



Der Anspruch der Erben auf Zuweisung landwirtschaftlicher Grundstücke nach Art. 21 BGG

BGer 5A_682/2014 und 5A_692/2014¹

Pius Koller²

Inhaltsverzeichnis

- I. Kurzfassung Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Zusammenfassung Erwägungen
- III. Bemerkungen

I. Kurzfassung Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Ehegatten E. und F. führten zu Lebzeiten den Landwirtschaftsbetrieb G. Sie waren Eltern von dreizehn Kindern. E. wendete seiner Ehefrau F. letztwillig die Nutzniessung an seiner Erbschaft zu. Diese bewirtschaftete den Landwirtschaftsbetrieb G. insbesondere mit Hilfe eines ihrer Söhne (im Urteil und fortan Kläger benannt) weiter bis zu dessen Heirat im Jahre 1985, nach welcher der Kläger auf dem Landwirtschaftsbetrieb H. seiner Ehefrau bauerte. Der Landwirtschaftsbetrieb G. wurde ab 1991 von der Schwester des Klägers und deren Ehemann zur Bewirtschaftung übernommen. Auch nach dem Tod der Mutter F., welche keine letztwillige Verfügung hinterliess, bewirtschafteten die Schwester und deren Ehemann den Landwirtschaftsbetrieb G. weiter, bis dieser schliesslich ab Ende 2005 von ihrem Sohn (im Urteil und fortan Beklagter 9.3 benannt) übernommen wurde.

2. Bei der Teilung der Nachlässe von E. und F. blieben insbesondere die Zuweisung des Landwirtschaftsbetriebs G., Lidlohn- und Pachtzinsforde-

rungen sowie das Eigentum am Maschinenpark des Betriebs G. streitig.

3. Das Bezirksgericht führte die Erbteilung durch und wies den Landwirtschaftsbetrieb G. dem Beklagten 9.3 zum doppelten Ertragswert von CHF 71 820.00 zu. Den Maschinenpark mit einem Anrechnungswert von CHF 36 500.00 wies es dem Kläger unter Abgeltung seines Lidlohnanspruchs in gleicher Höhe zu. Abgewiesen wurde neben anderen Punkten insbesondere die Pachtzinsforderung des Nachlasses gegen den Beklagten 9.3.

4. Das Kantonsgericht bestätigte auf Berufung des Klägers hin, mit welcher dieser insbesondere die Zuweisung des Landwirtschaftsbetriebs G. beantragte, die Zuweisung des Landwirtschaftsbetriebs G. zum doppelten Ertragswert an den Beklagten 9.3. Bezüglich des Maschinenparks ordnete es die öffentliche Versteigerung und die Aufteilung des Erlöses nach Erbquoten an. Ebenso wurde vorfrageweise im Rahmen der Feststellung des Nachlasses eine Pachtzinsforderung in der Höhe von CHF 79 800.00 der Nachlässe gegen den Beklagten 9.3 anerkannt, welche ebenfalls nach Erbquoten auf die Erben aufzuteilen sei. Die Erhöhung des Lidlohnanspruchs des Klägers wurde abgewiesen.

5. Sowohl der Kläger als auch der Beklagte 9.3 gelangten mit Beschwerde ans Bundesgericht, wobei die Verfahren vereinigt wurden. Der Kläger beantragte die Zuweisung der landwirtschaftlichen Grundstücke an ihn zum doppelten Ertragswert sowie die Zusprechung eines Lidlohnanspruches in Höhe von CHF 73 000.00, welcher vorab vom Sparkonto der Nachlässe zu begleichen sei. Der Beklagte 9.3 beantragte namentlich, der Maschinenpark sei gemäss dem Entscheid des Bezirksgerichts dem Kläger unter Abgeltung seiner Lidlohnforderung zuzuweisen, und auf die Geltendmachung einer Pachtzins-

1 Urteile des Bundesgerichts vom 16. Juli 2015. Sowohl der Kläger als auch der Beklagte 9.3 führten Beschwerde vor Bundesgericht. Die beiden Verfahren wurden vereinigt.
2 Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht und dipl. Ing. Agr. FH bei Ritter Koller AG, Möhlin.



forderung des Nachlasses gegenüber dem Beklagten 9.3 sei nicht einzutreten.

II. Zusammenfassung Erwägungen

6. Erwägung 4: Das Bundesgericht hält fest, dass die Zuweisung zum doppelten Ertragswert eines sich in einem Nachlass befindlichen landwirtschaftlichen Einzelgrundstückes nach Art. 21 Abs. 1 BGBB derjenige Erbe verlangen könne, der Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist oder über ein solches wirtschaftlich verfügt, und wenn das Grundstück sich im ortsüblichen Bewirtschaftungsbereich dieses Gewerbes befindet.

7. Erwägung 5.1: Zu der Frage, in welchem Zeitpunkt das Eigentum an einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder die wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein solches bestehen muss, führt das Bundesgericht aus, dass gestützt auf den Gesetzestext und die Lehre die Stellung des Zuweisungsbegehrens relevant sein soll. Das Bundesgericht äussert an dieser Auffassung jedoch Zweifel, da die Gesetzmateriale nahelegen, dass die Eigentümerstellung bzw. die wirtschaftliche Verfügungsmacht bereits im Zeitpunkt des Todes des Erblassers gegeben sein müsse. Das Bundesgericht lässt diese Frage jedoch offen.³

8. Erwägung 5.2.1: Das Bundesgericht führt aus, dass der Kläger die Zuweisung der landwirtschaftlichen Grundstücke gemäss Art. 21 Abs. 1 BGBB aufgrund seiner behaupteten wirtschaftlichen Verfügungsmacht über den Landwirtschaftsbetrieb H. verlange. Der Kläger habe mittels Ehe- und Erbvertrag von 2007 seine Ehe der Gütergemeinschaft unterstellt, wobei die Ehefrau den Landwirtschaftsbetrieb H. zum Gesamteigentum einbrachte. Im Jahr 2008 und somit während des Erbteilungsprozesses haben die Ehegatten in einem neuen Ehe- und Erbvertrag vereinbart, dass der Kläger im Falle der Auflösung des Güterstandes die Zuweisung des Betriebes H. zu Alleineigentum verlangen könne.

