



Der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Franz A. Wolf*

Dem landwirtschaftlichen Gewerbe (Art. 7 BGGB) kommt im landwirtschaftlichen Kontext eine zentrale Bedeutung zu, dient es doch als Referenzgrösse in verschiedenen Rechtsgebieten des öffentlichen und privaten Rechts. Die Gewerbestellung durch die Verwaltungsbehörde stellt ein komplexes Unterfangen dar, bei dem sich zahlreiche, bisweilen auch recht technische Fragen stellen können. Der vorliegende Aufsatz gibt zunächst einen Überblick über die Bedeutung der Unterscheidung zwischen den beiden Rechtsobjekten des Grundstücks und des Gewerbes. Im zweiten Teil liegt der Fokus auf der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes.

Inhaltsverzeichnis

- I. Das landwirtschaftliche Gewerbe und seine Bedeutung in der Rechtsordnung**
 - 1.1 Die Rechtsobjekte des BGGB: Grundstück und Gewerbe**
 - 1.2 Die Bedeutung des Gewerbebegriffes**
- II. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 7 BGGB**
 - 2.1 Berücksichtigung zugepachteter Grundstücke in der Gewerbebeurteilung**
 - 2.1.1 Grundsätze
 - 2.1.2 Keine Berücksichtigung hypothetischer Zupachten
 - 2.1.3 Langfristigkeit der Zupacht
 - 2.2 Keine Berücksichtigung von Zupachtland im Vorkaufsfall**
 - 2.3 Waldgrundstücke und Verfahrenskoordination**
 - 2.4 Sömmerungsbetriebe**
 - 2.4.1 Der Sömmerungsbetrieb in der Gewerbestellung
 - 2.4.2 Der Sömmerungsbetrieb als landwirtschaftliches Gewerbe?
 - 2.5 Das arbeitswirtschaftliche Element: Standardarbeitskraft (SAK)**

- 2.5.1 Berechnungsfaktoren in Übereinstimmung mit dem Landwirtschaftsrecht
- 2.5.2 Durchschnittliche Bewirtschaftungsform massgebend (oder: Jersey-Kühe machen Mühe)
- 2.5.3 Der massgebliche Tierbestand
- 2.6 Feststellungsverfahren und Beschwerdelegitimation**
- 2.7 Übergangsrecht**

I. Das landwirtschaftliche Gewerbe und seine Bedeutung in der Rechtsordnung

1.1 Die Rechtsobjekte des BGGB: 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 BGGB). Liegt ein Grundstück teilweise innerhalb der Bauzone, so bleibt es bis zur Aufteilung entlang der Bauzonengrenze als Ganzes dem BGGB unterstellt (Art. 2 Abs. 2 lit. c BGGB). Für kleine, nicht zu einem Gewerbe gehörende Grundstücke mit weniger als 25 Aren Land gilt das BGGB nur einge-

* Der Autor (Ing. Agr. FH und MLaw) ist beim Amt für Landwirtschaft NW zuständig für Fragen zum bäuerlichen Grundeigentum. Der vorliegende Aufsatz wiedergibt die persönliche Meinung des Autors.



Der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

schränkt (besonderer Geltungsbereich, Art. 2 Abs. 3 i.V.m. Art. 3 Abs. 4 BGG).

Ein Grundstück kann für sich allein oder zusammen mit andern 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. 3, Art. 2 Abs. 2 lit. b BGG). Gewerbezugehörigkeit ist dann gegeben, wenn das betreffende Grundstück mit dem Gewerbe eine rechtliche, funktionale und räumliche Einheit bildet.¹ 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. Art. 17 Abs. 1 BGG).² 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 BGG).

Wird ein landwirtschaftliche Grundstück veräussert, hat der Pächter an diesem dann ein Vorkaufsrecht, wenn er Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist (Art. 47 Abs. 2 lit. b BGG). An einem landwirtschaftlichen Gewerbe haben Verwandte ein Vorkaufsrecht zu einem Vorzugspreis (Art. 42 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 BGG). Schliesslich gilt für landwirtschaftliche

Gewerbe das Verbot der Realteilung (Art. 58 Abs. 1 BGG). 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 BGG).³ Bei der Auflösung von vertraglichem Gesamt- oder Miteigentum an einem Grundstück kann der Ansprecher die Zuweisung dann geltend machen, wenn er selber Eigentümer eines Gewerbes ist (Art. 36 Abs. 2 BGG).

