

Heft 1/3

2022

56. Jahrgang

Blätter für Agrarrecht Communications de droit agraire

Aufsätze/Articles:

Franz Wolf:

Überlegungen zum massgebenden Zeitpunkt für die Gewerbestellung nach Art. 84 BGBB

5

Nicola Hofstetter:

Die raumplanungsrechtliche (Un-)Zulässigkeit von Swimmingpools in der Landwirtschaftszone

25

Roland Norer:

EU-Agrarrecht aktuell

53

Das Urteil – kommentiert/L'arrêt – commenté:

Meinrad Huser:

Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 2021 (2C_397/2021)

73



Stämpfli Verlag

Überlegungen zum massgebenden Zeitpunkt für die Gewerbestellung nach Art. 84 BGBB

Aus Anlass des Urteils 2C_39/2021 des Bundesgerichts vom 4. November 2021

Franz A. Wolf¹

Inhalt

1. Vorbemerkung.....	6
2. Urteil des BGER 2C_39/2021 vom 4. November 2021	6
2.1 Sachverhalt.....	6
2.2 Kantonale Rechtsmittelverfahren vor Rekurskommission und Verwaltungsgericht.....	7
2.3 Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht	8
2.4 Begriffsnotwendige Voraussetzungen für ein landwirtschaftliches Gewerbe	9
2.5 Massgeblicher Zeitpunkt für die Gewerbestellung.....	10
2.6 Betriebskonzept und Tragbarkeit von Investitionen	10
2.7 Kommentar	13
3. Der massgebliche Zeitpunkt für die Gewerbestellung.....	15
3.1 Kein einheitlicher Beurteilungszeitpunkt.....	15
3.2 Beim erbrechtlichen Zuweisungsrecht am landwirtschaftlichen Gewerbe	15
3.3 Beim erbrechtlichen Zuweisungsrecht am landwirtschaftlichen Grundstück.....	16
3.4 Beim gesetzlichen Kaufrecht von Verwandten am landwirtschaftlichen Gewebe	18
3.5 Beim gesetzlichen Vorkaufsrecht am landwirtschaftlichen Gewerbe.....	19
3.6 Beim gesetzlichen Vorkaufsrecht am landwirtschaftlichen Grundstück	20
3.7 Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung unter Erbungsbeteiligung.....	21

¹ Franz A. Wolf ist Rechtsanwalt, Notar und dipl. Ing. Agr. FH, mit Schwerpunkt Land-



1. Vorbemerkung

Das hier vorgestellte und kommentierte Urteil des Bundesgerichts gibt Erkenntnisse zum massgeblichen Zeitpunkt, an dem ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegen muss. Zudem klärt das Urteil, ob und unter welchen Voraussetzungen in der Gewerbebestellung ein künftiges Betriebskonzept berücksichtigt werden kann und welche Anforderungen diesbezüglich an die Tragbarkeit von baulichen Investitionen zu stellen sind (Ziff. 2).

Der Autor nimmt das Urteil zum Anlass, den massgeblichen Zeitpunkt für die Gewerbebestellung ganz allgemein näher zu beleuchten (Ziff. 3).

2. Urteil des BGer 2C_39/2021 vom 4. November 2021

2.1 Sachverhalt

C.A. war mit D.A. verheiratet. D.A. ist am 2. November 2010 und C.A. am 12. März 2017 verstorben. Beide hinterliessen als Erben ihre drei gemeinsamen Kinder A., B. und C. In den beiden bislang ungeteilten Nachlässen befanden sich verschiedene landwirtschaftliche Grundstücke. Zum Nachlass der Erbengemeinschaft des C.A. gehörten sechs landwirtschaftliche Grundstücke im Halte von 13,44 ha in den Gemeinden U und V (Kanton Thurgau). Der auf diesem Grundeigentum stehende Landwirtschaftsbetrieb war ab dem 1. Mai 2003 an D., den Sohn der Miterbin C. und Enkel des Erblassers verpachtet.

Der Nachlass der Erbengemeinschaft von D.A. bestand aus zehn (teilweise landwirtschaftlichen) Grundstücken im Halte von 7,65 ha. Das Grundeigentum befindet sich ebenfalls in den Gemeinden U. und V. Die sieben davon landwirtschaftlich genutzten Grundstücke wurden noch zu Lebzeiten der Erblasserin zusammen mit dem Landwirtschaftsbetrieb ihres Ehemanns C.A. bewirtschaftet. Die Erblasserin verpachtete diese Grundstücke mit Pachtvertrag ab dem 1. Mai 2003 an ihren Enkel D. Dieser war überdies seit 2015 Pächter eines in 15 km Entfernung liegenden landwirtschaftlichen Pachtbetriebes einer sozialen Einrichtung, woraus er ein jährliches Einkommen von Fr. 35'000.– bis 40'000.– erwirtschaftet.

Mit Gesuch vom 26. Juli 2017 stellten die Miterben A. und B. und mit Gesuch vom 4. August 2017 die Miterbin C. und der Pächter/Enkel D. beim Landwirtschaftsamt des Kantons Thurgau das Gesuch um Feststellung, ob das Gesamthandvermögen der Erbengemeinschaft C.A. und das Gesamthandvermögen der Erbengemeinschaft D.A. je ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht bildeten (Art. 84 BGGB).²

² Urteil BGer 2C_39/2021 der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 4. November 2021, Sachverhalt A (vereinfacht). Das Urteil ist nicht zur Aufnahme in die

Die bestehenden Ökonomiebauten auf den Nachlassgrundstücken C.A. waren veraltet und wiesen erheblichen Investitionsbedarf auf. Der Pächter/Enkel D. reichte für sein Feststellungsbegehren zwei Betriebskonzepte ein. Das erste davon beinhaltete Ackerbau und Schafhaltung und war für die Gewerbebestellung irrelevant, da damit die gesetzliche SAK-Schwelle von 1.0 SAK (Art. 7 Abs. 1 BGGB) für das Vorliegen eines Gewerbes nicht erreicht worden wäre. Das zweite Betriebskonzept sah den Anbau von Chicorée-Wurzeln und den Neubau eines Schweinemaststalles mit 500 Mastplätzen bei Investitionskosten von Fr. 850'000.– vor.

Das Landwirtschaftsamt stellte mit Entscheid fest, die Grundstücke der Erbengemeinschaft C.A. bildeten mit 1.295 SAK ein landwirtschaftliches Gewerbe. Für die Gewerbebestellung seien nebst dem Grundeigentum dieser Erbengemeinschaft auch die sieben landwirtschaftlich genutzten Parzellen mit insgesamt 5,96 ha landwirtschaftlicher Nutzfläche der Erbengemeinschaft D.A. zu berücksichtigen. Das Landwirtschaftsamt stützte sich für seinen Feststellungsentscheid auf das zweite Betriebskonzept ab.

Bezüglich des Nachlasses von D.A. stellte das Landwirtschaftsamt mit Entscheid fest, dass diese Nachlassgrundstücke kein landwirtschaftliches Gewerbe bildeten. Dieses Grundeigentum sei seit mehr als 15 Jahren parzellenweise verpachtet und nicht mehr als wirtschaftlich selbständiges Gewerbe geführt worden.

