriffs,<sup>179</sup> der mittlere Preis, für den der Beschwerdeführer Grundstücke gleicher oder ähnlicher Grösse, Lage und Beschaffenheit wie die streitigen in der betreffenden Gegend unter normalen Verhältnissen zu einem bestimmten Zeitpunkt an einen Dritten hätte verkaufen können. Bei der Ermittlung des Erwerbspreises, den ein Dritter bezahlen würde, sei aber zu beachten, dass dieser Dritte, abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmefällen (Art. 62 BGG), zum Erwerb eine Bewil-

<sup>175</sup> BGE 109 II 389 (395), E. 6.

<sup>176</sup> Urteil BGE 5A\_682/2014 und 5A\_692/2014 vom 16. Juli 2015, E. 5.1.

<sup>177</sup> BGE 103 Ia 103 (105), E. 3a.

<sup>178</sup> Urteil BGE 5A\_670/2012 vom 30. Januar 2013, E. 3.2.

<sup>179</sup> BGE 103 Ia 103 (105), E. 3a.

ligung bräuchte (Art. 61 BGG). Der Verkehrswert landwirtschaftlicher Grundstücke entspricht damit dem höchstzulässigen Preis nach Art. 66 BGG.<sup>180</sup>

[122] Im (enteignungsrechtlichen) Urteil 1C\_414/2016 vom 27. März 2017 hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung präzisiert. Der nach Art. 66 BGG zulässige Preis unterscheidet sich demnach vom Verkehrswert insofern, als er einerseits auf das Mittel der letzten fünf Jahre abstellt und andererseits einen Zuschlag von 5 % bzw. maximal 15 % vorsieht (Art. 66 Abs. 2 BGG). Höher als der nach Art. 66 BGG bestimmte Preis kann der Verkehrswert somit nicht sein, denn kein Käufer dürfte mehr bezahlen; der Verkehrswert kann jedoch tiefer liegen als der zulässige Preis.<sup>181</sup> Das Bundesgericht folgt damit der vorherrschenden Meinung in der Lehre.<sup>182</sup>

[123] Ist der Verkehrswert anhand des höchstzulässigen Preises nach Art. 66 BGG festzulegen, so dient der Ertragswert lediglich als Hilfsgrösse. Nach Art. 87 Abs. 1 BGG wird der Ertragswert, den das Gesetz in Art. 10 BGG umschreibt, von einer Behörde von Amtes wegen oder auf Antrag eines Berechtigten geschätzt; bei geplanten Bauten oder Anlagen kann die Behörde eine vorläufige Schätzung vornehmen. Nach Massgabe von Art. 87 Abs. 1<sup>bis</sup> BGG kann die behördliche Schätzung neben dem Ertragswert auch den Nutzwert des Inventars umfassen. Schliesslich kann der Ertragswert auch von einem Experten geschätzt werden; eine solche Schätzung ist verbindlich, wenn die Behörde sie genehmigt hat (Art. 87 Abs. 2 BGG). Eine behördliche Verfügung gemäss Art. 87 BGG unterliegt der Beschwerde gemäss Art. 88 f. BGG. Ist die Schätzung aber rechtskräftig, so ist sie auch für das Zivilgericht verbindlich und der freien gerichtlichen Beweiswürdigung entzogen.<sup>183</sup> Das Gesetz schreibt also vor, dass die Schätzung des Ertragswerts entweder von der Behörde selbst vorzunehmen ist oder zumindest behördlich genehmigt werden muss, falls sie aus der Hand eines Experten stammt.<sup>184</sup>

[124] Indessen folgt, so das Bundesgericht im Urteil 5A\_629/2015 vom 27. März 2017, weder aus Art. 87 BGG noch aus der Rechtsprechung, dass der Zivilrichter (oder der von ihm beauftragte Sachverständige) den Ertragswert als blosse Hilfsgrösse zur Ermittlung des Höchstpreises im Sinne von Art. 66 BGG nur dann heranziehen darf, wenn er gemäss Art. 87 BGG behördlich genehmigt wurde. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Ermittlung des Ertragswerts gemäss Art. 10 BGG nur dort von Bedeutung, wo der Ertragswert im bäuerlichen Bodenrecht überhaupt eine Rolle spielt, also gerade nicht im Rahmen von Art. 66 BGG.<sup>185</sup> Nichts anderes gilt für Art. 87 BGG: Steht die Ermittlung des Ertragswerts – wie hier – gar nicht selbständig in Frage, kommt auch das Erfordernis einer behördlichen Schätzung nach Massgabe von Art. 87 BGG nicht zum Tragen. Tatsächlich kennt das BGG auch keine Vorschrift darüber, welche die Feststellung des zulässigen Höchstpreises der kantonalen Schätzungsbehörde vorbehält und eine Ermittlung dieses Höchstpreises durch ein gewöhnliches Gutachten ausschliesst. Diesbezüglich

<sup>180</sup> Urteil BGer 5A\_670/2012 vom 30. Januar 2013, E. 3.2.

<sup>181</sup> Urteil BGer 1C\_414/2016 vom 27. März 2017, E. 4.4.

<sup>182</sup> BRUNO BEELER, *Bäuerliches Erbrecht*, 1998, S. 259 f.; FELIX SCHÖBI, *Privatrechtliche Beschränkungen im landwirtschaftlichen Bodenrecht, Das relativierte Ertragswertprinzip*, in: ZBGR 1993 S. 152; FRANZ A. WOLF, *Im Spannungsfeld zwischen Gewinnanspruch, erbrechtlicher Ausgleichung und Herabsetzung: Die unentgeltliche Übertragung landwirtschaftlicher Grundstücke an Nachkommen mit späterer Zuweisung zur Bauzone*, in: *successio* 2011, S. 224; BENNO STÜDER, *Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG*, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 7 zu Art. 18 BGG.

<sup>183</sup> BGE 138 III 193 (196), E. 3.2.1.

<sup>184</sup> Urteil BGer 5A\_629/2015 vom 27. März 2017, E. 5.4.

<sup>185</sup> Urteil BGer 2C\_46/2015 vom 9. Juli 2015, E. 5.4.

steht es dem Zivilrichter frei, die Ermittlung des Höchstpreises einem gewöhnlichen Gerichtsgutachter zu übertragen, und es gilt die freie gerichtliche Beweiswürdigung.<sup>186</sup>

[125] **Kommentar:** Die vorgestellten Urteile schaffen Klarheit hinsichtlich des Verkehrswertes für landwirtschaftliche Grundstücke und sind zu begrüßen. Soweit der Verkehrswert für landwirtschaftliche Grundstücke (oder Gewerbe) massgeblich ist, entspricht dieser dem höchstzulässigen Preis nach Art. 66 BGG, allerdings korrigiert um den Zuschlag von 5 bis 15 Prozent. Diese Definition des Verkehrswertes ist u.a. für enteignungsrechtliche Fälle, aber auch für die Erbteilung (Art. 617 ZGB) oder die güterrechtliche Auseinandersetzung (Art. 211 ZGB) massgeblich. In den beiden letzteren Fällen allerdings nur dort, wo nicht durch Sonderbestimmungen der Ertragswert Anwendung findet (so z.B. Art. 212 ZGB, Art. 11 und 21 BGG). Auch für das erbrechtliche Zuweisungsrecht an einem landwirtschaftlichen Gewerbe für den nichtselbstbewirtschaftenden Pflichtteilsersben (Art. 11 Abs. 2 BGG) ist der durch das Bundesgericht so definierte Verkehrswert anwendbar (Art. 617 ZGB).<sup>187</sup>

### 3.9. Anfechtung eines Kaufvertrages ohne vertragliches Rückkaufsrecht

[126] Im Urteil 4A\_345/2016 der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 7. November 2016 musste sich das Bundesgericht mit der Anfechtung eines Kaufvertrages über ein landwirtschaftliches Gewerbe zwischen Vater und Tochter befassen. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 10. Dezember 2009 verkaufte A sein landwirtschaftliches Gewerbe an seine Tochter B. Im Kaufvertrag vereinbarten die Parteien u.a. was folgt: «Die Parteien erklären, dass die Käuferin die Kaufobjekte selbst bewirtschaften wird und sie die nötige Eignung aufweist.» Die Notarin fragte die Käuferin vor der Vertragsunterzeichnung, ob sie den Hof selber bewirtschaften werde, worauf diese antwortete «Ja, zusammen mit dem Ehemann». Nach der Hofübergabe kam es zwischen den Parteien zum Streit über die Frage, ob die Käuferin den Hof effektiv selbst bewirtschaftet oder nicht.<sup>188</sup>

[127] Mit Klage vom 6. Februar 2012 machte der Verkäufer vor dem Bezirksgericht geltend, der Kaufvertrag sei unverbindlich bzw. ungültig, weshalb die Rückabwicklung des Kaufvertrages anzuordnen sei. Zur Begründung brachte er vor, er habe das landwirtschaftliche Gewerbe der Käuferin zur Selbstbewirtschaftung verkauft. Diese habe ihm die Selbstbewirtschaftung im Kaufvertrag schriftlich zugesichert. Seit der Hofübergabe habe indessen der damalige Ehemann der Käuferin sämtliche Arbeiten auf dem Feld und im Stall verrichtet, während sich die Käuferin lediglich um die Büroarbeiten gekümmert habe. Die Käuferin habe somit die Voraussetzungen der Selbstbewirtschaftung nach Art. 9 BGG nicht erfüllt. Dadurch habe sie ihn, den Verkäufer, absichtlich getäuscht. Zumindest aber sei für die Käuferin erkennbar gewesen, dass die Selbstbewirtschaftung für den Verkäufer subjektiv wesentlich gewesen sei und er den Kaufvertrag andernfalls nicht abgeschlossen hätte. Es liege damit ein Grundlagenirrtum vor. Der Vertrag sei aufgrund der Täuschung bzw. zufolge des wesentlichen Irrtums für unverbindlich bzw. ungültig zu erklären.

[128] Die Käuferin bestritt nicht, dass sie sich lediglich um die Büroarbeit kümmere. Sie machte aber geltend, dass ihr die Mitarbeit ihres früheren Ehemanns anzurechnen sei. Die Rollenverteilung

<sup>186</sup> Urteil BGer 5A\_629/2015 vom 27. März 2017, E. 5.4.

<sup>187</sup> BENNO STUDER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 27 zu Art. 11 BGG.

<sup>188</sup> Urteil BGer 4A\_345/2016 vom 7. November 2016, Sachverhalt A.

lung zwischen ihr und ihrem Ehemann sei von Anfang an bekannt gewesen und sie habe dem Verkäufer keine konkreten Tätigkeiten auf dem Hof zugesichert. Es treffe nicht zu, dass sie nicht gewillt gewesen sei, den Hof zur Selbstbewirtschaftung zu übernehmen. Sie habe gegenüber der Notarin klar geäußert, dass sie den Hof zusammen mit ihrem Ehemann bewirtschaften werde. Nach wie vor bewirtschaftete sie den Hof gemeinsam mit ihrem damaligen Ehemann. Zudem habe der Verkäufer auf ein vertragliches Rückkaufsrecht im Sinne von Art. 41 Abs. 3 BGG verzichtet, weshalb ihm die Selbstbewirtschaftung nicht von grundlegender Bedeutung habe sein können. Es liege somit weder eine absichtliche Täuschung noch ein Grundlagenirrtum vor.<sup>189</sup>

[129] Das Bezirksgericht wies die Klage ab. Es kam zum Schluss, die Käuferin verfüge im Gegensatz zu ihrem damaligen Ehemann nicht über eine landwirtschaftliche Bildung und dem Verkäufer habe deshalb von Anfang an klar sein müssen, dass die Mitarbeit des damaligen Ehemannes unabdingbare Voraussetzung für die Selbstbewirtschaftung durch die Käuferin gewesen sei. Er habe nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen dürfen, dass die Käuferin sowohl auf dem Feld als auch auf dem Hof Hand anlege, zumal sich der damalige Ehemann der Käuferin bereits vor der Hofübergabe um das landwirtschaftliche Gewerbe gekümmert habe. Der Verzicht des Verkäufers auf das Rückkaufsrecht im Sinne von Art. 41 Abs. 3 BGG bedeute, dass ihm die Selbstbewirtschaftung durch die Käuferin nicht so viel Wert habe sein können, dass er den Hof für deren Wegfall wieder hätte zurückkaufen wollen. Damit habe aber die Käuferin bei Vertragsabschluss nicht erkennen können, dass die Selbstbewirtschaftung für den Verkäufer subjektiv wesentlich gewesen sei. Die vom Verkäufer dagegen erhobene Berufung wies das Kantonsgericht ab. Der Verkäufer gelangte daraufhin mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.<sup>190</sup>

[130] Das Bundesgericht legte zunächst die rechtlichen Voraussetzungen für eine Vertragsanfechtung zufolge absichtlicher Täuschung dar (Art. 23 und 28 OR).<sup>191</sup> Ein Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (Art. 23 OR). Ist ein Vertragsschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des anderen zum Vertragsabschluss verleitet worden, so ist der Vertrag für den Getäuschten auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war (Art. 28 Abs. 1 OR). Der Tatbestand der absichtlichen Täuschung setzt einerseits voraus, dass der Vertragspartner – durch positives Verhalten oder durch Schweigen<sup>192</sup> – absichtlich getäuscht wurde; für die Täuschungsabsicht genügt Eventualvorsatz, hingegen nicht Fahrlässigkeit.<sup>193</sup> Absicht bedeutet, dass der Täuschende weiss, dass er beim Vertragspartner einen Irrtum hervorruft oder unterhält und dass er diesen so, und sei es auch nur mit Eventualvorsatz, zum Vertragsabschluss verleiten will.<sup>194</sup> Der (Eventual-) Vorsatz muss sich auf die Täuschungshandlung, die Irrtumserregung und die dadurch erfolgende Willensbeeinflussung erstrecken. Geht es um Täuschung durch das Behaupten einer unwahren Tatsache, bedeutet Eventualvorsatz, dass der Täuschende entweder weiss, dass seine Information falsch ist und dabei in Kauf nimmt, dass sein Vertragspartner dadurch in die Irre geleitet wird oder dass er zwar nicht sicher weiss, dass es sich um eine Falschinformation handelt, jedoch damit

<sup>189</sup> Urteil BGER 4A\_345/2016 vom 7. November 2016, Sachverhalt Bb.

<sup>190</sup> Urteil BGER 4A\_345/2016 vom 7. November 2016, Sachverhalt Bc.

<sup>191</sup> Urteil BGER 4A\_345/2016 vom 7. November 2016, E. 2.1.1.

<sup>192</sup> BGE 132 II 161 (166), E. 4.1; BGE 116 II 431 (434), E. 3a.

<sup>193</sup> BGE 136 III 528 (532), E. 3.4.2; BGE 53 II 143 (150), E. 1a.

<sup>194</sup> BGE 123 III 165 (169), E. 3b.

rechnet, dass sie falsch sein könnte und auch damit den Irrtum der Gegenpartei in Kauf nimmt.<sup>195</sup> Wird ein Irrtum beim Vertragspartner nicht aktiv hervorgerufen, sondern dieser lediglich durch das Verschweigen von Tatsachen in seinem Irrtum belassen, ist dies nur insoweit – als (passiv) täuschendes Verhalten – verpönt, als eine Aufklärungspflicht besteht.<sup>196</sup> Eine solche kann sich aus besonderer gesetzlicher Vorschrift und aus Vertrag ergeben oder wenn eine Mitteilung nach Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen geboten ist. Wann letzteres zutrifft, bestimmt sich aufgrund der Umstände im Einzelfall.<sup>197</sup> Die Beweislast für die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung trägt der Getäuschte.<sup>198</sup>

[131] Das Kantonsgericht hielt fest, die Beschwerdegegnerin habe im Kaufvertrag schriftlich zugesichert, dass sie das landwirtschaftliche Gewerbe selbst bewirtschaften werde. Weiter habe sie auf die Frage der Notarin, ob sie den Hof selber bewirtschaften werde, mit folgenden Worten geantwortet: «Ja, zusammen mit dem Ehemann». Nach Auffassung der Vorinstanz ist die Beschwerdegegnerin indessen keine Selbstbewirtschafterin im technischen Sinne des Art. 9 BGBB, da sie den landwirtschaftlichen Boden weder ganz noch teilweise selber bearbeite, sondern lediglich Büroarbeiten verrichte. Ihre Zusicherung, den Hof selber zu bewirtschaften, habe sich mithin als objektiv unzutreffend erwiesen. Damit sei aber nicht ohne weiteres eine Täuschungsabsicht im Sinne von Art. 28 OR erstellt: Dies wäre nur der Fall, wenn die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses überhaupt tatsächliche Kenntnis davon hatte, dass ihre Zusicherung, den Hof selbst zu bewirtschaften, unzutreffend war. Blosser Erkennbarkeit genüge nicht, da die fahrlässige Aufstellung einer falschen Behauptung keine absichtliche Täuschung darstellen könne. Aus dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin gegenüber einer Zeugin erklärt habe, sie habe selber kein Interesse am «Bauern» und den Hof dem Ehemann zuliebe übernommen, könne entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht geschlossen werden, dass sie nicht Selbstbewirtschafterin sein wollte. Die Aussage gebe nämlich nur Aufschluss über die Motive, aufgrund welcher die Beschwerdegegnerin den Kaufvertrag abgeschlossen hatte. Die Beschwerdegegnerin habe gemäss dieser Aussage den Kaufvertrag, mit welchem sie auch die Zusage der Selbstbewirtschaftung abgegeben habe, ihrem damaligen Ehemann zuliebe abgeschlossen und nach der Hofübergabe die Büroarbeiten auf dem Hof verrichtet. Selbst wenn es zutreffen sollte, dass sie dies nicht in ihrem eigenen Interesse, sondern dem Ehemann zuliebe getan habe, würde dies nach Auffassung der Vorinstanz nichts an ihrem Willen zur Selbstbewirtschaftung ändern, welcher trotzdem vorhanden gewesen sei. Die Zeugenaussage könne daher einen fehlenden Willen zur Selbstbewirtschaftung nicht beweisen. Ohnehin beweise diese Zeugenaussage nicht, dass die Beschwerdegegnerin bei Vertragsabschluss gewusst habe, dass sie mit der von ihr geplanten und später auch ausgeführten Arbeitsteilung nicht Selbstbewirtschafterin im Sinne des BGBB sein würde. Auch aus den weiteren Zeugenaussagen und aus den Akten gehe nicht hervor, dass die Beschwerdegegnerin dieses Wissen im Vertragszeitpunkt gehabt habe. Die Umstände sprächen auch dagegen. Die Beschwerdegegnerin habe stets den Standpunkt vertreten, unter Anrechnung der Tätigkeit des früheren Ehemannes als Selbstbewirtschafterin zu gelten. An dieser behaupteten Arbeitsteilung habe sie konstant festgehalten und daran auch im Laufe des Prozesses nichts geändert, was dafür spreche, dass sie überzeugt gewesen sei, die Voraussetzungen einer Selbstbe-

<sup>195</sup> Urteil BGer 4A\_23/2016 vom 19. Juli 2016, E. 8.2.

<sup>196</sup> Urteil BGer 4A\_23/2016 vom 19. Juli 2016, E. 4.

<sup>197</sup> BGE 132 II 161 (166), E. 4.1; BGE 117 II 218 (225), E. 6a; BGE 116 II 431 (434), E. 3a.

<sup>198</sup> BGE 129 III 320 (327), E. 6.3.

wirtschafterin zu erfüllen. Unter diesen Umständen gelinge es dem Beschwerdeführer nicht, zu beweisen, dass die Beschwerdegegnerin gewusst habe, dass sie mit der geplanten Arbeitsteilung nicht als Selbstbewirtschafterin gelten werde. Damit sei die Anwendung von Art. 28 OR ausgeschlossen. Auch diese Erwägungen hält das Bundesgericht für zutreffend: Wenn die Beschwerdegegnerin tatsächlich davon ausging, unter Anrechnung der Tätigkeit des früheren Ehemannes als Selbstbewirtschafterin zu gelten, sei auch keine Eventualabsicht gegeben, den Beschwerdeführer hierüber zu täuschen.<sup>199</sup>

[132] Der Beschwerdeführer trug vor Bundesgericht vor, die Käuferin habe ihn beim Vertragsschluss absichtlich getäuscht, indem sie ihm vorgespiegelt habe, das landwirtschaftliche Gewerbe selber bewirtschaften zu wollen und in einer intakten Ehe zu leben. Da die Beschwerdegegnerin aber gar nie die Absicht gehabt habe, den Hof selbst zu bewirtschaften und ihre Ehe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits zerrüttet gewesen sei, sei der Beschwerdeführer einem Willensmangel unterlegen. Das Kantonsgericht führte dazu aus, es lasse sich weder dem Kaufvertrag noch den Aussagen der Notarin entnehmen, dass die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine intakte Ehe zugesichert habe. Ebenso wenig sei ersichtlich, dass die Intaktheit der Ehe vor oder während des Vertragsschlusses überhaupt thematisiert worden sei. Auch die Notarin habe als Zeugin ausgesagt, dass bei der Vertragsunterzeichnung keine Ausführungen zum Eheleben gemacht worden seien. Aus der Aussage der Beschwerdegegnerin, sie wolle den Hof zusammen mit dem Ehemann bewirtschaften, lässt sich nach Auffassung der Vorinstanz Derartiges auch nicht ableiten, weil damit nur die gemeinsame Tätigkeit auf dem Hof und nicht auch die Intaktheit der Ehe zugesagt worden sei. Weiter sei festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin nach wie vor die Büroarbeiten erledige und damit den Hof mit ihrem früheren Ehemann gemeinsam bewirtschaftete. Die gemeinsame Bewirtschaftung des Hofes sei mithin nicht von einer intakten Ehe abhängig. Nachdem die Intaktheit der Ehe im Rahmen des Vertragsschlusses nicht thematisiert worden sei, könne diesbezüglich auch keine Täuschungshandlung vorliegen. Auch diese Erwägungen sind, so das Bundesgericht, nicht zu beanstanden. Was die Intaktheit der Ehe zwischen der Beschwerdegegnerin und ihrem damaligen Ehemann anbelangt, führte die Vorinstanz aus, dass diese in objektiver Hinsicht, d.h. nach den Anforderungen des loyalen Geschäftsverkehrs, keine notwendige Vertragsgrundlage für eine Hofübergabe darstellen könne. Daran ändere auch die geplante Selbstbewirtschaftung nichts. Die Beschwerdegegnerin sei auch nicht gehalten gewesen, den Beschwerdeführer über Probleme in ihrer Ehe aufzuklären.<sup>200</sup>

[133] Der Beschwerdeführer machte vor Bundesgericht zudem geltend, er sei beim Vertragsschluss nicht nur getäuscht worden, sondern auch einem Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR unterlegen, da die Selbstbewirtschaftung durch die Beschwerdegegnerin, die Intaktheit ihrer Ehe sowie die «Eignung» der Beschwerdegegnerin zur Mithilfe und Beratung im Landwirtschaftsbetrieb notwendige Grundlage des Kaufvertrags gewesen sei.<sup>201</sup> Nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist an den Vertrag nicht gebunden, wer sich bei seinem Abschluss über einen bestimmten Sachverhalt geirrt hat, der ihm notwendige Grundlage des Vertrages war und bei objektiver Betrachtung, nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, sein durfte.<sup>202</sup> Neben der

<sup>199</sup> Urteil BGER 4A\_345/2016 vom 7. November 2016, E. 2.2.1.

