



# Ein Sömmerungsbetrieb stellt nie ein landwirtschaftliches Gewerbe dar

BGE 135 II 313 = 2C\_787/2008 = Pra 2010 Nr. 15 S. 98\*

Pius Koller\*\*

## I. Der relevante Sachverhalt<sup>1</sup>

Mit Vermögensabtretung und Zession anstelle einer Teilung zederte C.X. am 19. Juni 1987 seinen Söhnen A.X. und B.X. alle seine landwirtschaftlichen Grundstücke, d.h. den Grundbesitz D. und den Grundbesitz E., mit Ausnahme der Alp F. Mit Teilungsvertrag vom 2. Juli 1997 erwarb B.X. den Grundbesitz D. und A.X. den Grundbesitz E. Nach dieser Teilung wurde die Alp F. an B.X. verpachtet.

Die auf einer Höhe von 995 m gelegene Alp F. umfasst ausser den Weiden eine Alphütte mit einer Anlage zur Herstellung von Käse und Ställen mit einer Melkanlage. Sie wurde während Jahren von C.X. und seinen beiden Söhnen, hauptsächlich A.X., bewirtschaftet. Damals schliefen die Beteiligten von Mai bis Ende September am Ort und stellten dort Käse her. Seitdem die Alp F. an B.X. verpachtet ist, bewirtschaftet dieser sie jährlich von Anfang Mai bis Ende September. Während dieser Zeitspanne hält sich B.X. jeweils nicht mehr dort auf und stellt dort auch keinen Käse mehr her. Hingegen wird das Vieh in den Ställen auf der Alp F. gemolken. Diese Alp ernährt gegenwärtig 30 Kühe während 110 Tagen und 16 Rinder während 30 Tagen.

C.X. verstarb im Jahre 2005. Sein Testament enthielt folgende Bestimmung:

«Ich teile als Teilungsvorschrift meine Alphütte<sup>2</sup> F. meinen beiden Söhnen A.X. und B.X., Landwirte, zu. Diese werden die Alp F. gemäss folgenden Vorschriften untereinander teilen müssen: F. wird durch eine Strasse in zwei Grundstücke geteilt, das Obere und das Untere. Das Obere soll meinem Sohn A.X. zugeteilt werden und das Untere mit der Hütte von F. meinem Sohn B.X.»

Die vom Testamentsvollstrecker angerufene Bodenrechtsbehörde des Kantons Freiburg (nachstehend: die Bodenrechtsbehörde) stellte mit Verfügung vom 23. Juni 2006 fest, dass die Alp F. ein landwirtschaftliches Gewerbe darstelle und dass sie folglich un-

ter das Teilungsverbot falle. Sie berücksichtigte, dass sich diese auf 995 m Höhe gelegene Alp vom herkömmlichen Grundbesitz in den Voralpen unterscheiden müsse. Denn das Klima auf einer solchen Höhe biete Arbeitsbedingungen, welche das ganze Jahr den Betrieb eines Gewerbes ermöglichten. Nachdem die Bodenrechtsbehörde einen Augenschein vorgenommen hatte, stellte sie ausserdem fest, dass der betreffende Komplex über landwirtschaftliche Bauten in sehr gutem Zustand und über eine Melkanlage verfüge, die eine rationelle Arbeit ermöglichten. Zudem habe die Alphütte einen Raum zur Verarbeitung der Milch. Sie weise ausserdem einen bewohnbaren Teil auf, der zwar entsprechend den auf Alpen üblichen Bedingungen eingerichtet sei, aber eine bedeutende Fläche aufweise. Die Hütte sei ausserdem in einer das ganze Jahr über bewohnbaren Zone gelegen. In Anbetracht des Viehbestands des Komplexes entspreche dieser schliesslich der gesetzlichen Bedingung von drei Vierteln einer Standardarbeitskraft, womit die Voraussetzung, um als landwirtschaftliches Gewerbe zu gelten, erfüllt sei.

Mit Entscheid vom 25. September 2008 wies das Kantonsgericht Freiburg (nachstehend: das Kantonsgericht) die Beschwerde von A.X. ab und bestätigte, dass die Alp F. ein landwirtschaftliches Gewerbe bilde.

\* Urteil des Bundesgerichts vom 25. Mai 2009.

\*\* lic. iur., Rechtsanwalt und dipl. Ing.-Agr. HTL, Laufenburg.

