



Fabiano Menghini / Noémie Ammann\*

## Lex Koller in M&A- Transaktionen

Ausgewählte Herausforderungen aus der Praxis



### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Subjektive Bewilligungspflicht: Beherrschung einer juristischen Person durch Person(en) im Ausland
  1. Generalklausel
  2. Gesetzliche Vermutung: Anteilsbesitz von mehr als einem Drittel durch Personen im Ausland
- III. Objektive Bewilligungspflicht: Bewilligungspflichtige Grundstücke
  1. Betriebsstättebegriff
  2. Gemischt genutzte Grundstücke
  3. Miterwerb von angemessenen Landreserven
- IV. Objektive Bewilligungspflicht: Erwerb von Anteilen an gemischten Immobiliengesellschaften
  1. Immobiliengesellschaften i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG
    - 1.1. Statutarischer Zweck
    - 1.2. Tatsächlicher Zweck: Anteil bewilligungspflichtiger Grundstücke an den Aktiven
      - a Lehre
      - b Rechtsprechung
      - c Behördenpraxis
      - d Berechnung des Anteils bewilligungspflichtiger Grundstücke an den Aktiven
    - 1.3. Tatsächlicher Zweck: Herkunft von Umsatz und Gewinn
  2. Immobiliengesellschaften im Konzern
- V. Fazit und Empfehlungen

### I. Einleitung

In M&A-Transaktionen stellt sich regelmässig die Frage, ob der Erwerb von Anteilen an juristischen Personen, welche direkt oder indirekt Immobilienanlagen in der Schweiz halten, durch Personen im Ausland im Sinne des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) unter die Bewilligungspflicht des BewG<sup>1</sup> (nachfolgend auch Lex Koller genannt) fällt.

\* Fabiano Menghini, LL.M., Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, ist Partner bei Lenz & Staehelin in Zürich. Noémie Ammann, MLaw, ist Rechtsanwältin bei SwissLegal asg.advocati in St. Gallen. Ein herzlicher Dank gilt Jan Küng, MLaw, Rechtsanwältin bei Lenz & Staehelin in Zürich, für die wertvolle Mitarbeit.

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG; SR 211.412.41; hierin auch Bewilligungsgesetz).

Die Bewilligungspflicht des BewG erfordert folgende drei kumulativ zu erfüllende Kriterien: (i) Beim Erwerber muss es sich um eine Person im Ausland im Sinne des BewG handeln (subjektive Bewilligungspflicht), (ii) beim Gegenstand des Rechtsgeschäfts muss es sich um ein bewilligungspflichtiges Grundstück handeln (objektive Bewilligungspflicht nach dem Nutzungszweck des Grundstücks) und (iii) das erworbene Recht muss als Erwerb eines Grundstücks im Sinne des BewG gelten (objektive Bewilligungspflicht nach der Art des Rechts).

In der Praxis stellen sich im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen bei der Beurteilung der vorgenannten Kriterien diverse Herausforderungen. Werden Anteile einer juristischen Person erworben, welche direkt oder indirekt bewilligungspflichtige Grundstücke in der Schweiz hält, ist der Erwerb dieser Anteile dann grundsätzlich bewilligungspflichtig, wenn eine juristische Person als sog. Immobiliengesellschaft im Sinne des BewG qualifiziert. Hat eine Person im Ausland eine beherrschende Stellung bei einer juristischen Person inne, gilt es die subjektive Bewilligungspflicht genauer abzuklären. Ferner ist der Erwerb von Anteilen an einer Immobiliengesellschaft oder der Erwerb von Grundstücken, bei welchen ein beträchtlicher Anteil an Landreserven zu verzeichnen ist (Landreserven werden unter bestimmten Voraussetzungen den bewilligungspflichtigen Grundstücken angerechnet), womöglich bewilligungspflichtig.

Nach Art. 17 Abs. 1 BewG müssen Erwerber, deren Bewilligungspflicht sich «nicht ohne weiteres ausschliessen lässt», um die Bewilligung oder die Feststellung nachsuchen, dass sie keiner Bewilligung bedürfen. In der Praxis geht es in der Regel darum, um die Feststellung der Nichtunterstellung unter die Lex Koller nachzusuchen (nachfolgend auch Nichtunterstellungsverfügung genannt). Eine Bewilligung wird ohnehin nur in limitierten Ausnahmefällen (welche in diesem Beitrag nicht thematisiert werden) erteilt.

Aufgrund der offenen Formulierung in Art. 17 Abs. 1 BewG besteht in der Praxis teilweise Unklarheit darüber, in welchen Situationen eine Nichtunterstellungsverfügung erforderlich ist. Wird keine Nichtunterstellungsverfügung eingeholt, besteht unter Umständen Rechtsunsicher-

heit aufgrund der drohenden Nichtigkeit<sup>2</sup> des Rechtsgeschäfts.<sup>3</sup> Ferner drohen eine Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes bzw. auf Auflösung der juristischen Person<sup>4</sup> sowie nicht zuletzt strafrechtliche Konsequenzen.<sup>5</sup> Vor diesem Hintergrund wären klarere Kriterien für die Beurteilung der Bewilligungspflicht für die involvierten Parteien wünschenswert.

Wird demgegenüber um Erteilung einer Nichtunterstellungsverfügung ersucht, kann dies einen erheblichen (und unter Umständen negativen) Einfluss auf die Zeitachse, die Transaktionsstruktur, die Transaktionskosten und damit letztlich auch die Transaktionssicherheit haben. So müssen nach Art. 17 Abs. 1 BewG spätestens nach dem Abschluss des Rechtsgeschäftes (*Signing*) das Gesuch um Feststellung der Nichtunterstellung eingereicht sowie der Entscheid der zuständigen Behörde und der Ablauf der einschlägigen Rechtsmittelfristen (sofern keine Verzichte der Rechtsmittelbehörden abgegeben werden) abgewartet werden, bevor der Vollzug des Rechtsgeschäfts (*Closing*) erfolgen darf.

Der vorliegende Beitrag unternimmt den Versuch, eine praxisnahe Hilfestellung für M&A-Transaktionen zu bilden, die eine Zielgesellschaft (*Target*) betreffen, welche direkt oder indirekt bewilligungspflichtige Grundstücke in der Schweiz hält. Dabei werden mögliche Lösungsansätze skizziert, (i) in welchen Fällen eine Transaktion ohne Einholung einer Nichtunterstellungsverfügung vertretbar erscheint, (ii) in welchen Fällen die Einholung einer Nichtunterstellungsverfügung empfohlen ist und (iii) in welchen Fällen eine Transaktion vermutungsweise der Bewilligungspflicht unterliegt und damit vor dem Vollzug einen separaten Verkauf der relevanten Grundstücke (*Carve-Out*) voraussetzen würde. Zunächst wird darauf eingegangen, unter welchen Voraussetzungen eine Person im Ausland eine beherrschende Stellung bei einer juristischen Person innehat (Ziff. II). Weiter wird erläutert, welche Grundstücke bewilligungspflichtig sind und welche Herausforderungen sich in diesem Zusammenhang in der Praxis stellen (Ziff. III). Sodann wird untersucht, wann eine Gesellschaft als Immobiliengesellschaft im Sinne der Lex Koller zu qualifizieren ist (Ziff. IV). Abschliessend werden die Erkenntnisse zusammengefasst und ein Überblick über die Empfehlungen betreffend die Einholung einer Nichtunterstellungsverfügung gegeben (Ziff. V).

## II. Subjektive Bewilligungspflicht: Beherrschung einer juristischen Person durch Person(en) im Ausland

Der subjektiven Bewilligungspflicht im Sinne der Lex Koller unterliegen Personen im Ausland. Als Person im Ausland können neben natürlichen Personen auch juristische Personen gelten.<sup>6</sup> Natürliche Personen gelten als Personen im Ausland, sofern sie eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzen und nicht über das Recht verfügen, sich in der Schweiz niederzulassen.<sup>7</sup> Juristische Personen, die ihren Sitz im Ausland haben<sup>8</sup> oder aber solche, die ihren Sitz in der Schweiz haben und durch Personen im Ausland beherrscht werden, gelten ebenfalls als Personen im Ausland<sup>9</sup>.

In der Regel bildet die subjektive Bewilligungspflicht bei M&A-Transaktionen keine Schwierigkeiten. Von Zeit zu Zeit stellt sich allerdings die Frage, wann eine Person im Ausland eine beherrschende Stellung bei einer juristischen Person mit Sitz in der Schweiz innehat und wo die Grenze bei der Beurteilung der subjektiven Bewilligungspflicht zu ziehen ist. Dies ist zum einen genauer zu untersuchen, falls zwar die juristische Person basierend auf den Beteiligungsverhältnissen als ausländisch beherrscht betrachtet werden könnte, allerdings schweizerische Personen in der Gesellschaft das effektive Sagen haben, und zum anderen, falls die Gesellschaft ein gestreutes (zumindest teilweise) ausländisches Aktionariat aufweist.

### 1. Generalklausel

Eine Person im Ausland hat gemäss Art. 6 Abs. 1 BewG – im Sinne einer Generalklausel – eine beherrschende Stellung inne, wenn sie aufgrund ihrer finanziellen Beteiligung, ihres Stimmrechts oder aus anderen Gründen allein oder gemeinsam mit anderen Personen im Ausland die Verwaltung oder Geschäftsführung entscheidend beeinflussen kann. Die beherrschende Stellung wird demnach mit der «entscheidenden Beeinflussung» näher umschrieben, ohne dass wiederum genauer bestimmt wird, was darunter effektiv zu verstehen ist.

Eine beherrschende Stellung hat inne, wer die wesentlichen Entscheidungen treffen kann oder wer in der Lage ist, die entscheidenden Gesellschaftsorgane derart zu beeinflussen, dass diese im Interesse der einflussnehmenden

<sup>2</sup> Die Folgen der Nichtigkeit, gerade bei grenzüberschreitenden Transaktionen mit Verträgen, die ausländischem Recht unterstehen, können nicht allgemeingültig beantwortet werden und werden in der Lehre soweit ersichtlich nicht thematisiert.

<sup>3</sup> Art. 26 BewG.

<sup>4</sup> Art. 27 BewG.

<sup>5</sup> Art. 28 ff. BewG.

<sup>6</sup> Art. 5 BewG.

<sup>7</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. a<sup>bis</sup> BewG i.V.m. Art. 2 Abs. 3 der Verordnung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 1. Oktober 1984 (BewV; SR 211.412.411); bei EU-Bürgern ist gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a BewG der Wohnsitz massgebend.

<sup>8</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. b BewG.

<sup>9</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. c BewG

Person entscheiden müssen.<sup>10</sup> Mit anderen Worten ist entscheidend, wer in einer juristischen Person tatsächlich das Sagen und somit eine derart starke Machtposition hat, dass die Gesellschaftsorgane ihren Willen dieser unterordnen.<sup>11</sup> Die beherrschende Stellung können sowohl eine Person allein als auch mehrere Personen gemeinsam innehaben.<sup>12</sup> Dabei genügt das blosses Vorhandensein einer wesentlichen Mitentscheidungsmöglichkeit; es ist nicht erforderlich, dass die Beeinflussungsmöglichkeiten tatsächlich gebraucht werden.<sup>13</sup> Massgebend ist dabei, dass die Einflussmöglichkeit wesentlich resp. entscheidend sein muss. Es kann nach unserer Auffassung nicht bereits bei einer theoretischen Möglichkeit der Einflussnahme, welche jedoch für alle praktischen Zwecke ausgeschlossen ist, von einer entscheidenden Beeinflussungsmöglichkeit ausgegangen werden. Andernfalls wäre es faktisch nahezu ausgeschlossen, die gesetzliche Vermutung zu widerlegen.

Diese Mitentscheidungsmöglichkeit muss gemäss Art. 6 Abs. 1 BewG in der Verwaltung oder Geschäftsführung bestehen. Dabei kommt es nicht auf die konkrete Position an, sondern es werden vielmehr alle Funktionen erfasst, denen in Tat und Wahrheit das Sagen zukommt und ist unter einem vorwiegend ökonomischen Blickwinkel zu betrachten.<sup>14</sup> Zu denken ist beispielsweise an den faktischen Drahtzieher im Hintergrund.<sup>15</sup> Eine entscheidende Beeinflussung kann auch indirekt erfolgen.<sup>16</sup> Dies ist insbesondere in konzernrechtlichen Verhältnissen von Bedeutung. Ist im Rahmen einer M&A-Transaktion das Target eine Tochtergesellschaft in einer Gesellschaftsgruppe und sind die Organe der Muttergesellschaft in der Lage, die Unternehmenspolitik der Tochtergesellschaft entscheidend zu beeinflussen, besteht die Möglichkeit der beherrschenden Stellung durch die Muttergesellschaft. Ausserdem können Dritte «aus anderen Gründen» den Tatbestand der beherrschenden Stellung erfüllen und namentlich durch Abschluss von Verträgen (beispielsweise Aktionärsbindungsverträgen, Exklusiv- und Lizenzverträgen sowie langfristige Mietverträgen<sup>17</sup>), durch Kredit- und Darlehensfinanzierungen, Schuldbei-

tritt, das Stellen von Garantien oder Bürgschaften gegebenenfalls wirksam kontrollieren.<sup>18</sup>

## 2. Gesetzliche Vermutung: Anteilsbesitz von mehr als einem Drittel durch Personen im Ausland

Neben der Generalklausel enthält Art. 6 Abs. 2 BewG eine Reihe von gesetzlichen Vermutungen: Diesen zufolge wird eine ausländische Beherrschung grundsätzlich vermutet, wenn (i) Personen im Ausland mehr als einen Drittel des Aktienkapitals besitzen (lit. a), (ii) über mehr als einen Drittel der Stimmen in der Generalversammlung verfügen (lit. b) oder (iii) der juristischen Person Fremdkapital zur Verfügung stellen, die mehr als die Hälfte der Differenz zwischen den Aktiven der juristischen Person und ihren Schulden gegenüber nicht bewilligungspflichtigen Personen ausmachen (lit. d).<sup>19</sup> Dabei handelt es sich jedoch um eine widerlegbare Vermutung (stets unter Berücksichtigung der Generalklausel im Sinne von Art. 6 Abs. 1 BewG *e contrario*).<sup>20</sup>

In M&A-Transaktionen interessiert vordergründig, wie der Erwerb zu beurteilen ist, der in einem Anteilsbesitz von mehr als einem Drittel am Target resultiert. Der betroffenen Käuferin steht im Einzelfall der Nachweis offen, dass die Voraussetzungen für die Annahme einer ausländischen Beherrschung nicht erfüllt sind, obschon die ausländische Beteiligung am Kapital oder an den Stimmen rein quantitativ einen Drittel übersteigt.<sup>21</sup> Massgebend sind stets die tatsächlichen Verhältnisse im Einzelfall. Zur Verhinderung von Umgehungsgeschäften kommt bei der subjektiven (wie auch bei der objektiven) Seite der Bewilligungspflicht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zur Anwendung.<sup>22</sup> Entsprechend ist nicht lediglich auf Zahlen abzustellen, sondern insbesondere auch darauf, wie die Anteile einer Gesellschaft verteilt sind.

