



Baden, 4. April 2014 Ge/bb (X0833976.docx / 20638)

Rechtsanwälte
Notariat
Mediation
Steuerberatung

Kritische (rechtliche) Auseinandersetzung mit den Motionen von Frau NR Badran betreffend Lex Koller

Dr. iur. Hanspeter Geissmann
Rechtsanwalt

Lic. iur. Martin Kuhn
Rechtsanwalt
Fachanwalt SAV Familienrecht

Lic. iur. Marcel Merz
Rechtsanwalt und Notar

Dr. iur. Gesine Wirth-Schuhmacher
Rechtsanwältin
auch zugelassen in Deutschland

Lic. iur. Raphael Weiss
Rechtsanwalt

Lic. iur. Judith Rhein
Rechtsanwältin

Lic. iur. Stephan Hinz
Rechtsanwalt, Mediator SAV

Dr. iur. Stephan Fröhlich
Rechtsanwalt

Eingetragen im Anwaltsregister

Tamara Tormen
Dipl. Steuerexpertin

Falken
Mellingerstrasse 2a
Postfach 2078
CH-5402 Baden
Telefon +41 (0)56 203 00 11
Fax +41 (0)56 203 00 12
mail@geissmannlegal.ch
www.geissmannlegal.ch

I. VORBEMERKUNGEN

Am 27. September 2013 hat Frau NR Badran zwei Motionen eingereicht, mit welchen der Bundesrat beauftragt wird, dem Parlament eine Änderung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG, „Lex Koller“) vorzulegen, und zwar hinsichtlich zweier Forderungen:

- Wiederunterstellung von betrieblich genutzten Immobilien unter die Bewilligungspflicht der Lex Koller (dabei sollen für den Erwerb von Hottelliegenschaften Ausnahmen geprüft werden);
- Aufhebung der Privilegierung für den Erwerb von Anteilen an Immobilienfonds und börsenkotierten Immobiliengesellschaften.

Der Bundesrat hat am 29. November 2013 Annahme beider Motionen beantragt.

Im Folgenden sollen die beiden Motionen kritisch diskutiert und kommentiert werden, und zwar in rechtlicher Hinsicht.

II. MOTION 1: WIEDERUNTERSTELLUNG VON BETRIEBLICH GENUTZTEN IMMOBILIEN UNTER DIE BEWILLIGUNGSPFLICHT DER LEX KOLLER; PRÜFUNG VON AUSNAHMEN FÜR DEN ERWERB VON HOTELLIEGENSCHAFTEN

1.

Seit der Revision des BewG von 1997 sind betrieblich genutzte Liegenschaften bzw. Grundstücke, die als ständige Betriebsstätten dienen, von der Bewilligungspflicht ausgenommen, können also von Ausländern bewilligungsfrei und ohne Einschränkungen erworben werden. Betriebsstättengrundstücke sind von der (objektiven) Bewilligungspflicht ausgenommen, werden in der Regel oft auch als „nicht bewilligungspflichtige Grundstücke“ bezeichnet – im Gegensatz zu den „bewilligungspflichtigen Grundstücken“, unter welchem Begriff man insbesondere die Grundstücke versteht, die dem Wohnen dienen. Indem die Betriebsstättengrundstücke aus der Bewilligungspflicht herausfielen, ist seither nicht nur der Erwerb entsprechender Betriebsstättengrundstücke direkt durch Ausländer bewilligungsfrei möglich; auch indirekt können solche Betriebsstättengrundstücke bewilligungsfrei erworben werden, so z.B. durch den Erwerb von Anteilen an Gesellschaften, die derartige Betriebsstättengrundstücke zu ihren Aktiven zählen. Mit anderen Worten können Betriebsstättengrundstücke nicht mehr, weder direkt noch indirekt, zur Bewilligungspflicht bzw. zur Unterstellung unter das BewG führen. Aufzupassen ist bei Bauland: Bauland zu gewerblichen Zwecken kann nur dann bewilligungsfrei erworben werden, wenn tatsächlich damit (und belegt und bewiesen und umgesetzt) der Zweck verbunden ist, darauf Betriebsstätten zu erstellen und zu betreiben.

2.