2.2 Kantonale Rechtsmittelverfahren vor Rekurskommission und Verwaltungsgericht

Der von den Miterben A. und B. gegen den Entscheid des Landwirtschaftsamts bezüglich der Gewerbebestellung im Nachlass C.A. erhobene Rekurs wies die Rekurskommission für Landwirtschaftssachen des Kantons Thurgau ab. Zur Begründung führte sie aus, es sei nicht zu beanstanden, dass das Landwirtschaftsamt für die Gewerbebestellung auf die Gesamtheit des landwirtschaftlich genutzten Grundeigentums der Erbengemeinschaften C.A. und D.A. abgestellt habe. Zwar ergebe sich auch diesfalls mit 0,615 SAK weniger als eine Standardarbeitskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 BGGB, womit kein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegen würde. Jedoch sei bei der Beurteilung, ob von einem landwirtschaftlichen Gewerbe auszugehen sei, auch die Möglichkeit zu berücksichtigen, fehlende betriebsnotwendige Gebäude zu erstellen, wenn die entsprechenden Aufwendungen für den Betrieb tragbar seien. Der Pächter D. habe zwei Betriebskonzepte eingereicht. Das erste Betriebskonzept habe keinen Einfluss auf die Berechnung der Standardarbeitskräfte. Hingegen führe das zweite Betriebskonzept, das einen Neubau eines Schweinemaststalls mit 500 Plätzen für Fr. 850'000.–

amtliche Sammlung (BGE) vorgesehen. Die im vorliegenden Aufsatz zitierte Rechtsprechung ist berücksichtigt bis zum 25. Januar 2022. – Rechtsprechung berücksichtigt bis zum 15. Februar 2022.

vorsehe, zu einer Erhöhung der benötigten Standardarbeitskräfte auf 1.295 SAK. Damit werde die vorgesehene Schwelle von einer Standardarbeitskraft überschritten, womit ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne des BGGB vorliege.

Die von A. und B. gegen den Entscheid der Rekurskommission eingereichte Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau ab. Es folgte im Wesentlichen der Auffassung der Rekurskommission. Insbesondere bestätigte es die wirtschaftliche Tragbarkeit des von D vorgelegten zweiten Betriebskonzepts. Die Ermittlung von 1.295 SAK sei nicht zu beanstanden. Die erforderliche Schwelle von einer Standardarbeitskraft werde nur unter Berücksichtigung des zweiten Betriebskonzepts erreicht. Damit dieses Konzept berücksichtigt werden könne, müsse die finanzielle Last für den landwirtschaftlichen Betrieb tragbar sein. Dabei sei eine Einkommensberechnung durchzuführen, die von den Vermögens- und Familienverhältnissen des Betriebsleiters unabhängig sei. Der Betrieb müsse nach der Investition existenzfähig sein, ohne dass die Betriebsleiterfamilie ihren Privatverbrauch unangemessen einschränken müsse. Das Einkommen, welches sich erwirtschaften lasse, müsse für die notwendige Eigenkapitalbildung ausreichen, damit sich der Betrieb weiterentwickeln könne. Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts ergaben sich aus der Erfolgsrechnung zum zweiten Betriebskonzept ein landwirtschaftliches Einkommen von Fr. 67'883.– sowie ein Nebeneinkommen von Fr. 40'000.– aus unselbständiger Erwerbstätigkeit samt Kinderzulagen im Betrag von Fr. 7'200.–. Dieses Gesamteinkommen von Fr. 115'083.– stünde einem Privatverbrauch für die ganze Familie des Pächters von jährlich Fr. 85'000.– gegenüber. Nach Abzug des landwirtschaftlichen Einkommens aus dem Chicorée-Anbau, der nicht landesüblich sei, betrage die Eigenkapitalbildung pro Jahr Fr. 17'063.–, womit die wirtschaftliche Tragbarkeit ausgewiesen sei. Beim Gesamthandvermögen der Erbengemeinschaft C.A. handle es sich demnach, so das kantonale Verwaltungsgericht, um ein landwirtschaftliches Gewerbe.³

2.3 Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht

Die beiden Beschwerdeführer A. und B. sind als Miterben und damit als Gesamteigentümer der betroffenen Grundstücke zur Beschwerde vor Bundesgericht legitimiert.⁴ Das Bundesgericht hebt das Urteil der Vorinstanz (Verwaltungsgericht) auf und stellt fest, dass der Landwirtschaftsbetrieb im Nachlass des C.A. kein landwirtschaftliches Gewerbe bildet.

Die Beschwerdeführer rügten vor Bundesgericht, die Gewerbeeigenschaft müsse bereits zum Zeitpunkt des Erbanges vorliegen. Auch sei der von der Vorinstanz berücksichtigte Chicorée-Anbau nicht landesüblich im Sinne von Art. 7 BGGB. Ausserdem sei das zweite, durch D. vorgelegte Betriebskonzept wirtschaftlich nicht tragbar und das Grundeigentum der anderen Erbengemeinschaft (D.A.) sei für die

³ Urteil BGer 2C_39/20121 vom 4. November 2021, E. 3.4.

⁴ Urteil BGer 2C_39/20121 vom 4. November 2021, E. 1.1.

Gewerbebeurteilung nicht zu berücksichtigen. Zudem könne niemand ausser dem Eigentümer ein fiktives Betriebskonzept einreichen, in der Absicht, hypothetisch ein Gewerbe entstehen zu lassen. Sie würden dem Bau eines Schweinemaststalls als Grundeigentümer nicht zulassen, wie es das zweite Betriebskonzept aber vorsehe.

Sodann machten die Beschwerdeführer geltend, dass das zweite Betriebskonzept für die Gewerbebeurteilung nicht hätte berücksichtigt werden dürfen, da dieses nicht wirtschaftlich tragbar im Sinne von Art. 7 Abs. 4 lit. b BGGB sei. Die Deckung des erforderlichen Kapitals müsse allein aus dem infrage stehenden Landwirtschaftsbetrieb erwirtschaftet werden. Die Einkünfte aus einem ausserbetrieblichen Nebenbetrieb dürften somit nicht in die Erfolgsrechnung des Betriebskonzepts miteinbezogen werden. Dass der Pächter und seine Familie einem Nebenwerb im Umfang von 50 % nachgehen müssten, damit der Betrieb des neu zu bauenden Schweinemaststalls kein Defizit erwirtschaftete, zeige, dass das zweite Betriebskonzept nicht tragbar sei. Ihrer Auffassung nach handle es sich bei den im Nachlass der Erbengemeinschaft C.A. liegenden Grundstücke nicht um ein landwirtschaftliches Gewerbe.⁵

2.4 Begriffsnotwendige Voraussetzungen für ein landwirtschaftliches Gewerbe

Das Bundesgericht resümiert einleitend die begriffsnotwendigen Voraussetzungen für ein landwirtschaftliches Gewerbe. Gemäss Art. 7 Abs. 1 Satz 1 BGGB gilt als landwirtschaftliches Gewerbe 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. Bei der Standardarbeitskraft (SAK) handelt es sich um ein Mass für die arbeitswirtschaftliche Betriebsgrösse. Sie wird anhand des standardisierten Arbeitsaufwands bei einer landesüblichen Bewirtschaftung berechnet.⁶ Der Bundesrat legt die Faktoren und die Werte für die Berechnung einer Standardarbeitskraft in Abstimmung mit dem Landwirtschaftsrecht fest (Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BGGB; Art. 2a VBB). Zudem ist laut Art. 7 Abs. 4 lit. b BGGB 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. Die Annahme eines landwirtschaftlichen Gewerbes im Sinne von Art. 7 Abs. 1 BGGB setzt in jedem Fall voraus, dass die infrage stehenden Grundstücke, Bauten und Anlagen eine rechtliche Einheit bilden (Erfordernis der rechtlichen Einheit unter Vorbehalt von Pachtland nach Art. 7 Abs. 4 lit. c BGGB) und von einem gemeinsamen

⁵ Urteil BGer 2C_39/20121 vom 4. November 2021, E. 1.3 und 3.3.

⁶ BGE 135 II 313 (315), E. 2.1; Urteil 2C_719/2018 vom 18. September 2019 E. 2.2.

