



# Zuweisungsanspruch nach Art. 11 BGG; massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des Zuweisungsanspruchs; Berücksichtigung der langen Zeitdauer seit dem Erbgang

BGer 5A\_140/2009\*

Pius Koller\*\*

## I. Der relevante Sachverhalt

D, B, G und E waren die verbleibenden Mitglieder der Erbengemeinschaft des im Jahre 1929 verstorbenen F. Der Nachlass bestand im Wesentlichen aus den Parzellen GB Z Nrn. a–d (Betrieb Y). Am 15. Mai 2000 reichten D und B beim zuständigen Amtsgericht eine Erbteilungsklage ein. A trat später aufgrund des Erbgangs an die Stelle von D und C an die Stelle von G.

C, damals noch nicht Mitglied der Erbengemeinschaft, absolvierte an der Fachhochschule eine Ausbildung als Agraringenieur und besitzt den Fähigkeitsausweis als Landwirt. Am 27. Oktober 2000 stellte er bei der zuständigen Bodenrechtskommission das Gesuch, es sei festzustellen, dass es sich bei den Grundstücken GB Z Nrn. a–d um ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne von Art. 7 BGG handle. Am 2. November 2000 stellte sein Vater und Rechtsvorgänger, G, ein gleichgerichtetes Begehren.

Nach einem Augenschein stellte die Bodenrechtskommission am 21. Februar 2001 fest, dass es sich beim Betrieb Y nicht um ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne von Art. 7 BGG handle.

Dem am 17. September 2001 von G und E gestellten Sistierungsbegehren im Erbteilungsverfahren gab das Amtsgericht nicht statt.

Gegen den Entscheid der Bodenrechtskommission erhob C kantonale Verwaltungsgerichtsbeschwerde, auf die mit Urteil vom 12. Februar 2002 nicht eingetreten wurde, weil C als Nichterbe nicht legitimiert sei. Das Verwaltungsgericht nahm diese Verfügung jedoch wieder zurück und setzte das Beschwerdeverfahren fort, weil C hinsichtlich der Legitimation auf ein Kaufrecht verwies.

Anlässlich einer Instruktionsverhandlung vom 19. September 2002 sistierte das Amtsgericht das Erbteilungsverfahren auf erneutes Gesuch von G und E hin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens vor Verwaltungsgericht.

Gegen die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 2. März 2004 gelangten C und G am 19. April 2004 mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, das diese mit Entscheid vom 22. Juli 2004 (Urteil BGer 5A.12/2004) abwies.

Am 17. August 2004 hob das zuständige Amtsgericht die Sistierung des Erbteilungsprozesses auf und erliess am 7. Januar 2008 das erstinstanzliche Urteil. Dagegen appellierten C und G sowie E am 25. Januar 2008 beim kantonalen Obergericht.

Auf ein zweites Gesuch von C hin erliess die Dienststelle Landwirtschaft und Wald am 12. Dezember 2007 eine Verfügung, wonach der Betrieb Y aufgrund eines anderen Betriebskonzepts als landwirtschaftliches Gewerbe zu betrachten sei. Am 9. April 2008 stellten C und G ein Gesuch um Sistierung des beim kantonalen Obergericht hängigen Erbteilungsprozesses. Am 14. April 2008 zog die Dienststelle Landwirtschaft und Wald ihren Feststellungsentscheid zurück mit der Begründung, infolge res iudicata hätte gar nicht auf das Gesuch eingetreten werden dürfen. Am 24. April 2008 wies das Obergericht das Sistierungsgesuch ab.

C stellte am 8. Mai 2008 bei der Dienststelle Landwirtschaft und Wald ein drittes Gesuch um Feststel-

\* Urteil des Bundesgerichts vom 6. Juli 2009.

\*\* Lic. iur., Rechtsanwalt und dipl. Ing.-Agr. HTL, Möhlin.

lung eines landwirtschaftlichen Gewerbes. Mit Entscheidung vom 11. September 2008 trat diese auf das Gesuch ein. Gegen diesen Eintretensbeschluss erhoben A und B Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim kantonalen Verwaltungsgericht, auf welche mit Urteil vom 3. Februar 2009 nicht eingetreten wurde.

