

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2017 81 vom 25. Juni 2018**

BE Verwaltungsgericht, 2018-06-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2017\\_81](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2017_81)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2017 81 du 25 juin 2018

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2017 81 del 25 giugno 2018

## **Regeste**

bäuerliches Bodenrecht; Feststellung des Vorliegens eines landwirtschaftlichen Gewerbes (Entscheid der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern vom 16. Februar 2017; L2015-004) | Landwirtschaft

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig.

### **E. 1.2**

Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Nach Art. 84 BGGB kann, wer ein schutzwürdiges Interesse hat, von der Bewilligungsbehörde insbesondere feststellen lassen, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück dem Realteilungsverbot, dem Zerstückelungsverbot, dem Bewilligungsverfahren oder der Belastungsgrenze unterliegt (Bst. a) oder ob der Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks bewilligt werden kann (Bst. b). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können abgesehen von den in Art. 84 BGGB ausdrücklich aufgezählten Gegenständen insbesondere auch die Begriffsbestimmungen von Art. 6-10 BGGB zum Gegenstand einer Feststellungsverfügung gemacht werden (BGE 137 II 182 [BGer 2C\_450/2009 vom 10.2.2011] nicht publ. E. 1.1, 129 III 186 E. 2.1; BGer 2C\_1085/2013 vom 21.5.2015, in ZGBR 2017 S. 175 E. 3, 2C\_420/2014 vom 9.12.2014 E. 2.1, 2C\_876/2008 vom 14.7.2009 E. 1.1, je mit Hinweisen). Der Feststellungsanspruch nach Art. 84 BGGB ist nicht subsidiär. Er besteht von Gesetzes wegen auch dann, wenn die Voraussetzungen für den Erlass einer Gestaltungsverfügung (Art. 83 BGGB) gegeben wären (BGE 129 III 503 E. 3.6; BGer 2C\_931/2014 vom 23.5.2016 E. 1.3, je mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer ist als Miteigentümer und Bewirtschafter durch den angefochtenen Entscheid, welcher die Eigenschaft der fraglichen Grundstücke als landwirtschaftliches Gewerbe verneint, besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Das gilt auch, weil er als Miteigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes gemäss Art. 7 BGGB – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – namentlich ein Vorkaufsrecht am Miteigentumsanteil des Beschwerdegegners zum Ertragswert hätte (Art. 49 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 3 BGGB) und einen Zuweisungsanspruch

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 5 gemäss Art. 36 Abs. 1 BGGB, wobei als Anrechnungswert der Ertragswert gelten würde

(Art. 37 Abs. 1 Bst. a BGG; vgl. zum Ganzen auch Herrenschwand/Stalder, in Kommentar BGG, 2. Aufl. 2011, Art. 84 N. 7).

### **E. 1.3**

Umstritten ist unter anderem, welche Fassung von Art. 3 der Verordnung vom 7. Dezember 1998 über landwirtschaftliche Begriffe und die Anerkennung von Betriebsformen (Landwirtschaftliche Begriffsverordnung, LBV; SR 910.91) für die Berechnung der Standardarbeitskraft (SAK) gemäss Art. 7 Abs. 1 Satz 1 BGG anwendbar ist. Gemäss Art. 2a Abs. 1 Satz 2 der Verordnung vom 4. Oktober 1993 über das bäuerliche Bodenrecht (VBB; SR 211.412.110) sind bis zum 1. Juli 2016 für die Berechnung des Umfangs an SAK je Betrieb die Faktoren nach Art. 3 LBV anwendbar, die bis Ende 2015 galten. Ausserdem ist am 1. Juli 2016 die neue Fassung von Art. 2a Abs. 2 VBB, welcher ebenfalls Faktoren zur Berechnung der SAK festlegt, in Kraft getreten. Der Beschwerdeführer beantragt, es sei sowohl unter Anwendung der bis Ende 2015 in Kraft stehenden Fassungen (Hauptbegehren) als auch nach geltendem Recht (Eventualbegehren) festzustellen, dass ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinn von Art. 7 BGG vorliege. Der Beschwerdegegner stellt den Antrag, auf das Hauptbegehren sei mangels schutzwürdigen Interesses des Beschwerdeführers nicht einzutreten. – Wie gesehen hat der Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt oder nicht (E. 1.2 hiervor). Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, welche Fassung der genannten Normen anwendbar ist, zumal die Frage nach dem zeitlich anwendbaren Recht im Allgemeinen bei der materiell-rechtlichen Prüfung der Streitsache zu klären ist. Ob mit Blick auf die Bindungswirkung der Feststellungsverfügung in einem nachfolgenden Bewilligungsverfahren gemäss Art. 83 BGG (vgl. dazu Herrenschwand/Stalder, a.a.O., Art. 84 N. 8, 9 und 11a; vgl. auch BGE 137 II 182 E. 3.7.4.2 [betreffend Sachverhaltsänderung]) auf das Hauptbegehren mangels schutzwürdigen Interesses nicht einzutreten wäre (in diesem Sinn angefochtener Entscheid E. 8b), kann letztlich aber offenbleiben (vgl. E. 8 hinten), zumal eine Beurteilung nach dem neuen Recht ebenfalls beantragt wird (Eventualbegehren). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist demnach unter diesem Vorbehalt einzutreten.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 6

### **E. 1.4**

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

### **E. 2**

Die VOL wies im angefochtenen Entscheid darauf hin, dass der Beschwerdegegner im familiären Umfeld des Vorstehers der VOL verkehre, weshalb dieser in den Ausstand getreten sei und der Entscheid von seiner Stellvertreterin getroffen werde (angefochtener Entscheid E. 4b). Der Beschwerdeführer erblickt darin eine Verletzung der Ausstandsregeln von Art. 9 VRPG. Er befürchtet, dass der Volkswirtschaftsdirektor dennoch in das Verfahren involviert gewesen sei und auf die mit der Instruktion befassten Mitarbeiterinnen bzw. Mitarbeiter Einfluss genommen habe. Die VOL hat in nachvollziehbarer Weise und unter Hinweis auf die offizielle Stellvertretungsregelung dargelegt, dass dies nicht zutrifft (act. 3). Bei den Vorbringen des Beschwerdeführers handelt es sich denn auch um Mutmassungen. Ausserdem legt er nicht dar, inwieweit bei

Personen, die am Entscheid mitgewirkt haben, ein Ausstandsgrund vorliegen würde (vgl. Art. 9 Abs. 1 Bst. a-f VRPG). Eine Verletzung von Ausstandsregeln ist unter diesen Umständen nicht ersichtlich.

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 7 Abs. 1 Satz 1 BGGB gilt als landwirtschaftliches Gewerbe 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 SAK nötig ist. Bei der Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, sind diejenigen Grundstücke zu berücksichtigen, die dem BGGB unterstellt sind (Art. 7 Abs. 3 BGGB). Dazu gehören gemäss Art. 2 Abs. 1 BGGB namentlich einzelne oder zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehörende landwirtschaftliche Grundstücke, die ausserhalb einer Bauzone nach Art. 15 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700) liegen (Bst. a) und für welche die

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 7 landwirtschaftliche Nutzung zulässig ist (Bst. b). Ferner gilt das BGGB für Grundstücke und Grundstücksteile mit landwirtschaftlichen Gebäuden und Anlagen, einschliesslich angemessenen Umschwungs, die in einer Bauzone liegen und zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören (Art. 2 Abs. 2 Bst. a BGGB). Grundstücke, die keinen landwirtschaftlich nutzbaren Teil enthalten, gelten als nichtlandwirtschaftlich (Eduard Hofer, in Kommentar BGGB, 2. Aufl. 2011, Art. 7 N. 136, 138). Das Gesetz gilt nicht für Grundstücke von weniger als 15 Aren Rebland oder 25 Aren anderem Land, die nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören (Art. 2 Abs. 3 BGGB). Weiter sind gemäss Art. 7 Abs. 4 BGGB bei der Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, die örtlichen Verhältnisse (Bst. a), die Möglichkeit, fehlende betriebsnotwendige Gebäude zu erstellen oder vorhandene umzubauen, instand zu stellen oder zu ersetzen, wenn entsprechende Aufwendungen für den Betrieb tragbar sind (Bst. b) und die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke (Bst. c) zu berücksichtigen.

### **E. 3.2**

Im BGGB spielt neben dem Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes auch jener des landwirtschaftlichen Betriebs eine Rolle. Der landwirtschaftliche Betrieb ist die Einheit der aktiv wirtschaftenden Landwirtschaft und bildet deren Struktur. Er ist die wirtschaftliche Einheit, die unter einer einheitlichen Führung steht, rechtlich, wirtschaftlich, organisatorisch und finanziell selbständig und von anderen Betrieben unabhängig ist. Als materielle Grundlage gehören alle landwirtschaftlich genutzten Sachen zum Betrieb, sowohl Grundstücke und Gebäude als auch das mobile Inventar, unabhängig vom Eigentum. Die Sachen können ganz oder teilweise Eigentum des Bewirtschafters oder der Bewirtschaftlerin, gepachtet, gemietet oder geleast sein (Eduard Hofer, a.a.O., Art. 7 N. 1; vgl. Art. 6 Abs. 1 LBV).

### **E. 3.3**

Das landwirtschaftliche Gewerbe ist demgegenüber eine rechtliche Einheit auf der Ebene des Grundeigentums und umfasst Grundstücke, Bauten und Anlagen, die sich als Grundlage für einen landwirtschaftlichen Betrieb eignen. Die Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, erfolgt nach objektiven Kriterien. Massgebend ist das Potenzial der Grundstücke, Bauten und Anlagen, in ihrem funktionalen Zusammenwirken Grundlage

eines landwirtschaftlichen Betriebs zu sein, und es ist darauf

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 8 abzustellen, wie das Gewerbe genutzt werden könnte, wenn die vorhandenen Grundlagen als wirtschaftliche bzw. funktionale Einheit bewirtschaftet würden. Würde lediglich auf die aktuelle Situation abgestellt, würde die Anwendung des Gesetzes letztlich dem Einfluss der Grundeigentümerschaft überlassen (BGE 137 II 182 E. 3.1.3; Eduard Hofer, a.a.O., Art. 7 N. 1, 15 ff., 37 ff.).

### **E. 3.4**

Als Mindestanforderung an die eigentümersmäßige Einheit von Grundstücken, Bauten und Anlagen wird das Vorhandensein einer (minimalen) Eigenlandbasis sowie eigener Wirtschafts- und Wohngebäude vorausgesetzt oder zumindest die Möglichkeit, fehlende Gebäude neu zu erstellen oder vorhandene umzubauen, sofern die entsprechenden Aufwendungen für den Neu- oder Umbau finanziell tragbar sind (vgl. Art. 7 Abs. 4 Bst. b BGBB). Die Gesamtheit muss geeignet sein, einer Bäuerin oder einem Bauern Lebenszentrum zu sein und als Grundlage für einen Landwirtschaftsbetrieb zu dienen (VGE 2009/404/408 vom 8.6.2011, in BIAR 1/2012 S. 75 E. 4.2 f.; Eduard Hofer, a.a.O., Art. 7 N. 21-27). Die Grundstücke, Bauten und Anlagen müssen sodann eine funktionale Einheit bilden, was voraussetzt, dass sie zueinander passen bzw. in einem sachlichen Zusammenhang stehen und von einem gemeinsamen Zentrum aus bewirtschaftet werden können. Es muss auch eine räumliche Einheit bestehen (Eduard Hofer, a.a.O., Art. 7 N. 15b, 30-33; VGE 2009/404/408 vom 8.6.2011, in BIAR 1/2012 S. 75 E. 4.3).

