

BRGE I Nr. 0022/2011 vom 20. Januar 2011 in BEZ 2011 Nr. 64

(Mit Bezug auf die hier publizierten Erwägungen bestätigt mit VB.2011.00120 vom 30. Juni 2011.)

---

Der Bezirksrat widerrief den Feststellungsbeschluss, wonach die M AG für den Erwerb von Grundstücken keiner Bewilligung im Sinne des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland bedürfe, und stellte zudem die Bewilligungspflicht diverser Rechtshandlungen fest, wobei er die jeweiligen Bewilligungen gleichzeitig verweigerte. Die M AG (Rekurrentin 1) sowie zwei Aktionäre (Rekurrenten 2 und 3) fochten diesen Beschluss an.

Aus den Erwägungen:

4. Die Rekurrentin 1 ist eine Immobilien-Aktiengesellschaft, welche am 1. November 2004 gegründet wurde. Zum Gründungszeitpunkt waren die Rekurrenten 2 und 3 sowie R zu gleichen Teilen an der Aktiengesellschaft beteiligt. Gemäss öffentlich beurkundeter Gründungsurkunde hatten der Rekurrent 3 sowie R ihren Wohnsitz in X bzw. in Y (in der Schweiz), während der Rekurrent 2 als in Italien wohnhaft bezeichnet wurde. Dieselben Angaben finden sich auf der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister. Die Rekurrentin 1 erwarb am 28. Januar 2005 ein Wohnhaus, wobei die Vorinstanz mit Beschluss vom 23. März 2005 feststellte, dass die Rekurrentin 1 für den Erwerb dieses Grundstücks keiner Bewilligung im Sinne des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) bedürfe. Im Juli 2005 folgten zwei weitere Wohnhäuser. Kurz darauf wurde das Aktienkapital der Rekurrentin 1 auf Fr. 1 500 000.-- erhöht, wobei weiterhin jeder der drei Aktionäre einen Drittel der Aktien besass. Am 15. September 2006 erwarb die Rekurrentin 1 ein weiteres Wohnhaus. R verkaufte seine 500 Anteile an der Rekurrentin 1 am 4. Oktober 2007 an den Rekurrenten 2, im November 2007 wurde er im Handelsregister als Mitglied des Verwaltungsrats gestrichen. Die Vorinstanz verlangte in der Folge Auskunft über die

Beteiligungsverhältnisse an der Rekurrentin 1 und fällte, nachdem sie den Beweis über den Wohnsitz des Rekurrenten 2 in der Schweiz als nicht erbracht erachtete, den nun angefochtenen Entscheid.

5. Die Rekurrierenden bringen zur Begründung ihres Rekurses zunächst vor, es sei für die Gründung der Rekurrentin 1 keine Bewilligung erforderlich gewesen, da der Rekurrent 2 zu diesem Zeitpunkt Wohnsitz in der Schweiz gehabt habe, der tatsächliche Zweck der Rekurrentin 1 bei der Gründung noch nicht bekannt gewesen sei und die Beteiligung an der Gründung durch den Rekurrenten 2 selbst dann, wenn er nicht Wohnsitz in der Schweiz gehabt hätte, nicht als Erwerb zu qualifizieren sei. Anlässlich der Gründung habe die Rekurrentin 1 weder ein Grundstück erworben noch sich dazu verpflichtet gehabt. Der statutarische Zweck bestehe denn neben dem Handel mit Immobilien auch in deren Verwaltung. Zudem sei auch der bewilligungsfreie Erwerb von Geschäftsimmobilien vom statutarischen Zweck gedeckt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei die Gründung einer Aktiengesellschaft nicht mit dem Erwerb von Aktien gleichzusetzen. Eine Gründung falle damit von vornherein nicht unter Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG. Eine umfassende Auslegung von Art. 1 Abs. 1 lit. a der Verordnung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewV) ergebe im Übrigen, dass nicht jede Beteiligung an der Gründung unter diese Bestimmung falle. Das Gesetz wolle den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland beschränken. Die Verordnung qualifiziere andere Rechtshandlungen als Grundstückserwerb, um die zahlreichen Missbrauchsmöglichkeiten auszuschliessen. Deshalb würden auch Tatbestände erfasst, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie dem Eigentümer verschafften. Ein Gründungsmitglied müsse eine eigentümerähnliche Stellung haben, damit Art. 1 Abs. 1 lit. a BewV anwendbar sei. In Auslegung dieser Bestimmung gelte daher die Beteiligung an einer Gründung nur dann als Erwerb im Sinne des Bewilligungsgesetzes, wenn der betroffene Aktionär eine beherrschende Stellung ausübe, und dies sei der Fall, wenn er zu mehr als einem Drittel beteiligt sei (Art. 6 Abs. 2 lit. a BewG). Wenn die Bestimmung anders auszulegen wäre, wäre ihr die Anwendung zu versagen, denn die Ansicht, jede Beteiligung zähle als Erwerb, sprengte den Rahmen des Spielraums, der in einer Verordnung geregelt werden dürfe. Diese Regelung würde somit das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage und auch der Verhältnismässigkeit verletzen. Die Absurdität der von der Vorinstanz vorgenommenen Auslegung werde offensichtlich, wenn die Umgehungsmöglichkeiten betrachtet würden.