<sup>200</sup> Urteil BGER 5A\_508/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.3.1.

<sup>201</sup> Urteil BGER 5A\_508/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 3.

<sup>202</sup> BGE 84 II 515 (519), E. 2; BGE 87 II 137 (138), E. 3; BGE 91 II 275 (278), E. 2; BGE 95 II 407 (409), E. 1; BGE 96 II 101 (104), E. 1c.

subjektiven Wesentlichkeit ist erforderlich, dass der zugrunde gelegte Sachverhalt auch objektiv, vom Standpunkt oder nach den Anforderungen des loyalen Geschäftsverkehrs als notwendige Grundlage des Vertrages erscheint.<sup>203</sup> Der Irrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR kann sich zwar auf eine künftige Tatsache beziehen, jedoch nur, wenn diese Tatsache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv als sicher angesehen werden konnte.<sup>204</sup> Voraussetzung ist weiter, dass die Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit des Eintrittes des zukünftigen Ereignisses für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war.<sup>205</sup>

[134] Bezüglich der Frage, ob der Beschwerdeführer die Selbstbewirtschaftung des Hofes durch die Käuferin als notwendige Vertragsgrundlage betrachten durfte, hielt das Kantonsgericht fest, dass die Beschwerdegegnerin über keine landwirtschaftliche Ausbildung verfügt und im Vertragszeitpunkt keine Erfahrungen im landwirtschaftlichen Gewerbe vorweisen konnte. Demgegenüber habe ihr damaliger Ehemann, der über eine entsprechende landwirtschaftliche Ausbildung verfügt, bereits seit Herbst 2009 das landwirtschaftliche Gewerbe bewirtschaftet. Gegenüber der Notarin habe die Beschwerdegegnerin sodann angegeben, dass sie den Hof zusammen mit ihrem damaligen Ehemann bewirtschaften werde. Bei objektiver Betrachtung dieser Tatsachen ist es nach Auffassung der Vorinstanz naheliegend, dass die eigentliche landwirtschaftliche Tätigkeit auch weiterhin vom Ehemann verrichtet werde und die Beschwerdegegnerin entsprechend ihrer beruflichen Ausbildung die administrativen Arbeiten im Büro übernehme und nicht auf dem Feld und im Stall tätig werde. Dies habe der Beschwerdeführer erkennen müssen. Überdies hätten die Parteien auf die Einräumung eines Rückkaufsrechts nach Art. 41 Abs. 3 BGBB verzichtet, obwohl dieses gemäss den Aussagen der Notarin in einer ersten Zusammenstellung der Eckdaten des Vertrages noch enthalten gewesen sei. Ein solches Rückkaufsrecht hätte es dem Beschwerdeführer ermöglicht, bei Wegfall der Selbstbewirtschaftung durch die Beschwerdegegnerin das landwirtschaftliche Gewerbe zurückzukaufen. Der Verzicht auf dieses Rückkaufsrecht stehe nun aber im Widerspruch zu den Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach ihm die Selbstbewirtschaftung von derart grosser Bedeutung gewesen sei, dass er den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn er diese nicht als sicher angenommen hätte. Unter diesen Umständen habe die Beschwerdegegnerin aber die angebliche Wichtigkeit der Selbstbewirtschaftung nicht erkennen können. Der Beschwerdeführer könne sich demzufolge hinsichtlich der fehlenden Selbstbewirtschaftung nicht auf einen Grundlagenirrtum berufen. Diesen Erwägungen schliesst sich das Bundesgericht an. Gemäss Art. 41 Abs. 3 BGBB kann der Veräusserer eines landwirtschaftlichen Gewerbes mit dem Erwerber für den Fall, dass dieser die Selbstbewirtschaftung aufgibt, ein Rückkaufsrecht vereinbaren. Gemäss den Feststellungen im angefochtenen Entscheid war ein solches Rückkaufsrecht in einer ersten Zusammenstellung der Eckdaten des Kaufvertrags noch enthalten gewesen. Wenn nun aber der Beschwerdeführer aus freien Stücken auf die Vereinbarung eines Rückkaufsrechts für den Fall der Aufgabe der Selbstbewirtschaftung verzichtet hat, ist es widersprüchlich, wenn er die Selbstbewirtschaftung im Nachhinein zur notwendigen Vertragsgrundlage erklären will. Eine Verletzung von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR sei nicht ersichtlich.<sup>206</sup>

<sup>203</sup> BGE 136 III 528 (532), E. 3.4.1; BGE 132 II 161 (165), E. 4.1.

<sup>204</sup> BGE 118 II 297 (300), E. 2b.

<sup>205</sup> BGE 118 II 297 (300), E. 2b.

<sup>206</sup> Urteil BGer 4A\_345/2016 vom 7. November 2016, E. 3.2.



[135] Kommentar: Im dritten Kapitel (Abschnitt Veräusserungsverträge) sieht das BGBB vor, dass der Veräusserer mit dem Erwerber für den Fall, dass dieser die Selbstbewirtschaftung aufgibt, ein Rückkaufsrecht vereinbaren kann (Art. 41 Abs. 3 BGBB). Stirbt der Veräusserer und gibt der Erwerber die Selbstbewirtschaftung auf, so kann jeder Erbe, der das Gewerbe selber bewirtschaften will und dafür als geeignet erscheint, das Rückkaufsrecht selbständig geltend machen. Die kantonsgerichtliche Feststellung, wer bloss Büroarbeiten für das landwirtschaftliche Gewerbe erledige, sei nicht Selbstbewirtschafteter im Sinne des BGBB, dürfte zutreffen. Dass die Eignung des Ehegatten zur Selbstbewirtschaftung berücksichtigt werden kann, entspricht langjähriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung.<sup>207</sup>

## 4. Der Gewinnanspruch der Miterben

### 4.1. Übergangsrecht zum Gewinnanspruchsrecht

[136] Das BGBB ist am 1. Januar 1994, also vor inzwischen mehr als 27 Jahren, in Kraft getreten. Dennoch ist hinsichtlich des Gewinnanspruchsrechts der Miterben nach wie vor das Übergangsrecht von Bedeutung. Im Urteil 5A\_508/2015 war mitunter die Auslegung einer altrechtlichen Vertragsklausel zum Gewinnanspruch strittig.

[137] Vor Inkrafttreten des BGBB am 1. Januar 1994 regelten die Art. 619–619<sup>sexies</sup> ZGB und Art. 218<sup>quinquies</sup> OR den Gewinnanspruch. Die Bestimmungen waren, wie auch das heutige Recht, dispositiver Natur.<sup>208</sup> Die Art. 619–619<sup>sexies</sup> ZGB und Art. 218<sup>quinquies</sup> OR wurden mit Inkrafttreten des BGBB am 1. Januar 1994 aufgehoben und durch einen Verweis auf das BGBB ersetzt (Art. 619 ZGB und Art. 218 OR). Der Gewinnanspruch ist in den Art. 28 ff. und in Art. 41 BGBB geregelt. Wie bis anhin (aArt. 619 Abs. 1 ZGB) hat jeder Miterbe bei einer Veräusserung Anspruch auf den seiner Erbquote entsprechenden Anteil am Gewinn, wenn einem Erben bei der Erbteilung ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück zu einem Anrechnungswert unter dem Verkehrswert zugewiesen wird (Art. 28 Abs. 1 BGBB). Als Veräusserung gelten laut Art. 29 Abs. 1 BGBB der Verkauf und jedes andere Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt (lit. a) sowie namentlich der dem bisherigen Recht unbekanntes Veräusserungstatbestand der Zuweisung zu einer Bauzone (lit. c) und der auch im bisherigen Recht anerkannte Fall des Übergangs von einer landwirtschaftlichen zu einer nichtlandwirtschaftlichen Nutzung (lit. d). Der gesetzliche Gewinnanspruch der Miterben ist weiterhin dispositiver Natur und kann durch schriftliche Vereinbarung aufgehoben oder geändert werden (Art. 35 BGBB). Für die lebzeitige Veräusserung landwirtschaftlicher Gewerbe oder Grundstücke können die Vertragsparteien einen Gewinnanspruch gemäss Art. 41 Abs. 1 BGBB vereinbaren, der den Bestimmungen über den Gewinnanspruch der Miterben untersteht, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben.<sup>209</sup>

[138] Übergangsrechtlich sieht Art. 94 Abs. 3 BGBB vor, dass ein bei Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits bestehender gesetzlicher oder vertraglicher Gewinnanspruch auch unter dem neuen Recht seine Gültigkeit behält, dass sich jedoch Fälligkeit und Berechnung nach dem Recht richten, das im Zeitpunkt der Veräusserung gilt, soweit vertraglich nichts Abweichendes vereinbart

<sup>207</sup> So bereits BGE 110 II 488.

<sup>208</sup> Urteil BGer 5A\_508/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.1.

<sup>209</sup> Botschaft zum BGBB vom 19. Oktober 1988, BBl 1988 III 953, S. 1007 ff. und S. 1020 f.

worden ist und dass die Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks zu einer Bauzone (Art. 29 Abs. 1 Bst. c) nur dann als Veräusserung gilt, wenn der Beschluss über die Einzonung nach Inkrafttreten dieses Gesetzes ergeht.<sup>210</sup> Art. 29 BGG ist auf die vor dem 1. Januar 1994 entstandenen Gewinnansprüche anwendbar, soweit vertraglich nichts Abweichendes vereinbart worden ist. Die altrechtlichen Art. 619 ff. ZGB und 218<sup>quinquies</sup> OR bleiben nur dann anwendbar, wenn die Veräusserung vor diesem Datum erfolgt ist.<sup>211</sup>

[139] Das Bundesgericht schützt zudem die Auffassung der kantonalen Vorinstanz, wonach wertvermehrende Aufwendungen, obwohl nicht ausdrücklich in Art. 31 Abs. 1 BGG erwähnt, auch bei der Zweckentfremdung vom Gewinn abzuziehen seien, soweit sie sich auf den Veräusserungswert auswirkten.<sup>212</sup>

[140] Kommentar: Das Bundesgericht beschreibt anschaulich das Übergangsrecht zum Gewinnanspruchsrecht. Anders als die bis zum 1. Januar 1994 geltende gesetzliche Ordnung sieht das BGG für den Fall der lebzeitigen Übertragung eines landwirtschaftlichen Grundstücks (oder Gewerbes) von Gesetzes wegen kein Gewinnanspruchsrecht mehr vor.<sup>213</sup> Die Parteien können jedoch ein solches vereinbaren. Für den Fall, dass bei einer lebzeitigen Veräusserung kein Gewinnanspruchsrecht vereinbart worden ist, enthält das Gesetz in Art. 41 Abs. 2 BGG zum Schutz der Miterben eine (m.E. nur schwer verständliche) Bestimmung: «Wird ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück zu einem Preis unter dem Verkehrswert veräussert, ohne dass ein Gewinnanspruch vereinbart worden ist, so bleiben zum Schutz der Erben die Bestimmungen über die Ausgleichung und die Herabsetzung (Art. 626–632 und Art. 522–533 ZGB) vorbehalten. Die Klage auf Herabsetzung und Ausgleich verjährt nicht, solange der Gewinn nicht fällig ist (Art. 30).» Im Detail sind viele Fragen zu Art. 41 Abs. 2 BGG ungeklärt.<sup>214</sup> Dass das BGG bei lebzeitiger Veräusserung kein gesetzliches Gewinnanspruchsrecht kennt, verdient m.E. Kritik.<sup>215</sup> Die Auffangbestimmung in Art. 41 Abs. 2 BGG vermag nicht zu überzeugen.

## 4.2. Aktivlegitimation zur Geltendmachung des Gewinnanspruchs

[141] Im Urteil 5A\_989/2015 vom 12. Mai 2016 bekräftigt das Bundesgericht seine bereits unter dem früheren Recht geäusserte Auffassung, dass der Gewinnanspruch im bäuerlichen Erbrecht keine Gesamthandforderung der Erbengemeinschaft ist, sondern ein Individualrecht jedes einzelnen Erben darstellt. Dies hat Auswirkungen bezüglich der Aktivlegitimation im Prozess um den Gewinnanspruch. Dem erwähnten Urteil lag folgender Prozesssachverhalt zu Grunde:

[142] A verkaufte im Jahr 2005 seinem Sohn H sämtliche zum Landwirtschaftsbetrieb gehörenden landwirtschaftlichen Grundstücke. Der Übernahmepreis von Fr. 536'000 lag unter dem damaligen Verkehrswert. Die Vertragsparteien vereinbarten im Kaufvertrag u.a. Folgendes: «Die Vertragsparteien vereinbaren gemäss Art. 41 BGG, dass der Veräusserer oder dessen Erben Anspruch

<sup>210</sup> Urteil BGer 5A\_508/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.3.

<sup>211</sup> BGE 137 III 344 (347), E. 4.

<sup>212</sup> Urteil BGer 5A\_508/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 6.2.1.

<sup>213</sup> Vgl. zum alten Recht: aArt. 218<sup>quinquies</sup> OR i.V.m. aArt. 619 ZGB; BGE 94 II 240 (248), E. 9d; BGE 120 V 10 (12), E. 2.

<sup>214</sup> Soweit ersichtlich, musste sich das Bundesgericht bisher nicht mit Art. 41 Abs. 2 BGG befassen.

<sup>215</sup> BENNO STUDER, Erbrechtliche Aspekte der Unternehmensnachfolge (Prävention, Ausgleichung, Herabsetzung, Intertemporalrecht), in: BLAR 42/2008, S. 286.

*auf den Gewinn haben, wenn das Gewerbe oder einzelne Grundstücke oder Teile davon weiterveräussert werden. Der Gewinnanspruch wird auf 25 Jahre vereinbart und untersteht den Bestimmungen über den Gewinnanspruch der Miterben gemäss Art. 28 ff. BGGB.»* In den Jahren 2006 bis 2010 verkaufte der Sohn H verschiedene der von seinem Vater erworbenen Grundstücke für insgesamt rund Fr. 2.83 Mio. Im Jahr 2011 ist A verstorben. Seine Erben waren die überlebende Ehefrau und seine sechs Kinder, darunter auch der Sohn und Hofeigentümer H. Die Erbengemeinschaft machte gegen den Miterben H einen Gewinnanspruch in der Höhe von Fr. 2.396 Mio. klageweise geltend. Auf Antrag des Beklagten hin beschränkte das Bezirksgericht das Verfahren auf die Frage der Aktivlegitimation der Erbengemeinschaft und auf die Passivlegitimation von H. Beides hat das Bezirksgericht bejaht.

[143] Im vorliegenden Fall hatte H die Grundstücke noch zu Lebzeiten des gewinnanspruchsberechtigten Vaters veräussert, sodass noch zu dessen Lebzeiten eine Gewinnanspruchsforderung entstanden ist. Das Bezirksgericht hatte erwogen, die Forderung sei ein vererblicher Anspruch und mit dem Tod von A auf die Erben übergegangen. Zudem habe A die Forderung noch zu Lebzeiten klageweise geltend gemacht. Auch sei im Urteilszeitpunkt noch keine Erbteilung vorgenommen worden. Solange jedoch noch keine Erbteilung vorgenommen worden sei, falle eine Forderung, die vor dem Tod des Erblassers entstanden sei, in den Nachlass und sei grundsätzlich durch sämtliche Erben als notwendige Streitgenossenschaft geltend zu machen.<sup>216</sup>

[144] Das von H daraufhin angerufene Obergericht hiess die Berufung gut und verneinte die Aktivlegitimation der Erbengemeinschaft. Es treffe zwar zu, so das Obergericht, dass rein erbrechtlich betrachtet die vor dem Tod entstandene Gewinnanspruchsforderung entsprechend der Wirkung des Erbanges von der Erbengemeinschaft als Gesamthandforderung einzuklagen wäre. Indessen sei die Regel von Art. 28 Abs. 2 BGGB, wonach jeder Erbe seinen Anspruch selbständig geltend machen könne, eine Spezialbestimmung, welche den allgemeinen Bestimmungen von Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB sowie von Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB vorgehe.<sup>217</sup> Damit stehe die Aktivlegitimation nicht der Erbengemeinschaft, sondern den einzelnen Miterben zu.

[145] Vor Bundesgericht war insbesondere strittig, ob der in der Person des Erblassers entstandene Gewinnanspruch eine Gesamthandforderung der Erbengemeinschaft ist oder aber jedem einzelnen Mitglied der Erbengemeinschaft entsprechend seiner Erbquote zusteht. Als weitere Frage war strittig, wer infolgedessen die Forderung auf den Gewinn einklagen darf, jedes einzelne Mitglied entsprechend seiner Erbquote oder alle Mitglieder gemeinsam zur gesamten Hand als notwendige Streitgenossen, wie dies die Erben als Beschwerdeführer behaupteten. Das Bundesgericht weist die von der Erbengemeinschaft gegen das obergerichtliche Urteil angehobene Beschwerde in Zivilsachen ab.

[146] Wird einem Erben bei der Erbteilung ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück zu einem Anrechnungswert unter dem Verkehrswert zugewiesen, so besteht bei einer Veräusserung während der Dauer von 25 Jahren ein Gewinnanspruchsrecht der Miterben. Jeder Miterbe kann seinen Anspruch selbständig geltend machen, dieser ist vererblich und übertragbar (Art. 28 BGGB). Erst mit dem Eintritt eines Gewinnanspruchstatbestandes (z.B. durch Verkauf oder Zuweisung zur Bauzone, Art. 29 BGGB) entsteht die Gewinnanspruchsforderung. Bis zu diesem

<sup>216</sup> Urteil OGer TG Nr. ZBR.2015.18 vom 24. September 2015, E. 2c.

<sup>217</sup> Urteil OGer TG Nr. ZBR.2015.18 vom 24. September 2015, E. 3a.

Zeitpunkt ist der Anspruch auf Gewinn suspensiv bedingter Natur,<sup>218</sup> eine Anwartschaft.<sup>219</sup> Mit dem Eintritt des Tatbestandes der Veräusserung wird der bedingte Anspruch zu einem unbedingten vermögensrechtlichen Anspruch, d.h. zu einer Forderung.<sup>220</sup> Nach Eintritt der Fälligkeit (Art. 30 BGG) kann der Gewinn eingefordert werden. Weder das bedingte Gewinnanspruchsrecht noch die nach Eintritt des Veräusserungstatbestandes entstandene Forderung ist erbrechtlicher Natur.<sup>221</sup> Auch macht weder die Vererblichkeit des Gewinnanspruchs noch die Teilung des Gewinns nach den Erbquoten den Gewinnanspruch zu einem erbrechtlichen.<sup>222</sup>

[147] Im vorliegenden Fall hatten die Anspruchsberechtigten ihren Gewinnanspruch als Erben-gemeinschaft eingefordert, wozu diese nach dem hier vorgestellten Bundesgerichtsurteil nicht aktivlegitimiert sind. Der Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 BGG, Satz 1 («Jeder Miterbe kann seinen Anspruch selbständig geltend machen.») gestattet nämlich nicht den Schluss, dass der Gewinnanspruch von allen Erben als notwendige Streitgenossen eingeklagt werden kann. Da keine Gesamthandforderung besteht, fehlt der Erben-gemeinschaft die materielle Berechtigung, den Gewinnanspruch geltend zu machen. Die gesetzliche «Kann»-Formulierung bedeutet eine Berechtigung jedes Miterben. Es steht ihm frei, ob er seinen Anspruch überhaupt geltend machen will.<sup>223</sup> Eine Gesamthandforderung, welche zu einer notwendigen Streitgenossenschaft (Art. 70 ZPO) führen würde, kann daraus nicht abgeleitet werden.

[148] Macht ein einzelner Miterbe seine Gewinnanspruchsforderung geltend, so hat er diese Teilforderung, weil im obligationenrechtlichen Sinn ein Fall von Teilgläubigerschaft vorliegt, selbständig einzuklagen.<sup>224</sup> Das schliesst nicht aus, dass mehrere klagende Miterben sich im Prozess als einfache aktive Streitgenossenschaft konstituieren (Art. 71 ZPO) oder selbständig eingereichte Klagen gerichtlich vereinigt werden (Art. 125 lit. c ZPO).<sup>225</sup> Das Obergericht hat somit die Aktivlegitimation der Erben zu Recht verneint.<sup>226</sup>

<sup>218</sup> LORENZ STREBEL/JEAN-MICHEL HENNY, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 7 zu Art. 28 BGG; THOMAS MEYER, Der Gewinnanspruch der Miterben im bäuerlichen Bodenrecht (Art. 28 ff. BGG), Zürich/Basel/Genf 2004, N. 791.