### **E. 4.1**

Unbestritten ist grundsätzlich, dass die nötige Eigenlandbasis sowie Wirtschafts- und Wohngebäude als eigentümersmäßige Einheit vorhanden sind, die als Grundlage des landwirtschaftlichen Betriebs dienen können (vgl. angefochtener Entscheid E. 7b). Nicht mehr bestritten ist namentlich, dass die für die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Pferdehaltung nötigen und tierschutzkonformen Ställe vorhanden sind (Beschwerdebekanntgabe 12; Beschwerdeantwort vom 1.5.2017, act. 5 [nachfolgend: BA] S. 14 Ziff. 4). Der Beschwerdegegner macht jedoch geltend, die für den Anbau von Spezialkulturen und Kartoffeln bestimmten Flächen seien verpachtet,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 9 wobei diese Pachtverhältnisse nicht bewilligt seien. Da der Anbau immer durch andere Personen erfolgt sei, liege keine auf diese Produktion ausgerichtete eigentümersmäßige, funktionale und räumliche Einheit im Sinn von Art. 7 Abs. 1 BGBB vor. Er stellt die Beweisangebote, es seien verschiedene Personen als Zeugen bzw. Auskunftspersonen einzuvernehmen; ausserdem seien bei diesen Personen Buchhaltungsauszüge und Belege betreffend Pachtzinse, Aufwand und Ertrag auf den Böden sowie Vereinbarungen über die Nutzungsabtretung einzuholen. Letztere seien auch beim Beschwerdeführer zu edieren (BA S. 10). Der Beschwerdegegner hat bereits vor der VOL geltend gemacht, der Beschwerdeführer habe in den letzten Jahren Flächen zum Rosenkohlanbau und seit mehr als zehn Jahren das Land für den Kartoffelanbau verpachtet (Beschwerde an die VOL, Ziff. 9). Dies bestreitet der Beschwerdeführer (vgl. Beschwerde; Vorakten VOL, pag. 53 und 91).

### **E. 4.2**

Die VOL hat beim Schweizer Bauernverband, agriexpert, ein Gutachten eingeholt (act. 3G; nachfolgend: Gutachten agriexpert). Dem Gutachten agriexpert ist zu den zum Betrieb des Beschwerdeführers gehörenden Flächen zu entnehmen was folgt: Insgesamt verfüge der Betrieb über 19,08 ha Eigenland, wovon 4,073 ha Wald und 14,2 ha landwirtschaftliche Nutzfläche (LN) seien. Zwei Parzellen innerhalb der LN würden nicht landwirtschaftlich genutzt, befänden sich aber in der Landwirtschaftszone und könnten wieder landwirtschaftlich genutzt werden (2'820 m<sup>2</sup> ...feld ...verein; 3'189 m<sup>2</sup> Parkplatz ...). Als Ersatz für die Verpachtung der Parzelle ... Nr. 6 (ökologische Ausgleichsfläche und Parkplatz ..., vgl. E. 4.4 hinten) bestehe eine Abtauschfläche von 19'723 m<sup>2</sup> auf der Parzelle ... Gbbl. Nr. .... Abgesehen vom Parkplatz für den ... könne die Parzelle ... Nr. 6 weiterhin als extensive Wiese genutzt werden. Als weiteres Pachtland werde eine Teilfläche der Autobahn von 2'201 m<sup>2</sup> bewirtschaftet. Der Pachtzins sei regelmässig bezahlt worden, womit ein gültiges Pachtverhältnis bestehe. Die effektiv landwirtschaftlich bewirtschaftete Fläche betrage somit 15,79 ha (Gutachten agriexpert Ziff. 3.1 Flächen; Ziff. 2 Liegenschaftsbeschreibung, Flächenverzeichnis; Anhang 13 Parzellenplan).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 10

#### **E. 4.3**

Die Verpachtung einzelner Parzellen eines landwirtschaftlichen Gewerbes ändert grundsätzlich nichts an der Gewerbeeigenschaft und sie sind in die Beurteilung, ob ein Gewerbe vorliegt, einzubeziehen, namentlich für die Berechnung der SAK (BGE 138 III 548 E. 7.1.2; Eduard Hofer, a.a.O., Art. 7 N. 37f, 88a, auch zum Folgenden; vgl. auch VGE 2009/404/408 vom 8.6.2011, in BIAR 1/2012 S. 75 E. 6.6.4). Jedoch sind gemäss Art. 8 Bst. a BGG auf ein landwirtschaftliches Gewerbe die Bestimmungen über die einzelnen landwirtschaftlichen Grundstücke anwendbar, wenn es seit mehr als sechs Jahren rechtmässig ganz oder weitgehend parzellenweise verpachtet ist und diese Verpachtung im Sinn von Art. 31 Abs. 2 Bst. e und f des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1985 über die landwirtschaftliche Pacht (LPG; SR 221.213.2) weder vorübergehenden Charakter hat noch aus persönlichen Gründen erfolgt ist (für einen Anwendungsfall von Art. 8 Bst. a BGG vgl. BVR 1999 S. 537 E. 5c; zum Prüfprogramm: BGer 2C\_342/2014 vom 17.4.2015 E. 3.3). – Die Gutachter stellten an der Besichtigung vor Ort fest, dass der Betrieb vom Beschwerdeführer bewirtschaftet wird. Die landesüblichen Ackerbaumaschinen seien in einem gepflegten Zustand vorhanden (Gutachten agriexpert Ziff. 10 S. 31; vgl. auch Aktennotiz der Besichtigung und Besprechung vom 4.5.2016, Gutachten agriexpert Anhang 1 S. 2). Zwar findet sich in den Buchhaltungen 2012 und 2013 der Buchungstext «Landmiete», welchen der Beschwerdeführer jedoch für die Gutachter grundsätzlich nachvollziehbar erklärt hat (Gutachten agriexpert Ziff. 5.2.1 ff.). Die Ausführungen der Gutachter, die sich vor Ort ein Bild der Bewirtschaftung gemacht haben, sprechen gegen die behauptete Verpachtung. Der Beschwerdegegner macht im Übrigen nicht geltend, dass ein Fall von Art. 8 Bst. a BGG gegeben sei, und es liegen auch keine genügenden Hinweise dafür vor. Er weist denn auch darauf hin, dass keinem der (angeblichen) Bewirtschafteter eine bestimmte Fläche über die gesetzliche Mindestpachtdauer von sechs Jahren (vgl. Art. 7 Abs. 1 LPG) hinaus ohne Unterbruch überlassen worden sei, weshalb keine vorkaufsberechtigten Pächter vorlägen (act. 31). Nur im Fall von Art. 8 Bst. a BGG würde sich die Verpachtung aber auf die Beurteilung der Gewerbeeigenschaft auswirken. Soweit demnach überhaupt von einer Verpachtung auszugehen ist, wäre diese im

vorliegenden Verfahren ohne- hin unbeachtlich. Sie könnte entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners die ansonsten unbestrittene, von Art. 7 Abs. 1 BGGB geforderte eigen-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 11 tumsmässige, funktionale und räumliche Einheit nicht in Frage stellen. Es ist folglich grundsätzlich die ganze Eigenlandfläche in die Beurteilung miteinzubeziehen. Die Beweisanträge des Beschwerdegegners werden ab- gewiesen (E. 4.1 vorne).

#### **E. 4.4**

Gemäss Art. 7 Abs. 4 Bst. c BGGB sind bei der Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, namentlich die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke zu berücksichtigen. Mit Inkrafttreten von Art. 7 Abs. 4bis BGGB am 1. Januar 2014 sind für die Gewerbeberechnung die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke in jedem Fall zu berücksichtigen, sofern sie dem BGGB unterstellt sind (Franz A. Wolf, Landwirtschaftliche Gewerbe und Zupacht: Der Gesetzgeber schafft Klarheit zur bundes- gerichtlichen Rechtsprechung, in BIAR 1/2013 S. 43 ff., 61, 64; Andreas Wasserfallen, Bäuerliches Bodenrecht, in Roland Norer [Hrsg.], Handbuch zum Agrarrecht, 2017, S. 331 ff., N. 60). – Gemäss Ziff. 1 und 3 des Pacht- vertrags vom 7./18. Juni 2001 (Gutachten agriexpert Anhang 11, nachfol- gend: Pachtvertrag) haben der Beschwerdeführer und der Beschwerdegegner der Genossenschaft ... die Parzelle ... Nr. 6 zur Nutzung als ökologische Ausgleichsfläche für die ...anlage verpachtet. Als Ersatz erhält der Verpächter (Beschwerdeführer und Beschwerdegegner) Abtauschflächen in Unterpacht auf dem Grundstück ... Nr. ... (Pachtvertrag Ziff. 11 und Anhang 5). Die Pachtdauer beträgt 25 Jahre ab 1. Oktober 2003 (Pachtvertrag Ziff. 2a und b), kann unter bestimmten Voraussetzungen um weitere zehn Jahre verlängert werden und verlängert sich danach ohne fristgerechte Kündigung um weitere sechs Jahre (Pacht- vertrag Ziff. 2c und d). Die Fläche gilt demnach als im Sinn von Art. 7 Abs. 4 Bst. c BGGB für längere Dauer zugepachtet (Eduard Hofer, a.a.O., Art. 7 N. 93) und ist folglich zu berücksichtigen. Ob die Fläche von 2'201 m<sup>2</sup> (Autobahn) als kleines Grundstück im Sinn von Art. 2 Abs. 3 BGGB im Rahmen von Art. 7 Abs. 4 Bst. c BGGB anzurechnen ist, kann offenbleiben, wirkt sich dies doch im Ergebnis nicht aus (vgl. E. 8 hinten). Im Übrigen ist unbestritten, dass die Pachtflächen in die Beurteilung einzubeziehen sind.

#### **E. 4.5**

Die Gutachter stellten an der Betriebsbesichtigung fest, in die Reno- vation der Pferdeboxen müssten Fr. 20'000.--, in den Anschluss an die Ab- wasserreinigungsanlage (ARA) Fr. 17'862.-- investiert werden. Sie be-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 12 zeichneten diese Investitionen als nicht wirtschaftlich tragbar (Ziff. 7), was die VOL bestätigte (vgl. angefochtener Entscheid E. 10). Die wirtschaftliche Tragbarkeit der Investitionen ist im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 4 Bst. b BGGB von Bedeutung (E. 3.1 vorne). Die Instandstellung und ihre wirtschaftliche Tragbarkeit müssen nur dann in die Beurteilung einbezogen werden, wenn ein Gebäude ohne Sanierung seinen Zweck nicht mehr er- füllen könnte (Eduard Hofer, a.a.O., Art. 7 N. 114). Seit dem vorinstanzli- chen Entscheid wurden die Pferdeboxen erneuert (Beschwerdebeilage 12) und der ARA-Anschluss erstellt (Beschwerdebeilage 15). Da auf den Sach- verhalt im Urteilszeitpunkt abzustellen ist (Art. 25 VRPG; BVR 2017 S. 132 E. 3.3.1, 2011 S. 448 E.

