

Luzern, 10. Januar 2019

Rechtsgutachten Auslegung von Artikel 104 Absatz 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 – «bodenbewirtschaftender bäuerlicher Betrieb» im Lichte von BV, LwG und BGGB

I. Ausgangslage

Gemäss Art. 104 Abs. 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV)¹ fördert der Bund ergänzend zur zumutbaren Selbsthilfe der Landwirtschaft und nötigenfalls abweichend vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit die «**bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe**».

Nun haben sich aber die Landwirtschaft und ihre Rahmenbedingungen seit dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung im Jahr 1999 stark verändert. In diesem Zusammenhang möchte das Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) den rechtlichen Rahmen von Art. 104 Abs. 2 BV prüfen lassen. Hierbei stellt sich insbesondere die Frage, wie der Begriff «bodenbewirtschaftender bäuerlicher Betrieb» zu deuten ist.

II. Fragestellungen

Für die Weiterentwicklung der Agrarpolitik ist es aktuell zentral, inwiefern der Grundsatz der «bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe» im Hinblick auf folgende Schwerpunkte ausgelegt bzw. auf diese ausgedehnt werden kann:

- Beitragsberechtigung **juristischer Personen** an Direktzahlungen;
- «**Landwirtschaft von morgen**», insbesondere gekennzeichnet durch Digitalisierung und Inanspruchnahme von Lohnunternehmern.

Das Rechtsgutachten hat zum Inhalt, diese bzw. die in den abgegebenen Unterlagen angesprochenen Fragen unter Verwendung vorliegender Rechtsprechung und Literatur zu

¹ SR 101.

Luzern, 10. Januar 2019

prüfen, insbesondere die entsprechenden Möglichkeiten innerhalb des (verfassungs)gesetzlichen Rahmens auszuloten.

III. Begrifflicher Rahmen

Im folgenden Abschnitt soll zunächst der Begriff vom «bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betrieb» anhand der Bundesverfassung und des Landwirtschaftsgesetzes geklärt werden.

1. Bundesverfassung

In der Volksabstimmung vom 9. Juni 1996 wurde mit Art. 31^{octies} der Bundesverfassung 1874 (aBV)² erstmals ein eigener, gegenüber der Vorgängerregelung in Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. b aBV erweiterter eigener Landwirtschaftsartikel auf Verfassungsebene angenommen.³ Art. 31^{octies} aBV wurde schliesslich im Rahmen der Totalrevision der BV 1999 inhaltlich beinahe unverändert in den geltenden Art. 104 BV überführt.⁴

Grundlegend auch im aktuellen Landwirtschaftsartikel ist die Förderungskompetenz des Bundes zugunsten der bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe.⁵ Bereits Art. 31^{octies} aBV hat die verschiedenen Förderungsmassnahmen zugunsten der Landwirtschaft umschrieben und als Adressaten der verfassungsrechtlich verankerten subsidiären Direktzahlungen die bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe genannt.

1.1. Art. 104 Abs. 2 BV

Art. 104 Abs. 2 BV «Landwirtschaft» lautet:

² Ergänzend zur zumutbaren Selbsthilfe der Landwirtschaft und nötigenfalls abweichend vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit fördert der Bund die bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe.

² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.

³ AS 1996 2502. Im Detail VALLENDER/HETTICH, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 104 N 2.

⁴ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., S. 311; VALLENDER/HETTICH, SG-Komm BV, Art. 104 N 2.

⁵ BIAGGINI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 104 N 8 und 12.

Luzern, 10. Januar 2019

Die verfassungsrechtliche Grundlage verweist also mit Abs. 2 die Förderung nicht nur in die Kompetenz des Bundes, vielmehr handelt es sich um einen Auftrag⁶, der gleichzeitig in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt ist. Eine Einschränkung besteht darin, dass der Bund lediglich die bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe fördert, womit zugleich eine gewisse Benachteiligung nichtbäuerlicher Betriebe bewusst in Kauf genommen wird.⁷ Diese Priorisierung wird als v.a. im Bereich der Direktzahlungen durchsetzbar angesehen.⁸

1.2. Art. 104 Abs. 3 lit. f BV

Art. 104 Abs. 3 lit. f BV «Landwirtschaft» lautet:

³ Er [der Bund] hat insbesondere folgende Befugnisse und Aufgaben:
f. Er kann Vorschriften zur Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes erlassen.

Dieser Artikel bildet die Verfassungsgrundlage für das bäuerliche Bodenrecht und die landwirtschaftliche Pacht. Insbesondere die an Familienbetriebe anknüpfende bodenrechtliche Gesetzgebung akzentuiert noch stark die Strukturhaltung.⁹

2. Bundesgesetz über die Landwirtschaft

Das geltende Bundesgesetz über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG)¹⁰, das seit 1. Januar 1999 in Kraft steht und die Vorgängerregelung aus 1951¹¹ ablöste, lehnt sich in seinem Zweckartikel eng an die Verfassungsbestimmung an (Art. 1 LwG). Um die dort normierten Zwecke zu erreichen, hat der Bund verschiedene Massnahmen zu treffen, insbesondere auch die Gewährung von Direktzahlungen (Art. 2 Abs. 1 lit. b LwG).

⁶ RUCH, Schweizerisches Agrarrecht, Vorlesungsskriptum, ETH Zürich 2003, S. 66, spricht von der Auferlegung einer Obhutspflicht über einen Berufsstand und Wirtschaftszweig; OESCH, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 104 N 33, geht von einer verpflichtenden Förderkompetenz aus.

⁷ VALLENDER/HETTICH, SG-Komm BV, Art. 104 N 17.

⁸ VALLENDER/HETTICH, SG-Komm BV, Art. 104 N 17.

⁹ VALLENDER/HETTICH, SG-Komm BV, Art. 104 N 37.

¹⁰ SR 910.1.

¹¹ Bundesgesetz über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes (Landwirtschaftsgesetz) vom 3. Oktober 1951, AS 1953 1073.

Luzern, 10. Januar 2019

2.1. Art. 2 Abs. 1 lit. b LwG

Art. 2 Abs. 1 lit. b LwG «Massnahmen des Bundes» lautet:

¹ Der Bund trifft namentlich folgende Massnahmen:

b. Er gilt gemeinwirtschaftliche Leistungen von bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betrieben mit Direktzahlungen ab.

Der Bund hat demnach gemeinwirtschaftliche Leistungen von bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betrieben mit Direktzahlungen zu honorieren. Die aktuelle Formulierung geht auf die Änderung vom 22. März 2013¹² zurück, mit der die Teilung in gemeinwirtschaftliche und ökologische Leistungen aufgegeben wurde, da der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistungen auch die ökologischen Massnahmen abdeckte.¹³ Ansonsten wurde die Formulierung, gerade in Hinblick auf den Terminus vom «bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betrieb», seit Inkrafttreten des LwG 1998 unverändert beibehalten.

Damit wird die Abgeltung ausdrücklich auf einen bestimmten Betriebstypus eingeschränkt, nämlich die bodenbewirtschaftenden und bäuerlichen Betriebe. Die entsprechenden Regelungen finden sich dann im 3. Titel des LwG (Art. 70 bis 77).

2.2. Art. 70a Abs. 1 lit. a LwG

Art. 70a Abs. 1 lit. a LwG «Voraussetzungen» lautet:

¹ Direktzahlungen werden ausgerichtet, wenn:

a. der Betrieb bodenbewirtschaftend und bäuerlich ist;

In der Folge normiert Art. 70a Abs. 1 lit. a LwG denn auch die Bodenbewirtschaftung und Bäuerlichkeit als Voraussetzung für die Ausrichtung von Direktzahlungen.

¹² Vgl. AS 2013 3463.

¹³ Botschaft zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik in den Jahren 2014-2017 (Agrarpolitik 2014-2017) vom 1. Februar 2012, BBl 2012 2075 ff., S. 2159.

Luzern, 10. Januar 2019

2.3. Art. 78 Abs. 2 und Art. 107 Abs. 1 lit. c LwG

Art. 78 Abs. 2 LwG «Grundsatz» der Betriebshilfe lautet:

² Die Kantone können Bewirtschaftern und Bewirtschafterinnen eines bäuerlichen Betriebes Betriebshilfe gewähren, um unverschuldete oder durch veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen verursachte finanzielle Bedrängnis zu beheben oder zu verhindern.

Art. 107 Abs. 1 lit. c LwG «Investitionskredite für gemeinschaftliche Massnahmen» lautet:

¹ Investitionskredite werden insbesondere gewährt für:
c. den Aufbau von bäuerlichen Selbsthilfeorganisationen im Bereich der marktgerechten Produktion und der Betriebsführung;

Neben den Direktzahlungen findet das Kriterium der «Bäuerlichkeit» teilweise auch bei den sozialen Begleitmassnahmen sowie Strukturverbesserungen Anwendung. Der differenzierte Ausschluss nichtbäuerlicher Betriebe erfolgt dann auf Ebene der Verordnungen.¹⁴

3. Analyse

3.1. Verfassungsrecht

Direkt aus dem Verfassungsrecht ergeben sich auch nach Konsultation von Materialien und Literatur kaum eigenständigen Hinweise zur Auslegung des Begriffs der bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe.

Die Vorgängerbestimmung in **Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. b aBV** normierte noch das Ziel der «Erhaltung eines gesunden Bauernstandes» und verlangte dafür eine Struktur mit zahlreichen, wirtschaftlich lebensfähigen kleinen und mittleren Betrieben.¹⁵ Die Bestimmung wies damit einen sozial- und bevölkerungspolitischen Gehalt auf.¹⁶

¹⁴ Vgl. beispielhaft Art. 1 Abs. 1 Verordnung über die sozialen Begleitmassnahmen in der Landwirtschaft (SMBV) vom 26. November 2003 (SR 914.11); Art. 12 Verordnung über die Strukturverbesserungen in der Landwirtschaft (Strukturverbesserungsverordnung, SVV) vom 7. Dezember 1998 (SR 913.1). In der Folge wird hier auf das Direktzahlungsrecht fokussiert.

¹⁵ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 10. September 1937, BBl 1937 II 833 ff, S. 887. Zum Begriff des «gesunden Bauernstandes» mit Verweis auf das Rechtsgutachten Huber aus 1964 siehe HOFER, Der bäuerliche Betrieb, seine rechtlichen Grenzen und der Strukturwandel, BIAR 2017, S. 21 f.

¹⁶ RHINOW, in: Aubert/Eichenberger/Müller/Rhinow/Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1996, Art. 31^{bis} N 171.

Luzern, 10. Januar 2019

Zur Vorgängerbestimmung in **Art. 31^{octies} Abs. 2 aBV** hielt der Bundesrat in seiner Botschaft zur Agrarpolitik (AP) 2002 ausdrücklich fest, dass die Verfassungsbestimmung den Bund verpflichtet, die bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe zu fördern und demnach auch direkt wirkende Unterstützungsmassnahmen strikt auf solche Betriebe zu beschränken.¹⁷ Dadurch werde die Entwicklung nichtbäuerlicher Betriebe stark gehemmt, deren Anteil bereits heute – 1996 – sehr klein sei.¹⁸ Nähere Aussagen zu den Begriffen finden sich jedoch nicht.

Die Botschaft zur neuen BV erläutert nur Art. 104 Abs. 1 BV näher, hinsichtlich **Art. 104 Abs. 2 BV** wird auf die Botschaft zur AP 2002 verwiesen.¹⁹

Auch die einschlägige Literatur verweist zur Interpretation dieser Verfassungsbegriffe lediglich auf Materialien im Bereich des LWG und die Rechtsprechung.²⁰

3.2. Gesetzesrecht

Die begriffliche Reichweite ergibt sich aus der Analyse der drei Begriffsinhalte «Betrieb», «bodenbewirtschaftend» und «bäuerlich».

3.2.1. Betrieb

Was den Betriebsbegriff selbst angeht, gilt die allgemeine Definition des Art. 6 Landwirtschaftliche Begriffsverordnung (LBV)²¹. Insbesondere wird nicht zwischen Haupt- und Nebenerwerbsbetrieben differenziert.²²

Gemäss Abs. 1 LBV gilt als Betrieb ein landwirtschaftliches Unternehmen, das kumulativ Pflanzenbau oder Nutztierhaltung oder beide Betriebszweige betreibt (lit. a), eine oder mehrere Produktionsstätten umfasst (lit. b), rechtlich, wirtschaftlich, organisatorisch und finanziell selbständig sowie unabhängig von anderen Betrieben ist (lit. c), ein eigenes Betriebsergebnis ausweist (lit. d) und während des ganzen Jahres bewirtschaftet wird (lit. e).

Die zentrale Anforderung von Abs. 1 lit. c ist gemäss Abs. 4 alternativ insbesondere nicht erfüllt, wenn der Bewirtschafter oder die Bewirtschafterin die Entscheide zur Führung des

¹⁷ Botschaft zur Reform der Agrarpolitik: Zweite Etappe (Agrarpolitik 2002) vom 26. Juni 1996, BBl 1996 IV 1 ff., S. 300.

