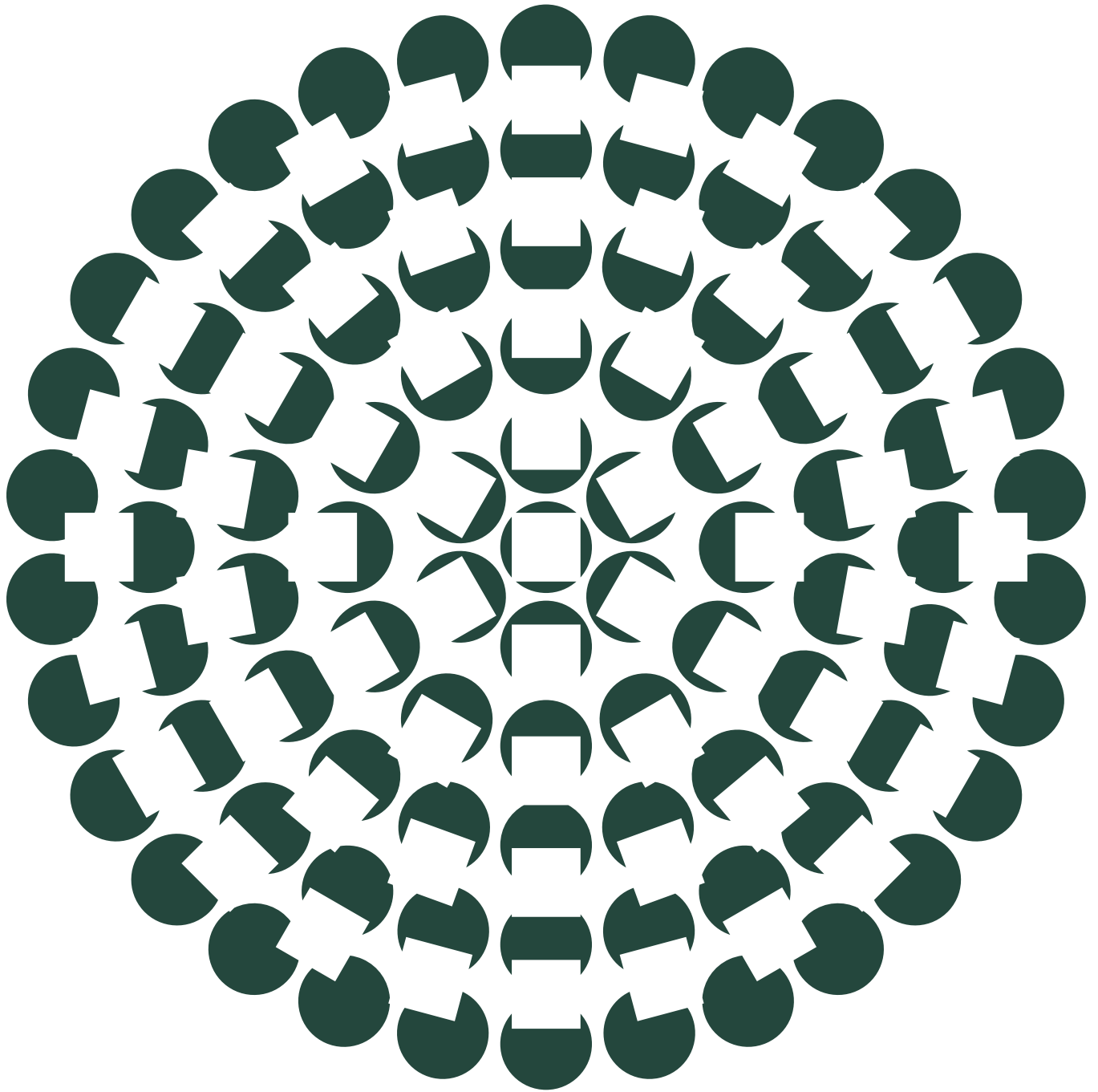


rechtstexte



nr. 4

# rechtstexte 4

## Unternehmenserbrecht – unde venis? Ein historischer Rückblick anlässlich der aktuellen Erbrechtsrevision

Im Rahmen der aktuellen Erbrechtsrevision wird im Schweizerischen Parlament die Einführung eines gesetzlichen Integralzuweisungsanspruchs zur Erhaltung von Unternehmen im Erbgang debattiert. Schon vor über 100 Jahren hatte sich EUGEN HUBER selbst an der Einführung eines solchen allgemeinen Unternehmenserbrechts versucht – und scheiterte knapp.

Der historische Rückblick zeigt, dass sich schon damals dieselben Fragen stellten wie heute. Insbesondere die Frage, wie die Integralzuweisung von Unternehmen ermöglicht werden soll, ohne dabei zu stark in die Stellung der übrigen Erben einzugreifen, spaltete auch damals die Gemüter. Die historische Nachzeichnung der Debatte zeigt zum einen spannende Parallelen und Gegensätze zu den heutigen Streitpunkten in den Revisionsbemühungen auf. Zum anderen wird ein besonderes Augenmerk auf ein Rechtsinstitut gerichtet, das EUGEN HUBER damals als Kernstück seines Unternehmenserbrechts im Blick hatte: Die Gemeinderschaft (Art. 336-348 ZGB).

Ob sie auch heute noch als Inspirationsquelle, Alternative oder Ergänzung dienen kann, dürfte nicht zuletzt vom Ausgang der Unternehmenserbrechtsrevision abhängen.

### Autor

BLaw Balian de Viragh  
(balian.de.viragh@ius.uzh.ch)

### Herausgeber

Prof. Dr. iur. Walter Boente

### URL

rechtstexte.online/4

### DOI

<https://doi.org/10.58591/rt.4>

### Lizenz

Creative Commons Namensnennung 4.0 International.

### Zitiervorschlag

Balian de Viragh, Unternehmenserbrecht – unde venis? Ein historischer Rückblick anlässlich der aktuellen Erbrechtsrevision, rechtstexte nr. 4, N.

### Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. «Unternehmenserbrecht» nach Eugen Huber	5
I. Ausgangslage und Situation vor 1912	5
1. Flickenteppich in den kantonalen (bäuerlichen) Erbrechten	5
a. Allgemeine Ausgangslage	5
b. Grundsatz: Bevorzugung der Söhne	7
2. Bedürfnisse und Ziele eines «modernen» bäuerlichen Erbrechts?	11
a. Ablehnung des alten inegalitären bäuerlichen Erbrechts, aber Anerkennung spezieller Bedürfnisse	11
b. Verhinderung der Bodenzersplitterung	13
c. Verhinderung der übermässigen Verschuldung	17
d. Besonderes bäuerliches Erbrecht als volkswirtschaftliche Notwendigkeit	18
e. Eugen Hubers Grundkonzeption	22
II. Integralzuweisung von (landwirtschaftlichen) Gewerben nach Eugen Huber	25
1. Sachlich: Nur landwirtschaftliche Gewerbe?	25
a. Eugen Hubers Vorschläge und Vorarbeiten	25
b. Debatte in der Expertenkommission	30
c. Behandlung in der Bundesversammlung	33
d. Endfassung im ZGB von 1912	36

e. «Landwirtschaftliches Gewerbe»? _____	40
2. Persönlich: Bestimmung des Übernehmers _____	43
a. Versionen und Grundsätzliches _____	43
b. «Eignung» des Übernehmers? _____	48
3. Vorgehen bei Einspruch und bei mehreren geeigneten Übernehmern? _____	53
a. Einspruch eines oder mehrerer Miterben _____	55
b. Kriterien bei mehreren geeigneten Übernehmern _____	58
aa. Vorzugsrecht der selbstbewirtschaftenden Erben _____	63
bb. Ortsgebrauch _____	68
cc. Persönliche Verhältnisse _____	72
dd. Kaskadenordnung _____	76
4. Anrechnungswert & Gewinnbeteiligungsanspruch der Miterben _____	78
a. Schatzungspreis, Ertragswert, Verkehrswert? _____	78
b. Begünstigung des Übernehmers? _____	82
c. Gewinnbeteiligungsanspruch der Miterben _____	85
III. Gemeinderschaft als Mittel der Stundung und Sicherstellung der Ansprüche der Miterben _____	90
1. Vorbemerkung _____	90
2. Gemeinderschaft _____	93
a. Gemeinderschaft als erbrechtliches Instrument? _____	95
b. Begriff und Formvorschriften _____	97
c. Abgrenzung zur Erbengemeinschaft _____	101
d. Innenverhältnis und Stellung der Gemeinder untereinander _____	106
e. Aussenverhältnis _____	110
f. Aufhebung und Teilung _____	114
3. Ertragsgemeinderschaft im Besonderen _____	118
a. Definition und Unterschied _____	118
b. Anspruch der Miterben auf jährlichen Anteil am Reingewinn _____	122
c. Besonderer Auflösungsgrund _____	125
4. «Zwangsertragsgemeinderschaft» im bäuerlichen Erbrecht _____	127
a. Voraussetzungen _____	127
b. Verschiebung bzw. Stundung der Erbteilung _____	129
c. Besonderheiten in Bezug auf die Auflösungsgründe _____	131
5. Rezeption der (Ertrags-)gemeinderschaft in der zeitgenössischen Lehre _____	133
a. Vorteile und Befürworter _____	133
b. Kritik an der Gemeinderschaft als solcher _____	136
c. Kritik an der Ertragsgemeinderschaft _____	138
d. Kritik an der Zwangsertragsgemeinderschaft _____	141
C. Scheitern Eugen Hubers Konzeptionen _____	143
I. Bäuerliches Erbrecht als tote Buchstaben _____	143
1. Geringe Verbreitung der Gemeinderschaft bereits vor 1912 _____	143
2. Geringe Verbreitung der Gemeinderschaft nach 1912 _____	146
3. Fehlende Anwendung des bäuerlichen Erbrechts nach 1912 _____	149
II. Heutiger Blick auf die Überbleibsel des bäuerlichen Erbrechts? _____	153
1. Geplante Abschaffung der Gemeinderschaft _____	153
2. Heutige Kritikpunkte an der Gemeinderschaft _____	154
a. Komplizierte Errichtung _____	154
b. Zu wenig flexible Entscheidungsfindung _____	156
c. Solidarische Haftung und fehlende Rechtspersönlichkeit _____	158
d. Bessere Alternativen? _____	160
3. Und dennoch: Modellcharakter des BGEB? _____	163
D. Aktuelle Erbrechtsrevision – des Rätsels Lösung? _____	165

I. Revisionsbedarf	165
1. Erleichterung der Nachfolge in Familienunternehmen	165
2. Hindernisse der Integralzuweisung de lege lata	169
II. Integralzuweisung de lege ferenda	171
1. Sachlich: Unternehmen i.S.v. Art. 616 E-ZGB	171
2. Persönlich: Geeignete(r) Übernehmer i.S.v. Art. 617 E-ZGB	174
3. Anrechnungswert	181
III. Stundung der Pflichtteilsansprüche der Miterben	183
1. Voraussetzung: «ernstliche Schwierigkeiten»	183
2. Sicherstellung und Verzinsung	186
α. Sicherstellung trotz ernstlicher Schwierigkeiten?	186
b. «Angemessene» Verzinsung?	191
3. Gemeinderschaft als Alternative und Inspirationsquelle	194
E. Fazit	197

# A. Einleitung

**01** Am 10. Juni 2022 hat der Bundesrat die Botschaft zur Unternehmensnachfolge im Erbrecht, zur zweiten Etappe der bereits 2017 lancierten Modernisierung des Erbrechts, verabschiedet.<sup>1</sup> Der Bundesrat sieht den Handlungsbedarf vor allem aus volkswirtschaftlicher Sicht, denn gescheiterte Unternehmensnachfolgelösungen würden meist zur Auflösung oder Liquidierung dieser Unternehmen führen, was negative Folgen für den Arbeitsmarkt und die Volkswirtschaft im Allgemeinen nach sich ziehen könne.<sup>2</sup>

**02** Die Vorlage des Bundesrats hatte im Parlament jedoch einen unerwartet schweren Stand. Der Ständerat hat am 15. Juni 2023 auf Anraten seiner Rechtskommission<sup>3</sup> beschlossen, gar nicht erst auf die Vorlage einzutreten. In der vergangenen Herbstsession hat der Nationalrat am 20. September 2023 nun den Beschluss gefasst, doch noch auf die Vorlage einzutreten und hat einige Änderungen vorgeschlagen, welche die Kritikpunkte des Erstrates entschärfen sollen.<sup>4</sup> Die Kritiker scheinen von diesen Anpassungen allerdings nicht überzeugt zu sein. So hat die Rechtskommission des Ständerats am 9. Januar 2024 beschlossen, am Nichteintreten festzuhalten.<sup>5</sup> Sollte der Ständerat zum zweiten Mal seiner vorberatenden Kommission folgen, wäre das Unternehmenserbrecht Geschichte.

**03** Die Revisionsbemühungen sollen zum Anlass genommen werden, noch einmal auf die Entstehungsgeschichte des Zivilgesetzbuches zurückzublicken. Diese Rückschau in die Geschichte zeigt, dass bereits bei der Ausarbeitung des ZGB von 1912, nicht zuletzt von EUGEN HUBER, ein «Unternehmenserbrecht» vorgeschlagen worden war – sich aber auch damals der Gesetzgeber, vor über 100 Jahren, mit der Einführung dieses «Unternehmenserbrechts» schwergetan hatte. Auch wenn damals letztlich die Erhaltung von bäuerlichen Landwirtschaftsbetrieben im Vordergrund gestanden haben mag, war der Weg zu einem allgemeinen «Unternehmenserbrecht» bereits geebnet. Dessen Einführung sollte erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens scheitern.

**04** Bei diesem Rückblick zeigt sich zum einen, dass die zentralen Streitpunkte schon vor über 100 Jahren dieselben waren wie in der heutigen Debatte. Zum anderen wird ein Rechtsinstitut ins Zentrum rücken, das heute bereits fast in Vergessenheit geraten ist, in EUGEN HUBERS Konzeption eines Unternehmenserbrechts jedoch noch eine zentrale Rolle eingenommen hatte: die Gemeinderschaft, in neuer Aktualität.

1

«Bundesrat verabschiedet Botschaft zur Unternehmensnachfolge im Erbrecht», Medienmitteilung des Bundesrats vom 10. Juni 2022, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mmm.msg-id-89219.html> (besucht am 03.03.2024).

2

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Unternehmensnachfolge) vom 10. Juni 2022, BBl 2022 1637, 2.

3

Medienmitteilung RK-S vom 18.04.2023, <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mmm-rk-sr-2023-04-18.aspx> (besucht am 03.03.2024).

4

Eintretensdebatte des Nationalrats, AB 2023 N 1773 ff.; Detailberatung, AB 2023 N 1779 ff.

5

Medienmitteilung RK-S vom 09.01.2024, <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mmm-rk-s-2023-01-09-2.aspx> (besucht am 03.03.2024).

# B. «Unternehmens- erbrecht» nach Eugen Huber

## I. Ausgangslage und Situation vor 1912

### 1. Flickenteppich in den kantonalen (bäuerlichen) Erbrechten

#### a. Allgemeine Ausgangslage

**05** Vor dem ZGB von 1912 war der (Entwicklungs-)Stand der Privatrechtsgesetzgebung in den einzelnen Kantonen alles andere als einheitlich. Zehn Kantone verfügten über keine umfassende privatrechtliche Kodifikation, sondern höchstens über diverse Spezialgesetze, alte Statutarrechte oder Anfänge von Kodifikationsversuchen.<sup>6</sup> Sechs Kantone verfügten über privatrechtliche Kodifikationen, die sich an den französischen Code civil anlehnten bzw. diesen übernommen hatten,<sup>7</sup> während vier Kantone sich für ihre privatrechtliche Kodifikation das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch zum Vorbild genommen hatten.<sup>8</sup> Die letzte Gruppe bestand aus dem Kanton Zürich mit seinem eigenen Privatrechtlichen Gesetzbuch sowie den Kantonen, welche sich dieses zumindest teilweise zum Vorbild genommen hatten.<sup>9</sup>

**06** Bemerkenswert ist, dass zwischen den Kantonen die grössten Unterschiede beim Erbrecht bestanden. Oftmals wurden selbst bei Anlehnung an andere Kodifikationen die überlieferten, alten Erbrechte beibehalten bzw. in Spezialgesetzen näher ausgeführt.<sup>10</sup> Diese kantonalen Unterschiede spiegelten sich gerade auch in den Rechtsinstituten und Hilfsmitteln des bäuerlichen Erbrechts wider, mit denen unter anderem auch die Erhaltung der bäuerlichen Betriebe als wirtschaftlich profitable Unternehmen sichergestellt werden sollte.<sup>11</sup>

#### b. Grundsatz: Bevorzugung der Söhne

**07** In der Zeit vor dem ZGB von 1912 war die Gleichbehandlung von Söhnen und Töchtern im Erbrecht vieler Kantone nicht weit fortgeschritten. Meist erhielten die Söhne eine grössere Erbquote als die Töchter oder die Töchter waren von der Erbschaft an Grund und Boden sogar gänzlich ausgeschlossen.<sup>12</sup>

6

HUBER EUGEN, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 4 Bände, Basel 1886-1897, Band I 50 ff. (Uri, Schwyz, beide Unterwalden, beide Basel, beide Appenzel, St. Gallen und Thurgau).

7

Ebd., Band I 52 ff. (Genève, Waadt, Freiburg, Wallis, Neuenburg und das Tessin).

8

Ebd., Band I 54 ff. (Bern, Luzern, Solothurn und Aargau).

9

Ebd., Band I 56 ff. (Schaffhausen, Zug, Graubünden und Glarus).

10

Zum Ganzen HUBER, System und Geschichte (FN 6), Band II 3 ff.; HUBER, System und Geschichte (FN 6), Band I 52 ff.; vgl. jedoch BREITSCHMID PETER, Erbrecht 2073 – Wie wird das «neue» Erbrecht aussehen, wenn es älter ist?, ZSR/RDS Band 142 (2023) I, Heft 4, 285 ff., 287, wonach diese Unterschiede in keinem Falle das heute noch gültige und vertraute Modell der «erbrechtlichen Mechanik» betrafen.

11

Vgl. HUBER EUGEN, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Erster Band, Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht, 2. Aufl. Bern 1914, 347 ff.

12

Zum Ganzen HEDEMANN JUSTUS WILHELM, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, Ein Überblick über die Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz, Zweiter Teil: Die Entwicklung des Bodenrechts von der französischen Revolution bis zur Gegenwart, 1. Hälfte: Das materielle Bodenrecht, Berlin 1930, 69 f.; HUBER, System und Geschichte (FN 6), Band II 53 f.

**08** Noch verbreiteter war das Vorzugsrecht der Söhne vor den Töchtern auf Übernahme der Liegenschaften zum ermässigten Schatzungswert.<sup>13</sup> Um die Integritätzuweisung des Hofes auch bei mehreren Söhnen sicherzustellen, war in vielen deutschschweizerischen Kantonen das sog. Minorat üblich, d.h. das Vorrecht des jüngsten Sohnes auf Übernahme des Wohnhauses oder des Hofes des Vaters zum ermässigten Schatzungspreis; dies als Gegenstück zu den Erstgeborenenrechten, sog. Majorat, zum Beispiel in Frankreich, vor Einführung des Code civil. Teils wurde dies gar als «Schweizer Anerbenrecht» oder «helvetisches Recht» bezeichnet.<sup>14</sup> Kurz vor Einführung des ZGB von 1912 war dieses Minorat jedoch nur noch in den Kantonen Bern und Solothurn verankert.<sup>15</sup>

**09** Die Wirksamkeit dieser Vorzugs- und Vorrechte für die Erhaltung der bäuerlichen Gewerbe schien offensichtlich. Die grössere Sohnesquote oder gar der Ausschluss der Töchter von der Erbschaft der Liegenschaften hatte den wirtschaftlichen Vorteil, dass die Erbschaft weniger geteilt und damit ihre Geschlossenheit besser gewahrt werden konnte.<sup>16</sup> Das Vorrecht des jüngsten Sohnes erlaubte es diesem oftmals, das bäuerliche Gewerbe auf zweckmässiger Grundlage weiterzuführen.<sup>17</sup> Die Frage, wie bei mehreren übernahmewilligen Erben zu verfahren und ob tatsächlich der jüngste Sohn stets der geeignetste war, stand damit bereits zur Diskussion.

**10** In vielen Kantonen hatte mittlerweile jedoch die Gleichstellung der Erben ungeachtet ihres Geschlechts und ihrer Abstammung Einzug gehalten und war zum «Grundsatz der kantonalen Erbrechte» geworden. Eine schweizweite (Wieder-)Einführung ungleicher Erbquoten oder Erbansprüche kam für EUGEN HUBER nicht in Frage. Selbst die Kantone, die solche Regelungen noch kannten, sprachen sich überwiegend gegen deren Beibehaltung aus.<sup>18</sup>

## 2. Bedürfnisse und Ziele eines «modernen» bäuerlichen Erbrechts?

### α. Ablehnung des alten inegalitären bäuerlichen Erbrechts, aber Anerkennung spezieller Bedürfnisse

**11** So sehr EUGEN HUBER im Rahmen der Ausarbeitung des ZGB von 1912 die alten kantonalen Instrumente des bäuerlichen Erbrechts ablehnte, so anerkannte er doch, dass trotz des voranschreitenden Grundsatzes der Gleichberechtigung der Erben «die gesamte ackerbauende Schweiz (...) vom Bodensee bis zur waadtländischen Hochebene (...) von einer künftigen Gesetzgebung mit recht verlangen» dürfe, «dass ihre Interessen in irgendeiner Weise Beachtung erfahren.»<sup>19</sup>

**12** Die Schwierigkeit lag darin, dass man diese besonderen Bedürfnisse nicht durch die Schaffung neuer Sonderrechte, Privilegien oder anderer ungerechtfertigter Benachteiligungen der Miterben befriedigen wollte. Widersprochen hätte dies nicht zuletzt den neueren Anschauungen und dem sich durchsetzenden Grundsatz der Gleichberechtigung aller Erben.<sup>20</sup> So sah man sich vor die Herausforderung gestellt,

13

HUBER, System und Geschichte (FN 6), Band II 45 ff.; HEDEMANN (FN 12), 71; bspw. im Kanton Zürich § 851 f. und § 859 PrGB ZH (1888).

14

Zum Ganzen HUBER, System und Geschichte (FN 6), Band IV 559 ff.; HUBER, System und Geschichte (FN 6), Band II 52.

15

HUBER, System und Geschichte (FN 6), Band II 52; ESCHER, ZK (1912), Vorbem. zu Art. 616-620 N 2; HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 358 f.

16

HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 356 f.

17

HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 359; CHÉRON ALBERT, De la transmission intégrale des exploitations agricoles ou industrielles dans le droit Suisse, Paris 1902, 102.

18

Zum Ganzen HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 356 ff.; HEDEMANN (FN 12), 70 f.; vgl. bspw. im Kanton Zürich § 857 PrGB ZH (1888): «Die gemeine väterlicher Erbmasse wird zwischen Söhnen und Töchtern gleichmässig geteilt».

19

HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 350; EHRLICH EUGEN, Der Schweizerische Erbrechtsentwurf, Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik 9 (1896), Berlin 1896, 181.

20

GUGGENHEIM KARL, Das bäuerliche Erbrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches verglichen mit dem kantonalen Recht und den deutschen Anerbenrechten, Aarau 1909, 5, 15; vgl. vorne Rz. 10 ff.

die anerkannten praktischen Interessen durch die modernen Grundsätze des nun neu zu setzenden Rechts abzubilden.

## b. Verhinderung der Bodenzersplitterung

**13** Das Hauptanliegen, welches das bäuerliche Erbrecht verfolgte, war die Verhinderung der Bodenzersplitterung,<sup>21</sup> und zuletzt der «Totteilung»,<sup>22</sup> weil durch den Grundsatz der Gleichberechtigung bei der Erbteilung die bäuerliche Liegenschaft gleichmässig verteilt werden musste.<sup>23</sup>

**14** Der französische Code civil, der die lateinischen Kantone geprägt hatte,<sup>24</sup> verwirklichte das Prinzip der Gleichberechtigung auf besonders konsequente und damit dem bäuerlichen Grundbesitz besonders schädliche Art und Weise: Jede Bevorzugung der Söhne und der Erstgeborenen war abgeschafft,<sup>25</sup> kein Erbe konnte zum Verbleib in der Erbengemeinschaft gezwungen werden,<sup>26</sup> und gleichzeitig hatte jeder Erbe grundsätzlich den gleichen Anspruch auf Zuteilung der Erbschaftsgegenstände in natura.<sup>27</sup> All dies zielte gegen den Grossgrundbesitz, weshalb der Code civil bzw. seine auch in andere Länder exportierten Grundsätze zu Recht als «machine à hacher le sol» bezeichnet wurden.<sup>28</sup>

**15** Die Auswirkungen eines so streng durchgeführten Grundsatzes der Gleichteilung auf das landwirtschaftliche Gewerbe und den bäuerlichen Grundbesitz konnten daher mit einem kurzen Blick über die Grenze nach Frankreich sowie in die westschweizerischen Kantone betrachtet werden. So war in Frankreich die Zahl der Bauerngüter mit einer Grösse von über 10 Hektaren zwischen 1882 und 1892 um 20'000 gefallen, während die Zahl der Bauerngüter mit einer Grösse von unter 10 Hektaren im gleichen Zeitraum um 50'000 gestiegen war.<sup>29</sup>

**16** Auch in den westschweizerischen Kantonen hatte man in Anlehnung an den französischen Code civil den Grundsatz der gleichmässigen Erbteilung so konsequent durchgeführt, dass hier ebenfalls bereits eine Zersplitterung des Grundbesitzes auszumachen war. Die Parzellengrösse sank oft auf 20 bis 30 m<sup>2</sup> herab. Dass man dies jedoch nicht notwendigerweise als Belastung empfand, war im Wesentlichen auf den überwiegenden Weinanbau zurückzuführen, der sich auch bei kleineren Grundstücken lohnte.<sup>30</sup>

## c. Verhinderung der übermässigen Verschuldung

**17** Der zweite Hauptzweck des bäuerlichen Erbrechts, der mit dem ersten in Wechselbeziehung stand, war die Verhinderung der übermässigen Verschuldung des bäuerlichen Grundbesitzes.<sup>31</sup> Sie wurde als zweites Hauptgebrechen der schweizerischen Landwirtschaft bezeichnet und ebenfalls auf die «egalitären erbrechtlichen Grundsätze» zurückgeführt.<sup>32</sup> Durch diese war der Übernehmer eines bäuerlichen Gewerbes verpflichtet, die Geschwister in bar abzufinden, wozu er sich häufig verschulden musste.<sup>33</sup> Ausführliches Zahlenmaterial lag in dieser Hinsicht für Österreich vor, wo es zwischen 1868 und 1892 in 56.7% aller Erbfälle zu einer Neubelastung

21

HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 356; HEDEMANN (FN 12), 81; GUGGENHEIM (FN 20), 5.