9. Erwägung 5.2.2: Das Bundesgericht führt weiter aus, dass die wirtschaftliche Verfügungsmacht nur gegeben sei, wenn der Zuweisungsansprecher ohne Zutun eines Dritten, auf vertraglichem oder gesetzlichem Wege, Alleineigentum an einem landwirtschaftlichen Gewerbe erlangen könne.

10. Erwägung 5.2.3: Das Bundesgericht erwägt, dass der Ehe- und Erbvertrag des Klägers aus dem Jahr 2007 für den Fall einer Auflösung des Güterstandes keine Bestimmungen über die Zuweisung des Betriebes H. enthalte. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass der Kläger somit aus Art. 36 Abs. 1 BGBB keine wirtschaftliche Verfügungsmacht über das landwirtschaftliche Gewerbe H. ableiten könne. Nach dieser Bestimmung könne die Zuweisung eines im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Landwirtschaftsbetriebs jener Eigentümer verlangen, der den Willen hat, den Betrieb als Alleinbewirtschafter weiterzuführen, und dazu auch in der Lage ist. Das Bundesgericht führt dazu aus, dass die eherechtlichen Bestimmungen des ZGB dem Art. 36 BGBB vorgingen und somit bei einer Auflösung des Güterstandes gemäss Art. 242 Abs. 1 ZGB die Ehefrau den Landwirtschaftsbetrieb H. aus dem Gesamtgut zurücknehmen würde, da er unter der Errungenschaftsbeteiligung in ihr Eigentum fiel.

11. Erwägung 5.2.4: Das Bundesgericht erwägt, dass der Ehe- und Erbvertrag von 2007 ausserdem eine Regelung enthalte, welche dem überlebenden Ehegatten den gesamten nicht pflichtteilsbelasteten Teil des Nachlasses zuweise. Der pflichtteilsbelastete Teil befinde sich in der Erbschaft, und jeder Erbe könne die Zuweisung des landwirtschaftlichen Gewerbes gestützt auf Art. 14 BGBB verlangen. Es bestehe zwar grundsätzlich die Möglichkeit, gemäss Art. 19 BGBB den überlebenden Ehegatten als Übernehmer des Gewerbes zu benennen, jedoch sei eine solche Bestimmung im Ehe- und Erbvertrag nicht enthalten.

12. Erwägung 5.2.5: Das Bundesgericht geht davon aus, dass die wirtschaftliche Verfügungsmacht des Klägers über den Landwirtschaftsbetrieb H. erst mit dem Ehe- und Erbvertrag von 2008 und somit nach Stellung des Zuweisungsbegehrens⁴ begründet

3 Das Bundesgericht verweist hierzu auf sein Urteil 5A_752/2012 vom 20. November 2012, in welchem es ausführte, dass Kauf oder Übernahme eines landwirtschaftlichen Gewerbes erst während des Berufungsverfahrens für den Zuweisungsanspruch gemäss Art. 21 BGBB zu spät sei.

4 Aus dem Gesetzestext von Art. 21 BGBB ergibt sich nicht, in welcher Form das Zuweisungsbegehren zu stellen ist. Nach hier vertretener Auffassung muss es genügen, wenn der Zuweisungsansprecher sein Begehren gegenüber seinen Miterben äussert. Eine formelle Teilungsklage auf Zuweisung muss nicht erhoben werden.

wurde. Diesen Zeitpunkt erachtet das Bundesgericht als zu spät, insbesondere da der Wortlaut des Vertrages darauf schliessen lasse, dass er einzig zum Zweck des Zuweisungsverfahrens geschlossen worden war. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die Erlangung von Eigentum oder wirtschaftlicher Verfügungsmacht über ein landwirtschaftliches Gewerbe erst im Erbteilungsprozess (und somit nach Stellung des Zuweisungsbegehrens) zu spät sei. Weiter lässt es die Frage nach dem massgeblichen Zeitpunkt jedoch ausdrücklich offen.

13. Erwägung 5.3: Der Kläger macht geltend, der Beklagte 9.3 müsse, damit sein Zuweisungsbegehren durchzudringen vermag, bereits im Zeitpunkt des Erbgangs Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BGG gewesen sein. Das Bundesgericht bestätigt, dass die Vorinstanz nicht geprüft habe, ob der Beklagte 9.3 bereits im Zeitpunkt des Erbgangs im Besitz eines landwirtschaftlichen Gewerbes war. Hierzu führt das Bundesgericht aus, dass es nur legitimiert sei, das Vorbringen des Klägers zu prüfen, wenn dieses ohne Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen oder des Beweisverfahrens beurteilt werden könne. Da dies jedoch nicht möglich sei, sehe es sich an die Feststellung der Vorinstanz gebunden, der Beklagte 9.3 sei im für die Zuweisung massgeblichen Zeitpunkt Alleineigentümer des Landwirtschaftsbetriebs J. gewesen.

14. Erwägung 6: Streitig blieb die Frage, ob der Landwirtschaftsbetrieb J. des Beklagten 9.3 als landwirtschaftliches Gewerbe gelten kann.

