

Wie die Lex Koller umgesetzt wird: Möglichkeiten, Grenzen und Umgehungstatbestände der Lex Koller in der Praxis

Zug, 26. Mai 2008

Dr. Hanspeter Geissmann

Rechtsanwalt

© Mai 08 | 1

Rechtliche Grundlage

- Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) (vom 16.12.1983; Stand 22.03.2005)
„Lex Koller“



Beschränkungen des Erwerbs schweizerischer Grundstücke durch Personen im Ausland

- Wer ist „Person im Ausland“?
- Welche Grundstücksgeschäfte sind betroffen?

© Mai 08 | 2

Personen im Ausland

Nicht Personen im Ausland sind:

- Natürliche Personen:
 - Alle Schweizer Bürger (unabhängig von Wohnsitz)
 - Angehörige EU/EFTA (mit Wohnsitz in Schweiz und gültiger Anwesenheitsbewilligung)
 - Andere Ausländer mit Niederlassungsbewilligung C (bedingt Wohnsitz in der Schweiz)
- Gesellschaften und juristische Personen:
 - Sitz in der Schweiz (und kumulativ)
 - Nicht ausländisch beherrscht (finanziell, Stimmrecht, andere Gründe)

© Mai 08 | 3

Bewilligungspflichtige Rechtsgeschäfte

- Erwerb Eigentum, Baurecht, Wohnrecht, Nutzniessung an Grundstücken
- Beteiligung an Immobiliengesellschaften (tatsächlicher Zweck ist auf Erwerb von Immobilien ausgerichtet / Immobilienanlagen mind. 1/3 der gesamten Aktiven), sofern Gesellschaft nicht börsenkotiert
- Erwerb Anteil an Immobilienanlagefonds, sofern Anteilscheine nicht regelmässig gehandelt werden
- Begründung und Ausübung von Kaufsrecht, Vorkaufsrecht, Rückkaufsrecht an Grundstücken oder Anteilen an Immobiliengesellschaften oder Immobilienanlagefonds (sofern nicht börsenkotiert bzw. regelmässig gehandelt)
- Erwerb anderer eigentumsähnlicher Rechte

© Mai 08 | 4

Vom BewG betroffene Grundstücke

- Im Wesentlichen:
 - Grundstücke mit Wohnbauten
 - Bauland zwecks Überbauung mit Wohnungen
 - Gebäude öffentliche Verwaltung / (öffentliche Infrastrukturen allgemein?)
- Nicht bewilligungspflichtig:
 - Betriebsstätten

➔ Entscheidend somit Frage: was sind Betriebsstätten?

(nicht speziell behandelt wird Erwerb von Hauptwohnungen, Zweitwohnungen, Ferienwohnungen)

Erwerb von Anteilen an Immobiliengesellschaften

- Jeder (kleinste) Anteilserwerb ist bewilligungspflichtig
- Bewilligungspflicht nur,
 - wenn Gesellschaft nicht in Schweiz börsenkotiert
 - wenn Gesellschaft eine Immobiliengesellschaft gemäss BewG ist, nämlich
 - tatsächlicher Zweck ist Erwerb von (bewilligungspflichtigen) Grundstücken, also von Grundstücken mit / für v.a. Wohnbauten
 - Aktiven bestehen zu mehr als 1/3 aus (bewilligungspflichtigen) Grundstücken (die nicht bewilligungspflichtigen Grundstücke, also insbesondere Betriebsstätten, sind nicht mitzuzählen)

Achtung Widersprüche

(in BewG angelegt)