<sup>219</sup> BGE 112 II 300; THOMAS MEYER, Der Gewinnanspruch der Miterben im bäuerlichen Bodenrecht (Art. 28 ff. BGG), Zürich/Basel/Genf 2004, N. 794.

<sup>220</sup> THOMAS MEYER, Der Gewinnanspruch der Miterben im bäuerlichen Bodenrecht (Art. 28 ff. BGG), Zürich/Basel/Genf 2004, N. 809 ff.; LORENZ STREBEL/JEAN-MICHEL HENNY, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 7a zu Art. 28 BGG.

<sup>221</sup> THOMAS MEYER, Der Gewinnanspruch der Miterben im bäuerlichen Bodenrecht (Art. 28 ff. BGG), Zürich/Basel/Genf 2004, N. 810.

<sup>222</sup> Urteil BGer 5A\_145/2013 vom 18. November 2013, E. 4.

<sup>223</sup> Urteil BGer 5A\_989/2015 vom 25. Mai 2016, E. 3.3; ROLAND PFÄFFLI, in: Der bernische Notar, Zeitschrift des Verbandes bernischer Notare, Nr. 4, Dezember 2016, N. 58, S. 405 f.

<sup>224</sup> Vgl. zur Rechtsfigur der Teilgläubigerschaft: BGE 140 III 150.

<sup>225</sup> Urteil BGer 5A\_989/2015 vom 25. Mai 2016, E. 3.3; THOMAS MEYER, Der Gewinnanspruch der Miterben im bäuerlichen Bodenrecht (Art. 28 ff. BGG), Zürich/Basel/Genf 2004, N. 818 und N. 1143.

<sup>226</sup> FRANZ A. WOLF, Aktivlegitimation, Ausgleichung und Pflichtteilsschutz beim Gewinnanspruch im bäuerlichen Erbrecht, Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 5A\_989/2015 vom 12. Mai 2016, in: Jusletter 20. Februar 2017.

### 4.3. Gewinnanspruchsforderungen in der Erbteilung

[149] Im Urteil 5A\_326/2016 vom 30. Mai 2017 befasste sich die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts mit einer Erbteilung und der damit verbundenen Frage, wie Gewinnanspruchsforderungen, auf die der Erblasser noch zu Lebzeiten verzichtet hat, zu behandeln sind.

[150] Mit Kaufvertrag vom 30. September 1993 erwarb C von seinem Vater G das landwirtschaftliche Grundstück ttt mit einer Fläche von 32'535 m<sup>2</sup>. Der Kaufpreis wurde mit Fr. 300'000 vereinbart, was unter dem damaligen Verkehrswert lag. Im Kaufvertrag sicherte der Käufer dem Verkäufer ein Gewinnanspruchsrecht für die Dauer von 25 Jahren nach Art. 218<sup>quinquies</sup> aOR zu. Am 14. Juli 1997 wurde das offenbar zwischenzeitlich der Bauzone zugewiesene Grundstück<sup>227</sup> parzelliert. Davon schenkte C eine abgetrennte Parzelle von 306 m<sup>2</sup> bzw. 533 m<sup>2</sup> seinen Schwestern D und E. Weitere vier Baulandgrundstücke veräusserte er in den Jahren 1997 und 1998 für insgesamt Fr. 906'750 an Dritte. Mit letztwilliger Verfügung vom 16. September 1998 wendete G dreien seiner fünf Kinder, darunter auch C, je 1/15 seines Nachlasses und seinen beiden Töchtern A und B je 6/15 seines Nachlasses zu. Im Jahr 2008 ist G verstorben. Am 12. März 2010 machten die Miterbinnen A und B die Erbteilungsklage beim Bezirksgericht rechtshängig. In allen Verfahren bis vor Bundesgericht war strittig, welchen Betrag C seinen beiden Miterbinnen A und B auszubezahlen hat.

[151] Das BGBB ist am 1. Januar 1994 in Kraft getreten. Ein zu diesem Zeitpunkt bereits bestehender gesetzlicher oder vertraglicher Gewinnanspruch behält auch nach neuem Recht seine Gültigkeit. Soweit vertraglich nichts Abweichendes vereinbart worden ist, richten sich jedoch Fälligkeit und Berechnung nach dem Recht, das im Zeitpunkt der Veräusserung gilt (Art. 94 Abs. 3 BGBB). Demgegenüber richtet sich die Erbteilung nach dem Recht, das bei der Eröffnung des Erbangeses gegolten hat (Art. 94 Abs. 1 BGBB). Im vorliegenden Fall war unbestritten, dass der am 30. September 1993 vereinbarte Gewinnanspruch auch nach dem Inkrafttreten des BGBB weiter Bestand hatte, sich die Fälligkeit und Berechnung des Gewinnanspruchs aber nach neuem Recht, das heisst nach dem BGBB, richtet.<sup>228</sup>

[152] Die gesetzlichen Erben sind gegenseitig verpflichtet, alles zur Ausgleichung zu bringen, was ihnen der Erblasser zu Lebzeiten auf Anrechnung an ihren Erbanteil zugewendet hat (Art. 626 Abs. 1 ZGB). Was der Erblasser seinen Nachkommen als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass und dergleichen zugewendet hat, steht unter der Ausgleichungspflicht. Vorbehalten bleiben gegenteilige Anordnungen des Erblassers (Art. 626 Abs. 2 ZGB) und die Bestimmungen über die Herabsetzung (Art. 527 Ziff. 1 ZGB). Die Ausgleichung dient der Gleichbehandlung der Erben, die Herabsetzung dem Schutz der pflichtteilsgeschützten Erben. Zu prüfen war im vorliegenden Verfahren, wie vorzugehen ist, wenn der Erblasser darauf verzichtet, seinen ihm nach Eintritt eines Gewinnanspruchstatbestandes zustehenden Gewinnanspruch geltend zu machen.<sup>229</sup> Verzichtet der Erblasser auf eine ihm zustehende, fällige Forderung, stellt dies eine Zuwendung dar, die nach den Regeln des Erbrechts zur Ausgleichung oder allenfalls Herabsetzung zu bringen ist.<sup>230</sup> Eine solche Forderung stellt auch der Gewinnanspruch dar.<sup>231</sup>

<sup>227</sup> Dem Sachverhalt lässt sich dazu nichts entnehmen.

<sup>228</sup> Urteil BGer 5A\_326/2016 vom 30. Mai 2017, E. 4.1.1.

<sup>229</sup> Urteil BGer 5A\_326/2016 vom 30. Mai 2017, E. 4.1.2.

<sup>230</sup> BGE 136 III 305 (307), E. 3.1.

<sup>231</sup> Urteil BGer 5A\_989/2015 vom 12. Mai 2016 E. 4.2; Urteil BGer 5A\_145/2013 vom 18. November 2013, E. 4; FRANZ A. WOLF, Aktivlegitimation, Ausgleichung und Pflichtteilsschutz beim Gewinnanspruch im bäuerlichen

[153] Schliesslich machten die Beschwerdeführerinnen vor Bundesgericht geltend, ihnen stünde auch ein Gewinnanteil an den beiden von C an seine Schwestern D und E geschenkten Grundstücken zu. Die Gerichte verwarfen diese Auffassung. Als Veräusserung im Sinn des Gewinnanspruchsrechts gelten der Verkauf und jedes andere Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt. Eine Schenkung fällt nicht darunter. Die kantonale Vorinstanz hat deshalb zu Recht davon abgesehen, C einen hypothetischen Gewinn aufzurechnen.<sup>232</sup>

[154] Kommentar: Hinsichtlich der Geltendmachung von Gewinnanspruchsforderungen ergibt sich nach der Rechtsprechung eine Zweiteilung: Gewinnanspruchsforderungen, die noch zu Lebzeiten des Berechtigten entstehen, fallen nicht in den Nachlass des Berechtigten. Verzichtet jedoch der Berechtigte auf eine ihm zustehende fällige Forderung, so handelt es sich um eine ausgleichungspflichtige lebzeitige Zuwendung nach Art. 626 ZGB. Vorliegend wurden die Gewinnanspruchsforderungen gegen C noch zu Lebzeiten des Vaters G fällig. Die Gerichte gingen von einem Verzicht des Vaters auf eine ihm zustehende Forderung aus und unterstellten diesen in der Erbteilung der gesetzlichen Ausgleichung. Dennoch muss ein solcher Verzicht nach den Regeln der erbrechtlichen Ausgleichung beurteilt werden. Das bedeutet, dass nebst einer objektiven Zuwendung beim Erblasser auch ein Zuwendungswille vorliegen muss («*animus donandi*»). Das setzt voraus, dass sich der Erblasser seiner Gewinnanspruchsforderung bewusst sein musste, andernfalls konnte beim Erblasser auch kein Zuwendungswille vorliegen.<sup>233</sup>

[155] Richtigerweise haben die Gerichte die an die Schwestern geschenkten Grundstücke für den Gewinnanspruch ausser Acht gelassen. Die Miterben haben nur Anspruch auf einen tatsächlich erzielten Gewinn. Ein hypothetischer Gewinn ist nicht zu teilen.<sup>234</sup>

#### 4.4. Berechnung Gewinn und steuerliche Qualifikation des Gewinnanspruchs

[156] In den nachfolgend vorgestellten Urteilen äussert sich das Bundesgericht zu den in der Gewinnberechnung abzugsfähigen Kosten und zur steuerlichen Behandlung von Gewinnanspruchsforderungen und zwar sowohl beim Gewinnanspruchsschuldner als auch bei den Miterben.

[157] Die bei der Gewinnberechnung vom Bruttogewinn abzugsfähigen Kosten sind dem Gesetzeswortlaut nicht abschliessend zu entnehmen, wurden jedoch durch die Rechtsprechung konkretisiert. In den Urteilen 2C\_162/2016 und 2C\_163/2016 vom 29. September 2016 äusserte sich das Bundesgericht dazu wie folgt: «*Ausgangspunkt für die Gewinnberechnung ist Art. 31 Abs. 1 BGG. Die Bestimmung definiert den Begriff des Veräusserungswertes nicht. Nach bisheriger Lehre umfasst er alle vermögenswerten Leistungen, die der Übernehmer im Zusammenhang mit dem Veräusserungsgeschäft erhält (...). Bei einem Verkauf besteht er in der Regel im Kaufpreis (...). Von der Lehre wird die Ansicht vertreten, der Übernehmer könne hiervon die Kosten, die mit der Veräusserung des Grundstückes unmittelbar zusammenhängen, abziehen. Als abziehbarer Aufwand gelten insbesondere Geometerkosten, Grundbuchgebühren und üblicherweise anfallende Notariatskosten, vom Übernehmer*

---

Erbrecht, Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 5A\_989/2015 vom 12. Mai 2016, in: Jusletter 20. Februar 2017, Rz 31.

<sup>232</sup> Urteil BGer 5A\_326/2016 vom 30. Mai 2017, E. 5.2.

<sup>233</sup> BGE 145 III 1 (4), E. 3.2.1.

<sup>234</sup> So bereits Urteil OGER ZH, in: ZR 114 (2015), S. 46.

zu tragenden Gebühren für behördliche Bewilligungen, Prozesskosten, die übliche Mäklerprovision sowie Steuern (z.B. Grundstückgewinnsteuern). Da alle Erben am Erlös der Veräusserung beteiligt seien, sei es gerechtfertigt, dass die für den Veräusserer damit zusammenhängenden Kosten von allen Erben getragen würden. Andernfalls würden die Miterben gegenüber dem Übernehmer bessergestellt.»<sup>235</sup>

[158] Zur Abzugsfähigkeit der beim Gewinnanspruchsbelasteten anfallenden Steuern lässt sich das Bundesgericht wie folgt vernehmen: «Der Gewinnanspruch bezweckt vor allem die Gleichbehandlung der Miterben; er will diese schützen, da ihnen die Vorzugsbehandlung des Übernehmers des landwirtschaftlichen Betriebs nicht zuteil wurde. Es geht aber nicht darum, diese gegenüber dem Übernehmer besser zu stellen. Der in der Literatur vertretene Standpunkt, bei der Gewinnberechnung gewisse Aufwände, die direkt mit der Veräusserung zusammenhängen, abzuziehen, erscheint vor dem Hintergrund des Zwecks des Gewinnanspruchs durchaus sinnvoll. Inwiefern Steuern nicht als abzugsfähiger Aufwand gelten sollen, ist nicht ersichtlich, entstehen doch auch sie unmittelbar durch die Veräusserung. Beim Veräusserungswert handelt es sich damit in Bezug auf die Gewinnberechnung um einen Nettowert. Folglich ist nichts daran auszusetzen, wenn die Vorinstanz davon ausging, der Gewinnanteil sei unter Aufteilung der Kosten zu bestimmen. Es stand den Beschwerdeführern offen, die aufgrund des Verkaufs der Grundstücke anfallenden Steuern vor Ausschüttung an die gewinnanteilsberechtigten Miterben vom Veräusserungserlös in Abzug zu bringen und auf diese Weise die Steuerlast auf die Miterben zu überwälzen.»<sup>236</sup>

[159] Von der Abzugsfähigkeit von Kosten und Steuern in der Gewinnberechnung zu unterscheiden ist die Frage, inwiefern die an die Miterben auszurichtende Gewinnbeteiligung beim Gewinnanspruchsschuldner steuerlich geschäftsmässig begründeten und damit abzugsfähigen Aufwand darstellt. Das Bundesgericht verneint dies. Die Gewinnansprüche der Miterben sind Ausfluss der Erbteilung. Sie dienen der (nachträglichen) erbrechtlichen Ausgleichung der Miterben und stellen private Schulden ohne Zusammenhang zur geschäftsmässigen Tätigkeit dar.<sup>237</sup>

[160] Das Bundesgericht qualifiziert die Erfüllung gesetzlicher, auf Art. 28 ff. BGG beruhender Gewinnansprüche der Miterben als Tilgung privater Schulden, die keinen geschäftsmässig begründeten Aufwand darstellen kann. Ob der Anspruch gesetzlicher oder möglicherweise vertraglicher Natur ist, spielt indes keine Rolle: So oder anders soll mit dem Gewinnanteilsrecht ein Ausgleich unter den Berechtigten herbeigeführt werden. Im Fall von Art. 28 ff. BGG beruht dieser darauf, dass das landwirtschaftliche Gewerbe dem selbstbewirtschaftenden Erben zum Ertragswert an den Erbeil angerechnet wird (Art. 17 Abs. 1 BGG). Im vertraglichen Bereich kann dies andere Gründe haben, was aber am Charakter einer erbrechtlichen Ausgleichszahlung nichts ändert.<sup>238</sup>

[161] Bei den gewinnanspruchsberechtigten Miterben ist der Vermögenszufluss durch Gewinnanteil als steuerrechtlich unbeachtliche Gewinn- oder Erlösverwendung zu qualifizieren (Art. 24 lit. a DBG).<sup>239</sup> Dies gilt für die direkte Bundessteuer und kraft Art. 7 Abs. 4 lit. c StHG auch für kantonale Einkommenssteuern. Je nach Kanton können aber Erbschafts- oder Schenkungssteuern anfallen. Sonderregeln gelten in den Kantonen Bern (Art. 126 Abs. 1 lit. c, Art. 130 StG) sowie

<sup>235</sup> Urteile BGer 2C\_162/2016 und 2C\_163/2016 vom 29. September 2016, E. 4.3.3.

<sup>236</sup> Urteil BGer 2C\_162/2016 und 2C\_163/2016 vom 29. September 2016, E. 4.3.4.

<sup>237</sup> Urteil BGer 2C\_162/2016 und 2C\_163/2016 vom 29. September 2016, E. 4.4.2; Urteil BGer 2C\_559/2019 vom 22. August 2019, E. 3.2.

<sup>238</sup> Urteil BGer 2C\_368/2019 vom 13. März 2020, E. 2.4.

<sup>239</sup> Urteil BGer 2C\_162/2016 und 2C\_163/2016 vom 29. September 2016, E. 4.2.

Neuenburg (Art. 59 Abs. 3 LCdir). In diesen Kantonen unterliegen die Gewinnansprüche bei den Miterben der Grundstückgewinnsteuer.

[162] Kommentar: Soweit der Veräusserungserlös für ein gewinnanspruchsbelastetes Grundstück der Einkommenssteuer unterliegt, fallen regelmässig auch Sozialversicherungsbeiträge an. Die erwähnten Urteile äussern sich zwar nicht explizit zur Abzugsfähigkeit von Sozialversicherungsbeiträgen, nach der hier vertretenen Auffassung sind diese aber, ähnlich wie Steuern, in der Gewinnberechnung abzugsfähig.

#### 4.5. Gewinnabrechnungspflicht

[163] Die Geltendmachung von Gewinnansprüchen durch die Miterben setzt regelmässig eine Berechnung über Gewinnerlöse und Abzüge voraus. Das Bundesgericht hielt im Urteil 5A\_708/2014 vom 23. März 2015 fest, dass die Abrechnungspflicht des Gewinnanspruchsschuldners materiell-rechtlicher Natur ist.<sup>240</sup> Der Abrechnungsanspruch kann demzufolge selbständig eingeklagt werden und ggf. strafbewehrt sein. Das Bundesgericht spricht sich für das Gewinnanspruchsrecht für eine analoge Anwendung der erbrechtlichen Informationspflicht von Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 3 ZGB aus. Der vom Beschwerdeführer vertretenen Auffassung, dass es sich bloss um Mitwirkungspflichten nach Art. 160 ZPO handle, erteilt es ebenso eine Abfuhr wie der von ihm vorgetragene Unterscheidung zwischen Informations- und Abrechnungspflicht.<sup>241</sup>

[164] Kommentar: Das Urteil hatte ein vertragliches nichtlandwirtschaftliches Gewinnanspruchsrecht zum Gegenstand, dürfte aber bezüglich der Abrechnungspflicht ohne weiteres auch für ein gesetzliches Gewinnanspruchsrecht nach Art. 28 ff. BGGB anwendbar sein.

### 5. Die gesetzlichen Vorkaufsrechte

#### 5.1. Vorkaufsrecht an einer Gesamtheit von Grundstücken

[165] Dem bundesgerichtlichen Urteil 5A\_1006/2015 vom 2. August 2016 lag ein Vorkaufsfall über mehrere (nichtlandwirtschaftliche) Miteigentumsanteile zu Grunde. Die Beschwerdeführerin war Miteigentümerin von drei Liegenschaften. Die Miteigentumsanteile der anderen Miteigentümerin wurden zusammen mit drei weiteren ihr gehörenden Miteigentumsanteilen an Dritte veräussert. Der Kaufvertrag bestimmte, dass diese sechs Miteigentumsanteile eine wirtschaftliche Einheit bilden würden und ein Vorkaufsrecht nur für alle Grundstücke zusammen und nicht einzeln ausgeübt werden könne. Die Beschwerdeführerin übte daraufhin das Vorkaufsrecht an zwei Miteigentumsanteilen aus. Die Beschwerdegegnerin widersetzte sich dem Eigentumsübergang. Auf Klage der Beschwerdeführerin hin wies das Bezirksgericht die Klage ab mit der Begründung, das Vorkaufsrecht könne gemäss Kaufvertrag nur für alle sechs Miteigentumsanteile ausgeübt werden. Die Beschwerdeführerin legte Berufung beim Kantonsgericht ein, welche abgewiesen wurde. Das von ihr angerufene Bundesgericht heisst die Beschwerde in Zivilsachen gut.<sup>242</sup>

<sup>240</sup> Die Prozessparteien standen sich bereits im Urteil BGer 5A\_627/2012 vom 3. Dezember 2012 gegenüber. In jenem Urteil ging es um die zivilprozessuale örtliche Zuständigkeit zum Gewinnanspruchsrecht.

<sup>241</sup> Urteil BGer 5A\_708/2015 vom 23. März 2015, E. 3.

<sup>242</sup> Urteil BGer 5A\_1006/2015 vom 2. August 2016, Sachverhalt A, B, C.



Das Streitwerterfordernis von Fr. 30'000.00 für die bundesgerichtliche Beschwerde in Zivilsachen wurde nicht erreicht. Das Bundesgericht sah jedoch die Voraussetzung für eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung als gegeben und trat auf die Beschwerde ein (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG).

[166] Die Streitfrage im kantonalen Verfahren lautete dahingehend, ob die Beschwerdeführerin ihr gesetzliches Vorkaufsrecht an den drei vorkaufsbelasteten Miteigentumsanteilen gegen Zahlung des entsprechenden Anteils vom Gesamtpreis geltend machen darf oder ob die Beschwerdegegnerin verlangen darf, dass die Beschwerdeführerin in Ausübung ihres Vorkaufsrechts alle sechs Miteigentumsanteile zum Gesamtpreis übernehmen muss, weil der Verkauf der restlichen, nicht vorkaufsbelasteten Grundstücke für die Beschwerdegegnerin unmöglich bzw. nicht ohne Nachteil möglich war.

[167] Die kantonalen Gerichte hatten festgestellt, dass die Beschwerdeführerin ihr Vorkaufsrecht nur für alle Grundstücke ausüben könne. Sie sind von der analogen Anwendbarkeit der im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) für den sog. MengenkauF vorgesehenen Regelung ausgegangen (§ 467 BGB). Diese Norm bestimmt, dass der Vorkaufsberechtigte einen verhältnismässigen Teil des Gesamtpreises zu entrichten hat, wenn der Dritte den Gegenstand, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, mit anderen Gegenständen zu einem Gesamtpreis gekauft hat, und dass der Verpflichtete verlangen kann, dass der Vorkauf auf alle Sachen erstreckt wird, die nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können. Als Grundsatz gilt im BGB, dass das Vorkaufsrecht auch dann ausgeübt werden kann, wenn die mit dem Vorkaufsrecht belastete Sache nicht allein, sondern mit anderen verkauft wird.