Am 14. November 2008 stellte C (als Rechtsnachfolger des am 21. August 2008 verstorbenen G) ein neuerliches Sistierungsgesuch im Erbteilungsprozess. Diesem gab das Obergericht mit Entscheidung vom 4. Februar 2009 statt.

Dagegen erhoben A und B am 16. Februar 2009 beim Obergericht Beschwerde. Mit Schreiben vom 17. Februar 2009 teilte dieses mit, dass gegen instruktionsrichterliche Verfügungen keine kantonalrechtliche Beschwerde vorgesehen sei.

Am 26. Februar 2009 gelangten A und B an das Bundesgericht und beantragten, die Sistierung des hängigen Erbteilungsprozesses sei aufzuheben und das Obergericht anzuweisen, den Prozess so rasch als möglich zum Entscheid zu führen.

## II. Auszug aus den Erwägungen des Bundesgerichts

1.1 Vorerst hielt das Bundesgericht fest, dass es sich beim angefochtenen Beschluss nicht um einen das Verfahren abschliessenden Entscheid (Art. 90 BGG), sondern um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG handle, gegen den die Beschwerde in Zivilsachen – von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG abgesehen – nur zulässig sei, wenn er einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken könne (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Für den Begriff des nicht wiedergutzumachenden Nachteils seien Art. 87 Abs. 2 aOG und die hierzu ergangene Rechtsprechung heranzuziehen (BGE 133 III 629 Erw. 2.3). Danach sei bei einer Beschwerde gegen die Suspendierung eines Verfahrens vom Erfordernis eines weiteren, nicht wiedergutzumachenden Nachteils abzusehen, wenn – wie hier – eine ungerechtfertigte Verfahrensverzögerung bzw. Rechtsverweigerung geltend gemacht werde (BGE 135 III 127 Erw. 1.3; BGE 120 III 143 Erw. 1b).

1.2 Bei Zwischenentscheiden folge der Rechtsweg jenem der Hauptsache. Im vorliegenden Fall sei eine Erbteilungsklage betroffen. Mithin handle es sich in der Hauptsache um eine Zivilsache im Sinne von Art. 72 Abs. 1 BGG. Weil der Streitwert CHF 30'000 übersteige (Art. 74 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG), sei gegen den Entscheid in der Hauptsache die Beschwerde in Zivilsachen

zulässig, womit sie auch gegen den vorliegenden Zwischenentscheid ergriffen werden könne.

1.3 Weiter hielt das Bundesgericht fest, mit der Suspendierung des Verfahrens aus dem Grund, dass der (zukünftige) Entscheid der Dienststelle Landwirtschaft und Wald verbindlich für Vorfragen des Erbteilungsprozesses sei, habe die kantonale Instanz im Grunde keine bloss prozessuale Massnahme getroffen (BBI 2001 S. 4336 Ziff. 4.1.4.2), sondern es werde (prospektiv) über die materielle Rechtskraft entschieden. Daher rechtfertige es sich, die Verfahrenseinstellung als definitive und nicht als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG zu betrachten (BGE 135 III 127 Erw. 1.4).

1.4 Nachdem das Obergericht am 17. Februar 2009 mitgeteilt hatte, dass gegen instruktionsrichterliche Verfügungen keine kantonalrechtliche Beschwerde vorgesehen sei, sei davon auszugehen, dass der angefochtene Entscheid letztinstanzlich erging.

