

LEX KOLLER: KÖNNEN PERSONALWOHNUNGEN BETRIEBSSTÄTTEN SEIN?

(EINIGE GEDANKEN ZUR BUNDESGERICHTLICHEN RECHTSPRECHUNG, INSBESONDERE ZU URTEIL 2C_325/2022)



Dr. iur. Hanspeter Geissmann, Rechtsanwalt



AUSGANGSLAGE

1.

Die (ausländische) Eigentümerin eines Hotelbetriebs in der Schweiz (Davos) trug sich mit der Absicht, ein überbautes Nachbargrundstück zu erwerben, wobei die sich darin befindenden Räume ausschliesslich als Personalzimmer bzw. Wohneinheiten für die Angestellten des Hotels vorgesehen waren. Das Grundstück für die vorgesehenen Personalwohnungen und Personalzimmer sollte nicht durch die Eigentümerin des Hotelbetriebs erworben werden, sondern durch eine Schwestergesellschaft, wobei beide Gesellschaften zu 100% dem gleichen Eigentümer gehörten. Es wurde argumentiert, dass es ausserordentlich schwierig bis unmöglich sei, dem eigenen Hotelpersonal vernünftige und bezahlbare Wohnungen zur Verfügung zu stellen, und dass es insbesondere geradezu unmöglich sei, in der Nähe entsprechende Wohnungen für das Personal zu finden. Geltend gemacht wurde insbesondere auch, dass die Arbeitszeiten des Personals sehr variabel seien, dass auch die Tatsache, dass es sich um einen Saisonbetrieb handle, die Schwierigkeiten noch vergrössere, und dass es in dieser Situation praktisch unmöglich sei, Hotelpersonal zu finden (insbesondere auch Saisoniers), wenn man ihnen keine preislich vernünftigen und in der Nähe liegenden Wohnungen zur Verfügung stellen könne. Genau diese Umstände waren auch der Grund, warum sämtliche Zimmer des zu erwerbenden Grundstücks als Personalzimmer bzw. Wohneinheiten für das Hotelpersonal verwendet werden sollten. Die erstinstanzliche kantonale Bewilligungsbehörde gab grünes Licht, indem es den Erwerb dieses Grundstücks von der Bewilligungspflicht ausnahm. Diese Wohnungen und Zimmer hatten gemäss Verfügung ausschliesslich dem Personal des Hotels zur Verfügung zu stehen, was vertraglich und auch mit Anmerkung im Grundbuch so festgehalten wurde.

2.

Die Verfügung der erstinstanzlichen Bewilligungsbehörde des Kantons Graubünden wurde vom Bundesamt für Justiz (BJ) beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit Beschwerde angefochten. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde ab und schützte den Entscheid der erstinstanzlichen Bewilligungsbehörde, dass nämlich der Erwerb des Grundstücks mit dem vorgesehenen Zweck nicht der Bewilligungspflicht unterliege. Gegen diesen Entscheid des Verwaltungsgerichts erhob das BJ Beschwerde an das Bundesgericht. Dieses hiess die Beschwerde des BJ gut und hob das

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden auf. Es stellte fest, dass der Erwerb dieses Grundstücks der Bewilligungspflicht gemäss Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland unterliege.

I

3.

Von den involvierten Parteien und Instanzen wurden verschiedene Argumentationslinien verfolgt. Schlussendlich lief die (obsiegende) Argumentationslinie des Bundesgerichts darauf hinaus, dass es sich bei einem Personalhaus nicht um eine Betriebsstätte im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG handle, sondern es handle sich um blossе Wohnungen, die nur im Sinne eines «Miterwerbs» gemäss Art. 2 Abs. 3 BewG bewilligungsfrei erworben werden könnten. Gemäss dieser Bestimmung könnten bei einem Erwerb von Betriebsstättengrundstücken, die eben einem Handels-, Fabrikations- oder einem anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe, einem Handwerksbetrieb oder einem freien Beruf dienen, gewisse Wohnungen miterworben werden, was gemäss diesem Artikel eigentlich ausschliesslich für Wohnungen (und dafür reservierte Flächen) gelte, die durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschrieben seien. Es handle sich um den sogenannten «Miterwerbstatbestand», der es erlaube, Wohnungen, die nicht Betriebsstätten sind und deshalb der Bewilligungspflicht unterliegen, trotzdem mitzuerwerben.

I

4.

Gemäss Gesetzestext gilt dies nur für solche Wohnungen, die von Wohnanteilsvorschriften erfasst sind. Nun hat die Praxis weitere Miterwerbstatbestände als zulässig erachtet (was wiederum heisst, dass solche Wohnungen bewilligungsfrei miterworben werden können). Dies gilt für Wohnungen, die für den Betrieb eines Unternehmens oder für die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit notwendig sind, sowie für Wohnungen, die von einer zu erwerbenden Betriebsstätte praktisch nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand abgetrennt werden können. Hinsichtlich der Notwendigkeit von solchen Wohnungen spricht die Praxis immer davon, dass zum Beispiel eine Person in diesem Gebäude wohnen müsse, weil dies bezüglich Sicherheit notwendig sei, mit anderen Worten eine Situation vorliege, die es erfordere, dass Wohnungen für solches Personal vorhanden seien. Und der Tenor des BJ sowie des Bundesgerichts war der, dass es sich hier bei diesen Personalwohnungen nicht um solche Wohnungen handle, die einen solchen Miterwerbstatbestand erfüllen würden. Insbesondere wurde auch darauf hingewiesen, dass dieser Miterwerbstatbestand restriktiv zu handhaben sei.

.

5.

Es wurden vom Bundesgericht weitere Argumente angeführt, die hier heikel seien, so insbesondere der Umstand, dass nicht die Eigentümerin der Hotelliegenschaft Erwerberin des Grundstücks mit den vorgesehenen Personalwohnungen sein sollte, sondern eine Schwestergesellschaft. Vom Bundesgericht wurde auch nicht entschieden, ob es sich bei diesen Personalwohnungen um betriebsnotwendige Wohnungen handle. Der Grund dafür, dass diese zwei Fragen nicht entschieden wurden (nicht entschieden werden mussten), liegt darin, dass gemäss einer Auslegung des Gesetzestextes in Art. 2 Abs. 3 BewG der «Miterwerb» nur dann möglich sei bzw. einen bewilligungsfreien Erwerb zulasse, wenn der Erwerb der Betriebsstätte (also des Hotels) **gleichzeitig** mit dem Erwerb der Wohnungen (hier des vorgesehenen Personalhauses) im Rahmen des Miterwerbstatbestandes erfolge. Von einer verlangten Gleichzeitigkeit des Erwerbs findet man in Art. 2 Abs. 3 BewG nichts, sondern dort wird nur von «miterworben» gesprochen. Entscheidend in diesem Fall war das Argument des Bundesgerichts, dass im französischen Text stehe, dass dieser Miterwerbstatbestand nur angerufen werden könne, wenn der Miterwerb «simultanément» erfolge, also gleichzeitig, und nur bei dieser Gleichzeitigkeit bzw. «Simultaneität» könne dieser Miterwerbstatbestand angerufen werden. Weil hier erst zu einem späteren Zeitpunkt das Grundstück mit den vorgesehenen Personalwohnungen erworben werden sollte, liege diese Gleichzeitigkeit bzw. Simultaneität nicht vor, entsprechend könne kein Miterwerbstatbestand geltend gemacht werden. Der Fall war entschieden, ohne dass die eigentlichen Probleme überhaupt angesprochen und diskutiert wurden. Nachvollziehen kann ich persönlich nicht, warum der französische Text derart klar sein soll und der deutsche Text im Sinne des französischen Textes ausgelegt werden muss. Ich zweifle sehr, dass man unter Miterwerb auch eine Gleichzeitigkeit oder Simultaneität mitdenken muss. Aber dies soll auch nicht weiter diskutiert werden, das Bundesgericht hat entschieden.

.

SIND PERSONALWOHNEINHEITEN FÜR DAS PERSONAL EINES HOTELS TEILE EINER BETRIEBSSTÄTTE?

6.

Ich bin der Meinung, dass diese Frage mit einem klaren Ja beantwortet werden muss. Erstaunlich ist, dass bei den Diskussionen in den Entscheiden und Stellungnahmen der verschiedenen Parteien in diesem Fall zwar immer irgendwie auch das Thema und der Begriff «Betriebsstätten» angesprochen wurde, aber die Betriebsstätten wurden nicht ins Zentrum gestellt. Ein Hotel gilt als Betriebsstätte und kann bewilligungsfrei von jedem Ausländer erworben werden. Betriebsstätten können auch aufgespalten werden und können verschiedenen Eigentümern gehören. Zu einem Hotel gehören nicht nur die Zimmer, Suiten, Appartements (hotelmässig bewirtschaftet) für die Gäste, sondern auch weitere Infrastrukturen (Küche, Aufenthaltsräume, Seminarräume, Garagen, Anlagen für Sport und Unterhaltung, etc.). Meines Erachtens und gerade in der heutigen Zeit müssen auch solche Personalwohneinheiten bzw. Personalzimmer als Teil eines Hotels, und zwar als ausserordentlich wichtiger Teil, betrachtet werden. Und was ein eng verbundener wichtiger Teil eines Hotels ist, ist auch ein Teil dieser Betriebsstätte. Zu einem Hotel gehört eben mehr, gerade in der heutigen Zeit, zudem in Tourismusorten, in denen keine Wohnungen für die Tausenden von Mitarbeitern, vor allem auch von Saisoniers, gefunden werden, die einigermassen bezahlbar sind und auch in einer vernünftigen Distanz zum Hotel liegen. Schauen wir doch etwas in die Wirtschaftsgeschichte der Industrialisierung zurück: Was wurde als erstes nach Erstellung der Fabrik gebaut? – ganz genau Personalhäuser, Personalunterkünfte. Der damalige Fabrikant wusste, dass er nur dann Erfolg hatte, wenn er gutes Personal bekam, und dieses musste er an sich binden, und das geschah über diese Personalunterkünfte. Nicht anders ist es heute, wo die Wohnungsnot gerade in Tourismusorten (der Fall hier betraf die Gemeinde Davos) derart grassiert, dass es schon geradezu zynisch ist, wenn die Rechtsprechung die Hoteleigentümer darauf verweist, dass man zwar um diese Sorgen wisse, aber das sei halt einfach so.

.

7.

