

Corrado Rampini*

Die Bewilligungspflicht nach bäuerlichem Bodenrecht bei Unternehmenskäufen

BGE 140 II 233¹ – «Bad cases make bad law» oder «Sturm im Wasserglas»?

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Der Entscheid des Bundesgerichts
 1. Sachverhalt
 2. Der bundesgerichtliche Entscheid
- III. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung
- IV. Eigene Beurteilung
 1. Der Zweck der Bewilligungspflicht als Ausgangspunkt
 2. Exkurs: Die Ausnahmebestimmung von Art. 62 lit. g BGG betreffend Fusionen und Spaltungen
 3. Folgerungen für den Unternehmenskauf
 4. Geringe agrarpolitische Relevanz des Unternehmenskaufs
- V. Fazit

I. Ausgangslage

Gemäss Art. 61 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht (BGG) untersteht der Erwerb des Eigentums an einem landwirtschaftlichen Gewerbe² oder landwirtschaftlichen Grundstück³ einer Bewilligungspflicht. Dem Erwerb des Eigentums gleichgestellt sind andere Rechtsgeschäfte, die wirtschaftlich einer Eigentumsübertragung gleichkommen (Art. 61

Abs. 3 BGG) – auch diese unterstehen damit der Bewilligungspflicht. Eine Bewilligung ist dabei zu verweigern, wenn der Erwerber kein Selbstbewirtschafter (i.S.v. Art. 9 BGG) ist oder ein übersetzter Erwerbspreis (vgl. Art. 66 BGG) für das Gewerbe oder Grundstück vereinbart wurde (Art. 62 BGG). Nichtselbstbewirtschafter können landwirtschaftliche Grundstücke nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen erwerben (vgl. Art. 64 BGG), u.a. wenn trotz öffentlicher Ausschreibung zu einem nicht übersetzten Preis kein Selbstbewirtschafter ein Angebot zum Erwerb des Grundstücks unterbreitet (Art. 64 lit. f BGG).

Gemäss der herrschenden Lehre und Rechtsprechung fällt ein Kauf von Anteilen an einer juristischen Person (nur) unter die Bewilligungspflicht des BGG, wenn eine Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person erworben wird, deren Aktiven zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder Grundstück bestehen, d.h. zu mehr als 50% (ausführlich zur Lehre und Rechtsprechung hinten Abschnitt III). Die Lehre und Rechtsprechung stützen sich dabei auf eine Analogie zu Art. 4 Abs. 2 BGG. Diese Bestimmung sieht vor, dass die Bestimmungen über landwirtschaftliche Gewerbe auch gelten für den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person, deren Aktiven zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe bestehen.

Die Bewilligungspflicht hat in der Vergangenheit bei Unternehmenskäufen kaum je eine Rolle gespielt. Zwar halten gerade ältere Schweizer Dienstleistungs- oder Industrieunternehmen nicht selten landwirtschaftliche Grundstücke oder auch Gewerbe, welche sie in der Vergangenheit für Produktionszwecke (z.B. bei Brauereien), als Reserveland, als unternehmensinterne Ausbildungsstätte (z.B. Gutshöfe bei Banken), für die Forschung (vgl. den Entscheid Emser Werke⁴), im Rahmen einer Zwangsvollstreckung oder aus anderen Gründen erworben haben. Kaum je stellen diese aber einen wesentlichen Teil der Aktiven des Unternehmens dar, zumal der Marktwert von landwirtschaftlichen Grundstücken durch Höchstpreisvorschriften bei der Veräusserung li-

* Dr. Corrado Rampini, LL.M., Rechtsanwalt, Partner bei Bär & Karrer AG in Zürich.

¹ Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 18. März 2014 i.S. A.X. AG und X. gegen Amt für Landwirtschaft, Agrarmassnahmen und Bodenrecht des Kantons Schwyz. Vgl. auch die Urteilsbesprechung von KEVIN M. HUBACHER, AJP 2014, 1251 ff. Eduard Hofer und Benno Studer haben in diesem Verfahren zuhanden der ersten Instanz ein Gutachten erstellt; ihre in FN 9 zitierte Publikation scheint darauf zu beruhen.

² Als landwirtschaftliches Gewerbe gilt gemäss Art. 7 Abs. 1 BGG eine Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen, die als Grundlage der landwirtschaftlichen Produktion dient und zu deren Bewirtschaftung, wenn sie landesüblich ist, mindestens eine Standardarbeitskraft nötig ist.

³ Das BGG ist – stark vereinfacht gesagt – anwendbar auf Grundstücke, welche folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllen: (i) Das Grundstück liegt ausserhalb der Bauzone nach Art. 15 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG) (Art. 2 Abs. 1 lit. a BGG; vgl. aber die Ausnahmen von Art. 2 Abs. 2 lit. a und c BGG). (ii) Es eignet sich für eine landwirtschaftliche oder gartenbauliche Nutzung (Art. 6 BGG). (iii) Eine landwirtschaftliche Nutzung des Grundstücks ist zulässig (Art. 2 Abs. 1 lit. b BGG). (iv) Das Grundstück umfasst mindestens 15 Aren Rebland oder 25 Aren anderes Land, wenn es nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehört (Art. 2 Abs. 3 BGG). Vgl. ferner die Fälle von Art. 2 Abs. 2 BGG.

⁴ BGE 92 I 317.

mitiert ist (vgl. Art. 66 BGG), meist auf ein paar Franken pro Quadratmeter.

Nun hat das Bundesgericht aber jüngst in einer Art *obiter dictum* in BGE 140 II 233 festgehalten, dass «jede Übertragung von Aktien einer Gesellschaft, die ein landwirtschaftliches Gewerbe besitzt, wirtschaftlich einer teilweisen Eigentumsübertragung gleichkommt und [...] unabhängig von Art. 4 Abs. 2 BGG in jedem Fall der Bewilligungspflicht gemäss dem BGG untersteht».⁵ Das Bundesgericht widerspricht damit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung – auch seiner eigenen Rechtsprechung. Wörtlich genommen würde diese Aussage des Bundesgerichts bedeuten, dass jeder Kauf einer Gesellschaft, die auch nur ein einziges landwirtschaftliches Grundstück oder Gewerbe hält, der Bewilligungspflicht nach BGG untersteht – ja sogar der Kauf einer einzigen Aktie einer solchen Gesellschaft. Dies wäre für Unternehmenskäufe hinderlich, zumal Bewilligungen für den Erwerb von landwirtschaftlichen Gewerben oder Grundstücken durch einen Nichtselbstbewirtschafter – und um dies handelt es sich beim Erwerb einer juristischen Personen fast durchwegs⁶ – nur unter den sehr restriktiven Bedingungen von Art. 64 BGG erteilt werden.

