

DER BERNISCHE NOTAR

Zeitschrift des Verbandes bernischer Notare



LE NOTAIRE BERNOIS

Revue de l'Association des notaires bernois

März 2016 Nr. 1 Mars 2016

Inhalt – Sommaire

1. Ausschluss aus der Stockwerkeigentümergeinschaft – Rechtsvergleichung schweizerisches und österreichisches Recht	
von BLaw Chiara Imelda Wirz, Othmarsingen	215
Résumé en français	237
2. Rechtsprechung	
Bäuerliches Bodenrecht / Bergrechte	
(Entscheid der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern vom 24.08.2015)	238
Urteilsanmerkungen	
von Adrian Glatthard, Rechtsanwalt und Notar, Brienz	249
3. Rezensionen / Literaturhinweise	
a) Rezensionen	253
b) Literaturhinweise	259

Rechtsprechung

Bäuerliches Bodenrecht

Erwerbsbewilligung für Bergrechte (Art. 61 BGG)

Bei Bergrechten, welche nicht an Talgrundstücke gebunden und daher frei handelbar sind, handelt es sich um Anteils- und Nutzungsrechte nach Art. 6 Abs. 2 BGG. Für diese freien Bergrechte kommen die Bestimmungen des BGG für landwirtschaftliche Grundstücke zur Anwendung, wie dies auch für Kuhrechte an Alpen im Berner Oberland gilt, die selbständige Objekte des Rechtsverkehrs bilden. Der Verkauf solcher Bergrechte unterliegt der Bewilligungspflicht gemäss Art. 61 BGG.

(Entscheid der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern vom 24.08.2015)

Droit foncier rural

Autorisation d'acquérir en matière d'allmends (art. 61 LDFR)

Les droits d'alpage qui ne sont pas liés à des immeubles en plaine et de ce fait librement aliénables sont assimilés aux droits de jouissance et de participation selon art. 6 al. 2 LDFR. Les dispositions de la LDFR sont applicables à ces droits d'alpage au même titre que les droits d'alpage des alpes de l'Oberland bernois qui constituent des objets distincts en matière de transactions juridiques. La vente de tels droits d'alpage est assujettie à l'obtention d'une autorisation selon art. 61 LDFR.

(Décision de la Direction de l'économie publique du canton de Berne du 24.08.2015)

Sachverhalt und Erwägungen

1.

a) Die Bergschaft Wärgistal (nachfolgend: Bergschaft) ist eine der sieben Alpkorporationen der Talschaft Grindelwald. Die gleichnamige Alp Wärgistal wird von allen, die an ihr Bergrechte besitzen, als unteilbares,

gemeinsames Eigentum bewirtschaftet (vgl. Art. 1 des Taleinungsbriefs vom 25. März 2002 sowie Marianne Tiefenbach, Alpkorporationen – traditionelle Institutionen nachhaltiger Landschaftsentwicklung, Grindelwald 2013, S. 31). Das Bergrecht an den Alpen ist gemäss Art. 3 des Taleinungsbriefs untrennbar mit den Wintergütern im Tal verbunden und darf von diesen nicht entfremdet werden. Mit dem Erwerb von Grundstücken im Tal wird auch das zugehörige Bergrecht erworben. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über den sogenannten «freien Berg» (auch als «untergegangener Berg» oder «Staatsberg» bezeichnet). Die entsprechenden freien Bergrechte sind an keine Güter mehr gebunden, weil diese vor unbekannten Zeiten durch Naturereignisse zerstört worden sind (Art. 4 des Taleinungsbriefs sowie Marianne Tiefenbach, a. a. O., S. 129 f.). Sie sind daher frei handelbar.

b) Im Vorfeld der Bergschaftsversammlung vom Oktober 2014 waren vermehrt Verkäufe von solchen freien Bergrechten der Alp Wärgistal getätigt worden. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2014 teilte die Bergschaft daraufhin den an diesen Verkäufen Beteiligten mit, dass sie die seit April 2014 angemeldeten Übertragungen zurückweise und auf einer Erwerbsbewilligung des Regierungsstatthalters bestehe, da der freie Berg gemäss juristischen Abklärungen den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über das bürgerliche Bodenrecht (BGBB; SR 211.412.11) unterstehe. Zwecks abschliessender Klärung der Frage gelangte die Bergschaft an den Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises Interlaken-Oberhasli (nachfolgend: Regierungsstatthalter). Anlässlich einer Besprechung vom 27. November 2014 waren sich die Anwesenden einig, dass gemäss dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 BGBB von einer Bewilligungspflicht auszugehen sei und dass sinnvollerweise das Grundbuchamt das Seybuch betreffend diese Rechte führen sollte. Nach Besprechungen mit dem Grundbuchamt am 5. Dezember 2014 und 15. Januar 2015 stellte der Regierungsstatthalter der Bergschaft den Entwurf einer Feststellungsverfügung zur Stellungnahme zu, wonach er gestützt auf die geführten Gespräche und eine eingehende Prüfung letztlich zum Schluss gekommen sei, dass eine Bewilligungspflicht zu verneinen sei. Die Bergschaft hielt in ihrem Schreiben vom 27. März 2015 daran fest, dass es eine Bewilligung brauche.