1.5 Der Beschwerdegegner begründet seinen Nichteintretensantrag mit dem Einwand, das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern habe den Entscheid der Dienststelle Landwirtschaft und Wald vom 11. September 2008 bestätigt, indem es mit Urteil vom 3. Februar 2009 nicht auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingetreten sei. Das Bundesgericht hält fest, dass im vorliegenden Fall nicht das Urteil des Verwaltungsgerichts Prozessthema sei, sondern es zu beurteilen gelte, ob der Entscheid des Obergerichts vom 4. Februar 2009 bundesrechtswidrig sei, das Appellationsverfahren zu sistieren, bis rechtskräftig beurteilt ist, ob es sich bei den Grundstücken GB Z Nrn. a–d um ein landwirtschaftliches Gewerbe handle oder nicht. Die Frage der Zulässigkeit der Sistierung des Verfahrens stehe wohl im Zusammenhang mit der Prüfung des neuen Betriebskonzepts des Beschwerdegegners, doch komme ihr mit Bezug auf den obergerichtlichen Entscheid vom 4. Februar 2009 selbständige Bedeutung zu (nachfolgend Erw. 2.2 ff.) und sei vorweg zu beurteilen.

2.1.1 Die Beschwerdeführer werfen dem Obergericht Rechtsverzögerung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV vor, weil es zu Unrecht eine in materiellrechtlicher Hinsicht präjudizierende Wirkung des (zukünftigen) Entscheids der Dienststelle Landwirtschaft und Wald zum dritten Feststellungsbegehren des Beschwerdegegners annehme und insoweit in unzulässiger Weise einen Grund zur Sistierung des Erbteilungsprozesses sehe. Namentlich sei die Frage, ob die betroffenen Grundstücke ein landwirtschaftliches Gewerbe darstellten und damit in den Anwendungsbereich des Art. 11 BGG fielen, mit Urteil



## Zuweisungsanspruch nach Art. 11 BGG; massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des Zuweisungsanspruchs; Berücksichtigung der langen Zeitdauer seit dem Erbgang

des Bundesgerichts vom 22. Juli 2004 rechtskräftig entschieden. Insofern sei von einer *res iudicata* auszugehen. Die Beschwerdeführer machten zudem geltend, im hängigen Appellationsverfahren kämen die erbrechtlichen Bestimmungen des ZGB zur Anwendung, worauf sich das Amtsgericht zu Recht abgestützt habe.

2.2 Das kantonale Verwaltungsgericht hatte in seinem Entscheid vom 2. März 2004 einleitend in seiner Erwägung 2 unter anderem erwogen, nach Art. 84 BGG könne festgestellt werden, ob der Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes bewilligt werden könne. Gegenstand einer Feststellungsverfügung könnten insbesondere die in Art. 6–10 BGG definierten Begriffe sein: landwirtschaftliches Grundstück (Art. 6 BGG), landwirtschaftliches Gewerbe (Art. 7 und 8 BGG), Selbstbewirtschafter (Art. 9 BGG) und Ertragswert (Art. 10 BGG). Gehe man davon aus, dass die Konkretisierung der allgemeinen Begriffe des BGG des öffentlichen Rechts in der materiellen Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde liege und in einem Zivilverfahren lediglich eine öffentlich-rechtliche Vorfrage darstelle, sei die materiell zuständige Verwaltungsbehörde an den Entscheid über die Vorfrage des Zivilrichters nicht gebunden. Von dieser Warte aus erscheine es angezeigt, dass Zivilprozesse mit entsprechenden Anknüpfungen so lange sistiert bleiben, bis im Verwaltungsverfahren (bzw. im darauffolgenden Beschwerdeverfahren) ein entsprechender, rechtskräftiger Feststellungsentscheid ergangen sei. Damit liessen sich widersprechende Urteile vermeiden (BGE 129 III 186 ff. = Pra. 2003 S. 987 ff.). Die Erbschaftssache sei zur Vermeidung widersprechender Urteile vor dem Zivilrichter so lange sistiert worden, bis die Rechtslage betreffend die Anwendbarkeit des BGG auf die Parzellen geklärt sei.