22

HUBER MAX, Die Gemeinderschaften der Schweiz auf Grundlage der Quellen dargestellt, Breslau 1897, 19.

23

HEDEMANN (FN 12), 82 f.

24

Siehe dazu bereits vorne Rz. 5.

25

Vgl. Art. 745 des französischen Code civil: «Les enfants succèdent sans distinction de sexe ni de primogéniture. Ils succèdent par égales portions», zit. in HEDEMANN (FN 12), 68.

26

Vgl. Art. 815 des französischen Code civil: «Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision», zit. in HEDEMANN (FN 12), 63.

27

Vgl. Art. 826 des französischen Code civil: «Chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession» sowie Art. 832, zit. in GUGGENHEIM (FN 20), 6.

28

GUGGENHEIM (FN 20), 7; HEDEMANN (FN 12), 83 f.

29

GUGGENHEIM (FN 20), 7.

30

Zum Ganzen HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 350; BÜHLMANN FRITZ, Das bäuerliche Erbrecht im Entwurfe eines schweizerischen Zivilgesetzes, Vortrag vor der Hauptversammlung des bernischen Juristenvereins am 20. Oktober 1902, ZBJV 39 (1903), 5 ff., 6.

31

HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 356.

32

Votum Hoffmann Arthur, Sten.Bull. 1906, 488.

33

Ebd.



der Grundstücke zwecks Erbabfindung kam und in der Steiermark über 30% aller Grundstücksschulden auf den Erbgang zurückzuführen waren.<sup>34</sup>

## d. Besonderes bäuerliches Erbrecht als volkswirtschaftliche Notwendigkeit

**18** Schliesslich wurde die Notwendigkeit eines besonderen bäuerlichen Erbrechts stets auch volkswirtschaftlich begründet, sowohl bezüglich der drohenden Bodenzerstückelung wie auch bezüglich der Verschuldung der bäuerlichen Unternehmen. Besonders dramatisch postulierte damals GUGGENHEIM:

«Es muss sich mit der Zeit an der gesamten Volkswirtschaft eines Landes unnachsichtlich rächen, wenn dessen Erbrechtsordnung dauernd die besonderen Interessen und Bedürfnisse des bäuerlichen Grundeigentums ausser Acht lässt.»<sup>35</sup>

**19** Dabei wurde nicht jede (Auf-)Teilung des Grundbesitzes bzw. landwirtschaftlichen Grundstücks als gefahrbringend betrachtet, sondern nur eine Zerlegung in so kleine Stücke, dass eine zweckmässige Bewirtschaftung des Bodens nicht mehr möglich war (sog. «Zwergwirtschaft»)<sup>36</sup> EUGEN HUBER erwähnte als Beispiel den Kanton Jura, bei dem infolge des Grundsatzes der gleichmässigen Erbteilung nach dem französischen Code civil eine bäuerliche Bewirtschaftung des Bodens nahezu unmöglich geworden war und der dadurch entstandene Schaden nur durch das Aufblühen der Industrie ausgeglichen werden konnte.<sup>37</sup> Zudem wirkte sich die Bodenzerstückelung vor allem zu Ungunsten des mittelgrossen, als besonders leistungsfähig erachteten Grundbesitzerstandes aus, konnten doch nur noch die kapitalkräftigeren Grossgrundbesitzer die durch die Erbteilung freiwerdenden Parzellen zur Arrondierung aufkaufen.<sup>38</sup>

**20** Auch die Überschuldung der bäuerlichen Landwirtschaft wurde als volkswirtschaftliches Problem verstanden. Zum einen war wiederum primär der kleine und mittlere Grundbesitz betroffen. Zum anderen hatte ebendiese Überschuldung zur Folge, dass den Bauern das unternehmerische Kapital fehlte bzw. sie keine Kredite mehr aufnehmen konnten, um ihre Produktionsbedingungen zu modernisieren, obwohl ebendies ihre wirtschaftliche Existenz und den erzielbaren Ertrag wesentlich verbessert hätte.<sup>39</sup>

**21** Moderner ausgedrückt mag man formulieren, dass der Kampf gegen die übermässige Bodenzerstückelung und Überschuldung des landwirtschaftlichen Grundbesitzes nicht nur ein Gebot der Berücksichtigung der Partikularinteressen des Bauernstandes darstellte, sondern auch ein Gebot der volkswirtschaftlichen Stärkung und Erhaltung der bäuerlichen KMU.<sup>40</sup>

## e. Eugen Hubers Grundkonzeption

**22** EUGEN HUBER schlug vor diesem Hintergrund für das ZGB ein bäuerliches Erbrecht vor, das die «Festhaltung und Weiterentwicklung gedeihlicher Entwicklung» und damit die erfolgreiche Integralzuweisung landwirtschaftlicher Gewerbe auf drei Grundpfeilern gründete:

34

HEDEMANN (FN 12), 101 f. und FN 20 m.w.H.

35

GUGGENHEIM (FN 20), 4 f.

36

HEDEMANN (FN 12), 81; vgl. auch Votum Hoffmann Arthur, Sten.Bull. 1906, 488.

37

Zum Ganzen HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 350.

38

GUGGENHEIM (FN 20), 7; HEDEMANN (FN 12), 81.

39

Zum Ganzen Votum Hoffmann Arthur, Sten.Bull. 1906, 633 f.; GUGGENHEIM (FN 20), 18.

40

Vgl. zum heutigen Revisionsbedarf im Erbrecht hinten Rz. 141.

23 Nach EUGEN HUBERS Erläuterungen des Vorentwurfs sollte in erster Linie eine «ausgedehntere» Verfügungsfreiheit dem Erblasser ermöglichen, den Nachfolger im bäuerlichen Gewerbe bereits selbst zu bestimmen.<sup>41</sup> Für den Fall, dass sich das Gut nicht wirtschaftlich sinnvoll zerteilen und auch nicht ohne Überschuldung durch einen Einzelnen übernehmen liess, verwies EUGEN HUBER die Erben in zweiter Linie auf die Gemeinderschaft, ein Mittel mit dem man auf *einvernehmlicher*, vertraglicher Basis «dasjenige vereint erhalten» könne, «was zusammengehört». Erst in dritter Linie sah HUBER einen Integralzuweisungsanspruch des Übernehmers vor, damit dann aber zugleich das eventuelle Entstehen einer Ertragsgemeinderschaft *auch gegen den Willen* der Miterben und ohne eine Verfügung des Erblassers.<sup>42</sup>

24 Die erste Säule dieser Konzeption, d.h. die Verfügungsfreiheit des Erblassers, wurde mit der am 1. Januar 2023 in Kraft getretenen Reduktion der Pflichtteile weiter ausgebaut. Ebenso stellen sich einvernehmliche Lösungen in der Unternehmensnachfolge auch heute noch als Idealfall dar. Gegenstand der aktuellen Revisionsbemühungen ist hingegen vor allem die dritte Säule der HUBER'schen Konzeption, der gesetzliche Integralzuweisungsanspruch des Übernehmers, der daher im Folgenden genauer beleuchtet werden soll.

## II. Integralzuweisung von (landwirtschaftlichen) Gewerben nach Eugen Huber

### 1. Sachlich: Nur landwirtschaftliche Gewerbe?

#### α. Eugen Hubers Vorschläge und Vorarbeiten

25 Zu der sich bereits bei den Vorarbeiten zum ZGB stellenden Frage, ob neben den landwirtschaftlichen Gewerben auch andere Unternehmen von den besonderen Regelungen des bäuerlichen Erbrechts erfasst sein sollten, hatte EUGEN HUBER eine vorsichtig progressive Meinung. Bereits in den Betrachtungen über die Vereinheitlichung des Schweizerischen Erbrechts hatte er eine Ausdehnung auf andere mit Liegenschaften verbundene Gewerbe befürwortet, wobei er insbesondere an Mühlen, Werkstätten und dergleichen dachte.<sup>43</sup>

26 So fand sich denn dann auch im Teilentwurf ein wie folgt ausformulierter Art. 607 Abs. 1 TE-ZGB (1895) (Hervorhebung hinzugefügt):

«Befindet sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches oder ein anderes mit einer Liegenschaft zu einem Ganzen verbundenen Gewerbe, so soll es, wenn sich einer der Erben zu dessen Uebernahme bereit erklärt, diesem, soweit es für den wirtschaftlichen Betrieb eine Einheit bildet, ungeteilt zugewiesen werden.»

27 Dabei verwies EUGEN HUBER nicht zuletzt darauf, dass sich namentlich der Kanton St. Gallen in der Vernehmlassung für

41

HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 336 f., 364, auch zur zuvor bestehenden Rechtslage bzw. teils einer gar nicht bestehenden Verfügungsfreiheit.

42

Zum Ganzen HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 364 f.; siehe dazu hinten Rz. 109 ff.

43

HUBER EUGEN, Betrachtungen über die Vereinheitlichung des Schweizerischen Erbrechts, Basel 1895, 69.

eine billige Übernahme der Gewerbe und der dazu bestimmten Gebäude nach dem Durchschnitts-Ertragswert ausgesprochen hatte. Ratio der besonderen Regelungen war «nach moderner Anschauung» die Erhaltung leistungsfähiger Gewerbebetriebe per se und nicht nur des bäuerlichen Familienbesitzes:

«Sind die angeregten Schutzvorrichtungen für die bäuerlichen Gewerbe wohlthätig, so werden sie auch für die anderen sich als nützlich erweisen, so dass aus dem gewählten Gesichtspunkt kein Grund dafür ersichtlich ist, sie diesen letztern vorzuenthalten.»<sup>44</sup>

**28** Auch in den folgenden Entwürfen blieben die «anderen mit einer Liegenschaft zu einem Ganzen verbundenen Gewerbe» in Art. 666 Abs. 1 DE-ZGB (1900) und Art. 630 Abs. 1 VE-ZGB (1900) erwähnt und wurden damit vom Regelungsgehalt des bäuerlichen Erbrechts mitumfasst.

**29** In der Diskussion dieser Entwürfe bezeichnete namentlich HITZIG die Tatsache, dass sich die Regelungen von Art. 630 ff. VE-ZGB (1900) nicht nur auf landwirtschaftliche Gewerbe beschränkten, es sich also nicht um ein spezifisch agrarisches Institut handle, als einer der grossen Unterschiede zu den überkommenen Anerbenrechtssystemen.<sup>45</sup> Auch RÜMELIN sah die Tatsache, dass andere Gewerbe wie Fabriken von den besonderen Regelungen erfasst werden sollten, als Vorteil, da den Vorschriften so nicht der Charakter eines bäuerlichen Sonderrechts mitanhängen würde, was nach seiner Prognose einer besseren Akzeptanz dieser besonderen Regelungen zuträglich sein würde.<sup>46</sup>

## b. Debatte in der Expertenkommission

**30** In den Beratungen der grossen Expertenkommission hatte sich zudem EDUARD BOOS, Sekretär des Schweizerischen Gewerbevereins, für eine noch grössere Ausweitung der Integralzuweisung nach Art. 630 VE-ZGB (1900) ausgesprochen. Nicht nur andere mit einer Liegenschaft verbundene Gewerbe, sondern Gewerbe allgemein, d.h. selbst solche, die nicht mit einer Liegenschaft verbunden waren, sollten von den Bestimmungen erfasst werden:

«(...) aus volkswirtschaftlichen Gründen empfehle es sich, dass Gewerbe beieinander bleiben, trotzdem sie nicht mit einem Grundstück verbunden seien. Neben dem landwirtschaftlichen Stand sei der gewerbliche Stand der wichtigste und es liege daher im Interesse des Staates, dass man das möglichste zu dessen Hebung thue.»<sup>47</sup>

**31** Widerspruch erfuhr dieser Antrag namentlich von CARL WIELAND, der in Opposition hierzu wieder eine Beschränkung auf landwirtschaftliche Gewerbe beantragte:

«(...) die Ausdehnung des Vorzugsrechtes auf städtische Verhältnisse sei etwas für schweizerische Verhältnisse ganz neues und rechtfertige sich nicht. Jedenfalls dürfte man eventuell nur mit landwirtschaftlichem Betrieb verbundene nichtlandwirtschaftliche Gewerbe berücksichtigen, wodurch die in den Erläuterungen genannten Mühlen und Sägereien eingeschlossen würden.»<sup>48</sup>

**32** In der Abstimmung wurde schliesslich der Antrag Boos mit 17 gegen 10 Stimmen abgelehnt – und der Antrag WIELAND mit 17 gegen 10 Stimmen angenommen.<sup>49</sup>

44

Zum Ganzen HUBER EUGEN, Erläuterungen zu dem Teilentwurf des schweizerischen Civilgesetzbuches über das Erbrecht, Bern 1895, 128; HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 368.

45

HITZIG HERMANN FERDINAND, Das Familienvermögen im schweizerischen Vorentwurfe eines Civilgesetzbuches, Basel 1901, 47 f.

46

RÜMELIN MAX, Der Vorentwurf zu einem Schweizerischen Civilgesetzbuch, Leipzig 1901, 82.

47

Zum Ganzen Schweizerisches Civilgesetzbuch, Protokolle der Verhandlungen der grossen Expertenkommission 1901-1903, Zweite Session März 1902, Neuenburg, Vormundschafts- und Erbrecht, 724, 738.

48

Protokoll Expertenkommission Erbrecht (1902) (FN 47), 724.

49

Protokoll Expertenkommission Erbrecht (1902) (FN 47), 724.

Art. 630 Abs. 1 reVE-ZGB (1903) des nach den Beschlüssen der Expertenkommission redigierten Vorentwurfs lautete schliesslich:

«Befindet sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe, so soll es, wenn sich einer der Erben zu dessen Übernahme bereit erklärt und hierfür als geeignet erscheint, diesem Erben nach dem Ertragswert auf Anrechnung ungeteilt zugewiesen werden, soweit es für den wirtschaftlichen Betrieb eine Einheit bildet.»<sup>50</sup>

## c. Behandlung in der Bundesversammlung

**33** Bei der Vorstellung der Bestimmungen zum bäuerlichen Erbrecht im Nationalrat erwähnte EUGEN HUBER zwar noch, dass in den ersten Entwürfen auch andere Gewerbe von diesen besonderen Bestimmungen erfasst waren, beschränkte sich aber letztlich auf den Hinweis, dass bei nicht bäuerlichen Gewerben das Bedürfnis nach solchen besonderen Regeln «wenigstens lange nicht mit der gleichen Intensität vorhanden» sei.<sup>51</sup>

**34** Die nationalrätliche Kommission schlug daraufhin mit Art. 619bis Abs. 1 einen Kompromiss vor:

«Befindet sich in der Erbschaft ein anderes Gewerbe, das mit einem landwirtschaftlichen Betrieb in Zusammenhang steht, so soll es, wenn sich einer der Erben zu dessen Übernahme bereit erklärt und hierfür als geeignet erscheint, diesem Erben nach dem Verkehrswert auf Anrechnung ungeteilt zugewiesen werden.»<sup>52</sup>

**35** Schliesslich setzte jedoch die ständerätliche Kommission als Beschränkung durch, dass hiermit nur «Nebenbetriebe» gemeint seien, d.h. Fälle, in denen das landwirtschaftliche Gewerbe die Hauptsache und das andere Gewerbe bloss Nebensache sei,<sup>53</sup> womit im Wesentlichen die bereits von WIELAND erwähnten Mühlen, Bäckereien und Sägereien gemeint waren.<sup>54</sup> Neben der Tatsache, dass die Anrechnung dieser anderen Gewerbe zum Verkehrswert und nicht zum Ertragswert stattfinden sollte, sollten auf sie auch die besonderen Vorschriften zur Zwangsertragsgemeinschaft gerade keine Anwendung finden.<sup>55</sup>

## d. Endfassung im ZGB von 1912

**36** Art. 620 Abs. 1 aZGB (1912) lautete schliesslich (Hervorhebungen hinzugefügt):

«Befindet sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe, so soll es, wenn einer der Erben sich zu dessen Übernahme bereit erklärt und als hierfür geeignet erscheint, diesem Erben zum Ertragswerte auf Anrechnung ungeteilt zugewiesen werden, soweit es für den wirtschaftlichen Betrieb eine Einheit bildet.»

**37** Und Art. 625 Abs. 1 aZGB (1912) lautete:

«Ist mit dem landwirtschaftlichen Gewerbe ein anderes Gewerbe als Nebenbetrieb verbunden, so soll das Ganze, wenn sich einer der Erben zur Übernahme bereit erklärt und hierfür als geeignet erscheint, diesem Erben zum Verkehrswert auf Anrechnung ungeteilt zugewiesen werden.»

50

Hervorhebung hinzugefügt.

51

Votum Huber Eugen, Sten.Bull. 1906, 349.

52

Sten.Bull. 1906, 341 (Hervorhebungen hinzugefügt); siehe dazu auch Votum Huber Eugen, Sten.Bull. 1906, 349.

53

Votum Hoffmann Arthur, Sten.Bull. 1906, 492; vgl. zum Ganzen auch REICHEL ALEXANDER, Das Erbrecht im Entwurfe eines Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Schweizerisches Jahrbuch, 1. Jahrgang, Zürich 1906, 328 ff., 360.

54

GÜGGENHEIM (FN 20), 102; Votum Huber Eugen, Sten.Bull. 1906, 349; vgl. bereits vorne Rz. 44.

55

Votum Huber Eugen, Sten.Bull. 1906, 349; Votum Hoffmann Arthur, Sten.Bull. 1906, 492; zur Zwangsertragsgemeinschaft siehe hinten Rz. 109 ff.

38 Mit dieser Endfassung hatte man letztlich doch wieder zu einem spezifisch agrarischen Institut zurückgefunden.

39 Kaum abzuschätzen ist, wo heute die Diskussion zum Unternehmenserbrecht stehen würde, hätte Art. 620 aZGB (1912) nach EUGEN HUBERS Vorschlag auch auf andere mit einer Liegenschaft verbundenen Gewerbe oder gar nach Boos' Antrag auf Gewerbe allgemein Anwendung gefunden. So können wir aus heutiger Sicht zumindest feststellen, dass die Integralzuweisung nicht auf exklusiv bäuerlichen Bedürfnissen gründet, sondern Unternehmen allgemein betrifft.<sup>56</sup>

## e. «Landwirtschaftliches Gewerbe»?

40 Für das ZGB von 1912 stellt sich zudem die Frage, was mit diesen landwirtschaftlichen Gewerben überhaupt gemeint war. Eine Legaldefinition findet sich in keinem der Entwürfe. Auch in den parlamentarischen Beratungen wurde dazu nichts Besonderes vorgetragen. Vielmehr wurde die Feststellung des Begriffs und eine zweckmässige Anwendung der Praxis überlassen.<sup>57</sup>

41 Vor dem Hintergrund der Formulierung «soweit es für den wirtschaftlichen Betrieb eine Einheit bildet» lässt sich der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes jedoch zumindest etwas eingrenzen. Zum einen sollte für die Frage, was zum landwirtschaftlichen Gewerbe gehört, eine wirtschaftliche Betrachtungsweise massgeblich sein und nicht, dass es sich etwa um körperlich oder räumlich zusammenhängende Grundstücke handelt.<sup>58</sup> Zum anderen kann daraus abgeleitet werden, dass alles, was nicht notwendigerweise Teil dieser wirtschaftlichen Einheit darstellt, abgetrennt werden kann, ohne dem Ziel der Erhaltung des wirtschaftlichen Betriebs zu schaden. Entscheidend ist also nur, dass ein ordentlicher, wirtschaftlicher Betrieb möglich bleibt.<sup>59</sup> Wenn also das bäuerliche Gewerbe so gross ist, dass man es in mehrere wirtschaftlich selbständige Einheiten aufteilen kann, spricht aus dieser Perspektive nichts gegen eine entsprechende Aufteilung.<sup>60</sup>

42 Nimmt man nun wiederum die Entstehungsgeschichte in den Blick, hätte es zu einer solchen Regelung auch für Unternehmen aller Art kommen können. In gewisser Weise entsprechend wird denn auch im aktuellen Unternehmenserbrechtsentwurf zwischen betriebsnotwendigen und nicht-betriebsnotwendigen Aktiven unterschieden.<sup>61</sup>

## 2. Persönlich: Bestimmung des Übernehmers

### a. Versionen und Grundsätzliches

43 Auch für die Frage, an welche Person das landwirtschaftliche Gewerbe ungeteilt zugewiesen werden sollte, ist wiederum eine Entwicklung in den (Vor-)Entwürfen auszumachen.<sup>62</sup>

56

Siehe dazu unten Rz. 166.

57

GUGGENHEIM (FN 20), 101 f. mit Verweisung auf die Definition des deutschen Landwirtschaftsrats: «Landgüter sind alle eine selbständige wirtschaftliche Einheit bildenden und mit einem Wohnhaus versehenen Grundstücke».

58

Ebd., 104; ESCHER, ZK (1912), Art. 620 N 3a; HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 467; BGE 43 II 569, 574 f. E. 5.

59

Zum Ganzen HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 360; GUGGENHEIM (FN 20), 104 f.

60

ESCHER, ZK (1912), Art. 620 N 3a.

61

Siehe dazu unten zu Art. 630a E-ZGB Rz. 182.

62

Hervorhebungen im Folgenden jeweils hinzugefügt.

44 Art. 607 Abs. 1 TE-ZGB (1895) und Art. 666 Abs. 1 DE-ZGB (1900) sahen vor:

«Befindet sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches oder ein anderes mit einer Liegenschaft zu einem Ganzen verbundenes Gewerbe, so soll es, wenn sich einer der Erben dazu bereit erklärt, diesem, soweit es für den wirtschaftlichen Betrieb eine Einheit bilden, ungeteilt zugewiesen werden.»

45 Art. 630 Abs. 1 VE-ZGB (1900) lautete bereits:

«Befindet sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches oder ein anderes mit einer Liegenschaft zu einem Ganzen verbundenes Gewerbe, so soll es, wenn sich einer der Erben zu dessen Übernahme bereit erklärt und hierfür als nicht ungeeignet erscheint, diesem, soweit es für den wirtschaftlichen Betrieb eine Einheit bildet, um einen billigen Schatzungspreis auf Anrechnung ungeteilt zugewiesen werden.»

46 Art. 630 Abs. 1 reVE-ZGB (1903) des nach den Beschlüssen der Expertenkommission redigierten Vorentwurfs und der spätere Art. 620 Abs. 1 αZGB (1912) lauteten schliesslich:

«Befindet sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe, so soll es, wenn einer der Erben sich zu dessen Übernahme bereit erklärt und als hierfür geeignet erscheint, diesem Erben zum Ertragswerte auf Anrechnung ungeteilt zugewiesen werden, soweit es für den wirtschaftlichen Betrieb eine Einheit bildet.»

47 Grundsätze, die durch all diese Versionen hindurch gleichblieben, waren zum einen, dass die ungeteilte Zuweisung des Gewerbes nur dann erfolgt, wenn der Erblasser keine andere letztwillige Disposition über die Teilung des Gewerbes getroffen hat, und zum anderen, dass ein Erbe die ungeteilte Zuweisung auch verlangen muss. Es sollte also keinesfalls eine zwingende Vorschrift geschaffen werden, bei der das Gewerbe auch gegen den Willen des Erblassers oder seiner Erben ungeteilt zugewiesen werden muss.<sup>63</sup>

## b. «Eignung» des Übernehmers?

48 Demgegenüber scheinen unterschiedliche Anforderungen an den Übernehmer gestellt worden zu sein. Während im Teilentwurf noch einzig erforderlich war, dass sich der Erbe zur Übernahme bereit erklärt, musste er nach dem Vorentwurf als hierfür «nicht ungeeignet», im redigierten Vorentwurf sogar als «geeignet» erscheinen.

49 Anders als man aufgrund dieser Entwicklung annehmen könnte, findet sich in den Materialien kaum eine Erläuterung, was mit dieser Anforderung der «Geeignetheit» gemeint war. Kommentatoren der ersten Stunde gelangten in Auslegung der Bestimmung jedoch etwa zur Voraussetzung, dass der Übernehmer zur Übernahme und zur zukünftigen Bewirtschaftung des landwirtschaftlichen Gewerbes geeignet und bereit sein müsse, nicht jedoch zwingend zur Selbstbewirtschaftung.<sup>64</sup> Dass der Übernehmer das Gewerbe später fremdbewirtschaften lassen, d.h. bspw. verpachten will, wurde also durchaus als zulässig angesehen. Ausreichend, aber auch notwendig, sollten allein gewisse landwirtschaftliche Fachkenntnisse und die Fähigkeit zur richtigen

63

ESCHER, ZK (1912), Art. 620 N 3b, Vorbem. zu Art. 616-620 N 4; TUOR PETER, Das neue Recht, Eine Einführung in das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1912, 300.