¹⁸ So habe es 1990 insgesamt noch knapp 1'500 Verwalterbetriebe gegeben; Siebter Bericht über die Lage der schweizerischen Landwirtschaft und die Agrarpolitik des Bundes vom 27. Januar 1992, BBl 1992 II 130 ff., Tabelle 10.

¹⁹ Botschaft zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik (Agrarpolitik 2011) vom 17. Mai 2006, BBl 2006 6337 ff., S. 6355.

²⁰ VALLENDER/HETTICH, SG-Komm BV, Art. 104 N 16 f.

²¹ Verordnung über landwirtschaftliche Begriffe und die Anerkennung von Betriebsformen (Landwirtschaftliche Begriffsverordnung, LBV) vom 7. Dezember 1998 (SR 910.91).

²² Votum Jagmetti, AB StR 1993 479.

Luzern, 10. Januar 2019

Betriebes nicht unabhängig von Bewirtschaftern anderer Betriebe treffen kann (lit. a), der Bewirtschafter oder die Bewirtschafterin eines anderen Betriebes oder deren Gesellschafter, Genossenschafter, Aktionär oder Vertreter zu 25 oder mehr Prozent am Eigen- oder Gesamtkapital des Betriebes beteiligt ist (lit. b), oder die auf dem Betrieb anfallenden Arbeiten ohne anerkannte Gemeinschaftsform nach den Art. 10 oder 12 (Betriebsgemeinschaft, Betriebszweiggemeinschaft) mehrheitlich von anderen Betrieben ausgeführt werden (lit. c).

3.2.2. Bäuerlichkeit

Im Gesetzes- und Verordnungsrecht findet sich keine Definition des «bäuerlichen» Betriebs.

Jedoch umschreibt der Sechste Landwirtschaftsbericht²³ den bäuerlichen Familienbetrieb näher. Prägende Elemente des Leitbilds eines bäuerlichen Familienbetriebes sind demnach die Bodenbewirtschaftung, das Überwiegen familieneigener Arbeitskräfte, die Verbindung von Eigentum, Besitz und Bewirtschaftung sowie die Einheit von Arbeitsplatz und Heimstätte.²⁴ Anders formuliert handelt es sich um jene Betriebe, bei denen der Bewirtschafter in der Regel als Eigentümer oder Pächter selbständig erwerbend tätig ist und die anfallende Arbeit zum grössten Teil (zusammen mit Familienangehörigen) selbst erledigt.²⁵ *Hofer*²⁶ kristallisiert als inhaltliche Elemente des Begriffs Familienbetrieb, Bauernklasse und Grundbesitz heraus. Für ihn handelt es sich dabei um subjektive Kriterien, da für die Frage, ob ein Betrieb bäuerlich ist, letztlich die Person des Bewirtschafters und ihre Beziehung zum Betrieb massgebend sei.²⁷ Eine – modernisierte und erweiterte – Umschreibung findet sich dann in einem Dossier des Schweizerischen Komitees «Internationales Jahr der bäuerlichen Familienbetriebe 2014».²⁸

²³ Sechster Bericht über die Lage der schweizerischen Landwirtschaft und die Agrarpolitik des Bundes vom 1. Oktober 1984, BBl 1984 III 469 ff., S. 259.

²⁴ BGer 2A.40/2005 vom 16.08.2005, E. 4.2.1.

²⁵ KEHRLI, in: Norer (Hrsg.), Kommentar LWG, Bern 2019, Vor Art. 1 N 62 (in Druck). Im Votum Jagmetti, AB StR 1993 479, wird vom selbstbewirtschaftenden Bauern gesprochen.

²⁶ HOFER, Der bäuerliche Betrieb, S. 17 ff. PFENNINGER, Der Begriff der Landwirtschaft im schweizerischen Recht, BIAR 1987, S. 107, definiert die «bäuerliche Landwirtschaft» als jene wirtschaftliche Tätigkeit, die spezifisch durch den Berufsstand der einheimischen Bauernschaft ausgeübt und fortentwickelt wird.

²⁷ HOFER, in: Schweizerischer Bauernverband (Hrsg.), Das bäuerliche Bodenrecht. Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. Aufl., Brugg 2011, Vorbem. zu Art. 6-10, N 46a.

²⁸ Genannt werden: Entscheidungskompetenz liegt bei der bewirtschaftenden Familie; Risiken werden von der bewirtschaftenden Familie getragen; Arbeit wird hauptsächlich von Familienmitgliedern geleistet; bewirtschaftetes Land ist in der Verfügungsgewalt der Familie, sei es durch Grundbesitz oder durch Pacht; Finanzkapital wird grösstenteils von der Familie oder ihren Kreditgebern gestellt, jedoch nicht von institutionellen Investoren; Einkommen der Familie stammt mehrheitlich aus der landwirtschaftlichen Tätigkeit; Familienleben verschmilzt mit dem Betrieb; Betrieb wird an die Nachkommen vererbt. Siehe <https://www.familyfarming.ch/de/internationales-jahr/definition.html>.

Luzern, 10. Januar 2019

Der Bundesrat sieht das Bedürfnis nach Abgrenzung der bäuerlichen gegenüber den nicht-bäuerlichen Betrieben, eine positive Definition würde sich jedoch angesichts der existierenden Vielfalt nicht eignen. Für die Durchführung agrarpolitischer Massnahmen komme allein eine Abgrenzung gegenüber nichtbäuerlichen Betrieben in Frage.²⁹

Dabei nennt der Bundesrat verschiedene Schranken, die das Entstehen nichtbäuerlicher Betriebe unattraktiv machen oder ganz verhindern sollen:³⁰

- Erfordernis der Bodenbewirtschaftung;
- Ausschluss nichtbäuerlicher Betriebe bei den Direktzahlungen;³¹
- Ausschluss von Hobbybetrieben;³²
- obere Grenze bezüglich Betriebsgrösse;³³
- Eigentumsförderung.³⁴

Diese Grenzen verhindern nach Ansicht des Bundesrates praktisch das Entstehen nicht-bäuerlicher Strukturen. Allerdings sieht er sehr wohl die Gefahr, dass diese Grenzen auch die zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit notwendigen Entwicklungen hemmen können.³⁵

Heute wird der Begriff indirekt etwa durch den Ausschluss von Direktzahlungen für sehr kleine Einheiten³⁶ sowie die Degression von Direktzahlungen³⁷ und Begrenzung der Investitionshilfen pro Betrieb³⁸ konkretisiert. In der Rechtsprechung zeigt sich das Kriterium der Bäuerlichkeit in den Entscheiden zu den Tierhöchstbestandesgrenzen, wonach ein diese überschreitender Betrieb nicht mehr als bäuerlich gelten könne.³⁹

²⁹ Botschaft AP 2002, S. 55 f. Vgl. auch HOFER, Übersicht über die landwirtschaftlichen Direktzahlungen, BIAR 1998, S. 153.

³⁰ Botschaft AP 2002, S. 56 f.

³¹ Betriebe der öffentlichen Hand; Betriebe mit einem hohen Arbeitskräftebestand.

³² Untere Grenze bezüglich Betriebsgrösse für die Auszahlung der meisten Direktzahlungsarten; grundsätzlich Haupteinkommen aus Landwirtschaft als Voraussetzung für Investitionshilfen; für eine Übernahme gemäss bäuerlichem Bodenrecht muss ein Betrieb mindestens die halbe Arbeitskraft einer bäuerlichen Familie beanspruchen.

³³ Höchstbestände in Fleisch- und Eierproduktion; Einsprachemöglichkeit im Pachtrecht gegen weitere Zupacht, wenn der Pächter bereits einen Betrieb bewirtschaftet, der eine überdurchschnittlich gute Existenz bietet; Verweigerung der Bewilligung für Landzukauf, wenn der Käufer bereits Eigentümer eines Betriebes ist, welcher eine überdurchschnittlich gute Existenz erlaubt.

³⁴ Selbstbewirtschafteterprinzip im bäuerlichen Bodenrecht.

³⁵ Botschaft AP 2002, S. 57.

³⁶ Art. 70a Abs. 1 lit. e LwG i.V.m. Art. 5 DZV betreffend Mindestarbeitsaufkommen in Standardarbeitskräften (mindestens 0,20 SAK).

³⁷ Anhang 7 Ziffer 2.1.3 DZV betreffend Basisbeitrag bei den Versorgungssicherheitsbeiträgen.

³⁸ Art. 6 i.V.m. Anhang 4 Ziffer III Verordnung des BLW über Investitionshilfen und soziale Begleitmassnahmen in der Landwirtschaft (IBLV) vom 26. November 2003 (SR 913.211), aufgehoben zum 1. Januar 2019. Vgl. AS 2018 4417.

³⁹ BGer 2A.40/2005 vom 16.08.2005, E. 4.2.3.

Luzern, 10. Januar 2019

3.2.3. Bodenbewirtschaftung

Im Gesetzes- und Verordnungsrecht findet sich keine Umschreibung des «bodenbewirtschaftenden» Betriebs.⁴⁰

Dem Kriterium der Bodenbewirtschaftung wird bei der Ausgestaltung der Massnahmen insbesondere durch Vorschriften zur Bewirtschaftungsweise und flächengebundene Förderinstrumente Rechnung getragen.⁴¹ 1996 umschreibt der Bundesrat das Erfordernis der Bodenbewirtschaftung mittels mehrerer Parameter:⁴²

- Bemessung des grössten Teils der Direktzahlungen nach der Fläche;
- Voraussetzung der eigenen Futterbasis bei tierbezogenen Direktzahlungen und Investitionshilfen;
- Beschränkung des Milchkontingents pro Hektare;
- Beschränkung der Anzahl Düngergrossvieheinheiten pro Hektare im Gewässerschutzgesetz;
- ausgeglichene Nährstoffbilanz für den ökologischen Leistungsnachweis.

Nachdem die Bäuerlichkeit als eines ihrer Kriterien die Bodenbewirtschaftung umfasst, ist die ausdrückliche Normierung des «bodenbewirtschaftenden» Betriebs nicht ganz klar. *Aubert*⁴³ spricht sogar – wohl unzutreffend – von einem Pleonasmus. Jedenfalls sind beide Begriffe eng verzahnt und lassen sich kaum getrennt voneinander beschreiben. Agiert ein Betrieb vorwiegend nicht bodenbewirtschaftend, handelt es sich um keinen bäuerlichen Betrieb, liegt ein bäuerlicher Betrieb vor, so agiert er begrifflich bodenbewirtschaftend.

3.3. Bewertung

Bäuerliche Betriebe entsprechen dem traditionellen Leitbild der Schweizer Agrarpolitik⁴⁴ und werden als optimal erachtet, einen wesentlichen Beitrag zu den landwirtschaftlichen Verfassungszielen zu leisten⁴⁵. Es wird davon ausgegangen, dass diese meist Familienbetriebe sind, sich nicht ausschliesslich nur an finanziellen Motiven orientieren, die Motivation der Familienmitglieder hoch ist sowie das Arbeiten mit natürlichen Kreisläufen und die Sorge

⁴⁰ Zur Abgrenzung von «bodenabhängige Produktion» und «bodenabhängiger Betrieb» siehe HOFER, Kommentar BGGB, Vorbem. zu Art. 6-10 N 44a.

⁴¹ WILDISEN, Der bäuerliche Betrieb in der Landwirtschaftsgesetzgebung, BIAR 2003, S. 125.

⁴² Botschaft AP 2002, S. 56.

⁴³ AUBERT, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 104 N 13.

⁴⁴ Botschaft AP 2002, S. 55. Vgl. auch die Beiträge zu «Der bäuerliche Betrieb in der Agrarpolitik: Vollerwerb, Haupterwerb, Nebenerwerb» in BIAR 2003, S. 119 ff., sowie zuletzt grundlegend HOFER, Der bäuerliche Betrieb, S. 15 ff.

⁴⁵ WILDISEN, S. 123.

Luzern, 10. Januar 2019

um die natürlichen Lebensgrundlagen i.S. des Nachhaltigkeitsgedankens über die Generationen weitergetragen wird.⁴⁶ Dieses in gewisser Weise romantisierende Modell⁴⁷ wird als Gegenpol zu industriellen Agrarbetrieben zu verstehen sein.