Die Motion verlangt die „Wiederunterstellung“ betrieblich genutzter Immobilien „unter die Bewilligungspflicht“ der Lex Koller. Was dies genau bedeutet, ist nicht klar. Eine Wiederunterstellung unter die Bewilligungspflicht würde vorerst zur Folge haben, dass ein Ausländer entsprechende Grundstücke nicht bewilligungsfrei erwerben kann, sondern dass ein Erwerb generell unter die Bewilligungspflicht des BewG fällt. Nicht gesagt ist damit, ob auch ein Bewilligungsgrund gegeben ist, ob also unter bestimmten Voraussetzungen tatsächlich auch eine Bewilligung erteilt werden kann, und unter welchen Voraussetzungen bzw. Bedingungen und Auflagen dies erfolgen kann. In der Fassung des BewG vor der Revision von 1997, also unter der Herrschaft der alten „Lex Friedrich“ und vor der Herrschaft der „Lex Koller“ mit der Revision von 1997, stellte der Erwerb

von Betriebsstättengrundstücken einen allgemeinen Bewilligungsgrund dar, indem Ausländer gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a alt BewG mit Bewilligung Grundstücke erwerben konnten, die „dem Erwerber als ständige Betriebsstätte **seines** Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerksbetriebes oder eines freien Berufes“ dienten. Der Erwerber konnte (mit Bewilligung) also nicht einfach eine Kapitalanlage in einem betrieblichen Grundstück oder an einer Gesellschaft, die entsprechende betriebliche Grundstücke zu ihren Aktiven zählte, tätigen, sondern es musste sich dabei um „sein“ Geschäft handeln. Die Verordnung zum BewG machte dies klar, indem gemäss Art. 3 Abs. 1 und 2 alt BewV vorsahen, dass der Erwerber den Betrieb auch tatsächlich leiten musste, dass die tatsächliche Leitung eine entsprechende Stellung des Erwerbers in Verwaltung oder Geschäftsführung sowie seine überwiegende Tätigkeit in der Branche voraussetzte. Beim unmittelbaren oder mittelbaren Erwerb einer Beteiligung an einer Gesellschaft, die eine Betriebsstätte unterhielt, musste sich die erwerbende Person an der tatsächlichen Leitung beteiligen.

3.

Die Motion beabsichtigt die Wiederunterstellung von betrieblich genutzten Immobilien unter die Bewilligungspflicht; ob damit auch beabsichtigt wird, für den Erwerb von betrieblich genutzten Immobilien auch wieder (wie bis 1997) einen Bewilligungsgrund einzuführen, das sagt die Motion nicht. Wenn ein entsprechender Bewilligungsgrund nicht eingeführt würde, wäre die Rechtsfolge die, dass die Bewilligungspflicht gegeben ist – ein Ausländer also nicht frei entsprechende Grundstücke erwerben könnte, dass er – da kein Bewilligungsgrund eingeführt würde – aber auch keine Bewilligung erhalten könnte und er also definitiv vom Erwerb von betrieblich genutzten Immobilien in der Schweiz ausgeschlossen wäre. Dazu äussert sich die Motion nicht. Sie äussert sich insbesondere auch nicht dazu, unter welchen Voraussetzungen eine Bewilligung (falls überhaupt beabsichtigt) erteilt werden könnte, und hier liegt der Teufel im Detail. Die oben beschriebene Rechtslage unter altem Recht im Zusammenhang mit einer Bewilligungserteilung ist relativ kompliziert, für den Ausländer einschränkend. Reine Kapitalanlagen waren mit diesem Bewilligungsgrund nicht möglich. Die Einschränkungen betreffend eigener Leitung, entsprechende Stellung des Erwerbers in Verwaltung oder Geschäftsführung, überwiegender Tätigkeit in der Branche waren relativ strikte und kompliziert anzuwenden. Bewilligungsverfahren waren aufwendig und mit Risiken verbunden. Wenn die Motionärin davon spricht, die Revision von 1997, wodurch betrieblich genutzte

Immobilien aus der Bewilligungspflicht herausfielen, habe zu „verschiedenen Problemen und Bürokratie geführt“, muss bemerkt werden, dass das Gegenteil der Fall war und ist. Es ist nirgends ersichtlich, wie die damalige Revision mit dem Herausfallen von betrieblich genutzten Immobilien aus der Bewilligungspflicht zu Problemen und insbesondere vermehrter Bürokratie hätte führen sollen – das Gegenteil ist der Fall, indem die Anwendung dieser neuen Regelung vieles vereinfachte und ganz sicher nicht zu neuen Problemen und zu neuer Bürokratie führte.

4.