15. Erwägung 6.1: Das Bundesgericht führt aus, während des hängigen Erbteilungsprozesses habe sich der Gewerbebegriff aufgrund der Revision des Art. 7 BGG grundlegend geändert⁵, da anstelle von drei Vierteln einer Standardarbeitskraft (SAK) nach neuem Recht eine volle SAK zur Bewirtschaftung notwendig sei, damit ein landwirtschaftliches Gewerbe angenommen werden könne. Hinzu komme, dass für den Zuweisungsanspruch nach Art. 21 Abs. 1 BGG einzig Eigenland berücksichtigt werden soll, auf längere Dauer zugepachtete Grundstücke also unbeachtet blieben.⁶

5 Die Gesetzesrevision trat per 1. September 2008 in Kraft, wobei der Erbteilungsprozess bereits seit Mai desselben Jahres hängig war.

6 So zumindest die bisherige Rechtsprechung. Vgl. dazu unten Ziff. 37.

16. Erwägung 6.2: Das Bundesgericht erwägt, dass der Landwirtschaftsbetrieb des Beklagten 9.3 gemäss Gerichtsgutachten 0.786 SAK ohne und 3.095 SAK mit Pachtland benötige, weshalb die Frage des anwendbaren Rechts relevant sei. Während das Bezirksgericht entschieden habe, dass die Frage nach altem Recht zu beurteilen sei, stellte sich das Kantonsgericht auf den Standpunkt, zumindest ein Teil des Pachtlandes könne berücksichtigt werden, weshalb der Betrieb des Beklagten 9.3 zur Bewirtschaftung 1.339 SAK benötigte und somit auch die strengeren Voraussetzungen des neuen Rechts erfüllt seien.

17. Erwägung 6.3.1: Das Bundesgericht zieht in Erwägung, der während des kantonalen Berufungsverfahrens am 1. Januar 2014 in Kraft getretene Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG besage, dass für die Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe nach Art. 21 Abs. 1 BGG vorliege, auch die auf längere Dauer zugepachteten Grundstücke nach Art. 7 Abs. 4 lit. c BGG zu berücksichtigen seien. Im Zuge der Einführung des neuen Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG seien jedoch keine Bestimmungen eingeführt worden, welche das Übergangsrecht dieser Neuerung regeln.

18. Erwägung 6.3.2: Das Bundesgericht führt aus, dass somit Art. 1 SchlT ZGB mit dem Grundsatz des Verbots der Rückwirkung den Ausgangspunkt für die übergangsrechtliche Beurteilung bilde. Eingeschränkt werde diese Bestimmung durch Art. 2 SchlT ZGB, welcher die Rückwirkung erlaube, wenn die Gesetzesbestimmung um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden sei und die Interessenabwägung zugunsten der Rückwirkung ausfalle.

19. Erwägung 6.3.3: Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass es sich bei Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG um eine öffentlich-rechtliche Bestimmung handle, die sofort anzuwenden sei, wenn die Voraussetzungen von Art. 2 SchlT ZGB erfüllt sind. Die Bestimmung sei auch der öffentlichen Ordnung halber eingeführt worden, da die im Widerspruch zur einheitlichen Rechtsordnung stehende Rechtsprechung zu Art. 21 BGG eine Klarstellung dahingehend benötigte, dass nun auch auf längere Dauer zugepachtete Grundstücke in die Berechnung miteinbezogen werden.

20. Erwägung 6.3.4: Dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Anwendung der Bestimmung stehen nach Auffassung des Bundesgerichts auch keine überwiegenden privaten Interessen entgegen, da mit



der Überprüfung und Neubeurteilung dieser Frage hatte gerechnet werden müssen. Auch verfolge der Kläger gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts keine schützenswerten Interessen im Sinne des bürgerlichen Erbrechts⁷, indem er eventual beantrage, dass ihm die landwirtschaftlichen Grundstücke zum Verkehrswert zugewiesen werden.

21. Erwägung 6.3.5: Somit kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass das Kantonsgericht kein Bundesrecht verletzt habe, indem es die auf längere Dauer zugewiesenen Grundstücke in die Beurteilung der Gewerbeeigenschaft des landwirtschaftlichen Betriebs des Beklagten 9.3 miteinbezogen hatte.

22. Erwägung 6.4: Das Bundesgericht führt aus, dass Grundstücke für mindestens sechs Jahre gepachtet sein müssen, um das Kriterium der längeren Dauer gemäss Art. 7 Abs. 4 BGG zu erfüllen. Dass die zugewiesenen Grundstücke des Beklagten 9.3 diese Voraussetzung erfüllen, werde vom Kläger nicht bestritten.

23. Erwägung 6.5: Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass somit auf die Rüge des Klägers, das Eigenland des Beklagten 9.3 genüge nicht zur Annahme eines landwirtschaftlichen Gewerbes, nicht mehr einzugehen sei, da der Betrieb des Beklagten 9.3 inklusive Pachtland über 3 SAK benötige.

24. Erwägungen 7.1–7.4: Gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts können volljährige Kinder und Grosskinder nach Art. 334 ZGB eine angemessene Entschädigung verlangen für Aufwendungen, welche sie ihren Eltern oder Grosseltern im gemeinsamen Haushalt zugewendet haben. Obwohl das Gesetz nur von den Eltern spreche, gelte diese Bestimmung auch für einen einzelnen Elternteil, sofern ihm die Stellung des Familienhauptes zukomme.⁸ Hierbei könne es schon ausreichen, wenn das Kind nur einen Teil seiner Einkünfte oder seiner Arbeitskraft in den gemeinsamen Haushalt mitbringe, jedoch müsse eine gewisse Regelmässigkeit vorliegen, und das Kind müsse durch seine Leistungen in seiner ausserhäuslichen Erwerbstätigkeit eingeschränkt sein. Bescheidene Geldleistungen oder Arbeitsleistungen nach Feierabend könnten somit unter Umständen als blosses Entgelt für Leis-

tungen der Eltern im gemeinsamen Haushalt angesehen werden, welche keinen Lidlohnanspruch begründen. Für die Berechnung der Höhe des Lidlohnanspruches könne auf die vom Schweizerischen Bauernverband (SBV) in Brugg ermittelten Lidlohnansprüche abgestellt werden.