Wie im Folgenden gezeigt wird, kann die zitierte Aussage des Bundesgerichts in BGE 140 II 233, 247 Erw. 5.6.1 nicht verallgemeinert werden. Der Entscheid basiert auf einem besonders gelagerten Sachverhalt, in welchem der Missbrauchsgedanke im Vordergrund steht (II); eine solche Konstellation liegt bei Unternehmenskäufen typischerweise nicht vor. Die bundesgerichtliche Aussage widerspricht der bisherigen herrschenden Lehre und Rechtsprechung (III), ohne sich damit auseinanderzusetzen. Vor allem aber missachtet sie die der Bewilligungspflicht zugrundeliegenden Zielsetzungen (IV.1.-3.) und es fehlt echten Unternehmenskäufen die typische agrarpolitische Relevanz (IV.4.).

II. Der Entscheid des Bundesgerichts

1. Sachverhalt

Dem Urteil des Bundesgerichts lag kurz zusammengefasst folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Schwyzer Landwirt war Eigentümer diverser landwirtschaftlicher Grundstücke, welche zusammen ein landwirtschaftliches Gewerbe bildeten. Eines dieser Grundstücke wurde Mitte 2011 rechtskräftig von der Landwirtschaftszone in die Bauzone umgezont. Der Landwirt brachte in der Folge dieses Gewerbe samt der Baulandparzelle als Sacheinlage

in eine neu gegründete, von ihm (als Selbstbewirtschafter) beherrschte Aktiengesellschaft ein und beantragte bei der zuständigen Behörde die Erteilung einer Bewilligung nach Art. 61 BGG.⁷ Das (Schwyzer) Amt für Landwirtschaft sowie das Verwaltungsgericht Schwyz als Vorinstanz lehnten die Bewilligung zur Einbringung des Gewerbes in die Aktiengesellschaft im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass das landwirtschaftliche Gewerbe anschliessend durch Übertragung der Aktien bewilligungsfrei an einen Nichtselbstbewirtschafter veräussert werden könnte, weil das landwirtschaftliche Gewerbe aufgrund des Werts der Baulandparzelle nicht mehr als Hauptaktivum der Gesellschaft gelten würde.⁸ Letztlich befürchtete die Vorinstanz, dass der Eigentümer durch die Einbringung des landwirtschaftlichen Gewerbes und Baulands in eine Aktiengesellschaft die Bewilligungspflicht des BGG zukünftig (durch Verkauf der Aktien der Aktiengesellschaft) umgehen könnte.

2. Der bundesgerichtliche Entscheid

Das Bundesgericht hat es im Entscheid abgelehnt, die Bewilligung zur Einbringung des landwirtschaftlichen Gewerbes in die Aktiengesellschaft wegen drohender künftiger Umgehung der Bewilligungspflicht zu verweigern. Vielmehr hat das Bundesgericht die Erteilung der Bewilligung unter Auflagen verfügt (bzw. das Verfahren zur Bewilligungserteilung unter Auflagen an das Amt für Landwirtschaft zurückgewiesen). Die Auflagen sollten dabei insbesondere dazu dienen, zu verhindern, dass die Aktien der Aktiengesellschaft anschliessend bewilligungsfrei veräussert werden. Als Auflage zu verfügen sei damit namentlich, dass das Kapital der Gesellschaft ausschliesslich aus Namenaktien bestehe, welche nur von natürlichen Personen gehalten werden. Zudem unterstehe jede Veränderung der Zusammensetzung des Kapitals der Gesellschaft der Bewilligungspflicht.

Das Bundesgericht begründet den Entscheid implizit damit, dass auch juristische Personen einen Anspruch auf Bewilligungserteilung hätten, wenn kein Verweigerungsgrund (namentlich wegen fehlender Selbstbewirtschaftereigenschaft) vorliege (Erw. 3.1.2 und 3.2.1); vielmehr unterstehe eine allfällige daran anschliessende Übertragung von Aktien unabhängig von Art. 4 Abs. 2 BGG der Bewilligungspflicht. In diesem Zusammenhang steht auch der entscheidende Satz: «Jede Übertragung von Aktien einer Gesellschaft, die ein landwirtschaftliches Gewerbe besitzt, kommt wirtschaftlich einer teilweisen Eigentumsübertragung desselben gleich und untersteht unabhängig von Art. 4 Abs. 2 BGG in jedem Fall der

⁵ BGE 140 II 233, 247, Erw. 5.6.1.

⁶ Vgl. MARC HÄUSLER, Verkannte Problematik des BGG bei Konzernumstrukturierungen, Jusletter 8. Juni 2009, Ziffer 2.1.

⁷ Für den Fall der Gutheissung der Bewilligung beantragte der Landwirt zudem eine Bewilligung, um das gesamte Aktienkapital der neu gegründeten Aktiengesellschaft auf eine sich in Gründung befindende, von ihm gehaltene Holdinggesellschaft zu übertragen.

⁸ Vgl. BGE 140 II 233, 242, Erw. 4.2.

Bewilligungspflicht und einem entsprechenden Verfahren nach Art. 61 ff. BGG, in welchem auch die Verweigerungsgründe von Art. 63 BGG (etwa die fehlende Selbstbewirtschaftereigenschaft beim Erwerber, vorne E. 3.2.2) zu prüfen sind.»

Das Bundesgericht setzt sich dabei im an sich sorgfältig begründeten Entscheid nicht mit der einhelligen bisherigen Lehre und Rechtsprechung auseinander (vgl. dazu sogleich Abschnitt III), wonach der Verkauf einer Mehrheitsbeteiligung an einer Gesellschaft nur dann ein wirtschaftlich einer Handänderung gleichkommendes Rechtsgeschäft darstellt, wenn ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück das Hauptaktivum bildet. Man kann sich damit fragen, ob das Bundesgericht die im Entscheid propagierte Regel (Bewilligungspflicht unabhängig von Art. 4 Abs. 2 BGG, d.h. unabhängig von der Zusammensetzung der Aktiven) nur in Situationen angewendet haben will, in welchen ein landwirtschaftliches Gewerbe vorgängig in eine juristische Person eingebracht wurde und damit eine Umgehungsgefahr entsteht. Hierfür spricht m.E. vieles. Hätte das Bundesgericht an der einhelligen Lehre und Rechtsprechung etwas ändern wollen, so wäre es nicht darum herumgekommen, auf diese näher einzugehen. Hinweise für die beschränkte Bedeutung des Entscheides finden sich in den Regesten, in welchen das Bundesgericht mit den Worten «für die Erwerberin gilt aber» zum Ausdruck zu bringen scheint, dass die restriktive Regel nur in diesem Kontext gilt (BGE 140 II 233):