Der Bund geht davon aus, dass der bodenbewirtschaftende Familienbetrieb auch künftig die vorherrschende Betriebsform bleiben wird und dass neben grossen bzw. spezialisierten Betrieben weiterhin auch vielfältige, kleinbäuerliche Betriebe bestehen bleiben.⁴⁸ So existierten auch weitere Barrieren im Boden- und Pachtrecht, wodurch die Entwicklung nichtbäuerlicher Betriebe stark gehemmt werde.⁴⁹ Der Anteil nichtbäuerlicher Betriebe wird 1990 als «sehr klein» beschrieben, dabei ist von «Verwalterbetrieben» die Rede.⁵⁰

Der Bundesrat skizziert zwei mögliche Auslegungen, die bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe gemäss Art. 104 Abs. 2 BV abzugrenzen.⁵¹ Zum einen könne man den Begriff auf jene Betriebe eingrenzen, die den Vorstellungen einer vielfältigen und bäuerlichen Landwirtschaft der Gesellschaft entsprechen (z.B. Vielfalt an Kulturen und gehaltenen Tieren, persönliche Beziehung des Betriebsleiters zu den Tieren), und spezifische Ziele und Massnahmen zur Erhaltung dieser Art von Betrieben definieren. Zum anderen aber könne man von einer breiten Definition des Begriffs ausgehen und das Kriterium zur Festlegung, welche Betriebe nicht mit den agrarpolitischen Instrumenten unterstützt werden sollen, verwenden. Die bisherige Auslegung von Art. 104 Abs. 2 BV entspreche dieser zweiten Variante, und der Bundesrat sieht im Rahmen der AP 2014-2017 momentan keinen Anlass, diesbezüglich eine Änderung vorzunehmen.⁵² Dem wird zunächst zuzustimmen sein, erscheint eine Eingrenzung, die auf (unterschiedlichen) gesellschaftlichen Vorstellungen basiert, doch wenig objektivierbar und kaum brauchbar.

Insgesamt wird damit aber eine gewisse Benachteiligung nichtbodenbewirtschaftender bzw. nichtbäuerlicher Betriebe bewusst in Kauf genommen.⁵³ Während diese im Bereich der Direktzahlungen und Investitionshilfen durchsetzbar ist, lässt es sich allerdings nicht verhindern, dass auch speziell nichtbäuerliche Betriebe von den Massnahmen profitieren können. Dort, wo der Bund günstige Rahmenbedingungen für Produktion und Absatz schafft, wird ein Ausschluss kaum möglich sein, namentlich beim Grenzschutz, der Absatzförderung und Marktentlastung, aber auch den Branchenorganisationen sowie den Ergebnissen von Forschung und Berufsbildung.⁵⁴

⁴⁶ WILDISEN, S. 124.

⁴⁷ Vgl. nur HOFER, Kommentar BGGB, Art. 9 N 6.

⁴⁸ Botschaft AP 2014-2017, S. 2194.

⁴⁹ Botschaft AP 2002, S. 300.

⁵⁰ Siebter Landwirtschaftsbericht, Tabelle 10.

⁵¹ Botschaft AP 2014-2017, S. 2194.

⁵² Botschaft AP 2014-2017, S. 2194.

⁵³ Botschaft AP 2002, S. 300; Botschaft AP 2014-2017, S. 2194.

⁵⁴ Botschaft AP 2002, S. 300 f. Siehe auch VALLENDER/HETTICH, SG Kommentar zu Art. 104 BV, Rz. 17; OESCH, BSK Art. 104 BV N 33; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 104 BV N 8.

Luzern, 10. Januar 2019

3.4. Ausland

Ein kurzer Rechtsvergleich mit der Europäischen Union (EU) bzw. exemplarisch mit den einschlägigen Regelungen der deutschsprachigen Mitgliedstaaten Deutschland und Österreich könnte insbesondere semantisch zusätzliche Aufschlüsse bringen.

3.4.1. Europäische Union

Das Unionsrecht ist schon angesichts der Strukturvielfalt in den Mitgliedstaaten durch eine grundsätzliche Offenheit betreffend unterschiedliche Typen von landwirtschaftlichen Betrieben gekennzeichnet. Zentrale Rechtstexte der **Gemeinsamen Agrarpolitik (GAP)** stellen meist auf den Betriebsinhaber – welcher Art von Betrieb auch immer – ab.⁵⁵

3.4.2. Deutschland

Im bloss programmatische Bedeutung besitzenden deutschen **Landwirtschaftsgesetz (LwG) des Bundes** von 1955⁵⁶ ist undifferenziert von der «Landwirtschaft» die Rede.⁵⁷

Das gleiche gilt – soweit stichprobenartig zu sehen – auch für die Landwirtschaftsgesetze der deutschen Bundesländer. Exemplarisch soll kurz auf den differenzierten Zielkatalog des **Bayerischen Agrarwirtschaftsgesetzes (BayAgrarWiG)**⁵⁸ aus 2006 hingewiesen werden, in dem eine «nachhaltige, wettbewerbsfähige und multifunktionale Land- und Forstwirtschaft» im Mittelpunkt steht (Art. 1 Abs. 1 Ziff. 1, Abs. 2 Ziff. 1 BayAgrarWiG). Da der Gesetzgeber den Terminus der bäuerlichen Landwirtschaft (des bäuerlichen Familienbetriebs) nicht ausdrücklich verwendet, erfasst die Regelung landwirtschaftliche Betriebe in all ihren Betriebsformen, auch wenn es als unbestritten gilt, dass die Förderung der bäuerlich betriebenen Landwirtschaft zum bayerischen Weg der Agrarpolitik gehört.⁵⁹ Die «bäuerliche Landwirtschaft» wird dabei als überwiegend eigentumsorientierter Familienbetrieb definiert, in dem die natürliche Produktionsgrundlage Boden, unter Beachtung ökologischer Erfordernisse, sorgsam bearbeitet wird, die Viehhaltung überwiegend auf eigener Futtergrundlage erfolgt, die schadlose Beseitigung der anfallenden tierischen Exkremate (Stallmist, Gülle)

⁵⁵ Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. a («Betriebsinhaber») und lit. b («Betrieb») Verordnung (EU) Nr. 1307/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 mit Vorschriften über Direktzahlungen an Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe im Rahmen von Stützungsregelungen der Gemeinsamen Agrarpolitik, ABl. L 347/608.

Vgl. einzig «bäuerliche Freilandhaltung» in Anhang IX Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse, ABl. L 347/671.

⁵⁶ Dt. BGBl. I 1955, S. 565.

⁵⁷ Vgl. insbesondere § 1 LwG.

⁵⁸ Bayer. GVBl. S. 938.

⁵⁹ So PELHAK/DIPPOLD, Bayerisches Agrarwirtschaftsgesetz (BayAgrarWiG) Praktikerkommentar, München 2010, S. 114.

Luzern, 10. Januar 2019

auf den selbst bewirtschafteten Flächen möglich ist und die Weitergabe des ererbten Bodens ohne Qualitätsverlust an die Nachkommen höher bewertet wird als die Gewinnmaximierung (Prinzip der Nachhaltigkeit). Als weiteres Wesensmerkmal wird die Freiheit der bäuerlichen Familie genannt, über das Schicksal des Betriebes selbst zu entscheiden.⁶⁰ In den Diskussionen steht die «bäuerliche Landwirtschaft» als Gegenpol zur Massentierhaltung in Agrarfabriken im Mittelpunkt, demgegenüber die bayerische Politik auf dem Standpunkt steht, dass daneben auch der Grossbetrieb seine Berechtigung hat.⁶¹

3.4.3. Österreich

Das österreichische **Landwirtschaftsgesetz 1992 (LWG 1992)** des Bundes⁶² nimmt ausdrücklich auf die Bäuerlichkeit Bezug. Diese ist bereits im Langtitel des Gesetzes – «Bundesgesetz, mit dem Massnahmen zur Sicherung der Ernährung sowie zur Erhaltung einer flächendeckenden, leistungsfähigen, bäuerlichen Landwirtschaft getroffen werden» – vertreten.

Weiter normiert § 1 LWG 1992 als Ziel der Agrarpolitik

- die Erhaltung einer wirtschaftlich gesunden, leistungsfähigen, bäuerlichen Land- und Fortwirtschaft in einem funktionsfähigen ländlichen Raum (Ziff. 1); sowie
- die Erhöhung der Produktivität und Wettbewerbsfähigkeit der Landwirtschaft, insbesondere durch strukturelle Massnahmen, wobei auf eine leistungsfähige, umweltschonende, sozialorientierte, bäuerliche Landwirtschaft besonders Bedacht zu nehmen ist (Ziff. 4).

Der Begriff der «flächendeckenden leistungsfähigen, bäuerlichen Landwirtschaft» löste 1992 den noch in der Vorgängerregelung LWG 1976⁶³ zentralen Begriff des «wirtschaftlich gesunden Bauernstandes» ab.⁶⁴ In den Erläuternden Bemerkungen wird dazu auf das damals aktuelle Regierungsübereinkommen Bezug genommen, wo von einem Bekenntnis zu einer «flächendeckenden, bäuerlich strukturierten Land- und Forstwirtschaft» in Österreich und von der Sicherung «bäuerlicher Einkommen» die Rede ist.⁶⁵ Dabei wird davon ausgegangen, dass die Erhaltung des «bäuerlichen Familienbetriebes» zwar Ziel der Agrarpolitik Österreichs wie der EG sei, dabei aber besonders die ökologische, soziale, regionale und

⁶⁰ PELHAK/DIPPOLD, Kommentar BayAgrarWiG, S. 114.

⁶¹ PELHAK/DIPPOLD, Kommentar BayAgrarWiG, S. 113.

⁶² Österr. BGBl. Nr. 375/1992.

⁶³ Bundesgesetz, mit dem Massnahmen zur Sicherung der Ernährung sowie zur Erhaltung eines wirtschaftlich gesunden Bauernstandes getroffen werden (Landwirtschaftsgesetz 1976), österr. BGBl. Nr. 299/1976.

⁶⁴ Vgl. NORER, Landwirtschaftsgesetze – Grundgesetze für die Landwirtschaft? Österreich, Deutschland und die Schweiz im Rechtsvergleich, in: Calliess/Götz/Veit/Winkler (Hrsg.), Jahrbuch des Agrarrechts Band VI, Köln 2004, S. 264.

⁶⁵ 481 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVIII. GP, ErlBem. S. 1 f.

Luzern, 10. Januar 2019

überwirtschaftliche Bedeutung einer «bäuerlichen Land- und Forstwirtschaft» zu berücksichtigen sei.⁶⁶ Eine nähere Umschreibung des zentralen Bäuerlichkeitsbegriffs fehlt, dieser wird vielmehr vorausgesetzt.

4. Ergebnis

Der verfassungsrechtliche Begriff von den «bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betrieben» wird auf Ebene der BV nicht näher umschrieben. Da der Terminus auch gleichlautend im Gesetzesrecht Verwendung findet, ist eine Interpretation dort anzusetzen.

Während das Begriffsmerkmal «Betrieb» in der LBV umfassend definiert wird, muss bei «Bäuerlichkeit» und «Bodenbewirtschaftung» auf Landwirtschaftsberichte und Botschaften zurückgegriffen werden. Daraus ergibt sich, dass «bäuerlich» historisch an den in den Vorgängerregelungen verwendeten Begriff des «gesunden Bauernstandes» anknüpft. Diese ständische Konnotation mag in der heutigen «Bäuerlichkeit» nachklingen, als Sinnbild des von der Agrarpolitik (immer schon) verfolgten Leitbildes des «bodenbewirtschaftenden Familienbetriebs». Dieser Betriebstypus lässt sich zwar mittels verschiedener prägender Elemente umschreiben, gewinnt seine Kontur jedoch letztlich nur in einer negativen Abgrenzung, indem er dem Gegenpol des industriellen Agrarbetriebes gegenübergestellt wird. Diese Abgrenzung erfolgt juristisch naheliegend bei der Festlegung, welche Betriebe nicht mit dem agrarpolitischen Instrumentarium unterstützt werden sollen.

Insgesamt freilich erscheint der Begriff zu den Rändern hin diffus und stellt weniger einen Rechtsbegriff als ein politisches Leitbild dar. Dieses ist naturgemäss offen und kann von der Agrarpolitik bis zu einem gewissen Grad gemäss den jeweils aktuellen Herausforderungen und Entwicklungen situativ angepasst und umgesetzt werden.⁶⁷ Dieses Bild verfestigt sich mit Blick auf die EU und das deutschsprachige Ausland.

IV. Direktzahlungsrecht

Wie bereits gezeigt, wird der hier zu untersuchende Begriff insbesondere bei den Direktzahlungen umgesetzt, indem diese Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Leistungen auf den Betriebstypus des bodenbewirtschaftenden und bäuerlichen Betriebes als Voraussetzung (Art. 70a Abs. 1 lit. a LwG) eingeschränkt wird.

⁶⁶ 481 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVIII. GP, ErlBem. S. 3.

⁶⁷ Siehe auch HOFER, Übersicht über die landwirtschaftlichen Direktzahlungen, S. 153, wonach die Umschreibung des Begriffs «bäuerlich» oder vielmehr die Ausgrenzung nichtbäuerlicher Betriebe weitgehend dem Bundesrat überlassen bleibe.

