

PPP und Lex Koller



THOMAS MÜLLER-TSCHUMI
Dr. iur., Rechtsanwalt,
Walder Wyss und Partner AG,
Zürich

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung und Fragestellung
- II. PPP-Modelle
- III. Der Grundstückerwerb durch Personen im Ausland
 1. Historisches
 2. Bewilligungspflicht und Bewilligungsgründe gemäss der Lex Koller
- IV. Konfliktpotential mit der Lex Koller bei der Realisierung von PPP
 1. Subjektives Element der Bewilligungspflicht
 - 1.1. Sitz der Projektgesellschaft
 - 1.2. Beherrschende Stellung einer Person im Ausland
 - 1.3. Ergebnis
 2. Rechtsgeschäftliches Element der Bewilligungspflicht
 - 2.1. Allgemeines
 - 2.2. Grundeigentum und Baurecht
 - 2.3. Sondernutzungskonzessionen (Inhabermodell)
 - 2.4. Erwerb von Anteilen an einer Immobiliengesellschaft
 - 2.5. Finanzierung
 - 2.6. Ergebnis
 3. Objektbezogenes Element der Bewilligungspflicht
 - 3.1. Allgemeines
 - 3.2. Wohnnutzung
 - 3.3. Landreserven
 - 3.4. Kommerziell genutzte Grundstücke
 - 3.5. Der *Entscheid Moritz*: Verwaltungstätigkeit als bewilligungspflichtige Nutzung im Sinne der Lex Koller?
 - a. Ausgangslage
 - b. Grammatikalische Auslegung
 - c. Historische Auslegung
 - d. Verwaltungsorganisatorische Überlegungen des Bundesgerichts
 - e. Zwischenergebnis: Mietflächen zur Verwaltungsnutzung können bewilligungsfrei erworben werden
 - f. Hinweise zur Beurteilung von PPP-Projekten gemäss den bundesgerichtlichen Kriterien des *Entscheids Moritz*
 - 3.6. Ergebnis
- V. Fazit

I. Einleitung und Fragestellung

Der Begriff «Public Private Partnership» (PPP) gehört im benachbarten Ausland zum festen Vokabular, wenn die Erfüllung öffentlicher Aufgaben zur Debatte steht. Man versteht darunter in allgemeiner Weise langfristige, vertraglich geregelte Kooperationsformen zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben¹. Auch in der Schweiz hat sich der Begriff inzwischen etabliert² und verschiedene Projekte belegen, dass der PPP-Ansatz die Schwelle von der theoretischen Diskussion zur praktischen Umsetzung überschritten hat³.

Einen zentralen Einsatzbereich von PPP bildet die Bereitstellung von Infrastrukturanlagen. Der private Partner realisiert, finanziert und betreibt Anlagen, die der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen. Solche Infrastruktur-PPP sind «bodenabhängig»: der private Partner benötigt für die Realisierung und den Betrieb regelmässig ein Ausschliesslichkeitsrecht an einem Grundstück, sei es privatrechtlich in Form von Eigentum, Baurecht oder Miete, sei es öffentlich-rechtlich durch die Gewährung einer Sondernutzungskonzession.

Wenn man das regulatorische Umfeld von PPP in der Schweiz ausmassen will⁴, zwingt diese «Bodenabhängigkeit» zur Auseinandersetzung mit den gesetzlichen Beschränkungen des Grundstückerwerbs durch Personen im Ausland, weil sich PPP-Projekte auf der privaten Seite vielfach nur unter Beizug von Personen im Ausland werden realisieren lassen. Im Folgenden wird es darum gehen, allfälliges Konfliktpotential von PPP-Projekten mit der Lex Koller⁶ auszuloten.

Ich danke Dr. Daniel Zimmerli, LL.M., Fürsprecher, für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

- ¹ Zum Begriff vgl. Urs BOLZ (Hrsg.), *Public Private Partnership in der Schweiz*, Zürich 2005, 15.
- ² MARC EHRENSBERGER, *Erfolgsvoraussetzungen von Public Private Partnership im öffentlichen Hochbau*, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 2007, 312.
- ³ Vgl. die Zusammenstellung auf der Website des Vereins PPP Schweiz (<http://www.ppp-schweiz.ch/de/ppp-wissen/ppp-projekte-in-der-schweiz/>; besucht am 21. Juni 2010).
- ⁴ BOLZ (FN 1), 15.
- ⁵ Wichtige Fragestellungen (Vergaberecht, Haushalts- und Finanzrecht, allgemeines Staats- und Verwaltungsrecht) wurden aufgearbeitet in: VEREIN PPP SCHWEIZ (Hrsg.), *Gesetzgeberischer Handlungsbedarf in der Schweiz*, Zürich 2008.
- ⁶ Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) (SR 211.412.41). Seit der Revision 1997 wird das BewG auch als «Lex Koller» bezeichnet.

