WOHNIMMOBILIENINVESTMENTS

Stolperstein Lex Koller

BEI DER BEITEILUNG AUSLÄNDISCHER INVESTOREN IN DER IMMOBILIEN- UND BAUBRANCHE IST VORSICHT GEBOTEN, MAHNEN DIE RECHTSAWÄLTINNEN BEATRICE BICHSEL UND KATHRIN HÄCKI.

BB/KH/BW. Die M AG, eine schweizerisch beherrschte Unternehmung mit Sitz in Basel, ist im Bereich des An- und Verkaufs von Wohn- und Geschäftsliegenschaften tätig und hält ausserdem einen eigenen Immobilienbestand zum Zwecke der Projektentwicklung. Als ausländische Investoren ihr Interesse an einer Übernahme der Mehrheit der Aktien der M AG bekunden, wehrt sich die M AG gegen die drohende Übernahme mit der Begründungen, dass aufgrund der geltenden Lex Koller ihre Geschäftstätigkeit massiv eingeschränkt würde. Was steckt hinter dieser Argumentation? Und inwiefern kann die Lex Koller die Übernahme von Aktien einer Immobiliengesellschaft verhindern?

Rechtsanwältin Beatrice Bichsel von der Berner Kanzlei Häusermann + Partner, weist darauf hin, dass der Erwerb von Aktien einer Gesellschaft grundsätzlich der Bewilligungspflicht unterliegt, wenn diese Gesellschaft als «Immobiliengesellschaft im engeren Sinn» zu qualifizieren ist. Das bedeutet, dass der tatsächliche Hauptzweck der Gesellschaft der Erwerb von bewilligungspflichtigen Grundstücken sein muss. «Ein erster Anhaltspunkt für die Bestimmung des tatsächlichen Hauptzwecks einer Gesellschaft ist deren statutarischer Zweck, »so Bichsel. Hauptindiz für die Bestimmung des tatsächlichen Zwecks sei jedoch der tatsächliche Grundstückbesitz, d.h. der tatsächliche Immobilienbestand der entsprechenden Gesellschaft. «Ab welchem Anteil an bewilligungspflichtigen Grundstücken von einer Immobiliengesellschaft im engeren Sinn auszugehen ist, ist indes umstritten», betont Bichsel.

Klärende Gerichtsentscheide lägen bis heute nicht vor; doch könne grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass eine Gesellschaft dann als Immobiliengesellschaft im engeren Sinne qualifiziert werden kann, wenn deren Wohnanteil mehr als 30 Prozent der Vermögenswerte bzw. der gesamten Liegenschaften der Gesellschaft ausmacht. «Bei Wohnanteilen von 20 bis 30 Prozent kann eine Qualifikation als Immobiliengesellschaft im engeren Sinn zumindest nicht ausgeschlossen werden», sagt Bichsel. So seien ihr mehrere Entscheide kantonaler Behörden bekannt, in welchen Gesellschaften mit einem Anteil an bewilligungspflichtigen Immobilien von knapp unter 30 Prozent nicht als Immobiliengesellschaften im engeren Sinne qualifiziert wurden.

Lex Koller

Die „Lex Koller", wie das Gesetz über den Erwerb von Grundstücken in der Schweiz durch Personen im Ausland (BewG) genannt wird, ist insbesondere in der Immobilien – und Baubranche ein Begriff, seine Tragweite hingegen teilweise zu wenig bekannt. Insbesondere bei der Beteiligung durch ausländische Investoren an einer Schweizerischen Immobiliengesellschaft ist Vorsicht geboten. Sie kann – wie der nebenstehende Artikel zeigt – zu einer erheblichen Einschränkungen der Geschäftstätigkeit führen. Der Artikel basiert auf einem Fachbeitrag von der Rechtsanwältinnen Beatrice Bichsel, Master of Law, Rechtsanwältin, und Kathrin Häcki, lic. Iur. Die beiden Anwältinnen von der Berner Berner Kanzlei Häusermann + Partner sind in ihrer praktischen Tätigkeit des Öfteren mit solchen und ähnlichen Frage konfrontiert worden und gaben für den nebenstehenden Artikel einen kurzen Überblick über die Vorschriften der Lex Koller, die Folgen einer ausländischen Beherrschung einer Gesellschaft und mögliche Lösungsvarianten.