[168] In Art. 655a Abs. 1 (Marginalie: «*unselbständiges Eigentum*») sieht das ZGB vor, dass ein Grundstück mit einem anderen Grundstück derart verknüpft werden kann, dass der jeweilige Eigentümer des Hauptgrundstücks auch Eigentümer des dazugehörenden Grundstücks ist. Dieses teilt das rechtliche Schicksal des Hauptgrundstücks und kann nicht gesondert veräussert, verpfändet oder belastet werden. Gemäss Abs. 2 können das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer (Art. 682 Abs. 1 ZGB) und der Aufhebungsanspruch (Art. 650 ff. ZGB) nicht geltend gemacht werden, wenn die Verknüpfung zu einem dauernden Zweck erfolgt.

[169] Ob ein konkreter «Verkauf» einen Vorkaufsfall begründet, bestimmt allein das Gesetz. Die Parteien des Kaufvertrages können den Eintritt des Vorkaufsfalls durch Vereinbarung weder ausschliessen noch beschränken. Unwirksam gegenüber dem Vorkaufsberechtigten sind insbesondere Bedingungen, die den Verkauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig machen oder Rücktrittsvorbehalte zugunsten des Vorkaufsverpflichteten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts.<sup>243</sup> Werden mehrere Grundstücke, von denen einzelne mit einem gesetzlichen Vorkaufsrecht belastet sind, zu einem Gesamtpreis verkauft, bestimmen somit weder die Vertragsparteien noch der beurkundende Notar, ob ein Vorkaufsfall vorliegt oder ob das Vorkaufsrecht nur an allen, eventuell eine wirtschaftliche Einheit bildenden Grundstücken, ausgeübt werden kann. Die Fragen beantwortet das Gesetz.<sup>244</sup>

[170] Das Bundesgericht lehnt die von den kantonalen Gerichten gestützt auf das deutsche Recht (BGB) vertretene Ansicht ab, die Parteien des Kaufvertrages könnten die Ausübung des Vorkaufsrechts verhindern, indem sie vereinbaren, die zu einem Gesamtpreis verkauften Grundstücke,

<sup>243</sup> Urteil BGer 5A\_1006/2015 vom 2. August 2016, E. 4.2; BGE 49 II 203 (205), E. 2; BGE 78 II 354 (359), E. 2.

<sup>244</sup> Urteil BGer 5A\_1006/2015 vom 2. August 2016, E. 4.3.

von denen nur einzelne vorkaufsbelastet sind, seien unauflösbar verbunden. Was als Vorkaufsfall gilt, sagt das Gesetz und steht nicht im Belieben der Vertragsparteien. Auch die Vereinbarung, mit welcher ein gesetzliches Vorkaufsrecht ausgeschlossen oder abgeändert wird, ist im Gesetz (Art. 681b ZGB) geregelt. Es handelt sich nicht um eine Vereinbarung zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Käufer, sondern um eine Vereinbarung mit dem Vorkaufsberechtigten, um dessen Recht es schliesslich geht.<sup>245</sup>

[171] Kommentar: Das Rechtsgeschäft, welches den Vorkaufsfall darstellt (i.d.R. Kaufvertrag, Art. 216c Abs. 1 OR), kann sowohl nur ein einzelnes, aber auch mehrere landwirtschaftliche Grundstücke oder zugleich auch nichtlandwirtschaftliche Grundstücke umfassen. Dass mehrere Grundstücke Gegenstand eines gesetzlichen Vorkaufsfalles sind, ist im Anwendungsbereich der gesetzlichen Vorkaufsrechte des BGG nicht so selten (vgl. Vorkaufsrecht der Verwandten [Art. 42 Abs. 2 BGG], Vorkaufsrecht des Miteigentümers [Art. 49 Abs. 2 BGG] oder Vorkaufsrecht des Pächters [Art. 47 Abs. 2 BGG]). Das Urteil dient der Klärung der Rechtslage und schiebt allfälligen Absichten der Kaufvertragsparteien einen Riegel, durch Klauseln im Kaufvertrag ein gesetzliches Vorkaufsrecht auszuhebeln. Der Umstand, dass für mehrere Grundstücke im Kaufvertrag lediglich ein Gesamtpreis bestimmt worden ist, steht der Ausübung des Vorkaufsrechts an einzelnen Grundstücken richtigerweise nicht entgegen.

[172] Nach der hier vertretenen Auffassung führt eine subjektiv-dingliche Verknüpfung zwischen landwirtschaftlichen und nichtlandwirtschaftlichen Grundstücken (Art. 655a ZGB) nicht zu einem Ausschluss der gesetzlichen Vorkaufsrechte des BGG, sondern vielmehr dazu, dass sich das Vorkaufsrecht auf die Gesamtheit der verknüpften Grundstücke erstreckt, selbst wenn einzelne davon nicht dem BGG unterstellt sein sollten. Andernfalls liesse sich das gesetzliche Vorkaufsrecht einfach dadurch umgehen, dass zusammen mit landwirtschaftlichen Grundstücken auch nichtlandwirtschaftliche Grundstücke veräussert und diese subjektiv-dinglich verknüpft werden.<sup>246</sup>

## 5.2. Vorkaufsrecht am Grundstück: massgeblicher Zeitpunkt für Gewerbe-eigentum

[173] Das bundesgerichtliche Urteil 5A\_127/2019 der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 2. August 2016 (BGE 146 III 217) widmet sich dem Vorkaufsrecht im Baurechtsverhältnis und an einem (nicht dem BGG unterstellten) Miteigentumsanteil. Das Bundesgericht klärt nebenbei die im bäuerlichen Bodenrecht bisher umstrittene Frage, in welchem Zeitpunkt ein an einem landwirtschaftlichen Grundstück Vorkaufsberechtigter über ein landwirtschaftliches Gewerbe verfügen muss.

[174] Das BGG kennt gesetzliche Vorkaufsrechte am landwirtschaftlichen Gewerbe bzw. am landwirtschaftlichen Grundstück (Art. 42 ff. BGG). In allen Fällen des gesetzlichen Vorkaufsrechts an einem Grundstück muss der Vorkaufsberechtigte Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein oder wirtschaftlich über ein solches verfügen (so für das Vorkaufsrecht der Verwandten: Art. 42 Abs. 2 BGG, des Pächters: Art. 47 Abs. 2 lit. b BGG, des Miteigentümers: Art. 49 Abs. 2 BGG). In Rechtsprechung und Lehre war bisher ungeklärt, in welchem Zeitpunkt

---

<sup>245</sup> BGE 89 II 79 (84), E. 2.

<sup>246</sup> PIUS KOLLER, Vorkaufsrecht im Miteigentumsanteil, in: dRSK, publiziert am 30. November 2016.

die gesetzlichen Voraussetzungen für das Vorkaufsrecht erfüllt sein müssen. Die Lehre unterscheidet zwischen objektiven Voraussetzungen (z.B. Eigentum oder wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein landwirtschaftliches Gewerbe) und subjektiven, in der Person des Vorkaufsberechtigten liegende Voraussetzungen (z.B. Fähigkeit, Eignung und Wille zur Selbstbewirtschaftung). Nach der Lehre müssen die geforderten subjektiven und objektiven Voraussetzungen im Zeitpunkt des Eintritts des Vorkaufsfalls erfüllt sein und die Voraussetzungen, die an die Person des Vorkaufsberechtigten anknüpfen, bei Ausübung des Vorkaufsrechts noch bestehen.<sup>247</sup>

[175] Nicht geklärt war bisher die Frage, in welchem Zeitpunkt der Vorkaufsberechtigte Eigentümer eines Gewerbes sein muss. Das Bundesgericht hat sich nun dafür entschieden, dass der Vorkaufsberechtigte bereits im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls (d.h. der Veräusserung des vorkaufsbelasteten Grundstücks, Art. 682a ZGB, Art. 681 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 216c Abs. 2 OR)<sup>248</sup> Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein muss.<sup>249</sup> Gleicher Auffassung war bereits die kantonale Vorinstanz.<sup>250</sup> Hinsichtlich des Gewerbeeigentums ist Art. 7 bzw. 5 lit. a BGGB einschlägig. Insbesondere sind auch die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke für die Frage zu berücksichtigen, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt (Art. 7 Abs. 4<sup>bis</sup> BGGB). Es genügt daher nicht, wenn erst im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts beim Vorkaufsberechtigten ein Gewerbe vorliegt. Der Grund hierfür ist für das Bundesgericht darin zu erblicken, dass die Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks nicht der Schaffung eines landwirtschaftlichen Gewerbes diene, sondern dessen strukturelle Verbesserung bezwecke.<sup>251</sup>

## 6. Das gemeinschaftliche Eigentum

### 6.1. Aufhebung von Miteigentum an einem landwirtschaftlichen Grundstück

[176] Im Urteil 5A\_692/2018 vom 14. November 2018 hatte sich die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts mit der Aufhebung von Miteigentum unter Ehegatten zu befassen: Im Jahr 1989 haben A (zu 2/3) und C (zu 1/3) Miteigentum am landwirtschaftlichen Grundstück Nr. 10318 von 20'532 m<sup>2</sup> Fläche zum Preis von Fr. 390'108 (Fr. 19/m<sup>2</sup>) erworben. Es handelte sich dabei um ein dem BGGB unterstelltes einzelnes Grundstück, ohne Gebäude, das zum Weinanbau genutzt wurde.<sup>252</sup> Im Jahr 1990 haben A und C geheiratet und wurden Eltern zweier Kinder.

[177] Mit Ehevertrag vom 27. Dezember 1995 hatten die Ehegatten A und C den gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung aufgegeben und Gütertrennung begründet (Art. 247 ff. ZGB). Im Zuge der damit verbundenen güterrechtlichen Auseinandersetzung wurde der jeweilige

<sup>247</sup> EDUARD HOFER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGGB, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 31b Abs. 4 zu Art. 9 BGGB; STREBEL/HOTZ, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGGB, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 7a zu Art. 47 BGGB; LORENZ STREBEL, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, 2009, S. 198 f. Rz. 639 ff. und S. 267 Rz. 871.

<sup>248</sup> BGE 134 I 263 (267), E. 3.3.

<sup>249</sup> BGE 146 III 217 (223), E. 6.4.2.

<sup>250</sup> Urteil KGer VS I. Zivilrechtliche Abteilung Nr. C1 17 48 vom 8. Januar 2019, E. 6.6.

<sup>251</sup> PHILIPP EBERHARD, Temporale Aspekte betreffend des Vorkaufsrechts nach Art. 681 Abs. 2 ZGB, in: dRSK, publiziert am 25. Juni 2020.

<sup>252</sup> Urteil BGer 5A\_692/2018 vom 14. November 2018, Sachverhalt A.

Miteigentumsanteil der Ehefrau A bzw. dem Ehemann C je zu Eigengut zugewiesen (vorehelicher Erwerb, Art. 198 Ziff. 2 ZGB).

[178] Der Ehemann C gründete sodann im Jahr 2006 die Aktiengesellschaft B, deren Hauptzweck die Bewirtschaftung des Weinguts war. C hielt daran 98 von 100 Aktien und war einziger Verwaltungsrat. Im Jahr 2009 verkaufte C nebst weiteren landwirtschaftlichen Grundstücken auch seinen Miteigentumsanteil von einem Drittel am Grundstück Nr. 10318 an die B AG. Der Verkauf erfolgte zum Ertragswert.<sup>253</sup> Insgesamt hielt die B AG damit landwirtschaftliche Grundstücke von über 30 ha.

[179] Im Jahr 2010 schenkte C seine 98 Aktien an der B AG seinen vier Kindern. Er schenkte je 25 Aktien seinen beiden selbstbewirtschaftenden Kindern F und G. Je 24 Aktien schenkte er seinen beiden anderen Kindern D und E. C behielt die Nutzniessung an den Aktien, diese umfasste auch das Stimmrecht und das Recht auf Dividende.<sup>254</sup> Ab dem Jahr 2010 pachtete eines der Kinder den Weinbaubetrieb von der B AG. Am 6. August 2004 wurde die Scheidung zwischen A und C ausgesprochen.

[180] Am 17. Dezember 2015 klagte A gegen die Miteigentümerin B AG vor dem erstinstanzlichen Zivilgericht auf Aufhebung des Miteigentums über das Grundstück Nr. 10318 (Art. 650 ff. ZGB). Sie verlangte die körperliche Teilung des Grundstücks (Parzellierung), und es sei ihr ein Flächenanteil von zwei Dritteln und der B AG ein solcher von einem Drittel am Grundstück zu Alleineigentum zuzuweisen.

[181] Die zweite Miteigentümerin, die B AG, verlangte die Abweisung der Klage und erhob ihrerseits Widerklage. Sie verlangte widerklageweise die ungeteilte Zuweisung des Grundstücks Nr. 10318 zu Alleineigentum, indem sie sich auf das Zuweisungsrecht nach Art. 36 Abs. 2 BGBB berief. Das Gericht wies die Klage von A ab und hiess die Widerklage der B AG gut. Eine Berufung von A wies die Berufungsinstanz ab. A erhob daraufhin Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Sie trug u.a. vor, die kantonale Vorinstanz hätte mit der Zuweisung des Grundstücks an die B AG Art. 36 Abs. 3 BGBB verletzt. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[182] Die Bestimmungen des BGBB zur Aufhebung von vertraglich begründetem gemeinschaftlichem Eigentum (Art. 36 ff. BGBB) gehen den Bestimmungen von Art. 650 ff. ZGB vor (Art. 654a ZGB). Die Bestimmungen von Art. 36 ff. BGBB finden auf Gesamteigentum zufolge Erbengemeinschaft keine Anwendung, da es sich hierbei um gesetzlich begründetes Gesamteigentum handelt (Art. 602 ZGB). In der Erbteilung ist Art. 21 BGBB anwendbar. Wird vertraglich begründetes Gesamt- oder Miteigentum an einem landwirtschaftlichen Grundstück aufgehoben, so kann jeder Mit- oder Gesamteigentümer dessen Zuweisung verlangen, wenn er Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist oder über ein solches wirtschaftlich verfügt und das Grundstück im ortsüblichen Bewirtschaftungsbereich dieses Gewerbes liegt (Art. 36 Abs. 2 BGBB). Selbstbewirtschaftung ist dafür nicht erforderlich.<sup>255</sup>

[183] Für die Aufhebung von Gesamteigentum, das auf einer ehevertraglichen Gütergemeinschaft gründet, gehen allerdings die Art. 242 und 243 ZGB den Bestimmungen von Art. 36 BGBB vor (Art. 36 Abs. 3 BGBB). Demnach nimmt bei Auflösung der Gütergemeinschaft derjenige Ehegatte das Gewerbe oder Grundstück zu Alleineigentum zurück, in dessen Eigengut es unter dem

<sup>253</sup> Urteil BGer 5A\_692/2018 vom 14. November 2018, Sachverhalt Ac.

<sup>254</sup> Urteil BGer 5A\_692/2018 vom 14. November 2018, Sachverhalt Ad.

<sup>255</sup> Urteil BGer 5A\_692/2018 vom 14. November 2018, E. 5.1.

ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung stehen würde (Rückfall, Art. 242 ZGB, bei Tod allerdings nur der überlebende Ehegatte: Art. 243 ZGB). Während die Einbringung des Gewerbes in die Gütergemeinschaft einen Vorkaufsfall hinsichtlich der Verwandtenvorkaufsrechte des BGBB darstellt (erweiterter Vorkaufsfall, Art. 43 lit. a BGBB), gilt dies nach der Lehre nicht für den Rückfall.<sup>256</sup> Vorliegend verneint das Bundesgericht die Anwendbarkeit von Art. 36 Abs. 3 BGBB, denn die Ehegatten hätten gar nie eine Gütergemeinschaft begründet.<sup>257</sup>

[184] Kommentar: Art. 36 Abs. 3 BGBB verweist auf die gesetzlichen Regeln zum ehevertraglichen Güterstand der Gütergemeinschaft. Leben die Ehegatten unter dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung oder, wie im vorliegenden Fall, unter dem Regime der ehevertraglichen Gütertrennung, so findet Art. 36 Abs. 3 BGBB keine Anwendung. Der Vorbehalt von Art. 36 Abs. 3 BGBB gilt sowohl für landwirtschaftliche Gewerbe als auch für einzelne Grundstücke.

[185] Auch ein weiterer Aspekt des Urteils verdient Beachtung: Im Jahr 2010 hat C seine Aktienmehrheit von 98 von 100 Aktien an der B AG aufgeteilt in Pakete zu je 25 bzw. je 24 Aktien, an seine vier Kinder verschenkt. Die B AG war Eigentümerin eines landwirtschaftlichen Gewerbes, das offensichtlich deren Hauptaktivum bildete. In gewissen Konstellationen behandelt das BGBB eine Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person wie ein landwirtschaftliches Gewerbe (Art. 4 Abs. 2 BGBB). Die Anwendbarkeit von Art. 4 Abs. 2 BGBB 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 BGBB handelt. Weiter ist kumulativ vorausgesetzt, dass dieses Gewerbe wertmässig ein Hauptaktivum<sup>258</sup> in der Bilanz der juristischen Person darstellt. Trifft beides zu, so sind auf eine Mehrheitsbeteiligung an dieser juristischen Person die Bestimmungen des BGBB über landwirtschaftliche Gewerbe anwendbar (Art. 4 Abs. 2 BGBB).<sup>259</sup> Dies bedeutet, dass auf die Mehrheitsbeteiligung von 98 Aktien das Realteilungsverbot hätte Anwendung finden müssen. Eine Aufteilung in Pakete zu 25 und 24 Aktien wäre unter diesem Aspekt m.E. nicht zulässig gewesen. Daran ändert auch nichts, dass der Aktienwerb durch die Kinder von C nicht der Erwerbsbewilligungspflicht unterstand (Art. 62 lit. b BGBB). Ob das Realteilungsverbot in den Verfahren vor den kantonalen Gerichten Gegenstand des Verfahrens war, lässt sich dem Bundesgerichtsurteil nicht entnehmen. Anzumerken ist, dass die nicht behördlich bewilligte Aufteilung eines Aktienpaketes, das die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 2 BGBB erfüllt, nichtig ist (Verstoss gegen das Realteilungsverbot, Art. 70 BGBB).

<sup>256</sup> BENNO STUDER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGBB, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 6 zu Art. 36 BGBB.

<sup>257</sup> Urteil BGer 5A\_692/2018 vom 14. November 2018, E. 6.2.

<sup>258</sup> Im Urteil BGer 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.

<sup>259</sup> 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 13. Oktober 2014, Ziff. 3.

## 7. Das Realteilungs- und Zerstückelungsverbot

### 7.1. Abtrennung von Wohnbauten

[186] Dem bundesgerichtlichen Urteil 1C\_460/2018 der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 14. März 2019 war eine vor den kantonalen Gerichten ausgetragene Auseinandersetzung über die Abtrennung eines Wohnhauses von einem landwirtschaftlichen Gewerbe vorausgegangen. Auf dem betreffenden Gewerbe wurde das Baugesuch für den Neubau einer Betriebsleiterwohnung kantonal letztinstanzlich durch das Verwaltungsgericht abgewiesen. Das Bundesgericht wies die von der Bauherrschaft dagegen erhobene Beschwerde ab.

[187] Unbestritten war, dass der Betrieb zufolge Tierhaltung eine Anwesenheit des Betriebsleiters auf dem Hof erfordert. Umstritten war jedoch, ob der bereits vorhandene Wohnraum ausreicht, um den Landwirtschaftsbetrieb zu führen. Im Bauernhaus waren zwei Wohnungen vorhanden. Ein weiteres Wohnhaus mit einer Wohnung wurde zuvor vom Gewerbe abgetrennt und an den nicht im Betrieb beschäftigten Bruder des Landwirts veräussert. Das kantonale Verwaltungsgericht erwog, aus raumplanungsrechtlicher Sicht sei – unter Hinzurechnung des zuvor abgetrennten Wohnhauses – genügend Wohnraum für eine Betriebsleiterfamilie und die abgetretene Generation vorhanden. Ein zusätzliches Wohnhaus sei für den Betrieb nicht unentbehrlich und damit auch nicht zonenkonform.<sup>260</sup>

[188] Der Beschwerdeführer war demgegenüber der Auffassung, das geplante Bauvorhaben stehe im Einklang mit dem Raumplanungsgesetz. Bei einer Gesamtbetrachtung, welche die Vorinstanz unterlassen habe, und bei richtiger Auslegung von Art. 16a RPG i.V.m. Art. 34 RPV komme man zum Schluss, dass der Neubau als zonenkonform zu beurteilen sei. Der beantragte Neubau der Betriebsleiterwohnung sei dringend nötig. Er machte ferner geltend, das abparzellierte Grundstück mit dem Wohnhaus gehöre nicht mehr zum landwirtschaftlichen Gewerbe und sei kein landwirtschaftliches Grundstück mehr, weshalb es folglich nicht in die Beurteilung, ob eine neue Betriebsleiterwohnung erstellt werden dürfe, miteinbezogen werden könne.<sup>261</sup>

[189] Nach Art. 22 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 RPG). Voraussetzung für ihre Bewilligung ist, dass sie dem Zweck der Nutzungszone entsprechen und das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 RPG). In der Landwirtschaftszone sind gemäss Art. 16a Abs. 1 RPG Bauten und Anlagen zonenkonform, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind. Bei Bauten für den Wohnbedarf muss der Wohnraum für den Betrieb des entsprechenden landwirtschaftlichen Gewerbes unentbehrlich sein, einschliesslich des Wohnbedarfs der abtretenden Generation (Art. 34 Abs. 3 RPV).

[190] Die kantonale Vorinstanz erwog diesbezüglich, es spiele vorliegend für die Beurteilung des vorhandenen Wohnraums keine Rolle, dass das abgetrennte Wohnhaus nicht mehr dem BGGB unterstellt sei, da es freiwillig abgetreten worden sei. Diese Erwägung steht in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Es kann, so das Bundesgericht, kein Anspruch auf Bewilligung eines neuen Wohnhauses ausserhalb der Bauzone verschafft werden, wenn der Betriebsgrösse entsprechende bestehende Gebäulichkeiten in der Absicht veräussert werden, auf dem nicht verkauften Teil der Liegenschaft neue Gebäude zu erstellen. Eine freiwillige Veräus-

<sup>260</sup> Urteil BGer 1C\_460/2018 vom 14. März 2019, E. 3.