Zentrum aus (Erfordernis der räumlichen Einheit) im Sinne einer funktionalen Einheit bewirtschaftet werden können.⁷

2.5 Massgeblicher Zeitpunkt für die Gewerbestellung

Zunächst war durch das Bundesgericht der Einwand der Beschwerdeführer zu beurteilen, dass das zweite Betriebskonzept aus zeitlichen Gründen nicht hätte berücksichtigt werden dürfen. Die Beschwerdeführer machten geltend, im Zeitpunkt des Todes von C.A. am 12. März 2017 habe kein landwirtschaftliches Gewerbe bestanden. Nach ihrer Auffassung sei dieser Zeitpunkt für die Gewerbebeurteilung massgebend. Sie verwiesen auf das Bundesgerichtsurteil 5A_140/2009 vom 6. Juli 2009. Gegenstand dieses Urteils war der Anspruch auf Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes im Rahmen der Erbteilung (Art. 11 BGGB). Das Bundesgericht erzwog damals, da gemäss «Art. 11 BGGB nur in der Erbschaft befindliche landwirtschaftliche Gewerbe berücksichtigt werden, muss die Gewerbeeigenschaft grundsätzlich im Zeitpunkt des Erbgangs bereits bestehen und darf sich nicht erst in der Zukunft (zum Beispiel durch Zukauf) entwickeln. [...] Im vorliegenden Fall besteht die Erbengemeinschaft allerdings seit Jahrzehnten, weshalb der Tod des Erblassers [...] als massgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Gewerbeeigenschaft kaum mehr in Betracht kommen kann.»⁸

Für die Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, ergeben sich verschiedene mögliche Beurteilungszeitpunkte, abhängig vom zu beurteilenden Sachverhalt. Bei einem erbrechtlich relevanten Vorgang fällt der massgebende Beurteilungszeitpunkt im Grundsatz auf den Zeitpunkt des Erbgangs,⁹ während beispielsweise bei der Ausübung von Vorkaufsrechten gemäss Art. 42 BGGB der Veräusserungszeitpunkt für die Beurteilung massgebend ist.¹⁰ Grundsätzlich bedarf daher die Feststellung, es liege ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne von Art. 7 BGGB vor, ebenso der Angabe, unter Anwendung welcher materieller Bestimmung des BGGB die Gewerbestellung getroffen werden soll.¹¹

2.6 Betriebskonzept und Tragbarkeit von Investitionen

In die Gewerbebeurteilung kann auch ein künftiges Betriebskonzept Eingang finden. Art. 7 Abs. 4 lit. b BGGB sieht vor, dass die Möglichkeit zu berücksichtigen ist, fehlende betriebsnotwendige Gebäude zu erstellen oder vorhandene umzubauen, in-

⁷ Urteil BGER 2C_39/2021 vom 4. November 2021, E. 3.1; Urteil BGER 2C_719/2018 vom 18. September 2019, E. 2.2.

⁸ Urteil BGER 5A_140/2009 vom 6. Juli 2009 E. 2.3.

⁹ Urteil BGER 5A_140/2009 vom 6. Juli 2009 E. 2.3.

¹⁰ Urteil 5A_107/2013 vom 7. Juni 2013 Bst. A; BGE 146 III 217 (222), E. 6.4.2; hinten zu Ziff. 3.6.

¹¹ Urteil BGER 2C_39/20121 vom 4. November 2021, E. 5.1.2.

stand zu stellen oder zu ersetzen, wenn die entsprechenden Aufwendungen für den Betrieb tragbar sind. Der Entwurf zum BGGB sah noch vor, dass «die entsprechenden Aufwendungen für den Betrieb tragbar sind».¹² Diese subjektive Betrachtungsweise der Tragbarkeit fand jedoch letztlich nicht Eingang in das Gesetz. Wird bei der Beurteilung, ob ein Gewerbe unter den Anwendungsbereich des BGGB fällt, auch das nichtlandwirtschaftliche oder ausserbetriebliche Einkommen berücksichtigt, bezieht sich diese Beurteilung der Tragbarkeit nicht mehr auf die effektive Leistungsfähigkeit eines Betriebs, was mit dem Gesetz nicht vereinbar ist. Wie das kantonale Verwaltungsgericht geht auch das Bundesgericht davon aus, dass die finanzielle Last für den landwirtschaftlichen Betrieb tragbar sein muss und hierfür eine Einkommensberechnung durchzuführen ist, die von den Vermögens- und Familienverhältnissen des Bewirtschafters unabhängig ist. Infolgedessen ist bei der Beurteilung dasjenige Einkommen auszuklammern, das nicht aus der Bewirtschaftung des zu beurteilenden Betriebs stammt.¹³

Im konkreten Fall musste das Bundesgericht nun beurteilen, welche Einkommensbestandteile für die Tragbarkeit des Betriebskonzepts berücksichtigt werden dürfen. Aus der Erfolgsrechnung zum zweiten Betriebskonzept ging hervor, dass der Pächter D. im Jahr 2018 neben dem landwirtschaftlichen Einkommen zusätzlich ein Nebeneinkommen von Fr. 40'000.– aus einer Anstellung erwirtschaftet sowie Kinderzulagen in der Höhe von jährlich Fr. 7'200.– erhielt. Ab dem Jahr 2019 reduzierte sich das Nebeneinkommen auf Fr. 35'000.–. Daraus resultierte ab dem Jahr 2019 eine jährliche Eigenkapitalbildung von Fr. 12'063.–.¹⁴ Das Verwaltungsgericht stellte fest, dass das Nebeneinkommen aus der Bewirtschaftung des Gutsbetriebs W stammt. Folglich handle es sich bei diesem Einkommen zwar um landwirtschaftliches, aber betriebsfremdes Nebeneinkommen. Es stellte sich für das Bundesgericht die Frage, ob das Nebeneinkommen aus einem fremden Betrieb für die Beurteilung der wirtschaftlichen Tragbarkeit eines Neubaus auf einem anderen Landwirtschaftsbetrieb einbezogen werden darf.

Die Annahme eines landwirtschaftlichen Gewerbes im Sinne von Art. 7 Abs. 1 BGGB setzt in jedem Fall voraus, dass die infrage stehenden Grundstücke, Bauten und Anlagen eine rechtliche, räumliche und funktionale Einheit bilden. Die Beschwerdeführer bezweifelten für das Bundesgericht zu Recht, dass der von D. in 15 km Entfernung gepachtete Gutsbetrieb eine räumliche Einheit mit dem Landwirtschaftsbetrieb der Erbengemeinschaft C.A. bildet. Bereits die räumliche Distanz zwischen den beiden Betrieben stelle die erforderliche räumliche Einheit zumindest

¹² Botschaft zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) vom 19. Oktober 1988, BBl 1988 III 953 ff., S. 1111.

¹³ Urteil BGER 2C_39/2021 vom 4. November 2021, E. 5.2.

¹⁴ Urteil BGER 2C_39/2021 vom 4. November 2021, E. 5.3.

infrage.¹⁵ Jedenfalls, so das Bundesgericht, fehle es in der vorliegenden Angelegenheit an der funktionalen Einheit der beiden Betriebe. Aufgrund der unterschiedlichen Eigentums- und Pachtverhältnisse teilten die beiden Betriebe nicht dasselbe Schicksal. Die Bewirtschaftung des einen Betriebs bedinge auch nicht die Existenz des anderen Betriebs, da sie nicht zusammen bewirtschaftet würden. Die Fortführung der beiden Betriebe sei nicht voneinander abhängig. Das Nebeneinkommen aus der Bewirtschaftung des einen Betriebs könne unter diesen Umständen nicht Einfluss auf die wirtschaftliche Tragfähigkeit eines Betriebskonzepts auf dem anderen, zu beurteilenden Betrieb haben. Ansonsten würde nicht mehr die Tragfähigkeit für den Betrieb, sondern für den Bewirtschafter aufgrund einer zwischenbetrieblichen Querfinanzierung beurteilt. Es sei daher der Auffassung der Beschwerdeführer zu folgen, wonach die Deckung des erforderlichen Kapitals einer Investition allein aus dem Landwirtschaftsbetrieb erwirtschaftet werden muss. Die Einkünfte aus einem ausserbetrieblichen Nebenerwerb dürften somit nicht in die Beurteilung der Tragbarkeit im Sinne von Art. 7 Abs. 4 lit. b BGBB miteinbezogen werden.¹⁶