KEINE EINHEITLICHEN DEFINITIONEN

«Unterschiedlich ist neben dem Grenzwert auch die Berechnung des Prozentsatzes an bewilligungspflichtigen Grundstücken», gibt Bichsels Kollegin Kathrin Häcki zu bedenken. Auch hierzu bestehe keine einheitliche Praxis, sagt die Rechtsanwältin: «Eine Berechnungsmethode besteht beispielsweise darin, die Gesamtbilanzsumme einer Gesellschaft in das Verhältnis zum Gesamtbuchwert aller ihrer bewilligungspflichtigen Liegenschaften zu setzen.» Allerdings werde teilweise auch auf den amtlichen oder sogar den tatsächlichen Wert der Immobilien abgestellt. Selbst die Flächenanteile der bewilligungspflichtigen Immobilien könnten als Berechnungsgrundlage dienen. «Welche Berechnungsmethode zur Anwendung gelangt, hängt somit immer vom konkreten Fall und insbesondere von der zuständigen Behörde ab», so Häcki. Holdinggesellschaften würden bei dieser Prüfung als

RA Kathrin Häcki (rechts): «Auf den aktuellen Bestand bewilligungspflichtiger Grundstücke einer Gesellschaft hat eine neue ausländische Beherrschung dagegen grundsätzlich keinen Einfluss.» RA Beatrice Bichsel (links): «Bei Wohnanteilen von 20 bis 30 Prozent kann eine Qualifikation als Immobiliengesellschaft im engeren Sinn zumindest nicht ausgeschlossen werden.»

einheitliche Gesellschaft betrachtet (konsolidierte Betrachtungsweise). Der Erwerb eines Anteils an einer Gruppengesellschaft ist somit nur dann bewilligungspflichtig, wenn die Gruppe als Ganzes als Immobiliengesellschaft im engeren Sinne qualifiziert werden muss, betont die Anwältin. Angesichts der unsicheren Rechtslage und der kantonal unterschiedlichen Praxis bei der Qualifikation von Immobiliengesellschaften im engeren Sinn empfehlen die Anwältinnen daher dringend, vor einer Übertragung von Aktien an einer möglichen Immobiliengesellschaft ein Ruling bei der zuständigen Behörde einzuholen.

Wie bereits erwähnt, besteht auch eine Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch ausländisch beherrschte Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz. «Selbst die Kotierung einer ausländisch beherrschten Gesellschaft an einer Börse ändere nichts an der Bewilligungspflicht beim Erwerb von Grundstücken durch die Gesellschaft selbst, sie ermöglicht einzig den freien Erwerb von Anteilen an dieser Gesellschaft», sagt Bichsel.