<sup>261</sup> Urteil BGer 1C\_460/2018 vom 14. März 2019, E. 3 und 4.4.

serung hat nicht zur Folge, dass neue Bauten ausserhalb der Bauzone bewilligt werden müssen. Eine solche Gesetzesumgehung soll verhindert werden. Bei der Abparzellierung und nichtlandwirtschaftlichen Nutzung ursprünglich landwirtschaftlicher Bauten und Anlagen ist insbesondere sicherzustellen, dass damit nicht der Grundstein für ein Bedürfnis nach landwirtschaftlichen Neubauten gelegt wird. Die Vorinstanz hatte ausgeführt, dass es einer Gesetzesumgehung gleichkäme, wenn nach der freiwilligen Veräusserung von der Betriebsgrösse angemessenen Wohn- und Ökonomiebauten an den nicht in der Landwirtschaft tätigen Bruder des Beschwerdeführers eine zonenkonforme Neubaute bewilligt werden würde. Es war folglich nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz erwogen hatte, das zuvor abparzellierte und an den Bruder veräusserte Wohnhaus zähle raumplanerisch weiterhin zum landwirtschaftlichen Betrieb.

[191] Unbehelflich war auch das Vorbringen des Beschwerdeführers, bereits bei der Abtretung im Jahre 2010 hätte der Hof nicht über genügend Wohnraum verfügt. Diesfalls, so das Bundesgericht, hätte zwar keine Abparzellierung stattfinden dürfen, da nur Wohnraum, der nicht betriebsnotwendig ist, vom landwirtschaftlichen Gewerbe abgetrennt und aus dem Geltungsbereich des BGG entlassen werden kann.<sup>262</sup> Dies ändere jedoch nichts am Ergebnis, wonach das Wohnhaus, sofern die Abparzellierung zu Unrecht erfolgt wäre, umso mehr zum landwirtschaftlichen Wohnraum hinzuzurechnen wäre. Angesichts des Trennungsgrundsatzes (Art. 1 Abs. 1 RPG) sei Zurückhaltung bei der Bewilligung von landwirtschaftlichem Wohnraum angebracht, damit eine Zersiedlung der Landwirtschaftszone vermieden wird. Mildere Massnahmen, insbesondere die von den Beschwerdeführern erwähnte Auflage, dass nur Selbstbewirtschafter im Sinne des BGG das neue Betriebsleiterwohnhaus bewohnen dürften, bzw. ein Benützungsverbot für die Wohnung im 2. OG erlassen werde, seien unter den genannten Umständen nicht zielführend.<sup>263</sup>

[192] Im bundesgerichtlichen Urteil 1C\_262/2018 vom 3. Dezember 2018 war zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für die Abtrennung von Wohnraum ab einem landwirtschaftlichen Gewerbe erfüllt seien. Das Bundesgericht erwog dabei, bei der Erteilung einer Ausnahme vom Realteilungs- oder Zerstückelungsverbot sei insbesondere sicherzustellen, dass damit nicht der Grundstein für ein Bedürfnis nach landwirtschaftlichen Neubauten gelegt wird. Nur Wohnraum, der nicht betriebsnotwendig ist, kann vom landwirtschaftlichen Gewerbe abgetrennt und aus dem Geltungsbereich des BGG entlassen werden, wobei eine an den raumplanungsrechtlichen Vorgaben orientierte, zukunftsgerichtete Beurteilung vorzunehmen ist.<sup>264</sup> Mit einem Gesuch um Abtrennung vom Gewerbe wird, so das Bundesgericht, implizit zum Ausdruck gebracht, dass der Wohnraum in dem aus dem Geltungsbereich des BGG zu entlassenden Wohnhaus nicht mehr für das landwirtschaftliche Gewerbe benötigt wird. Mit dem bei der Abparzellierung zum Ausdruck gebrachten Verzicht auf den Wohnraum ist nicht vereinbar, danach wiederum gestützt auf Art. 34 Abs. 3 RPV neuen Wohnraum schaffen zu wollen.<sup>265</sup>

[193] Kommentar: Das Urteil ist im Ergebnis vertretbar. Es kann nicht angehen, Wohnraum vom Gewerbe abzutrennen, um danach wieder neuen Wohnraum ausserhalb der Bauzone zu erstellen. Bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht auch die Berufung auf veränderte Umstände nicht

<sup>262</sup> Urteil BGer 1C\_262/2018 vom 3. Dezember 2018, E. 3.4.

<sup>263</sup> Urteil BGer 1C\_460/2018 vom 14. März 2019, E. 4.

<sup>264</sup> Urteil BGer 1C\_262/2018 vom 3. Dezember 2018, E. 3.4; HERRENSCHWAND/BANDLI, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 2a, 7 und 7a zu Art. 60 BGG.

<sup>265</sup> Urteil BGer 1C\_262/2018 vom 3. Dezember 2018, E. 3.5 und 3.6.

zulässt. Wer vom Gewerbe Wohnraum abzutrennen beabsichtigt, sollte sich dieser Konsequenzen bewusst sein.

## 7.2. Zulässige Fläche bei der Abtrennung von Bauten

[194] Dem Gesetz lässt sich nicht (direkt) entnehmen, mit wieviel Grundfläche nicht mehr benötigte Bauten von einem landwirtschaftlichen Grundstück abgetrennt werden dürfen (Art. 60 Abs. 1 lit. a BGG). Die höchstzulässige Fläche variiert nach Beobachtung des Autors stark von Kanton zu Kanton. Manche Kantone lassen eine Fläche von nur 800 m<sup>2</sup> zu. Das Bundesgericht hat jedoch in früheren Urteilen eine Richtgrösse von 1'000 m<sup>2</sup> als zulässig erachtet.<sup>266</sup> Im Urteil 1C\_94/2016 vom 7. Oktober 2016 (I. öffentlich-rechtliche Abteilung) hat das Bundesgericht einen vorinstanzlichen Entscheid geschützt, wonach eine Abtrennungsfläche von 2'976 m<sup>2</sup> nicht bewilligungsfähig sei. Das Bundesgericht musste aus prozessualen Gründen nicht prüfen, ob die zulässige Grenze in Analogie zu Art. 60 Abs. 1 lit. d BGG bei 1'000 m<sup>2</sup> liegt.<sup>267</sup>

[195] Kommentar: Es ist daran zu erinnern, dass die Befugnis eines Eigentümers sein Grundstück zu parzellieren, Ausfluss der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie ist (Art. 26 BV). Eingriffe in Grundrechte müssen verhältnismässig sein (Art. 36 BV).<sup>268</sup> Nach Art. 60 Abs. 1 lit. d BGG kann ein nichtlandwirtschaftliches Grundstück ausserhalb der Bauzone mit einer bewilligungspflichtigen Ausnahme vom Zerstückelungsverbot um maximal 1'000 m<sup>2</sup> zu Lasten eines dem BGG unterstellten Grundstücks vergrössert werden. Dieses Flächenmass muss daher mindestens auch als Abtrennungsfläche zulässig sein, wenn ein neues Grundstück durch Abtrennung geschaffen wird. Eine Abtrennungsfläche von 1'000 m<sup>2</sup> ist daher jedenfalls gerechtfertigt; je nach überbauter Fläche, Grenzverlauf und Topographie sogar mehr. Zudem soll nach Möglichkeit der gesetzliche Grenzabstand zu Bauten eingehalten werden. Massgebliches Kriterium soll der mit der Abtrennung einhergehende (und in Grenzen zu haltende) Verlust an landwirtschaftlicher Nutzfläche sein, weshalb sich bei Gebäuden mit grosser Grundfläche auch eine höhere zulässige Abtrennungsfläche ergeben kann, ohne dass landwirtschaftliche Nutzfläche von der Abtrennung betroffen ist.

## 7.3. Zurückhalten von Grundstücken in der Hofübergabe

[196] Im steuerrechtlichen Urteil 2C\_463/2016 der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 26. März 2018 ging es in der Hauptsache um die steuerrechtliche Überführung mehrerer zuvor anlässlich der Hofübergabe vom Hofabtreter zurückbehaltener (z.T. kleiner landwirtschaftlicher) Grundstücke ins Privatvermögen (sog. steuerliche Privatentnahme).<sup>269</sup> Die Vorinstanzen setzten den Liquidationsgewinn aus der Überführung in das Privatvermögen auf rund Fr. 1.70 Mio. fest. Die Beschwerdeführer wendeten ein, es handle sich um landwirtschaftliche Grundstü-

<sup>266</sup> Urteil BGer 5A.25/2000 vom 9. November 2000; Urteil BGer 5A.21/2001 vom 11. Dezember 2001; ferner: Entscheid Verwaltungsrekurskommission SG vom 2. März 2011.

<sup>267</sup> Urteil BGer 1C\_94/2016 vom 7. Oktober 2016, E. 2 in fine.

<sup>268</sup> Urteil BGer 5A.22/2003 vom 11. März 2004, E. 4.1.3.

<sup>269</sup> Urteil BGer 2C\_463/2016 vom 26. März 2018, Sachverhalt A und E. 3.



cke im Geltungsbereich des BGBB, welche bei der Überführung privilegiert zu besteuern seien (Art. 18 Abs. 4 DBG).

[197] Das kantonale Verwaltungsgericht hatte hinsichtlich der Überführung des einen Grundstückes in das Privatvermögen erwogen, das Grundstück umfasse 1'236 m<sup>2</sup> und liege zum Teil in der Bauzone (699 m<sup>2</sup>) und in der Landwirtschaftszone (Rebland, 537 m<sup>2</sup>). Aus den Akten sei nicht ersichtlich, dass das Grundstück gemäss Zonenzuweisung aufgeteilt worden wäre, weshalb das Grundstück, soweit es zum Betrieb der Beschwerdeführer gezählt habe, Teil eines landwirtschaftlichen Gewerbes gebildet habe (Art. 7 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. a BGBB). Das betreffende Grundstück sei demnach als Folge der Zugehörigkeit zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe und ungeachtet dessen, dass es weniger als 15 Aren Rebland umfasse, vom sachlichen Anwendungsbereich des BGBB erfasst gewesen, weshalb auf eine Abtrennung vom landwirtschaftlichen Gewerbe das Realteilungsverbot (Art. 58 Abs. 1 BGBB) anwendbar und dafür eine Ausnahmebewilligung (Art. 60 BGBB) erforderlich gewesen wäre. Das Verhalten der Beschwerdeführer, die bei der Betriebsübergabe an den Sohn das betreffende Grundstück ohne hierfür eine Bewilligung einzuholen, für sich zurückbehalten hätten und sich nun für die steuerliche Privilegierung auf den Anwendungsbereich des BGBB berufen würden, sei widersprüchlich und damit rechtsmissbräuchlich, weshalb das Grundstück nicht privilegiert, sondern ordentlich zu besteuern sei.<sup>270</sup>

[198] Auszugehen sei davon, dass das teilweise in der Bauzone liegende und nicht nach Nutzungszonen aufgeteilte Grundstück grundsätzlich unter den sachlichen Anwendungsbereich des BGBB fällt (Art. 2 Abs. 2 lit. c BGBB). Aufgrund seiner geringen Gesamtfläche von 12,36 Aren bzw. dem weit unter 15 Aren liegenden Anteil an Rebland würde das Grundstück jedoch nur vom sachlichen Anwendungsbereich des BGBB erfasst werden, falls es Teil eines landwirtschaftlichen Gewerbes gebildet hätte (Art. 2 Abs. 3 BGBB), womit die Abtrennung von diesem landwirtschaftlichen Gewerbe aufgrund des anwendbaren Realteilungsverbots (Art. 58 Abs. 1 BGBB) einer Bewilligung (Art. 60 BGBB) bedürft hätte.<sup>271</sup>

[199] Der Umstand, dass die Abtrennung des Grundstückes vom landwirtschaftlichen Gewerbe anlässlich der Übergabe des Landwirtschaftsbetriebs der Beschwerdeführer an den Sohn erfolgte, vermag, so das Bundesgericht, nichts an der Bewilligungspflicht der Abtrennung vom landwirtschaftlichen Gewerbe zu ändern; eine Ausnahme von der Bewilligungspflicht kann insbesondere nicht mit Hinweis auf Art. 62 BGBB (der den Erwerb und nicht die Abtrennung betrifft) begründet werden.<sup>272</sup>

[200] Unstrittig hätten die Beschwerdeführer anlässlich der Betriebsübergabe an den Sohn unter gleichzeitiger Zurückbehaltung insbesondere des Grundstückes wegen angeblich fehlender Anwendbarkeit des BGBB keine Bewilligung für eine Abtrennung vom landwirtschaftlichen Gewerbe eingeholt, so das Bundesgericht. Somit würden sich die Beschwerdeführer für den Fall, dass ihr Landwirtschaftsbetrieb als landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne von Art. 7 BGBB und folglich das betreffende als landwirtschaftliches Grundstück (Art. 2 Abs. 3 e contrario BGBB)

<sup>270</sup> Urteil BGer 2C\_463/2016 vom 26. März 2018, E. 4.1.

<sup>271</sup> Urteil BGer 2C\_463/2016 vom 26. März 2018, E. 5.2; BEAT STALDER, Die öffentlich-rechtlichen Verfügungsbeschränkungen im bäuerlichen Bodenrecht – Ein Werkstattbericht nach 20 Jahren BGBB, in: Landwirtschaftliches Bodenrecht – eine Standortbestimmung aus der Sicht des Praktikers nach 20 Jahren BGBB, 2013, S. 14; JÜRGEN FLÜCK, Die Grundbuchpraxis zum landwirtschaftlichen Bodenrecht, in: Landwirtschaftliches Bodenrecht – eine Standortbestimmung aus der Sicht des Praktikers nach 20 Jahren BGBB, 2013, S. 99.

<sup>272</sup> Vgl. zur Anwendbarkeit des Realteilungsverbots auf eine Eigentumsübertragung aus dem Gesamteigentum der Erbengemeinschaft in das Alleineigentum eines Erben: Urteil BGer 5A\_522/2013 vom 23. April 2014, E. 3.2.

zu qualifizieren wäre, in ihrer Haltung zur privilegierten Besteuerung in Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten setzen und sich rechtsmissbräuchlich verhalten. Ein solches rechtsmissbräuchliches Verhalten werde durch die Rechtsordnung nicht geschützt, weshalb die Vorinstanz den Beschwerdeführern die Berufung auf den eröffneten Anwendungsbereich des BGBB zwecks Erreichung einer privilegierten Besteuerung zu Recht verweigert hat.

[201] Kommentar: Für landwirtschaftliche Gewerbe gilt das Verbot der Realteilung (Art. 58 Abs. 1 BGBB). Dieses ist auch in der Erbteilung oder der lebzeitigen Hofübergabe zu beachten. Die Absicht der abtretenden Generation, einzelne Grundstücke oder Grundstücksteile eigentumsmässig zurückzubehalten, ist mit dem Realteilungsverbot nicht zu vereinbaren. Das Gesetz sieht hierfür auch keinen Ausnahmetatbestand vor (Art. 60 BGBB). Im vorliegenden Fall wurde anlässlich der Hofübergabe im Jahr 2003 eine nichtbewilligte Realteilung vorgenommen, indem der Vater verschiedene, zum Gewerbe gehörende Grundstücke zurückbehalten hat. Rechtsgeschäfte, die dem Verbot der Realteilung zuwiderlaufen, sind nichtig (Art. 70 BGBB). Ist ein nichtiges Geschäft im Grundbuch eingetragen worden, ist während zehn Jahren eine Berichtigung des Grundbuches möglich (Art. 71 BGBB).

#### 7.4. Zerstückelungsverbot auf Meliorationsgrundstücken (Art. 102 LwG)

[202] Das Zerstückelungsverbot des BGBB verbietet die Aufteilung von Grundstücken in Teilstücke von weniger als 25 Aren (Art. 58 Abs. 2 BGBB). Auf landwirtschaftlichen Grundstücken, die im Perimeter von Güterzusammenlegungen liegen und die mit Beiträgen des Bundes unterstützt wurden, gilt zusätzlich das Zerstückelungsverbot nach Art. 102 LwG.<sup>273</sup>

[203] Grundstücke, Werke und Anlagen sowie landwirtschaftliche Gebäude, die mit Bundesbeiträgen verbessert worden sind, dürfen während 20 Jahren nach der Schlusszahlung des Bundesbeitrages ihrem landwirtschaftlichen Zweck nicht entfremdet werden, zudem darf Boden, welcher Gegenstand einer Güterzusammenlegung war, nicht zerstückelt werden (Verbot der Zweckentfremdung und Zerstückelung, Art. 102 LwG, Art. 35 Abs. 3 SVV<sup>274</sup>). Als Güterzusammenlegung gilt die Neuordnung des Grundeigentums und der Pachtverhältnisse (Art. 94 Abs. 1 LwG) zum Zweck der Verbesserung der Bewirtschaftungsverhältnisse (Art. 14 Abs. 1 lit. a SVV).

[204] Derartige Güterzusammenlegungen (Strukturverbesserungen) waren bereits im 19. Jahrhundert zwecks Milderung der nachteiligen Folgen von Erbteilungen auf landwirtschaftliche Gewerbe gesetzlich vorgesehen. Sie dienen der Erhaltung und Verbesserung der landwirtschaftlichen Bewirtschaftungsstruktur. Die durch sie erzielte Verbesserung in der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung würde regelmässig durch eine erneute Zerstückelung der betroffenen Parzellen wieder zunichte gemacht, was es, so das Bundesgericht, nach Ansicht des historischen Gesetzgebers zu verhindern galt.<sup>275</sup>

[205] Das Verbot der Zweckentfremdung und Zerstückelung ist im Grundbuch anzumerken (Art. 104 LwG, Ausnahmen: Art. 42 SVV). Der Kanton kann Ausnahmen vom Zweckentfremdungs- und Zerstückelungsverbot bewilligen, wenn wichtige Gründe vorliegen (Art. 102 Abs. 3

<sup>273</sup> Bundesgesetz über die Landwirtschaft vom 29. April 1998 (LwG, SR 910.1); zum Ganzen: SARAH VOLKNANDT, Das Zerstückelungsverbot nach Artikel 102 LwG, in: BIAR 2/2017, S. 85 ff.

<sup>274</sup> Verordnung über die Strukturverbesserungen in der Landwirtschaft vom 7. Dezember 1998 (SVV, SR 913.1).

<sup>275</sup> Urteil BGer 2C\_931/2014 vom 23. Mai 2016, E. 3.4.1.

LwG, Art. 36 SVV).<sup>276</sup> Das Verbot der Zweckentfremdung und der Rückerstattung enden nach Ablauf von 20 Jahren seit der Schlusszahlung der Bundesbeiträge (Art. 35 Abs. 5 SVV).

[206] Als wichtige Gründe für die Bewilligung einer Zweckentfremdung oder Zerstückelung gelten nach Art. 36 SVV insbesondere: rechtskräftige Einzonungen in Bauzonen, Schutzzonen oder andere nichtlandwirtschaftliche Nutzungszonen (Art. 36 Abs. 1 lit. a SVV); rechtskräftige Baubewilligungen nach Art. 24 RPG (lit. b); fehlender landwirtschaftlicher Bedarf für die Wiederherstellung von Bauten und Anlagen, welche durch Feuer oder Naturereignisse zerstört worden sind (lit. c); der Bedarf für Bauten des Bundes, für Bundesbahnen oder für Nationalstrassen (lit. d); agrarpolitisch erwünschte Produktionsumstellungen, wenn die Schlusszahlung mindestens 10 Jahre zurückliegt (lit. e) oder die Bewilligung von Ausnahmen nach Art. 60 Abs. 1 lit. a, c, d und f BGG (lit. f). Die Aufzählung der wichtigen Gründe in Art. 36 SVV ist nicht abschliessend («insbesondere»).

[207] Damit können trotz des Zerstückelungsverbot nach Art. 102 LwG nicht mehr benötigte Bauten von landwirtschaftlichen Grundstücken abgetrennt (Art. 60 Abs. 1 lit. a BGG, Art. 4a VBB) oder nichtlandwirtschaftliche Grundstücke ausserhalb der Bauzone um max. 1'000 m<sup>2</sup> vergrössert werden (Art. 60 Abs. 1 lit. d BGG) oder es kann ein Baurecht zu Gunsten des Pächters errichtet werden (Art. 60 Abs. 1 lit. f BGG). Bei diesen gesetzlichen Ausnahmetatbeständen muss die Bewilligung zur Zerstückelung ohne weiteres und ohne weitere Interessenabwägung erteilt werden. Eine für die Errichtung eines Golfplatzes beabsichtigte Zerstückelung ist nach der Rechtsprechung hingegen kein genügend wichtiger Grund für die Bewilligung einer Ausnahme.<sup>277</sup> Nicht im gesetzlichen Katalog der «wichtigen Gründe» von Art. 36 SVV aufgeführt ist die Ausübung des Pächtervorkaufsrechts. Darauf ist zurückzukommen.

[208] Ungeklärt war bislang die Frage, ob das Zerstückelungsverbot 20 Jahre nach der Schlusszahlung der Bundesbeiträge endet (wie es der Wortlaut von Art. 102 Abs. 1 LwG nahelegen würde) oder ob dieses Verbot unbefristet gilt. Im Urteil 2C\_931/2014 der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 23. Mai 2016 hat sich das Bundesgericht nun für ein zeitlich unbefristetes Zerstückelungsverbot ausgesprochen.<sup>278</sup> Auslöser für dieses Urteil war ein landwirtschaftlicher Pächter einer Teilfläche eines Meliorationsgrundstückes. Der Pächter machte anlässlich der Veräusserung der Liegenschaft sein gesetzliches Vorkaufsrecht an einer Teilfläche geltend. Sind die Voraussetzungen von Art. 47 Abs. 2 BGG erfüllt, kann der Pächter sein Vorkaufsrecht «am Pachtgegenstand» ausüben. Das Vorkaufsrecht des Pächters kann daher auch nur einen Teil eines Grundstücks umfassen. Dies führt zu einer dem Eigentümer der Liegenschaft obliegenden Parzellierungspflicht<sup>279</sup> der Liegenschaft. Obwohl im konkreten Fall die Schlusszahlung des Bundesbeitrages mehr als 20 Jahre zurücklag, hat das Bundesgericht das Urteil der Vorinstanz (Bundesverwaltungsgericht, Art. 166 Abs. 2 LwG) aufgehoben und ein zeitlich unbefristetes Zerstückelungsverbot angeordnet.