3.4.1), stellt sich die Frage nach der wirtschaftlichen Tragbarkeit nicht mehr (vgl. Art. 25 VRPG). Unter diesen Umständen spielt auch die «objektive Wirtschaftlichkeit» des Betriebs keine Rolle (vgl. dazu aber Gutachten agriexpert Ziff. 9). Dass Art. 8 Bst. b BGG erfüllt sein könnte, wonach die Bestimmungen über die einzelnen landwirtschaftlichen Grundstücke auf ein landwirtschaftliches Gewerbe Anwendung finden, wenn es unabhängig von seiner Grösse wegen einer ungünstigen Betriebsstruktur nicht mehr erhaltungswürdig ist, ist nicht geltend gemacht und aufgrund der Feststellungen im Gutachten auch nicht ersichtlich (vgl. dazu Eduard Hofer, a.a.O., Art. 8 N. 17a ff.).

#### **E. 4.6**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von Art. 7 Abs. 1 BGG geforderte Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen gegeben ist und sie als Grundlage der landwirtschaftlichen Produktion dient (vgl. auch Eduard Hofer, a.a.O., Art. 7 N. 83). Die im Gutachten agriexpert genannte LN ist für die Beurteilung der Gewerbe-eigenschaft grundsätzlich massgebend und ohne die Pachtfläche «Auto- bahn» zu berücksichtigen (E. 4.4 vorne). Mit Blick auf das Folgende nicht beantwortet werden muss, ob – wie der Beschwerdeführer geltend macht (Beschwerde S. 21 Ziff. 12) – die Flächen für den Parkplatz des ... und den ... entgegen dem Gutachten agriexpert zusätzlich einzubeziehen wären (E. 8 hinten; vgl. auch angefochtener Entscheid E. 9b/cc). Es ist von einer LN von 15,57 ha (LN von 15,79 ha abzüglich Pachtfläche «Autobahn», inkl. allfällige Spezialkulturen [vgl. E. 6 hinten]) auszugehen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 13

#### **E. 5.1**

Hauptstreitpunkt bildet die Frage, ob zur Bewirtschaftung der Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen mindestens eine SAK nötig ist. Gemäss Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BGG legt der Bundesrat die Faktoren und die Werte für die Berechnung einer SAK in Abstimmung mit dem Landwirtschaftsrecht fest. Die SAK ist eine Einheit zur Bemessung der Betriebsgrösse, berechnet anhand von standardisier- ten Faktoren, die auf arbeitswirtschaftlichen Grundlagen basieren (Art. 3 Abs. 1 LBV). Für die Berechnung des Umfangs an SAK gelten die Faktoren gemäss Art. 3 Abs. 2 LBV (Art. 2a Abs. 1 Satz 1 VBB). Ergänzend dazu gelten die in Art. 2a Abs. 2 VBB genannten Faktoren. Unterschiedliche Faktoren gelten insbesondere für LN, Spezialkulturen, Nutztiere, Hoch- stamm-Feldobstbäume (Art. 3 Abs. 2 Bst. a Ziff. 1 und 2, Bst. b und Bst. c Ziff. 5 LBV), Kartoffeln und Wald (Art. 2a Abs. 2 Bst. c und n VBB). Der Bedarf an Standardarbeitskräften entspricht einem standardisierten Ar- beitsaufwand, nämlich demjenigen bei landesüblicher Bewirtschaftung. Die unterstellte Mechanisierung ist landesüblich, unabhängig von der tatsächli- chen Ausrüstung des zu beurteilenden Betriebs. Im Einzelfall bleibt die An- zahl SAK deshalb konstant, auch wenn der tatsächliche Arbeitsaufwand sinkt. Dem technischen Fortschritt wird durch die Revision der Faktoren für die Bemessung der SAK Rechnung getragen (Eduard Hofer, a.a.O., Art. 7 N. 42).

#### **E. 5.2**

Die Berechnung der SAK kann nicht allein aufgrund der rechtlichen Einheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen im Sinn von Art. 7 Abs. 1 BGG erfolgen (E. 4 vorne). Sie stützt sich auf das Produktionsprogramm des aktiven Betriebs, welches gegebenenfalls lan- desüblichen und örtlichen Verhältnissen anzupassen ist (vgl. E.

5.3 hier- nach). Zudem sind je nach dem die weiteren in Art. 7 Abs. 4 BGGB genannten Gegebenheiten zu berücksichtigen. Bei nicht im Sinn von Art. 8 Bst. a BGGB definitiv parzellenweise verpachteten Gewerben, bei denen kein aktiver Betrieb besteht, ist auf der Grundlage der zum Gewerbe gehö- renden Grundstücke, Bauten und Anlagen ein Landwirtschaftsbetrieb mit einem ortsüblichen, auf die Gebäude abgestimmten Produktionsprogramm zu konstruieren (Eduard Hofer, a.a.O., Art. 7 N. 10 und 40).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 14

### **E. 5.3**

Die Beurteilung des Arbeitsaufwands und der Frage, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, ist nach objektiven Kriterien vorzu- nehmen (E. 3.3 vorne). Nicht relevant ist die tatsächliche Nutzung, da damit die Anwendung des Gesetzes dem Einflussbereich des Grundeigentümers überlassen würde. Es ist deshalb auf durchschnittliche Bewirtschaftungs- formen abzustellen und nicht auf ausgefallene Einzelfälle. Auszugehen ist somit von landesüblichen Bewirtschaftungsformen (BGE 137 II 182 E. 3.1.3 mit Hinweisen; BGer 2C\_163/2012 vom 12.11.2012 E. 4.2, 5C.247/2002 vom 22.4.2003 E. 2.1). Der Hinweis in Art. 7 Abs. 1 BGGB auf die landes- übliche Bewirtschaftung soll verdeutlichen, dass es um eine objektivierete Betrachtungsweise geht, und eine ungewöhnliche Bewirtschaftungsart (z.B. Obstanlagen, wo solche nicht üblich sind) nicht massgebend ist (Botschaft zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik, Teil III, in Bundesblatt 2002 S. 4942). Was ein Betrieb produziert, richtet sich vor allem nach den Standortbedingungen wie Klima, Bodenverhältnisse, Hangneigung und Verkehrslage. Die Produktionsprogramme der Betriebe sind deshalb nicht im ganzen Land gleich, sondern von Region zu Region verschieden. Dies- bezüglich ist das Ortsübliche (vgl. Art. 7 Abs. 4 Bst. a BGGB) auch landes- üblich (Eduard Hofer, a.a.O., Art. 7 N. 101a).

### **E. 5.4**

Namentlich der Umfang der Spezialkulturen muss im Einzelfall nach objektiven Kriterien festgelegt werden. Das Produktionsprogramm wird durch regionale und betriebliche Gegebenheiten bestimmt (E. 5.3 hiervoor). Die Fläche von einjährigen Gemüsekulturen ist den ortsüblichen Verhält- nissen entsprechend in die Berechnung einzubeziehen. Dabei ist der Rah- men eng zu stecken, wenn bisher auf dem Betrieb keine solchen Kulturen vorhanden waren. Dagegen ist eine Reduktion auf das ortsübliche Mass nur angezeigt, soweit die Flächen solcher Kulturen nicht durch vorhandene Spezialgebäude gegeben sind. Der Zuschlag für Kartoffeln ist nur in Ge- genden angebracht, wo sich Boden und Klima für den Anbau von Kartoffeln eignen und wo er deshalb üblich ist (Eduard Hofer, a.a.O., Art. 7 N. 102, 106, 108 und 123; vgl. zu den Spezialkulturen auch BGer 5A.12/2004 vom 22.7.2004 E. 3.3.3). Gemäss Andreas Wasserfallen (a.a.O., N. 52) sind im Zusammenhang mit Spezialkulturen, für welche ein vergleichsweise hoher SAK-Faktor gilt, die betrieblichen Gegebenheiten (z.B. Landesüblichkeit,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 15 bisherige Betriebsausrichtung, effektive Arbeitsbelastung in der Erntezeit) genau unter die Lupe zu nehmen.

### **E. 6.1**

Umstritten ist insbesondere, ob und in welchem Umfang der Anbau von Gemüse als Spezialkultur (vgl. Art. 15 LBV) und von Kartoffeln bei der SAK-Berechnung zu berücksichtigen ist. – Die VOL ist (gestützt auf das Gutachten agriexpert) davon ausgegangen, dass der Anbau von Karotten und Rosenkohl zwar ortsüblich sei, der Beschwerdeführer in den letzten Jahren (2012-2016) jedoch keine Spezialkulturen angebaut habe. Dies zeige, dass der Gemüseanbau auch für einen erfahrenen und langjährigen Leiter eines Betriebs an guter Lage und mit guten Böden schwieriger geworden sei. Obwohl es für die Gewerbebeurteilung wesentlich sei, habe der Beschwerdeführer in den letzten fünf Jahren überhaupt keine Spezialkulturen angebaut. Damit sei seine Situation mit derjenigen eines Produzenten vergleichbar, der erstmals Spezialkulturen anbauen wolle, und der Rahmen der anrechenbaren Spezialkulturen sei eng zu stecken. Auch eine objektive Betrachtungsweise rechtfertige nicht, von einer in den letzten fünf Jahren nicht genutzten und daher fiktiven bzw. vom Beschwerdeführer theoretisch beabsichtigten Anbaufläche für Spezialkulturen von 1,45-1,5 ha auszugehen. Es wäre nicht gerechtfertigt, zur Berechnung der durchschnittlich angebauten Spezialkulturen nur auf die Jahre 2008-2013 abzustellen (angefochtener Entscheid E. 9b/bb). Vor diesem Hintergrund sei von einer Anbaufläche für Spezialkulturen von höchstens 1,08 ha auszugehen. Der SAK-Wert von 1 werde bei dieser Ausgangslage nicht erreicht, weshalb die Frage nicht beantwortet werden müsse, ob die in den Jahren 2008-2011 angebauten Spezialkulturen überhaupt dem Betrieb des Beschwerdeführers zuzurechnen seien (angefochtener Entscheid E. 9b/cc). Zum Kartoffelanbau hat sich die Vorinstanz ebenfalls nicht geäußert.