64

CURTI-FORRER EUGEN, Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen, Zürich 1911, Art. 620 Anm. 5.

Auswahl eines Pächters sein. In der Praxis blieb die Feststellung der Geeignetheit durch einen nicht zum Selbstbetrieb bereiten Erben dennoch die Ausnahme.<sup>65</sup>

**50** Darüber hinaus äusserten sich die ersten Kommentierungen kaum zu den konkreten Anforderungen an die Eignung des Übernehmers. Man beschränkte sich etwa auf den Hinweis, dass eine «minutiöse Untersuchung» nicht nötig sei, sondern primär die bisherige Berufstätigkeit und Befähigung zum landwirtschaftlichen Beruf zu berücksichtigen seien und verwies den Entscheid darüber an das Ermessen der zuständigen Behörde.<sup>66</sup>

**51** Auch das Bundesgericht stellte in ersten Entscheiden heraus, dass an diese Eignung kein allzu strenger Massstab angelegt werden dürfe.<sup>67</sup> «Moralische Verfehlungen», wie der Hang zum Alkoholismus, sollten, solange die Eignung zur Bewirtschaftung grundsätzlich noch vorhanden war, in den Hintergrund treten.<sup>68</sup>

**52** Mit diesem unbestimmten Begriff der «Geeignetheit» und dem Ermessenspielraum der Behörde, waren einer kreativen Auslegung jedoch Tür und Tor geöffnet. In späteren Entscheiden sollte gerade diesen «moralischen Qualitäten» eine gewichtigere Rolle zugewiesen werden.<sup>69</sup> Gerade eine Neigung zu Faulheit, Alkoholismus oder ein aufwändiger Lebensstil wurden schliesslich doch gegen die Eignung zur Übernahme ins Felde geführt.<sup>70</sup> In BGE 77 II 225 vertrat das Bundesgericht gar, dass die Homosexualität eines ansonsten geeigneten Übernehmers gegen die Zuweisung sprechen würde, da ein Rückfall und allfällige erneute Internierung nicht ausgeschlossen werden könne, was nachteilig für den Hof wäre.<sup>71</sup> Ob eine solche Auslegung dem Willen des ursprünglichen Gesetzgebers entsprach, erscheint fraglich.

### 3. Vorgehen bei Einspruch und bei mehreren geeigneten Übernehmern?

**53** In Fällen, in denen nur ein Erbe das landwirtschaftliche Gewerbe mit Einverständnis seiner Miterben übernehmen wollte, war eine genaue Begriffsbestimmung wohl von vernachlässigbarer praktischer Relevanz. Ganz anders jedoch die Ausgangslage, wenn die Eignung des Übernehmers von den Miterben bestritten wurde, oder auch mehrere geeignete Erben das landwirtschaftliche Gewerbe übernehmen wollten. Solche Konfliktsituationen erforderten einen genaueren Leitfadens des Gesetzgebers für die zuständige Behörde.

**54** Art. 621 Abs. 1 aZGB (1912) bestimmte in dieser Hinsicht:

«Erhebt einer der Miterben Einspruch oder erklären sich mehrere zur Übernahme bereit, so entscheidet die zuständige Behörde über die Zuweisung, Veräusserung oder Teilung des Gewerbes, unter Berücksichtigung des Ortsgebrauchs und, wo ein solcher nicht besteht, der persönlichen Verhältnisse der Erben.»

65

Zum Ganzen siehe ESCHER, ZK (1943), Art. 621 N 20.

66

ESCHER, ZK (1912), Art. 620 N 3c; CURTI-FORRER (FN 66), Art. 620 Anm. 6, Art. 621 Anm. 8.

67

BGE 42 II 426, 433 E. 5.

68

BGE 47 II 258, 261 E. 2, wonach der «Hang zur Flasche» den Übernehmer nicht als ungeeignet erscheinen liess; WEISS G., Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (...) umfassend den Zeitraum 1912-1921, Band 2: Erbrecht, Sachenrecht, Anwendungs- und Einführungsbestimmungen, Zürich 1928, Art. 621 N 2019; ESCHER, ZK (1943), Art. 620 N 17.

69

ESCHER, ZK (1960), Art. 620 N 36.

70

BGE 75 II 30, 31 E. 2.

71

BGE 77 II 225, 226.

## α. Einspruch eines oder mehrerer Miterben

**55** Dass der blosser Einspruch eines Erben, der das landwirtschaftliche Gewerbe selbst gar nicht übernehmen will, zu einer der behördlichen Entscheidung bedürftigen Konfliktsituation führen sollte, war in den Art. 607 Abs. 2 TE-ZGB (1895) und Art. 666 Abs. 2 DE-ZGB (1900) noch gar nicht vorgesehen, sondern erst mit Art. 630 Abs. 2 VE-ZGB (1900) eingeführt worden.

**56** ERNST LAUR hatte zwar bereits in der Expertenkommission einen entsprechenden Gegenantrag gestellt, doch war dieser noch klar abgelehnt worden.<sup>72</sup> Kritisiert wurde teilweise, dass durch dieses uneingeschränkte Einspruchsrecht «Familienschikanen» Vorschub geleistet würde.<sup>73</sup> Dem jedoch wiederum entgegnet, dass die Behörden ungerechtfertigten oder rein schikanösen Einsprüchen ohnehin keine Beachtung schenken müssten.<sup>74</sup>

**57** Auch aus heutiger Perspektive erscheint, ohne Einblick in die damalige Rechtspraxis, ein solch weitgefasstes Einspruchsrecht zumindest deshalb als wünschenswert, als so die Miterben, welche mit gutem Grund eine Teilung oder Veräusserung des landwirtschaftlichen Gewerbes wünschen, ihrem Anliegen vor der Behörde Gehör verschaffen können. So waren die Entscheidungsmöglichkeiten der Behörde auch in Art. 621 aZGB (1912) nicht auf die Zuweisung an einen oder mehrere Erben beschränkt, sondern die Behörde konnte auch die Veräusserung oder Teilung des Gewerbes beschliessen. Ob aber diese Optionen, wie der Gesetzestext offenlässt, tatsächlich als gleichwertige Alternativen nebeneinanderstanden, war umstritten. Als besonders problematisch trat diese Fragestellung wohl bei Berücksichtigung des Ortsgebrauchs in Kantonen hervor, in denen der Grundsatz der Anspruchsgleichheit die kantonalen Gesetzgebungen bestimmt hatte. Nach Sinn und Zweck des bäuerlichen Erbrechts, das gerade die Zerstückelung von landwirtschaftlichen Gewerben verhindern und die Integralzuweisung begünstigen wollte, sprach einiges dafür, dass wenn immer die Voraussetzungen dafür erfüllt waren, eine ungeteilte Zuweisung zu bevorzugen war bzw. sogar die Pflicht zur ungeteilten Zuweisung bestand.<sup>75</sup>

## b. Kriterien bei mehreren geeigneten Übernehmern

**58** Eine eigentliche Konfliktsituation liegt nur vor, wenn es sich um mehrere geeignete Erben handelt, die sich zur Übernahme bereit erklären. Ein i.S.v. Art. 620 aZGB (1912) ungeeigneter Erbe hat gar keinen Integralzuweisungsanspruch, der zu berücksichtigen wäre.<sup>76</sup> Ebenso wenig liegt eine Konfliktsituation vor, wenn mehrere Erben sich zur gemeinsamen Übernahme bereit erklären und gemeinsam den Anspruch nach Art. 620 aZGB (1912) geltend machen.<sup>77</sup> Nur wenn tatsächlich mehrere geeignete Erben die Integralzuweisung für sich selbst beanspruchen, stellt sich die Frage, wie die Behörde entscheiden würde.

72

Protokoll Expertenkommission Erbrecht (1902) (FN 47), 738 f.

73

GUGGENHEIM (FN 20), 121.

74

COURVOISIER ROBERT, De la propriété en main commune et de ses applications dans le projet de Code civil suisse, Diss. Lausanne, Neuenburg 1904, 131.

75

GUGGENHEIM (FN 20), 121; ESCHER, ZK (1912), Art. 621 N 1 f. mit Darstellung der abweichenden Meinung von Raymond Saleilles; BGE 42 II 237, 242 E. 1.

76

ESCHER, ZK (1912), Art. 621 N 1.

77

ESCHER, ZK (1912), Art. 620 N 3b.; BGE 43 II 569, 578 E. 6.



**59** Sinn und Zweck des bäuerlichen Erbrechts war dabei nicht, die ertragsreichste Bewirtschaftung von landwirtschaftlichen Gewerben sicherzustellen, weshalb das Ausmass der Eignung kein hinreichendes Entscheidungskriterium darstellte. Jeder grundsätzlich zur Übernahme geeignete Übernehmer hatte daher im Ausgangspunkt den gleichen Anspruch auf Integralzuweisung; das landwirtschaftliche Gewerbe war nicht einfach dem «Geeignetsten» zuzuweisen.<sup>78</sup> Für die Entscheidung der Zuweisung unter mehreren Erben bedurfte es also anderer Kriterien.

**60** Nach Art. 621 Abs. 1 aZGB (1912) sollte die Entscheidung der Behörde bei mehreren übernahmewilligen Erben «unter Berücksichtigung des Ortsgebrauchs, und wo ein solcher nicht besteht, der persönlichen Verhältnisse der Erben» erfolgen.<sup>79</sup>

**61** Vorgängig zu beachten ist jedoch auch Art. 621 Abs. 2 aZGB (1912):

«Erben, die das Gewerbe selbst betreiben wollen, haben in erster Linie Anspruch auf ungeteilte Zuweisung.»

**62** Noch relativierender Art. 621 Abs. 3 aZGB (1912):

«Will keiner der Söhne das Gut zum Selbstbetrieb übernehmen, so sind auch Töchter zur Übernahme berechtigt, sofern sie selbst oder ihre Ehemänner zum Betriebe geeignet erscheinen.»

#### aa. Vorzugsrecht der selbstbewirtschaftenden Erben

**63** Auch wenn Art. 620 Abs. 1 aZGB (1912) im Ausgangspunkt die Bereitschaft zur Selbstbewirtschaftung nicht voraussetzte, hatten nach Art. 621 Abs. 2 aZGB (1912) Erben, die das Gewerbe selbst betreiben wollten, in erster Linie Anspruch auf Zuweisung.

**64** Das Kriterium der Selbstbewirtschaftung war damit auch vor einem im Einzelfall abweichenden Ortsgebrauch zu berücksichtigen, d.h. dass bspw. einer selbstbewirtschaftenden Witwe oder dem Enkel der Vorzug vor einem nicht zur Selbstbewirtschaftung bereiten Sohn einzuräumen gewesen wäre.<sup>80</sup> Nur im Fall, dass sich mehrere Erben zur Selbstbewirtschaftung bereit erklärten, musste die Auswahl wiederum nach den anderen Kriterien des Art. 621 Abs. 1 aZGB (1912) erfolgen.<sup>81</sup>

**65** Erst in der nationalrätlichen Debatte wurde schliesslich auch Art. 621 Abs. 3 aZGB (1912) eingefügt, wonach die Töchter (nur) zur Übernahme berechtigt waren, sofern sie selbst oder ihre Ehemänner zum Betrieb geeignet erschienen und keiner der Söhne das Gut zum Selbstbetrieb übernehmen wollte. Die Regelung des Art. 621 Abs. 3 aZGB (1912) fand sich in keinem der vorherigen Gesetzesentwürfe, und wurde denn auch im Ständerat zunächst wieder gestrichen. «Frauenspersonen» würden im landwirtschaftlichen Betrieb durchaus Tüchtiges leisten, und da im Konkurrenzfall zwischen selbstbewirtschaftendem Sohn und selbstbewirtschaftender Tochter ohnehin auch der Ortsgebrauch zu berücksichtigen wäre, erschien es zumindest fraglich, ob eine solch explizite Zurücksetzung der Töchter wirklich nötig sei.<sup>82</sup>

78

Zum Ganzen BGE 42 II 426, 429 f. E. 3.

79

Siehe dazu bereits oben Rz. 54.

80

CURTI-FORRER (FN 66), Art. 621 Anm. 9; ESCHER, ZK (1912), Art. 621 N 3 f.

81

Dazu sogleich hinten Rz. 68 ff., 72 ff.

82

Votum Hoffmann Arthur, Sten.Bull. 1906, 491.

**66** Dennoch fand Art. 621 Abs. 3 aZGB (1912) schliesslich Eingang ins Gesetz und man stellte damit wieder eine gewisse Ungleichheit der Geschlechter in Bezug auf den Integralzuweisungsanspruch her, eine Ungleichheit, der man sich doch in allen Gesetzesentwürfen und Erläuterungen so vehement entgegengesetzt hatte.<sup>83</sup> In dieser Hinsicht kann man GUGGENHEIM nur zustimmen:

«Musste das wirklich sein? Musste das Prinzip der Gleichberechtigung noch in letzter Stunde diese Einbusse erleiden?»<sup>84</sup>

**67** Immerhin galt diese Zurücksetzung nur für Töchter, die mit Söhnen konkurrierten, welche das Gut zum Selbstbetrieb übernehmen wollten; in Konkurrenz mit anderen (männlichen) Erben, die nicht zum Selbstbetrieb bereit waren, blieb es beim vorrangigen Anspruch auf Integralzuweisung der zur Selbstbewirtschaftung bereiten Töchter.<sup>85</sup>

## bb. Ortsgebrauch

**68** Die Frage wiederum, welches Gewicht dem Ortsgebrauch bei der Entscheidung der Behörde zukommen sollte, war vor allem deshalb von besonderer Bedeutung, weil sich dieser Ortsgebrauch in den einzelnen Teilen der Schweiz erheblich unterschied. So war mit «Ortsgebrauch» nach Art. 5 Abs. 2 aZGB (1912) grundsätzlich das alte kantonale Recht gemeint, das gerade im Erbrecht so unterschiedlichen Rechtstraditionen folgte.<sup>86</sup> Insbesondere in den westschweizerischen Kantonen hatte man, dem französischen Code civil folgend, das Prinzip der Realteilung rigoros verfolgt, während man im Kanton Bern und Solothurn noch das Minorat praktiziert hatte.<sup>87</sup>

**69** Aufgrund auch hier fehlender Konkretisierungen in den Materialien gingen die Auffassungen über die Gewichtung des Ortsgebrauchs bei der Entscheidung der Behörde erheblich auseinander. Teils wurde nach Inkrafttreten des Zivilgesetzbuchs für Art. 621 aZGB (1912) vertreten, die primäre Berücksichtigung des Ortsgebrauchs habe zur Folge, dass, wo das kantonale Recht das Minorat vorgesehen hatte, weiterhin der jüngste Sohn einen Vorzugsanspruch habe; in den westschweizerischen Kantonen, mit dem Prinzip der Realteilung, würde demgegenüber die Behörde die Teilung oder den Verkauf anordnen. Folge dieser Auffassung war, dass die zuständige Behörde also keinesfalls dazu verpflichtet war, wenn immer möglich, die Integralzuweisung und damit die Verhinderung einer Zerteilung vorzusehen.<sup>88</sup>

**70** Einer solchen Auslegung, die den Grundsatz der Integralzuweisung von Art. 620 aZGB (1912) geradezu wieder aufhob, stellten sich jedoch insbesondere ESCHER und TUOR entgegen. Das bundesrechtlich vorgeschriebene Prinzip der ungeteilten Zuweisung sollte nicht durch kantonalen Ortsgebrauch in Frage gestellt werden können. Der kantonale Ortsgebrauch sollte nur in dem Sinne Bedeutung erlangen, als dass er bei mehreren geeigneten Erben zur Entscheidung herangezogen werden könne.<sup>89</sup>

**71** Doch selbst wenn diese Auffassung aus teleologischen und systematischen Gründen zu überzeugen vermochte, war die gegenteilige Auffassung durch den Wortlaut nicht ausgeschlossen. Auch das Bundesgericht hatte sich zwar in diversen Entscheiden der Lehrmeinung von ESCHER und TUOR

83

Vgl. dazu bereits vorne Rz. 7, 10.

84

GUGGENHEIM (FN 20), 126.

85

CURTI-FORRER (FN 66), Art. 621 Anm. 12, 14; ESCHER, ZK (1912), Art. 621 N 4; BGE 42 II 426, 430 ff. E. 3 f.

86

Vgl. dazu bereits vorne Rz. 5 f.

87

Vgl. dazu bereits vorne Rz. 8, 14.

88

Zum Ganzen CURTI-FORRER (FN 66), Art. 621 Anm. 7; ROSSEL VIRGILE/MENTHA FRITZ HENRI, Manuel du droit civil suisse, Tome I-III, 2. Aufl., Lausanne 1922-1930, N 1150; KUONI ANDREAS, Das Schweizerische Erbrecht insbesondere das Übergangsrecht, Chur 1911, 276 f.; zu den Folgen dieser der Integralzuweisung feindlich gesinnten Auffassung siehe hinten Rz. 130 ff.

89

Zum Ganzen ESCHER, ZK (1912), Art. 621 N 1 f.; ESCHER, ZK (1943), Art. 621 N 17, wonach insbesondere die Art. 60 bzw. Art. 161 der Einführungsgesetze von Neuenburg bzw. Wallis unverbindlich seien; TUOR, Das neue Recht (1912) (FN 65), 302.

angeschlossen,<sup>90</sup> aber inwieweit dies auch von den zuständigen kantonalen Behörden berücksichtigt wurde, war schon damals fraglich.<sup>91</sup>

## cc. Persönliche Verhältnisse

**72** Die subsidiäre Berücksichtigung schliesslich der «persönlichen Verhältnisse» stellt wiederum, wie die «Eignung» des Übernehmers, einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, bei dem zunächst unklar blieb, was darunter zu begreifen bzw. zu berücksichtigen war. Doch schienen damit zunächst keine Nachteile verbunden zu sein, befürwortete doch etwa GUGGENHEIM den so offenen Begriff mit der Begründung, dass man so eben den besonderen Verhältnissen in Einzelfällen gerecht werden könne und dem Gesetz dadurch eine «beachtenswerte Elastizität» verliehen worden sei.<sup>92</sup>

**73** Die bisherige Berufstätigkeit, Ausbildung, Gesundheit und das Alter erschienen noch als unbestritten erhebliche Kriterien.<sup>93</sup> Zudem berücksichtigte die Rechtsprechung offenbar auch die Tatsache, dass ein Erbe wiederum selbst viele Kinder hatte, so dass auch in dieser Hinsicht die Erhaltung des landwirtschaftlichen Gewerbes in der gleichen Familie sichergestellt schien.<sup>94</sup> Unklarer blieb jedoch bereits, was für eine Rolle der «gute Ruf», der Zivilstand oder auch die finanzielle Möglichkeit, die Miterben abzufinden, spielen sollten.<sup>95</sup>

**74** In den Entwürfen bis zu den parlamentarischen Beratungen war stets auch von der Berücksichtigung der «Wünsche der Mehrheit der Miterben» die Rede gewesen. Diese waren den zwei weiteren Kriterien «Ortsgebrauch» und «persönliche Verhältnisse» vom Wortlaut her gleichgestellt gewesen.<sup>96</sup>

**75** Ein anderes Verständnis trug Bundesrat ERNST BRENNER vor, der die Auflistung dieser drei Kriterien als Kaskade verstehen wollte. In erster Linie sollte der Ortsgebrauch, dann die persönlichen Verhältnisse und nur zuletzt die Berücksichtigung der Wünsche der Mehrheit der Miterben berücksichtigt werden. So ging auch Art. 621 Abs. 1 aZGB letztlich auf einen Antrag BRENNERS zurück. Die Wünsche der Mehrheit der Miterben sollten (nur noch) im Rahmen der «persönlichen Verhältnisse» Berücksichtigung finden.<sup>97</sup>

## dd. Kaskadenordnung

**76** Zusammenfassend ergab sich damit folgende Kaskadenordnung, welche dann schliesslich auch durch das Bundesgericht Bestätigung erfuhr: Selbstbewirtschaftender Sohn, selbstbewirtschaftende Tochter, Ortsgebrauch, persönliche Verhältnisse.<sup>98</sup>

**77** In unserer Zeit mögen die Unterscheidung zwischen Söhnen und Töchtern sowie der Ortsgebrauch durch die gesellschaftliche Entwicklung als Kriterien für die Entscheidung der Behörde irrelevant bzw. weitestgehend irrelevant geworden sein. Aber auch das Kriterium der persönlichen Verhältnisse hatte sich bereits damals als Sammelgefäss erwiesen, das nicht selten zu umstrittenen Wertungen führte.<sup>99</sup> Zumindest in solch offener Begrifflichkeit scheint dieses Kriterium mit erheblichen Problemen verbunden zu sein. Dass es in der

90

BGE 42 II 428, 432 E. 4; BGE 43 II 569, 576 f. E. 6; BGE 44 II 237, 242 E. 1.

91

Vgl. FEHR KONRAD, Die Testierfreiheit im bäuerlichen Erbrecht, SJZ 51 (1955) Heft 14, 217 ff., 218, nach dem die meisten Teilungsstreitigkeiten auf Veranlassung der Behörde durch Vergleiche geregelt wurden; vgl. dazu auch hinten Rz. 130 ff.

92

GUGGENHEIM (FN 20), 125.

93

TUOR, Das neue Recht (1912) (FN 65), 303; CURTI-FORRER (FN 66), Art. 621 Anm. 8.

94

Urteil (des bernischen Appellationshofes in Zivilsachen) vom 30. Juni 1920 in ZBJV 57, 92.

95

TUOR, Das neue Recht (1912) (FN 65), 303; CURTI-FORRER (FN 66), Art. 621 Anm. 8.

96

Vgl. Art. 607 Abs. 2 TE-ZGB (1895), Art. 666 Abs. 2 DE-ZGB (1900), Art. 630 Abs. 2 VE-ZGB (1900), Art. 630 Abs. 2 reVE-ZGB (1903); ESCHER, ZK (1912), Art. 621 N 2; GUGGENHEIM (FN 20), 123.

97

Zum Ganzen diverse Voten, Sten.Bull. 1906, 377 f.

98

BGE 42 II 426, 431 f. E. 3 f.; BGE 43 II 569, 573 E. 3; WEISS (FN 70), Art. 621 N 2031.

99

Siehe dazu vorne Rz. 72.

gegenwärtigen Debatte für ein allgemeines Unternehmenserbrecht wieder irritierende Aktualität hat, erscheint damit, gerade auch in dieser Hinsicht, als (noch) näher begründungsbedürftig.<sup>100</sup>

## 4. Anrechnungswert & Gewinnbeteiligungsanspruch der Miterben

### a. Schatzungspreis, Ertragswert, Verkehrswert?

**78** In den alten kantonalen Rechten fanden sich häufig Bestimmungen, nach denen die Liegenschaften bzw. Grundstücke zum «billigen Schatzungspreis» oder zum «ermässigten Schatzungswert» bzw. nach «billiger und mässiger Schatzung» bei der Erbteilung anzurechnen waren.<sup>101</sup> Trotz Anerkennung der Vorteile einer solchen Bevorzugung des Übernehmers, waren diese ungleiche Behandlung von Erben in Kritik geraten und stellten daher keine Option für das ZGB von 1912 mehr dar.<sup>102</sup>

**79** Man suchte daher zunächst allgemein, den Anrechnungswert allein nach dem wirtschaftlichen Zweck der Grundstücke zu bestimmen.<sup>103</sup> Art. 606 Abs. 1 TE-ZGB (1895) bzw. Art. 665 Abs. 1 DE-ZGB (1900) lauteten dementsprechend noch:

«Grundstücke sind bei der Teilung nach dem Werte zu berücksichtigen, der ihnen nach der Eigenschaft, in der sie auf die Erben übergehen, zukommt.»

**80** Im Vorentwurf von 1900 wurde jedoch diese allgemeine Regelung verworfen und man sprach stattdessen nun in Art. 630 Abs. 1 VE-ZGB (1900) davon, dass das landwirtschaftliche Gewerbe zu einem «billigen Schatzungspreis» zugewiesen würde, womit man wiederum nahe an den alten kantonalen Formulierungen war. Mit dem «billigen Schatzungswert» war jedoch kein willkürlicher Wert zum Zwecke der Bevorzugung des Übernehmers gemeint, sondern die Festlegung des Nutzungswerts bzw. Ertragswerts anstelle des Verkehrswerts.<sup>104</sup>

**81** Schliesslich war es dann Art. 617 aZGB (1912), in dem als allgemeine Regel explizit festgehalten wurde:

«Grundstücke sind den Erben zu dem Wert anzurechnen, der ihnen im Zeitpunkte der Teilung zukommt.»  
«Landwirtschaftliche Grundstücke sind hiebei nach dem Ertragswerte, andere Grundstücke nach dem Verkehrswerte zu schätzen.»

### b. Begünstigung des Übernehmers?

**82** Nicht notwendigerweise beantwortet war damit die Frage, ob diese Anrechnung des landwirtschaftlichen Gewerbes zum Ertrags- statt zum Verkehrswert eine Begünstigung des Übernehmers darstellte – oder gerade nicht.

**83** So wurde nach Inkrafttreten des ZGB von einer Ansicht vertreten, der Ertragswert stelle nichts anderes dar als der einzige gerechtfertigte Wert landwirtschaftlicher Grundstücke. Deren wahrer Wert liege nämlich einzig in der Tatsache,

100

Näher dazu hier Rz. 179 ff.

101

HUBER, System und Geschichte (FN 6), Band II 45 ff.; sowie bereits hier Rz. 8 f.

102

Siehe dazu bereits vorne Rz. 10.

103

GUGGENHEIM (FN 20), 69.