Es sei daran erinnert, dass nicht nur einfache Hotelzimmer, sondern auch Suiten etc. ganz klar als Teil einer Betriebsstätte gelten, und zudem auch Appartements, die hotelmässig bewirtschaftet werden. Man weiss in etwa, wie diese hotelmässige Bewirtschaftung zu gestalten ist, damit die bewirtschafteten Appartements als Teil einer Betriebsstätte gelten, die entsprechend auch bewilligungsfrei erworben werden können – in dieser Situation die Personalhäuser bzw. Personalwohnungen nicht als Teil einer Betriebsstätte (nämlich der Betriebsstätte Hotel) zu betrachten, ist meines Erachtens unangebracht, geradezu zynisch. Mit anderen Worten bin ich klar der Meinung, dass derartige Personalhäuser und Personalwohnungen, die nur dem Personal zur Verfügung stehen, und die nicht zu Wohnungen umfunktioniert werden dürfen, die von jedem Dritten bewohnt werden können, und wobei diese Einschränkungen und Bedingungen vertraglich fixiert sind und im Grundbuch angemerkt werden, ganz klar als Betriebsstätten betrachtet werden müssen. Möglich ist, dass nicht in jedem Ort und überall ein solches Personalhaus als Betriebsstätte gilt oder gelten kann, sondern da müsste man wohl den Bewilligungsbehörden ein gewisses Ermessen zugestehen. Die Bewilligungsbehörde müsste abklären, inwiefern eine Wohnungsnot besteht, inwiefern ein ins Auge gefasstes Objekt sich tatsächlich so nahe beim Hotel befindet, dass es funktional zum Hotel gehört, und es wäre dafür zu sorgen, dass diese Wohnungen auch nur vom Hotelpersonal (allenfalls von eigenen engsten Angehörigen) bewohnt werden dürften.

.

8.

Die Frage, inwiefern Wohnraum unter gewissen Umständen auch als Betriebsstätte gelten könne, wurde bisher insbesondere unter dem Aspekt geprüft, ob diese Wohnräume hotelmässig bewirtschaftet werden oder nicht. Und die heute geltende Praxis geht davon aus, dass tatsächlich derartige Wohnräume Betriebsstättencharakter haben können, wenn diese tatsächlich hotelmässig bewirtschaftet werden. Dann können sie als Teil eines Hotels und somit als Betriebsstätte betrachtet werden. Dass in der Vergangenheit dieses Thema im Wesentlichen unter dem Aspekt der hotelmässigen Bewirtschaftung beurteilt wurde, dürfte insbesondere auch damit zusammenhängen, dass während der Geltung der «Lex Furgler» (in Kraft getreten am 01.02.1974, abgelöst durch die «Lex Friedrich», in Kraft gesetzt am 01.01.1985) die Frage, inwiefern Wohnraum im Zusammenhang mit einem Hotel als Betriebsstätte betrachtet werden konnte, allein unter dem Aspekt geprüft werden konnte, inwiefern dieser Wohnraum mit der Verpflichtung verbunden war, hotelmässige Dienstleistungen zu erbringen bzw. (für den Gast) diese Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Dies wurde in der Verordnung zur Lex Furgler in Art. 13 Abs. 4 lit. b ausdrücklich so festgehalten. Mit anderen Worten konnte Wohnraum, der mit einem Hotel (Betriebsstätte) verbunden

war, nur dann als Teil einer Betriebsstätte gelten, wenn dieser Wohnraum hotelmässig bewirtschaftet wurde.

Mit der Lex Friedrich, in Kraft gesetzt am 01.01.1985, wurde die entscheidende Verordnungsbestimmung zur Lex Friedrich dahingehend abgeändert, dass Wohnraum, der «nicht zu einem Hotel oder Apparthotel **gehört**», keine Betriebsstätte sein konnte. In Art. 3 der heute noch geltenden Verordnung gemäss Lex Koller findet sich die materiell genau gleiche Bestimmung. Das heisst wiederum, dass die Frage, welche Räume «zu einem Hotel oder Apparthotel gehören» können und entsprechend als Betriebsstätte betrachtet werden können, wesentlich offener ist und diese Bestimmung nicht nur im Zusammenhang mit hotelmässig bewirtschafteten Wohneinheiten angewendet werden kann. Es liegt geradezu auf der Hand, dass im Zusammenhang mit dieser offeneren Formulierung («gehört zu einem Hotel oder Apparthotel») die Personalwohnungen geradezu als Musterfall für Wohneinheiten zu betrachten sind, die eine Betriebsstätte begründen. Wenn die Situation so ist – und sie ist es tatsächlich –, dass Hotels darauf angewiesen sind, dass sie für Personal in der Nähe des Hotels liegende und zudem bezahlbare Wohnräume zur Verfügung stellen können, ansonsten kein Personal gefunden werden kann (insbesondere nicht Saisoniers), dann genügt es nicht, dies einfach zur Kenntnis zu nehmen und zu bedauern, sondern dann ist es ein Gebot der Stunde, derartige Personalwohnungen als Teil eines Hotels und entsprechend als Betriebsstätten zu betrachten.

9.

Im Übrigen würde ich nicht ausschliessen, dass derartige Personalwohnungen auch als eigentliche hotelmässig bewirtschaftete Apartments bzw. Wohneinheiten zu betrachten wären. Es wohnen Personen dort drin, die für das Hotel arbeiten. Die Personen, die in diesen Personalwohnungen wohnen, würden auch den ganzen Service (z.B. Reinigung, Schliessung, Unterhalt, etc.) beanspruchen, wie dies andere Hotelgäste auch tun. Diese Personen werden in der Regel auch vom Hotel gepflegt. Und diese Personen bezahlen dafür auch, indem sie entweder den Mietzins separat bezahlen müssen, in der Regel aber wohl das Entgelt für Unterkunft und Verpflegung vom Lohn abgezogen wird, was nichts anderes ist als eine andere Art von Bezahlung. Meines Erachtens besteht da kaum ein Unterschied zwischen hotelmässig bewirtschafteten Wohneinheiten für Gäste einerseits, Personal andererseits. In den einen Räumen wohnen Touristen, in den andern Hotelpersonal. Beide Kategorien beanspruchen Leistungen, beide Kategorien müssen dafür bezahlen. Und bei beiden Kategorien muss das Hotel Leistungen erbringen, eben die hotelmässige Bewirtschaftung der Räume.

AUSBLICK

10.

Das Bundesgericht hat im genannten Entscheid diverse Fragen offengelassen. Es hat sich auf eine Auslegung des Miterwerbs festgelegt, die nicht so schnell überwunden werden kann – ich würde dazu auch nicht raten. Aber ich könnte mir vorstellen, dass es nicht aussichtslos wäre, von einem Gericht (allenfalls vom höchsten) eine positive Antwort zu erhalten auf die Frage, ob Personalwohnungen für das Hotelpersonal nicht auch (allenfalls unter gewissen Bedingungen) Teile von Betriebsstätten sein könnten. Man sollte es vielleicht probieren und das Bundesgericht dazu zwingen, genau diese Frage zu beantworten.

21. Juni 2024 / Hanspeter Geissmann

UNTERSTELLUNG STRATEGISCHER INFRASTRUKTUREN DER ENERGIEWIRTSCHAFT UNTER DIE LEX KOLLER – IST DIES DER RICHTIGE

WEG ?

Dr. iur. Hanspeter Geissmann, Gemäss heutiger Fassung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG, Lex Koller), Art. 26, sind Rechtsgeschäfte über einen Erwerb, für den der Erwerber einer Bewilligung bedarf, ohne rechtskräftige Bewilligung bzw. vor rechtskräftiger Erteilung einer Bewilligung unwirksam.

LEX KOLLER – ERWERB EINES GRUNDSTÜCKS DURCH EINEN (DER BEWILLIGUNGSPFLICHT UNTERLIEGENDEN) ERBEN VERBUNDEN MIT DER AUFLAGE, DAS GRUNDSTÜCK INNERT ZWEIER JAHRE WIEDER ZU VERÄUSSERN (Art. 8 Abs. 2 BewG)

Das BewG sieht in Art. 8 verschiedene allgemeine Bewilligungsgründe vor, so (immer unter gewissen Voraussetzungen) für den Erwerb von Grundstücken als Kapitalanlage, zur Personalvorsorge von inländischen Betriebsstätten, zu gemeinnützigen Zwecken und zur Deckung pfandgesicherter Forderungen bestimmter ausländischer und ausländisch beherrschter Banken und Versicherungseinrichtungen in Zwangsverwertungen und Liquidationsvergleichen.

LEX KOLLER UND ZIVILRECHT – UNWIRKSAMKEIT UND NICHTIGKEIT

Dr. iur. Hanspeter Geissmann, Gemäss heutiger Fassung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG, Lex Koller), Art. 26, sind Rechtsgeschäfte über einen Erwerb, für den der Erwerber einer Bewilligung bedarf, ohne rechtskräftige Bewilligung bzw. vor rechtskräftiger Erteilung einer Bewilligung unwirksam.

LEX KOLLER: DER ERWERB VON GRUNDSTÜCKEN IM RAHMEN EINER VERMÖGENSÜBERNAHME

Dr. iur. Hanspeter Geissmann Im Zentrum des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG, «Lex Koller») steht in der Regel der Erwerb von einzelnen Grundstücken in der Schweiz, d.h. also von einem Teil des schweizerischen Bodens.

LEX KOLLER: WEM GEHÖREN DIE GRÖSSTEN SCHWEIZER UNTERNEHMEN?



Dr. iur. Hanspeter Geissmann, Rechtsanwalt



Die folgenden Ausführungen beziehen sich ausschliesslich auf juristische Personen, deren Anteile an einer Schweizer Börse kotiert sind. Und im Speziellen geht es nur um die Gesellschaften und Aktientitel, die im Swiss Leader Index (SLI) enthalten sind, welcher die 30 liquidesten und grössten Schweizer Aktientitel enthält. Der Grund für die Konzentration auf diese Unternehmen liegt darin, dass in der NZZ am Sonntag vom 19.04.2020 unter dem Titel «Ausländische Aktionäre dominieren Schweizer Konzerne» ein Artikel erschien, der sich insbesondere auf eine Studie von Ernst & Young Schweiz unter dem Titel «Wem gehört der SLI?» abstützte und diese Studie auch zitierte. Die folgenden Ausführungen basieren ebenfalls auf dieser Studie von Ernst & Young; dabei steht die Frage im Zentrum, inwiefern Unternehmen des SLI unter die Lex Koller fallen könnten.

I. RECHTLICHE AUSGANGSLAGE GEMÄSS LEX KOLLER

Der Erwerb von Anteilen an juristischen Personen, die an einer Börse in der Schweiz kotiert sind, ist auch für Ausländer bewilligungsfrei möglich. Mit anderen Worten ist der Erwerb entsprechender Anteile auch an den Unternehmen des SLI für jeden Ausländer bewilligungsfrei möglich. Insofern stellen sich vorderhand keine Probleme. Dies kann zur Folge haben, dass Ausländer sehr grosse Anteile an solchen Gesellschaften erwerben können, was dazu führen kann, dass die entsprechende Gesellschaft gemäss Lex Koller als ausländisch beherrscht gilt.