2.3 Das Bundesgericht führt zur Begründung Folgendes aus: Befinde sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe, so könne jeder Erbe verlangen, dass ihm dieses in der Erbteilung zugewiesen werde, wenn er es selber bewirtschaften will und dafür als geeignet erscheint (Art. 11 Abs. 1 BGG). Die Parteien streiten sich nach wie vor um die Frage, ob es sich bei den in der Erbschaft befindlichen Grundstücken um ein landwirtschaftliches Gewerbe handle oder nicht und deshalb die erbrechtlichen Bestimmungen des BGG und nicht diejenigen des ZGB zur Anwendung gelangen würden. Da nach Art. 11 BGG nur in der Erbschaft befindliche landwirtschaftliche Gewerbe berücksichtigt würden, müsse die Gewerbeeigenschaft grundsätzlich im Zeitpunkt des Erbgangs bereits bestehen und dürfe sich nicht erst in der Zukunft

(zum Beispiel durch Zukauf) entwickeln. Für die Beurteilung des Zuweisungsanspruchs sei demnach grundsätzlich der Zeitpunkt des Erbgangs massgeblich, wobei insbesondere im Rahmen von Art. 7 Abs. 4 lit. b BGG in beschränktem Mass auch Investitionsmöglichkeiten zu berücksichtigen seien. Im vorliegenden Fall bestehe die Erbengemeinschaft allerdings seit Jahrzehnten, weshalb der Tod des Erblassers im Jahre 1929 (Art. 537 Abs. 1 ZGB) als massgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Gewerbeeigenschaft kaum mehr in Betracht kommen könne. Welcher Zeitpunkt bei einer Ausgangslage wie der vorliegenden ausschlaggebend sei oder ob insbesondere auf den Zeitpunkt des Teilungsbegehrens abzustellen sei, könne dahingestellt bleiben. Jedenfalls handle es sich um einen Zeitpunkt vor dem Urteil des Bundesgerichts vom 22. Juli 2004 (Urteil BGer 5A.12/2004), mit welchem die Gewerbeeigenschaft der in der Erbschaft befindlichen landwirtschaftlichen Grundstücke rechtskräftig verneint worden ist. Für eine erneute Beurteilung dieser Frage bestehe im Zusammenhang mit der vorliegenden Erbteilung kein Raum. Die vom Obergericht angeordnete Sistierung des Erbteilungsprozesses zur nochmaligen Überprüfung der Zuweisungs Voraussetzungen verletze daher Bundesrecht. Das suspendierte Verfahren sei mit der ihm gebührenden Beförderlichkeit fortzusetzen und innert angemessener Frist zu einem Abschluss zu bringen.

Entsprechend wurde die Beschwerde gutgeheissen.

### III. Bemerkungen

Aus erbrechtlicher Sicht von Interesse ist vorab Erwägung 2.3. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde im Wesentlichen deshalb gut, weil seines Erachtens für die Bestimmung, ob der Betrieb Y ein landwirtschaftliches Gewerbe gemäss Art. 7 BGG darstellt oder nicht, ein Zeitpunkt vor dem 22. Juli 2004 massgebend ist; also ein Zeitpunkt vor dem ersten Urteil des Bundesgerichts, mit welchem die Gewerbeeigenschaft des Betriebs Y rechtskräftig verneint worden ist (Urteil BGer 5A.12/2004). Welcher Zeitpunkt für die konkrete Gewerbebestimmung aber tatsächlich massgebend ist, lässt das Bundesgericht in casu offen. Dieser Frage ist im Folgenden nachzugehen.

1. Das Bundesgericht führt zunächst aus, dass für die Beurteilung des Zuweisungsanspruchs der Zeitpunkt des Erbgangs massgebend ist. Gemäss Art. 537 Abs. 1 ZGB wird der Erbgang durch den Tod des Erblassers eröffnet. Folgt man der Meinung des Bundesgerichts, ist also der Zeitpunkt des To-

