

# Blätter für Agrarrecht

## Communications de droit agraire

	<i>Paul Richli</i> : Zu diesem Heft	1
<b>Aufsätze/ Articles</b>	<i>Josef Rütter</i> : BGE 138 II 32: Steuerliche Auswirkungen des Urteils	3
	<i>Eduard Hofer</i> : Anrechnung des gesömmerten Viehs für die Gewerbefeststellung	19
	<i>Franz A. Wolf</i> : Landwirtschaftliche Gewerbe und Zupacht: Der Gesetzgeber schafft Klarheit zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung	43
	<i>Roland Norer</i> : EU-Agrarrecht aktuell	65
<b>Verschiedenes/ Divers</b>	Congrès européen de droit rural 2013 – Europäischer Agrarrechtskongress 2013	75
	Literaturanzeige: PAUL RICHLI (Herausgeber im Namen des C.E.D.R.), L'agriculture et les exigences du développement durable – Agriculture and requirements of sustainable development – Die Landwirtschaft und die Erfordernisse der nachhaltigen Entwicklung, L'Harmattan, Paris 2013	77

## Landwirtschaftliche Gewerbe und Zupacht: Der Gesetzgeber schafft Klarheit zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung

**Franz A. Wolf** \*)

### Inhalt

1. Das landwirtschaftliche Gewerbe und seine Bedeutung in der Rechtsordnung.....	44
1.1 Die Rechtsobjekte des BGGB: Grundstück und Gewerbe.....	44
1.2 Die Bedeutung des Gewerbebegriffes .....	45
2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 7 BGGB .....	49
2.1 Berücksichtigung zugepachteter Grundstücke in der Gewerbeurteilung .....	49
2.1.1 Grundsätze .....	49
2.1.2 Keine Berücksichtigung hypothetischer Zupachten .....	49
2.1.3 Langfristigkeit der Zupacht .....	50
2.2 Keine Berücksichtigung von Zupachtland im Vorkaufsfall .....	50
2.3 Waldgrundstücke und Verfahrenskoordination .....	51
2.4 Sömmerungsbetriebe .....	52
2.4.1 Der Sömmerungsbetrieb in der Gewerbefeststellung .....	52
2.4.2 Der Sömmerungsbetrieb als landwirtschaftliches Gewerbe? .....	52
2.5 Das arbeitswirtschaftliche Element: Standardarbeitskraft (SAK).....	53
2.5.1 Berechnungsfaktoren in Übereinstimmung mit dem Landwirtschaftsrecht .....	53
2.5.2 Durchschnittliche Bewirtschaftungsform massgebend (oder: Jersey-Kühe machen Mühe).....	54
2.5.3 Der massgebliche Tierbestand.....	55
2.6. Feststellungsverfahren und Beschwerdelegitimation.....	55

\*) Der Autor (MLaw/Rechtsanwalt und dipl. Ing. Agr. FH) ist als Rechtsanwalt mit Schwerpunkt im Bereich Landwirtschaftsrecht tätig bei STUDER ANWÄLTE UND NOTARE ([www.studer-law.com](http://www.studer-law.com)). Zudem ist er beim Amt für Landwirtschaft des Kantons Nidwalden zuständig für Fragen zum bäuerlichen Grundeigentum. Der vorliegende Aufsatz wiedergibt die persönliche Meinung des Autors (Abschluss Manuskript: 29. April 2013).



3. Die Änderung des BGG vom 22. März 2013 .....	57
3.1 Geänderte Bestimmungen.....	57
3.1.1 Übersicht.....	57
3.1.2 Geltungsbereich für kleine Grundstücke .....	57
3.1.3 Gewerbebegriff: Vorbehalt kantonalen Rechts.....	59
3.1.4 Berücksichtigung der für längere Dauer zugepachteten Grundstücke.....	60
3.2 Übergangsrecht .....	61
3.2.1 Im Allgemeinen .....	61
3.2.2 Übergangsrecht beim Vorkaufsrecht des Pächters am Grundstück .....	62
3.2.3 Übergangsrecht beim erbrechtlichen Zuweisungsrecht am Grundstück .....	63
3.2.4 Übergangsrecht beim erbrechtlichen Zuweisungsrecht am Gewerbe.....	63
3.3 Fazit zur Gesetzesrevision .....	64

Dem landwirtschaftlichen Gewerbe (Art. 7 BGG) kommt im landwirtschaftlichen Kontext eine zentrale Bedeutung zu, dient es doch als Referenzgrösse in verschiedenen Rechtsgebieten des öffentlichen und privaten Rechts. Der vorliegende Aufsatz gibt im ersten Teil (I) einen Überblick über die Bedeutung der Unterscheidung zwischen den beiden Rechtsobjekten des Grundstücks und des Gewerbes. Im zweiten Teil (II) liegt der Fokus auf der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes. Der dritte Teil (III) hat die Revision des BGG vom 22. März 2013 zum Gegenstand, welche im Wesentlichen durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 7 BGG ausgelöst wurde.

## 1. Das landwirtschaftliche Gewerbe und seine Bedeutung in der Rechtsordnung

### 1.1 Die Rechtsobjekte des BGG: Grundstück und Gewerbe

Das bäuerliche Bodenrecht unterscheidet zwischen den beiden Rechtsobjekten des landwirtschaftlichen Grundstücks und des landwirtschaftlichen Gewerbes. Der Grundstücksbegriff knüpft dabei an Art. 655 ZGB an. Dem bäuerlichen

Bodenrecht unterstellt sind Grundstücke, die ausserhalb von Bauzonen liegen und für welche die landwirtschaftliche Nutzung zulässig ist (Art. 2 Abs. 1 BGG<sup>1</sup>). Liegt ein Grundstück teilweise innerhalb der Bauzone, so bleibt es bis zur Aufteilung entlang der Bauzonengrenze als Ganzes dem BGG unterstellt (Art. 2 Abs. 2 lit. c BGG). Für kleine, nicht zu einem Gewerbe gehörende Grundstücke mit weniger als 25 Aren Land gilt das BGG nur eingeschränkt (besonderer Geltungsbereich, Art. 2 Abs. 3 i.V.m. Art. 3 Abs. 4 BGG). Die Rechtslage bezüglich der kleinen Grundstücke erfährt per 1. Januar 2014 eine Änderung (hinten, Ziff. 3.).

Ein Grundstück kann für sich allein oder zusammen mit anderen Grundstücken ein landwirtschaftliches Gewerbe bilden (Art. 4 Abs. 1 BGG). Als landwirtschaftliches Gewerbe gilt gemäss Legaldefinition in Art. 7 Abs. 1 BGG «*eine Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen, die als Grundlage der landwirtschaftlichen Produktion dient und zu deren Bewirtschaftung, wenn sie landesüblich ist, mindestens eine Standardarbeitskraft nötig ist.*»

Für die Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, sind diejenigen Grundstücke zu berücksichtigen, die dem BGG unterstellt sind (Art. 7 Abs. 3 BGG). Als Besonderheit sind kleine Grundstücke mit weniger als 25 Aren Land sowie Waldgrundstücke jeder Grösse nur dann dem BGG unterstellt, wenn sie zu einem Gewerbe gehören (Art. 2 Abs. 2 lit. b, Art. 2 Abs. 3 BGG). Gewerbezugehörigkeit ist dann gegeben, wenn das betreffende Grundstück mit dem Gewerbe eine rechtliche, funktionale und räumliche Einheit bildet.<sup>2</sup> Liegt ein Gewerbe vor, so greift der Geltungsbereich des BGG auch in die Bauzone hinein: von den in der Bauzone liegenden Grundstücken sind diesfalls die betriebsnotwendigen landwirtschaftlichen Gebäude sowie ein angemessener Umschwung dem BGG unterstellt (Art. 2 Abs. 2 lit. a BGG).

### 1.2 Die Bedeutung des Gewerbebegriffes

Dem landwirtschaftlichen Gewerbe kommt in der Rechtsordnung in vielerlei Hinsicht eine Schlüsselstellung zu, wie die nachfolgende Übersicht zeigt:

- *Im bäuerlichen Bodenrecht:* Befindet sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe, so kann jeder selbstbewirtschaftende Erbe daran die ungeteilte Zuweisung zum Ertragswert (Art. 10 BGG) verlangen (Art. 11 Abs. 1 i.V.m.

<sup>1</sup> Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (BGG); SR 211.412.11.

<sup>2</sup> CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN/CHRISTOPH BANDLI, Kommentar BGG, 2. Auflage, Brugg 2011, N. 29 zu Art. 2 BGG.

Art. 17 Abs. 1 BGBB).<sup>3</sup> Ist ein Erbe bereits Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes, so kann er die Zuweisung eines einzelnen, nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehörenden Grundstücks, das sich in der Erbschaft befindet, zum doppelten Ertragswert verlangen (Art. 21 Abs. 1 BGBB).