II. PPP-Modelle

Im Bereich der Infrastruktur-PPP haben sich verschiedene Grundmodelle herausgebildet, die in der Regel dem Betreiber- oder dem Gesellschaftsmodell zugeordnet werden können⁷: das Betreibermodell bildet den Oberbegriff für alle Modelle, bei denen zusätzlich zu den anderen Leistungen (meist Finanzierung, Planung und Errichtung/Sanierung) der Betrieb und die Instandhaltung der Infrastrukturanlage auf einen Privaten übertragen werden. Vom Gesellschaftsmodell spricht man demgegenüber, wenn öffentliche Aufgaben auf eine noch zu gründende oder bereits bestehende privatrechtliche Gesellschaft übertragen werden, an der die öffentliche Hand und der private Partner beteiligt sind⁸. Das Gesellschaftsmodell ist in Deutschland vor allem in der Abfall- und Wasserwirtschaft verbreitet⁹.

Das Betreibermodell, bei dem der private Partner die Infrastruktur für das Gemeinwesen betreibt, kennt weitere Unterarten, welche für die Auseinandersetzung mit der Lex Koller differenziert werden müssen:

- das *Inhabermodell*: Hier verbleibt das Grundeigentum beim Gemeinwesen. Dem privaten Partner wird eine Sondernutzungskonzession eingeräumt.
- das *Erwerbermodell*: Das Gebäude wird durch die Projektgesellschaft geplant, gebaut oder saniert, finanziert und über einen längeren Zeitraum betrieben und instand gehalten. Das Gebäude steht während der Projektdauer im Eigentum der Projektgesellschaft und wird am Ende der Vertragslaufzeit auf den öffentlichen Auftraggeber übertragen¹⁰.
- das *Mietmodell*: Der öffentliche Auftraggeber mietet das Gebäude zum vornherein nur, das Eigentum verbleibt beim Privaten, der auch das Restwertrisiko trägt.
- das *Konzessionsmodell*: Im Gegensatz zu den anderen Betreibermodellen erhält hier der Private als Gegenleistung für seine Bau- oder Dienstleistungen statt einer Vergütung des öffentlichen Auftraggebers eine Konzession, welche dem konzessionierten Privaten die Erhebung von Nutzerentgelten erlaubt¹¹. Das Verwertungs- und Betriebsrisiko verbleibt beim Privaten.

⁷ Dazu und zum Folgenden etwa CHRISTIAN KNÜTEL, in: Ulf R. Siebel/Jan-Hendrik Röver/Christian Knütel (Hrsg.), Rechts-handbuch Projektfinanzierung und PPP, 2. A., Köln/München 2008, N 1272 ff.

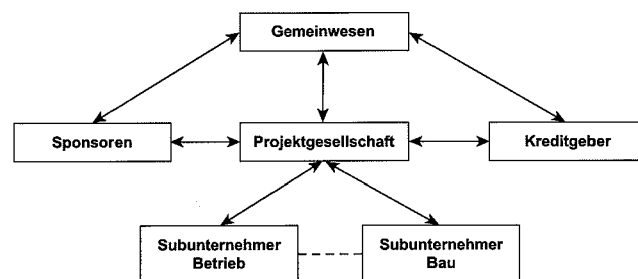
⁸ BOLZ (FN 1), 15.

⁹ KNÜTEL (FN 7), N 1282.

¹⁰ Eine Unterart des Erwerbers bildet das Optionsmodell, bei dem es dem öffentlichen Auftraggeber frei steht, ob er die Immobilie am Ende der Vertragslaufzeit zu einem vorab verabredeten Preis erwerben oder es im Eigentum des Privaten belassen will; der private Partner trägt damit das Restwertrisiko.

¹¹ Mit anderen Worten bildet beim Konzessionsmodell die Konzession die Vergütung an den Privaten, weil dieser berechtigt wird, Nutzerentgelte zu erheben. Beim Inhabermodell wird dem privaten Betreiber – im Gegensatz zum Konzessionsmo-

dem Betreiber-Modell, das nachfolgend im Zentrum stehen wird, gestaltet sich die rechtliche Strukturierung regelmässig wie folgt¹²:



Im Zentrum steht üblicherweise eine Projektgesellschaft, die eigens für das Projekt gegründet wird und deren Daseinszweck sich auf die Erfüllung des Projektvertrags beschränkt – ein Special Purpose Vehicle (kurz: SPV). Die Projektgesellschaft ist der Vertragspartner des Gemeinwesens und schliesst mit diesem die Projektverträge ab; sie erwirbt die erforderlichen Rechte am Grundstück und realisiert und betreibt in der Folge nach Massgabe der Projektverträge mit dem Gemeinwesen die Infrastrukturanlage. Dazu muss die Projektgesellschaft entsprechende Subunternehmer beiziehen.