Ein Unternehmen, welches als ausländisch beherrscht gilt, unterliegt für eigene spätere Grundstückerwerbsgeschäfte in der Schweiz möglicherweise der Bewilligungspflicht. Der Erwerb von Betriebsstättengrundstücken ist unproblematisch, weil der Erwerb von Betriebsstätten in der Schweiz nicht unter die Bewilligungspflicht gemäss Lex Koller fällt. Etwas anderes gilt für den Erwerb von Bauland bzw. für Wohngrundstücke. Falls nämlich diese juristische Person (sprechen wir in der Folge von Gesellschaften) als ausländisch beherrscht gilt, dann unterliegt sie für den Erwerb von Bauland bzw. von Wohngrundstücken in der Schweiz der Bewilligungspflicht (Art. 5 Abs. 1 lit. c BewG), wobei gleich beizufügen ist, dass die in diesem Fall zur Verfügung stehenden Bewilligungsgründe (die also den Erwerb gemäss Lex Koller dann trotzdem erlauben würden) äusserst dürftig sind und nur in speziellen Fällen angerufen werden können (vgl. Art. 8 BewG).

Eine ausländische beherrschende Stellung dieser Gesellschaft liegt gemäss Lex Koller vor, wenn eine Person im Ausland entweder allein oder gemeinsam mit anderen Personen im Ausland die Verwaltung oder Geschäftsführung entscheidend beeinflussen kann (Art. 6 Abs. 1 BewG). Zudem wird eine solche beherrschende Stellung durch Personen im Ausland gesetzlich vermutet, wenn Ausländer mehr als ein Drittel am Aktien-, Stamm- oder Genossenschaftskapital besitzen oder über mehr als ein Drittel der Stimmen in der General- oder Gesellschafterversammlung verfügen (Art. 6 Abs. 2 lit. a und b BewG). Bei dieser gesetzlichen Vermutung handelt es sich um eine widerlegbare

gesetzliche Vermutung – wenn also die Vermutung der ausländischen Beherrschung gesetzlich vorliegt, kann die betroffene Gesellschaft den Beweis des Gegenteils führen, indem sie beweist, dass trotz erheblichem ausländischem Aktien- oder Stimmenbesitz die Gesellschaft als nicht ausländisch beherrscht gilt und sie deswegen für entsprechende Grundstückserwerbsgeschäfte (insbesondere von Bauland und von Wohngrundstücken) nicht der Bewilligungspflicht unterliegt. So viel zur gesetzlichen Ausgangslage und zu den damit verbundenen Mechanismen.

II. ZENTRALE AUSSAGEN IN DER STUDIE VON ERNST & YOUNG ÜBER DIE AKTIONÄRSSTRUKTUR DER 30 UNTERNEHMEN DES SWISS LEADER INDEX (SLI)

Untersucht wurde der Zeitraum von 2012-2019. Dabei wurden die Durchschnittszahlen für diese Jahre erhoben; bei den Aktionären wurde unterteilt in Schweizer (bzw. inländische) Aktionäre sowie in Aktionäre aus Europa, Nordamerika und übrige Welt. Dabei konnten nur diejenigen Aktienbesitzer nach diesen Aktionärsgruppen aufgeteilt werden, soweit es sich um sogenannte «zuordenbare» Aktien handelte, also um Aktieneigentum, welches aufgrund von Publizitätsvorschriften offen gelegt werden muss (entsprechend also bei Aktienerwerben von mehr als 3% des Aktienkapitals). Der entsprechend nicht zuordenbare Anteil macht – nicht ganz erstaunlich – den grössten Teil der Aktionärsstruktur aus.

Das Ergebnis ist das folgende: Im Durchschnitt hielten Schweizer Aktionäre an diesen SLI-Gesellschaften rund 27% (2012: 28.2%, 2019: 27.6%). Das europäische Ausland hielt zwischen 14.8% (2012) und 14.4% (2019) der SLI Aktien. Nordamerikanische Aktionäre hielten zwischen 17.8% (2012) und 19.8% (2019); ein kleiner Rest «übrige Welt» hielt 1% (2012) bis 3% (2019). Die nicht zuordenbaren Aktien betragen zwischen 38.1% (2012) und 35.3% (2019).

III. INTERPRETATION DIESER RESULTATE AUS SICHT DER LEX KOLLER

Grundsätzlich ist das Ergebnis eigentlich eindeutig: 1/3 des Aktienbesitzes entspricht 33.33% – vorliegend würde der ausländische Aktienbesitz im Jahr 2012 **33.6%** (nämlich 14.8% EU, 17.8% USA; 1.0 % übriges Ausland) und im Jahr 2019 sogar **37.2%** (14.4% EU; 19.8% USA; 3.0% übriges Ausland) betragen. Der Grenzwert von einem Drittel ausländischem Aktienbesitz wäre grundsätzlich überschritten, was zur gesetzlichen Vermutung der ausländischen Beherrschung führt.

Nun muss man aber aufpassen: Hier handelt es sich um Durchschnittswerte für die 30 Unternehmen, deren Aktientitel zum SLI gehören, und nicht um Einzelaufnahmen entsprechender Unternehmen. Es ist aber ein klares Indiz, dass sich der ausländische Aktienbesitz bei diesen 30 Unternehmen mindestens teilweise oder eben bei einigen dieser Unternehmen jenseits des Grenzwertes von einem Drittel bewegt, weshalb die entsprechenden Unternehmen als ausländisch beherrscht im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a BewG gelten müssten. Ob auch eine beherrschende Stellung nach Art. 6 Abs. 2 lit. b BewG (Stimmrechte) vorliegen könnte, müsste noch im Einzelnen abgeklärt werden, kann hier aber offen bleiben.

Das Resultat dieser Studie und die Interpretation betreffend der Durchschnittswerte muss dazu führen, dass Unternehmen, welche dem SLI angehören (die gleiche Empfehlung dürfte sich für alle Unternehmen aufdrängen, deren Anteile an einer Börse in der Schweiz kotiert sind), nur die eine sein kann: Es darf nicht selbstverständlich davon ausgegangen werden, dass – da man ja an einer Schweizer Börse kotiert ist –, es sich bei diesen Unternehmen um schweizerische bzw. um nicht ausländisch beherrschte Unternehmen handelt, sondern es muss intern geklärt werden, ob der Grenzwert von einem Drittel überschritten ist oder nicht. Gleiches gilt für die Behörden, und speziell für die Grundbuchämter. Einfach daraus, dass die Anteile eines

Unternehmens an einer Schweizer Börse kotiert sind, den Schluss zu ziehen, dass es sich dann auch um ein schweizerisch beherrschtes Unternehmen handelt und um ein Unternehmen, das für gewisse Grundstückserwerbsgeschäfte nicht der Bewilligungspflicht gemäss Lex Koller unterliegt, wäre falsch. Die entsprechenden Behörden dürfen danach fragen und dazu die Beweismittel einverlangen, ob nicht die Vermutung der Auslandsbeherrschung vorliegt. In Zweifelsfällen sind sie sogar dazu verpflichtet. Insbesondere denjenigen Unternehmen, die sich regelmässig oder sogar ständig mit Grundstückserwerbsgeschäften (auch von Bauland und von Wohnliegenschaften) beschäftigen, wie insbesondere den Versicherungsgesellschaften und den Banken, wäre dringend angeraten, dafür besorgt zu sein, dass jederzeit belegt werden kann, dass keine Auslandsbeherrschung bzw. nicht einmal die gesetzliche Vermutung einer Auslandsbeherrschung vorliegt.

IV. PROBLEME DER «NICHT ZUORDENBAREN AKTIEN»

Bei diesen Aktien im Streubesitz kann es sich um solche von Schweizern, aber auch von Ausländern handeln – dies weiss die Studie nicht. Die Unternehmen wissen es zumindest teilweise oder annähernd bzw. haben zumindest zusätzliche Kenntnisse. Ich bin nicht der Meinung, dass generell aus einer solchen Studie abgeleitet werden dürfte, dass der Streubesitz generell entweder dem Bestand der ausländischen Aktien oder demjenigen der Schweizer Aktien zugerechnet werden darf. Genau so unzulässig wäre es, diese Aktien proportional nach den zuordenbaren Aktien auf Ausländer und Schweizer aufzuteilen.

V. RECHTLICHE MÖGLICHKEITEN BEI EINTRITT DER GESETZLICHEN VERMUTUNG

Es kann für ein Unternehmen nicht Sinn machen, sich um die Frage herumzudrücken, ob man nun der Bewilligungspflicht gemäss Lex Koller unterliegt oder nicht. Der Erwerber hat nämlich die Pflicht, sich um die Frage der Bewilligungspflicht zu kümmern, wenn sich eine solche nicht ohne weiteres ausschliessen lässt (Art. 17 Abs. 1 BewG). Wenn er sich darüber hinweg setzt und ein bewilligungspflichtiges Rechtsgeschäft ohne Bewilligung abschliesst bzw. vollzieht, ist das entsprechende Rechtsgeschäft unwirksam bzw. nichtig – mit sehr unangenehmen Rechtsfolgen betreffend Rückabwicklung etc. Wenn der Grundbuchverwalter die Bewilligungspflicht nicht ohne weiteres ausschliessen kann, so hat er gemäss Art. 18 BewG das Verfahren auszusetzen und dem Erwerber eine Frist anzusetzen, um bei der zuständigen Behörde die Bewilligung oder die Feststellung der Nichtbewilligungspflicht einzuholen. Der Handelsregisterführer verfährt genau gleich. Und ohnehin haben die Behörden sehr umfassende Rechte, nachträglich eine Untersuchung zu eröffnen mit der Möglichkeit, die Bewilligungspflicht (oder die Nichtbewilligungspflicht) nachträglich noch festzustellen. Auch sehr unangenehme strafrechtliche Konsequenzen können eintreten.

Wenn die gesetzliche Vermutung der Auslandsbeherrschung vorliegt oder bei Verdachtsmomenten von den Behörden die Frage der Auslandsbeherrschung thematisiert wird, ist trotzdem noch nicht alles verloren: Das Unternehmen hat die Möglichkeit und das Recht, den Beweis anzutreten, dass allenfalls trotz gesetzlicher Vermutung oder trotz gewisser Verdachtsmomente gleichwohl keine Auslandsbeherrschung vorliegt, weil zum Beispiel einem ausländischen Streubesitz ein sehr starker konzentrierter schweizerischer Aktienbesitz gegenüber steht, der zudem noch durch Aktionärbindungsverträge gefestigt wird, oder wo trotz relativ bedeutendem ausländischem Aktienbesitz eine schweizerische funktionierende Aktienmehrheit entgegensteht (zum Beispiel eben auch durch Aktionärbindungsvertrag abgesichert). Auch wenn erheblichem ausländischem Aktienbesitz z.B. durch die Schaffung von Stimmrechtsaktien sich ein sehr hoher Stimmenanteil in Schweizer Hand befindet, kann dies dazu führen, dass (allenfalls zusammen mit weiteren Faktoren) nicht von einer Auslandsbeherrschung auszugehen ist. Dann ist es möglich, bzw. wäre es auch angebracht, dass je nach

Beweislage die Auslandsbeherrschung verneint und die Nichtbewilligungspflicht festgestellt wird. Das Unternehmen, das von einer Bewilligungsbehörde eine solche Feststellungsverfügung auf Nichtbewilligungspflicht erhält, darf in der Regel darauf vertrauen, dass andere örtlich zuständige Bewilligungsbehörden in der Schweiz sich daran halten und nicht nochmals ein neues Verfahren einleiten. Meines Erachtens müsste dann aber die von der ersten Bewilligungsbehörde ausgestellte Verfügung auf Feststellung der Nichtbewilligungspflicht mit der Auflage verbunden sein, bei wesentlichen Veränderungen im Aktionariat erneut bei der Bewilligungsbehörde ein entsprechendes Gesuch um Erlass einer Nichtunterstellungsverfügung zu stellen.

