

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR  
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

*Herausgegeben von Jacques Dubey und Hubert Stöckli*

462

---

THOMAS URS ZWEIFEL

# Ausländische Investitionen in schweizerische Kapitalgesellschaften

Grenzen und Möglichkeiten ausländischer  
Eigen- und Fremdkapitalinvestitionen in  
schweizerische Kapitalgesellschaften im Lichte  
der Bewilligungspflicht unter dem BewG  
(Lex Koller)

Schulthess § 2025

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> .....	V
<b>Danksagung und Widmung</b> .....	VII
<b>Inhaltsübersicht</b> .....	IX
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	XXIII
<b>Materialienverzeichnis</b> .....	XXXV
<b>Abbildungs- und Tabellenverzeichnis</b> .....	XLIII
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	XLV
<b>Einleitung</b> .....	1
<b>I. Legitimation und Fragestellung</b> .....	1
A. Volkswirtschaftliche Bedeutung ausländischer Investitionen .....	1
B. Ausländische Investitionen im Lichte des BewG .....	5
<b>II. Untersuchungsgegenstand und Zielsetzung</b> .....	7
A. Forschungsfragen .....	7
B. Zielsetzung .....	8
<b>III. Aufbau der Arbeit</b> .....	11
<b>IV. Methodik</b> .....	13
<b>1. Kapitel: Ausgangslage und Grundlagen</b> .....	15
<b>I. Rechtshistorische Entwicklung des BewG</b> .....	15
A. Vorgeschichte .....	15
B. Lex von Moos (BewB 1961) .....	16
C. Lex Celio (BRB 1972) .....	18
D. Lex Furgler (BewB 1973) .....	19
E. Lex Friedrich (BewG 1983) .....	21
F. Lex Koller (BewG 1997) .....	26
G. Zusammenfassender Vergleich .....	30
H. Aktuelle Entwicklungen .....	35
<b>II. Zweck des BewG</b> .....	36
<b>III. Systematik des BewG</b> .....	40
A. Geltungsbereich der Bewilligungspflicht nach BewG .....	40

1.	Räumlicher Geltungsbereich .....	40
2.	Persönlicher Geltungsbereich .....	41
a.	Natürliche Personen .....	41
b.	Juristische Personen und Personengesellschaften .....	41
3.	Sachlicher Geltungsbereich .....	42
a.	Der Grundstücksbegriff nach BewG .....	42
b.	Die Erwerbstatbestände nach BewG .....	43
4.	Ausnahmen von der Bewilligungspflicht .....	49
B.	Bewilligungsgründe .....	56
1.	Bundesrechtliche Bewilligungsgründe .....	57
2.	Kantonalrechtliche Bewilligungsgründe .....	59
C.	Zwingende Verweigerungsgründe .....	60
D.	Zusammenfassende Übersicht (Prüfschema) .....	66
<b>IV.</b>	<b>Wirtschaftliche Auswirkungen des BewG</b> .....	69
A.	Grundlagen der RFA .....	69
B.	RFA anhand ökonomischer Modelle .....	71
1.	Auswirkungen im Kapitalmarkt .....	72
2.	Auswirkungen im Bau- und Immobilienmarkt .....	74
<b>V.</b>	<b>Das BewG im Lichte des Verfassungs- und Völkerrechts</b> .....	77
A.	Verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlagen .....	77
B.	Grund- und völkerrechtliche Aspekte der Bewilligungspflicht .....	80
1.	Gleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot nach BV .....	80
2.	Gleichheitsgebot im Lichte völkerrechtlicher Pflichten .....	85
3.	Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie .....	89
a.	Wirtschaftsfreiheit .....	90
b.	Eigentumsgarantie .....	94
c.	Eingriffsvoraussetzungen nach Art. 36 BV .....	96
aa.	Gesetzliche Grundlage .....	98
bb.	Öffentliches Interesse .....	101
cc.	Verhältnismässigkeit .....	105
<b>2. Kapitel</b>	<b>Persönlicher Geltungsbereich im Kontext von Kapital-</b> <b>investitionen</b> .....	113
<b>I.</b>	<b>Natürliche Personen als Personen im Ausland</b> .....	115
A.	EU/EFTA-Bürger .....	116
1.	Staatsangehörige der EU/EFTA-Staaten .....	116
2.	Staatsangehörige des Vereinigten Königreichs .....	117
3.	Der rechtmässige und tatsächliche Wohnsitz für EU/EFTA- sowie UK-Bürger .....	119