«Soll zusammen mit einem landwirtschaftlichen Gewerbe ein Baulandgrundstück in eine Aktiengesellschaft überführt werden, das für sich allein viel mehr Wert hat als das ganze übrige landwirtschaftliche Gewerbe zusammen, kann der Gesellschaft die Erwerbsbewilligung nicht wegen einer bloss theoretischen Möglichkeit einer allfälligen künftigen Gesetzesumgehung verweigert werden. Die Bewilligung ist vielmehr – unter Auflagen – zu erteilen. Für die Erwerberin gilt aber, sofern sie ihre Aktien zu einem späteren Zeitpunkt ganz oder teilweise veräussert: Jede Übertragung von Anteilen einer Gesellschaft, die ein landwirtschaftliches Gewerbe besitzt, kommt wirtschaftlich einer teilweisen Eigentumsübertragung desselben gleich und untersteht unabhängig von Art. 4 Abs. 2 BGG in jedem Fall der Bewilligungspflicht und einem entsprechenden Verfahren nach Art. 61 ff. BGG. Damit können die Anforderungen von Art. 63 BGG und die damit verbundenen gesetzlichen Ziele weiterhin durchgesetzt werden (E. 4 und 5).» (Hervorhebung hinzugefügt)

Würde man umgekehrt die Aussage des Bundesgerichts in diesem Entscheid allgemein, unabhängig von der im konkreten Fall bestehenden Umgehungsgefahr verstehen, hätte dies weitreichende Konsequenzen. Es rechtfertigt sich damit eine eingehende Auseinandersetzung mit der Bewilligungspflicht bei der Übertragung von Anteilen an juristischen Personen.

III. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung

Die Lehre ging – wie gesagt – vor diesem Entscheid stets davon aus, dass der Kauf von Aktien nur dann «wirtschaftlich einer Eigentumsübertragung gleichkommt» (vgl. Art. 61 Abs. 3 BGG) und damit der Bewilligungspflicht untersteht, wenn zwei quantitative Kriterien erfüllt sind, wobei sich das erste auf den **Umfang der veräusserten Beteiligung** und das zweite auf die **Zusammensetzung der Aktiven** der juristischen Person bezieht:

- (i) Es wird eine **Mehrheitsbeteiligung** an einer juristischen Person veräussert.^{9, 10} Ein Teil der Lehre präzisiert, dass **sowohl die Kapital- wie auch die Stimmenmehrheit** übertragen werden muss.¹¹
- (ii) Die **Aktiven der betreffenden juristischen Person bestehen zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken.**¹² Dabei wird aus dem Begriff der «Hauptaktiven» geschlossen, dass der Anteil der landwirtschaftlichen Aktiven **eher bei 100 % als bei 50 %** liegen muss.¹³ DONZALLAZ hält mehr als 50 %

⁹ BEAT STALDER, in: SCHWEIZERISCHER BAUERNVERBAND (Hrsg.), Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. Aufl., Brugg 2011 (zit. Kommentar BGG), N 21 zu Art. 61 BGG; DERS., Die verfassungs- und verwaltungsrechtliche Behandlung unerwünschter Handänderungen im bäuerlichen Bodenrecht, Diss. Bern 1993, (zit. Handänderungen) S. 122; YVES DONZALLAZ, Commentaire de la loi fédérale du 4 Octobre 1991 sur le nouveau droit foncier rural, Sion 1993, 62; EDUARD HOFER/BENNO STUDER, Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe durch juristische Personen, BIAR 2012, 37, 43, 45 f., 48. In diesem Sinne auch LORENZ JOSEPH STREBEL, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Diss. Zürich 2009, 367; ferner BEAT STALDER, Die öffentlich-rechtlichen Verfügungsbeschränkungen im bäuerlichen Bodenrecht – Ein Werkstattbericht nach 20 Jahren BGG, INR 2013, 19; BENNO STUDER, Das bäuerliche Bodenrecht und der Nichtselbstbewirtschaftler, INVEST Magazin für Finanz & Wirtschaft, 80.

¹⁰ Präzisierend HOFER/STUDER (FN 9), BIAR 2012, 48 f., gemäss welchen eine Ausnahmewilligung vom Realteilungs- und Zerstückelungsverbot gemäss Art. 60 BGG erforderlich ist, wenn der Inhaber einer Mehrheitsbeteiligung eine Minderheitsbeteiligung an einer Gesellschaft veräussert, deren Aktiven zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe bestehen.

¹¹ STALDER (FN 9), Kommentar BGG, N 21 zu Art. 61 BGG; DERS. (FN 9), Handänderungen, 122.

¹² STALDER (FN 9), Kommentar BGG, N 21 zu Art. 61 BGG; DERS. (FN 9), Handänderungen, 122; DERS., Der Kauf landwirtschaftlicher Gewerbe und Grundstücke, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001 (zit. Kauf), 362; DONZALLAZ (FN 9), 62; HOFER/STUDER (FN 9), BIAR 2012, 43, 48. In diesem Sinne auch STREBEL (FN 9), 367 f.; STALDER (FN 9), INR 2013, 19; STUDER (FN 9), 80. Vgl. aber neuerdings KEVIN M. HUBACHER in der Urteilsbesprechung zu BGE 140 II 233, AJP 2014, 1251 ff., 1254, der dem BGE zu folgen scheint.

¹³ STALDER (FN 9), Kommentar BGG, N 21 zu Art. 61 BGG; DERS. (FN 9), Handänderungen, 122. Differenzierend HOFER/STUDER (FN 9), BIAR 2012, 55.

für genügend.¹⁴ Mit HOFER/STUDER ist dabei auf den Verkehrswert der Aktiven abzustellen.¹⁵

Die Lehre stützt sich bei diesen Kriterien – wie gesagt – auf Art. 4 Abs. 2 BGG¹⁶, wonach die Bestimmungen über landwirtschaftliche Gewerbe (z.B. der Zuweisungsanspruch des Erben gemäss Art. 11 BGG, die Kaufrechte gemäss Art. 24 und 25 BGG, etc.¹⁷) auch «für eine Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person [gelten], deren Aktiven zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe bestehen.» Die Botschaft zum BGG hat dabei offengelassen, was unter «Hauptaktiven» zu verstehen sei, gibt aber Hinweise, dass qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind: Zu berücksichtigen sei jedenfalls, «welcher Art die übrigen Aktiven sind». Der Begriff Hauptaktiven deutet ferner darauf hin, dass diese Aktiven eher bei 100 Prozent als bei 50 Prozent der gesamten Aktiven liegen.¹⁸ Zudem präzisiert die Botschaft, dass eine Mehrheitsbeteiligung voraussetze, «dass sich mehr als die Hälfte der Beteiligung am Kapital und zudem die Mehrheit der Stimmrechte im Nachlass bzw. bei der Person des Veräusserers befinden».¹⁹

Auch der 2004 neu ins Gesetz eingefügte Art. 62 lit. g BGG, wonach der Eigentumserwerb infolge Fusion oder Spaltung keiner Bewilligung bedarf, wenn die Aktiven des übertragenden oder des übernehmenden Rechtsträgers nicht zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken bestehen, stellt auf dasselbe Kriterium ab (für Näheres dazu vgl. Abschnitt IV.2.)