c) Der Regierungsstatthalter führte daher weitere Abklärungen durch und stellte schliesslich mit Verfügung vom 19. Mai 2015 fest, «dass der Erwerb von Kuhrechten sog. «Freiem Berg» (untergegangener Berg) weiterhin keiner Erwerbsbewilligung durch den Regierungsstatthalter bedarf». Die Ver-

fahrenskosten in der Höhe von Fr. 1200.– wurden der Bergschaft als Geschwisterin auferlegt. Der Regierungsrat zog in Erwägung, dass eine solche Bewilligungspflicht zwar nach dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 BGG zu bejahen sei. Vorliegend werde aber, wie bei Realgemeinden (d. h. die Kuhrechte sind mit einem Talgrundstück subjektiv-dinglich verknüpft und bilden daher keine selbstständigen Objekte des Rechtsverkehrs) üblich, kein Seybuch durch das Grundbuchamt geführt, anders als bei Kuhrechten, die selbstständige Objekte des Rechtsverkehrs seien. Das Seybuch der Alp Wärgistal werde von der Bergschaft geführt, weshalb eine Bewilligungspflicht rechtliche und praktische Hindernisse mit sich ziehen würde. So sei das Grundbuchamt Interlaken gemäss eigenen Angaben nicht berechtigt, für eine Realgemeinde oder auch nur für den freien Berg ein Seybuch zu führen. Es sei allerdings auch nicht vorhersehbar gewesen, dass in solchen Realgemeinden auch freier Berg bestehe, der frei handelbar sei. Der Regierungsrat kam daher im Sinne einer Lückenfüllung zum Schluss, dass der kantonbernische Gesetzgeber die hier vorliegende Situation nicht in seine Überlegungen miteinbezogen habe. Andernfalls hätte er eine Ausnahme gemäss Art. 5 Bst. b BGG vorgesehen und den freien Berg von der Bewilligungspflicht ausgenommen. In Bezug auf die Kosten führte er insbesondere aus, dass das Geschäft aufgrund zeitintensiver Abklärungen und der komplexen Rechtsfrage besonders aufwändig gewesen sei.

d) Gegen diese Verfügung führte die Bergschaft am 18. Juni 2015 bei der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern (VOL) Beschwerde und beantragte, die angefochtene Verfügung aufzuheben und festzustellen, «dass der Erwerb an ‹freiem Berg› der Bergschaft Wärgistal (auch ‹untergegangener Berg› genannt) der Bewilligungspflicht gemäss Art. 61 BGG unterliegt». Sie machte insbesondere geltend, dass Anteils- und Nutzungsrechte an Alpen, in Bern Kuhrechte genannt, nach Art. 6 Abs. 2 BGG als landwirtschaftliche Grundstücke gälten, sofern der Kanton keinen Ausschluss vorsehe, was in Bern nicht geschehen sei. Demzufolge unterstehe der Erwerb solcher Rechte der Bewilligungspflicht gemäss Art. 61 BGG. Die Alp Wärgistal sei geseyt und ca. 10% der Kuhrechte seien sogenannter freier Berg. Beim freien Berg sei die Verbindung mit dem Talgrundstück weggefallen, er sei als selbstständiges Objekt im Rechtsverkehr handelbar und nicht auf den Grundbuchblättern des Talgrundstücks angeordnet, sondern im Seybuch der Bergschaft aufgeführt. Durch die nun in kurzer Zeit angemeldeten 20 Mutationen von freiem Berg sei nicht auszuschliessen, dass damit das Quorum an der Bergschaftsversammlung

beeinflusst werden solle. Aus Gründen der Rechtsgleichheit sei daher beschlossen worden, vor dem Eintrag ins Seybuch auf der Einreichung einer Erwerbsbewilligung nach Art. 61 BGBB zu bestehen, worauf beim Regierungsstatthalter (lediglich) vier Gesuche eingereicht worden seien. Es werde bestritten, dass es der bernische Gesetzgeber irrtümlich unterlassen habe, den freien Berg vom Geltungsbereich des BGBB auszunehmen. Der freie Berg unterscheide sich hinsichtlich Inhalt und Übertragbarkeit nicht von Kuhrechten an anderen Alpen im Berner Oberland. Es gebe daher keinen Grund, ihn anders zu behandeln und vom Geltungsbereich des BGBB auszunehmen, und es liege auch keine Gesetzeslücke vor. Massgebend sei vorliegend einzig das BGBB, die Bemerkungen zur Führung des Seybuchs seien insoweit unerheblich. Wie die Übertragung erfolge und ob es eines Registereintrags bedürfe, sei aus bundesrechtlicher Sicht unerheblich. Die registerrechtlichen Bedenken beträfen die kantonale Organisation, seien nicht Gegenstand des Feststellungsverfahrens und fielen nicht in die Kompetenz des Regierungsstatthalters. Der Vollständigkeit halber wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die aufgeworfenen Fragen auch Folge der eigenartigen bernischen Regelung von Art. 104 des Gesetzes vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BSG 211.1) zum Seybuch seien, die dem Bundesrecht widerspreche.

