

BRGE I Nr. 0166/2011 vom 2. September 2011 in BEZ 2012 Nr. 31

(Bestätigt mit VB.2011.00629 vom 12. Januar 2012 (= BEZ 2012 Nr. 8.))

---

3. Die Rekurrentin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz. Ihre Aktien gehören zu 100 Prozent der R SA mit Sitz in Luxemburg, welche wiederum zu 100 Prozent im Besitz der K Ltd mit Sitz in Malta ist. Die K Ltd steht im Eigentum von drei Schweizern, welche jeweils 40,9 Prozent bzw. 18,2 Prozent der Anteilscheine besitzen. Die Rekurrentin ist Eigentümerin des Hotel A in X. Dieses betrieb sie bis Ende Oktober 2004, danach wurde der Hotelbetrieb mangels Rentabilität eingestellt. Weitergeführt wurde lediglich das benachbarte Hotel G. Das Hotelgebäude soll umgebaut und erweitert werden und hernach als Fünf-Sterne-Hotel betrieben werden. Alternativ steht auch die Umnutzung in Eigentumswohnungen zur Diskussion. Bis diese Massnahmen bewilligt sind, soll in dem Gebäude die streitbetroffene Zwischennutzung stattfinden. Die Rekurrentin hat das Hotel A an die T AG vermietet, welche die 140 Hotelzimmer zu pauschal Fr. 400.-- pro Monat an Studenten vermietet.

Die Vorinstanz stellt sich im angefochtenen Beschluss auf den Standpunkt, bei der Rekurrentin handle es sich um eine Person im Ausland, und durch die Zwischennutzung verliere das rekurrentische Grundstück seinen Betriebsstättencharakter, was zur Bewilligungspflicht gemäss Bewilligungsgesetz (BewG) führe. Die entsprechende Bewilligung wurde verweigert.

4. Die Rekurrentin macht zunächst Ausführungen zum Sachverhalt. Sie habe immer noch das primäre Ziel, das Hotel A in ein modernes Luxushotel umzubauen und als Hotel wieder zu eröffnen. Beim Plan, das Hotel A in Eigentumswohnungen umzubauen, handle es sich um eine mögliche alternative Nutzung des Hotels, die aufgrund der wirtschaftlichen Gegebenheiten geprüft werden müsse. Dies sei insofern relevant, als die Vorinstanz die Abklärung der Bewilligungspflicht massgeblich darauf abstütze, dass es für dieses Bauvorhaben zeitliche Unwägbarkeiten im Zusammenhang mit dem baurechtlichen Bewilligungsverfahren gebe und die Rekurrentin sich angesichts des Umbaus des Hotels in Eigentumswohnungen sowieso neu strukturieren müsse.

Ob eine Umstrukturierung der Beteiligungsverhältnisse im Falle der Erstellung von Eigentumswohnungen notwendig wird, kann im Moment dahin gestellt bleiben. Für das vorliegende Rekursverfahren ist die geplante künftige Nutzung des ehemaligen Hotel A nicht relevant. Die Dauer eines allfälligen Baubewilligungsverfahrens dürfte ob der beiden zur Diskussion stehenden Varianten nicht erheblich differieren. Auch hängt eine allfällige Bewilligungspflicht und die Bewilligungsfähigkeit der Zwischennutzung nicht primär von deren Dauer oder von der Schwierigkeit bzw. späteren Erforderlichkeit von künftigen Umstrukturierungen der Rekurrentin ab. Der rekurrentische Verweis auf Art. 18a Abs. 1 lit. c der Verordnung zum Bewilligungsgesetz (BewV) vermag daran nichts zu ändern. Gemäss jener Bestimmung verzichtet das Grundbuchamt auf die Verweisung des Erwerbers an die Bewilligungsbehörde, wenn Landreserven für Betriebsstätten erworben werden sollen, die einen Drittel der gesamten Fläche nicht übersteigen. Abgesehen davon, dass das Mass von einem Drittel der gesamten Fläche bei weitem überschritten wird, handelt es sich im vorliegenden Fall nicht um Landreserven für den Ausbau eines Unternehmens, vielmehr steht das ganze Unternehmen seit einigen Jahren still, und nun ist über die Bewilligungspflicht/-fähigkeit einer Zwischennutzung zu entscheiden.