104

Protokoll Expertenkommission Erbrecht (1902) (FN 47), 732 f.; HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 357.

dass durch deren Bewirtschaftung ein bestimmter Ertrag erzielt werden könne.<sup>105</sup> Mit dem Ertragswert war dieser Ansicht nach also gerade keine Begünstigung des Übernehmers beabsichtigt. Im Gegenteil hätte es sich aus dieser Perspektive als eine Bevorzugung der Miterben erwiesen, wenn sich der Übernehmer das Grundstück zum Verkehrswert hätte anrechnen lassen müssen, man jedoch zugleich von ihm erwartet, dass er es bewirtschaftet und nicht verkauft.<sup>106</sup>

**84** Andere hingegen teilten diesen Ausgangspunkt nicht und waren der Meinung, dass die Anrechnung zum Ertragswert notwendigerweise eine Begünstigung des Übernehmers darstelle.<sup>107</sup>

## c. Gewinnbeteiligungsanspruch der Miterben

**85** Unabhängig von der oben genannten Diskussion und ohne auf die ebenso umstrittenen Modalitäten der Berechnung des Ertragswerts einzugehen, konnte die Anrechnung zu einem tieferen Wert als dem Verkehrswert nach allen Ansichten zumindest das Potential einer Benachteiligung der Miterben mit sich bringen. So drohte, dass der Übernehmer nach der Zuweisung des landwirtschaftlichen Grundstücks oder Gewerbes dieses zum Verkehrswert verkauft und die Differenz als Spekulationsgewinn für sich verbucht.<sup>108</sup>

**86** Bereits die Lehre und Rechtsprechung zu den alten kantonalen Erbrechten hatte diese Problematik erkannt und dadurch gelöst, dass bereits im 16. und 17. Jahrhundert Ratsbeschlüsse gefällt wurden, nach denen die Söhne wegen der spekulativen Ausbeutung des Liegenschaftenvorteils zu Entschädigungszahlungen verurteilt wurden.<sup>109</sup> Auch die späteren kantonalen Gesetzgebungen waren mit dieser Fragestellung konfrontiert, wobei jedoch etwa aus der Retrospektive, namentlich auf das PrGB ZH (1888), nicht immer mit ausreichender Klarheit hervortritt, ob dies auch zu einer Festschreibung eines entsprechenden Gewinnbeteiligungsanspruchs in der jeweiligen Gesetzgebung führte.<sup>110</sup>

**87** EUGEN HUBER knüpfte mit seinen Vorschlägen des Art. 606 Abs. 2 TE-ZGB (1895) bzw. Art. 665 Abs. 2 DE-ZGB (1900) an diese Diskussion an:

«Falls jedoch ein Erben ein Grundstück zum Betrieb eines landwirtschaftlichen oder andern Gewerbes übernimmt und es alsdann während der nächsten zehn Jahre ganz oder teilweise mit Gewinn als Baustelle oder dergleichen verkauft, so sind seine Miterben berechtigt, einen verhältnismässigen Anteil am Gewinn zu erlangen.»

**88** Art. 619 Abs. 1 aZGB (1912) lautete schliesslich vor:

«Hat ein Erbe ein Grundstück unter dem Verkehrswert erhalten, so sind die Miterben berechtigt beim Verkauf des Grundstückes oder eines Teiles desselben binnen den folgenden zehn Jahre einen verhältnismässigen Anteil am Gewinne zu beanspruchen, sofern dieser Anspruch bei der Teilung im Grundbuch vorgemerkt worden ist.»

«Dieser Anteil soll nicht mehr betragen, als der Miterbe erhalten hätte, wenn das Grundstück bei der Teilung zum Verkehrswert angerechnet worden wäre.»

105

GUGGENHEIM (FN 20), 16 ff., 62 f.; Protokoll Expertenkommission Erbrecht (1902) (FN 47), 726 ff.

106

GUGGENHEIM (FN 20), 64; BGE 54 II 93, 95 f. E. 1.

107

Vgl. die lebhafteste Diskussion in Protokoll Expertenkommission Erbrecht (1902) (FN 47), 740 f.

108

HUBER, Betrachtungen (FN 43), 47; GUGGENHEIM (FN 20), 88.

109

ESCHER ARNOLD, Der Einfluss des Geschlechtsunterschiedes der Descendenten im schweizerischen Erbrecht, Diss. Zürich 1899, 69 f. m.w.H.; ebenso zu finden in GUGGENHEIM (FN 20), 91 f.

110

Die Frage eines Gewinnbeteiligungsanspruchs verneinend etwa SCHNEIDER ALBERT, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Auf Grundlage des Bluntschli'schen Kommentars allgemeinfasslich erläutert, Zürich 1888, § 851 N 7; WOLF G., Das Zürcherische Privatrecht mit allgemeinfasslichen Erläuterungen, Zürich 1888, § 851 N 6; a.M. DIENER LAURA KATHARINA, Entwicklung des bäuerlichen Bodenrechts unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, ZStRg 66 (2014), 21 ff., 38 f.

«Auf den durch Verbesserungen, Bauten, Holzzuwachs und dergleichen entstandenen Gewinn haben die Miterben keinen Anspruch.»

**89** Obwohl sich EUGEN HUBER in seinen Erläuterungen stets für diesen Gewinnbeteiligungsanspruch ausgesprochen und ihn quasi als logisches Gegenstück zur Anrechnung zum Ertragswert und Mittel zum Schutz der Miterben dargestellt hatte,<sup>111</sup> gab es doch einige Gegner desselben in der Bundesversammlung. Es wurde kritisiert, dass dieser Gewinnbeteiligungsanspruch zu Streitigkeiten führen würde, da ja schwierig nachzuweisen wäre, was Spekulationsgewinn und was durch Arbeit und Einsatz des Übernehmers geschaffener Mehrwert sei. Doch schlussendlich wollte man trotz dieser Gefahr von Rechtsstreitigkeiten diesen Schutzmechanismus nicht aus dem Gesetz streichen.<sup>112</sup>

### III. Gemeinderschaft als Mittel der Stundung und Sicherstellung der Ansprüche der Miterben

#### 1. Vorbemerkung

**90** Mit der Schaffung eines gesetzlichen Integralzuweisungsanspruchs, besonderen Bestimmungen in Hinblick auf die Höhe des Anrechnungswerts und dem Schutz vor Missbrauch durch Gewinnbeteiligungsansprüche ist das Problem der Integralzuweisung von (landwirtschaftlichen) Unternehmen noch nicht ganz gelöst. So kann der Anspruch der Miterben des Übernehmers auf Abfindung ihres Erbteils als solcher erhebliche Probleme mit sich bringen.

**91** Ist genügend anderweitiges Nachlassvermögen vorhanden oder hat der Übernehmer genügend privates Vermögen, um die Miterben abzufinden, besteht im Grundsatz kein Problem.<sup>113</sup> In Fällen, in denen das Unternehmen jedoch praktisch das gesamte Nachlassvermögen darstellt und der Übernehmer nicht über eigenes, privates Vermögen verfügt, wird ihn die Abfindung jedoch vor Probleme stellen, so dass er sich zu deren Bezahlung verschulden oder das Gewerbe selbst belasten müsste.

**92** Der so drohenden Gefahr einer Überschuldung wollte man entgegenzutreten, um die Integralzuweisung auch faktisch zu ermöglichen<sup>114</sup> – möglichst nicht zulasten der begründeten Erbansprüche der Miterben und damit in Fortschreibung des Gleichberechtigungssatzes der Erben, mit dem man versuchte, jegliche Ungleichbehandlungen im Erbrecht zu beseitigen.<sup>115</sup>

#### 2. Gemeinderschaft

**93** EUGEN HUBER meinte, im alten Institut der Gemeinderschaft Ansätze zur Lösung dieser Problemstellung zu finden. Vor Einführung des ZGB von 1912 war die Gemeinderschaft nur noch in fünf Kantonen mit privatrechtlicher Kodifikation

111

HUBER, Betrachtungen (FN 43), 47 ff.; HUBER, Erläuterungen TE-Erbrecht (1895) (FN 44), 118; HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 357 f., 362; Votum Huber Eugen, Sten.Bull. 1906, 347.

112

Zum Ganzen Votum Bühlmann Fritz, Sten.Bull. 1906, 361; Votum Hoffmann Arthur, Sten.Bull. 1906, 490 f.

113

GUGGENHEIM (FN 20), 142.

114

ESCHER, ZK (1912), Art. 622 N 1; CHÉRON (FN 17), 37.

115

GUGGENHEIM (FN 20), 6, 12; vgl. dazu bereits vorne Rz. 10.

gesetzlich geregelt, nämlich in Zürich, Schaffhausen, Freiburg, Neuenburg und Waadt.<sup>116</sup> Allerdings soll die Gemeinderschaft auch ohne gesetzliche Regelung gewohnheitsrechtlich in elf weiteren Kantonen verankert gewesen sein,<sup>117</sup> wobei dies tatsächlich nur in den Kantonen Wallis, Baselland und Luzern belegt werden konnte.<sup>118</sup> Für die bäuerlichen Gegenden hingegen stellte EUGEN HUBER die generelle Behauptung auf, dass die Gemeinderschaft nie ganz untergegangen sei.<sup>119</sup> Auch von den Stimmen, welche ihre weite Verbreitung anzweifeln, wurde anerkannt, dass die Zahl der Gemeinderschaftsverhältnisse, die sich ohne bzw. ausserhalb der gesetzlichen Regelungen entwickelt hatten, tatsächlich viel höher gewesen sein dürfte.<sup>120</sup>

**94** Zum Zweck der Vermeidung im Moment nicht aus den Aktiven finanzierbarer Ausgleichsansprüche setzte HUBER nun auf die Verschiebung der Teilung und Errichtung einer solchen Gemeinderschaft zwischen den Erben für die Zwischenzeit. Diese Gemeinderschaft sollte in erster Linie unter den Erben freiwillig vereinbart werden. Nur in bestimmten Fällen sah HUBER die Errichtung einer Gemeinderschaft auch gegen den Willen der Miterben vor.<sup>121</sup> Ziel war es offenbar, durch die Verschiebung der Teilung eine Überschuldung zu vermeiden und gleichzeitig den Interessen und Ansprüchen der Miterben angemessene Rechnung zu tragen.

## α. Gemeinderschaft als erbrechtliches Instrument?

**95** Bemerkenswert ist, dass die Gemeinderschaft im Teilentwurf von 1895 zunächst explizit nur in den Vorschriften zum Erbrecht in Art. 583-591 TE-ZGB (1895) zu finden war, jedoch schon dort von EUGEN HUBER explizit als «Massregel zu Gunsten der bäuerlichen Gewerbe» angedacht war.<sup>122</sup> Als genuin erbrechtliches Instrument sollte die Gemeinderschaft damals noch auf Erbenverhältnisse beschränkt sein und war entsprechend detailliert und spezifisch auf das Erbrecht zugeschnitten.<sup>123</sup> Auch HITZIG hielt damals fest, dass eine solch spezifisch erbrechtliche Regelung der Gemeinderschaft den Vorteil habe, dass man einige Bestimmungen wesentlich klarer und handfester ausgestalten könne.<sup>124</sup>

**96** Dennoch wurde die Gemeinderschaft bereits mit dem Vorentwurf nicht als nur spezifisch erbrechtliches Institut verankert, sondern fand als allgemeines Institut seine Regelung nun im Familienrecht.<sup>125</sup> Dies hatte immerhin den Vorteil, dass seine Anwendung nun nicht mehr auf bäuerliche Gewerbe beschränkt war.<sup>126</sup> So betonte denn auch EUGEN HUBER in der Behandlung im Nationalrat, dass das Verschieben der Erbteilung durch die Vereinbarung einer (Ertrags-)Gemeinderschaft eben nicht nur für landwirtschaftliche Gewerbe, sondern auch für industrielle Betriebe nützlich sein werde.<sup>127</sup> Und die Praxis sollte ihm zunächst Recht geben, wie der Fall von BGE 66 II 238 zeigt, bei dem zwecks Verschiebung der Teilung einer Erbschaft, die im Wesentlichen aus einem Bäckereibetrieb bestand, eine Gemeinderschaft unter den Nachkommen begründet wurde, um den minderjährigen Söhnen die Möglichkeit einer späteren Übernahme des Geschäfts zu sichern.<sup>128</sup>

116

HUBER, System und Geschichte (FN 6), Band III 759; HUBER M., Gemeinderschaften (FN 22), 22 f.; COHN GEORG, Gemeinderschaft und Hausgenossenschaft. Vortrag, gehalten in der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre zu Berlin am 16. Oktober 1897, ZVglRWiss 13 (1899), 1 ff., 6.

117

HUBER M., Gemeinderschaften (FN 22), 23; HUBER, System und Geschichte (FN 6), Band IV 251 f.

118

COHN (FN 119), 31 f.

119

HUBER, Betrachtungen (FN 43), 37; CHÉRON (FN 17), 78.

120

Protokoll Expertenkommission Erbrecht (1902) (FN 47), 681.

121

Zum Ganzen HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 248 ff.; dazu bereits vorne Rz. 23.

122

HUBER, Erläuterungen TE-Erbrecht (1895) (FN 44), 123.

123

HUBER, Erläuterungen TE-Erbrecht (1895) (FN 44), 187.

124

HITZIG (FN 45), 53.

125

Siehe dazu HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 244, 246.

126

EGGER, ZK (1914), Art. 336 N 1.

127

Votum Huber Eugen, Sten. Bull. 1905, 857; EGGER, ZK (1943), Art. 336 N 10; ALTHERR ARNOLD, Das Gemeinderschaftsrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Diss. Bern, Chur 1916, 47 f., 67; siehe auch SILBERNAGEL/WÄBER, BK (1921), Art. 348 N 4 mit dem spannenden Beispiel eines Wintersporthotels.

128

BGE 66 II 238, 239.

## b. Begriff und Formvorschriften

**97** Die gesetzliche Regelung der Gemeinderschaft hat seit ihrer Einführung im αZGB von 1912 keine Veränderung erfahren. Gemäss Art. 336 ZGB kann ein Vermögen mit einer Familie dadurch verbunden werden, dass Verwandte entweder eine Erbschaft ganz oder zum Teil als Gemeinderschaftsgut fortbestehen lassen, oder dass sie Vermögen zu einer Gemeinderschaft zusammenlegen. Auch wenn die Gemeinderschaft also damit nicht zwingend voraussetzt, dass sie unter Miterben für das Nachlassvermögen errichtet wird, lag ihr Schwerpunkt in der späteren Praxis dennoch auf Erbschaftsfällen.<sup>129</sup>

**98** Gemäss Art. 337 ZGB bedarf der Vertrag über die Begründung einer Gemeinderschaft zur Gültigkeit der Unterschrift aller Gemeinder sowie der öffentlichen Beurkundung. Vorausgesetzt ist damit grundsätzlich ein Vertrag.<sup>130</sup>

**99** Grosser Diskussionspunkt waren bei der Ausarbeitung des ZGB die Formvorschriften. Während EUGEN HUBER ursprünglich noch eine formfreie Vereinbarung befürwortet hatte, schlug er in Art. 583 Abs. 2 TE-ZGB (1895) für die Gültigkeit unter den Parteien die Form des Ehevertrags vor (d.h. damals bloss Schriftlichkeit), für die Wirkung gegenüber Dritten dagegen die Eintragung in ein öffentliches Register.<sup>131</sup> Im Vorentwurf wurde dies konkretisiert und verschärft durch Art. 366 VE-ZGB (1900), der in jedem Fall die öffentliche Beurkundung mit Unterschrift aller Beteiligten und für die Wirkung gegenüber Dritten die Eintragung ins Handelsregister verlangte.

**100** Doch auch diese Regelung wurde wiederum kontrovers diskutiert. Zwar bestand das Bedürfnis nach Rechtssicherheit in Vertretungsverhältnissen gegenüber Dritten, gerade wenn die Gemeinderschaft in gewerblichen Kreisen eingesetzt werden sollte, was eine Handelsregistereintragung zu rechtfertigen schien. Andererseits fürchtete man jedoch, dass zu strenge Formvorschriften, insbesondere eben dieser Handelsregistereintrag, die Gemeinderschaft unpopulär machen würde, so dass man schliesslich als Kompromiss den Handelsregistereintrag nur für die exklusive Übertragung der Vertretung an einen einzelnen Gemeinder vorschrieb (vgl. Art. 341 Abs. 3 ZGB).<sup>132</sup>

## c. Abgrenzung zur Erbengemeinschaft

**101** Die Gemeinderschaft (frz. «indivision») nach Art. 336 ff. ZGB ist von der Erbengemeinschaft (frz. «communauté héréditaire») i.S.v. Art. 602 ZGB abzugrenzen. Dies erscheint aus sprachlicher und historischer Perspektive wichtig. Denn in der schweizerischen französischsprachigen Literatur wurde, durch französischen Einfluss, sowohl die Gemeinderschaft als auch die Erbengemeinschaft als «indivision» bezeichnet, letztere genauer als «indivision de fait».<sup>133</sup>

**102** Diese verwirliche Gleichbezeichnung lässt sich historisch zudem dadurch erklären, dass die in den westschweizerischen Kantonen vor Inkrafttreten des ZGB geregelten «Gemeinderschaften» in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung im Wesentlichen der heutigen Erbengemeinschaft entsprachen und damit das Verhältnis unter den Miterben einer unverteilt

129

EGGER, ZK (1943), Art. 336 N 5 f.; HITZIG (FN 45), 53; ALTHER (FN 130), 18; SILBERNAGEL/WÄBER, BK (1921), Art. 336 N 5.

130

SILBERNAGEL/WÄBER, BK (1927), Art. 337 N 2 f.; EGGER, ZK (1943), Art. 337 N 1.

131

HUBER, Erläuterungen TE-Erbrecht (1895) (FN 44), 188.

132

Dazu mehr sogleich hinten Rz. 112.

133

Statt vieler COURVOISIER (FN 76), 196; ROSSEL/MENTHA (FN 90), N 1120, 1122 f.; vgl. dazu auch erneut Art. 815 des französischen Code civil bei dem das Verhältnis der Miterben einer unverteilt Erbschaft als «indivision» bezeichnet wird.



Erbschaft bzw. aus heutiger Sicht einer Erbengemeinschaft regelten.<sup>134</sup> So wird denn in der französischsprachigen Literatur auch heute noch für die Erbengemeinschaft nach Art. 602 ff. ZGB der Begriff «indivision» verwendet, für die Gemeinderschaft demgegenüber der Begriff «indivision de famille», obwohl dieser im Gesetz so gar nicht anzutreffen ist.<sup>135</sup>

**103** Die Gemeinderschaft und die Erbengemeinschaft unterscheiden sich aber insbesondere mit Bezug auf ihren Zweck wesentlich. Während die Erbengemeinschaft einzig auf die Abwicklung des Nachlasses, d.h. auf Teilung der Erbschaft ausgerichtet ist, bezweckt die Gemeinderschaft die Bewirtschaftung, d.h. die wirtschaftliche Nutzung, Verwaltung und Erhaltung des Gemeinderschaftsguts.<sup>136</sup> Die fortgesetzte Erbengemeinschaft ist im Grundsatz hingegen nur ein vorübergehender Zustand und kann zumindest im Ausgangspunkt nicht auf unbestimmte Zeit weiterbestehen, da dies ihrem Liquidationszweck widersprechen würde.<sup>137</sup>

**104** Dass das Bundesgericht dennoch in seinem Leitscheid BGE 61 II 164 festgehalten hat, dass die Verschiebung der Erbteilung nicht nur durch Begründung einer Gemeinderschaft, sondern auch durch blosser Vereinbarung der Erben zur fortgesetzten Erbengemeinschaft erfolgen könne,<sup>138</sup> erscheint aus Sicht der Materialien, insbesondere der hierzu eindeutigen Debatte in der parlamentarischen Beratung,<sup>139</sup> nicht unbedingt nachvollziehbar. Vielmehr drängt sich, damals wie heute, die gegenteilige Ansicht auf, dass jede vertragliche Verschiebung der Teilung, die nicht nur vorübergehend ist, als Vereinbarung einer Gemeinderschaft zu lesen ist.<sup>140</sup> Dafür spricht nicht zuletzt auch die Tatsache, dass die Erbengemeinschaft im Gesetz viel rudimentärer geregelt ist als die Gemeinderschaft, letztere also für ein dauerhaftes Rechtsverhältnis zunächst einmal viel besser geeignet scheint.<sup>141</sup>

**105** Zugespitzt zeigt sich diese Problematik darin, dass nach heutiger Lehre für die Regelung einer fortgesetzten Erbengemeinschaft die Bestimmungen zur einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) oder Kollektivgesellschaft (Art. 552 ff. OR) heranzuziehen sind<sup>142</sup> – während die ältere Lehre demgegenüber die Bestimmungen zur Gemeinderschaft auf den Fall analog anwenden wollte, dass sich bei der Fortsetzung der Erbengemeinschaft Unklarheiten ergeben sollten.<sup>143</sup> Nicht zuletzt scheinen für solch eine Auffassung auch die Erläuterungen EUGEN HUBERS zum Teilentwurf von 1895 zu sprechen, wonach bei der Erbengemeinschaft gerade kein der Kollektivgesellschaft analoges Gebilde vorliegen soll, sondern vielmehr das einer (gesetzlichen) Gemeinderschaft.<sup>144</sup>

## d. Innenverhältnis und Stellung der Gemeinder untereinander

**106** Charakteristisch an der Gemeinderschaft ist, dass gemäss Art. 342 Abs. 1 ZGB das Vermögen im Gesamteigentum aller Gemeinder steht und sich so näher nach den Art. 652 ff. ZGB bestimmt.

**107** In solch einer Gesamthandgemeinschaft gebunden können die Gemeinder gemäss Art. 339 Abs. 3 ZGB weder die Teilung verlangen noch über ihre Gemeinschaftsanteile verfügen (vgl. auch Art. 653 Abs. 3 ZGB). Im Innenverhältnis

134

Zum Ganzen COHN (FN 119), 19, 24; ALTHER (FN 130), 28, 30; vgl. die einzelnen Bestimmungen in HUBER, System und Geschichte (FN 6), Band III 761 ff.

135

Statt vieler BADDELEY MARGARETA, L'indivision de famille (art. 336-348 CC), in: Mélanges de l'Association des Notaires Vaudois sous la direction de François Bianchi, Zürich 2005, 55 ff.; SHK Erbrecht-ROULLIER, Art. 602 N 6 ff.

136

BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 336 N 7; ESCHER, ZK (1943), Art. 604 N 7; BSK ZGB II-MINNIG, Art. 602 N 3.

137

BSK ZGB II-MINNIG, Art. 604 N 36, ESCHER, ZK (1943), Art. 604 N 6.

138

BGE 61 II 164, 167 ff. E. 1 ff.

139

Voten de Meuron Alois und Gottofrey Vincent, Sten.Bull. 1906, 357 ff.

140

ESCHER, ZK (1912), Art. 604 N 5, ROSSEL/MENH (FN 90), N 1122 f.; entgegen dem erwähnten Bundesgerichtsentcheid im Endeffekt ebenfalls dieser Ansicht TUOR PETER, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Eine systematische Darstellung mit Berücksichtigung der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, 2. Aufl., Zürich 1932, 365.

141

ESCHER, ZK (1912), Art. 604 N 5; EGGER, ZK (1943), Art. 336 N 9.

142

BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 336 N 12 m.w.H.

143

EGGER, ZK (1943), Art. 336 N 9; COURVOISIER (FN 76), 201; FELBER ROSMARIE, Aufgeschobene und partielle Erbteilung nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1939, 22; a.M. TUOR, BK (1929), Art. 602 N 7.

144

HUBER, Erläuterungen TE-Erbrecht (1895) (FN 44), 186; FELBER (FN 146), 22.

bedeutet dies, dass gemäss Art. 339 Abs. 1 ZGB die Gemeinder grundsätzlich zur gemeinsamen wirtschaftlichen Tätigkeit verbunden sind. Regelfall ist daher, dass alle Gemeinder das Gemeinderschaftsgut gemeinschaftlich bewirtschaften und sich nach besten Kräften im gemeinsamen Interesse betätigen.<sup>145</sup>

**108** Von dieser dispositiven Grundvorstellung, die wohl primär bäuerliche Verhältnisse widerspiegelt, kann jedoch auf verschiedene Weise durch Vereinbarung abgewichen werden, wobei sich dann diese unterschiedliche Betätigung etwa bei der Auflösung berücksichtigen liesse.<sup>146</sup>

**109** Gemäss Art. 339 Abs. 2 ZGB wiederum sind die Gemeinder mangels anderer Anordnung zu gleichen Rechten an der Gemeinderschaft beteiligt. Dieser Grundsatz der Gleichberechtigung bezieht sich, nebst der bereits erwähnten Pflicht zur gemeinsamen Bewirtschaftung, auch auf die Mitwirkungsrechte bei der Verwaltung und auf die Vermögensrechte (Zins, Gewinn- & Verlustanteil etc.).<sup>147</sup> Insbesondere wenn die Gemeinderschaft aus einer Erbschaft herrührt, ist anzunehmen, dass sich namentlich mit Blick auf die Liquidationsansprüche die Berechtigung nach den Erbanteilen und nicht nach Kopfteilen bemessen wird.<sup>148</sup> In Bezug auf die Willensbildung ergibt sich aus Art. 340 Abs. 1 ZGB bzw. Art. 340 Abs. 2 ZGB e contrario, dass grundsätzlich jeder Gemeinder ohne Mitwirkung der anderen gewöhnliche Verwaltungshandlungen vornehmen kann, und nur für die wichtigen Verwaltungshandlungen, bspw. Verfügungen über Grundstücke, Kündigung wichtiger Verträge oder die Aufhebung der Gemeinderschaft per se,<sup>149</sup> grundsätzlich Einstimmigkeit nach dem Kopfstimmprinzip erforderlich ist.<sup>150</sup>

## e. Aussenverhältnis

**110** Der Grundsatz der Gleichberechtigung im Innenverhältnis hat zudem Auswirkungen auf das Aussenverhältnis der Gemeinderschaft, namentlich auf die Vertretung gegenüber Dritten.<sup>151</sup> Auch hier können nach Art. 340 Abs. 2 ZGB die Gemeinder ohne Mitwirkung der anderen die Gemeinderschaft im Rahmen der gewöhnlichen Verwaltungshandlungen nach aussen vertreten.<sup>152</sup>

**111** Für alle übrigen Rechtshandlungen, insbesondere zum Abschluss von Rechtsgeschäften, müssten demgegenüber grundsätzlich wieder alle Gemeinder zusammenwirken, was die Verwaltung und Vertretung unpraktisch machen würde.<sup>153</sup> Aus diesem Grund sieht Art. 341 Abs. 1 ZGB die Möglichkeit vor, dass ein «Haupt» bezeichnet wird, das sodann die Vertretung besorgen soll. Dabei können auch mehrere Gemeinder zum Haupt ernannt und dadurch mit der Vertretung beauftragt werden.<sup>154</sup>

**112** Durch die Bestellung des Hauptes sind die anderen Gemeinder grundsätzlich von der Vertretung ausgeschlossen, auch in Bezug auf die gewöhnlichen Verwaltungshandlungen. Gutgläubigen Dritten gegenüber ist diese Ausschliessung von der Vertretung jedoch nur wirksam, wenn der Vertreter ins Handelsregister eingetragen wurde (Art. 341 Abs. 3 ZGB, Art. 150 HRegV).<sup>155</sup>

145

EGGER, ZK (1943), Art. 339 N 1.