a.	Rechtmässiger Wohnsitz in der Schweiz .....	119
b.	Tatsächlicher Wohnsitz in der Schweiz .....	120
aa.	Selbständiger Wohnsitz nach Art. 23 und Art. 24 ZGB.....	120
bb.	Unselbständiger (abgeleiteter) Wohnsitz nach Art. 25 und Art. 26 ZGB .....	125
cc.	Konformität mit dem «Hauptwohnsitz» nach FZA / EFTA-Konvention.....	126
B.	Drittstaaten-Angehörige und Staatenlose .....	129
1.	Die Niederlassungsbewilligung .....	129
2.	Das Recht zur Niederlassung vs. der tatsächliche Wohnsitz .....	131
C.	Massgebender Zeitpunkt .....	134
<b>II.</b>	<b>Juristische Personen und Personengesellschaften .....</b>	<b>138</b>
A.	Anknüpfung an den statutarischen Sitz .....	139
1.	Juristische Personen .....	139
2.	Personengesellschaften .....	142
B.	Anknüpfung an den tatsächlichen Sitz .....	144
C.	Anknüpfung an die ausländische Beherrschung .....	147
1.	Verhältnis zwischen der Generalklausel und den Vermutungs- tatbeständen .....	150
a.	In materiell-rechtlicher Hinsicht .....	150
b.	In formell-rechtlicher (verfahrensrechtlicher) Hinsicht .....	151
2.	Generalklausel zur ausländischen Beherrschung .....	157
a.	Entscheidende Beeinflussung durch Ausländer .....	158
b.	Verwaltung oder Geschäftsführung als Objekte der entscheidenden Beeinflussung aus dem Ausland .....	160
D.	Mittel zur ausländischen Beherrschung .....	161
1.	Finanzielle Beteiligung (Eigenkapital) .....	164
a.	Vermutungstatbestände zur finanziellen Beteiligung .....	164
aa.	Juristische Personen.....	164
aaa.	Grundsätze zur Bemessung des ausländischen Kapitalanteils .....	166
bbb.	Gesellschaftsanteile ohne bzw. mit untergeordnetem Stimmrechtsanteil .....	167
α.	Partizipations- und Genussscheinkapital.....	168
β.	Stimmrechtslose Gesellschaftsanteile .....	170
γ.	Disproportionale Stimmrechtsverteilung.....	176
ccc.	Fazit: Die kapitalmässige Beherrschung als Auslaufmodell .....	179
bb.	Kommanditgesellschaften .....	180
aaa.	Schwellenwert von einem Drittel .....	181
bbb.	«Eigenmittel» der Kommanditgesellschaft.....	183

b.	Finanzielle Beteiligung gemäss Generalklausel .....	186
aa.	Stiftungen.....	187
bb.	Vereine.....	189
2.	Stimmrechte .....	192
a.	Vermutungstatbestände zu den Stimmrechten .....	192
aa.	Juristische Personen im Allgemeinen .....	193
aaa.	Grundsätze zur Bemessung des ausländischen Stimmrechtsanteils .....	193
bbb.	Aktionärs- bzw. Stimmbindungsverträge.....	198
ccc.	Die Verteilung bzw. Streuung der Stimmrechte.....	201
α.	Prüfschema zur Widerlegung der Vermutung der stimmrechtmässigen Beherrschung nach Art. 6 Abs. 2 lit. b BewG.....	204
β.	Besondere Berücksichtigung von Publikums- gesellschaften.....	211
bb.	Immobilien-SICAV .....	216
b.	Stimmrechte gemäss Generalklausel .....	219
aa.	Vorbemerkungen zur Beherrschung von Exekutivorganen ...	219
bb.	Zusammensetzung und Stimmrechte in Exekutivorganen ...	221
3.	Die Überlassung rückzahlbarer Mittel (Fremdkapital) .....	226
a.	Juristische Personen im Allgemeinen .....	226
aa.	Massgebender Zeitpunkt .....	229
bb.	Massgebende Fremdkapitalpositionen.....	230
cc.	Die Besicherung ausländischer Fremdkapitalinvestitionen...	237
dd.	Die Aktiven und ihre Bewertung.....	238
ee.	Die Herkunft der Mittel.....	239
ff.	Die Verteilung bzw. Streuung des Fremdkapitals .....	241
b.	Immobilien-SICAV .....	243
c.	Personengesellschaften .....	245
4.	Bekleidung bestimmter Positionen / Beherrschung bestimmter Organe .....	247
a.	Stiftungen .....	248
b.	Personengesellschaften .....	253
c.	Immobilien-SICAV .....	254
aa.	Grundvoraussetzung: Die Verwaltung der SICAV .....	254
bb.	Alternativvoraussetzung: Die Zusammensetzung des VR der SICAV .....	257
5.	Andere Gründe .....	258
a.	Vertragliche Vereinbarungen .....	258
b.	Verpfändung von Aktiven .....	261

