



LEX KOLLER: BEWILLIGUNGSFREIE AKTIEN- ÜBERTRAGUNG UNTER VERBUNDENEN AK- TIONÄRSGRUPPEN

Benjamin Dürig | Eric Haymann

Der Bezirksrat Zürich bestätigte, dass die Übertragung eines Aktienpakets an einer nicht-kotierten Immobiliengesellschaft an eine Person im Ausland unter gewissen Umständen in analoger Anwendung von Art. 7 lit. c BewG nicht bewilligungspflichtig ist.

1. Rechtslage

Personen im Ausland bedürfen für den Erwerb von Grundstücken einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde. So lautet der Grundsatzartikel des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (BewG, gemeinhin bekannt als "**Lex Koller**"). Ausgenommen davon sind seit dem 30. April 1997 der Erwerb eines Grundstücks, das der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit (so genanntes Betriebsstätte-Grundstück, Art. 2 Abs. 2 lit. a sowie Abs. 3 BewG) oder dem Erwerber als Hauptwohnung am Ort seines rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitzes (Art. 2 Abs. 2 lit. b BewG) dient. Seit dem 8. Oktober 2004 ist sodann der Erwerb von Anteilen an Immobiliengesellschaften bewilligungsfrei, soweit diese an einer Börse in der Schweiz kotiert sind (Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG) und – im vorliegenden Zusammenhang wichtig – der Erwerb von Mit- oder Gesamteigentumsanteilen im Kreis der bisherigen Mit- oder Gesamteigentümer eines Grundstücks (Art. 7 lit. c BewG). Letztere Ausnahme von der Bewilligungspflicht war vor 2004 auf Geschwister des Veräusserers beschränkt).

Nach dem Gesagten ist der Erwerb von Anteilen an einer nicht kotierten Immobiliengesellschaft, welche Wohnliegenschaften im Portfolio hält, durch Personen im Ausland bewilligungspflichtig. Entgegen einer landläufigen Fehlannahme gilt dies bereits für den Erwerb eines einzigen Anteils an einer nicht börsenkotierten Gesellschaft, die ausschliesslich oder zumindest auch zu einem wesentlichen Teil Wohnimmobilien erworben hat oder mit solchen handelt (vgl. dazu auch [das Merkblatt des Bundesamts für Justiz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland](#), S. 6). Die Schwellen von Art. 6 Abs. 2 BewG dienen lediglich der Feststellung, ob eine Gesellschaft

als ausländisch beherrscht gilt und somit als Person im Ausland im Sinne der Lex Koller qualifiziert.

Wenn nicht einer der expliziten Bewilligungsgründe von Art. 8 ff. BewG vorliegt, kommt eine Bejahung der Bewilligungspflicht eines bestimmten Veräusserungsgeschäfts einem Verbot der entsprechenden Transaktion gleich.

2. Sachverhalt

In einem konkreten Fall stellte sich die Frage nach der Bewilligungspflicht einer Übertragung eines Aktienpakets an einer nichtkотиerten Immobiliengesellschaft innerhalb des bestehenden Aktionärskreises, wobei dieser Aktionärskreis ausschliesslich aus Personen im Ausland bestand, welche die Aktien bewilligungsfrei erworben hatten.

Wie gezeigt, ist eine Übertragung von solchen Anteilen grundsätzlich bewilligungspflichtig, auch wenn die beabsichtigte Transaktion nicht dazu führt, dass die Aktien der Veräusserer an unabhängige Dritte veräussert werden, sondern an Mitaktionäre, die bereits vorher Anteile hielten.

Vorliegend herrschten allerdings insofern besondere Umstände, als die Erwerber nicht bloss Mitaktionäre, sondern darüber hinaus in einem engen Korsett statutarischer und vertraglicher Vereinbarungen aneinander gebunden waren, so dass das Aktionariat gesellschaftsrechtlich als einfache Gesellschaft qualifizierte, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

2.1. Das Rechtsverhältnis der Aktionäre untereinander

Konkret enthielten die Statuten der Gesellschaft Regelungen, welche die Aktionäre darin beschränkten, an wen sie ihre Aktien veräussern durften und wie sie ihre Stimmrechte ausüben hatten, um den Verwaltungsrat zu besetzen. Diese Bestimmungen banden die Aktionäre. Es sind Bestimmungen, die oft auch in einem Aktionärbindungsvertrag enthalten sind.