146

EGGER, ZK (1943), Art. 339 N 1; BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 339 N 1 ff.; zur blossen Ertragsgemeinderschaft ohne gemeinsame Wirtschaft sogleich hinten Rz. 118 ff.

147

EGGER, ZK (1943), Art. 339 N 4; BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 339 N 4 ff.

148

ALTHERR (FN 130), 70 f.

149

BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 340 N 6; SILBERNAGEL/WÄBER, BK (1927), Art. 340 N 3 ff.

150

EGGER, ZK (1943), Art. 340 N 2; BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 340 N 6 f.

151

SILBERNAGEL/WÄBER, BK (1927), Art. 341 N 1.

152

EGGER, ZK (1943), Art. 340 N 3; BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 340 N 11; SILBERNAGEL/WÄBER, BK (1927), Art. 340 N 2 ff.

153

EGGER, ZK (1943), Art. 341 N 1; SILBERNAGEL/WÄBER, BK (1927), Art. 341 N 1; BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 340 N 8.

154

BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 341 N 1; EGGER, ZK (1943), Art. 341 N 1; c.M. ALTHERR (FN 130), 88.

155

Zum Ganzen SILBERNAGEL/WÄBER, BK (1927), Art. 341 N 3 f.; EGGER, ZK (1943), Art. 341 N 3 f.; BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 341 N 3.

**113** Was schliesslich die Haftung betrifft, ist abermals zu betonen, dass die Gemeinderschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, d.h. selbst nicht Träger von Rechten und Pflichten sein kann, weder prozess- noch parteifähig ist und weder betreiben noch betrieben werden kann.<sup>156</sup> Als Rechtsgemeinschaft haften für die Schulden die Gemeinder gemäss Art. 342 ZGB solidarisch. Dabei handelt es sich um eine primäre, persönliche und unbeschränkte Solidarhaftung für die Gemeinderschaftsschulden, d.h. solche, die im Rahmen der Vertretungsbefugnis im Namen der Gemeinderschaft eingegangen worden sind.<sup>157</sup>

## f. Aufhebung und Teilung

**114** Gemäss Art. 343 ZGB erfolgt die Aufhebung der Gemeinderschaft nach Vereinbarung oder durch Kündigung (Art. 338 Abs. 2 und 3 ZGB) (Ziff. 1), durch Zeitablauf, wenn sie für eine bestimmte Dauer begründet worden ist (Art. 338 Abs. 1 ZGB) und nicht stillschweigend fortgesetzt wird (Ziff. 2), bei Pfandverwertung eines Gemeinderschaftsanteils eines Gemeinders (Ziff. 3), wenn ein Gemeinder in Konkurs gerät (Ziff. 4) oder auf Verlangen aus wichtigen Gründen (Ziff. 5).

**115** Liegt ein Aufhebungsgrund vor und ist die Aufhebung beschlossen, so ist die Teilung des Gemeinderschaftsguts bzw. die Abfindung des Ausscheidenden durchzuführen. Ein eigentliches Teilungsverfahren ist gesetzlich nicht explizit geregelt, denn Art. 346 Abs. 2 ZGB bestimmt nur, dass die Teilung bzw. Abfindung nicht zur Unzeit verlangt werden darf.<sup>158</sup> Subsidiär finden über Art. 654 Abs. 2 i.V.m. Art. 651 ZGB die Regeln zur Teilung von Miteigentum Anwendung,<sup>159</sup> wobei jedoch zum Teil vertreten wird, dass die Vorschriften von Art. 548 ff. OR anzuwenden wären.<sup>160</sup>

**116** Für Gemeinderschaften, die aus einer Erbschaft herrühren, sollen nach einem Teil der Lehre die erbrechtlichen Bestimmungen Anwendung finden,<sup>161</sup> womit der Charakter als erbrechtliches Instrument betont, gleichzeitig aber die rechtliche Selbständigkeit der Gemeinderschaft etwas in Frage gestellt würde.<sup>162</sup> Es wäre m.E. wohl unangemessen, in jedem Fall die erbrechtlichen Teilungsvorschriften analog anzuwenden; besser sollten zum Zwecke der Rechtssicherheit die anwendbaren Teilungsregeln direkt im Gemeinderschaftsvertrag vereinbart werden.

**117** Gemäss Art. 346 Abs. 1 ZGB findet die Teilung bzw. Abfindung nach der Vermögenslage statt, wie sie beim Eintritt des Aufhebungsgrundes vorhanden ist. EUGEN HUBER selbst sprach in diesem Zusammenhang von einer Teilung *ex nunc*,<sup>163</sup> womit er aber lediglich auf die Vermögenslage Bezug nahm, die Teilungsquoten jedoch fraglos *ex tunc* zu berechnen sind.<sup>164</sup> Konkret bedeutet dies, dass für die Ermittlung der Teilungsquoten das der Gemeinderschaft zugrunde liegende Verhältnis bei deren Begründung zu berücksichtigen ist. Wenn die Gemeinderschaft aus einer Erbengemeinschaft herrührt, sind also die Erbschaftsquoten massgeblich, ansonsten das Verhältnis der Vermögenseinlagen.<sup>165</sup>

156

BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 336 N 10; EGGER, ZK (1943), Art. 340 N 1 und Art. 342 N 6; SILBERNAGEL/WÄBER, BK (1927), Art. 342 N 7 ff.; ALTHERR (FN 130), 13 f.

157

BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 342 N 5; EGGER, ZK (1943), Art. 342 N 5 f.; ALTHERR (FN 130), 93 f.

158

SILBERNAGEL/WÄBER, BK (1927), Art. 346 N 4 f.

159

EGGER, ZK (1943), Art. 346 N 3.

160

BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 346 N 1.

161

COURVOISIER (FN 76), 170; DARDEL PIERRE-RÉON, Les communautés et indivisions de famille en France et en Suisse: étude historique & de droit comparé, Paris 1909, 212; EGGER, ZK (1943), Art. 346 N 3, in Bezug auf «Erbengemeinschaften» i.S.v. Art. 622 aZGB (1912); BGE 102 II 176, 181 ff. E. 3.c; a.M. Urteil (des Obergerichts Luzern) vom 12. Juli 1940 = ZBJV 77 (1941), 143 f.

162

ALTHERR (FN 130), 118, der aber dennoch eine analoge Anwendung der Erbteilungsregeln befürwortet.

163

HUBER, System und Geschichte (FN 6), Band IV 254 f.; HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 246, 266.

164

ALTHERR (FN 130), 116 f.; HITZIG (FN 45), 44; DARDEL P., Communautés et indivisions (FN 164), 162 f.; Eugen Hubers Äusserungen anders verstanden, aber mit dem gleichen Ergebnis HUBER M., Gemeinderschaften (FN 22), 93 f.; COHN (FN 119), 11.

165

Zum Ganzen siehe BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 346 N 2; EGGER, ZK (1943), Art. 346 N 2; ALTHERR (FN 130), 71; CHÉRON (FN 17), 114 f.

### 3. Ertragsgemeinschaft im Besonderen

#### a. Definition und Unterschied

**118** Eine besondere Regelung findet in Art. 347 f. ZGB die sog. Ertragsgemeinschaft. So können nach Art. 347 Abs. 1 ZGB die Gemeinder die Bewirtschaftung des Gemeinschaftsgutes und die Vertretung einem einzigen unter ihnen übertragen, mit der Bestimmung, dass dieser jedem jährlich einen Anteil vom Reingewinn zu entrichten hat. Im Gegensatz zur ordentlichen Gemeinderschaft findet also keine gemeinsame wirtschaftliche Tätigkeit und auch keine gemeinsame Vertretung statt. Alle Gemeinder bleiben jedoch Gesamteigentümer.<sup>166</sup>

**119** Der Unterschied zur ordentlichen Gemeinderschaft mit Bestellung eines Haupt nach Art. 341 Abs. 1 ZGB besteht darin, dass nicht nur die Vertretung, sondern auch die gesamte Verwaltung und Bewirtschaftung einem einzelnen Gemeinder bzw. nur einigen Gemeindern übertragen wird.<sup>167</sup> Diese(r) Bewirtschafter bzw. Übernehmer, kann grundsätzlich alle Entscheidungen alleine treffen; das unflexible Einstimmigkeitsprinzip findet keine Anwendung. Der Bewirtschafter waltet, wie wenn er (Allein-)Eigentümer wäre.<sup>168</sup> Einzig die Veräusserungs- und die Belastungsbefugnis (sofern letztere missbräuchlich erfolgt) verbleiben bei den formellen Eigentümern, d.h. bei den Gemeindern als Gesamteigentümer.<sup>169</sup>

**120** Damit diese einzig dem Übernehmer zustehende Vertretungs- und Verfügungsbefugnis auch Dritten entgegengehalten werden kann, muss diese ins Handelsregister eingetragen werden (Art. 341 Abs. 3 ZGB).<sup>170</sup>

**121** Das Rechtsverhältnis zwischen dem Übernehmer und den übrigen Gemeindern ergibt sich aus dem Gemeinderschaftsrecht selbst,<sup>171</sup> wobei der Übernehmer die Gemeinderschaft «nach der Art eines geschäftsführenden Sozius bei der Kollektivgesellschaft» leitet;<sup>172</sup> verwiesen ist damit auf die Art. 557 i.V.m. Art. 536 ff. OR. Während bei der ordentlichen Gemeinderschaft die Gemeinder einander nur für die *diligentia quam in suis* haften (vgl. Art. 538 Abs. 1 OR), haftet der Übernehmer nach dem strengeren Sorgfaltsmassstab von Art. 538 Abs. 3 i.V.m. Art. 398 Abs. 1 i.V.m. Art. 321e Abs. 2 OR.<sup>173</sup> Diese Haftungsverschärfung, und das zu beachtende Einsichtsrecht nach Art. 541 OR, stellen eine gewisse Kontrolle des Übernehmers durch die weiterhin persönlich und solidarisch haftenden Mitgemeinder sicher.<sup>174</sup>

#### b. Anspruch der Miterben auf jährlichen Anteil am Reingewinn

**122** Der Anspruch der übrigen Gemeinder auf jährliche Ausrichtung eines Anteils am Reingewinn soll sie für ihren Ausschluss von der Nutzung, Bewirtschaftung und Verwaltung des Gemeinderschaftsvermögens entschädigen.<sup>175</sup> Sie können die genaue Berechnungsart und Höhe des Anspruchs frei vereinbaren, nur subsidiär ist die richterliche Festsetzung vorgesehen.<sup>176</sup>

166

EGGER, ZK (1914), Art. 347 N 3α.

167

EGGER, ZK (1943), Art. 347/348 N 2 f.; SILBERNAGEL/WÄBER, BK (1927), Art. 347 N 2.

168

Zum Ganzen ALTHERR (FN 130), 132; COURVOISIER (FN 76), 184; HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 249.

169

HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 275 f.; ALTHERR (FN 130), 133, 135; COURVOISIER (FN 76), 185.

170

Vgl. dazu bereits vorne Rz. 112.

171

ALTHERR (FN 130), 131 f.; α.M. BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 347 N 1 m.w.H.

172

HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 276; ALTHERR (FN 130), 135.

173

BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 347 N 2; EGGER, ZK (1943), Art. 347/348 N 3.

174

ALTHERR (FN 130), 136.

175

Ebd., 135.

176

Ebd., 136; COURVOISIER (FN 76), 187.

**123** Unter «Reingewinn» wird der Einnahmenüberschuss bestehend aus Bruttoertrag nach Abzug aller Betriebskosten begriffen. Insbesondere ist ein angemessenes Entgelt für die Arbeitsleistung des Übernehmers vom Bruttoertrag abzuziehen.<sup>177</sup> Die «Anleitung» zur Berechnung der Anteile nach Art. 347 Abs. 2 ZGB lässt dabei den Gemeindern bzw. dem Richter einen grossen Spielraum, um den Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden.<sup>178</sup> Entweder kann ein prozentualer Anteil am Reinertrag festgelegt werden, was eine korrekte jährliche Buchführung voraussetzt, oder es kann ein Fixbetrag im Sinne eines Pachtzinses für eine bestimmte Periode festgelegt werden.<sup>179</sup>

**124** Dem Sinn der Gemeinderschaft regelmässig am besten und auch dem Gesetzeswortlaut eher entsprechend («Anteil» bzw. «part» und «quota») erscheint dabei wohl die Festlegung der Quote am jährlichen Reinertrag, sprich eine «pars quota», nicht «pars quantia».<sup>180</sup> Der entscheidende Vorteil liegt hier darin, dass eine automatische Flexibilisierung bzw. Anpassung der Ansprüche der Gemeinder an die sich verändernde wirtschaftliche Situation des Gemeinderschaftsguts erfolgt. Wenn der Unternehmer eine in guten Jahren fixierte Summe auch in den Jahren zu bezahlen hat, in denen er nur wenig erwirtschaften konnte, wird ihn das vor grosse Probleme stellen und dazu führen, dass er das Risiko ganz allein trägt.<sup>181</sup> Ebenso muss aber auch an den gegenteiligen Fall gedacht werden, dass das Gemeinderschaftsgut plötzlich einen viel höheren Gewinn abwirft, von dem die Gemeinder dann aufgrund der festgelegten Summe nicht profitieren werden. So bleibt als Argument für das Festlegen einer fixen Summe wohl im Wesentlichen, dass sich dies regelmässig als deutlich weniger aufwändig darstellen dürfte als die jährliche Ermittlung eines Reingewinns.<sup>182</sup>

## c. Besonderer Auflösungsgrund

**125** Bei der Ertragsgemeinderschaft gelten über Art. 348 Abs. 3 ZGB die allgemeinen Auflösungsgründe nach Art. 343 ZGB.<sup>183</sup> Nach Art. 348 Abs. 1 ZGB kann die Ertragsgemeinderschaft aber auch aufgehoben werden, wenn der Unternehmer das Gemeinschaftsgut nicht ordentlich bewirtschaftet oder seinen Verpflichtungen gegenüber den Gemeindern nicht nachkommt, d.h. insbesondere ihnen nicht ihren Anteil am Reingewinn auszahlt. Gerade in letzterem Falle dürfte jedoch nicht bereits eine geringfügige oder einmalige Verzögerung genügen, sondern es muss eine erhebliche Verletzung vorliegen, damit eine Aufhebung der Gemeinderschaft verlangt werden kann.<sup>184</sup>

**126** Art. 348 Abs. 1 ZGB stellt sich damit als eine Fortschreibung des allgemeinen Auflösungsgrundes von Art. 343 Ziff. 5 ZGB dar, nach dem aus wichtigen Gründen immer die Auflösung der Gemeinderschaft verlangt werden kann. Bei der Ertragsgemeinderschaft erscheint das Vertrauen in die Tüchtigkeit, Arbeitslust und Treue des Übernehmers denn auch besonders wichtig, da andernfalls der Anteil der Mitgemeinder am jährlichen Ertrag und Wert des Gemeinderschaftsguts gefährdet ist.<sup>185</sup> Zusammen mit den verschärften Haftungsanforderungen und Kontrollrechten der Mitgemeinder, schafft Art. 348 Abs. 1 ZGB also einen Ausgleich zur starken Stellung des Übernehmers in der Ertragsgemeinderschaft.

177

Zum Ganzen EGGER, ZK (1943), Art. 347/348 N 4; HITZIG (FN 45), 39 f.; ALTHERR (FN 130), 136; DARDEL P., Communautés et indivisions (FN 164), 222.

178

Vgl. HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 276.

179

HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 276; EGGER, ZK (1914), Art. 347 N 3c; ALTHERR (FN 130), 137 ff.

180

HITZIG (FN 45), 40; GUGGENHEIM (FN 20), 157; CURTI-FORRER (FN 66), Art. 347 Anm. 10; ESCHER, ZK (1912), Art. 622 N 4; α.M. ROSSEL/MENTHA (FN 90), N 751.

181

ESCHER, ZK (1912), Art. 622 N 4.; ALTHERR (FN 130), 138.

182

Vgl. dazu insbesondere die Kritikpunkte zur Ertragsgemeinderschaft hinten Rz. 138 ff.

183

EGGER, ZK (1943), Art. 347/348 N 5.

184

CURTI-FORRER (FN 66), Art. 348 Anm. 4.

185

ALTHERR (FN 130), 149.

## 4. «Zwangsertragsgemeinderschaft» im bäuerlichen Erbrecht

### a. Voraussetzungen

**127** Nach Art. 622 Abs. 1 aZGB (1912) konnte der Übernehmer eines landwirtschaftlichen Gewerbes nach Art. 620 f. aZGB (1912) verlangen, dass die (Erb-)Teilung des übernommenen Gewerbes verschoben wird, wenn er durch die Anteile der Miterben so sehr beschwert wird, dass er zu deren Sicherstellung seine Liegenschaften mit Einrechnung der bereits auf ihnen ruhenden Pfandrechte bis über drei Viertel des Anrechnungswertes belasten müsste. Stellte der Übernehmer einen entsprechenden Antrag, bildeten die Erben gemäss Art. 622 Abs. 2 aZGB (1912) von Gesetzes wegen eine Ertragsgemeinderschaft nach Art. 347 ZGB, und zwar auch gegen den Willen der übrigen Miterben, weshalb auch von einer Zwangsertragsgemeinderschaft oder gesetzlichen Ertragsgemeinderschaft gesprochen wurde.<sup>186</sup>

**128** Neben der subjektiven Voraussetzung, dass der Übernehmer das entsprechende Begehren stellt, mussten damit als objektive Voraussetzung die Abfindungsansprüche der Miterben die Belastungsgrenze von drei Viertel des Anrechnungswerts, d.h. des Ertragswerts i.S.v. Art. 620 Abs. 1 aZGB (1912) übersteigen, wenn der Übernehmer diese hypothekarisch sicherstellen würde.<sup>187</sup> Andere, ihm bereits gehörenden Liegenschaften, musste er entgegen dem Wortlaut nicht auch belasten.<sup>188</sup>

### b. Verschiebung bzw. Stundung der Erbeilung

**129** Mit der Zwangsertragsgemeinderschaft von Art. 622 aZGB (1912) fand damit «eine Art Stundung für die Abfindung der Miterben» statt, die durch ein Hinausschieben der dinglichen Übertragung des Gewerbes an den Übernehmer erreicht wurde, so dass er Zeit gewann, zu genügend Mitteln zu kommen, um seine Miterben ohne Überschuldung abfinden zu können.<sup>189</sup>

**130** Bei genauerer Betrachtung fand aber mit der Zwangsertragsgemeinderschaft nicht nur eine Stundung der Abfindung, sondern zugleich eine Verschiebung der Erbeilung per se statt.<sup>190</sup> Wie bei der ordentlichen Ertragsgemeinderschaft blieben die nicht übernehmenden Gemeinder (Gesamt-)Eigentümer des Gemeinderschaftsvermögens.<sup>191</sup> Gegenstand der Zwangsertragsgemeinderschaft war deshalb das gesamte landwirtschaftliche Gewerbe nach Art. 620 Abs. 1 aZGB (1912) und nicht nur der wertmässige Anteil, der die Belastungsgrenze überschritt.<sup>192</sup> Folge davon war, dass sich die Abfindungsansprüche nicht nach dem Wert im Zeitpunkt der Begründung der Zwangsertragsgemeinderschaft berechneten, sondern erst im Zeitpunkt, in dem diese aufgelöst bzw. die Miterben abgefunden wurden.<sup>193</sup> Ganz getreu dem allgemeinen Grundsatz fand daher die Auflösung *ex nunc* nach der Vermögenslage statt, wie sie beim Eintritt des Auflösungsgrundes vorhanden war, sodass die Miterben von

186

ESCHER, ZK (1943), Art. 622 N 20; TUOR, BK (1929), Art. 622 N 22 f.; ALTHERR (FN 130), 124; GUGGENHEIM (FN 20), 150 f.; HITZIG (FN 45), 45.

187

TUOR, BK (1929), Art. 622 N 12; ESCHER, ZK (1943), Art. 622 N 4.

188

Zum Ganzen TUOR, BK (1929), Art. 622 N 14 ff.; ESCHER, ZK (1943), Art. 622 N 5 f.

189

ESCHER, ZK (1943), Art. 622 N 14; VON GUNTEN WILLY, Die Rechte der abzufindenden Erben im bäuerlichen Erbrecht des Schweizerischen ZGB, Diss. Bern 1947, 38.

190

ESCHER, ZK (1943), Art. 622 N 17.

191

EGGER, ZK (1943), Art. 347/348 N 1; vgl. auch Art. 348 Abs. 3 i.V.m. Art. 342 Abs. 1 ZGB.

192

ALTHERR (FN 130), 129; GUGGENHEIM (FN 20), 153, jeweils mit Hinweis auf den abweichenden Antrag in der Expertenkommission.

193

ESCHER, ZK (1943), Art. 622 N 18; ALTHERR (FN 130), 156.

einer allfälligen Wertsteigerung profitierten bzw. eine Wertverminderung mitzutragen hatten. Ein Grund, von diesem Grundsatz abzuweichen, war nicht ersichtlich.<sup>194</sup>

## c. Besonderheiten in Bezug auf die Auflösungsgründe

**131** Die Zwangsertragsgemeinschaft wird zwar grundsätzlich auf unbestimmte Dauer errichtet,<sup>195</sup> jedoch kam ein jederzeitiges Kündigungsrecht der Miterben i.S.v. Art. 338 Abs. 2 ZGB nicht in Frage, da dies Sinn und Zweck von Art. 622 αZGB (1912) zuwiderlief. Gemäss Art. 623 Abs. 1 αZGB (1912) konnten die Miterben des Übernehmers jedoch die Auflösung der Zwangsertragsgemeinschaft verlangen, sobald der Unternehmer die Abfindung ohne übermässige Verschuldung durchführen konnte. Es handelte sich hierbei also um das nachträgliche Wegfallen der objektiven Voraussetzung für die Errichtung der Zwangsertragsgemeinschaft.<sup>196</sup>

**132** Entscheidend war, dass das Kündigungsrecht nach Art. 623 Abs. 1 αZGB (1912) erst dann entstand, wenn der Unternehmer in der Lage war, alle Miterben abzufinden, auch wenn dies nur einer verlangt hatte, da ansonsten der Schnellere bzw. Rücksichtslosere auf Kosten der anderen profitiert hätte.<sup>197</sup> Demgegenüber hatte nach Art. 623 Abs. 2 αZGB (1912) der Unternehmer selbst mangels anderweitiger Vereinbarung jederzeit das Recht, die Auflösung der Gemeinschaft zu verlangen. Dabei handelte es sich in beiden Fällen technisch betrachtet um eine Kündigung i.S.v. Art. 338 Abs. 2 ZGB, weshalb eine sechsmonatige Kündigungsfrist galt.<sup>198</sup>

## 5. Rezeption der (Ertrags-)gemeinschaft in der zeitgenössischen Lehre

### α. Vorteile und Befürworter

**133** Mit der Gemeinschaft knüpfte man (bewusst!) an ein Rechtsinstitut an, das in den Kantonen bereits verankert war.<sup>199</sup> Die Gemeinschaft sei ein «gut schweizerisches Rechtsinstitut»,<sup>200</sup> das einem praktischen Bedürfnis entspreche, weshalb es auch besser sei, von «gesetzlicher Neuordnung» statt von «Wiedererweckung» zu sprechen.<sup>201</sup> Besonders betont wurde dabei die Tatsache, dass es in 40 Jahren seit der gesetzlichen Normierung der Gemeinschaft im Kanton Zürich zu keinem einzigen Gerichtsprozess gekommen war.<sup>202</sup>

**134** Inhaltlich betrachtet erhielten die Miterben keine sofortige Abfindung in bar – was den Unternehmer zu stark belasten würde – sondern bloss einen Anteil am jährlichen Reingewinn, was mit einem (variablen) Rentenanspruch vergleichbar war.<sup>203</sup> Ebendiese Variabilität bzw. Abhängigkeit vom tatsächlich erwirtschafteten Reinertrag stellte nach Ansicht der Befürworter den grossen Vorteil der Ertragsgemeinschaft dar.<sup>204</sup> So fand eine eigentliche Gleichstellung von Unternehmer und Miterben statt, indem das wirtschaftliche

194

ESCHER, ZK (1943), Art. 622 N 19; GUGGENHEIM (FN 20), 158; COURVOISIER (FN 76), 196; VON GUNTEN (FN 192), 56; α.M. jedoch bewusst entgegen Gesetz und Materialien TUOR, BK (1929), Art. 622 N 36 ff.; vgl. zu den allgemeinen gemeinschaftlichen Bestimmungen vorne Rz. 117.