Zum einen ist Vorsicht geboten, da in speziellen Konstellationen bei einem ausländischen Anteil am Kapital von *weniger als einem Drittel* dennoch eine ausländische Beherrschung angenommen werden kann. In BGE 109 Ib 105 E. 2c verfügte ein ausländischer Aktionär über einen Anteil von weniger als einem Drittel

<sup>10</sup> Vgl. RENÉ EICHENBERGER, Die Behandlung des Aktienerwerbs in der Lex Friedrich, Diss. Zürich 1992, 65 m.w.H.

<sup>11</sup> EICHENBERGER (FN 10), 65 f.

<sup>12</sup> Art. 6 Abs. 1 BewG.

<sup>13</sup> HANSPETER GEISSMANN/FELIX HUBER/THOMAS WETZEL, Grundstückerwerb in der Schweiz durch Personen im Ausland, Von der Lex Friedrich zur Lex Koller, Überblick über die Revision 1997, Zürich 1998, N 75.

<sup>14</sup> Vgl. BGE 109 Ib 101 E. 2c; ausführlicher Urs MÜHLEBACH/HANSPETER GEISSMANN, Lex F., Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Brugg/Baden 1986, Art. 6 N 17 ff.

<sup>15</sup> GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 74.

<sup>16</sup> EICHENBERGER (FN 10), 66 f.

<sup>17</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in FN 99 zu Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 BewV.

<sup>18</sup> Vgl. BGE 101 Ib 387 E. 4a; GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 80.

<sup>19</sup> Art. 6 Abs. 2 lit. a, b und d BewG, wobei für die Beherrschung einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft sowie eines Immobilienfonds oder einer Immobilien-SICAV weitere gesetzliche Vermutungen bestehen, vgl. dazu Art. 6 Abs. 3 bis 5 BewG.

<sup>20</sup> Vgl. BGE 104 Ib 8 E. 3a.

<sup>21</sup> Vgl. auch Urteil der verwaltungsrechtlichen Kammer des Bundesgerichts vom 29. Mai 1975 i.S. Eidgenössische Justizabteilung gegen Fareast Knitwear Sales Ltd., Werner Hüsler und Regierungsrat des Kantons Schwyz, in: ZBGR 1975, 375 ff., 384.

<sup>22</sup> Vgl. BGE 109 Ib 101 E. 2c; Appellationsgericht (BS) VD.2015.179 vom 16. September 2016 E. 7.3.2 m.w.H.

(genauer 32.5 %) am Aktienkapital. Die blossе Tatsache, dass sich weniger als ein Drittel der Aktien in ausländischer Hand befinde, schliesse gemäss den bundesgerichtlichen Ausführungen das Risiko einer ausländischen Beherrschung nicht aus. Es gäbe andere (wirtschaftliche) Möglichkeiten, Einfluss auf ein Unternehmen zu nehmen. Im zu beurteilenden Fall hatte der ausländische Aktionär gleichzeitig das Mandat des Verwaltungsratspräsidenten inne, weswegen das Bundesgericht trotz der nicht erreichten Drittelsgrenze von einer ausländischen Beherrschung ausging.<sup>23</sup> Entsprechend gilt es die gesetzlichen Vermutungen von Art. 6 Abs. 2 BewG stets unter Berücksichtigung der Generalklausel im Sinne von Art. 6 Abs. 1 BewG zu beurteilen.

Zum anderen kann die gesetzliche Vermutung auch widerlegt werden, wenn der ausländische Kapitalanteil zwar *über einem Drittel* liegt, jedoch aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse keine beherrschende Stellung besteht.<sup>24</sup> Zwar ermöglicht eine Beteiligung am Aktienkapital von mehr als einem Drittel ein gewisses Machtpotential, sofern dieses nicht breit gestreut, sondern in den Händen einer oder bloss weniger Personen vereint ist.<sup>25</sup> Allerdings fällt unter Berücksichtigung der besonderen Struktur der Beteiligungsverhältnisse eine beherrschende Stellung einer Person im Ausland in der Regel ausser Betracht, wenn die Anteile einer Gesellschaft ungleich verteilt sind und ein konzentrierter Anteilsbesitz in der Schweiz einem ausländischen Streubesitz gegenübersteht.<sup>26</sup> Dies gilt umso mehr, wenn der schweizerische Anteilsbesitz durch einen Aktionärsbindungsvertrag zusätzlich begünstigt wird.<sup>27</sup>

Bei *ausländischem Streubesitz* ist genau zu untersuchen, ob eine beherrschende Stellung von Personen im Ausland aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse möglich ist. Sind die Möglichkeiten ausländischer Einflussnahme weitgehend beschränkt, sollte unseres Erachtens bei ausländischem Streubesitz die subjektive Bewilligungspflicht nur zurückhaltend angenommen werden.<sup>28</sup> Dies gilt insbesondere für Publikumsgesellschaften mit einem breit gestreuten Aktionariat. Aktionären von *Publikumsgesellschaften* ist es regelmässig nur in besonderen Konstellationen möglich, beherrschenden Einfluss auf eine Gesellschaft auszuüben. Die Einflussnahme ist insbesondere dann gerade nicht möglich, wenn kein Aktio-

när eine wesentliche Beteiligung hält und keine Absprachen unter Aktionären bestehen<sup>29</sup> oder beispielsweise bei Dispoaktien, denn die Aktionäre sind ohne Eintragung im Aktienbuch nicht stimmberechtigt und haben keinerlei Einflussmöglichkeit auf die Gesellschaft.<sup>30</sup> Dispoaktien ausländischer Aktionäre sind entsprechend bei der Berechnung des ausländischen Anteilsbesitzes nicht zu berücksichtigen. Im Gegenzug kommt den Geschäftsleitungsorganen in diesen Fällen eine zentrale Rolle zu.<sup>31</sup> EICHENBERGER sowie MÜHLEBACH/GEISSMANN gehen deshalb davon aus, dass bei börsenkotierten Gesellschaften nur in Ausnahmefällen von einer ausländischen Beherrschung auszugehen ist.<sup>32</sup> Sie vertreten richtigerweise die Auffassung, dass für Publikumsgesellschaften eine umgekehrte, «praxisgemässe Vermutung» gelte. Danach sollen «notorisch schweizerische» Publikumsgesellschaften vermutungsweise auch als schweizerisch beherrscht gelten, unabhängig davon, ob der Richtwert von einem Drittel gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a und b BewG überschritten wird.<sup>33</sup> Dasselbe gilt selbstredend für Tochtergesellschaften von Publikumsgesellschaften.

Bei der Beurteilung, ob bei einem ausländischen Streubesitz der Gesellschaftsanteile eine entscheidende Einflussnahme besteht, ist ausserdem die *Zusammensetzung der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrates* von Relevanz, zumal Art. 6 Abs. 1 BewG explizit vorsieht, dass die beherrschende Stellung in Verwaltung oder Geschäftsführung bestehen muss. Ein Anhaltspunkt für eine schweizerische Beherrschung kann beispielsweise darin bestehen, dass die Mehrheit der Verwaltungsräte oder Geschäftsleitungsmitglieder Schweizer sind resp. nicht als Personen im Ausland qualifizieren.<sup>34</sup> Dies ist anhand der Voraussetzungen für natürliche Personen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a und abis BewG zu beurteilen.<sup>35</sup> Daneben kommen aber auch Aussenstehende in Frage, welche die eigentlichen Willensbildungsorgane einer Gesellschaft aus anderen Gründen in entscheiden-

<sup>23</sup> BGE 109 Ib 101 E. 2c.

<sup>24</sup> ZBGR 1975 (FN 21), 383 f.; vgl. auch MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), Art. 6 N 28.

<sup>25</sup> ZBGR 1975 (FN 21), 382; vgl. auch BGE 98 Ib 110 E. 4; EICHENBERGER (FN 10), 68.

<sup>26</sup> EICHENBERGER (FN 10), 72 f.; vgl. auch ZBGR 1975 (FN 21), 383; MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), Art. 6 N 28; ETIENNE TRANDAFIR, Lex Koller : acquisitions indirectes, SA, fonds de placement contractuel, SICAV, SCPC, fondation de placement, société immobilière, trust, Diss. Fribourg 2019, Zürich 2019, N 38.

<sup>27</sup> EICHENBERGER (FN 10), 73 m.w.H.; TRANDAFIR (FN 26), N 39.

<sup>28</sup> Ähnlich EICHENBERGER (FN 10), 72 f.; MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), Art. 6 N 28.

<sup>29</sup> Vgl. MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), Art. 6 N 28.

<sup>30</sup> Vgl. TRANDAFIR (FN 26), N 28 ff.

<sup>31</sup> EICHENBERGER (FN 10), 100.

<sup>32</sup> EICHENBERGER (FN 10), 100 f.; vgl. auch MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), Art. 6 N 29.

<sup>33</sup> EICHENBERGER (FN 10), 97 ff.; MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), Art. 6 N 29.

<sup>34</sup> So auch EICHENBERGER (FN 10), 72; TRANDAFIR (FN 26), N 42 ff. Der Vorentwurf zur Revision der Lex Koller 2017 (welche letztlich nicht umgesetzt wurde) beabsichtigte, die Zusammensetzung der Verwaltung ebenfalls als Vermutung in den Katalog von Art. 6 Abs. 2 BewG aufzunehmen. Aus Art. 6 Abs. 2 lit. b<sup>bis</sup> VE-BewG *e contrario* ist zu schliessen, dass (zumindest) ein Verwaltungsrat zur Mehrheit bestehend aus Schweizern, einen wesentlichen Einfluss auf die Gesellschaft zu verüben vermag. Dazu wird im Vorentwurf festgehalten, dass die meisten operativ wichtigen Entscheide ohnehin der Verwaltungsrat und nicht die Gesellschafterversammlung fällt; vgl. dazu Erläuternder Bericht mit Vorentwurf, Änderung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, März 2017, 8 und 13.

<sup>35</sup> Vgl. auch TRANDAFIR (FN 26), N 47.

der Weise zu beeinflussen vermögen.<sup>36</sup> Bei ausländischem Streubesitz der Gesellschaftsanteile, aber gleichzeitiger schweizerischer Beherrschung der Geschäftsleitung oder des Verwaltungsrates, ist eine entscheidende Einflussnahme durch Personen im Ausland unseres Erachtens zu verneinen. Auch an dieser Stelle ist zu betonen, dass eine lediglich theoretische Beeinflussungsmöglichkeit ausländischer Aktionäre, welche jedoch für alle praktischen Zwecke ausgeschlossen ist (beispielsweise da sich die Anteile in ausländischem Streubesitz befinden), aus unserer Sicht nicht genügt, um die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung zu verhindern.<sup>37</sup>

### III. Objektive Bewilligungspflicht: Bewilligungspflichtige Grundstücke

Dem Grundsatz nach unterliegt der Erwerb von Grundstücken in der Schweiz durch Personen im Ausland der Bewilligungspflicht.<sup>38</sup> Im Rahmen der Eruierung der objektiven Bewilligungspflicht nach dem Nutzungszweck des Grundstücks ist zu bestimmen, ob ein bewilligungspflichtiges Grundstück im Sinne der Lex Koller vorliegt. Der Begriff des Grundstücks entspricht demjenigen des Zivilgesetzbuches.<sup>39</sup> Demnach zählen zu den Grundstücken neben Liegenschaften auch die ins Grundbuch eingetragenen selbständigen und dauernden Baurechte.<sup>40</sup>

Bewilligungspflichtig im Sinne der Lex Koller ist der Erwerb von Wohneigentum und damit von Ein- und Mehrfamilienhäusern, Eigentumswohnungen sowie Bauland, welches für solche Bauten bestimmt ist.<sup>41</sup> Das Bewilligungsgesetz enthält jedoch eine Reihe von Ausnahmetatbeständen, welche nicht als bewilligungspflichtige Grundstücke gelten. Dazu zählt namentlich der Erwerb einer Hauptwohnung durch natürliche Personen am Ort ihres Wohnsitzes.<sup>42</sup> Die Bewilligungspflicht entfällt ausserdem – was für M&A-Transaktionen entscheidend ist und weshalb nachfolgend näher darauf eingegangen wird – für den Erwerb von sog. Betriebsstättegrundstücken<sup>43</sup> und bis zu einem gewissen Umfang von Wohnanteilen<sup>44</sup> und Landreserven<sup>45</sup> von Betriebsstätten. Interessiert sich somit ein ausländischer Investor für den

Erwerb einer Gesellschaft, welche Grundstücke in der Schweiz hält, stellt sich immer auch die Frage, ob die betreffenden Grundstücke als Betriebsstättegrundstücke qualifizieren und ob allfällige Wohnanteile und/oder Landreserven im zulässigen Umfang bestehen. Ist dies zu bejahen, so ist der Erwerb der Gesellschaft bewilligungsfrei möglich.