Die **Rechtsprechung** folgt der Lehre. So hat das Bundesgericht im Jahre 2007 entschieden, dass der Kauf von Aktien nur dann einer Bewilligung bedarf, wenn eine Mehrheitsbeteiligung einer Gesellschaft verkauft wird, deren Aktiven zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe bestehen.²⁰ Das Bundesgericht erwähnt dabei

ausdrücklich (unter Berufung auf die Botschaft und Lehre zu Art. 4 BGG), dass die Aktiven näher bei 100 % als bei 50 % liegen müssen.²¹ Schon das Verwaltungsgericht des Kantons Genf als Vorinstanz hatte im gleichen Sinne entschieden.²²

Abweichende Lehrmeinungen oder Urteile gab es vor BGE 140 II 233 soweit ersichtlich keine²³; Lehre und Rechtsprechung zeigen damit ein selten einheitliches Bild. Dies entspricht – soweit ersichtlich – auch der bisherigen Praxis der kantonalen Bewilligungsbehörden.

Hintergrund dieser eher restriktiven Haltung bei der Annahme eines Rechtsgeschäfts, das wirtschaftlich einer Eigentumsübertragung gleichkommt, ist die Erkenntnis, dass Art. 61 Abs. 3 BGG nicht als Ausdehnung des Geltungsbereichs der Bewilligungspflicht zu verstehen ist, sondern als **Auffangtatbestand** letztlich der **Missbrauchsbekämpfung** und **Vermeidung der Gesetzesumgehung** dient. BEAT STALDER, der sich in seiner grundlegenden Dissertation bisher am eingehendsten mit dieser Fragestellung befasst hat, begründet dies wie folgt²⁴:

«Hätte der Gesetzgeber bestimmte Geschäfte generell dem Bewilligungsverfahren unterstellen wollen, so hätte es ihm freigestanden, diese analog zu den Geltungsbe-

née (Christoph Bandli, Commentaire LDFR, n. 7 ad art. 4 LDFR). Savoir à quelles conditions les actifs d'une corporation consistent essentiellement en une entreprise agricole dépend de l'ensemble des circonstances, par exemple de la nature des autres actifs. Elle suppose en tous les cas que ces actifs se trouvent plus près des 100 % que des 50 % de l'ensemble des actifs (Message du Conseil fédéral, p. 915; Christoph Bandli, loc. cit.). Pour qu'il y ait participation majoritaire, il faut que plus de la moitié de la participation au capital et en outre la majorité des droits de vote se trouvent en main de l'aliénateur (Message, loc. cit. Christoph Bandli, loc. cit.).»

²¹ Ebenda.

²² Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Genf vom 31. August 2006, ATA/443/2006. In Erw. 4 hält es fest: «Conformément à l'article 4 alinéa 2 LDFR, les dispositions sur les entreprises agricoles s'appliquent toutefois aussi aux participations majoritaires à des personnes morales dont les actifs consistent principalement en une entreprise agricole. Cette quantification peut tout à fait être transposée à l'article 61 alinéa 3 LDFR; et cela aussi bien s'agissant d'une entreprise agricole que d'immeubles agricoles isolés. Il y a donc acte de disposition équivalent économiquement à un transfert de propriété sur une entreprise ou un immeuble agricole et par conséquent soumis à autorisation lorsque l'acquisition porte sur une participation majoritaire, c'est-à-dire tant la majorité du capital que la majorité des droits de vote à une personne morale ou une société de personnes ayant la capacité d'acquérir, dont les actifs principaux consistent en une entreprise agricole ou en immeubles agricoles. La notion d'actifs principaux permet donc de conclure que la part des actifs agricoles doit être plus proche de 100 % que de 50 % (FF 1988 III 915). Une quantification de ce genre paraît raisonnable et a notamment pour conséquence que l'acquisition d'une participation majoritaire ou minoritaire à une entreprise industrielle ou de service qui dispose de certaines réserves de terrain en zone agricole ne provoque pas de procédure d'autorisation (B. STADLER in Le droit foncier rural, Commentaire de la loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991, Brugg 1998, n. 21 ad art. 61 LDFR).»

²³ Ohne klare eigene Stellungnahme HUBACHER (FN 1), 1254, in der Urteilsbesprechung zu BGE 140 II 233, der aber das aus Art. 4 Abs. 2 BGG abgeleitete Kriterium der Hauptaktiven abzulehnen scheint.

²⁴ STALDER (FN 9), Handänderungen, 121.

¹⁴ DONZALLAZ (FN 9), 62. Vgl. auch HOFER/STUDER (FN 9), BIAR 2012, 55.

¹⁵ HOFER/STUDER (FN 9), BIAR 2012, 57.

¹⁶ STALDER (FN 9), Kommentar BGG, N 21 zu Art. 61 BGG; DERS. (FN 9), Handänderungen, 122 f.; DERS. (FN 12), Kauf, 362; HOFER/STUDER (FN 9), BIAR 2012, 43 f. Vgl. auch STREBEL (FN 9), 368.

¹⁷ Vgl. die Aufzählung bei HOFER/STUDER (FN 9), BIAR 2012, 53.

¹⁸ BBl 1988 III 979.

¹⁹ Ebenda.

²⁰ Urteil des BGer vom 3. April 2007, 5A.34/2006/5P.455/2006. Im vom BGer zu beurteilenden Fall wurden sämtliche Aktien einer Aktiengesellschaft veräussert, deren Aktiven zu weniger als 50 % aus landwirtschaftlichen Grundstücken bestanden. Das BGer hielt dabei fest (Erw. 6.1): «Sont considérés comme des acquisitions, donc soumises à autorisation, le transfert de la propriété, ainsi que tout autre acte juridique équivalent économiquement à un transfert de la propriété (art. 61 al. 3 LDFR). Cette dernière proposition vise notamment l'acquisition de parts à une personne morale elle-même propriétaire de biens-fonds agricoles, même si, dans un tel cas, il n'y a pas de modification des rapports de propriété sur les biens-fonds (Beat Stalder, op. cit., n. 21 ad art. 61 LDFR). Ne sont concernées que les personnes morales dont les actifs consistent principalement en une entreprise agricole et dont une participation majoritaire est alié-

reichen des BewG und des BBSG^[25] zu nennen. Indem er dies nicht getan hat – und auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass er sich inhaltlich an den Bewilligungsverfahren des BewG und des BBSG orientiert hätte –, ist davon auszugehen, er wolle die wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht als Ausdehnung des Geltungsbereiches, sondern – wie bereits die nachträglich eingefügten Art. 19 Abs. 2 und 3 EGG^[26] – als Auffangtatbestand verstanden wissen. Der Anwendungsbereich von Art. 61 Abs. 3, 2. Halbsatz ist deshalb restriktiv zu handhaben und hat sich in erster Linie an der Rechtsprechung zu Art. 19 Abs. 2 und 3 EGG zu orientieren.»