Nach herrschender Lehre sind Aktionärbindungsverträge mehrheitlich als einfache Gesellschaften zu qualifizieren. Dies ist immer dann der Fall, wenn unter den Aktionären ein gemeinsames, aufeinander abgestimmtes Verhalten bezweckt wird.¹ Auch in der Rechtsprechung wird oft von einer einfachen Gesellschaft ausgegangen. Etwas anderes gilt nur, wenn die Vertragsparteien eines Aktionärbindungsvertrags ganz verschiedene Zwecke verfolgen: Dies ist etwa der Fall bei Aktionärbindungsverträgen zwischen Gründeraktionären, welche am langfristigen Gedeihen der Gesellschaft interessiert sind und Private Equity-Investoren, welche ein kurzfristiges, rein finanzielles Interesse an einem möglichst raschen und lukrativen "Exit" haben.² Das Entstehen einer einfachen Gesellschaft zwischen Aktionären, die sich aufgrund gleichgerichteter Interessen gegenseitig binden, kann nicht

¹ Vgl. FORSTMOSER Peter / KÜCHLER Marcel, Aktionärbindungsverträge, Zürich/Basel/Genf 2015 (hernach "FORSTMOSER/KÜCHLER, ABV"), N 145; m.w.N.

² Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, ABV, N 146 und N 161 mit Hinweis auf den "Leading Case" BGE 4C.214/2003.

einmal durch abweichende vertragliche Klauseln verhindert werden, auch wenn dies in der Praxis oft versucht wird.³

Mit anderen Worten, eine einfache Gesellschaft entsteht von Gesetzes wegen immer dann, wenn die Voraussetzungen des Art. 530 Abs. 1 OR erfüllt sind, nämlich:

- eine vertragsmässige Verbindung
- von zwei oder mehreren Personen
- zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks
- mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln.

Bei den Aktionären der Immobiliengesellschaft handelte es sich um mehrere Personen, welche sich vertraglich verbunden hatten. Auch wenn sie diese Vertragsbindung in die Form von statutarischen Bestimmungen gekleidet hatten, so hatten sie ihrem gemeinsamen Willen, sich an diese Bestimmungen zu halten, anlässlich der Generalversammlung, welche diese Statuten genehmigte, einstimmig Ausdruck verliehen.

Der von den Aktionären mit ihrer Aktionärsbindungsvereinbarung verfolgte gemeinsame Zweck war der Erhalt der Aktien innerhalb der Familie. Die gemeinsamen Kräfte oder Mittel, die zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks aufgebracht wurden, waren in der gemeinsamen, vertragskonformen Ausübung der Aktienstimmrechte und der Einhaltung der sonstigen Verpflichtungen (insb. einer gegenseitigen Angebotspflicht der Aktien im Falle einer Veräusserungsabsicht) zu erblicken.⁴

2.2. Konsequenz für die Eigentumsverhältnisse an den Aktien

Eine Betrachtung der verbindlichen Rechtsverhältnisse unter den Aktionären ergibt somit, dass sämtliche Aktionäre eine einfache Gesellschaft bildeten mit dem Zweck, durch abgestimmtes Verhalten die Gesellschaftsanteile im Familienbesitz zu erhalten.

In der Regel gehören Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an die [einfache] Gesellschaft übertragen oder für sie erworben sind, den Gesellschaftern gemeinschaftlich nach Massgabe des Gesellschaftsvertrags (Art. 544 Abs. 1 OR). Mit anderen Worten, die Gesellschafter halten das Gesellschaftsvermögen im Gesamteigentum (Art. 652 ZGB). Die Bestimmung des Art. 544 Abs. 1 OR ist insoweit dispositiv, als auch die Vereinbarung von Miteigentum zulässig ist. Vereinbaren die Parteien nichts, so stehen die in die einfache Gesellschaft eingebrachten Aktien im Gesamteigentum der Vertragsparteien.⁵

Diese Regel trifft zwar bei Aktionärsbindungen nicht automatisch zu. Vielmehr wären dafür die Aktionäre als Gesamteigentümer im Aktienbuch einzutragen.⁶ Dies war vorliegend nicht geschehen und ist in der Praxis selten. Die Aktionäre der Immobiliengesellschaft waren also sachenrechtlich trotz Vorliegens einer einfachen Gesellschaft Alleineigentümer ihrer Aktien geblieben. Sie waren aber wie gezeigt immerhin statutarisch und vertraglich verbindlich zu gemeinsamem Handeln verpflichtet.

Die Verbindung der Aktionäre der Immobiliengesellschaft ging also in diesem konkreten Fall über das blosses Halten von Aktien an derselben Gesellschaft hinaus. Sie waren nicht

³ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, ABV, N 147.

⁴ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, ABV, N 166.

⁵ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, ABV, N 1600.