Luzern, 10. Januar 2019

1. Direktzahlungsverordnung

Die Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung, DZV)⁶⁸ ist eine der ca. 50 Vollziehungsverordnungen zum LwG⁶⁹ und beruht auf Art. 70 ff. LwG. Sie regelt die Voraussetzungen und das Verfahren für die Ausrichtung von Direktzahlungen und legt die Höhe der Beiträge fest (Art. 1 Abs. 1 DZV).

1.1. Art. 3 Abs. 2 und 3 DZV

Art. 3 Abs. 2 und 3 DZV «Beitragsberechtigte Bewirtschafter und Bewirtschafterinnen» lauten:

² Natürliche Personen und Personengesellschaften, die den Betrieb einer Aktiengesellschaft (AG), einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) oder einer Kommanditaktiengesellschaft (Kommandit-AG) mit Sitz in der Schweiz als Selbstbewirtschafter oder Selbstbewirtschafterinnen führen, sind beitragsberechtigt, sofern:

- a. sie bei der AG oder der Kommandit-AG mittels Namenaktien über eine direkte Beteiligung von mindestens zwei Dritteln am Aktienkapital oder Grundkapital und an den Stimmrechten verfügen;
- b. sie bei der GmbH über eine direkte Beteiligung von mindestens drei Vierteln am Stammkapital und an den Stimmrechten verfügen;
- c. der Buchwert des Pächtervermögens und, sofern die AG oder die GmbH Eigentümerin ist, der Buchwert des Gewerbes oder der Gewerbe, mindestens zwei Drittel der Aktiven der AG oder der GmbH ausmacht.

³ Für Biodiversitäts- und Landschaftsqualitätsbeiträge sind auch juristische Personen mit Sitz in der Schweiz sowie Kantone und Gemeinden beitragsberechtigt, sofern sie Bewirtschafterinnen des Betriebs sind. Davon ausgenommen sind juristische Personen, bei denen davon ausgegangen werden kann, dass sie zur Umgehung der Altersgrenze oder der Ausbildungsanforderungen gegründet wurden.

Damit wird hinsichtlich der Beitragsberechtigung zwischen verschiedenen Arten juristischer Personen differenziert. Die Vorgängerregelung in der DZV 1998⁷⁰ schloss in Art. 2 Abs. 2 aDZV generell insbesondere juristische Personen (lit. a) sowie Bund, Kantone und Gemeinden (lit. b) vom Erhalt von Direktzahlungen aus. Beitragsberechtigt nach Abs. 3 war jedoch die natürliche Person oder die Personengesellschaft, die den Betrieb einer Kapitalgesell-

⁶⁸ SR 910.13.

⁶⁹ Siehe NORER, Agrarwirtschaftsrecht, in: Norer (Hrsg.), Handbuch zum Agrarrecht, Bern 2017, S. 58.

⁷⁰ Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung, DZV) vom 7. Dezember 1998, AS 1999 229.

Luzern, 10. Januar 2019

schaft (Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung) bewirtschaftet, an der sie über eine Mehrheitsbeteiligung verfügt und deren Aktiven zur Hauptsache aus dem landwirtschaftlichen Betrieb bestehen.

Mit der aktuellen DZV von 2013 wurde dann der heutige Art. 3 Abs. 2 eingefügt, Art. 3 Abs. 3 DZV folgte zum 1. Januar 2016⁷¹.

2. Analyse

In seiner Botschaft zur AP 2002 hält der Bundesrat – damals noch zu Art. 31^{octies} Abs. 2 aBV – ausdrücklich fest, dass die Verfassungsbestimmung den Bund verpflichtet, die bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe zu fördern und demnach auch direkt wirkende Unterstützungsmassnahmen (wie die allgemeinen Direktzahlungen und Investitionshilfen an Einzelbetriebe) strikt auf solche Betriebe beschränkt werden.⁷² Dadurch werde die Entwicklung nichtbäuerlicher Betriebe stark gehemmt, deren Anteil bereits heute – 1996 – sehr klein sei.⁷³

In diesem Sinne wird im Direktzahlungsrecht nicht – wie oben dargelegt – der beitragsberechtigte bäuerliche Betrieb positiv umschrieben⁷⁴, sondern eine Abgrenzung gegenüber nichtbäuerlichen Betrieben vorgenommen.

2.1. Juristische Personen

Diese Abgrenzung vermutet der Verordnungsgeber zuallererst bei den juristischen Personen. Hat die aDZV⁷⁵ noch die juristischen Personen ausdrücklich vom Beitragsbezug ausgeschlossen, so wird in Art. 3 Abs. 1 lit. a DZV zunächst einmal positiv auf die natürliche Person als Bewirtschafterin von Betrieben abgestellt. Im Umkehrschluss werden damit juristische Personen (sowie Bund, Kantone und Gemeinden) grundsätzlich ausgeschlossen.⁷⁶ Begründet wird dies u.a. damit, dass bei juristischen Personen die Weitergabe des Betriebs

⁷¹ AS 2015 4497.

⁷² Botschaft AP 2002, S. 300.

⁷³ So habe es 1990 insgesamt noch knapp 1'500 Verwalterbetriebe gegeben; Siebter Landwirtschaftsbericht, Tabelle 10.

⁷⁴ Botschaft AP 2002, S. 56.

⁷⁵ Art. 2 Abs. 2 lit. a aDZV.

⁷⁶ So auch HOFER, Der bäuerliche Betrieb, S. 29.

Luzern, 10. Januar 2019

von Generation zu Generation und die damit verbundene langfristige Sicht nicht gewährleistet wären, da die Zusammensetzung der Eigentümerschaft kurzfristig wechseln könne und die Anteilseigentümer sich nicht mit dem Betrieb identifizieren müssten.⁷⁷

Damit ist eine klare Grenzziehung möglich: Auf der einen Seite die beitragsberechtigten natürlichen Personen und Personengesellschaften⁷⁸, auf der anderen Seite die nicht beitragsberechtigten – weil (potentiell) nichtbäuerlichen – juristischen Personen. Dass dieser Ansatz zu kurz greift und mitunter den bäuerlichen Betrieben eine Betriebsführung in professionalisierten gesellschaftsrechtlichen Formen verwehrt, hat bereits seinerzeit der Verordnungsgeber der aDZV mit der Ausnahmeregelung berücksichtigt.⁷⁹

Die aktuelle Regelung des Art. 3 Abs. 2 DZV ermöglicht nun auch natürlichen Personen und Personengesellschaften den Betrieb einer AG, GmbH oder Kommandit-AG als Selbstbewirtschafter zu führen, wenn diverse Voraussetzungen (lit. a-c)⁸⁰ erfüllt sind, die allesamt sicherstellen sollen, dass sie über eine qualifizierte Mehrheitsbeteiligung daran verfügen.

Zentral dabei ist das Kriterium der «*Selbstbewirtschaftung*», das nur an dieser einzigen Stelle in der DZV Verwendung findet, ansonsten stellt die Verordnung auf den «Bewirtschafter»⁸¹ ab. Somit erscheint es naheliegend, dafür auf den Selbstbewirtschafterbegriff des Art. 9 BGG zurückzugreifen (dazu siehe unten). In der Praxis wird die Selbstbewirtschaftervoraussetzung bei einer ausserbetrieblichen Beschäftigung von mehr als 75 % als nicht mehr erfüllt angesehen (analog zu Art. 10 Abs. 1 lit. c LBV betreffend Betriebsgemeinschaft).⁸²

Weiter ist auf den 2016 eingefügten Art. 3 Abs. 2^{bis} DZV⁸³ hinzuweisen, wonach bestimmte natürliche Personen und Personengesellschaften im Fall der Pacht eines Betriebs von einer juristischen Person wiederum ausgeschlossen sind. Damit werden Betrieben nicht direktzahlungsberechtigter juristischer Personen, die an einen ihrer Inhaber verpachtet werden, keine Direktzahlungen mehr gewährt.⁸⁴

2.1.1. Ausnahme mittelbare Förderung

Wie bereits ausgeführt, ist seit je der (gänzliche) Ausschluss nichtbäuerlicher Betriebe bei nichteinzelbetrieblichen Massnahmen kaum möglich. Der Bundesrat erwähnt etwa die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für Produktion und Absatz (wie insbesondere

⁷⁷ HOFER, Der bäuerliche Betrieb, S. 25.

⁷⁸ Als Personengesellschaften gelten Rechtsgemeinschaften natürlicher Personen (einfache Gesellschaft, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft). Die Gesellschafter weisen ein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit aus dem Betrieb für Steuern und AHV aus; BLW, Weisungen und Erläuterungen 2018 vom Januar 2018 zur Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung, DZV; SR 910.13), S. 4.

⁷⁹ Art. 2 Abs. 3 aDZV.

⁸⁰ Dazu teilweise Weisungen und Erläuterungen 2018 DZV, S. 4 f.

⁸¹ Vgl. etwa Art. 3 Abs. 1 DZV.

⁸² Weisungen und Erläuterungen 2018 DZV, S. 4.

⁸³ AS 2015 4497.

⁸⁴ NORER/WASSERFALLEN, Agrarrecht. Entwicklungen 2015, Bern 2016, S. 25.

Luzern, 10. Januar 2019

Grenzschutz, Absatzförderung, Marktentlastung), Branchenorganisationen oder Ergebnisse aus Forschung und Berufsbildung.⁸⁵

Von den Folgen dieser Massnahmen profitieren unweigerlich auch juristische Personen, die hier schon rein faktisch nicht ausgeschlossen werden. Diese mittelbare Förderung ist folglich in Kauf zu nehmen.

2.1.2. Ausnahme unmittelbare Förderung

Anders verhält es sich, wenn juristische Personen ausnahmsweise ausdrücklich als direkt beitragsberechtigt zugelassen werden, wie das beim Bezug der Biodiversitäts- und Landschaftsqualitätsbeiträge in Art. 3 Abs. 3 DZV der Fall ist. Das trifft ebenso auf Kantone und Gemeinden zu, sofern sie Bewirtschafterinnen des Betriebs sind. Gleichzeitig wird auch die Umgehungsmöglichkeit bei der Altersgrenze oder fehlenden Ausbildung geschlossen.⁸⁶

Der Grund dieser Erweiterung wird darin gesehen, dass sich damit räumliche Lücken in Vernetzungs- oder Landschaftsqualitätsprojekten vermeiden lassen.⁸⁷ Systematisch bedeutet das ein Aufweichen der bisher verfolgten relativ stringenter Abgrenzung zwischen bäuerlichen und nichtbäuerlichen Betrieben im Direktzahlungsrecht.⁸⁸

2.2. Bewertung

Der Verordnungsgeber realisiert die Abgrenzung des bäuerlichen Betriebs zum nichtbäuerlichen Betrieb zuallererst durch den grundsätzlichen Ausschluss juristischer Personen von den Direktzahlungen. Gemessen an den (politischen) Merkmalen eines bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebs erscheint dieser Ausschluss juristischer Personen von den Direktzahlungen nachvollziehbar und i.S. der BV.⁸⁹

Dies umso mehr, als eine differenzierte Regelung sicherstellt, dass bäuerliche Familien-AG oder -GmbH⁹⁰ unter bestimmten strengen Voraussetzungen ausnahmsweise Berücksichtigung finden können.

Was die direkte Förderung nichtbäuerlicher Betriebe betrifft, so hat sich diese für den Bundesrat auf Massnahmen zu beschränken, die zur Erreichung der Ziele von Art. 104 Abs. 1

⁸⁵ Botschaft AP 2002, S. 300.

⁸⁶ NORER/WASSERFALLEN, Agrarrecht. Entwicklungen 2015, S. 25.

⁸⁷ Siehe <https://www.agrarbericht.ch/de/politik/direktzahlungen/anforderungen-fuer-direktzahlungen>.

⁸⁸ Kritisch in Bezug auf Art. 104 Abs. 2 BV RICHLI, Agrarrecht, in: Richli (Hsg.), Wirtschaftsstrukturrecht unter besonderer Berücksichtigung des Agrar- und Filmwirtschaftsrechts, 2. Aufl., Basel 2018, S. 274.

⁸⁹ So auch HOFER, Kommentar BGG, Art. 9 N 11e.

⁹⁰ So Botschaft AP 2014-2017, S. 2195.

Luzern, 10. Januar 2019

BV alle Betriebe betreffen müssen, insbesondere etwa die Förderung besonders naturnaher, umwelt- und tierfreundlicher Produktionsformen (Art. 104 Abs. 3 lit. b BV).⁹¹ Hier gesteht der Verordnungsgeber Ausnahmen hinsichtlich zweier Direktzahlungsarten (nämlich Biodiversitäts- und Landschaftsqualitätsbeiträge) zu, was nur unzureichend klar abgrenzbar erscheint. Steht insbesondere ein umwelt-, tierschützerischer oder struktureller Effekt, der mit der jeweiligen Direktzahlungsart verfolgt werden soll, im Vordergrund, kann es auch bei anderen Massnahmen angezeigt sein, auf dessen Erbringung durch nichtbäuerliche Betriebe ebenso wenig zu verzichten und diesen genauso Beiträge auszurichten.