- Wird ein landwirtschaftliches Grundstück veräussert, hat der Pächter an diesem dann ein Vorkaufsrecht, wenn er Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist (Art. 47 Abs. 2 lit. b BGBB). An einem landwirtschaftlichen Gewerbe haben Verwandte ein Vorkaufsrecht zu einem Vorzugspreis (Art. 42 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 BGBB). Schliesslich gilt für landwirtschaftliche Gewerbe das Verbot der Realteilung (Art. 58 Abs. 1 BGBB). Wird vertraglich begründetes Gesamt- oder Miteigentum an einem landwirtschaftlichen Gewerbe aufgelöst, so kann jeder selbstbewirtschaftende Mit- bzw. Gesamteigentümer daran die Zuweisung zum Ertragswert verlangen (Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Art. 37 Abs. 1 BGBB).<sup>4</sup> Bei der Auflösung von vertraglichem Gesamt- oder Miteigentum an einem Grundstück kann der Ansprecher die Zuweisung dann geltend machen, wenn er selber Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist (Art. 36 Abs. 2 BGBB).
- *Im landwirtschaftlichen Pachtrecht:* Der Gewerbebegriff des bäuerlichen Bodenrechts findet auch Eingang in das landwirtschaftliche Pachtrecht (Art. 1 Abs. 1 lit. b LPG).<sup>5</sup> Der Pächter eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist gegenüber dem Grundstückspächter insofern bevorzugt, als er sich auf eine längere erstmalige Mindestpachtdauer (9 Jahre gegenüber 6 Jahre bei Grundstücken, Art. 7 Abs. 1 LPG)<sup>6</sup> und auf einen tieferen Pachtzins berufen kann (Art. 37 LPG).
- *Im Ehegüterrecht:* Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung ist das Vermögen der Ehegatten grundsätzlich zum Verkehrswert einzusetzen (Art. 211 ZGB). Liegt im Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung (Scheidungs Urteil,

<sup>3</sup> Darüber hinaus kann der zur Zuweisung des Gewerbes berechtigte Erbe auch die Zuweisung des landwirtschaftlichen Betriebsinventars zum Nutzwert verlangen (Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 Abs. 2 BGBB). Ist mit dem landwirtschaftlichen Gewerbe ein nichtlandwirtschaftliches Nebengewerbe (z.B. Futtermühle, Mosterei) eng verbunden, kann der betreffende Erbe die Zuweisung beider Gewerbe verlangen (Art. 15 Abs. 2 BGBB). Das nichtlandwirtschaftliche Nebengewerbe ist zum Verkehrswert anzurechnen (Art. 17 Abs. 2 BGBB).

<sup>4</sup> Bei Begründung von Gesamteigentum durch Gütergemeinschaft unter Ehegatten bleiben die Art. 242 und 243 ZGB vorbehalten (Art. 36 Abs. 3 BGBB).

<sup>5</sup> Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985, LPG (SR 221.213.2). Ausgeschlossen sind im landwirtschaftlichen Pachtrecht jedoch die Anwendung des Abs. 4 und des neuen Abs. 4<sup>bis</sup> (vgl. hinten Ziff. 3.1.4) von Art. 7 BGBB (Art. 1 Abs. 1 lit. b LPG). Damit ist sichergestellt, dass der Pächter einzelner Grundstücke nicht durch Zupacht weiterer Grundstücke oder die Erstellung von Gebäuden die Gewerbe-eigenschaft herbeiführen kann.

<sup>6</sup> Es handelt sich um zwingende Bestimmungen (Art. 29 LPG).

Art. 214 ZGB) ein landwirtschaftliches Gewerbe vor, das ein Ehegatte nach Auflösung des Güterstandes als Eigentümer selber weiterbewirtschaftet, so ist für die Berechnung des Mehrwertanteils und der Beteiligungsforderung (Art. 215 ZGB) jedoch der im Vergleich zum Verkehrswert deutlich tiefere Ertragswert massgebend (Art. 212 Abs. 1 ZGB).<sup>7</sup>

- *Im Raumplanungsrecht:* Aus dem Raumplanungsrecht ergibt sich, dass die Einrichtung eines nichtlandwirtschaftlichen Nebenbetriebes nur auf einem landwirtschaftlichen Gewerbe möglich ist (Art. 24b Abs. 1 RPG). Liegt ein landwirtschaftliches Gewerbe vor, so ist der für den Betrieb des Gewerbes erforderliche Wohnraum, einschliesslich jener für die abtretende Generation, in der Landwirtschaftszone zonenkonform (Art. 16a RPG<sup>8</sup>, Art. 34 Abs. 3 RPV<sup>9</sup>).
- *Im Steuerrecht:*<sup>10</sup> Zum steuerbaren Einkommen zählen auch Gewinne aus Veräusserung, buchmässiger Aufwertung oder Überführung von Grundstücken im Geschäftsvermögen ins Privatvermögen. Land- und forstwirtschaftliche Grundstücke nehmen diesbezüglich eine Sonderstellung ein: Der ordentlichen Einkommenssteuer unterliegt nur der Gewinn bis zu den Anlagekosten (wiedereingebrachte Abschreibungen, Art. 18 Abs. 2 und 4 DBG<sup>11</sup>). Soweit der Gewinn die Anlagekosten übersteigt, unterliegt dieser der Grundstückgewinnsteuer (Art. 8 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 StHG)<sup>12</sup>. Damit ist insofern eine Privilegierung verbunden, als der die Anlagekosten übersteigende Grundstücksgewinn separat besteuert wird, was der Progression entgegenwirkt. Zudem sind auf diesem Gewinn keine Sozialversicherungsbeiträge geschuldet (Art. 17 AHVV *e contrario*)<sup>13</sup>.

Das Bundesgericht hat mit einem Leitescheid festgehalten, dass der steuerrechtliche Begriff des «land- und forstwirtschaftlichen Grundstücks» in Einklang mit dem BGBB auszulegen sei.<sup>14</sup> Von der privilegierten Besteuerung sollen nur dem BGBB unterstellte Grundstücke profitieren können. Die tatsächliche landwirtschaftliche Nutzung des Grundstücks sei nicht massgebend.

<sup>7</sup> BGE 138 III 193 (195), E. 2.1.

<sup>8</sup> Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG (SR 700).

<sup>9</sup> Verordnung über die Raumplanung vom 28. Juni 2000, RPV (SR 700.1).

<sup>10</sup> Zu beachten sind weitere Wirkungen des Gewerbebegriffes im kantonalen Steuerrecht. So stellen einzelne Kantone für die steuerliche Bewertung der landwirtschaftlichen Grundstücke und die Besteuerung des Eigenmietwertes auf das Vorliegen eines landwirtschaftlichen Gewerbes ab (z.B. Art. 56 des Steuergesetzes des Kantons Bern [Nr. 661.11]).

<sup>11</sup> Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990, DBG (SR 642.11).

<sup>12</sup> Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, StHG (SR 642.14).

<sup>13</sup> Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947, AHVV (SR 831.101).

<sup>14</sup> BGE 138 II 32 (36), E. 2.2.1.

Diese Rechtsprechung hat erhebliche Auswirkungen bei der Veräusserung von Bauland mit Gewinnfolge. Landwirtschaftliche Grundstücke innerhalb von Bauzonen sind nämlich nur dann (in beschränktem Umfang)<sup>15</sup> dem BGGB unterstellt, wenn darauf betriebsnotwendige Bauten oder Anlagen stehen und ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt (Art. 2 Abs. 2 lit. a BGGB). Liegt kein Gewerbe vor, entfällt die aufgezeigte privilegierte Besteuerung des Grundstücksgewinns.<sup>16</sup> Der gesamte steuerbare Grundstücksgewinn unterliegt dann der ordentlichen Einkommenssteuer von Bund und Kanton. Auf der Einkommenssteuer sind überdies die Sozialversicherungsbeiträge geschuldet. Die gesamte Abgabelast auf einem Grundstücksgewinn ist damit deutlich höher, wenn kein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt.<sup>17</sup>

- *Für die Gewährung von Investitionshilfen:* Der Bund unterstützt Strukturverbesserungen in der Landwirtschaft mit Investitionshilfen (Art. 2 Abs. 1 lit. d LwG<sup>18</sup>). In verschiedener Hinsicht sind diese Finanzhilfen an das Vorliegen eines landwirtschaftlichen Gewerbes geknüpft. So werden Beiträge für einzelbetriebliche Ökonomiegebäude nur an landwirtschaftliche Gewerbe gewährt (Art. 96 Abs. 2 LwG, Art. 3 SVV<sup>19</sup>). Pächter erhalten zinslose Investitionskredite für den Kauf eines bisher gepachteten landwirtschaftlichen Gewerbes (Art. 100 Abs. 2 lit. b LwG, Art. 44 Abs. 2 lit. b SVV).

Diese Bestimmungen haben in erster Linie den längerfristigen Fortbestand der landwirtschaftlichen Gewerbe zum Ziel.<sup>20</sup> Die grosse Bedeutung des Gewerbebegriffes rechtfertigt einen vertieften Blick auf die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesgerichts.

<sup>15</sup> Innerhalb der Bauzone sind nur die landwirtschaftlichen Gebäude und Anlagen mit angemessenem Umschwung dem BGGB unterstellt (Art. 2 Abs. 2 lit. a BGGB).

<sup>16</sup> Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bilden jene Grundstücke, die teilweise innerhalb und teilweise ausserhalb einer Bauzone liegen. Solange diese nicht entsprechend der Nutzungszone aufgeteilt sind (Art. 60 Abs. 1 lit. a BGGB), sind sie als Ganzes dem BGGB unterstellt, selbst wenn kein Gewerbe vorliegt (Art. 2 Abs. 2 lit. c BGGB).