e) In seiner Beschwerdevernehmlassung vom 2. Juli 2015 beantragte der Regierungsstatthalter die Abweisung der Beschwerde. Er wies darauf hin, dass die Differenz zwischen ihm und der Beschwerdeführerin sich nicht auf die grundsätzliche Anwendbarkeit des BGBB auf den freien Berg beziehe, sondern nur auf die Bewilligungspflicht gemäss Art. 61 BGBB. Bei grundsätzlicher Anwendbarkeit des BGBB auf den freien Berg biete das kantonale Gesetz vom 21. Juni 1995 über das bäuerliche Boden- und Pachtrecht (BPG; BSG 215.124.1) der Bergschaft mit dem Vorkaufsrecht – ungeachtet einer allfälligen Bewilligungspflicht – ein wirksames Mittel, um bei Verkäufen an Dritte zu intervenieren. Zusätzlich gab er zu bedenken, dass es bei einer allfälligen Guttheissung der Beschwerde dienlich wäre, wenn die VOL möglichst konkrete Vorgaben hinsichtlich der konkreten Umsetzung des Bewilligungsverfahrens machen würde, da seines Erachtens gesetzliche Vorgaben für diesen Spezialfall fehlten.

f) In ihrer Stellungnahme vom 31. Juli 2015 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen und Begründungen fest. Dabei verwies sie insbesondere auf den Zweck der Bewilligungspflicht nach Art. 61 BGBB und die

Folgen, wenn darauf verzichtet würde. Die Bewilligungspflicht sichere insbesondere auch den Weiterbestand der Bergschaft.

g) Auf die weiteren Begründungen der angefochtenen Verfügung und der verschiedenen Eingaben wird, soweit sie für das vorliegende Verfahren von massgebender Bedeutung sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

2.

a) Gemäss Art. 6 BPG ist die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter zuständig für die Erteilung von Erwerbsbewilligungen und für den Erlass von Feststellungsverfügungen nach BGBB. Gegen solche Verfügungen kann bei der VOL Beschwerde geführt werden (Art. 19 Abs. 1 BPG). Das Verfahren richtet sich gemäss Art. 19 Abs. 4 BPG nach dem Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21). Die VOL übt volle Rechts- und Ermessenskontrolle aus (Art. 66 VRPG) und stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 18 Abs. 1 VRPG).

b) Die Beschwerdelegitimation richtet sich angesichts der Bindungswirkung, welche die Feststellungsverfügung für ein nachfolgendes Bewilligungsverfahren entfaltet, auch betreffend eine Feststellungsverfügung nach Art. 83 Abs. 3 BGBB. Zur Anfechtung sind somit grundsätzlich nur die Vertragsparteien, die Aufsichtsbehörde, die Pächter und – soweit ein Rechtsschutzinteresse besteht – die Kaufs-, Vorkaufs- und Zuweisungsberechtigten befugt (vgl. Herrenschiwand/Stalder, N. 13 zu Art. 84 BGBB, in: Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. Auflage 2011 [im Folgenden: Kommentar BGBB]).

Nicht unter die vorstehend ausdrücklich erwähnten Berechtigten fällt die Bergschaft. Sie ist aber Adressatin der angefochtenen Verfügung vom 19. Mai 2015 und mit ihrem Antrag um Feststellung, dass die Übertragung einer Bewilligung bedürfe, nicht durchgedrungen. Insofern ist sie formell und materiell beschwert. In Bezug auf die Spezialbestimmung von Art. 83 Abs. 3 BGBB ist zudem zu beachten, dass es sich vorliegend um einen aussergewöhnlichen Einzelfall handelt. Durch die Verknüpfung der Bergrechte mit der Mitgliedschaft in der Bergschaft wird diese durch die Frage der Bewilligungspflicht für Veräusserungen unmittelbar in ihren Rechten betroffen. Sie hat daher ein direktes Interesse an einer Klärung der Voraussetzungen für Änderungen im Bestand der Titulare von frei-

en Bergrechten. Sie ist damit ähnlich betroffen wie ein Eigentümer in einem Zwangsverwertungsverfahren, der Beschwerde gegen die Verweigerung der Entlassung seines Grundstücks aus dem Geltungsbereich des BGG führt, oder das Betreibungsamt, das bei einem gemischt genutzten Grundstück um eine Bewilligung für die Abtrennung des nichtlandwirtschaftlichen Teils nachsucht, für welche die Praxis die Beschwerdelegitimation aufgrund eines schutzwürdigen Interesses bejaht hat (vgl. BGE 129 III 583, E. 3.2.1, in Pra 2004 Nr. 85, S. 496 f., zit. in Herrenschiwand/Stalder, Kommentar BGG, N. 17 zu Art. 83 BGG). Zudem führt die Bergschaft gemäss Art. 6 des Taleinungsbriebs ein Seybuch, in welchem das zu jedem Grundstück gehörende Bergrecht und der freie Berg verzeichnet sind. Jede Mutation ist im Seybuch einzutragen (vgl. Art. 8 des Taleinungsbriebs). Die Bergschaft muss daher grundsätzlich und für sämtliche Verkäufe wissen, ob die ihr angezeigten Handänderungen auch ohne Bewilligung des Regierungsstatthalters rechtsgültig sind oder nicht. Die Rechtslage muss vor dem Eintrag geklärt sein. Die besondere Beziehung zwischen der Bergschaft und den betroffenen freien Bergrechten rechtfertigt es daher, dass sie die Feststellungsverfügung zur staatlichen Überprüfung bringen kann. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten.