Die Kreditgeber wiederum stellen das erforderliche Fremdkapital zur Verfügung. Die Mobilisierung des privaten Kapitals erfolgt mittels einer Projektfinanzierung¹³, gemäss dem Forfaitierungsmodell¹⁴ oder aber in Form einer Anleihefinanzierung¹⁵. Bei allen drei Finanzierungsformen

dell – über die Sondernutzungskonzession lediglich das Recht zur Sondernutzung eingeräumt. Die Vergütung erfolgt beim Inhabermodell direkt durch das Gemeinwesen, nicht durch Nutzerentgelte, die der Konzessionär im Konzessionsmodell von den Benutzern der betreffenden Einrichtung erheben kann.

¹² Vgl. dazu THOMAS MÜLLER-TSCHUMI, Zur Vertragsstruktur von projektfinanzierten PPP-Projekten, in: Baurecht 2010, Fribourg 2010, 34 ff.

¹³ Dabei handelt es sich um eine Finanzierungsform, bei welcher das aufgenommene Fremdkapital ausschliesslich aus den erwarteten Erträgen (dem Cashflow) eines konkreten Projekts getilgt wird und den Fremdkapitalgebern (grundsätzlich) auch allein dieser Zahlungsstrom als Sicherheit zur Verfügung steht. Regelmässig wird das Fremdkapital durch ein Projektfinanzierungsdarlehen aufgenommen. Vgl. dazu etwa CHRISTIAN REHM, Projektfinanzierung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 2002, 175.

¹⁴ Bei der Forfaitierung verkauft die Projektgesellschaft Forderungen gegen den öffentlichen Auftraggeber etwa an eine Bank und haftet dabei nur für die das Bestehen der Forderung (Verität), nicht jedoch für die Bonität des Auftraggebers, vgl. etwa KNÜTEL (FN 7), N 2241 ff.

¹⁵ Bei der Anleihefinanzierung nimmt die Projektgesellschaft kein Bankdarlehen auf, sondern begibt selbst oder durch Dritte eine Anleihe auf dem Kapitalmarkt. Zu weiteren Alternativen betreffend Finanzierung vgl. VEREIN PPP SCHWEIZ (Hrsg.), Möglichkeiten zur Finanzierung von PPP-Infrastrukturprojekten in der Schweiz, Zürich 2009.

verlangen die Kreditgeber von der Projektgesellschaft sehr weitgehende Sicherheiten.

III. Der Grundstückerwerb durch Personen im Ausland

1. Historisches

Der Grundstückerwerb durch Personen im Ausland steht seit rund einem halben Jahrhundert regelmässig auf der politischen Agenda. Am 23. März 1961 erliess das Parlament den ersten Bundesbeschluss über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland¹⁶. Dieser ursprünglich auf fünf Jahre befristete Erlass wurde in der Folge immer wieder verlängert und zur Verhinderung von Umgehungsgeschäften verschärft¹⁷.

Die jeweils befristeten Erlasse wurden am 16. Dezember 1983 durch das BewG abgelöst, das per 1. Januar 1985 in Kraft trat¹⁸. Eine Revision dieser sogenannten Lex Friedrich¹⁹ fand in der Referendumsabstimmung vom 25. Juni 1995 keine Mehrheit²⁰. In der Folge wurden die unbestrittenen Revisionspostulate jedoch gemeinsam mit verschiedenen weiteren Investitionsförderungsmaßnahmen²¹ bereits 1997 wieder ins Parlament gebracht und verabschiedet²². Kernpunkt der Vorlage bildete die Liberalisierung des Erwerbs von kommerziell genutzten Liegenschaften: Während die Lex Friedrich alle Arten von Grundstücken der Bewilligungspflicht unterwarf und einen Bewilligungsgrund für selbstgenutzte Betriebsstättengrundstücke vorsah²³, verzich-

tete die Revisionsvorlage für kommerziell genutzte Grundstücke generell auf eine Bewilligungspflicht, liess also insbesondere die Beschränkung auf selbstgenutzte Grundstücke fallen und erlaubte damit auch Kapitalanlagen in kommerziell genutzte Liegenschaften durch Personen im Ausland²⁴.

Gegen die Novelle 1997 wurde kein Referendum ergriffen, so dass das teilrevidierte Gesetz bereits am 1. Oktober 1997 in Kraft trat. Als Hommage an den damaligen Justizminister, Bundesrat Arnold Koller, welcher die treibende Kraft hinter dieser Revision war, und in guter Tradition mit den Vorgängererlassen²⁵ sprach man fortan von der «Lex Koller».