#### **E. 6.2.1**

Gemäss Gutachten agriexpert werden die Gemüsekulturen, die als Spezialkulturen gelten, sicher seit dem Jahr 2008 angebaut, wobei teil-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 16 weise auch der Nachbar Rosenkohl angebaut habe. Da im Jahr 2015 und 2016 kein Gemüse angebaut worden sei, sei nicht ersichtlich, dass die SAK-Zahlen gezielt beeinflusst werden sollen. Nach der Klimateignungskarte für die Landwirtschaft lägen die Landflächen in der Zone B3, wo gute Bedingungen für den Ackerbau herrschten und Kartoffeln und Wiesland bevorzugt seien. Für den Getreideanbau sei es häufig etwas feucht. Der Anbau von nicht zu wärmeanspruchsvollen Spezialkulturen und der Zwischenfruchtanbau nach frühen Ernten seien ebenfalls möglich. Von der Zone her seien die angebauten Spezialkulturen wie Zwiebeln, Karotten und Kohl problemlos geeignet. Die Böden in der Region seien tiefgründig und mittelschwer. Die Parzellen könnten teilweise bewässert werden, womit die Eignung für den Gemüsebau gegeben sei. Die notwendigen Ackerbaumaschinen wie Grubber, Eggen, Pflug und Feldspritze seien auf dem Betrieb vorhanden. Da diese Spezialkulturen in der Regel direkt ab Feld verkauft würden, seien keine Kühllager notwendig. Auf Anfrage der Gutachter habe der Leiter der kantonalen Fachstelle für Gemüseanbau die Produktion von Lagergemüse in ... als ortsüblich bezeichnet, da die Kulturen aus dem ... bewässert werden könnten und es andere Lagergemüseproduzenten in der Region gebe. Die angebauten Gemüsekulturen wie Karotten und Rosenkohl gälten als Lagergemüse. Die klimatischen Bedingungen, die Bodeneignungen und die Möglichkeit, die Flächen zu bewässern trügen dazu bei, den Lagergemüseanbau als ortsüblich zu bezeichnen (Ziff. 4 S. 19).

#### **E. 6.2.2**

Um die jährlichen Schwankungen auszugleichen, haben die Gutachter bei der SAK-Berechnung die Durchschnittswerte der Jahre 2012- 2014 nach den Daten des Agrarinformationssystems der Kantone Bern, Freiburg und Solothurn (GELAN [Gesamtlösung EDV Landwirtschaft und Natur]) herangezogen (Gutachten agriexpert Ziff. 3 einleitend). In diesen Referenzjahren pflanzte der Beschwerdeführer durchschnittlich 0,98 ha Gemüsekulturen an (Gutachten agriexpert Ziff. 3.2.2). In den Buchhaltungen der Referenzjahre seit 2012 seien keine Erträge aus Spezialkulturen vorhanden. Dies stütze die Aussage des Beschwerdeführers, dass in diesen Jahren keine Karotten und keine Grünkübeln angebaut worden seien. Die GELAN-Daten würden bereits im Februar erfasst, spätere Ände-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 17 rungen beim Anbau der Kulturen seien deshalb nicht ersichtlich (Gutachten Ziff. 5.4).

### **E. 6.3**

Der Beschwerdeführer macht geltend, nur in den Jahren 2014 und 2015 kein Gemüse angebaut zu haben. Die Feststellungen im Gutachten seien insoweit unzutreffend. Es sei auf die Anbaufläche abzustellen, für welche sich der Betrieb objektiv eigne. Es dürfe deshalb nur auf diejenigen Bewirtschaftungsjahre abgestellt werden, in denen effektiv Spezialkulturen angebaut worden seien, was eine Fläche von 1,45 ha (Jahre 2008-2013) ergebe. Alternativ sei bei den Fachstellen für Gemüseanbau abzuklären, welche Gemüseanbaufläche in der massgebenden Region ortsüblich sei. Nach der Argumentation der VOL habe es der Bewirtschafter in der Hand, den SAK-Wert zu beeinflussen. Es sei aber unbeachtlich, wenn für eine gewisse Zeit auf den Anbau von Spezialkulturen verzichtet werde. Ebenso könne der Bewirtschafter die Anbaufläche nicht über das Ortsübliche hinaus vergrössern. Es gehe nicht an, ihn so zu behandeln, wie wenn er erstmals Gemüse anbauen würde (vgl. insb. Beschwerde Ziff. 11).

### **E. 6.4**

Der Beschwerdegegner bestreitet, dass der Beschwerdeführer in den Jahren 2012 und 2013 Spezialkulturen angebaut hat. Die GELAN-Daten lieferten keinen Beweis dafür, ob und in welchem Ausmass auf dem Betrieb Spezialkulturen und Kartoffeln angebaut würden. Ausserdem hätten in jedem dritten Jahr zwischen 2008 und 2015 die objektiven Voraussetzungen zum Anbau von Spezialkulturen nicht vorgelegen (BA Ziff. 3.4 und 3.5). Die Zuschläge für Spezialkulturen und Kartoffeln seien gerechtfertigt, wenn konkrete Anknüpfungspunkte dafür vorlägen. Ohne erkennbare Anzeichen für eine besondere, über den gewöhnlichen Ackerbau hinausgehende Ausrichtung liessen sich keine Spezialkulturen oder Kartoffeln berücksichtigen. Es könnten sonst beliebige Bewirtschaftungsformen gewählt werden, um die Gewerbegrenze zu erreichen. Die im Gutachten genannten Ackerbaumaschinen seien nicht auf den geltend gemachten Anbau von Kartoffeln und Gemüse zugeschnitten. Da seit dem Jahr 2012 keine Spezialkulturen mehr angebaut wurden und bis zurück ins Jahr 2008 keine objektiven Anknüpfungspunkte für eine betriebseigene Bewirtschaftung von Spezialkulturen bestünden, könne der von der VOL ermittelte Höchstwert von 1,08 ha nicht beanstandet werden. Es seien weder Zuschläge für Spe-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 18 zialkulturen noch für Kartoffeln zu gewähren (BA Ziff. 3.9; vgl. auch Vorakten VOL pag. 161 ff.).

## **E. 6.5**

Mit Bezug auf die Spezialkulturen stellt der Beschwerdegegner in Frage, dass solche in den vergangenen Jahren angebaut wurden. Das Gutachten stützt sich für die Flächen der Spezialkulturen auf die GELAN-Daten 2008-2015 (Ziff. 3.2 und 3.2.2). Der Beschwerdeführer hat im Verfahren vor dem RSA die entsprechenden GELAN-Eckdaten (vgl. act. 3A3 Beilagen 4-9) und verschiedene Kontrollberichte eingereicht (act. 3A3 Beilagen 11-15 und 18-20). Aus dem Kontrollbericht ökologischer Leistungsnachweis (ÖLN; Beilage 11) ist zu schliessen, dass bei der Kontrolle am 4. August 2010 Gemüsekulturen vorhanden waren (vgl. Ziff. 3.3 und 6.8). Bei der Kontrolle vom 16. Juni 2014 fehlen entsprechende Angaben (vgl. Beilage 18). In diesem Jahr hatte der Beschwerdeführer selbst angegeben, kein Gemüse angebaut zu haben (Beschwerde Ziff. D7 S. 17 f., auch zum Folgenden). Es mag sodann zwar zutreffen, dass entgegen der GELAN-Anmeldung am Anfang des Jahres andere Kulturen angebaut werden könnten (vgl. auch Gutachten agriexpert Ziff. 3.2 S. 12). Solche Änderungen wären allerdings gemäss Art. 100 der Verordnung vom 23. Oktober 2013 über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung, DZV; SR 910.13) zu melden, mit Kürzungsfolgen im Unterlassungsfall (Art. 105 Abs. 1 i.V.m. mit Anhang 8 Ziff. 2.1.5 DZV). Zwar sind in den Buchhaltungen 2012 und 2013 gemäss Gutachten agriexpert keine Erträge aus Spezialkulturen vorhanden, was darauf schliessen lässt, dass sie nicht angebaut worden sind (Ziff. 5.4). Der Beschwerdeführer legt jedoch einen GELAN-Auszug mit Flächenangaben vor, welcher einen vom 25. Juli 2013 datierenden Stempel des Vereins Kontrollkommission für umweltschonende und tierfreundliche Landwirtschaft (KUL) aufweist mit einer Unterschrift bzw. einem Kürzel im Kontrollfeld «Formular vorhanden» (Beschwerdebeilage 8). Nicht restlos klar wird, welche Kontrollen genau durchgeführt wurden. Letztlich kann mit Blick auf das Folgende die Frage aber offenbleiben, ob in den Jahren 2012 und 2013 Spezialkulturen angebaut worden sind oder nicht. Es steht fest, dass im Jahr 2010 Spezialkulturen vorhanden waren. Die vorgelegten Kontrollberichte fallen grundsätzlich positiv aus. Unter diesen Umständen ist nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer entgegen seinen Angaben bei der GELAN-Anmeldung

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 19 keine Spezialkulturen angebaut hat, ohne eine entsprechende Meldung vorzunehmen. Die vorgelegten GELAN-Daten sind demnach als Element bei der Beurteilung der anrechenbaren Anbaufläche von Spezialkulturen zu berücksichtigen.

### **E. 6.6.1**

Ausgangspunkt für die Bestimmung der anrechenbaren Fläche an Spezialkulturen sind die ortsüblichen Verhältnisse (E. 5.3 vorne). Es ist unbestritten, dass der Anbau von Karotten, Rosenkohl und Grünzwiebeln ortsüblich ist. Soweit ersichtlich besteht keine Rechtsprechung zur Frage, wie die landes- bzw. ortsübliche Fläche von Spezialkulturen festzulegen ist. Es sind demnach allgemeine Grundsätze zur Beurteilung der Gewerbeei-genschaft bzw. des SAK-Werts (E. 5.2 f. vorne) heranzuziehen: Einerseits kann eine objektive Betrachtungsweise nicht auf die tatsächliche Nutzung beschränkt sein. Andererseits darf das Produktionsprogramm des aktiven Betriebs nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben, wobei es gegebenenfalls landes- bzw. ortsüblichen Verhältnissen anzupassen ist. Ausserdem ist nicht ausgeschlossen, den landes- bzw. ortsüblichen Anbau von Spezialkulturen zu berücksichtigen, wenn er erstmals beabsichtigt ist. Gemäss Eduard Hofer (a.a.O., Art. 7 N. 108) ist in einem solchen Fall der «Rahmen eng zu stecken», eine

Reduktion auf das ortsübliche Mass jedoch nur an- gezeigt, wenn die Fläche der Kulturen nicht durch vorhandene Spezialge- bäude gegeben ist (E. 5.4 vorne; vgl. auch BGer 5A.12/2004 vom 22.7.2004 E. 3.3.3, 5C.25/2001 vom 8.6.2001 E. 3a und Eduard Hofer, a.a.O., Art. 7 N. 101b). Auch beim erstmaligen Anbau richtet sich die anre- chenbare Fläche an Spezialkulturen demzufolge nach dem Ortsüblichen.