6.1 Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a BewV gilt unter anderem die Beteiligung an der Gründung von juristischen Personen, deren tatsächlicher Zweck der Erwerb von Grundstücken ist, die nicht nach Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG ohne Bewilligung erworben werden können, als Erwerb von Grundstücken. Gemäss Art. 2 Abs. 1 BewG bedürfen Personen im Ausland für den Erwerb von Grundstücken einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörden. Als Personen im Ausland gelten sodann unter anderem Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, die ihren rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitz nicht in der Schweiz haben (Art. 5 lit. a BewG).

6.2 Der Rekurrent 2 ist italienischer Staatsbürger und damit Angehöriger eines EU-Staates. Gemäss den offiziellen Urkunden, welche anlässlich der

Gründung der Rekurrentin 1 erstellt wurden, hatte er im damaligen Zeitpunkt seinen Wohnsitz in G in Italien. Der Rekurrent 2 behauptet, zur Zeit der Gründung in die Schweiz, genauer zum dritten Gründungsmitglied (R) gezogen zu sein. Es sprechen indes gewichtige Gründe dagegen, dass der Rekurrent 2 seinen Lebensmittelpunkt in die Schweiz verlegt hat. Zum einen war der Rekurrent im Jahr 2007 als Kurzaufenthalter in der Schweiz angemeldet. Dies bedeutet gemäss Art. 32 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer, dass der Aufenthalt auf maximal ein Jahr befristet ist, wobei eine Verlängerung um höchstens ein weiteres Jahr möglich ist. Danach kann die Kurzaufenthaltsbewilligung nur nach einem angemessenen Unterbruch des Aufenthalts in der Schweiz neu erteilt werden. Ein dauernder Verbleib in der Schweiz und damit auch die Begründung eines Wohnsitzes ist somit von vornherein ausgeschlossen. Dass der Rekurrent 2 im Zeitpunkt der Gründung der Rekurrentin 1 einen anderen Aufenthaltsstatus hatte, wurde weder behauptet noch erscheint es wahrscheinlich. Die eingereichten Flugscheine erwecken zudem den Eindruck, als habe sich der Rekurrent 2 nur während einzelner Tage hier aufgehalten. Es mag sein, dass er sich an keinem Ort für längere Zeit aufhält und er tatsächlich keinen sogenannten Lebensmittelpunkt hat. Dies bedeutet aber nicht, dass er seinen Wohnsitz frei bezeichnen kann.