3.

a) Nach Art. 84 BGG kann u.a. festgestellt werden, ob ein landwirtschaftliches Grundstück dem Bewilligungsverfahren unterliegt. Zudem sind auch die allgemeinen Begriffe der Art. 6 bis 10 BGG einer Feststellungsverfügung zugänglich. Möglich ist z.B. die Feststellung, dass ein landwirtschaftliches Grundstück im Sinn von Art. 6 BGG (nicht) vorliegt (vgl. Herrenschiwand/Stalder, Kommentar BGG, N. 4 zu Art. 84 BGG).

b) Die vorliegend beantragte Feststellung betrifft die Frage, ob der Erwerb von freiem Berg der Bergschaft Wärgistal der Bewilligungspflicht nach Art. 61 BGG unterliegt. Gemäss dieser Bestimmung braucht eine Bewilligung, wer ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück erwerben will.

c) aa) Als landwirtschaftliche Grundstücke gelten auch Anteils- und Nutzungsrechte an Allmenden, Alpen, Wald und Weiden, die im Eigentum von Allmendgenossenschaften, Alpgenossenschaften, Waldkorporationen und ähnlichen Körperschaften stehen (Art. 6 Abs. 2 BGG). Die Anteils- und Nutzungsrechte dieser auf kantonalem Recht beruhenden Kör-

perschaften bestehen aufgrund von deren Statuten und Nutzungsreglementen. Inhaber dieser Rechte sind die Mitglieder der Körperschaften. Sie können durch einen Titel dokumentiert oder an ein Grundstück gebunden sein. Im zweiten Fall sind sie nur zusammen mit dem Grundstück veräusserbar. Als landwirtschaftliche Grundstücke sind die Anteils- und Nutzungsrechte allen Bestimmungen des BGGB unterstellt. Gemäss Art. 5 Bst. b BGGB können die Kantone allerdings die Anteils- und Nutzungsrechte vom Geltungsbereich des BGGB ausnehmen, soweit sie nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören (vgl. zum Ganzen Hofer, Kommentar BGGB, N. 3, 27a und 30 zu Art. 6 BGGB).

bb) Beim vorliegend interessierenden freien Berg handelt es sich um Bergrechte der Alpkorporation Wärgistal, welche nicht mehr an Talgrundstücke gebunden und daher frei handelbar sind. Es ist unbestritten, dass es sich dabei um Anteils- und Nutzungsrechte nach Art. 6 Abs. 2 BGGB handelt. Ebenfalls einig sind sich die Parteien darin, dass der Kanton in seiner Ausführungsgesetzgebung, d. h. dem BPG, von der Ausnahmemöglichkeit gemäss Art. 5 Bst. b BGGB keinen Gebrauch gemacht hat. Daraus folgt als Zwischenergebnis, dass für diese freien Bergrechte grundsätzlich die Bestimmungen des BGGB für landwirtschaftliche Grundstücke zur Anwendung kommen, wie dies auch für Kuhrechte an anderen Alpen im Berner Oberland gilt, die selbstständige Objekte des Rechtsverkehrs bilden. Folglich unterliegt der Verkauf solcher Bergrechte, welche als landwirtschaftliche Grundstücke gelten, grundsätzlich gemäss Art. 61 Abs. 1 BGGB der Bewilligungspflicht.

d) Der Regierungstatthalter war zuerst der Auffassung, dass die Übertragung dieser Rechte einer Bewilligung bedürfe. Wegen grundbuchlicher Überlegungen kam er aber im Sinne einer Lückenfüllung in einem zweiten Schritt zum Schluss, dass der Gesetzgeber, hätte er sich diesen Sonderfall überlegt, eine Ausnahme gemäss Art. 5 Bst. b BGGB vorgesehen hätte, und verneinte in der Folge die Bewilligungspflicht.

e) aa) Sinn und Zweck der Bewilligung gemäss Art. 61 BGGB ist es, mittels Überprüfung des Verpflichtungsgeschäfts durch eine Verwaltungsbehörde sicherzustellen, dass die von den Parteien beabsichtigte Eigentumsübertragung mit den Zielsetzungen des bäuerlichen Bodenrechts in Einklang steht. Im Vordergrund steht die eigentumspolitisch begründete Durchsetzung des Selbstbewirtschaftersprinzips (Art. 63 Abs. 1 Bst. a BGGB). Diesem tritt die Preisgrenze im Sinn von Art. 63 Abs. 1 Bst. b i. V. m. Art. 66 BGGB als Instrument der Missbrauchsgesetzgebung zur Seite. Mit der

Erteilung der Bewilligung bringt die Behörde zum Ausdruck, dass dem konkreten Erwerbsgeschäft keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Allerdings beschränkt sich die Wirkung der Verfügung nicht – wie üblich – auf das vertikale Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger, sondern hat darüber hinaus direkten – gestaltenden – Einfluss auf das der Bewilligung zugrunde liegende horizontale privatrechtliche Erwerbsgeschäft zwischen den beiden Vertragsparteien, indem dieses Erwerbsgeschäft vom Stadium der schwebenden Unwirksamkeit entweder in die Vollgültigkeit überführt oder aber zunichte gemacht wird. Die Bewilligung bzw. deren Verweigerung stellt daher eine privatrechtsgestaltende Verwaltungsverfügung dar. Denn der Vertrag reicht nicht aus, um den Eigentumsübergang auszulösen. Wird die Bewilligung verweigert, so wird damit festgestellt, dass dem Erwerb öffentlich-rechtliche Hindernisse entgegenstehen. Rechtsgeschäfte, die im Widerspruch stehen mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften des BGGB, sind gemäss Art. 70 BGGB nichtig. Die Nichterteilung der Bewilligung führt also zur Vernichtung des privatrechtlichen Vertrags. Hierin liegt die negative Gestaltungswirkung der Bewilligungsverweigerung (vgl. zum Ganzen Stalder, Kommentar BGGB, N. 16 ff. zu Vorbem. zu Art. 61–69 BGGB).