E. Exkurs: Die ausländische Beherrschung im Konzern .....	264
1. Der Konzernbegriff im Gesellschaftsrecht (Rechnungslegung) .....	264
2. Die Kontrollrechte der Muttergesellschaft in Konzernverhältnissen im Lichte des BewG .....	264
3. Die Besetzung der Exekutivorgane in Konzernverhältnissen .....	267
4. Die Kaskade der ausländischen Beherrschung im Konzern .....	269
<b>III. Vertragliche Anlagefonds und Trusts .....</b>	<b>272</b>
A. Anknüpfung an den statutarischen oder tatsächlichen Sitz .....	272
1. Vertragliche Anlagefonds (Immobilienfonds) .....	272
2. Trust .....	273
B. Anknüpfung an die ausländische Beherrschung .....	274
1. Vertragliche Anlagefonds (Immobilienfonds) .....	274
2. Trust .....	277
<b>IV. Treuhänder .....</b>	<b>282</b>
<b>3. Kapitel: Sachlicher Geltungsbereich im Kontext von Kapital-</b>	
<b>                  investitionen .....</b>	<b>285</b>
<b>I. Objektive Bewilligungspflicht nach Massgabe des Nutzungszwecks .....</b>	<b>289</b>
A. Die Bedeutung der Nutzung / Zweckbestimmung beim Grund-	
stückserwerb .....	289
1. Grundsatz der Bewilligungspflicht .....	289
2. Verhältnis zwischen Ausnahmen und Erwerbstatbeständen .....	291
B. Betriebsstätte-Grundstücke .....	293
1. Definition der «Betriebsstätte» .....	294
a. Die Massgeblichkeit der wirtschaftlichen Zweckbestimmung ...	294
b. Die Relevanz des Nutzungsplans (Zonenzugehörigkeit) .....	298
2. Der Miterwerb von Wohnungen mit Betriebsstätten .....	301
a. Wohnanteilsvorschriften .....	302
b. Weitere Miterwerbstatbestände .....	310
aa. Betriebsnotwendigkeit .....	310
bb. Unmöglichkeit oder Unverhältnismässigkeit einer	
Abtrennung .....	316
cc. Untergeordnete Bedeutung .....	319
dd. Obergrenze für den Miterwerb .....	321
3. Landreserven .....	323
4. Bauland .....	329
5. Erstellung und Überlassung von Wohnraum .....	331
a. Hotels und Aparthotels .....	332
aa. Hotelbetriebe im Allgemeinen .....	332

bb.	Apparthotels im Besonderen .....	336
aaa.	Gesetzliche Definition und Zielsetzung .....	337
bbb.	Die Erstellung und Veräusserung nicht hotelmässig bewirtschafteter Wohneinheiten durch Personen im Ausland .....	339
b.	Weitere (hotelähnliche) Betriebsformen .....	344
c.	Einzelne (hotelmässig) bewirtschaftete Räume bzw. Flächen .....	348
<b>II.</b>	<b>Objektive Bewilligungspflicht nach Art des Rechts .....</b>	<b>356</b>
A.	Eigenkapitalinvestitionen (Anteilswerb) .....	357
1.	Subsumption unter die Erwerbstatbestände nach BewG .....	357
2.	Tatbestandsmerkmale des Anteilserwerbs .....	358
a.	Der Erwerb von Eigentum und Nutzniessung .....	358
b.	Weitere Erwerbstatbestände .....	360
aa.	Kaufs-, Vorkaufs- oder Rückkaufsrechts an Gesellschafts- anteilen .....	360
bb.	Nachträgliche (formelle oder faktische) Zweckänderungen .....	360
cc.	Auffangtatbestand der eigentümerähnlichen Stellung .....	367
c.	Der Zeitpunkt des Anteilserwerbs .....	368
d.	Anteile an AG und GmbH .....	371
aa.	Partizipations- und Genussscheine .....	371
bb.	Minderheitsanteile .....	376
3.	Tatbestandsmerkmale der Immobiliengesellschaft nach BewG .....	380
a.	Rechtshistorische Betrachtung der Immobiliengesellschaft .....	380
aa.	Lex von Moos (BewB 1961) und Lex Furgler (BewB 1973) .....	381
bb.	Lex Friedrich (BewG 1983) .....	382
cc.	Lex Koller (BewG 1997) .....	386
b.	Rechtsformen von Immobiliengesellschaften .....	387
c.	Abgrenzung zu den Betriebsgesellschaften .....	388
d.	Der «tatsächliche Zweck» als Anknüpfungskriterium .....	389
aa.	Statutarischer Zweck .....	394
aaa.	Definition und allgemeine Tragweite .....	394
bbb.	Bedeutung bei neu gegründeten Gesellschaften .....	398
ccc.	Bedeutung bei bestehenden Gesellschaften .....	399
bb.	Vermögens- und Umsatz-/Gewinnverhältnisse der Gesellschaft .....	401
aaa.	Bestimmung des Aktivenanteils bzw. des Umsatz- und Gewinnanteils .....	402
bbb.	Massgebender Zeitpunkt .....	406
ccc.	Massgebende Schwellenwerte .....	407
α.	Stand der Literatur und Rechtsprechung sowie behördliche Praxis .....	408
β.	Kritische Auseinandersetzung (Auslegung) .....	411