1. Erwerb von Anteilen an (börsenkotierter) Immobiliengesellschaft durch Ausländer bewilligungsfrei möglich
→ aber Konsequenz: Gesellschaft wird evtl. ausländisch beherrscht, wird dadurch Person im Ausland, unterliegt für weitere Käufe von bewilligungspflichtigen Grundstücken der Bewilligungspflicht (Fall Implenja)
2. Beteiligung von Ausländern an „gemischter Gesellschaft“ möglich (auch Mehrheitsbeteiligung), falls bewilligungspflichtige Grundstücke nicht mehr als 1/3 der Aktiven ausmachen (z.B. Gesellschaft mit Ferienresort, bestehend aus Golfplatz, Sportanlagen, Hotels, aber auch Ferienwohnungen, Appartements)
→ aber Konsequenz: Sofern Gesellschaft ausländisch beherrscht wird, ist Erwerb weiterer bewilligungspflichtiger Grundstücke nicht möglich
3. Direkter Erwerb eines Ferienresorts ist für Ausländer nicht möglich, wenn Resort auch bewilligungspflichtige Grundstücke enthält
Falls gleiches Resort einer Gesellschaft gehört, ist Beteiligung an Gesellschaft bewilligungsfrei (und damit indirekter Erwerb des Resorts) möglich
→ Umweg (Umgehung?): Ausländer ist interessiert an Erwerb eines Resorts:
 1. Schritt: CH-Gesellschaft erwirbt Resort
 2. Schritt: Ausländer erwirbt Beteiligung an Gesellschaft

© Mai 08 | 7

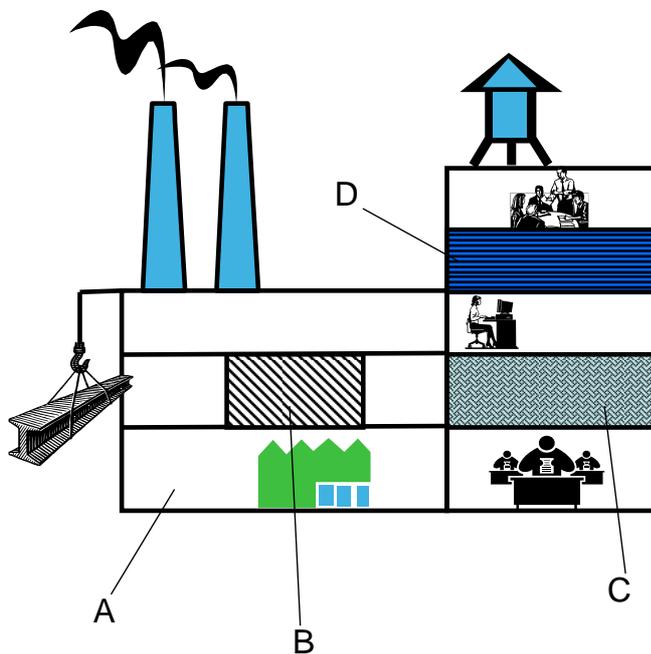
Betriebsstätten (I)

- Von der Bewilligungspflicht ausgenommen sind Grundstücke, die als ständige Betriebsstätten eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerksbetriebes oder eines freien Berufes dienen.

(Bemerkung: gemäss Bundesgericht gelten Gebäude der öffentlichen Verwaltung nicht als Betriebsstätten!)

© Mai 08 | 8

Betriebsstätten (II)



- Grundsatz: über Betriebsstätten kann frei verfügt werden:
 - Sie können vermietet werden
 - Sie können weiterveräußert werden
 - Sie können in selbständige Grundstückseinheiten aufgeteilt werden (muss nicht einheitlicher Betriebsteil sein)
 - Betriebsstättenkomplex kann verschiedene Eigentümer in verschiedensten juristischen Formen haben (auch verschiedene Stockwerkeigentümer)
 - In Betriebsstätten sind reine Kapitalanlagen zulässig
 - Betriebsstätten müssen nicht vom Eigentümer geführt werden (völlige Trennung Grundstückseigentümer / Betriebsstätteninhaber möglich, Unterschied zum alten Recht)

© Mai 08 | 9

Heute aktuellstes Thema /
(eigentlicher „Brennpunkt“
der Lex Koller):
Ferienresorts / Ferienanlagen

- Unbestritten: Hotel (im traditionellen Sinn) ist Betriebsstätte, unterliegt nicht der Bewilligungspflicht
- Fraglich: Was ist noch Hotel, was ist Ferienwohnungsanlage?
- Was ist ein Resort?