Diesem Ergebnis steht für das Bundesgericht auch nicht Art. 7 Abs. 4 lit. c BGBB entgegen. Gemäss dieser Bestimmung sind bei der Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, auch die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke zu berücksichtigen. Die zugepachteten Grundstücke müssen für ihre Berücksichtigung funktionaler Bestandteil des Betriebs sein, dessen Gewerbeeigenschaft zu beurteilen ist. Von dem von D. gepachteten Gutsbetrieb würden jedoch keine Grundstücke zum Landwirtschaftsbetrieb der Erbengemeinschaft C.A. zu gepachtet. Vielmehr hat der Pächter gleichzeitig zwei voneinander unabhängige Betriebe gepachtet. Demgegenüber ist dieses Erfordernis bei den sieben von der Erbengemeinschaft D.A. zugepachteten und landwirtschaftlich genutzten Parzellen erfüllt. Die Vorinstanz erwog diesbezüglich zu Recht, die ehemals im Eigentum von D.A. stehenden Grundstücke seien durch sie und ihren Ehemann C.A. zusammen bewirtschaftet worden und dieser Betrieb sei ab dem Jahr 2003 als (funktionale) Einheit dem Pächter verpachtet worden. Damit sei zugleich gesagt, dass der Auffassung der Beschwerdeführer, wonach die sieben von der Erbengemeinschaft D.A. zugepachteten und landwirtschaftlich genutzten Parzellen bei der Gewerbebeurteilung des Landwirtschaftsbetriebes der Erbengemeinschaft C.A. nicht beachtet werden dürfen, nicht zu folgen sei.¹⁷

Nach dem Dargelegten war das betriebsfremde Nebeneinkommen von D. für die Beurteilung der wirtschaftlichen Tragbarkeit gemäss Art. 7 Abs. 4 lit. b BGBB nicht zu berücksichtigen. Dementsprechend sind die Einkünfte von Fr. 35'000.– bei der

¹⁵ Urteil BGER 2C_39/2021 vom 4. November 2021, E. 5.3.3; BGE 121 III 75 (76), E. 2c; Urteil BGER 5A_107/2013 vom 7. Juni 2013, E. 5; Urteil BGER 5A.15/1996 vom 30. Oktober 1996, E. 2c; Urteil BGER 5A.12/2000 vom 24. August 2000, E. 4b.

¹⁶ Urteil BGER 2C_39/2021 vom 4. November 2021, E. 5.3.

¹⁷ Urteil BGER 2C_39/2021 vom 4. November 2021, E. 5.3.5.

Einkommensberechnung nicht den Erträgen des zweiten Betriebskonzepts hinzuzurechnen. Es resultiert nach Abzug des Nebeneinkommens beim zweiten Betriebskonzept ein Eigenkapitalverzehr von jährlich Fr. 22'937.–. Dieses Defizit steht der erforderlichen Tragbarkeit für den Landwirtschaftsbetrieb der Erbengemeinschaft C.A. entgegen. Das zweite Betriebskonzept erfüllt die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 4 lit. b BGBB nicht. Zusammenfassend ergab sich somit für das Bundesgericht, dass das zweite Betriebskonzept für die Berechnung der Standardarbeitskräfte nicht berücksichtigt werden darf. Die für den Neubau erforderlichen Aufwendungen sind für den Landwirtschaftsbetrieb der Erbengemeinschaft C.A. nicht tragbar, womit kein Gewerbe vorliegen konnte.¹⁸

Vor Bundesgericht war schliesslich umstritten, ob der Anbau von Chicorée-Wurzeln als landesüblich (i.S. von Art. 7 Abs. 1 BGBB) zu beurteilen ist und wenn ja, in welchem Flächenumfang dieser zu berücksichtigen wäre. Das Bundesgericht konnte diese Fragen jedoch offenlassen, da die Gewerbeeigenschaft aufgrund der fehlenden wirtschaftlichen Tragbarkeit des zweiten Betriebskonzepts ohnehin nicht gegeben war.¹⁹

2.7 Kommentar

Die bisher in Rechtsprechung und Lehre vertretene Auffassung, dass für die erbrechtliche Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes nach Art. 11 BGBB grundsätzlich (unter Vorbehalt eines bereits sehr lange zurückliegenden Erbanges) der Zeitpunkt des Erbanges für das Vorliegen eines Gewerbes massgebend ist, wird durch das vorliegende Urteil m.E. nicht in Frage gestellt. Vielmehr war es hier so, dass die beiden Feststellungsbegehren im Hinblick auf die Belastungsgrenze (Art. 73 BGB) und die Ertragswertschätzung gestellt worden waren. Wer ein Feststellungsbegehren nach Art. 84 BGBB stellt, tut daher gut daran, den konkreten Zeitpunkt zu nennen, auf welchen hin die Feststellung erfolgen soll.

Die Beschwerdeführer erhoben im bundesgerichtlichen Verfahren den Einwand, niemand ausser dem Eigentümer könne ein fiktives Betriebskonzept einreichen, in der Absicht, nach dem Erbgang hypothetisch ein Gewerbe entstehen zu lassen. Sie würden dem Bau eines Schweinemaststalls als Grundeigentümer nicht zulassen.²⁰ Die Vorinstanz liess dies nicht gelten und erwog, für die Berücksichtigung eines Betriebskonzepts müsse keine Zustimmung der Eigentümerschaft vorliegen. An-dernfalls hätte es diese in der Hand, zu entscheiden, ob ein landwirtschaftliches Ge-

¹⁸ Urteil BGER 2C_39/2021 vom 4. November 2021, E. 5.3.6.

¹⁹ Urteil BGER 2C_39/2021 vom 4. November 2021, E. 4.3 bis 4.5.

²⁰ Urteil BGER 2C_39/2021 vom 4. November 2021, E. 3.3.

werbe bestehe oder nicht. Diese Beurteilung sei vielmehr anhand objektiver Gesichtspunkte vorzunehmen.²¹ Das Bundesgericht liess die Frage offen.

Die Auffassung des Verwaltungsgerichts verdient m.E. Zustimmung. Die Möglichkeit, ein künftiges Betriebskonzept zu berücksichtigen, ist im Gesetz vorgesehen (Art. 7 Abs. 4 lit. b BGBB). Sollte sich später herausstellen, dass ein der Gewerbestellung zugrunde gelegtes Betriebskonzept nicht umgesetzt worden ist, so bleiben der unterlegenen Partei (nur, aber immerhin) die entsprechenden prozessualen Instrumente (Wiedererwägung, Revision).

Auch in den kürzlich ergangenen bundesgerichtlichen Urteilen 2C_1034/2019 und 2C_1035/2019 vom 8. Juli 2020 befasste sich das Bundesgericht mit der Sanierung und Erweiterung landwirtschaftlicher Bauten im Zuge der Gewerbestellung (Art. 7 Abs. 4 lit. b BGBB). Im damaligen Verfahren ging es um den konkreten Zustand der Gebäude und um die Frage, ob die Möglichkeit ihrer Sanierung zu berücksichtigen sei.²² Für die Gewerbeeigenschaft müssen die Wirtschaftsgebäude einen gebrauchstauglichen Zustand aufweisen.²³ Die Grundsätze hierzu hat das Bundesgericht bereits zum alten bäuerlichen Erbrecht (aArt. 620 ZGB)²⁴ aufgestellt und diese gelten auch unter dem Regime des BGBB.²⁵ Jedoch können kraft Art. 7 Abs. 4 lit. b BGBB betriebsnotwendige Gebäude umgebaut, instand gestellt oder ersetzt und so gar 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 Massnahmen müssen jedoch immer auf eine landestübliche Bewirtschaftung ausgerichtet und betriebsnotwendig sein. Dies bedarf einer objektiven Beurteilung. Insofern ist Art. 7 Abs. 1 BGBB auch im Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 4 lit. b BGBB zu beachten.²⁶ Zudem hat das Bundesgericht bereits damals festgehalten, dass diese baulichen «Aufwendungen» für den Betrieb tragbar sein müssen.²⁷ Ausserbetriebliche Finanzquellen müssen dabei ausser Acht bleiben. Nur das vom betreffenden Gewerbe erwirtschaftete landwirtschaftliche Einkommen ist für die Beurteilung der Tragbarkeit massgebend, was mit dem hier vorgestellten Urteil nun bestätigt wird.