2. Bewilligungspflicht und Bewilligungsgründe gemäss der Lex Koller

Die Lex Koller definiert in ihrem zweiten Kapitel die Voraussetzungen der Bewilligungspflicht. Als Erstes umschreibt die Lex Koller, unter welchen Umständen eine Bewilligungspflicht besteht (Art. 2 und 4 bis 7 BewG). Ob ein bewilligungspflichtiges Rechtsgeschäft vollzogen werden kann, ist anhand der Art. 8 bis 14 BewG zu prüfen; diese umreissen die zulässigen Bewilligungsgründe.

Mit der Novelle 1997 ist die Frage in den Vordergrund gerückt, ob für ein Rechtsgeschäft eine Bewilligung erforderlich ist oder nicht.

Eine Bewilligungspflicht gemäss Lex Koller besteht nur, wenn kumulativ drei Tatbestandselemente erfüllt sind²⁶:

- Beim Erwerber muss es sich um eine Person im Ausland im Sinne des BewG handeln (*subjektives Element*²⁷);
- das erworbene Recht muss als Erwerb eines Grundstücks im Sinne des BewG gelten (*rechtsgeschäftliches Element*²⁸), und
- der Gegenstand des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes muss ein bewilligungspflichtiges Grundstück oder einen Anteil an einer Immobiliengesellschaft im engen Sinne beschlagen (*objektbezogenes Element*²⁹).

Von den Bewilligungsgründen, die mit der Novelle 1997 stark an Bedeutung eingebüsst haben, könnten im Zusam-

¹⁶ AS 1961 203; nach dem damaligen Justizminister wurde dieser Bundesbeschluss Lex von Moos genannt.

¹⁷ Zur Entwicklung vgl. etwa FELIX SCHÖBI, Schweizerischer Grundstückerwerb und europäisches Recht, Habil., Bern 1999, 75 ff.; HANSPETER GEISSMANN/FELIX HUBER/THOMAS WETZEL, Grundstückerwerb in der Schweiz durch Personen im Ausland. Von der Lex Friedrich zur Lex Koller, Zürich/Baden-Baden 1998, N 1 ff.

¹⁸ AS 1984 1148.

¹⁹ Das BewG wurde nach dem seinerzeitigen Justizminister, Bundesrat Rudolf Friedrich, auch «Lex Friedrich» genannt. Nachfolgend steht diese Bezeichnung für die bis 1997 gültige Fassung des BewG, in Abgrenzung zum revidierten Gesetzestext, der seit dem 1. Oktober 1997 in Kraft steht und im Folgenden als «Lex Koller» bezeichnet wird.

²⁰ BBl 1995 III 1216.

²¹ Die Botschaft zur Gesetzesrevision findet sich in der Botschaft über besondere konjunkturpolitische Massnahmen zur Substanzerhaltung der öffentlichen Infrastruktur und zur Förderung privater Investitionen im Energiebereich (Investitionsprogramm) sowie zur Erleichterung ausländischer Investitionen vom 26. März 1997, BBl 1997 II 1221 ff., auf den Seiten 1244 ff. und 1262 ff. (im Folgenden die «Botschaft 1997»).

²² AS 1997 2086, in Kraft seit 1. Oktober 1997 (im Folgenden die «Novelle 1997»). Zur parlamentarischen Diskussion vgl. Amtl Bull N 1997 839 ff. und Amtl Bull S 1997 423 ff.

²³ Art. 8 Abs. 1 lit. a Lex Friedrich.

²⁴ Ausführlicher zur Entstehungsgeschichte der Lex Koller hinten 3.5.

²⁵ Auf den bereits genannten Bundesbeschluss von 1961 (die Lex von Moos) folgten die Lex Celio, die Lex Furgler und schliesslich – wie erwähnt – die Lex Friedrich.

²⁶ Bundesamt für Justiz, Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland – 1. April 2005 («Merkblatt BJ»); (<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/grundstueckerwerb.Par.0007.File.tmp/lex-d.pdf>, besucht am 2. April 2010), Ziffer 4.

²⁷ Im Merkblatt BJ (FN 26) als «subjektive Bewilligungspflicht» bezeichnet.

²⁸ Im Merkblatt BJ (FN 26) als «objektive Bewilligungspflicht nach der Art des Rechtes» bezeichnet.