2.3. Ausland

2.3.1. Europäische Union

Das GAP-Unionsrecht stellt betreffend Direktzahlungsberechtigung auf den Betriebsinhaberbegriff ab.⁹² Dieser wird als natürliche oder *juristische Person* oder eine Vereinigung natürlicher oder juristischer Personen definiert – ausdrücklich unabhängig davon, welchen rechtlichen Status diese Vereinigung und ihre Mitglieder aufgrund nationalen Rechts haben –, die eine landwirtschaftliche Tätigkeit ausübt (Art. 4 Abs. 1 lit. a VO 1307/2013).

Insofern ist der Ausschluss juristischer Personen nicht vorgesehen und besteht hier auch kein entsprechender Regelungsspielraum seitens der Mitgliedstaaten.

2.3.2. Deutschland

Dem folgend findet sich im deutschen Umsetzungsrecht kein Ausschluss juristischer Personen von den unionalen Direktzahlungen. Einzig der nationale Regelungsspielraum betreffend den «aktiven Betriebsinhaber» i.S. des Art. 9 VO 1307/2013 wird wahrgenommen.⁹³

⁹¹ Botschaft AP 2002, S. 301.

⁹² Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. a («Betriebsinhaber») VO 1307/2013. Siehe auch den «aktiven Betriebsinhaber» in Art. 9 VO 1307/2013.

⁹³ Vgl. Art. 5 Verordnung zur Durchführung der Direktzahlungen an Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe im Rahmen von Stützungsregelungen der Gemeinsamen Agrarpolitik (Direktzahlungen-Durchführungsverordnung – DirektZahlDurchfV), dt. BGBl. I 2014, S. 1690.

Luzern, 10. Januar 2019

2.3.3. Österreich

Ebenso werden auch im österreichischen Implementierungsrecht juristische Personen vom Bezug von Direktzahlungen nicht ausgeschlossen. Wiederum wird nur der nationale Spielraum betreffend den «aktiven Betriebsinhaber» i.S. des Art. 9 VO 1307/2013 wahrgenommen.⁹⁴

3. Ergebnis

Der auf Verfassungs- und Gesetzesstufe normierte Begriff der «bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe» wird im Direktzahlungsrecht auf Verordnungsebene durch den grundsätzlichen Ausschluss juristischer Personen von den Direktzahlungen umgesetzt. Juristische Personen als Betriebsinhaber gelten als nichtbäuerlich und damit nicht beitragsberechtigt. Diese klare Grenzziehung wird notwendigerweise für bäuerlich dominierte juristische Personen unter strengen Voraussetzungen durchbrochen.

Diese Regelung kann als tauglicher Versuch, dem Verfassungsauftrag gerecht zu werden, gewertet werden. Dies umso mehr, als die personelle Einheit von Investor, CEO und Arbeitskraft⁹⁵ als bestimmendes Element einer Bäuerlichkeit angesehen wird.

Diese bewusste Benachteiligung bestehender nichtbäuerlicher Betriebe bzw. der Versuch, solche erst gar nicht entstehen zu lassen, wird freilich nicht konsequent durchgehalten. Zum einen partizipieren auch nichtbäuerliche Betriebe unweigerlich von bestimmten Massnahmen (freilich ausserhalb des Direktzahlungsrechts), zum anderen hat der Bundesrat systematisch wenig überzeugend die direkte Teilnahme an ausgewählten ökologischen Direktzahlungen für juristische Personen geöffnet.

Aus einem Blick auf die EU und das deutschsprachige Ausland, die keinen Ausschluss juristischer Personen kennen, lässt sich nichts gewinnen.

V. Bäuerliches Bodenrecht

Eine weitere Umsetzung des hier zu untersuchenden Begriffs vom «bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betrieb» findet sich im bäuerlichen Bodenrecht.

⁹⁴ Vgl. Art. 8 Abs. 1 Ziff. 1 Bundesgesetz über die Durchführung der gemeinsamen Marktorganisationen (Marktordnungsgesetz 2007 – MOG 2007), österr. BGBl. I Nr. 55/2007.

⁹⁵ HOFER, Der bäuerliche Betrieb, S. 25; HOFER, Kommentar BGBB, Vorbem. zu Art. 6-10 N 44.

Luzern, 10. Januar 2019

1. Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht

Zentrale Zielsetzung des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB)⁹⁶ ist die Förderung des Eigentums am bewirtschafteten Boden. Grundlage bildet Art. 104 Abs. 3 lit. f BV, wonach der Bund ausdrücklich ermächtigt wird, Vorschriften zur Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes zu erlassen. *Hofer*⁹⁷ sieht auch eine mögliche Ableitung direkt aus Art. 104 Abs. 2 BV i.S. einer Förderung der bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe.

1.1. Art. 1 Abs. 1 lit. a und b BGBB

Art. 1 Abs. 1 lit. a und b BGBB «Zweck und Gegenstand» lautet:

¹ Dieses Gesetz bezweckt

- a. das bäuerliche Grundeigentum zu fördern und namentlich Familienbetriebe als Grundlage eines gesunden Bauernstandes und einer leistungsfähigen, auf eine nachhaltige Bodenbewirtschaftung ausgerichteten Landwirtschaft zu erhalten und ihre Strukturen zu verbessern;
- b. die Stellung des Selbstbewirtschafters [...] beim Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe und Grundstücke zu stärken;

Bereits der Zweckartikel nimmt ausdrücklich auf den bäuerlichen Familienbetrieb Bezug und stellt diesen Betriebstypus in den Mittelpunkt der folgenden Regelungen.

1.2. Art. 9 BGBB

Art. 9 BGBB «Selbstbewirtschafteter» lautet:

¹ Selbstbewirtschafteter ist, wer den landwirtschaftlichen Boden selber bearbeitet und, wenn es sich um ein landwirtschaftliches Gewerbe handelt, dieses zudem persönlich leitet.

² Für die Selbstbewirtschaftung geeignet ist, wer die Fähigkeiten besitzt, die nach landesüblicher Vorstellung notwendig sind, um den landwirtschaftlichen Boden selber zu bearbeiten und ein landwirtschaftliches Gewerbe persönlich zu leiten.

⁹⁶ SR 211.412.11.

⁹⁷ HOFER, Der bäuerliche Betrieb, S. 31.

Luzern, 10. Januar 2019

Nach dem in Art. 9 BGG verankerten Selbstbewirtschaftersprinzip sollen nur solche Nachfrager in den Besitz von Kulturland kommen, welche dieses auch tatsächlich selber bewirtschaften.⁹⁸ Mit dieser Verbindung von Eigentum und Bewirtschaftung bezweckt das BGG – in Abweichung des verfassungsmässigen Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit – einen Beitrag zur Sicherstellung einer flächendeckenden Bewirtschaftung.⁹⁹ Ein weiteres Ziel, das sich mittels Selbstbewirtschaftersprinzip erreichen lässt, ist die Eigentumsstreuung und damit die Verhinderung der Kumulation grosser Anteile des landwirtschaftlichen Grundeigentums bei Kapitalgesellschaften.¹⁰⁰

2. Analyse

Das BGG stärkt die Stellung des Selbstbewirtschafters beim Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe und Grundstücke und will so das bäuerliche Grundeigentum fördern und namentlich Familienbetriebe als Grundlage einer auf nachhaltige Bodenbewirtschaftung ausgerichteten Landwirtschaft erhalten und ihre Struktur verbessern.¹⁰¹ Folglich wird das Selbstbewirtschaftersprinzip als Instrument des BGG zur Förderung der bäuerlichen Betriebe entsprechend dem Auftrag von Art. 104 Abs. 2 BV angesehen.¹⁰² Der Bundesrat nennt denn auch als eine der Schranken unter den agrarpolitischen Massnahmen, die das Entstehen nichtbäuerlicher Betriebe unattraktiv machen oder ganz verhindern, unter dem Schlagwort der Eigentumsförderung das Selbstbewirtschaftersprinzip im bäuerlichen Bodenrecht.¹⁰³

Das BGG selber äussert sich indessen nicht zum Begriff des Selbstbewirtschafters und die Anforderungen, die ein solcher erfüllen muss. Vielmehr lassen sich diese gemäss *Hofer* aus anderen landwirtschaftsrelevanten Erlassen entnehmen: «Die Anforderungen von LBV und DZV an die Person des bäuerlichen Bewirtschafters können direkt als Anforderungen an den Selbstbewirtschafters nach Art. 9 BGG übernommen werden.»¹⁰⁴

⁹⁸ HOFER, Kommentar BGG, Art. 9 N 2.

⁹⁹ HOFER, Kommentar BGG, Art. 9 N 2 sowie N 5; NEF, Der Selbstbewirtschafters im Bodenrecht, BIAR 1989, S. 93.

¹⁰⁰ HOFER, Kommentar BGG, Art. 9 N 6. RICHLI, Landwirtschaftliches Gewerbe und Selbstbewirtschaftung – zwei zentrale Begriffe des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht, AJP 1993, S. 1066 f., weist auf die Eindämmung von Spekulationsmöglichkeiten hin; auch RICHLI, Agrarrecht, S. 328.

¹⁰¹ HOFER, Der bäuerliche Betrieb, S. 31.

¹⁰² HOFER, Kommentar BGG, Vorbem. zu Art. 6-10 N 46c und Art. 9 N 5.

¹⁰³ Botschaft AP 2002, S. 56 f.

¹⁰⁴ HOFER, Kommentar BGG, Art. 9 N 11f, wonach die Erfüllung dieser Anforderungen jedoch nur notwendig, aber nicht hinreichend sei.

Luzern, 10. Januar 2019

2.1. Persönliche Mitarbeit und Leitung

Wer ein landwirtschaftliches Grundstück oder Gewerbe erwerben will, muss den Willen und die Fähigkeiten haben, dieses selber zu bewirtschaften. Das bedeutet, dass der Betriebsleiter auch tatsächlich seine Arbeitskraft auf dem Betrieb einsetzt.¹⁰⁵ Art. 9 Abs. 1 BGGb verlangt demnach vom Selbstbewirtschafter ein gewisses Mass an *persönlicher Mitarbeit*. Wenn es sich um ein landwirtschaftliches Gewerbe handelt, muss sich dieses unter der *persönlichen Leitung* des Selbstbewirtschafters befinden.¹⁰⁶

Letzteres Kriterium erfüllen nur jene Betriebsleiter, welche die wichtigsten, insbesondere strategischen betrieblichen Entscheide – etwa über Investitionen, Anbaupläne und Zuchtprogramme – selber treffen und hierfür auch das wirtschaftliche Risiko tragen.¹⁰⁷

Die Tragung des wirtschaftlichen Risikos genügt aber nicht; vielmehr bedarf es über die Betriebsleitung hinaus einer eigenen, persönlichen Mitarbeit. Diese persönliche Arbeit als essentielle Anforderung an den Selbstbewirtschafter wird aus der Formulierung «wer den landwirtschaftlichen Boden selber bearbeitet» in Art. 9 Abs. 1 BGGb abgeleitet.¹⁰⁸ Den Boden zu bearbeiten bedeutet für das Bundesgericht, die im Betrieb anfallenden Arbeiten auf dem Feld, im Stall, auf dem Hof (inklusive Administrativarbeiten) und im Zusammenhang mit der Vermarktung der Produkte zu einem wesentlichen Teil selber zu verrichten.¹⁰⁹ Damit gelten nicht als Selbstbewirtschafter:

- Wer zwar auf dem Betrieb wohnt und das ökonomische Risiko trägt, aber keine eigene Mitarbeit leistet («Gentleman-Farmer»)¹¹⁰
- Wer ausserhalb des landwirtschaftlichen Betriebes einer Erwerbstätigkeit nachgeht und den grössten Teil der betrieblichen Arbeiten etwa an Lohnunternehmen vergibt («Telefonbauer»)¹¹¹
- Wer zwar Eigentümer eines landwirtschaftlichen Betriebes ist, auf demselben mitarbeitet und das wirtschaftliche Risiko trägt, die mit der Betriebsleitung verbundenen Entscheide jedoch – beispielsweise aufgrund mangelnder Kenntnis oder Entscheidungskraft – einer anderen Person überlässt.¹¹²

¹⁰⁵ HOFER, Der bäuerliche Betrieb, S. 32.

¹⁰⁶ HOFER, Kommentar BGGb, Art. 9 N 11f sowie N 16c. Vgl. BGE 107 II 30, E. 2; BGE 115 II 181, E. 2.a).

¹⁰⁷ HOFER, Kommentar BGGb, Art. 9 N 12.

¹⁰⁸ HOFER, Kommentar BGGb, Art. 9 N 16c.

¹⁰⁹ BGE 138 III 548, E. 7.2.1. m.w.N.

¹¹⁰ Votum Nussbaumer, Amtl. Bull. NR 1991, S. 111; HOFER, Kommentar BGGb, Art. 9 N 13 und 18.

¹¹¹ HOFER, Kommentar BGGb, Art. 9 N 18.

