



Immobilien

Rechtliche Aspekte von der Planung bis zum Verkauf von Geschäftsliegenschaften



Immobilien

Rechtliche Aspekte von der Planung bis
zum Verkauf von Geschäftsliegenschaften

● Inhalt

●		
I	Vorwort	5
●		
II	Reservationsvereinbarungen und Absichtserklärungen halten im Zusammenhang mit Grundstücken nicht immer, was sie versprechen	7
A	Problemstellung	7
B	Erster Bundesgerichtsentscheid	7
C	Zweiter Bundesgerichtsentscheid	8
D	Fazit	9
●		
III	Lex Koller und andere Beschränkungen beim Kauf von Schweizer Immobilien	10
A	Lex Koller – Immobilienerwerb durch Personen im Ausland	10
B	Bäuerliches Bodenrecht	11
C	Bewilligungspflicht im Altlastenrecht	12
●		
IV	Mehrwertabgabe – ein neuer Versuch	13
A	Ausgangslage	13
B	Neue gesetzliche Regelung	13
C	Relevante Zeitpunkte	14
D	Wer schuldet die Abgabe?	14
E	Pfandrechte, Solidarhaftung	14
F	Fazit	15

●		
V	Das Bauhandwerkerpfandrecht: Segen für den Unternehmer – Fluch für den Grundeigentümer?	18
A	Ausgangslage	18
B	Worum geht es?	18
C	Wie kann sich ein Grundeigentümer gegen Bauhandwerkerpfandrechte schützen?	19
D	Fazit	20
●		
VI	Die Zutaten für einen guten Geschäftsmietvertrag	21
A	Bedeutung einer geschickten Vertragsverhandlung	21
B	Einstieg in die Verhandlung	21
C	Was kann verhandelt werden?	21
D	Die wichtigsten Verhandlungspunkte	22
E	Die Rohbaumiete	24
F	Schlussbemerkungen	24
●		
VII	Immobilien als «Produktionsmittel» von KMU-Betrieben und die sich daraus ergebende Verantwortung des Verwaltungsrates	25
A	Einleitung	25
B	Einige wenige rechtliche Grundlagen	25
C	Einige wenige betriebswirtschaftliche Grundlagen	25
D	Ein wenig Unternehmenspraxis	26
E	Fazit	27
●		
VIII	Gutachten statt Prozessführung?	28
A	Stadionstreit Letzigrund	28
B	Mängelbehebung im Bauwesen	28
C	Parteigutachten	29
D	Schiedsgutachten	29
E	Vorsorgliche Beweisführung	29
F	Fazit	30
●		
IX	Verkauf einer Immobiliengesellschaft – auch ein Steuerthema	31
A	Grundsteuern beim Verkauf von Wertschriften?	31
B	Begriff der Immobiliengesellschaft	31
C	Situation des Inhabers	31
D	Situation der Immobiliengesellschaft	33
E	Mehrwertsteuer	33
F	Empfehlungen beim Kauf oder Verkauf einer Immobiliengesellschaft	34



I Vorwort



lic.iur. Nadia Tarolli Schmidt, dipl. Steuerexpertin

Mit dem Thema Immobilien sind eine ganze Reihe juristischer Disziplinen verbunden: Sachenrecht, Baurecht, Mietrecht, Prozessrecht, Steuerrecht – um nur einige zu nennen. Die acht Artikel unserer diesjährigen Herbstbroschüre stellen Ihnen eine Auswahl dieser Aspekte vor.

Bereits vor dem Erwerb geht es um grundlegende Fragen: Ist der geplante Kauf eines Grundstücks tatsächlich möglich oder untersagen gesetzliche Normen wie die Lex Koller oder Regelungen zu Altlasten den Erwerb? Löst der Verkauf oder die Bebauung einer Immobilie eine Mehrwertabgabe aus? Wie ist eine allfällige Reservationsvereinbarung auszugestalten, damit sie auch gültig ist?

Wird die Liegenschaft dann bebaut, ist vor allem bei Grossprojekten eingehend zu prüfen, wie Bauhandwerkerpfandrechte vermieden bzw. deren Auswirkungen so gering wie möglich gehalten werden können.

Im Rahmen von Bebauungen kommt es regelmässig zu Gewährleistungsfällen. Manchmal verhindern in diesem Zusammenhang Gutachten langwierige Prozesse.

Ist die Liegenschaft einmal zur Zufriedenheit des Eigentümers erstellt, bieten Verhandlungen über Geschäftsmietverträge rechtliche Herausforderungen.

Auch Verwaltungsräte sollten gerade nicht betriebsnotwendigen Liegenschaften ihre Aufmerksamkeit schenken.

Last but not least stellen sich beim Verkauf anspruchsvolle steuerrechtliche Fragen insbesondere – aber nicht nur –, wenn es um die Veräusserung ganzer Immobiliengesellschaften geht.

Die Antworten fallen selbstverständlich unterschiedlich aus, je nachdem ob die Fragen für den Käufer oder Verkäufer, den Bauherrn, Generalunternehmer oder Handwerker oder für den Mieter oder Vermieter beantwortet werden. Und natürlich unterscheiden sich häufig die Sichtweisen der Steuerpflichtigen und der Steuerverwaltung.

Viele spannende Aspekte also. Wir wünschen Ihnen auch dieses Jahr eine interessante Lektüre!





II Reservationsvereinbarungen und Absichtserklärungen halten im Zusammenhang mit Grundstücken nicht immer, was sie versprechen



Dr. Roland M. Müller, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

A

Problemstellung

Bei Liegenschaftskäufen kommen regelmässig sogenannte Reservationsvereinbarungen, Absichtserklärungen oder Vorverträge zum Einsatz. Diese werden vor der öffentlichen Beurkundung des Kaufvertrags abgeschlossen, häufig ohne Beizug einer Urkundsperson, also bloss in sogenannter einfacher Schriftform. Die Spanne solcher Vereinbarungen ist breit: Wer eine Wohnung im Stockwerkeigentum ab Plan kaufen will, unterschreibt oft eine Reservation, Absichtserklärung oder ein ähnlich genanntes Dokument. Darin wird typischerweise festgehalten, dass die Kaufinteressenten eine Reservationsgebühr leisten, sobald als möglich einen notariellen Kaufvertrag unterschreiben, andernfalls sie der Reservationsgebühr verlustig gehen, oder sonstige Strafzahlungen leisten müssen. Aber auch unter Geschäftsleuten finden sich solche Reservationsvereinbarungen oder Absichtserklärungen, ohne dass diese verurkundet würden.

Das Schweizerische Recht schreibt vor, dass Vorverträge sowie Verträge, die ein Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrecht an einem Grundstück begründen, zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedürfen, also vor einer Urkundsperson unterzeichnet werden müssen (Art. 216 Abs. 2 OR). Diese Formvorschrift bezweckt die Parteien vor übereilten Entscheidungen zu schützen, ihnen eine fachkundige Beratung zu gewährleisten und eine sichere Grundlage für den Grundbucheintrag (auf diesen dürfen sich gutgläubige Dritte verlassen) zu schaffen.

Das Schweizerische Bundesgericht hatte kürzlich zwei Gelegenheiten, die Grenze der Zulässig- und

Wirksamkeit der bloss in einfacher Schriftform unterzeichneten Reservationsvereinbarungen, Absichtserklärungen und Vorverträge zu klären.

B

Erster Bundesgerichtsentscheid

In seiner Entscheidung vom 17. Februar 2014¹ macht das höchste Schweizer Gericht unmissverständlich klar, dass Absichtserklärungen und ähnliche Vereinbarungen als Vorverträge gemäss Art. 216 Abs. 2 OR gelten und somit in öffentlicher Urkunde abzuschliessen sind. Andernfalls können die in solchen Vereinbarungen versprochenen Leistungen nicht oder bestenfalls marginal durchgesetzt werden, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

Dem Entscheid des Bundesgerichts lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt aus dem Kanton Tessin zur Beurteilung vor:

Der Eigentümer eines Grundstücks und ein Kaufinteressent unterzeichneten am 17. Juli 2009 in einfacher Schriftform eine Absichtserklärung. Gemäss dieser sollte der Eigentümer auf seinem Grundstück eine Baute im Stockwerkeigentum errichten, die Errichtung von Stockwerkeigentum im Grundbuch eintragen und dem Kaufinteressenten daran einen Anteil zum Preis von CHF 500 000 verkaufen. Die Parteien waren sich bewusst, dass das Gesetz auch für Vorverträge eine öffentliche Beurkundung vorschreibt. Sie hielten deshalb in der Absichtserklärung fest, dass der Kaufvertrag bis zum 20. September 2009 öffentlich zu beurkunden sei und dass jene Partei, die eine Pflicht aus der

¹ BGE 140 III 200 ff., in italienischer Sprache

Absichtserklärung verletzt, der anderen Partei eine Konventionalstrafe von CHF 100 000 zu entrichten habe. Trotz der Absichtserklärung sah der Eigentümer von der Erstellung der Baute und der grundbuchlichen Eintragung von Stockwerkeigentum ab und verkaufte das Grundstück an einen Dritten. In der Folge klagte der Kaufinteressent die vereinbarte Konventionalstrafe von CHF 100 000 ein. Das Gericht erster Instanz schützte ihn, das Gericht zweiter Instanz und das Bundesgericht wiesen die Forderung vorerst ab. Dabei wies das Bundesgericht allerdings die Vorinstanz an, weitere Abklärungen zu treffen (vgl. nachfolgend). Gemäss aktuell verfügbaren Informationen liegt der Sachverhalt in der Zwischenzeit erneut dem Bundesgericht vor.

Der Kaufinteressent machte zunächst geltend, der Eigentümer verhalte sich rechtsmissbräuchlich, wenn er die Zahlung unter Berufung auf den ihm von Anfang an bekannten Formmangel (keine öffentliche Beurkundung) verweigere. Voraussetzung für den Rechtsmissbrauch wäre allerdings gemäss ständiger Rechtsprechung die vorbehaltlose Erfüllung der Absichtserklärung (im Wesentlichen die Errichtung der Baute, die Begründung von Stockwerkeigentum und der Abschluss des notariellen Kaufvertrages) gewesen. Der Kläger drang deshalb mit diesem Argument nicht durch.

Das Bundesgericht schien sich aber am Verhalten des Eigentümers trotzdem zu stören und wies die Vorinstanzen an, zu klären, ob unter dem Rechtsbehelf der «culpa in contrahendo» dem Kaufinteressenten ein Teil der Konventionalstrafe zuzusprechen wäre. Culpa in contrahendo ist ein Rechtsbehelf, der eine Schadenersatzhaftung begründen kann, wenn sich eine Partei im Zusammenhang mit nicht oder nicht gültig zustande gekommenen Verträgen gegen Treu und Glauben verhalten hat (z. B. bei Vertragsverhandlungen). Zu ersetzen wäre in solchen Situationen das sogenannte negative Interesse, also der Schaden, der ohne das treuwidrige Verhalten der Gegenpartei nicht entstanden wäre (z. B. Kosten für bereits erfolgte planerische oder notarielle Arbeiten).

Die zuständige Tessiner Vorinstanz, die Camera civile del Tribunale di appello ticinese, erkannte in der Folge am 30. September 2014, dass der Eigentümer sich treuwidrig verhalten hatte und sprach dem Kaufinteressenten deshalb zur Deckung seines erlittenen Schadens eine Forderung von CHF 50 000 (Hälfte der Konventionalstrafe, 10% des Kaufpreises) gegen den Eigentümer zu.

² 4A_281/2014 vom 17. Dezember 2014

Dieser Entscheid ist noch nicht rechtskräftig und scheint erneut dem Bundesgericht zur Beurteilung vorzuliegen.

c

Zweiter Bundesgerichtsentscheid

In der zweiten Entscheidung² konnte das Bundesgericht seine Praxis bestätigen und weiter verfeinern. Dem Urteil lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt aus dem Kanton Basel-Landschaft zugrunde:

Der Eigentümer eines Grundstücks, auf dem ein Fabrikationsgebäude mit Büroanbau und Lagerhalle steht, und ein im Immobilienbereich tätiger Kaufinteressent unterzeichneten in einfacher Schriftform einen «Vorvertrag zu einem Kaufvertrag mit Vollmacht» über das Grundstück. Der Kaufinteressent plante dabei den Neubau einer zweigeschossigen Filiale auf dem Land. Für den Neubau waren verschiedene bau- und planungsrechtliche Fragen zu klären (Quartierplan etc.). Das Grundstück war für den Kaufinteressenten reserviert und wurde deshalb während der Planungsphase nicht vermietet. Als sich ein Jahr später herausstellte, dass die Realisierung des Quartierplans nicht problemlos war, nahm der Kaufinteressent von seinem Kaufinteresse Abstand. Der Eigentümer klagte darauf den Kaufinteressenten auf Zahlung von CHF 192 000 ein: Vor erster Instanz zunächst erfolgreich, dann aber vor der zweiten Instanz und vor dem Bundesgericht erfolglos.

Gegenstand des Streits war eine Bestimmung im Vorvertrag, wonach der Kaufinteressent dem Eigentümer beim Nichtzustandekommen des Grundstückskaufs für die Reservation bzw. für die dem Eigentümer entgehenden Mieterträge eine monatliche Abgeltung von mindestens CHF 8000 zu entrichten habe.