ddd. Bedeutung bei neu gegründeten Gesellschaften .....	421
eee. Bedeutung bei bestehenden Gesellschaften .....	424
α. Im Allgemeinen .....	424
β. In Konzernverhältnissen .....	426
4. Ausnahmetatbestand der Börsenkotierung .....	432
B. Fremdkapitalinvestitionen .....	435
1. Subsumption unter die Erwerbstatbestände nach BewG .....	435
2. Rechtshistorische Betrachtung der Grundstücksfinanzierung .....	436
3. Tatbestandsmerkmale der Grundstücksfinanzierung .....	438
a. Finanzierung des Kaufes oder der Überbauung eines Grundstückes .....	438
b. Die «besondere Abhängigkeit» des Schuldners vom Gläubiger ..	442
aa. Die Abreden zwischen Gläubiger und Schuldner .....	445
bb. Die Höhe der Kredite .....	453
aaa. Das verkehrsübliche Mass .....	454
bbb. Grundpfandgesicherte vs. nicht grundpfandgesicherte Finanzierungen .....	459
cc. Die Vermögensverhältnisse des Schuldners .....	469
c. Massgebender Zeitpunkt .....	473
<b>4. Kapitel: Bewilligungsvoraussetzungen .....</b>	<b>475</b>
<b>I. Bewilligungsgründe im Kontext von Kapitalinvestitionen .....</b>	<b>475</b>
A. Bundesrechtliche Bewilligungsgründe .....	476
1. Kapitalanlage ausländischer Versicherungsunternehmen .....	476
2. Personalvorsorge und gemeinnützige Zwecke .....	483
a. Personalvorsorge für Mitarbeiter von inländischen Betriebsstätten .....	484
b. Gemeinnützige Zwecke .....	486
3. Deckung pfandgesicherter Forderungen von Banken und Versicherungen .....	489
4. Erben und Vermächtnisnehmer .....	490
B. Kantonalrechtliche Bewilligungsgründe .....	493
1. Zweit- und Ferienwohnungen bzw. Wohneinheiten in Apparthotels ..	493
2. Sozialer Wohnungsbau .....	493
<b>II. Verweigerungsgründe im Kontext von Kapitalinvestitionen .....</b>	<b>495</b>
A. Unzulässige Kapitalanlagen .....	495
B. Übermässige Fläche .....	495
C. Zweit- und Ferienwohnungen bzw. Wohneinheiten in Apparthotels .....	496
D. Umgehungsversuche .....	497
E. Staatspolitische Interessen .....	497

<b>5. Kapitel: Schlussteil</b> .....	499
<b>I. Vorbemerkungen</b> .....	499
<b>II. Zusammenfassung und Würdigung</b> .....	500
A. Auswirkungen und Legitimation des BewG .....	500
B. Zweckbestimmung .....	503
C. Das BewG im Lichte des Verfassungs- und Völkerrechts .....	505
D. Geltungsbereich des BewG im Kontext von Kapitalinvestitionen .....	508
1. Persönlicher Geltungsbereich .....	508
a. Natürliche Personen .....	508
b. Juristische Personen und Personengesellschaften .....	510
c. (Immobilien-)SICAV .....	515
d. Vertragliche Anlagfonds (Immobilienfonds) .....	517
e. Trusts .....	517
2. Sachlicher Geltungsbereich .....	520
a. Objektive Bewilligungspflicht nach Nutzungszweck .....	520
aa. Betriebsstätte-Grundstücke .....	520
bb. Miterwerbstatbestände .....	520
cc. Landreserven und Bauland .....	522
dd. Erstellung und Überlassung von Wohnraum .....	523
b. Objektive Bewilligungspflicht nach Art des Rechts .....	525
aa. Eigenkapitalinvestitionen (Anteilswerb) .....	525
bb. Fremdkapitalinvestitionen .....	527
E. Bewilligungsvoraussetzungen .....	530
1. Bewilligungsgründe .....	531
2. Verweigerungsgründe .....	533
<b>III. Ausblick</b> .....	534
<b>Sachregister</b> .....	541