¹¹² HOFER, Kommentar BGGb, Art. 9 N 15.

Luzern, 10. Januar 2019

Der *Umfang* der vom Bewirtschafter zu erbringenden Eigenleistung, um als Selbstbewirtschafter qualifiziert werden zu können, ist abhängig von der Betriebsgrösse. Während bei Kleinbetrieben quasi die ganze anfallende Arbeit durch den Bewirtschafter und dessen Familienangehörigen erbracht werden soll, muss bei Betrieben mit mehr als 1,5 SAK der grösste Teil der Arbeitskraft des Selbstbewirtschafters und dessen Familie auf dem Betrieb eingesetzt werden.¹¹³ Nicht zu den betrieblichen Arbeiten gerechnet werden hierbei Arbeiten, die «bei landesüblicher Bewirtschaftung» an Lohnunternehmer vergeben werden, wobei hierbei insbesondere der Einsatz von teuren Spezialmaschinen als zulässig erachtet wird.¹¹⁴ Der Begriff des Selbstbewirtschafters erweist sich somit als dynamisch.

2.2. Juristische Person

Gemäss Art. 4 Abs. 2 BGGB gelten die Bestimmungen über die landwirtschaftlichen Gewerbe – und entsprechend auch die Erfordernisse der Selbstbewirtschaftung – auch für Mehrheitsbeteiligungen an juristischen Personen, deren Aktiven zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe bestehen. Eine juristische Person kann demnach als Selbstbewirtschafterin nur auftreten, wenn die Eigentümer der Mehrheit der Beteiligungsrechte selber die Voraussetzungen als Selbstbewirtschafter erfüllen.¹¹⁵ Im Resultat muss also das Gewerbe, welches das Hauptaktivum der juristischen Person bildet, wiederum durch den Bewirtschafter als Mehrheitseigner der Anteile an derselben selber bewirtschaftet werden.¹¹⁶

2.3. Bewertung

Das Selbstbewirtschafterprinzip des Art. 9 BGGB wird im bäuerlichen Bodenrecht nicht näher umschrieben, es wird aber auf die eigenhändige («selber») Bearbeitung des Bodens und «persönliche» Leitung beim landwirtschaftlichen Gewerbe abgestellt.

Rechtsprechung und Literatur leiten daraus ab, dass die Tragung des wirtschaftlichen Risikos durch den Selbstbewirtschafter nicht ausreicht, sondern es darüber hinaus einer tatsächlichen, persönlichen Mitarbeit bedarf.

Diese Anforderung stellt mit der zwingenden persönlichen Mitarbeit des Betriebsinhabers ein wesentliches Element eines bäuerlichen Betriebs sicher und kann damit als Erfüllung

¹¹³ HOFER, Kommentar BGGB, Art. 9 N 18.

¹¹⁴ HOFER, Kommentar BGGB, Art. 9 N 17 m.w.N.

¹¹⁵ Vgl. BGE 140 II 233, E. 3.2.2 m.w.H.

¹¹⁶ Vgl. HOFER, Kommentar BGGB, Art. 9 N 21 f.; siehe auch SCHMID-TSCHIRREN/BANDLI, Kommentar BGGB, Art. 4 N 6.

Luzern, 10. Januar 2019

des verfassungsgesetzlichen Auftrags in Art. 104 Abs. 3 lit. f BV (und wohl auch Art. 104 Abs. 2 BV) gesehen werden.

2.4. Ausland

2.4.1. Europäische Union¹¹⁷

Das landwirtschaftliche Grund(stück)verkehrsrecht fällt in die Kompetenz der Mitgliedstaaten, wobei Deutschland und Österreich umfangreiche Regelungen auf Landesebene vorsehen. Demnach bedürfen gewisse Rechtsgeschäfte unter Lebenden (Eigentumsübertragung, Fruchtgenuss, Verpachtung etc.) an einem landwirtschaftlichen Grundstück zu ihrer Gültigkeit einer grund(stück)verkehrsbehördlichen Genehmigung. Diese ist i.d.R. zu erteilen, wenn das betreffende Rechtsgeschäft dem allgemeinen Interesse an der Erhaltung, Stärkung oder Schaffung eines leistungsfähigen Bauernstandes nicht widerspricht. In diesem Rahmen kannten bisher viele Regelungen den besonderen Versagungsgrund der Selbstbewirtschaftung.

Dieser Versagungsgrund wurde 2003 vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) im Fall des Erwerbs von Agrarland durch ausländische Investoren anhand der Grundfreiheiten der Kapitalverkehrsfreiheit und Niederlassungsfreiheit geprüft. Anlassfall war der bekannte Entscheid in der Rechtssache Ospelt und Schlössle Weissenberg Familienstiftung.¹¹⁸ Der EuGH bestätigte dort zwar im Wesentlichen die Ziele des Vorarlberger Grundverkehrsgesetzes, kam aber zum Schluss, dass die Kapitalverkehrsfreiheit es verbiete, dass eine solche Genehmigung in jedem Fall versagt wird, wenn der Erwerber die betreffenden Grundstücke nicht selbst im Rahmen eines landwirtschaftlichen Betriebes bewirtschaftet.

2.4.2. Deutschland und Österreich

Aufgrund der mit diesem Fall sich ausdifferenzierenden Rechtsprechungslinie des EuGH mussten zahlreiche nationale Regelungen entsprechend revidiert werden. Das Gebot der Selbstbewirtschaftung im Bodenrecht der EU-Mitgliedstaaten wird seitdem als unverhältnismässig und damit unzulässig anzusehen sein.

¹¹⁷ Statt vieler vgl. HOLZER, Agrarrecht, 4. Aufl., Wien/Graz 2018, S. 414 ff.

¹¹⁸ EuGH Rs. C-452/01, Slg. 2003, I-9743. Die liechtensteinische Staatsbürgerin Ospelt war Eigentümerin einer landwirtschaftlichen Liegenschaft in Vorarlberg, die an einen Landwirt verpachtet war. Frau Opselt wollte diese Liegenschaft an die Schlössle Weissenberg Familienstiftung in Liechtenstein übertragen, wobei seitens der Stiftung beabsichtigt war, die Liegenschaft nicht selbst zu bewirtschaften, sondern weiterhin zu verpachten. Die Vorarlberger Grundverkehrsbehörden untersagten diesen Verkauf unter Hinweis auf die mangelnde Eigenbewirtschaftung, und zwar auch dann, wenn das Grundstück bereits vom bisherigen Eigentümer nicht selbst bewirtschaftet worden ist.

Luzern, 10. Januar 2019

3. Ergebnis

Der auf Verfassungsstufe normierte Begriff der «bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe» bzw. des «bäuerlichen» Grundbesitzes wird im bäuerlichen Bodenrecht durch die Selbstbewirtschafterpflicht umgesetzt.

Diese erfordert eine persönliche Eigenleistung des Bewirtschafters, die über die blossе Tragung des ökonomischen Risikos hinausgeht. Der genaue Umfang derselben ist allerdings von Grösse und Ausrichtung des Betriebs abhängig und erscheint damit aufgrund seiner Dynamik ziemlich diffus. Jedenfalls ist der Einsatz von Lohnunternehmen nicht (gänzlich) ausgeschlossen.

Im Gegensatz zur Schweiz ist in der EU und im deutschsprachigen Ausland aufgrund der EuGH-Rechtsprechung das Erfordernis der Selbstbewirtschaftung unzulässig, wenn der Erwerber anders (z.B. durch Verpachtung) sicherstellen kann, dass die landwirtschaftliche Fläche weiterhin bewirtschaftet wird.

VI. Synthese

Es stellt sich die Frage, ob der Begriff des «bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebes», wie er im Verfassungsrecht niedergelegt ist, in seiner bisher gepflogenen Interpretation angesichts der aktuellen Fragen aufrechterhalten werden soll. Die gewonnenen Erkenntnisse sollen nun auf die beiden eingangs skizzierten Themen der Gewährung bzw. Nichtgewährung von Direktzahlungen an juristische Personen sowie die «Landwirtschaft von morgen» angewendet werden.

1. Beitragsberechtigung juristischer Personen an Direktzahlungen

1.1. Ausschluss

Der grundsätzliche Ausschluss juristischer Personen als (potentiell) nichtbäuerliche Betriebe ist systematisch klar, die Ausnahme betreffend bäuerliche Familien-AGs oder -GmbHs sinnvoll. Diese Festlegung lässt sich mit den Kriterien, anhand derer die Umsetzung des Verfassungsauftrags gemessen werden kann, vereinbaren.

Luzern, 10. Januar 2019

Zu alternativen Umsetzungsmöglichkeiten der Förderung bodenbewirtschaftender bäuerlicher Betriebe siehe hinten Punkt VII.4.

1.2. Totalzulassung

Eine zu diskutierende Öffnung für juristische Personen kann primär auf dem Argument aufbauen, dass die juristische Person dieselben Leistungen wie die natürliche Person erbringt und damit ebenso zur Erreichung des Massnahmenziels beiträgt.

Die bisher gepflogene Umsetzung über den Totalausschluss juristischer Personen erscheint aus Sicht des LwG-Gesetzgebers 1998 absolut sachgerecht. Damals ging es vorrangig darum, nichtbäuerliche Betriebe von den seinerzeitigen einzelbetrieblichen Direktzahlungen auszuschliessen, die noch sehr stark auf die wirtschaftliche Unterstützung des Betriebs ausgerichtet waren und wenn dann nur untergeordnet multifunktionale Gemeinwohlleistungen verfolgten.

Es dominierten die allgemeinen Direktzahlungen (Art. 72 ff. LwG i.d.F. 1998: Flächenbeiträge, Beiträge für die Haltung rauhfuttermittelfressender Nutztiere, Beiträge für die Tierhaltung unter erschwerenden Produktionsbedingungen, Hangbeiträge) und selbst die ökologischen Direktzahlungen (Art. 76 f. LwG i.d.F. 1998: Ökobeiträge¹¹⁹, Sömmerungsbeiträge¹²⁰) wiesen kaum über den Landwirtschaftssektor hinaus.

Diese aufgrund des damaligen Direktzahlungssystems erklärable Abgrenzung nichtbäuerlicher Betriebe erscheint vor dem Hintergrund der vielfältigen abgegoltenen Leistungen von Allgemeininteresse heute als nicht mehr stimmig. Bezeichnenderweise konnte bereits damals der Bundesrat im Interesse einer flächendeckenden ökologischen Bewirtschaftung bestimmte Ökobeiträge auch für nichtbäuerliche Betriebe vorsehen (Art. 76 Abs. 2 LwG i.d.F. 1998).

Insofern könnte heute die Beitragsberechtigung – wie in der EU – für juristische Personen grundsätzlich geöffnet werden (zumindest bei den deutlich über den Landwirtschaftssektor hinausweisenden Massnahmen, also vielleicht nicht bei den Übergangsbeiträgen und allenfalls Ressourceneffizienzbeiträgen). Damit würde die derzeitige systematisch unbefriedigende Öffnung nur für Biodiversitäts- und Landschaftsqualitätsbeiträge beseitigt.

Diese Vorgangsweise könnte als mit Art. 104 Abs. 2 BV vereinbar angesehen werden, als dann der Bund zuvorderst nicht mehr die bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe fördert sondern für die Erbringung öffentlicher Leistungen, die eben auch – aber nicht nur – durch Landwirte erbracht werden, zahlt.

¹¹⁹ Für besonders naturnahe, umwelt- und tierfreundliche Produktionsformen.

¹²⁰ Für Schutz und Pflege der Kulturlandschaft.

Luzern, 10. Januar 2019

1.3. Teilzulassung

Diskutabel erscheint aber auch eine blosser Teilzulassung von juristischen Personen für bestimmte Direktzahlungsarten oder -konstellationen, wie sie mit Art. 3 Abs. 3 DZV bereits bei den Biodiversitäts- und Landschaftsqualitätsbeiträgen vorgenommen worden ist.

Um eine solche Teilzulassung systematisch sauber begründen zu können, ist ein übergeordnetes einheitliches Argumentarium zu entwickeln. Denkbar wäre eine solche Öffnung insbesondere dann, wenn in einer Interessenabwägung zwischen gesteigerter Zielerreichung durch Teilnahme auch juristischer Personen und Beschränkung der Unterstützung auf bäuerliche Betriebe das erstere Interesse (deutlich) überwiegt. Das könnte dann der Fall sein, wenn weniger die wirtschaftliche Prosperität eines Betriebes im Vordergrund einer Massnahme steht denn ein übergeordnetes Interesse, das über den Landwirtschaftssektor deutlich hinausgeht.¹²¹

Die aktuellen Direktzahlungen gemäss Art. 70 Abs. 2 LwG umfassen folgende Beiträge und Zielsetzungen:

- Kulturlandschaftsbeiträge (Art. 71 LwG): Erhaltung einer offenen Kulturlandschaft;
- Versorgungssicherheitsbeiträge (Art. 72 LwG): Erhaltung einer sicheren Versorgung der Bevölkerung mit Nahrungsmitteln;
- Biodiversitätsbeiträge (Art. 73 LwG): Förderung und Erhaltung der Biodiversität;
- Landschaftsqualitätsbeiträge (Art. 74 LwG): Erhaltung, Förderung und Weiterentwicklung vielfältiger Kulturlandschaften;
- Produktionssystembeiträge (Art. 75 LwG): Förderung besonders naturnaher, umwelt- und tierfreundlicher Produktionsformen;
- Ressourceneffizienzbeiträge (Art. 76 LwG): Förderung der nachhaltigen Nutzung von Ressourcen wie Boden, Wasser und Luft sowie zur Verbesserung der Effizienz beim Einsatz von Produktionsmitteln;
- Übergangsbeiträge (Art. 77 LwG): Gewährleistung einer sozialverträglichen Entwicklung.