25. Erwägung 7.5.1: Das Bundesgericht führt aus, dass der Lidlohnanspruch zu den Erbschaftsschulden zähle, aber gemäss Art. 603 Abs. 2 ZGB nicht höher sein könne als der Nettonachlass, was die Haftung der Erben begrenze. Führe die Anrechnung landwirtschaftlicher Grundstücke zum doppelten Ertragswert zu einem Überschuss an Erbschaftspassiven, könne der Anrechnungswert bis maximal zum Verkehrswert erhöht werden. Eine Erhöhung des Anrechnungswerts sei ausserdem dann möglich, wenn andernfalls der Lidlohnanspruch eines Miterben leerlaufen würde oder eine besondere Notlage eines Miterben des Übernehmers bestehe.⁹

III. Bemerkungen

26. Im vorliegenden Bundesgerichtsentscheid geht es in erster Linie um die Frage des Zuweisungsrechts nach Art. 21 Abs. 1 BGG. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

«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.»

Nachfolgend thematisiert wird insbesondere die Frage, zu welchem Zeitpunkt Eigentum bzw. wirtschaftliche Verfügungsmacht an einem landwirtschaftlichen Gewerbe aufseiten des Erben vorhanden sein muss. Die zweite wichtige Frage, die sich stellt, ist jene des Übergangsrechts bezüglich Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG. Schliesslich wird kurz auf die Ausführungen des Bundesgerichts zum Lidlohn eingegangen.

27. Das Bundesgericht lässt die Frage offen¹⁰, in welchem Zeitpunkt der Zuweisungsansprecher Ei-

7 Wobei das Bundesgericht nicht ausführt, was als solches schützenswertes Interesse anzusehen wäre.

8 Urteil des Bundesgerichts 5C.133/2004 vom 5. Januar 2005 Erw. 4.2. Die Mutter war nach dem Versterben ihres Ehemannes die Leiterin des landwirtschaftlichen Gewerbes.

9 Vgl. Art. 18 i.V.m. Art. 21 Abs. 2 BGG.

10 Wie bereits im Urteil 5A_752/2012 vom 20. November 2012.

gentum oder wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein landwirtschaftliches Gewerbe haben muss, um die Zuweisung nach Art. 21 Abs. 1 BGGB erfolgreich geltend zu machen.¹¹ Dabei äussert es jedoch Bedenken an der Auffassung der herrschenden Lehre¹², wonach diese Voraussetzung erst bei Stellung des Zuweisungsbegehrens vorliegen muss. Das Bundesgericht deutet an, dass auch der Gesetzestext in diese Richtung zu interpretieren sei. Nach der hier vertretenen Auffassung sagt der Gesetzestext jedoch nichts über den massgeblichen Zeitpunkt aus. Er lässt sich nur insofern dahingehend interpretieren, als nicht von einem anderen Zeitpunkt die Rede ist.

28. Weiter macht das Bundesgericht die Aussage, aus den Gesetzesmaterialien sei zumindest die Tendenz dazu erkennbar, dass Eigentum oder wirtschaftliche Verfügungsmacht bereits im Zeitpunkt des Erbgangs vorliegen muss. In den Materialien findet sich das Votum, dass der Erbe «bereits Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein oder darüber wirtschaftlich verfügen»¹³ muss. Das Bundesgericht schliesst aus dieser Formulierung offensichtlich, dass der Zuweisungsansprecher «bereits» im Zeitpunkt des Erbgangs die Voraussetzungen nach Art. 21 Abs. 1 BGGB erfüllen muss. Mit den Gesetzesmaterialien setzt sich die herrschende Lehre nicht auseinander, sondern stützt sich scheinbar einzig auf den Wortlaut des Gesetzes. Dass das Bundesgericht entgegen der herrschenden Lehre dazu tendiert, bereits den Erbgang als massgebenden Zeitpunkt für das Vorliegen von Eigentum oder wirtschaftlicher Verfügungsmacht anzusehen, zeigt Erwägung 5.3 des vorliegenden Urteils. Hier bemängelt das Bundesgericht, dass das Vorliegen dieser Voraussetzung bereits im Zeitpunkt des Erbgangs von der Vorinstanz nicht geprüft wurde. Da die dahingehende Rüge des Klägers jedoch unzulässig war, war es dem Bundesgericht nicht möglich, eine solche Prüfung nachzuholen. Dass das Bundesgericht prüfen wollte, ob Eigentum bzw. wirtschaftliche Verfügungsmacht bereits im Zeitpunkt des Erbgangs vorgelegen hat, zeigt jedoch, dass es dies als relevant ansieht, hätte es doch sonst lediglich ausführen können, die Vorbringen

des Klägers seien irrelevant, da die genannte Voraussetzung ohnehin nicht bereits im Zeitpunkt des Erbgangs erfüllt sein müsse.