²¹ Urteil BGER 2C_39/20121 vom 4. November 2021, E. 3.4; Das Bundesgericht konnte die Frage offen lassen, da das zweite Betriebskonzept ohnehin nicht zu berücksichtigen war.

²² FRANZ A. WOLF, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum bäuerlichen Boden- und Erbrecht, Rechtsprechungsübersicht von 2015 bis 2020, Jusletter 21. Juni 2021, S. 14.

²³ Urteil BGER 2C_1034/2019 und 2C_1035/2019 vom 8. Juli 2020, E. 4.4.1.

²⁴ Aufgehoben per 1. Januar 1994 (Art. 92 Ziff. 1 BGBB).

²⁵ BGE 82 II 4 (8), E. 2; BGE 135 II 313 (321), E. 5.2.1.

²⁶ 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.

²⁷ Urteil BGER 5A_345/2012 vom 20. September 2012, E. 3.3 und E. 5.1.

3. Der massgebliche Zeitpunkt für die Gewerbestellung

3.1 Kein einheitlicher Beurteilungszeitpunkt

Dem Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes kommt in der Rechtsordnung eine vielfältige Bedeutung zu. Um die Rechtsfolgen einer Norm beurteilen zu können, ist regelmässig als Vorfrage das Vorliegen eines landwirtschaftlichen Gewerbes zu klären. Die Gewerbestellung ist also in der Regel «Mittel zum Zweck». Die Frage, in welchem Zeitpunkt ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegen muss, lässt sich indes nicht einheitlich beantworten, sondern ist im Kontext der jeweiligen anwendbaren materiell-rechtlichen Norm zu prüfen.²⁸ Nachfolgend soll eine Klärung des massgeblichen Zeitpunkts der Gewerbestellung für ausgewählte Fälle versucht werden.

3.2 Beim erbrechtlichen Zuweisungsrecht am landwirtschaftlichen Gewerbe

Befindet sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe, so kann jeder selbstbewirtschaftende Erbe verlangen, dass ihm dieses in der Erbteilung zugewiesen wird (Art. 11 Abs. 1 BGBB). Gemäss Wortlaut des Gesetzes muss sich für das Zuweisungsrecht ein landwirtschaftliches Gewerbe in der Erbschaft befinden. Das lässt darauf schliessen, dass die Gewerbeeigenschaft bereits im Zeitpunkt des Erbganges bestehen muss und nicht erst durch künftigen Zukauf oder durch Zupacht erwirkt werden darf. Massgebend für die Gewerbeeigenschaft ist somit der Zeitpunkt des Erbgangs. Nach Art. 7 Abs. 4 lit. b BGBB sind jedoch auch zukünftige Investitionen in beschränktem Mass zu berücksichtigen. Einzelgrundstücke, die bereits im Zeitpunkt des Erbganges zum Gewerbe zugepachtet sind, dürfen für die Ermittlung des standardisierten Arbeitskräfteaufkommens in der Gewerbebeurteilung mitberücksichtigt werden (Art. 7 Abs. 4 lit. c BGBB).²⁹

Bei einem sehr lange zurückliegenden Erbgang kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch kaum mehr auf den Zeitpunkt des Erbganges abgestellt werden.³⁰ In der Literatur wird die Auffassung geteilt, dass in einem solchen Fall alternativ der Zeitpunkt der Teilungsklage für die Beurteilung der Gewerbeeigen-

²⁸ Urteil BGER 2C_1085/2013 vom 21. Mai 2015, E. 5.1.

²⁹ FRANZ A. WOLF, Landwirtschaftliche Gewerbe und Zupacht: Der Gesetzgeber schafft Klarheit zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Blätter für Agrarrecht 2013, S. 61.

³⁰ Urteil des BGER 5A_140/2009 vom 6. Juli 2009, E. 2.3, bestätigt im Urteil des BGER 5A_752/2012 vom 20. November 2012, E. 3.1; im konkreten Fall erfolgte der Erbgang im Jahr 1929.

schaft massgebend ist.³¹ Höchstgerichtlich ist die Frage des alternativen Zeitpunkts bisher nicht geklärt worden. Offen ist auch, wie lange der Erbgang zurückliegen muss, um auf den alternativen Zeitpunkt abstellen zu können. In dem vom Bundesgericht im Jahr 2009 zu beurteilenden Fall erfolgte der Erbgang im Jahr 1929 und somit vor rund 80 Jahren. Dass die Gewerbefeststellung auf einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt hin zu erfolgen hat, steht der Berücksichtigung eines künftigen Betriebskonzepts (Art. 7 Abs. 4 lit. b BGBBB) richtigerweise nicht entgegen.

Für die (seltenen) Fälle der erbrechtlichen Zuweisung eines Gewerbes an einen nichtselbstbewirtschaftenden Erben nach Art. 11 Abs. 3 BGBBB dürfte hinsichtlich des massgeblichen Zeitpunktes für das Vorliegen eines Gewerbes das gleiche gelten wie bei Art. 11 Abs. 1 BGBBB, nämlich dass bereits im Zeitpunkt des Erbganges ein Gewerbe vorliegen muss.

3.3 Beim erbrechtlichen Zuweisungsrecht am landwirtschaftlichen Grundstück

Befindet sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches Grundstück, das nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehört, so kann ein Erbe dessen Zuweisung zum doppelten Ertragswert verlangen, wenn er Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist oder über ein solches wirtschaftlich verfügt und das Grundstück im ortsüblichen Bewirtschaftungsbereich dieses Gewerbes liegt (Art. 21 BGBBB).

In der Rechtsprechung ist nicht abschliessend geklärt, zu welchem Zeitpunkt der Erbe, welcher den Zuweisungsanspruch nach Art. 21 Abs. 1 BGBBB geltend machen will, über ein landwirtschaftliches Gewerbe verfügen muss. Das Bundesgericht spricht sich aufgrund der Gesetzesmaterialien eher für den Zeitpunkt des Erbganges aus, ohne sich aber bisher abschliessend festzulegen.³² Nach dem Bundesgericht ist die Voraussetzung der Verfügungsmacht über ein landwirtschaftliches Gewerbe hingegen nicht erfüllt, wenn der ansprechende Erbe erst während des Erteilungsprozesses Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes wird.³³ Dem ist m.E. beizupflichten.

³¹ BENNO STUDER, Das bürgerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGBBB, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 1a zu Art. 11 BGBBB (offengelassen in den Urteilen des BGE 5A_140/2009 vom 6. Juli 2009, E. 2.3, sowie 5A_682/2014 vom 16. Juli 2015, E. 5.1; PUS KOLLER, Zuweisungsanspruch nach Art. 11 BGBBB; massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des Zuweisungsanspruchs; Berücksichtigung der langen Zeiddauer seit Erbgang, BGE 5A_140/2009, Successio: Zeitschrift für Erbrecht: Nachlassplanung und -abwicklung, 2011) Nr. 3, S. 242.

³² Offengelassen im Urteil des BGE 5A_752/2012 vom 20. November 2012, E. 3.2; Urteil des BGE 5A_682/2014 vom 16. Juli 2015, E. 5.1; zuletzt: Urteil des BGE 5A_266/2016 vom 21. September 2016, E. 2.3.3.

³³ Urteil des BGE 5A_682/2014 vom 16. Juli 2015, E. 5.2.5.