VI. FAZIT

Die Untersuchung bzw. Studie von Ernst & Young hat ergeben, dass bei diversen Unternehmen, deren Anteile an einer Börse in der Schweiz kotiert sind, und erst recht bei denjenigen, die zu den grössten Unternehmen der Schweiz mit den meist gehandelten Aktien gehören, ein erheblicher Anteil vermutlich ausländisch beherrscht sein dürfte. Möglich ist, dass sich einige oder alle diese Unternehmen bereits abgesichert haben und entsprechende Feststellungsverfügungen auf Nichtbewilligungspflicht eingeholt haben – aber sicher ist dies bei weitem nicht. Möglich könnte es auch sein, dass angesichts der Bedeutung dieser Unternehmen, angesichts des Umstandes, dass sie doch zumindest in der Schweiz ihren Sitz haben und in der Schweiz auch wesentlich tätig sind, angesichts der Tatsache, dass vielleicht mindestens einige oder sogar mehrere der bedeutendsten Funktionen im Rahmen dieser Unternehmen von Schweizern ausgeübt werden, manchmal von den Behörden ein Auge zu viel zugedrückt wird. Ob – immer für den Fall, dass dies teilweise zutreffen würde – dies die richtige Strategie wäre, bezweifle ich. Es können sich für diese Unternehmen zu einem späteren Zeitpunkt unangenehme rechtliche Auseinandersetzungen ergeben, die mit ausserordentlich unangenehmen Folgen verbunden wären. Deshalb gibt es meines Erachtens nur einen einzigen Rat: Es muss intern im Unternehmen abgeklärt werden, ob allenfalls die Gefahr einer Auslandsbeherrschung vorliegt. Wenn Unsicherheiten bestehen, müssen diese geklärt werden – zum Beispiel dadurch, dass das zuordenbare Aktionariat in dem Sinn bereinigt wird, dass ganz klar keine Vermutung der Auslandsbeherrschung vorliegt. Auf rechtlicher Ebene ist zu raten, dass Unternehmen im Zweifelsfall eine Bewilligungsbehörde gemäss Lex Koller kontaktieren mit dem Antrag, es sei eine Feststellungsverfügung zu erlassen, dass das Unternehmen nicht ausländisch beherrscht ist.

16. Juni 2020 / Hanspeter Geissmann

Der Autor ist Verfasser bzw.

Mitverfasser verschiedener Kommentare zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (Lex Friedrich/Lex Koller) sowie diverser Publikationen in Zeitschriften und Zeitungen. Er beschäftigt sich intensiv seit mehr als 30 Jahren mit Fragen im Zusammenhang mit dem Erwerb von Grundstücken durch Ausländer, und er berät und vertritt Ausländer wie auch Schweizer und daselbst vor allem auch Investoren und institutionelle Anleger.

VERKAUF VON AXPO – EIN FALL FÜR DIE LEX KOLLER?



Dr. iur. Hanspeter Geissmann, Rechtsanwalt



Dr. iur. Hanspeter Geissmann, Rechtsanwalt

I. AUSGANGSLAGE

Aktuell wird in der Presse über eine mögliche neue Axpo-Strategie berichtet. Der über 100 Jahre alte Gründungsvertrag soll per Anfang 2021 durch einen neuen Aktionärbindungsvertrag und eine neue Eignerstrategie ersetzt werden, welche den Eigentümern (Kantone und kantonale Werke) als Aktionären mehr Freiheit bringen würde. Zudem sollen auch die Statuten abgeändert werden. Gemäss heute geltendem Gründungsvertrag dürfen die Beteiligten ihre Anteile nicht an Dritte verkaufen. Es besteht offenbar der weit verbreitete Wunsch verschiedener Aktionäre, dass längerfristig die Möglichkeit geschaffen wird, ihre Anteile verkaufen zu können. Dies soll im neuen Vertragswerk, jedoch teils mit längeren Übergangsfristen, verwirklicht werden. Offenbar ist vorgesehen, dass während einer Frist von 5 Jahren für die Aktionäre noch ein Veräusserungsverbot der Aktien gilt, und dass nach Ablauf dieser Frist noch mindestens 51 % der Aktien in den Händen der bisherigen Aktionäre verbleiben müssen. Offenbar ist diese vorgesehene Regelung aber nur für eine Laufzeit von 8 Jahren angelegt und würde nach Ablauf dieser 8 Jahre dahinfallen (ausser es würde eine neue Regelung vereinbart). Somit könnte die Möglichkeit bestehen, dass die Aktien nach Ablauf von 8 Jahren frei an Dritte veräussert werden könnten - entsprechende Dritte könnten durchaus auch Ausländer sein.

In verschiedenen Kantonen gibt es dazu Opposition, wobei die beiden Parteien SVP und SP an vorderster Front tätig sind. Diese richtet sich vor allem gegen eine freie Verkäuflichkeit von Anteilen an Axpo - vor allem deshalb, weil damit auch die Möglichkeit (oder die Gefahr?) verbunden ist, dass eher unbeliebte ausländische Käufer Axpo übernehmen könnten. Was ist von diesen Befürchtungen zu halten?

II. HINTERGRUND

Es stellt sich tatsächlich die Frage, ob es richtig bzw. sinnvoll oder im Gegenteil sogar gefährlich ist, wenn zentrale Infrastrukturen unseres Landes wie z.B. Stromerzeugungsanlagen, Stromverteilungsnetze, Infrastrukturen bezüglich Wasser wie etwa Quellen, Wasserverteilungsnetze etc. an ausländische Eigentümer übergehen können. Damit ist der Kreis der «heiklen» bzw. für unser Land zentralen Infrastrukturanlagen nicht abschliessend definiert. Der Gedanke, dass die schweizerische Wasserversorgung, die schweizerische Stromversorgung etc. in ausländischen Händen sein könnten, macht Unbehagen bzw. löst sogar in gewissen (allenfalls grossen?) Kreisen so etwas wie Angst aus, die nicht einfach negiert werden kann, sondern bei den weiteren Entscheidungen in diesem Zusammenhang mitberücksichtigt werden muss. Das Gegenargument, das man etwa hört, geht in etwa in die Richtung, dass auch ein ausländischer Eigentümer bzw. ein ausländischer Investor sich nach den gängigen ökonomischen Regeln verhalten würde und es ihm deshalb sicher nicht in den Sinn käme, sein Eigentum (bzw. die entsprechende Infrastruktur) nicht möglichst gut und nachhaltig zu unterhalten oder entsprechende Infrastrukturen sogar gegen unser Land einzusetzen. Wir leben heute in einem relativen Frieden - ob dieser Friede so sicher ist, bleibe einstweilen dahingestellt. Die Vorstellung allerdings, dass sich in einer unfriedlichen Zeit die schweizerischen Behörden mit ausländischen Eigentümern zentraler schweizerischer Infrastrukturwerke auseinandersetzen müssten, die einem Land angehören, das im Moment mit der Schweiz nicht im friedlichsten Einvernehmen steht, trägt nicht gerade zur Beruhigung bei - im Gegenteil. Solche zentralen Infrastrukturen könnten auch als Druck- bzw. Erpressungsmittel eingesetzt werden, und diese Aussicht ist nicht sehr erfreulich.

III. ANWENDUNGSFALL DER LEX KOLLER

Was hat dies alles mit der Lex Koller zu tun? – Vielleicht gar nicht so wenig. Tatsache ist, dass gemäss heutiger Fassung der Lex Koller der Verkauf solcher Infrastrukturen an ausländische Eigentümer ohne weiteres und bewilligungsfrei zulässig ist. Dass diese ausländischen Käufer auch Staaten sein können, ist selbstverständlich. Solche Anlagen fallen unter den Begriff der Betriebsstätte, und der Erwerb von Betriebsstätten ist gemäss Artikel 2 Abs. 2 lit.a BewG für jedermann, also auch für jeden Ausländer, bewilligungsfrei zulässig. Vor gut zwei Jahren gab es ernstgemeinte Bestrebungen, die Lex Koller massgeblich zu revidieren (verschärfen). Ein Vorentwurf des Bundesrates wurde in die Vernehmlassung gegeben, blieb dann allerdings in der Schublade liegen und wurde nicht weiterbearbeitet. Auch in diesem Vorentwurf sowie in den Erläuterungen dazu fanden sich diverse Aussagen, dass auch der freie Erwerb von Betriebsstätten eingeschränkt werden könnte. Auch bei anderer Gelegenheit in den letzten Jahren fanden sich Stimmen in der Politik, dass der bewilligungsfreie Verkauf von Betriebsstätten-Grundstücken an Ausländer aufgehoben werden solle und stärker reglementiert werden müsse. Erinnert sei auch an die parlamentarische Initiative von Nationalrätin Jacqueline Badran aus dem Jahr 2016, welche zum Inhalt hat, dass der Erwerb strategischer Infrastrukturen der Energiewirtschaft (namentlich die Wasserkraftwerke, die Stromnetze und die Gasnetze) der Lex Koller unterstellt werden sollen. Diese Initiative hat bereits in einigen Kommissionen eine sehr grosse Zustimmung erfahren. Und immer bei diesen Bestrebungen fand sich auch das Argument, dass die Gefahr bestehe, dass gerade für die Versorgung unseres Landes zentrale Infrastrukturanlagen in dem Sinne gesichert werden müssen, dass sie nicht in ausländische Hand übergehen können.

IV. FAZIT

Von daher liegt es auf der Hand, dass eine Lockerung des «Axpo-Statuts» dahingehend, dass entsprechende Anteile frei an Ausländer verkauft werden könnten, mit absoluter Garantie zur Forderung führen würde, dass man dann eben die Lex Koller verschärfen müsse.

Ich meine, dass es durchaus legitim ist, sich die Frage zu stellen, ob es in unserem Land derart zentrale Infrastrukturanlagen gibt, bei denen dafür gesorgt sein müsste, dass sie nicht in ausländische Hand übergehen können. Wenn das Ergebnis dieser Diskussion ist, dass entsprechende Infrastrukturanlagen nicht in ausländische Hand kommen sollen, dann ist die Lex Koller allerdings das falsche Mittel, um dies umzusetzen. Die Beschränkung des Erwerbs von Grundstücken durch Personen im Ausland hat den Zweck, die Überfremdung des einheimischen Bodens zu verhindern (vergleiche Art. 1 BewG). Bei der vorliegend thematisierten Frage geht es um andere Zwecke, die etwa so umschrieben werden könnten, dass für unser Land zentrale Infrastrukturanlagen nicht in ausländische Hand fallen sollen, weil damit eine Gefahr für die Sicherheit unseres Landes und deren Bevölkerung verbunden sein könnte, weil entsprechende Anlagen zur politischen Einflussnahme oder gar als Erpressungsmittel eingesetzt werden könnten, was die Souveränität unseres Staates beeinträchtigen könnte. Dies hat mit Überfremdung des einheimischen Bodens nichts zu tun. Aus diesem Grund wäre die Lex Koller genau das falsche Mittel, um hier einzugreifen – im Gegenteil müsste die Politik darauf auf anderem (allenfalls gesetzlichem?) Weg eine Antwort finden, welche spezifisch auf diese Problematik reagieren würden. Es müsste ganz klar und eindeutig definiert werden, welche Infrastrukturen davon betroffen wären, und wie ein entsprechender Schutz auszusehen hätte.