29. Bezüglich des massgeblichen Zeitpunkts für die Eigentümerstellung bzw. für die wirtschaftliche Verfügungsmacht des Zuweisungsansprechers sagt das Bundesgericht im vorliegenden Urteil letztlich lediglich aus, dass die Erlangung von Eigentum bzw. Verfügungsmacht während des Erteilungsprozesses als zu spät anzusehen ist. Damit verschärft es in gewissem Masse die frühere Rechtsprechung¹⁴, nach welcher es sich nur darauf festgelegt hatte, dass Kauf oder Übernahme eines landwirtschaftlichen Gewerbes während des Zuweisungsprozesses vor oberer kantonaler Instanz in jedem Fall zu spät sei. Das Bundesgericht lässt im vorliegenden Entscheid jedoch ausdrücklich offen, ob die Voraussetzung der Eigentümerstellung bzw. der wirtschaftlichen Verfügungsmacht bereits vor Stellung des Zuweisungsbegehrens erfüllt sein muss, damit das Zugrecht geltend gemacht werden kann.

30. Bereits in BGE 134 III 1 sah sich das Bundesgericht mit der Frage des massgeblichen Zeitpunkts für das Vorhandensein eines landwirtschaftlichen Gewerbes aufseiten des Zuweisungsansprechers konfrontiert. Hierbei hatte es gleichzeitig das Zuweisungsrecht nach Art. 11 Abs. 1 und nach Art. 21 Abs. 1 BGGB zu beurteilen. In Erwägung 4.2 des zitierten Entscheids führte es aus, dass ein Zuweisungsanspruch nicht daraus resultieren könne, dass die sich im Nachlass befindlichen Grundstücke und die zum Zeitpunkt des Erbgangs im Eigentum des Ansprechers stehenden Grundstücke zusammen gerechnet ein landwirtschaftliches Gewerbe bilden. Das Bundesgericht stellte in seinen Ausführungen ausdrücklich auf den Zeitpunkt des Erbgangs ab. Darauf Bezug nehmend führte das Bundesgericht aus, dass ein Zugrecht nach Art. 21 Abs. 1 BGGB möglich wäre, wenn der Ansprecher selber über ein landwirtschaftliches Gewerbe verfügte. Das Bundesgericht spricht sich somit, nach der hier vertretenen Ansicht, grundsätzlich für eine Gleichbehandlung der Art. 11 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 BGGB und damit für das Abstellen auf den Zeitpunkt des Erbgangs aus. Somit lässt sich aus seinen Ausführungen darauf schliessen, dass das Bundesgericht in BGE 134 III 1 davon ausging, dass der Ansprecher zur Ausübung des Zugrechts nach Art. 21 Abs. 1 BGGB im Zeitpunkt des Erbgangs Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein muss.

11 Das Bundesgericht erwähnt im Urteil 5A_266/2016 vom 21. September 2016 Erw. 2.3.3, dass die Rechtsfrage des relevanten Zeitpunkts nicht restlos geklärt ist.

12 Vgl. BRUNO BEELER, *Bäuerliches Erbrecht*, Zürich 1998, S. 324; a.M. BENNO STUDER/PIUS KOLLER, *Praxiskommentar Erbrecht*, Basel 2015, N 1 zu Art. 21 BGGB, gefordert wird das Eigentum bzw. die Verfügungsmacht bereits im Zeitpunkt des Erbgangs.

13 Votum des Berichterstatters, AB 1990 S. 227.

14 Urteil des Bundesgerichts 5A_752/2012 vom 20. November 2012 Erw. 3.2.



31. Nach hier vertretener Auffassung wäre bei der Frage, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe aufseiten des Zuweisungsansprechers vorliegt, in der Tat auf den Zeitpunkt des Erbgangs abzustellen. Dies würde mit Blick auf Art. 11 BGG zu einer einheitlichen Rechtsanwendung führen. Für diese Bestimmung ist es bereits Praxis¹⁵, dass die Gewerbeeigenschaft im Zeitpunkt des Erbgangs bestehen muss. Mit dem Abstellen auf den Zeitpunkt des Erbgangs würde ein klarer Zeitpunkt vorliegen und der Erbe könnte keinen Einfluss auf die Gewerbeeigenschaft nehmen, indem er den Tierbestand aufstocken oder Land zukaufen oder zupachten würde, um die Gewerbebegrenze zu erreichen. Gerade aufgrund der vom Bundesgericht im kommentierten Urteil ausgesprochenen, rückwirkenden Anwendung von Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG ist ein fixer Zeitpunkt nötig. Andernfalls könnten die Erben bei lange zurückliegenden Erbgingen durch Zupacht landwirtschaftlicher Grundstücke zu ihrem Betrieb die Gewerbebegrenze bis zur Stellung des Zuweisungsbegehrens erlangen. Den anderen Erben wäre in diesem Fall zu empfehlen, möglichst rasch nach dem Erbgang ihre Miterben aufzufordern, eine Erklärung abzugeben, ob sie auf das Zuweisungsrecht verzichten resp. dieses geltend zu machen gedenken. Zu verneinen wäre jedoch die Frage, ob das Schweigen der Miterben auf eine derartige Aufforderung als Verzicht auf das Zuweisungsrecht zu sehen wäre. Somit wären die Miterben dazu gezwungen, möglichst rasch auf Teilung der Erbschaft zu klagen, wobei es der Zuweisungsansprecher immer noch in der Hand hätte, bis zur Stellung des Zuweisungsbegehrens im Prozess (z.B. in der Klageantwort) seinen landwirtschaftlichen Betrieb bspw. durch Zupacht zu vergrössern.