Die Belege, welche der Rekurrent 2 zum Nachweis seiner Wohnsitznahme eingereicht hat, vermögen an den Zweifeln daran, dass er sich – zunächst bei R und danach am Sitz der Rekurrentin 1 – mit der Absicht dauernden Verbleibens aufgehalten hat, nichts zu ändern. Die Tatsache, dass er quellenbesteuert wird, beweist einzig, dass er hier Einkünfte generiert, nicht aber, dass er Wohnsitz in der Schweiz hat. Auch der Abschluss einer Krankenversicherung und das Einlösen eines Fahrzeuges bzw. das sich Ausstellenlassen eines Schweizerischen Führerscheins vermögen für sich betrachtet den Schweizerischen Wohnsitz nicht zu belegen. Indes sprechen gewichtige Gründe gegen die Annahme des Wohnsitzes in der Schweiz. Insgesamt ist die Vorinstanz somit zu Recht davon ausgegangen, dass sich der Wohnsitz des Rekurrenten 2 weder im Zeitpunkt der Gründung der AG noch danach in der Schweiz befunden hat. Der Rekurrent 2 gilt daher als Person im Ausland gemäss Art. 5 lit. a BewG.

6.3 Entgegen der rekurrentischen Ansicht sprengt die Vorschrift von Art. 1 Abs. 1 lit. a BewV nicht den Rahmen dessen, was in einer Verordnung geregelt werden darf. Mit der Vorinstanz ist dafür zu halten, dass die genannte Verordnungsbestimmung einzig konkretisiert, was Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG bereits statuiert, nämlich die Bewilligungspflicht jedweden Erwerbs eines Anteils an einer juristischen Person, deren tatsächlicher Zweck der Erwerb von Grundstücken ist, durch eine Person im Ausland, sofern die Anteile dieser juristischen Person nicht an einer Börse in der Schweiz kotiert sind. Dass dies nicht nur für den Erwerb eines Anteils an einer bereits bestehenden juristischen Person, sondern auch für die Gründung, durch welche die Aktionäre ebenfalls Teilhaber an der Gesellschaft werden, gelten muss, erscheint folgerichtig. Diese Vorschriften sind klar und damit nicht auslegungsbedürftig.

Das rekurrentische Argument, bei der Gründung sei der genaue Zweck der Gesellschaft noch nicht festgestanden, vermag nicht zu überzeugen. Gemäss den Gründungsstatuten der Rekurrentin 1 bezweckt die Gesellschaft den

Handel mit und die Verwaltung von Immobilien. Auch der Name der Rekurrentin 1 könnte eindeutiger nicht sein. Schliesslich spricht auch die Tatsache, dass der Kaufvertrag über das erste von der Rekurrentin 1 erworbene Wohnhaus bereits einen Monat nach deren Gründung öffentlich beurkundet wurde dafür, dass von Anfang an auch der bewilligungspflichtige Erwerb von Grundstücken beabsichtigt war.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Beteiligung des Rekurrenten 2 an der Gründung der Rekurrentin 1 der Bewilligungspflicht gemäss dem Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland unterstand.

6.4 Nichtsdestotrotz wurde die Rekurrentin 1 am 22. Dezember 2004 ohne das Vorliegen einer Bewilligung in das Handelsregister eingetragen. Gemäss Art. 643 Abs. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) wird das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung in das Handelsregister auch dann erworben, wenn die Voraussetzungen der Eintragung tatsächlich nicht vorhanden waren. Dies bedeutet nichts anderes, als dass die Rekurrentin 1 mit dem Eintrag in das Handelsregister eine handlungsfähige juristische Person wurde, welche alle ihr zustehenden Rechte erwerben und ausüben konnte. Insbesondere durften sich unbeteiligte Dritte darauf verlassen. Der Mangel der fehlenden Bewilligung wurde demnach mit dem Eintrag der Rekurrentin 1 in das Handelsregister geheilt.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann dieser Vorgang nun nicht gestützt auf Art. 25 Abs. 1<sup>bis</sup> BewG nachträglich überprüft werden. Die Rekurrierenden haben keine falschen oder unvollständigen Angaben gemacht, ist doch sowohl dem öffentlich beurkundeten Gründungsvertrag als auch der Anmeldung für die Eintragung ins Handelsregister zu entnehmen, dass der Rekurrent 2 seinen Wohnsitz in Italien hat. Die Eintragung der Rekurrentin 1 in das Handelsregister ohne vorgängige Prüfung auf Übereinstimmung mit den Vorschriften des Bewilligungsgesetzes bzw. der dazugehörigen Verordnung ist den Rekurrierenden nicht vorzuwerfen. Vielmehr hätte der Handelsregisterführer die Eintragung aussetzen und den Rekurrierenden Frist ansetzen müssen, um die Bewilligung oder die Feststellung einzuholen, dass sie keiner Bewilligung bedürfen (Art. 18 Abs. 1 f. BewG).