Das Bundesgericht bestätigte wie im vorerwähnten Tessiner Entscheid, dass solche Vereinbarungen als Vorverträge gelten und somit grundsätzlich nur bei notarieller Beurkundung gültig sind. Im vorliegenden Baselbieter Fall prüfte es aber, welche Abreden von der öffentlichen Beurkundung erfasst sind und welche nicht. Dies, weil der Eigentümer geltend machte, die Abrede über die Zahlung von CHF 8000 pro Monat sei eine separate, selbständige Abrede,

die von der Pflicht zur öffentlichen Beurkundung nicht berührt werde.

Das Bundesgericht hielt fest, dass die objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte zu beurkunden sind. Objektive Nebenabreden fallen dabei jedoch nur dann zufolge subjektiver Wesentlichkeit unter den Formzwang, wenn sie ihrer Natur nach unmittelbar den Kaufvertrag betreffen, d. h. das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung berühren. Treffen die Parteien hingegen Zusatzabreden, die auch losgelöst vom Grundstückskauf als sinnvolles Ganzes denkbar sind (sog. Abreden über ein selbständiges Leistungspaar), sind diese nicht der Beurkundungspflicht unterstellt.

Bei der vorliegenden Abgeltungsvereinbarung kam das Gericht zum Schluss, dass nicht ersichtlich war, welches Interesse der Kaufinteressent an einer selbständigen Abgeltungsvereinbarung ohne formgültigen Vorvertrag gehabt haben sollte. Als solche selbständige Vereinbarung hätte z. B. vorgelegen, wenn die Parteien unabhängig davon, ob der Grundstückserwerb zustande kam, eine Entschädigung für eine Mieta vereinbart hätten. Dies war aber im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, weshalb das Bundesgericht erkannte, dass auch die Abrede über die Zahlung von CHF 8000 pro Monat ungültig war.

D

Fazit

Beide Entscheide unterstreichen, dass Reservationsvereinbarungen, Absichtserklärungen oder ähnliche Dokumente grundsätzlich als beurkundungspflichtige Vorverträge gelten. Wer solche Verträge nur in einfacher Schriftlichkeit abschliesst, wird Mühe haben, Ansprüche daraus durchzusetzen. Zwar ist es nach diesen Entscheiden denkbar, dass bei treuwidrigem Verhalten der Gegenseite wenigstens Ansprüche für das sogenannte negative Interesse (z. B. Planungsaufwand) entstehen oder dass Forderungen aus sogenannten Abreden über ein selbständiges Leistungspaar Bestand haben. Bei der Beurteilung solcher Ansprüche steht den Gerichten aber ein grosser Ermessensspielraum zu, den diese aber eher restriktiv anwenden werden, daher ist die Chancenbeurteilung solcher Ansprüche nur schwierig vorzunehmen. Dazu kommt, dass in der Fachliteratur von namhaften Autoren kritisiert wird, die bundesgerichtliche Rechtsprechung sei zu liberal, da sie immer noch gewissen Raum lasse für Abreden, die einen indirekten Druck schaffen, den formbedürftigen (Haupt-)Vertrag abzuschliessen.

Wer rechtlich durchsetzbare Ansprüche begründen will, ist daher gut beraten, die entsprechenden Dokumente öffentlich beurkunden zu lassen. Dies gilt selbst wenn die Zeit knapp ist und z. B. ein kantonales Amtsnotariat überlastet ist (dann kann für die Beurkundung des Vorvertrags in einen anderen Kanton ausgewichen werden). Die mit der Beurkundung verbundenen Kosten werden in der Regel die Nachteile eines langjährigen, über mehrere gerichtliche Instanzen laufenden Rechtsstreits (Kosten, lange andauernde Rechtsunsicherheit) mehr als wettmachen. Man denke nur an den geschilderten Tessiner Fall, der zuerst von zwei kantonalen Instanzen, dann erstmals vom Bundesgericht, dann wieder von den beiden kantonalen Instanzen beurteilt wurde und dem Vernehmen nach erneut vom Bundesgericht behandelt wird.

Unser Büro ist in der Lage, mit seinem Notariats-team jederzeit die erforderlichen öffentlichen Beurkundungen vorzunehmen.

III Lex Koller und andere Beschränkungen beim Kauf von Schweizer Immobilien



Dr. Benedict F. Christ, LL.M.

Die Eigentumsfreiheit ist in der Schweiz ein verfassungsmässiger Grundsatz. Entsprechend dürfen in der Schweiz grundsätzlich auch Immobilien frei übertragen werden. Trotzdem haben Immobilieninvestoren in der Schweiz einige einschneidende Übertragungsbeschränkungen oder gar -verbote zu beachten. Dazu gehört die Lex Koller, die den Kauf von Immobilien für ausländische Investoren beschränkt. Weiter dürfen gemäss bauerlichem Bodenrecht landwirtschaftliche Grundstücke oder Gewerbe nur an selbstbewirtschaftende Landwirte übertragen werden. Schliesslich dürfen umweltrechtlich belastete Standorte nur mit Bewilligung und allenfalls nach Sicherstellung der zu erwartenden Kosten verkauft werden.

A

Lex Koller – Immobilienerwerb durch Personen im Ausland

Die Lex Koller soll den «Ausverkauf der Heimat» verhindern. Gemäss dem gemeinhin Lex Koller genannten Bewilligungsgesetz dürfen ausländische Investoren mit wenigen Ausnahmen keine Wohnimmobilien in der Schweiz erwerben. Umgekehrt ist der Erwerb von Immobilien in der Schweiz auch für ausländische Investoren möglich, soweit diese Immobilien gewerblichen Zwecken dienen. Die Beschränkungen der Lex Koller gelten für Gesellschaften mit Sitz im Ausland, ebenso wie für ausländische Staatsangehörige. Keinen Beschränkungen unterliegen EU/EFTA-Personen, die ihren Wohnsitz in der Schweiz haben.

1 Politische Entwicklungen

Die Lex Koller in ihrer heutigen Form geht auf frühere Erlasse zurück, die seit Anfang der sechziger Jahre den Immobiliensitz für Ausländer in unterschiedlicher Form eingeschränkt hatten. Die Lex Koller ist einem wechselhaften politischen Klima ausgesetzt. Die früher strengeren Regeln mit Beschränkungen auch für Geschäftliegenschaften wurden 1997 aufgehoben und 2005 Investitionen in börsenkotierte Immobiliengesellschaften liberalisiert. 2007 hatte der Bundesrat in einer Botschaft gar die Aufhebung der Lex Koller angedacht, was aber in der Folge vom Parlament zurückgewiesen wurde. Inzwischen hat der Bundesrat eine Kehrtwende vollzogen. Er plant, Anfang 2016 eine Vorlage in die Vernehmlassung zu schicken, welche die Lex Koller erheblich verschärfen würde. Unter anderem dürften dann ausländische Investoren Geschäftliegenschaften nur noch erwerben, wenn sie diese selber nutzen. Ein Kauf zu Anlagezwecken wäre nicht mehr möglich. Weiter könnten ausländische Investoren nicht mehr in Immobiliengesellschaften investieren. Auch der Erwerb von Hauptwohnungen durch Ausländer würde erschwert. Nicht EU/EFTA Personen wären bei einem Wegzug überdies gezwungen, eine erworbene Hauptwohnung wieder zu verkaufen. Die neuen Vorschläge würden den Immobilienerwerb und -besitz für Ausländer deutlich erschweren und die Eigentumsfreiheit weiter beschneiden. Ob und in welcher Form diese Vorlage Gesetz wird, ist noch offen.

2 Betriebsliegenschaften

Gemäss geltendem Recht dürfen ausländische Investoren Betriebsliegenschaften in der Schweiz ohne Einschränkung erwerben. Betriebsliegenschaften sind jegliche Immobilien, die gewerb-

lichen Zwecken dienen wie beispielsweise Bürogebäude, Fabrikanlagen, Lager, Läden und Einkaufszentren, Hotels und Restaurants. Der ausländische Investor kann solche Immobilien zur Eigennutzung, aber auch als Kapitalanlage erwerben.

Unbebautes Land gilt grundsätzlich nicht als Betriebsliegenschaft. Ein ausländischer Investor darf unbebautes Land trotzdem erwerben, sofern er es innerhalb einer angemessenen Frist mit einer gewerblichen Immobilie überbaut. Weiter kann zusammen mit einer Betriebsliegenschaft eine unbebaute Landreserve erworben werden, sofern die Landreserve im Vergleich zur bebauten Fläche wesentlich kleiner ist.

3 Wohnimmobilien

Wohnimmobilien in der Schweiz können ausländische Investoren (abgesehen von EU/EFTA-Personen, die ihren Wohnsitz in der Schweiz haben) grundsätzlich nicht erwerben. Ausgenommen von dieser Regel ist der Kauf einer Hauptwohnung am tatsächlichen Wohnsitz eines Ausländers, der ohne Bewilligung zulässig ist.

Vom Verbot gibt es einige eng umgrenzte Ausnahmen, in denen ausnahmsweise ein Kauf mit Bewilligung der Behörden zulässig ist. Dies gilt namentlich für Ferienwohnungen, deren Kauf im Rahmen von kleinen jährlichen Kontingenten zulässig ist.

Die Übertragungsverbote der Lex Koller lassen sich nicht umgehen. Die Beurteilung, ob ein Erwerb vorliegt, erfolgt nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Darum wird jede Transaktion erfasst, die es einem Ausländer erlauben würde, die Kontrolle über die Schweizer Wohnimmobilie auszuüben. Die Folgen einer Verletzung sind drakonisch. Die Transaktion ist nichtig, überdies drohen strafrechtliche Konsequenzen.

Wesentliches Kriterium ist die wirtschaftliche Kontrolle. Deshalb ist eine Beteiligung an einer Wohnimmobilie für ausländische Investoren möglich, solange Schweizer Partner die Kontrolle behalten und eine Person im Ausland diese Kontrolle nicht beeinflussen oder umgehen kann.

Nicht verboten für Ausländer ist, in Immobiliengesellschaften zu investieren, die an einer Börse kotiert sind. Der Erwerb von kotierten Aktien ist ohne Einschränkung zulässig. Allerdings darf eine

solche Immobiliengesellschaft nicht mehr in neue Wohnimmobilien investieren, sobald sie ausländisch beherrscht ist.

Abgrenzungsfragen stellen sich beim Kauf von Immobiliengesellschaften mit Immobilien-Portefeuilles, die nebst Betriebsliegenschaften auch Wohnimmobilien enthalten. Der Erwerb einer solchen Immobiliengesellschaft ist grundsätzlich zulässig, solange der Anteil der Wohnimmobilien gegenüber den gewerblichen Teilen wesentlich kleiner ist. Unproblematisch ist darum auch der Erwerb eines Unternehmens, das nebst den betrieblich genutzten Immobilien auch einige Wohnungen besitzt.

4 Bewilligungen und Feststellungsverfügungen

Soweit ein Immobilienerwerb zulässig ist, kann ein ausländischer Investor die Immobilie ohne weiteres erwerben und bedarf keiner speziellen Bewilligung. Umgekehrt gibt es nur wenige Fälle, in denen eine eigentlich unzulässige Transaktion bewilligt werden kann.

Allerdings gibt es immer wieder Grenzfälle, in denen eine Zulässigkeit unklar ist, insbesondere wenn es für die Zuteilung keine exakten Grenzwerte gibt. Dazu gehören z.B. Fälle mit Landreserven oder gemischten Portefeuilles, aber auch Fragen der Beherrschung. Angesichts der drohenden Nichtigkeit von unzulässigen Transaktionen, aber auch weil die Grundbuchämter die Eintragung verweigern könnten, empfiehlt es sich, solche Fälle vorab zu klären. Dazu können einfache Auskünfte der Behörden oder verbindliche Erklärungen eingeholt werden, wonach eine Transaktion zulässig ist (sogenannte Feststellungsverfügung). In jedem Fall empfiehlt es sich, frühzeitig das Gespräch mit den Behörden von Kanton und allenfalls auch Bund zu suchen. Dabei kann die Praxis von Kanton zu Kanton unterschiedlich sein.

B

Bäuerliches Bodenrecht

Für landwirtschaftliche Grundstücke und landwirtschaftliche Gewerbe gilt ein eigenes Recht. Ziel des Gesetzes ist, Familienbetriebe zu fördern, die vom Eigentümer selber bewirtschaftet werden, und die Zerstückelung von landwirtschaftlichen Gewerben

zu verhindern. Um diese Ziele zu erreichen, greift das Gesetz umfassend in die Eigentumsrechte ein. Insbesondere dürfen landwirtschaftliche Grundstücke und Gewerbe grundsätzlich nur an Selbstbewirtschafter verkauft werden. Überdies gilt eine Preiskontrolle. Als landwirtschaftliche Grundstücke gelten jegliche Grundstücke, die landwirtschaftlich genutzt sind. Das sind im wesentlichen Grundstücke ausserhalb der Bauzone, aber auch Grundstücke in der Bauzone, die zu landwirtschaftlichen Gewerben gehören. Transaktionen, die das Gesetz verletzen, sind nichtig.

Grundsätzlich können damit in der Schweiz weder in- noch ausländische Investoren in landwirtschaftliche Immobilien als Kapitalanlage investieren.