<sup>17</sup> Vgl. zum Ganzen: PIUS KOLLER, Kurzkomentar zu BGE 2C\_2011 vom 2. Dezember 2011, in: Jusletter 27. Februar 2012.

<sup>18</sup> Bundesgesetz über die Landwirtschaft vom 29. April 1998, LwG (SR 910.1).

<sup>19</sup> Verordnung über die Strukturverbesserungen in der Landwirtschaft vom 7. Dezember 1998, SVV (SR 913.1).

<sup>20</sup> BGE 129 III 693 (697), E. 5.2.

## 2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 7 BGGB

### 2.1 Berücksichtigung zugepachteter Grundstücke in der Gewerbebeurteilung

#### 2.1.1 Grundsätze

Für das arbeitswirtschaftliche Element des Gewerbebegriffs – und nur dafür<sup>21</sup> – sind auch die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke zu berücksichtigen (Art. 7 Abs. 4 lit. c BGGB). Das Bundesgericht hat allerdings zur Berücksichtigung von Zupachtland eine differenzierte Lösung entwickelt (vgl. hinten Ziff. 2.2). Auch die Zupachtgrundstücke müssen dem Gesetz unterstellt sein (Art. 7 Abs. 3 BGGB), was zur Folge hat, dass zugepachtete Grundstücke, die vollständig innerhalb von Bauzonen liegen, nicht zu berücksichtigen sind (Art. 2 Abs. 1 BGGB). Die zugepachteten Grundstücke müssen zusammen mit den Grundstücken im Eigentum eine funktionale und räumliche Einheit bilden.<sup>22</sup> Die räumliche Einheit kann dann fraglich sein, wenn das Pachtgrundstück so weit vom Betrieb entfernt ist, dass der Transportaufwand unverhältnismässig gross wird.<sup>23</sup>

#### 2.1.2 Keine Berücksichtigung hypothetischer Zupachten

Erforderlich ist, dass der Betrieb tatsächlich über die Zupacht verfügt. Die Anrechnung eines rein hypothetischen, in der betreffenden Gegend üblichen Pachtlandanteils hat das Bundesgericht unter Hinweis auf den Wortlaut («zugepachtete Grundstücke») abgelehnt.<sup>24</sup> Diese Rechtsprechung ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht zu beanstanden. Im Sinne einer zukunftsgerichteten Betrachtungsweise muss es jedoch zulässig sein, einen im Zeitpunkt der Gewerbebeurteilung bereits abgeschlossenen Pachtvertrag auch dann zu berücksichtigen, wenn der Pachtantritt erst in (naher) Zukunft erfolgt. Das zitierte Bundesgerichtsurteil schliesst eine solche Auslegung von Art. 7 Abs. 4 lit. c BGGB jedenfalls nicht aus.

<sup>21</sup> BGE 129 III 693 (699), E. 5.4.

<sup>22</sup> EDUARD HOFER, Kommentar BGGB (FN 1), N. 29 zu Art. 7 BGGB.

<sup>23</sup> Die in aArt. 33 LPG vorgesehene Einsprachemöglichkeit gegen die Zupacht weit vom Betrieb entfernter Grundstücke wurde per 1. September 2008 aufgehoben (AS 2008, S. 3589).

<sup>24</sup> Insbesondere wird Zupachtland nicht berücksichtigt für die Berechnung des Ertragswerts nach Art. 10 BGGB und für die Frage, ob der ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück behauptende Pächter über ein landwirtschaftliches Gewerbe verfügt (Art. 47 Abs. 2 BGGB; BGE 137 II 182 (191), E. 3.3; vgl. Ziff. 2.2).

### 2.1.3 Langfristigkeit der Zupacht

Die vom Gesetz geforderte Langfristigkeit der Zupacht setzt eine Vertragsdauer von mindestens sechs Jahren voraus, entsprechend der gesetzlichen Mindestpachtdauer für Grundstücke in Art. 7 Abs. 1 LPG. Das Pachtverhältnis darf zudem nicht gekündigt sein. Wurde behördlich eine kürzere Pachtdauer bewilligt (Art. 7 Abs. 2 LPG), so dürfte es an der erforderlichen Langfristigkeit fehlen,<sup>25</sup> was zur Folge hat, dass die entsprechende Fläche nicht in die Gewerbebeurteilung einfließen kann.

Bislang nicht höchstrichterlich geklärt ist die Frage, ob auch eine langfristig vereinbarte Gebrauchsleihe (Art. 305 ff. OR) über ein Grundstück die Voraussetzungen für die Anrechenbarkeit in der Gewerbebeurteilung erfüllen kann.<sup>26</sup> Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung zu bejahen, zielt doch der Zweck von Art. 7 Abs. 4 lit. c BGGB darauf ab, Grundstücke dann zu berücksichtigen, wenn diese dem Betrieb längerfristig zur Bewirtschaftung zur Verfügung stehen. Der Qualifikation des Vertrages auf Gebrauchsüberlassung kann daher – entgegen dem Wortlaut der Norm («zugepachtete Grundstücke») – keine entscheidende Bedeutung zukommen.<sup>27</sup>

### 2.2 Keine Berücksichtigung von Zupachtland im Vorkaufsfall

Das Bundesgericht beurteilt Art. 7 Abs. 4 lit. c BGGB, der den Miteinbezug zugepachteter Grundstücke in die Gewerbebeurteilung vorsieht, aufgrund der Entstehungsgeschichte des BGGB als *lex specialis*. Diese Norm sei nur im spezifischen Zusammenhang mit der Mindestgrösse für das Vorliegen eines Gewerbes zu berücksichtigen.<sup>28</sup> Die Konsequenz dieser Rechtsprechung ist weitreichend: Überall dort, wo das BGGB ausdrücklich das Eigentum an einem Gewerbe voraussetzt, darf Zupachtland für die Gewerbeberechnung nicht berücksichtigt werden. Dies ist namentlich der Fall beim Anspruch eines Erben auf Zuweisung eines Nachlassgrundstücks (Art. 21 Abs. 1 BGGB), bei der Auflösung von gemeinschaftlichem Eigentum an einem Grundstück (Art. 36 Abs. 2 BGGB) und beim Vorkaufsrecht von Verwandten (Art. 42 Abs. 2 BGGB), des Pächters (Art. 47 Abs. 2 BGGB) oder des Miteigentümers (Art. 49 Abs. 2 BGGB) an einem Grundstück.

<sup>25</sup> EDUARD HOFER, Kommentar BGGB (FN 1), N. 93 zu Art. 7 BGGB.

<sup>26</sup> Die praktische Bedeutung der Frage ist allerdings beschränkt, wird doch die Gebrauchsleihe gerade dort gewählt, wo die Parteien der gesetzlichen Mindestpachtdauer des landwirtschaftlichen Pachtrechtes entgehen wollen. Dementsprechend selten sind in der Praxis langfristige Gebrauchsleiheverträge anzutreffen.

<sup>27</sup> Anderer Meinung: EDUARD HOFER, Kommentar BGGB (FN 1), N. 92a zu Art. 7 BGGB.

<sup>28</sup> BGE 129 III 693 (698), E. 5.3; bestätigt in: BGE 134 III 1 (7), E. 3.4.2.

Diese Rechtsprechung wurde in der Lehre kritisiert, führe sie doch zu einer Aushöhlung der genannten Zuweisungsrechte.<sup>29</sup> In jenen Landesteilen, in denen traditionell ein hoher Pachtlandanteil vorherrscht, kann namentlich das Pächtervorkaufsrecht in vielen Fällen nicht mehr geltend gemacht werden, weil der Eigenlandanteil eines Betriebes allein die für ein landwirtschaftliches Gewerbe erforderlichen Standardarbeitskräfte nicht erreicht. Einer Schätzung aus dem Jahr 2005 zufolge erfüllen 30 bis 40% der Betriebe die Gewerbeeigenschaft unter Ausschluss des Pachtlandes nicht mehr.<sup>30</sup> Die Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat den Gesetzgeber auf den Plan gerufen. Mit der am 22. März 2013 beschlossenen Ergänzung von Art. 7 BGGB wird klargestellt, dass die auf längere Dauer zugepachteten Grundstücke in die Gewerbeberechnung einfließen müssen (vgl. hinten Ziff. 3.).