7.1 Die Vorinstanz erwägt im angefochtenen Beschluss, dass sie bei Kenntnis der wahren Sachlage, nämlich dass der Rekurrent 2 keinen Wohnsitz in der Schweiz hat, im März 2005 nicht festgestellt hätte, die Rekurrentin 1 brauche für den Erwerb des Grundstücks Kat.-Nr. 100 keine Bewilligung. Vielmehr hätte sie die Bewilligungspflicht festgestellt und die Bewilligung verweigert, da an der Rekurrentin 1 eine Person im Ausland beteiligt sei. Dasselbe gelte für die beiden später von der Rekurrentin 1 erworbenen Wohnhäuser.

Die Rekurrierenden stellen sich in ihrem Rekurs demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Grundstückskäufe nicht bewilligungspflichtig gewesen seien, da die Rekurrentin 1 nicht von einer Person im Ausland beherrscht werde.

7.2 Art. 5 lit. c BewG bestimmt, dass juristische Personen, die ihren statutarischen und tatsächlichen Sitz in der Schweiz haben und in denen Personen im Ausland eine beherrschende Stellung innehaben, als Personen im Ausland gelten. Die Beherrschung einer juristischen Person durch Personen im Ausland wird vermutet, wenn diese mehr als einen Drittel des Aktienkapitals besitzen (Art. 6 Abs. 2 lit. a BewG).

Der Rekurrent 2 besass im Zeitpunkt des Erwerbs der vier Grundstücke genau einen Drittel der Aktien der Rekurrentin 1. Damit ist das Quorum, welches zur Vermutung der Beherrschung durch eine Person im Ausland führt, gerade nicht erreicht. Die Feststellung, dass der Erwerb der Grundstücke durch die Rekurrentin 1 nicht der Bewilligungspflicht unterstehe, erfolgte damit zu Recht. Dies unabhängig vom Wohnsitz des Rekurrenten 2.

8. Die Vorinstanz stellte im angefochtenen Entscheid im Weiteren fest, dass die Erhöhung des Aktienkapitals der Rekurrentin 1 im Juli/August 2005 auf Fr. 1 500 000.--, eingeteilt in 1500 Namenaktien zu Fr. 1000.--, ebenfalls bewilligungspflichtig gewesen sei. Eine Bewilligung hätte die Vorinstanz nicht erteilt, da eine Person im Ausland nicht an einer Immobiliengesellschaft beteiligt sein dürfe.

Mit den Rekurrierenden ist diesem Argument entgegenzuhalten, dass Art. 1 Abs. 1 lit. a BewV die Beteiligung an der Kapitalerhöhung von juristischen Personen, deren tatsächlicher Zweck der Erwerb von Grundstücken ist, die nicht nach Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG ohne Bewilligung erworben werden können, nur dann als Erwerb von Grundstücken qualifiziert, wenn der Erwerber mit der Kapitalerhöhung seine Stellung verstärkt. Der Rekurrent 2 besass vor der Kapitalerhöhung 34 von 102 Namenaktien der Rekurrentin 1, danach 500 von 1500. Damit hat er mit der Kapitalerhöhung seine Stellung nicht gestärkt, sondern lediglich seine bisherige Beteiligungsquote beibehalten. Damit gilt die Beteiligung des Rekurrenten 2 an der Kapitalerhöhung nicht als Erwerb von Grundstücken, und sie untersteht folglich auch nicht der Bewilligungspflicht. Die nachträgliche Feststellung, dass der Erwerb von 466 Aktien der Rekurrentin 1 durch den Rekurrenten 2 im Juli/ August 2005 einer Bewilligung bedürfe, erweist sich demnach als rechtsfehlerhaft. Damit entfällt auch die Verweigerung der Bewilligung hierfür.