<sup>1</sup> Zitiert nach Pra 2010 Nr. 15 S. 98.

<sup>2</sup> Gemeint war damit nach dem weiteren Wortlaut der Teilungsregel die Alp F.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde von A.X. gut, hebt den angefochtenen Entscheid auf und stellt fest, dass die betreffende Alp kein landwirtschaftliches Gewerbe ist und dass sie folglich nicht dem für ein landwirtschaftliches Gewerbe geltenden Realteilungsverbot untersteht.

## II. Erwägungen

In Erwägung 2 befasst sich das Bundesgericht mit der Frage des anwendbaren Rechts, da das Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) während der Rechtshängigkeit des Verfahrens geändert worden ist. Am 1. September 2008 wurde die Gesetzesnovelle vom 5. Oktober 2007 in Kraft gesetzt (AS 2008 S. 3585 f.). Geändert wurde insbesondere Art. 7 BGBB. Die Anzahl Standardarbeitskräfte, die für das Bejahren eines landwirtschaftlichen Gewerbes mindestens notwendig ist, wurde von 0.75 SAK auf 1.0 SAK erhöht. Während die erste Instanz, die ihren Entscheid am 26. Juni 2006 getroffen hatte, Art. 7 BGBB in alter Fassung angewandt hatte, stützte das Kantonsgericht seinen Entscheid vom 25. September 2008 ohne Angabe von Gründen auf das neue Recht.

Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass gemäss Art. 95b BGBB die Übergangsbestimmungen von Art. 94 und 95 BGBB auch für die Gesetzesnovelle vom 5. Oktober 2007 gelten würden. Gemäss Art. 95 Abs. 2 BGBB würden Bewilligungs- und Beschwerdeverfahren, die bei Inkrafttreten hängig sind, nach dem neuen Recht beurteilt, wenn das Rechtsgeschäft beim Inkrafttreten dieses Gesetzes noch nicht beim Grundbuchamt angemeldet war. Obwohl es sich vorliegend nicht um ein Bewilligungsverfahren handle, sondern um ein Feststellungsverfahren, müsse Art. 95 Abs. 2 BGBB analog auf ein Feststellungsverfahren angewendet werden. In einem Bewilligungsverfahren sei schliesslich die Behörde an den vorhergehenden Feststellungsbeschluss gebunden. Insoweit Art. 95 Abs. 2 BGBB die Anwendbarkeit des neuen Rechts für ein Bewilligungsverfahren vorsehe, sei dieses auch für ein Feststellungsverfahren anwendbar, weshalb im vorliegenden Fall Art. 7 BGBB in der Fassung vom 7. Oktober 2007 (in Kraft seit 1. September 2008) zur Anwendung gelange.

Strittig war vor Bundesgericht einzig, ob die verschiedenen Grundstücke der Alp F. ein landwirtschaftliches Gewerbe i.S.v. Art. 7 BGBB (Fassung vom 7. Oktober 2007) darstellen, denn nur in diesem Fall würde das Realteilungsverbot gelten, das die Abtrennung einzelner Grundstücke oder Grundstücksteile untersagt (Art. 58 Abs. 1 BGBB).

In Erwägung 4 führt das Bundesgericht vorerst den Gesetzestext von Art. 7 BGBB auf, der wie folgt lautet:

- <sup>1</sup> Als landwirtschaftliches Gewerbe gilt 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. Der Bundesrat legt die Faktoren und die Werte für die Berechnung einer Standardarbeitskraft in Abstimmung mit dem Landwirtschaftsrecht fest.
- <sup>2</sup> (...)
- <sup>3</sup> Bei der Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, sind diejenigen Grundstücke zu berücksichtigen, die diesem Gesetz unterstellt sind (Art. 2).
- <sup>4</sup> Zudem sind zu berücksichtigen:
  - a. die örtlichen Verhältnisse;
  - b. die Möglichkeit, fehlende betriebsnotwendige Gebäude zu erstellen oder vorhandene umzubauen, instand zu stellen oder zu ersetzen, wenn die entsprechenden Aufwendungen für den Betrieb tragbar sind;
  - c. die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke.