© Mai 08 | 10

Definition „Hotel“

(bisherige Praxis)



- Keine gesetzliche Definition, sondern hat sich in der Praxis herausgebildet:
 - Hoteldienstleistungen müssen im Vordergrund stehen, nicht das Überlassen von Wohnraum
 - Umfassendes Dienstleistungsangebot (Empfang, Reservation, Reinigungsdienst, Wäschedienst, Zimmerservice, Verpflegung, etc.) muss vorhanden sein und auch tatsächlich beansprucht werden
 - Hoteldienstleistungen nicht nur auf Papier, sondern auch in Praxis (Problematisch: Die Freistellung der Beanspruchung von Hoteldienstleistungen)
 - Hotelspezifische Einrichtungen (Wäscherei, Hotelküche, Speisesaal, Aufenthalts- und Lagerräume etc.) müssen vorhanden sein
 - Einrichtungen der Zimmer so, dass die Hoteldienstleistungen tatsächlich beansprucht werden (Zimmer nicht allzu gross, problematisch insbesondere eigene Küchen, Essraum, Keller etc.)
 - Keine verkappten Ferienwohnungsanlagen / „Abwarthotels“ (insbesondere keine horizontale Ausdehnung der Einheiten)
- Praxis meines Erachtens zum Teil überholt, muss an heutige Situation und Bedürfnisse angepasst werden; gewisse Anzeichen einer Praxisänderung bei Behörden erkennbar

Hotel oder Ferienwohnungsanlage?



Wohnen		Essen		Wohnen		Essen	
Schlafen		Küche		Schlafen		Küche	

- Ganze Appartements mit Wohn-, Ess-, Schlafbereich
- Mit grosszügiger eigener Infrastruktur in den Appartements (oft inkl. Küche)
- Eher grosse (sogar sehr grosse) Einheiten
- Tendenz, dass Hoteldienstleistungen aufgrund der baulichen Einrichtungen nicht beansprucht werden

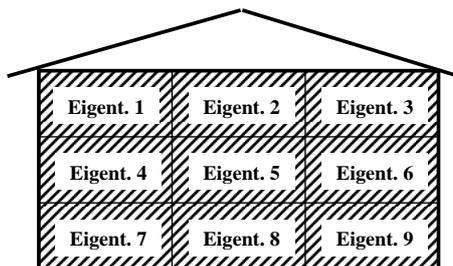
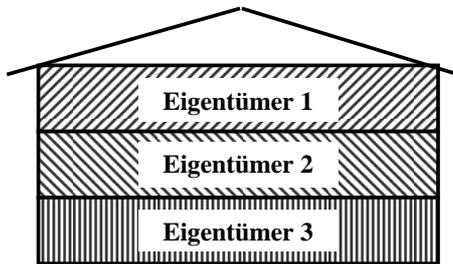


Wohnen		Essen		Wohnen		Essen	
Schlafen		Küche		Schlafen		Küche	

- Sehr problematisch: Behörden (bisherige Praxis):
 - Überlassen von Wohnraum steht im Vordergrund
 - kein Hotel, somit keine Betriebsstätte, sondern Ferienwohnungen
- Bewilligungspflicht gegeben



Aufteilung eines Hotels



- Grundsatz: über Betriebsstätten kann frei verfügt werden:
 - sie können auch in selbständige Grundstückseinheiten aufgeteilt werden
 - sie können in Teilen veräußert werden
 - sie können vermietet werden
 - Betriebsstättenkomplexe können verschiedene Eigentümer haben (verschiedene Stockwerkeigentumseinheiten)
 - Bei Hotels:
 - Behörden sagen bisher nein:
 - einzelne Teile eines Hotels können nicht mehr als selbständige Betriebsstätteneinheiten betrachtet werden
 - Wohnraum steht im Vordergrund
 - sie sind reine Wohnungen
 - fallen somit unter die Bewilligungspflicht
- ⇒ Kein höchstrichterlicher Entscheid bekannt
 ⇒ Aufteilung in Form von Beteiligungen an Hotelgesellschaften möglich