### **E. 6.6.2**

Im Verfahren vor dem RSA hat der Beschwerdeführer ein Bewirt- schaftungskonzept vorgelegt (Bewirtschaftungskonzept der C. \_\_\_\_\_ AG mit Berechnung des landwirtschaftlichen Einkommens und der Stan- dardarbeitskräfte vom 25.8.2014, act. 3A4 [nachfolgend: Bewirtschaf- tungskonzept]). Demnach plant er den Anbau von 1,5 ha Spezialkulturen (Karotten, Lagerzwiebeln), was der «effektiven Nutzung der vergangenen Jahre» entspreche und «aus fruchtfolgetechnischer Beurteilung» zu keinen Problemen führe (S. 6). Den GELAN-Daten zufolge hat der Beschwerde- führer in vergangenen Jahren zwischen 1,24 und 1,7 ha Spezialkulturen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 20 angebaut (2008-2013) oder er hat gänzlich darauf verzichtet (2014-2016). Der Beschwerdeführer will demnach Spezialkulturen in einem Umfang an- bauen, der den Flächen früherer Jahre entspricht. Dass der Gemüseanbau aufgrund der klimatischen Bedingungen möglicherweise anspruchsvoller geworden ist (vgl. angefochtener Entscheid E. 9b/bb), bedeutet nicht, dass die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Fläche an Spezialkulturen nicht mehr als ortsüblich bezeichnet werden könnte und auf einen Durch- schnittswert unter Berücksichtigung von Jahren ohne Spezialkulturen ab- zustellen wäre: Gemäss Gutachten agriexpert sind die Spezialkulturen wie Zwiebeln, Karotten und Kohl in der Zone B3 problemlos geeignet (E. 6.2.1 vorne). Wetterextreme, welche zu einem zwischenzeitlichen Verzicht auf den Anbau von Spezialkulturen führen (vgl. Beschwerde Ziff. 7), vermögen diese grundsätzliche Eignung nicht in Frage zu stellen. Der von der VOL angesprochene Klimawandel müsste dazu führen, dass der Anbau von Spezialkulturen nicht mehr als ortsüblich bezeichnet werden könnte. Davon kann jedoch gemäss Gutachten agriexpert keine Rede sein. Es ist dem Beschwerdeführer demnach darin zuzustimmen, dass die Berechnung ei- ner durchschnittlichen Anbaufläche unter Berücksichtigung von Jahren, in denen keine Spezialkulturen angebaut wurden, der geforderten objektiven Betrachtungsweise widerspricht. Damit könnte im Übrigen der SAK-Wert gezielt beeinflusst werden, indem in gewissen Jahren bewusst auf den An- bau verzichtet wird. Es trifft zwar zu, dass auch ein geplanter neuer Anbau von Spezialkulturen mit dem Ziel erfolgen kann, die SAK-Werte zu beein- flussen (vgl. BA Ziff. 3.9; Andreas Wasserfallen, a.a.O., N. 52). Davon ist vorliegend jedoch nicht auszugehen. Die GELAN-Daten zeigen auf, dass Spezialkulturen in ähnlichem Umfang wie gemäss Bewirtschaftungskonzept bereits angebaut wurden. Weiter mag beim erstmaligen bzw. erst beab- sichtigten Anbau von Spezialkulturen ein strengerer Massstab angelegt werden. Auch hier sind aber die ortsüblichen Verhältnisse zu berücksichti- gen und kommt eine weitere Reduktion nicht in Betracht.

### **E. 6.6.3**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die im Bewirtschaftungs- konzept geltend gemachte Fläche von 1,5 ha für Spezialkulturen nicht als ortsüblich bezeichnet werden kann. Sie bewegt sich in der gleichen Grössenordnung wie die in vergangenen Jahren

gemäss GELAN-Daten durchschnittlich angebauten Spezialkulturen (1,43 ha [2008-2011] bzw.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 21 1,45 ha [2008-2013]). Eine gezielte Beeinflussung der SAK-Werte ist nicht ersichtlich. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer gemäss Gutachten agriexpert «von der Fruchtfolge her betrachtet» mehr Gemüse und Kartoffeln anbauen könnte (vgl. Ziff. 10) und der Umfang der Spezialkul- turen im Verhältnis zur landwirtschaftlichen Nutzfläche nicht annähernd so gross ist, dass von einem Spezialbetrieb die Rede sein könnte (vgl. dazu Eduard Hofer, a.a.O., Art. 7 N. 109). Für die Beurteilung der Ge- werbeeigenschaft ist demnach von einer Fläche für Spezialkulturen zwi- schen 1,43 und 1,5 ha auszugehen, wobei die genaue Fläche nicht festge- legt werden muss (vgl. E. 8 hinten). Weitere Beweismassnahmen erübrigen sich; der Beweisantrag des Beschwerdeführers, es sei eine Fachstelle für Gemüsebau zur ortsüblichen Anbaufläche zu befragen (Beschwerde Ziff. 8), wird abgewiesen. Schliesslich erweist sich der Einwand des Be- schwerdegegners, die Ackerbaumaschinen genügten der geplanten Be- wirtschaftung nicht, mit Blick auf die Feststellungen im Gutachten agriexpert als unzutreffend (E. 4.3 und 6.2.1 vorne; vgl. zum Stellenwert des Gutachtens für diese Frage BGer 5A\_345/2012 vom 20.9.2012 E. 3.3.3 und 3.4 mit Hinweisen).

#### **E. 6.7**

Der Beschwerdegegner bestreitet nicht, dass Kartoffeln angebaut wurden. Er macht jedoch geltend, diese seien nicht vom Beschwerdeführer angebaut worden. Wie gesehen hat dieses Argument auf die Berücksichti- gung des Kartoffelanbaus bei der SAK-Berechnung bzw. die Beurteilung der Gewerbeigenschaft keinen Einfluss (E. 4.3 vorne). Ausserdem legte der Beschwerdeführer im Verfahren vor dem RSA zwei von der D.\_\_\_\_\_ AG ausgestellte Bestätigungen vom März 2013 bzw. März 2014 vor, wonach er als Produzent für Kartoffeln anerkannt wurde. Aufgrund einer Betriebskontrolle wurde festgestellt, dass der Betrieb des Beschwerdeführers die «spezifischen Produktionsanforderungen der Garantiemarke SUISSE GARANTIE» erfülle (act. 3A3 Beilagen 17 und 21). Das Gutachten stellt für den Kartoffelanbau auf die durchschnittliche Anbaufläche der Jahre 2012-2014 von 2,69 ha ab (Ziff. 3.2.1, auch zum Folgenden). Der Durchschnitt der Jahre 2008-2014 beträgt 2,69 ha (GELAN Eckdaten 2008-2013 [act. 3A3 Beilagen 4-9]; GELAN Betriebs- übersicht 2014 [act. 3D Beilage 3]). Gemäss Bewirtschaftungskonzept will der Beschwerdeführer 3 ha Kartoffeln anpflanzen, was er im Jahr 2015 mit

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 22 3,10 ha auch getan hat. Mit Blick auf das Ergebnis muss nicht beantwortet werden, ob sogar diese Fläche angerechnet werden könnte (vgl. E. 7 hinten). Es besteht schliesslich kein Anlass, die Anbaufläche für Kartoffeln in geringerem Ausmass anzurechnen, weil mehr Spezialkulturen berücksichtigt werden. Zu beurteilen ist, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang grundsätzlich, ob der konkrete Betrieb die anfallenden Arbeiten bewältigen kann (vgl. BA Ziff. 3.6; Andreas Wasserfallen, a.a.O., N. 37; vgl. aber auch BGer 5A.12/2004 vom 22.7.2004 E. 3.3.3, 5C.247/2002 vom 22.4.2003 E. 2.1 a.E.). Der Kartoffelanbau ist gemäss Gutachten agriexpert ortsüblich (Ziff. 4). Er ist im Umfang von (mindestens) 2,69 ha anzurechnen.

#### **E. 7.1**

Der Beschwerdeführer beabsichtigt vier Pensionspferde zu halten (Bewirtschaftungskonzept S. 6). Im Verfahren vor der Vorinstanz war noch umstritten, ob die Pferdehaltung anzurechnen ist, da die Ställe nicht tierschutzkonform waren und Investitionen erforderten (angefochtener Entscheid E. 9b/cc und 10). In der Zwischenzeit hat der Beschwerdeführer die bestehenden fünf Pferdeboxen in Eigenleistung angepasst, sodass nun vier tierschutzkonforme Pferdeboxen vorhanden sind (Beschwerde Ziff. 4 S. 24; Kontrollrapport KUL vom 13.3.2017, Beschwerdebeilage 12). Der Beschwerdegegner bestreitet dies nicht und akzeptiert, dass unter Anwendung der geltenden Bestimmungen ein SAK-Wert von 0,101 anzurechnen sei. Die Ställe stünden aber weiterhin leer und eine Pferdehaltung sei nicht beabsichtigt. Dieses Vorgehen sei rechtmisbräuchlich und müsste bei der Kostenverlegung berücksichtigt werden. Ausserdem habe der Beschwerdeführer die Ställe nur deshalb instand gestellt, um den SAK-Wert zu beeinflussen. Dies zeige sich auch daran, dass die Ställe bis heute leer stünden (BA Ziff. 4).

### **E. 7.2**

Gemäss Gutachten agriexpert wurden auf dem Betrieb seit Jahrzehnten Pferde gehalten, was die vorhandenen Ställe zeigten (Ziff. 3.3; vgl. auch Ziff. 8). Der Beschwerdeführer hat die bestehenden Ställe den geltenden Tierschutzvorschriften angepasst. Es kann demnach nicht ge-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 23 sagt werden, die Ställe seien nur erneuert worden, um den SAK-Wert zu beeinflussen.

### **E. 7.3**

Die Berechnung des SAK-Werts ist ausgehend von der Stallgrösse auf die nach Tierschutz- und Gewässerschutzgesetz zulässigen Tierbestände abzustützen (Eduard Hofer, a.a.O., Art. 7 N. 107). Es steht fest, dass die Pferdeboxen tierschutzkonform sind (E. 7.1 vorne). Die Haltung von vier Pferden dürfte in Anbetracht der verfügbaren Nutzfläche mit Blick auf den Gewässerschutz keine Probleme bieten (vgl. Art. 14 Abs. 1 und 4 des Bundesgesetzes vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer [Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20]). Eine landwirtschaftliche Nutzung liegt vor, wenn Pensionspferde auf betriebseigener Futterbasis gehalten werden (BGer 2C\_855/2008 vom 11.12.2009, in ZGBR 2012 S. 201 E. 2.1, 2C\_534/2007 vom 29.2.2008 E. 3.2; Jeannette Kehrli, Der Begriff der Landwirtschaft im Raumplanungsrecht des Bundes, Diss. Luzern 2015, S. 24 ff., je mit Hinweisen; vgl. auch Andreas Wasserfallen, a.a.O., N. 45; zur nötigen Fläche für die Futterbasis vgl. BVR 2000 S. 258 E. 4). Aufgrund einer objektiven Betrachtungsweise ist es bei der verfügbaren landwirtschaftlichen Nutzfläche möglich, vier Pferde auf eigener Futterbasis zu halten und dies bei der SAK-Berechnung zu berücksichtigen (vgl. auch BGE 137 II 182 E. 3.2.1.1; Andreas Wasserfallen, a.a.O., N. 41, auch zum Folgenden). Die Ställe sind für Pferde mit einer Widerristhöhe von mehr als 148 cm zugelassen (vgl. Beschwerdebeilage 12). Die Grossvieheinheit (GVE) ist die Einheit, nach der die Tiere der verschiedenen Nutztiergattungen miteinander verglichen werden. Grundlage für den Vergleich ist der Futterverzehr und der Anfall von Mist und Gülle einer 600 kg schweren Kuh. Ihr wird der Wert 1,0 GVE zugeordnet (Art. 14 Abs. 8 GSchG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 und Anhang LBV; VGE 22208 vom 26.1.2006 E. 4.5). Für über 900 Tage alte Pferde mit einer Widerristhöhe über 148 cm gilt ein Faktor von 0,7 (Ziff. 2.1.1 Anhang LBV). Derselbe Faktor galt gemäss Ziff. 2.3 der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung des Anhangs LBV für andere, über 30 Monate alte Pferde (AS 2013 S.