Sodann führt es Art. 9 Abs. 1 der landwirtschaftlichen Begriffsverordnung (LBV) auf, der wie folgt lautet:

Als Sömmerungsbetrieb gilt ein landwirtschaftliches Unternehmen, das:

- a. der Sömmerung von Tieren dient;
- b. von den Betrieben der Bestösser örtlich getrennt ist;
- c. Sömmerungsweiden (Art. 26) aufweist;
- d. über Gebäude oder Einrichtungen verfügt, die für die Sömmerung nötig sind;
- e. während der Sömmerung bewirtschaftet wird; und
- f. von andern Sömmerungsbetrieben unabhängig ist.

Das Bundesgericht weist darauf hin, dass das BGBB auf zwei Rechtsbegriffen beruhe, dem des landwirtschaftlichen Grundstücks und dem des landwirtschaftlichen Gewerbes. Demgegenüber setze die landwirtschaftliche Begriffsverordnung (LBV) andere Begriffe fest, entsprechend den verschiedenen Betriebsformen, die in der Landwirtschaft zu finden sind. Allgemein gelte, dass ein landwirtschaftliches Gewerbe gemäss einer der Begriffsdefinitionen des BGBB stets auch einen Betrieb im Sinne der LBV darstelle, dies jedoch umgekehrt nicht immer der Fall sei. Die Einordnung der Sömmerungsbetriebe habe seit jeher Probleme bereitet, vorerst im Rahmen des damals im ZGB geregelten bäuerlichen Erbrechts, dann im System des BGBB. Dies, weil die Sömmerungsbetriebe keine eigenen Einheiten bilden, sondern im Tal gelegene landwirtschaftliche Gewerbe ergänzten; die Nutzung beschränke sich auf einige Monate jährlich. Mit dem BGBB habe der Gesetzgeber nicht bezweckt, die Eingliederung von Sömmerungsbetrieben, die in der Hügel- oder Bergzone liegen, in die im Tal liegenden landwirtschaftlichen



## Ein Sömmerungsbetrieb stellt nie ein landwirtschaftliches Gewerbe dar – BGE 135 II 313

Gewerbe zu verhindern. Sogenannte Stufenbetriebe sollten nicht verhindert werden. Hingegen würden Rentabilitätsgründe und ökologische Gründe es gebieten, bei übermässiger Entfernung dieser Eingliederung Grenzen zu setzen.

Das Bundesgericht führt in der Folge jene Voraussetzungen auf, die kumulativ gegeben sein müssen, damit von einem landwirtschaftlichen Gewerbe gesprochen werden kann. Nötig sind: a) landwirtschaftliche Grundstücke, b) Bauten und c) Anlagen, die d) eine Gesamtheit bilden. Sie müssen zudem e) als Grundlage für die landwirtschaftliche Produktion dienen und f) es muss zu ihrer Bewirtschaftung eine ganze Standardarbeitskraft aufgewendet werden.

Dass im zu beurteilenden Fall landwirtschaftliche Grundstücke im Sinne des BGGB vorlagen, war unbestritten (a). Zu den landwirtschaftlichen Bauten (b) und Anlagen (c) wurde darauf hingewiesen, dass die Bauten einerseits dem Wohnen und andererseits der Bewirtschaftung dienen. Was Anlagen seien, werde vom Gesetz nicht konkretisiert; es könne sich aber wiederum um Bauten handeln (Silos etc.). Die hauptsächlichsten Bauten und Anlagen müssten (der gewählten Bewirtschaftung) angemessen sein, wobei auf den vorherrschenden Standard abzustellen sei. Es genüge, wenn die Erstellung der notwendigen Bauten und Anlagen möglich und wirtschaftlich tragbar sei. Die Tragbarkeit habe sich aus der Bewirtschaftung selbst zu ergeben; Einlagen von aussen (z.B. Schenkung, Erbschaft) seien nicht zu beachten. Die Betriebsräumlichkeiten müssten dem Bewirtschaftungskonzept sowie dem Betriebsumfang angemessen sein.

In diesem Zusammenhang bezeichnet das Bundesgericht die Rüge des Beschwerdeführers, die Wohnräume auf der Alp F. seien nicht im vom Kantonsgericht beschriebenen guten Zustand und die landwirtschaftlichen Anlagen – so vorhanden – seien unbrauchbar (unrichtige Sachverhaltsfeststellung), als ungenügend begründet und daher als unzulässig. Im Rahmen der (unabhängig von der Sachverhaltsfeststellungsrüge) vorzunehmenden Subsumption kommt das höchste Gericht zum Schluss, die gemäss alpinen Bedingungen eingerichtete Hütte sei bewohnbar, die Käseanlagen seien brauchbar und die Melkanlage ermögliche eine rationelle Arbeit. Damit könne eine Alpwirtschaft geführt werden.