5.1 Zur Begründung ihres Rekurses bringt die Rekurrentin zunächst vor, sie sei keine Person im Ausland. Eine juristische Person mit tatsächlichem und statutarischem Sitz in der Schweiz gelte nur dann als eine vom Bewilligungsgesetz erfasste Person im Ausland, wenn Personen im Ausland in der besagten juristischen Person (mit Sitz in der Schweiz) eine beherrschende Stellung innehätten. Die Rekurrentin werde letztlich zu 100 Prozent von Schweizern kontrolliert. Es stimme zwar, dass die beiden ausländischen Gesellschaften Personen im Ausland gemäss dem Ingress von Art. 5 Abs. 1 BewG seien, doch hätten diese (trotz des 100 Prozent Aktienbesitzes an der Rekurrentin) keine beherrschende Stellung inne, sondern liege die Beherrschung der Rekurrentin allein bei Schweizer Staatsbürgern, die jeweils 100 Prozent der Aktien dieser beiden ausländischen Gesellschaften hielten. Das Bewilligungsgesetz wolle verhindern, dass Schweizer Grundstücke durch Ausländer auf einer gesellschaftsrechtlichen Ebene kontrolliert würden oder ausländisches Kapital als Equity oder als ausländische Finanzierung involviert sei. Die Ansicht der Bewilligungsbehörde, dass das Bewilligungsgesetz allein formal auf den Sitz abstelle, sei verkürzt.

5.2 Personen im Ausland bedürfen für den Erwerb von Grundstücken einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde (Art. 2 Abs. 1 BewG). Dabei gelten unter anderem juristische Personen, die ihren statutarischen oder tatsächlichen Sitz im Ausland haben, sowie 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 (Art. 5 Abs. 1 lit. b und c BewG). Eine Person im Ausland hat eine beherrschende Stellung inne, wenn sie auf Grund ihrer finanziellen Beteiligung, ihres Stimmrechtes oder aus anderen Gründen allein oder gemeinsam mit anderen Personen im Ausland die Verwaltung oder Geschäftsführung entscheidend beeinflussen kann. Die Beherrschung einer juristischen Person durch Personen im Ausland wird unter anderem dann von Gesetzes wegen

vermutet, wenn diese mehr als einen Drittel des Aktien, Stamm- oder Genossenschaftskapitals besitzen (Art. 6 Abs. 1 und 2 lit. a BewG).

Die Rekurrentin hat ihren Sitz in der Schweiz. Da mehr als ein Drittel ihrer Aktien indes im Besitz der R SA, einer juristischen Person mit Sitz in Luxemburg, sind, besteht die gesetzliche Vermutung einer ausländischen Beherrschung. Dies unabhängig davon, ob die R SA direkt oder indirekt von einer Person im Ausland beherrscht wird oder nicht. Die in Art. 5 Abs. 1 lit. b BewG aufgeführten Körperschaften gelten unabhängig von ihrer Beherrschung automatisch als Personen im Ausland, wenn sich ihr statutarischer oder tatsächlicher Sitz im Ausland befindet (BGr, 15. Januar 2010, 2C\_409/2009, E. 3.4, www.bger.ch).