Trotz der klaren Grundregel können sich zuweilen Abgrenzungsfragen stellen, insbesondere beim indirekten Erwerb von landwirtschaftlichen Grundstücken. Dies kann der Fall sein, wenn sich beim Kauf einer Gesellschaft auch landwirtschaftliche Grundstücke im Eigentum der Gesellschaft befinden. Ein solcher Kauf ist dann unproblematisch, wenn der Anteil der landwirtschaftlichen Grundstücke so geringfügig ist, dass kein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt. Angesichts der Nichtigkeitsrisiken bei widerrechtlichen Transaktionen empfiehlt es sich auch bei relativ klaren Fällen, sich die Zulässigkeit einer Transaktion bestätigen zu lassen, indem bei den Behörden eine Feststellungsverfügung eingeholt wird.

c

Bewilligungspflicht im Altlastenrecht

Seit kurzem muss die Handänderung oder Teilung eines Grundstücks vorgängig bewilligt werden, wenn sich darauf ein Standort befindet, der im Kataster der belasteten Standorte eingetragen ist. Dieses Bewilligungsverfahren ist unabhängig von einem allfälligen Baubewilligungsverfahren.

Die Behörde hat die Bewilligung zu erteilen, wenn vom Standort keine schädlichen oder lästigen Einwirkungen zu erwarten sind. Das ist der Fall, wenn sich der Standort aufgrund der Untersuchung zwar als belastet erwiesen hat, aber weder überwachungs- noch sanierungspflichtig ist.

Sind vom Standort hingegen schädliche oder lästige Einwirkungen zu erwarten, so dürfen die Behörden die Bewilligung davon abhängig machen, dass

die zu erwartenden Kosten für Untersuchungs-, Überwachungs- und Sanierungsmassnahmen sichergestellt werden. Ohne solche Sicherstellung wird eine Veräusserung oder Teilung des Grundstücks nur bewilligt, wenn sie im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt. Nicht von der Sicherstellungspflicht erfasst sind die reinen «Bauherrenaltlasten». Das sind belastete Standorte, von denen aktuell keine Einwirkungen auf die Umwelt ausgehen, bei denen aber im Fall von Bautätigkeiten das Aushubmaterial vorschriftsgemäss zu entsorgen ist.

Transaktionen mit belasteten Immobilien werden durch diese Regelung deutlich erschwert. Nicht nur ist mehr Zeit für das Bewilligungsverfahren einzuplanen, sondern im Falle einer Sicherstellungspflicht steigen auch die Kosten der Transaktion.



IV Mehrwertabgabe – ein neuer Versuch



lic.iur. Nadia Tarolli Schmidt, dipl. Steuerexpertin

A

Ausgangslage

Schon seit Jahren waren die Kantone basierend auf einer Regelung des Raumplanungsgesetzes gehalten, auf planungsbedingten Mehrwerten eine Abgabe zu erheben. Aufgrund der eher offenen Formulierung und mangelnder Sanktionsmöglichkeiten des Bundes sind dieser Aufgabe nur zwei Kantone (Basel-Stadt und Neuenburg) nachgekommen. Dies dürfte dazu geführt haben, dass das revidierte Raumplanungsgesetz diesen Tatbestand nunmehr genauer regelt und insbesondere eine Umsetzungsfrist für die Kantone bis zum 30. April 2019 festlegt. Wird diese nicht eingehalten, kann ein Kanton keine neuen Einzonungen mehr vornehmen.

Verschiedene Kantone scheinen die Gesetzesänderung und die damit verbundenen parlamentarischen Beratungen als Weckruf wahrgenommen zu haben und haben in der Folge neue Regeln erlassen (Genf 2011, Thurgau 2012, Waadt 2012, St. Gallen 2012 und Tessin 2012) bzw. sind gerade dabei, dies zu tun – so etwa Aargau oder Bern.

Idee der Mehrwertabgabe ist es, dass ein Teil der Vorteile, die ein Grundstück durch raumplanerische Massnahmen und damit ohne Zutun des Eigentümers erfährt, an das Gemeinwesen abzuliefern. Im gegenteiligen Fall, wo ein Eigentümer erhebliche Nachteile zu gewärtigen hat, ist der Staat bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen auch zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet.

Im Folgenden interessiert einzig die Konstellation, in welcher die Planungsmassnahme einen finanziellen Vorteil, d.h. einen Mehrwert des Grundstücks zur Folge hat.

B

Neue gesetzliche Regelung

Die neu erlassenen bundesrechtlichen Mindestanforderungen sind im Raumplanungsgesetz (RPG) geregelt³ und sind am 1. Mai 2014 in Kraft getreten. Das Bundesrecht verlangt einen Abgabesatz von «mindestens 20 Prozent» des Planungsvorteils. Beim Eigentümer soll damit nur ein Teil und nicht der gesamte Mehrwert des Grundstücks abgeschöpft werden. Es steht den Kantonen jedoch frei, einen höheren Abgabesatz vorzusehen. Das Bundesgericht hat in einem Fall bereits festgehalten, dass auch ein Abgabesatz von 60 Prozent zulässig sei. Während beispielsweise die Kantone Thurgau und Neuenburg das Minimum von 20 Prozent des Mehrwerts erfassen, erhebt Basel-Stadt 50 Prozent des Bodenmehrwerts und übersteigt damit die erforderlichen 20 Prozent deutlich. Die Regelung im Kanton Genf von 2011, wonach nur 15 Prozent des Mehrwerts erhoben werden, entspricht nicht der revidierten Fassung des Art. 5 RPG und muss in den nächsten Jahren auf mindestens 20 Prozent angehoben werden.

Der Mehrwert definiert sich als Differenz des Landwertes vor und nach einer raumplanerischen Massnahme. Als Massnahme kommt dabei primär die Neueinzonung in Frage. Aufgrund des Wortlautes des neuen Artikels ist umstritten, ob auch andere Massnahmen wie die Auf- und Umzonung oder die Erteilung von Ausnahmegewilligungen zwingend zu erfassen sind oder ob die Kantone diese Massnahmen freiwillig einbeziehen dürfen – aber nicht müssen.

³Art. 5 RPG Abs. 1bis – Abs. 1sexies und Art. 38a Abs. 4 RPG (Sanktion)



C

Relevante Zeitpunkte

Gerade in Übergangsphasen ist die Frage wichtig, wann die Mehrwertabgabe festgesetzt und wann diese zu begleichen ist. Diese Thematik regelt das RPG nicht. Allerdings wird ein zweistufiges Verfahren angedeutet, wonach direkt nach Rechtskraft der Massnahme der zu leistende Mehrwertbetrag festgesetzt wird, die Bezahlung aber zu einem späteren Zeitpunkt geleistet werden kann. Durch rasche Festsetzung des Mehrwertbetrags wird verhindert, dass andere Faktoren, wie zum Beispiel die Konjunktur, den Wert des Grundstücks und damit die Höhe der Abgabe beeinflussen.

Fällig, d.h. vom Grundeigentümer zu bezahlen, wird die Mehrwertabgabe aber erst bei Überbauung oder Veräusserung des Grundstücks³. Eine frühere Fälligkeit darf das kantonale Recht nicht festlegen. Die Mehrwertabgabe kann damit Jahre oder gar Jahrzehnte nach einer Planungsänderung anfallen, denn solange der Grundeigentümer das Grundstück nach einer Planungsmassnahme in seinem ursprünglichen Zustand belässt und nicht überträgt, ist keine Abgabe geschuldet. Diese Lösung ist sachgerecht, realisiert doch der Eigentümer bis zu diesem Zeitpunkt keinen wirtschaftlichen Vorteil aus der Massnahme. Die Zahlungspflicht kann beispielsweise, wie dies im neuen Entwurf des Baugesetzes des Kantons Bern geplant ist, durch eine zweite Fälligkeitsverfügung festgestellt werden. Für die Kantone dürfte das zweistufige Verfahren eine administrative Herausforderung darstellen.

Es liegt auch in der Kompetenz der Kantone, die fälligkeitsauslösenden Tatbestände der Überbauung und Veräusserung näher zu definieren. Der Kanton Thurgau beispielsweise legt den Zeitpunkt der Handänderung, der Rechtskraft des Erschliessungsprojekts oder der Rechtskraft der Baubewilligung als relevante Anknüpfungspunkte fest. Basel-Stadt erhebt die Mehrwertabgabe, sobald mit der Erstellung von Gebäuden oder Gebäudeteilen *begonnen* wird, die zusätzliche Geschossflächen enthalten.⁴

Schenkungen oder Erbschaften werden vom Begriff der Veräusserung nicht erfasst. Das kantonale Recht hat aber dafür zu sorgen, dass im Falle einer Schenkung der Ausgleichspflicht auf den Rechtsnachfolger übergeht. Sobald der Beschenkte oder

Erbe das Grundstück weiterveräussert oder es überbaut, hat er die Mehrwertabgabe zu leisten. Andernfalls könnte durch eine an eine Schenkung anschliessende Rückübertragung des Grundstücks der Mehrwertausgleichsanspruch des Gemeinwesens leicht umgangen werden.

D

Wer schuldet die Abgabe?

Wer dem Gemeinwesen die Mehrwertabgabe zu leisten hat, regelt Art. 5 RPG nicht. Die Kantone müssen deshalb die Verpflichteten (sog. Abgabesubjekte) im kantonalen Recht bestimmen. Hierbei dürfte in der Regel diejenige Person, welche zur Zeit der Planungsmassnahme und damit *der Auslösung* der Abgabepflicht Eigentümer des Grundstücks ist, als abgabepflichtig bezeichnet werden. Dies sieht beispielsweise die geplante Neuregelung des Kantons Neuenburg vor. Falls das Grundstück nach der Planungsmassnahme den Eigentümer wechselt, ohne dass eine «Veräusserung» im Sinne von Art. 5 RPG vorliegt (beispielsweise durch eine Schenkung), stimmt der Adressat der Abgabeverfügung nicht mit demjenigen der Fälligkeitsverfügung überein (sofern eine Fälligkeitsverfügung vom massgebenden Kanton überhaupt separat erlassen wird). In einem solchen Fall hat der Schenkungsempfänger wie bereits angedeutet die Mehrwertabgabe zu leisten, obwohl der Betrag gegenüber dem Schenker festgesetzt wurde.

E

Pfandrechte, Solidarhaftung

Das Gemeinwesen kann mittels gesetzlicher Grundlage die Abgabe nach deren Festsetzung durch ein gesetzliches Pfandrecht sichern. Dadurch kann der Kanton bei einer allfälligen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners der Mehrwertabgabe das Grundstück an sich ziehen und zur Sicherstellung seiner Forderung verwerten. Der Kanton Basel-Stadt hält explizit fest⁶, dass Mehrwertabgaben öffentlich-rechtliche Grundlasten darstellen.

⁴ Art. 5 Abs. 1bis RPG

⁵ § 122 Abs. 2 des Bau- und Planungsgesetzes Basel-Stadt; BPG BS

⁶ § 123 BPG BS

Eine weitere Absicherungsmöglichkeit des Kantons stellt die Einführung einer Solidarhaftung des Grundstückserwerbers dar. Der Kanton Bern plant in seinem Entwurf zum neuen Baugesetz eine entsprechende Regel für alle Rechtsnachfolger des Grundeigentümers. Eine solche Haftung hat zur Folge, dass der Erwerber für Mehrwertabgaben, welche im Zeitpunkt des Erwerbs noch ausstehen, solidarisch mithaftet. Ein Erwerber muss sich somit im Vorfeld des Grundstückserwerbs Gedanken über die Zahlungsmoral und -fähigkeit des Veräusserers machen. Denn neben dem abgabepflichtigen Veräusserer kann er selbst vom Kanton für den Mehrwertausgleichsbetrag belangt werden.

Für Erwerber ist die Situation einfacher: Für sie ist wichtig zu wissen, ob im massgebenden Kanton eine Mehrwertabgabe erhoben wird – dies obwohl die Abgabe nicht von ihnen zu bezahlen ist. Nur so können sie sich rechtzeitig vor allfälligen Grundpfändern oder Solidarhaftungen schützen und ärgerliche Überraschungen vermeiden.

F

Fazit

Der Umsetzungsstichtag 30. April 2019 scheint noch weit entfernt zu sein. Dennoch sollten Grundeigentümer, welche von einer Mehrwertabgabe betroffen sein könnten, bedenken, dass fünf Jahre die *Maximalfrist* darstellen. Wie erwähnt gibt es diverse Kantone, die bereits vor definitivem Erlass des revidierten RPG ein Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der Mehrwertabgabe eingeleitet haben. Wahrscheinlich ist daher, dass etliche kantonale Gesetze in Kraft treten, bevor die Umsetzungsfrist abläuft. Sobald ein Kanton seine Gesetzgebung angepasst hat und eine Abgabepflicht für planungsbedingte Mehrwerte festlegt, kommen diese Normen ungeachtet der Fünfjahresfrist zur Anwendung.