des des Erblassers massgebend für den Zuweisungsanspruch. Es stellt sich sogleich die Frage, ob dies für die objektiven (Gewerbeeigenschaft) und die subjektiven (berufliche, moralische und wirtschaftliche Fähigkeiten, konkrete Eignung) Voraussetzungen gelten soll. Das Bundesgericht relativiert seine Aussage dahingehend, dass in beschränktem Mass auch Investitionsmöglichkeiten gemäss Art. 7 Abs. 4 lit. b BGG zu berücksichtigen sind. Nach dieser Bestimmung ist bei der Gewerbebeurteilung die Möglichkeit zu berücksichtigen, fehlende betriebsnotwendige Gebäude zu erstellen oder vorhandene umzubauen, instandzustellen oder zu ersetzen, wenn die entsprechenden Aufwendungen für den Betrieb tragbar sind. Weiter hält das Bundesgericht fest, dass gemäss Art. 11 BGG nur in der Erbschaft befindliche Gewerbe berücksichtigt werden und diese sich nicht erst in der Zukunft (zum Beispiel durch Zukauf) entwickeln dürfen. Aus diesen einschränkenden Ausführungen ist zu schliessen, dass sich das Bundesgericht nur zum objektiven Kriterium, ob sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe befindet, äussern wollte. Somit kann festgehalten werden, dass gemäss der hier kommentierten Rechtsprechung des Bundesgerichts der Zeitpunkt des Erbgangs nur für das objektive Kriterium des Zuweisungsanspruchs gemäss Art. 11 Abs. 1 BGG, nämlich ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, massgebend ist. An dieser Stelle ist ergänzend auf Art. 12 BGG zu verweisen. Gemäss dieser Bestimmung ist die Erbteilung aufzuschieben, wenn der Erblasser unmündige Kinder hinterlässt, bis entschieden werden kann, ob ein Erbe das landwirtschaftliche Gewerbe zu Eigentum übernehmen kann (Abs. 1). Erfüllt jedoch im Zeitpunkt des Erbgangs ein Erbe die Voraussetzungen zur Selbstbewirtschaftung, ist das Gewerbe diesem zuzuweisen (Abs. 2). Auch Art. 12 Abs. 2 BGG erwähnt den Zeitpunkt des Erbgangs, wobei diese Bestimmung die subjektiven Voraussetzungen zur Selbstbewirtschaftung eines landwirtschaftlichen Gewerbes anspricht. Wie erwähnt, gelangt Art. 12 Abs. 1 BGG nur dann zur Anwendung, wenn die Erben unmündig sind und infolgedessen noch nicht darüber entschieden werden kann, wer das Gewerbe zur Selbstbewirtschaftung übernehmen will und kann. In aller Regel werden die unmündigen Erben über keine abgeschlossene landwirtschaftliche Ausbildung verfügen. Sobald ein Erbe die Eignung zur Selbstbewirtschaftung erfüllt, kann er die Zuweisung des landwirtschaftlichen Gewerbes verlangen. Massgeblich für die subjektiven Voraussetzungen wird diesfalls der Zeitpunkt des Zuweisungsbegehrens sein. In jenem Zeitpunkt kann die Erbschaftslienschaft die Gewerbeeigenschaft verloren haben, was aber gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts un-

massgeblich sein muss, da für die objektive Voraussetzung der Gewerbeeigenschaft der Zeitpunkt des Erbgangs entscheidend ist.