BEHERRSCHENDE STELLUNG DURCH PERSONEN IM AUSLAND

Eine ausländische beherrschende Stellung einer Gesellschaft liegt gemäss den Bestimmungen des Bewilligungsgesetzes vor, wenn ausländische Personen aufgrund ihrer finanziellen Beteiligung, ihres Stimmrechts oder aus anderen Gründen die Verwaltung oder Geschäftsführung der inländischen Gesellschaft entscheidend beeinflussen können. «Wird eine Immobiliengesellschaft ausländisch beherrscht, kann die Geschäftstätigkeit dieser Gesellschaft massgeblich eingeschränkt werden, da sie für den Erwerb bewilligungspflichtiger Immobilien eine Bewilligung benötigt», warnt Bichsel. Eine solche Bewilligung werde indes nur in ganz speziellen, gesetzlich geregelten Ausnahmefällen erteilt. Bichsel erinnert in diesem Zusammenhang an das Beispiel der Implenia AG: «Im Hinblick auf die drohende Übernahme durch die britische Finanzgesellschaft Laxey führte Implenia ins Feld, dass ihre Geschäftstätigkeit beim Erwerb einer Beteiligung von über 2/3 ihres Stimm- und Kapitalsanteils in massivster Art und Weise eingeschränkt würde: Denn infolge der Unmöglichkeit des Erwerbs von Wohngrundstücken in der Schweiz hätte die Gesellschaft einem wesentlichen Teil ihrer Geschäftsstrategie nicht mehr folgen können.» Auf den aktuellen Bestand bewilligungspflichtiger Grundstücke einer Gesellschaft habe eine neue ausländische Beherrschung dagegen grundsätzlich keinen Einfluss, sagt Häcki: «Eine neu ausländisch beherrschte Gesellschaft kann die bis anhin in ihrem Eigentum befindlichen bewilligungspflichtigen >>>

GRUNDSÄTZLICHES ZUR BEWILLIGUNGSPFLICHT NACH DEM BEWG

Ein Erwerb von Grundstücken ist nach dem Bewilligungsgesetz bewilligungspflichtig, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind:

1. Der Erwerber ist eine Person im Ausland im Sinne des BewG und; 2. beim zu erwerbenden Grundstück handelt es sich um eine bewilligungspflichtige Liegenschaft und;3. es liegt ein Grundstückerwerb im Sinne des BewG vor.

Als Personen im Ausland gelten neben natürlichen Personen mit Wohnsitz im Ausland unter anderem juristische Personen mit Sitz im Ausland und juristische Personen mit Sitz in der Schweiz, wenn sie ausländisch beherrscht sind.

Als Erwerb eines bewilligungspflichtigen Grundstücks im Sinne des BewG gilt unter Anderem der Kauf von Wohnliegenschaften und der Kauf von Bauland zum Zwecke der Erstellung einer Wohnüberbauung. Auch der Erwerb von Eigentum oder Nutzniessung einer Beteiligung an einer Gesellschaft, deren tatsächlicher Zweck der Erwerb von Grundstücken ist, stellt einen bewilligungspflichtigen Grundstückerwerb dar, sofern die Anteile dieser Gesellschaft nicht an einer Börse in der Schweiz kotiert sind. Der Erwerb einer einzigen Aktie einer solchen Gesellschaft untersteht bereits der Bewilligungspflicht.

Ausgenommen von der Bewilligungspflicht ist der Erwerb von Eigentum oder Nutzniessung an einem Anteil eines Immobilienanlagefonds, dessen Anteilsscheine auf dem Markt regelmässig gehandelt werden.

Der Erwerb von Grundstücken bedarf mitunter dann keiner Bewilligung, wenn das Grundstück als ständige Betriebsstätte eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerksbetriebes oder eines freien Berufs dient. Zu den Betriebsstättengrundstücken ist auch Land zu zählen, welches kurzfristig, d.h. etwa innert zwei bis drei Jahren, betrieblich genutzt werden soll. Die Praxis der Behörden hierzu ist jedoch kantonal unterschiedlich.

Bewilligungspflichtig ist hingegen der Erwerb von Bauland, auch in Industrie- und Gewerbezonen, wenn dieser der blossen Kapitalanlage dient.

Der Erwerb folgender Grundstücke ist somit bewilligungspflichtig bzw. untersteht nicht der Bewilligungspflicht (nicht abschliessende Aufzählung):

Erwerb

bewilligungspflichtig	nicht bewilligungspflichtig
– Wohnliegenschaften	– Betriebsstätte-Liegenschaften
– Bauland zum Zweck der Erstellung einer Wohnüberbauung oder als Kapitalanlage	– Bauland zum Zweck der Erstellung einer Betriebsstätte
– Wohn- oder Baurechte an Wohnliegenschaft / Bauland	– durch Wohnbauvorschriften vorgeschriebene Wohnungen / dafür reserviertes Bauland auf Betriebsstätte-Liegenschaften
– Nutzniessung an Wohnliegenschaft / Bauland	– Anteile an Immobilienanlagefonds, deren Anteilscheine regelmässig gehandelt werden
– Anteile einer Immobiliengesellschaft i.e.S.	