Die Gesamtheit der landwirtschaftlichen Grundstücke, Bauten und Anlagen müsse sowohl unter wirtschaftlichem wie geografischem Blickwinkel eine Gesamtheit bilden (d). Dabei soll grundsätzlich nur eine Person von einem Betriebszentrum aus das Gewerbe leiten und mit denselben Arbeitskräften, finanziellen und materiellen Mitteln die Be-

wirtschaftung besorgen. Sodann müssten die Bauten und Anlagen mit dem zugehörigen Land geeignet sein, dem Bewirtschafter und seiner Familie Lebenszentrum zu sein und die Grundlage für die Bewirtschaftung des landwirtschaftlichen Gewerbes bilden.

Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die Alp F. nie das Lebenszentrum der Personen gewesen sei, die sich darum kümmerten. Denn weder C.X. und A.X. noch in der Folge B.X. hätten das ganze Jahr auf der Alp F. gewohnt, als sie diese bewirtschafteten. Ausserdem hätten die Beteiligten nie nur die Alp F. besorgt. Die Alp F. sei immer zusätzlich zu einem Hauptbetrieb bewirtschaftet worden und werde jährlich nur während gut 100 Tagen benutzt, was ihrer Natur als Sömmerungsbetrieb entspreche. Während des grössten Teils des Jahres müsse der Bewirtschafter eine andere Unterkunft für sein Vieh finden. Ausserdem enthalte die Alp F. weder Scheune noch Silos, um das Raufutter zu lagern. In Anbetracht dieser Elemente könne die Alp F. nicht das Lebenszentrum desjenigen sein, der es bewirtschaftet, da insbesondere nicht die notwendigen Bauten für die Bewirtschaftung während des ganzen Jahres vorhanden seien. Es fehlten somit mindestens zwei der Kriterien zur Qualifikation als landwirtschaftliches Gewerbe. Die zu berücksichtigenden örtlichen Verhältnisse (Art. 7 Abs. 4 lit. a BGGB) würden diesen Mangel nicht heilen können. Daher sei die Anzahl Standardarbeitskräfte, die die Alp F. erfordert, unerheblich. Zudem sei zu betonen, dass die Anerkennung mindestens einer Standardarbeitskraft auf einem Betrieb nicht unabhängig von der Untersuchung seiner Struktur versichert werden kann, dass er ein landwirtschaftliches Gewerbe darstelle (Art. 8 lit. b BGGB). Da die Alp F. kein landwirtschaftliches Gewerbe sei, unterstehe sie nicht den Regeln der landwirtschaftlichen Gewerbe, sondern einzig derjenigen der landwirtschaftlichen Grundstücke (Art. 6 BGGB).

Zusammenfassend hält das Bundesgericht fest, dass in Anbetracht des Erwogenen die Alp F. nicht den Bedingungen von landwirtschaftlichen Gewerben unterstehen würde, da sie nicht geeignet sei, das Lebenszentrum des Bewirtschafter zu bilden. So wie die Alp F. in den Akten beschrieben sei, entspreche sie eher der Definition eines Sömmerungsbetriebs gemäss Art. 9 LBV. Ein Sömmerungsbetrieb bilde nie das Lebenszentrum des Bauern und seiner Familie und erfülle folglich die Voraussetzungen des landwirtschaftlichen Gewerbes nicht. Denn die Definition als Sömmerungsbetrieb als solche schliesse aus, dass er das Lebenszentrum des Bewirtschafter sein könne, da der Sömmerungsbetrieb einzig eine Nutzung während des Sommers ermögliche.

Letztlich erwähnte das Bundesgericht in einem obiter dictum, dass die Sorge der Bodenrechtsbehörde zwar verständlich sei. Diese wünsche, dass die vorliegende Betriebsart als landwirtschaftliches Gewerbe gelte, um in den Schutz der dieses regelnden Bestimmungen zu gelangen – vor allem des Realteilungsverbots – mit den wirtschaftlichen Folgen, die dies haben kann, was unter anderem den Erhalt des kulturellen Erbes von Gegenden, die solches besitzen, ermöglichen würde. Nichtsdestotrotz gelangt das Bundesgericht zum Ergebnis, dass die ganze rechtliche Regelung des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht, unabhängig davon, ob es sich um öffentliches Recht oder Privatrecht handle, auf der Unterscheidung zwischen landwirtschaftlichem Gewerbe und landwirtschaftlichem Grundstück beruhe, sodass kein Zwischenbegriff eingefügt werden könne. Es obliege gegebenenfalls dem Gesetzgeber, durch eine Änderung des geltenden Rechts die Folgen zu berücksichtigen, die durch die Unterstellung der Sömmerungsbetriebe unter die landwirtschaftlichen Grundstücke bewirkt werden.