32. Damit der Zuweisungsanspruch nach Art. 21 Abs. 1 BGG geltend gemacht werden kann, muss der Zuweisungsansprecher laut Gesetz Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein oder über ein solches wirtschaftlich verfügen. Das Bundesgericht bestätigt im vorliegenden Urteil seine Rechtsprechung, dass für das Zuweisungsrecht nach Art. 21 Abs. 1 BGG nicht bereits gemeinschaftliches Eigentum als solches genügen kann. Mitunter ist also bei Bestehen gemeinschaftlichen Eigentums zusätzlich gefordert, dass der Zuweisungsansprecher ohne Zutun eines Dritten in der Lage ist, Alleineigentum an dem betreffenden landwirtschaftlichen

Gewerbe zu erlangen.¹⁶ Bezüglich der Frage, ob wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, erachtet es das Bundesgericht für den Zuweisungsanspruch als genügend, wenn der Ansprecher, der ein landwirtschaftliches Gewerbe im gemeinschaftlichen Eigentum besitzt, ohne Zutun Dritter in der Lage ist, Alleineigentum daran zu erwerben. Dies kann sowohl auf gesetzlichem als auch auf vertraglichem Wege der Fall sein.¹⁷

33. Ein Beispiel für die Regelung über den vertraglichen Weg des Ehe- und Erbvertrages hat das Bundesgericht in Erwägung 5.2.2 des vorliegenden Urteils dargelegt. Demnach soll die Beteiligung an gemeinschaftlichem Eigentum für die Ausübung des Zugrechts genügen, wenn vertraglich vereinbart ist, dass der Zuweisungsansprecher im Falle der Auflösung des gemeinschaftlichen Eigentums die Zuweisung des landwirtschaftlichen Gewerbes zu Alleineigentum verlangen kann. Eine solche vertragliche Regelung ist natürlich auch ausserhalb eines Ehe- und Erbvertrages im Verhältnis zwischen nicht verheirateten Personen denkbar. Im Falle von Miteigentum stellt sich dann die Frage, was gelten soll, wenn dessen Auflösung nach Art. 650 Abs. 2 ZGB auf längere Dauer¹⁸ ausgeschlossen wurde. Nach der hier vertretenen Auffassung müsste dieser Fall in der Frage der Zuweisung nach Art. 21 Abs. 1 BGG gleich behandelt werden, wie wenn kein Ausschluss der Aufhebung vorläge. Es stimmt, dass mit einem Aufhebungsausschluss auf längere Dauer verhindert wird, dass der Zuweisungsansprecher Alleineigentum an dem betreffenden landwirtschaftlichen Gewerbe erhält. Jedoch ist dabei auch ausgeschlossen, dass dieses Alleineigentum einem Dritten zufällt. Es bleibt also beim gleichen Ausgangspunkt, wie wenn kein Aufhebungsausschluss vorliegt. Der Zuweisungsansprecher hat die Möglichkeit, bei Aufhebung des gemeinschaftlichen Eigentums ohne Zutun eines Dritten Alleineigentum an dem landwirtschaftlichen Gewerbe zu erlangen.¹⁹

34. Ebenfalls nimmt das Bundesgericht in Erwägung 5.2.4 Stellung zur Frage der Regelung bei Versterben eines Ehegatten. Auch hier ist es gemäss Bundesgericht möglich, auf vertraglichem Wege

15 Vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts 5A_140/2009 vom 6. Juli 2009 Erw. 2.3 mit Kommentierung PIUS KOLLER in: successio 3/2011, S. 238 ff.

16 Vgl. hierzu BGE 134 III 433 mit Kommentierung ROGER BRÄNDLI in: AJP 2008, S. 1168 ff.

17 BGE 134 III 1 Erw. 3.4.3, BGE 134 III 433 Erw. 2.4.3.3 sowie Erw. 5.2.2 des kommentierten Urteils.

18 Art. 650 Abs. 2 ZGB lässt für den Ausschluss der Aufhebung eine maximale Dauer von 50 Jahren zu.

19 Sofern dies vertraglich vereinbart wurde.

wirtschaftliche Verfügungsmacht des überlebenden Ehegatten über das landwirtschaftliche Gewerbe zu begründen. Hierbei muss eine letztwillige Regelung geschaffen werden, welche nach Art. 19 Abs. 1 BGG dem überlebenden Ehegatten den Eigentumsanteil des Verstorbenen zuweist. Ohne eine solche Regelung besteht gemäss Art. 14 BGG keine Vorrangstellung des überlebenden Ehegatten vor den übrigen Erben. Dies betrifft allerdings nur jene Fälle, in denen die Zuweisung nicht, wie im vorliegenden Urteil, bereits ehevertraglich geregelt wurde.

35. Als gesetzlicher Weg für den Erwerb von Eigentum im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BGG ist somit die Bestimmung in Art. 36 Abs. 1 BGG zu sehen. Sie besagt, dass bei der Auflösung vertraglich begründeten Gesamt- oder Miteigentums an einem landwirtschaftlichen Gewerbe jeder gemeinschaftliche Eigentümer dessen Zuweisung verlangen kann, wenn er dieses selbst bewirtschaften will. Nach der hier vertretenen Auffassung kann diese Bestimmung jedoch nicht für die Begründung wirtschaftlicher Verfügungsmacht nach Art. 21 Abs. 1 BGG herangezogen werden. In einem Zuweisungsprozess müsste entschieden werden, welcher der gemeinschaftlichen Eigentümer sein Zuweisungsrecht nach Art. 36 Abs. 1 BGG durchsetzen könnte, wenn mehrere gemeinschaftliche Eigentümer bei Auflösung des gemeinschaftlichen Eigentums dieses Begehren stellen. In einem solchen Fall wären nach Art. 38 BGG die erbrechtlichen Bestimmungen über den Zuweisungsanspruch sinngemäss auf Art. 36 BGG anwendbar. Es wäre also nach Art. 20 Abs. 2 BGG auf die persönlichen Verhältnisse der jeweiligen Zuweisungsansprecher abzustellen. Es müsste geprüft werden, welcher Mit- oder Gesamteigentümer für die Bewirtschaftung des Gewerbes am besten geeignet wäre. Somit hätte das Gericht in einem Zeitpunkt, in welchem sich die Frage der Auflösung des vertraglichen Mit- oder Gesamteigentums noch gar nicht stellt, vorfrageweise zu bestimmen, welcher der gemeinschaftlichen Eigentümer am besten geeignet wäre, das landwirtschaftliche Gewerbe selbstständig zu bewirtschaften. Dass dies keine praktikable Lösung darstellt, liegt auf der Hand, da viel zu viele Variablen bestehen, welche im Zeitpunkt des Zuweisungsverfahrens noch nicht bekannt sind, sodass rein hypothetische Überlegungen in das Zuweisungsverfahren miteinbezogen werden müssten. Dies würde für die Gerichte einen enormen Aufwand bedeuten, wobei die Frage nach dem bestgeeigneten gemeinschaftlichen Eigentümer kaum zufriedenstellend beantwortet werden könnte. Erschwerend käme hinzu, dass zur Beantwortung der Frage der Eignung als Selbstbewirt-