29. Oktober 2019 / Hanspeter Geissmann

LEX KOLLER UND ZIVILRECHT (TEIL I)



Dr. iur. Hanspeter Geissmann, Rechtsanwalt



I. AUSGANGSLAGE

Das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG, «Lex Koller») stellt grundsätzlich bezüglich der Frage, welche Erwerbsgeschäfte unter die Bewilligungspflicht des BewG fallen, öffentliches Verwaltungsrecht dar. Es enthält aber auch einige strafrechtliche Artikel sowie insbesondere auch, was vorliegend interessiert, zwei Artikel zum Zivilrecht. In Art. 26 BewG wird vorab festgehalten, dass Rechtsgeschäfte über einen der Bewilligungspflicht unterliegenden Erwerb ohne entsprechende rechtskräftige Bewilligung unwirksam bleiben und unter gewissen einzeln aufgezählten Umständen nichtig werden. Zudem wird festgehalten, dass Unwirksamkeit und Nichtigkeit von Amtes wegen zu beachten sind. In Art. 26 Abs. 4 lit. a und b BewG wird zudem festgehalten, dass die Folgen von Unwirksamkeit und Nichtigkeit diejenigen sind, dass versprochene Leistungen nicht gefordert werden dürfen, und dass erbrachte Leistungen innerhalb einer bestimmten und hier festgelegten Frist zurückgefordert werden können. Mit anderen Worten wird im Einzelnen festgelegt, welches die Konsequenzen für die Parteien sind, die an einem solchen unwirksamen bzw. nichtigen Rechtsgeschäft beteiligt sind. In Art. 26 Abs. 4 lit. c BewG wird dann noch auf die Behördenklage zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes hingewiesen; in Art. 27 BewG wird im Einzelnen das behördliche Verfahren zwecks Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes bzw. der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes geregelt.

Im Folgenden interessieren die zivilrechtlichen Bestimmungen, welche sich an die Parteien wenden, welche an einem unwirksamen bzw. nichtigen Rechtsgeschäft beteiligt sind.

II. GRUNDSATZ

Bewilligungspflichtige Erwerbsgeschäfte, bei welchen (noch) keine Bewilligung vorliegt, sind unwirksam und geben keinen Anspruch auf irgendwelche Forderungen, seien dies Forderungen auf Übertragung von Grundstücken oder Beteiligungen, Einräumung von beschränkten dinglichen Rechten, Geldzahlungen etc. Dies stellt vorab keine riesigen Probleme dar. Bewilligungspflichtige Geschäfte, die bereits vollzogen wurden, ohne dass um eine Bewilligung nachgesucht wurde oder bevor die Bewilligung in Rechtskraft tritt, werden ebenfalls nichtig. Zudem tritt die Nichtigkeit ein, wenn die Bewilligungsbehörde eine Bewilligung rechtskräftig verweigert oder widerrufen hat, wenn der Grundbuchverwalter oder der Handelsregisterführer die Anmeldung abweist (dies in dem Fall, dass die Bewilligungsbehörde nicht bereits vorher die Bewilligung verweigert hat) oder wenn die Steuerbehörde den Zuschlag aufhebt (wiederum in denjenigen Fällen, bei denen nicht vorher schon eine Bewilligungsbehörde die Bewilligung verweigert hat). Solche Geschäfte werden nichtig und haben zur Folge, dass innert bestimmten Fristen (relative Frist von einem Jahr seit Kenntnis des Rückforderungsanspruchs, relative Frist von einem Jahr seit Abschluss eines Strafverfahrens, absolute Frist von 10 Jahren seit Erbringung der Leistung) diese Leistungen zurückgefordert werden können. Es geht bei dieser Bestimmung um Leistungen, die mit der Kondiktionsklage bzw. einer Klage obligatorischer Art auf Rückforderung von Leistungen, insbesondere von Geldzahlungen, eingefordert werden müssen. Grundsätzlich kommen hier die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zur Anwendung, wobei klar ist, dass für diese Kondiktionsforderungen die in Art. 26 Abs. 4 lit. b BewG genannten Fristen *lex specialis* sind und dem allgemeinen Zivilrecht bzw. den Bestimmungen im OR über die ungerechtfertigte Bereicherung vorgehen (BGE 110 II 335 E. 2b / Pra74 (1985) Nr. 6).

Auf der «anderen Parteiseite», also auf der Seite dessen, der als Partei ein Grundstück übertragen hat, ein beschränktes

dingliches Recht eingeräumt hat, eine Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft übertragen hat oder dergleichen, stehen andere Ansprüche zur Diskussion, die der Rückabwicklung des eben nichtigen Rechtsgeschäftes dienen. Es geht z. B. um die Rückübertragung eines Grundstücks, die Rückübertragung einer Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft, die Beseitigung bzw. Löschung eines beschränkten dinglichen Rechts (z. B. Baurecht, Wohnrecht, Nutznießung etc.). Hier stellt sich immer die Frage, ob solche Ansprüche bzw. Klagen im Zusammenhang mit der Rückabwicklung von nichtigen Geschäften zeitlichen Fristen unterliegen bzw. zeitlich beschränkt sind oder nicht; insbesondere ist auch die Frage aufgetaucht, ob für solche Klagen ebenfalls die in Art. 26 Abs. 4 lit. b BewG genannten Fristen als *lex specialis* gelten. Die Antwort ist klar: Nein. Lehre und Rechtsprechung wiederholen geradezu wie ein Mantra, dass die «Vindikationsklage» auch hier selbstverständlich jederzeit und insbesondere zeitlich unbefristet erhoben werden kann, und dass entsprechende Ansprüche aus eingetretener Nichtigkeit sogar von Amtes wegen zu beachten sind. Etwas präziser ausgedrückt heisst dies, dass z. B. bei einem nichtigen Grundstückserwerb die Grundbuchberichtigungsklage ohne Fristbegrenzung zur Verfügung steht, dass dies für die Vindikationsklage (denkbar etwa bei in Wertpapieren verbrieften Beteiligungen an Immobiliengesellschaften, in Wertpapieren verbrieften Pfandrechten etc.) genau gleich gilt. Ebenfalls dürfte die Grundbuchberichtigungsklage zur Verfügung stehen bei nichtigen beschränkten dinglichen Rechten (die im Grundbuch ebenfalls eingetragen wurden). Etwas komplizierter wird es dann bei anderen Rechten, die nicht so ganz eindeutig oder überhaupt nicht als dingliche Rechte bezeichnet werden können, sondern wobei es sich um Rechte handelt, die als «eigentümerähnliche» Rechte im Zusammenhang mit dem BewG bezeichnet werden, wo also einer Person ein eigentümerähnliches Recht übertragen wird, das zwar wirtschaftlich relativ klar definiert werden kann, juristisch aber relativ schwierig zu umschreiben ist. Unter diese Kategorie dürften Rechte fallen, bei denen es genügen dürfte, dass deren Nichtigkeit festgestellt wird (etwa bei sehr langfristiger Miete oder Pacht eines Grundstücks mit speziellen Abreden, bei der Begründung von Bauverboten und ähnlichen Eigentumsbeschränkungen, die z. B. nur obligatorische Wirkung haben, welche ein Nachbargrundstück betreffen). Dies dürfte auch gelten bei der Begründung von Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechten, die bloss obligatorisch eingeräumt werden bzw. – man denke an solche Rechte an Anteilen einer Immobiliengesellschaft – gar nirgends eingetragen werden können: Dort dürfte es ebenfalls genügen, dass festgestellt wird, dass die entsprechende Rechtseinräumung nichtig ist. Zurückzuübertragen oder zu beseitigen gibt es dann auf Seiten dieser Rechte nicht viel.

III. PROBLEMATIK

In diesem Zusammenhang wird relativ schnell offensichtlich, wo das Problem liegt: Nämlich dort, wo auf der einen Seite nicht verjährbare Ansprüche auf Rückabwicklung (wie zum Beispiel bei der Grundbuchberichtigungsklage, bei einer Vindikationsklage, aber wohl auch bei einer Feststellungsklage auf Nichtbestehen eines Rechts) bestehen, auf der andern Seite derjenige, der dann sein «Recht verliert» (weil es eben nichtig ist), dafür viel Geld bezahlt hat und nun grundsätzlich das Bezahlte, weil die andere Partei ungerechtfertigt bereichert ist, zurückfordern möchte, aber sich mit der Situation konfrontiert sieht, dass ihm Art. 26 Abs. 4 lit. b BewG sagt, dass sein Anspruch verjährt ist. Es stellt sich die Frage, ob diejenige Partei, gegen die eine fristlich unbeschränkte Klage (Vindikationsklage, Grundbuchberichtigungsklage etc.) eingereicht wird, währenddem ihre eigene Gegenforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung bereits verjährt ist, schutzlos dasteht oder nicht bzw. was diese Partei dagegen tun kann.

IV. NEUER ENTSCHEID DES BUNDESGERICHTS

Am 24. September 2018, Entscheid Nr. 4A_235/2018, hat das Bundesgericht einige hier zur Diskussion gestellte Fragen aufgegriffen, zum Teil entschieden, zum grossen Teil aber leider offengelassen. Aus diesem Grund muss nach wie vor davon ausgegangen werden, dass diverse sich hier stellende Fragen nach wie vor höchstrichterlich nicht entschieden sind. Das Bundesgericht hatte einen Fall zu beurteilen, bei welchem zwei Parteien über ein bewilligungspflichtiges Grundstück in der Schweiz einen nicht öffentlich beurkundeten Kaufvertrag abgeschlossen hatten, der gegen das BewG verstossen hätte, von Anfang an aber formnichtig war. Der bewilligungspflichtige Ausländer hatte in diesem Zusammenhang einen Betrag von CHF 220'000.00 offenbar in bar dem «Verkäufer» übergeben. Anstelle des beabsichtigten aber nicht formrichtig beurkundeten (und ohnehin gegen das BewG verstossenden) Kaufvertrages schlossen die Parteien einen Mietvertrag, der aber als simuliert zu betrachten war, und nach welchem in der Folge während der meisten Zeit auch nicht gelebt wurde. Zudem gab es weitere klare Indizien dafür, dass die der Bewilligungspflicht unterliegende Person sich wie ein Eigentümer dieser Wohnung verhielt, und nicht etwa wie ein Mieter.