■ **Im landwirtschaftlichen Pachtrecht:** Der Gewerbebegriff des bäuerlichen Bodenrechts findet auch Eingang in das landwirtschaftliche Pachtrecht (Art. 1 Abs. 1 lit. b LPG).⁴ 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)⁵ 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, Art. 214 ZGB) ein landwirtschaftliches Gewerbe vor, das ein Ehegatte nach Auflösung des Güterstandes als Eigentümer selber wei-

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

2 Darüber hinaus kann der zur Zuweisung des Gewerbes berechnete Erbe auch die Zuweisung des landwirtschaftlichen Betriebsinventars zum Nutzwert verlangen (Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 Abs. 2 BGG). 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 BGG). Das nichtlandwirtschaftliche Nebengewerbe ist zum Verkehrswert anzurechnen (Art. 17 Abs. 2 BGG).

3 Bei Begründung von Gesamteigentum durch Gütergemeinschaft unter Ehegatten bleiben die Art. 242 und 243 ZGB vorbehalten (Art. 36 Abs. 3 BGG).

4 Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985, LPG (SR 221.213.2). Ausgeschlossen ist im landwirtschaftlichen Pachtrecht jedoch die Anwendung des Abs. 4 von Art. 7 BGG (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 Gewerbebeziehung herbeiführen kann.

5 Es handelt sich um zwingende Bestimmungen (Art. 29 LPG).

terbewirtschaftet, 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).⁶

- 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 RPG⁷, Art. 34 Abs. 3 RPV⁸).
- Im Steuerrecht:⁹ 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 DBG¹⁰). Soweit der Gewinn die Anlagekosten übersteigt, unterliegt dieser der Grundstückgewinnsteuer (Art. 8 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 StHG)¹¹. 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*)¹².

Das Bundesgericht hat kürzlich entschieden, dass der steuerrechtliche Begriff des «land- und forstwirtschaftlichen Grundstücks» in Einklang mit dem BGBB auszulegen sei.¹³ Von der privilegierten Besteuerung sollen nur dem BGBB unterstellte Grundstücke profitieren können. Die tatsächliche landwirtschaftliche Nutzung des Grundstücks sei nicht massgebend.

Diese Rechtsprechung hat erhebliche Auswirkungen bei der Veräusserung von Bauland mit Gewinnfolge. Landwirtschaftliche Grundstücke innerhalb von Bauzonen sind nämlich nur dann (in beschränktem Umfang)¹⁴ dem BGBB unterstellt, wenn darauf betriebsnotwendige Bauten oder Anlagen stehen und ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt (Art. 2 Abs. 2 lit. a BGBB). Liegt kein Gewerbe vor, entfällt die aufgezeigte privilegierte Besteuerung des Grundstücksgewinns.¹⁵ 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.¹⁶

- Für die Gewährung von Investitionshilfen: Der Bund unterstützt Strukturverbesserungen in der Landwirtschaft mit Investitionshilfen (Art. 2 Abs. 1 lit. d LwG¹⁷). 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 SVV¹⁸). 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).

6 Urteil des BGER 5A_636/2011 vom 10. Februar 2012 (zur Aufnahme in die amtliche Sammlung vorgesehen), E. 2.1.

7 Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG (SR 700).

8 Verordnung über die Raumplanung vom 28. Juni 2000, RPV (SR 700.1).

9 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]).

10 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990, DBG (SR 642.11).

11 Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, StHG (SR 642.14).

12 Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947, AHVV (SR 831.101).

13 Urteil des BGER 2C_11/2011 vom 2. Dezember 2011 (zur Aufnahme in die amtliche Sammlung vorgesehen), E. 2.2.1.

14 Innerhalb der Bauzone sind nur die landwirtschaftlichen Gebäude und Anlagen mit angemessenem Umschwung dem BGBB unterstellt (Art. 2 Abs. 2 lit. a BGBB).

15 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 BGBB), sind sie als Ganzes dem BGBB unterstellt, selbst wenn kein Gewerbe vorliegt (Art. 2 Abs. 2 lit. c BGBB).

16 Vgl. zum Ganzen: PIUS KOLLER, Kurzkomentar zu BGE 2C_2011 vom 2. Dezember 2011, in: Jusletter 27. Februar 2012.

17 Bundesgesetz über die Landwirtschaft vom 29. April 1998, LwG (SR 910.1.).

18 Verordnung über die Strukturverbesserungen in der Landwirtschaft vom 7. Dezember 1998, SVV (SR 913.1).



Der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Diese Bestimmungen haben in erster Linie den längerfristigen Fortbestand der landwirtschaftlichen Gewerbe zum Ziel.¹⁹ Die grosse Bedeutung des Gewerbebegriffes rechtfertigt einen vertieften Blick auf die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesgerichts.

II. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 7 BGG

2.1 Berücksichtigung zugepachteter Grundstücke in der Gewerbebeurteilung

2.1.1 Grundsätze

Für das arbeitswirtschaftliche Element des Gewerbebegriffs – und nur dafür²⁰ – sind auch die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke zu berücksichtigen (Art. 7 Abs. 4 lit. c BGG). Auch die Zupachtgrundstücke müssen dem Gesetz unterstellt sein (Art. 7 Abs. 3 BGG), was zur Folge hat, dass zugepachtete Grundstücke, die vollständig innerhalb von Bauzonen liegen, nicht zu berücksichtigen sind (Art. 2 Abs. 1 BGG). Die zugepachteten Grundstücke müssen zusammen mit den Grundstücken im Eigentum eine funktionale und räumliche Einheit bilden.²¹ Die räumliche Einheit kann dann fraglich sein, wenn das Pachtgrundstück so weit vom Betrieb entfernt ist, dass der Transportaufwand unverhältnismässig gross wird.²²

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.²³ 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 BGG jedenfalls nicht aus.

2.1.3 Langfristigkeit der Zupacht

Die vom Gesetz geforderte Langfristigkeit der Zupacht setzt eine Vertragsdauer von mindestens sechs Jahren voraus, entsprechend der gesetzlichen Min-

destpachtdauer für Grundstücke in Art. 7 Abs. 1 LPG. Das Pachtverhältnis darf zudem nicht gekündigt sein. Wurde behördlich eine kürzere Pacht-dauer bewilligt (Art. 7 Abs. 2 LPG), so dürfte es an der erforderlichen Langfristigkeit fehlen,²⁴ 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.²⁵ Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung zu bejahen, zielt doch der Zweck von Art. 7 Abs. 4 lit. c BGG darauf ab, Grundstücke dann zu berücksichtigen, wenn diese dem Betrieb längerfristig zur Bewirtschaftung zur Verfügung stehen. Der Qualifikation des Vertrages auf Gebrauchsüberlassung kann dabei – entgegen dem Wortlaut der Norm («zugepachtete Grundstücke») – keine entscheidende Bedeutung zukommen.

2.2 Keine Berücksichtigung von Zupachtland im Vorkaufsfall

Das Bundesgericht beurteilt Art. 7 Abs. 4 lit. c BGG, der den Miteinbezug zugepachteter Grundstücke in die Gewerbebeurteilung vorsieht, aufgrund der Entstehungsgeschichte des BGG als *lex specialis*. Diese Norm sei nur im spezifischen Zusammenhang mit der Mindestgrösse für das Vorliegen eines Gewerbes zu berücksichtigen.²⁶ Die Kon-

19 BGE 129 III 693 (697), E. 5.2.

20 BGE 129 III 693 (699), E. 5.4.

21 EDUARD HOFER, Kommentar BGG (Fn 1), N. 29 zu Art. 7 BGG.

22 Die in aArt. 33 LPG vorgesehene Einspruchsmöglichkeit gegen die Zupacht weit vom Betrieb entfernter Grundstücke wurde per 1. September 2008 aufgehoben (AS 2008, S. 3589).

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

24 EDUARD HOFER, Kommentar BGG (Fn 1), N. 93 zu Art. 7 BGG.

25 Die praktische Bedeutung der Frage ist allerdings beschränkt, wird doch die Gebrauchsleihe gerade dort gewählt, wo die Parteien der gesetzlichen Mindestpachtdauer des landwirtschaftlichen Pachtrechtes entgegen möchten. Dementsprechend selten sind in der Praxis langfristige Gebrauchsleihverträge anzutreffen.

26 BGE 129 III 693 (698), E. 5.3; bestätigt in: BGE 134 III 1 (7), E. 3.4.2.

sequenz 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.

Diese Rechtsprechung wird in der Lehre kritisiert, führe sie doch zu einer Aushöhlung der genannten Zuweisungsrechte.²⁷ In jenen Landesteilen, in denen traditionell ein hoher Pachtlandanteil vorherrscht, kann namentlich das Pächtervorkaufsrecht in vielen Fällen nicht mehr geltend 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.²⁸

Wenn das Zupachtland im Vorkaufsfall nicht berücksichtigt werden darf, stellt sich die Frage, wie diesfalls die Berechnung der Standardarbeitskräfte und insbesondere der auf das Eigenland entfallende und damit massgebliche Anteil des Viehbestandes zu erfolgen hat. Dem positiven Recht lässt sich dazu nichts entnehmen. Die in der Praxis der Feststellungsbehörden (Art. 84 lit. a BGGB) wohl am häufigsten verwendete Methode, den Viehbestand proportional auf den Eigenlandanteil herunter zu rechnen, hat das Bundesgericht als zulässig erklärt.²⁹

27 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.