© Mai 08 | 13

Das Resort (I)



- Mehr oder weniger geschlossene Anlage
- Geführt nach einheitlichem Konzept
- Angebot verschiedenster Dienstleistungen
 - Hotellerie
 - Reinigungsdienst
 - Sicherheit
 - Sport, Wellness
 - Gastronomie
 - Shopping
 - Kulturangebot
 - Freizeitgestaltung
 - Medizinische Betreuung
 - Kinderbetreuung
 - Infrastruktur und Verkehrsanlagen
 - Etc.

© Mai 08 | 14

Das Resort (II)



- Unproblematische Bestandteile des Resorts:
 - Alle Hotel-, Sport-, Shopping-, und Freizeitanlagen
 - Problematische Bestandteile des Resorts:
 - Ferienwohnungen
 - Ferienhäuser (Villen)
 - Allenfalls nicht hotelmässig bewirtschaftet, oft sehr grosse Flächen, stehen zum Teil im Eigentum von Drittpersonen
- ↓
- Behörden (bisherige Praxis):
 - **reine Ferienhäuser/-wohnungen bilden nicht Bestandteil einer Betriebsstätte**
 - **Erwerb ist bewilligungspflichtig (für einen Investor besteht keine Bewilligungsmöglichkeit)**
 - **Erwerb durch Dritte erschwert: Einschränkungen bzgl. Fläche, fällt unter Bewilligungskontingent**

© Mai 08 | 15

Konsequenzen der bisherigen behördlichen Praxis

- Erstellung Hotel verbunden mit grösseren Appartements ist schwierig, zum Teil unmöglich
- Die Verwirklichung eines Ferienresorts durch einen Ausländer ist nur mit grossen Einschränkungen möglich:
 - Integration von Ferienwohnungen, Ferienhäusern oder Villen in ein Resort mit beabsichtigtem späteren Verkauf an Dritte ist nicht möglich
 - Generell dürfte die Aufteilung von Anlagen der Hotellerie (insb. in Stockwerkeigentum) mit anschliessendem Verkauf an Drittpersonen nicht möglich sein
 - Erstellung von grossen Ferienwohnungen bzw. eigentlichen Villen, welche für Ausländer bestimmt sind, ist auch bei direktem Erwerb durch die Ausländer (ohne Zwischenschalten des Investors) praktisch nicht möglich wegen flächenmässiger Beschränkung der Wohnungen (Wohnfläche 200 m², in Ausnahmefällen bis 250 m²)
 - oft fehlende Kontingente

© Mai 08 | 16

Problematik der bisherigen behördlichen Praxis

Geissmann



RECHTSANWÄLTE

- Geltende Praxis von BGer 1980 (Fall Ennia Recreatiebedrijven) formuliert, bis heute herrschend
- Praxis entgegen damaliger Empfehlungen Expertengruppe „Hotelbauten“ (Tourismusfachleute) definiert
- Praxis beruht auf Grundsatz: Entweder Hotel oder Ferienwohnung
- Tief verankertes institutionelles Misstrauen gegenüber Hotels einerseits / Gast andererseits
- Heutiger Gast ist nicht der, den sich die behördliche Praxis wünscht (kleine Zimmer, Verpflichtung zur Beanspruchung der Hoteldienstleistungen)
- Gast will grosses Dienstleistungsangebot zur freien Verfügung, das er frei wählen kann; nur bezahlen, was er beanspruchen will (Gegensatz zu „all-inclusive“)
- Gast will mehr Raum, grosse Einheiten, grosszügige horizontale Ausdehnung der Anlagen
- Gast sucht gerade Nähe zu grossem Angebot; beansprucht das Angebot, weil es gut ist, nicht weil er muss (ansonsten würden diese modernen Hotelgebilde nicht funktionieren)
- Hotellerie heute mehr als das traditionelle Hotel: eine umfassende Ferienwelt (Erfolg der Wellness-Hotels, Resorts etc.)
- Gast kann man nicht erziehen (bleibt eher weg)