Eine Wiederunterstellung der Betriebsstättengrundstücke unter die Bewilligungspflicht hat auch weitere Folgen, sie bedeutet einen eigentlichen Parameterwechsel. Nachdem heute Betriebsstättengrundstücke durch Ausländer frei erworben werden können, spielen sie auch beim Erwerb von Anteilen an Gesellschaften, deren Aktiven zum Teil aus Betriebsstättengrundstücken bestehen, für die Frage der Bewilligungspflicht keine Rolle. Gesellschaften, deren Aktiven zum Teil aus Grundstücken bestehen, die nur Betriebsstättengrundstücke sind, können in keinem Fall bei einem Anteilserwerb unter die Bewilligungspflicht fallen. Mit der Wiederunterstellung von Betriebsstättengrundstücken unter die Bewilligungspflicht würde sich dies selbstverständlich ändern, indem der Erwerb von Beteiligungen an Gesellschaften mit Betriebsstättengrundstücken wieder auf eine Bewilligungspflicht überprüft werden müsste. Wenn betriebliche Grundstücke wieder unter die Bewilligungspflicht fallen, dann würde eine Gesellschaft, deren Aktiven zu einem grossen Teil aus (wenn auch nur betrieblichen) Grundstücken bestehen würden, und die z.B. keine einzige Wohnliegenschaft zu ihren Aktiven zählen würde, notwendigerweise als Immobiliengesellschaft gelten, weil ja eben sämtliche Immobilien wieder sogenannte bewilligungspflichtige Immobilien wären. Gemäss heutiger Fassung des BewG, vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG, ist der Erwerb auch nur eines einzigen Anteils an einer juristischen Person, deren tatsächlicher Zweck der Erwerb von Grundstücken ist (und sofern die Anteile dieser juristischen Person nicht an einer Börse in der Schweiz kotiert sind), bewilligungspflichtig. Mit anderen Worten würde nach Wiederunterstellung von betrieblichen Grundstücken unter die Bewilligungspflicht jeder Erwerb eines Anteils an einer entsprechenden Gesellschaft unter die Bewilligungspflicht fallen. Ob eine Bewilligung für einen solchen Erwerb vorgesehen werden soll, sagt die Motion nicht – muss im Moment auch völlig offen bleiben. Würde man zur Bewilligungspraxis nach altem Recht zurückgehen, wäre ein entsprechender Anteilserwerb nur dann bewilligbar, wenn

der Erwerber sich aktiv an der Führung beteiligen würde etc. – dies kann gerade bei kleinen Anteilswerben sicher nicht der Fall sein. Zu fragen ist, ob für diesen Fall wieder eine Regelung eingeführt würde, wie sie unter altem Recht in Art. 4 Abs. 1 lit. d alt BewG bestand, indem ein Anteilswerb bei juristischen Personen mit betrieblichen Liegenschaften bzw. bei eigentlichen Betriebsgesellschaften nur dann der Bewilligungspflicht unterstand, wenn damit eine „beherrschende Stellung“ erhalten oder verstärkt wurde (in der Regel bei mehr als einem Drittel des Aktienkapitals erfüllt). Dies geht aus der Motion nicht hervor, ist völlig offen und bleibe einstweilen dahingestellt.

5.

Tatsache ist, dass nicht einfach lapidar die Wiederunterstellung von betrieblich genutzten Immobilien unter die Bewilligungspflicht des BewG gefordert werden kann und dann alles klar wäre – im Gegenteil bestehen viele Unsicherheiten und Unklarheiten. Ob überhaupt ein Bewilligungsgrund eingeführt würde, wie ein Bewilligungsgrund ausgeführt wurde, unter welchen Umständen eine Bewilligung erteilt werden könnte, bleibt völlig unklar. Dass die Wiederunterstellung von betrieblich genutzten Immobilien unter die Bewilligungspflicht einen eigentlichen Parameterwechsel auch beim Erwerb von Anteilen an Gesellschaften mit betrieblich genutzten Immobilien zur Folge hätte, ist eine Tatsache; ob eine Regelung bezweckt wird, wie eine solche unter altem Recht bestand, oder ob eine neue Regelung im Zusammenhang mit dem Erwerb entsprechender Anteile angestrebt wird, ist offen. Unsicherheit, Unberechenbarkeit wären die Folge der Annahme der Motion – solange, bis das neue Recht formuliert bzw. in Kraft getreten wäre. Auch ein einfaches „Wiederhervorholen“ der alten Lex Friedrich im Zusammenhang mit betrieblichen Grundstücken wäre mit diversesten Unsicherheiten und Rechtsunklarheiten verbunden, indem gerade die Formulierungen unter altem Recht zum Erwerb von Betriebsstättengrundstücken bzw. insbesondere zum Erwerb von Anteilen an Gesellschaften, zu deren Aktiven Immobilien zählten (und insbesondere dort, wo einesteils betriebliche Immobilien vorhanden waren, andernteils auch Wohnimmobilien), recht unklar und uneindeutig waren und die wenigsten Probleme während der Geltung des alten Rechts höchstrichterlich beurteilt wurden. Rechtsunsicherheit in erheblichem Mass wäre die Folge.