Dies hat für Grundeigentümer zur Folge, dass in diversen Kantonen neuerdings Mehrwertabgaben erhoben werden können. Dabei sind die Regelungen – typisch föderalistisch – je nach Kanton unterschiedlich ausgestaltet. Wo raumplanerische Massnahmen im Gange oder in Diskussion sind, macht es deshalb Sinn zu prüfen, was der Stand der kantonalen Gesetzgebung ist und welche Übergangsregelungen vorgesehen sind. Dabei sollte man davon ausgehen können, dass von neuen Mehrwertabgaben nur Grundstücke betroffen sein werden, die *nach* Erlass der neuen Regeln in Genuss einer raumplanerischen Massnahme kommen, dies unabhängig davon, ob bereits mit einer Bebauung begonnen wurde oder eine Veräusserung stattgefunden hat. Für Grundeigentümer stellt sich daher die Frage, ob es möglich ist, auf geplante raumplanerische Massnahmen Einfluss zu nehmen, so dass diese vor Inkrafttreten einer Mehrwertabgabe erlassen werden.



1



2



3

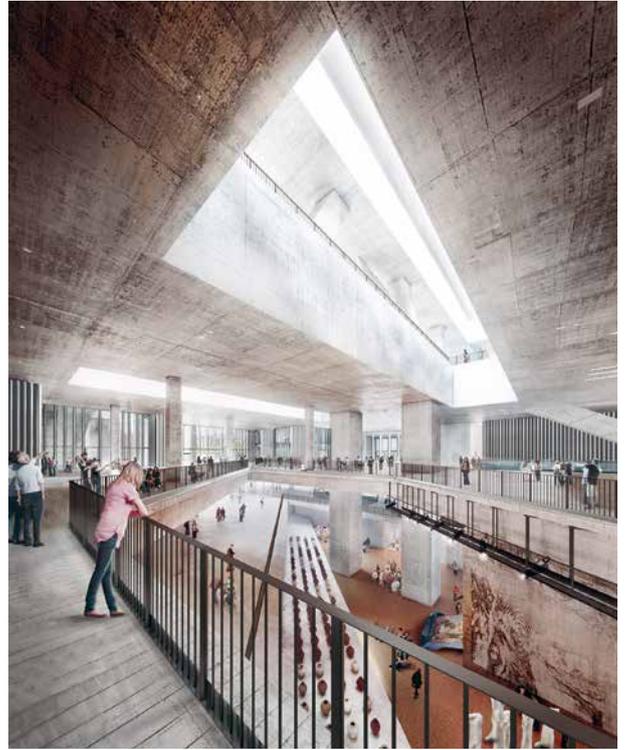


4

Herzog & de Meuron 1 Messe Basel, New Hall, Basel, Switzerland, © Hufton + Crow 2 Triangle, Paris, France, © Herzog & de Meuron/SCI Tour Triangle 3 Triangle, Paris, France, © Herzog & de Meuron/SCI Tour Triangle 4 Messe Basel, New Hall, Basel, Switzerland, © Hufton + Crow



5



8



6



9



7

5 M+, Hong Kong, © Herzog & de Meuron 6 The Tate Modern Project, London, UK, © Herzog & de Meuron and Hayes Davidson 7 Nouveau Stade de Bordeaux, Bordeaux, France, © Iwan Baan 8 M+, Hong Kong, © Herzog & de Meuron 9 Askepios 8, An Office Building on the Novartis Campus, Basel, Switzerland, © future documentation/eo

V Das Bauhandwerkerpfandrecht: Segen für den Unternehmer – Fluch für den Grundeigentümer?



Dr. Thomas Gelzer, LL.M.

A

Ausgangslage

Bei der Realisierung von grossen Bauprojekten ist die Wahrscheinlichkeit gross, dass sich ein Grundeigentümer (auch als Bauherr bezeichnet) mit dem Institut des Bauhandwerkerpfandrechts befassen muss. Es ist ratsam, dass er dies nicht erst tut, wenn Bauhandwerker die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten erwirkt haben, sondern proaktiv – vor Abschluss von Werk- und Generalunternehmerverträgen. Ausgangspunkt bilden die Bestimmungen in Art. 837 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Danach haben Bauhandwerker in der Schweiz die Möglichkeit, ihre Werklohnforderungen mit einem gesetzlichen Pfandrecht auf dem Grundstück, auf dem sie arbeiten, zu sichern. Dies ist für die Grundeigentümer unangenehm und meist mit Kosten verbunden. Bauherren können sich vor Bauhandwerkerpfandrechten und deren Auswirkungen nicht gänzlich schützen. Sie können jedoch Vorkehrungen treffen, um die Nachteile zu minimieren.

B

Worum geht es?

Bauhandwerker müssen regelmässig in Vorleistung gehen: Sie erbringen die vertraglich zugesicherten Leistungen und werden erst anschliessend bezahlt. Für diese Unternehmer ist es aus wirtschaftlichen Gründen meist unmöglich, Vorauszahlungen oder Sicherheitsleistungen zu verlangen. Auch die Möglichkeit eines Retentionsrechts oder des Eigentumsvorbehalts entfällt, da das verbrauchte Material als Folge des Akzessionsprinzips Teil des Grundstücks wird und damit sachenrechtlich dem Eigentümer gehört. Dies birgt für den Unternehmer die Gefahr, dass er für seine Leistungen nicht (voll-

umfänglich) bezahlt wird. Dafür kommen verschiedene Gründe in Betracht: Häufig verweigert ein Bauherr bzw. der Auftraggeber die Zahlung, weil er mit der Qualität der Arbeit nicht zufrieden ist; mitunter liegt der Grund ganz einfach darin, dass der Grundeigentümer bzw. der direkte Auftraggeber nicht (mehr) zahlungsfähig ist. Das Gesetz trägt diesem Umstand Rechnung: Es räumt dem Bauhandwerker zur Sicherung seiner Werklohnforderungen ein gesetzliches Pfandrecht am Grundstück des Bauherrn ein.

Der Anspruch auf Eintragung eines Pfandrechts entsteht mit dem Abschluss des Werkvertrages und erlischt vier Monate nach Vollendung der Arbeit. Das Pfandrecht muss im Grundbuch auf dem entsprechenden Grundstück eingetragen werden. Die Eintragung ist beim zuständigen Gericht am Ort der gelegenen Sache zu beantragen. Es muss innerhalb der Viermonatsfrist nach Vollendung der Arbeit bewilligt und im Grundbuch eingetragen sein. Die Hürden sind in der Praxis nicht hoch. Es genügt, dass der Bauhandwerker seinen Anspruch glaubhaft macht. Gerichte neigen dazu, Anträgen auf provisorische Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten ohne vertiefte Prüfung stattzugeben. Wird der Antrag gewährt, hat der Bauhandwerker fürs Erste seine (behauptete) Forderung pfandrechtlich gesichert. Der Bauhandwerker muss seinen Anspruch anschliessend in einem ordentlichen Gerichtsverfahren detailliert beweisen. Dies kann anspruchsvoll und aufwändig sein. In der Praxis kommt es allerdings selten zu diesem ordentlichen Gerichtsverfahren. Grundeigentümer und Bauhandwerker suchen meist erfolgreich eine einvernehmliche Lösung.

Für den Bauherrn ist das Instrument des Bauhandwerkerpfandrechts eine Art tickende Zeitbombe. Er weiss nicht, ob und gegebenenfalls wann der Bauhandwerker davon Gebrauch machen wird. Bauhandwerkerpfandrechte haben für den Grund-

eigentümer unangenehme Folgen: Besteht der Anspruch des Bauhandwerkers zu Recht, kann er das Grundstück verwerten lassen. Zudem sind eingetragene Bauhandwerkerpfandrechte für den Grundeigentümer hinderlich bei der Beschaffung von zusätzlichen Hypothekarkrediten.

Erschwerend wirkt sich aus, dass der gesetzliche Anspruch auf Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten auch für den Subunternehmer (Nachunternehmer) besteht, obwohl dieser mit dem Bauherrn in keinem vertraglichen Verhältnis steht. Diese Konstellation ist regelmässig gegeben, wenn der Bauherr zur Realisierung seines Bauvorhabens einen Generalunternehmer einsetzt. Bei der Realisierung von grossen Immobilienprojekten ist dies häufig der Fall. Für den Grundeigentümer hat die Zusammenarbeit mit einem Generalunternehmer mehrere Vorteile: Er hat nur einen Vertragspartner. Er kann sich für alle den Bau betreffenden Fragen an eine einzige Person halten. Er muss die einzelnen Gewerke und die verschiedenen Unternehmen nicht koordinieren. Im Falle von Mängeln ist immer die gleiche Person verantwortlich und Ansprechpartner. Meist ist der Bauherr fachlich und personell gar nicht in der Lage, sämtliche an einem komplexen Bauvorhaben beteiligten Personen und Handwerker zu koordinieren.

Der Generalunternehmer seinerseits erbringt nicht alle vertraglichen Leistungen selbst. Er gibt (Teil-)Leistungen an Subunternehmer weiter. Subunternehmer dürfen in der Regel ihrerseits Teile der von ihnen übernommenen Leistungen an «Sub-Subunternehmer» weitergeben. Auf diese Weise entstehen bei Grossprojekten sogenannte «Subunternehmerketten». Allen beteiligten Subunternehmen ist gemeinsam, dass sie zum Bauherrn in keiner vertraglichen Beziehung stehen. Er wählt die Subunternehmer nicht aus und oft kennt er diese gar nicht. Das Gleiche gilt auch für den Generalunternehmer: Er steht einzig mit dem von ihm ausgewählten Subunternehmer in einem vertraglichen Verhältnis, nicht aber mit den von seinen Subunternehmen beigezogenen weiteren Unternehmen. Es ist in erster Linie diese in der Praxis häufige Konstellation (d. h. diese Subunternehmerketten), die für den Grundeigentümer Gefahren birgt: Wenn es zwischen dem Generalunternehmer und einem Subunternehmer zu Meinungsverschiedenheiten über die Qualität der erbrachten Leistungen kommt, hat dies in der Regel zur Folge, dass der Generalunternehmer bis zur Klärung der Sachlage den Werklohn zurückhält. In diesen Fällen kommt das Bauhandwerkerpfandrecht zum Tragen. Der betreffende Unternehmer wird seine Werklohnforderung mit der Errichtung eines Bauhandwerke-

pfandrechtes auf dem Grundstück des Grundeigentümers sichern. Gleiches gilt, wenn ein Generalunternehmer oder ein anderes Glied in der Subunternehmerkette in Zahlungsschwierigkeiten gerät oder gar zahlungsunfähig ist. Der Bauhandwerker wird seine Werklohnforderungen mit einem Bauhandwerkerpfandrecht sichern. Der Bauherr kann dies nicht verhindern, auch dann nicht, wenn er seinen Zahlungspflichten gegenüber dem Generalunternehmer vertragsgemäss nachgekommen ist. Der Grundeigentümer läuft somit Gefahr, zweimal zahlen zu müssen.

c

Wie kann sich ein Grundeigentümer gegen Bauhandwerkerpfandrechte schützen?

Einen umfassenden Schutz gegen Bauhandwerkerpfandrechte gibt es nicht. Der Anspruch auf Eintragung eines Pfandrechts steht dem Bauhandwerker von Gesetzes wegen zu. Der Bauherr eines Grossprojektes kann jedoch die negativen Folgen von Bauhandwerkerpfandrechten mit einer sorgfältigen Redaktion des Generalunternehmensvertrages in Grenzen halten. Im Vordergrund stehen folgende Möglichkeiten der Vertragsgestaltung:

- Im Sinne einer vertraglichen Gewährleistung kann der Generalunternehmer verpflichtet werden, alles daran zu setzen, dass seitens der am Bauwerk beteiligten beauftragten Personen, Subunternehmer und Lieferanten keine Bauhandwerkerpfandrechte eingetragen werden.
- Für den Fall, dass es trotzdem dazu kommt, dass ein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen wird, ist der Generalunternehmer vertraglich zu verpflichten, unverzüglich für dessen Löschung im Grundbuch zu sorgen, indem er die Werklohnforderung entweder bezahlt oder eine Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB leistet. Als hinreichende Sicherheit kommt in der Regel eine Bankgarantie in Betracht.
- Der Bauherr sollte sich zusätzlich für den Fall, dass der Generalunternehmer der Pflicht zur Löschung des Bauhandwerkerpfandrechtes innert Frist nicht nachkommt, das Recht einräumen lassen, selbst die erforderliche Sicherheit zu leisten. Dies sollte mit dem Recht verbunden werden, dass der Grundeigentümer den entsprechenden Betrag bei

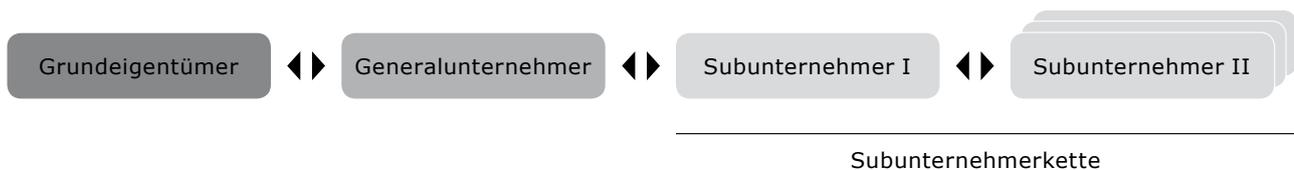
der nächsten fälligen Zahlung zurückbehalten oder im entsprechenden Umfang die vom Generalunternehmer üblicherweise zu leistenden Garantien (Ausführungsgarantien und Gewährleistungsgarantien) beanspruchen darf.

- Zudem ist der Generalunternehmer vertraglich zu verpflichten, dass er diese Pflichten allen weiteren am Werk beteiligten Beauftragten, insbesondere seinen Subunternehmern mit der Verpflichtung überbindet, dass diese ihrerseits diese Pflichten den von ihnen beigezogenen Subunternehmern auferlegen.