195

ESCHER, ZK (1943), Art. 622 N 21; TUOR, BK (1929), Art. 623 N 1.

196

GUGGENHEIM (FN 20), 158.

197

ESCHER, ZK (1943), Art. 623 N 3.

198

ESCHER, ZK (1943), Art. 623 N 4; TUOR, BK (1929), Art. 623 N 5 f.

199

Vgl. dazu bereits vorne Rz. 93.

200

HITZIG (FN 45), 33.

201

BARAZETTI CAESAR, Der Vorentwurf zum ersten und zweiten Teil des schweizerischen Civilgesetzbuches (Personen- und Familienrecht), Bern 1898, 255; RÜMELIN (FN 46), 82; HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 248.

202

HUBER, Betrachtungen (FN 43), 57; HUBER M., Gemeinderschaften (FN 22), 24; SCHNEIDER (FN 113), § 553 N 1; α.M. COHN (FN 119), 15 f., der zwei Gerichtsprozesse erwähnt, wobei der eine zur Beweiserhebung zurückgewiesen wurde und der andere nur am Rande das Gemeinderschaftsverhältnis betraf.

203

CHÉRON (FN 17), 120.

204

Siehe dazu bereits vorne Rz. 122 ff.

Risiko der Übernahme von allen getragen wurde bzw. wo man «zu Gedeih und Verderb» im gleichen Boot sass.<sup>205</sup>

**135** Dadurch, dass das Gemeinderschaftsgut im Gesamtvermögen der Erben verblieb, d.h. die Erbteilung und nicht nur deren Abfindung verschoben wurde, erhielten die Miterben des Übernehmers automatisch eine gewisse minimale Sicherstellung ihrer Ansprüche. Stellte sich heraus, dass der Übernehmer das Gewerbe doch nicht wirtschaftlich betreiben konnte und musste es veräussert werden, so erhielten die Miterben als Gesamteigentümer automatisch einen Anteil am Liquidationserlös. Das Risiko, dass bis zu diesem Zeitpunkt das Gemeinderschaftsgut im Vergleich zum Zeitpunkt der Errichtung der Gemeinderschaft bereits an Wert verloren haben konnte, wurde dadurch ausgeglichen, dass auch an einem allfälligen Mehrwert partizipiert worden wäre.<sup>206</sup> Es bestand damit also spiegelbildlich auch ein automatischer Gewinnbeteiligungsanspruch.

## b. Kritik an der Gemeinderschaft als solcher

**136** Gegen die Gemeinderschaft als solcher hingegen wurden viele alte (Rechts-)Sprichwörter ins Feld geführt: «communio mater rixarum», «Theil und gemein ist unrein», «Qui a compaignon, a maître» und dergleichen.<sup>207</sup> Dass jede Gemeinschaft das Potential einer Konfliktquelle mit sich bringt, dürfte jedoch für alle Arten von Gemeinschaften und Gesellschaften, sogar für die Ehe, gesagt werden und war somit schon damals kein spezifisches Argument.<sup>208</sup> Spezifisch auf die Gemeinderschaft bezogen aber trug man vor, dass in der Gemeinderschaft die Fleissigen für die Faulen arbeiten würden bzw. die Freiheit und Individualität der Fähigen ganz generell in unerträglicher Weise eingeschränkt werde, da die Gemeinder zur Mitarbeit an den bäuerlichen Hof gebunden würden, und sich nicht ihren Begabungen widmen oder selbständig wirtschaftlich tätig werden könnten.<sup>209</sup>

**137** Diese Kritikpunkte treffen jedoch nicht (mehr) die vom ZGB geregelte Ertragsgemeinderschaft, die der Individualität der einzelnen Gemeinder angemessen Rechnung trägt und ohne den Zwang zur gemeinsamen Wirtschaft eine wichtige Konfliktquelle beseitigt.<sup>210</sup> Die Erben können in die Welt hinausziehen, selbständig ihrem Beruf nachgehen, und bleiben dennoch mit dem ungeteilten Gut durch das enge Band des Gesamteigentums verbunden.<sup>211</sup> Die Ertragsgemeinderschaft wurde daher als den modernen Bedürfnissen und dem Individualismus angepasst erachtet, und man erwartete, dass sie eine weit grössere Verbreitung finden würde.<sup>212</sup>

## c. Kritik an der Ertragsgemeinderschaft

**138** Eines der grössten Probleme der Ertragsgemeinderschaft blieb dennoch, wie der Anteil am jährlichen Reingewinn berechnet werden sollte, wenn in bäuerlichen Verhältnissen meist gar keine Buchführung stattfand.<sup>213</sup> Die Bauern hatten damals «einen gewissen horror» vor der Buchhaltung, obwohl das Schweizerische Bauernsekretariat ab 1901 landwirtschaftliche Buchhaltungskurse veranstaltete.<sup>214</sup> Im Endeffekt blieb es daher mangels Einigung der Miterben Sache der Behörden, Reingewinn und Anteile zu bestimmen.<sup>215</sup>

205

HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 247; CHÉRON (FN 17), 114 f.

206

Zum Ganzen vgl. bereits vorne Rz. 117 und 130.

207

ROSSEL/MENTHA (FN 90), N 734; HITZIG (FN 45), 49; DARDEL P., *Communautés et indivisions* (FN 164), 232; COHN (FN 119), 120; ALTHERR (FN 130), 35; COURVOISIER (FN 76), 216; EGGER, ZK (1914), Art. 336 N 1; HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 247.

208

COHN (FN 119), 121; ALTHERR (FN 130), 169.

209

COHN (FN 119), 121; DARDEL P., *Communautés et indivisions* (FN 164), 233 f.; ALTHERR (FN 130), 169 f.; EGGER, ZK (1914), Art. 336 N 1; HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 247.

210

HITZIG (FN 45), 51; DARDEL P., *Communautés et indivisions* (FN 164), 233; ALTHERR (FN 130), 170.

211

EGGER, ZK (1914), Art. 347 N 1b.

212

ALTHERR (FN 130), 3; COURVOISIER (FN 76), 217; DARDEL P., *Communautés et indivisions* (FN 164), 243; GUGGENHEIM (FN 20), 145; HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 248.

213

HITZIG (FN 45), 52; BOREL ANDRÉ, *Le droit successoral paysan du code civil suisse, Guide à l'usage des autorités des hommes de loi et des agriculteurs*, Brugg 1925, 77; siehe dazu bereits vorne Rz. 123 f.

214

GUGGENHEIM (FN 20), 73 f.

215

RÜMELIN (FN 46), 82; HUBER, *Betrachtungen* (FN 43), 60 f.



**139** Aus bäuerlichen Kreisen wurde zur Vereinfachung die Bestimmung eines festen Zinssatzes auf Grundlage des Ertragswerts vorgeschlagen, da so eine saubere Buchhaltung nicht nötig sei. Immerhin müsste dieser Zinssatz jedoch regelmässig den sich verändernden Wirtschaftsverhältnissen angepasst werden, wofür zumindest gesetzlich keine explizite Grundlage auszumachen war.<sup>216</sup>

**140** Die Schwierigkeiten bezüglich der Festsetzung und Berechnung der Anteile am jährlichen Reingewinn führten wohl schliesslich dazu, dass die Ertragsgemeinderschaft selten begründet wurde und stattdessen das Gemeinderschaftsgut an einen Dritten oder einen der Gemeinder zu einem fixen Pachtzins abgegeben wurde, sodass sich allfällige Streitigkeiten nach dem genauer geregelten Pachtrecht richteten.<sup>217</sup>

## d. Kritik an der Zwangsertragsgemeinderschaft

**141** Der grössten Kritik war die Zwangsertragsgemeinderschaft von Art. 622 aZGB (1912) ausgesetzt.<sup>218</sup> Erben entgegen ihrem Willen zu einer Gemeinschaft zu zwingen, würde nicht in die moderne Zeit passen,<sup>219</sup> womit insbesondere der mittlerweile weit rezipierte Art. 815 des französischen Code civil bezüglich der Erbengemeinschaft («Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision»),<sup>220</sup> und der Grundsatz der Gleichberechtigung der Erben angesprochen war.<sup>221</sup> Die Zwangsertragsgemeinderschaft bedeute, so wurde vorgetragen, einen «sozialen, politischen und moralischen Rückschritt», der insbesondere in Gegenden, in denen auch bäuerliche Kleinstbetriebe volkswirtschaftlich Sinn machten, nicht zu rechtfertigen sei.<sup>222</sup>

**142** Diese Vorwürfe schienen über die Tatsache hinwegzugehen, dass der jederzeitige Teilungsanspruch und der Grundsatz der Gleichberechtigung der Erben selbstverständlich auch Eingang ins ZGB von 1912 gefunden hatten, und dass es bei der Zwangsertragsgemeinderschaft eben genau darum ging, die berechtigten Interessen an der Verhinderung der Bodenzerstückelung und Überschuldung der landwirtschaftlichen Gewerbe auf möglichst schonende Weise zu verwirklichen. Die Alternative, auch bei landwirtschaftlichen Gewerben den Nachlass ohne Rücksicht auf Zerstückelung und Überschuldung gleichmässig zu teilen, konnte den Miterben ebenso ökonomisch nachteilig sein und widersprach ausserdem dem ebenfalls wichtigen Grundsatz der Werterhaltung der Vermögenswerte im Erbgang (vgl. auch Art. 612 ZGB).<sup>223</sup>

216

Zum Ganzen BOREL (FN 216), 76 f.; COURVOISIER (FN 76), 187; CHÉRON (FN 17), 118.

217

EGGER, ZK (1943), Art. 336 N 3.

218

Vgl. diverse Voten in Protokoll Expertenkommission Erbrecht (1902) (FN 47), 740 ff.; COHN (FN 119), 126.

219

MEILI FRIEDRICH, Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts, Zürich 1901, 73 f.

220

Ebd., 79; HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 496.

221

Zum Ganzen Votum Richard Marc-Eugène, Sten.Bull. 1906, 494.

222

KUONI (FN 90), 264 ff., 278.

223

HUBER, Erläuterungen VE (1914) (FN 11), 250 f.

# C. Scheitern Eugen Hubers Konzeptionen

## I. Bäuerliches Erbrecht als tote Buchstaben

### 1. Geringe Verbreitung der Gemeinderschaft bereits vor 1912

**143** Schon vor Inkrafttreten des ZGB von 1912 hatte man festgestellt, dass sich die Gemeinderschaft im Rückgang befand, d.h. selbst in Kantonen, die sie noch kannten, immer seltener begründet wurde.<sup>224</sup> Oftmals las man daher bereits damals, dass das ZGB die «Neubelebung dieses altgermanischen Institutes» versucht habe,<sup>225</sup> oder die Gemeinderschaft «une institution, qui semblaît déjà appartenir tout entière au domaine de l'histoire», sei.<sup>226</sup>

**144** Dies bestätigt der Blick auf die Statistik des Kantons Zürich, der noch vor Inkrafttreten des ZGB die Gemeinderschaft kantonale gesetzlich umfassend geregelt hatte. So waren bei einer Bevölkerung von ca. 350'000 Einwohnern zwischen 1867 und 1884 total 100 Gemeinderschaften errichtet worden, d.h. 5-6 pro Jahr (auf die heutige Bevölkerungszahl des Kantons Zürich hochgerechnet entspricht dies immerhin noch gut 25 Gemeinderschaften pro Jahr).<sup>227</sup> Zwischen 1886 und 1906 soll jedoch gar keine Gemeinderschaft mehr errichtet worden sein.<sup>228</sup> Das positive Hervorheben, dass es zwischen 1855 und 1895 zu keinen Streitigkeiten im Zusammenhang mit Gemeinderschaften gekommen war, erfährt durch diese Statistik also eine gewisse Relativierung.<sup>229</sup>

**145** Der Grund für die geringe Verbreitung der Gemeinderschaft dürfte in der schon damals fehlenden Bekanntheit liegen. So schrieb bspw. ein Rechtsanwalt ZIEGLER aus Schaffhausen: «Der Grund (...) wesshalb bei uns nicht noch mehr Gemeinderschaften vorgekommen sind, ist nur einfach der, dass die Leute gar nicht wissen, dass ein solches Rechtsgebilde bei uns existirt!»,<sup>230</sup> Wenn die Gemeinderschaft also selbst in den Kantonen, die sie gesetzlich geregelt hatten, nicht sonderlich bekannt war, ist verständlich, dass in den anderen Kantonen die Skepsis überwiegt und man erwartete, ob sich die Gemeinderschaft überhaupt als «lebensfähig» erweisen würde.<sup>231</sup>

224

HITZIG (FN 45), 48 f.; SCHNEIDER (FN 113), § 553 N 1.

225

Statt vieler KUONI (FN 90), 15.

226

CHÉRON (FN 17), 44.

227

SCHNEIDER (FN 113), § 553 N 1; HUBER M., Gemeinderschaften (FN 22), 23; COHN (FN 119), 14, mit dem Hinweis auf den offensichtlichen Additionsfehler bei SCHNEIDER, der von HUBER M. übernommen wurde; Protokoll Expertenkommission Erbrecht (1902) (FN 47), 681.

228

LANG OTTO, Das gesetzliche Erbrecht, in: Vorträge über den Entwurf eines schweiz. Zivilgesetzbuches gehalten im Zürcher Juristenverein im Winter 1905/1906, 1. Heft, Zürich 1906, 5 ff., 23.

229

Siehe dazu bereits vorne Rz. 133.

230

COHN (FN 119), 17.

231

Statt vieler und in Bezug auf den Kanton Bern BÜHLMANN (FN 30), 23; COHN (FN 119), 136.

## 2. Geringe Verbreitung der Gemeinderschaft nach 1912

**146** Schon bald nach dem Inkrafttreten des ZGB von 1912 zeichnete sich ab, dass der Versuch, der Gemeinderschaft neues Leben einzuhauchen, gescheitert war. Die frühen Kommentare zu den Art. 336 ff. ZGB zeigen, dass man sich unsicher war, ob die vertragliche Gemeinderschaft überhaupt grosse Verbreitung gefunden habe. Man schloss daraus, dass ein eigentlicher Durchbruch nie stattgefunden hatte.<sup>232</sup>

**147** Noch viel weniger Verbreitung fand die Zwangsertragsgemeinderschaft von Art. 622 aZGB (1912). Beispielhaft können die Stellungnahmen zur Enquête von MOSER herangezogen werden, nach denen diese praktisch nie errichtet, hingegen regelmässig einfach die Erbgemeinschaft nach Art. 602 ff. ZGB fortgesetzt wurde.<sup>233</sup>

**148** Als Höhepunkt solcher Praxis erscheint denn wohl auch der bereits erläuterte BGE 61 II 164. Mit dieser Entscheidung wurde, entgegen der damals herrschenden Lehre und den Gesetzesmaterialien, die Begründung der fortgesetzten Erbgemeinschaft nach Art. 602 ff. ZGB durch formfreie Verabredung der Verschiebung der Teilung unter Erben anerkannt. Gerade weil die öffentliche Beurkundung als Voraussetzung der Gemeinderschaft kritisiert wurde, erschien die formfreie Vereinbarung der fortgesetzten Erbgemeinschaft wesentlich attraktiver, auch wenn der Preis dafür ein rudimentär geregeltes Rechtsinstitut war.<sup>234</sup> Dem Institut der Gemeinderschaft wurde damit der Boden entzogen. So prognostizierte bereits FELBER in ihrer frühen Erläuterung von BGE 61 II 164, dass auf diesem Weg die Gemeinderschaft von der neuen Form der fortgesetzten Erbgemeinschaft immer mehr zurückgedrängt werden würde. Sie sollte damit Recht behalten.<sup>235</sup>

## 3. Fehlende Anwendung des bäuerlichen Erbrechts nach 1912

**149** Mit der Rückverweisung auf den Ortsgebrauch in Art. 621 Abs. 1 aZGB (1912), aber auch bereits in den allgemeinen Teilungsregeln von Art. 611 Abs. 2 und Art. 613 Abs. 3 aZGB (1912), hatte man sich mit Blick auf das Ziel der Rechtsvereinheitlichung insbesondere im (bäuerlichen) Erbrechtsrecht einen Bärendienst erwiesen.<sup>236</sup> Die Kantone machten keinen Hehl daraus, wo immer möglich, ihrem bisherigen kantonalen Recht zu folgen.<sup>237</sup>

**150** So hob etwa KUONI hervor, dass das bäuerliche Erbrecht des ZGB im Kanton Graubünden im grossen Ganzen keine Anwendung finden und die dortigen Verhältnisse nicht ändern würde.<sup>238</sup> Dies zum einen, weil der Integralzuweisungsanspruch von Art. 621 aZGB (1912) an die Erhaltung des landwirtschaftlichen Gewerbes als wirtschaftliche Einheit anknüpfte:<sup>239</sup> Im Kanton Graubünden sei jeder Betrieb, so klein er auch sein mochte, als wirtschaftliche Einheit anzusehen, da Alpen, Wälder, Weiden teils sogar Wiesen, Äcker etc. im Gemeinde- bzw. Genossenschaftseigentum stünden, d.h. jeder Kleinstbetrieb all diese Flächen jeweils mit-

232

Zum Ganzen EGGER, ZK (1943), Art. 336 N 3; SILBERNAGEL/WÄBER, BK (1927), Vorbem. zu Art. 336-348 N 4.

233

MOSER ROBERT ANTON, Die Vererbung des bäuerlichen Grundbesitzes in der Schweiz mit besonderer Berücksichtigung des Kantons Bern, Diss. Bern 1931, 113 f.; zur weiteren Alternative, dass das landwirtschaftliche Gewerbe an einen Erben oder Dritten verpachtet wurde, siehe bereits vorne Rz. 140.

234

AMBERG HANS PAUL, Die Reform des bäuerlichen Erbrechts in der Schweiz, Diss. Bern 1939, Scrn. 1940, 24; vgl. dazu bereits vorne Rz. 104.

235

FELBER (FN 146), 27; VON GUNTEN (FN 192), 78.

236

Siehe dazu bereits Rz. 68 ff.

237

FEHR (FN 93), 218.

238

KUONI (FN 90), 271.

239

Vgl. dazu bereits vorne Rz. 41.

benutzen konnte; diese Nutzungsrechte würden auch den kleinsten Privatbesitz zu einer wirtschaftlichen Einheit erhalten, sodass im Endeffekt gar nie die Voraussetzungen für eine Verhinderung der Teilung und Integralzuweisung nach Art. 621 aZGB (1912) vorliegen würden.<sup>240</sup>

**151** Zum anderen hatte nach Art. 621 Abs. 2 aZGB (1912) bei Einsprache eines Miterben, oder wenn mehrere Erben die Zuweisung beanspruchten, die zuständige Behörde über Zuweisung, Veräusserung oder Teilung zu entscheiden, wobei sie sich auch hier primär am Ortsgebrauch zu orientieren hatte.<sup>241</sup> KUONI nach war mit dem Ortsgebrauch der alte § 487 des bündnerischen Civilgesetzbuches angesprochen, der auch wörtlich ins kantonale Einführungsgesetz übernommen wurde, und der den Grundsatz der Anspruchsgleichheit aller Erben nach Vorbild des französischen Code civil vorsah. Im Endeffekt komme es daher jedes Mal, wenn ein Miterbe Einspruch erhebe oder mehrere Erben die Zuweisung verlangten, zur Zerteilung und zum Verkauf des landwirtschaftlichen Gewerbes.<sup>242</sup> Vergleichbare Auslegungen waren auch in den westschweizerischen Kantonen auszumachen und wiederum teils explizit in ihren Einführungsgesetzen festgeschrieben.<sup>243</sup>

**152** Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Erbsitten stärker zu sein schienen als der Gesetzestext. In Kantonen, in denen die Zerteilung der landwirtschaftlichen Gewerbe üblich war, wurde weiterhin fleissig geteilt; in Kantonen, in denen wiederum die Integralzuweisung unter Bevorzugung der Söhne üblich war, wurden diese weiterhin bevorzugt.<sup>244</sup> Grund dafür war aber nicht nur die Behördenpraxis, sondern auch, dass die dispositiven Bestimmungen des bäuerlichen Erbrechts selten beansprucht wurden. Selbst bei Vorliegen aller Voraussetzungen wurde nämlich der Anspruch auf Integralzuweisung des landwirtschaftlichen Gewerbes nach Art. 620 aZGB (1912) oftmals gar nicht geltend gemacht.<sup>245</sup> Das bäuerliche Erbrecht des ZGB scheiterte am «nicht selten in Rechthaberei ausartenden Gerechtigkeitssinn» und der «Hartnäckigkeit» der Bauern.<sup>246</sup>

## II. Heutiger Blick auf die Überbleibsel des bäuerlichen Erbrechts?

### 1. Geplante Abschaffung der Gemeinderschaft

**153** Die Gemeinderschaft nach Art. 336 ff. ZGB wird heute überwiegend als toter Buchstabe ohne praktische Bedeutung bezeichnet, und in manchen Schriften schon gar nicht mehr erwähnt.<sup>247</sup> Tatsächlich beantragte der Bundesrat 2016 anlässlich der Reform des Handelsregisterrechts die Streichung der Art. 336-348 ZGB mit der Begründung, dass die Gemeinderschaft in der Praxis nicht mehr gebraucht würde und zu diesem Zeitpunkt nur deren fünfzig im Handelsregister eingetragen seien. Abgesehen davon, dass das Handelsregister wegen der fehlenden Eintragungspflicht kaum verlässliche Quelle statistischer Daten zur Gemeinderschaft sein kann,

240

Zum Ganzen KUONI (FN 90), 270 f.

241

Vgl. dazu bereits vorne Rz. 68 ff.

242

Zum Ganzen KUONI (FN 90), 276 f.

243

BOREL (FN 216), 16 ff., wobei er selbst diese Auslegungen und Bestimmungen in den Einführungsgesetzen als «inapplicables» betrachtete.

244

Zum Ganzen FEHR (FN 93), 218; sowie die Stellungnahmen in der Enquête von MOSER (FN 236), 53, 56, 60, 62, 67, 71, 78, 82, 85, 87; ebendies für die Kantone Graubünden, Wallis und Waadt prophezeiend CHÉRON (FN 17), 140.

245

MOSER (FN 236), 53; AMBERG (FN 237), 19 f.; ESCHER, ZK (1960), Vorbem. zu Art. 616-625 N 7; TUOR PETER, Das schweizerische Zivilgesetzbuch. Eine systematische Darstellung mit Berücksichtigung der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, 5. Aufl., Zürich 1948, 393.

246

LANG (FN 231), 24.

247

BSK ZGB I-KOLLER/EGGEL, Vor Art. 328-348 N 3; CHK-BREITSCHMID, Art. 336-348 ZGB N 5; BÜCHLER ANDREA/VETTERLI ROLF, Ehe, Partnerschaft, Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 3. Aufl., Basel 2018, 295; BADDELEY (FN 138), 55, 70 f.

wurde die geplante Abschaffung aber vor allem aus einem anderen Argument abgelehnt: wegen der Verletzung der Einheit der Materie.<sup>248</sup>

## 2. Heutige Kritikpunkte an der Gemeinderschaft

### a. Komplizierte Errichtung

**154** Schon bei der Diskussion des Vorentwurfs in der Expertenkommission hatte man befürchtet, dass zu strenge Formvorschriften die Gemeinderschaft unpopulär machen würden.<sup>249</sup> Tatsächlich ist das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung gemäss Art. 337 ZGB auch unter Geltung des ZGB einer der Hauptkritikpunkte geblieben.<sup>250</sup>

**155** Zuzugeben ist aus heutiger Sicht die damit verbundene unbegründete Erschwernis gegenüber anderen Rechtsgemeinschaften, wie die einfache Gesellschaft und die Kollektivgesellschaft, oder auch die fortgesetzte Erbengemeinschaft, welche formlos verabredet werden können soll.<sup>251</sup> Aus diesem Grund spricht sich namentlich PIOTET dafür aus, dass die öffentliche Beurkundung nicht nötig sei, wenn im Rahmen eines schriftlichen Erbteilungsvertrags auf den Teilungsanspruch nach Art. 604 ZGB verzichtet werde, sprich dann eine Gemeinderschaft nach Art. 336 ff. ZGB vorliegen solle. Er verweist dabei auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach auch bei einem innerhalb eines Erbteilungsvertrags vereinbarten Grundstückskauf, auf die öffentliche Beurkundung zur Gültigkeit verzichtet werden könne.<sup>252</sup> Zumindest scheint unter Beibehaltung des Erfordernisses der öffentlichen Beurkundung die Gemeinderschaft kaum wiederbelebbar zu sein.<sup>253</sup>

### b. Zu wenig flexible Entscheidungsfindung

**156** Als weiterer Kritikpunkt an der Gemeinderschaft wird die unflexible Entscheidungsfindung im Innenverhältnis vorgebracht, was auf das Einstimmigkeits- bzw. Kopfstimmprinzip (Art. 340 Abs. 1 ZGB) zurückzuführen sei und eine Weiterentwicklung des Innenverhältnisses kaum möglich mache.<sup>254</sup>

**157** Dem ist zu entgegenen, dass die Regelung von Art. 340 Abs. 1 ZGB rein dispositiver Natur ist, die Gemeinder also bspw. auch im Grundsatz das Mehrheitsprinzip und nur für wichtige Entscheide das Einstimmigkeitsprinzip vereinbaren können; ohnehin darf nach Art. 340 Abs. 2 ZGB jeder Gemeinder ohne Mitwirkung der übrigen gewöhnliche Verwaltungshandlungen vornehmen. Einzig wenn der Gemeinderschaftsvertrag selbst abgeändert werden soll, was auch bei einer Änderung der Zusammensetzung der Gemeinderschaft der Fall ist, ist ein einstimmiges Handeln aller Gemeinder und die erneute öffentliche Beurkundung zwingend.<sup>255</sup>

### c. Solidarische Haftung und fehlende Rechtspersönlichkeit

**158** Wie alle Personengemeinschaften verfügt die Gemeinderschaft über keine eigene Rechtspersönlichkeit. Sie ist keine juristische Person i.S.v. Art. 52 ff. ZGB und kann daher nicht

248

Zum Ganzen Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) vom 15. April 2015, BBl 2015 3617 ff., 3655 ff.; Voten von Bundesrätin Sommeruga Simonetta, Amtl.Bull. National- bzw. Ständerat 2016, 756, 2199 f.