Grundbuchlich war nichts eingetragen worden, entsprechend war grundbuchlich auch nichts zu berichtigen. Es war bloss festzustellen, dass der Kaufvertrag nichtig war, und es blieb die Feststellung, dass der Mietvertrag simuliert und entsprechend ebenfalls nichtig war. Und trotzdem sass der Ausländer noch in der Wohnung und wollte nicht raus bzw. wollte Eigentum beanspruchen. Der eingetragene Eigentümer kündigte dann den «Mietvertrag» – der Ausländer widersetzte sich der Kündigung und machte geltend, es sei tatsächlich ein Kaufvertrag gewollt worden und nicht ein Mietvertrag, weshalb die

Kündigung nichtig sei. Zudem weigerte er sich, den vom bisherigen Eigentümer gemäss simuliertem Vertrag eingeforderten Mietzins zu bezahlen.

Als der Fall ans Bundesgericht kam, war vom Sachverhalt her klar, dass kein formrichtig beurkundeter Kaufvertrag vorlag. Klar war auch, dass kein Mietvertrag gewollt war, sondern dass beide Parteien eigentlich den Erwerb des Grundstückes beabsichtigt hatten. Dieser Grundstückserwerb war nichtig, er hätte auch gegen das BewG verstossen, war aber auch formnichtig. Nachdem auch klar war, dass der Mietvertrag nicht gewollt war, hatte die «Kündigung» zumindest die Folge, dass mit Ablauf der Kündigungsfrist der Ausländer kein Recht mehr hatte, sich in der Wohnung aufzuhalten oder sonstwie irgendwelche Ansprüche bezüglich dieser Wohnung zu erheben. Entsprechend führte das Bundesgericht aus: «Ist der Beschwerdegegner nicht mehr berechtigt, die Wohnung zu besitzen, kann der Eigentümer gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB die Herausgabe des Eigentums verlangen.» – Dies ist eben die Vindikationsklage, die unverjährbar ist. Klar war auch, dass die Bereicherungsklage im Zusammenhang mit dem bezahlten «Kaufpreis» (es wurde offenbar immer nur eine Rückzahlung von CHF 200'000.00 in den Raum gestellt) gemäss Art. 26 Abs. 4 lit. b BewG absolut verjährt war. Unbestritten war sodann für das Bundesgericht, «dass der Verknüpfung der gegenseitigen Leistungen beim zweiseitigen Rechtsgeschäft auch im Falle der Rückabwicklung zufolge Unverbindlichkeit Rechnung zu tragen ist, mit anderen Worten gilt die Rückerstattung der empfangenen Leistungen «Zug um Zug» im Sinne von Art. 82 OR». Klar war und ist auch gemäss diesem Entscheid grundsätzlich, dass einer Vindikationsklage (im weiteren Sinn) die Gegenforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung entgegengehalten werden kann, und dass die Rückerstattung der empfangenen Leistungen «Zug um Zug» im Sinne von Art. 82 OR zu erfolgen hat. Noch offen war für das Bundesgericht in diesem Entscheid – und dies war auch in einem früheren Entscheid (BGE 111 II 195 E. 4d) nicht entschieden worden –, ob in einem solchen Fall und unter Anwendung von Art. 82 OR auch bereits verjährte Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung einredeweise geltend gemacht werden können. Diese Frage stellte sich nun dem Bundesgericht. Leider liess es die Frage erneut offen, da es feststellen musste, dass die entsprechende Einrede des Entreicherten, dass nämlich eine Verpflichtung zur Leistung nur «Zug um Zug» bestand, prozessual rechtzeitig und formrichtig gegenüber dem Herausgabeanspruch der Gegenpartei hätte erhoben werden müssen, was nicht getan wurde. Entsprechend konnte vom Bundesgericht diese Frage gar nicht geprüft werden bzw. konnte einer (eben nicht existierenden) Einrede gar nicht Folge gegeben werden. Entsprechend wurde die Vindikationsklage gutgeheissen, und zwar ohne dass «Zug um Zug» die Bereicherung zurückgegeben werden musste. Und weil eben dieser prozessual notwendige Antrag fehlte, konnte und musste das Bundesgericht (leider) auch die Frage offenlassen, ob auch eine verjährte Forderung gestützt auf ungerechtfertigte Bereicherung in diesem Zusammenhang einredeweise geltend gemacht werden kann oder nicht. Entsprechend wurde das vorinstanzliche Urteil, welches noch die verjährte Forderung berücksichtigt hatte (aus den genannten prozessualen Gründen zu Unrecht gemäss Ansicht des Bundesgerichts) korrigiert, und die Verpflichtung zur Rückgabe der Wohnung konnte nicht von einer Rückzahlung des Betrages von CHF 200'000.00 abhängig gemacht werden.

Es ist schwierig, diesen Entscheid richtig einzuordnen und es ist schade, ist diese Frage auch dieses Mal nicht entschieden worden. Somit ist nur zu hoffen, dass irgendeinmal diese Frage entschieden wird. Es ist eigentlich nicht einzusehen, warum Art. 67 Abs. 2 OR gerade in solchen hier vorliegenden Fällen keine Anwendung finden sollte und warum auch verjährte Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung in solchen Fällen nicht einredeweise geltend gemacht werden könnten. Nicht verschwiegen werden soll, dass das Bundesgericht in diesem genannten Entscheid am Schluss, aus welchen Gründen auch immer, noch festhielt, dass das Ergebnis dieses Prozesses nicht stossend sei, indem der Ausländer immerhin während rund 20 Jahren eine Wohnung als Quasi-Eigentümer genutzt und weitervermietet habe, und dass das Ergebnis, dass er dafür den Betrag von CHF 200'000.00 (mehr oder weniger dem bezahlten «Kaufpreis» entsprechend) nicht zurückerhalte, nicht stossend sei.

22. Mai 2019 / Dr. H.P. Geissmann (unter Mitarbeit von MLaw Andrea Meier)

Der Autor ist Verfasser bzw. Mitverfasser verschiedener Kommentare zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (Lex Friedrich/Lex Koller) sowie diverser Publikationen in Zeitschriften und Zeitungen. Er beschäftigt sich intensiv seit mehr als 30 Jahren mit Fragen im Zusammenhang mit dem Erwerb von Grundstücken durch Ausländer, und er berät und vertritt Ausländer wie auch Schweizer und daselbst vor allem auch Investoren und institutionelle Anleger.

LEX KOLLER – EINIGE KETZERISCHE GEDANKEN ZUM THEMA «AUFLAGEN»



Dr. iur. Hanspeter Geissmann, Rechtsanwalt



I. RECHTLICHE AUSGANGSLAGE

Das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG, «Lex Koller») stammt vom 16. Dezember 1983. Die heutige Fassung ist (mit einigen Ausnahmen) Ergebnis einer umfassenden Revision aus dem Jahr 1997. Mit dieser Revision sind diverse Grundstückerwerbsgeschäfte, die bis dahin noch unter die Bewilligungspflicht fielen (wobei allerdings eine Bewilligung unter gewissen Umständen möglich war) aus der Bewilligungspflicht herausgefallen, mit anderen Worten wurde ein Erwerb für Ausländer bewilligungsfrei möglich. Im Vordergrund stand dabei einmal der Erwerb von Betriebstätten, der mit dieser Revision für Ausländer frei wurde bzw. für deren Erwerb keine Bewilligungspflicht mehr bestand (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG). Der zweite grosse Bereich, welcher mit dieser Revision aus der Bewilligungspflicht herausfiel, war eine Kategorie von Wohngrundstücken. Fortan war der Erwerb eines Grundstücks als Hauptwohnung für eine natürliche Person am Ort ihres rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitzes bewilligungsfrei möglich (Art. 2 Abs. 2 lit. b BewG). Vor der Revision waren Grundstückerwerbsgeschäfte im Zusammenhang mit Betriebsstätten und auch mit Hauptwohnungen für Ausländer zwar nicht unmöglich, unterstanden aber der Bewilligungspflicht und bedurften einer Bewilligung, welche in einem speziell geregelten Bewilligungsverfahren erteilt werden konnte (immer vorausgesetzt, es konnte einer der im BewG geregelten Bewilligungsgründe geltend gemacht werden).

II. PROBLEMATIK

Im BewG in der Fassung von 1983 befand sich Art. 14 BewG, welcher festhielt, dass eine Bewilligung unter Bedingungen und Auflagen erteilt werde, die sicherstellen, dass das Grundstück zu dem vom Erwerber geltend gemachten Zweck verwendet werde. Dem Bundesrat wurde die Kompetenz bzw. die Verpflichtung erteilt, im Rahmen solcher Bewilligungen die zu erlassenden Mindestauflagen festzulegen, was dieser in Art. 11 BewV auch getan hat. Mit diesen im Zusammenhang mit einer erteilten Bewilligung zu erlassenden Auflagen sollte sichergestellt werden, dass das Grundstück immer zu dem Zweck gebraucht würde, welcher Grund für die Bewilligungserteilung war. Und es wurden auch Regelungen erlassen, wie die Einhaltung der Auflagen gesichert werden sollte bzw. wurden die Konsequenzen einer Nichteinhaltung festgelegt. Details interessieren in diesem Zusammenhang nicht.

Im Rahmen der Revision der Lex Koller im Jahr 1997, wobei wie erwähnt insbesondere der Erwerb von Betriebsstätten und derjenige von Hauptwohnungen aus der Bewilligungspflicht herausfielen, wurde der Regelung der Auflagen wohl zu wenig

Augenmerk geschenkt. Es ist darauf hinzuweisen, dass Art. 14 BewG auch noch in der heutigen Fassung nur die Regelung enthält, dass «Bewilligungen» an Auflagen zu knüpfen sind (die in der Regel zudem im Grundbuch anzumerken sind). Es wurde im Rahmen dieser Revision der Lex Koller aber unterlassen, eine spezielle Regelung zu erlassen zur Frage, ob auch Auflagen im Zusammenhang mit dem bewilligungsfreien Erwerb z. B. von Betriebsstätten oder z. B. einer Hauptwohnung erlassen werden konnten. Mit anderen Worten steht in der Lex Koller bis heute nirgends der Satz, dass im Zusammenhang mit dem bewilligungsfreien Erwerb einer Betriebsstätte oder einer Hauptwohnung eine Auflage verknüpft werden könne, die sicherstellt, dass das Grundstück dauernd als Betriebsstätte bzw. als Hauptwohnung des Erwerbers genutzt wird, mit anderen Worten das Grundstück dauernd die Funktion haben muss, welche verantwortlich dafür war, dass der seinerzeitige Erwerb des Grundstücks bewilligungsfrei möglich war. Daraus könnte grundsätzlich gefolgert werden, dass darin ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zu sehen sei, indem er eben Auflagen wirklich nur im Zusammenhang mit der Erteilung von Bewilligungen sehen wollte und als zulässig erachtete, aber nicht im Zusammenhang mit einem bewilligungsfreien Erwerb.