### 2.3 Waldgrundstücke und Verfahrenskoordination

Reine Waldgrundstücke sind nur dann dem BGGB unterstellt, wenn diese zu einem Gewerbe gehören (Art. 2 Abs. 2 lit. b BGGB). Ist dies der Fall, sind auch die Waldgrundstücke vom Realteilungsverbot erfasst. Sowohl die landwirtschaftliche Nutzfläche als auch die Waldfläche fliessen – allerdings mit unterschiedlichen Berechnungsfaktoren (Art. 2a Abs. 2 VBB) – in die Berechnung der Standardarbeitskraft ein. Sind im Rahmen einer Gewerbestellung die Flächenanteile von landwirtschaftlicher Nutzfläche und Wald auf einem Grundstück strittig, so ist von Amtes wegen ein Waldfeststellungsverfahren durchzuführen (Art. 10 Abs. 1 WaG)<sup>31</sup>. Ausserhalb von Bauzonen ist der Waldbegriff dynamisch und die Waldgrenzen können sich im Laufe der Zeit ändern (Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 WaG). Auf das aus dem Grundbuch ersichtliche Flächenmass für den Wald könne es daher, so das Bundesgericht, nicht ankommen (Art. 2 Abs. 1 WaG). Es ruft zudem in Erinnerung, dass die Frage, was Wald ist, nicht eine tatsächliche, sondern eine rechtliche Frage ist.<sup>32</sup> Dies ist im Hinblick auf die zulässigen Beschwerdegründe vor Bundesgericht von Bedeutung (Art. 95 und Art. 97 Abs. 1 BGG)<sup>33</sup>. Schliesslich sind die beiden Feststellungsverfahren, jenes nach BGGB und dasjenige nach WaG, materiell und formell zu koordinieren. Die Ausgestaltung der Koordination ist zwar den Kantonen überlassen, eine analoge Anwendung der

<sup>29</sup> BENNO STUDER, Drei Urteile aus dem bäuerlichen Boden- und Erbrecht, in: *successio* 4/2009, S. 305 ff.; a.M. CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN, Eigentumsfragen im bäuerlichen Bodenrecht, in: *Blätter für Agrarrecht* 1/2009, S. 3 ff.; vgl. zu dieser Kontroverse auch: EDUARD HOFER, Kommentar BGGB (FN 1), N. 98b bis N. 98f zu Art. 7 BGGB.

<sup>30</sup> STUDER (FN 29), S. 308.

<sup>31</sup> Bundesgesetz über den Wald vom 4. Oktober 1991, WaG (SR 921.0).

<sup>32</sup> BGE 137 II 182 (195), E. 3.7.3.1.

<sup>33</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, BGG (SR 173.110).

raumplanungsrechtlichen Grundsätze der Koordination (Art. 25a RPG) würde sich aus Sicht des Bundesgerichts jedoch anbieten.<sup>34</sup>

## 2.4 Sömmerungsbetriebe

### 2.4.1 Der Sömmerungsbetrieb in der Gewerbestellung

Besondere Fragen wirft die Gewerbestellung nach Art. 7 BGG im Zusammenhang mit Sömmerungsbetrieben («Alpen») auf.<sup>35</sup> Zunächst ist zu klären, wie die Sömmerungsbetriebe im Gefüge des BGG einzuordnen sind. Alpweiden sind zur landwirtschaftlichen Nutzung geeignete Grundstücke i.S.v. Art. 6 Abs. 1 BGG und fallen unter den allgemeinen Geltungsbereich des BGG (Art. 2 BGG). Besonders in den Kantonen der Innerschweiz stehen die Sömmerungsalpen häufig im Eigentum von Alpgenossenschaften oder Korporationen (des kantonalen Rechts, Art. 59 Abs. 3 ZGB). Anteils- und Nutzungsrechte an Alpen, die im Eigentum von Allmend- oder Alpgenossenschaften stehen, gelten als landwirtschaftliche Grundstücke (Art. 6 Abs. 2 BGG). Die Kantone können allerdings solche Rechte insoweit dem Geltungsbereich des BGG entziehen, als diese Rechte nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören (Art. 5 lit. b BGG). Für die Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, sind alle dem Gesetz unterstellten Grundstücke zu berücksichtigen (Art. 7 Abs. 3 BGG), so auch Alpgrundstücke. Liegt ein Gewerbe vor, so sind zugehörige Alpgrundstücke bzw. Anteils- und Nutzungsrechte vom Realteilungsverbot erfasst (Art. 58 Abs. 1 BGG) und dürfen, vorbehaltlich der Ausnahmen in Art. 59 und 60 BGG, nicht vom Gewerbe abgetrennt werden.

### 2.4.2 Der Sömmerungsbetrieb als landwirtschaftliches Gewerbe?

Das Bundesgericht hatte im Jahr 2009 die Frage zu beurteilen, ob das Realteilungsverbot auch auf einen Sömmerungsbetrieb, der nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehört, anzuwenden sei. Dies würde voraussetzen, dass der Sömmerungsbetrieb für sich allein ein landwirtschaftliches Gewerbe bilden kann, denn nur auf Gewerbe ist das Realteilungsverbot anwendbar (Art. 58 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht hält jedoch fest, ein Sömmerungsbetrieb sei nicht für die ganzjährige Bewirtschaftung vorgesehen und verkörpere nicht das Lebenszentrum des Bewirtschafters. Ein Gewerbe nach Art. 7 BGG könne daher bei einem Sömmerungsbetrieb nicht vorliegen. Dementsprechend sei das Realteilungsverbot auf Sömmerungsbetriebe nicht anwendbar.<sup>36</sup> Diesem Ergebnis muss – de lege lata –

<sup>34</sup> BGE 137 II 182 (197), E. 3.7.4.3.

<sup>35</sup> Vgl. die Begriffsdefinition in Art. 9 der Verordnung über landwirtschaftliche Begriffe und die Anerkennung von Betriebsformen vom 7. Dezember 1998, LBV (SR 910.91).

<sup>36</sup> BGE 135 II 313 (326), E. 5.4; PIUS KOLLER, Ein Sömmerungsbetrieb stellt nie ein landwirtschaftliches Gewerbe dar, in: *successio* 1/2011, S. 56.

wohl zugestimmt werden. Im Vollzugsalltag der kantonalen Behörde ist das Realteilungsverbot nicht selten Gegenstand kontroverser Diskussionen. Bestrebungen, Teile von landwirtschaftlichen Gewerben oder Sömmerungsbetrieben abzutrennen, gründen oftmals in einer subjektiv geprägten, familiären Konstellation im fraglichen Zeitpunkt. Das auf die Gewerbe anwendbare Realteilungsverbot wurde zwar durch den Revisionsgesetzgeber erheblich gelockert (Art. 60 Abs. 2 BGG)<sup>37</sup>, bleibt aber dennoch ein wichtiges und unerlässliches Instrument für den Fortbestand landwirtschaftlicher Gewerbe. Dieser Schutzmechanismus bleibt den Sömmerungsbetrieben mit dem erwähnten Urteil verwehrt.

## 2.5 Das arbeitswirtschaftliche Element: Standardarbeitskraft (SAK)

### 2.5.1 Berechnungsfaktoren in Übereinstimmung mit dem Landwirtschaftsrecht

Ein landwirtschaftliches Gewerbe setzt voraus, dass zu dessen Bewirtschaftung mindestens eine Standardarbeitskraft (SAK) nötig ist (Art. 7 Abs. 1 BGG). Die Kantone können auch kleinere Betriebe unter den Gewerbeschutz stellen; die minimale Betriebsgrösse darf jedoch 0.75 SAK nicht unterschreiten (Art. 5 lit. a BGG). Weil die Beurteilung des arbeitswirtschaftlichen Elementes im Gewerbebegriff nach objektiven Gesichtspunkten erfolgen muss,<sup>38</sup> liegen der Berechnung standardisierte Faktoren zugrunde (Art. 3 LBV). Deren Festlegung ist «in Abstimmung mit dem Landwirtschaftsrecht» (Art. 7 Abs. 1 BGG *in fine*) durch den Bundesrat vorzunehmen.<sup>39</sup>

Nach Art. 2a Abs. 1 VBB<sup>40</sup> gelten für die Festlegung der Betriebsgrösse nach Standardarbeitskräften die Faktoren von Art. 3 LBV. Massgeblich sind die landwirtschaftliche Nutzfläche<sup>41</sup> und die Anzahl der Nutztiere (in Grossvieheinheiten)<sup>42</sup>,

<sup>37</sup> In Kraft seit 1. Januar 1999.

<sup>38</sup> BGE 137 II 182 (186), 3.1.3.

<sup>39</sup> Der Bundesrat als Ordnungsgeber kann damit indirekt über eine Änderung der Berechnungsfaktoren in der LBV auf die Tragweite des Gewerbebegriffes des BGG Einfluss nehmen. Mit Blick auf die grosse Bedeutung des Gewerbebegriffes im öffentlichen und insbesondere im privaten Recht (v.a. im Erb- und Ehegüterrecht) ist dies nicht unproblematisch. Eine allzu häufige Änderung der Berechnungsfaktoren ist der Rechtssicherheit nicht zuträglich; vgl. zur bisherigen Entwicklung der SAK-Faktoren: BGE 135 II 313 (315), E. 2.1.

<sup>40</sup> Verordnung über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1993, VBB (SR 211.412.110).

<sup>41</sup> Als landwirtschaftliche Nutzfläche gilt die einem Betrieb zugeordnete, für den Pflanzenbau genutzte Fläche ohne die Sömmerungsfläche, die dem Bewirtschaftler ganzjährig zur Verfügung steht (Art. 14 LBV).

ergänzt durch Zuschläge wie etwa für Hang- und Steillagen im Berggebiet. Zudem sind bestimmte Zuschläge und Faktoren ergänzend zu berücksichtigen, so für betriebseigenen Wald (Art. 2a Abs. 2 lit. e VBB) oder für die Sömmerung von Vieh auf eigene Rechnung und Gefahr (Art. 2a Abs. 2 lit. f und g i.V.m. Abs. 3 VBB).<sup>43</sup>

### 2.5.2 Durchschnittliche Bewirtschaftungsform massgebend (oder: Jersey-Kühe machen Mühe)

Das Gesetz verlangt für die Berechnung der Standardarbeitskraft eine landesübliche Bewirtschaftung (Art. 7 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht betont, es sei auf durchschnittliche Bewirtschaftungsformen und nicht auf ausgefallene Einzelfälle abzustellen.<sup>44</sup> Nicht relevant sei daher die tatsächliche Nutzung, da diese subjektiv dem Einflussbereich des Grundeigentümers unterliege. Die Gewerbeberechnung müsse nach objektiven Kriterien erfolgen.