#### 1. Betriebsstättebegriff

Gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG bedarf der Erwerb eines Grundstücks keiner Bewilligung, wenn es als ständige Betriebsstätte eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerksbetriebes oder eines freien Berufes dient. Der *Betriebsstättebegriff* ist weit zu fassen und umfasst nicht nur eine Geschäftsniederlassung im handelsrechtlichen Sinn, sondern vielmehr bereits ständige körperliche Anlagen oder Einrichtungen, mittels welcher ein Unternehmen einen qualitativ wesentlichen Teil ihres Betriebs vollzieht.<sup>46</sup> Der Betriebsstättebegriff beschränkt sich ausserdem nicht nur auf klassische Industrie- und Gewerbearten, sondern umfasst auch den Finanz- und Dienstleistungssektor, das einfache Handwerk und die freien Berufe (so beispielsweise Fabrikationsgebäude, Lagerhallen oder -plätze, Büros, Einkaufscenter, Verkaufsläden, Datacenter, Hotels, Restaurants, Handwerksstätten, Arztpraxen, etc.).<sup>47</sup> Auch landwirtschaftliche Grundstücke fallen unter den Betriebsstättebegriff.<sup>48</sup> Dies allerdings nicht, sofern sich (noch) landwirtschaftlich genutzte Grundstücke in einer Wohnzone befinden, da diesen früher oder später die landwirtschaftliche Nutzung entzogen werden soll.<sup>49</sup> Das Erstellen sowie die gewerbsmässige Vermietung resp. Verpachtung von und der Handel mit Wohnraum begründet dagegen keine Betriebsstätte.<sup>50</sup>

Für die Qualifikation einer Liegenschaft als Betriebsstättegrundstück ist einzig der *Nutzungszweck* entscheidend.<sup>51</sup> Ausschlaggebend ist, dass das Grundstück direkt der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit dient, wobei das Grundstück ganz oder zu einem wesentlichen Teil einer Betriebsstätte zu dienen hat.<sup>52</sup> Dienen einzelne Räume oder Teile nicht der Betriebsstätte und sind

<sup>36</sup> Vgl. weiter vorne zur beherrschenden Stellung «aus anderen Gründen».

<sup>37</sup> Vgl. dazu Ziff. II.1.

<sup>38</sup> Art. 2 Abs. 1 BewG.

<sup>39</sup> Art. 655 ZGB.

<sup>40</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. a BewG i.V.m. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 ZGB; vgl. SIMONE ALBISSETTI, Erwerb von Grundeigentum durch Personen im Ausland, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 3. A. Zürich 2017, § 8 N 10.

<sup>41</sup> Bundesamt für Justiz (BJ), Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Merkblatt, Bern 1. Juli 2009 (Stand 12. Mai 2021), 4.

<sup>42</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. b BewG i.V.m. Art. 5 BewV.

<sup>43</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG.

<sup>44</sup> Art. 2 Abs. 3 BewG.

<sup>45</sup> Art. 18a Abs. 1 lit. c BewV.

<sup>46</sup> BGE 106 Ib 287 E. 4b.

<sup>47</sup> Vgl. Bundesamt für Justiz (BJ), Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Wegleitung für die Grundbuchämter, Bern 1. Juli 2009, Ziff. 41.1; vgl. auch GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 134.

<sup>48</sup> Art. 3 Abs. 3 lit. a BewV *e contrario*; vgl. dazu Urs L. BAUMGARTNER/MATTHIAS HAUSER, Erwerb von Beteiligungen an Gesellschaften mit Immobilienbesitz durch Ausländer, Bemerkungen zur Revision der Lex Friedrich vom 30. April 1997, SZW 1999, 86 ff., 87.

<sup>49</sup> ALBISSETTI (FN 40), § 8 N 15.

<sup>50</sup> Art. 3 BewV; vgl. auch RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM, Vollzug von Aktienkäufen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich 2013, 91 ff., 102.

<sup>51</sup> AB N 1997 676.

<sup>52</sup> GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 137 und 140; BGE 147 II 281 E. 4.3; vgl. auch Merkblatt (FN 41), 5.

sie für diese von untergeordneter Bedeutung, ist der Erwerb trotzdem zu tolerieren.<sup>53</sup> Der Betriebsstättebegriff enthält aber unter Berücksichtigung von Art. 12 lit. b BewG – wonach ein zwingender Verweigerungsgrund darin liegt, wenn die Fläche grösser ist, als es der Verwendungszweck erfordert – nicht nur ein funktionales, sondern auch ein flächenmässiges Element.<sup>54</sup> Stellen die nicht der Betriebsstätte dienenden Räume flächen-, wert- oder funktionsmässig einen nicht mehr untergeordneten Teil der Liegenschaft dar, können diese nicht mehr der Betriebsstätte zugeordnet werden.<sup>55</sup> Damit zumindest der gewerblich genutzte Teil der Liegenschaft an eine Person im Ausland veräussert werden kann, kann die Liegenschaft in Stockwerkeigentum aufgeteilt werden.<sup>56</sup> Ferner gelten die ausserhalb der Schweiz gelegenen Grundstücke als «Nichtimmobilienanlagen» und sind somit von vornherein unter dem Blickwinkel der Lex Koller nicht zu berücksichtigen.<sup>57</sup>

Darüber hinaus spielt es keine Rolle, ob das Grundstück dem Unternehmen des Erwerbers dient oder einem Dritten für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit vermietet oder verpachtet wird.<sup>58</sup> Betriebsstättegrundstücke können auch als *blosse Kapitalanlage* erworben werden.<sup>59</sup> Neben dem Erwerb eines Betriebsstättegrundstücks zu Eigentum ist auch der Erwerb anderer Rechte wie die Begründung eines Kaufs-, Vorkaufs- oder Rückkaufsrechts, die Finanzierung des Grundstückserwerbs oder der Erwerb eines Schuldbriefs bewilligungsfrei.<sup>60</sup>

## 2. Gemischt genutzte Grundstücke

Für gemischt genutzte Grundstücke, also solche, die sowohl bewohnt als auch gewerblich genutzt werden, sieht das Bewilligungsgesetz vor, dass beim Erwerb von Betriebsstättegrundstücken durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschriebene Wohnungen oder dafür reservierte Flächen miterworben werden können.<sup>61</sup> Eine Obergrenze enthält die Lex Koller jedoch nicht. Die Vorschriften in Art. 2 Abs. 3 BewG enthalten einen allgemeinen Grundsatz für gemischt genutzte Grundstücke, wonach das Bewilligungsgesetz keine Anwendung findet, wenn die gewerbliche Nutzung überwiegt.<sup>62</sup>

Wohnungen können somit einerseits miterworben werden, wenn sie gemäss raumplanerischen *Wohnanteilsvorschriften*, wonach in bestimmten Zonen ein gewisser Anteil der Geschossfläche für Wohnzwecke zu nutzen ist, vorgeschrieben sind.<sup>63</sup> Das Bewilligungsgesetz und die Bewilligungsverordnung enthalten allerdings weder eine Obergrenze noch ein Kriterium für den bewilligungsfreien Miterwerb von Wohnungen, die durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschrieben sind. Der Begriff «miterwerben» kann als dahingehend einschränkend interpretiert werden, als dass der Erwerb von durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschriebenen Wohnungen nur in einem untergeordneten Masse zulässig ist.<sup>64</sup> Das Bundesamt für Justiz hält in seiner Wegleitung fest, dass die Befreiung von der Bewilligungspflicht «nicht generell für alle Grundstücke gilt, für die Wohnanteilspläne vorgeschrieben sind, sondern nur für hauptsächlich betrieblich genutzte Grundstücke mit einem untergeordneten Anteil vorgeschriebener Wohnungen.»<sup>65</sup> Auch der Kanton Genf erlaubt gemäss seinem Merkblatt einen Wohnanteil von bis zu 50 Prozent der Geschossfläche des Gebäudes oder der gesamten Bebauung auf der Parzelle, wobei der gewerbliche Charakter sowohl flächenmässig als auch wertmässig überwiegen muss.<sup>66</sup> Ähnlich hielt das Baurekursgericht des Kantons Zürich in einem jüngeren Entscheid fest, dass neben der Wohnanteilsfläche auch der marktübliche Umsatz der Wohnungen eine massgebende Rolle spielt; den Schwellenwert des potentiellen Mietertrags hat das Baurekursgericht auf 50 Prozent des Gesamtertrags der Liegenschaft festgelegt.<sup>67</sup> Gemäss GEISSMANN/HUBER/WETZEL dürften dagegen, aufgrund einer fehlenden ausdrücklichen Einschränkung im Bewilligungsgesetz, Liegenschaften bewilligungsfrei erworben werden, auch wenn entsprechende Wohnanteilsvorschriften einen sehr hohen Wohnnutzungsanteil vorschreiben; spricht, auch wenn die Wohnanteilsvorschriften 50 Prozent übersteigen würden.<sup>68</sup> Auch für

<sup>53</sup> Art. 2 Abs. 3 BewG

<sup>64</sup> Vgl. GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 144.

<sup>65</sup> Wegleitung (FN 47), Ziff. 42.22; vgl. auch ALBISETTI (FN 40), § 8 N 20; CHRISTIAN BAUMGARTNER, Die nachträgliche Feststellung der Bewilligungspflicht für den Grundstückserwerb durch Personen im Ausland, BJM 2019, 81 ff., 87 ff.; Appellationsgericht (BS) VD.2015.179 vom 16. September 2016 E. 7.2.1 m.w.H.; Baurekursgericht (ZH) BRGE I Nr. 0007/2022 vom 28. Januar 2022 E. 4.4, in: BEZ 2022 Nr. 16.

<sup>66</sup> Canton de Genève, Département de la sécurité, de la population et de la santé, Directives d'interprétation concernant la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, du 16 décembre 1983 (LFAIE), Genève 26 février 2021, Ziff. 4.1.2.2.1.

<sup>67</sup> Baurekursgericht (ZH) BRGE I Nr. 0007/2022 vom 28. Januar 2022 E. 4.4, in: BEZ 2022 Nr. 16.

<sup>68</sup> GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 144. Ihnen zufolge habe der Vorentwurf zur Lex Koller-Revision zur Schaffung von Rechtssicherheit die Einführung einer Beschränkung auf einen Drittel der Bruttogeschossfläche vorgesehen. Zur Einführung einer Beschränkung von Wohnanteilsvorschriften bedürfe es aber einer Revision des Bewilligungsgesetzes. Auf die Revision wurde aufgrund der unzureichenden Unterstützung in der Vernehmlassung allerdings verzichtet; vgl. dazu Erläuternder Bericht mit Vorentwurf, Änderung

<sup>53</sup> Vgl. Ziff. III.2 und III.3.

<sup>54</sup> GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 139.

<sup>55</sup> DIES. (FN 47), N 140.

<sup>56</sup> Vgl. auch ALBISETTI (FN 40), § 8 N 22.

<sup>57</sup> TSCHÄNI/DIEM (FN 50), 103; EICHENBERGER (FN 10), 82.

<sup>58</sup> Art. 3 Abs. 1 a BewV *e contrario*; vgl. auch Merkblatt (FN 41), 5.

<sup>59</sup> Wegleitung (FN 47), Ziff. 42.1; vgl. auch AB N 1997 679.

<sup>60</sup> Merkblatt (FN 41), 5. Zu berücksichtigen gilt es aber Verfügungsbeschränkungen, die sich aus anderen Erlassen ergeben (so namentlich die Bestimmungen aus dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991); auf diese wird in dieser Publikation nicht näher eingegangen.

<sup>61</sup> Art. 2 Abs. 3 BewG.

<sup>62</sup> ALBISETTI (FN 40), § 8 N 20; vgl. auch Appellationsgericht (BS) VD.2015.179 vom 16. September 2016 E. 7.2.1.

Wohnanteilsvorschriften gilt der allgemeine Grundsatz, wonach ein zwingender Verweigerungsgrund darin liegt, dass Grundstücke einer unzulässigen Kapitalanlage dienen oder der Erwerber versucht das Bewilligungsgesetz zu umgehen.<sup>69</sup> Werden von einer Person im Ausland ausschliesslich Immobilien erworben, welche hohe Wohnanteilsvorschriften aufweisen, ist eine Umgehung der Lex Koller denkbar.