III. EIN WICHTIGER BUNDESGERICHTSENTSCHEID

Das Bundesgericht hat in einem Urteil aus dem Jahr 2003 allfälligen Spekulationen bezüglich Betriebsstätten ein Ende gesetzt. Obwohl das Urteil in der amtlichen Sammlung publiziert wurde (französisch in BGE 129 II 361 ff.; deutsch in Praxis 93/2004, Nr. 112), hat es meines Erachtens kaum grosse Aufmerksamkeit erregt, obwohl es eine solche wohl verdient hätte, und obwohl dieses Urteil sogar weitergehende und bis heute noch nicht klar übersehbare Folgen haben könnte. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid klar festgehalten, dass entsprechende Auflagen nicht nur im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens, sondern auch dann erlassen werden können, wenn ein Erwerb bewilligungsfrei möglich ist und z. B. von den Behörden eine sogenannte «Nichtunterstellungsverfügung» ergeht. Es ist aber weit darüber hinausgegangen und hat gesagt, dass eine solche Auflage nicht einmal ausdrücklich erlassen werden müsse, sondern quasi dem Grundgeschäft immanent sei, indem der Wille des Gesetzesgebers derjenige sei, dass das Grundstück dauernd diejenige Funktion haben muss, die Grund dafür war, dass das Grundstück bewilligungsfrei erworben werden konnte. In diesem konkreten Fall, wo es um den Erwerb einer Betriebsstätte ging, hat das Bundesgericht klar gesagt, dass dieses Grundstück dauernd als Betriebsstätte dienen müsse. Ausdrücklich sagt das Bundesgericht in der deutschen Übersetzung des Urteils in Praxis 93/2004, S. 632: «Somit ist bei einer Nichtunterstellung eines Grundstückserwerbs unter die Bewilligungspflicht wegen der wirtschaftlichen Nutzung desselben (ständige Betriebsstätte) davon auszugehen, diese Ausnahme setze definitionsgemäss die Dauerhaftigkeit der fraglichen Nutzung voraus. Trifft dies nicht zu, könnte das allgemeine Ziel des Gesetzes, nämlich die Verhinderung der Überfremdung schweizerischen Bodens (Art. 1 BewG) leicht umgangen werden, da es genügt, dass ein Grundstück während einer gewissen – auch nur kurzen – Zeit als ständige Betriebsstätte dient, um dann endgültig jeglicher zwingenden Vorschrift entzogen und gegebenenfalls als Ferienwohnung verkauft werden zu können.»

IV. ANWENDUNG DIESER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTS AUCH AUF GRUNDSTÜCKERWERBSGESCHÄFTE, DIE NICHT VON «LEX KOLLER - BEHÖRDEN» BEURTEILT WERDEN?

Das Bundesgericht hat im genannten Entscheid mehrere Male darauf hingewiesen und sogar betont, dass (gemäss Rechtsprechung) der Erwerber «auch bei Fehlen einer ausdrücklichen Auflage das Grundstück in Übereinstimmung mit dem im ursprünglichen Gesuch angegebenen Zweck nutzen» müsse (Pra 93, S. 629); es hat weiter ausgeführt, dass davon auszugehen sei, dass die Nichtunterstellung eines Grundstückserwerbs unter die Bewilligungspflicht definitionsgemäss «die Dauerhaftigkeit der fraglichen Nutzung» voraussetze (Pra 93, S. 632); und es hat weiter betont, «dass der Erwerber fortdauernd gehalten ist, das Grundstück entsprechend dem in seinem Bewilligungsgesuch angegebenen Zweck zu nutzen» (Pra 93, S. 632). Mit anderen Worten geht das Bundesgericht gemäss jenem Urteil m. E. davon aus, dass der einmal in irgendeiner Form geltend gemachte Grund, welcher eine Bewilligung für den Grundstückserwerb rechtfertigt oder zu einer Nichtunterstellung unter die Bewilligungspflicht führt, dauernd vorhanden sein muss und quasi mit diesem Grundstück verhaftet bleibt, und dass eben dauernd diese ursprünglich geltend gemachte Nutzung des Grundstücks bestehen bleiben muss. Diese «Auflage» bleibt mit dem Grundstück verhaftet – anders kann man es wohl kaum ausdrücken. Das Bundesgericht führt dabei auch an, dass anders der Zweckartikel des BewG, der in der Verhinderung der Überfremdung des einheimischen Bodens liegt, sonst leicht umgangen und damit Art. 1 des BewG unterlaufen werden könnte.

Dies könnte nun – oder müsste allenfalls sogar – zur Schlussfolgerung führen, dass jeder bewilligungsfreie Erwerb, gelange er nun zu einer «Lex Koller-Behörde» oder nicht, unter diesem Vorbehalt steht bzw. jedes Erwerbsgeschäft quasi mit der immanenten und dauernden Auflage der ursprünglichen und geltend gemachten Nutzung verbunden wäre. Dies könnte (oder müsste sogar) dazu führen, dass solche Auflagen auch dort gelten, wo z. B. der Grundbuchverwalter einen Grundstückserwerb als bewilligungsfreien Erwerb im Grundbuch einträgt, ohne den Erwerber an die Bewilligungsbehörde zu

verweisen. Der Grundbuchverwalter hat unter gewissen Umständen (und sogar sehr verbreitet und immer dann, wenn sich keine weiteren Abklärungen aufdrängen) das Recht, den Erwerb eines nicht der Bewilligungspflicht unterliegenden Grundstücks durch einen Ausländer im Grundbuch einzutragen. Meines Erachtens sind die soeben gestellten Fragen hier genau gleich zu beantworten. Der Erwerber geht zum Grundbuchverwalter mit dem «Antrag,» dass er als Erwerber dieses Grundstücks (Betriebsstätte) als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen wird. Damit macht er geltend, dass er einen Grund habe, ein Grundstück bewilligungsfrei zu erwerben (eben als Betriebsstätte). Und damit macht er meines Erachtens ganz klar geltend, das Grundstück dauernd als Betriebsstätte zu nutzen – selbst wenn er dies in einem entsprechenden Eintragungsverfahren nicht ausdrücklich so sagen muss, so macht er diese Aussage mindestens implizit in dem Zusammenhang, indem er beantragt, dass er als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen wird. An diese Aussage ist er meines Erachtens gebunden. Der Grundbuchverwalter verfügt die Eintragung im Grundbuch gestützt auf die gesamten Umstände, welche der Erwerber darlegt (dass er eben das Grundstück, weil es eine Betriebsstätte ist, bewilligungsfrei erwerben darf). Und dieser Grund bleibt immanent vorhanden, und daran ist der Erwerber gebunden – dies ist vom Bundesgericht seither noch nie in dieser Form und in dieser Absolutheit festgehalten worden, ergibt sich meines Erachtens aber klar aus dem genannten Bundesgerichtsentscheid.

V. ANWENDUNG DIESER RECHTSAUSLEGUNG AUCH AUF WOHNUNGEN?

Wie steht es nun mit dem Erwerb einer Hauptwohnung? Gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b BewG kann ein Ausländer als natürliche Person ein Grundstück erwerben, das ihm als Hauptwohnung am Ort seines rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitzes dient. Was geschieht nun, wenn er dieses Grundstück nicht mehr als seine Hauptwohnung verwenden will? – Wenn er sie z. B. vermieten will, wenn er sie als Ferienwohnung oder als Zweitwohnsitz verwenden will etc.? – Die bis heute gängige Antwort darauf ist absolut klar und findet sich noch im erläuternden Bericht des Bundesrates vom März 2017 betreffend Änderung des BewG, wo auf S. 4 dieses Berichtes (Ziff. 1.2.1. «Hauptwohnungen») festgestellt wird, dass ein Ausländer, wenn er bewilligungsfrei ein solches Grundstück als Hauptwohnung erworben habe und dieses nicht mehr als Hauptwohnung verwenden wolle, nach geltendem Recht diese Wohnung ohne weiteres behalten (auch vermieten etc.) könne, dass ihn insbesondere keine Veräusserungspflicht treffe. Der unterzeichnende Autor dieses Artikels hat bis heute ebenfalls diese Meinung vertreten, ist sich darin allerdings bei näherer Betrachtung der Problematik nicht mehr ganz so sicher, ob diese Auffassung in einem behördlichen bzw. gerichtlichen Verfahren bestätigt würde. Mit den gleichen Argumenten, welche das Bundesgericht im Zusammenhang mit Betriebsstätten-Grundstücken anwendet, dass nämlich dieses Grundstück dauernd zu dem Zweck verwendet werden müsse, welcher der Grund für den bewilligungsfreien Erwerb war, dass es nämlich immer als Betriebsstätte genutzt werden müsse, kann man auch argumentieren, dass der Erwerb eines Grundstücks als Hauptwohnung (und zwar als Hauptwohnung des Erwerbers selbst) verlange, dass die erworbene Wohnung das bleiben müsse, was sie beim (bewilligungsfreien) seinerzeitigen Erwerb war, eben eine Hauptwohnung des Erwerbers an seinem rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitz. Wenn dies aber nicht mehr der Fall wäre, dann – so könnte man ebenfalls schlussfolgern – könnte sich die Frage stellen, ob der (ausländische) Eigentümer dieses Grundstücks, das ihm nicht mehr zu dem Zweck dient, zu welchem er es bewilligungsfrei erwerben durfte, überhaupt noch ein Recht hat, es zu behalten. Man könnte sich fragen, ob nicht auch in diesem Fall die immanente Auflage des seinerzeitigen Erwerbs weiterhin besteht, dass ihm dieses Grundstück weiterhin als seine Hauptwohnung dienen müsse (nicht etwa als Hauptwohnung irgendeines Mieters).

VI. WAS GESCHIEHT, WENN DIE «AUFLAGE» NICHT MEHR EINGEHALTEN WIRD?

Meines Erachtens ist in einem solchen Fall nach Art. 25 Abs. 1 BewG, vorzugehen. Es handelt sich m. E. auch dort, wo es sich um «immanente Auflagen» handelt bzw. um solche, die gar nicht verfügt werden, sondern einfach (wie oben dargestellt) als Rechtfertigungsgrund für den bewilligungsfreien Grundstückserwerb zur Verfügung stehen, ebenfalls um Auflagen im weiteren Sinn und um solche, welche unter Art. 14 bzw. 25 BewG fallen. Wenn diese «Auflage» nicht mehr eingehalten wird, wenn also das Grundstück nicht mehr als Betriebsstätte genutzt wird, dann kann (bzw. muss) dies meines Erachtens so ausgelegt werden, dass dann eine Auflage nicht mehr eingehalten wird. Dann hat die Bewilligungsbehörde die Möglichkeit bzw. die Pflicht, den Erwerber zu mahnen und dann, wenn trotz Mahnung diese Auflage nicht eingehalten wird, die Möglichkeit und wohl die Pflicht, nachträglich die Bewilligungspflicht festzustellen und eine Bewilligung zu verweigern (ausser es bestehe ein Bewilligungsgrund).