Angesichts der derzeitigen Ausgestaltung des Direktzahlungssystems mit einer Massnahme pro Ziel¹²² treten die damit verfolgten Zwecke deutlich zutage. Ausgehend von der

¹²¹ Beachte HOFER, Übersicht über die landwirtschaftlichen Direktzahlungen, S. 153, wonach der Verfassungssatzartikel nicht ausschliesse, dass dort, «wo dies im Interesse der Zielerreichung liegt», bestimmte Massnahmen auch auf die nichtbäuerlichen Betriebe ausgedehnt werden. A.A. in Bezug auf die damalige Möglichkeit, bestimmte Ökobeiträge auch für nichtbäuerliche Betriebe vorzusehen FRAOJA, Constitutionnalité des normes relatives au cercle des bénéficiaires des paiements directs, BIAR 1998, S. 174 ff.

¹²² Vgl. z.B. Weiterentwicklung des Direktzahlungssystems. Bericht des Bundesrates vom 6. Mai 2009, S. 85 f. und 140 f.; BÖTSCH, Zukünftige Direktzahlungssysteme: Schweiz, in: Norer (Hrsg.), Agrarische Direktzahlungen – rechtliche Aspekte in Konzeption und Vollzug. Tagungsband der 2. Luzerner Agrarrechtstage 2010, Zürich/St. Gallen 2011, S. 94 f.

Luzern, 10. Januar 2019

Annahme, dass die Zulassung auch juristischer und damit potentiell nichtbäuerlicher Betriebe zu einer verbesserten, weil vermehrten Zielerreichung führen würde – also zu mehr offener Kulturlandschaft, Versorgungssicherheit, Biodiversität, vielfältiger Kulturlandschaft, ökologischen Produktionsformen und Ressourceneffizienz (einzig die Übergangsbeiträge weisen nicht über den Landwirtschaftssektor hinaus) – wird deutlich, dass auf dieser Basis keine vernünftige Abgrenzung machbar ist.

Die direkte Förderung juristischer Personen (wie sie – in der Sache gut gemeint – bei den Biodiversitäts- und Landschaftsqualitätsbeiträgen erfolgt ist) ist letztlich als systematisch fragwürdig zu bewerten.

2. Bewirtschafter und Selbstbewirtschafter

In Bezug auf die Frage einer «Landwirtschaft von morgen», schon aufgrund des Einsatzes digitalisierter Techniken insbesondere gekennzeichnet durch den verstärkten Einsatz von Lohnunternehmen, stellt sich die Frage, inwieweit die persönliche tatsächliche Mitarbeit eines Betriebsinhabers als Merkmal eines bäuerlichen Betriebes gefordert wird.

Nach allgemeinem Sprachgebrauch bedeuten «bewirtschaften» und «selbst bewirtschaften» eine landwirtschaftliche Tätigkeit, durch die ein Haupt- oder Nebeneinkommen als Grundlage der wirtschaftlichen Existenz des Landwirtes und seiner Familie erzielt werden soll.¹²³ Das einschlägige Recht unterscheidet jedoch zwischen der «Bewirtschaftung» in Art. 3 DZV und der «Selbstbewirtschaftung» in Art. 9 BGBB.

2.1. Bewirtschafter

2.1.1. Schweiz

Was die *Bewirtschaftung* betrifft, normieren Art. 70 Abs. 1 LwG und Art. 3 Abs. 1 DZV die Bewirtschafter und Bewirtschafterinnen von Betrieben als beitragsberechtigt. Als Bewirtschafter gilt gemäss Art. 2 Abs. 1 LBV, wer einen Betrieb auf eigene Rechnung und Gefahr führt und damit das Geschäftsrisiko trägt.

Die entsprechenden Weisungen verlangen mit Bezug auf die Person des Bewirtschafters nur, dass dieser handlungsfähig sein und den Betrieb auf eigene Rechnung und Gefahr bewirtschaften muss.¹²⁴ Der Bewirtschafterbegriff verlangt somit – rein sprachlich – nicht,

¹²³ BGE 115 II 181, E. 2a).

¹²⁴ BLW, Weisungen und Erläuterungen 2018 vom November 2017 zur Verordnung über landwirtschaftliche Begriffe und die Anerkennung von Betriebsformen (Landwirtschaftliche Begriffsverordnung, LBV; SR 910.91), S. 2.

Luzern, 10. Januar 2019

dass der Bewirtschafter auch tatsächlich selbst Hand anlegt.¹²⁵ Entscheidend ist vielmehr, dass der Bewirtschafter das geschäftliche Risiko trägt.

Einzig vorausgesetzt wird, dass mindestens 50 % der für die Bewirtschaftung des Betriebs erforderlichen Arbeiten mit betriebseigenen Arbeitskräften ausgeführt werden (Art. 6 Abs. 1 DZV). Diese Vorschrift soll sich gegen Betriebsleiter richten, die weder selber in wesentlichem Ausmass auf dem Betrieb arbeiten noch Angestellte beschäftigen, sondern die Arbeiten weitgehend durch Lohnunternehmen erledigen lassen (sog. Telefonbauern).¹²⁶ Sie schliesst eine Bewirtschaftung ausschliesslich durch Lohnunternehmer aus, bewirkt aber nicht, dass der Bewirtschafter selber auf dem Betrieb arbeiten muss, da auch die Angestellten zu den betriebseigenen Arbeitskräften zählen.¹²⁷

Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) interpretiert den Bewirtschafterbegriff der LBV so, dass als Bewirtschafter nur gelten könne, wer einen Betrieb tatsächlich und unabhängig führt. Darunter versteht es, dass diejenige Person, die das wirtschaftliche Risiko trägt, im Betrieb eine massgebende Funktion bei Führung und Entscheidfällung einnimmt (Betriebsleitung) sowie «eine aktive Rolle im täglichen Geschehen ausübt und selber Hand anlegt».¹²⁸ Eine bloss gelegentliche Mithilfe genüge nicht, die Bewirtschaftung umfasse mit Verweis auf weitere Rechtsprechung sowohl die geistige Auseinandersetzung mit dem betrieblichen Geschehen als auch die praktische Ausführung.¹²⁹ Abschliessend hält das Gericht fest: «Für die Anspruchsberechtigung auf Direktzahlungen ist demnach eine wirtschaftliche Sichtweise der Verhältnisse massgebend. Namentlich stehen dabei die Fragen nach dem Träger des unternehmerischen Risikos sowie nach der für die Produktion entscheidenden Arbeitskraft und Investitionen im Zentrum. Primär ist dabei von Bedeutung, dass die Bewirtschafter die Voraussetzungen von Art. 2 LBV erfüllen und für den Bezug von Direktzahlungen den Anforderungen von Art. 2 DZV genügen.»¹³⁰

2.1.2. Europäische Union

In der EU wird – wie gezeigt – auf die Ausübung einer landwirtschaftlichen Tätigkeit durch den Betriebsinhaber abgestellt (Art. 4 Abs. 1 lit. a VO 1307/2013). Eine persönliche Mitarbeit wird nicht gefordert.

Beispielhaft sei auf ein Erkenntnis des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes (VwGH)¹³¹ hingewiesen, der – noch vor der europarechtlichen Regelung des aktiven Be-

¹²⁵ Führt etwa ein Verwalter den Betrieb im Angestelltenverhältnis, so ist nicht er, sondern der Eigentümer, auf dessen Rechnung der Betrieb läuft, der Bewirtschafter; vgl. Weisungen und Erläuterungen 2018 LBV, S. 2.

¹²⁶ So HOFER, Der bäuerliche Betrieb, S. 34.

¹²⁷ Weisungen und Erläuterungen 2018 DZV, S. 7; HOFER, Kommentar BGEB, Vorbem. zu Art. 6-10 N 46b.

¹²⁸ BVGer B-649/2016 vom 23.08.2017, E. 5.1.

¹²⁹ BGer 2A.237/1997 vom 13.02.1998, E. 2a; BVGer B-470/2014 vom 11.07.2016, E. 3.1.3; B-1055/2009 vom 30.04.2010, E. 3.4.1; B 2225/2006 vom 14.08.2007, E. 4.2.2; B-2231/2006 vom 13.07.2007, E. 3.1 m.w.H.

¹³⁰ BVGer B-649/2016 vom 23.08.2017, E. 5.1.

¹³¹ VwGH 4.9.2003, 2003/17/0094; zum Erfordernis der Bewirtschaftung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, das vom nationalen Richter zu beurteilen ist, vgl. auch EuGH Rs. C-61/09, insbesondere Rz. 69.

Luzern, 10. Januar 2019

triebsinhabers – auf Grundlage des damaligen Betriebsbegriffs der EU den Standpunkt vertreten hat, dass weder das Vorhandensein von Wirtschaftsgebäuden, noch von Maschinen und Geräten für das Vorliegen eines landwirtschaftlichen Betriebes zwingend erforderlich sei.¹³² Eine auf Dauer angelegte organisierte Produktionsgelegenheit könne demnach durchaus im Wege einer auf Dauer angelegten organisierten Zusammenfassung von Liegenschaftseigentum mit Forderungsrechten und wirtschaftlichen Optionen (wie Sachkenntnis im Produktions- und Vermarktungsbereich), welche die sonstigen für die Produktion benötigten Ressourcen sicherstellen, gebildet werden. Der Betrieb könne daher vom Betriebsinhaber selbst oder in dessen Auftrag und Namen sowie für dessen Rechnung und Gefahr von einem Dritten verwaltet werden. Die wirtschaftliche und rechtliche Zurechnung des Unternehmerrisikos müsse auch nach aussen (etwa anhand von Rechnungsbelegen und sonstigen Geschäfts- und Buchhaltungsunterlagen) in Erscheinung treten.

2.2. Selbstbewirtschafter

2.2.1. Schweiz

Was die *Selbstbewirtschaftung* angeht, wird ein – im Umfang von der Betriebsgrösse abhängiges – Mass an persönlicher Mitarbeit (bzw. bei einem landwirtschaftlichen Gewerbe die persönliche Leitung) verlangt.

Bei juristischen Personen müssen die Personen, welche Eigentümer der Mehrheitsbeteiligung sind, die Anforderungen an einen Selbstbewirtschafter erfüllen. Eine mit der Agrarpolitik ab 2022 (AP22+) geplante Anpassung des BGGB auf juristische Personen sieht in einem neuen Art. 9a BGGB die Schaffung sog. bäuerlicher juristischer Personen vor und damit verbunden die Streichung des Erhalts von Familienbetrieben in Art. 1 Abs. 1 lit. a BGGB.¹³³ Dies begegnet jedoch angesichts Art. 104 Abs. 2 BV verfassungsrechtlichen Bedenken.¹³⁴

2.2.2. Europäische Union

Wie oben gezeigt, findet in den EU-Mitgliedstaaten aufgrund der Rechtsprechung des EuGH das Selbstbewirtschafterkriterium nicht mehr Anwendung.

¹³² Zur notwendigen Infrastruktur im BGGB siehe HOFER, Kommentar BGGB, Art. 9 N 30a.

¹³³ www.blw.admin.ch/blw/de/home/politik/agrarpolitik/ap22plus.html.

¹³⁴ WASSERFALLEN, Erwerb und Pacht von landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken durch juristische Personen, BIAR 2019 (in Druck).

Luzern, 10. Januar 2019

2.3. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass schon rein semantisch sehr wohl ein Unterschied zwischen «Bewirtschafter» und «Selbstbewirtschafter» besteht. Nach grammatikalischer Interpretation wird die Betonung des Selber-Tätig-Werdens gerade den Unterschied zwischen einer Selbstbewirtschaftung und einer (blossen) Bewirtschaftung darstellen. Hätte der Gesetzgeber mit beiden Ausdrücken tatsächlich dasselbe gemeint, hätte er auch die gleichlautenden Begriffe verwenden müssen.

