



Neue Entscheide zum Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (Lex Koller)

Bei Transaktionen in Schweizer Immobilien, in welche Personen im Ausland involviert sind, sind stets die Schranken der Lex Koller zu beachten. Trotz gescheiterter Gesetzesrevision entwickelt sich die Lex Koller stetig durch die Gerichtspraxis weiter. Einige relevante Neuerungen und Konkretisierungen aufgrund der bundesgerichtlichen Praxis sind in diesem Artikel zusammengefasst.

■ Von Dr. Maja Baumann, LL.M., Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht



In der Schweiz wird der Immobilienerwerb durch Nicht-Schweizer durch das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 («BewG» oder «Lex Koller») begrenzt.

Dieses Gesetz ist nicht nur anwendbar für Käufe von (Ferien-)Wohnungen oder Einfamilienhäuser durch ausländische natürliche Personen, sondern kann auch relevant sein beim Kauf einer Geschäftsliegenschaft mit (minimem) Wohnanteil, bei erheblichen Landreserven (selbst in der Industriezone) oder bei der Übertragung von Aktien einer Immobiliengesellschaft.

Eine umfassender Revision der Lex Koller ist im März 2022 im Parlament gescheitert, doch haben auch neuere Entscheide des Bundesgerichts relevante Punkte behandelt, welche für den Kauf oder die bauliche Erweiterung der vom BewG erfassten Flächen wichtig sind.

In diesem Artikel werden zuerst kurz die wichtigsten Grundsätze der Lex Koller dargelegt und wird danach auf sieben bemerkenswerte Entscheide des Bundesgerichts eingegangen.

Hintergrund: Zweck und Hauptinhalt der Lex Koller sowie Stand bezüglich Anpassungen

Ziel des BewG ist es, dem Ausverkauf einheimischen Bodens entgegenzutreten. Daher ist der **Erwerb von Grundstücken in der Schweiz durch eine Person** im Ausland einer Bewilligung unterworfen.

Personen im Ausland sind ausländische Staatsangehörige mit Wohnsitz im Ausland, nicht-EU-/EFTA-angehörige ausländische Personen mit Wohnsitz in der Schweiz ohne C-Niederlassungsbewilligung sowie juristische Personen und vermögensfähige Gesellschaften ohne juristische Persönlichkeit, die ihren Sitz im Ausland haben (unabhängig

von der Staatsangehörigkeit ihrer Aktionäre oder Anteilsinhaber) oder, die ihren Sitz in der Schweiz haben und in denen Personen im Ausland eine beherrschende Stellung innehaben (als Aktionäre, Verwaltungsräte, grosse Kreditgeber etc.).

Als **bewilligungspflichtiger Erwerb** gilt nicht nur der Kauf des Grundstücks, sondern jede Form des Erwerbs eines Eigentums- oder Baurechts, eines Anteils an einer Immobiliengesellschaft, die Begründung und die Ausübung eines Kauf- oder Vorkaufsrechts sowie verschiedene weitere Sachverhalte.

Um eine Bewilligung erhalten zu können, muss die Person im Ausland über einen gesetzlich vorgesehenen **Bewilligungsgrund** verfügen. Die Gründe sind jedoch eng gefasst.

Zudem können Personen im Ausland in den Fällen, die in den Art. 2 Abs. 2 und 7 BewG beschrieben sind, **Grundstücke ohne Bewilligung erwerben**, sofern die entsprechenden Bedingungen erfüllt sind, so namentlich der Erwerb von Betriebsstätte-Grundstücken (effektive Nutzung als ständige Betriebsstätte eines Handels-, Fabrikations- oder anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerkbetriebs oder eines freien Berufs), der Erwerb der Hauptwohnung für den rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitz der Erwerber oder die Übertragung eines Grundstücks zwischen Ehegatten bzw. Vererbung an die gesetzlichen Erben.