⁶ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, ABV, N 1594 f.

nur Mitaktionäre, sondern hatten darüber hinausgehende statutarische und vertragliche Pflichten, wenn es um die Bestimmung des Verwaltungsrates oder die Veräusserung ihrer Aktien ging.

Die statutarische Einräumung von Vorkaufsrechten rückte die Mitaktionäre der Immobiliengesellschaft letztlich in die gleiche Position, welche sie als direkte Miteigentümer des Grundstücks gehabt hätten, denn Miteigentümern steht das gesetzliche Vorkaufsrecht des Art. 682 ZGB zu.

2.3. Bedeutung für die Bewilligungspflicht

Veräusserer und Erwerber waren somit einerseits Mitaktionäre an der Immobiliengesellschaft und andererseits Mitgesellschafter der einfachen Gesellschaft aller Aktionäre der Immobiliengesellschaft.

Die beabsichtigte Transaktion entsprach daher weitgehend einem gemäss Art. 7 lit. c BewG bewilligungsfreien Erwerb eines Grundstücks durch einen Mit- oder Gesamteigentümer: Die Aktionäre der Immobiliengesellschaft bildeten eine einfache Gesellschaft, welche in der Regel Gesamteigentum am Gesellschaftsvermögen hat. Durch statutarische bzw. vertragliche Bindung wurde erreicht, dass die Aktien der Immobiliengesellschaft nicht ohne Einwilligung der anderen Aktionäre veräussert werden konnten. Dies ist letztlich derselbe Effekt, der erreicht würde, wenn die Grundstücke direkt im Miteigentum der Aktionäre stünden, weil dann das gesetzliche Vorkaufsrecht des Art. 682 ZGB zur Anwendung käme.

Es ist nicht ersichtlich, weshalb die solchermassen verbundenen Mitaktionäre der Immobiliengesellschaft schlechter gestellt werden sollten, als wenn sie das Grundstück direkt in Miteigentum hielten, nur weil vorliegend eine Aktiengesellschaft "zwischengeschaltet" wurde: Der Gesetzgeber führte Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG (und alle anderen Untertatbestände von Art. 4 Abs. 1 BewG ausser lit. a) ein, um eine Umgehung der Bewilligungspflicht durch Zwischenschaltung einer Gesellschaft (oder in den anderen Tatbeständen eines anderen Rechtsgebildes) zu vermeiden. Anteilseigner einer Immobiliengesellschaft sollten gleich behandelt werden, wie wenn sie Eigentümer des Grundstückes selbst wären.⁷ Eine Schlechterstellung der Anteilseigner an einer Immobiliengesellschaft gegenüber Direktieigentümern war demgegenüber nicht beabsichtigt und wäre auch durch den Gesetzeszweck nicht gerechtfertigt.

Im Endeffekt resultierte durch die beabsichtigte Transaktion denn auch keine Änderung der bisherigen, gesetzeskonformen Situation: Die Aktien an der Immobiliengesellschaft und somit letztendlich die Grundstücke selbst werden auch künftig nach wie vor von Personen gehalten, welche diese bewilligungsfrei erworben haben. Durch die Transaktion "erhielten oder verstärkten" sodann Personen im Ausland auch nicht ihre "beherrschende Stellung". Vielmehr bleiben die Grundstücke im Eigentum einer vollständig von Personen im Ausland beherrschten Immobiliengesellschaft, wobei diese aber wie gesagt bewilligungsfrei in den Besitz der Aktien an der Gesellschaft gelangt waren.

⁷ Vgl. MÜHLEBACH Urs / GEISSMANN Hanspeter, Lex F., Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Brugg/Baden 1986, S. 24, N 4 ad Art. 4.

Es ist auch in dieser Hinsicht kein Grund ersichtlich, weshalb der vorliegende Fall anders behandelt werden sollte als ein Fall von Art. 7 lit. c BewG, zumal es in den Fällen von Art. 7 lit. c BewG gerade nicht darauf ankommt, ob Personen im Ausland eine beherrschende Stellung erhalten oder verstärken.

3. Fazit

Der Bezirksrat äusserte sich nur zur Bewilligungspflicht einer Übertragung eines Aktienpakets an einer nichtkotierten Immobiliengesellschaft innerhalb des bestehenden Aktionärskreises, wobei dieser Aktionärskreis ausschliesslich aus Personen im Ausland bestand, welche die Aktien bewilligungsfrei erworben hatten.