2. Dem Bundesgericht ist zuzustimmen, wenn es aufgrund des Wortlauts von Art. 11 Abs. 1 BGG ausführt, dass der Zeitpunkt des Erbgangs massgebend für die Bestimmung der Gewerbeeigenschaft ist, da Art. 11 Abs. 1 BGG bereits ein Gewerbe voraussetzt und ein solches nicht erst später entstehen darf. Immerhin ist dabei zu erwähnen, dass ein Zukauf von Grundstücken nur mit Zustimmung sämtlicher Erben möglich ist (Art. 602 Abs. 2 ZGB). In einem gemeinsamen Beschluss über die Vergrösserung der sich im Nachlass befindlichen Liegenschaft mittels Zukauf von Landwirtschaftsland könnte mithin der Konsens der Erben erblickt werden, ein landwirtschaftliches Gewerbe schaffen zu wollen, um damit dem geeigneten Erben einen Zuweisungsanspruch zu verschaffen. Wird der Zukauf jedoch nicht in dieser unmissverständlichen Absicht getätigt, wäre es stossend, die erwähnte Rechtsfolge eintreten zu lassen. Es ist nämlich davon auszugehen, dass den Erben die Auswirkungen eines Landzukaufs auf die Gewerbeeigenschaft der erblasserischen Liegenschaft ohne Erklärung nicht bewusst sind. Damit muss auch die Meinung von Benno Studer (vgl. Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2007, N 7 zu Art. 11 BGG) relativiert werden, welcher an der genannten Stelle ausführt, dass auch, wenn durch eine Verfügung gemäss Art. 84 BGG in einem früheren Zeitpunkt festgestellt worden ist, es liege kein landwirtschaftliches Gewerbe vor, bei veränderten Verhältnissen erneut um eine Feststellungsverfügung nachgesucht werden könne. Nach dem kommentierten Urteil des Bundesgerichts ist dies nur möglich, wenn bei der neuen Gewerbebeurteilung im Sinne von Art. 7 Abs. 4 lit. b BGG gewisse Investitionen zu berücksichtigen sind. In diesem Kontext kann mit einem neuen Betriebskonzept eine andere Beurteilung erfolgen. Das Grundgerüst der Nachlasslienschaft darf aber nicht verändert werden. Auch die Änderung der Rechtslage kann zu einer Neubeurteilung führen (vgl. dazu unten Ziff. 5) und ebenso die Feststellung der Fehlerhaftigkeit der ursprünglichen Verfügung. Massgebend ist der Zeitpunkt des Erbgangs, was zur Folge haben muss, dass eine spätere öffentlich-rechtliche Gewerbestellung (z.B. in Bezug auf das Realteilungsverbot gemäss Art. 58 BGG) unbeachtlich ist. Diese Konsequenz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird in der Praxis einige Fragen aufwerfen, ist aber zu akzeptieren. Das Bundesgericht hat namentlich im vorliegenden Fall explizit festgehalten, dass eine spätere Feststellungsverfügung (drittes Gesuch von C) in Bezug auf die Tatsache, ob sich im Nachlass



## Zuweisungsanspruch nach Art. 11 BGG; massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des Zuweisungsanspruchs; Berücksichtigung der langen Zeitdauer seit dem Erbgang

ein landwirtschaftliches Gewerbe befindet, nicht relevant ist.

3. Angesichts dieser Rechtsprechung bleibt eine Liegenschaft, die im Zeitpunkt des Todes des Erblassers ein landwirtschaftliches Gewerbe war, immer ein Gewerbe im Sinne von Art. 11 Abs. 1 BGG. Es spielt daher keine Rolle, ob der Gewerbebegriff gemäss Art. 7 BGG neu definiert wird (z.B. Anhebung von drei Vierteln einer Standardarbeitskraft auf eine Standardarbeitskraft gemäss Revision vom 5. Oktober 2007, in Kraft seit 1. September 2008). Zu berücksichtigen sind gemäss expliziter Erwähnung im kommentierten Urteil einzig Investitionsmöglichkeiten gemäss Art. 7 Abs. 4 lit. b BGG. Im Sinne einer absoluten Objektivierung darf nicht die konkrete Bewirtschaftung des Landwirtschaftsbetriebs im Zeitpunkt des Erbgangs massgebend sein, sondern das objektive Potenzial des Landwirtschaftsbetriebs. Es kann daher für die Bestimmung der Gewerbeeigenschaft nicht entscheidend sein, ob der Erblasser angesichts seines Alters die betrieblichen Tätigkeiten reduziert hat (z.B. Aufgabe Tierhaltung und Ausrichtung des Betriebs auf Ackerbau). Entscheidend ist das objektive Potenzial des Betriebs unter Berücksichtigung der vorhandenen Gebäulichkeiten (wobei wiederum Art. 7 Abs. 4 lit. b BGG zu beachten ist) und eine daraus abgeleitete landesübliche Bewirtschaftungsweise des Landwirtschaftsbetriebs (Art. 7 Abs. 1 BGG; Urteil BGER 5A.12/2004).