Die Eigentumsübertragung an einem (landwirtschaftlichen) Grundstück erfolgt zwar regelmässig durch eine Änderung der Eigentumsverhältnisse im Grundbuch. Anders kann es sich – je nach der kantonalen Regelung – bei den in Art. 6 Abs. 2 BGGB als Grundstücke behandelten Anteils- und Nutzungsrechten an körperschaftlich verwalteten Alpen verhalten, welche keine Grundstücke nach Art. 655 ZGB und demzufolge auch nicht im Grundbuch aufgenommen sind. Deshalb haben Eigentumsübertragungen in diesen Fällen auch keine Veränderungen im Grundbuch zur Folge. Die Anteils- und Nutzungsrechte werden in anderen, speziellen Verzeichnissen erfasst. Diese werden entweder vom Kanton oder von der Körperschaft selber geführt (z. B. Seybuch). Wo ein Kanton die Führung der Verzeichnisse nicht den Grundbuchämtern übertragen hat, kommt eine Handänderung dem Grundbuchverwalter jedoch nicht zur Kenntnis, ausser die Anteils- und Nutzungsrechte seien an ein Grundstück gebunden. Dem öffentlichen Interesse am Selbstbewirtschafterprinzip steht deshalb die praktische Schwierigkeit der Durchsetzung von Bewilligungsverfahren und Vorkaufsrecht gegenüber. Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, dass der Käufer nach Art. 61 Abs. 1 BGGB verpflichtet ist, die Bewilligung einzuholen, auch wenn ein Grundbucheintrag für den Vollzug der Handänderung nicht notwendig ist (vgl. zum Ganzen Stalder,

Kommentar BGBB, N. 13 zu Art. 61 BGBB, und Hofer, Kommentar BGBB, N. 3 und 31 zu Art. 6 BGBB). Wie es sich damit vorliegend verhält, ist im Folgenden zu prüfen.

bb) Bei der Erwerbsbewilligung handelt es sich um eine Bewilligung des Erwerbsgeschäfts und damit um eine zwingende Voraussetzung dafür, dass der Eigentumsübergang eines landwirtschaftlichen Grundstücks aus Sicht des BGBB rechtsgültig ist. Bis zur Überprüfung bleibt der Verkauf eines landwirtschaftlichen Grundstücks schwebend unwirksam. Die Parteien eines Veräusserungsvertrages müssen daher jederzeit damit rechnen, dass eine fehlende Bewilligung bekannt werden und die Gültigkeit des Erwerbs in Frage stellen kann. Dieser Umstand wird in den meisten Fällen dazu führen, dass Interessenten, die mangels Erfüllung der Voraussetzungen nicht mit einer Bewilligung gemäss Art. 61 BGBB rechnen können, von vornherein auf den Abschluss eines gesetzwidrigen Erwerbsgeschäfts betreffend den freien Berg verzichten. Auch wenn mangels Kontrolle durch das Grundbuchamt Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Bewilligungspflicht bestehen, ist diese also keineswegs sinnlos.

In Bezug auf die von der Vorinstanz vorgebrachte Schwierigkeit der fehlenden grundbuchlichen Überprüfung ist zudem zu bedenken, dass der freie Berg bzw. dessen Übertragung immerhin im Seybuch der Bergschaft eingetragen wird. Erst mit dem Eintrag können die Käufer die damit einhergehenden Rechte nutzen und z. B. das Stimmrecht ausüben (vgl. Publikation im Amtsanzeiger Interlaken vom 25. September 2014, wonach nur stimmberechtigt ist, wer im Grundbuch und im Seybuch registriert ist). Vorliegend hat die Bergschaft in ihrem Schreiben vom 13. Oktober 2014 an die an den Verkäufen Beteiligten – vergleichbar mit dem Grundbuchverwalter bei der Umsetzung der Vorschriften in Art. 81 BGBB – die Gesuche um Eintragung der Mutationen vorerst zurückgewiesen und eine Erwerbsbewilligung verlangt. Dies zeigt, dass auch ohne Grundbucheintrag bzw. Seybuchführung durch das Grundbuchamt die Bejahung der Bewilligungspflicht der Durchsetzung der Ziele des BGBB eindeutig dient. Die Bergschaft kann der Bewilligungspflicht mit einer Prüfung vor dem Eintrag ins Seybuch durchaus Nachachtung verschaffen. Damit dürften Übertragungen an Käufer, welche die Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllen, ebenfalls verhindert werden. Ob dennoch aus kantonaler Sicht eine (zusätzliche) grundbuchliche Kontrolle vorzunehmen ist bzw. wie diese im Rahmen der bestehenden Vorschriften (vgl. Art. 104 ff. EG ZGB und Art. 1 der Verordnung vom 20. November 2002 über das Sey-

buch [SeyV; BSG 215.331]) gelöst werden müsste, ist nicht Thema dieses Verfahrens und – wie vorstehende Ausführungen zeigen – auch nicht notwendige Voraussetzung für die Bejahung der Bewilligungspflicht.