Mit der Rekurrentin ist festzuhalten, dass Art. 6 Abs. 2 BewG lediglich Vorgaben macht, wann die Beherrschung einer juristischen Person durch Personen im Ausland zu vermuten ist. Der Beweis des Gegenteils ist somit möglich. Vorstellbar sind etwa Fälle von konzentriertem schweizerischem Aktienbesitz, dem ein weitgestreuter Aktienbesitz im Ausland gegenübersteht, welcher mehr als einen Drittel des Gesamtkapitals ausmacht. Im vorliegenden Fall hält die ausländische Gesellschaft sämtliche Aktien der Rekurrentin und kann damit deren Geschicke alleine bestimmen. Es mag zwar zutreffen, dass zurzeit alle Gesellschaftsanteile via eine andere Gesellschaft mit Sitz in einem dritten Staat ausschliesslich durch Schweizer Staatsangehörige gehalten werden; dies kann sich jedoch ändern, was angesichts der Mehrzahl der zwischengeschalteten juristischen Personen und deren ausländischen Sitze von hier aus schlecht bemerkt, geschweige denn kontrolliert werden kann. Die Qualifikation sämtlicher juristischer Personen mit ausländischem Sitz als Personen im Ausland und damit die grundsätzliche Bewilligungspflicht des Grundstückserwerbs durch solche Gesellschaften hat nicht zuletzt zum Zweck, unbemerkte Veränderungen der Beherrschungsverhältnisse zu verhindern. Insgesamt läuft somit die rekurrentische Argumentation, letztlich liege keine ausländische Beherrschung vor, ins Leere.

Einstweilen ist somit festzuhalten, dass es sich bei der Rekurrentin aufgrund ihrer ausländischen Beherrschung um eine Person im Ausland im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c BewG handelt.

6.1 Die Rekurrentin stellt sich im Weiteren auf den Standpunkt, die Zwischennutzung sei sehr wohl als Hotelnutzung zu qualifizieren. Die Vorinstanz habe bei der Prüfung, ob die Zwischennutzung im Rahmen eines Hotelbetriebes erfolge und diesfalls bewilligungsfrei sei, einseitig auf die Hoteldienstleistungen und deren direkten Bezug zur Zimmervermietung abgestellt. Sie habe zudem nicht berücksichtigt, dass die Studenten verschiedene Dienstleistungen in Anspruch nehmen könnten. Auch die Einrichtung und Ausstattung der Studenten-Zimmer lasse sich nicht mit dem Begriff der «Wohnung» vereinbaren; ohne Küche (mit Kühl- und Kochmöglichkeiten) sei eine selbständige Lebensführung nicht möglich. Die Vorinstanz lasse sodann ausser Acht, dass der Begriff des Hotels als Betriebsstätte grosszügig ausgelegt und weit gefasst werden müsse, zumal alle Grundstücke, die für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit genutzt

würden, generell als Betriebsstättengrundstücke qualifiziert werden könnten. Art. 3 BewV statuieren im Übrigen keine Bewilligungspflicht für Wohnraum, welcher zur Hotelnutzung gehöre. Vor diesem Hintergrund habe die Bewilligungsbehörde den Begriff des Wohnraums nach Art. 3 BewG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG ohne sachliche Begründung zu eng ausgelegt sowie dessen notwendige Verbindung zu den über die T angebotenen Dienstleistungen und die baulichen Begebenheiten ohne Not gar nicht oder zu wenig berücksichtigt.

6.2 Gemäss Art. 2 BewG bedürfen Personen im Ausland für den Erwerb von Grundstücken einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde. Keiner Bewilligung bedarf der Erwerb unter anderem dann, wenn das Grundstück als ständige Betriebsstätte eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerksbetriebes oder eines freien Berufes dient. Für die Qualifikation einer Liegenschaft als Betriebsstättengrundstück ist einzig der Zweck entscheidend (Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, April-Session 1997, NR, S. 676). In Art. 3 BewV ist geregelt, dass die gewerbsmässige Vermietung von Wohnraum, der nicht zu einem Hotel oder Apparthotel gehört, nicht unter den Begriff der Betriebsstätte fällt.

Das frühere Recht setzte voraus, dass der Erwerber den Betrieb auch tatsächlich selbst leitete. Der Erwerber musste also ein eigenes Betriebsinteresse haben und sich als Unternehmer selbst betätigen. Diese Einschränkung ist fallengelassen worden. Allein ausschlaggebend ist, ob das Grundstück der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit dient, unabhängig davon, wer die Betriebsstätte führt oder wem das Unternehmen gehört (H.P. Geissmann/F. Huber/Th. Wetzel, Grundstückerwerb in der Schweiz durch Personen im Ausland, 1998, Rz. 137).