© Mai 08 | 17

Spezielle Problematik

Geissmann



RECHTSANWÄLTE

- Ist im Begriff / in der Funktion des „Hotels“ angelegt
- Innerer Widerspruch: Betriebsstätte, die zu einem überwiegenden Teil aus Wohnraum besteht; das Überlassen von Wohnraum ist wesentlicher Bestandteil der wirtschaftlichen Tätigkeit
- Widerspruch muss irgendwie aufgelöst werden

© Mai 08 | 18

Juristisch/wirtschaftliche Argumentation (I)

Geissmann



RECHTSANWÄLTE

- „Hotel“ als Betriebsstätte darf / muss zeitgemäss entwickelt und ausgelegt werden
- Art. 3 BewV: Wohnraum, der zu Hotel „gehört“, ist Betriebsstätte ➔ was heisst „gehört“?
- „Gehört“ ist mehr als nur das Hotelzimmer ➔ alles, was funktional zu Hotel gehört
- Ferienresorts / Ferienanlagen als neue Erscheinungs- und Betriebsform der Ferien- und Tourismusindustrie
- Der Betrieb eines Resorts als eigene und spezielle wirtschaftliche Tätigkeit, die eine Betriebsstätte begründet
- Resort braucht oft Ferienwohnungen, -häuser und Villen (zahlungskräftige Kundschaft verlangt danach)
- Gesamtheitliche Betrachtung aus Sicht des Gesamtbetriebes, nicht des einzelnen Bestandteils

© Mai 08 | 19

Juristisch/wirtschaftliche Argumentation (II)

Geissmann



RECHTSANWÄLTE

- Analogieschluss aus dem Bereich des Aparthotels (keine Revitalisierung des Aparthotels beabsichtigt): Wohnungen (mindestens soweit bewirtschaftet) können Teil einer Betriebsstätte sein
- Neues Recht: Betrieb muss nicht vom Eigentümer des Betriebsstättengrundstücks geführt werden; Betriebsstätte kann aufgeteilt werden, kann verschiedene Eigentümer haben (Verkauf von Einheiten kann zur Finanzierung der Gesamtanlage dienen)

↓
– Anwendung dieses Grundsatzes bereitet bei „Hotelbetrieben“ Mühe: Teil eines Betriebes ist einerseits Teil einer Betriebsstätte, andererseits (für sich betrachtet) allenfalls Ferienwohnung

↓
– Argument bisherige Praxis: sobald aufgeteilt, gehört es nicht mehr zur grösseren Einheit der Betriebsstätte, für sich selbst kann es keine Betriebsstätte sein, deshalb reine Ferienwohnung

↓
– Einseitige (m.E. falsche) Rechtsauslegung

© Mai 08 | 20

Ausblick

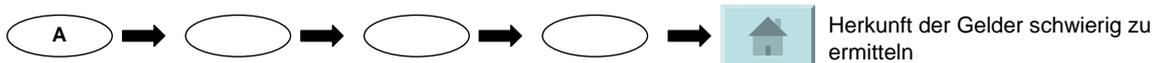
- Behördliche Praxisänderung ist vertretbar und angezeigt, aber auch notwendig
- Anzeichen für Praxisänderung (oder täusche ich mich?) sichtbar, mit Einschränkungen:
 - Problem Aufteilung der Gesamtanlage auf verschiedene Eigentümer
 - Wohl nur bei (dauernder und sichergestellter) hotelmässiger Bewirtschaftung der Appartements (Sicherstellung warme Betten)
 - Bei Aufteilung auf verschiedene Eigentümer: Möglichst lose Beziehung zwischen Eigentümer und Eigentum (nacktes Eigentum)