3906). Vier solche Pferde ergeben demnach 2,8 GVE.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 24

### **E. 8.1**

Damit ergibt sich unter Berücksichtigung der mindestens anrechenbaren Flächen (E. 4.6, 6.6.3 und 6.7 vorne), der Anzahl GVE für die vier Pferde (E. 7 vorne) und der aktuell geltenden Faktoren gemäss Art. 2a Abs. 1 und 2 VBB und Art. 3 Abs. 2 LBV (vgl. E. 1.3 vorne) folgende SAK-Berechnung: LN ohne Spezialkulturen: 14,14 ha x 0,022 (Art. 3 Abs. 2 Bst. a Ziff. 1 LBV) = 0,311 Spezialkulturen: 1,43 ha x 0,323 (Art. 3 Abs. 2 Bst. a Ziff. 2 LBV) = 0,462 Andere Nutztiere: 2,8 GVE x 0,027 (Art. 3 Abs. 2 Bst. b Ziff. 4 LBV) = 0,076 Zuschlag für Kartoffeln: 2,69 ha x 0,039 (Art. 2a Abs. 2 Bst. c VBB) = 0,105 Wald: 4,07 ha x 0,013 (Art. 2a Abs. 2 Bst. n VBB) = 0,053 Total 1,007

### **E. 8.2**

Damit steht fest, dass für die Bewirtschaftung der Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen unter Berücksichtigung der für längere Dauer zugepachteten Grundstücke (E. 4.4 vorne) mindestens eine SAK nötig ist. Dies gilt sowohl in Anwendung der aktuellen als auch der bis zum 30. Juni 2016 geltenden Faktoren (SAK 1,08), zumal auf den Sachverhalt im Urteilszeitpunkt abzustellen ist (Art. 25 VRPG; BVR 2017 S. 132 E. 3.3.1, 2011 S. 448 E. 3.4.1; vgl. auch Eduard Hofer, a.a.O., Art. 7 N. 94a und Herrenschwand/Stalder, a.a.O., Art. 84 N. 11). An diesem Grundsatz würde die Anwendung der alten Faktoren nichts ändern (vgl. BA Ziff. 4.2). Diese Beurteilung beruht auf einer objektiven Betrachtungsweise, weshalb unerheblich ist, dass gemäss GELAN-Eckdaten 2016 der SAK-Wert 1 – anders als in den Jahren 2008, 2009, 2011 und 2012 (in act. 3A2) – nicht erreicht wurde (Vorakten VOL pag. 207). Das Gutachten agriexpert spricht dem Betrieb denn auch eine gute Ausgangslage mit Ausbaupotenzial zu (Ziff. 8 und 10). Bei diesem Ergebnis kann die Frage nach dem zeitlich anwendbaren Recht offenbleiben (E. 1.3 vorne). Ebenfalls

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 25 nicht beantwortet werden muss, ob die im Gutachten agriexpert berücksichtigten Hochstammfeldobstbäume, Zwergziegen und Zuchtstuten (mit und ohne Fohlen) in die SAK-Berechnung einzubeziehen wären (Ziff. 3.4.1- 3.4.4; Anhang 7, Tierbestand S. 1).

### **E. 9.1**

Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet und ist gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist (vgl. E. 1.3 vorne). Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und es ist festzustellen, dass die Grundstücke ... Gbbl. Nrn. 1-8\_\_\_\_\_ und 9\_\_\_\_\_, ... Gbbl. Nrn. 10\_\_\_\_\_ und 11-14\_\_\_\_\_ sowie ... Gbbl. Nr. 15\_\_\_\_\_ ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinn von Art. 7 BGG bilden.

### **E. 9.2**

Der im Wesentlichen unterliegende Beschwerdegegner (vgl. E. 1.3 vorne) hat grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG) und dem Beschwerdeführer die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Eine Ausscheidung von Kosten für ein allfälliges teilweises Nichteintreten (vgl. E. 1.3 vorne) würde sich nicht rechtfertigen. Der Beschwerdegegner hat jedoch ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege unter Beordnung seines Rechtsvertreters als amtlicher Anwalt gestellt

(vgl. E. 9.3 hiernach). Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit nicht von der Bezahlung der Parteikosten an die Gegenpartei (Art. 111 Abs. 3 Satz 2 VRPG).

### **E. 9.3.1**

Auf Gesuch hin befreit die Verwaltungsjustizbehörde eine Partei von den Verfahrenskosten, wenn die Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 111 Abs. 1 VRPG; vgl. auch Art. 117 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272]). Unter den gleichen Voraussetzungen kann einer Partei überdies eine Anwältin oder ein Anwalt beigeordnet werden, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse es rechtfertigen (Art. 111 Abs. 2 VRPG). Ein Prozess ist nicht aussichtslos, wenn berechtigte Hoffnung besteht, ihn zu gewinnen, das

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 26 heisst wenn Gewinnaussichten und Verlustgefahren sich ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Praxis demgegenüber Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist dabei, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen oder aber davon absehen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb austragen können, weil er sie nichts kostet (BVR 2016 S. 369 E. 3.1, 2015 S. 487 E. 7.1; BGE 142 III 138 E. 5.1). – Für den Beschwerdegegner, der vor der Vorinstanz obsiegt hat, kann das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht nach diesen Kriterien nicht als aussichtslos bezeichnet werden (vgl. allgemein auch BGE 142 III 138 E. 5.2). Der Beizug eines Anwalts ist aufgrund der Komplexität der Materie ohne weiteres gerechtfertigt.

### **E. 9.3.2**

Bedürftig ist eine Person, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne Mittel anzugreifen, die sie zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und die Familie bedarf. Für die Feststellung der Einkommensarmut ist vom betriebsrechtlichen Existenzminimum auszugehen, welches nach dem Kreisschreiben Nr. 1 der Zivilabteilung des Obergerichts und des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25. Januar 2011 über die Ermittlung und den Nachweis der Prozessarmut im Sinn von Art. 117 Bst. a ZPO und Art. 111 Abs. 1 VRPG (nachfolgend: Kreisschreiben Nr. 1) zu ermitteln ist. Die unentgeltliche Rechtspflege ist – vorbehaltlich der materiellen Voraussetzung – zu gewähren, wenn das Einkommen geringer ist als der zivilprozessuale Zwangsbedarf oder ihn gerade erreicht bzw. bloss geringfügig übersteigt. Bei einem Überschuss sind Prozesskosten praxisgemäss bei weniger kostspieligen Verfahren innert Jahresfrist, bei anderen innert zwei Jahren zu tilgen (Kreisschreiben Nr. 1 Bst. E). Der Nachweis der Prozessbedürftigkeit obliegt der gesuchstellenden Person; diese hat ihre wirtschaftlichen Verhältnisse umfassend darzustellen und soweit möglich zu belegen (vgl. BVR 2016 S. 65 E. 3.2.4, 2016 S. 369 E. 4.3.2; s. auch Art. 20 Abs. 1 VRPG; zum Ganzen Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 111 N. 6 ff.).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 27

### **E. 9.3.3**

Der Beschwerdegegner bezieht eine AHV-Rente von monatlich Fr. 1'725.--. Ergänzungsleistungen erhält er nicht mehr (act. 6A Beilagen 1 und 2). Seinen Angaben zufolge bestehen sodann monatliche Mieteinnahmen von Fr. 175.-- für den ... (Anhang 2 zum Gutachten agriexpert; act. 6 und 8), und Einnahmen aus der Verpachtung von ... im Umfang von Fr. 333.33 (act. 15 Bst. B Ziff. 2 und act. 15A Beilage 18). Seit dem 1. Juli 2017 vermietete er wieder eine Wohnung in E.\_\_\_\_\_ für Fr. 900.--. Nach Abzug von Heizkosten, Strom und Wasser dürfte der Nettoertrag aus der Vermietung bei rund Fr. 550.-- gelegen haben (act. 15 Bst. B Ziff. 3 und act. 15A Beilage 20). Dieser Mietvertrag sei aber aufgelöst worden und die Mieter hätten die Miete für August und September 2017 nicht bezahlt. Über den Abschluss eines neuen Mietvertrags werde er informieren (act. 21 Ziff. 5 und act. 21A Beilage 22). Aus der Verpachtung für den Parkplatz ... erziele er Einnahmen von Fr. 148.-- pro Monat. Weitere Einnahmen aus der Miteigentümergeinschaft lägen nicht vor (act. 15 Bst. B Ziff. 4). Weder aus ...- noch aus ...bau erziele er Einkünfte (act. 15 Bst. B Ziff. 1 f.).