Im vorliegenden Fall hatten sich die Aktionäre der Immobiliengesellschaft in einem engen Korsett statutarischer und vertraglicher Vereinbarungen aneinander gebunden, welches als einfache Gesellschaft qualifizierte. Veräusserer und Erwerber waren somit einerseits Mitaktionäre an der Immobiliengesellschaft und andererseits Mitgesellschafter der einfachen Gesellschaft aller Aktionäre der Immobiliengesellschaft.

Die Verbindung der Aktionäre der Immobiliengesellschaft ging also über das blosses Halten von Aktien an derselben Gesellschaft hinaus. Sie waren nicht nur Mitaktionäre, sondern hatten darüber hinausgehende statutarische und vertragliche Pflichten, wenn es um die Bestimmung des Verwaltungsrates oder die Veräusserung ihrer Aktien ging.

Diese Einräumung von Vorkaufsrechten rückte die Mitaktionäre der Immobiliengesellschaft letztlich in die gleiche Position, welche sie als direkte Miteigentümer des Grundstücks gehabt hätten, denn Miteigentümern steht das gesetzliche Vorkaufsrecht des Art. 682 ZGB zu. Die beabsichtigte Transaktion entsprach daher einem gemäss Art. 7 lit. c BewG bewilligungsfreien Erwerb eines Grundstücks durch einen Mit- oder Gesamteigentümer.

Eine analoge Anwendung von Art. 7 lit. c BewG war daher vorliegend die einzig sachgerechte Behandlung des Sachverhalts, denn eine Umgehung oder Vereitelung des Gesetzeszwecks drohte durch die beabsichtigte Transaktion in keiner Weise. Vielmehr hätte das Bejahen einer Bewilligungspflicht die Mitaktionäre der die Grundstücke haltenden Gesellschaft schlechter gestellt, als wenn sie die Grundstücke direkt als Miteigentümer gehalten hätten. Eine solche Ungleichbehandlung eines vergleichbaren Sachverhalts hätte letztendlich gegen das Gebot der gleichen Rechtsanwendung verstossen.⁸

Dieser Argumentation folgend bestätigte der Bezirksrat Zürich, dass die Übertragung eines Aktienpakets an einer nichtkotierten Immobiliengesellschaft im vorliegenden, konkreten Fall in analoger Anwendung von Art. 7 lit. c BewG nicht bewilligungspflichtig sei. Der Entscheid ist rechtskräftig.

⁸ Vgl. HÄFELIN Ulrich / MÜLLER Georg / UHLMANN Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, S. 116 f., N 507 f.



WER IST FRORIEP?

Gegründet 1966 in Zürich, ist Froriep eine der führenden Schweizer Wirtschaftsanwaltskanzleien mit Standorten in Zürich, Genf, Zug, London und Madrid.

Unsere nationale und internationale Klientenschaft umfasst sowohl grosse weltweite Unternehmen als auch Privatpersonen. Unsere einzigartige, voll integrierte Struktur spiegelt unseren starken grenzüberschreitenden Fokus wieder. Wir legen besonderen Wert auf Kontinuität in unseren Klientenbeziehungen. Unsere Teams sind auf die individuellen Bedürfnisse unserer Klienten massgeschneidert und bei Bedarf ziehen wir unsere Spezialisten aus den verschiedenen Fachbereichen sowie aus unserem Büronetzwerk bei.

Viele unserer Anwälte sind national und international als Spezialisten in Ihrem Fachgebiet anerkannt. Unsere Klienten profitieren von diesem professionellen Wissen und der grossen Diversität an Talenten, Sprachen und Kulturen, welche unsere Anwälte vielseitig und flexibel macht.

ZÜRICH

Bellerivestrasse 201
CH-8034 Zurich
Tel. +41 44 386 60 00
Fax +41 44 383 60 50
zurich@froriep.ch

GENEVA

4 Rue Charles-Bonnet
CH-1211 Geneva 12
Tel. +41 22 839 63 00
Fax +41 22 347 71 59
geneva@froriep.ch

ZUG

Grafenaustrasse 5
CH-6302 Zug
Tel. +41 41 710 60 00
Fax +41 41 710 60 01
zug@froriep.ch

LONDON

17 Godliman Street
GB-London EC4V 5BD
Tel. +44 20 7236 6000
Fax +44 20 7248 0209
london@froriep.ch

MADRID

Antonio Maura 10
ES-28014 Madrid
Tel. +34 91 523 77 90
Fax +34 91 531 36 62
madrid@froriep.ch

© Froriep AG 2019. Dieser Newsletter enthält generelle Informationen über rechtliche Entwicklungen in der Schweiz und stellt keine Beratung in spezifischen Angelegenheiten dar. Die Reproduktion ist autorisiert, sofern die Quelle angegeben wird.