²⁹ Im Merkblatt BJ (FN 26) als «objektive Bewilligungspflicht nach dem Nutzungszweck bzw. dem tatsächlichen Zweck der juristischen Person» bezeichnet.

menhang mit PPP-Projekten allenfalls jene des Art. 8 BewG praktische Bedeutung erlangen, falls sich ausländische Versicherungen oder Personalvorsorgeeinrichtungen als Finanzinvestoren an einem PPP-Projekt beteiligen³⁰. Ausserdem könnte bei entsprechenden Projekten der Bewilligungsgrund des sozialen Wohnungsbaus, den die Kantone einführen können (Art. 9 Abs. 1 lit. a BewG), relevant werden. Diese Möglichkeiten, für ein bewilligungspflichtiges Rechtsgeschäft eine Bewilligung zu erwirken, bleiben im Folgenden jedoch ausgeklammert.

Das Konzept der Lex Koller, das die Differenzierung zwischen bewilligungspflichtigem und bewilligungsfreiem Erwerb in den Vordergrund gerückt hat, findet seinen Niederschlag in einer verfahrensrechtlichen Besonderheit: Art. 17 BewG verlangt von einem Erwerber, dessen Bewilligungspflicht sich nicht ohne Weiteres ausschliessen lässt, dass er spätestens nach dem Abschluss des Rechtsgeschäftes oder, falls ein solches fehlt, nach dem Erwerb um die Feststellung nachsucht, dass er keiner Bewilligung bedarf. Mit anderen Worten: Wenn Zweifel daran bestehen, ob ein PPP-Projekt bewilligungsfrei realisiert werden kann, muss zu dieser Frage vorgängig ein sogenanntes Ruling im Sinne einer Feststellungsverfügung gemäss Art. 17 BewG eingeholt werden.

IV. Konfliktpotential mit der Lex Koller bei der Realisierung von PPP

Abgesehen von den erwähnten Ausnahmefällen, bei denen die Erteilung einer Bewilligung denkbar ist, lässt sich bei der Realisierung von PPP das Konfliktpotential mit der Lex Koller demnach anhand des Umfangs der Bewilligungspflicht eruieren. Im Folgenden soll dies für die drei Elemente der Bewilligungspflicht im Einzelnen analysiert werden. Dabei ist daran zu erinnern, dass bereits der Wegfall eines dieser Elemente dazu führt, dass die Bewilligungspflicht als Ganzes entfällt.

1. Subjektives Element der Bewilligungspflicht

Wie aufgezeigt erwirbt im Rahmen einer Infrastruktur-PPP nach dem Betreibermodell üblicherweise eine Projektgesell-

schaft die erforderlichen Rechte an einem Grundstück. Für die Beurteilung des subjektiven Elements der Bewilligungspflicht ist demnach zu fragen, ob in einer solchen Struktur die Projektgesellschaft als Person im Ausland im Sinne der Lex Koller zu qualifizieren ist³¹.

1.1. Sitz der Projektgesellschaft

Als Person im Ausland gilt die Projektgesellschaft gemäss der Legaldefinition von Art. 5 BewG unabhängig von den Eigentumsverhältnissen, wenn sie ihren statutarischen oder tatsächlichen³² Sitz im Ausland hat³³.

1.2. Beherrschende Stellung einer Person im Ausland

Wird für die Realisierung der PPP eine Projektgesellschaft mit Domizil in der Schweiz etabliert, ist diese gleichwohl als Person im Ausland zu qualifizieren, wenn Personen im Ausland eine «beherrschende Stellung» innehaben (Art. 5 Abs. 1 Buchstabe c BewG).

Für die Prüfung des subjektiven Elements der Bewilligungspflicht einer Projektgesellschaft ist der Begriff der beherrschenden Stellung zentral. In der Lex Koller findet sich hierzu eine Legaldefinition: Gemäss Art. 6 Abs. 1 BewG hat eine Person im Ausland dann eine beherrschende Stellung inne, wenn sie aufgrund ihrer finanziellen Beteiligung, ihres Stimmrechts oder aus anderen Gründen allein oder gemeinsam mit anderen Personen im Ausland die Verwaltung oder Geschäftsführung entscheidend beeinflussen kann. Ob der Einfluss «entscheidend» ist, wird anhand einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ermittelt. Dieser allgemeine Grundsatz wird durch verschiedene gesetzliche Vermutungen in Abs. 2 konkretisiert. Von besonderem Gewicht im Zusammenhang mit einer Projektgesellschaft ist die «Drittelsregelung» in den lit. a und b: Die Beherrschung wird vermutet, wenn Personen im Ausland mehr als ein Drittel des Aktienkapitals besitzen oder über mehr als ein Drittel der Stimmen in der Generalversammlung verfügen.