Und weiter²⁷:

«Aufgrund der gebotenen restriktiven Auslegung des wirtschaftlichen Verfügungsbegriffes und in Anbetracht dessen, dass die hilfsweise Heranziehung von Art. 4 Abs. 2 BGG zu befriedigenden Resultaten führt, ist m.E. auszuschliessen, dass z.B. auch der Erwerb eines Anteils an einer juristischen Person, deren Aktiven zu bloss einem Drittel (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. d BewG)^[28] oder zur Hälfte (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. c BBSG) aus landwirtschaftlichen Grundstücken oder Gewerben bestehen, dem Bewilligungsverfahren untersteht. [Fussnote: Die Quantifizierung solcher Anteile stellt eine Grundsatzentscheidung dar, die m.E. nur vom Gesetzgeber vorgenommen werden sollte.] Damit dürfte der in diesem Zusammenhang wohl häufigste Fall der Veräusserung eines Teils oder sämtlicher Aktien einer Industrie- oder Dienstleistungsunternehmung, die über einzelne Landreserven ausserhalb der Bauzone verfügt, in der Regel nicht dem Bewilligungsverfahren unterstehen. Gegen eine ausdehnende Anwendung des Bewilligungsverfahrens bei Aktien-Transaktionen spricht schliesslich auch, dass die Übertragung von Inhaberaktien keinerlei Publizität entfaltet und demnach bestenfalls ex post sanktioniert werden könnte. Die Grenzen enger Auslegung sind jedoch da zu ziehen, wo mittels Aktien-Transaktionen eine Gesetzesumgehung bezweckt werden soll; diese Fälle unterstehen allemal der Bewilligungspflicht.»

IV. Eigene Beurteilung

1. Der Zweck der Bewilligungspflicht als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt bei der Beurteilung, wann ein Kauf von Anteilen an einer juristischen Person einer Bewilligung bedarf, bildet der Zweck der Bewilligungspflicht:

Die Bewilligungspflicht gemäss Art. 61 BGG soll durch Überprüfung des Verpflichtungsgeschäfts sicherstellen, dass die beabsichtigte Eigentumsübertragung bzw. das ihr wirtschaftlich gleichkommende Rechtsgeschäft mit den Zielsetzungen des bäuerlichen Bodenrechts in Einklang steht.²⁹ Im Vordergrund steht dabei die eigentumspolitisch begründete Durchsetzung des **Selbstbewirtschafterprinzips**,³⁰ wonach Selbstbewirtschafter beim Erwerb von landwirtschaftlichen Gewerben und landwirtschaftlichen Grundstücken gegenüber Nichtselbstbewirtschaftern bevorzugt werden sollen (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b BGG). Mithin soll verhindert werden, dass landwirtschaftlicher Boden ins Eigentum von Nichtselbstbewirtschaftern übergeht, wenn ein Selbstbewirtschafter zum Erwerb bereit wäre.³¹ Hinzu tritt die **Bekämpfung übersetzter Preise** für landwirtschaftlichen Boden (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. c BGG) durch Durchsetzung der Preisregulierung nach Art. 63 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 66 BGG. Mit anderen Worten will das Bewilligungsverfahren sicherstellen, dass bei Handänderungen in erster Linie Selbstbewirtschafter landwirtschaftliche Gewerbe und Grundstücke zu einem nicht übersetzten Preis erwerben können.³²

Dieses Selbstbewirtschafterprinzip wird vom BGG aber **nicht ohne Einschränkungen** verwirklicht. Vielmehr wird das Selbstbewirtschafterprinzip durch verschiedene **Ausnahmen** durchbrochen (vgl. Art. 62 wie auch Art. 64 BGG), wenn andere Anliegen gegenüber der Begünstigung von Selbstbewirtschaftern Vorrang erheischen.³³

- Beispielsweise bedarf gemäss Art. 62 lit. b BGG der Erwerb durch einen Nachkommen, den Ehegatten, die Eltern, ein Geschwister oder ein Geschwisterkind des Veräusserers aus **familienpolitischen Gründen** keiner Bewilligung. Aus denselben Gründen unterliegt auch eine erbrechtliche Zuweisung nicht der Bewilligungspflicht (Art. 62 lit. a BGG).
- Beim ebenfalls bewilligungsfreien Erbgang (Art. 62 lit. a BGG) kommt hinzu, dass der Rechtserwerb im Rahmen einer Universalsukzession und ausserbuchlich stattfindet und eine Rückabwicklung bei Nichterteilung der Bewilligung naturgemäss ausgeschlossen wäre; letztlich müssten die Erben bei Nichterteilung der Bewilligung zur Veräusserung des landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks gezwungen werden, was zu weit ginge.

²⁵ Anmerkung des Verfassers: der durch das BGG aufgehobene Bundesbeschluss vom 6. Oktober 1989 über eine Sperrfrist für die Veräusserung nichtlandwirtschaftlicher Grundstücke und die Veröffentlichung von Eigentumsübertragungen von Grundstücken (SR 211.437.1)

²⁶ Anmerkung des Verfassers: das durch das BGG aufgehobene Bundesgesetz vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes (SR 211.412.11).

²⁷ STALDER (FN 9), Handänderungen, 122 f.

²⁸ Anmerkung des Verfassers: heute nicht mehr in Kraft.

²⁹ STALDER (FN 9), Kommentar BGG, N 8 der Vorbem. zu Art. 61–69 BGG; Urteil des BGer vom 3. April 2007, 5A.34/2006/5P.455/2006, Erw. 6.1

³⁰ STALDER (FN 9), Kommentar BGG, N 9 der Vorbem. zu Art. 61–69 BGG; Urteil des BGer vom 3. April 2007, 5A.34/2006/5P.455/2006, Erw. 6.1.

³¹ Vgl. BBl 1988 III 970, 973.

³² STALDER (FN 9), Kommentar BGG, N 2 der Vorbem. zu Art. 61–69 BGG.

³³ Vgl. BBl 1988 III 1035.

- Aus **strukturpolitischen Gründen** bedarf beispielsweise der Erwerb durch einen Mit- oder Gesamteigentümer keiner Bewilligung (Art. 62 lit. c BGG).³⁴
- Beim Erlass des Fusionsgesetzes (FusG) wurde sodann aus **wirtschaftspolitischen Gründen** eine neue Ausnahme (Art. 62 lit. g BGG) eingeführt. Keiner Bewilligung bedarf danach der Erwerb durch Fusion oder Spaltung nach dem Fusionsgesetz, wenn die Aktiven des übertragenden oder des übernehmenden Rechtsträgers nicht zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken bestehen.