6.

Mit dem Hinweis auf Wohnanteilsvorschriften und dem dadurch ermöglichten Erwerb von Wohnimmobilien bzw. mit dem Hinweis auf Umzonungen von Industrie- in Wohnzonen und den damit angeblich möglichen bewilligungsfreien Erwerb von Wohnimmobilien malt die Motionärin den Teufel an die Wand. Vorab ist festzuhalten, dass nach Ansicht des Verfassers in diesen beiden Punkten keine weitergehenden Probleme in der Vergangenheit auftauchten oder gar zu stossenden Resultaten geführt hätten; dass aufgrund von Umzonungen von Gewerbeland in Wohnzonen bewilligungsfrei Wohnimmobilien erworben werden könnten, dürfte angesichts der sehr strengen Praxis des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der dauernden Geltung von sogar nicht speziell formulierten und eben sogar stillschweigend geltenden Auflagen und Bedingungen im Zusammenhang mit Betriebsstättengrundstücken weitgehend Illusion sein.

7.

Bezüglich Hotelliegenschaften sollen Ausnahmen geprüft werden. Diese Einschränkung der Motion ist auffallend, der Grund ist allerdings klar: Man hat festgestellt, dass in der Vergangenheit bzw. in aktueller Zeit eigentlich nur Ausländer gewillt sind, in marode Hotelliegenschaften bzw. in neue Hotelüberbauungen (insbesondere eigentliche Resorts) zu investieren, und dass eben Schweizer das Risiko dafür scheuen und nicht als Investoren zur Verfügung stehen. Man braucht hier offenbar das ausländische Kapital, dann nimmt man es gerne. Wer sagt uns, ob schweizerische Investitionen morgen nicht in der Uhrenbranche und übermorgen nicht in einer anderen Branche fehlen und man dann wieder – branchenmässig und sektoriell ausgewählt – nach ausländischem Kapital ruft und Ausnahmen zulassen will? – dies hat aber mit Gesetzgebung nichts zu tun.

III. MOTION 2: AUFHEBUNG DER PRIVILEGIERUNG FÜR DEN ERWERB VON ANTEILEN AN IMMOBILIENFONDS UND BÖRSENKOTIERTEN IMMOBILIENGESELLSCHAFTEN

1.

Mit dieser Motion sollen zwei Anteilserwerbe unter die Bewilligungspflicht der Lex Koller gestellt werden, die entweder noch nie bewilligungspflichtig waren (nämlich Erwerb von Anteilen an regelmässig gehandelten Immobilienfonds), oder die erst vor wenigen Jahren (in Kraft seit 1. April 2005) von der Bewilligungspflicht ausgenommen wurden, nämlich der Erwerb von in der Schweiz kotierten Anteilen an juristischen Personen. Es kann vorausgeschickt werden, dass sich Bundesrat einerseits, ein Teil des Parlaments andererseits hier sehr eigenartig verhalten. Aber der Reihe nach.

2.