Nach konstanter Praxis können Wohnungen andererseits ausnahmsweise zur Betriebsstätte bewilligungsfrei miterworben werden, wenn sie für das Unternehmen *betriebsnotwendig* sind und einen funktionalen Zusammenhang zum Betriebsstättegrundstück aufweisen.<sup>70</sup> Denkbar ist eine Betriebsnotwendigkeit, wenn eine ständige oder fast ständige Anwesenheit durch bestimmtes Personal in der Nähe des Betriebs unabdingbar ist, wie beispielsweise der Abwart oder die Technikerin für die Führung, Bedienung, Überwachung oder Sicherheit des Betriebs.<sup>71</sup> Ferner sind Wohnungen betriebsnotwendig, wenn sie vom Betriebsstättegrundstück praktisch nicht abgetrennt werden können oder dies unverhältnismässig wäre<sup>72</sup> oder wenn sie räumlich und nach ihrem Wert von untergeordneter Bedeutung sind.<sup>73</sup> Zur Beurteilung der untergeordneten Bedeutung kann auf den tatsächlichen oder hypothetischen (Miet- oder Pacht-)Ertrag abgestellt werden.

### 3. Miterwerb von angemessenen Landreserven

Neben einem gewissen Anteil an Wohnungen darf ein Betriebsstättegrundstück gemäss Art. 18a Abs. 1 lit. c BewV *angemessene Landreserven* für einen Ausbau der Betriebsstätte umfassen. Dies ist vor allem für eine erwartete Expansion eines Unternehmens zur Sicherung von künftig benötigten Grundstücken von Interesse. Diese Bestimmung ist als Anweisung an das Grundbuchamt und die Steigerungsbehörde, wann auf die Verweisung des Erwerbers an die Bewilligungsbehörde zur Abklärung der Bewilligungspflicht im Sinne von Art. 18 Abs. 1 BewV verzichtet werden kann, ausgestaltet. Auf eine Verweisung kann verzichtet werden, wenn die Landreserven für einen Ausbau des Unternehmens einen

Drittel der gesamten Fläche nicht übersteigen.<sup>74</sup> Bei dieser Regelung handelt es sich um eine reine Verfahrensvorschrift und um eine verfahrensrechtliche Faustregel.<sup>75</sup> Daraus kann nicht geschlossen werden, dass nur bis zu einer Landreserve von einem Drittel der gesamten Fläche ein bewilligungsfreier Erwerb möglich ist.<sup>76</sup> Entscheidend sind entsprechend die Umstände im Einzelfall. In begründeten Fällen kann die *Drittelsgrenze* überschritten werden, in besonderen Fällen bis zur Hälfte der gesamten Fläche.<sup>77</sup> Auch das Bundesamt für Justiz hat in seinen Erläuterungen zur Bewilligungsverordnung festgehalten – ohne dies näher zu präzisieren – dass auf die Verweisung des Erwerbers an die Bewilligungsbehörde verzichtet werden sollte, wenn zwar der Richtwert von einem Drittel überschritten wird, sich die Bewilligungspflicht aber trotzdem ohne Weiteres ausschliessen lässt.<sup>78</sup> Wann dies der Fall ist, kann nicht generell-abstrakt gesagt werden, sondern es hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. In Zweifelsfällen, wo die Drittelsgrenze überschritten, die Hälfte aber noch nicht erreicht wird, ist deshalb das Einreichen eines Gesuchs um Nichtunterstellung bei der zuständigen kantonalen Bewilligungsbehörde empfohlen.

Zur Beurteilung der Landreserven ist zum einen die *effektive Fläche* des Grundstücks zu berücksichtigen.<sup>79</sup> Somit kann die Landreserve bei kleinen Grundstücken prozentual höher sein als bei grösseren.<sup>80</sup> Wenn beispielsweise 1'000 m<sup>2</sup> genutzt werden, rechtfertigt sich gemäss den Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz eine gleichgrosse Landreserve; bei einer Nutzung dagegen von 50'000 m<sup>2</sup> sollte die Landreserve die Drittelsgrenze nicht übersteigen.<sup>81</sup> Verfügt die Zielgesellschaft in einer M&A-Transaktion über mehrere Grundstücke, welche unterschiedlich grosse Landreserven aufweisen und für sich einzeln betrachtet als zu gross zu qualifizieren sind, ist unseres Erachtens eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen und nicht jedes Grundstück mit seinen Landreserven einzeln zu betrachten. Dasselbe gilt für Grundstücke, welche nicht aneinandergrenzen, sondern auch solche, die zerstückelt sind.<sup>82</sup> Die Bestimmung betreffend die Zulässigkeit angemessener Landreserven dürfte gemäss Praxis auch für Raumreserven in bestehenden Gebäuden anwendbar sein.<sup>83</sup> Ferner sind unseres Erachtens nicht nur Raumreserven in Gebäuden darunter zu subsumieren, sondern auch gänzlich leer-

des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, März 2017, 7 und 12.

<sup>69</sup> Art. 12 lit. a und c BewG.

<sup>70</sup> Wegleitung (FN 47), Ziff. 41.3.; GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 145.

<sup>71</sup> Merkblatt (FN 41), 5; GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 145.

<sup>72</sup> Gemäss Wegleitung (FN 47), Ziff. 41.3, beispielsweise ein Wohnhaus inmitten einer Fabrikanlage oder einzelne Wohnungen in einem Fabrik- oder mehrstöckigen Gewerbegebäude, insbesondere wenn der Zugang nur durch betrieblich genutzte Räume möglich ist.

<sup>73</sup> Wegleitung (FN 47), Ziff. 41.3.

<sup>74</sup> Art. 18a Abs. 1 lit. c BewV.

<sup>75</sup> GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 142 f.

<sup>76</sup> So auch GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 143 m.w.H.

<sup>77</sup> Vgl. Merkblatt (FN 41), 5.

<sup>78</sup> Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz zur Änderung der Verordnung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 10. September 1997, in: ZBGR 1998, 56 ff., 59.

<sup>79</sup> ZBGR 1998 (FN 78), 59.

<sup>80</sup> GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 141.

<sup>81</sup> ZBGR 1998 (FN 78), 59.

<sup>82</sup> So auch MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), Art. 8 N 12.

<sup>83</sup> MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), Art. 8 N 13 m.w.H.

stehende Gebäude. Dies unter der Voraussetzung, dass von einer baldigen Nutzung dieser Räumlichkeiten ausgegangen werden kann und diese somit der Entwicklung des Unternehmens dient. Im Allgemeinen gilt es jedoch den Grundsatz zu beachten, dass die Fläche nicht grösser sein darf als es der Verwendungszweck erfordert.<sup>84</sup> Die Landreserve ergibt sich schliesslich aus der Differenz zwischen der Grundstücksfläche und der tatsächlich genutzten Fläche.<sup>85</sup>

Zum anderen ist die *Entwicklung des Unternehmens*, dem das Grundstück als Landreserven dienen soll, zu berücksichtigen.<sup>86</sup> Mit anderen Worten sind Landreserven zulässig, wenn sie aufgrund der zu erwartenden Entwicklung des Unternehmens einem betrieblichen Bedürfnis entsprechen.<sup>87</sup> Sie können somit nur bewilligungsfrei erworben werden, wenn es für ein Unternehmen überbaut oder genutzt wird.<sup>88</sup> Gemäss BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA muss die Reservefläche tatsächlich für die zukünftige Entwicklung des Unternehmens genutzt werden können, was von vornherein bedeuten muss, dass sie bebaubar sein müsse.<sup>89</sup> Unseres Erachtens ist das entscheidende Kriterium vielmehr die Nutzbarkeit und somit die faktische Nutzung und nicht lediglich die Bebaubarkeit der Landreserven.<sup>90</sup> Dies zumal das Grundstück nicht zwingend zu zwei Dritteln mit einem Gebäude überbaut sein muss; auch ein Lagerplatz, Parkplatz, Zufahrtsweg und für ähnliche Zwecke genutzte Flächen gelten gemäss der Wegleitung des Bundesamtes für Justiz als betrieblich genutzt.<sup>91</sup> Grundstücksflächen, die weder bebaubar noch nutzbar sind (beispielsweise Waldgebiete), sind bei der Berechnung der Landreserven grundsätzlich auszuschliessen, denn diese dienen in aller Regel nicht einer Kapitalanlage.<sup>92</sup> Hierzu ist zu prüfen, in welcher Zone sich diese Grundstücksflächen befinden. Im Allgemeinen bedarf es einer detaillierten Analyse, insbesondere wenn ein unbebautes Grundstück nicht in einer Bauzone, sondern in einer Landwirtschafts- oder einer Schutzzone liegt (beispielsweise bei Parks und Gärten). Ist ein Grundstück aufgrund seiner Zonenzugehörigkeit weder bebaubar noch nutzbar, ist dieses bei der Berechnung der Landreserven aus unserer Sicht nicht zu berücksichtigen.

Ein Grundstück, dessen betriebliche Nutzung aufgegeben wird und mittelfristig nicht mehr der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit dient, gilt als *Bauland* und nicht als Landreserve und damit auch nicht als Betriebsstättegrundstück.<sup>93</sup> Landreserven und Bauland unterscheiden sich im Sinne der Lex Koller dahingehend, als dass eine Landreserve nicht innert einer bestimmten Frist überbaut werden muss, sondern auch längerfristig als solche gehalten werden kann.<sup>94</sup> Bei Bauland dagegen, sofern dessen Erwerb bewilligungspflichtig ist, ist an die Bewilligung die Auflage zu knüpfen, dass der Erwerber verpflichtet wird, den Bau innert bestimmter Frist zu beginnen.<sup>95</sup> Ausgeschlossen ist das Halten von Bauland nicht nur in der Wohnzone, sondern gemäss der Wegleitung des Bundesamtes für Justiz auch in Industrie- und Gewerbezonem, wenn es der blossen Kapitalanlage dient.<sup>96</sup>

#### IV. Objektive Bewilligungspflicht: Erwerb von Anteilen an gemischten Immobiliengesellschaften

Der objektiven Bewilligungspflicht nach der Art des Rechts – dem Erwerb eines Grundstücks im Sinne der Lex Koller – unterliegt neben der grundbuchlichen Übertragung von Grundeigentum jedes Rechtsgeschäft, das einer Person im Ausland die tatsächliche Verfügungsmacht über ein bewilligungspflichtiges Grundstück verschafft.<sup>97</sup> So qualifiziert als Erwerb eines Grundstücks insbesondere auch der Erwerb eines Wohnrechts oder einer Nutzniessung an einem Grundstück<sup>98</sup> sowie der Erwerb anderer Rechte, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie der Eigentümerin eines Grundstücks verschaffen (so beispielsweise die langfristige Miete oder Pacht eines Grundstücks, jedoch lediglich, wenn die Abreden den Rahmen des kaufmännischen Geschäftsverkehrs sprengen und eine besondere Abhängigkeit besteht, sowie bei gegebenen Voraussetzungen die Finanzierung des Kaufes oder der Überbauung eines Grundstücks).<sup>99</sup> In M&A-Transaktionen von Relevanz

<sup>84</sup> Art. 12 lit. b BewG.

<sup>85</sup> Vgl. SIMONE ALBISETTI/ROCCO RIGOZZI, La legge sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero e le società immobiliari miste: hic sunt leones, Rivista ticinese di diritto 2018, 387 ff., 409.

<sup>86</sup> ZBGR 1998 (FN 78), 59.

<sup>87</sup> Vgl. U. BAUMGARTNER/HAUSER (FN 48), 87.

<sup>88</sup> ZBGR 1998 (FN 78), 59.

<sup>89</sup> MANUEL BIANCHI DELLA PORTA/MATHIEU SIMONA, Questions choisies en matière de due diligence immobilière, Not@lex 2012, 39 ff., 50 geben folgendes an: «[...] ce qui signifiera a priori qu'elle doit être constructible».

<sup>90</sup> So auch das Bundesamt für Justiz, welches in seinen Erläuterungen stets von «überbaut und genutzt» spricht, vgl. dazu ZBGR 1998 (FN 78), 59; vgl. auch ALBISETTI/RIGOZZI (FN 85), 403.

<sup>91</sup> Wegleitung (FN 47), Ziff. 42.12.

<sup>92</sup> A.M. BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA (FN 89), 50.

<sup>93</sup> ZBGR 1998 (FN 78), 59; Wegleitung (FN 47), Ziff. 41.2.

<sup>94</sup> ZBGR 1998 (FN 78), 59.

<sup>95</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 2 lit. b BewV.

<sup>96</sup> Wegleitung (FN 47), Ziff. 41.2.

<sup>97</sup> Merkblatt (FN 41), 6.

<sup>98</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. a BewG.

<sup>99</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 BewV präzisieren, dass als andere Rechte, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie dem Eigentümer eines Grundstücks verschaffen, insbesondere folgende gelten: (i) die langfristige Miete oder Pacht eines Grundstücks, wenn die Abreden den Rahmen des gewöhnlichen oder kaufmännischen Geschäftsverkehrs sprengen und den Vermieter oder Verpächter in eine besondere Abhängigkeit vom Mieter oder Pächter bringen (lit. a), (ii) die Finanzierung des Kaufes oder der Überbauung eines Grundstücks, wenn die Abreden, die Höhe der Kredite oder die Vermögensverhältnisse des Schuldners den Käufer oder Bauherrn in eine besondere Abhängigkeit vom Gläubiger



ist der Erwerb des Eigentums an einem Anteil an einer sog. *Immobilien-gesellschaft*.<sup>100</sup> Wann eine Gesellschaft als Immobilien-gesellschaft im Sinne der Lex Koller zu qualifizieren ist, wird nachfolgend erläutert.