D

Fazit

Das Institut des Bauhandwerkerpfandrechtes ist für die Bauhandwerker ein wichtiges Mittel, ihre Werklohnforderungen zu sichern. Es schafft den Ausgleich für den Umstand, dass Bauhandwerker in der Regel in Vorleistung gehen müssen. Arbeitet ein Bauherr mit einem Generalunternehmer zusammen, gehen von Bauhandwerkerpfandrechten besondere Gefahren aus. Im schlimmsten Fall muss der Grundeigentümer Leistungen doppelt bezahlen. Bauherren können sich vor den Folgen von Bauhandwerkerpfandrechten nicht gänzlich schützen. Mit einer sorgfältigen Vertragsredaktion können sie den Schaden jedoch in Grenzen halten.





VI Die Zutaten für einen guten Geschäftsmietvertrag



Dr. Roberto Peduzzi

A

Bedeutung einer geschickten Vertragsverhandlung

Die Miete von Geschäftsräumlichkeiten ist für Eigentümer und Unternehmen von strategischer Wichtigkeit. Ein guter Vertrag minimiert das wirtschaftliche Risiko und schafft die Grundlagen für eine langfristige Planung des eigenen Geschäfts.

B

Einstieg in die Verhandlung

Bevor Parteien Vertragsverhandlungen aufnehmen, sollten sie wissen, welche Punkte sie als unverzichtbar und welche sie als verhandelbar einschätzen.

Der Vermieter sollte ausserdem über die durchsetzbaren Mietzinsen für vergleichbare Objekte informiert sein und die zu erwartenden Renovations- und Unterhaltskosten abschätzen können.

Das mietwillige Unternehmen sollte eine klare Vorstellung davon haben, wie wichtig es ihm ist, sich an einem bestimmten Standort anzusiedeln und in welchem Umfang die Mietzinskosten sowie allfällige zusätzliche Ausbauinvestitionen im Budget zu Buche schlagen dürfen.

C

Was kann verhandelt werden?

Welche Regelungsdichte ein Geschäftsmietvertrag haben muss, um die Bedürfnisse der Parteien angemessen zu decken, hängt stark vom Einzelfall ab. Mindestens zu regeln sind die Parteien, das Mietobjekt, der Anfangsmietzins und die geschäftliche Verwendung des Mietobjekts. Diese Aspekte müssen bestimmt oder nach objektiven Kriterien bestimmbar sein.

Schriftlichkeit ist keine Voraussetzung für die Gültigkeit des Vertrags. Wegen der Komplexität des Vertragsinhalts empfiehlt es sich jedoch schon aus Beweisgründen den Vertrag schriftlich abzuschliessen.

Die restlichen Vertragspunkte bilden den freiwilligen Vertragsinhalt. Treffen die Parteien keine vertragliche Regelung, gilt Gesetzesrecht. Diese Aspekte können von den Parteien frei verhandelt und geregelt werden, sofern sie nicht gegen zwingendes Recht verstossen. Als zwingend gelten systemprägende Gesetzesvorschriften und Normen mit öffentlich-rechtlicher Funktion, etwa die Mindestdauer der Kündigungsfristen, die Unverzichtbarkeit auf ausserordentliche Kündigungsgründe, die Form der Kündigung und die zivilprozessualen Vorschriften über Behörden und Verfahren. Nicht zu Lasten des Mieters abänderbar sind weitere Bestimmungen, die zum Schutz der wirtschaftlich schwächeren Partei konzipiert sind wie zum Beispiel die Unverzichtbarkeit auf den Kündigungsschutz und auf die Erstreckungsmöglichkeit des Mietverhältnisses.



Die wichtigsten Verhandlungspunkte

1 Mietobjekt

Das Mietobjekt muss korrekt und vollständig – am besten durch die Beifügung eines Situationsplanes – definiert werden.

Aus dem Vertrag muss – wie erwähnt – zwingend hervorgehen, dass das Mietobjekt als Geschäftsraum verwendet wird. Dies zieht die Anwendbarkeit gesonderter Regeln betreffend Kündigungsfrist, unbegrenzte Sicherungsmöglichkeit, Bestehen des Retentionsrechts, längerer Erstreckungsdauer, Übertragbarkeit des Vertrages, Schiedsfähigkeit sowie fehlender Formularpflicht für die Anzeige des Anfangsmietzinses nach sich.

In gewissen Situationen hat der Vermieter ein Interesse daran, dem Mieter eine Gebrauchspflicht aufzuerlegen (Beispiel Shopping Center). Die Durchsetzung der Gebrauchspflicht kann allerdings schwierig sein. Damit die Klausel nicht zum Papier-tiger wird, muss die Gebrauchspflicht sachlich und zeitlich genau definiert und im Verletzungsfall mit einer Vertragsstrafe bedroht werden.

2 Mietzins

Der Mietzins ist der Verhandlungspunkt par excellence. Innerhalb der Grenzen des Verbots missbräuchlicher Mietzinse sind die Parteien in der Festlegung der Höhe frei. Als Faustregel gilt, dass der Anfangsmietzins eines neuen Mietvertrags den Mietzins des alten Mietvertrags nicht um mehr als 10% übersteigen darf.

Das Gesetz sieht drei Mietzinsmodelle vor: die Kostenmiete, die Indexmiete und die Staffelmiete. Die Kostenmiete knüpft an die Entwicklung des Referenzzinssatzes und andere konjunkturelle und liegenschaftsbezogenen Faktoren an. Die Indexmiete ist ausschliesslich an die Entwicklung des Landesindex der Konsumentenpreise gekoppelt. Bei der Staffelmiete vereinbaren die Parteien, dass der Anfangsmietzins sich periodisch um einen bestimmten Betrag erhöht.

Die Parteien müssen das auf das Vertragsverhältnis anzuwendende Mietzinsmodell bestimmen und konsequent umsetzen. Eine Vermischung der Miet-

zinsmodelle ist unzulässig und führt zur Ungültigkeit der vertraglichen Regelung. Die Bindung an ein Mietzinsmodell schliesst jedoch nicht aus, dass die Parteien eine Umsatzklausel anfügen, gemäss welcher der Mieter – neben dem Mietzins – einen bestimmten Prozentsatz des im Mietobjekt erzielten Umsatzes an den Vermieter zu entrichten hat.

Bei Festlegung der passenden Mietzinsstruktur ist zunächst der zeitliche Horizont der geplanten vertraglichen Zusammenarbeit entscheidend. Ein auf dem Modell der Kostenmiete beruhender Mietvertrag kann befristet oder unbefristet sein. Die Vereinbarung einer Indexmiete ist hingegen nur zulässig, wenn der Mietvertrag für mindestens fünf Jahre abgeschlossen wird. Der Vermieter darf in den ersten fünf Vertragsjahren über kein ordentliches Kündigungsrecht verfügen. Ein Staffelmietvertrag muss eine Mindestdauer von drei Jahren haben.

Die Indexierung ist das bei Geschäftsmietverträgen am meisten verbreitete Mietzinsmodell.

Eine Staffelung des Mietzinses ist dort angebracht, wo neben der Mietzinshöhe weitere wirtschaftliche Faktoren, etwa die Übernahme von gewissen vertraglichen Nebenpflichten durch den Mieter, eine wichtige Rolle spielen. In solchen Fällen dürfte der Anfangsmietzins eher unter dem Niveau des auf dem Markt erzielbaren Preises liegen.

3 Vertragsdauer

Die Vertragsdauer ist das zweite prägende Element eines Geschäftsmietvertrags.

Bei der Entscheidung, ob das Mietverhältnis befristet oder unbefristet sein soll, ist zu berücksichtigen, dass befristete Mietverträge ohne Kündigung mit Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer enden. Eine ordentliche Kündigung während der befristeten Vertragsdauer ist nur zulässig, wenn sich die Parteien dieses Recht vorbehalten. Unbefristete Mietverträge können demgegenüber unter Einhaltung der Kündigungsfrist aufgelöst werden. Die Kündigungsfrist bei Geschäftsmietverträgen beträgt zwingend mindestens sechs Monate.

Die Parteien haben in der Regel ein gleichgerichtetes Interesse daran, ein langfristiges Mietverhältnis einzugehen. Die garantierte Mindestvertragsdauer ermöglicht es dem Mieter, die Investitionen für den Innenausbau zu amortisieren. Auf der anderen Seite schränkt die ordentliche Unkündbarkeit die Freiheit des Vermieters nicht übermässig ein, weil nachträgliche Mietzinsanpassungen mög-

lich bleiben und ohne massgebliche Prozessrisiken durchgesetzt werden können. Auch aus diesem Grund wird regelmässig auf das Mietzinsmodell der Indexierung, das eine Mindestdauer von fünf Jahren vorschreibt, abgestellt.

Zur Absicherung der Langfristigkeit des Mietverhältnisses werden oft Verlängerungsklauseln (Optionen) vereinbart. Die Vertragsverlängerung über die befristete Vertragsdauer hinaus kann dabei entweder ein einseitiges Recht des Mieters oder eine blosser Absichtserklärung sein. Bei der Vertragsredaktion sollte Wert darauf gelegt werden, dass klar zum Ausdruck kommt, was von beidem von den Parteien gewollt ist.

4 Weitere Vertragskosten: Nebenkosten und Unterhaltskosten

Falls der Mieter die Nebenkosten neben dem Nettomietzins tragen soll, was die Regel ist, müssen die Parteien die Überbindung der Nebenkosten ausdrücklich vereinbaren. Dabei genügt eine Grundsatzbestimmung oder ein genereller Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht. Im Interesse der Transparenz empfiehlt es sich, die einzelnen Nebenkosten im Mietvertrag aufzulisten.

Der Unterhalt der Liegenschaft, mit Ausnahme des sogenannten kleinen Unterhalts, stellt nach schweizerischem Rechtsverständnis eine Pflicht des Vermieters dar. Grundsätzlich besteht wenig Gestaltungsspielraum für die vertragliche Auferlegung auf den Mieter. Sind sich beide Parteien aber diesbezüglich einig und liegt ein berechtigtes Bedürfnis vor, bedarf die Überbindung einer transparenten und wirtschaftlich – auch aus Sicht des Mieters – nachvollziehbaren Begründung, die belegt, dass die Pflichtenverschiebung nicht zum Nachteil des Mieters ist. Nur so sind derartige Regeln durchsetzbar.

5 Bauliche Veränderungen durch den Mieter

Erneuerungen und bauliche Veränderungen am Mietobjekt, die vom Mieter vorgenommen werden, bedürfen der schriftlichen Zustimmung des Vermieters. Der Vermieter kann dabei die Einhaltung bestimmter Baustandards verlangen.

Der Vermieter kann die Wiederherstellung des Zustandes (Rückbau), der im Zeitpunkt der Übergabe der Mietsache bestand, nur verlangen, wenn dies schriftlich vereinbart worden ist.

Falls der Mieterausbau bei Beendigung des Mietverhältnisses nicht rückgängig gemacht wird, stellt sich die Frage, ob der Vermieter dem Mieter den Wert des Mieterausbaus abgelten muss. Das Gesetz stellt die Vermutung auf, dass der Vermieter für die überlassenen Ausbauten eine Entschädigung zu bezahlen hat, wenn die Mietsache dadurch einen erheblichen Mehrwert aufweist. Zu entschädigen ist der objektive Mehrwert, der – je nach Fall – entweder dem Restwert bis zur Abschreibung der Mieterinvestitionen oder der Erhöhung des Ertragswertes entspricht.

Die gesetzliche Regelung über die Rückbaupflicht und die Mehrwertentschädigung ist dispositiv. Sofern das Formerfordernis der Schriftlichkeit eingehalten wird, steht es den Parteien frei, abweichende Vereinbarungen abzuschliessen. Von der Pflicht zum Rückbau bis zum Recht auf Beibehalten des Mieterausbaus sind alle Varianten zulässig. Im Zusammenhang mit den überlassenen wertvermehrenden Investitionen kann der Mieter auf eine Entschädigung auch vollumfänglich verzichten, etwa wenn diese für den Vermieter zu keinem höheren Ertrag führen.

6 Sicherheiten

Die Möglichkeiten, die Erfüllung von mietrechtlichen Forderungen zu sichern, sind vielfältig. Das übliche Sicherungsinstrument ist das Mietzinsdepot (Kautions). Dieses ist ein Sparkonto oder ein Depot, das auf den Namen des Mieters lautet, aber nur mit Zustimmung beider Parteien oder gestützt auf einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl oder ein Gerichtsurteil herausgegeben werden kann. Die Sicherheit kann weiter durch Dritte, etwa eine Bank oder eine Versicherung, geleistet werden. In diesem Fall besteht die Sicherheit in einer Bürgschaft oder einer Bankgarantie.

Jede Sicherheit muss ausdrücklich vereinbart werden. Von Gesetzes wegen besteht – mit Ausnahme des Retentionsrechts – keine Sicherheit zum Schutz der Forderungen des Vermieters. Es liegt an ihm, die Leistung einer Sicherheit und deren Inhalt in den Vertragsverhandlungen aufzuwerfen und durchzusetzen.