Die «beherrschende Stellung» von Personen im Ausland kann im Einzelfall schwierige Auslegungsfragen aufwerfen, die hier nicht vertieft werden können. Im vorliegenden Zusammenhang genügt die Feststellung, dass bei der Beteili-

³⁰ Gemäss dieser Bestimmung wird die Bewilligung unter anderem erteilt für den Erwerb von Immobilien «zur Personalvorsorge von inländischen Betriebsstätten» (lit. c) und «als Kapitalanlage aus der Geschäftstätigkeit ausländischer und ausländisch beherrschter, in der Schweiz zum Geschäftsbetrieb zugelassener Versicherungseinrichtungen, sofern die allgemein anerkannten Anlagegrundsätze beachtet werden und der Wert aller Grundstücke des Erwerbers die von der Versicherungsaufsichtsbehörde als technisch notwendig erachteten Rückstellungen für das Schweizer Geschäft nicht übersteigt» (lit. b).

³¹ Illustrativ zum subjektiven Element die tabellarische Zusammenstellung von MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN, Lex Koller et Trusts, in: AJP/PJA 2009, 1123 ff., 1129.

³² Unter dem «tatsächlichen» Sitz im Sinne von Art. 5 BewG versteht man den Ort, an dem die Verwaltung geführt wird, vgl. dazu URS MÜHLEBACH/HANSPETER GEISSMANN, Lex F., Kommentar zum Bundesgesetz über den Grundstückerwerb durch Personen im Ausland, Brugg/Baden 1986, N 9 zu Art. 5 BewG.

³³ Eine allfällige Beherrschung der Gesellschaft durch Personen schweizerischer Nationalität ändert nichts an der Qualifikation als Person im Ausland.

gung von Personen im Ausland als Sponsoren/Finanzinvestoren die Projektgesellschaft ebenfalls als Person im Ausland qualifiziert, sobald die Beteiligung dieser Sponsoren/Finanzinvestoren das massgebliche Drittel gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a BewG übersteigt. Dies wird bei einer PPP-Struktur unter Beteiligung ausländischer Sponsoren regelmässig der Fall sein.

1.3. Ergebnis

Das subjektive Element der Bewilligungspflicht ist bei einer Infrastruktur-PPP erfüllt, wenn (i) die Projektgesellschaft ihren statutarischen oder tatsächlichen Sitz im Ausland hat oder wenn (ii) Personen im Ausland als Sponsoren oder als Finanzinvestoren einen – im Sinne der Lex Koller – beherrschenden Einfluss auf die Projektgesellschaft ausüben, so dass diese ihrerseits als Person im Ausland qualifiziert. Weil eine derartige ausländische Beherrschung bei Kapitalgesellschaften von Gesetzes wegen bereits ab einer Beteiligung von einem Drittel des Gesellschaftskapitals vermutet wird, dürfte das subjektive Element aufgrund der SPV-Struktur von PPP-Projekten³⁴ regelmässig erfüllt sein, wenn sich eine Person im Ausland an der Projektgesellschaft beteiligt. Darüber hinaus erfüllt auch die Finanzierung durch eine Auslandsbank das subjektive Element der Bewilligungspflicht.

2. Rechtsgeschäftliches Element der Bewilligungspflicht

2.1. Allgemeines

Beim rechtsgeschäftlichen Element der Bewilligungspflicht geht es um die Frage, welche Rechtsgeschäfte einen Erwerbstatbestand im Sinne der Lex Koller darstellen.

Die Lex Koller definiert das rechtsgeschäftliche Element in Art. 4 Abs. 1 BewG. Neben dem Erwerb von Grundeigentum oder von Baurechten ist das rechtsgeschäftliche Element unter anderem beim Erwerb eines Anteils an einer Immobiliengesellschaft im engen Sinne³⁵ erfüllt sowie ganz allgemein beim Erwerb anderer Rechte, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie dem Eigentümer eines Grundstückes verschaffen. Durch Art. 1 BewV³⁶ erfährt das rechtsgeschäftliche Element auf Verordnungsstufe eine Präzisierung³⁷.

³⁴ Vorne II.

³⁵ Dazu hinten Ziffer 2.4.

³⁶ Verordnung vom 1. Oktober 1984 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (SR 211.412.411; «BewV»).

³⁷ Als Erwerb von Grundstücken gilt danach gemäss Abs. 1 unter anderem auch die Beteiligung an der Gründung und, sofern der Erwerber damit seine Stellung verstärkt, an der Kapitalerhöhung von Immobiliengesellschaften im engen Sinne und die Übernahme von bewilligungspflichtigen Grundstücken zusammen mit einem Vermögen oder Geschäft und im Zuge von fu-

2.2. Grundeigentum und Baurecht

Wenn sich die Projektgesellschaft bei einer Infrastruktur-PPP die erforderlichen Ausschliesslichkeitsrechte am Grundstück auf privatrechtlicher Basis durch den Erwerb von Grundeigentum oder eines Baurechts verschafft, vollzieht sie einen Erwerbstatbestand im Sinne von Art. 4 BewG. In diesen Fällen ist das rechtsgeschäftliche Element erfüllt. Dasselbe hat auch für das Erwerbermodell zu gelten, bei dem die Projektgesellschaft verpflichtet ist, erst am Ende der Laufzeit des Projekts das Eigentum an der Infrastruktur dem Gemeinwesen (zurück-)zu übertragen³⁸.