## 1. Immobilien-gesellschaften i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG

Nach Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG wird der Erwerb des Eigentums oder der Nutzniessung an einem Anteil an einer juristischen Person, deren tatsächlicher Zweck der Erwerb von Grundstücken ist und deren Anteile nicht an einer Schweizer Börse kotiert sind (nachfolgend Immobilien-gesellschaft), als Grundstückerwerb im Sinne des Bewilligungsgesetzes qualifiziert und damit der Bewilligungspflicht nach Art. 2 BewG unterstellt. Bereits der Kauf eines einzelnen Anteils einer solchen Gesellschaft steht nach der einhelligen Lehre unter der Bewilligungspflicht.<sup>101</sup> Das entscheidende Kriterium für die Unterstellung des Beteiligungserwerbs an Gesellschaften unter die Bewilligungspflicht bildet die Abgrenzung von Immobilien-gesellschaften von den übrigen Gesellschaften.<sup>102</sup> Dabei ist neben dem statutarischen Zweck vor allem der tatsächliche Zweck von Bedeutung.<sup>103</sup> Für die Beurteilung des tatsächlichen Zwecks hat eine Gesamtbetrachtung im Einzelfall zu erfolgen:<sup>104</sup> Es müssen statutarischer Zweck, Bilanzverhältnisse über einen längeren Zeitraum sowie der Umsatz und Gewinn nach ihrer Herkunft berücksichtigt werden.<sup>105</sup>

### 1.1. Statutarischer Zweck

Liegt der *statutarische Zweck* einer Gesellschaft einzig oder in der Hauptsache auf dem Erwerb von bewilligungspflichtigen Grundstücken, qualifiziert diese als Immobilien-gesellschaft, selbst wenn noch kein einziges Grundstück erworben wurde.<sup>106</sup> Ausschlaggebend ist demnach, ob der Erwerb von bewilligungspflichtigen Grundstücken primärer Zweck einer Gesellschaft ist

oder lediglich Nebenzweck, dem eine untergeordnete Bedeutung zukommt.

Nach dem Wortlaut des statutarischen Gesellschaftszwecks ist bei drei verbreiteten Formulierungen unseres Erachtens wie folgt zu unterscheiden: (i) Befindet sich im statutarischen Zweck ein Passus, wonach die Gesellschaft «Immobilien erwerben kann», und kommt diesem lediglich eine untergeordnete Bedeutung zu, ist darin mit grosser Wahrscheinlichkeit noch keine Zweckausrichtung als Immobilien-gesellschaft zu erblicken. Darunter fallen auch Standardformulierungen, wonach «die Gesellschaft im In- und Ausland Grundeigentum erwerben, belasten, veräussern und verwalten kann» und welche das Tätigkeitsfeld einer Gesellschaft mit einem Nebenzweck ergänzen.<sup>107</sup> Solche Standardformulierungen sind in der Praxis häufig anzutreffen. (ii) Geht aus dem statutarischen Gesellschaftszweck nicht klar hervor, welches der primäre Zweck und welches der Nebenzweck ist und ist beispielsweise eine Formulierung enthalten, nach der die Gesellschaft «den Handel mit Immobilien» bezweckt, kann die Nichtunterstellung nicht mehr ohne Weiteres ausgeschlossen werden, womit das Einholen einer Nichtunterstellungsverfügung erforderlich wird. (iii) Sieht der Zweck sodann primär vor, dass die Gesellschaft «den Erwerb, die Verwaltung und die Veräusserung von Immobilien bezweckt», kann eindeutig von einer Immobilien-gesellschaft gesprochen werden und der Erwerb bereits eines einzelnen Anteils ist bewilligungspflichtig.<sup>108</sup>

Begrenzt sich der statutarische Zweck einer Gesellschaft explizit auf Betriebsstättegrundstücke, qualifiziert diese nicht als Immobilien-gesellschaft. Stimmt der statutarische Zweck nicht mit dem tatsächlichen Zweck der Gesellschaft überein, drängt sich womöglich eine Statutenänderung vor Abschluss der Transaktion auf.

### 1.2. Tatsächlicher Zweck: Anteil bewilligungspflichtiger Grundstücke an den Aktiven

Für die Bestimmung des *tatsächlichen Zwecks* ist namentlich der Anteil der bewilligungspflichtigen Grundstücke im Verhältnis zu den Gesamtaktiven der Gesellschaft zum Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs massgebend.<sup>109</sup> Die Höhe dieses Schwellenwerts wird im Bewilligungsgesetz jedoch nicht näher definiert. Wie sich nachfolgend zeigen wird, ist sich auch die Lehre darüber nicht einig.<sup>110</sup> Die Rechtsprechung gibt ebenso keine

bringen (lit. b) sowie (iii) die Begründung von Bauverboten und ähnlichen Eigentumsbeschränkungen mit dinglicher oder obligatorischer Wirkung, welche ein Nachbargrundstück betreffen (lit. c). Dabei ist die vorgenannte Aufzählung nicht abschliessend. Diese Konstellationen zeichnen sich durch eine indirekte Verfügungsmacht der Person im Ausland aus; entscheidendes Kriterium ist die eigentümerähnliche Stellung.

<sup>100</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG.

<sup>101</sup> GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 179; MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), Art. 4 N 33; RALPH MALACRIDA, Unternehmensübernahmen im Lichte der Lex Koller, AJP 1998, 1187 ff., 1189.

<sup>102</sup> U. BAUMGARTNER/HAUSER (FN 48), 88.

<sup>103</sup> RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/MATTHIAS WOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 3. A. Zürich 2021, N 856.

<sup>104</sup> U. BAUMGARTNER/HAUSER (FN 48), 89 f.; MALACRIDA (FN 101), 1189; ALBISETTI/RIGOZZI (FN 85), 400.

<sup>105</sup> TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 103), N 856; vgl. auch EICHENBERGER (FN 10), 80.

<sup>106</sup> MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), Art. 4 N 36; vgl. auch U. BAUMGARTNER/HAUSER (FN 48), 89.

<sup>107</sup> Vgl. dazu Bundesamt für Justiz (BJ), Musterstatuten GmbH, Bern 1. April 2017, FN 6; vgl. auch TRANDAFIR (FN 26), N 373.

<sup>108</sup> Vgl. zum Ganzen TRANDAFIR (FN 26), N 346, welcher von einer «activité principale» ausgeht.

<sup>109</sup> MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), Art. 4 N 36; vgl. auch U. BAUMGARTNER/HAUSER (FN 48), 88 f.

<sup>110</sup> Vgl. Ziff. IV.1.2a.

konkreten Anhaltspunkte zum Schwellenwert.<sup>111</sup> Entsprechend ist die Behördenpraxis nicht einheitlich.<sup>112</sup>

#### a. Lehre

Für die Bestimmung des tatsächlichen Zwecks wird in der Lehre grundsätzlich der Anteil der bewilligungspflichtigen Grundstücke im Verhältnis zu den Gesamtaktiven zum Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs als massgebend erklärt.<sup>113</sup> Es haben sich dabei verschiedene Lehrmeinungen herausgebildet, welche sich in zwei Stossrichtungen unterteilen lassen.

Gemäss einem Teil der Lehre gilt als Schwelle für die Qualifikation einer Immobiliengesellschaft, dass die Aktiven einer Gesellschaft zu *mehr als einem Drittel* aus bewilligungspflichtigen Grundstücken bestehen.<sup>114</sup> Dieser Schwellenwert von einem Drittel des im Rahmen der Gesetzesrevision von 1997 aufgehobenen Art. 4 Abs. 1 lit. d aBewG lasse sich gemäss BANDLI aus der nach altem Recht geltenden Trennlinie zwischen Immobiliengesellschaften i.e.S. und Immobiliengesellschaften i.w.S. ableiten.<sup>115</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. d aBewG sah vor, dass der Erwerb des Eigentums oder der Nutzniessung an einem Anteil an einer juristischen Person, deren Aktiven nach ihrem tatsächlichen Wert zu mehr als einem Drittel aus Grundstücken in der Schweiz bestehen, als Erwerb eines Grundstücks gilt, sofern Personen im Ausland eine beherrschende Stellung erhalten oder verstärken (sog. Immobiliengesellschaft i.w.S.). Die Lex Koller hätte gemäss GEISSMANN/HUBER/WETZEL nicht strenger werden sollen als die Lex Friedrich, da eine Liberalisierung des Immobilienmarktes beabsichtigt gewesen sei.<sup>116</sup> Ferner sei – vor allem mit Blick auf börsennotierte Gesellschaften – eine gewisse Zurückhaltung angebracht, da die Lex

Koller nur noch einen Typ der «Immobiliengesellschaft» kenne, bei welchem jeder einzelne Anteilserwerb bewilligungspflichtig würde.<sup>117</sup>

Der andere Teil der Lehre geht zu Recht von einem Schwellenwert von bewilligungspflichtigen Grundstücken von *mehr als der Hälfte* der Aktiven aus.<sup>118</sup> Dieser Schwellenwert ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG. Indem «der tatsächliche Zweck» im Singular steht, lässt sich herleiten, dass es sich um den einzigen oder den Hauptzweck einer Gesellschaft handeln muss.<sup>119</sup> Unter der Lex Friedrich wurde der tatsächliche Zweck bejaht, wenn die Gesellschaft Grundstücke erwarb, die das ganze oder den grössten Teil des Vermögens ausmachten<sup>120</sup> bzw. wenn das Vermögen ausschliesslich oder weitgehend aus Aktiven einer oder mehrerer Immobiliengesellschaften bestand.<sup>121</sup> Aus den Ausdrücken «grösster Teil» und «weitgehend» ergibt sich, dass der tatsächliche Zweck bejaht wurde, wenn mehr als 50 Prozent des Gesellschaftsvermögens aus bewilligungspflichtigen Grundstücken bestand.<sup>122</sup> Die Folgen der Liberalisierung dürfen nicht zur Analogie führen, dass die nach altem Recht für Immobiliengesellschaften i.w.S. massgebende Drittelsgrenze zur Anwendung kommen muss.<sup>123</sup> Die Liberalisierung der Lex Koller hat zur Folge, dass Art. 4 Abs. 1 lit. d aBewG (betreffend Immobiliengesellschaften i.w.S.) ersatzlos gestrichen wurde und Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG (betreffend Immobiliengesellschaften i.e.S.) unverändert weitergelten soll.<sup>124</sup> Mit dem Sinn der Gesetzesrevision nicht vereinbar wäre das Einführen des tieferen Grenzwerts in der Höhe eines Drittels durch die Hintertür, indem dieser Schwellenwert neu für Immobiliengesellschaften (i.e.S.) gilt, obwohl dafür bisher ein Wert von der Hälfte galt.<sup>125</sup>

#### b. Rechtsprechung

Publizierte Entscheide, welche sich mit Immobiliengesellschaften, und dem dafür erforderlichen Schwellenwert befassen, um als solche qualifiziert zu werden, gibt es nur vereinzelt.<sup>126</sup> Zu einem konkreten Schwellenwert

<sup>111</sup> Vgl. Ziff. IV.1.2b.

<sup>112</sup> Vgl. Ziff. IV.1.2c

<sup>113</sup> MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), Art. 4 N 36; vgl. auch U. BAUMGARTNER/HAUSER (FN 48), 88 f.

<sup>114</sup> ALBISETTI/RIGOZZI (FN 85), 417; CHRISTOPH BANDLI, Die Revision der Lex Friedrich vom 30. April 1997 - Impulse für die Bauwirtschaft?, BR 1998, 32 ff., FN 19; C. BAUMGARTNER (FN 65), 95; JOSEF CALEFF, Kaufverträge betreffend Immobiliengesellschaften, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVIII, Zürich 2016, 145 ff., 151 f.; GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 172; URS SCHENKER, Unternehmenskauf, Rechtliche und steuerrechtliche Aspekte, Bern 2016, 545; JÜRIG SCHUMACHER/JACQUES TISSOT, Acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger : FAQ à travers quelques vieilles rengaines et quelques nouveautés en «Lex Koller»: conférence du 24 juin 2005, Bulle 2005, 15 ff., 17; TRANDAFIR (FN 26), N 352 ff.

<sup>115</sup> BANDLI (FN 114), FN 19. Die Lex Friedrich unterschied in Immobiliengesellschaften i.w.S. (Art. 4 Abs. 1 lit. d aBewG) und Immobiliengesellschaften i.e.S. (Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG). Mit der Gesetzesrevision von 1997 wurde Art. 4 Abs. 1 lit. d aBewG im Zuge der Einführung der Betriebsstätteausnahme gestrichen. Heute kennt die Lex Koller lediglich noch Immobiliengesellschaften i.e.S. Im vorliegenden Beitrag wird deshalb der Begriff Immobiliengesellschaft verwendet, ausser die Unterscheidung unter der Lex Friedrich ist relevant.

<sup>116</sup> GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 172; vgl. auch C. BAUMGARTNER (FN 65), 95 sowie CALEFF (FN 114), 152 f.

<sup>117</sup> GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 172.

<sup>118</sup> U. BAUMGARTNER/HAUSER (FN 48), 89; MALACRIDA (FN 101), 1189 f.; ROLF WATTER/YVES SCHNELLER, Umgang mit Vollzugs- und Übertragungshindernissen in M&A-Verträgen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions IX, Zürich 2007, 221 ff., 248; vgl. auch EICHENBERGER (FN 10), 84, der sich zwar nicht zum Schwellenwert äussert, aber im Allgemeinen dafür plädiert, juristische Personen nur mit grosser Zurückhaltung als Immobiliengesellschaft zu qualifizieren.