6.3 Sollte sich die momentane Zwischennutzung nicht als Wohnnutzung herausstellen, könnte die Rekurrentin weiterhin Eigentümerin des derart genutzten Grundstücks bleiben. Im umgekehrten Fall dürfte der Status quo nicht beibehalten werden, mit anderen Worten müsste entweder die Nutzung aufgegeben werden oder aber es wären die Eigentumsverhältnisse anzupassen.

Kennzeichnend für ein Hotel sind neben der Übernachtungsmöglichkeit ein Restaurationsservice, eine Réception, Aufenthaltsmöglichkeiten sowie allgemein zugängliche Toiletten im Bereich der öffentlichen Räume. Der Verband Hotellerie Suisse schreibt sodann für Ein-Stern-Hotels als Minimalstandard unter anderem einen wöchentlichen Bettwäschewechsel, die tägliche Zimmerreinigung, den täglichen Handtuchwechsel auf Wunsch, ein Getränkeangebot im Betrieb, ein erweitertes Frühstücksangebot sowie mindestens ein Restaurant, das an mindestens fünf Tagen pro Woche geöffnet ist, vor. Selbst diese Mindeststandards werden im Hotel A nicht erfüllt. Dies deutet stark darauf hin, dass es sich nicht um einen Hotelbetrieb handelt. Es sind aber nicht nur die fehlenden Dienstleistungen, die nicht auf eine Hotelnutzung, sondern auf eine Wohnnutzung hindeuten. Zum einen sind die Verträge, welche mit den Studenten abgeschlossen werden, anders als in

Hotels üblich auf eine längere Dauer angelegt; so wird zum Beispiel die monatliche Bezahlung vereinbart. Auch das zu leistende Entgelt von Fr. 400.-- pro Monat erweist sich bei genauer Betrachtung nicht als adäquater Preis für eine Hotel-Übernachtung, resultiert doch ein Preis von lediglich rund Fr. 13.-- pro Nacht. Hotel-Dienstleistungen können darin nicht enthalten sein. Auch im Vertrag zwischen der Rekurrentin und der die Studentenunterkunft betreibenden T ist von «als Wohnungen zu vermietenden Zimmern» die Rede. Auch der Verweis auf Art. 262 des Obligationenrechts (OR), in welchem die Bedingungen der Untermiete von Wohn- und Geschäftsräumen geregelt werden, deutet stark darauf hin, dass sich die Vertragsparteien bewusst waren, dass es sich hier um die Vermietung bzw. Untervermietung von Wohnraum und nicht um eine Hotelnutzung handelt. Insgesamt weist die Zwischennutzung deutlich mehr Wesenszüge der Wohnnutzung als der Hotelnutzung auf. Fände sie nicht in einem ehemals als Hotel genutzten Gebäude statt, stünde die Qualifikation der Nutzung wohl ausser Frage.

7. Gemäss Art. 2 Abs. 3 BewG können beim Erwerb von Grundstücken nach Absatz 2 lit. a (d.h. Betriebsstättengrundstücke) durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschriebene Wohnungen oder dafür reservierte Flächen miterworben werden.

Das streitbetroffene Grundstück liegt in der Wohnzone W2 mit einem vorgeschriebenen Mindestwohnanteil von 90 Prozent. Dennoch kann die zwischenzeitliche Wohnnutzung nicht gestützt auf genannte Bestimmung als bewilligungsfrei anerkannt werden. Dies, weil auf dem Rekursgrundstück – wie vorstehend festgestellt – keine Betriebsstätte mehr besteht; somit handelt es sich nicht mehr um ein Grundstück im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG. Ganz allgemein ist festzustellen, dass der Erwerb (bzw. das Halten) von Wohngebäuden gestützt auf Art. 2 Abs. 3 BewG nur in Frage kommt, wenn das Grundstück mehrheitlich einer Betriebsstätte dient, die Wohnnutzung also untergeordneter Natur ist. Ansonsten ist das Grundstück nicht als Betriebsstättengrundstück zu qualifizieren.

8. Zusammenfassend ist der Rekurs vollumfänglich abzuweisen.