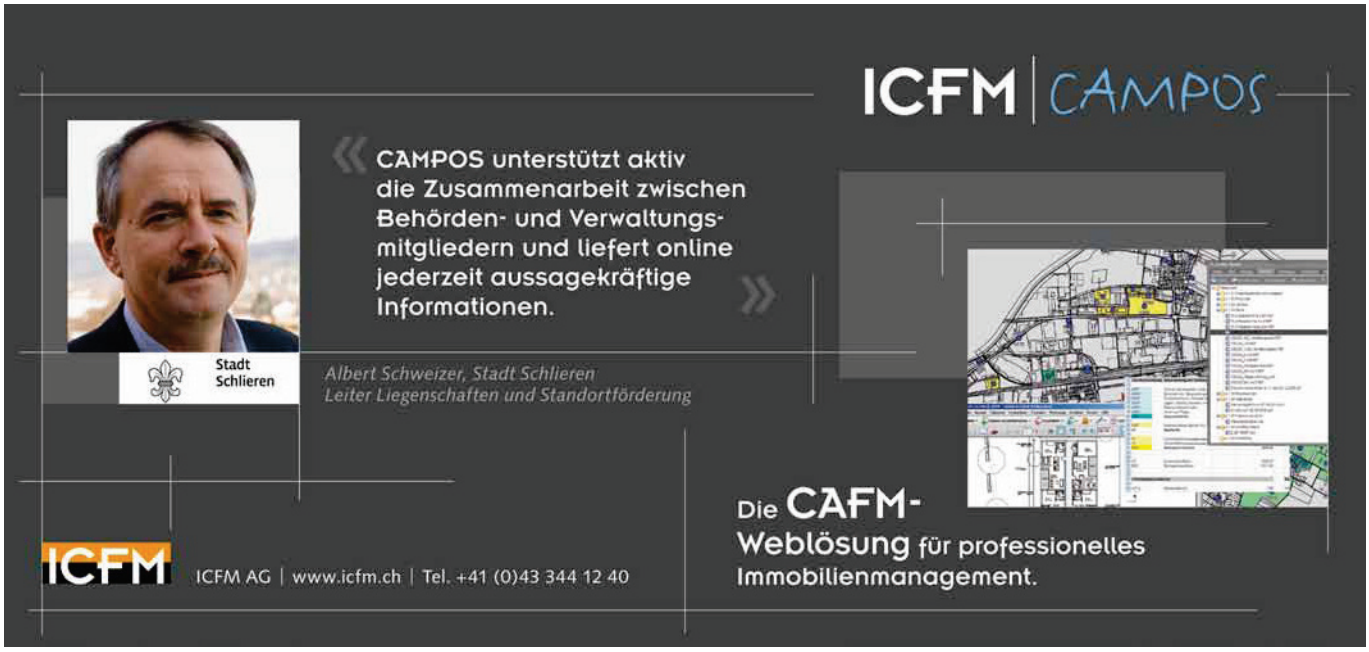
>>> Grundstücke grundsätzlich weiter in ihrem Immobilienbestand halten. Vorbehalten bleiben Gesetzesumgehungen.»