<sup>119</sup> So auch MALACRIDA (FN 101), 1189; vgl. auch U. BAUMGARTNER/HAUSER (FN 48), 88.

<sup>120</sup> MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), Art. 4 N 32 und 36.

<sup>121</sup> BGE 107 Ib 20, bestätigt in BGE 115 Ib 102 E. 3c.

<sup>122</sup> So auch U. BAUMGARTNER/HAUSER (FN 48), 88; MALACRIDA (FN 101), 1188.

<sup>123</sup> So auch MALACRIDA (FN 101), 1190.

<sup>124</sup> So auch MALACRIDA (FN 101), 1190.

<sup>125</sup> So auch MALACRIDA (FN 101), 1190.

<sup>126</sup> Vgl. dazu ALBISETTI/RIGOZZI (FN 85), 404, wonach dies darauf zurückzuführen sei, dass der Kauf und Verkauf von Aktien grund-

hat sich die Rechtsprechung soweit ersichtlich nie geäußert.

In Entscheid 2C\_1041/2016 vom 28. September 2017 hat sich das Bundesgericht mit dem Begriff der Immobiliengesellschaft auseinandergesetzt und darin vertreten, dass es sich um Gesellschaften handle, «deren tatsächlicher Zweck ausschliesslich oder hauptsächlich im Kauf von Grundstücken liegt, die nicht als Betriebsstätten bzw. Hauptwohnungen dienen».<sup>127</sup> Das Bundesgericht definiert weiter, dass das Geschäft mit Grundstücken als tatsächlicher Zweck zu gelten habe, «wenn dieses wirtschaftlich gesehen den Hauptteil der Gesellschaftsaktivitäten ausmacht».<sup>128</sup> Es äussert sich in diesem Entscheid aber nicht konkret dazu, nach welchen Kriterien der tatsächliche Zweck zu eruieren ist und schweigt auch in Bezug auf einen expliziten Schwellenwert als Anteil bewilligungspflichtiger Grundstücke im Vermögen der Gesellschaft, ab dem eine Immobiliengesellschaft anzunehmen ist. Immerhin zitiert das Bundesgericht mit MALACRIDA einen «Vertreter» des 50 Prozent-Schwellenwerts, indem es festhält, dass der tatsächliche Zweck einer Immobiliengesellschaft dann gegeben ist, wenn dies wirtschaftlich gesehen den Hauptteil der Gesellschaftsaktivitäten ausmache.<sup>129</sup> Bereits im vorinstanzlichen Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt liess dieses die Frage nach dem Schwellenwert offen, da in jenem Fall sowohl der Schwellenwert von einem Drittel als auch der von 50 Prozent überschritten war.<sup>130</sup>

In einem Urteil des Baurekursgerichts Zürich schneidet dieses die Frage nach dem Schwellenwert an, ohne sich konkret dazu zu äussern.<sup>131</sup> Die in jenem Entscheid zu beurteilende Gesellschaft wies einen Anteil von 20 Prozent des Gesamtverkehrswertes der Grundstücke an den Aktiven der Gesellschaft auf. Das Baurekursgericht Zürich äusserte sich nicht zu einem konkreten Schwellenwert, betrachtet aber einen Anteil von weniger als 20 Prozent als unproblematisch.<sup>132</sup> Dass ein Anteil von weniger als 20 Prozent unproblematisch ist, ist aus unserer Sicht unbestritten. Das Baurekursgericht Zürich äussert sich aber gerade nicht dazu, wie ein Schwellenwert von mehr als 20 Prozent zu behandeln wäre. Ferner betont es, dass, nachdem mit der Revision des Bewilligungsgesetzes im Jahr 1997 eine Öffnung des Immobilienmarktes angestrebt wurde, nicht von einer Verschärfung der Regelung auszugehen sei.<sup>133</sup> Zur Beurteilung

eines konkreten Schwellenwerts ist dieser Entscheid des Baurekursgerichts entsprechend nicht geeignet.

Der Anteil von bewilligungspflichtigen Grundstücken in Bezug auf die Gesamtaktiven einer Gesellschaft zur Ermittlung des tatsächlichen Zwecks wird demnach in der Rechtsprechung zwar diskutiert, aber nicht explizit festgelegt. Aus den hervorgebrachten Argumenten in diesem Zusammenhang kann die Annahme getroffen werden, dass zumindest nicht von einem Schwellenwert von weniger als einem Drittel auszugehen ist.

### c. Behördenpraxis

Im Gegensatz zur Lehre setzen die Behörden die Schwellenwerte eher tief an. Von den kantonalen Behörden und dem Bundesamt für Justiz werden in der Regel allerdings keine Schwellenwerte publiziert. Einzig der Kanton Genf hält in seinem Merkblatt fest, dass der Schwellenwert bei einem Drittel liege, wobei der tatsächliche Wert der bewilligungspflichtigen Grundstücke ausschlaggebend sei.<sup>134</sup>

Auf Nachfrage zur Behördenpraxis zu einem möglichen Schwellenwert liess sich das *Bundesamt für Justiz* wie folgt vernehmen:<sup>135</sup> Ein prozentualer Schwellenwert könne höchstens als Indiz herangezogen werden. Selbst wenn ein bestimmter Schwellenwert über- oder unterschritten werde, bedeute dies nicht zwangsläufig, dass eine Immobiliengesellschaft vorliege. Entscheidend sei die wirtschaftliche Realität. Um dennoch einige Überlegungen zum Schwellenwert anzustellen, äusserte sich das Bundesamt für Justiz wie folgt: Von einem Schwellenwert von einem Drittel auszugehen, erscheine als nicht gerechtfertigt. Indem die Lex Koller-Revision von 1997 den Erwerb von Betriebsstätteimmobilien und den Erwerb von Anteilen an Gesellschaften, die solche Immobilien halten, von der Bewilligungspflicht befreite, habe das Bewilligungsgesetz «nur» noch Wohnimmobilien und Immobiliengesellschaften im Visier behalten sollen. Die vor 1997 geltende Drittelsregel, die es einer Person im Ausland ermöglichen sollte, Anteile an einer Gesellschaft zu erwerben, die Grundstücke halte, die insbesondere einer wirtschaftlichen Tätigkeit dienen, sei daher untauglich, um heute eine Immobiliengesellschaft zu definieren. Im Gegenteil, die Lockerung mit Bezug auf den Erwerb von Betriebsstätteimmobilien im Jahre 1997 habe sogar dazu führen sollen, dass der Anteil an Wohnimmobilien, die von einer Gesellschaft gehalten werden dürfen (ohne als Immobiliengesellschaft zu gelten), auf ein Minimum reduziert würden. Dies erkläre auch, wes-

sätzlich ohne Beteiligung der Behörden abläuft.

<sup>127</sup> BGer 2C\_1041/2016 vom 28. September 2017 E. 3.2 m.w.H.

<sup>128</sup> BGer 2C\_1041/2016 vom 28. September 2017 E. 3.3 m.w.H.

<sup>129</sup> Vgl. MALACRIDA (FN 101), 1189.

<sup>130</sup> Appellationsgericht (BS) VD.2015.179 vom 16. September 2016 E. 7.2.2.

<sup>131</sup> Vgl. Baurekursgericht (ZH) BRGE I Nr. 0039/2014 vom 4. April 2014, in: BEZ 2014 Nr. 37.

<sup>132</sup> Baurekursgerichts (ZH) BRGE I Nr. 0039/2014 vom 4. April 2014 E. 6.3, in: BEZ 2014 Nr. 37.

<sup>133</sup> Baurekursgerichts (ZH) BRGE I Nr. 0039/2014 vom 4. April 2014 E. 6.3, in: BEZ 2014 Nr. 37.

<sup>134</sup> Canton de Genève, Directives d'interprétation (FN 66), Ziff. 3.2.3. Gemäss BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA (FN 89), 51, seien Waadtländer Behörden noch nie mit einem solchen Fall konfrontiert worden.

<sup>135</sup> Die Rückmeldung des Bundesamtes für Justiz datiert vom Oktober 2022. Die Publikation der vorliegenden Ausführungen erfolgt mit vorgängiger Zustimmung des Bundesamtes für Justiz.

halb sich der Bundesrat in der Vergangenheit mehrfach für einen Schwellenwert von 20 Prozent ausgesprochen habe; so insbesondere in der Botschaft zur Revision des Bewilligungsgesetzes 28. Mai 2003.<sup>136</sup> Mit dieser Revision wurde namentlich der Erwerb von Anteilen an einer Immobiliengesellschaft, sofern diese an einer Börse in der Schweiz kotiert sind, von der Bewilligungspflicht befreit.<sup>137</sup>

Den Ausführungen des Bundesamts für Justiz kann dahingehend ohne Weiteres gefolgt werden, als dass stets die konkreten Umstände des Einzelfalls gestützt auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zu untersuchen sind, um beurteilen zu können, ob im konkreten Fall der Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft bewilligungspflichtig ist, da diese als Immobiliengesellschaft im Sinne der Lex Koller zu qualifizieren ist. Hingegen kann unseres Erachtens den weiteren Überlegungen aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden: Die Lex Koller-Revision im Jahr 1997 war Folge von Liberalisierungsbestrebungen des Immobilienmarkts.<sup>138</sup> Dementsprechend hätte die Revision zumindest nicht zu einer Verschärfung des Bewilligungsgesetzes führen sollen.<sup>139</sup> Aus den Materialien ergibt sich soweit ersichtlich keinerlei Bestrebungen, aufgrund der Einführung der Betriebsstätteausnahme gleichzeitig Wohnimmobilien einer Immobiliengesellschaft auf ein Minimum zu reduzieren. Unabhängig davon wurde bereits vor der Revision von 1997 nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der tatsächliche Zweck bejaht, wenn das Vermögen ausschliesslich oder weitgehend aus Aktiven einer oder mehrerer Immobiliengesellschaften bestand.<sup>140</sup> Auch nach aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichts – ohne dass sich dieses aber zu einem konkreten Schwellenwert geäussert hat – hat das Geschäft mit Grundstücken als tatsächlicher Zweck zu gelten, wenn dieses wirtschaftlich gesehen den Hauptteil der Gesellschaftsaktivitäten ausmacht.<sup>141</sup> Aus den Formulierungen «ausschliesslich oder weitgehend» sowie «Hauptteil» lässt sich einen anwendbaren Schwellenwert von 50 Prozent ableiten.<sup>142</sup>

Woraus sich die vom Bundesrat erwähnte Praxis von 20 Prozent ergibt und auf welche gesetzliche Grundlage

sie sich stützt, ist nicht zu erkennen. In seiner Botschaft hielt der Bundesrat lediglich fest, dass keine Immobiliengesellschaft besteht, «wenn der Anteil der Wohnungen so gering ist (gemäss Praxis nicht über 20 Prozent), dass der Erwerb von Wohnungen nicht zu einem Hauptzweck der Gesellschaft wird, sondern noch als Nebenzweck betrachtet werden kann.»<sup>143</sup> Im Gegenteil, ein Schwellenwert von 20 Prozent entbehrt jeglicher gesetzlichen Grundlage. Ausserdem widerspricht die zitierte Praxis von 20 Prozent den weiteren Ausführungen in der Botschaft des Bundesrats, indem erwähnt wird, dass der Erwerb von Wohnungen nicht zu einem Hauptzweck der Gesellschaft werden dürfe, da diese andernfalls als Immobiliengesellschaft zu qualifizieren sei.<sup>144</sup> Auch der Bundesrat stellt demnach auf den Hauptzweck als entscheidendes Kriterium ab. Dieser ist dem tatsächlichen Zweck gleichgestellt. Wie erwähnt wird der tatsächliche Zweck bejaht, wenn die Gesamtaktiven ausschliesslich oder weitgehend aus bewilligungspflichtigen Grundstücken bestehen, woraus sich unseres Erachtens ein Schwellenwert von 50 Prozent und keinesfalls einer von 20 Prozent ableiten lässt.

Weitere Erfahrungen weisen auf eine *uneinheitliche Behördenpraxis in den Kantonen* hin. Die Bewilligungspflicht wird bereits bei einem Anteil von einem Drittel von bewilligungspflichtigen Grundstücken an den Gesamtaktiven einer Gesellschaft angenommen, wobei auch bereits bei einem Schwellenwert von 20 Prozent eine Immobiliengesellschaft bestehen kann.<sup>145</sup> ALBISETTI/RIGOZZI vertreten, dass die derzeitige Behördenpraxis einen Schwellenwert von 20 bis 25 Prozent für die Qualifikation als Immobiliengesellschaft genügen lässt, vorbehaltlich der besonderen Umstände des Einzelfalls.<sup>146</sup> Zumindest in gewissen Kantonen besteht die Gefahr, dass die Behörden bei der Beurteilung des Schwellenwerts sehr streng sein könnten.<sup>147</sup>

Im Vergleich zur Lehre ist die Behördenpraxis *wesentlich strenger*. Wie sich solch tiefe Schwellenwerte begründen lassen, ist nicht nachvollziehbar, zumal die Lehre die Schwellenwerte von einem Drittel resp. 50 Prozent mit überzeugenden Argumenten stützt.<sup>148</sup> Die teilweise strenge Beurteilung durch die Bewilligungsbehörde birgt insofern eine Gefahr, als dass Entscheide zu Ungunsten der gesuchstellenden Person selten an die nächste Instanz weitergezogen werden, geschweige denn an das Bundesgericht. Die Bestreitung des Rechtsweges verunmöglicht eine Transaktion faktisch. Auch wenn Schwellenwerte von weniger als 50 Prozent resp. mindestens weniger als

<sup>136</sup> Vgl. BBl 2003 4357 ff., 4361; vgl. auch die Antwort des Bundesrates zur Anfrage (09.1124) von Nationalrat Hugues Hiltbold vom 21. September 2009, worin der Bundesrat Folgendes angab: Die Beteiligung an einer Gesellschaft, welche ihre Mittel zu einem gewichtigen Teil in Wohnimmobilien investiere, sei als Erwerb eines Grundstücks im Sinne des BewG zu betrachten. Als gewichtig werde der Anteil an Wohnungen in der Praxis dann betrachtet, wenn er 20 Prozent übersteige.