Der Erwerb von Anteilen an juristischen Personen, deren tatsächlicher Zweck der Erwerb von Grundstücken ist, bei denen es sich also um echte Immobiliengesellschaften handelt, untersteht grundsätzlich der Bewilligungspflicht – und ein Bewilligungsgrund ist in der Regel nicht gegeben. Mit anderen Worten ist der Erwerb von Anteilen an eigentlichen Immobiliengesellschaften für Ausländer praktisch unmöglich. Unter heutigem Recht können Immobiliengesellschaften nur solche sein, deren Zweck im Wesentlichen im Erwerb von Grundstücken liegt, was sich in der Regel in den immobilienlastigen Aktiven widerspiegelt, wobei es sich massgebend oder zu einem überwiegenden Anteil um Wohnimmobilien handeln muss (nochmals sei daran erinnert, dass betriebliche Immobilien nicht mehr bewilligungspflichtig sind). Nun gibt es allerdings verschiedene auch grössere Gesellschaften und insbesondere auch solche, deren Anteile kotiert sind, bei welchen nicht immer so eindeutig klar feststeht, ob es sich um Immobiliengesellschaften handelt. So kann zum Beispiel der Anteil an betrieblich genutzten Immobilien sehr hoch sein, der Anteil an Wohnimmobilien zwar nicht unbedeutend, aber auch nicht überwiegend (bei rund einem Drittel Wohnimmobilienanteil im Rahmen der gesamten Aktiven wird dies kritisch). Weitere Unsicherheiten bestehen dann, wenn der Immobilienanteil immer wieder wechselt, wo komplizierte Holdingstrukturen mit massgeblichen Beteiligungen an Immobiliengesellschaften bestehen etc. Mit anderen Worten lässt sich nie mit absoluter Garantie, und schon gar nicht mit mathematischer Sicherheit, ein für alle Mal feststellen, ob man es nun mit einer Immobiliengesellschaft zu tun hat oder nicht, weil verschiedene Faktoren zu berücksichtigen sind und weil

auch nicht alle Behörden vom gleichen Massstab und von den gleichen Auslegungskriterien ausgehen. Und insbesondere bei grossen Gesellschaften, deren Anteile kotiert sind, sind entsprechende Aussagen erst nach sehr umfangreichen Abklärungen möglich (wobei bei Vorliegen der Ergebnisse sich die Verhältnisse allenfalls schon wieder erheblich geändert haben könnten), und an der Eindeutigkeit der Aussagen dürfte es sehr oft auch mangeln. Dies ist für grosse Gesellschaften, deren Anteile kotiert sind, hinsichtlich der Rechtssicherheit für ausländische Anleger eine unzumutbare Situation. Sollten betrieblich genutzte Immobilien gemäss Stossrichtung der anderen Motion wieder unter die Bewilligungspflicht fallen, würden sich die Probleme noch weiter akzentuieren. Dies ist für einen geregelten und berechenbaren Börsenhandel eine unerträgliche Situation. Wie soll der Anleger, und z.B. auch der Kleinanleger, beurteilen können, ob der börsliche Erwerb eines Anteils der Bewilligungspflicht untersteht oder nicht – er hat die Handhabe dazu gar nicht. Und es wäre an ihm (nicht etwa an der Gesellschaft), nötigenfalls zu beweisen, dass die Gesellschaft, an der er soeben einen Anteil erworben hat oder an der er einen Anteil erwerben will, keine Immobiliengesellschaft im Sinne des BewG ist. Und wenn er dies nicht beweisen kann, dürfte er nicht erwerben – oder zu einem späteren Zeitpunkt könnte plötzlich einmal die Frage auftauchen, ob der frühere Erwerb allenfalls nicht doch bewilligungspflichtig gewesen wäre und er eben den Erwerb gar nicht hätte tätigen dürfen mit der Rechtsfolge, dass das Geschäft als nichtig erklärt würde – all dies ist für einen geregelten börslichen Handel schlicht nicht praktikabel. Mit der kleinen Revision im Jahr 2004, in Kraft seit 1. April 2005, konnten die meisten Unsicherheiten behoben werden, indem eben entsprechende Anteilserwerbe an möglichen Immobiliengesellschaften nur dann der Bewilligungspflicht unterliegen, sofern diese Anteile nicht an einer Börse in der Schweiz kotiert sind. Damit wurde ein regelmässiger und rechtssicherer Börsenhandel ermöglicht.

3.

Dies alles rückgängig zu machen und jeden Anteilserwerb mit den soeben geschilderten Unsicherheiten wieder der Bewilligungspflicht zu unterstellen, wäre fatal und für den Börsenhandel meines Erachtens eine eigentliche Katastrophe. In diesem Zusammenhang aber auch Vermutungen in den Raum zu stellen, dass kotierte Firmen, die möglicherweise als Immobilienfirmen gelten könnten, grosses Interesse daran hätten, möglichst viele ausländische Anleger zu bekommen bzw. sich darüber überhaupt keine Gedanken zu machen oder eben riesige Ausländerbestände zuzulassen, wäre falsch. Der Grund liegt darin, dass