### III. Bemerkungen

1. Das Bundesgericht hat sich zunächst zum anwendbaren Recht geäußert und festgehalten, dass Art. 95 Abs. 2 BGG analog auf Feststellungsverfahren anzuwenden sei. Dies hat zur Folge, dass nicht nur Bewilligungs- und Beschwerdeverfahren, die bei Inkrafttreten des neuen Rechts hängig sind und wo das betreffende Rechtsgeschäft noch nicht beim Grundbuchamt angemeldet ist, nach dem neuen Recht beurteilt werden, sondern Letzteres auch auf Feststellungsverfügungen anwendbar ist. Wurde – wie in casu – unter dem alten Recht (der Entscheid der Bodenrechtsbehörde erging am 23. Juni 2006) ein Feststellungsbegehren gestellt, so hat die Behörde das neue Recht anzuwenden, wenn inzwischen eine Rechtsänderung erfolgt ist. Vorliegend trat die Gesetzesnovelle vom 5. Oktober 2007 am 1. September 2008 in Kraft und das Kantonsgericht entschied als zweite Instanz am 25. September 2008. Ohne Gründe dafür zu nennen, wendete es Art. 7 Abs. 1 BGG in der Fassung der Gesetzesnovelle vom 5. Oktober 2007 an, wonach für die Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, eine Standardarbeitskraft notwendig ist, anstatt wie vorher drei Viertel einer Standardarbeitskraft. Gemäss Art. 95 Abs. 1 BGG gelten die Bestimmungen dieses Gesetzes über das Realteilungsverbot, das Zerstückelungsverbot, das Bewilligungsverfahren und die Belastungsgrenze für alle Rechtsgeschäfte, die nach Inkrafttreten dieses Gesetzes beim Grundbuchamt angemeldet wer-

den. Auch im Kommentar zum bäuerlichen Bodenrecht wird ausgeführt, dass nichts Abweichendes für Feststellungsverfahren nach Art. 84 BGG gelten könne (vgl. CHRISTOPH BANDLI/MANUEL MÜLLER/BENNO STUDER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, N 1 zu Art. 95 BGG). Das Bundesgericht ist im kommentierten Entscheid zum gleichen Ergebnis gekommen, hat jedoch zur Begründung ausgeführt, dass in der Botschaft zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 19. Oktober 1988 (BBl 1988 III 953 zu Art. 101 E-BGG) allgemein von Verfahren die Rede sei und darin als Beispiel eines unter das neue Recht fallenden Rechtsgeschäfts ein Verfahren auf Feststellung des höchstzulässigen Preises erwähnt werde. Weiter weist das Bundesgericht zur Begründung darauf hin, dass einem Feststellungsverfahren gegebenenfalls ein Bewilligungsverfahren folgen werde, wobei die zuständige Behörde im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens grundsätzlich an die Feststellungsverfügung gebunden sei. Der Grund, dass Art. 95 BGG vorliegend Anwendung fand, ergibt sich aus Art. 95b BGG, wonach die Art. 94 und 95 BGG auch für die Änderung vom 5. Oktober 2007 gelten.

2. In Anwendung von Art. 5 lit. a BGG erliess in casu der Grosse Rat des Kantons Freiburg am 8. Oktober 2008 das Gesetz über die Definition des landwirtschaftlichen Gewerbes für die Jahre 2008–2011 und legifizierte, dass für ein landwirtschaftliches Gewerbe abweichend von Art. 7 Abs. 1 BGG drei Viertel einer Standardarbeitskraft nötig sind. Das Bundesgericht wendete jedoch dieses Gesetz nicht an, da dieses aufgrund des Erlassdatums vom 8. Oktober 2008 weder von der Bodenrechtsbehörde noch vom Kantonsgericht angewendet worden war. Mangels einer Übergangsbestimmung im kantonalen Gesetz überprüfte das Bundesgericht nach den allgemeinen Grundsätzen die Rechtmässigkeit des Entscheids gemäss dem im Zeitpunkt seines Erlasses geltenden Recht. Es verneinte dabei eine Ausnahme von diesem Grundsatz, wonach in analoger Anwendung von Art. 2 SchlT ZGB eine solche angezeigt ist, wenn die neuen Bestimmungen um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt worden sind. Da das Kantonsgericht die betreffende Bestimmung des Gesetzes über die Definition des landwirtschaftlichen Gewerbes nicht angewendet hatte, konnte das Bundesgericht diese nicht überprüfen. Das Bundesgericht führt dazu aus, dass es nicht seine Sache sei, ein kantonales Gesetz als erste und einzige Instanz und mit eingeschränkter Kognition anzuwenden.