FOLGEN EINER UMGEHUNG DES BEWILLIGUNGSGESETZES

Eine Nichtbeachtung oder Umgehung des Bewilligungsgesetzes könne unterdessen weitgehende Folgen haben, warnen die Anwältinnen. Werde ein bewilligungspflichtiges Grundstück ohne rechtskräftige Bewilligung erworben, so bleibe dieses Rechtsgeschäft unwirksam. «Oder es wird gar nichtig, wenn das Erwebsgeschäft vor Rechtskraft der Bewilligung vollzogen wird oder eine rechtskräftige Abweisung eines Bewilligungsgesuchs erfolgt», so Häcki . Nichtigkeit bedeutet, dass ein Grundstückserwerb bzw. der Erwerb von Beteiligungen keine Wirkung entfaltet, bereits erbrachte Leistungen (insbesondere Kaufpreiszahlungen) zurückgefordert und versprochene Leistungen nicht mehr eingefordert werden können. «In gewissen Fällen kann von den zuständigen Behörden gar auf Auflösung einer das BewG umgehenden juristischen Person mit Verfall des Vermögens an das Gemeinwesen geklagt werden», ergänzt Bichsel. Ferner könne eine Nichtbeachtung der Bestimmungen des Bewilligungsgesetzes sogar strafrechtliche Folgen nach sich ziehen: «Eine vorsätzliche oder gewerbsmässige Umgehung der Lex Koller kann mit Freiheitsstrafe bis zu

ANZEIGE

drei Jahren oder Geldstrafe bestraft werden.» Bleibt die Frage, welche Alternativen für eine ausländisch beherrscht Gesellschaft bestehen, um die negativen Folgen der Erwerbsbeschränkungen durch die Lex Koller zu mildern. «Ein Lösungsansatz für Gesellschaften, welche Immobilien zum Zweck der Überbauung und des anschliessenden Wiederverkaufs erwerben wollen, ist die Gründung einer von den ausländischen Investoren unabhängigen Schweizer Gesellschaft», sagt Häcki. Zwischen dieser und der ausländisch beherrschten Gesellschaft könnte ein exklusiver Zusammenarbeitsvertrag abgeschlossen werden, gemäss welchem die unabhängige Schweizer Gesellschaft bewilligungspflichtige Grundstücke erwirbt, und der ausländisch beherrschten Gesellschaften jeweils die Projektentwicklung und die Überbauung der entsprechenden Grundstücke überträgt. „Bei der Ausgestaltung eines solchen Modells ist jedoch darauf zu achten, dass dieses nicht als Umgehung des Bewilligungsgesetzes gewertet wird“, gibt Bichsel zu bedenken.

Dies könnte beispielsweise angenommen werden, wenn die Schweizer Gesellschaft der ausländisch dominierten Gesellschaft Garantien oder Zusicherungen erteilt, welche einer treuhänderischen Eigentümerstellung der Schweizer Gesellschaft zu Gunsten der ausländisch dominierten Gesellschaft entspricht. Eine weitere denkbare Möglichkeit zur Widerlegung der Vermutung einer ausländischen Beherrschung wäre Häcki zufolge etwa die Beeinflussung des Stimmenverhältnisses einer Gesellschaft zu Gunsten der Schweizer Aktionäre durch Schaffung von Stimmrechtsaktien. Ob ausländische Investoren mit einer solchen Form der Beteiligung einverstanden wären, ist indes fraglich. «Daneben bleibt natürlich auch bei diesem Modell die Unsicherheit, ob die zuständige Behörde aufgrund der konkreten Umstände die Vermutung einer ausländischen Beherrschung tatsächlich als widerlegt betrachtet, oder die Gesellschaft dennoch als ausländisch beherrscht qualifiziert wird», sagt Häcki. Die Anwältinnen empfehlen bei jeder dieser Lösungsvarianten die vorgängige genaue Prüfung und die Einholung eines Rulings mit den zuständigen Behörden. Dies erscheint insbesondere auch im Hinblick auf die zivilrechtlichen Folgen und die möglichen strafrechtlichen Konsequenzen einer Umgehung der Vorschriften des Bewilligungsgesetzes angezeigt. •

ANZEIGE