Umwege / Umgehungstatbestände? (I)

- Man hört praktisch nichts, alles sehr ruhig, keine „Skandale“
 - Gründe dafür:
 - Anwendungsbereich BewG heute sehr stark eingeschränkt
 - Verhalten gesetzeskonformer? (Sensibilisierung z.B. der Notare, Anwälte, Treuhänder)
 - Umgehungen geschickter?
 - Behörden träger?
 - Legitimation der Gesetzgebung in Frage gestellt (wenig Denunziation)?

Umwege / Umgehungstatbestände? (II)

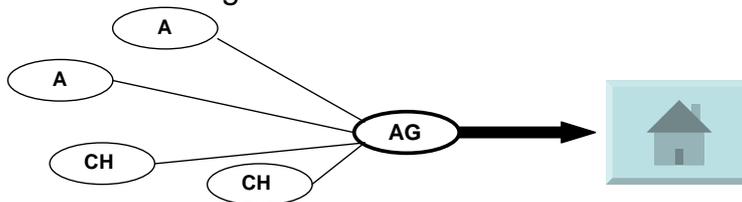
- Erwerb Ferienwohnungen: „Scheinaufenthalt“ / „Scheinaufenthaltsbewilligungen“ / „Scheinhauptwohnungen“ (eigentlich Erwerb von Ferienwohnungen)
- Verurkundung von Kaufverträgen, mangels Bewilligung (nicht genügende Kontingente) noch keine Eintragung im Grundbuch, noch kein Eigentumserwerb: Aber trotzdem Bezahlung Kaufpreis, Bezug Wohnung
- Treuhand (Treuhand, der für Rechnung eines Ausländers handelt, gilt selbst als Ausländer):
 - In Regel klare Verletzung BewG (zivilrechtlich wie strafrechtlich)
 - Problem der Aufdeckung, des Aufdeckenwollens
 - Anmerkung: Je vermögender und grösser der Treuhänder, desto besser „geeignet“ für solche Geschäfte (insbesondere auch juristische Personen)
- Kettengeschäfte / Verschachtelungsgeschäfte



© Mai 08 | 23

Umwege / Umgehungstatbestände? (III)

- Sammelvermögen



- Zusammenwirken verschiedener Personen
Beispiel: Ausländischer Investor will Wohnüberbauung realisieren, kann Grundstück nicht direkt erwerben / will allenfalls nur Überbauung realisieren, nichts mehr
 - Mögliches Vorgehen:
 - CH-Gesellschaft sichert sich Grundstück (z.B. Kaufsrecht)
 - CH-Gesellschaft sucht Kaufinteressenten
 - Ausländischer Investor schliesst GU-Vertrag mit Kaufinteressenten
 - CH-Gesellschaft kauft Grundstück und verkauft an Kaufinteressenten (bzw. vermittelt Grundstückkauf)
 - **Achtung:** Zusammenwirken CH-Gesellschaft mit ausländischem Investor u.U. heikel

© Mai 08 | 24

Umwege / Umgehungstatbestände? (IV)

Geissmann



RECHTSANWÄLTE

- Jeder Fall ist für sich zu beurteilen
- Wirtschaftliche Betrachtungsweise
- Auf wessen Rechnung / Risiko wird gehandelt?
- Prüfung verschiedener Gesetzesbestimmungen (subjektive / objektive Bewilligungspflicht)

© Mai 08 | 25

Geissmann



RECHTSANWÄLTE

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Geissmann Rechtsanwälte
Mellingerstrasse 2a
5402 Baden
Tel.: 056 203 00 11
Email: geissmann@geissmannlegal.ch

© Mai 08 | 26