Dieser Betrachtungsweise ist zwar im Grundsatz zuzustimmen, sie lässt m.E. indessen ausser Acht, dass eine Gewerbestellung nie völlig losgelöst von der – durch den Bewirtschafter subjektiv geprägten – aktuellen Bewirtschaftungsform erfolgen kann. So ist beispielsweise die für eine SAK-Berechnung relevante Frage, warum ein Betrieb Milchkühe oder arbeitsextensivere Mutterkühe hält oder ob er Getreide oder arbeitsintensive Kartoffeln anbaut, immer auch das Ergebnis von unternehmerischen Entscheidungen und Vorlieben des Betriebsleiters. Dem subjektiven Einfluss des Betriebsleiters auf die Gewerbestellung ist immerhin dort eine Schranke zu setzen, wo Betriebszweige gewählt werden, die aufgrund der am betreffenden Standort vorherrschenden natürlichen Verhältnisse offensichtlich nicht mehr standortgerecht wären.<sup>45</sup> So hat das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahr 2004 den Entscheid einer kantonalen Vorinstanz geschützt, welche ein Betriebskonzept, das künftig den Anbau von Spezialkulturen (Schnittblumen, Erdbeeren und Obst) vorsah, wegen der erhöhten Niederschlagsmenge und des Hagelrisikos in der betreffenden Gegend als nicht landesüblich abgelehnt hatte.<sup>46</sup>

Dass die Grenzziehung zur Landesüblichkeit dem Gericht jedoch nicht immer ganz glücklich gelingt, verdeutlicht dieser Bundesgerichtsentscheid ebenfalls: Im Zuge der Gewerbestellung hatte die kantonale Vorinstanz erwogen, die Haltung von Jersey-Kühen<sup>47</sup> sei bei einem gesamtschweizerischen Bestand von lediglich 1'500 Tieren dieser Rasse nicht als landesweit üblich zu bezeichnen. Wenn das

<sup>42</sup> Für die Umrechnung der landwirtschaftlichen Nutztiere in Grossvieheinheiten (GVE) gelten die Faktoren im Anhang der LBV (Art. 27 LBV).

<sup>43</sup> BGE 137 II 182 (185), E. 3.1.2.

<sup>44</sup> BGE 137 II 182 (186), E. 3.1.3.

<sup>45</sup> Um ein illustratives Beispiel zu wählen: Der Anbau von wärmeliebenden Weinreben im kalten Hochtal von La Brévine (NE) wäre wohl nicht landesüblich.

<sup>46</sup> Urteil des BGer 5A.12/2004 vom 22. Juli 2004, E. 3.3.3.

<sup>47</sup> Vgl. [www.jersey.ch](http://www.jersey.ch).

angerufene Bundesgericht dazu festhält, die vorinstanzliche Auffassung sei bundesrechtlich nicht zu beanstanden, so wäre dem gleichzusetzen, der Anbau dieser oder jener neuen Apfelsorte sei für die Gewerbeberechnung nicht zulässig. Wohlverstanden haben die an diesem Entscheid beteiligten Verwaltungs- und Gerichtsbehörden damit den Kühen in der Schweiz nicht generell die Landesüblichkeit abgesprochen (!), sondern lediglich der bisher wenig verbreiteten Jersey-Rasse. Dass damit die Landesüblichkeit zu eingeschränkt ausgelegt wurde, ist augenscheinlich.

### 2.5.3 Der massgebliche Tierbestand

Ein Blick auf die der Berechnung zugrunde liegenden Faktoren in Art. 3 LBV erhellt, dass die Anzahl Nutztiere erheblichen Einfluss auf die SAK-Berechnung hat. Dementsprechend wichtig ist die Frage nach dem für die Berechnung massgeblichen Tierbestand. Die vom Direktzahlungsrecht für den höchstzulässigen Tierbestand aufgestellten Fördergrenzen sind dafür, so das Bundesgericht, nicht massgebend.<sup>48</sup> Es hält fest, Direktzahlungen seien freiwillig und es sei daher nicht zulässig, für die Berechnung des Produktionspotentials nach Art. 7 BGG auf die gegenüber dem Gewässer- und Umweltschutzrecht einschränkenden Bestimmungen des Direktzahlungsrechts abzustellen. Die obere zulässige Grenze für den relevanten Nutztierbestand wird somit vom Gewässerschutzrecht bestimmt (Art. 14 GSchG).<sup>49</sup> Dieses besagt, dass auf jedem Betrieb eine ausgeglichene Düngerbilanz anzustreben sei (Art. 14 Abs. 1 GSchG).<sup>50</sup> Damit ist auch geklärt, dass Futterzukaufe – und damit einhergehend ein höherer Tierbestand – zulässig sind, soweit sich diese Zukäufe im Rahmen der gewässerschützerischen Grenzen bewegen.<sup>51</sup> Nicht für sich allein massgebend ist für das Bundesgericht die vorhandene Stallkapazität, was mit Art. 7 Abs. 4 lit. b BGG in Einklang steht.<sup>52</sup> Diese Norm erlaubt es, für die Gewerbestellung auch die Möglichkeit zu berücksichtigen, fehlende betriebsnotwendige Gebäude zu erstellen.

## 2.6 Feststellungsverfahren und Beschwerdelegitimation

Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann von der Bewilligungsbehörde insbesondere feststellen lassen, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt (Art. 84 lit. a BGG). Die Aufzählung in Art. 84 BGG ist nicht abschliessend. Gegenstand einer

<sup>48</sup> Vgl. Art. 30 der Verordnung über die Direktzahlungen in der Landwirtschaft vom 7. Dezember 1998, DZV (SR 910.13).

<sup>49</sup> Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991, GSchG (SR 814.20); BGE 137 II 182 (186), E. 3.2.

<sup>50</sup> Bezüglich der dafür anzuwendenden Berechnungsmethode verweist das Bundesgericht auf die Methode «Suisse-Bilanz» gemäss Ziff. 2.1 Anhang DZV; BGE 137 II 182 (190), E. 3.2.4.3.

<sup>51</sup> BGE 137 II 182 (192), E. 3.5.2; Urteil des BGer 2C\_876/2008 vom 14. Juli 2009, E. 4.

<sup>52</sup> BGE 137 II 182 (190), E. 3.2.4.3.



Feststellungsverfügung können vielmehr alle Begriffe nach Art. 6 bis 10 BGG sein. Hingegen können zivilrechtliche Fragen, wie etwa diejenige, ob ein Vorkaufsfall vorliegt, nicht Inhalt einer Feststellungsverfügung sein.<sup>53</sup> In einem Zivilprozess, bei dem es um die Ausübung eines Vorkaufsrechts geht, kann sich allerdings vorgängig die Frage stellen, ob ein Gewerbe vorliegt. Das Bundesgericht hält dazu fest, der Zivilrichter könne diesfalls vorfrageweise auch begriffliche Fragen nach Art. 6 bis 10 BGG klären, solange die sachlich zuständige Verwaltungsbehörde darüber nicht befunden hat.<sup>54</sup> An eine vorfrageweise durch den Zivilrichter erfolgte Konkretisierung, etwa zum Vorliegen eines landwirtschaftlichen Gewerbes, ist die dafür sachlich zuständige Verwaltungsbehörde in einem späteren Feststellungsverfahren nicht gebunden.<sup>55</sup> Dies bringt das Risiko von widersprüchlichen Entscheiden mit sich. Das Bundesgericht bezeichnet es deshalb als «préférable», das Verfahren vor dem Zivilrichter zu suspendieren, bis die Verwaltungsbehörde ihren Feststellungsentscheid getroffen habe.<sup>56</sup> Dieser Entscheid wiederum ist für den Zivilrichter in einem nachfolgenden (Erbteilungs-)Prozess bindend.<sup>57</sup>

Gegen eine Gewerbefeststellung kann innert 30 Tagen bei der durch das kantonale Recht vorgesehenen Behörde Beschwerde geführt werden (Art. 88 Abs. 1 BGG). Letztinstanzliche kantonale Beschwerdeentscheide unterliegen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht (Art. 89 BGG, Art. 82 ff. BGG). Die Legitimation im kantonalen Beschwerdeverfahren ist spezialgesetzlich in Art. 83 Abs. 3 BGG geregelt. Der Gesetzgeber wollte den Nachbarn, Verbänden und Organisationen explizit kein Beschwerderecht einräumen.<sup>58</sup> Die Beschränkung der Beschwerdebefugnis im kantonalen Verfahren gilt nach dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens auch vor Bundesgericht (Art. 88 Abs. 3 BGG, Art. 111 Abs. 1 BGG).<sup>59</sup>

Die Aufzählung der in Art. 83 Abs. 3 BGG bezeichneten, zur Beschwerde berechtigten Personen ist nicht abschliessend.<sup>60</sup> Dieser Personenkreis ist jedoch nicht abstrakt zur Beschwerde berechtigt, sodass die allgemeinen Legitimationsvoraussetzungen zu beachten sind. Erforderlich ist demnach, dass der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges,

<sup>53</sup> BGE 129 III 186 (189), E. 2.1; BGE 129 III 693 (695), E. 3.