Diesem Verständnis steht aber – m.E. unzutreffend – die *Rechtsprechung* entgegen. Das BVGer spricht beim Bewirtschafter von «selbst Hand anlegen» und «praktischer Ausführung».¹³⁵ Die *Literatur* erscheint unklar. So ist zu lesen, dass die Anforderungen an die Selbstbewirtschafter praktisch den Eigenschaften des bäuerlichen Bewirtschafters entsprechen (Finanzierung des Unternehmens und Führung des Betriebs auf eigene Rechnung und Gefahr sowie arbeiten auf dem Betrieb).¹³⁶ Die Anforderungen für die Berechtigung zu Direktzahlungen machten einen wesentlichen Teil der Anforderungen aus, die ein Selbstbewirtschafter nach Art. 9 BGG zu erfüllen hat.¹³⁷ Auf der anderen Seite weist der Kommentar zum Landpachtgesetz (LPG) – bei teilweiser Autorenenidentität – in einer Übersicht der drei Begriffe («Bewirtschaftung», Art. 3 DZV; «Selbstbewirtschaftung», Art. 9 BGG; «Bewirtschaftungspflicht», Art. 21a LPG¹³⁸) beim Bewirtschafter nach DZV keine besondere Anforderung an eine persönliche Mitarbeit/Anteil an Arbeitskraft aus.¹³⁹

Einerseits ist dabei zu berücksichtigen, dass es sich hierbei um eine Einzelentscheidung bzw. Einzelmeinung handelt, andere Äusserungen zu diesem Thema bestehen – soweit ersichtlich – nicht. Andererseits würde für eine gleichlautende Interpretation die widerspruchsfreie und koordinierte Anwendung der Rechtsordnung innerhalb des Agrarrechts sprechen¹⁴⁰.

Interessant erscheint in diesem Zusammenhang auch die Bewirtschaftungspflicht des Art. 21a LPG. Dessen Abs. 2 normiert, dass die Bewirtschaftungspflicht dem Pächter «selber» obliegt, ermächtigt ihn jedoch unter seiner Verantwortung zu einer weitgehenden Delegation der Arbeiten an Familienangehörige, Angestellte oder Mitglieder einer Gemeinschaft, der er angehört, sowie zur Ausführung einzelner Arbeiten durch Dritte. Was die persönliche Erfüllung betrifft, verlangt die Bestimmung nicht, dass der Pächter einen Mindestanteil der Arbeit persönlich erledigt.¹⁴¹ Hingegen ist bei der Bewirtschaftung durch Dritte zu

¹³⁵ BVGer B-649/2016 vom 23.08.2017, E. 5.1.

¹³⁶ HOFER, Der bäuerliche Betrieb, S. 32.

¹³⁷ HOFER, Kommentar BGG, Art. 9 N 11d.

¹³⁸ Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht (LPG) vom 4. Oktober 1985 (SR 221.213.2).

¹³⁹ SCHWEIZER BAUERNVERBAND AGRIEXPERT, Das landwirtschaftliche Pachtrecht. Kommentar zum Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985, 2. Aufl., Brugg 2014, Art. 21a N 454 Übersicht 6.

¹⁴⁰ HOFER, Kommentar BGG, Art. 9 N 11g. Siehe auch BGE 115 II 181, E. 2.a).

¹⁴¹ SCHWEIZER BAUERNVERBAND AGRIEXPERT, Kommentar LPG, Art. 21a N 454.

Luzern, 10. Januar 2019

beachten, dass es sich bloss um bestimmte einzelne Arbeiten handelt, die insbesondere an einen Lohnunternehmer vergeben werden. «Lässt ein Pächter jedoch durchwegs alle anfallenden Arbeiten durch Lohnunternehmer oder andere Dritte ausführen, so verletzt er seine Pflicht zur persönlichen Bewirtschaftung.»¹⁴²

Folgt man der hier von BVGer (und allenfalls auch *Hofer*) vertretenen Auslegung, stehen sowohl der Begriff des Bewirtschafters als auch der des Selbstbewirtschafters einem verstärkten Einsatz von Lohnunternehmen entgegen, weil gefordert wird, dass der Betriebsinhaber bis zu einem gewissen Grad sich tatsächlich höchstpersönlich und praktisch an der bäuerlichen Arbeit beteiligen muss, was als Ausdruck der Bäuerlichkeit verstanden wird. Damit sind diese Grenzen angesichts einer «Landwirtschaft von morgen» für schweizerische Landwirte deutlich enger gesteckt als für die konkurrenzierenden Berufskollegen im EU-Ausland.

¹⁴² SCHWEIZER BAUERNVERBAND AGRIEXPERT, Kommentar LPG, Art. 21a N 457.

Luzern, 10. Januar 2019

VII. Ergebnis

1. Der verfassungsrechtliche Begriff «bodenbewirtschaftende bäuerliche Betriebe» ist letztlich ein (relativ) offener politischer **Begriff**, der bis zu einem gewissen Grad durch die Agrarpolitik gemäss den aktuellen Gegebenheiten interpretiert und angepasst werden kann.
2. Dieser Begriff wird im Gesetzes- und Verordnungsrecht vorrangig im Direktzahlungsrecht mit dem Ausschluss juristischer Personen und im bäuerlichen Bodenrecht mit dem Erfordernis der Selbstbewirtschaftung umgesetzt. Angesichts der aktuellen Herausforderungen (Erbringung von Gemeinwohlleistungen, gesteigerter Bedarf nach Einsatz professionalisierter Lohnunternehmer) können beide Regelungen gewisse Einschränkungen bedeuten.
3. Eine **Aufhebung** dieses Begriffs in der BV würde theoretisch insbesondere die in Punkt 2 genannten Umsetzungsregelungen obsolet machen. Angesichts der politischen Realitäten erscheint eine solche jedenfalls völlig unrealistisch.

4. Umsetzungskonzepte im Direktzahlungsrecht

4.1. Option 1: Zulassung juristischer Personen

Bisher erfolgt die Einschränkung auf die bäuerlichen Betriebe in negativer Abgrenzung durch den grundsätzlichen Ausschluss juristischer Personen von der Beitragsberechtigung. Diese Regelung ist systematisch sauber und scheint sich im Grossen und Ganzen als praktikabel erwiesen zu haben. Konsequenterweise müsste sie wohl auch über den Direktzahlungsbereich hinaus (Sozial- und Strukturverbesserungsmassnahmen) erstreckt werden.

Wie oben dargelegt, lässt sich eine *Teilzulassung* juristischer Personen (wie sie mit Art. 3 Abs. 3 DZV vorgenommen worden ist) systematisch nicht rechtfertigen (siehe Punkt VI.1.3.).

Eine *Totalzulassung* hingegen – zumindest für Beitragsarten, die stark Gemeinwohlziele verfolgen und über den Landwirtschaftssektor hinausweisen – liesse sich verfassungsrechtlich argumentieren, da diese Massnahmen nicht mehr im Verfassungsauftrag der Förderung bodenbewirtschaftender bäuerlicher Betriebe stünden, sondern es sich vielmehr um die Abgeltung allgemeiner, für die Öffentlichkeit erbrachter Leistungen handelt (siehe Punkt VI.1.2.).

Luzern, 10. Januar 2019

4.2. Option 2: Degression bzw. Capping

Eine mögliche Alternative könnte eine generelle und verschärfte Degression darstellen. Wenn davon auszugehen ist, dass bäuerliche Betriebe kleine bzw. mittlere Betriebe darstellen, könnte der Verfassungsauftrag gleichsam negativ umgesetzt werden. Bei offener und gleicher Beitragsberechtigung für bäuerliche und nichtbäuerliche Betriebe wird die Förderung der (potentiell) bäuerlichen Betriebe durch ein degressives Absenken der Zahlung ab einer bestimmten Grössenstufe (Flächen- oder Tieranzahl, Direktzahlungssumme etc.) oder eine Deckelung («Capping») erzielt. Das EU-Recht bietet dazu reiches Anschauungsmaterial.¹⁴³

Die Benachteiligung potentiell nichtbäuerlicher Betriebe im Wege der (in Relation) vermindert erzielbaren Einnahmen aus Direktzahlungen kann als «Förderung» der bäuerlichen Betriebe i.S. des Verfassungsauftrags verstanden werden.

4.3. Option 3: Alternative (positive) Abgrenzung

Andere Alternativen, insbesondere die bereits angesprochene positive Definition, werden angesichts der existierenden Vielfalt der Betriebe stets als ungeeignet bezeichnet.¹⁴⁴ Gleichwohl bieten etwa manche der bekannten Kriterien bäuerlicher Familienbetriebe Ansatzpunkte für eine mögliche Verrechtlichung.

Bezogen etwa auf die Elemente des Komitees zum Internationalen Jahr der bäuerlichen Familienbetriebe¹⁴⁵ könnten folgende Kriterien als Voraussetzungen für den Erhalt von Direktzahlungen normiert werden: Entscheidungskompetenz liegt bei der bewirtschaftenden Familie; Risiken werden von der bewirtschaftenden Familie getragen¹⁴⁶; Arbeit wird hauptsächlich von Familienmitgliedern geleistet¹⁴⁷; bewirtschaftetes Land ist in der Verfügungsgewalt der Familie, sei es durch Grundbesitz oder durch Pacht; Finanzkapital wird grösstenteils von der Familie oder ihren Kreditgebern gestellt, jedoch nicht von institutionellen Investoren; Einkommen der Familie stammt mehrheitlich aus der landwirtschaftlichen Tätigkeit¹⁴⁸. Demgegenüber ungeeignet für eine Verrechtlichung erscheinen nur die Parameter der Verschmelzung des Familienlebens mit dem Betrieb und die Vererbung des Betriebs an die Nachkommen.

Diese Kriterien könnten in den Katalog des Art. 70a LwG aufgenommen und so über die Direktzahlungsvoraussetzungen dem Verfassungsauftrag gerecht werden.

¹⁴³ Vgl. nur HOLZER, Agrarrecht, S. 202 und 265.

¹⁴⁴ Vgl. Botschaft AP 2002, S. 56.

¹⁴⁵ Siehe Fn.28.

¹⁴⁶ Tendenziell keine AG oder GmbH.

¹⁴⁷ Vgl. bereits heute 70a Abs. 1 lit. f LwG betreffend Mindestanteil betriebseigener Arbeitskräfte.

¹⁴⁸ Vgl. etwa Art. 9 Abs. 3 VO 1307/2013, wonach im Rahmen des «aktiven Betriebsinhabers» die Mitgliedstaaten keine Direktzahlungen vorsehen können, wenn die landwirtschaftliche Tätigkeit nur einen unwesentlichen Teil der gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit ausmacht und/oder die Haupttätigkeit oder Geschäftszwecke nicht in der Ausübung einer landwirtschaftlichen Tätigkeit besteht.

Luzern, 10. Januar 2019

5. (Selbst)Bewirtschaftung im Direktzahlungsrecht und bäuerlichen Bodenrecht

5.1. Zuvorderst wäre eine (auch sprachlich idente) einheitliche Regelung einer Selbstbewirtschaftungsverpflichtung in beiden Rechtsbereichen begrüssenswert.

5.2. In Bezug auf den verstärkten Bedarf an der Möglichkeit, Lohnunternehmen einzusetzen, erscheint eine strenge Selbstbewirtschafterpflicht wenig zeitgemäss. Bereits heute bietet die Interpretation derselben je nach Betriebsgrösse und Art der Dienstleistung offenbar zahlreiche Spielräume, die der Rechtssicherheit wenig zuträglich sind.

5.3. Option 1: Verzicht auf Selbstbewirtschaftungsverpflichtung

Ein völliger – und ersatzloser – Verzicht auf eine persönliche Bewirtschaftung wie in der EU wäre sowohl im Direktzahlungsrecht als auch im bäuerlichen Bodenrecht aufgrund des klaren Auftrags in Art. 104 Abs. 2 BV und Art. 104 Abs. 3 lit. f BV verfassungsrechtlich nur dann möglich, wenn die bäuerlichen Betriebe über eine andere Option berücksichtigt würden.

5.4. Option 2: Definition der Selbstbewirtschaftungsverpflichtung

Zur Rechtssicherheit beitragen würde eine gesetzliche Definition in LwG und BGGB, die ein starres Ausmass bzw. die inhaltliche Ausgestaltung der Selbstbewirtschafterpflicht normiert.

Denkbar wäre hier, dass – ähnlich wie in der alten bundesgerichtlichen Rechtsprechung und im Parlament diskutiert¹⁴⁹ – es genüge, wenn der Betriebsinhaber persönlich die obere Leitung innehat, die nötigen Weisungen erteilt und nach aussen als Leiter des Betriebes auftritt oder, dass rein auf die Tragung des wirtschaftlichen Risikos abgestellt würde.

Denkbar wäre aber auch die Definition eines fixen Mindestanteils eigener betrieblicher Mitarbeit, wie sie mit den 50 % bereits im Direktzahlungsrecht besteht (Art. 70a Abs. 1 lit. f LwG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 DZV).

¹⁴⁹ Siehe dazu HOFER, Kommentar BGGB, Art. 9 N 16c m.w.N.