Nach der hier vertretenen Auffassung reicht es jedoch, wenn der gestützt auf Art. 21 BGBBB sein Zuweisungsrecht an einem Nachlassgrundstück geltend machende Erbe erst im Zeitpunkt des Zuweisungsbegehrens Eigentümer eines Gewerbes ist bzw. Verfügungsmacht über ein Gewerbe hat.³⁴ Während sich beim Zuweisungsrecht am landwirtschaftlichen Gewerbe bereits aus dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 BGBBB ergibt, dass im Zeitpunkt des Erbganges ein Gewerbe im Nachlass enthalten sein muss («...befindet sich in der Erbschaft»), Art. 11 Abs. 1 BGBBB), lässt der Wortlaut von Art. 21 BGBBB diesen Schluss gerade nicht zu. Nach dieser Gesetzesbestimmung kann ein Erbe die Zuweisung am Grundstück verlangen, wenn er Eigentümer eines Gewerbes ist. Der Wortlaut von Art. 21 BGBBB stellt damit eine Verbindung zwischen dem Zuweisungsbegehren und dem Eigentum des Anspruchers an einem Gewerbe her. Das lässt die Auslegung zu, dass der Erbe spätestens in jenem Zeitpunkt Eigentümer eines Gewerbes sein muss, indem er die Zuweisung am Nachlassgrundstück verlangt.

Mit dem erbrechtlichen Zuweisungsrecht am Grundstück nach Art. 21 BGBBB verfolgt das Gesetz das Ziel der Strukturverbesserung bestehender landwirtschaftlicher Gewerbe. Darin unterscheidet es sich somit grundsätzlich von der Zielsetzung des Zuweisungsrechts am Gewerbe im Nachlass (Art. 11 BGBBB). Bei Letzterem geht es um den Erhalt des Gewerbes innerhalb der Familie (Art. 1 Abs. 1 lit. a BGBBB). Zudem befinden sich beim Zuweisungsrecht am Grundstück in der Regel noch weitere Vermögenswerte im Nachlass, sodass die Erbengerechtigkeit nicht allzu stark strapaziert wird, wenn lediglich ein einzelnes Grundstück einem Erben zu einem privilegierten Anrechnungswert (zum doppelten Ertragswert, Art. 21 Abs. 1 BGBBB) zugewiesen wird. Demgegenüber ist das landwirtschaftliche Gewerbe im Nachlass des Erblassers nicht selten der einzige Vermögenswert. Rechtsprechung und Lehre gehen ohnehin davon aus, der agrarpolitisch motivierte Arrondierungsgedanke von Art. 21 BGBBB habe Vorrang vor dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Miterben.³⁵ Im Lichte der vom Gesetz mit Art. 21 BGBBB beabsichtigten Arrondierung landwirtschaftlicher Gewerbe ist m.E. nicht zu beanstanden, wenn der sein Zuweisungsrecht am Nachlassgrundstück geltend machende Erbe das Gewerbe erst im Zeitraum zwischen Erbgang und Zuweisungsbegehren erwirbt oder die Gewerbebesitzerschaft in diesem Zeitraum durch Zukauf oder Zupacht von Grundstücken (Art. 7 Abs. 4^{bis} BGBBB) herstellt.

³⁴ Zum Ganzen: FRANZ A. WOLF, Zuweisungsrechte und Nachlassplanung im bürgerlichen Erbrecht, Blätter für Agrarrecht 2017, S. 187 ff.

³⁵ STUDER (Fn. 31), Kommentar BGBBB, vor N. 1 zu Vorb. zu Art. 11–24 BGBBB; bestätigt im Urteil des BGE 5A_682/2014 vom 16. Juli 2015, E. 5.2.3.

3.4 Beim gesetzlichen Kaufrecht von Verwandten am landwirtschaftlichen Gewerbe

Befindet sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe, so steht jedem Nachkommen, der nicht Erbe ist und jedem Geschwister und Geschwisterkind, das nicht Erbe ist, aber beim Verkauf des landwirtschaftlichen Gewerbes ein Vorkaufrecht geltend machen könnte, ein Kaufrecht zu (Art. 25 BGBB). Art. 26 BGBB regelt die Frage der Konkurrenz des Kaufrechts zum erbrechtlichen Zuweisungsanspruch nach Art. 11 BGBB. Das Kaufrecht kann unter den Voraussetzungen und zu den Bedingungen ausgeübt werden, die für das Vorkaufrecht gelten (Art. 27 BGBB).

Das Kaufrecht der Verwandten besteht (anders als das Vorkaufrecht der Verwandten, Art. 42 BGBB) nur an landwirtschaftlichen Gewerben, nicht aber an Einzelgrundstücken.³⁶ Befindet sich in einer Erbschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe und ist einer der nichterbberechtigten Nachkommen, Geschwister oder Geschwisterkinder des Erblassers Selbstbewirtschafter, so kann das Kaufrecht durch diesen Personenkreis geltend gemacht werden. Geschwister und Geschwisterkinder, die nicht Erben sind, können das Kaufrecht jedoch nur ausüben, wenn sie beim Verkauf des landwirtschaftlichen Gewerbes ein Vorkaufrecht (Verwandtenvorkaufrecht, Art. 42 Abs. 1 BGBB) geltend machen könnten (Art. 25 lit. b BGBB).³⁷ Das landwirtschaftliche Gewerbe muss deshalb ganz oder zum grössten Teil von den Eltern oder aus deren Nachlass erworben worden sein.³⁸ Das Kaufrecht kann nicht geltend gemacht werden, wenn das Gewerbe einem gesetzlichen Erben zugewiesen wird, der hierfür die subjektiven Voraussetzungen (Selbstbewirtschaftung) erfüllt. Der selbstbewirtschaftende gesetzliche Erbe hat von Gesetzes wegen Vorrang gegenüber dem kaufrechtsberechtigten Verwandten (Art. 26 BGBB).

Das Gesetz beantwortet im Zusammenhang mit dem Kaufrecht die Frage nicht, in welchem Zeitpunkt ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegen muss. Der Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 BGBB³⁹ ist identisch mit Art. 11 Abs. 1 BGBB, jener Norm, welche den erbrechtlichen Zuweisungsanspruch eines Erben am landwirtschaftlichen Gewerbe statuiert. Aufgrund des Wortlauts beider Bestimmungen vertritt der Autor die Auffassung, dass beim Kaufrecht wie beim erbrechtlichen Zuweisungsrecht nach Art. 11 BGBB, bereits (und ausschliesslich) im Zeitpunkt des Erbanges ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegen muss.⁴⁰

³⁶ Urteil des BGER 2C_1085/2013 vom 21. Mai 2015, E. 3.

³⁷ Urteil des BGER 2C_1085/2013 vom 21. Mai 2015, E. 4 in fine.

³⁸ STUDER (Fn. 31), Kommentar BGBB, N. 2 zu Art. 25 BGBB.

³⁹ Einleitungssatz zu Art. 25 Abs. 1 BGBB.

⁴⁰ FRANZ A. WOLF, Urteil des Bundesgerichts vom 24. Oktober 2014 5A_292/2014; Das Kaufrecht der Verwandten am landwirtschaftlichen Gewerbe nach Art. 25 BGBB, Successio: Zeitschrift für Erbrecht: Nachlassplanung und -abwicklung, 2016, Nr. 1, S. 55–59.

3.5 Beim gesetzlichen Vorkaufrecht am landwirtschaftlichen Gewerbe

Beim gesetzlichen Vorkaufrecht am landwirtschaftlichen Gewerbe (u.a. der Verwandten, Art. 42 Abs. 1 BGBB; des Pächters, Art. 47 Abs. 1 BGBB) können (mindestens) zwei Zeitpunkte für die Bestimmung der Gewerbeeigenschaft in Frage kommen: der Zeitpunkt des Verkaufsfalles oder jener der Ausübung des Vorkaufrechts. Beim Vorkaufrecht am landwirtschaftlichen Gewerbe ist das Gewerbe selber Gegenstand des Vorkaufrechts, anders als beim Vorkaufrecht am Grundstück, wo die Gewerbeeigenschaft lediglich eine Voraussetzung für das Vorkaufrecht am Grundstück bildet (Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGBB).