<sup>137</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG; BBl 2003 4357 ff.

<sup>138</sup> Vgl. GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 12 ff. für einen Überblick über die Entstehungsgeschichte der Lex Koller.

<sup>139</sup> Vgl. Ziff. IV.1.2a.

<sup>140</sup> BGE 107 Ib 20, bestätigt in BGE 115 Ib 102 E. 3c; vgl. dazu Ziff. IV.1.2a.

<sup>141</sup> BGer 2C\_1041/2016 vom 28. September 2017 E. 3.3 m.w.H.; vgl. dazu Ziff. IV.1.2b.

<sup>142</sup> Vgl. Ziff. IV.1.2a.

<sup>143</sup> BBl 2003 4357 ff., 4361.

<sup>144</sup> BBl 2003 4357 ff., 4361.

<sup>145</sup> TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 103), N 856; vgl. auch C. BAUMGARTNER (FN 65), 94; SCHENKER (FN 114), 545.

<sup>146</sup> ALBISETTI/RIGOZZI (FN 85), 405 f.

<sup>147</sup> Vgl. dazu BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA (FN 89), 51.

<sup>148</sup> Vgl. Ziff. IV.1.2a; so auch BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA (FN 89), 51.

einem Drittel nicht vertretbar sind, sind Käufer in der Regel nicht bereit, mehrere Monate resp. Jahre auf einen rechtskräftigen Entscheid zu warten und werden wohl alternative Lösungen bevorzugen.

#### d. Berechnung des Anteils bewilligungspflichtiger Grundstücke an den Aktiven

Zur Berechnung des massgebenden Anteils bewilligungspflichtiger Grundstücke sind die Bilanzverhältnisse über einen längeren Zeitraum zu betrachten sowie in einem weiteren Schritt der Umsatz und Gewinn nach der Herkunft aufzuschlüsseln.<sup>149</sup> Zur Berechnung des Anteils bewilligungspflichtiger Grundstücke empfiehlt sich unseres Erachtens, die Bilanzen und Erfolgsrechnungen der letzten drei Jahre zu analysieren sowie die künftigen strategischen Absichten der Unternehmensleitung zu berücksichtigen, welche sich auf die Bilanz auswirken könnten.<sup>150</sup> Für die Bewertung ist auf den Verkehrswert der bewilligungspflichtigen Grundstücke in der Schweiz im Zeitpunkt des Erwerbs im Verhältnis zu den Gesamtaktiven abzustellen.<sup>151</sup> Um dieselbe Grundlage zu verwenden, ist auch für die Bewertung der Gesamtaktiven auf die Verkehrswerte abzustützen.<sup>152</sup> Zu berücksichtigen sind ebenfalls stille Reserven.<sup>153</sup> Diese sind insbesondere bei Gesellschaften verbreitet, die Immobilien langfristig halten. In Zweifelsfällen sind die bewilligungspflichtigen Grundstücke bewerten zu lassen. Einzig das Betrachten der Bilanz des Targets ist jedoch nicht ausschlaggebend. Vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen.<sup>154</sup>

Aus unserer Sicht ist es naheliegender, den Verkehrswert der bewilligungspflichtigen Grundstücke mit dem Verkehrswert der Gesamtaktiven als mit dem Kaufpreis für die Aktien des Targets ins Verhältnis zu setzen, da der Kaufpreis in M&A-Transaktionen typischerweise primär die erwartete Ertragsfähigkeit des Targets berücksichtigt. Trotzdem kann der Aktienkaufpreis des Targets aus unserer Sicht dann als Indiz gegen die Qualifikation als Immobiliengesellschaft herangezogen werden, wenn er vom Verkehrswert der bewilligungspflichtigen Grundstücke stark abweicht, da dies zeigt, dass den bewilligungspflichtigen Grundstücken aus Sicht der Vertragsparteien für die Bewertung eine untergeordnete Bedeutung zukommt.

Handelt es sich beim Target um eine Holdinggesellschaft, sind die Wertverhältnisse auf Basis einer konsolidierten

Basis zu betrachten und nicht auf Basis jeder einzelnen Gesellschaft.<sup>155</sup>

### 1.3. Tatsächlicher Zweck: Herkunft von Umsatz und Gewinn

Neben dem Anteil von Grundstücken an den Aktiven sind auch die Umsätze und Gewinne aus den einzelnen wirtschaftlichen Tätigkeiten der Unternehmung relevant, um auf den tatsächlichen Zweck schliessen zu können.<sup>156</sup> Es sollte dafür das Einkommen der Haupttätigkeit mit dem Einkommen aus Immobilientätigkeit mit bewilligungspflichtigen Grundstücken verglichen werden, wobei eine Immobiliengesellschaft dann zu vermuten ist, wenn der Immobiliengewinn (aus bewilligungspflichtigen Grundstücken) dem Gewinn aus der gewerblichen Haupttätigkeit entspricht oder darüber liegt.<sup>157</sup> Sondereffekte wie beispielsweise ein ausserordentlicher Verlust oder eine vorübergehend schlechte Wirtschaftslage müssen unseres Erachtens bei der Berechnung unberücksichtigt bleiben. Vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen; auch hier empfiehlt sich eine Berücksichtigung der letzten drei Geschäftsjahre. Mit anderen Worten geht es darum, dass eine Gesellschaft nachhaltig und regelmässig mehr Umsatz und Gewinn aus der betrieblichen Tätigkeit erzielt als aus den Erträgen mit bewilligungspflichtigen Grundstücken. Als Beispiel sei eine Bauunternehmung aufzuführen, die nicht über eine grosse Anzahl von über Liegenschaften hinausgehende sonstigen Vermögenswerten verfügt, aber den Hauptteil ihrer Einnahmen durch ihre Bautätigkeit und nicht durch die Immobilientätigkeit mit bewilligungspflichtigen Grundstücken erzielt.

## 2. Immobiliengesellschaften im Konzern

In M&A-Transaktionen kann sich das Problem stellen, wie mit dem Fall umzugehen ist, in welchem im Zuge einer Unternehmensübernahme ein Kontrollwechsel über eine schweizerische Immobiliengesellschaft vollzogen wird. Die ältere Durchgriffstheorie wurde indessen von der Konsolidierungstheorie abgelöst: Die Durchgriffstheorie besagt, dass ein Anteilserwerb an einer Holdinggesellschaft so betrachtet werden muss, als ob eine Direktbeteiligung an den gehaltenen Tochtergesellschaften erworben wird.<sup>158</sup> Die Anwendung dieser Theorie hätte die Folge, dass jeder Erwerb von Beteiligungen an Holdinggesellschaften, die neben anderen Tochtergesellschaften auch Beteiligungen an Immobiliengesellschaften halten, bewilligungspflichtig wäre.<sup>159</sup>

<sup>149</sup> Vgl. TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 103), N 856; vgl. zur Herkunft vom Umsatz und Gewinn Ziff. IV.1.3.

<sup>150</sup> Vgl. ALBISETTI/RIGOZZI (FN 85), 413.

<sup>151</sup> So auch TSCHÄNI/DIEM (FN 50), 102; TRANDAFIR (FN 26), N 353; SCHENKER (FN 114), 545; CALEFF (FN 114), 152; C. BAUMGARTNER (FN 65), 95; vgl. auch EICHENBERGER (FN 10), 82.

<sup>152</sup> Vgl. SCHENKER (FN 114), 545.

<sup>153</sup> Vgl. TRANDAFIR (FN 26), N 353; ALBISETTI/RIGOZZI (FN 85), 402.

<sup>154</sup> Vgl. TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 103), N 856.

<sup>155</sup> Vgl. Ziff. IV.2.

<sup>156</sup> ALBISETTI/RIGOZZI (FN 85), 406 f.

<sup>157</sup> ALBISETTI/RIGOZZI (FN 85), 406 f.; vgl. auch TSCHÄNI/DIEM (FN 50), 102.

<sup>158</sup> WATTER/SCHNELLER (FN 118), 249.

<sup>159</sup> MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), Art. 4 N 34.

Nach der *Konsolidierungstheorie* ist es relevant, wie sich die gesamte Konzerngruppe präsentiert. Nur wenn die ganze Gruppe unter Berücksichtigung der Gesamtaktiven der Holdinggesellschaft als Immobiliengesellschaft behandelt wird, ist der Anteilserwerb an dieser Holdinggesellschaft bewilligungspflichtig.<sup>160</sup> Die einhellige Lehre geht von der Anwendung der Konsolidierungstheorie aus.<sup>161</sup> Das Bundesgericht hat in BGE 115 Ib 102 argumentiert, dass eine Gesellschaft wirtschaftlich gesehen dann als Immobiliengesellschaft betrachtet wird, wenn ihre Aktiven zu einem grossen Teil aus Aktien an Immobiliengesellschaften bestehen.<sup>162</sup> In diesem Sinne vertritt das Bundesgericht die Konsolidierungstheorie, da es eine Immobiliengesellschaft nur dann annimmt, wenn die Aktiven zu einem grossen Teil aus Aktien an Immobiliengesellschaften bestehen.

Die Konsolidierungstheorie ist unseres Erachtens die sachgerechte Betrachtungsweise. Eine andere Ansicht würde insbesondere bei grossen Konzerngesellschaften

zu impraktikablen und vom Gesetzgeber nicht gewollten Folgen führen. In Konzerngesellschaften kann folglich der Konzern als Ganzes betrachtet werden und ohne Berücksichtigung der Qualifikation einzelner Tochtergesellschaften als Immobiliengesellschaft auf die unter Ziff. IV.1 herausgearbeiteten Kriterien zurückgegriffen werden.

## V. Fazit und Empfehlungen

In M&A-Transaktionen bestehen sowohl auf der Ebene der subjektiven als auch der objektiven Bewilligungspflicht diverse Herausforderungen, die es zu beachten und im Rahmen der rechtlichen Due Diligence-Prüfung aufzudecken gilt. Nachfolgend wird für jedes Kriterium

<sup>160</sup> Vgl. WATTER/SCHNELLER (FN 118), 249.

<sup>161</sup> GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 13), N 178; SCHENKER (FN 114), 545; CALEFF (FN 114), 152; TSCHÄNI/DIEM (FN 50), 102; ALBISETTI/RIGOZZI (FN 85), 411 f.; WATTER/SCHNELLER (FN 118), 249, gehen davon aus, dass die Folgen der Durchgriffstheorie unhaltbar wären.

<sup>162</sup> BGE 115 Ib 102 E. 3c; vgl. auch BGE 107 Ib 20; BGer 2C\_1041/2016 vom 28. September 2017 E. 7.2.

<sup>163</sup> Beispiel: (i) Ist die subjektive Bewilligungspflicht gegeben, da es sich bei der Käuferin um eine Person im Ausland handelt, (ii) ist aber unklar, ob der Erwerb von bewilligungspflichtigen Grundstücken primärer statutarischer Zweck oder bloss Nebenzweck des Targets ist, und (iii) bestehen gleichzeitig Wohnanteile, deren Betriebsnotwendigkeit nicht eindeutig ist, ist aufgrund einer Gesamtbetrachtung empfohlen, ein Gesuch um Nichtunterstellung bei der zuständigen Behörde einzureichen. Ein Verzicht auf die Einholung einer Nichtunterstellungsverfügung ist dagegen nicht erforderlich, wenn in der gleichen Konstellation die Käuferin nicht als Person im Ausland zu qualifizieren ist, da beispielsweise der ausländische Anteilsbesitz vernachlässigbar ist.