eine solche Gesellschaft sich selbst schadet und sich möglicherweise in eine unwegsame Situation begibt, wenn sie bedenkenlos ausländische Anteile zulässt. Gemäss Art. 6 BewG gilt eine Gesellschaft vermutungsweise als ausländisch beherrscht, wenn Ausländer über mehr als einen Drittel des Aktienkapitals verfügen – wenn diese gesetzliche Vermutung gegeben ist, dann wird es sehr schwierig, diese Vermutung umzustossen und den Beweis des Gegenteils zu erbringen, also den Beweis dafür, dass trotz über einem Drittel liegender ausländischer Aktienbeteiligung die Gesellschaft trotzdem als nicht ausländisch beherrscht gilt. Klare Kriterien dafür, wann dieser Beweis gelingt und von den verschiedenen Behörden als erbracht betrachtet wird, bestehen nicht. Eine Gesellschaft hat also ureigenste Interessen daran, den Ausländeranteil möglichst unter einem Drittel zu halten – wenn er nämlich über einen Drittel steigt, dann gilt diese Gesellschaft vermutungsweise als ausländisch beherrscht, was wiederum dazu führt, dass diese Gesellschaft für jeden weiteren Erwerb von Grundstücken als Ausländerin angeschaut wird und für jeden weiteren Erwerb von Grundstücken unter die subjektive Bewilligungspflicht fällt. Falls auch nur das kleinste Wohngrundstück erworben werden sollte, kann diese (ausländisch beherrschte) Gesellschaft diese Idee vergessen, da Wohnimmobilien für Ausländer tabu sind.

4.

Man erinnert sich an den Fall „Implenia“ aus dem Jahr 2007, als Implenia einen Abwehrkampf gegen die ausländische Beteiligungsgesellschaft Laxey führte, und zwar mit dem Argument der Lex Koller. Ob nun Implenia als Immobiliengesellschaft galt oder nicht, kann dahingestellt bleiben – ein Erwerb von Anteilen an Implenia durch Laxey war, da diese Anteile kotiert waren, unter der Lex Koller möglich. Trotzdem wehrte sich Implenia mit allen Kräften gegen diesen Anteilserwerb und insbesondere dagegen, dass Laxey einen hohen Anteil an Aktien erwerben konnte, und zwar mit dem Hinweis darauf, dass Implenia sonst ein Problem mit der Lex Koller bekommen könnte, was in der Tat auch so war. Hätte Implenia es zulassen müssen oder es zugelassen, dass Laxey einen Aktienanteil von über einem Drittel erworben hätte, dann wäre Implenia vermutungsweise ausländisch beherrscht gewesen und hätte den Beweis, dass es sich bei ihr trotzdem noch um eine schweizerisch beherrschte Gesellschaft handeln würde, wohl kaum erbringen können. Dies hätte wiederum bedeutet, dass Implenia nun als ausländisch beherrscht nicht einmal mehr die kleinste Wohnliegenschaft in der Schweiz hätte erwerben dürfen – für einen Baukonzern eine unsägliche Situation. Man sieht also, dass es im ureigensten Interes-

se grosser kotierter Gesellschaften liegt, den Ausländeranteil in einem Rahmen zu halten, der unter der Grenze liegt, bei welcher die gesetzliche Vermutung der Auslandsbeherrschung eintritt – eben deshalb, weil sonst weitere Tätigkeiten auf dem Immobilienmarkt praktisch unmöglich wären. Dies hat das Parlament im Jahr 2004 eingesehen und für kotierte Gesellschaften eine praktikable, Rechtssicherheit garantierende Situation geschaffen, die zudem (eben wegen der soeben geregelten Selbstregulierung) nicht zu Exzessen führen kann und auch nicht geführt hat. Diese bewährte Regelung nach nicht einmal 10 Jahren umzustossen oder ins Gegenteil zu verkehren verbunden mit den damit verbundenen erheblichen Nachteilen, ist nicht nachvollziehbar.

5.