Soweit der Regierungsrat schliesslich auf das Vorkaufsrecht gemäss Art. 2 Abs. 2 BPG hinweist, hätte die Bergschaft wohl grundsätzlich die Möglichkeit, einen Verkauf an Dritte zu verhindern, indem sie in solchen Fällen ihr Vorkaufsrecht ausübt. Allerdings könnte sie mangels Bewilligungspflicht gezwungen werden, dieses Vorkaufsrecht nur zu einem klar erhöhten Preis auszuüben bzw. müsste gegebenenfalls darauf verzichten. Auch dieser rein praktische Behelf kann jedenfalls nichts an der Rechtfertigung der vom BGGB rechtlich vorgegebenen Bewilligungspflicht ändern.

f) Zusammengefasst ergibt sich, dass entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht darauf geschlossen werden kann, der Gesetzgeber hätte für diesen speziellen Fall, falls er daran gedacht hätte, eine Ausnahme gemäss Art. 5 Bst. b BGGB statuieren und den freien Berg anders als andere frei handelbare Kuhrechte behandeln wollen. Vielmehr erscheint gestützt auf die vorstehenden Erwägungen eine Bewilligungspflicht für den Erwerb von freien Bergrechten, die gemäss Art. 6 Abs. 2 BGGB als landwirtschaftliche Grundstücke gelten, auch ohne nachfolgende Kontrolle durch das Grundbuchamt gerechtfertigt. Es gibt daher keinen Grund, von der klar vorgeschriebenen und unter dem Gesichtspunkt der Ziele des BGGB auch sinnvollen Pflicht zur Einholung einer Erwerbsbewilligung gemäss Art. 61 Abs. 1 BGGB abzuweichen.

4.

a) Aus dem Gesagten erhellt, dass die Beschwerde der Bergschaft Wärgistal gutzuheissen ist. Ziffer 1 der Feststellungsverfügung vom 19. Mai 2015 ist aufzuheben und es ist festzustellen, dass der Erwerb von freiem Berg der Bergschaft Wärgistal der Bewilligungspflicht gemäss Art. 61 BGGB unterliegt.

b) Bei diesem Verfahrensausgang hat die obsiegende Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Des Weiteren hat der Kanton Bern (Regierungsrat) der Beschwerdeführerin ihre Parteikosten vor der VOL zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i. V. m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Gemäss korrigierter Honorarnote vom 13. August 2015 betragen die Parteikosten der Beschwerdeführerin Fr. 3650.40 (Anwalts-honorar und -auslagen inkl. Mehrwertsteuer [MwSt]). Diese Kosten be-

wegen sich im Rahmen der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (PKV; BSG 168.811) und erscheinen angemessen.

c) Unabhängig vom Verfahrensausgang vor der VOL bleiben die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens grundsätzlich geschuldet (Art. 107 VRPG und Art. 1 der Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung [GebV; BSG 154.21] i. V. m. Ziffer 1 des Anhangs IX zur GebV [Gebührentarif für die Regierungsstatthalterämter]). Denn der von der Vorinstanz geltend gemachte Aufwand entspricht demjenigen, der auch für eine Verfügung gemäss dem Antrag der Beschwerdegegnerin erhoben worden wäre. In Bezug auf die konkrete Höhe von Fr. 1200.– ist Folgendes zu bemerken: Gemäss Art. 7 GebV i. V. m. Ziffer 1 des Anhangs IX zur GebV gilt für bodenrechtliche Bewilligungen ein Rahmen von Fr. 50.– bis 1000.–. Art. 9 GebV sieht für besonders aufwändige Geschäfte eine Erhöhung der Obergrenze des Rahmentarifs bis zu dessen zweifachen Betrag vor. Der Regierungsstatthalter hat von dieser Möglichkeit mit Hinweis auf die zeitintensiven Abklärungen und die komplexe Rechtsfrage unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin nur in verhältnismässig geringem Umfang Gebrauch gemacht. Mit Blick auf den tatsächlich überdurchschnittlichen Aufwand (gemäss Vorakten 21,5 Stunden) kann seiner Argumentation daher gefolgt werden. Dass sich am Ende die grundbuchliche Problematik als nicht relevant erwies, bedeutet nicht, dass man die Abklärungen schon von Anfang an als unnötig hätte bezeichnen können. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass zwar die Beschwerdeführerin im Rahmen des rechtlichen Gehörs gegenüber dem Regierungsstatthalter (vgl. Schreiben vom 27. März 2015) die Gebühr noch als eindeutig zu hoch beurteilt und um Herabsetzung ersucht hatte. In ihrer Beschwerde ging sie aber nicht mehr auf die in Ziffer 2 der Verfügung festgelegte Gebühr ein, welche seit Zustellung des Verfügungsentwurfs am 20. Januar 2015 auch nicht mehr erhöht wurde, trotz der danach noch umfassenden weiteren Abklärungen.

Erkenntnis

1. Die Beschwerde der Bergschaft Wärgistal vom 18. Juni 2015 wird *gutgeheissen*. Ziffer 1 der Feststellungsverfügung des Regierungsstatthalters des Verwaltungskreises Interlaken-Oberhasli vom 19. Mai 2015 wird *aufgehoben* und es wird *festgestellt*, dass der Erwerb von freiem Berg der Bergschaft Wärgistal der Bewilligungspflicht gemäss Art. 61 BGGB unterliegt.