		Subjektive Bewilligungspflicht	Objektive Bewilligungspflicht nach dem Nutzungszweck des Grundstücks	Objektive Bewilligungspflicht nach der Art des Rechts
1. Ausgangsfrage	Allgemein	Handelt es sich bei der Erwerberin um eine Person im Ausland?	Handelt es sich um bewilligungspflichtige Grundstücke?	Verschafft das Rechtsgeschäft einer Person im Ausland tatsächliche Verfügungsmacht über ein bewilligungspflichtiges Grundstück?
	Fokus M&A	Hat eine Person im Ausland bei einer juristischen Person mit Sitz in der Schweiz eine beherrschende Stellung inne?	Was ist der Nutzungszweck der Grundstücke? Bestehen Landreserven oder Wohnanteile?	Wird ein Anteil an einer Immobiliengesellschaft erworben? Liegt der Zweck des Targets im Erwerb von (bewilligungspflichtigen) Grundstücken? Wie hoch ist der Anteil bewilligungspflichtiger Grundstücke an den Gesamtaktiven? Woher stammen Umsatz und Gewinn?
2. Gesuch um Nichtunterstellung	a. Verzicht vertretbar	Ausländischer Anteilsbesitz kleiner als ein Drittel	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Ausschliesslich Betriebsstättegrundstücke</li> <li>– Wohnanteil: betriebsnotwendig oder Wohnanteilvorschriften &lt; ½</li> <li>– Landreserven: &lt; ½</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Statutarischer Zweck: Erwerb von (bewilligungspflichtigen) Grundstücken ist Nebenzweck</li> <li>– Tatsächlicher Zweck: Anteil bewilligungspflichtiger Grundstücke &lt; 20 % und/oder Immobiliengewinn kleiner als aus Haupttätigkeit</li> </ul>
	b. Einreichen empfohlen	Ausländischer Anteilsbesitz zwar mehr als ein Drittel, aber: <ul style="list-style-type: none"> <li>– ausländischer Streubesitz steht konzentriertem Inlandbesitz gegenüber</li> <li>– Personen, die effektiv das Sagen haben, sind überwiegend keine Personen im Ausland</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Uneindeutiger Nutzungszweck der (Betriebsstätte-) Grundstücke</li> <li>– Wohnanteil: Betriebsnotwendigkeit nicht eindeutig</li> <li>– Landreserven: &gt; ½ bis ½ bei kleiner Grundfläche, leerstehende Gebäude oder betriebliches Erfordernis nicht eindeutig</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Statutarischer Zweck: primärer Zweck/Nebenzweck nicht eindeutig</li> <li>– Tatsächlicher Zweck: Anteil bewilligungspflichtiger Grundstücke von 20 bis 50 % und/oder Immobiliengewinn ähnlich hoch wie aus Haupttätigkeit</li> </ul>
	c. Vermutungsweise bewilligungspflichtig	Ausländischer Anteilsbesitz mehr als ein Drittel und: <ul style="list-style-type: none"> <li>– ausländischer Streubesitz steht keinem konzentrierten Inlandbesitz gegenüber</li> <li>– Effektives Sagen liegt bei Personen im Ausland</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Wohnimmobilien</li> <li>– Wohnanteil nicht betriebsnotwendig</li> <li>– Landreserven: &gt; ½ resp. ½ und nicht betrieblich erforderlich</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Statutarischer Zweck: Erwerb von (bewilligungspflichtigen) Grundstücken ist primärer Zweck</li> <li>– Tatsächlicher Zweck: Anteil bewilligungspflichtiger Grundstücke &gt; 50 % und/oder Immobiliengewinn grösser als aus Haupttätigkeit</li> </ul>

Hilfestellung mit Überblick über die Empfehlungen zur Einholung einer Lex Koller-Nichtunterstellungsverfügung im Rahmen von M&A-Transaktionen. Die Kriterien sind kumulativ zu erfüllen; letztlich ist eine Gesamtbetrachtung im Einzelfall vorzunehmen.<sup>163</sup>

ein Überblick gegeben, (a) wann es vertretbar erscheint, auf die Einholung einer Nichtunterstellungsverfügung zu verzichten, (b) in welchen Fällen das Ersuchen um ein Lex Koller-Gesuch empfohlen ist und (c) wann eine Transaktion vermutlich bewilligungspflichtig ist und damit vor dem Vollzug ein separater Verkauf der relevanten Grundstücke resp. der Immobiliengesellschaft vorausgesetzt ist (siehe Abbildung). Wie eingangs erwähnt müssen die Kriterien kumulativ erfüllt sein. Ob unter Berücksichtigung sämtlicher Kriterien das Ersuchen um eine Nichtunterstellungsverfügung angezeigt ist, hängt letztlich von einer Gesamtbetrachtung ab.

Handelt es sich bei der Erwerberin um eine juristische Person mit Sitz in der Schweiz, deren Anteile von *Personen im Ausland* gehalten werden, ist zu prüfen, ob diese ausländischen Anteilsinhaber eine beherrschende Stellung innehaben. Diesbezüglich gilt es folgendes zu beachten: (a) Beträgt der ausländische Anteilsbesitz weniger als einen Drittel, ist es vertretbar, auf die Einholung einer Nichtunterstellungsverfügung zu verzichten (vorbehaltlich der entscheidenden Einflussnahme durch eine Person im Ausland aus einem anderen Grund). (b) Übersteigt der ausländische Anteilsbesitz zwar die Drittelsgrenze gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a und b BewG, befindet sich dieser allerdings im Streubesitz, sodass eine Beeinflussung für alle praktischen Zwecke ausgeschlossen ist, und steht ein konzentrierter Anteilsbesitz im Inland gegenüber, ist die Gesellschaft aus unserer Sicht zwar nicht ausländisch beherrscht, aber das Einreichen eines Gesuchs um Nichtunterstellung unter die Lex Koller dennoch empfohlen. Dasselbe gilt, wenn die Personen, welche effektiv das Sagen im Unternehmen haben, überwiegend Schweizer sind resp. nicht als Personen im Ausland gelten. (c) Wenn allerdings der ausländische Anteilsbesitz zu wenig gestreut oder der Streubesitz nicht einem konzentrierten Anteilsbesitz gegenübersteht oder aber zusätzlich die Personen mit dem effektiven Sagen in einem Unternehmen als Personen im Ausland zu qualifizieren sind, unterliegt die Transaktion (sofern auch die objektive Bewilligungspflicht erfüllt ist) vermutlich der Bewilligungspflicht.<sup>164</sup>

Zur Beurteilung, ob *bewilligungspflichtige Grundstücke* im Sinne der Lex Koller vorliegen, gilt es im Rahmen der rechtlichen Due Diligence-Prüfung die vorhandenen Grundstücke des Targets nach ihrem Nutzungszweck zu untersuchen. Ferner gilt es zu prüfen, ob resp. in welchem Umfang Wohnanteile und/oder Landreserven bestehen. (a) Sind die nachfolgenden Kriterien erfüllt, scheint es vertretbar, auf ein Gesuch um Nichtunterstellung unter die Lex Koller zu verzichten: Der Wohnanteil von Betriebsstättegrundstücken (diese sind ohnehin nicht bewilligungspflichtig) bei einem Miterwerb von Wohnungen, die durch Wohnanteilvorschriften vorgeschrieben

sind, beträgt weniger als 50 Prozent oder der Wohnanteil ist betriebsnotwendig. Dasselbe gilt, wenn die Landreserven eines Betriebsstättegrundstücks weniger als einen Drittel betragen. (b) Das Ersuchen um eine Nichtunterstellungsverfügung ist empfohlen, wenn der Nutzungszweck des (Betriebsstätte-) Grundstücks nicht von vornherein erkennbar sowie wenn die Betriebsnotwendigkeit der Wohnanteile nicht eindeutig ist. Ausserdem ist das Einholen einer Nichtunterstellungsverfügung empfohlen, wenn die Landreserven dem Richtwert von einem Drittel bis zur Hälfte der gesamten Fläche entsprechen, sich die Bewilligungspflicht aber ausschliessen lässt, weil die Fläche des zu beurteilenden Grundstücks verhältnismässig klein ist, wenn es sich um leerstehende Gebäude handelt oder wenn das betriebliche Bedürfnis der Landreserven für die künftige Entwicklung des Unternehmens nicht ohne Weiteres erkennbar ist. (c) Der Erwerb von Wohneigentum sowie von Betriebsstätten dagegen, die über nicht betriebsnotwendige Wohnanteile verfügen oder aber über Landreserven, die die Drittelsgrenze resp. die Hälfte der gesamten Fläche übersteigen und betrieblich nicht erforderlich sind, unterliegen der objektiven Bewilligungspflicht.<sup>165</sup>

Inwieweit eine Gesellschaft aufgrund ihres statutarischen Zwecks als *Immobiliengesellschaft* zu qualifizieren ist, beurteilt sich zunächst nach der Zweckformulierung in den Statuten. (a) Befindet sich im statutarischen Zweck ein Passus, wonach die Gesellschaft «Immobilien erwerben kann» und kommt diesem eine untergeordnete Bedeutung zu, scheint es vertretbar, auf das Einreichen eines Lex Koller-Gesuchs zu verzichten. (b) Geht aus dem statutarischen Zweck nicht hervor, welches der primäre Gesellschaftszweck ist und enthält dieser eine Formulierung, wonach das Target «den Handel mit Immobilien» bezweckt, kann die Nichtunterstellung nicht mehr ohne Weiteres ausgeschlossen werden und das Einholen einer Nichtunterstellungsverfügung wird empfohlen. (c) Sieht der Zweck der Zielgesellschaft primär «den Erwerb, die Verwaltung und die Veräusserung von Immobilien» vor, ist die Transaktion vermutlich bewilligungspflichtig. Lässt sich aus dem statutarischen Zweck des Targets nicht auf eine Immobiliengesellschaft schliessen, ist sein tatsächlicher Zweck anhand des Anteils bewilligungspflichtiger Grundstücke an den Gesamtaktiven der Gesellschaft sowie der Herkunft von Umsatz und Gewinn zu prüfen. (a) Beträgt dieser Anteil bewilligungspflichtiger Grundstücke weniger als 20 Prozent und/oder ist der Immobiliengewinn (aus bewilligungspflichtigen Grundstücken) kleiner als der Gewinn aus der Haupttätigkeit, erscheint eine Transaktion ohne Einholung einer Nichtunterstellungsverfügung vertretbar. (b) Bei einem Anteil bewilligungspflichtiger Grundstücke zwischen 20 bis 50 Prozent liegt einzig gestützt

<sup>164</sup> Vgl. Ziff. II zur subjektiven Bewilligungspflicht.

<sup>165</sup> Vgl. Ziff. III zu den bewilligungspflichtigen Grundstücken.

auf die Schwellenwerte aus unserer Sicht zwar noch keine Immobiliengesellschaft vor; aufgrund der uneinheitlichen behördlichen Bewilligungspraxis und abhängig von der Gesamtbetrachtung im Einzelfall ist es dennoch empfohlen, ein Lex Koller-Gesuch einzureichen. Dasselbe gilt, wenn nicht ohne Weiteres erkennbar ist, ob der Umsatz und Gewinn aus der Immobiliertätigkeit oder der Haupttätigkeit überwiegt. (c) Übersteigt der Anteil bewilligungspflichtiger Grundstücke die 50 Prozent-Schwelle und/oder ist der Immobiliengewinn (aus bewilligungspflichtigen Grundstücken) regelmässig und nachhaltig grösser als der Gewinn aus der Haupttätigkeit, unterliegt der Erwerb des Targets vermutungsweise der Bewilligungspflicht.<sup>166</sup>

Das Erwirken eines Feststellungsentscheides betreffend die Nichtunterstellung unter die Lex Koller kann den Vollzug einer Transaktion nicht unwesentlich verzögern und mehrere Wochen (bei einem Rechtsmittelverzicht der Behörden) oder gar Monate dauern. Aufgrund der drohenden Nichtigkeit eines bewilligungspflichtigen Erwerbes kommt man in Zweifelsfällen dennoch nicht darum herum, bei der zuständigen kantonalen Bewilligungsbehörde eine Feststellungsverfügung einzuholen, dass der Erwerb nicht bewilligungspflichtig ist.

Wird aufgrund unklarer Verhältnisse somit ein Gesuch um Nichtunterstellungsverfügung eingereicht, werden die Parteien dies in der Regel detailliert im Aktienkaufvertrag (*SPA*) regeln wollen. So werden die Parteien häufig in den Vollzugsbedingungen des Vertrags (*Condition Precedent to Closing*) festlegen wollen, dass die Käuferin innert einer bestimmten Frist (in der Regel so schnell wie möglich nach *Signing*) ein Gesuch einzureichen hat und festhalten, dass bei Nichtvorliegen der rechtskräftigen Nichtunterstellungsverfügung bis zu einem bestimmten Datum (*Long Stop Date*) der Vertrag dahinfällt. Sofern die Parteien auch bereit sind, die Transaktion ohne die bewilligungspflichtigen Grundstücke zu vollziehen, könnte der Aktienkaufvertrag auch eine Regelung enthalten, wonach beim Nichterhalt einer Nichtunterstellungsverfügung ein Abverkauf der bewilligungspflichtigen Grundstücke (*Carve-Out*) nach Massgabe der detaillierten Regelung des Aktienkaufvertrags zu erfolgen hat (sofern dies aufgrund der steuerrechtlichen Folgen nicht ausgeschlossen ist). In Fällen, wonach bereits ein belastbarer Komfort besteht (beispielsweise aufgrund einer mündlichen Auskunft der Bewilligungsbehörde), dass die Nichtunterstellungsverfügung erteilt wird, könnte die Verpflichtung der Käuferin zur Einreichung des Gesuchs und dem Erhalt der rechtskräftigen Nichtunterstellungsverfügung auch als blosse *Closing Delivery* (und nicht als aufschiebende Bedingung zum Vollzug) konzipiert werden, welche aus vertragsrechtlicher Sicht den Vollzug des Aktienkaufvertrags nicht verhindern

würde. In jedem Fall empfiehlt sich, eine Mitwirkungs-, Koordinations- und Konsultationspflicht zwischen den Vertragsparteien zu vereinbaren.

Bei einem Entscheid zu Ungunsten der Käuferin ist ein Weiterzug an die nächste Instanz in aller Regel unwahrscheinlich. Aufgrund der negativen Auswirkungen auf die Zeitachse einer Transaktion verzichten die Parteien regelmässig darauf. Dies begründet wohl auch die geringe Anzahl an Entscheiden in diesem Gebiet.

<sup>166</sup> Vgl. Ziff. IV zur Bewilligungspflicht von Immobiliengesellschaften.