[209] Aus prozessualen Gründen war vor Bundesgericht nicht zu prüfen, ob das Vorkaufsrecht des Pächters im konkreten Fall einen «wichtigen Grund» für eine Ausnahme vom Zerstückelungsverbot darstellt (Art. 36 SVV). Die Rechtsprechung geht von einem Vorrang des Zerstückelungs-

<sup>276</sup> Zum «wichtigen Grund» nach Art. 102 Abs. 3 LwG: Urteil BGer 1C\_94/2016 vom 7. Oktober 2016, E. 2.

<sup>277</sup> BGE 111 Ib 116 (120), E. 3.

<sup>278</sup> Urteil BGer 2C\_931/2014 vom 23. Mai 2016, E. 4.

<sup>279</sup> Urteil BGer 2C\_931/2014 vom 23. Mai 2016, E. 4; MARTIN BICHSEL, Privatrechtlicher Teil des BGG, in: Landwirtschaftliches Bodenrecht – eine Standortbestimmung aus der Sicht des Praktikers nach 20 Jahren BGG, 2013, S. 64.

verbotes nach Art. 102 LwG vor dem Pächtervorkaufsrecht aus.<sup>280</sup> Dem Pächter bleibt daher nur die Möglichkeit, sich auf den wichtigen Grund für eine Ausnahme vom Zerstückelungsverbot zu berufen und den Vorrang seiner privaten Interessen darzulegen.

[210] Kommentar: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zerstückelungsverbot nach Art. 102 LwG hat vor allem Auswirkungen im Hinblick auf das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters (Art. 47 BGGB), nämlich dann, wenn der Pächter nur einen Teil eines dem Zerstückelungsverbot unterstellten Grundstücks gepachtet hat und er «am Pachtgegenstand» (Art. 47 Abs. 2 BGGB) sein Vorkaufsrecht ausüben will. Diesfalls steht, so die Konsequenz dieser Rechtsprechung, dem Vorkaufsrecht das Zerstückelungsverbot nach LwG entgegen, denn die Ausübung des Vorkaufsrechts würde eine Parzellierung voraussetzen, welche unzulässig ist. Der Pächter hat allerdings die Möglichkeit, sich schon bei Abschluss des Pachtvertrages beim Verpächter über eine diesbezügliche Anmerkung im Grundbuch zu informieren. Zudem hat das Bundesgericht die Frage offengelassen, ob das Pächtervorkaufsrecht nicht doch ein «wichtiger Grund» für eine Ausnahme des Zerstückelungsverbots darstellen könnte. Nach der hier vertretenen Auffassung sind hierfür die konkreten Verhältnisse massgebend und es ist eine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse und dem privaten Interesse des Pächters vorzunehmen.<sup>281</sup> Dabei ist stets der eigentliche Hauptzweck des Zerstückelungsverbot, nämlich die rationelle landwirtschaftliche Bewirtschaftung, im Auge zu behalten. Dieser Zweck steht nicht per se jeder Zerstückelung zum vornherein entgegen.

## 7.5. Verfahrenskoordination Raumplanung – Bodenrecht

[211] Die Abtrennung nicht mehr benötigter Bauten von landwirtschaftlichen Grundstücken ist in der anwaltlichen und notariellen Praxis regelmässig anzutreffen. Oftmals stehen auf landwirtschaftlichen Grundstücken ehemalige Bauernhäuser von Betrieben, deren Bewirtschaftung aufgegeben und die landwirtschaftliche Fläche parzellenweise verpachtet wurde. Derartige Wohnhäuser können mit einer behördlichen Ausnahmegewilligung vom Zerstückelungsverbot (Art. 60 Abs. 1 lit. a BGGB) von landwirtschaftlichen Grundstücken abgetrennt werden.

[212] Die Befugnis, ein Grundstück in mehrere Grundstücke aufzuteilen, ist Ausfluss des Grundeigentums und wird mit einer einseitigen Willenserklärung des Grundeigentümers ausgeübt. Diese einseitige Willenserklärung bildet das Verpflichtungsgeschäft für die Abparzellierung. Soll von einem landwirtschaftlichen Grundstück ein neues Grundstück so abparzelliert werden, dass nach der Aufteilung das eine Grundstück dem Geltungsbereich des BGGB untersteht und das andere nicht, ist eine Ausnahmegewilligung vom Zerstückelungsverbot gemäss Art. 58 Abs. 2 BGGB erforderlich (Art. 60 Abs. 1 lit. a BGGB).<sup>282</sup> Dies gilt selbst für den Fall, dass die neuen Grundstücke flächenmässig mehr als 25 Aren betragen. Art. 58 Abs. 2 BGGB bezweckt nicht, jegliche Aufteilung von Grundstücken in Flächen über 25 Aren zu ermöglichen, wenn nach der Teilung ein Grundstück nicht mehr dem Geltungsbereich des BGGB unterstehen soll.<sup>283</sup>

<sup>280</sup> Urteil BVGer B-5178/2012 vom 2. September 2013, E. 3.4.

<sup>281</sup> Urteil BVGer B-3704/2016 vom 25. November 2016, S. 6.

<sup>282</sup> Urteil BGer 5A.22/2003 vom 11. März 2004, E. 4.1.3.

<sup>283</sup> Urteil BGer 5A.6/2002 vom 11. Juni 2001, E. 4.1.

[213] Die Aufteilung eines landwirtschaftlichen Grundstückes in einen Teil innerhalb und einen Teil ausserhalb des Geltungsbereichs des BGGB setzt eine Ausnahmegewilligung vom Zerstückelungsverbot voraus (Art. 60 Abs. 1 lit. a BGGB). Die angestrebte Nichtunterstellung der abparzellierten Teilfläche unter das BGGB wirft die Frage nach dessen künftiger Nutzung auf. Die Ausnahmegewilligung gemäss Art. 60 Abs. 1 lit. a BGGB weist damit nicht nur einen bodenrechtlichen, sondern auch einen raumplanerischen Aspekt auf und begründet ein Bedürfnis nach deren verfahrensrechtlicher Koordination.<sup>284</sup>

[214] Die bodenrechtliche Abtrennung muss daher mit den Anliegen der Raumplanung koordiniert werden (Art. 4a VBB).<sup>285</sup> So sehen Art. 4a VBB und die analoge Bestimmung von Art. 49 RPV eine solche Verfahrenskoordination bei der Bewilligung von Ausnahmen vom Realteilungs- und Zerstückelungsverbot ausdrücklich vor, wenn auf dem betroffenen Grundstück eine Baute oder Anlage besteht und sich diese ausserhalb der Bauzone im Sinne des RPG befindet. In diesen Fällen kann eine Ausnahmegewilligung vom Zerstückelungsverbot erst erteilt werden, wenn eine rechtskräftige raumplanungsrechtliche Verfügung der zuständigen kantonalen Behörde (Art. 25 Abs. 2 RPG) vorliegt, in der die Rechtmässigkeit der künftigen Nutzung der betreffenden Baute oder Anlage festgestellt wird (Art. 4a Abs. 2 VBB).<sup>286</sup> Die Eignung zur landwirtschaftlichen Nutzung ist nicht nur unter Berücksichtigung objektiver Kriterien, sondern auch nach dem subjektiven Kriterium der langjährigen tatsächlichen Nutzung zu beurteilen. Auf das subjektive Kriterium kann jedoch nur unter den kumulativen Voraussetzungen der Langjährigkeit der tatsächlichen Nutzung, eines auch in Zukunft nicht bestehenden Bedarfs für die landwirtschaftliche Nutzung und der Rechtmässigkeit der Erstellung der auf dem Grundstück errichteten Bauten und Anlagen abgestellt werden.<sup>287</sup> Im Urteil 2C\_747/2013 vom 8. September 2014 hebt das Bundesgericht eine Bewilligung zur Abtrennung auf, bei welcher die vorangehende raumplanungsrechtliche Verfahrenskoordination unterlassen wurde.

## 8. Die Erwerbsbewilligung

### 8.1. Errichtung Kiesabbaurecht als erwerbsbewilligungspflichtiger Tatbestand

[215] Dem Urteil 2C\_157/2017 der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 12. September 2017<sup>288</sup> lag folgender Sachverhalt zugrunde: B ist Eigentümer eines landwirtschaftlichen Grundstückes. Mit öffentlich beurkundetem Dienstbarkeitsvertrag vom 26. August 2014 räumte er der A AG auf seinem Grundstück ein ausschliessliches Kiesabbau- und Deponierecht ein. Das Recht umfasste mit Ausnahme der Ökonomiegebäude das ganze Grundstück von rund 3 ha. Das Grund-

<sup>284</sup> BGE 125 III 175 (180), E. 2c; Urteil BGer 5A.22/2003 vom 11. März 2004, E. 4.2.1.

<sup>285</sup> FRANZ A. WOLF, Nichtunterstellung eines Grundstücks ausserhalb der Bauzone unter den Geltungsbereich des bäuerlichen Bodenrechts und Verfahrenskoordination, Kommentar zu BGE 139 III 327, in: *successio: Zeitschrift für Erbrecht: Nachlassplanung und -abwicklung*, Zürich, Jg. 8 (2014), Nr. 4, S. 311–315.

<sup>286</sup> Urteil BGer 5A.14/2006 vom 16. Januar 2007, E. 2.2.6; Urteil BGer 5A.32/2004 vom 4. Februar 2005, E. 4.2; Urteil BGer 5A.22/2003 vom 11. März 2004, E. 4.1.3; HERRENSCHWAND/BANDLI, *Das bäuerliche Bodenrecht*, Kommentar zum BGGB, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 2a zu Art. 60 BGGB.

<sup>287</sup> BGE 139 III 327 (331), E. 3; Urteil BGer 5A.22/2003 vom 11. März 2004, E. 4.2.1; vorne Ziff. 1.1.

<sup>288</sup> FRANZ A. WOLF, Errichtung von Kiesabbau- und Deponierecht als Dienstbarkeit auf landwirtschaftlichem Grundstück, in: *dRSK*, publiziert am 9. Januar 2018.

stück lag ausserhalb der Bauzone in der Landwirtschaftszone und zudem ausserhalb des im kantonalen Richtplan bezeichneten Abbaugebietes für Bodenvorräte.

[216] Nach Anmeldung der Dienstbarkeit zur Eintragung beim Grundbuchamt teilte dieses mit, es sei der Entscheid der zuständigen Bodenrechtsbehörde über die Bewilligungspflicht oder der Bewilligungsentscheid vorzulegen (Art. 81 BGBB). Auf Gesuch der Vertragsparteien hin stellte die zuständige kantonale Bodenrechtsbehörde in der Folge fest, dass die Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch einer Bewilligung nach BGBB bedürfe. Diese Bewilligung wurde verweigert.

[217] Das daraufhin angerufene Kantonsgericht (Verwaltungsabteilung) wies die von den Vertragsparteien erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab. Die A AG gelangte anschliessend mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Sie verlangte vor Bundesgericht die Aufhebung des angefochtenen kantonalen Urteils und die Feststellung, dass die am besagten Grundstück errichtete Dienstbarkeit nicht der Erwerbsbewilligungspflicht unterstehe. Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde ein und wies diese ab.

[218] Die Beschwerdeführerin machte vor Bundesgericht geltend, das Kantonsgericht habe mit dem angefochtenen Urteil implizit ein Verbot von Abbaudienstbarkeiten auf landwirtschaftlichen Grundstücken ausgesprochen. Dies verletze die Grundrechte der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit (Art. 26 und 27 BV). Das Bundesgericht anerkennt zwar, dass eine Einschränkung dieser Grundrechte vorliege, der Grundrechtseingriff stütze sich aber auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage (Art. 61 ff. BGBB und Art. 22 ff. RPG) und rechtfertige sich durch öffentliche Interessen der Raumplanung. Der Grundrechtseingriff sei daher zulässig.<sup>289</sup>

[219] Das Bundesgericht stellt sodann fest, das mit der Dienstbarkeit zu belastende Grundstück (Liegenschaft, Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) unterstehe dem Geltungsbereich des BGBB. Mit der Bewilligung des Abbaus von Bodenschätzen oder einer Deponie werde vorübergehend eine bodenverändernde nichtlandwirtschaftliche Nutzung zugelassen. Während dieser Zeit sei das Grundstück dem Geltungsbereich des BGBB entzogen, da für die Abbau- bzw. Deponietätigkeit grundsätzlich eine Umzonung erforderlich sei und das Grundstück damit aus dem Anwendungsbereich ausscheide. Zuvor und danach sei das BGBB jedoch anwendbar. Das Bundesgericht betont die grundsätzliche Planungspflicht für Abbau- und Deponievorhaben. Lediglich kleinräumige, punktuelle Vorhaben dürften mit einer Ausnahmewilligung nach Art. 24 Abs. 1 RPG realisiert werden. Für diese könne eine Ausnahmewilligung für die Selbstbewirtschaftungspflicht nach Art. 64 Abs. 1 lit. b BGBB in Frage kommen.<sup>290</sup> Auf den vorliegenden Dienstbarkeitsvertrag sei das BGBB anwendbar. Erst die spätere Umzonung führe vorübergehend dazu, dass das Grundstück nicht mehr in den Geltungsbereich des BGBB falle. Der Dienstbarkeitsvertrag stelle wirtschaftlich eine Eigentumsübertragung im Sinne von Art. 61 Abs. 3 BGBB dar. Eine bewilligungsfreie Eintragung im Grundbuch sei nicht möglich.<sup>291</sup>

[220] Die Beschwerdeführerin rügt vor Bundesgericht nicht, dass die Voraussetzungen für eine Erwerbsbewilligung nach Art. 61 BGBB durch die Vorinstanz zu Unrecht verneint worden seien. Sie verlangt lediglich die Feststellung, dass keine Erwerbsbewilligung erforderlich sei. Ob eine Erwerbsbewilligung ggf. mit einer Ausnahmewilligung nach Art. 64 BGBB zu erteilen gewesen

<sup>289</sup> Urteil BGer 2C\_157/2017 vom 12. September 2017, E. 2.3.

<sup>290</sup> Urteil BGer 2C\_157/2017 vom 12. September 2017, E. 4.3.

<sup>291</sup> Urteil BGer 2C\_157/2017 vom 12. September 2017, E. 4.1 und 4.6.

wäre, musste das Bundesgericht somit nicht prüfen. Ebenso wenig musste es prüfen, wie es sich mit dem Realteilungsverbot (Art. 58 BGG) verhalten würde.<sup>292</sup>

[221] **Kommentar:** Für den hier zu beurteilenden Sachverhalt ist das Urteil richtig und zu begrüssen. Es kann m.E. nicht angehen, auf landwirtschaftlichen Grundstücken, die weder im Richtplan noch im Nutzungsplan hierfür ausgeschieden sind, Kiesabbau- oder Deponiedienstbarkeiten gewissermassen «auf Vorrat» zu errichten. Dies zuzulassen, würde einer unerwünschten Hortung geeigneter Flächen Nachschub verleihen. Zudem würden sich ungelöste Bewertungsprobleme in der Hofübergabe bzw. Erbteilung ergeben (Ertragswert bei landwirtschaftlichen Gewerben, Art. 11 und 17 BGG).

## 8.2. Höchstzulässiger Erwerbspreis

[222] Wer ein landwirtschaftliches Grundstück oder Gewerbe erwerben will, braucht dafür eine behördliche Erwerbsbewilligung (Art. 61 BGG). Vorbehalten sind die bewilligungsfreien Ausnahmen nach Art. 62 BGG. Die Bewilligung wird verweigert, wenn der Erwerber nicht Selbstbewirtschafter ist, ein übersetzter Preis vereinbart wurde oder das zu erwerbende Grundstück ausserhalb des ortsüblichen Bewirtschaftungsbereiches des Gewerbes liegt (Art. 63 BGG). Abgesehen vom Erwerb in der Zwangsvollstreckung (Art. 63 Abs. 2 BGG) und in gewissen Fällen des Erwerbs durch das Gemeinwesen (Art. 65 Abs. 2 BGG) kennt das Gesetz für Geschäfte, die der Erwerbsbewilligungspflicht unterliegen, keine Ausnahmen vom höchstzulässigen Erwerbspreis. Der gesetzlich festgelegte maximale Erwerbspreis stellt eine Einschränkung der Eigentumsgarantie dar (Art. 26 BV).<sup>293</sup> 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 fünf Prozent übersteigt. Diesen Prozentsatz können die Kantone in ihrer Gesetzgebung auf maximal fünfzehn Prozent erhöhen (Art. 66 BGG). Da im Rahmen des Bewilligungsverfahrens für den Erwerb der Preis daraufhin überprüft wird, ob er übersetzt ist, kann, wer ein schutzwürdiges Interesse hat, auch schon im Vorfeld eines beabsichtigten Kaufs diesen Preis durch die zuständige Behörde feststellen lassen (Art. 84 lit. b BGG).<sup>294</sup>

[223] Fünf Urteile des Bundesgerichts befassten sich im Berichtszeitraum mit dem höchstzulässigen Erwerbspreis nach Art. 66 BGG. Das Urteil 2C\_46/2015 der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 9. Juli 2015<sup>295</sup> befasste sich mit der Methode zur Ermittlung des höchstzulässigen Erwerbspreises nach Art. 66 BGG für ein landwirtschaftliches Gewerbe.

[224] Die Praxis der Kantone in der Wahl der Berechnungsmethode ist uneinheitlich. Die Schwierigkeit besteht in der eher geringen Anzahl an Vergleichsobjekten in der betreffenden Region und in der Vergleichbarkeit. Insbesondere landwirtschaftliche Gewerbe sind in ihrer Struktur (Gebäude, Betriebszweige, Bodenqualität etc.) oft nicht direkt miteinander vergleichbar. Das anerkennt auch das Bundesgericht.<sup>296</sup> Wenn das Gesetz auf Vergleichsobjekte in der betreffenden Gegend verweist (Art. 66 Abs. 1 BGG), so hält das Bundesgericht dazu fest, die Grösse der Gegend,

<sup>292</sup> Urteil BGer 2C\_157/2017 vom 12. September 2017, E. 4.4 und 4.5.

<sup>293</sup> Urteil BGer 2C\_234/2015 vom 19. August 2015, E. 5.3.

<sup>294</sup> Urteil BGer 2C\_46/2015 vom 9. Juli 2015, E. 2.1.

<sup>295</sup> Vgl. auch Urteil BGer 2C\_234/2015 vom 19. August 2015 und Urteil BGer 2C\_999/2015 vom 29. Mai 2017.

<sup>296</sup> Urteil BGer 2C\_46/2015 vom 9. Juli 2015, E. 5.2.

auf die zu Vergleichszwecken abzustellen ist, richte sich nach topographischen und geographischen Gesichtspunkten. Je grösser der zu veräussernde Bauernbetrieb und je spezieller dessen landwirtschaftliche Nutzungsweise ist, umso grösser muss die für den Vergleich massgebliche Gegend sein.<sup>297</sup>

[225] Um die praktischen Schwierigkeiten zu vermeiden, die mit einem direkten Vergleich verbunden sind, ist es nach dem Bundesgericht zulässig, auf die Relation zwischen Ertragswert und Kaufpreis der Vergleichsobjekte abzustellen. Damit wird nicht unzulässigerweise der Ertragswert oder ein Mehrfaches davon zugrunde gelegt; der Ertragswert dient lediglich als Hilfsgrösse: Die Methode beruht auf der Überlegung, dass sich die Relation zwischen Ertragswert und Verkaufspreisen in einer gewissen Bandbreite bewegt, die statistisch erfassbar ist, auch wenn die Verkaufsobjekte als solche sehr unterschiedlich sind und die Verkaufspreise daher nicht direkt verglichen werden können. Da sich die Unterschiede zwischen den Objekten aber im Ertragswert niederschlagen, kann mit dem so ermittelten Faktor auch bei fehlender direkter Vergleichbarkeit der zulässige Verkaufspreis ermittelt werden. Diese sogenannte Faktormethode hält das Bundesgericht insbesondere für landwirtschaftliche Gewerbe für sinnvoll, da diese kaum je direkt vergleichbar sind.<sup>298</sup> Die Faktormethode berücksichtigt alle Parameter, die in die Ermittlung des Ertragswerts einfließen, mithin auch die landwirtschaftlichen Gebäude sowie den Wohnraum im Rahmen des Normalbedarfs. Auch bei Anwendung der Faktormethode drängt sich aber ein Zuschlag für die Gebäude auf, wo diese einen signifikant überdurchschnittlichen Zeitwert haben oder wo in neuerer Zeit erhebliche Investitionen getätigt worden sind.

[226] Die Vergleichsbasis ist zudem unterschiedlich für landwirtschaftliche Grundstücke und für Gewerbe (Art. 7 bzw. Art. 5 lit. a BGG). Die Ermittlung des höchstzulässigen Preises nach Art. 66 BGG für ein konkretes Objekt setzt somit zunächst die Klärung voraus, ob es sich hierbei um ein landwirtschaftliches Gewerbe oder aber um eines oder mehrere landwirtschaftliche Grundstücke handelt. Das Bundesgericht hebt ein Urteil der kantonalen Vorinstanz auf, welches diese Vorabklärung übergeht.<sup>299</sup>

[227] Das Bundesgericht beurteilt die Faktormethode als grundsätzlich zulässig, sofern sie auf einer hinreichend grossen Zahl von Vergleichsobjekten beruht. Eine Anzahl von 15 Vergleichsobjekten wurde vom Bundesgericht bereits früher als ausreichend bezeichnet.<sup>300</sup> Die Faktormethode nur für die Grundstücke eines Gewerbes anzuwenden und die Gebäude gesondert zum Zeitwert zu bemessen, wird von der Rechtsprechung ebenfalls als zulässig erachtet. Diese Methode dürfte aber insgesamt tendenziell zu einer zu hohen Schätzung führen, weil sie dem Umstand zu wenig Rechnung trägt, dass bei ganzen Gewerben im Allgemeinen für das Land weniger bezahlt wird als bei einzelnen Grundstücken.