2. Die Gebühr von Fr. 1200.– gemäss Ziffer 2 der Feststellungsverfügung des Regierungsstatthalters des Verwaltungskreises Interlaken-Oberhasli vom 9. Mai 2015 bleibt *geschuldet*.
3. Für das Verfahren vor der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern werden keine Kosten erhoben.
4. Der Kanton Bern (Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises Interlaken-Oberhasli) hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten für das Beschwerdeverfahren vor der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern, bestimmt auf Fr. **3650.40** (inkl. Anwaltsauslagen und MwSt.), zu ersetzen.
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Eröffnung beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, nach den Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes Beschwerde geführt werden. Die Beschwerde ist schriftlich und mindestens im Doppel einzureichen. Sie hat einen Antrag, eine Begründung und eine Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und weitere greifbare Beweismittel sind beizulegen.

Urteilsanmerkungen

von Adrian Glatthard¹

1. Einleitung

Der hier zu besprechende Entscheid klärt insbesondere, ob der Erwerb von Bergrechten² im Kanton Bern einer Bewilligung bedarf. Publizierte Entscheide zu Bergrechten sind selten, die Literatur spärlich³. Die Bedeutung derartiger Rechte im Rechts- und Wirtschaftsleben ist je nach Landesgegend unterschiedlich. Wolf/Schuler weisen 2013 darauf hin, dass

- 1 ADRIAN GLATTHARD, Rechtsanwalt und Notar, Brienz. Für wertvolle Hinweise danke ich MANUEL MÜLLER, Notar, alt Chef des Eidgenössischen Grundbuchamtes, Bundesamt für Justiz, und Mitautor des Kommentars zum Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991. Für die Kontrolle der Fussnoten danke ich MELCHIOR GLATTHARD, Rechtsanwalt.
- 2 Zur Verwendung der Begriffe «Berg-, Sey- oder Alprechte»: vgl. STEPHAN WOLF/STEFANIE SCHULER, Partie V – Des droits réels / Teil V – Sachenrecht, Zu den Rechtsverhältnissen an Alpen, insbesondere die gesezten Alpen im Kanton Bern, in: «Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Herausgeber: Alexandra Rumo-Jungo, Pascal Pichonnaz, Bettina Hürlimann-Kaup, Christiana Fountoulakis, Bern 2013, S. 679 ff. (nachfolgend: WOLF/SCHULER).
- 3 Vgl. WOLF/SCHULER, S. 679 ff., mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

Kuhrechte⁴ im Berner Oberland teilweise für erhebliche Beträge veräussert werden, als Pfandobjekte für Bankkredite dienen und nach wie vor verschiedene praktische Bedürfnisse der Bewirtschaftung von Alpen erfüllen⁵. Der Erwerb von Bergrechten eröffnet u. a. Teilnahme- und Stimmrechte an der Bergschaftsversammlung. Die Frage der Bewilligungspflicht des Erwerbes ist deshalb nicht ohne Auswirkung auf die Ermittlung der Abstimmungsquoten.

2. Sachverhalt und Prozessgeschichte (kurzer Überblick)

In Grindelwald sind neue Bahnanlagen u. a. auf Alpgrundstücken der Bergschaft Wärgistal geplant. Zur dinglichen Sicherung der Bauten sind Bau- und Durchleitungsrechte vorgesehen. Die Zustimmung zu dinglichen Rechtsgeschäften bedarf bei Bergschaften zweier qualifizierter Mehrheiten⁶. Einerseits wird das qualifizierte Mehr aller anwesenden Anteilhaber vorausgesetzt. Andererseits muss das qualifizierte Mehr aller an der Versammlung vertretenen Kuhrechte erreicht werden. Im Vorfeld der Abstimmung kam es zu mehr Mutationen an Bergrechten als üblich. Zudem entstanden durch die Teilung von Bergrechten nominal mehr Stimmrechte. Nicht auszuschliessen war, dass das Quorum an der Bergschaftsversammlung – in welche Richtung auch immer – beeinflusst werden könnte. Der Bergrat sistierte die Eintragungsgesuche im Seybuch und ersuchte den Regierungsstatthalter um eine Feststellungsverfügung betr. die Bewilligungspflicht nach BGBB. Am 19. Mai 2015 erklärte der Regierungsstatthalter den Erwerb als bewilligungsfrei. Dagegen führte die Bergschaft Beschwerde.

3. Anmerkungen zum Entscheid vom 24. August 2015

Der Entscheid der Volkswirtschaftsdirektion vom 24. August 2015 heisst die Beschwerde der Grindelwaldner Bergschaft gut. Im Wesentlichen hält der Entscheid – für die Praxis kurz zusammengefasst – fest:

a) Bewilligungspflicht für Bergrechte im Bundesrecht⁷

1. Die Bewilligungspflicht für den Erwerb von landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken ist im Grundsatz bundesrechtlich geregelt⁸.