<sup>54</sup> Davon ausgenommen ist die Ertragswertschätzung nach Art. 87 BGG, die aufgrund ihrer systematischen Stellung im Gesetz ausschliesslich durch die Verwaltungsbehörde zu erfolgen hat: BGE 129 III 186 (191), E. 2.2.

<sup>55</sup> BGE 129 III 186 (191), E. 2.3.

<sup>56</sup> BGE 129 III 186 (192), E. 2.3.

<sup>57</sup> Urteil des BGer 5A\_140/2009 vom 6. Juli 2009, E. 2.3.

<sup>58</sup> BGE 126 III 274 (276), E. 1c.

<sup>59</sup> BGE 126 III 274 (276), E. 1c; BEAT STALDER, Kommentar BGG (FN 1), N. 10 zu Art. 88 und 89 BGG.

<sup>60</sup> BGE 126 III 274 (276), E. 1d; anders noch: Urteil des BGer 5A.5/1999 vom 8. Juli 1999, E. 2.

d.h. aktuelles und praktisches (tatsächliches oder rechtliches) Interesse an der Aufhebung oder Änderung hat.<sup>61</sup>

### 3. Die Änderung des BGG vom 22. März 2013

#### 3.1 Geänderte Bestimmungen

##### 3.1.1 Übersicht

Die Änderung des BGG vom 22. März 2013 wurden durch das Parlament im Rahmen des Reformpaketes zur Agrarpolitik AP 2014–2017 beschlossen. Der Entwurf des Bundesrates sah keine Revision des BGG vor. Die nun beschlossenen Änderungen wurden erst im Gesetzgebungsprozess eingefügt. Zwei Artikel wurden geändert und zwei Bestimmungen neu eingeführt. Betroffen sind der Geltungsbereich für kleine Grundstücke, der Vorbehalt kantonalen Rechts für landwirtschaftliche Gewerbe und die Berücksichtigung der auf längere Dauer zugepachteten Grundstücke in der Gewerbeberechnung. Bis am 13. Juli 2013 läuft die Referendumsfrist.<sup>62</sup> Mit dem Inkrafttreten ist nicht vor dem 1. Januar 2014 zu rechnen.

##### 3.1.2 Geltungsbereich für kleine Grundstücke

Nach der geltenden Fassung sind kleine Grundstücke mit weniger als 15 Aren Rebland oder 25 Aren anderem Land nicht dem BGG unterstellt, wenn sie nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören (Art. 2 Abs. 3 BGG). Bezüglich dieser kleinen Grundstücke hat der Gesetzgeber nun den Geltungsbereich einerseits ausgeweitet, andererseits eingeschränkt.

nArt. 2 Abs. 4 BGG (allgemeiner Geltungsbereich)

Neu sind die kleinen Grundstücke zeitlich befristet vollumfänglich dem BGG unterstellt, wenn sie sich im Beizugsgebiet einer Landumlegung befinden (allgemeiner Geltungsbereich, Art. 2 Abs. 4 BGG). Diese neue Bestimmung steht im Zusammenhang mit dem landwirtschaftlichen Pachtrecht (LPG). Das geltende LPG sieht vor, dass laufende Pachtverhältnisse bei einer Neuordnung des Grundeigentums (Güterzusammenlegung) von jeder Partei entschädigungslos aufgelöst werden können (Art. 20 Abs. 1 und 2 LPG). Der Bundesrat hat dem Parlament vorgeschlagen, die Möglichkeit der vorzeitigen Pchtauflösung auch auf eine Pachtlandarrondierung anzuwenden, bei der nur die Pachtverhältnisse, nicht aber das Grundeigentum neu geordnet werden.<sup>63</sup> Die Bestimmung soll, einem Ziel der Reform der Ag-

<sup>61</sup> Urteil des BGer 5A.21/2005 vom 17. November 2005, E. 4.2.

<sup>62</sup> BBl 2013, S. 2497.

<sup>63</sup> Botschaft AP 2014 - 2017, S. 2273.



rarpolitik 2014–2017 folgend, Landumlegungen erleichtern.<sup>64</sup> Das Parlament hat dem zugestimmt (nArt. 20 Abs. 1 LPG).<sup>65</sup>

Die beschlossene Ergänzung von Abs. 4 zu Art. 2 BGGb geht auf eine parlamentarische Motion zurück, die dem Parlament vom Bundesrat zur Annahme beantragt wurde.<sup>66</sup> Ein Anliegen des Motionärs war, das Vorkaufsrecht an landwirtschaftlichen Grundstücken für Körperschaften, die zum Zweck der Bodenverbesserungen gegründet wurden, auch auf kleine Grundstücke auszudehnen (kantonales Vorkaufsrecht, Art. 56 lit. a BGGb). Diesem Anliegen ist eine gewisse Berechtigung nicht abzuspüren, rechtfertigt jedoch nach der hier vertretenen Auffassung nicht die vollständige Unterstellung der kleinen Grundstücke unter das BGGb, da damit auch die Belastungsgrenze nach Art. 73 ff. BGGb gilt. Die nun beschlossene temporäre Unterstellung der kleinen Grundstücke unter das BGGb (und damit unter die Belastungsgrenze) könnte sich im Rahmen einer Landumlegung als problematisch erweisen, wenn zuvor ohne Berücksichtigung der Belastungsgrenze Grundpfandrechte errichtet worden sind. Auch die Errichtung von Gesamtpfandrechten auf kleinen Grundstücken zusammen mit dem Gesetz unterstellten Grundstücken ist nicht mehr möglich (Art. 74 Abs. 2 BGGb).

Zielführender wäre wohl gewesen, den besonderen Geltungsbereich der kleinen Grundstücke in Art. 3 Abs. 4 BGGb auf das kantonale Vorkaufsrecht nach Art. 56 lit. a BGGb auszudehnen.<sup>67</sup>

nArt. 3 Abs. 4 BGGb (besonderer Geltungsbereich)

Der historische Gesetzgeber wollte die kleinen Grundstücke zwar vom allgemeinen Geltungsbereich ausnehmen (Art. 2 Abs. 3 BGGb), hielt es aber dennoch für erforderlich, diese den Bestimmungen über die Verhütung der Überschuldung nach Art. 73 bis 79 BGGb zu unterstellen (besonderer Geltungsbereich, Art. 3 Abs. 4 BGGb). Leitend war damals u.a. der Gedanke, dass eine freie hypothekarische Belastung dieser kleinen Grundstücke eine Güterzusammenlegung erschweren könnte.<sup>68</sup> Tatsächlich hat die Unterstellung der kleinen Grundstücke vor allem einen unnötigen administrativen Mehraufwand bei der Errichtung von Grundpfandrechten auf Grundstücken mit gemischter Nutzung zur Folge (z.B. Landhäuser mit

<sup>64</sup> Botschaft des Bundesrates vom 1. Februar 2012 zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik in den Jahren 2014 - 2017, BBl 2012, S. 2231 (Botschaft AP 2014 - 2017); vgl. den ebenfalls revidierten Art. 20 Abs. 1 des landwirtschaftlichen Pachtgesetzes (LPG).

<sup>65</sup> Abgelehnt hat das Parlament hingegen einen neuen Abs. 3 zu Art. 20 LPG, der bei einer Pachtlandarrondierung ohne Auflösung der Pachtverhältnisse das stillschweigende Einverständnis des Verpächters zur Unterpacht vorsah.

<sup>66</sup> Motion 12.324, Nationalrat Gschwind Jean-Paul.

<sup>67</sup> Der Motionär selber hat eine nur partielle Unterstellung (besonderer Geltungsbereich) der kleinen Grundstücke unter die Bestimmungen der Art. 47, 56, 61 und 63 BGGb verlangt.

<sup>68</sup> CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN/CHRISTOPH BANDLI, Kommentar BGGb (FN 1), N. 15 zu Art. 3 BGGb.

landwirtschaftlich genutztem Umschwung, Art. 2 Abs. 2 lit. d BGGb). Mit der Gesetzesänderung sind die nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehörenden kleinen Grundstücke künftig nicht mehr den Bestimmungen über die Massnahmen zur Verhütung der Überschuldung unterstellt. Die Belastungsgrenze für Pfandrechte nach Art. 73 Abs. 1 BGGb gilt für diese nicht, dementsprechend können darauf ohne Beachtung öffentlich-rechtlicher Vorschriften Grundpfandrechte errichtet werden. Dies ist zu begrüssen.