Die Motion will auch den Erwerb von regelmässig gehandelten Anteilen an Immobilienfonds der Bewilligungspflicht unterstellen. Die Motion spricht von einer „Privilegierung“ des Erwerbs von Anteilen an Immobilienfonds, welche aufzuheben seien. Es geht um den heutigen Art. 4 Abs. 1 lit. c BewG, wonach der Erwerb von Anteilen an Immobilienfonds nur dann als Erwerb gilt und entsprechend der Bewilligungspflicht untersteht, wenn die Anteilscheine auf dem Markt nicht regelmässig gehandelt werden. Falls ein regelmässiger Markt besteht, sind entsprechende Anteilserwerbe für Ausländer nicht bewilligungspflichtig und sind also frei zugänglich. Von einer Privilegierung zu sprechen, die nun aufgehoben werden soll, ist allerdings krass verzerrend, indem dieser Artikel (mit kleinen rein sprachlichen Änderungen, aber ohne inhaltliche Veränderungen), seit der alten „Lex Furgler“ aus dem Jahr 1973, in Kraft seit 1. Februar 1974, genauso bis heute existiert. Dabei stellte die Regelung in der „Lex Furgler“ vergleichen mit der vorherigen „Lex von Moos“ sogar eine Verschärfung dar, indem gemäss „Lex von Moos“ der Erwerb von Anteilen an Immobilienfonds überhaupt nicht bewilligungspflichtig war – ob mit oder ohne regelmässigen Handel. Wie gesagt galten seit der „Lex Furgler“ nur noch die „regelmässig gehandelten“ Anteile an Immobilienanlagefonds als nicht bewilligungspflichtig, mit anderen Worten Anteile an „Publikumsanlagefonds“. Die heute geltende Regelung besteht also seit Jahrzehnten, war immer unangefochten, überstand diverse Revisionen und gab nie Anlass zu besonderen Diskussionen und Problemen.

6.

Ja im Gegenteil wurde die Lex Koller im Nachgang zur Revision des Kollektiv-anlagengesetzes (KAG) im Bereich der Immobilienfonds leicht abgeändert, indem ein neuer Art. 4 Abs. 1 lit. c^{bis} BewG geschaffen wurde, der den Erwerb von Aktien an Immobilien-SICAV regelte und nur für den Fall der Bewilligungspflicht unterstellte, dass diese Aktien auf dem Markt „nicht regelmässig gehandelt“ werden. Und zusätzlich wurde Art. 6 BewG durch einen neuen Absatz 4 und 5 ergänzt, wobei insbesondere Abs. 4 für den traditionellen (vertraglichen) Immobilienfonds eine neue Regel aufstellte, welche für den Eintritt der ausländischen Beherrschung eines Immobilienfonds eine doppelte Voraussetzung der Auslandsinvolvierung vorsah, indem einerseits die Fondsleitung eine Person im Ausland sein muss, andererseits (kumulativ) auch die Verwaltung von einer Person im Ausland wahrgenommen werden muss, damit der Fonds als solcher als vermutungsweise ausländisch beherrscht gilt. Falls eine dieser beiden Voraussetzungen nicht zutrifft, gilt der Fonds nicht als vermutungsweise ausländisch beherrscht, und er kann (da er seit dieser Revision wie eine juristische Person behandelt wird) auf dem Markt, da nicht der subjektiven Bewilligungspflicht unterstehend, frei auftreten und ohne irgendwelche Einschränkungen Immobilien erwerben. Die Regeln der Behandlung von Immobilienfonds durch die Lex Koller wurden einerseits gemäss jahrzehntelanger gesetzlicher Regelung bestätigt, andererseits sogar wesentlich erleichtert – man wollte offenbar die Anlagen in Immobilienfonds, zumindest in Form von „Publikumsanlagefonds“ mit einem regelmässigen Handel, fördern und auch für Ausländer wesentlich erleichtern. Die Änderung datiert vom 28. September 2012 und ist in Kraft seit 1. März 2013. Das gleiche Parlament, das diese Regelung durchwinkte oder absegnete, unterstützt nur ein Jahr später in grosser Zahl diese Motion; der gleiche Bundesrat, welcher diese Regelung vorantrieb, beantragt ebenfalls nur ein Jahr später die Annahme dieser Motion. Bundesrat und Parlament vollziehen damit eine eigentliche Kehrtwendung innerhalb nur eines Jahres; derartige Verhalten lässt aufhorchen.