[228] Unzulässig wäre allerdings, für den höchstzulässigen Erwerbspreis einfach ein bestimmtes Vielfaches des Ertragswertes anzunehmen. Dieses Vorgehen würde nicht den gesetzgeberischen Absichten entsprechen.<sup>301</sup> Ebenfalls unzulässig ist die Berücksichtigung von Handänderungen,

---

<sup>297</sup> Urteil BGer 2C\_46/2015 vom 9. Juli 2015, E. 5.2.

<sup>298</sup> Urteil BGer 2C\_46/2015 vom 9. Juli 2015, E. 5.3.

<sup>299</sup> Urteil BGer 2C\_999/2015 vom 29. Mai 2017, E. 6.1.

<sup>300</sup> Urteil BGer 5A.16/1997 vom 7. Oktober 1997, E. 4; Urteil BGer 2C\_46/2015 vom 9. Juli 2015, E. 5.2.

<sup>301</sup> Urteil BGer 2C\_234/2015 vom 19. August 2015, E. 5.4, mit Verweis auf das Urteil BGer 5A.22/2001 vom 8. Januar 2002, E. 2a.



welche mehr als fünf Jahre zurückliegen.<sup>302</sup> Das Bundesgericht erachtet es überdies als zulässig, als Hilfsgrösse anstelle des Ertragswertes den Vermögenssteuerwert heranzuziehen. Falls bei der Faktormethode für die Ermittlung des Faktors auf die Vermögenssteuerwerte gesetzt wird, muss dies dann allerdings auch für die Bewertung des konkreten Grundstücks oder Gewerbes gelten. Eine methodische Vermischung von Vermögenssteuerwert und Ertragswert ist daher nicht angängig. Auch ein Abstellen auf den Gebäudeversicherungswert hält das Bundesgericht für bundesrechtswidrig.<sup>303</sup> Für den Fall, dass keine (oder nicht genügend) konkreten Vergleichspreise zur Verfügung stehen, kann im Rahmen von Art. 66 BGGB schliesslich auch die «Mischwertmethode» Anwendung finden, die auf einem gewogenen Mittel zwischen Ertrags- und Realwert beruht und den höchstzulässigen Erwerbspreis jedenfalls besser abbildet als der blosse Ertragswert.<sup>304</sup> Selbstverständlich, so das Bundesgericht, wird sich auch bei noch so gründlicher Ermittlung der zulässige Preis nie mit mathematischer Exaktheit feststellen lassen; eine erhebliche Bandbreite der Ergebnisse ist mit der vom Gesetzgeber gewählten Methode unausweichlich verbunden und muss in Kauf genommen werden.<sup>305</sup>

### 8.3. Ortsüblicher Bewirtschaftungsbereich

[229] Der Begriff des ortsüblichen Bewirtschaftungsbereiches (OBB) findet sowohl Anwendung im bäuerlichen Erbrecht (z.B. Zuweisungsrecht, Art. 21 BGGB), bei den privatrechtlichen Verfügungsbeschränkungen (z.B. Vorkaufsrecht, Art. 42 Abs. 2 BGGB) als auch im Erwerbsbewilligungsverfahren (Art. 61 und 63 BGGB). Der OBB findet durch das Erfordernis der «räumlichen Einheit» auch Eingang in den Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes, dies über den Wortlaut von Art. 7 BGGB hinaus.<sup>306</sup>

[230] Der ortsübliche Bewirtschaftungsbereich ist im Gesetz nicht näher umschrieben.<sup>307</sup> Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der anhand der Umstände des Einzelfalles zu konkretisieren ist. Als ortsüblich gelten Distanzen, die bei einer repräsentativen Anzahl vergleichbarer Betriebe im Dorf oder in den Nachbardörfern zwischen deren Betriebszentren und weiteren Grundstücken bestehen. Es sind die Umstände im Einzelfall, insbesondere die örtlichen Gegebenheiten und die unterschiedlichen Bewirtschaftungsformen zu berücksichtigen. Wenn kein Vergleich mit anderen Gewerben möglich ist, kann ergänzend darauf abgestellt werden, ob die Bewirtschaftung aufgrund der Distanz zwischen dem Betriebszentrum und dem zu erwerbenden Grundstück als wirtschaftlich sinnvoll erscheint oder nicht.<sup>308</sup> Wurde früher (1990er-Jahre) die maximale Fahrdistanz noch bei 10 km angesetzt, so ergibt sich heute eine klare Tendenz, die zulässige Distanz zu erweitern.<sup>309</sup> Der Begriff des OBB ist im BGGB einheitlich auszulegen. Die vom bernischen Verwaltungsgericht vertretene Auffassung, der OBB sei im privatrechtlichen

<sup>302</sup> Urteil BGer 2C\_46/2015 vom 9. Juli 2015, E. 6.1.

<sup>303</sup> Urteil BGer 2C\_999/2015 vom 29. Mai 2017, E. 8.1 bis 8.3.

<sup>304</sup> Urteil BGer 2C\_46/2015 vom 9. Juli 2015, E. 7.3.

<sup>305</sup> Urteil BGer 2C\_234/2015 vom 19. August 2015, E. 5.5.

<sup>306</sup> EDUARD HOFER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGGB, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 32 f., N. 94, N. 121 zu Art. 7 BGGB.

<sup>307</sup> Urteil OGer SH, Nr. 60/2017/43, vom 10. Januar 2020.

<sup>308</sup> Urteil BGer 2C\_432/2015 vom 18. Januar 2016, E. 3.3.

<sup>309</sup> Urteil VGer SG Nr. B 2017/8 vom 1. Dezember 2017, E. 2.1.

Bereich des BGGB restriktiver auszulegen als im öffentlich-rechtlichen Erwerbsbewilligungsverfahren, verwirft das Bundesgericht.<sup>310</sup>

[231] Zwei bundesgerichtliche Urteile widmen sich im Berichtszeitraum dem ortsüblichen Bewirtschaftungsbereich. Im Urteil 2C\_432/2015 vom 18. Januar 2016 war eine Fahrdistanz von (lediglich) 7.5 km vorliegend. Trotzdem hat die kantonale Vorinstanz die Erwerbsbewilligung wegen fehlender Ortsüblichkeit, für das Bundesgericht zu Recht, verweigert. In der betreffenden Region würden von 78 untersuchten Betrieben nur deren sechs Grundstücke ausserhalb einer Fahrdistanz von 6 km besitzen.<sup>311</sup> Auch die Transportkosten von 27.5 bis 29 % des Nettoertrages würden in diesem konkreten Fall die zulässige Grenze von 25 bis 30 % überschreiten.

[232] Dem bundesgerichtlichen Urteil 2C\_78/2018 vom 26. Juni 2018 lag ein eher spezieller Sachverhalt zugrunde: Das zu erwerbende Grundstück lag rund 17 km vom Betriebszentrum entfernt. Der Käufer bewirtschaftete ein Gewerbe mit Schafhaltung. Das betreffende Grundstück sollte dem Erwerber jeweils im Frühjahr und Herbst als Weide für den angrenzenden Sömmerungsbetrieb dienen. Es handelte sich um einen sog. Stufenbetrieb. Wie bereits beide kantonalen Instanzen schützte auch das Bundesgericht den Erwerb. Mit der Voraussetzung des ortsüblichen Bewirtschaftungsbereichs wollte der Gesetzgeber wirtschaftlich und ökologisch fragwürdige Betriebsstrukturen verhindern, ohne aber traditionelle Betriebsstrukturen wie beispielsweise Stufenbetriebe zu gefährden. Der für Stufenbetriebe charakteristische Aufzug des Weideviehs in höher gelegenes Gebiet für die Sommermonate (Sömmerung) steht den Zielen der Wirtschaftlichkeit und Nachhaltigkeit der Landwirtschaft grundsätzlich nicht entgegen. Der Zuerwerb eines zweiten Standorts in Form eines Maiensässes oder einer Alp wird folglich von den Distanzbeschränkungen ortsüblicher Bewirtschaftungsbereiche nicht erfasst, sofern solche Stufenbetriebe als ortsüblich betrachtet werden können.<sup>312</sup>

[233] Im früheren Urteil 5A\_107/2013 vom 7. Juni 2013 war der OBB im Zusammenhang mit einem Verwandtenvorkaufsrecht (Art. 42 Abs. 2 BGGB) durch das Bundesgericht zu beurteilen. Bei einer Fahrdistanz von über 20 km im konkreten Fall haben sowohl das kantonale Verwaltungsgericht als auch das Bundesgericht die für den OBB erforderliche räumliche Einheit verneint.<sup>313</sup>

[234] Kommentar: Die beiden vorgestellten Urteile zeigen anschaulich auf, dass der OBB nur anhand und in Kenntnis des konkreten Einzelfalls beurteilt werden kann. Eine Fahrdistanz von 17 km kann im Lichte des OBB zulässig sein, während, zumindest nach der Rechtsprechung, eine solche von 7.5 km ausserhalb des OBB liegen kann. Letzteres Urteil berücksichtigt m.E. allerdings den technischen Fortschritt nicht genügend.<sup>314</sup> Ein OBB von weniger als 7.5 km ist schlicht nicht mehr zeitgemäss. Zu Recht legt das Bundesgericht den Begriff des OBB im Bodenrecht einheitlich aus. Eine restriktivere Handhabung im Privatrecht als im öffentlich-rechtlichen Teil findet keine Stütze im Gesetz.

[235] Im Erwerbsbewilligungsverfahren ist die Einhaltung des OBB eine Voraussetzung für eine Bewilligung beim Zukauf eines Grundstücks zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe (Art. 63 Abs. 1 lit. d BGGB). Liegt seitens des Käufers kein Gewerbe vor, so ist der OBB unbeachtlich.

<sup>310</sup> Urteil BGer 5A\_107/2013 vom 7. Juni 2013, E. 4.

<sup>311</sup> Urteil BGer 2C\_432/2015 vom 18. Januar 2016, E. 3.5.

<sup>312</sup> Urteil BGer 2C\_78/2018 vom 26. Juni 2018, E. 2.3.

<sup>313</sup> Urteil BGer 5A\_107/2013 vom 7. Juni 2013, E. 4.

<sup>314</sup> Vgl. die m.E. berechtigte Kritik von ANDREAS WASSERFALLEN, in: Roland Norer (Hrsg.), Handbuch zum Agrarrecht, Bern 2017, 6. Kapitel, Rz. 95, S. 366; Urteil OGer SH 60/2017/43 vom 10. Januar 2020, E. 9.5.

Eine Anwendung der Norm über den Wortlaut hinaus auch auf Käufer ohne Gewerbeigentum lässt das Gesetz m.E. mit Blick auf die verfassungsmässige Eigentumsgarantie (Art. 26 und 36 BV) nicht zu und ist abzulehnen.

#### **8.4. Erwerb durch Nichtselbstbewirtschafter nach öffentlicher Ausschreibung/Beschwerdelegitimation**

[236] Das Gesetz enthält einen (nicht abschliessenden) Katalog von Ausnahmen von der Pflicht zur Selbstbewirtschaftung im Rahmen des Erwerbsbewilligungsverfahrens (Art. 61 ff., Art. 64 BGG). So ist die Erwerbsbewilligung u.a. trotz fehlender Selbstbewirtschaftung des Erwerbers zu erteilen, wenn «trotz öffentlicher Ausschreibung zu einem nicht übersetzten Preis (Art. 66) kein Angebot eines Selbstbewirtschafters vorliegt» (Art. 64 lit. f BGG).<sup>315</sup> Die Ausnahmebestimmung in Art. 64 lit. f BGG wurde aber nicht etwa mit dem Ziel geschaffen, dem nichtselbstbewirtschaftenden Erwerber eine Vorrangstellung einzuräumen. Vielmehr wahrt sie letztlich die Eigentumsgarantie des verkaufswilligen Eigentümers (Art. 26 BV). Wo sich auch zum gesetzlich beschränkten höchstzulässigen Erwerbspreis für ein Grundstück oder Gewerbe kein Käufer finden lässt, soll der Erwerb ausnahmsweise auch durch Nichtselbstbewirtschafter zulässig sein.<sup>316</sup> Art. 64 Abs. 1 lit. f BGG will folglich nicht den nichtselbstbewirtschaftenden Erwerber schützen, sondern den landwirtschaftlichen Veräusserer.<sup>317</sup>

[237] Im vorliegenden Fall (BGE 145 II 328) hatte das kantonale Verwaltungsgericht mit der kantonalen Bewilligungsbehörde das Angebot eines Selbstbewirtschafters mit der Begründung abgewiesen, dieses sei kein Angebot im Sinne von Art. 3 OR, da ein verbindliches Preisangebot fehle. Der Anbieter konnte diesen Preis allerdings noch gar nicht nennen, da er ihm nicht bekannt war. Das Bundesgericht hiess im Urteil BGE 145 II 328 (II. öffentlich-rechtliche Abteilung) die Beschwerde des Selbstbewirtschafters gut.<sup>318</sup>

[238] Das Bundesgericht widmet sich zunächst der Beschwerdelegitimation des Selbstbewirtschafters, der ein Angebot im Sinne von Art. 64 lit. f BGG unterbreitet. Art. 83 Abs. 3 BGG regelt die Legitimation zur Beschwerde gegen Entscheide über Bewilligungen nach Art. 60 sowie 61 ff. BGG wie folgt: «Gegen die Verweigerung der Bewilligung können die Vertragsparteien, gegen die Erteilung der Bewilligung die kantonale Aufsichtsbehörde, der Pächter sowie Kaufs-, Vorkaufs- oder Zuweisungsberechtigte bei der kantonalen Beschwerdeinstanz (Art. 88) Beschwerde führen.» Art. 83 Abs. 3 BGG geht als *lex specialis* der allgemeinen Legitimationsbestimmung von Art. 89 Abs. 1 BGG vor und gilt nach Art. 111 Abs. 1 BGG als Mindestvorschrift auch für das kantonale Rechtsmittelverfahren. Der Gesetzgeber wollte mit der Formulierung von Art. 83 Abs. 3 BGG bewusst den Kreis derjenigen einschränken, die gegen die Bewilligungserteilung Beschwerde erheben können; insbesondere sollten Nachbarn oder die Organisationen des Naturschutzes oder der Landwirtschaft ausgeschlossen werden.<sup>319</sup> Die *ratio legis* liegt darin, dass sich nicht Dritte in das Vertragsverhältnis drängen sollen; das mit der Bewilligungspflicht verbundene

<sup>315</sup> Zum erforderlichen Inhalt der öffentlichen Ausschreibung: BGE 135 II 123.

<sup>316</sup> BGE 145 II 328 (334), E. 3.3.1.

<sup>317</sup> Urteil 5A\_228/2008 vom 9. Juni 2008, E. 2.2.

<sup>318</sup> BGE 145 II 328; Die Praxis, 3/2020, Nr. 22, S. 235 ff.; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, in: ZBJV, Band 156, 2020, S. 372 ff.

<sup>319</sup> BGE 126 III 274 (276), E. 1b; Urteil BGer 2C\_777/2008 vom 14. Juli 2009, E. 5.1.

öffentliche Interesse soll von den Behörden wahrgenommen werden, nicht von Drittbeschwerdeführern.<sup>320</sup> Die Sonderregelung will zudem nur die Beschwerdelegitimation einschränken, aber nicht die allgemeine Voraussetzung ausser Kraft setzen, wonach nur Beschwerde erheben kann, wer ein besonderes, schutzwürdiges praktisches Interesse hat.<sup>321</sup> So kann der Vorkaufsberechtigte die Bewilligung nicht schon mit Hinweis auf sein Vorkaufsrecht anfechten, da er dieses auf dem Zivilweg durchsetzen kann; um beschwerdelegitimiert zu sein, muss ein Rechtsschutzbedürfnis vorliegen, welches über den im Vorkaufsrecht begründeten Anspruch auf das Grundstück oder das Gewerbe hinausgeht.<sup>322</sup>

[239] Nach Lehre und Rechtsprechung ist die Aufzählung in Art. 83 Abs. 3 BGG nicht abschliessend. Über den Gesetzeswortlaut hinaus ist zur Beschwerde legitimiert der vertragliche Käufer, der sich wehrt gegen die Erteilung der Bewilligung an einen Dritten, der ein Vorkaufsrecht geltend macht; ebenso ist der Dritte, der ein Angebot als Selbstbewirtschafter (Art. 64 Abs. 1 lit. f BGG) gemacht hat, legitimiert zur Beschwerde gegen die Bewilligung mit der Begründung, der Käufer sei nicht Selbstbewirtschafter.<sup>323</sup> Diese Erweiterung gegenüber dem Gesetzeswortlaut ist indessen nur sehr restriktiv zu handhaben. Nicht legitimiert ist z.B., wer, ohne Selbstbewirtschafter zu sein, das Grundstück kaufen möchte, auch dann nicht, wenn er sich auf Art. 64 Abs. 1 lit. f BGG beruft und geltend macht, der Erwerber, der die Bewilligung erhalten hat, sei gar nicht Selbstbewirtschafter; denn Art. 64 Abs. 1 lit. f will nicht den Erwerber schützen, der nicht Selbstbewirtschafter ist, sondern den landwirtschaftlichen Veräusserer. Ebenso wenig legitimiert sind der Unterpächter<sup>324</sup> oder ein späterer Pächter. Der Verkäufer kann ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung einer Bewilligung haben, wenn diese unter einschränkenden Auflagen erteilt wurde; die Legitimation ergibt sich dabei aber aus dem Umstand, dass den Begehren der Vertragsparteien nur teilweise oder eingeschränkt entsprochen wurde, und sie reicht auch nur, soweit sie durch den anzufechtenden Bewilligungsentscheid beschwert sind. Soweit aber die Behörde den Vertrag so genehmigt hat, wie er von den Vertragsparteien geschlossen wurde, haben diese kein Interesse an der Anfechtung.<sup>325</sup> Vorliegend hat das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, dass auch der Selbstbewirtschafter, der ein Angebot nach Art. 64 Abs. 1 lit. f BGG abgibt, im kantonalen und bundesgerichtlichen Verfahren zur Beschwerde legitimiert ist. Er kann daher gegen eine dem Nichtselbstbewirtschafter erteilte Erwerbserwilligung entsprechende Rechtsmittel ergreifen.<sup>326</sup>

[240] In der Sache war durch das Bundesgericht sodann zu klären, was ein «Angebot» im Sinne von Art. 64 lit. f BGG ist. Der Wortlaut der Norm, so das Bundesgericht mit Blick auf den Gesetzestext in den verschiedenen Landessprachen, sei unklar und bedürfe der Auslegung.<sup>327</sup> Das Bundesgericht gelangt zum Ergebnis, dass damit kein Angebot im Sinne des Privatrechts

<sup>320</sup> Urteil BGer 5A.21/2005 vom 17. November 2005, E. 4.2 und 4.3.1; HERRENSCHWAND/STALDER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 12a zu Art. 83 BGG.

<sup>321</sup> Urteil BGer 5A.21/2005 vom 17. November 2005, E. 4.2; Urteil BGer 5A.21/2006 vom 9. November 2006, E. 1.5; HERRENSCHWAND/STALDER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 12a zu Art. 83 BGG.

<sup>322</sup> Urteil BGer 5A.21/2006 vom 9. November 2006, E. 1.5; ZBGR 89/2008, S. 23.

<sup>323</sup> Urteil BGer 5A.3/2006 vom 28. April 2006, E. 1.2 (nicht publ. E. 1.2 in: BGE 132 III 658).

<sup>324</sup> Urteil BGer 5A\_35/2008 vom 10. Juni 2008, E. 6.

<sup>325</sup> BGE 126 III 274 (277), E. 1d; Urteil BGer 2C\_465/2012 vom 29. Oktober 2012, E. 2.6; Urteil BGer 5A.21/2005 vom 17. November 2005, E. 4.2.

<sup>326</sup> BGE 145 II 328 (330), E. 2.

<sup>327</sup> BGE 145 II 328 (333), E. 3.2.

(Art. 3 OR) gemeint sei. Vielmehr reicht es aus, dass der Selbstbewirtschafter zunächst lediglich sein Interesse am Erwerb bekundet. Damit wird der Erwerb durch den Nichtselbstbewirtschafter zunächst verhindert, was als «destruktive Wirkung» von Art. 64 lit. f BGG bezeichnet wird.<sup>328</sup>

[241] Das Gesetz regelt das Verfahren nicht näher, was das Bundesgericht dazu veranlasst, sich auch hierzu zu äussern. Demnach hat sich die Bewilligungsbehörde zunächst zum höchstzulässigen Preis zu äussern und dann dem interessierten Selbstbewirtschafter eine Frist anzusetzen für die Abgabe eines Angebots unter Nennung des von ihm offerierten Preises. Der verkaufswillige Eigentümer ist allerdings nicht zum Verkauf an den Dritten verpflichtet. Er kann von einem Verkauf ganz absehen oder das Objekt an einen anderen Selbstbewirtschafter zu einem nicht übersetzten Preis veräussern.<sup>329</sup> Ein Erwerb durch den Nichtselbstbewirtschafter ist indes nur möglich, wenn auch nach Bekanntgabe des höchstzulässigen Preises kein Angebot eines Selbstbewirtschafters vorliegt oder dieses unter dem höchstzulässigen Preis liegt. Den Beweis, dass kein oder kein genügendes Angebot vorliegt, hat der verkaufswillige Eigentümer zu erbringen.<sup>330</sup> Der Nichtselbstbewirtschafter, dem die Erwerbsbewilligung erteilt wird, muss jedoch die weiteren Voraussetzungen der Erwerbsbewilligung erfüllen, insbesondere darf der von ihm bezahlte Preis nicht übersetzt sein (Art. 63 BGG).