249

CHÉRON (FN 17), 141; siehe zu den Formvorschriften bereits vorne Rz. 98 ff.

250

CR CC I-PIOTET, Art. 336 N 3; BADDELEY (FN 138), 71; ZIHLER FLORIAN/BERGER LUKAS, Vorentwurf zur Modernisierung des Handelsregisters und der damit verbundenen KMU-Erleichterungen. REPRAX 1/2013, 1 ff., 10 f.

251

EGGER, ZK (1943), Art. 337 N 2.

252

Zum Ganzen CR CC I-PIOTET, Art. 337 N 3; BGE 118 II 395, 397 E. 2 m.w.H.

253

CR CC I-PIOTET, Art. 336 N 3; BADDELEY (FN 138), 70 f.

254

ZIHLER/BERGER (FN 253), 10; siehe zum Innenverhältnis bereits vorne Rz. 106 ff.

255

BADDELEY (FN 138), 63; CR CC I-PIOTET, Art. 337 N 2.

selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein. So ist die damit verbundene solidarische Haftung für Gemeinderschaftsschulden denn auch ein Kritikpunkt, der aber wiederum auch anderen Personengesellschaften gemeinsam ist.

**159** Die Kritik ist aber insofern berechtigt, als dass bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft die Partei-, Prozess- und Betreuungsfähigkeit von Gesetzes wegen besteht (vgl. Art. 562 bzw. Art. 602 OR), dies bei der Gemeinderschaft jedoch nicht der Fall ist. Selbst wenn ein Haupt der Gemeinderschaft nach Art. 341 Abs. 1 ZGB bestimmt wurde, können aktive Betreuungshandlungen nur von allen Gemeindern gemeinsam vorgenommen werden; in Aktivprozessen bilden sie stets eine notwendige Streitgenossenschaft.<sup>256</sup> In der Praxis könnte diesem Mangel jedoch durch das Erteilen von Generalvollmachten abgeholfen werden.

## d. Bessere Alternativen?

**160** Oft wird schliesslich vorgebracht, dass es im Vergleich zur Gemeinderschaft nach Art. 336 ff. ZGB bessere Alternativen gäbe, um das Ziel der Erhaltung der Erbschaft zu erreichen, womit insbesondere auf die einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR), die Kollektivgesellschaft (Art. 552 ff. OR), die fortgesetzte Erbengemeinschaft (Art. 602 ff. ZGB) oder die Stiftung (Art. 80 ff. ZGB) verwiesen wird.<sup>257</sup>

**161** Bei der Stiftung kann jedoch in Frage gestellt werden, ob diese tatsächlich einfacher zu errichten ist und die Entscheidungsfindung flexibler ist. Auch bei den anderen Alternativen ist zumindest im Grundsatz das unflexible Einstimmigkeitsprinzip anwendbar. Bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft ist eine Eintragung ins Handelsregister vorgeschrieben, was die Errichtung auch nicht deutlich einfacher macht.

**162** Der wahre Vorteil dürfte daher eher darin liegen, dass die erwähnten Alternativen den Juristen geläufiger sind, weil sie im Gegensatz zur Gemeinderschaft in der Ausbildung nicht bzw. weniger vernachlässigt werden, weil sie in der Praxis häufiger vorkommen – und weil damit zugleich mehr Literatur und Rechtsprechung zur Verfügung stehen, die damit eine gewisse bzw. zumindest höhere Rechtssicherheit vermitteln.

## 3. Und dennoch: Modellcharakter des BGGB?

**163** Nach all dieser Kritik gilt es festzuhalten, dass EUGEN HUBERS spezifisches Erbrecht für bäuerliche Unternehmen nie ganz aufgehoben wurde, sondern in den Grundzügen ins BGGB übertragen und damit als eigentliches bäuerliches Sondererbrechtsrecht überlebt hat.<sup>258</sup> Insbesondere mit dem Integralzuweisungsanspruch des geeigneten, zur Selbstbewirtschaftung bereiten Erben in Art. 11 BGGB und den entsprechenden Begleitbestimmungen, hat sich ein zentraler Aspekt des bäuerlichen Erbrechts EUGEN HUBERS mit nur geringfügigen Anpassungen erhalten. Das BGGB relativiert das Pflichtteilsrecht und die Grundsätze der Anspruchsgleichheit und der Naturalteilung zum Zweck der Integralzuweisung; damit kann es durchaus als «Vorbild» oder «Modell» für ein moder-

256

BSK ZGB I-LEHMANN, Art. 340 N 3 f. m.w.H.

257

Botschaft Handelsregisterrecht (2015) (FN 251), 3627, 3656 f.

258

WOLF FRANZ A., Zuweisungsrechte und Nachlassplanung im bäuerlichen Erbrecht, BLAR 3/2017, 187 ff., 194.

nes Unternehmenserbrecht herangezogen werden.<sup>259</sup> Andererseits verfolgt das BGGB aber auch ganz spezifisch landwirtschaftliche, struktur- und eigentumspolitische Ziele, die nicht ohne Weiteres auf Unternehmen allgemein übertragen werden können.<sup>260</sup>

**164** Für die weitere Diskussion dürfte es hilfreich sein, nicht nur auf die Lehre und Rechtsprechung zum BGGB abzustellen, sondern – *ad fontes* – auch auf EUGEN HUBERS bürgerliches Erbrecht von 1912 und die diesbezüglichen Ausführungen und Lehre zurückzublicken. Dabei würde nicht zuletzt wieder ins Bewusstsein gerufen, dass die Gemeinderschaft, die sich weiterhin unverändert im ZGB geregelt findet und nicht ins BGGB «ausgelagert» wurde, als zentrales Instrument des HUBER'schen bürgerlichen Erbrechts noch heute Potential für die Planung von Unternehmensnachfolgen und diesbezügliche gesetzgeberische Revisionen bieten könnte.

# D. Aktuelle Erbrechtsrevision – des Rätsels Lösung?

## I. Revisionsbedarf

### 1. Erleichterung der Nachfolge in Familienunternehmen

**165** In der Botschaft zum Vorentwurf des ZGB von 1904 wurde die Schaffung eines allgemeine(re)n Unternehmenserbrechts abgelehnt, weil «dafür ein Bedürfnis nicht vorzuliegen scheint».<sup>261</sup> Gut einhundert Jahre später scheint sich ein solches Bedürfnis zur Erleichterung der Integralzuweisung nun endgültig manifestiert zu haben.<sup>262</sup> Jährlich stehen ca. 14'000-16'000 Unternehmen vor einer Unternehmensnachfolge in Form einer Eigentumsübergabe, bei ca. 3'400 davon könnten Finanzierungsprobleme aufgrund erbrechtlicher Regelungen auftreten, womit Arbeitsplätze von ca. 48'000 Vollzeitäquivalenten gefährdet sind.<sup>263</sup> Bei der geplanten Erbrechtsrevision zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge stehen also, wie schon vor über 100 Jahren, volkswirtschaftliche Interessen im Vordergrund, und nicht der Schutz des Unternehmers oder Partikularinteressen eines übernahmewilligen Erben.<sup>264</sup>

**166** Vorgelagert geht es aber zugleich darum, die Wirtschaft aktiv durch ein nachfolgefrendliches Erbrecht zu fördern. Ein Erbrecht, das dem Bedürfnis nach Integralzuweisung bzw. Erhaltung von über lange Zeit aufgebauten Unternehmen nicht ausreichend Rechnung trägt, scheint dem Unternehmergeist hinderlich, da der Unternehmer damit rechnen muss, dass das, was er sich aufgebaut hat, spätestens bei

259

HÖSLY BALZ/FERHAT NADIRA, Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht – Vorschläge de lege ferenda, successio 2016, 100 ff., 104 f.; WOLF F. (FN 262), 192 ff.; EITEL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe vs. Unternehmenserbrecht im Allgemeinen, in: Schmid Jörg/Seiler Hansjörg (Hrsg.), Recht des ländlichen Raums, Festgabe für Paul Richli zum 60. Geburtstag, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 11, Zürich 2006, 93 ff., 96, 123 ff.

260

HÖSLY/FERHAT (FN 259), 104 f.; PIOTET DENIS, Rapport adressé à l'Office fédéral de la justice, Ensuite de l'adoption par les Chambres fédérales de la motion Gutzwiller 10.3524, successio – not@lex 2014, 57 ff., 70 f.; vgl. auch die Gegenüberstellung von BGGB und dem aktuellen Unternehmenserbrechtsentwurf bei PAUL EITEL, Unternehmenserbrecht und Erbrechtsrevision(en), ZSR/RDS 4/2023, 353 ff.

261

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904, BBl 1904 IV 1 ff., 59.

262

Vgl. zur dazu vor über 100 Jahren geführten Diskussion vorne Rz. 25 ff.

263

BERGMANN HEIKO/HALTER FRANK/ZELLWEGER THOMAS, Regulierungsfolgenabschätzung Revision Erbrecht (Unternehmensnachfolge), Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, St. Gallen 2018, 12 ff.

264

Vgl. zur volkswirtschaftlichen Begründung des bürgerlichen Erbrechts bereits vorne Rz. 18 ff.

seinem Erbfall durch die eigenen Kinder wieder zerschlagen wird.<sup>265</sup>

**167** Diese Ansicht wird jedoch nicht von allen geteilt. Als der Ständerat am 15. Juni 2023 beschloss, gar nicht erst auf die Vorlage einzutreten, wurde teils der Handlungsbedarf als

solcher bestritten.<sup>266</sup> Die Regelung von Unternehmensnachfolgen würde ohnehin meist einvernehmlich geschehen und somit nicht an erbrechtlichen Problemen scheitern, sondern daran, dass kein Übernehmer gefunden werden könne.<sup>267</sup> Ausserdem würde mit den vorgeschlagenen Änderungen zu stark in die Rechte der nicht-übernehmenden Pflichtteils-erben eingegriffen<sup>268</sup> und ganz generell bestanden Zweifel, ob die Vorlage in den strittigen Fällen überhaupt Rechtssicherheit schaffen könne.<sup>269</sup>

**168** Dennoch hat der Nationalrat in der vergangenen Herbstsession beschlossen, doch noch auf die Vorlage einzutreten und dabei einige Änderungen vorgeschlagen, welche die Kritikpunkte des Erstrates entschärfen sollen.<sup>270</sup> Die (weiter) diskussionsverweigernde Haltung des Ständerats hat daher zu gewisser Verwunderung geführt.<sup>271</sup>

## 2. Hindernisse der Integralzuweisung de lege lata

**169** Haupthindernisse im geltenden Recht<sup>272</sup> sind insbesondere das Pflichtteilsrecht und die «Biens-aisément-négociable»-Doktrin, wonach die Miterben des Übernehmers keine wertlosen bzw. nicht leicht veräusserlichen Minderheitenanteile am Unternehmen zur Abgeltung ihres Pflichtteils akzeptieren müssen.<sup>273</sup> Die Pflichtteilsproblematik ist mit der am 1. Januar 2023 in Kraft getretenen Reduktion der Pflichtteile etwas entschärft worden, die «Biens-aisément-négociables»-Doktrin soll zum Schutz der Miterben neu in Art. 618 und Art. 522a E-ZGB gesetzlich festgeschrieben werden.

**170** Weitere Hindernisse ergeben sich daraus, dass bei der gesetzlichen Erbteilung als «oberste Richtschnur» dem Prinzip der Gleichbehandlung von Art. 610 Abs. 1 ZGB Vorrang vor dem Prinzip der Naturalteilung gemäss Art. 610 Abs. 1, Art. 612 Abs. 1 und Art. 613 Abs. 1 ZGB eingeräumt wird.<sup>274</sup> Als Folge davon wird die zulässige Höhe von Ausgleichszahlungen (sog. «soultes») bei gerichtlicher Anordnung beschränkt,<sup>275</sup> womit Sach- und Rechtsgesamtheiten (Art. 613 Abs. 1 ZGB) und Erbschaftssachen, die durch Teilung wesentlich an Wert verlieren würden (Art. 612 Abs. 1 ZGB), im Endeffekt häufig versilbert werden müssen und nicht einem einzigen Erben zugewiesen werden können. Schliesslich hat das Bundesgericht im in der Lehre heftig kritisierten BGE 143 II 425 die Kompetenz des Richters zur verbindlichen Zuweisung einzelner Erbschaftssachen verneint.<sup>276</sup> Ob vor dem historischen Hintergrund die gesetzlichen Teilungsregeln vom Bundesgericht tatsächlich richtig gelesen werden, muss hier offenbleiben.<sup>277</sup> Dass es allerdings ein Fehler sei, den Grundsatz der Gleichberechtigung zur obersten Direktive zu erheben und dabei den Grundsatz der Naturalteilung zu ignorieren, wurde immerhin schon vor Inkrafttreten des ZGB von 1912 mit Blick auf das französische

265

Mit dieser Feststellung bereits vor knapp 120 Jahren: COURVOISIER (FN 76), 118.

266

Voten Hefti, Rieder und Noser, AB 2023 S 637; 639.

267

Votum Hefti, AB 2023 S 637; ebenso HOFMANN ROLAND/TANNER MICHAELA, *Wer (ver)erbt wie?*: Schweizer Erbschaftsstudie 2023, Winterthur 2023, 106 f., wobei sie gleichwohl eine Erleichterung der Unternehmensnachfolge durch eine Flexibilisierung der (erb-)rechtlichen Regelungen begrüssen würden.

268

Votum Hefti, AB 2023 S 637 mit Verweis auf die Botschaft Unternehmensnachfolge (2022) (FN 2), 8, 12.

269

Vgl. Medienmitteilung RK-S vom 18.04.2023, <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-sr-2023-04-18.aspx> (besucht am 03.03.2024); erneut bekräftigt in Medienmitteilung RK-S vom 09.01.2024, <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2023-01-09-2.aspx> (besucht am 03.03.2024).

270

Zur Eintretensdebatte siehe AB 2023 N 1773 ff.; zu den vorgeschlagenen Änderungen in der Detailberatung siehe ab AB 2023 N 1779.

271

Vgl. BREITSCHMID (FN 10), FN 13.

272

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf eine Erwähnung der in der Lehre diskutierten Hindernisse der Integralzuweisung. Für eine ausführlichere Übersicht über die «Stolpersteine» im geltenden Recht vgl. insbesondere HÖSLY/FEHAT (FN 263), 106 ff.

273

BERGMANN/HALTER/ZELLWEGER (FN 267), 16; BGE 70 II 142; EITEL PAUL, *KMU und Pflichtteilsrecht*, in: Schmid Jörg/Girsberger Daniel (Hrsg.), *Neue Rechtsfragen rund um die KMU*, Zürich/Basel/Genf 2006, 43 ff., 55 ff.; HÖSLY/FEHAT (FN 263), 119 f. m.w.H.; für eine etwas praxisnähere Übersicht über die erb- und güterrechtlichen Hindernisse bei der Unternehmensnachfolge siehe auch NONN MICHAEL, § 4 *Einzelfragen der Unternehmensnachfolge* in: Lardi Mauro/Dür David/Rouiller Nicolas (Hrsg.), *Unternehmensnachfolge, Interdisziplinäres Handbuch zur Nachfolgeregelung*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2022, 92-102.

274

BGE 143 III 425, 428 ff., 448 ff. E. 4.3 und E. 5.9; BGE 112 II 206, 210 f. E. 2b; AMMANN DARIO, *Die Erbteilungsklage im schweizerischen Erbrecht unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Erbteilungsgerichts (de lege lata und de lege ferenda)*, Diss. Basel, Zürich 2020, 445; HÖSLY BALZ/GEIGER ALEXANDRA, *Die «Checks and Balances» bei der gerichtlichen Erbteilung*, in: Schmid Jörg/Aebi-Müller Regina/Breitschmid Peter/Graham-Siegenthaler Barbara/Jungo Alexandra (Hrsg.), *Spuren im Erbrecht – Festschrift für Paul Eitel*, Zürich 2022, 321 ff., 326, 328 m.w.H.

275

Urteil des BGer 5C.214/2003 vom 8. Dezember 2003 E. 4.1; SEEBERGER LIONEL HARALD, *Die richterliche Erbteilung*, Diss. Freiburg 1992, 116 ff., der die sog. 10%-Regel vorschlägt; WICKART OERJAN, *Erbteilungsbegehren unter Berücksichtigung von BGE 143 III 425*, *Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft* 72, Zürich/Basel/Genf 2022, 103 f. m.w.H.

276

BGE 143 III 425, 448 ff. E. 5.9; zur kritischen Rezeption in der Lehre AMMANN (FN 277), 424 ff. m.w.H.



Recht und die französische Rechtsprechung allgemein erkannt.<sup>278</sup>

## II. Integralzuweisung de lege ferenda

### 1. Sachlich: Unternehmen i.S.v. Art. 616 E-ZGB

**171** Die geplante Regelung der Integralzuweisung soll die Nachfolge von Familienunternehmen und KMU erleichtern. Faktoren wie Rechtsform, Grösse, Anzahl betroffener Arbeitsplätze und dergleichen sollen die Anwendbarkeit der neuen Bestimmungen (grundsätzlich) nicht behindern. Kein Bedarf nach besonderen Regelungen wird hingegen bei börsenkotierten Unternehmen ausgemacht.<sup>279</sup> Zudem soll für landwirtschaftliche Unternehmen (sowie Grundstücke) weiterhin das BGGB als Spezialgesetz vorgehen.<sup>280</sup>

**172** Zentral ist weiter die volkswirtschaftliche Motivation, nur solche Unternehmen integral zu erhalten, die aufgrund der mit ihnen verbundenen Arbeitsplätze von volkswirtschaftlicher Bedeutung sind. Art. 616 Abs. 1 E-ZGB des bundesrätlichen Entwurfs bestimmt als entscheidendes Kriterium entsprechend, dass die erfassten Unternehmen «wirtschaftlich tätige» sein müssen, d.h. dass Unternehmen, die ausschliesslich das eigene Vermögen verwalten, nicht unter die neuen Bestimmungen fallen (Art. 616 Abs. 2 E-ZGB). Unternehmensholdings, welche die wirtschaftliche Tätigkeit durch die von ihnen kontrollierten Gesellschaften ausüben, sind hingegen erfasst.<sup>281</sup>

**173** Zuletzt hat nun der Nationalrat in seiner Beratung der Vorlage beschlossen, die einfachen Gesellschaften vom Anwendungsbereich des Art. 616 Abs. 1 E-ZGB auszuschliessen. Zum einen wollte man damit einen Schritt in Richtung des Ständerates bzw. seiner Vorbehalte machen,<sup>282</sup> andererseits aber auch der Tatsache Rechnung tragen, dass es in der Praxis wohl nur sehr wenige einfache Gesellschaften geben wird, die man durch ein besonderes Unternehmenserbrecht zu erhalten versuchen müsste.<sup>283</sup>

### 2. Persönlich: Geeignete(r) Übernehmer i.S.v. Art. 617 E-ZGB

**174** Umfasst die Erbschaft ein Unternehmen oder Beteiligungen an einem Unternehmen i.S.v. Art. 616 ZGB, und hat der Erblasser darüber nicht verfügt, so kann nach Art. 617 Abs. 1 Ziff. 1 E-ZGB jeder Erbe verlangen, dass ihm das Unternehmen oder alle Beteiligungen, welche die Kontrolle über das Unternehmen einräumen, zugewiesen werden. Ebenso kann er die Zuweisung aller Beteiligungen verlangen, welche für sich allein nicht die Kontrolle einräumen, wenn er diese bereits ausübt oder durch deren Zuweisung erlangen würde (Art. 617 Abs. 1 Ziff. 2 E-ZGB).<sup>284</sup>

**175** Bemerkenswert ist, dass wenn nur ein Erbe die Integralzuweisung beansprucht, seine Eignung zur Übernahme keine

277

Dagegen insbesondere Votum Huber Eugen, Sten.Bull. 1906, 346: «Was eine Einheit bildet, soll zusammengehalten, soll auch nicht schlechtweg veräussert, sondern soweit als möglich einem einzelnen Erben ungeteilt zugeteilt werden.»

278

HEDEMANN (FN 12), 85 f. m.w.H.; CHÉRON (FN 17), 24 m.w.H.

279

Zum Ganzen Botschaft Unternehmensnachfolge (2022) (FN 2), 21, 28 f.

280

EITEL, Unternehmenserbrecht und Erbrechtsrevision(en) (FN 260), 358.

281

Zum Ganzen Botschaft Unternehmensnachfolge (2022) (FN 2), 21, 28 f.

282

Siehe Votum Hefti, AB 2023 S 637, wonach bereits in der vorberatenden Kommission des Ständerats die einfache Gesellschaft nicht unter den Unternehmensbegriff von Art. 616 Abs. 1 E-ZGB hätte fallen sollen; sowie Votum Wäti, AB 2023 N 1778.

283

Siehe Voten Bundesrätin Baume-Schneider von Falkenstein, AB 2023 N 1780 f.

284

Für die Definition ebendieser «Kontrolle» verweist die Botschaft auf Art. 963 Abs. 2 OR: Botschaft Unternehmensnachfolge (2022) (FN 2), 30.

Voraussetzung darstellt.<sup>285</sup> Es ist in diesem Fall also möglich, dass das Unternehmen dann einem «ungeeigneten» Erben zugewiesen wird, der unter Umständen gar kein Interesse an bzw. nicht die Fähigkeiten zur Fortführung desselben hat.<sup>286</sup> In Art. 620 Abs. 1 aZGB (1912) hingegen war die «Eignung» des Übernehmers noch eine Voraussetzung für den Integraltzuweisungsanspruch.<sup>287</sup>

**176** Eine Einsprachemöglichkeit der Miterben, die das Unternehmen zwar nicht übernehmen wollen, jedoch an den Fähigkeiten des Anspruch erhebenden Erben zweifeln, wie sie noch in Art. 620 Abs. 2 aZGB (1912) zu finden war,<sup>288</sup> lässt sich ebenfalls aus dem gegenwärtigen Gesetzesentwurf nicht herauslesen.

**177** Ob solche (Nicht-)Regelung im Ergebnis tatsächlich der volkswirtschaftlichen ratio legis entspricht und den Miterben nicht einmal ein Einspruchsrecht zugesprochen werden soll, erscheint fraglich. Umso erstaunlicher ist es, dass der Nationalrat hierzu keine Verbesserung oder Verschärfung der Voraussetzungen vorgeschlagen hat.

**178** Letztlich spielt die Eignung zur Übernahme des Unternehmens daher erst eine Rolle, wenn mehrere Erben die Zuweisung des Unternehmens verlangen. Das Unternehmen soll in diesem Fall demjenigen der Erben zuzusprechen sein, der für die Unternehmensführung am geeignetsten erscheint (Art. 617 Abs. 2 E-ZGB).

**179** Die Botschaft versteht unter dieser «Eignung» insbesondere Kriterien wie die Berufs- und Führungserfahrung im betreffenden Unternehmen und Geschäftsbereich, die allgemeine Management- und Unternehmensführungserfahrung, sowie die Berufsausbildung.<sup>289</sup> Der zuständigen Teilungsbehörde bzw. dem Gericht wird dabei eine schwierige Aufgabe zugemutet. Schon vor über 100 Jahren stellte man fest, dass das Entscheidungsorgan dafür «les qualités d'un économiste et d'un psychologue» in sich vereinigen müsse.<sup>290</sup> Während man aber zur Erleichterung dieser Aufgabe in Art. 621 aZGB (1912) noch eine (mehr oder weniger) klare Kaskadenordnung der Kriterien vorgesehen hatte,<sup>291</sup> stellt der aktuelle Gesetzesentwurf nur auf die «Eignung» ab, ohne diesen Begriff ausführlich zu erläutern.<sup>292</sup>

**180** Schon jetzt zeigt sich, dass bezüglich der Konkretisierungen solcher «Eignung» sehr unterschiedliche Vorstellungen bestehen. Nach HÖSLY/FERHAT bzw. HÖSLY/GEIGER sollen in Anlehnung an Art. 20 Abs. 2 BGG (und entgegen dem aktuellen Gesetzesentwurf?) auch die «persönlichen Verhältnisse» Mit-Entscheidungskriterien sein. Auch wenn damit im Wesentlichen primär eine Berufs- und Führungserfahrung angesprochen wird, soll auch das Alter der Erben Berücksichtigung finden.<sup>293</sup> LEUBA möchte hingegen die Rechtsprechung zu Art. 20 Abs. 2 BGG und damit zu Art. 621 Abs. 1 aZGB (1912) heranziehen.<sup>294</sup> So zeigt sich erneut, wie schon vor über 100 Jahren, die Gefährlichkeit (zu) unbestimmter Rechtsbegriffe wie «Eignung», bzw. «persönlichen Verhältnisse».<sup>295</sup> Eine Klarstellung des Gesetzgebers, was nun die konkreten Entscheidungskriterien sein sollen und welche nicht, auch in welcher Hierarchie sie zu berücksichtigen sind, wäre wünschenswert und sollte nicht dem uneingeschränkten Ermessen der Praxis überlassen werden.