Das Selbstbewirtschaftersprinzip gilt damit keinesfalls absolut, sondern wird durchbrochen durch auf anderen schützenswerten Interessen basierenden Ausnahmen. Nähere Betrachtung verdient dabei insbesondere die bei Erlass des Fusionsgesetzes neu eingeführte Ausnahmebestimmung, die wirtschaftspolitische Interessen verfolgt (dazu sogleich).

2. Exkurs: Die Ausnahmebestimmung von Art. 62 lit. g BGG betreffend Fusionen und Spaltungen

Gemäss Art. 62 lit. g BGG bedarf der Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe oder Grundstücke keiner Bewilligung *«beim Übergang von Eigentum durch Fusion oder Spaltung im Sinne des Fusionsgesetzes vom 3. Oktober 2003, wenn die Aktiven des übertragenden oder des übernehmenden Rechtsträgers nicht zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken bestehen»*.³⁵ Diese Bestimmung wurde beim Erlass des Fusionsgesetzes ins Gesetz eingeführt und trat am 1. Juli 2004 in Kraft. Wie das Fusionsgesetz im Allgemeinen³⁶ soll die Ausnahme eine grössere Beweglichkeit in der rechtlichen Organisation von Unternehmen ermöglichen. Die Bestimmung dient damit wirtschaftspolitischen Zielen, namentlich der **Ermöglichung der Anpassung der Organisation von Unternehmen an veränderte Bedürfnisse**.

In der **Botschaft** wurde die Einführung von Art. 62 lit. g BGG nur kurz begründet: Die Botschaft verwies zuerst auf die bisherige Lehre zur Bewilligungspflicht nach Art. 61 BGG bei Fusionen³⁷ und hielt fest, dass *«nach der Lehre [...] für eine solche Universalsukzession – analog zum in Art. 62 Buchstabe a BGG geregelten (bewilligungsfreien) Erbgang – keine Erwerbsbewilligung nach Art. 61 BGG notwendig [ist], es sei denn, die Hauptak-*

*tiven des übergehenden Vermögens bestünden aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken.»*³⁸ Sodann verweist die Botschaft auf die neue Bestimmung und hält fest: *«Die Bewilligungspflicht soll grundsätzlich entfallen, wenn sich Gesellschaften durch Fusion oder Spaltung umstrukturieren.»* Weitere Argumente für die Einführung fehlen. Dies zeigt, dass die Revision die bisherige umstrukturierungsfreundliche Lehre im Gesetz verankern wollte.

Zum Anwendungsbereich gilt dabei was folgt:

- Art. 62 lit. g BGG greift *«beim Übergang von Eigentum durch Fusion oder Spaltung»*, d.h. wenn das (juristische) Eigentum an einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder Grundstück im Rahmen einer Fusion oder Spaltung vom übertragenden Rechtsträger (ausserbuchlich) auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht, mithin ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück zum übertragenen Vermögen gehört.
- Dabei unterscheidet das Gesetz nicht danach, ob nur der juristische Eigentümer oder auch der «wirtschaftliche» Eigentümer wechselt, mithin ein Kontrollwechsel am landwirtschaftlichen Gewerbe oder Grundstück stattfindet. Art. 62 lit. g BGG findet in beiden Fällen Anwendung.
- Nicht ausdrücklich geregelt ist der Fall, dass das juristische Eigentum am Gewerbe oder Grundstück nicht ändert (wenn z.B. der erwerbende Rechtsträger bereits über ein solches verfügt oder bei der Spaltung das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück beim übertragenden Rechtsträger verbleibt), auch wenn es dabei zu einem Kontrollwechsel kommt. Zu denken ist an den Fall, dass eine «grosse» übertragende Gesellschaft mit einer «kleinen» übernehmenden Gesellschaft, zu deren Aktiven ein landwirtschaftliches Grundstück oder Gewerbe gehört, fusioniert, so dass die übernehmende Gesellschaft nach der Fusion durch die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft dominiert wird. Auch in diesem Falle muss – a majore minus – die Ausnahmebestimmung von Art. 62 lit. g BGG greifen.
- Mit anderen Worten deckt die Bestimmung generell den Übergang des «juristischen» oder «wirtschaftlichen» Eigentums im Rahmen einer Fusion oder Spaltung ab. Für all diese Fälle gilt – bei gegebenen Voraussetzungen – die Befreiung von der Bewilligungspflicht.

Die Befreiung von der Bewilligungspflicht gilt sodann gemäss dem Wortlaut nur, wenn *«die Aktiven des übertragenden oder des übernehmenden Rechtsträgers nicht zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken*

³⁴ Diese Ausnahme zielt darauf ab, die Anzahl der Berechtigten am landwirtschaftlichen Gewerbe oder Grundstück zu reduzieren (vgl. BBl 1988 III 1036).

³⁵ Vgl. dazu BBl 2000 II 4496.

³⁶ BBl 2000 II 4354.

³⁷ Konkret auf STALDER (FN 9), Kommentar BGG, N 18 zu Art. 61 BGG.

³⁸ BBl 2000 II 4496.

bestehen» (Hervorhebung hinzugefügt). Dieser Wortlaut ist in verschiedener Hinsicht klärungsbedürftig:

- Das Gesetz spricht von «*einem landwirtschaftlichen Gewerbe*» (Singular) und von «*landwirtschaftlichen Grundstücken*» (Plural). Selbstverständlich gilt dasselbe auch, wenn es sich *in casu* um mehrere Gewerbe oder nur ein Grundstück (so ausdrücklich der italienische Wortlaut³⁹) handelt.
- Nach dem Gesetzeswortlaut («*oder*») genügt es für die Befreiung (in allen Sprachversionen), wenn die Aktiven von einem der zwei beteiligten Rechtsträger nicht zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder Grundstück bestehen. Dies scheint ein gesetzgeberisches Versehen zu sein: In der Botschaft wurde genau umgekehrt festgehalten, dass die Befreiung keine Anwendung finde, wenn die Aktiven von einem der beteiligten Rechtsträger zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken bestehen;⁴⁰ dies gilt wiederum für alle Sprachversionen des Bundesblatts.⁴¹ Es ist damit davon auszugehen, dass sowohl die **Aktiven des übertragenden wie auch jene des übernehmenden Rechtsträgers nicht zur Hauptsache aus landwirtschaftlichen Gewerben oder Grundstücken** bestehen müssen, damit die Befreiung von der Bewilligungspflicht greift.⁴²
- Sodann scheint der Gesetzeswortlaut, der auf die Zusammensetzung der Aktiven des *übertragenden* und des *übernehmenden* Rechtsträgers abstellt, auf den Fall einer Fusion gemünzt zu sein, bei welcher das gesamte Vermögen des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht. Für die **Spaltung**, bei welcher das übertragene Vermögen im Prinzip beliebig gewählt werden kann, passt dies nicht unbedingt. Vielmehr wäre hier – im Sinne der in der Botschaft zitierten Lehrmeinung (vgl. oben) – zu fordern, dass **auch das übertragene Vermögen nicht zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken** besteht.