Im Bereich der Geschäftsraummietsache ist eine Sicherheit in der Höhe von sechs Bruttomietzinsen üblich und sowohl bei Bürgschaften und Bankgarantien als auch bei Mietzinsdepots zulässig. Die gesetzliche Beschränkung auf drei Monatsmietzinsen gilt nur bei der Mietsache von Wohnräumlichkeiten.

E

Die Rohbaumiete

Die Rohbaumiete ist eine besondere Form von Miete, die – obwohl nicht gesetzlich geregelt – immer häufiger vorkommt und sich namentlich bei der Vermietung von Ladenflächen, Büros und Produktionsliegenschaften als Standard etabliert hat.

Charakteristisch für die Rohbaumiete ist, dass der Mieter ein Objekt übernimmt, das sich im Rohbauzustand befindet und ausgebaut werden muss, bevor es für die vorgesehene Endnutzung verwendet werden kann.

Die Vermietung im Rohbauzustand erfordert einige vertragliche Sonderregelungen. Das Mietobjekt, der gebrauchstaugliche Zustand und der Verwendungszweck müssen so definiert werden, dass der Zweck im Ausbau der Mietsache für den Endgebrauch besteht. Damit die Rohbaukosten, die Ausbaukosten und die Unterhaltskosten getrennt und zwischen den Parteien aufgeteilt werden können, müssen weiter der übergebene Rohbauzustand und der Mieterausbau klar auseinander gehalten werden. Regelungsbedürftig sind dabei insbesondere auch die Baustandards der mieterseitigen Veränderungen am Mietobjekt.

Der Vertrag muss schliesslich eine Verbindung zwischen der garantierten Vertragsdauer und den Investitionskosten des Mieters enthalten. Sinnvollerweise sollten die Mieterausbaukosten im Laufe der Vertragsdauer amortisiert werden können.

F

Schlussbemerkungen

Es kommt vor, dass Vermieter und Mieter zu vorformulierten Vertragsvorlagen greifen, um ein Mietverhältnis zu regeln. Dabei vertrauen sie darauf, dass die Vorlagen inhaltlich ausgewogen sind und ihre Regelungsbedürfnisse vollständig abdecken. Das dürfte gerade bei komplexen Verhältnissen selten der Fall sein. Damit ein Mietvertrag im Idealfall wirtschaftliche Vorteile und Rechtssicherheit vereint, lohnt sich eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Vertragstext, der Beizug eines erfahrenen Profis kann sich dabei durchaus als gute Investition erweisen.



VII Immobilien als «Produktionsmittel» von KMU-Betrieben und die sich daraus ergebende Verantwortung des Verwaltungsrates



Dr. Michael H.P. Pfeifer, M.B.L.-HSG

A

Einleitung

Wenn vorliegend primär vom Verwaltungsrat (VR) die Rede ist, signalisiert das für diesen Beitrag die Fokussierung auf Aktiengesellschaften und ihr Exekutivorgan. Bei grösseren Gesellschaften werden Exekutivaufgaben, wie die der Bewirtschaftung von Immobilien, teilweise an die Immobilienentwickler, Geschäftsführung oder an Externe, ausgelagert – dies im Sinne einer Delegation von Art. 716b des Schweizer Obligationenrechts (OR).

B

Einige wenige rechtliche Grundlagen

Gemäss Art. 716a, Abs. 1, Ziff. 1 OR ist der VR zur Oberleitung «seiner» Aktiengesellschaft verpflichtet. Eine Aktiengesellschaft ist herkömmlicherweise und in der Regel eine auf Gewinnerzielung ausgerichtete Unternehmung. Man sagt auch, die Aktiengesellschaft ist gewinnstrebend. In der Art, wie der VR einen Gewinn erzielt, steht ihm ein grosser Ermessensspielraum zu. Dass er einen Gewinn erzielen soll, ist hingegen sehr klar. Zum Zwecke der Gewinnerzielung bedient sich der VR der ihm zur Verfügung stehenden Produktionsfaktoren und damit des Einsatzes verfügbaren Kapitals sowie der vorhandenen Arbeitskraft. Wie unschwer zu erkennen ist, stellen vorhandene Grundstücke Produktionsfaktoren dar, seien es Grundstücke, auf denen produziert wird, oder Grundstücke, in denen Dienstleistungen erbracht werden, allenfalls auch sogenannte «Reservegrundstücke», die derzeit (noch) nicht betriebsnotwendig sind.

C

Einige wenige betriebswirtschaftliche Grundlagen

Die Ausführungen werden in Bemerkungen zu betriebsnotwendigen Grundstücken und nichtbetriebsnotwendigen Grundstücken unterteilt.

- 1 Betriebsnotwendige Grundstücke müssen unterhalten, bewirtschaftet und je nach Bedarf ergänzt werden. Unter dem Aspekt der Oberleitung muss der VR einen Unterhalts- und Investitionsplan (mit Zukauf von Ergänzungs- und Ersatzgrundstücken sowie Festlegung von Devestitionen) erarbeiten. Der Investitionsplan für betriebsnotwendige Grundstücke ist eng mit der Unternehmensstrategie und den Firmenplänen (einschliesslich Liquiditätsplänen) verknüpft. Mit Blick auf die Oberleitung und Verantwortung aus betriebsnotwendigen Grundstücken gilt hinsichtlich der darauf gerichteten Tätigkeit beziehungsweise Untätigkeit des VRs die Business Judgement Rule. Die Business Judgement Rule, die vom Bundesgericht vertreten wird, besagt vereinfacht ausgedrückt, dass ein zu Verlust führender Entscheid des VR dann keine Haftungsfolgen hat, wenn er durchdacht und diskutiert wurde und dokumentiert werden kann.
- 2 Nichtbetriebsnotwendige Grundstücke stellen aus betrieblicher Sicht wie Waren- und Materiallager Bindung von Liquidität dar, die allenfalls andernorts im Unternehmen dringend erforderlich wäre. Die nichtbetriebsnotwendigen Grundstücke tragen nichts zur Produktivität bei, sie belasten jedoch unter



Umständen die Ertragsrechnung mit ihrem Unterhaltsaufwand. Sie erfordern die Aufmerksamkeit des VR gleichermassen wie Warenlager, Warenumsatz, Kapitalbindung und ähnliches. Damit sind selbstverständlich auch die gleichen Haftungsrisiken mit ihnen verbunden. Dies gilt insbesondere, wenn es um Entscheidungen (oder Passivität) des VRs geht. Entscheide des VRs hinsichtlich nicht betriebsnotwendiger Immobilien sind infolge der verborgenen Natur dieser Werte (Erfassung in der Bilanz zu historischen Werten) besonders sensitiv.

D

Ein wenig Unternehmenspraxis

In den meisten Unternehmen ist sich jemand (der dynamische CEO oder CFO, der sich der Geschichte des Unternehmens bewusste «Gründervater» oder ein unbequemer Jungaktionär) der Existenz von verschiedenen Kategorien von Immobilien bewusst, und die Thematik wird früher oder später in den VR eingebracht. Dieser hat nun, in der Annahme, er stelle sich dem erkannten Problem, verschiedene Optionen:

Das Thema einer optimalen Bewirtschaftung von betriebsnotwendigen Grundstücken wird vorliegend einer späteren Behandlung offengelassen, da die Hauptaufgabe ihrer Erkennung und Qualifikation als Produktionsmittel mit der Bezeichnung als betriebsnotwendige Grundstücke bereits erledigt ist. Thema soll hier die Behandlung und rechtliche Situation von nichtbetriebsnotwendigen Grundstücken und ihren Trägerschaften im Unternehmen sein. Es soll dargelegt werden, welche Optionen einem VR zur Verfügung stehen, der sich für die Bewirtschaftung/Rentabilisierung eines bisher als «nichtbetriebsnotwendig» erachteten Grundstücks entscheidet. Es wird versucht aufzuzeigen, welche Möglichkeiten einem VR offen stehen, wenn er ein bisher nicht betriebsnotwendiges Grundstück in ein Projekt einbezieht, um es zu rentabilisieren und damit betriebsnotwendig zu machen.

1 Verkauf

Um mit dem Einfachen zu beginnen: Der VR kann die nichtbetriebsnotwendigen Grundstücke verkaufen. Den erzielten Kaufpreis kann der VR in Aktivitäten des angestammten Betriebs investie-

ren oder ihn als für den angestammten Betrieb nicht notwendiges Kapital als Sonderdividende an die Aktionäre ausschütten.

Steuerlich fallen bei einem Verkauf Transaktionskosten und – soweit in einem Kanton anwendbar – Handänderungssteuern an. Im Falle eines Gewinns kommen Grundstücksgewinn- und/oder Ertragssteuern dazu. Grundsätzlich wird durch eine Veräusserung die Situation der nichtbetriebsnotwendigen Immobilien im Unternehmen bereinigt und für die Zukunft hinsichtlich dieses Aktivums Klarheit geschaffen. Für den VR wird mit dem Verkauf klar, was er an Wert/Substanz aus dem Unternehmen weggegeben und was er sich dafür eingehandelt hat. Auch für ihn persönlich dient diese Desinvestition der Klarstellung und wirkt sich insofern haftungsmindernd aus (immer vorausgesetzt, die Verkaufsverhandlungen seien professionell und den Unternehmensinteressen Rechnung tragend geführt worden).

2 Entwicklung der Grundstücke

Anstelle eines Verkaufs kann der VR sich auch entscheiden, die nicht betriebsnotwendigen Grundstücke selbst zu nutzen, zu entwickeln und zu bewirtschaften. Diesfalls sind die notwendigen Aufträge an Spezialisten zu erteilen (insofern also eine Delegation der Geschäftsführung im Sinne von Art. 716b OR vorzunehmen) oder im VR selbst die dafür notwendigen Kompetenzen bereit zu stellen. Was die Trägerschaft für ein derartiges Projekt angeht, so ist das Projekt entweder in ein bereits im Unternehmen vorhandenes Gefäss einzubringen oder dafür ein neues Gefäss zu schaffen, indem etwa die nichtbetriebsnotwendigen Liegenschaften in eine eigene Aktiengesellschaft abgespalten respektive ausgelagert werden. Dies wird regelmässig zu einer gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung führen. Umstrukturierungen erfordern rechtliche (oft mit notariellen Akten versehene) Handlungen, die einerseits mit gewissen Transaktionskosten verbunden sind und andererseits erheblichen steuerlichen Aufwand verursachen können. Von der Grundidee her, müssten derartige Umstrukturierungen eigentlich steuerlich privilegiert sein, d. h. von an der neuen Struktur ansetzenden Steuern befreit werden, dies aus dem Grund der Anerkennung und Förderung der Schaffung betrieblich sinnvoller und effizienter Strukturen. Sofern die Immobilien allerdings nicht dem steuerlich vorgegebenen Betriebsbegriff genügen, ist dies nicht der Fall.

Bei Umstrukturierungen sollten daher infolge der Komplexität der Materien (Gesellschaftsrecht,

Steuerrecht, Rechnungslegungsrecht und Compliance etc.) Berater, sprich Spezialisten, dieser verschiedenen Rechtsgebiete rechtzeitig, und das heisst möglichst frühzeitig, beigezogen werden. Diese Berater haben dafür zu sorgen, dass der VR um die Voraussetzungen einer allfälligen Steuerneutralität weiss und sie berücksichtigt (etwa Beibehaltung von bisherigen Bilanzwerten, Betriebserfordernis, etc. – um die wichtigsten zu nennen). Auch mit einer Umstrukturierung im Zuge der Rentabilisierung von nichtbetriebsnotwendigen Grundstücken wird der VR seiner Aufgabe der Gewinnerzielung und Substanzerhaltung und Mehrung gerecht, er verpasst (verschläft) keine Chance und vermeidet insofern Risiken, als diese durchaus auch in der Untätigkeit und im Nichterkennen von Potenzial liegen können.

3 Überführung in eine Immobiliengesellschaft

Eine besonders gelungene Form der Nutzung von bisher nicht genutzten nichtbetriebsnotwendigen Grundstücken ist, aus der Sicht der Aktionäre, die Abspaltung von nichtbetriebsnotwendigen Grundstücken in eine eigene Immobiliengesellschaft. Das nichtbetriebsnotwendige Grundstück wird durch Auslagerung und Einbringung in eine neue Aktiengesellschaft, von der jedem Aktionär der bisherigen Betriebsgesellschaft anteilmässig Aktien abgegeben werden, in eine Parallelgesellschaft abgespalten. Im – eher seltenen – Idealfall fallen neben Transaktionskosten keine Steuern an, weil ja insgesamt alles wertmässig beim Alten bleibt und auch die Beteiligungsrechte erhalten bleiben. Betriebswirtschaftlich kann diese Ausgestaltung dadurch Sinn machen, dass so in Zukunft ein Ausgleich zwischen Risiken und Chancen der bisherigen betrieblichen und der neuen auf die Rentabilisierung der nichtbetriebsnotwendigen Grundstücke gerichteten Tätigkeit, möglich wird.