Abzulehnen ist m.E. die Auffassung, wonach einzig im Zeitpunkt der Ausübungserklärung ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegen müsse.⁴¹ Zur Frage des richtigen Zeitpunktes für das Vorliegen eines Gewerbes ist m.E. der Auffassung von STREBEL⁴² der Vorzug zu geben. Dieser Autor äussert sich m.E. richtigerweise dahingehend, dass schon der Wortlaut des Gesetzes (Art. 42 Abs. 1 BGBB, Art. 47 Abs. 1 BGBB): «*Wird ein landwirtschaftliches Gewerbe veräussert (...)*» daraufhin deutet, dass bereits im Zeitpunkt des Verkaufsfalles ein Gewerbe vorliegen muss.⁴³ Derselbe Schluss ist auch aus Art. 216c OR zu ziehen, der festhält, das Vorkaufrecht könne geltend gemacht werden, «*wenn das Grundstück verkauft wird*». Der Zeitpunkt, in dem die Ausübungserklärung abgegeben wird, kann hingegen keine Wirkung hinsichtlich des Bestehens des Vorkaufrechts haben. Die Abgabe der Ausübungserklärung stellt einzig die Annahme der durch den Eintritt des Verkaufsfalles ausgelösten «Offerte» dar und führt zum Abschluss des Vorkaufsvertrags mit dem Veräusserer.⁴⁴ Dass die Gewerbeeigenschaft auch noch im Zeitpunkt des Urteils vorliegen muss, lässt sich m.E. dem Gesetz nicht entnehmen.⁴⁵

⁴¹ Gleicher Meinung: LORENZ STREBEL, Das gesetzliche Vorkaufrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Zürich 2009, Rz. 639 ff., mit Verweis auf Urteil BGER 5C_104/2004 vom 18. August 2004, E. 2.2; Zeitschrift für Beurkundung und Grundbuchrecht, ZBGR, 2005, S. 357 ff. Dieses Urteil scheint sich ohnehin auf das Vorkaufrecht am Grundstück und nicht am Gewerbe zu beziehen.

⁴² STREBEL (Fn. 41), Rz. 639.

⁴³ a.M.: HOFER, Kommentar BGBB, N. 94a zu Art. 7 BGBB.

⁴⁴ STREBEL (Fn. 41), Rz. 640.

⁴⁵ So aber ohne weitere Begründung: EDUARD HOFER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGBB, 2. Aufl., Brugg 2011, N. 94a zu Art. 7 BGBB.

3.6 Beim gesetzlichen Vorkaufsrecht am landwirtschaftlichen Grundstück

Das BGBB kennt nicht nur gesetzliche Vorkaufsrechte am landwirtschaftlichen Gewerbe, sondern auch am landwirtschaftlichen Grundstück. Von praktischer Bedeutung sind v.a. das Vorkaufsrecht der Verwandten (Art. 42 Abs. 2 BGBB) und des Pächters (Art. 47 Abs. 2 BGBB) am landwirtschaftlichen Grundstück. In allen Fällen des gesetzlichen Vorkaufsrechts an einem Grundstück muss der Vorkaufsberechtigte Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein oder wirtschaftlich über ein solches verfügen. In der Rechtsprechung war bislang ungeklärt, zu welchem Zeitpunkt 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 bisherigen Lehre müssen die geforderten subjektiven und objektiven Voraussetzungen im Zeitpunkt des Eintritts des Vorkaufsfalls erfüllt sein, und die subjektiven Voraussetzungen, die an die Person des Vorkaufsberechtigten anknüpfen, müssen auch bei Ausübung des Vorkaufsrechts noch bestehen.⁴⁶

Das Bundesgericht hat sich nun in BGE 146 III 217 dafür entschieden, dass der Vorkaufsberechtigte bereits im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls (d.h. im Zeitpunkt der Veräußerung des vorkaufsbelasteten Grundstücks, Art. 682a ZGB, Art. 681 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 216c Abs. 2 OR),⁴⁷ Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein muss.⁴⁸ Gleicher Auffassung war bereits die kantonale Vorinstanz.⁴⁹ Es genügt daher nicht, wenn erst im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts beim Vorkaufsberechtigten ein Gewerbe vorliegt. Der Grund hierfür sieht das Bundesgericht darin, dass die Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks nicht der Schaffung eines landwirtschaftlichen Gewerbes diene, sondern dessen strukturelle Verbesserung bezwecke.⁵⁰

⁴⁶ HOFER, Kommentar BGBB, N. 31b Abs. 4 zu Art. 9 BGBB; STREBEL/HOTZ, Kommentar BGBB, N. 7a zu Art. 47 BGBB; STREBEL (FN. 41), Rz. 639 ff. und Rz. 871.

⁴⁷ BGE 146 III 217 (222), E. 6.4.2; BGE 134 I 263 (267), E. 3.3.

⁴⁸ BGE 146 III 217 (223), E. 6.4.2.

⁴⁹ Urteil KGer VS, I. zivilrechtliche Abteilung, Nr. C1 17 48 vom 8. Januar 2019, E. 6.6.

⁵⁰ PHILIPP EBERHARD, Temporale Aspekte betreffend des Vorkaufsrechts nach Art. 681 Abs. 2 ZGB, dRSK – Der digitale Rechtsprechungs-Kommentar –, publiziert am 25. Juni 2020.

3.7 Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung unter Errungenschaftsbeteiligung

In der güterrechtlichen Auseinandersetzung unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung werden Errungenschaft und Eigentum jedes Ehegatten nach ihrem Bestand bei der Auflösung des Güterstandes ausgeteilt. Was die Ehegatten in diesem Moment an Vermögen aufweisen, ist somit der einen oder anderen Gütermasse zuzuordnen (Art. 207 Abs. 1 ZGB). Erfolgt die Auflösung des Güterstandes durch Scheidung, wird die Auflösung auf den Tag zurückbezogen, an dem das Scheidungsverfahren rechtskräftig wurde (Art. 204 Abs. 2 ZGB). Die Scheidung wird mit der Einreichung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens oder der Scheidungsklage rechtskräftig gemacht (Art. 62 ZPO). Demgegenüber ist für die Bewertung der Aktiven und Passiven im Vermögen der Ehegatten jener der Zeitpunkt entscheidend, in welchem die güterrechtliche Auseinandersetzung vorgenommen wird. Erfolgt sie im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens, so ist der Tag der Urteilsfällung massgebend (Art. 214 Abs. 1 ZGB).⁵¹ Die für den Bestand und für die Bewertung des Vermögens massgebenden Zeitpunkte sind klar zu unterscheiden. Die beiden Zeitpunkte (Auflösung und Auseinandersetzung) fallen in der Regel zeitlich nicht zusammen; vielmehr können Jahre dazwischen liegen. Sinn und Zweck von Art. 204 Abs. 2 ZGB ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, «*Machenschaften wie Prozessverschleppung zwecks Erhöhung des Beteiligungsanspruchs oder umgekehrt übermäßigen Verbrauch von Errungenschaft bis zum rechtskräftigen Scheidungsurteil zu verhindern*».⁵² Dass als Folge von Art. 214 Abs. 1 ZGB zwischen der Einreichung des Scheidungsbegehrens und der güterrechtlichen Auseinandersetzung eingetretene Wertveränderungen berücksichtigt werden müssen, ist nach der gesetzlichen Regelung gewollt. Grundsätzlich ausgeschlossen ist hingegen, dass Veränderungen der Vermögensmassen in ihrem Bestand nach der Auflösung des Güterstandes die güterrechtliche Auseinandersetzung noch beeinflussen können. Nach der Auflösung des Güterstandes entsteht – und zwar auf der Aktiv- und der Passivseite – keine Errungenschaft mehr, die unter den Ehegatten zu teilen wäre.⁵³

Für die Wertbestimmung sieht Art. 211 ZGB vor, dass die Vermögensgegenstände bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu ihrem Verkehrswert einzusetzen sind. Eine Sonderregel besteht für landwirtschaftliche Gewerbe. Nach Art. 212 Abs. 1 ZGB ist ein landwirtschaftliches Gewerbe, das ein Ehegatte als Eigentümer selber weiterbewirtschaftet oder für das der überlebende Ehegatte oder ein Nachkomme begründet Anspruch auf ungeteilte Zuweisung erhebt, bei Berechnung des Mehrwerts und der Beteiligungsforderung zum Ertragswert einzusetzen.