4. Da sich im hier besprochenen Fall der Erbgang bereits im Jahre 1929 ereignet hat, hat das Bundesgericht ausgeführt, dass der Tod des Erblassers als massgeblicher Zeitpunkt kaum mehr in Betracht kommen kann. Die Frage, welcher Zeitpunkt in einem solchen Fall für die Gewerbebestimmung entscheidend ist, hat das Bundesgericht offengelassen und (leider) die Chance verpasst, ein Grundsatzurteil zu dieser praxisrelevanten Frage zu fällen. Es hat einzig ausgeführt, dass es sich jedenfalls um einen Zeitpunkt vor dem 22. Juli 2004 handeln muss, also vor dem Urteil des Bundesgerichts, womit aufgrund des ersten Feststellungsgesuchs von C rechtskräftig festgestellt worden ist, dass der Betrieb Y kein landwirtschaftliches Gewerbe darstellt. Das Bundesgericht hat sich dabei immerhin die Frage gestellt, ob diesfalls auf den Zeitpunkt des Teilungsbegehrens abzustellen ist. Der Zeitpunkt des Zuweisungsbegehrens wäre in der Praxis ein klar bestimmbarer Termin für die Ermittlung der Gewerbeeigenschaft, widerspricht aber der Meinung des Bundesgerichts, wonach grundsätzlich für die Bestimmung der Gewerbeeigenschaft der Zeitpunkt des Erbgangs massgebend ist. Nach der hier

vertretenen Ansicht kann nicht in einem Fall auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers und in einem anderen Fall auf einen anderen Zeitpunkt (z.B. jenen des Zuweisungsbegehrens) abgestellt werden. Dies würde zu willkürlichen Ergebnissen führen. Deshalb plädiert der Autor dafür, der im Grundsatz geäusserten Meinung des Bundesgerichts zu folgen und für die Gewerbebeurteilung auf den Zeitpunkt des Erbgangs abzustellen. Solange sich der Landwirtschaftsbetrieb in der Folge nicht verändert hat oder eine solche Veränderung nur durch Surrogation erfolgt ist (vgl. dazu BGE 116 II 259), ist ein späterer Zeitpunkt in sachlicher Hinsicht für die Gewerbebestimmung nicht von Relevanz. Überhaupt vermag eine Vergrösserung oder eine Verkleinerung des Landwirtschaftsbetriebs nach der hier vertretenen Meinung nichts an der Gewerbeeigenschaft zu ändern, ausser die Erben würden den Verlust oder die Schaffung eines landwirtschaftlichen Gewerbes bewusst in Kauf nehmen. Was gilt aber, wenn eine Rechtsänderung eingetreten ist? Dazu kann auf die Ausführungen unten bei Ziff. 5 verwiesen werden. Ebenso hält für jene Fälle, in denen der Tod des Erblassers sehr lange zurückliegt und daher eine oder gar mehrere Rechtsänderungen eingetreten sind, das Übergangsrecht eine Antwort bereit (vgl. unten Ziff. 5). Gewiss gibt es Gründe, für die Beurteilung, ob sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe befindet, generell auf den Zeitpunkt der Stellung des Zuweisungsbegehrens abzustellen. So kann argumentiert werden, dass gemäss dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 BGG auch ein landwirtschaftliches Gewerbe, welches sich nach dem Tode des Erblassers entwickelt hat, in der Erbschaft befindet. Weiter ist Art. 11 BGG systematisch im 1. Kapitel «Erbteilung» des 2. Titels des BGG eingeordnet, was auch für den Zeitpunkt der Stellung des Teilungsbegehrens ins Feld geführt werden könnte. Sodann wird es auch nach Sinn und Zweck von Art. 11 BGG Gründe geben, die für den Zeitpunkt des Teilungsbegehrens sprechen. Schliesslich könnte man argumentieren, dass es jeder Erbe jederzeit in der Hand hat (vgl. u.a. die Ausnahme von Art. 12 BGG), ein Teilungsbegehren zu stellen (Art. 604 Abs. 1 ZGB), um so zu verhindern, dass ein Gewerbe entsteht. Das Bundesgericht hat aber bereits unter dem alten Recht festgehalten, dass für die Beurteilung eines landwirtschaftlichen Gewerbes (bei Art. 620 aZGB ging es um die Frage, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe eine ausreichende Existenz bietet) auf jenen Zeitpunkt abzustellen ist, in dem der Erblasser verstorben ist (vgl. BGE 112 II 211 und BGE 107 II 319). Auch wenn das Bundesgericht jene Rechtsprechung in Bezug auf den Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes korrigiert hat (vgl. BGE 129 III 693 und BGE 134

III 1), hat dies keine Bewandnis für den Beurteilungszeitpunkt, wann ein landwirtschaftliches Gewerbe vorzuliegen hat. Dafür bleibt nach der hier vertretenen Meinung der Zeitpunkt des Erbgangs massgebend.