## Ein Sömmerungsbetrieb stellt nie ein landwirtschaftliches Gewerbe dar – BGE 135 II 313

3. Für die Gewerbebestimmung im Rahmen einer erbrechtlichen Zuweisung oder bei Ausübung eines Vorkaufsrechts ist in übergangsrechtlicher Hinsicht auf Art. 94 BGGB hinzuweisen. In der Erbteilung gilt das Recht, das bei Eröffnung des Erbgangs gegolten hat (Art. 94 Abs. 1 BGGB; vgl. dazu Urteil BGer 5A\_140/2009 Erw. 2.3). Der Erbgang wird mit dem Tod des Erblassers eröffnet (Art. 537 Abs. 1 ZGB). Bei einem bäuerlichen Vorkaufsrecht gilt das neue Recht, wenn der Vorkaufsfall nach dessen Inkrafttreten eingetreten ist (Art. 94 Abs. 4 BGGB). Massgebend ist der Zeitpunkt des Eintritts des Vorkaufsfalles, auch wenn in der Zwischenzeit das Recht bereits wieder geändert haben sollte. Eine neuerliche Rechtsänderung ist somit in einem solchen Fall im Rahmen einer Gewerbebestimmung nicht zu beachten (vgl. Urteil BGer 2C\_876/2008 Erw. 3.2).

4. Das Bundesgericht führt bei der Gewerbedefinition von Art. 7 BGGB aus, dass der Betrieb sowohl unter dem wirtschaftlichen als auch unter dem geografischen Blickwinkel eine Einheit bilden müsse. Es stützt sich dabei auf den Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 BGGB, wonach als landwirtschaftliches Gewerbe eine Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen gilt, die als Grundlage der landwirtschaftlichen Produktion dient. Das Bundesgericht hält dabei Bezug nehmend auf Lehre und Rechtsprechung fest, dass die Bauten und Anlagen mit dem zugehörigen Land, welche das landwirtschaftliche Gut bilden, geeignet sein müssen, das Lebenszentrum des Bauern und seiner Familie (EDUARD HOFER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, Brugg 1995, N 35 zu Art. 7 BGGB; JEAN-MICHEL HENNY, L'entreprise agricole au sens du droit foncier et du droit du bail à ferme agricole, in: Blätter für Agrarrecht, 2003 I S. 136) und die Grundlage der Bewirtschaftung des landwirtschaftlichen Gewerbes zu bilden (BGE 110 II 304 Erw. 2a; BGE 107 II 375 Erw. 2c/bb; BEAT STALDER, Die verfassungs- und verwaltungsrechtliche Behandlung unerwünschter Handänderungen im bäuerlichen Bodenrecht, 1993, S. 95). Das Bundesgericht führt weiter aus, dass aufgrund des festgestellten Sachverhalts die Alp F. nie das Lebenszentrum der Bewirtschafter dargestellt habe. Die Alp F. sei immer zusätzlich zu einem Hauptgut bewirtschaftet worden. Ausserdem verfüge die Alp F. weder über Scheune noch über Silos, um das Viehfutter zu lagern. Aufgrund dessen kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass der Alp F. mindestens zwei Kriterien fehlten, um als landwirtschaftliches Gewerbe zu gelten: Erstens stelle die Alp F. nicht das Lebenszentrum des Bewirtschafters dar. Zweitens verfüge sie nicht über die notwendigen Bauten

und Anlagen, um als landwirtschaftliches Gewerbe zu gelten. Das Bundesgericht hält daraus folgernd fest, dass diese Mängel auch nicht durch die zu berücksichtigenden örtlichen Verhältnisse (Art. 7 Abs. 4 lit. a BGGB) geheilt werden könnten und die Anzahl Standardarbeitskräfte, welche die Alp F. erfordere, für die Gewerbebestimmung unerheblich sei. Da die Alp F. kein landwirtschaftliches Gewerbe darstelle, unterliege sie auch nicht dem Realteilungsverbot gemäss Art. 58 Abs. 1 BGGB.