2.3. Sondernutzungskonzessionen (Inhabermodell)

Nicht gleichermassen evident ist die Frage nach dem rechtsgeschäftlichen Element der Lex Koller beim Inhabermodell, bei dem das Eigentum am Grundstück beim Gemeinwesen verbleibt und dieses der Projektgesellschaft für die Realisierung des Projekts eine Sondernutzungskonzession einräumt³⁹.

Rechte an einem Grundstück, die qua Sondernutzungskonzession eingeräumt werden, lassen sich nicht unter die explizit aufgeführten Tatbestände gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a bis d BewG subsumieren, sondern könnten allenfalls unter den Auffangtatbestand gemäss lit. g fallen; danach ist das rechtsgeschäftliche Element erfüllt beim «Erwerb anderer Rechte, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie dem Eigentümer eines Grundstückes verschaffen».

Eine genauere Analyse der Rechte, welche dem privaten Vertragspartner beim Inhabermodell eingeräumt werden, zeigt indessen, dass eine PPP gemäss dem Inhabermodell nicht unter Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG subsumiert werden darf: Die Leistung des privaten Partners besteht für die Herstel-

sionsrechtlichen Tatbeständen (Fusion, Spaltung, Umwandlung Vermögensübertragung), sofern sich dadurch die Rechte des Erwerbers an diesem Grundstück vermehren (Abs. 1). Als «andere Rechte, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie dem Eigentümer eines Grundstückes verschaffen» (Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG), gelten gemäss Abs. 2 insbesondere die langfristige Miete oder Pacht eines Grundstückes, wenn die Abreden den Rahmen des gewöhnlichen oder kaufmännischen Geschäftsverkehrs sprengen und den Vermieter oder Verpächter in eine besondere Abhängigkeit vom Mieter oder Pächter bringen; das kann man für PPP-Projekte ausschliessen. Zur Finanzierung vgl. hinten 2.5.

³⁸ Diese Verpflichtung lässt sich mit einem Baurecht vergleichen, bei dem bei Beendigung der Heimfall vorgesehen ist. Nachdem die Einräumung eines Baurechts von der Lex Koller ohne Verankerung einer Mindestdauer explizit als relevanter Erwerbstatbestand qualifiziert, erfüllt der Erwerb von Grundeigentum mit der Verpflichtung, dieses nach einer bestimmten Dauer dem Gemeinwesen zu übertragen, analog zum Erwerb eines Baurechts das rechtsgeschäftliche Element.

³⁹ KNÜTEL (FN 7), N 1274.

lungsphase aus der Errichtung und der Finanzierung der Infrastrukturanlage und für die anschliessende Betriebsphase aus dem Betrieb der Infrastrukturanlage für die Projektdauer. Wie für eine Sondernutzungskonzession typisch, werden die konkreten Rechte und Pflichten nur einem einzigen Privaten – dem Betreiber des Projekts – übertragen. Isoliert betrachtet werden der Projektgesellschaft jedoch trotz dieses Ausschliesslichkeitselements in keiner Phase des Projekts eigentümerähnliche Rechte im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG eingeräumt. Die Konzession und die verschiedenen Projektvereinbarungen räumen der Betreiberin nur die Rechte und Pflichten ein, die zur Erbringung der öffentlichen Aufgabe erforderlich sind: Das Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinwesen und der Projektgesellschaft kann für die Herstellungsphase einem Totalunternehmer-Vertrag mit einem spezifischen Zahlungsmodus mit Finanzierungselementen⁴⁰ gleichgesetzt werden⁴¹; die Projektgesellschaft erwirbt somit keine eigentümerähnlichen Rechte. Die Leistungen der Betriebsphase werden üblicherweise in einer oder mehreren Betriebsvereinbarungen geregelt und sind mit den Leistungen von Anbietern von Facility Management-Lösungen⁴² vergleichbar, so dass auch hier nicht von eigentümerähnlichen Rechten gesprochen werden kann⁴³. Die für PPP-Projekte kennzeichnende Kombination der Herstellungs- und Betriebsphase ändert an diesem Ergebnis nichts, denn die Eigentümerstellung des Gemeinwesens wird dadurch nicht beeinträchtigt⁴⁴.