4 Zum Begriff «Kuhrecht»: vgl. WOLF/SCHULER, S. 685.

5 Vgl. WOLF/SCHULER, «V. Schlussbemerkungen», S. 694.

6 Vgl. Art. 103 Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB, BSG 211.1).

7 E. 3c lit. aa und lit. bb des Entscheids.

8 Art. 61 BGBB.

2. Als landwirtschaftliche Grundstücke gelten auch «Kuhrechte» bzw. «Bergrechte»⁹.
3. Derartige Rechte können entweder selbständige Objekte des Rechtsverkehrs oder an ein Grundstück gebunden sein.
4. Der «freie Berg» der Bergschaft Wärgistal ist nicht an ein Grundstück gebunden, somit ein selbständiges Objekt des Rechtsverkehrs.

b) Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechtes¹⁰

5. Das Bundesrecht ermächtigt die Kantone, die Anwendung des BGBB auf Bergrechte auszuschliessen, soweit diese nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören.¹¹
6. Der Kanton Bern hat von dieser Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht. Der Erwerb von Bergrechten unterliegt im Kanton Bern der Bewilligungspflicht.
7. Der Bewilligungsvorbehalt im Bundesrecht bezweckt die Kontrolle der Verpflichtungsgeschäfte auf Übereinstimmung mit den Zielen des bäuerlichen Bodenrechts (insb. *Selbstbewirtschaftungsprinzip*, Art. 63 Abs. 1 Bst. a BGBB; *Preisgrenze*, Art. 63 Abs. 1 Bst. a BGBB; *keine öffentlichen Hindernisse*).
8. Die Erwerbsbewilligung ist Voraussetzung dafür, dass der Eigentumsübergang aus Sicht des BGBB rechtsgültig ist («schwebende Unwirksamkeit» des Rechtsgeschäftes bis zur Bewilligung).

c) Führung des Seybuches für die Frage der Bewilligungspflicht nicht relevant¹²

9. Ob Verzeichnisse über Bergrechte (sog. Seybücher) beim Grundbuchamt oder bei der Bergschaft geführt werden¹³, ist (entgegen der Vorinstanz) für die Frage der Bewilligungspflicht unerheblich.

9 «Kuhrecht» und «Bergrecht» sind im Kanton Bern gebräuchliche Begriffe (vgl. WOLF / SCHULER, S. 684 f.). Das Bundesrecht verwendet den Begriff «Anteils- und Nutzungsrechte an Alpen und Weiden im Eigentum von Allmendgenossenschaften, Alpgenossenschaften oder ähnliche Körperschaften»; vgl. Art. 6 Abs. 2 BGBB). Aufgrund des Sachverhaltes, der dem Entscheid der VOL zugrundeliegt, wird hier der Begriff «Bergrecht» verwendet. Vgl. auch FN 2 und 4 hievor.

10 E. 3c und 3e des Entscheids.

11 Art. 5 Abs. 2 BGBB.

12 E. 3e lit. bb des Entscheids.

13 Zur Führung des Seybuches siehe ausführlich FLÜCK JÜRIG, Das bernische Seybuch und seine Informatisierung in BN 2003 S. 2 bis 26.

10. Erst mit dem Eintrag im Seybuch können die mit Bergrechten verbundenen Rechte (u. a. Teilnahme- und Stimmrechte) genutzt werden; stimmberechtigt ist nur, wer im Seybuch registriert ist. Das Vorgehen der Bergschaft Wärgistal (Sistierung der Eintragungsgesuche, Erwerbsbewilligung einfordern) zeigt – so die VOL – dass «auch ohne Grundbucheintrag bzw. Seybuchführung durch das Grundbuchamt die Bejahung der Bewilligungspflicht der Durchsetzung der Ziele des BGGB eindeutig dient».¹⁴

d) Vorkaufsrecht der Bergschaft für die Frage der Bewilligungspflicht nicht relevant¹⁵

11. Das Vorkaufsrecht der Bergschaft¹⁶ ist für die Frage der Bewilligungspflicht ohne Bedeutung (anders noch die Vorinstanz). Das Vorkaufsrecht sichert der Bergschaft zwar die Möglichkeit, den Verkauf eines Bergrechtes an Dritte zu verhindern. Dieser Umstand ändert nichts am Grundsatz der Bewilligungspflicht nach BGGB.

4. Schlussbemerkungen

Im Ergebnis bestätigt der inzwischen rechtskräftige Entscheid die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Bergrechten. Im Anschluss an den Entscheid vom 24. August 2015 hat der zuständige Regierungsstatthalter die sistierten Bewilligungsverfahren weitergeführt und abgeschlossen. Die Bergschaftsversammlung hat gestützt darauf am 21. Oktober 2015 die relevanten Quoren ermittelt.¹⁷

14 E. 3e lit. bb des Entscheids.

15 E. 3e lit. bb des Entscheids.

16 Vgl. Art. 2 Abs. 2 BPG.

17 Vgl. NZZ vom Mittwoch, 21. Oktober 2015 unter dem Titel «Bergschaft sagt Ja zu V-Bahn-Projekt in Grindelwald»: Das V-Bahn-Projekt der Jungfraubahnen, das Grindelwald besser mit Eigergletscher und Männlichen verbinden soll, hat eine wichtige Hürde genommen. Die Bergschaft Wärgistal hat am Mittwoch das Überfahrtsrecht für die Gondelbahn auf den Eigergletscher bewilligt. Die dafür erforderliche Zweidrittelmehrheit sei erreicht worden, teilte die Bergschaft mit. Das 400-Millionen-Projekt der Jungfraubahn sieht einerseits eine Gondelbahn Richtung Eigergletscher vor, andererseits soll die alte Gondelbahn auf den Männlichen ersetzt werden. (...)».