#### **E. 9.3.4**

Nach ständiger Rechtsprechung gilt im Bereich der unentgeltlichen Rechtspflege bei der Erfassung der wirtschaftlichen Situation der Gesuchstellerin bzw. des Gesuchstellers der sog. Effektivitätsgrundsatz. Danach dürfen nur die effektiv verfügbaren oder wenigstens kurzfristig realisierbaren Einkünfte und Vermögenswerte berücksichtigt werden (BVR 2016 S. 65 E. 3.2.3 mit Hinweisen; Alfred Bühler, Die Prozessarmut, in Christian Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 131 ff., 137 f.). Grundsätzlich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung massgebend (statt vieler BGE 135 I 221 E. 5.1); eine Einkommensverschlechterung kann aber berücksichtigt werden (vgl. VGE 2010/154/155 vom 7.6.2010 E. 4.2). Es sind folglich keine Mieteinnahmen aus der Wohnung in E.\_\_\_\_\_ in die Berechnung des Einkommens des Beschwerdegegners einzubeziehen, da sie zurzeit nicht vermietet ist. Aufgrund des Alters des Beschwerdegegners erscheint glaubhaft, dass er – anders als der Beschwerdeführer geltend macht – über keine Einkünfte aus Erwerbstätigkeit (...vermittlung, ...verkauf) mehr verfügt. Damit ist von folgenden regelmässigen Einkünften auszugehen:

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 28 AHV-Rente Fr. 1'725.00 Einnahmen ... Fr. 175.00 Einnahmen ... Fr. 148.00 Verpachtung ... Fr. 333.35 ----- Total Fr. 2'381.35 Der Beschwerdeführer macht geltend, dem Beschwerdegegner seien Einnahmen aus der Miteigentümergeinschaft anzurechnen (act. 12 S. 4), was der Beschwerdegegner bestreitet (act. 15). Aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes müssen Einkünfte wie erwähnt wenigstens kurzfristig realisierbar sein. Dies dürfte vorliegend nicht der Fall sein, betrifft doch die vorliegende Streitigkeit zumindest indirekt das Miteigentumsverhältnis (vgl. auch BA Ziff. 2, wonach die Frage, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, für beide Parteien im Hinblick auf die Auflösung des Miteigentums von erheblicher Bedeutung ist) und sind sich die Parteien nicht einig darüber, welche Einkünfte bzw. Vermögensbeträge den Miteigentümern je zustehen (vgl. auch act. 18; vgl. auch die Praxishinweise bei Alfred Bühler, a.a.O., S. 138). Dem Beschwerdegegner sind demnach grundsätzlich keine weiteren Einkünfte anzurechnen. Unbestritten ist, dass er am 29. September 2017 Fr. 19'772.95 vom auf die Namen beider Parteien lautenden Miteigentümerkonto bezogen hat (act. 24 und 24A Beilage 6; act. 27), was im Zusammenhang mit dem Vermögen des Beschwerdegegners von

Bedeutung sein könnte (E. 9.3.7 hinten). Nicht zu klären ist hingegen, ob dieser Bezug dem Anteil des Beschwerdegegners entspricht.

### **E. 9.3.5**

Zu den vom Beschwerdegegner geltend gemachten Auslagen (act. 8 Ziff. 3) ergibt sich was folgt: - Bei Wohneigentum ist für die Wohnkosten der Liegenschaftsaufwand (Hypothekarzins ohne Amortisation, öffentlich-rechtliche Abgaben sowie laufende Unterhaltskosten) anzurechnen (Kreisschreiben Nr. 1 Bst. C Ziff. 2a). Der Hypothekarzins beträgt insgesamt Fr. 699.-- (vgl. act. 6A Beilagen 3 und 4). Nebst Kosten für Heizöl von Fr. 143.-- und Gebäudeversicherung von Fr. 52.-- (act. 8A Beilage 9 und 10; act. 8 Ziff. 1 S. 2) macht der Beschwerdegegner eine Pauschale von 2 % des Hypothekarbetrags von Fr. 407'650.--, ausmachend Fr. 679.-- monat-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 29 lisch, geltend (act. 6 Ziff. II/3; act. 8). Er legt keine Belege (z.B. Offerte) für die geltend gemachten, anstehenden Unterhaltsarbeiten vor. Unter diesen Umständen ist der Pauschalbetrag zu hoch angesetzt, zumal nicht jegliche Unterhaltsarbeiten anrechenbar sein dürften. Es rechtfertigt sich, einen Betrag von Fr. 300.-- für laufende Unterhaltskosten einzusetzen. - Zu berücksichtigen ist weiter die Grundprämie für die obligatorische Krankenpflegeversicherung nach Abzug der Prämienverbilligungsbeiträge von Fr. 30.50 (Kreisschreiben Nr. 1 Bst. C Ziff. 2b; act. 8A Beilage 6). Der Beschwerdegegner macht selbstgetragene Krankheitskosten von Fr. 553.-- monatlich geltend. Grundsätzlich sind nur unmittelbar bevorstehende – durch die obligatorische Krankenversicherung nicht gedeckte – grössere Kosten für Arzt, Zahnarzt, Arzneien, Geburt, Spitalaufenthalt sowie die Selbstbehaltkosten nach KVG zu berücksichtigen (Kreisschreiben Nr. 1 Bst. C Ziff. 2c). Dem eingereichten Auszug für die Steuererklärung der Krankenkasse ist zu entnehmen, dass er im Jahr 2016 Fr. 794.60 der Krankheitskosten selber tragen musste (act. 8A Beilage 5). Es ist zwar fraglich, ob gestützt darauf überhaupt ein Betrag anzurechnen ist (vgl. auch VGE 2013/414/415 vom 30.7.2014 E. 2.3.4 mit Hinweisen). Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner aufgrund seines Alters regelmässig entsprechende Auslagen hat (vgl. auch Alfred Bühler, a.a.O., S. 174). Es ist aber höchstens ein Betrag von Fr. 66.20 (Fr. 794.60/12) zu berücksichtigen. - Aufwendungen für ein Motorfahrzeug im Privatgebrauch können gegebenenfalls berücksichtigt werden, wenn die betroffene Person aus gesundheitlichen Gründen darauf angewiesen ist (BVR 2013 S. 506 E. 4.5.4). Aufgrund der Wohnlage und des Alters des Beschwerdegegners ist es gerechtfertigt, einen Betrag von Fr. 100.-- für das Auto anzurechnen. - Der Beschwerdegegner legt als Beleg für die laufenden Steuern Ratenrechnungen des Jahres 2016 vor (act. 8A Beilagen 7 und 8). Es ist davon auszugehen, dass sich diese aktuell im selben Rahmen bewegen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 30 Damit ergibt sich folgende Berechnung des zivilprozessualen Zwangsbedarfs des Beschwerdegegners: Grundbetrag Fr. 1'200.00 Zivilprozessualer Zuschlag Fr. 360.00 Hypothekarzinsen Fr. 699.00 Weitere Liegenschaftskosten Fr. 495.00 Krankenkasse Fr. 30.50 Selbstgetragene Krankheitskosten Fr. 66.20 Auto Fr. 100.00 Steuern Fr. 146.00 ----- Total Fr. 3'096.70

### **E. 9.3.6**

Der zivilprozessuale Zwangsbedarf des Beschwerdegegners übersteigt seine regelmässigen Einkünfte von Fr. 2'381.35 (E. 9.3.4 vorne) um rund Fr. 715.--. Offenbleiben

kann bei diesem Ergebnis, ob dem Beschwerdegegner aufgrund seines Alters auf der Auslagenseite möglicherweise ein Betrag für die Zusatzversicherung der Krankenkasse anzurechnen wäre (vgl. Alfred Bühler, a.a.O., S. 169; vgl. auch VGE 2013/86/87 vom 27.12.2013 E. 3.6).

### **E. 9.3.7**

Ist Vermögen vorhanden, so ist gemäss Kreisschreiben Nr. 1 Bst. F zu prüfen, ob es der Partei zuzumuten ist, dieses für die beabsichtigte Prozessführung anzugreifen. Dies wird namentlich dann zu verneinen sein, wenn es sich nur um geringe Ersparnisse handelt, die die Partei kein oder nur ein geringes Einkommen erzielt und auf das Vermögen zur Bestreitung des Lebensunterhalts angewiesen ist, wenn das Vermögen in einer Liegenschaft besteht, die nicht mehr belastet werden kann, und ein Verkauf – was die Regel sein wird – unzumutbar ist, oder wenn das Vermögen aus einer Kapitalabfindung für Invalidität besteht (diesfalls ist lediglich ein entsprechender Rentenbetrag als Einkommen zu berücksichtigen). Soweit das Vermögen einen angemessenen «Notgroschen» übersteigt, ist es dem Gesuchsteller unbesehen der Art der Vermögensanlage zumutbar, dieses zur Finanzierung des Prozesses zu verwenden, bevor dafür öffentliche Mittel bereitzustellen sind (vgl. BVR 2010 S. 283 E. 2.2; VGE 2015/244 vom 20.10.2015 E. 3.3 mit Hinweisen). – Der Beschwerdeführer verfügt über

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 31 Grundeigentum in E. \_\_\_\_\_. Angesichts seines Alters ist nachvollziehbar, dass eine weitere Belastung des Grundeigentums unrealistisch ist, zumal bereits Hypotheken im Umfang von Fr. 407'650.-- bestehen (act. 6A Beilagen 3 und 4). Ein Verkauf ist aus demselben Grund nicht zumutbar. Aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes ist sodann ein allfälliger Erlös aus dem Verkauf seines Miteigentumsanteils am landwirtschaftlichen Gewerbe nicht in die Beurteilung miteinzubeziehen, soll doch das vorliegende Verfahren auch der Klärung von Fragen betreffend Auflösung des Miteigentums dienen (vgl. auch E. 9.3.4 vorne). Der Beschwerdegegner verfügt sodann über geringe Ersparnisse (vgl. act. 8A Beilagen 11-13 und Beilage 14 Formular B «...» der Steuererklärung 2015; act. 15A Beilage 17). Allerdings hat er unbestrittenermassen einen Betrag von knapp Fr. 20'000.-- vom gemeinsamen Miteigentümerkonto bezogen (E. 9.3.4 vorne). Nicht aktenkundig ist, ob dieser Betrag noch verfügbar ist. Das Einkommen des Beschwerdegegners ist bescheiden. Aufgrund des monatlichen Fehlbetrags (E. 9.3.6 hiervor) ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer zur Bestreitung seines Lebensunterhalts auf das Vermögen angewiesen ist (vgl. VGE 2010/305/306 vom 27.12.2010 E. 3.2 mit Hinweis auf BGer 9C\_874/2008 vom 11.2.2009 E. 2.2.2; Alfred Bühler, a.a.O., S. 155). Es könnte ihm demnach auch nicht zugemutet werden, für die Bezahlung der Prozesskosten auf dieses (allfällige) Vermögen zurückzugreifen.

### **E. 9.3.8**

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist somit gutzuheissen, und dem Beschwerdegegner ist für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren sein Rechtsvertreter als amtlicher Anwalt beizuordnen. Der Beschwerdegegner macht ein Honorar von Fr. 8'950.-- und Auslagen von Fr. 173.10 geltend. Grundsätzlich berücksichtigt das Verwaltungsgericht auch die der entschädigungsberechtigten Person von ihrer Rechtsvertretung in Rechnung gestellte MWSt auf Honorar und Auslagen (BVR 2014 S. 484 E. 6.2 mit Hinweisen). Der Rechtsvertreter weist die MWSt nicht separat aus,

weshalb davon auszugehen ist, dass sie mit dem Honorar abgegolten ist. Mit Blick auf den in der Sache gebotenen Zeitaufwand, die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses gibt die Kostennote des Rechtsvertreters zu keinen Bemerkungen Anlass. Der ta-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 32 rifmässige Parteikostenersatz ist entsprechend auf Fr. 8'950.-- zuzüglich Fr. 173.10 Auslagen, ausmachend Fr. 9'123.10 (inkl. MWSt), festzusetzen (vgl. Art. 41 Abs. 3 i.V.m. Art. 42a Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 [KAG; BSG 168.11]).