Die Lex Koller ist immer wieder Gegenstand parlamentarischer Motionen, Initiativen und Vorstösse, die auf eine **Verschärfung oder Milderung des Gesetzes** abzielen. Zuletzt wurden verschiedene Anpassungsvorschläge eingebracht, so beispielsweise eine schärfere Bewilligungspflicht für ausländische Investoren beim Kauf von Grundstücken und Anteilen an Wohnimmobilien, die Aufhebung der Ausnahme für Betriebsstätte-Grundstücke während der Coronakrise, die Möglichkeit zur Erteilung einer Bewilligung an ausländische Investoren zum Bau von touristisch bewirtschafteten Wohnungen oder die Unterstellung der strategischen Infrastrukturen der Energiewirtschaft unter die Lex Koller. In Diskussion steht auch immer wieder eine Gesamtrevision der Lex Koller. Der Ständerat hat jedoch zu-



letzt im März 2022 eine Revision der Lex Koller deutlich abgelehnt. Es wird hier aber sicher immer wieder neue Anläufe für Verschärfungen oder Erleichterungen geben.

Erbschaft einer Wohnung durch ausländische Stiftung bzw. juristische Person

Das Bundesgericht befasste sich in seinen Urteilen vom 16. Dezember 2021 (BGer 2C_534/2021) und vom 19. August 2019 (2C_484/2019) mit der Ausnahmerebestimmung von Art. 7 lit. a BewG beim Erwerb eines Grundstücks durch gesetzliche Erben im Rahmen des Erbgangs.

Im ersten Fall hatte die Verstorbene testamentarisch eine Stiftung mit Sitz in Deutschland als Alleinerbin eingesetzt. Im Nachlass befand sich eine Wohnung in Graubünden. Zudem wurde zwei deutschen Staatsangehörigen mit Sitz in Deutschland im Sinne eines Vermächtnisses ein lebenslanges und unentgeltliches Wohnrecht eingeräumt. Im zweiten Fall wurde durch die Erblasserin die Errichtung einer Gesellschaft mit Sitz in Deutschland verfügt und diese zur alleinigen Erbin über den Nachlass, inkl. Wohnung in der Schweiz, eingesetzt.

Das Bundesgericht hat in seinen Urteilen nochmals betont, dass die Ausnahme von der Bewilligungspflicht gemäss Art. 7 lit. a BewG **nur für den Erwerb gesetzlicher Erben im Sinne des schweizerischen Rechts im Erbgang** gilt. Der Erwerber muss eine natürliche Person sein, die (auch nur potenziell) zum Kreis der gesetzlichen Erben gehört und die Liegenschaft im Zuge der Erbfolge (gesetzlich oder durch Testament) erwirbt. Unter den bewilligungsrechtlichen Begriff des gesetzlichen Erben können juristische Personen jedoch nicht fallen.

Im Weiteren ging das Bundesgericht im Entscheid von 2021 auf Art. 8 Abs. 2 BewG ein, wonach einem Erben, welcher der Bewilligung bedarf und keinen Bewilligungsgrund hat, der Erwerb **mit der Auflage** bewilligt werden kann, **das Grundstück innert zweier Jahre wieder zu veräussern**. Sofern der Erbe enge, schutzwürdige Beziehungen zum Grundstück nachzuweisen vermag, kann die Bewilligung gar ohne diese Auflage erteilt werden. Das Bundesgericht stellte klar, dass die Zweijahresfrist mit der Rechtskraft des

Bewilligungsentscheids laufen zu beginnen hat und dass der Bewilligungsbehörde weder bezüglich des Anfangszeitpunkts noch der Dauer ein Entscheidungsspielraum zusteht. Zudem hielt es fest, dass eine Stiftung als **juristische Person keine enge, schutzwürdige Beziehung zu einem Grundstück knüpfen kann**, da dies eine persönliche Präsenz in einer gewissen Regelmässigkeit und Intensität voraussetze. Gefühle bzw. Beziehungen natürlicher der Stiftung nahestehender Personen können nicht auf die Stiftung projiziert werden.

Somit besteht bei einer Erbeinsetzung einer juristischen Person im Ausland in jedem Fall eine Bewilligungspflicht, und die Bewilligung wird an die Auflage des Weiterverkaufs innert zweier Jahre geknüpft.