Zusammenfassend ergibt sich aus dem neu eingeführten Art. 62 lit. g BGG die gesetzgeberische Wertung, dass

³⁹ Vgl. den italienischen Wortlaut: «*da un'azienda o da un fondo agricoli*».

⁴⁰ BBl 2000, 4496: «*Die Bewilligungspflicht soll grundsätzlich entfallen, wenn sich Gesellschaften durch Fusion oder Spaltung umstrukturieren. Ausgenommen bleiben, dem Zweck des BGG entsprechend, diejenigen Fälle, in denen die Aktiven des übertragenden oder des übernehmenden Rechtsträgers zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken bestehen.*»

⁴¹ Vgl. Feuille fédérale 2000, 4148; Foglio federale 2000, 3915.

⁴² Vgl. auch STADLER (FN 9), Kommentar BGG, N 30a zu Art. 62 BGG: «*Bestehen die Aktiven des übertragenden oder des übernehmenden Rechtsträgers überwiegend aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken, greift der Dispens nicht und das Geschäft bleibt bewilligungspflichtig.*»

der Zweck der Bewilligungspflicht, die Durchsetzung des Selbstbewirtschafterprinzips, seine Grenze findet am wirtschaftspolitischen Ziel der Ermöglichung der Anpassung der Organisation von Unternehmen an veränderte Bedürfnisse. Diese gesetzgeberische Wertung ist bei der Beurteilung der Rechtsfrage, wann ein Kauf von Anteilen an einer juristischen Person gemäss Art. 61 Abs. 3 BGG wirtschaftlich einer Eigentumsübertragung gleichkommt, zu berücksichtigen.

3. Folgerungen für den Unternehmenskauf

Dabei ist vorab festzuhalten, dass die Übertragung eines Unternehmens (oder eines Teils davon) im Rahmen eines Kaufs von Anteilen an einer juristischen Person (*Share Deal*; im folgenden vereinfachend «Aktienkauf») eine in der Praxis ebenso wichtige oder gar wichtigere Transaktionsform darstellt wie die im Fusionsgesetz ausdrücklich geregelte Fusion oder Spaltung, auch wenn der Aktienkauf im Fusionsgesetz keiner besonderen Regelung bedurfte. Wie bei einer Fusion oder Spaltung findet beim Aktienkauf kein grundbuchlicher Erwerb von Eigentum statt, da die veräusserte juristische Person als Eigentümerin des landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks schlicht Eigentümerin bleibt. Der Aktienkauf kann dabei mit einem Kontrollwechsel verbunden sein, muss es aber nicht (beispielweise bei konzerninternen Übertragungen). Insofern ist die Situation vergleichbar mit der Situation einer Fusion oder Spaltung (vgl. Abschnitt IV.2.). Das wirtschaftspolitische Ziel der Ermöglichung der Anpassung der Organisation von Unternehmen an veränderte Bedürfnisse gilt damit beim Aktienkauf in gleichem Masse.

Entsprechend darf unseres Erachtens in Analogie zu Art. 62 lit. g BGG ein Aktienkauf dann nicht als ein wirtschaftlich einer Eigentumsübertragung gleichkommendes Rechtsgeschäft (Art. 61 Abs. 3 BGG) gelten, wenn die Aktiven der übertragenden Gesellschaft nicht zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken bestehen. Es würde dem wirtschaftspolitischen Ziel, die Anpassung der Organisation von Unternehmen an veränderte Bedürfnisse zu ermöglichen (vgl. oben Abschnitt IV.2.), widersprechen, wenn Unternehmen über die Hintertüre der Bewilligungspflicht nach BGG gezwungen würden, Transaktionen statt als Aktienkauf durch Fusion oder Spaltung vorzunehmen (oder darauf zu verzichten).

Das gilt umso mehr, als gemäss der Botschaft zum Fusionsgesetz mit der Einführung von Art. 62 lit. g BGG nur im Gesetz festgeschrieben werden sollte, was gemäss der Lehre bereits galt (siehe oben). In Bezug auf den Aktienkauf war die Lehre und Rechtsprechung bis zum hier kommentierten BGE 140 II 233 genau gleich (vgl. oben Abschnitt III.). Auch kann aus dem Umstand, dass bei der Einführung von Art. 62 lit. g BGG der Aktienkauf

nicht erwähnt wurde, nicht geschlossen werden, dass die dieser Bestimmung zugrunde liegende Wertung beim Aktienkauf *e contrario* gerade nicht gelten soll, gehört doch der Aktienkauf nicht zum Gegenstand des Fusionsgesetzes, welches Anlass zur Einführung von Art. 62 lit. g BGG gab.

Entscheidend ist damit auch beim Aktienkauf, ob die Aktiven der übertragenen juristischen Person zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder Grundstück bestehen. Dabei kann m.E. **in quantitativer Hinsicht** auf die bisherige Lehre abgestellt werden, die verlangt, dass die landwirtschaftlichen Aktiven eher 100 % als 50 % der Gesamtktiven, in jedem Falle aber über 50 % betragen, damit die Bewilligungspflicht greift. Hinzu kommen **qualitative Kriterien**, die bisher in der Lehre und Rechtsprechung (zu) wenig Beachtung gefunden haben:

- Bereits die Botschaft zum BGG erwähnt als qualitatives Kriterium die **Art der übrigen Aktiven**.⁴³ Gegen landwirtschaftliche Hauptaktiven spricht damit beispielsweise, wenn die übrigen Aktiven einen operativen Betrieb darstellen, z.B. einen Handels-, Fabrikations- oder Dienstleistungsbetrieb oder wenn sie aus Beteiligungen an operativen Unternehmen bestehen. Für landwirtschaftliche Hauptaktiven mag sprechen, wenn die Gesellschaft neben dem landwirtschaftlichen Gewerbe oder Grundstück einzig Bankguthaben oder – wie z.B. in BGE 140 II 233 – ein soeben in die Bauzone umgezontes Landwirtschaftsgrundstück hält.
- Als weiteres qualitatives Kriterium ist die **Unternehmensgeschichte** zu beachten, namentlich zu welchem Zweck und unter welchen Umständen die landwirtschaftlichen Aktiven und die übrigen Aktiven erworben wurden. Betreibt die Gesellschaft seit langem einen operativen Betrieb neben dem – z.B. aus historischen Gründen gehaltenen – landwirtschaftlichen Gewerbe oder Grundstück, so ist dies anders zu beurteilen, als wenn das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück erst vor kurzem erworben oder zusammen mit anderen Aktiven in die Gesellschaft eingebracht wurde. So lässt sich auch verhindern, dass eine Bewilligungspflicht umgangen wird, indem nicht landwirtschaftliche Aktiven in eine juristische Person eingebracht werden, um diese anschliessend bewilligungsfrei zu veräussern.⁴⁴

Mit anderen Worten kommen m.E. zum quantitativen Kriterium qualitative Kriterien hinzu, welche die Beurteilung in die eine oder andere Richtung beeinflussen können. Der Entscheid, ob landwirtschaftliche Hauptaktiven vorliegen, ist demnach in jedem Falle ein Wertungsentscheid.