### **E. 9.3.9**

Die amtliche Entschädigung bestimmt sich nach Art. 112 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 42 KAG. Demnach bezahlt der Kanton den amtlich be- stellten Anwältinnen und Anwälten eine angemessene Entschädigung, die sich nach dem gebotenen Zeitaufwand bemisst und höchstens dem Hono- rar gemäss der Tarifordnung für den Parteikostenersatz entspricht (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 KAG). Der Stundenansatz beträgt Fr. 200.-- (Art. 42 Abs. 4 KAG i.V.m. Art. 1 der Verordnung vom 20. Oktober 2010 über die Entschä- digung der amtlichen Anwältinnen und Anwälte [EAV; BSG 168.711]). Auslagen und Mehrwertsteuer werden zusätzlich entschädigt (Art. 42 Abs. 1 Satz 3 KAG). – Infolge Änderung des MWSt Satzes per 1. Januar 2018 ist entsprechend der Kostennote des Rechtsvertreters des Be- schwerdegegners zunächst eine getrennte Berechnung für die Jahre 2017 und 2018 vorzunehmen. Für das Jahr 2017 beträgt der massgebliche Zeit- aufwand 30 Stunden. Für die amtliche Entschädigung ist demnach von Fr. 6'000.-- (30 x Fr. 200.--), zuzüglich Auslagen von Fr. 154.80 und MWSt von Fr. 492.40 (8 % von Fr. 6'154.80), insgesamt Fr. 6'647.20, auszuge- hen. Auf das Jahr 2018 entfallen bei einem massgeblichen Zeitaufwand von 2,25 Stunden Fr. 450.--, zuzüglich Auslagen von Fr. 18.30 und MWSt von Fr. 36.10 (7,7 % von Fr. 468.30), insgesamt Fr. 504.40. Die amtliche Entschädigung beträgt demzufolge gesamthaft Fr. 7'151.60. Der Rechts- vertreter ist vorerst aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Der Be- schwerdegegner ist gegenüber dem Kanton bzw. dem Rechtsvertreter zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 42a Abs. 2 KAG und Art. 123 ZPO).

### **E. 9.4**

Zum Parteikostenersatz des Beschwerdeführers für das Verfahren vor Verwaltungsgericht ist zunächst festzuhalten, dass ihm für das Ge- suchsverfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege kein Parteikosten- ersatz zusteht, zumal er in diesem Verfahren nicht als obsiegend gilt (Art. 112 Abs. 1 Satz 2 VRPG; vgl. act. 34B). Der Rechtsvertreter des Be- schwerdeführers macht in seiner Kostennote vom 27. April 2018 (act. 34A)

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 33 ein Honorar von Fr. 12'300.-- zuzüglich Auslagen von Fr. 250.-- und Fr. 1'003.-- MWSt geltend (insgesamt Fr. 13'553.--). Das Honorar erscheint im Licht der massgebenden Grundsätze (E. 9.3.8 vorne) überhöht. Zwar ist ihm darin zuzustimmen, dass die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses als überdurchschnittlich bezeichnet werden können. Da der Rechtsvertreter mit der Streitsache jedoch bereits vertraut war, im vorliegenden Verfahren nur ein einfacher Schriftenwechsel durch- geführt und keine weiteren Beweismassnahmen ergriffen wurden, ist der gebotene Zeitaufwand als durchschnittlich anzusehen (vgl. Art. 41 Abs. 3 KAG; vgl. auch E. 9.5.3 hinten). Ausserdem erscheinen auch die Auslagen von Fr. 250.-- als relativ hoch. Es rechtfertigt

sich, den Parteikostenersatz inkl. Auslagen und MWSt pauschal auf Fr. 9'000.-- festzusetzen.

### **E. 9.5.1**

Die Kosten vor der Vorinstanz sind nach denselben Grundsätzen zu verlegen wie diejenigen für das verwaltungsgerichtliche Verfahren (E. 9.2 vorne). Der Beschwerdegegner macht jedoch geltend, das Vorgehen des Beschwerdeführers sei rechtsmissbräuchlich und bei der Kostenverlegung sei zu berücksichtigen, dass die Erwägungen der VOL zur wirtschaftlichen Tragbarkeit der Investitionen aufgrund der dazumal vorhandenen Beweismittel nicht zu beanstanden seien (BA Ziff. 1.4). Die VOL hat ihren Entscheid im Wesentlichen damit begründet, dass Spezialkulturen im Umfang von höchstens 1,08 ha zu berücksichtigen seien. Der erforderliche SAK-Wert werde nicht erreicht, weshalb nicht geklärt werden müsse, ob die Pferdehaltung überhaupt angerechnet werden dürfe. An sich könne deshalb auch die Frage offenbleiben, ob der Betrieb die wirtschaftliche Grundlage für die im Sinn von Art. 7 Abs. 4 Bst. b BGGB erforderlichen Investitionen biete (angefochtener Entscheid E. 9b/cc und 10). – Die Beurteilung der VOL hat sich betreffend Spezialkulturen als unzutreffend erwiesen (E. 6.6 vorne). Sie hat sodann nicht abschliessend beantwortet, ob die Pferdehaltung bei der SAK-Berechnung berücksichtigt werden kann. Bei dieser Ausgangslage kann nicht gesagt werden, der angefochtene Entscheid sei aufgrund der seinerzeitigen Verhältnisse korrekt gewesen (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 9). Besondere Umstände im Sinn von Art. 108 Abs. 1 VRPG, die eine vom Unterliegerprinzip abwei-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 34 chende Kostenverlegung rechtfertigen würden, sind demnach nicht gegeben. Dies liesse sich auch nicht mit dem prozessualen Verhalten des Beschwerdeführers begründen, kann ihm doch nicht vorgeworfen werden, die Instandstellung der Pferdeställe verspätet vorgebracht zu haben (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 8 und 25 N. 20). Der Beschwerdegegner hat demnach grundsätzlich die vorinstanzlichen Verfahrenskosten zu tragen und dem Beschwerdeführer die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 1 und Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

### **E. 9.5.2**

Die VOL hat das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege des Beschwerdegegners mit Verfügung vom 18. August 2015 gutgeheissen und hat ihm seinen Rechtsvertreter als amtlicher Anwalt beigeordnet (Vorakten VOL pag. 67 und 76). Mit Blick auf den in der Sache gebotenen Zeitaufwand, die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses gibt die Kostennote des Rechtsvertreters zu keinen Bemerkungen Anlass (Vorakten VOL pag. 220). Der tarifmässige Parteikostenersatz ist entsprechend auf Fr. 12'107.30 festzusetzen (vgl. Art. 41 Abs. 3 i.V.m. Art. 42a Abs. 3 KAG). Die amtliche Entschädigung ist bei einem massgeblichen Zeitaufwand von 49 Stunden auf Fr. 9'800.-- (49 x Fr. 200.--), zuzüglich Fr. 307.30 Auslagen und Fr. 808.60 MWSt (8 % von Fr. 10'107.30), insgesamt Fr. 10'915.90, festzusetzen (vgl. E. 9.3.9 vorne). Der Rechtsvertreter ist vorerst aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Der Beschwerdegegner ist gegenüber dem Kanton bzw. dem Rechtsvertreter zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 42a Abs. 2 KAG und Art. 123 ZPO).

### **E. 9.5.3**

Der Beschwerdeführer macht für das Verfahren vor der VOL ein Honorar von Fr. 9'900.-- zuzüglich Auslagen von Fr. 624.40 und MWSt von Fr. 841.95 geltend, wobei er sowohl den gebotenen Zeitaufwand, die Bedeutung der Streitsache sowie die Schwierigkeit des Prozesses als über- durchschnittlich erachtet. Dies ist nicht zu beanstanden. Zusätzlich verlangt er Ersatz für «Fremdkosten» (Vorakten VOL pag. 225). Bei den vom LANAT und von der Gemeinde ... in Rechnung gestellten Gebühren (Vorakten VOL pag. 226 und 227) handelt es sich um notwendige Auslagen im Sinn von Art. 2 PKV, die mit dem vergleichsweise hohen Betrag von Fr. 624.40 als abgegolten gelten müssen. Zur Rechnung der C. \_\_\_\_\_

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 35 AG (Vorakten VOL pag. 228) für ihre Stellungnahme vom 8. August 2016 zum Gutachten agriexpert (act. 3H Beilage 1; nachfolgend: Stellungnahme C. \_\_\_\_\_ AG) ergibt sich was folgt: Kosten für Privatexpertisen können im Verwaltungsjustizverfahren in der Regel nicht vergütet werden. Denn im Allgemeinen besteht keine Notwendigkeit, unaufgefordert selber Expertinnen oder Experten beizuziehen, da in der Verwaltungsrechtspflege die Behörde aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes (vgl. Art. 18 VRPG) zum Einholen eines amtlichen Gutachtens verpflichtet ist, wenn ihr selbst die nötige Sachkenntnis zur Beurteilung einer rechtserheblichen Frage fehlt. Ein Anspruch auf Kostenersatz kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn das Parteigutachten wesentliche neue Erkenntnisse gebracht und zu einer grundlegenden Änderung der bisherigen Betrachtungsweise geführt bzw. wenn sich wegen ihm die Anordnung eines amtlichen Gutachtens erübrigt hat. Die Behörde kann diesfalls die Kosten für private Begutachtung zusätzlich zum Aufwand für die Parteivertretung ganz oder teilweise zusprechen. Diese Grundsätze gelten prinzipiell unabhängig davon, ob es der Partei gelingt, ihren Rechtsstandpunkt mittels des Gutachtens nachzuweisen bzw. ob ihr dieses zu einem Obsiegen mit ihren Anträgen verhilft bzw. verholfen hat oder nicht (BVR 2007 S. 213 [VGE 22623 vom 21.12.2006] nicht publ. E. 5.2, 1988 S. 276 E. 5; VGE 2016/69 vom 22.3.2017 E. 7.4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 104 N. 6; vgl. auch BGE 142 II 517 [BGer 1C\_526/2015 und 1C\_528/2015 vom 12.10.2016] nicht publ. E. 10 mit Hinweisen, in URP 2017 S. 13). – Der Beschwerdeführer hat sich mit dem Beizug der Gutachter agriexpert einverstanden erklärt; einen Vorbehalt hat er mit Bezug auf die Frage nach der Wirtschaftlichkeit der Bewirtschaftung gemacht, mit der Begründung, es gehe nicht um die aktuelle, tatsächliche Nutzung, sondern um die Beurteilung, ob nach objektiven Kriterien ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliege (Vorakten VOL pag. 105). Zur entsprechenden Frage 7 der VOL an die Gutachter (Vorakten VOL pag. 117) hat die C. \_\_\_\_\_ AG zwar Stellung genommen (Stellungnahme C. \_\_\_\_\_ AG S. 5 und 9). Es kann aber nicht gesagt werden, es hätten sich daraus vom Gutachten agriexpert abweichende bzw. neue entscheidrelevante Erkenntnisse ergeben, handelt es sich bei den Ausführungen doch mehrheitlich um die Darstellung des Parteistandpunkts, wonach die Investitionen entgegen dem Gutachten agriexpert wirtschaftlich tragbar

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.06.2018, Nr. 100.2017.81U, Seite 36 seien. Unter diesen Umständen sind dem Beschwerdeführer die Kosten für die private Begutachtung nicht zu entschädigen. Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.