Personalwohnungen sind nur beim Miterwerb Betriebsstätten

Für die Hotelindustrie sehr relevant ist die Klarstellung des Bundesgerichts im Hinblick auf die Qualifikation von Personalwohnungen als Betriebsstätten. Diese Qualifikation gilt gemäss Bundesgericht nicht absolut und abstrakt, sondern gemäss Urteil vom 22. März 2021 (BGE 147 II 281) nur, wenn ein sog. Miterwerb erfolgt. Das heisst, dass der **Erwerb von Wohnungen, welche für den Betrieb des Unternehmens bzw. die Ausübung der wirtschaftlichen Aktivität notwendig sind** oder von denen derjenige Teil der Liegenschaft, welcher die Betriebsstätte beherbergt, praktisch nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand abgetrennt werden könnte, nur dann bewilligungsfrei zulässig ist, wenn er **zusammen mit der Haupt-Betriebsstätte** erfolgt.

Der isolierte Erwerb von Personalwohnungen stellt somit keine von der Bewilligungspflicht ausgenommene Transaktion dar, selbst wenn der betroffenen Hotelbetrieb ohne das Angebot von Personalwohnungen möglicherweise Schwierigkeiten hat, das nötige Personal rekrutieren zu können, bzw. wenn diese Personalwohnungen betriebsnotwendig sind.

Maximale Flächen für Ferienwohnungen

Der in der Praxis wohl häufigste Grund für die Ausstellung einer Erwerbsbewilligung unter der Lex Koller stellt der Erwerb von Ferienwohnungen durch Personen im Ausland dar.

Die Kantone können gesetzlich vorsehen, dass in Fremdenverkehrsgemeinden i.S.v. Art. 9 Abs. 3 BewG im Rahmen des kantonalen Kontingents der **Erwerb von Ferienwohnungen oder Wohneinheiten in Apparthotels durch Personen im Ausland** zwecks Förderung des Fremdenverkehrs bewilligt werden kann. Die eidgenössische Verordnung zum BewG (BewV) enthält jedoch gewisse Voraussetzungen und Beschränkungen. Insbesondere darf die Nettowohnfläche von Ferienwohnungen und Wohneinheiten in Apparthotels in der Regel **200 m² nicht übersteigen**.

Das Bundesgericht klärt in den Urteilen vom 10. August 2020 (BGer 2C_947/2018) und vom 6. Februar 2019 (2C_902/2017), unter welchen Umständen und in welchem Umfang von dieser Regel abgewichen werden darf und ob auch die internen Treppen an die Nettowohnfläche anzurechnen sind.

Zunächst wird klargestellt, dass sämtliche bewohnbaren Räume, wie Küche, Hausflur, Badezimmer, Toilette, Indoor-Schwimmbad, Sauna und Hobbyraum, zur Nettowohnfläche zählen, nicht aber Balkon, Keller oder Estrich. Das Bundesgericht hält fest, dass **wohnungsinterne Treppen** (im Gegensatz zu ausserhalb der Wohnung liegenden Treppenhäusern) **an die Nettowohnfläche anzurechnen** sind.

Ferner wird bestätigt, dass bei **Nachweis eines entsprechenden Mehrbedarfs** der Erwerb einer Ferienwohnung von **bis zu 250 m²** bewilligt werden kann. Hierzu muss die Erwerberin nachweisen, dass diejenigen Personen, für welche sie ein weiteres Wohnraumbedürfnis geltend macht, das Grundstück tatsächlich und regelmässig mit ihr benützen. Sie muss glaubhaft machen, dass ein Mehrbedarf aufgrund der zukünftigen, gemeinsamen und gleichzeitigen Nutzung mit Familienangehörigen (inkl. engen Freunden) nötig ist, und hat hierzu auch Belege einzureichen. Ansonsten muss die Bewilligung verweigert werden, weil die Fläche grösser ist, als es der Verwendungszweck erfordert.

Bauarbeiten zur Erweiterung eines Gebäudes als bewilligungspflichtiger Tatbestand

Ein Gebäude mit einer ausschliesslich geschäftlichen Nutzung (i.S.v. Betriebsstätten)



kann durch eine Person im Ausland bewilligungsfrei erworben werden. Das Bundesgericht beschäftigte sich im Urteil vom 10. Juli 2020 (BGer 2C_639/2019) mit der Frage, wie aus Lex-Koller-Sicht ein späterer Ausbau der Nutzfläche eines beim Erwerb durch die Person im Ausland rein zu Betriebsstättenzwecken genutzten Gebäudes zu beurteilen ist, namentlich wenn hierbei neu Wohnungen entstehen.