28 BENNO STUDER, Drei Urteile aus dem bäuerlichen Boden- und Erbrecht, in: *successio* 4/2009, S. 308.

29 Urteil des BGer 2C_876/2008 vom 14. Juli 2009, E. 3.5 und 4.5.

30 Bundesgesetz über den Wald vom 4. Oktober 1991, WaG (SR 921.0).

31 BGE 137 II 182 (195), E. 3.7.3.1.

32 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, BGG (SR 173.110).

33 BGE 137 II 182 (197), E. 3.7.4.3.

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

Diese durch Einfachheit gekennzeichnete Methode stösst allerdings dort an Grenzen, wo sich Eigen- und Zupachtland im Futterertragspotential wegen unterschiedlicher Höhenlage oder Exposition erheblich unterscheiden, was im Berggebiet nicht selten der Fall sein dürfte. Diesfalls könnte es erforderlich sein, das nachhaltige Futterertragspotential mit einer futterbaulichen Nutzungsplanung zu ermitteln.

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)³⁰. 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 sei.³¹ Dies ist im Hinblick auf die zulässigen Beschwerdegründe vor Bundesgericht von Bedeutung (Art. 95 und Art. 97 Abs. 1 BGG)³². 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 raumplanungsrechtlichen Grundsätze der Koordination (Art. 25a RPG) würde sich aus Sicht des Bundesgerichts jedoch anbieten.³³

2.4 Sömmerungsbetriebe

2.4.1 Der Sömmerungsbetrieb in der Gewerbestellung

Besondere Fragen wirft die Gewerbestellung nach Art. 7 BGGB im Zusammenhang mit Sömmerungsbetrieben («Alpen») auf.³⁴ Zunächst ist zu klären, wie die Sömmerungsbetriebe im Gefüge des BGGB einzuordnen sind. Alpweiden sind zur landwirtschaftlichen Nutzung geeignete Grundstücke



Der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

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 Alpengenossenschaften oder Korporationen (des kantonalen Rechts, Art. 59 Abs. 3 ZGB). Anteils- und Nutzungsrechte an Alpen, die im Eigentum von Allmend- oder Alpengenossenschaften 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.³⁵ Diesem Ergebnis muss – de lege lata – 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)³⁶, 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,³⁷ 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.³⁸

Nach Art. 2a Abs. 1 VBB³⁹ gelten für die Festlegung der Betriebsgrösse nach Standardarbeitskräften die Faktoren von Art. 3 LBV. Massgeblich sind die landwirtschaftliche Nutzfläche⁴⁰ und die Anzahl der Nutztiere (in Grossvieheinheiten)⁴¹, 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).⁴²

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

36 In Kraft seit 1. Januar 1999.

37 BGE 137 II 182 (186), 3.1.3.

38 Der Bundesrat als Verordnungsgeber kann damit indirekt über eine Änderung der Berechnungsfaktoren in der LBV auf die Tragweite des Gewerbebegriffs 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.

39 Verordnung über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1993, VBB (SR 211.412.110).

40 Als landwirtschaftliche Nutzfläche gilt die einem Betrieb zugeordnete, für den Pflanzenbau genutzte Fläche ohne die Sömmerungsfläche, die dem Bewirtschafters ganzjährig zur Verfügung steht (Art. 14 LBV).

41 Für die Umrechnung der landwirtschaftlichen Nutztiere in Grossvieheinheiten (GVE) gelten die Faktoren im Anhang der LBV (Art. 27 LBV).

42 BGE 137 II 182 (185), E. 3.1.2.

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.⁴³ 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. aber ausser Acht, dass eine Gewerbebestellung 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 Gewerbebestellung 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.⁴⁴ 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.⁴⁵