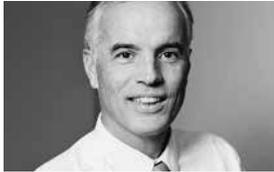
E

Fazit

Abschliessend lässt sich sagen, dass durch die Einstufung von bisher nichtbetriebsnotwendigen Grundstücken als neue Produktionsfaktoren und ihre entsprechende Behandlung zwar notwendigerweise ein gewisser Aufwand entsteht, der aber – inklusive der mit der Rentabilisierung der nichtbetriebsnotwendigen Grundstücke verbundenen Steuern und Investitionskosten – angesichts der potentiellen Erträge, hinnehmbar erscheint. Dies

umso mehr als neben der kostenintensiveren Eigenentwicklung von bisher nichtbetriebsnotwendigen Grundstücken ja für kapitalschwächere Unternehmen auch die Möglichkeit des Verkaufs offen steht. Der VR entledigt sich mit dem Befreiungsschlag eines Verkaufs oder eines Einbringens von nichtbetriebsnotwendigen Grundstücken in ein Abspaltungsprojekt eines potentiellen Haftungsrisikos.

VIII Gutachten statt Prozessführung?



lic.iur. Felix C. Meier-Dieterle

A

Stadionstreit Letzigrund

Neue Zürcher Zeitung vom 11. Juni 2014: *Stadionstreit bleibt ungelöst.*

Das Stadion Letzigrund wurde bekanntlich kurz vor den Fussball Europameisterschaften im Sommer 2008 in Betrieb genommen. Heute steht die Stadt Zürich aber immer noch im Prozess mit der Totalunternehmung bezüglich Abrechnung über den Neubau. Es geht um einen Honoraranspruch von ca. CHF 23 Mio. für behauptete Planänderungen der Stadt Zürich sowie um weitere ca. CHF 12 Mio. für angeblich zu Unrecht zurückbehaltene Gelder für geltend gemachte Garantieleistungen.

Dem Zeitungsartikel lässt sich weiter entnehmen, dass die Klageantwort der Stadt Zürich, die dem Bezirksgericht Zürich eingereicht wurde, «tausende Seiten» umfassen soll. Faktisch dürfte es sich um mehr als tausend Seiten handeln, die Beilagen nicht eingerechnet.

Die Frage, ob derartige rechtliche Auseinandersetzungen über Bauprojekte innert vernünftiger Frist abgeschlossen werden können, ist damit obsolet. Das Beispiel zeigt, dass dies im vorliegenden Fall nicht möglich sein wird. Mit einem Urteil ist in diesem Jahr kaum mehr zu rechnen.⁷ Ein Urteil des Bezirksgerichtes kann aber in jedem Fall dem Obergericht und nachher dem Bundesgericht unterbreitet werden. Es dauert daher mit grosser Wahrscheinlichkeit noch einige Jahre, bis der Streit definitiv entschieden sein wird. Der Prozessausgang dürfte unklar sein. Gewaltige Kosten werden bis dann auflaufen, interne Prozessbetreuungskosten,

externe Kosten von Anwälten, Gutachtern und Gerichten.

Derartige Probleme könnten durch verschiedene Vorkehrungen vermieden werden. Strittig ist im genannten Fall offenbar unter anderem, ob mehr als tausend behauptete Planänderungen durch die Stadt Zürich effektiv neue entschädigungspflichtige Aufträge über den ursprünglichen Auftrag hinaus waren, oder ob sie im Pauschalhonorar enthalten waren. Während der Bauzeit wurde – vielleicht wegen dem Druck der EURO 2008 – nicht klar angesprochen, ob Änderungen entschädigungspflichtig waren oder nicht. Dies rächt sich nun bitter. Nachfolgend sollen Möglichkeiten beleuchtet werden, wie Streitigkeiten auch im Nachhinein vernünftig behoben werden können – insbesondere in Bezug auf Mängel und auf Streitigkeiten um Garantiarbeiten.

B

Mängelbehebung im Bauwesen

Bautätigkeiten und Mängelbehebungen gehören zusammen. Wo gearbeitet wird, passieren Fehler. Dies ist überall der Fall. Speziell im Bauwesen ist allerdings, dass die Mängelbehebung «vorgeplant» ist.

Die Norm SIA 118 «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten» des schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins ist die wichtigste Werkvertragsgrundlage der Schweizer Bauwirtschaft. Sie enthält 189 Artikel, im Gegensatz zur Regelung des Werkvertrages im Obligationenrecht in lediglich

⁷ Nach Redaktionsschluss wurde bekannt, dass das Bezirksgericht Zürich im Oktober 2015 zu Gunsten der Stadt Zürich entschieden hat.

17 Artikeln. In Art. 157–182 SIA 118 werden die Abnahme des Werkes und die Haftung für Mängel detailliert geregelt. Diese Regelung ist sehr zu begrüssen. Die zweijährige «Garantiefrist» und die regelmässig durchgeführten Abnahmen des Werkes vor Ablauf dieser Frist sind Begriffe und Szenarien, die jedermann im Bauwesen bekannt sind und – meistens – respektiert werden. Die Akzeptanz der Norm SIA 118 ist hoch.

Interessant ist auch, dass im SIA Mustervertrag für Architekturleistungen die jeweiligen Ansprüche der Architekten für die einzelnen Phasen geregelt sind. Der Mustervertrag sieht vor, dass für die Leitung der Garantiearbeiten ein bereits im Voraus ausgeschiedener Honoraranteil bezahlt werden muss, der aber erst nach Durchführung der Garantiearbeiten fällig wird. Eine solche Konstellation ist einzigartig. In welcher Branche geht man vor Projektbeginn davon aus, dass (mit grosser Wahrscheinlichkeit) Mängel auftreten werden, diese behoben werden müssen und das Honorar für diese Arbeiten bereits im Voraus festgesetzt wird? Das «Mängelbewusstsein» ist im Schweizer Bauwesen offensichtlich sehr hoch.

C

Parteigutachten

Jede Partei kann jederzeit für jeden Aspekt einer Baute ein Gutachten einholen. Die Partei ist Auftraggeberin, sie instruiert und bezahlt den Gutachter. Derartige *Parteigutachten* mögen in Verhandlungen wichtig und nützlich sein, insbesondere wenn anerkannte Experten die Gutachten verfassen. Kann eine Auseinandersetzung aber nicht einvernehmlich gelöst und muss stattdessen der Gerichtsweg eingeschlagen werden, sind sie nutzlos. Aussagen und Schlussfolgerungen von Privatgutachtern werden in einem Zivilprozess wie unbewiesene eigene Parteibehauptungen behandelt.

D

Schiedsgutachten

Bestellen beide bzw. alle Parteien gemeinsam ein *Schiedsgutachten* und machen sie dies in der richtigen Form, kann das Gutachten rechtlich verbindliche Wirkungen entfalten. In Artikel 189 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ist geregelt, dass Parteien über streitige Tatsachen, z. B. über die Ursache eines Wassereintrittes oder einer Rissbildung, ein Schiedsgutachten einholen kön-

nen. Ein solches Schiedsgutachten für ein Bauwerk, das schriftlich mit gemeinsamer Instruktion des Gutachters bestellt werden muss, bindet ein (später zuständiges) Gericht hinsichtlich der darin festgestellten Tatsachen, sofern der Experte neutral und das Gutachten nicht offensichtlich unrichtig ist. Die Parteien haben Gelegenheit, auf die Fragestellung Einfluss zu nehmen, zusammen mit dem Experten das Bauwerk zu besichtigen und allenfalls Präzisierungen in der Begründung zu verlangen.

Das Ziel der Einholung eines Schiedsgutachtens, eine gestützt darauf ergehende Mängelbehebung durch den fehlbaren Unternehmer, kann sehr oft tatsächlich erreicht werden, weil wie gezeigt das «Mängelbewusstsein» im Schweizer Bauwesen sehr hoch, dafür aber die Mängelakzeptanz auch sehr ausgeprägt ist. Haben Parteien einmal einen Schiedsgutachtensauftrag schriftlich erteilt, ist ihre Bereitschaft, das Schiedsgutachten zu akzeptieren und entsprechend zu handeln, hoch. Sehr oft lohnt es sich für alle Parteien, die Mängelbehebung nach dem Schiedsgutachten sofort vorzunehmen. Damit lassen sich zumindest weitere Kosten für Rechtsvertretung und Gericht vermeiden.

Mit einem Schiedsgutachten soll ein Gerichtsverfahren vermieden werden. Dies ist aber nicht immer möglich. Ist zum Beispiel neben der Ursache eines Mangels strittig, ob rechtzeitig gerügt wurde oder ob Folgekosten zu bezahlen sind, muss für den Entscheid darüber trotzdem noch ein ordentlicher Zivilprozess eingeleitet werden. In diesem stehen die vom Experten beurteilten Tatsachen fest, nur die restlichen Fragen werden vom Gericht entschieden (Rechtzeitigkeit der Rüge, Schadenshöhe etc.).

Ein Schiedsgutachten kann jederzeit bestellt werden. Üblicherweise wird ein solches erst zum Thema, wenn Mängel vorhanden sind. Es ist aber auch möglich, bereits vor Erstellung des Bauwerkes im Rahmen des Abschlusses des Werkvertrages zu vereinbaren, dass allfällige Streitigkeiten über Mängel einem Schiedsgutachter vorgelegt werden.

E

Vorsorgliche Beweisführung

Die Abnahme der Beweise, wie zum Beispiel Gutachten, erfolgt in einem ordentlichen Prozess in der Regel im Beweisverfahren nach Einreichung der Rechtsschriften. Es kann Monate beziehungsweise

Jahre dauern, bis in umfangreichen Prozessen Gutachten bestellt werden. Dies lässt sich mit einem beförderlichen Baufortschritt nicht vereinbaren. Bauherren sind meistens gezwungen, Mängel umgehend zu beheben, um weiter bauen zu können. In diesen Fällen nützt es nichts mehr, wenn Jahre später Gutachten angeordnet würden.

Einigen sich die Parteien nicht auf die private Bestellung eines Schiedsgutachtens, kann eine Partei dasselbe Resultat herbeiführen, indem sie beim Gericht einen Antrag auf *vorsorgliche Beweisführung* stellt. Art. 158 ZPO sieht vor, dass unter anderem dann, wenn eine Gefährdung des Beweismittels vorliegt (weil eben weitergebaut werden muss), ein Anspruch darauf besteht, dass das Gericht eine Expertise anordnet. Das Resultat eines Schiedsgutachtens und eines gerichtlich bestellten Gutachtens im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung ist am Schluss dasselbe, der Gutachter beurteilt abschliessend einen (einzelnen) Sachverhalt.

Das Verfahren der vorsorglichen Beweissicherung ist allerdings komplizierter. Das Gericht behandelt den Antrag wie einen normalen Zivilprozess, d. h. die Parteien haben grundsätzlich das Recht, sich zum Streitthema und zur Person des Gutachters zu äussern, es fallen Gerichtskosten und Parteikosten an, über deren endgültige Verteilung letztlich in einem ordentlichen Prozess entschieden wird. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sehr oft mehr als zwei Parteien involviert sind. Mit Sicherheit dauert ein Verfahren auf vorsorgliche Beweisführung länger und ist teurer als ein Schiedsgutachten.

F

Fazit

Gutachten bringen Mängel nicht zum Verschwinden und können «schwarze Schafe» im Bauwesen nicht aus dem Verkehr ziehen. Sie können auch fehlende klare vertragliche Absprachen vor und während dem Bau nicht ersetzen. Dank der hohen Akzeptanz der vertraglichen Regelungen bei Mängeln unter anderem in der Norm SIA 118 bestehen aber gute Chancen, Streitigkeiten über Mängel einvernehmlich einem Gutachter zum Entscheid vorzulegen, damit eine «freiwillige» Mängelbehebung zu erwirken, und so einen teuren, langjährigen und nervenaufreibenden Prozess zu vermeiden.



IX Verkauf einer Immobiliengesellschaft – auch ein Steuerthema



Melanie Knüsel, M.A. HSG in Law, dipl. Steuerexpertin

A

Grundsteuern beim Verkauf von Wertschriften?

Die Veräusserung von Anteilen an einer Immobiliengesellschaft unterscheidet sich zivilrechtlich nicht vom Verkauf einer gewöhnlichen Kapitalgesellschaft. Anders sieht dies aus Sicht der Steuern aus: Wird eine Mehrheit an einer so genannten Immobiliengesellschaft veräussert, löst dies beim Verkäufer verschiedene Steuern aus.

Nachfolgend wird zunächst der Begriff der Immobiliengesellschaft umschrieben und anschliessend auf die einzelnen Steuerfolgen beim Verkauf einer Mehrheitsbeteiligung eingegangen. Dabei wird sowohl die Situation des Aktionärs als auch die der Gesellschaft beleuchtet. Zum Schluss werden noch mehrwertsteuerliche Aspekte aufgegriffen, die es bei der Übernahme einer Immobiliengesellschaft zu beachten gilt.

B

Begriff der Immobiliengesellschaft

Unter einer Immobiliengesellschaft ist eine Unternehmung zu verstehen, deren Zweck ausschliesslich oder vorwiegend im Erwerb, der Überbauung, dem Verwalten und Veräussern von Grundstücken besteht. Massgebend sind jedoch nicht nur der statutarische Zweck und die Jahresrechnung einer Gesellschaft. Die Steuerbehörden berücksichtigen jeweils auch die tatsächliche Geschäftstätigkeit.

Damit kann in der Praxis auch ein Treuhandunternehmen als Immobiliengesellschaft qualifizieren.