#### Zusammenfassung

Was den Geltungsbereich des BGGb betrifft, gilt für die kleinen Grundstücke nun Folgendes:

- Gehören die kleinen Grundstücke zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe, sind sie vollumfänglich dem Gesetz unterstellt (Art. 2 Abs. 3 BGGb *e contrario*).
- Gehören die kleinen Grundstücke nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe, sind sie nicht dem BGGb unterstellt. Davon gibt es drei Gegenausnahmen:
  - Im Bezugsgebiet einer Landumlegung sind die kleinen Grundstücke zeitlich befristet allen Bestimmungen des BGGb unterstellt (allgemeiner Geltungsbereich, nArt. 2 Abs. 4 BGGb).
  - Die Bestimmungen des BGGb über die Grenzverbesserungen (Art. 57 BGGb) gelten auch für kleine Grundstücke (besonderer Geltungsbereich, nArt. 3 Abs. 4 BGGb). Die Revision vom 22. März 2013 brachte hierzu keine materielle Änderung.
  - Die Bestimmungen des BGGb über den Gewinnanspruch gelten auch für die kleinen Grundstücke (besonderer Geltungsbereich, Art. 3 Abs. 3 BGGb). Auch diese Norm erfuhr keine materielle Änderung.<sup>69</sup> Allerdings können kleine Grundstücke sowohl im Erbfall (gesetzlicher Gewinnanspruch, Art. 35 BGGb) als auch bei der lebzeitigen Übertragung (vertraglicher Gewinnanspruch, Art. 41 Abs. 1 BGGb) vom Gewinnanspruchsrecht ausgenommen werden.<sup>70</sup>

### 3.1.3 Gewerbebegriff: Vorbehalt kantonalen Rechts

Nach geltendem Recht können die Kantone abweichend von Art. 7 Abs. 1 BGGb bereits landwirtschaftliche Betriebe mit einem Arbeitskraftbedarf von 0.75 SAK den Bestimmungen über die landwirtschaftlichen Gewerbe unterstellen (Art. 5 lit. a BGGb). Neu können die

<sup>69</sup> CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN/CHRISTOPH BANDLI, Kommentar BGGb (FN 1), N. 12 zu Art. 3 BGGb.

<sup>70</sup> FRANZ A. WOLF, Im Spannungsfeld zwischen Gewinnanspruch, erbrechtlicher Ausgleich und Herabsetzung: die unentgeltliche Übertragung landwirtschaftlicher Grundstücke an Nachkommen mit späterer Zuweisung zur Bauzone, in: Successio: Zeitschrift für Erbrecht: Nachlassplanung und -abwicklung. Zürich, Jg. 5 (2011), Nr. 3, S. 221–237.

Kantone schon Betriebe ab 0.60 SAK den Bestimmungen über die landwirtschaftlichen Gewerbe unterstellen. Diese Änderung ist im Zusammenhang mit der vorgesehenen Anhebung der SAK-Berechnungsfaktoren zu verstehen (Art. 2a VBB). Macht ein Kanton von seiner Kompetenz Gebrauch, wird die Anhebung der Berechnungsfaktoren durch den tieferen Grenzwert in etwa kompensiert.

### 3.1.4 Berücksichtigung der für längere Dauer zugepachteten Grundstücke

Kernstück der Revision vom 22. März 2013 ist der neu eingeführte Abs. 4<sup>bis</sup> zu Art. 7 BGG, dessen Bedeutung gross sein wird.

Art. 7 Abs. 4<sup>bis</sup> (neu)

<sup>4bis</sup> Bei der Beurteilung, ob Eigentum an einem landwirtschaftlichen Gewerbe im Sinne der Artikel 21, 36 Absatz 2, 42 Absatz 2, 47 Absatz 2 und 49 Absatz 2 vorliegt, sind die Grundstücke nach Absatz 4 Buchstabe c ebenfalls zu berücksichtigen.

Der Gesetzgeber wollte damit klarstellen, dass für die in der Bestimmung aufgezählten Anwendungsfälle bei der Gewerbeberechnung auch die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke zu berücksichtigen sind.<sup>71</sup> Das Bundesgericht hatte dies bisher verweigert, was entsprechende Kritik in der Lehre ausgelöst hat (vgl. vorn Ziff. 2.2). Die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke nach Art. 4 lit. c BGG sind inskünftig auch zu berücksichtigen beim erbrechtlichen Zuweisungsrecht an einem Grundstück (Art. 21 BGG), beim Zuweisungsrecht des Miteigentümers an einem Grundstück (Art. 36 Abs. 2 BGG), beim Vorkaufsrecht der Nachkommen an einem Grundstück (Art. 42 Abs. 2 BGG), beim Vorkaufsrecht des Pächters an einem Grundstück (Art. 47 Abs. 2 BGG) und beim Vorkaufsrecht an Miteigentumsanteilen an einem Grundstück (Art. 49 Abs. 2 BGG). In all diesen Fällen muss der Ansprecher Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein. Da für die Gewerbeberechnung nun auch die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke zu berücksichtigen sind, gelangen mehr Betriebe in den Genuss der Zuweisungs- oder Vorkaufsrechte an Grundstücken. Angesichts des grossen Pachtlandanteils in der ganzen Schweiz betrifft die Gesetzesänderung all jene zahlreichen Betriebe, die Grundstücke zugepachtet haben und verleiht ihnen ggf. das Pächtervorkaufsrecht nach Art. 47 Abs. 2 BGG. Ein gewisser Teil der Betriebe dürfte allerdings durch die Anhebung der SAK-Berechnungsfaktoren den Gewerbestatus und damit die genannten Vorkaufs- bzw. Zuweisungsrechte wieder verlieren. Die Dynamik und Komplexität in der Gewerbebefragung bleibt also weiterhin gross.

Betrachtet man die in nArt. 7 Abs. 4<sup>bis</sup> BGG erwähnten Anwendungsfälle, fragt sich, ob diese Aufzählung abschliessend ist, wofür der Wortlaut der Norm auf den ersten Blick sprechen würde. Es fragt sich insbesondere, ob über den Wortlaut

<sup>71</sup> Votum Graber Konrad, Amtl. Bull. SR 2013, S. 165.

hinaus auch der erbrechtliche Zuweisungsanspruch an einem landwirtschaftlichen Gewerbe nach Art. 11 Abs. 1 BGG erfasst ist. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung ohne weiteres zu bejahen. Die Nichterwähnung von Art. 11 Abs. 1 BGG in nArt. 7 Abs. 4<sup>bis</sup> BGG rührt daher, dass das Bundesgericht in seinen Urteilen, die letztlich zur vorliegenden Reform Anlass gaben,<sup>72</sup> die Berücksichtigung von Zupachtland für das erbrechtliche Zuweisungsrecht an einem landwirtschaftlichen Gewerbe nach Art. 11 Abs. 1 BGG – soweit ersichtlich – nie in Frage gestellt hat. Auch in der Lehre ist die Berücksichtigung von Zupachtland für das Zuweisungsrecht nach Art. 11 BGG unbestritten.<sup>73</sup> Der Gesetzgeber sah denn auch hierzu keinen Handlungsbedarf. Für die Auslegung der neuen Bestimmung steht damit das historische Auslegungselement im Vordergrund. Dementsprechend sind bei der Beurteilung, ob sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe befindet, an dem ein Erbe die Zuweisung nach Art. 11 Abs. 1 BGG verlangen kann, wie bis anhin die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke nach Art. 7 Abs. 4 lit. c zu berücksichtigen. Im Umkehrschluss gilt, dass für die Gewerbeberechnung unter dem revidierten Recht die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke *in jedem Fall* zu berücksichtigen sind, sofern diese Grundstücke dem BGG unterstellt sind (Art. 7 Abs. 3, Abs. 4 lit. c und Abs. 4<sup>bis</sup> BGG). Es gilt daher für alle Anwendungsfälle bezüglich der Berücksichtigung von Zupacht ein einheitlicher Gewerbebegriff. Es sind grundsätzlich keine Konstellationen mehr denkbar, bei denen eine Gewerbeberechnung ohne Pachtland zu erfolgen hätte. Davon ausgenommen sind die Bestimmungen des LPG über die Pacht von landwirtschaftlichen Gewerben, bei denen einzelne zugepachtete Grundstücke nicht berücksichtigt werden (Art. 1 Abs. 1 lit. b LPG).<sup>74</sup>

## 3.2 Übergangsrecht

### 3.2.1 Im Allgemeinen

Die Grundnorm zum landwirtschaftlichen Gewerbe (Art. 7 BGG) hat seit dem Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Januar 2004 verschiedene Änderungen erfahren. Insbesondere trifft dies auf das arbeitswirtschaftliche Element (SAK) in Art. 7 Abs. 1 BGG zu.<sup>75</sup> Die übergangsrechtlichen Regelungen in Art. 94 BGG für das

<sup>72</sup> BGE 129 III 693; BGE 134 III 1.

<sup>73</sup> BENNO STUDER, Kritisches zur bundesgerichtlichen Praxis zum Zupachtland, in: Blätter für Agrarrecht (BIAR) 1/2010, S. 25 ff.

<sup>74</sup> Der Verweis in Art. 1 Abs. 1 lit. b LPG auf die Bestimmungen des BGG über die landwirtschaftlichen Gewerbe erfasst weder den bisherigen Abs. 4 noch den neuen Abs. 4<sup>bis</sup> von Art. 7 BGG.

<sup>75</sup> BGE 135 II 313 (315), E. 2.1.

Privatrecht<sup>76</sup> und in Art. 95 BGG für die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen sind (sinngemäss)<sup>77</sup> auch anwendbar auf die späteren Gesetzesänderungen vom 20. Juni 2003 (Art. 95a BGG)<sup>78</sup> und vom 5. Oktober 2007 (Art. 95b BGG)<sup>79</sup>.