schafter nicht auf das Vorhandensein einer entsprechenden Ausbildung abgestellt werden kann, da eine solche noch erworben werden könnte, auch wenn diese im Zeitpunkt des Zuweisungsprozesses noch nicht gegeben ist.²⁰

36. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der Anwendungsbereich von Art. 36 Abs. 1 BGG im Verhältnis zwischen Ehegatten eingeschränkt ist. Art. 36 Abs. 3 BGG bestimmt ausdrücklich, dass insbesondere Art. 242 ZGB zum Schutz des Ehegatten vorbehalten bleibt.²¹ Diese Bestimmung besagt, dass im Falle einer Auflösung des ehelichen Güterstandes der Gütergemeinschaft jeder Ehegatte zurüknimmt, was unter der Errungenschaftsbeteiligung zu seinem Eigentum zählte. Ein in die Ehe eingebrachtes landwirtschaftliches Gewerbe, welches durch Begründung einer Gütergemeinschaft zu Gesamteigentum wurde, fällt somit bei der Auflösung der Gütergemeinschaft an den vorherigen Alleineigentümer zurück. Dasselbe gilt für ein landwirtschaftliches Gewerbe, welches zwar während der Ehe erworben wurde, jedoch nach Massgabe der Errungenschaftsbeteiligung Eigentum eines der beiden Ehegatten wäre. Bei sämtlichen anderen Konstellationen wäre zwar durchaus an eine Anwendbarkeit von Art. 36 Abs. 1 BGG zu denken. Jedoch ist hierbei auf das soeben in Ziff. 35 Ausgeführte zu verweisen. Auch hier wäre das Gericht gezwungen, im Zuweisungsprozess zu entscheiden, welcher Ehegatte im Falle einer Auflösung des gemeinschaftlichen Eigentums besser geeignet wäre, das Gewerbe zu führen. Hierbei kommt erschwerend hinzu, dass Ehegatten in aller Regel ein gemeinsames landwirtschaftliches Gewerbe auch gemeinsam bewirtschaften, sodass es umso schwerer wäre, einen der beiden Ehegatten als zur Selbstbewirtschaftung geeigneter anzusehen.²²

20 Zu denken ist etwa an die Absolvierung einer Ausbildung gemäss Art. 4 Abs. 2 DZV (SR 910.13), welche zum Bezug von Direktzahlungen berechtigt.

21 Vgl. hierzu Erw. 5.2.3 des kommentierten Entscheids.

22 Auch hier sei auf Art. 4 Abs. 2 lit. b DZV verwiesen, wonach die Anforderung an die Ausbildung zum Bezug von Direktzahlungen erfüllt ist, wenn ein Ehegatte eine abgeschlossene Lehre ergänzt mit praktischer Tätigkeit als Mitbewirtschafter eines Landwirtschaftsbetriebs vorweisen kann.



Der Anspruch der Erben auf Zuweisung landwirtschaftlicher Grundstücke nach Art. 21 BGG

37. Sodann befasste sich das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid mit der Frage des Übergangsrechts zu Art. 7 BGG.²³ Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts²⁴ war für längere Dauer zugepachtetes Land für die Frage des Zuweisungsrechts nach Art. 21 Abs. 1 BGG nicht zu berücksichtigen. Mit der Einführung des neuen Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG wurde diese Rechtsprechung korrigiert. Mit dem Inkrafttreten dieser Bestimmung per 1. Januar 2014 wurden jedoch keine spezialrechtlichen Übergangsbestimmungen geschaffen. Die spezialgesetzlichen Übergangsbestimmungen von Art. 94 BGG (für privatrechtliche Bestimmungen) und Art. 95 BGG (für öffentlich-rechtliche Bestimmungen) gelangen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei späteren Revisionen nur dann zur Anwendung, wenn diese vom Gesetzgeber für anwendbar erklärt wurden.²⁵ Deshalb sollen bei Fehlen spezieller Übergangsbestimmungen die Schlusstitel des ZGB subsidiär anwendbar sein. Dessen allgemeine Bestimmungen (Art. 1 bis 4 SchlT ZGB) sollen dabei auch im öffentlichen Recht Anwendung finden.²⁶ Nach diesem Grundsatz geht das Bundesgericht auch im vorliegenden Fall vor. Es erwägt zunächst, dass Art. 1 SchlT ZGB ein grundsätzliches Rückwirkungsverbot für neu eingeführte Bestimmungen statuiert. Dieses Verbot findet jedoch eine Einschränkung in Art. 2 SchlT ZGB, welcher besagt, dass eine Rückwirkung möglich ist, wenn die neue Bestimmung um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen geschaffen wurde und keine überwiegenden Interessen der rückwirkenden Anwendung entgegenstehen. Das Bundesgericht sieht diese Voraussetzungen von Art. 2 SchlT ZGB als erfüllt und schliesst daraus, dass die Bestimmung des neuen Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG mit seinem Inkrafttreten auf jegliche Erbschaften anwendbar sei, gleichgültig wann der Erbfall eingetreten ist und wann allfällige Begehren dazu gestellt worden sind. Eine solche allgemeine Rückwirkung von Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG erscheint