Sofern es sich um eine echte Betriebsgesellschaft handelt, besteht kein Risiko, dass die Steuerbehörden von einer Immobiliengesellschaft ausgehen, selbst wenn diese über Immobilien in erheblichem Umfang verfügt. Ein Beispiel dafür ist ein Unternehmen, das in einem eigenen Gebäude ein Hotel führt. In diesen Fällen geht es dem erwerbenden Aktionär nicht darum, die wirtschaftliche Verfügungsgewalt über von der Gesellschaft gehaltene Grundstücke zu erlangen, sondern er möchte das gesamte Unternehmen und den von diesem geführten Betrieb übernehmen. Zur Beurteilung, ob eine Immobiliengesellschaft vorliegt, wird auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Beteiligungsverkaufs abgestellt.

C

Situation des Inhabers

1 Begründung der Steuerfolgen

Überträgt ein Anteilsinhaber eine Mehrheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft, liegt eine sogenannte wirtschaftliche Handänderung vor, denn die Steuerverwaltung stellt sich auf den Standpunkt, dass es zwar zu keiner zivilrechtlichen Übertragung einer Liegenschaft gekommen ist, dass die Übertragung der Anteile aber zum gleichen Ergebnis, nämlich zur Übertragung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über das Grundstück, geführt hat. Sie behandelt den Übergang der Aktien damit steuerlich gleich, wie die effektive Übertragung der durch die Gesellschaft gehaltenen Liegenschaften durch den Aktionär. Konsequenterweise löst der Vorgang dieselben Steuerfolgen aus, wie wenn der Aktionär die Liegenschaften direkt



verkauft hätte. Ob der erzielte Grundstücksgewinn mit der Grundstücksgewinnsteuer oder der Einkommens- bzw. Gewinnsteuer erfasst wird, hängt davon ab, ob die Liegenschaft in einem Kanton liegt, die das sog. monistische oder das dualistische System (vgl. zu den Begrifflichkeiten Ziff. 3) kennt. Ebenfalls nach kantonalem Recht beurteilt sich die Frage, ob eine Handänderungssteuer anfällt.

2 Begriff der Mehrheitsbeteiligung

Nur die Veräusserung einer Mehrheitsbeteiligung führt zu Steuerfolgen. Von einer Mehrheitsbeteiligung spricht man, wenn mehr als 50% an den Stimmrechten der Gesellschaft veräussert werden. Auf die Beteiligung am nominellen Kapital kommt es nicht an.

Nach der Praxis der kantonalen Steuerverwaltungen wird auch der gestaffelte Verkauf von mehreren Minderheitsbeteiligungen durch denselben Verkäufer unter den Tatbestand der wirtschaftlichen Handänderung subsumiert, sofern dieser innert eines gewissen Zeitraums (in der Regel 5 Jahre) mehrere Minderheitsbeteiligungen, die zusammen mehr als 50% ausmachen, veräussert. Ebenfalls von einer wirtschaftlichen Handänderung wird ausgegangen, wenn mehrere Minderheitsbeteiligte, die zusammen die Mehrheit der Stimmrechte innehaben, gemeinsam an denselben Erwerber bzw. an mehrere zusammenwirkende Käufer übertragen. Mit diesen Regeln will man Umgehungsgeschäfte vermeiden.

3 Besteuerung des Grundstücksgewinns

Monistisches System

In Kantonen mit dem monistischen System fällt beim Verkauf einer Mehrheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft die Grundstücksgewinnsteuer an, unabhängig davon, ob es sich beim Verkäufer um eine natürliche oder juristische Person handelt. Steuerbar ist der Grundstücksgewinn, d. h. die Differenz zwischen dem Veräusserungserlös und den Anlagekosten. Bei einem Verkauf einer Mehrheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft ist zu beachten, dass bei der Ermittlung des Veräusserungserlöses nicht einfach auf den Kapitalgewinn auf den veräusserten Aktien abgestellt werden kann. Erfasst werden soll nur der Mehrwert auf dem Grundstück. Aus diesem Grund wird der Veräusserungserlös nach der folgenden Formel berechnet:

	Aktienverkaufspreis
+	Fremdkapital
./.	nicht-liegenschaftliche Werte
=	Veräusserungserlös der Liegenschaften

Die Anlagekosten werden analog wie bei einem direkten Verkauf ermittelt. Der Grundstücksgewinn ist in dem vom jeweiligen Kanton vorgesehenen Meldeformular der Steuerbehörde mitzuteilen, denn oft erfahren diese gar nicht von der Handänderung, da es ja zu keiner Änderung im Grundbuch kommt.

Besonderheiten ergeben sich bei einer wirtschaftlichen Handänderung auch bei der Ermittlung der Besitzdauer, welche bei der Bestimmung des anwendbaren Steuersatzes von Bedeutung ist. In gewissen Kantonen wird bei der Bestimmung der Besitzdauer darauf abgestellt, wann der Steuerpflichtige die Mehrheitsbeteiligung erworben hat. Werden folglich Minderheitsbeteiligungen gestaffelt veräussert, ist derjenige Zeitpunkt massgebend, ab welchem der Verkäufer eine Mehrheitsbeteiligung hält. In anderen Kantonen wird anteilmässig auf die verschiedenen Zeitpunkte des gestaffelten Erwerbs der Minderheitsbeteiligungen abgestellt. Sofern das Grundstück durch die Gesellschaft jedoch erst nach dem Erwerb der Mehrheitsbeteiligung gekauft wurde, ist in der Regel der Zeitpunkt des Erwerbs der Liegenschaft massgebend. Zu beachten ist, dass Liegenschaften in verschiedenen Kantonen betroffen sein können, diesfalls sind je die Regeln der Belegenheitskantonen zu berücksichtigen.

Dualistisches System

Bei Kantonen mit dem dualistischen System wird die wirtschaftliche Handänderung nur dann mit der Grundstücksgewinnsteuer erfasst, wenn es sich beim Aktionär um eine natürliche Person handelt, welche die Beteiligung an der Immobiliengesellschaft im Privatvermögen hält. Die Ermittlung des Veräusserungserlöses und der Besitzdauer erfolgt in einem solchen Fall analog den oben beschriebenen Grundsätzen beim monistischen System.

Wenn der Aktionär jedoch eine juristische Person oder eine natürliche Person ist, welche die Beteiligung an der Immobiliengesellschaft im Geschäftsvermögen hält, ist im jeweiligen Kanton abzuklären, ob überhaupt eine Besteuerungsgrundlage für

die wirtschaftliche Handänderung besteht. Eine solche gesetzliche Grundlage kennt z. B. der Kanton Thurgau. Steuerbar ist auch bei dualistischen Kantonen nur der Wertzuwachsge­win­n – nicht aber wiedereingebrachte Abschreibungen auf dem Grundstück. Dieser wird ebenfalls anhand der oben beschriebenen Formel berechnet.

Direkte Bundessteuern

Bei der direkten Bundessteuer zieht der Verkauf einer Immobiliengesellschaft keine besonderen Steuerfolgen nach sich. Die Steuerfolgen sind exakt dieselben wie beim Verkauf von anderen Beteiligungen.

4 Handänderungssteuer, Grundbuch- und Notariatsgebühren

Bei einer wirtschaftlichen Handänderung ist neben den oben erwähnten Steuern auch die Handänderungssteuer geschuldet. Die Handänderungssteuer ist in der Regel vom Käufer, in gewissen Kantonen jedoch auch hälftig vom Verkäufer und Käufer, zu tragen. Nicht alle Kantone kennen eine Handänderungssteuer (z. B. hat der Kanton Zürich diese abgeschafft). Grundbuch- und Notariatsgebühren löst die Übertragung von Immobiliengesellschaften hingegen keine aus, kommt es doch gerade nicht zu einer Änderung im Grundbuch.

D

Situation der Immobiliengesellschaft

Um zu vermeiden, dass bei einem späteren Verkauf der Liegenschaften durch die Immobiliengesellschaft auf demselben Grundstückgewinn die Grundstückgewinn- (monistisches System) bzw. Gewinnsteuer (dualistisches System) erneut abgerechnet wird, sehen die Kantone typischerweise vor, dass die Immobiliengesellschaft nach einer wirtschaftlichen Handänderung die Liegenschaften in der Steuerbilanz im Umfang des besteuerten Gewinns aufwerten dürfen. Entsprechend ist auf der Passivseite eine versteuerte stille Reserve zu bilden. Bei der direkten Bundessteuer ist eine entsprechende Anpassung nicht nötig.

E

Mehrwertsteuer

Die Übertragung von Anteilen an einer Immobiliengesellschaft stellt – wie die Übertragung von anderen Beteiligungen – eine von der Mehrwertsteuer ausgenommene Leistung dar, hier wird kein Durchgriff vorgenommen, womit beim Verkauf keine Mehrwertsteuer auf dem Veräusserungserlös abzurechnen ist.

Trotzdem sind mehrwertsteuerliche Aspekte bei der Übernahme einer Immobiliengesellschaft von erheblicher Bedeutung. Um steuerliche Risiken frühzeitig zu erkennen, ist im Rahmen der vor solchen Transaktionen üblicherweise durchgeführten Due Diligence ein besonderes Augenmerk auf die Mehrwertsteuer zu legen. Es ist sicherzustellen, dass eine vollständige Dokumentation über die einzelnen Liegenschaften und deren Nutzung während der letzten 26 Jahre oder sofern die Liegenschaft noch nicht so lange gehalten wird, seit dem Kauf oder dem Bau der Liegenschaften vorhanden ist. Dabei ist es nicht nur wichtig zu wissen, ob für die Liegenschaft für eine Besteuerung optiert wurde, sondern bei gemischter Verwendung der Liegenschaften auch in welchem Umfang sie im steuerbaren Bereich genutzt wurden. Fehlen ausreichende Dokumente, besteht bei einer nach dem Kauf erfolgten Nutzungsänderung das Risiko, dass ein Eigenverbrauch angenommen wird, womit zuvor erstattete Vorsteuern von der Eidgenössischen Steuerverwaltung zurückverlangt werden. Es kann umgekehrt auch sein, dass nicht erkannt wird, dass man bei einer späteren Nutzungsänderung eine Einlagesteuer geltend machen und somit Vorsteuern zurückverlangen könnte. Fehlt es an einer ausreichenden Dokumentation, ist dem Erwerber zu empfehlen, vertraglich eine Haftungsklausel zu vereinbaren, so dass er im Falle einer Aufrechnung durch die Eidgenössische Steuerverwaltung Rückgriff auf den Verkäufer nehmen kann. Allerdings dürfte sich dies aufgrund der erforderlichen langen Dauer als schwer durchsetzbar erweisen.

F

Empfehlungen beim Kauf oder Verkauf einer Immobiliengesellschaft

Angesichts der steuerlich komplexen Situation können sich folgende Empfehlungen als hilfreich erweisen, wobei die Liste sicherlich erweiterbar ist:

- Käufer und Verkäufer ist zu raten, bei der Übertragung von Aktien an Gesellschaften mit erheblichem Immobilienbesitz zu prüfen, ob es sich um eine Immobiliengesellschaft handeln könnte. Bei Zweifeln sollte in allen Kantonen, wo Liegenschaften gehalten werden, ein Steuervorabbescheid eingeholt werden.
- Einem Erwerber einer Immobiliengesellschaft ist zu empfehlen, zu verifizieren, dass in der Vergangenheit keine Mehrheit der Anteile veräussert wurde und damit keine steuerlichen Altlasten bestehen.
- Beim Erwerb einer ganzen Unternehmensgruppe lohnt es sich zu prüfen, ob eine der Beteiligungen eine Immobiliengesellschaft darstellt. Wenn dies der Fall ist, ist zu klären, ob in den relevanten Kantonen dadurch Steuern ausgelöst werden. Allenfalls sollte dazu eine Bestätigung eingeholt werden, gerade wenn eine Immobilienholding erworben wird.
- Erwerber einer Immobiliengesellschaft sollten alle notwendigen Unterlagen und Informationen, die es ihnen erlauben, anfallende Steuerfolgen zu berechnen, beschaffen und um Sicherstellung allfälliger Steuern, die beim Veräusserer anfallen, besorgt sein (Gefahr von Grundpfandrechten der Kantone). Zu berücksichtigen ist auch, dass in der Gesellschaft Steuern anfallen können, wenn dieser vor dem Verkauf Immobilien entnommen werden, und dass dafür Rückstellungen zu bilden sind, welche den Wert der Gesellschaft mindern.
- Dem Käufer ist zu raten, bei den Gewährleistungen und Zusicherungen Klauseln aufzunehmen, die der besonderen steuerlichen Situation Rechnung tragen. Es könnte sich lohnen, einen M&A-Anwalt explizit auf diese Thematik anzusprechen, wenn er nicht klarerweise über Steuerfachwissen verfügt.
- Dem Erwerber ist zu empfehlen, sich im Nachgang an die Transaktion Nachweise zeigen zu lassen, wonach die angefallenen Steuern

beglichen wurden, um die Eintragung allfälliger Grundpfandrechte zu verhindern.

- Jeder Erwerber sollte dafür besorgt sein, mit Blick auf die Mehrwertsteuer ausreichend dokumentiert zu sein.

VISCHER AG

Schützengasse 1 Postfach 1230 CH-8021 Zürich
Tel +41 58 211 34 00 Fax +41 58 211 34 10

Aeschenvorstadt 4 Postfach 526 CH-4010 Basel
Tel +41 58 211 33 00 Fax +41 58 211 33 10

www.vischer.com