⁵¹ BGE 121 III 152 (154), E. 3a; zuletzt: Urteil BGE 5A_1048/2019 vom 30. Juni 2021, E. 4.2, Urteil BGE 5A_1048/2019 vom 30. Juni 2021, E. 3.2.

⁵² BGE 142 III 65 (76), E. 4.6.

⁵³ BGE 135 III 241 (243), E. 4.1; BGE 136 III 209 (211), E. 5.2.

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist nun die Frage, zu welchem Zeitpunkt ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegen muss, damit dieses im Sinne von Art. 211 ZGB zum Ertragswert in die güterrechtliche Auseinandersetzung Eingang finden kann. In Frage kommen zwei Zeitpunkte: derjenige der Auflösung des Güterstandes durch Einleitung des Scheidungsverfahrens oder der Zeitpunkt des Scheidungsurteils.

Der Autor schliesst sich jener Lehrmeinung an, welche Art. 212 Abs. 1 ZGB unabhängig von der Massenzuweisung des Gewerbes anwenden will.⁵⁴ Massgeblich ist nämlich, ob die Bewertung des Gewerbes zum Ertragswert das Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung beeinflussen kann. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn das Gewerbe dem Eigengut zuzuweisen ist, aber gegen diese Ersatzforderungen der Errungenschaft bestehen (Art. 206 Abs. 1 ZGB, Art. 209 ZGB). Für die Ermittlung des Ertragswertes eines landwirtschaftlichen Gewerbes gelten gemäss Art. 212 Abs. 3 ZGB die erbrechtlichen Bestimmungen über die Bewertung sinngemäss.⁵⁵

Die Anwendung des Ertragswertprinzips rechtfertigt sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur, wenn das landwirtschaftliche Gewerbe erhalten bleibt, d.h. nach *Auflösung* des Güterstandes weiterbewirtschaftet wird durch den Eigentümer oder den überlebenden Ehegatten bzw. die Nachkommen, welche eine ungeteilte Zuweisung verlangen können.⁵⁶ Der Güterstand wird durch Einreichung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens oder der Scheidungsklage aufgelöst. Ausschliesslich dieser Zeitpunkt ist somit massgebend für das Vorliegen eines landwirtschaftlichen Gewerbes (Art. 204 Abs. 1 ZGB).⁵⁷ Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang festgehalten, die Anwendung des Ertragswertprinzips rechtfertige sich nur, wenn das landwirtschaftliche Gewerbe erhalten bleibe, d.h. nach Auflösung des Güterstandes weiterbewirtschaftet werde. Die bundesgerichtliche Präzisierung zum Wortlaut von Art. 212 Abs. 1 ZGB, wonach das Gewerbe nach der Auflösung, d.h. nach der Rechtshängigkeit der Scheidung nach Art. 204 Abs. 2 ZGB, weitergeführt werden muss, verdeutlicht, dass die Gewerbebeigenschaft im Zeitpunkt der Einreichung des Scheidungsbegehrens zu beurteilen ist. Die Rechtsprechung hat sich folglich dafür entschieden, dass im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegen muss, damit der Ertragswert als Bewertungs-massstab zur Anwendung gelangen kann. Zusätzlich vorausgesetzt ist für eine An-

⁵⁴ ESTHER LANGE NAEF/IRENE KOCH, Landwirtschaft und Scheidung, Brugg 2016, Ziff. 1.2.2.4.

⁵⁵ BGE 138 III 193 (196), E. 4.5.

⁵⁶ BGE 135 III 241 (246), E. 5.2.

⁵⁷ Die vom Bundesgericht in BGE 136 III 209 (211), E. 5.3 angesprochenen Sonderfälle (z.B. für Unternehmen) beziehen sich m.E. nur auf die Frage, ob nach der Rechtshängigkeit der Scheidung noch eine Veränderung der Vermögensmassen eintreten kann. Die Frage des Zeitpunkts für das Vorliegen eines landwirtschaftlichen Gewerbes bleibt davon

wendung des Ertragswertprinzips, dass das Gewerbe nach der Auflösung des Güterstandes durch den Eigentümer (im Falle der Scheidung) weiterbewirtschaftet wird. Nicht erforderlich ist hingegen, dass es sich auch noch im Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung um ein landwirtschaftliches Gewerbe handelt.

Weitere Überlegungen sprechen dagegen, dass erst (oder zusätzlich auch) im Zeitpunkt der Auseinandersetzung (Urteilszeitpunkt, Art. 214 ZGB) ein Gewerbe vorliegen muss: Ein landwirtschaftliches Gewerbe kann aus verschiedenen Gründen im Laufe der Zeit seine Gewerbebeigenschaft verlieren bzw. erlangen. Geschehen kann dies zum einen durch tatsächliche Änderungen in der Bewirtschaftung eintreten, so zum Beispiel durch den Verlust von Pachtland (Art. 7 Abs. 4 lit. c und Abs. 4^{bis} BGBB) oder durch Betriebsvergrößerung (z.B. Zukauf oder Zupacht von Land oder durch Aufstockung des Tierbestandes), zum anderen aber auch durch Rechtsänderungen, so etwa durch eine Erhöhung des Schwellenwertes für den Mindestarbeitskraftbedarf in Art. 7 Abs. 1 bzw. Art. 5 lit. a BGBB oder durch eine Änderung der Anleihen über die Schätzung des Ertragswertes (Art. 10 BGBB, Art. 2 VBB). Die gesetzlichen Anforderungen an ein landwirtschaftliches Gewerbe haben seit Inkrafttreten des BGBB am 1. Januar 1995 mehrmals geändert.⁵⁸ Andernfalls hätte es eine Partei in der Hand, noch nach Rechtshängigkeit des Scheidungsbegehrens durch Betriebsvergrößerung aus einem Nichtgewerbe ein landwirtschaftliches Gewerbe herbeizuführen oder die Gegenpartei könnte durch das Einlegen eines Rechtsmittels gegen das Scheidungsurteil dessen Rechtskraft so lange hinauszuögern, bis infolge der Änderung rechtlicher oder tatsächlicher Grundlagen kein Gewerbe mehr vorliegt.

Durch Parteivereinbarung kann ein anderer Zeitpunkt für Bestand und Bewertung des ehelichen Vermögens vereinbart werden. Derartige Vereinbarungen sind formfrei. Gerade für Einzelunternehmen wie Landwirtschaftsbetriebe kann es sinnvoll sein, die Stichtage auf einen Bilanzstichtag hin zu vereinbaren.⁵⁹ Wird eine solche Vereinbarung während eines gerichtlichen Verfahrens abgeschlossen, spricht man von einer Prozessvereinbarung. Die Einigung auf einen anderen Zeitpunkt für die Bewertung kann nach der Rechtsprechung auch implizit geschehen.⁶⁰

⁵⁸ Zur Entwicklung des SAK-Kriteriums seit Inkrafttreten des BGBB am 1. Januar 1994: Urteil BGER 2C_20/2021 vom 19. November 2021, E. 5.2. Das Bundesgericht erwähnt in diesem Urteil fälschlicherweise den 1. Januar 1995 als Datum des Inkrafttretens (Art. 96 Abs. 1 BGBB, Art. 8 VBB).

⁵⁹ Gl. M.: LANGE NAEF/KOCH (Fn. 54), Ziff. 3.2.3.

⁶⁰ BGER 5A_1048/2019 vom 30. Juni 2021, E. 3.2.; Urteil BGER 5A_346/2015 vom 27.1.2017, E. 3.2.; Urteil BGER 5C.279/2006 vom 31. Mai 2007 E. 7 mit Hinweisen,