vor allem im Hinblick auf die Interessenabwägung als problematisch, da nicht generell gesagt werden kann, dass die Rückwirkung von Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG für die Betroffenen vorteilhafter sei als die bisherige Regelung. Insbesondere bringt diese Regelung Nachteile für jene Miterben, die sich die Anrechnung der landwirtschaftlichen Grundstücke zum doppelten Ertragswert entgegenhalten lassen müssen. Ausserdem ist die Regelung nachteilig für jenen Erben, welcher die Voraussetzungen von Art. 21 Abs. 1 BGG durch Eigenland erfüllt und gegen den aufgrund der rückwirkenden Berücksichtigung von Pachtland ein konkurrierender Zuweisungsanspruch entsteht.

38. Allenfalls lässt sich noch die Frage aufwerfen, ob auf Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG bei der Anwendung im Zusammenhang mit der erbrechtlichen Bestimmung von Art. 21 Abs. 1 BGG nicht Art. 15 SchlT ZGB als übergangsrechtliche Bestimmung Anwendung finden sollte. Auch wenn das Bundesgericht verschiedentlich gesagt hat, dass es sich bei Art. 7 BGG um eine öffentlich-rechtliche Norm handelt, wäre diese Auffassung nach hier vertretener Ansicht richtig. Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG für sich alleine genommen ist zwar keine privatrechtliche Norm, fungiert im Zusammenhang mit Art. 21 Abs. 1 BGG, welcher ohne Zweifel eine privatrechtliche Bestimmung ist, aber als Hilfsnorm.²⁷ Damit rechtfertigt sich nach der hier vertretenen Meinung eine Anwendung der privatrechtlichen Übergangsbestimmung auch auf diese Hilfsnorm. Dies würde dazu führen, dass jeweils das Recht anwendbar wäre, welches im Zeitpunkt des Todes in Kraft war.²⁸ Somit würde Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG nur Anwendung finden, wenn der Erblasser nach dem 1. Januar 2014 verstorben ist.²⁹

39. Das Bundesgericht stellt in Erwägung 7 Wichtiges in Bezug auf den Lidlohn klar. Dies ist erfreulich, da Fälle des Lidlohnverhältnisses immer seltener werden. Deshalb soll nochmals auf die Ausführungen des Bundesgerichts hingewiesen werden. Beim Lidlohn handelt es sich grundsätzlich um eine Nachlassschuld. Jedoch ist diese in ihrer Höhe nicht

23 Vgl. zu dieser Gesetzesrevision PIUS KOLLER/FRANZ A. WOLF, Mehr Klarheit beim Gewerbebegriff, UFA-Revue 6/2013, S. 14 f.; BENNO STUDER, Bäuerliches Erbrecht, in: Nachlassplanung und Nachlassenteilung, Zürich 2014, S. 474.

24 BGE 129 III 693 Erw. 5.4, bestätigt in BGE 134 III 1 mit Kommentierung BENNO STUDER, Drei Urteile aus dem bäuerlichen Boden- und Erbrecht, in: successio 4/2009, S. 305 f.

25 BGE 127 III 16, Erw. 2. Das Bundesgericht bezieht sich zwar einzig auf Art. 95 BGG, nach hier vertretener Auffassung sollte dies aufgrund der Gleichartigkeit der Bestimmungen auch für Art. 94 BGG gelten.

26 BGE 127 II 69.

27 Der Gesetzestext von Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG nimmt ausdrücklich auf Art. 21 Abs. 1 BGG Bezug.

28 Art. 15 Abs. 1 SchlT ZGB besagt, dass die erbrechtlichen Verhältnisse auch dann nach dem Recht im Zeitpunkt des Todes des Erblassers beurteilt werden, wenn dieses mittlerweile geändert hat.

29 Vgl. hierzu auch FRANZ A. WOLF, Landwirtschaftliche Gewerbe und Zupacht: Der Gesetzgeber schafft Klarheit zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Blätter für Agrarrecht 1/2013, S. 43 f.

unbegrenzt, sondern auf die Höhe des Nettonachlasses beschränkt. Die Haftung der Erben ist somit begrenzt, was dazu führt, dass dem Lidlohngläubiger keine Forderung gegen die Miterben persönlich zukommt. Zu erwähnen bleibt, dass das Bundesgericht weiterhin darauf abstellt, dass es sich um eine Leistung handeln muss, die im gemeinsamen Haus-

halt erbracht worden ist. Dieser Ansatz ist nach hier vertretener Auffassung nicht mehr zeitgemäss, da die heutigen landwirtschaftlichen Strukturen oftmals mehrere, nicht mehr gemeinsame Wohnungen vorsehen, wenngleich der Betrieb gemeinsam bewirtschaftet wird.³⁰

30 Vgl. hierzu BENNO STUDER/PIUS KOLLER, BSK ZGB I, Basel 2014, Art. 334 N 4.; LORENZ BAUMANN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Lidlohn, in: *successio* 3/2017, S. 250 ff.