Der gleiche Mechanismus könnte meines Erachtens dann zur Anwendung kommen, wenn die Rechtsprechung des Bundesgerichts bezüglich Auflagen auch auf Hauptwohnungen angewendet würde. Wenn diese Wohnung dem Erwerber nicht mehr als Hauptwohnung am Ort seines rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitzes dienen würde, dann hätte die Bewilligungsbehörde wohl ebenfalls die Möglichkeit bzw. die Pflicht, den Erwerber zu mahnen und dann, wenn trotz Mahnung diese Auflage nicht eingehalten wird, ebenfalls die Möglichkeit und wohl sogar die Pflicht, nachträglich die Bewilligungspflicht festzustellen und eine Bewilligung zu verweigern (ausser es bestehe ein Bewilligungsgrund).

VII. SCHLUSSBEMERKUNG

Dem unterzeichnenden Autor dieses Artikels ist kein Entscheid, insbesondere nicht des Bundesgerichtes, bekannt, der diese offenen Fragen je geklärt hätte. Diese Gedanken widersprechen z. T. auch klar der herrschenden Lehre. Die hier geäußerten Gedanken, auch diejenigen zur Problematik der Hauptwohnungen, sind absolut nicht abwegig und fügen sich meines Erachtens ohne grosse Probleme in die vom Bundesgericht in jenem Entscheid entwickelte Rechtsprechung ein. Insbesondere darf auch nicht vergessen werden, dass das Bundesgericht in jenem Entscheid klar betont hat, dass der Zweckartikel der Lex Koller, nämlich die Verhinderung der Überfremdung des einheimischen Bodens, ernst zu nehmen ist. In diesem Sinne würde es nicht erstaunen, wenn dereinst – sofern die Lex Koller überhaupt bestehen bleibt – ein vielleicht doch etwas überraschendes Urteil des Bundesgerichtes zu dieser Frage fallen könnte.

18. April 2018 / Dr. H.P. Geissmann

DAS ZWEITWOHNUNGSGESETZ: DIE ÄNDERUNGEN DES STÄNDERATES



Dr. iur. Hanspeter Geissmann, Rechtsanwalt, und Sandra Berner, MLaw



I. AUSGANGSLAGE

Am 11. März 2012 hat sich der Souverän mit Annahme der Initiative „Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!“

für eine strenge Beschränkung des Zweitwohnungsbaus ausgesprochen. Der mit der Abstimmung in Kraft getretene Art. 75b BV sieht vor, dass der Anteil Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde 20 Prozent nicht überschreiten darf.

Am 19. Februar 2014 hat der Bundesrat die Botschaft zum Zweitwohnungsgesetz zuhanden des Parlaments verabschiedet. Die kleine Kammer hat als erster Rat am 25. September 2014 über den Gesetzesvorschlag des Bundesrates debattiert. Der Ständerat sieht verschiedene Änderungen vor. Nachfolgend werden insbesondere die Änderungen für die Vermietung von touristisch bewirtschafteten Wohnungen und für den Bau neuer Zweitwohnungen in erhaltenswerten Bauten thematisiert.

II. VERMIETUNG VON TOURISTISCH BEWIRTSCHAFTETEN WOHNUNGEN

Der Bundesrat sieht in Art. 7 des Gesetzesvorschlages vor, dass in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent die Erstellung neuer Wohnungen unter gewissen Voraussetzungen bewilligt werden darf. Abs. 2 lit. c dieser Bestimmung regelt die Vermietung von touristisch bewirtschafteten Wohnungen und setzt voraus, dass die Wohnung dauerhaft zur ausschliesslich kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu markt- und ortsüblichen Bedingungen und auf einer auf den internationalen Markt ausgerichteten, kommerziellen Vertriebsplattform angeboten wird.

In der Botschaft zum Zweitwohnungsgesetz hat der Bundesrat zur Vermietung von touristisch bewirtschafteten Wohnungen festgehalten, dass an den Standard, den Vertrieb und die Vermarktung solcher Wohnungen hohe Anforderungen gestellt werden müssen. Beispielsweise kann dies dadurch erfolgen, dass eine vertragliche Vereinbarung mit dem Betreiber einer kommerziell bewirtschafteten Vertriebsplattform verlangt wird, die Wohnung nicht individuell ausgestaltet ist und über eine Qualitätszertifizierung, zum Beispiel des Schweizer Tourismus-Verbandes, verfügt, sowie die zeitliche Eigennutzung während der Hauptsaison auf 3 Wochen beschränkt ist. Zudem muss die Plattform eine grosse Reichweite haben und damit ein grosses Nachfragepotenzial sicherstellen.

Der Ständerat hat diese Bestimmung mit 24 zu 13 Stimmen geändert und sie neu wie folgt formuliert: Eine touristisch bewirtschaftete Wohnung setzt voraus, dass sie „aufgrund ihrer Charakteristik tatsächlich vermietbar ist und auf einer kommerziellen Vertriebsplattform angeboten wird“. Die ständerätliche Fassung knüpft demnach an die „Charakteristik der Vermietbarkeit“ an. Was genau unter diesem Begriff zu verstehen ist, ist den ständerätlichen Materialien nicht zu entnehmen. Es wird nur festgehalten, dass auf die Kriterien des Bundesrates „individuelle Ausgestaltung der Wohnung“, „Qualitätszertifizierung“ und „zeitliche Beanspruchung“ verzichtet werden soll. Gemäss Bundesrat stellen diese Kriterien jedoch sicher, dass diese Wohnungen auch tatsächlich belegt und nicht neue „kalte Betten“ geschaffen werden.

Mit welchen Kriterien der Ständerat sicherstellen will, dass die neuen Zweitwohnungen in einer gewissen Intensität genutzt werden, ist nicht ersichtlich. Diese offene Norm führt zumindest vorläufig zu einiger Rechtsunsicherheit und dürfte auch eine uneinheitliche Rechtsanwendung durch die Gemeinden (als Bewilligungsbehörden) nicht verhindern. Noch nicht beantwortet ist natürlich die Frage, was der Nationalrat mit dieser ständerätlichen Fassung macht. Sollte diese Regelung Gesetz werden, müsste wohl aus Gründen grösserer Rechtssicherheit gehofft werden, dass der Bundesrat in der Verordnung diesen mehr als unbestimmten Rechtsbegriff konkretisiert. Ansonsten würde grössere Rechtssicherheit erst durch die Praxis der Behörden und allenfalls der Gerichte erreicht werden.

Des Weiteren beschränkt der Ständerat – entgegen dem Bundesrat – den Bau von touristisch bewirtschafteten Wohnungen, die zur Vermietung angeboten werden, nicht nur auf strukturschwache Gebiete (Art. 8). Vielmehr möchte er die Kompetenz und die Verantwortung für die Raumplanung wie auch für die touristische Entwicklung der Kompetenz der Kantone beziehungsweise der Gemeinden überlassen. Damit sind touristisch bewirtschaftete Wohnungen, die aufgrund ihrer Charakteristik auch tatsächlich vermietbar sind, auch in einem bereits sehr intensiv genutzten Gebiet zugelassen.

III. NEUE WOHNUNGEN IN ERHALTENSWERTEN BAUTEN

Der bundesrätliche Gesetzesvorschlag sieht in Art. 10 Abs. 1 vor, dass in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent neue Wohnungen in geschützten Kulturdenkmälern sowie in ortsbild- und in landschaftsprägenden Bauten ohne Nutzungsbeschränkung erstellt werden dürfen. Mit dieser Ausnahme möchte der Bundesrat den Erhalt geschützter Bauten mittels einer Umnutzung in Zweitwohnungen sichern. Diese Möglichkeit soll aber nur subsidiär zu anderen Nutzungsmöglichkeiten gewährt werden.

Der Ständerat hat mit Stichentscheid des Präsidenten mit 22 zu 21 Stimmen entschieden, dass solche Baubewilligungen nicht nur bei geschützten Baudenkmalern, sondern ganz allgemein bei „erhaltenswerten“ Bauten erteilt werden können. Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff; der Ständerat hat bewusst einen solchen unbestimmten Rechtsbegriff gewählt, da er der Meinung ist, dass er auf Verordnungsebene beziehungsweise in der Praxis durch Behörden und Gerichte definiert beziehungsweise konkretisiert werden soll. Bis dahin werden kommunale Baubewilligungsbehörden entscheiden, was erhaltenswert ist und was nicht. Dies im Unterschied zu den schützenswerten Bauten, die Gegenstand eines von einer Fachbehörde des Denkmalschutzes durchgeführten formellen Verfahrens sind. Es besteht somit die Möglichkeit (beziehungsweise ist vorauszusehen), dass die Umnutzungsmöglichkeiten in Zweitwohnungen massiv grösser werden, da die Gemeinden (falls dies gewünscht ist oder in ihrer Absicht steht) praktisch jede Baute noch irgendwie als erhaltenswert betrachten können. Immerhin verlangt Art. 10 Abs. 1 lit. b den Nachweis, dass die dauernde Erhaltung der Baute nicht anders als durch die Umnutzung zu einer Zweitwohnung sichergestellt werden kann. Durch die kommunale Baubewilligungsbehörde ist somit zu prüfen, ob nicht auch eine Nutzung als Erstwohnung oder als touristisch

bewirtschaftete Wohnung möglich wäre. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Interessen, schützenswerte und erhaltenswerte Bauten zu erhalten, je nach Schutzwert von unterschiedlichem Gewicht sein können. Nicht jedes beliebige Interesse kann als höherrangig als das Verfassungsinteresse an der Limitierung der Zweitwohnungen eingestuft werden. Es muss demnach in jedem Einzelfall eine Interessenabwägung vorgenommen werden.

Tatsache ist, dass den Gemeinden in der ständerätlichen Fassung ein enormer Entscheidungsspielraum gewährt wird, der voraussichtlich zu unterschiedlicher Rechtsanwendung führen dürfte. Zu bedenken ist zudem, dass die Gerichte bei der Überprüfung der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen Zurückhaltung üben und den Verwaltungsbehörden einen gewissen Beurteilungsspielraum zubilligen, wenn der Entscheid besonderes Fachwissen oder Vertrautheit mit den tatsächlichen Verhältnissen voraussetzt. Es stellt sich die Frage, ob die Fassung des Ständerates tatsächlich der Weisheit letzter Schluss ist.

IV. FAZIT UND AUSBLICK

Es wurde schon verschiedentlich kritisiert, dass das Zweitwohnungsgesetz mit seinen Verweisungen und Verwinklungen eine sehr komplizierte Gesetzgebung sei. Dem Ständerat ist es nicht gelungen, diese Kritik zu entkräften; das Gegenteil dürfte der Fall sein, indem er neue unbestimmte Begriffe einführt, die zu Rechtsunsicherheit und unterschiedlicher Rechtsanwendung führen können, zumindest bis sie auf Verordnungsebene oder durch die Gerichte definiert werden. Die Vorlage mit den vom Ständerat vorgeschlagenen Änderungen geht nun in den Nationalrat.

.

7. November 2014 / Dr. iur. Hanspeter Geissmann