Das Bundesgericht hält klar fest, dass eine **Erhöhung der Wohnflächen eines Gebäudes** durch die Ergänzung neuer Wohnungen einen **von der Lex Koller erfassten Tatbestand** darstellt. Hierbei ist es unerheblich, dass die Gesamtfläche um weniger als 10% vergrössert wird.

Da die Wohnungen im konkreten Fall auch nicht als notwendige Personalwohnungen qualifizierten und somit keinen Betriebsstättencharakter hatten, griff die entsprechende Ausnahme nicht. Zudem ging es in diesem Fall auch nicht um sozialen Wohnungsbau, sodass es keinen Rechtsgrund für eine BewG-Bewilligung gab. Der Bau der fraglichen Wohnungen konnte somit nicht bewilligt werden, solange eine Person im Ausland Eigentümerin ist.

Ausländische Beherrschung aufgrund eines Lieferantenkredits

Als Personen im Ausland gelten, wie eingangs ausgeführt, u.a. juristische Personen mit Sitz im Ausland sowie juristische Personen, die ihren Sitz in der Schweiz haben, aber ausländisch beherrscht sind.

Im Urteil vom 18. Mai 2020 (BGer 2C_1103/2018) ging das Bundesgericht auf die Frage ein, wann eine solche beherrschende Stellung eines Gläubigers aufgrund von Darlehen bzw. Krediten gegeben ist.

Das Bundesgericht wiederholt hierbei, dass eine Aktiengesellschaft als vermutungsweise **durch Personen im Ausland beherrscht** gilt, wenn diese der Gesellschaft **rückzahlbare Mittel** zur Verfügung stellen, die **mehr als die Hälfte der Differenz** zwischen den Aktiven der Gesellschaft und ihren Schulden gegenüber nicht bewilligungspflichtigen Personen ausmachen. Diese Vermutung kann jedoch durch die Gesellschaft widerlegt werden, wenn sie den Nachweis des Fehlens der ausländischen Beherrschung erbringt.

Im konkreten Fall ging es um Lieferantenkredite, und die Lieferanten hatten keinen Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft und keine Zugriffsmöglichkeiten auf die Grundstücke. Zudem war der alleinige Aktionär ein Schweizer Bürger. Diese Argumente genügten dem Bundesgericht jedoch nicht für ein Umstossen der Vermutung der ausländischen Beherrschung.

Es hielt fest, dass der Beweis, dass keine finanzielle Abhängigkeit der Gesellschaft gegenüber den Lieferanten besteht, hätte erbracht werden müssen, z.B. durch eine kurzfristige Zusage weiterer Eigenmittel zugunsten der Gesellschaft durch den Schweizer Aktionär (oder andere nicht bewilligungspflichtige Personen).

Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich auch ohne Gesetzesrevision die Praxis zur Anwendung der Lex Koller stets weiterentwickelt bzw. konkretisiert und in den meisten Fällen die Auslegung sehr eng im Sinne einer Unterstellung unter die Lex Koller bzw. Bejahung einer Bewilligungspflicht erfolgt. Dies ist umso relevanter, als im zunehmend internationalen Kontext von Gesellschaftsinhabern, Immobilientransaktionen und Finanzierungen die Lex Koller in den letzten Jahren erneut an Bedeutung gewonnen hat. Daneben sind die Behörden zunehmend genauer bei der Prüfung, ob ein möglicher Grundstückkauf potenziell im Konflikt mit der Lex Koller stehen könnte. In der Praxis verlangen die Behörden von den Parteien vermehrt, dass sie mit einschlägigen Unterlagen darlegen müssen, dass kein Bewilligungstatbestand vorliegt, d.h. die Lex Koller keine Anwendung findet.

Entsprechend befasste sich das Bundesgericht in jüngsten Entscheiden nicht primär damit, ob eine Lex-Koller-Bewilligung erteilt wird, sondern damit, ob die Lex Koller anwendbar ist – mit, wie oben dargelegt, ausweitender Tendenz.



AUTORIN

Dr. iur. Maja Baumann, Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht, ist Partnerin der SwissLegal (Zürich) AG und berät Unternehmen und Private in Fragen des Gesellschafts-, Vertrags- und Immobilienrechts.

Werte teilen – Zukunft gestalten

Sie suchen eine modulare Software für die Bewirtschaftung Ihrer Immobilien?

Mit Abacus bieten wir Ihnen eine umfassende Lösung.

www.bdo.ch