285

EITEL PAUL, Der Entwurf des Bundesrats vom 10. Juni 2022 zur «Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge)» – ein weiterer Schritt in die richtige Richtung auf dem Weg zu einem zeitgemässen Unternehmenserbrecht?, *successio* 2022, 353 ff., 355.

286

DARDEL DANIELA, Die Unternehmensnachfolge de lege lata et ferenda – unter besonderer Berücksichtigung der Rolle des Willensvollstreckers, in: Breitschmid Peter/Eitel Paul/Jungo Alexandra (Hrsg.), *Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker*, Festschrift für Hans Rainer Künzle, *successio-Schriften Band/Nr. 4*, Zürich 2021, 45 ff., 67; Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge) vom 21. Januar 2020, <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/unternehmensnachfolge/ve-ber-d.pdf> (besucht am 03.03.2024), 19 f. mit Verweis auf diverse kritische Stellungnahmen dazu.

287

Vgl. zu dieser Voraussetzung und deren Entstehungsgeschichte bereits vorne Rz. 44 ff, 48 ff.

288

Vgl. dazu bereits vorne Rz. 55.

289

Vorentwurf und Erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) vom 4. März 2016 <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf> (besucht am 03.03.2024), 24 f.; Botschaft Unternehmensnachfolge (2022) (FN 2), 31.

290

CHÉRON (FN 17), 122.

291

Siehe dazu bereits vorne Rz. 74.

292

Zum wohl schon jetzt feststehenden Konkretisierungsbedarf vgl. HENNINGER JULIA/KIPFER-BERGER JONAS, Unternehmensnachfolge im Erbrecht – Vorgesehene Gesetzesänderungen, *Anwaltsrevue* 2022, 471 ff., 475; Bericht Vernehmlassung Unternehmensnachfolge (FN 291), 19 f.

293

HÖSLY/FERHAT (FN 263), 109 f. (noch zum Vorentwurf); HÖSLY/GEIGER (FN 277), 338.

294

LEUBA AUDREY, *Transmission d'entreprises en droit des successions : De quelques difficultés actuelles et améliorations possibles*, in : Steinauer Paul-Henri/Mooser Michel/Eigenmann Antoine (Hrsg.), *Journée de droit successorale* 2019, Bern 2019, 15 ff., 37 mit Verweis auf die Auflistung in STEINAUER PAUL-HENRI, *Le droit des successions*, 2. Aufl., Bern 2015, N 1307a; siehe dazu bereits vorne Rz. 50 f.

295

Vgl. dazu bereits vorne Rz. 52, 73.

### 3. Anrechnungswert

**181** Nach geltendem Recht ist der massgebliche Zeitpunkt für die Wertermittlung von Erbschaftssachen der Todestag des Erblassers (vgl. Art. 474 Abs. 1 und Art. 537 ZGB). Dieses Todestagprinzip gilt grundsätzlich auch im Rahmen der Ausgleichung (Art. 630 Abs. 1 ZGB), was zur Folge hat, dass selbst wenn ein Erbe ein Unternehmen schon zu Lebzeiten zugewendet erhalten hat, er dieses zum Wert im Zeitpunkt des Erbgangs zur Ausgleichung bringen muss. Ein allfälliger Mehrwert, der sich aus seiner guten Geschäftsführung in der Zwischenzeit ergibt, aber auch ein allfälliger Wertverlust, der unter seiner Leitung eingetroffen ist, teilt er mit seinen Miterben, obwohl diese gar keinen Einfluss auf das Unternehmen hatten.<sup>296</sup> Art. 630a E-ZGB möchte diese unbefriedigende Situation dadurch lösen, dass unter bestimmten Voraussetzungen bei lebzeitiger Zuwendung bzw. Kontrollübergabe für die betriebsnotwendigen Vermögenswerte, der Wert zum Zeitpunkt der Zuwendung massgeblich ist. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass dann eine Unternehmensbewertung erstellt und bei der zuständigen Behörde unwiderruflich hinterlegt wird.<sup>297</sup> Der geschäftsführende Eigentümer bzw. künftige Erbe soll also auch das unternehmerische Risiko bzw. die Früchte seiner Unternehmensführung tragen.<sup>298</sup>

**182** Diese Anrechnungswert- bzw. Risikotragungsproblematik stellt sich aber auch in Fällen, in denen keine lebzeitige Unternehmensnachfolge stattfindet, und wird durch die vorgeschlagene Stundung der Pflichtteilsansprüche der Miterben sogar noch verschärft.<sup>299</sup> Dass der spätere Übernehmer den gesamten Mehrwert ab Todestag, der eventuell auf den guten (aber schwer bewertbaren) Vorarbeiten des Erblassers oder konjunkturellen Zufällen beruht, für sich allein einstreichen kann, während die Miterben auf ihren (gestundeten) Ansprüchen sitzen bleiben, birgt Konfliktpotential. Andererseits dürfte mancher Erbe vor einer Übernahme des Unternehmens zurückschrecken, wenn er aufgrund einer unklaren Unternehmenssituation oder unsicheren Wirtschaftslage Gefahr läuft, seinen Miterben Abfindungszahlungen zu schulden, die auf einer Unternehmensbewertung beruhen, welche sich als überhöht herausstellen könnte. Eine gleichmässige Risiko- und Chancenverteilung unter den Erben könnte eine konfliktfreie Unternehmensnachfolge erheblich fördern.<sup>300</sup>

## III. Stundung der Pflichtteilsansprüche der Miterben

### 1. Voraussetzung: «ernstliche Schwierigkeiten»

**183** Nach Art. 619 Abs. 1 E-ZGB kann ein Erbe, der ein Unternehmen oder Beteiligungen, die ihm die Kontrolle einräumen, zu Lebzeiten des Erblassers oder anlässlich der Erbteilung erhalten hat, die Einräumung von Zahlungsfristen beantragen, sofern ihn die sofortige Bezahlung von Forderungen von Miterben in ernstliche Schwierigkeiten bringt. Mit

296

Botschaft Unternehmensnachfolge (2022) (FN 2), 18; EITEL, KMU und Pflichtteilsrecht (FN 276), 64 f.

297

Botschaft Unternehmensnachfolge (2022) (FN 2), 19.

298

BERGMANN/HALTER/ZELLWEGER (FN 267), 30.

299

Dazu sogleich Rz. 183.

300

Siehe zur vorgeschlagenen Lösung sogleich hinten Rz. 196.

«ernstlichen Schwierigkeiten» soll an den bereits existierenden Begriff von Art. 218 Abs. 1 ZGB angeknüpft werden.<sup>301</sup> Gemeint sind dabei wirtschaftliche Schwierigkeiten, wie mangelnde Liquidität, sodass für die sofortige Schuldentilgung das Unternehmen oder Teile davon veräussert werden müssten.<sup>302</sup>

**184** Der bundesrätliche Entwurf sah ursprünglich Zahlungsfristen von insgesamt höchstens 10 Jahren vor, in denen dem Übernehmer die Zeit eingeräumt werden soll, die notwendigen Mittel für die Bezahlung der Forderungen der Miterben aufzutreiben, insbesondere durch das Erwirtschaften von Gewinnen mit dem Betrieb des Unternehmens.<sup>303</sup> Da diese zehnjährige Frist den Gegnern der Vorlage zu sehr in die Rechte der übrigen Erben eingriff, hat der Nationalrat nun beschlossen, die Zahlungsfrist grundsätzlich auf höchstens 5 Jahre zu beschränken;<sup>304</sup> nur auf Antrag des Erben soll die Gesamtdauer auf 10 Jahre verlängert werden können, wenn ansonsten der Fortbestand des Unternehmens gefährdet ist (neuer Art. 619 Abs. 1 bis E-ZGB).<sup>305</sup> Folgerichtig wird daher auch Art. 218 ZGB durch einen dritten Absatz ergänzt, sodass im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung nicht nur die Ehegatten, sondern auch die Erben einen Zahlungsaufschub nach Art. 218 Abs. 1 ZGB beantragen können.<sup>306</sup>

**185** Das Gericht kann gemäss Art. 619 Abs. 2 E-ZGB beim Entscheid über die Gewährung eines Zahlungsaufschubs den Interessen der Miterben auch dadurch angemessen Rechnung tragen, dass noch weitere «Modalitäten» angeordnet werden, wie bspw. ein verbindlicher Rückzahlungsplan oder dass die Frist vom Erreichen unternehmerischer Meilensteine abhängig gemacht wird.<sup>307</sup> Im Nationalrat wurde nun anstelle des etwas unscharfen Begriffs der «Modalitäten» vorgeschlagen, festzuhalten, dass das Gericht «weitere Rechte und Pflichten für alle Beteiligten festlegen» kann.<sup>308</sup>

## 2. Sicherstellung und Verzinsung

### α. Sicherstellung trotz ernstlicher Schwierigkeiten?

**186** Die Stundung der Ansprüche der Miterben bringt stets auch die Gefahr mit sich, dass der Übernehmer trotz Zuweisung des Unternehmens die nötige Liquidität zuletzt nicht besorgen kann, das Unternehmen eventuell sogar in den wirtschaftlichen Ruin führt und die Miterben dann mit einer nur schwer durchsetzbaren Forderung im Regen stehen.<sup>309</sup>

**187** Als Ausgleich zu diesem Risiko sind daher, wie bereits in Art. 218 Abs. 2 ZGB vorgesehen, gemäss Art. 619 Abs. 3 E-ZGB des bundesrätlichen Entwurfs die gestundeten Beiträge «angemessen zu verzinsen und, sofern es durch die Umstände nicht ausgeschlossen ist, sicherzustellen». Der Wortlaut von Art. 619 Abs. 3 E-ZGB weicht vom güterrechtlichen Vorbild insofern ab, als dass bei letzterem die Sicherstellung nur dann zu erfolgen hat, «wenn es die Umstände rechtfertigen».

**188** Zum Teil wird aus diesem unterschiedlichen Wortlaut abgeleitet, dass die Schwelle für einen Verzicht auf die Sicherheitsleistung bei Art. 619 Abs. 3 E-ZGB höher sei als bei

301

Botschaft Unternehmensnachfolge (2022) (FN 2), 17 f., 34.

302

BSK ZGB I- HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 218 N 10.

303

Botschaft Unternehmensnachfolge (2022) (FN 2), 34.

304

Siehe diverse Voten in AB 2023 N 1776, 1778, 1779, 1780, 1781.

305

Zu diesem erfolgreichen Minderheitenantrag siehe Votum Flach, AB 2023 N 1780 f.; sowie Abstimmungsergebnis in AB 2023 N 1783.

306

Botschaft Unternehmensnachfolge (2022) (FN 2), 22 f.

307

Botschaft Unternehmensnachfolge (2022) (FN 2), 35.

308

Siehe Votum von Falkenstein, AB 2023 N 1781; sowie die Abstimmung in AB 2023 N 1782 f.

309

Vgl. BERGMANN/HALTER/ZELLWEGER (FN 267), 28.

Art. 218 Abs. 2 ZGB.<sup>310</sup> Auf die Sicherstellung soll nur verzichtet werden, wenn der Übernehmer sie unter den gegebenen Umständen nicht leisten kann, was «nur mit grosser Zurückhaltung in Betracht gezogen werden sollte». Andererseits soll mit dieser «klare[n] Regel mit Ausnahme für besondere Umstände» die Sicherstellung nicht zu einer Voraussetzung erhoben werden, welche die Unternehmensnachfolge verhindert.<sup>311</sup>

**189** In der Vernehmlassung wurde bereits darauf hingewiesen, dass in Fällen, in denen mangels Liquidität die Stundung für die Forderungen der Miterben beantragt werden muss, wohl auch deren Sicherstellung nicht möglich sein wird. Während diese nun zum Teil trotzdem als notwendiges Übel zum Schutz der Miterben betrachtet wird, fordern Andere die Streichung bzw. Flexibilisierung dieser Sicherstellungspflicht.<sup>312</sup> Einigkeit scheint zumindest darüber zu herrschen, dass ohne Klärung dieses Widerspruchs zwischen Stundung und Sicherstellung die Relevanz des Zahlungsaufschubs nach Art. 619 Abs. 1 E-ZGB klein sein wird.<sup>313</sup>

**190** Der Klärungsversuch des Nationalrats scheint auf den ersten Blick zwar nur semantischer Natur zu sein, stellt jedoch auf den zweiten Blick die Sicherstellungspflicht ganz grundsätzlich auf den Kopf. Demnach sollen die gestundeten Beträge nur noch sichergestellt werden müssen «sofern der Fortbestand des Unternehmens dadurch nicht gefährdet ist und wenn es die Umstände rechtfertigen».<sup>314</sup> In dieser Formulierung scheint die Sicherstellung nun doch wieder eher zur Ausnahme als zur Regel zu werden. Ob dies im Hinblick auf die generellen Bedenken, dass das vorgeschlagene Unternehmenserbrecht zu stark in die Stellung der Miterben eingreifen würde, tatsächlich gewollt war, sei dahingestellt.

## b. «Angemessene» Verzinsung?

**191** Die in Art. 619 Abs. 3 E-ZGB ebenfalls vorgeschriebene «angemessene Verzinsung» hat in der Diskussion weit weniger Beachtung erfahren, obwohl sie für die Unternehmensnachfolge nicht weniger gefährlich sein dürfte. Die Formulierung weicht insbesondere von Art. 218 Abs. 2 ZGB ab, womit die diesbezügliche Lehre und Rechtsprechung nicht herangezogen werden dürfte. Gemäss der Botschaft wird mit der «angemessenen Verzinsung» an den Begriff in Art. 4 BewV angeknüpft.<sup>315</sup> Es handelt sich dabei um eine Konkretisierung der Härtefallbewilligung für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland nach Art. 8 Abs. 3 BewG.

**192** Ob mit diesem Verweis die in der Vernehmlassung geforderte Klarstellung über die Art und Weise der Bestimmung des «angemessenen Zinses» erreicht wird, ist fraglich,<sup>316</sup> da die beiden Regelungen wohl kaum miteinander vergleichbar sind und zu Art. 4 BewV ebenfalls keine nennenswerte Rechtspraxis besteht.

**193** Die Frage der angemessenen Verzinsung dürfte Anlass für Diskussionen unter den Erben schaffen, da insbesondere unklar ist, ob mit diesen Zinsen nur die Neutralisierung der Teuerung erreicht werden, oder ob es sich um eine marktkonforme Verzinsung handeln soll.<sup>317</sup> Generell ist hierbei die fehlende Abänderungsmöglichkeit zu kritisieren. Befindet sich das Unternehmen zum Zeitpunkt der Zinsbestimmung in

310

HENNINGER/KIPFER-BERGER (FN 294), 473.

311

Zum Ganzen Botschaft Unternehmensnachfolge (2022) (FN 2), 18, 35.

312

Bericht Vernehmlassung Unternehmensnachfolge (FN 291), 29, 30 ff.

313

HENNINGER/KIPFER-BERGER (FN 294), 475; Bericht Vernehmlassung Unternehmensnachfolge (FN 291), 24 f., 30 ff.

314

AB 2023 N 1782 f.

315

Botschaft Unternehmensnachfolge (2022) (FN 2), 35.

316

Zum Ganzen Bericht Vernehmlassung Unternehmensnachfolge (FN 291), 50 f.

317

Bericht Vernehmlassung Unternehmensnachfolge (FN 291), 50.

einer guten Ausgangslage mit soliden Erfolgsaussichten, wird wohl ein höherer Zins als angemessen erscheinen, der bei plötzlicher Verschlechterung der Geschäftslage nicht mehr gestemmt werden könnte. Wird andererseits aufgrund eher trüber Erfolgsaussichten ein tiefer Zinssatz festgesetzt, werden die Miterben bei einer plötzlichen Verbesserung des Geschäftsgangs oder des Wirtschaftsumfelds unnötig benachteiligt.

### 3. Gemeinderschaft als Alternative und Inspirationsquelle

**194** In der Vernehmlassung wurde in der Stellungnahme der Universität Lausanne vorgeschlagen, an das bestehende Rechtsinstitut der Gemeinderschaft nach Art. 336 ff. bzw. Art. 622 ff. aZGB (1912) anzuknüpfen und ein entsprechender Regelungsvorschlag formuliert. Der Richter soll auf Antrag der Mehrheit der Erben, die mindestens die Hälfte der Erbteile auf sich vereinigen, eine (Ertrags-)Gemeinderschaft zum Erhalt des Unternehmens anordnen können. Dies soll eine Zwischenlösung für den Fall darstellen, dass sich noch kein Erbe zur alleinigen Übernahme bereit erklärt hat, oder noch Unklarheiten in Bezug auf die Übernahme bestehen (bspw. Bedingungen für den Zahlungsaufschub, Verzinsung etc.).<sup>318</sup>

**195** Der auf Französisch verfasste Vorschlag der Universität Lausanne hat jedoch, nicht unwahrscheinlich vor dem Hintergrund der nachweislich falschen Übersetzung der «indivision» als «Erbengemeinschaft», im Gesetzgebungsverfahren ohne weitere Begründung keine Beachtung gefunden.<sup>319</sup>

**196** Angesichts des im aktuellen Entwurf bestehenden Spannungsverhältnisses zwischen Stundung, Sicherstellung und Verzinsung, die sowohl für den Übernehmer als auch für die Miterben eine grosse (Rechts-)Unsicherheit mit sich bringt, dürfte es sich tatsächlich anbieten, die Gemeinderschaft als alternatives Instrument der Unternehmensnachfolge in Betracht zu ziehen. Gegenwärtig scheint diese Idee in der Rechtspraxis jedoch kaum eine Rolle zu spielen.<sup>320</sup> Die Gemeinderschaft könnte zumindest als Inspirationsquelle für individuelle Vereinbarungen unter den Erben oder das Festlegen der Modalitäten bzw. Bedingungen für die Gewährung des Zahlungsaufschubs gemäss Art. 619 Abs. 2 E-ZGB dienen. Insbesondere in ihrer Ausgestaltung als Ertragsgemeinderschaft bietet sie ein ausgeklügeltes System zum Ausgleich der Interessen des Übernehmers und jenen seiner Miterben. Als besonders interessant erscheinen die folgenden beiden Möglichkeiten:

– DIE VEREINBARUNG ODER ANORDNUNG EINES ANSPRUCHS AUF ANTEIL AM JÄHRLICHEN REINGEWINN BZW. EINES VOM UNTERNEHMENSERGEBNIS ABHÄNGIGEN ZINSES, ANSTELLE EINER FIXEN VERZINSUNG DER ANSPRÜCHE DER MITERBEN: Die Miterben haben dadurch einen Anreiz, dem Übernehmer keine Steine in den Weg zu legen, da sie direkt von der erfolgreichen Fortführung des Unternehmens durch den Übernehmer profitieren. Gleichzeitig hat der Übernehmer dadurch den Anreiz, seine Miterben möglichst bald abzufinden, da er dann den ganzen Reinertrag für sich bzw. im Unternehmen behalten kann. Andererseits wird der Übernehmer davor geschützt, durch Zinsforderungen der Miterben in den

318

Zum Ganzen Déterminations de la Faculté de Droit, des Sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne sur la procédure de consultation ouverte le 10 avril 2019 touchant à la révision du code civil (transmission d'entreprises par succession), [https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex\\_data.admin.ch/eli/dl/proj/6019/22/cons\\_1/doc\\_5/de/pdf-alpha/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6019-22-cons\\_1-doc\\_5-de-pdf-alpha.pdf](https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex_data.admin.ch/eli/dl/proj/6019/22/cons_1/doc_5/de/pdf-alpha/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6019-22-cons_1-doc_5-de-pdf-alpha.pdf) (besucht am 03.03.2024), 5 f.

319

Bericht Vernehmlassung Unternehmensnachfolge (FN 291), 9, 22 f.; vgl. zu diesem sprachlichen Problem bereits vorne Rz. 101 f.

320

Siehe dazu immerhin FAVRE PASCAL, L'indivision de famille, ST 5/15, 368 f.

Ruin getrieben zu werden, sollte sich die Unternehmensfortführung als schwieriger erweisen als gedacht.<sup>321</sup> Der historische Kritikpunkt der schwierigen Berechnung des Reingewinns aufgrund fehlender Buchhaltung dürfte in den heutigen modernen Unternehmen keine Rolle mehr spielen.<sup>322</sup>

– DIE VEREINBARUNG ODER ANORDNUNG EINES (EVENTUELL PLAFONIERTEN) GEWINNBETEILIGUNGSANSPRUCHS BZW. EINER (EVENTUELL BEGRENZTEN) VERLUSTTRAGUNGSPFLICHT DER MITERBEN FÜR DEN FALL, DASS SICH DER WERT DES ÜBERNOMMENEN GEWERBES BIS ZUR DEFINITIVEN ABFINDUNG DER MITERBEN VERÄNDERT: Auch in dieser Hinsicht haben die Miterben einen Anreiz, dem Übernehmer keine Steine in den Weg zu legen. Sie tragen das wirtschaftliche Risiko und die Chancen der Unternehmensfortführung gemeinsam mit dem Übernehmer.<sup>323</sup>

321

Siehe dazu bereits vorne Rz. 124, 134.

322

Siehe dazu bereits vorne Rz. 138.

323

Siehe dazu bereits vorne Rz. 129 f., 135.

## E. Fazit

**197** Die Frage nach der Integralzuweisung von Unternehmen präsentierte sich im Erbrecht vor über 100 Jahren genauso komplex und umstritten wie heute. Das Grundproblem, die Übernahme durch einen Erben auf wirtschaftlich sinnvolle Weise zu ermöglichen, ohne die Ansprüche der (gleichberechtigten) Miterben ausser Acht zu lassen, spiegelt noch immer den zentralen Interessenkonflikt wider, den es zu lösen gilt. Bereits EUGEN HUBERS Entwürfe hatten zum Ziel, ebendiese Interessen in Ausgleich zu bringen. Zudem waren EUGEN HUBERS Vorschläge ursprünglich nicht als spezifisch auf landwirtschaftliche Verhältnisse zugeschnittenes Sonderrecht gedacht, wie das heutige BGGB.

**198** Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund hilft der Blick auf die damaligen Materialien, Lehre sowie Rechtsprechung, anlässlich der aktuellen Erbrechtsrevision bereits bekannte Fehler und Fehlentwicklungen zu vermeiden. So bringen fehlende oder zu offen formulierte Anforderungen an den Übernehmer des Unternehmens die Gefahr mit sich, dass die volkswirtschaftliche Zielsetzung der Integralzuweisung aus dem Blick gerät. Insbesondere für den Fall, dass mehrere Erben Anspruch auf Zuweisung erheben, sollte der Gesetzgeber der Praxis einen klaren Leitfaden für die Entscheidungsfindung mit auf den Weg geben, der so auch Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit für die Erben ermöglicht.

**199** Auch für das zentrale Problem, die Abfindungsansprüche der Miterben zu stunden, gleichzeitig aber deren Sicherstellung und einen angemessenen Ausgleich für diesen Eingriff in deren Rechtsstellung zu ermöglichen, hatte EUGEN HUBER eine Lösung vorgesehen. Die von ihm revitalisierte Gemeinderschaft, insbesondere die Ertragsgemeinderschaft, ermöglicht, dass ein Erbe das Unternehmen übernimmt und seine Miterben sowohl am laufenden unternehmerischen Erfolg, aber auch von einer Wertsteigerung profitieren können. Andererseits wird die Hemmschwelle für eine Übernahme dadurch gesenkt, dass alle Erben das unternehmerische Risiko als Gesamteigentümer mittragen.

**200** Dass sich EUGEN HUBERS Lösung nicht durchsetzen konnte, ist zum einen dem Widerstand aufgrund der kantonalen Ortsgebräuche und Rechtstraditionen geschuldet. Zum

anderen setzt die Ertragsgemeinschaft für ihre volle Wirksamkeit eine saubere Buchhaltung in den Unternehmen voraus, was vor 100 Jahren noch keine Selbstverständlichkeit war.

**201** Aus heutiger Sicht spielen diese Hindernisse keine Rolle mehr, sondern die Gemeinschaft leidet primär daran, dass ihr der Ruf vorauseilt, als toter Buchstabe und veraltetes Rechtsinstitut in der Praxis keine Rolle mehr zu spielen. Die aktuelle Erbrechtsrevision zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge erscheint als idealer Anlass, um sich die Gemeinschaft und ihre Vorzüge zumindest wieder in Erinnerung zu rufen.<sup>324</sup> Dabei kann die Gemeinschaft nicht nur als Inspirationsquelle für die noch nötigen Verbesserungen und Klarstellungen im aktuellen Entwurf dienen, sondern sollte auch als alternatives Regelungsinstrument der Unternehmensnachfolge wieder ernsthaft in Betracht gezogen werden. Gegenüber dem aktuell in der Schwebe stehenden Unternehmenserbrechtsentwurf hat die Gemeinschaft nämlich einen entscheidenden Vorteil: Sie steht schon im Gesetz.

Die Zeitschrift „rechtstexte“ dient der Veröffentlichung von Texten zu allen Gebieten des Rechts. „rechtstexte“ geht dabei neue Wege, indem es für die Rechtswissenschaften fachspezifische Publikationsprozesse auch im Bereich des sog. Platinum Open Access abbildet.



#### Gestaltungskonzept

Julie Blanc, <https://julie-blanc.fr/>, und Dorian Delnon, SIVIC Scientific Visualisation and Visual Communication, Universität Zürich

#### PrintCSS

Julie Blanc, <https://julie-blanc.fr/>, mit paged.js

#### Impressum

Lehrstuhl für Privatrecht, Schwerpunkt ZGB, Prof. Dr. iur. Walter Boente, Rämistrasse 74/39, CH-8001 Zürich, [rt@ius.uzh.ch](mailto:rt@ius.uzh.ch)