IV. FAZIT

Die heutige Lex Koller ist Ergebnis einer über 50 Jahre alten Regelung betreffend Grundstückerwerb durch Personen im Ausland. Es gab einige Revisionen dieses Gesetzeswerks, womit jeweils auf festgestellte Mängel bzw. auf die Veränderungen der politischen und wirtschaftlichen Faktoren reagiert wurde. Das BewG in der heutigen Fassung ist im Grossen und Ganzen ein absolut akzeptables und auf die vielfältigsten Probleme und Bedürfnisse ausgerichtetes und anwendbares Gesetz (wohlverstanden mit einer darauf abgestimmten und gewisse gesetzliche Lücken ausfüllenden Verordnung), welches zwar gewisse kleinere Mängel enthält, aber mehr als brauchbar ist. Das Gesetz ist in den Grundzügen sowohl der schweizerischen Bevölkerung wie den interessierten Ausländern bekannt und wird – Ausnahmen immer vorbehalten – mittlerweile von den Behörden und Gerichten einheitlich verstanden und auch konsequent umgesetzt. Es enthält relativ harte Regelungen (insbesondere bezüglich Wohnimmobilien und entsprechende Kapitalanlagen), lässt aber auch Spielraum zu, so insbesondere im Bereich betrieblich genutzter Grundstücke wie auch hinsichtlich Anliegen des Finanzplatzes und von Kapitalanlagen. Verzerrungen und Auswüchse sind in der Vergangenheit konsequent bekämpft worden und existieren meines Erachtens kaum noch. Das Gesetz hat eine hohe Akzeptanz, indem es wohl mittlerweile als ein relativ gutes, verständliches und den politischen und wirtschaftlichen Herausforderungen adäquates Gesetz betrachtet wird. Revisionen wurden nach sorgfältiger Klärung der Bedürfnisse und Herausforderungen, auf die zu reagieren war, eingeführt und ohne grosse Schwierigkeiten implementiert. Es gab keine Hauruck-Übungen und keine übertriebenen oder geradezu sachfremden Revisionen. Dies sollte beibehalten werden, ist allerdings im Zusammenhang mit den hier besprochenen beiden Motionen aktuell gefährdet. Die Änderungen, die mit diesen beiden Motionen angestrebt werden, kommen einigermaßen bescheiden daher, führten allerdings zu viel grösseren Umwälzungen und Irritationen als auf den ersten Blick zu erahnen ist. Insbesondere die Wiederunterstellung von betrieblich genutzten Grundstücken unter die Bewilligungspflicht ist nicht einfach mit einem Satz zu machen, sondern dafür braucht es eine ausgeklügelte Revision diverser Artikel, da ein im Sinne der Motion revidiertes Gesetz darauf basieren würde, dass ein grosser Teil der heute nicht der Bewilligungspflicht unterliegenden Grundstücke, eben der betrieblich genutzten Grundstücke, wieder unter die Bewilligungspflicht fallen würde, wobei mögliche Bewilligungsgründe erwähnt bzw. eingeführt und im Detail gesetzlich geregelt werden müssten, mit anderen Worten das Gesetz als solches ein total neues Gesicht bekäme. Was den Handel mit

Anteilen an Gesellschaften bzw. Anlagefonds betreffen würde, deren Aktiven zu wesentlichen Teilen auch aus Immobilien bestehen würden, und die auf dem Finanzplatz Schweiz eine nicht unwesentliche Bedeutung spielen dürften, eben kotierten Gesellschaften bzw. „Publikumsanlagefonds“ mit erheblicher Bedeutung, wäre die Umsetzung der Motion mit riesigen Schwierigkeiten und Nachteilen verbunden, die zum heutigen Zeitpunkt wohl noch nicht einmal ansatzweise klar wären. Eine weitere Verunsicherung im gesamten Immobilienmarkt einerseits, im gesamten Kapitalmarkt andererseits wäre unmittelbare Folge der Annahme der Motion, verbunden mit einer langanhaltenden Rechtsunsicherheit bis zum Zeitpunkt, in welchem feststeht, ob sich etwas im Bereich der Lex Koller ändert bzw. allenfalls was. Riskiert würde damit eine Destabilisierung einer gesetzlichen Regelung, die seit über 50 Jahren besteht, seither einige Male mit Erfolg und immer bezogen auf drängende Fragen verändert wurde, die hart einerseits, ausgleichend andererseits ist, rundherum bekannt und akzeptiert ist, von Behörden und Gerichten verstanden und kompetent angewendet wird, weswegen im Moment nicht der geringste Grund für eine Revision besteht, und schon gar nicht im Sinne der beiden Motionen, welche zu lange dauernden Rechtsunsicherheiten, einer Destabilisierung und zu massiven Problemen auf dem Finanzmarkt führen würde.

Dr. H.P. Geissmann