5. Das Bundesgericht unterstellt mit diesem Urteil Sömmerungsbetriebe generell den landwirtschaftlichen Grundstücken und nicht den landwirtschaftlichen Gewerben. Davon ausgenommen sind nach Meinung des Autors Sömmerungsbetriebe, welche zusammen mit dem Hauptbetrieb eine Einheit bilden und als landwirtschaftliches Gewerbe gelten. Ob eine Einheit vorliegt, ist aufgrund der örtlichen Distanz und der rationellen Bewirtschaftung von Haupt- und Sömmerungsbetrieb zu entscheiden (z.B. Stufenbetrieb). Die Einteilung der Sömmerungsbetriebe als landwirtschaftliche Grundstücke entspricht auch dem System des LPG, wonach die Bestimmungen über die Pacht von landwirtschaftlichen Grundstücken – und nicht der landwirtschaftlichen Gewerbe – auch für die Pacht von Allmenden, Alpen und Weiden gelten (Art. 1 Abs. 3 LPG). Sömmerungsbetriebe bilden nach Ansicht des Bundesgerichts nie das Lebenszentrum des Bauern und seiner Familie und erfüllen folglich die Voraussetzungen des landwirtschaftlichen Gewerbes nicht. Die Definition als Sömmerungsbetrieb schliesst somit aus, dass er das Lebenszentrum seines Bewirtschafters sein kann, da sie einzig eine Nutzung während des Sommers bedeutet.

6. Gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts gilt diese Rechtsprechung nur für Sömmerungsbetriebe gemäss Art. 9 LBV. Ein Sömmerungsbetrieb bedarf einer Anerkennung durch die zuständige kantonale Behörde (Art. 29a LBV). Erst wenn ein anerkannter Sömmerungsbetrieb vorliegt, kann die kommentierte Rechtsprechung des Bundesgerichts angewendet werden. In den anderen Fällen ist von keinem Sömmerungsbetrieb, sondern von einer Produktionsstätte im Sinne von Art. 6 Abs. 2 LBV auszugehen. Eine besondere Beachtung finden sodann jene Fälle, wo der Sömmerungsbetrieb in naher örtlicher Distanz zum Hauptbetrieb liegt. Nach der Ansicht des Autors ist dabei im Zweifelsfall mittels Feststellungsverfügung zu prüfen, ob Haupt- und Sömmerungsbetrieb als Einheit zu betrachten sind und somit gesamtheitlich als landwirtschaftliches Gewerbe gelten.

7. In erbrechtlicher Hinsicht ist die Gewerbequalifikation vor allem für die Zuweisungsrechte massgebend. Stellt der Sömmerungsbetrieb kein landwirtschaftliches Gewerbe gemäss Art. 7 BGG dar, kann ein Erbe nicht einen Zuweisungsanspruch gestützt auf Art. 11 BGG geltend machen, sondern muss sich des Art. 21 BGG bedienen. Danach hat er ein Zuweisungsrecht für landwirtschaftliche Grundstücke zum doppelten Ertragswert, wenn er Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist oder wirtschaftlich über ein solches verfügt und das Grundstück im ortsüblichen Bewirtschaftungsbereich seines Gewerbes liegt. Unbesehen der ergangenen Rechtsprechung über die Frage der Ge-

werbebestimmung nach Art. 21 Abs. 1 BGG (vgl. BGE 134 III 1 Erw. 3.4; BENNO STUDER, Kritisches zur bundesgerichtlichen Praxis zum Zupachtland im bäuerlichen Boden- und Erbrecht, in: Blätter für Agrarrecht, 2009 I, S. 25 ff.) wird ein Zuweisungsbegehren in den meisten Fällen am Kriterium des ortsüblichen Bewirtschaftungsbereichs scheitern (vgl. dazu jedoch BENNO STUDER, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, Brugg 1995, N 9 zu Art. 21 BGG, der ein Zuweisungsrecht auch für weit vom Hauptbetrieb entfernt liegende Alpen zulassen will, um die traditionellen Stufenbetriebe zu erhalten).