Dass die Grenzziehung zur Landesüblichkeit dem Gericht jedoch nicht immer ganz glücklich gelingt, verdeutlicht dieser Bundesgerichtsentscheid ebenfalls: Im Zuge der Gewerbebestellung hatte die kantonale Vorinstanz erwogen, die Haltung von Jersey-Kühen⁴⁶ sei bei einem gesamtschweizerischen Bestand von lediglich 1500 Tieren dieser Rasse nicht als landesweit üblich zu bezeichnen. Wenn das 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.⁴⁷ 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).⁴⁸ Dieses besagt, dass auf jedem Betrieb eine ausgeglichene Düngerbilanz anzustreben sei (Art. 14 Abs. 1 GSchG).⁴⁹ Damit ist auch geklärt, dass Futterzukäufe – und damit einhergehend ein höherer Tierbestand – zulässig sind, soweit sich diese Zukäufe im Rahmen der gewässerschützerischen Grenzen bewegen.⁵⁰ Nicht für sich allein massgebend ist für das Bundesgericht die vorhandene Stallkapazität, was mit Art. 7 Abs. 4 lit. b BGG in Einklang steht.⁵¹ Diese Norm erlaubt es, für die Gewerbebestellung auch die Möglichkeit zu berücksichtigen, fehlende betriebsnotwendige Gebäude zu erstellen.

43 BGE 137 II 182 (186), E. 3.1.3.

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

45 Urteil des BGer 5A.12/2004 vom 22. Juli 2004, E. 3.3.3.

46 Vgl. www.jersey.ch.

47 Vgl. Art. 30 der Verordnung über die Direktzahlungen in der Landwirtschaft vom 7. Dezember 1998, DZV (SR 910.13).

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

49 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.

50 BGE 137 II 182 (192), E. 3.5.2; Urteil des BGer 2C_876/2008 vom 14. Juli 2009, E. 4.

51 BGE 137 II 182 (190), E. 3.2.4.3.



Der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

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 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.⁵² 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.⁵³ 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.⁵⁴ Dies bringt das Risiko von widersprüchlichen Entscheidungen mit sich. Das Bundesgericht bezeichnet es deshalb als «*préférable*», das Verfahren vor dem Zivilrichter zu suspendieren, bis die Verwaltungsbehörde ihren Feststellungsentscheid getroffen habe.⁵⁵ Dieser Entscheid wiederum ist für den Zivilrichter in einem nachfolgenden (Erbteilungs-)Prozess bindend.⁵⁶

Gegen eine Gewerbestellung 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.⁵⁷ 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).⁵⁸

Die Aufzählung der in Art. 83 Abs. 3 BGG bezeichneten, zur Beschwerde berechtigten Personen ist nicht abschliessend.⁵⁹ 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 Verfü-

gung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges, d.h. aktuelles und praktisches (tatsächliches oder rechtliches) Interesse an der Aufhebung oder Änderung hat.⁶⁰

2.7 Übergangsrecht

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.⁶¹ Die übergangsrechtlichen Regelungen in Art. 94 für das Privatrecht⁶² und in Art. 95 BGG für die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen sind (sinngemäss)⁶³ auch anwendbar auf die späteren Gesetzesänderungen vom 20. Juni 2003 (Art. 95a BGG)⁶⁴ und vom 5. Oktober 2007 (Art. 95b BGG)⁶⁵.

Bewilligungs- und Beschwerdeverfahren, die beim Inkrafttreten hängig sind, werden nach dem neuen Recht beurteilt, wenn das Rechtsgeschäft beim Inkrafttreten noch nicht beim Grundbuchamt angemeldet war (Art. 95 Abs. 2 BGG). Obwohl das Gesetz klar zwischen dem Bewilligungsverfahren (Art. 83 BGG) und dem Feststellungsverfahren (Art. 84 BGG) unterscheidet, hat das Bundesgericht die Übergangsbestimmung von Art. 95 Abs. 2 analog auch auf das Feststellungsverfahren (Art. 84 BGG) für anwendbar erklärt.⁶⁶

52 BGE 129 III 186 (189), E. 2.1; BGE 129 III 693 (695), E. 3.

53 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.

54 BGE 129 III 186 (191), E. 2.3.

55 BGE 129 III 186 (192), E. 2.3.

56 Urteil des BGer 5A_140/2009 vom 6. Juli 2009, E. 2.3.

57 BGE 126 III 274 (276), E. 1c.

58 BGE 126 III 274 (276), E. 1c; BEAT STALDER, Kommentar BGG (Fn 1), N. 10 zu Art. 88 und 89 BGG.

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

60 Urteil des BGer 5A.21/2005 vom 17. November 2005, E. 4.2.

61 BGE 135 II 313 (315), E. 2.1.

62 Die von Art. 94 BGG erfassten privatrechtlichen Bestimmungen beschränken sich auf die Art. 11 bis 17 BGG; BGE 134 III 1 (4), E. 2.

63 MANUEL MÜLLER, Kommentar BGG (Fn 1), N. 2 zu Art. 95b BGG.

64 In Kraft seit 1. Januar 2004.

65 In Kraft seit 1. September 2008.

66 BGE 135 II 313 (316), E. 2.1.2.