4. Geringe agrarpolitische Relevanz des Unternehmenskaufs

Ein so verstandener echter Unternehmenskauf (das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück ist kein Hauptaktikum) ist von **geringer agrarpolitischer Relevanz**. Ziel der Bewilligungspflicht ist wie gesagt die **Durchsetzung des Selbstbewirtschaftersprinzips**, mithin sicherzustellen, dass bei einer Handänderung in erster Linie Selbstbewirtschaftler landwirtschaftliche Gewerbe und Grundstücke zu einem nicht übersetzten Preis erwerben können.

Wird ein operatives Unternehmen (oder eine Holdinggesellschaft, die operative Unternehmen hält) veräussert, das keine landwirtschaftlichen Hauptaktiven hält, so besteht keine Gefahr für agrarpolitisch relevante Interessen:

- Erstens wird ein Landwirt (als potenzieller Selbstbewirtschaftler) als Erwerber typischerweise gar nicht in der Lage sein, ein grösseres operatives Unternehmen zu erwerben, ohne dass er dabei die Eigenschaft als Selbstbewirtschaftler (vgl. Art. 9 Abs. 1 BGG) verliert: Er müsste, um weiterhin als Selbstbewirtschaftler zu gelten, das landwirtschaftliche Gewerbe – obwohl er fortan Inhaber eines grösseren operativen Unternehmens ist – trotzdem persönlich leiten und persönlich auf dem Betrieb mitarbeiten, und zwar grundsätzlich als Haupterwerb.⁴⁵
- Zweitens ändern sich die landwirtschaftspolitisch relevanten Verhältnisse bei einem echten Unternehmenskauf nicht: Ein typischerweise verpachtetes landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück wird weiterhin von demselben Pächter genutzt, ohne dass der Erwerber den Pachtvertrag nach Art. 15 LPG auflösen könnte (da es an einer Handänderung am Pachtgegenstand fehlt).⁴⁶
- Drittens besteht bei einem echten Unternehmenskauf, der die obengenannten quantitativen und qualitativen Kriterien erfüllt (vgl. Abschnitt IV.3.), keine Umgehungsgefahr, weil selbst die Einbringung eines

⁴⁵ EDUARD HOFER, in: SCHWEIZERISCHER BAUERNVERBAND (Hrsg.), Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. Aufl., Brugg 2011 (zit. Kommentar BGG), N 20 zu Art. 9 BGG; HOFER/STUDER (FN 9), BIAR 2012, 59.

⁴⁶ Auch die Pacht stellt ein schützenswertes Ziel des BGG dar, welches nur erreicht werden kann, wenn landwirtschaftliche Gewerbe und Grundstücke in gewissen Fällen auch von einem Nichtselbstbewirtschaftler erworben werden können. Ansonsten kann das ohnehin spärlich vorhandene Pachtland nicht aufrechterhalten werden. Vgl. BBl 1988 III 971; CHRISTINA SCHMIDT-TSCHIRREN/CHRISTOPH BANDLI, in: SCHWEIZERISCHER BAUERNVERBAND (Hrsg.), Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. Aufl., Brugg 2011, N 5 zu Art. 4 BGG. Aus diesem Grund wird gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. a BGG auch dann eine Ausnahme vom Selbstbewirtschaftersprinzip gewährt, wenn es beim Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks darum geht, einen Pachtbetrieb zu erhalten oder strukturell zu verbessern.

⁴³ BBl 1988 III 979.

⁴⁴ HOFER/STUDER (FN 9), BIAR 2012, 44.

operativen Unternehmens in eine juristische Person aufgrund der qualitativen Kriterien (insb. der Unternehmensgeschichte) nicht erlauben würde, die juristische Person anschliessend bewilligungsfrei zu veräussern.

V. Fazit

Eine eingehende Analyse der Bewilligungspflicht nach Art. 61 BGG, insbesondere unter Berücksichtigung der der Bewilligungspflicht zugrundeliegenden Ziele und Wertungen (vgl. IV.1., 2. und 4.), ergibt, dass der Erwerb von Anteilen an einer juristischen Person nur dann gemäss Art. 61 Abs. 3 BGG der Bewilligungspflicht unterliegt, wenn landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstücke die Hauptaktiven der betroffenen juristischen Person darstellen (in Analogie zu Art. 62 lit. g BGG und Art. 4 Abs. 2 BGG) (vgl. IV.3.). Wann solche Hauptaktiven vorliegen, bestimmt sich nach quantitativen und qualitativen Kriterien (vgl. IV.3. *in fine*). In qualitativer Hinsicht sind insbesondere die Art der übrigen Aktiven und die Unternehmensgeschichte, namentlich zu welchem Zweck und unter welchen Umständen die landwirtschaftlichen und übrigen Aktiven erworben wurden, zu berücksichtigen.

Die Aussage des Bundesgerichts in BGE 140 II 233, wonach *jede Übertragung von Aktien einer Gesellschaft, die ein landwirtschaftliches Gewerbe besitzt, wirtschaftlich einer teilweisen Eigentumsübertragung gleichkommt und [...] unabhängig von Art. 4 Abs. 2 BGG in jedem Fall der Bewilligungspflicht gemäss dem BGG untersteht*,⁴⁷ kann demnach nicht verallgemeinert werden. Sie ist vor dem Hintergrund des konkreten Falles zu verstehen, in welchem durch eine spezielle Struktur die Gefahr einer Umgehung oder vermeintlichen Vermeidung der Bewilligungspflicht geschaffen wurde.

Würde man die hier vertretenen Kriterien auf die BGE 140 II 233 zugrundeliegende Gesellschaft anwenden, so ist klar, dass diese Gesellschaft die Anforderungen für eine bewilligungsfreie Übertragung ihrer Aktien aufgrund der qualitativen Kriterien nicht erfüllen würde. Im Ergebnis ist dem Entscheid für diesen konkreten Fall damit zuzustimmen.

⁴⁷ BGE 140 II 233, 247, Erw. 5.6.1.