## 8.5. Erwerbsbewilligungspflicht beim Kaufrecht

[242] Die Ausübung eines gesetzlichen Kaufs- oder Rückkaufsrechts bedarf keiner Erwerbsbewilligung (Art. 62 lit. d BGG). Demgegenüber untersteht die Ausübung vertraglicher Kaufs-, Vorkaufs- oder Rückkaufsrechte (unter Vorbehalt der Ausnahmen von Art. 62 lit. c und b BGG) der Erwerbsbewilligungspflicht.<sup>331</sup> Im Urteil 4A\_260/2018 vom 28. November 2018 befasste sich das Bundesgericht u.a. mit der Erwerbsbewilligungspflicht bei Einräumung und Ausübung eines Kaufrechts. Es bestätigt die bereits in der Lehre zum BGG vertretene Auffassung, dass nicht die Einräumung eines Kaufrechts, wohl aber die Ausübung eines solchen der Erwerbsbewilligungspflicht untersteht.<sup>332</sup>

[243] Das Bundesgericht erwägt, wegen der mit dem BGG verfolgten strukturpolitischen Ziele müsse bei Erteilung der Bewilligung bekannt sein, von wem und mit welchen betrieblichen Strukturen (Erfordernis der Selbstbewirtschaftung, Art. 63 lit. a BGG) ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück nach der Handänderung bewirtschaftet werden soll. Zwischen der Einräumung und der Ausübung des Kaufrechts könnten aber Jahre verstreichen, während derer sich der im Bewilligungsverfahren zu überprüfende Sachverhalt – etwa bezüglich der Eignung zur Selbstbewirtschaftung – verändern könne. Entsprechend stelle das BGG auf den Zeitpunkt des Erwerbs und nicht auf jenen der Einräumung des Kaufrechts ab.

[244] Die in der Lehre vertretene Auffassung, unter der Geltung des BGG sei für die blosse Einräumung eines Kaufrechts keine Bewilligung erforderlich, jedoch für die Ausübung des Kaufrechts als eigentlicher Erwerbstatbestand, sei zutreffend. Die Ausführungen der Beschwerdefüh-

<sup>328</sup> BGE 145 II 328 (334), E. 3.3.1.

<sup>329</sup> BGE 145 II 328 (335), E. 3.3.2.

<sup>330</sup> BGE 132 III 658 (659), E. 3.3.1.

<sup>331</sup> BEAT STALDER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 18 zu Art. 62 BGG.

<sup>332</sup> BEAT STALDER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 24 zu Art. 61 BGG.

rer zu ihrer angeblich eigentümerähnlichen Stellung aufgrund des früher eingeräumten Kaufrechts würden daher ins Leere stossen. Die blossе Einräumung eines Rechts zum Erwerb könne nicht mit dem eigentlichen Erwerb gleichgesetzt werden.<sup>333</sup>

## 8.6. Bewilligungspflicht des Erwerbs von Anteilsrechten an juristischen Personen

[245] Das BGGB enthält im Gesetzestext keine Bestimmungen zum Erwerb von Anteilsrechten an juristischen Personen (z.B. Aktien einer AG, Stammanteile einer GmbH, Art. 2 lit. g FusG). Das hat den Bundesrat bewogen, dem Parlament mit der Botschaft zur Agrarpolitik AP 2022+ neue Bestimmungen zu juristischen Personen im BGGB zu unterbreiten.<sup>334</sup>

[246] Das Bundesgericht hat zum Erwerb von Anteilsrechten im Kontext zum BGGB in BGE 140 II 233 entsprechende Regeln aufgestellt. Diese finden ihre Grundlage in Art. 61 Abs. 3 BGGB, wonach auch die wirtschaftliche Handänderung an Grundstücken und Gewerben der Erwerbsbewilligungspflicht untersteht. Das Bundesgericht hat in diesem Leiturteil festgehalten, jeder Erwerb von Anteilsrechten an einer Gesellschaft, die ein landwirtschaftliches Gewerbe besitze, sei nach Art. 61 Abs. 3 BGGB bewilligungspflichtig.<sup>335</sup> Dies gelte unabhängig von der Anwendbarkeit von Art. 4 Abs. 2 BGGB und selbst dann, wenn das landwirtschaftliche Gewerbe nicht das Hauptaktivum der Gesellschaft bilde.<sup>336</sup> Auch die Veränderung in der Zusammensetzung des Kapitals der Gesellschaft untersteht der Bewilligungspflicht.<sup>337</sup> Somit unterliegen bei der Aktiengesellschaft sowohl Kapitalerhöhungen (Art. 650 OR) als auch Kapitalherabsetzungen (Art. 732 OR) der Erwerbsbewilligungspflicht nach Art. 61 BGGB. Im Urteil 4A\_260/2018 vom 28. November 2018 war die Gültigkeit eines behördlich nicht bewilligten Aktienerwerbs an einer ein landwirtschaftliches Gewerbe haltenden Aktiengesellschaft zu beurteilen. Alle gerichtlichen Instanzen gingen, entsprechend den vom Bundesgericht in BGE 140 II 233 aufgestellten Grundsätzen, von der Bewilligungspflicht des Aktienerwerbs aus.<sup>338</sup> Umstritten war jedoch die Rechtsfolge bei fehlender Bewilligung (dazu sogleich).

## 8.7. Aktienerwerb ohne Erwerbsbewilligung: schwebende Ungültigkeit

[247] Im Urteil 4A\_260/2018 vom 28. November 2018 hatte das Bundesgericht die Rechtsfolgen eines nicht bewilligten Aktienerwerbs zu beurteilen. Bei der Gründung einer AG im Jahr 1988 wurde ein landwirtschaftliches Gewerbe durch Sacheinlagevertrag eingebracht. Im Jahr 1989

<sup>333</sup> Urteil BGer 4A\_260/2018 vom 28. November 2018, E. 2.1.

<sup>334</sup> Entwurf BGGB, gemäss Botschaft zur AP 2022+, vom 12. Februar 2020, BBl 2020, S. 3955 ff.; FRANZ A. WOLF, Die Revision des bäuerlichen Bodenrechts, Botschaft AP 2022+. Die Revision des bäuerlichen Bodenrechts (BGGB) gemäss Entwurf und Botschaft zur Agrarpolitik 2022+, vom 12. Februar 2020 — Eine erste Beurteilung, in: Jusletter 30. März 2020.

<sup>335</sup> Vgl. zur (teilweisen) Kritik an diesem Urteil: 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 13. Oktober 2014.

<sup>336</sup> BGE 140 II 233 (246), E. 5.6.

<sup>337</sup> BGE 140 II 233 (246), E. 5.6.2.

<sup>338</sup> Urteil OGer SO Nr. ZKBER.2017.52 vom 5. April 2018, E. 2.1, E. 3.1 bis 3.4; Urteil BGer 4A\_260/2018 vom 28. November 2018, E. 2.2.2.

wurde das Gewerbe verpachtet. Im Jahr 1995 erwarb B sämtliche damals gezeichneten 50 Aktien an der Gesellschaft. Im Jahr 1998 wurden durch Kapitalerhöhung weitere 50 Aktien gezeichnet. B hielt fortan 89 Aktien, eine weitere Person zehn und die Pächterin C eine Aktie. Gleichzeitig wurde ein Aktionärsbindungsvertrag geschlossen. Für keines dieser Rechtsgeschäfte wurde eine Erwerbsbewilligung nach BGG eingeholt. Im Jahr 2015 kündigte der Hauptaktionär B gegenüber der Pächterin C den Pachtvertrag über das landwirtschaftliche Gewerbe. Die Pächterin C erhob Klage gegen die Kündigung. Sie verlangte die Feststellung, dass sowohl der durch den Hauptaktionär B gezeichnete Pachtvertrag als auch die von ihm ausgesprochene Kündigung nichtig seien. Eventualiter beantragte sie die Erstreckung der Pacht.<sup>339</sup> Der Hauptaktionär B sei mangels bodenrechtlicher Bewilligung nicht zur Vertretung befugt gewesen.<sup>340</sup>

[248] Die erste Zivilinstanz<sup>341</sup> erwog, der nach Inkrafttreten des BGG am 1. Januar 1994 geschlossene Aktienkaufvertrag von 1995 und die Kapitalerhöhung sowie der Aktionärsbindungsvertrag, beide von 1998, seien nach den Bestimmungen des BGG zu beurteilen. Diese Rechtsgeschäfte seien bewilligungspflichtig, es sei jedoch nie um eine Bewilligung nachgesucht worden. Indes sei in analoger Anwendung der Zehnjahresfrist von Art. 71 Abs. 2 BGG der Anspruch auf eine Korrektur verwirkt. Sowohl der Pachtvertrag als auch die Kündigung der Pacht seien dadurch verbindlich zustande gekommen. Erstinstanzlich wurde die Klage abgewiesen.<sup>342</sup>

[249] Die Pächterin erhob Berufung. Das Berufungsgericht erwog, die Art. 71 und 72 BGG seien auf die in Frage stehenden Rechtsgeschäfte (Aktienkauf und Kapitalerhöhung) nicht, auch nicht analog, anwendbar. Mangels Bewilligung<sup>343</sup> seien diese Rechtsgeschäfte nach Art. 70 BGG nichtig. B sei daher nie rechtsgültig Mehrheitsaktionär geworden und folglich nicht zur Vertretung der Gesellschaft befugt gewesen.

[250] B erhob gegen das obergerichtliche Urteil Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Hinsichtlich der bodenrechtlich bislang nicht bewilligten Rechtsgeschäfte (Aktienkauf und Kapitalerhöhung) prüfte das Bundesgericht zunächst, welche Folgen eintreten, wenn ein Bewilligungsverfahren noch gar nicht durchgeführt wurde. Die Vorinstanz ging ohne weiteres von Nichtigkeit ex tunc aus und berief sich dabei auf Art. 70 BGG. Nach dieser Bestimmung sind 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, nichtig.<sup>344</sup>

[251] Das Bundesgericht räumt ein, in den Kommentierungen zu BGE 140 II 233 sei ausgeführt worden, die Auslegung von Art. 70 BGG in Bezug auf die Übertragung von Anteilsrechten werfe Fragen auf, die in der Lehre kaum geklärt seien und bewirke erhebliche Rechtsunsicher-

<sup>339</sup> Urteil BGer 4A\_260/2018 vom 28. November 2018, Sachverhalt A, B und C (vereinfacht).

<sup>340</sup> Die Angelegenheit führte die Parteien bis heute viermal bis vor Bundesgericht (Urteil BGer 4A\_260/2018 vom 28. November 2018; Urteil BGer 4A\_260/2019 vom 23. Oktober 2019; Urteil BGer 4A\_74/2020 vom 28. Mai 2020 und Urteil BGer 4A\_400/2020 vom 9. Dezember 2020). Ein weiteres, fünftes Verfahren ist derzeit vor Bundesgericht noch hängig (Verfahren Nr. 4A\_508/2020).

<sup>341</sup> Urteil Amtsgericht Thal-Gäu SO vom 1. Juni 2017.

<sup>342</sup> Urteil OGer SO Nr. ZKBER.2017.52 vom 5. April 2018, E. 2.1.

<sup>343</sup> Urteil OGer SO Nr. ZKBER.2017.52 vom 5. April 2018, E. 3.1 bis 3.10.

<sup>344</sup> Urteil BGer 4A\_260/2018 vom 28. November 2018, E. 2.2.1.

heit.<sup>345</sup> Bewilligungspflichtig sei im BGBB der Erwerb, nicht die Veräusserung, also nicht das Verpflichtungsgeschäft, sondern das Verfügungsgeschäft bzw. der Grundbucheintrag als Vollzug des Vertrages.<sup>346</sup> Die Bewilligung ist eine sog. privatrechtsgestaltende Verwaltungsverfügung.<sup>347</sup> Vor diesem Hintergrund wird in der Lehre davon ausgegangen, das Rechtsgeschäft sei in einem Zustand der *schwebenden Unwirksamkeit*, solange keine Erwerbsbewilligung erteilt ist; durch die Bewilligung als privatrechtsgestaltende Verfügung wird das Rechtsgeschäft dann entweder in die Vollgültigkeit überführt oder aber zunichte gemacht. Erst die Verweigerung der Bewilligung führe damit zur Nichtigkeit des privatrechtlichen Rechtsgeschäfts.<sup>348</sup>

[252] Das Bundesgericht ist in früheren Urteilen wiederholt, allerdings ohne vertiefte Begründung und zum Teil in anderem Zusammenhang, von einer schwebenden Unwirksamkeit bis zum Bewilligungsentscheid ausgegangen.<sup>349</sup> Diese Wirkung ergebe sich in der Tat aus der Rechtsnatur der Bewilligung als privatrechtsgestaltende Verfügung. Da vorliegend bislang kein Bewilligungsverfahren eingeleitet und die Bewilligung nicht verweigert worden sei, könne somit entgegen der Vorinstanz nicht von Nichtigkeit des Aktienkaufvertrages und den in der Folge getätigten Rechtsgeschäften ausgegangen werden.<sup>350</sup>

[253] Das Bundesgericht prüfte sodann die weitere Frage, ob dieser Schwebezustand zeitlich befristet ist und falls ja, was sich aus dem Fristablauf ergibt. Die Beschwerdeführer rügten vor Bundesgericht, hinsichtlich des eigentumsähnlichen Erwerbs ohne Grundbucheintrag, also bei der Übertragung von Aktien, bestehe im BGBB eine Gesetzeslücke. Diese sei in analoger Anwendung von Art. 71 Abs. 2 und 72 Abs. 3 BGBB zu schliessen, sodass nach zehn Jahren seit seinem Abschluss der Vertrag nicht mehr korrigiert werden könne. Sinngemäss machen sie also geltend, nach zehn Jahren werde der Kaufvertrag trotz fehlender Bewilligung vollgültig. Bereits die Erstinstanz hatte angenommen, der Anspruch auf «Korrektur des Rechtsgeschäfts» sei nach zehn Jahren verwirkt. Die Vorinstanz erwog, entgegen der Erstinstanz könne eine Befristung von zehn Jahren nicht auf Art. 71 und 72 BGBB abgestützt werden. Art. 71 BGBB betreffe den Widerruf der Bewilligung, also nur die öffentlich-rechtliche Verfügung und nicht das zugrundeliegende Rechtsgeschäft. Da hier nie ein Bewilligungsverfahren durchgeführt worden sei, gebe es auch keine zu widerrufende Bewilligung.<sup>351</sup>

[254] Falls eine Gesetzeslücke zu bejahen wäre, würde eine solche nicht nur bestehen hinsichtlich der Frage, ob eine Befristung angenommen werden könnte, sondern auch hinsichtlich der Rechtswirkungen eines solchen Fristablaufs. Die Beschwerdeführer nehmen mit der Erstinstanz an, der Fristablauf würde zur Vollgültigkeit des Kaufvertrages führen. Das würde aber dem Kernanliegen des BGBB widersprechen, das mit dem Erfordernis der privatrechtsgestaltenden Verfügung gewährleistet sein soll. Denn diese bedeutet gerade, dass eben allein durch den Parteiwillen der

<sup>345</sup> FRANZ A. WOLF, Landwirtschaftliches Grundeigentum bei der Einbringung in juristische Personen und beim Erwerb von Anteilsrechten an Kapitalgesellschaften, in: Jusletter 13. Oktober 2014, Rz. 29 f.; HOFER/STUDER, Landwirtschaftliche Gewerbe juristischer Personen, in: Blätter für Agrarrecht 2015, S. 33 ff.

<sup>346</sup> BEAT STALDER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGBB, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 4 zu Art. 61 BGBB.

<sup>347</sup> BEAT STALDER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGBB, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 16 Vorbem. zu Art. 61–69 und N. 8 zu Art. 70 BGBB; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, S. 271 Rz. 1259.

<sup>348</sup> Urteil BGer 4A\_260/2018 vom 28. November 2018, E. 2.2.2.

<sup>349</sup> Urteil BGer 2C\_39/2013 vom 10. Januar 2014, E. 6.3; Urteil BGer 5A\_393/2011 vom 3. November 2011, E. 6.2.1.3.

<sup>350</sup> Urteil BGer 4A\_260/2018 vom 28. November 2018, E. 2.2.3.

<sup>351</sup> Urteil BGer 4A\_260/2018 vom 28. November 2018, E. 2.3.



Vertrag keine Rechtsgültigkeit erlangen kann. Dies wäre aber der Fall, wenn der Erwerber durch Zuwarten mit einem Gesuch um eine Erwerbsbewilligung die Gültigkeit des Erwerbs und damit die Vollgültigkeit des diesem zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts bewirken könnte. Umgekehrt erfordert der öffentliche Zweck des Schutzes des bäuerlichen Bodenerwerbs nicht, dass mit einem bestimmten Zeitablauf das Recht, eine Bewilligung zu beantragen, untergehen und als Folge davon das privatrechtliche Rechtsgeschäft rückwirkend nichtig werden soll. Denn der Grund für die vom BGGB vorgesehene Nichtigkeit ist ja, dass im öffentlichen Interesse liegende Verweigerungsgründe (Art. 63 BGGB) bestehen. Schliesslich erfordern auch die privaten Interessen des Veräusserers keine solche Befristung. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, bei der Anmeldung handle es sich um eine Nebenpflicht, weshalb der Veräusserer den Erwerber seinerseits in Schuldnerverzug setzen könne, wenn dieser seiner Verpflichtung, die Erwerbsbewilligung einzuholen, nicht nachkomme. Er könnte dann vom Vertrag zurücktreten und Schadenersatz für das Dahinfallen des Vertrages verlangen. Es frage sich allerdings, ob der Erwerber nicht einfach die Vornahme einer ihm obliegenden Vorbereitungshandlung ungerechtfertigterweise verweigert (Art. 91 OR), womit Gläubigerverzug anzunehmen wäre. Es bestehe keine Lücke; der Vertrag von 1995 sei nach wie vor schwebend ungültig, aber nicht nichtig. Entgegen der Beschwerdegegnerin sei nicht missbräuchlich, dass die Beschwerdeführer noch nicht um die Bewilligung nachgesucht haben, zumal sie annahmen, es sei gar keine Bewilligung nötig.

[255] Kommentar: Rechtsgeschäfte, die den Bestimmungen des BGGB über den Erwerb von Grundstücken oder Gewerben zuwiderlaufen, sind nichtig (Art. 70 BGGB). Der historische Gesetzgeber hatte bei Erlass dieser Bestimmungen den Erwerb von Grundstücken und Gewerben im Blick. Die Frage, ob und wie weit die Art. 70 bis 73 BGGB auch auf den Erwerb von Anteilsrechten an juristischen Personen anwendbar sind, beantwortet das Gesetz nicht. Dass das Bundesgericht im kommentierten Urteil von einer schwebenden Ungültigkeit des Aktienkaufs ausgeht, solange dieser noch nicht bewilligt ist, wird in der Lehre kritisiert.

## 9. Die Belastungsgrenze für Pfandrechte

[256] Gemäss Art. 169 Abs. 1 ZGB kann ein Ehegatte nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des anderen Ehegatten einen Mietvertrag kündigen, das Haus oder die Wohnung der Familie veräussern oder durch andere Rechtsgeschäfte die Rechte an den Wohnräumen der Familie beschränken. Diese Schutznorm gilt unabhängig vom ehelichen Güterstand. Als zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft gilt grundsätzlich auch die Errichtung von Grundpfandrechten. Allerdings braucht nicht jede Errichtung von Grundpfandrechten die Zustimmung des anderen Ehegatten. Wenn sich der Ehegatte auf den von Art. 169 ZGB gewährten Schutz beruft, muss er glaubhaft machen, dass die hypothekarische Verpflichtung die gebräuchlichen Normen übersteigt oder die Familienwohnung auf irgendeine Art gefährdet.<sup>352</sup>

[257] In BGE 142 III 720 hält das Bundesgericht fest, die Zustimmung des Ehegatten bei der Pfandbestellung sei dann nötig, wenn die hypothekarische Belastung ungefähr zwei Drittel des Verkehrswertes für nichtlandwirtschaftliche Grundstücke übersteige. Für die dem BGGB unterstellten Grundstücke liegt die Schwelle, welche eine Zustimmung erfordert, bei der Belastungsgrenze nach Art. 73 BGGB. Die Zustimmung ist unabhängig vom Umfang des Pfandes auch nö-

---

<sup>352</sup> BGE 142 III 720 (730), E. 6.

tig, wenn offensichtlich ist, dass angesichts der finanziellen Leistungsfähigkeit des Schuldners der Schuldendienst nicht gewährleistet ist oder sich die Familienwohnung auf andere Weise in Gefahr befindet.<sup>353</sup>

[258] Im Geltungsbereich des BGGB gilt zudem, dass bei der Veräusserung eines landwirtschaftlichen Gewerbes die Zustimmung des anderen Ehegatten notwendig ist, sofern dieser mit dem Veräusserer zusammen das Gewerbe bewirtschaftet (Art. 40 Abs. 1 BGGB).

[259] Art. 169 ZGB schützt allerdings nur die Familienwohnung.<sup>354</sup> Umfasst ein landwirtschaftliches Gewerbe, was die Regel sein dürfte, mehrere Grundstücke, so bedarf die Errichtung von Grundpfandrechten auf den nicht mit der Familienwohnung bebauten Grundstücken keiner Zustimmung des anderen Ehegatten.

[260] Kommentar: Das Bundesgericht entscheidet sich für die dem BGGB unterstellten Grundstücke für einen pragmatischen Weg: Die Belastungsgrenze ist, anders als der Verkehrswert, anhand des Ertragswertes relativ einfach ermittelbar (Art. 73 Abs. 1 BGGB).

---

FRANZ A. WOLF ist Rechtsanwalt, Notar und dipl. Ing. Agr. FH, mit Schwerpunkt Landwirtschaftsrecht bei der Wolf Advokatur und Notariat AG in Sursee ([www.wolf-recht.ch](http://www.wolf-recht.ch)).

---

<sup>353</sup> BGE 142 III 720 (722), E. 4 und 5.

<sup>354</sup> BGE 114 II 396 (399), E. 5.