5. Gemäss Art. 94 Abs. 1 BGGB richtet sich die Erbteilung nach dem Recht, das bei der Eröffnung des Erbgangs gegolten hat (vgl. auch Art. 15 SchlT ZGB). Nur nebenbei bemerkt bestätigt auch diese Bestimmung die im besprochenen Urteil vom Bundesgericht erfolgte Rechtsanwendung. In Übergangsrechtlicher Hinsicht stellt der zweite Teilsatz von Art. 94 Abs. 1 BGGB jedoch klar, dass das neue Recht gilt, wenn das Teilungsbegehren nicht in-ert Jahresfrist seit Inkrafttreten des neuen Gesetzes gestellt wird. Entgegen dem Grundsatz, wonach grundsätzlich das Recht im Zeitpunkt des Todes des Erblassers anwendbar ist, wird in der Übergangsbestimmung festgehalten, dass nach einer einjährigen Übergangsfrist das neue Recht gilt. Somit ist es möglich, dass Erben wohlerworbene Rechte verlieren (vgl. dazu und zu den Ausnahmen der Übergangsbestimmung Jean-Michel Henny/Reinhold Hotz/Benno Studer, Kommentar BGGB, Brugg 1995, N 1 ff. zu Art. 94 BGGB). Es erstaunt daher, dass das Bundesgericht im vorliegenden Fall Art. 94 Abs. 1 BGGB nicht zur Hilfe genommen hat, hätte es darin nach Meinung des Autors doch eine Antwort auf die zu klärende Frage gefunden. Im Ergebnis hat das Bundesgericht aber richtig entschieden, denn das

Urteil vom 22. Juli 2004 erging unter neuem Recht. Zur Bestimmung, welche Fassung von Art. 7 BGGB im Zeitpunkt des Teilungsbegehrens tatsächlich anwendbar war, hätte auf Art. 15 SchlT ZGB zurückgegriffen werden müssen. Da das Teilungsbegehren am 27. Oktober 2000 gestellt worden ist, wäre jene im selben Zeitpunkt gültige Fassung massgebend gewesen. Die Änderung von Art. 7 Abs. 1 BGGB vom 20. Juni 2003 (in Kraft seit 1. Januar 2004; vgl. Art. 95a BGGB; die halbe bäuerliche Arbeitskraft zur Bestimmung der Gewerbeeigenschaft wurde durch drei Viertel einer Standardarbeitskraft ersetzt) wäre somit ohne Folgen für den vorliegend beurteilten Fall gewesen. Konsultiert man den Bundesgerichtsentscheid vom 22. Juli 2004 (5A.12/2004 Erw. 3.1), stellt man fest, dass das kantonale Verwaltungsgericht, dessen Urteil letztlich vom Bundesgericht geschützt worden ist, wohl seinen Entscheid vom 4. März 2004 unter Heranziehung der Einheit Standardarbeitskraft begründet hat, jedoch ausführt, dass drei Viertel einer Standardarbeitskraft in etwa einer halben bäuerlichen Arbeitskraft (210 Standardarbeitstage) nach altem Recht entsprechen würden. Mithin hat es zumindest indirekt das richtige Recht angewendet. Wie dem damals angefochtenen Urteil des Verwaltungsgerichts (vgl. Erw. 3.2) zu entnehmen ist, erreichte der Betrieb Y knapp 200 Standardarbeitstage und war nach dem im Zeitpunkt des Zuweisungsbegehrens massgebenden Recht im Sinne von Art. 7 Abs. 1 BGGB kein landwirtschaftliches Gewerbe gewesen.