Anders als bei früheren Revisionen des BGG hat der Gesetzgeber bei der Novelle vom 22. März 2013 keine Übergangsbestimmung geschaffen. Das Bundesgericht hat zur Übergangsbestimmung in Art. 95 BGG festgehalten, diese Bestimmung enthalte keine allgemeine übergangsrechtliche Regelung, die auch auf spätere Änderungen des BGG anwendbar sei. Bei Fehlen einer übergangsrechtlichen Bestimmung seien die SchlT ZGB heranzuziehen.<sup>80</sup> Daraus ist nach der hier vertretenen Auffassung zu schliessen, dass das derzeit geltende Übergangsrecht des BGG mangels ausdrücklicher Übergangsnorm auf die Änderungen vom 22. März 2013 keine Anwendung findet. Anwendbar sind daher die Art. 1 bis 4 SchlT ZGB (Regel der Nichtrückwirkung) und Art. 15 SchlT ZGB (Erbrecht), wonach das im Zeitpunkt des Todes des Erblassers geltende Recht anwendbar ist.

Das Übergangsrecht soll nachfolgend für die zentrale Bestimmung der Revision (nArt. 7 Abs. 4<sup>bis</sup> BGG) mit Blick auf die häufigsten Anwendungsfälle diskutiert werden. Dabei wird von einem Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Januar 2014 ausgegangen.

### 3.2.2 Übergangsrecht beim Vorkaufsrecht des Pächters am Grundstück

Das Vorkaufsrecht des Pächters an einem landwirtschaftlichen Grundstück setzt nach Art. 47 Abs. 2 BGG u.a. voraus, dass der Pächter Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist (oder über ein solches wirtschaftlich verfügt). Massgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Gewerbes ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht der Vorkaufsfall, sondern der Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechtes (Art. 681a ZGB).<sup>81</sup> Aufgrund der nach der hier vertretenen Auffassung nicht anwendbaren Übergangsnorm in Art. 94 Abs. 4 BGG gilt für das Vorkaufsrecht das neue Recht, wenn der Vorkaufsfall nach Inkrafttreten eingetreten ist, was bedeuten würde, dass das Zupachtland erst bei den nach dem 1. Januar 2014 eintretenden Vorkaufsfällen zu berücksichtigen ist. Zu keinem anderen Ergebnis führt die Anwendung der Art. 1 bis 4 SchlT ZGB.

<sup>76</sup> Die von Art. 94 BGG erfassten privatrechtlichen Bestimmungen beschränken sich auf die Art. 11 bis 57 BGG; BGE 134 III 1 (4), E. 2.

<sup>77</sup> MANUEL MÜLLER, Kommentar BGG (FN 1), N. 2 zu Art. 95b BGG.

<sup>78</sup> In Kraft seit 1. Januar 2004.

<sup>79</sup> In Kraft seit 1. September 2008.

<sup>80</sup> BGE 127 III 16 (19), E. 2 und 3.

<sup>81</sup> Urteil des BGer 5A\_543/2012 vom 20. September 2012, E. 3.1.

### 3.2.3 Übergangsrecht beim erbrechtlichen Zuweisungsrecht am Grundstück

Befinden sich in der Erbschaft einzelne landwirtschaftliche Grundstücke, die nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören, kann ein Erbe daran die erbrechtliche Zuweisung verlangen, wenn er Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist (oder über ein solches wirtschaftlich verfügt) und die betreffenden Grundstücke im ortsüblichen Bewirtschaftungsbereich des Gewerbes liegen (Art. 21 Abs. 1 BGG).

Nicht abschliessend gerichtlich geklärt ist bisher, in welchem Zeitpunkt der Ansprecher von Nachlassgrundstücken nach Art. 21 Abs. 1 BGG über ein Gewerbe verfügen muss. Das Bundesgericht neigt – ohne sich bisher festzulegen – eher zur Auffassung, dass bereits im Zeitpunkt des Erbanges (d.h. des Todes des Erblassers, Art. 537 Abs. 1 ZGB) ein Gewerbe vorliegen muss.<sup>82</sup> Hält man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – die übergangsrechtliche Bestimmung von Art. 94 Abs. 1 BGG auf die Gesetzesrevision vom 22. März 2013 für anwendbar, so ist das Zupachtland nicht anrechenbar, wenn der Erbgang vor dem 1. Januar 2014 erfolgt und das Zuweisungsbegehren innert Jahresfrist d.h. vor dem 1. Januar 2015 gestellt wird. Die Anrechenbarkeit ist jedoch gegeben, wenn der Erbgang vor dem 1. Januar 2014 erfolgt und das Zuweisungsbegehren erst nach der einjährigen Frist, d.h. nach dem 1. Januar 2015 gestellt wird. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass Art. 94 Abs. 1 BGG nicht anwendbar ist, so gilt nach den Art. 1 und 15 SchlT ZGB das im Todeszeitpunkt geltende Recht. Das Zupachtland kann dann nur angerechnet werden, wenn der Erbgang nach dem 1. Januar 2014 erfolgt ist.

Nach der überwiegenden Auffassung in der Lehre muss der Ansprecher hingegen erst im Zeitpunkt des Zuweisungsbegehrens über ein Gewerbe verfügen.<sup>83</sup> Hält man Art. 94 Abs. 1 BGG auf die Revision des BGG vom 22. März 2013 für anwendbar, so wäre das Zupachtland zu berücksichtigen, wenn der Erbgang vor dem 1. Januar 2014 eintritt und das Zuweisungsbegehren erst nach dem 1. Januar 2015 gestellt würde, denn dann gilt in jedem Fall das neue Recht. Sind hingegen die Art. 1 und 15 SchlT ZGB anwendbar, ist Zupachtland auch wenn man zur Frage des massgeblichen Zeitpunktes der Meinung der Lehre folgt, nur anrechenbar, wenn der Erbgang nach dem 1. Januar 2014 erfolgt ist.

### 3.2.4 Übergangsrecht beim erbrechtlichen Zuweisungsrecht am Gewerbe

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss für den Anspruch des Erben auf Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes nach Art. 11 Abs. 1 BGG die Gewerbeeigenschaft im Zeitpunkt des Erbanges (Art. 537 Abs. 1 ZGB), d.h. des

<sup>82</sup> Urteil des BGer 5A\_752/2012 vom 20. November 2012, E. 3.3.

<sup>83</sup> Urteil des BGer 5A\_752/2012 vom 20. November 2012, E. 3.2.

Todes des Erblassers bestehen.<sup>84</sup> Bereits nach bisheriger Rechtslage war im Rahmen von Art. 11 Abs. 1 BGGB das Zupachtland anrechenbar und die vorliegende Gesetzesrevision ändert diesbezüglich nichts (vgl. vorn Ziff. 3.1.4).

### 3.3 Fazit zur Gesetzesrevision

Die hier vorgestellte, im Rahmen der Agrarreform AP 2014–2017 beschlossene Revision des BGGB war vom Bundesrat nicht vorgeschlagen worden und wurde erst in der nationalrätlichen Kommission eingefügt. Deswegen von einer unüberlegten Gesetzesrevision zu sprechen, wäre dennoch verfehlt. Die Änderungen sind überwiegend zu begrüßen.

Dies trifft zunächst auf die Freistellung der kleinen Grundstücke von den Bestimmungen über die Verhütung der Verschuldung zu. Der Blick auf die Entstehungsgeschichte des neuen Art. 2 Abs. 4 BGGB zeigt allerdings, dass das gesetzgeberische Anliegen in erster Linie das Vorkaufsrecht betraf und deshalb im besonderen Geltungsbereich möglicherweise besser aufgehoben gewesen wäre. Die nun beschlossene Lösung kann wegen der temporären Unterstellung der kleinen Grundstücke unter das BGGB zu Konflikten mit der Belastungsgrenze für Grundpfandrechte führen.

Mit der Erweiterung der kantonalen Kompetenz, bereits Betriebe ab 0.60 SAK den Bestimmungen über die Gewerbe unterstellen zu können (Art. 5 lit. a BGGB), setzt das Parlament ein Gegengewicht zum strukturpolitischen Reformtempo des Bundesrates.

Das Kernstück der Revision betrifft die Berücksichtigung der auf längere Dauer zugepachteten Grundstücke in der Gewerbeberechnung (nArt. 7 Abs. 4<sup>bis</sup> BGGB). Die neue Bestimmung ist von erheblicher praktischer Bedeutung und korrigiert die bisher vom Bundesgericht vertretene Auffassung, dass Zupachtgrundstücke in gewissen Anwendungsfällen der Gewerbeberechnung nicht zu berücksichtigen seien. Die Änderung ist ausdrücklich zu begrüßen. Wenn dem Gesetzgeber im Titel dieses Aufsatzes attestiert wird, bei der Frage der Berücksichtigung von Zupachtgrundstücken in der Gewerbeberechnung Klarheit geschaffen zu haben, so hätte die gesetzgeberische Antwort in Bezug auf das erbrechtliche Zuweisungsrecht nach Art. 11 Abs. 1 BGGB und auf das Übergangsrecht ohne weiteres noch etwas klarer ausfallen dürfen.

<sup>84</sup> Urteil des BGer 5A\_752/2012 vom 20. November 2012, E. 3.1; PIUS KOLLER, Zuweisungsanspruch nach Art. 11 BGGB; massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des Zuweisungsanspruchs; Berücksichtigung der langen Zeitdauer seit dem Erbgang, in: *successio* 3/2011, S. 238 f.