Mit anderen Worten: Bei einem PPP-Projekt auf der Basis einer Sondernutzungskonzession erwirbt die Pro-

jektgesellschaft keine eigentümerähnlichen Rechte an den Infrastrukturanlagen. Das rechtsgeschäftliche Element der Bewilligungspflicht entfällt. Solche PPP-Projekte fallen demnach zum vornherein nicht in den Anwendungsbereich der Lex Koller.

2.4. Erwerb von Anteilen an einer Immobiliengesellschaft

Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG erfüllt auch der Erwerb eines Anteils an einer juristischen Person, deren tatsächlichen Zweck der Erwerb von (bewilligungspflichtigen) Grundstücken bildet⁴⁵, das rechtsgeschäftliche Element der Bewilligungspflicht.

Der Erwerb von Anteilen an einer Immobiliengesellschaft ist Gegenstand zahlreicher Kontroversen⁴⁶. Bei PPP-Projekten spielt dieses Bewilligungselement aufgrund der SPV-Struktur⁴⁷ zwar eine untergeordnete Rolle, könnte aber in folgenden Konstellationen relevant werden:

- Wenn beim Gesellschaftsmodell die gemeinsame Gesellschaft der öffentlichen Hand und des (oder der) privaten Partner stark in bauliche Infrastruktur investiert ist, kann sie unter Umständen als Immobiliengesellschaft im Sinne der Lex Koller qualifizieren. Diese Konstellation dürfte gar nicht so selten sein: In der Abfall- und der Wasserwirtschaft, welche zentrale Anwendungsfelder für das Gesellschaftsmodell darstellen, macht die bauliche Infrastruktur unter Umständen einen wesentlichen Teil der Gesellschaftsaktiven aus. Diese gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sind folglich als Immobiliengesellschaften zu qualifizieren. Weil sie jedoch die Infrastrukturanlagen selbst als Betriebsstätten nutzen, gelten sie nicht als Immobiliengesellschaften im engen Sinne⁴⁸, so dass das rechtsgeschäftliche Element gleichwohl entfällt.

⁴⁰ Die Vergütung, die der öffentliche Partner für die von der Projektgesellschaft zu erbringenden Bau- und Planungsleistungen schuldet, wird in der Regel gestundet und dann über die Gesamtlaufrzeit des Projekts in monatlichen Raten und/oder nach einem spezifischen Zahlungsplan amortisiert, vgl. FRANZ-JOSEF SCHÖNE, in: Frank Littwin/Franz-Josef Schöne (Hrsg.), *Public Private Partnership im öffentlichen Hochbau*, Stuttgart 2006, N 153.

⁴¹ Zur rechtlichen Qualifikation der Projektverträge vgl. für das deutsche Recht etwa CHRISTIAN SCHEDE/MARKUS POHLMANN, *Vertragsrechtliche Grundlagen*, in: Martin Weber/Michael Schäfer/Friedrich Ludwig Hausmann (Hrsg.), *Public Private Partnership*, München 2006, 114 ff.

⁴² Facility Management verstanden als gesamtheitliches Management von technischen, kaufmännischen und infrastrukturellen Leistungen zur Nutzung von Liegenschaften, vgl. PETER BURKHALTER, *Facility Management Ganzheitliches Immobilienmanagement – erste rechtliche Lösungsansätze*, in: *Baurecht* 2004, 39 ff., 39.

⁴³ Zur rechtlichen Qualifikation von Facility Management Verträgen, vgl. BURKHALTER (FN 42), 40 f.

⁴⁴ Die Projektgesellschaft kann überdies beim Inhabermodell keinerlei eigentümerähnliche Rechte geltend machen. Vertraglich wird dem Gemeinwesen regelmässig das Recht eingeräumt, das Projekt jederzeit zu beenden, wobei die Eigentumsverhältnisse nicht tangiert werden und eine vordefinierte Entschädigung an die Projektgesellschaft zu bezahlen ist.

⁴⁵ Man unterscheidet dabei zwischen Immobiliengesellschaften im engen und im weiten Sinn; vgl. dazu etwa GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 17), N 167 ff. Die Unterscheidung zwischen Immobiliengesellschaften im engen und im weiten Sinn war für die Rechtslage vor der Revision 1997 relevant. Die Frage, wann eine Gesellschaft als Immobiliengesellschaft im engen Sinn zu qualifizieren ist, bei der jeder Anteilserwerb bewilligungspflichtig ist, wird unter der dritten Bewilligungsvoraussetzung – dem objektbezogenen Element – diskutiert, vgl. dazu hinten IV.3. Im Vordergrund steht der Erwerb von Wohneigentum. Nach einem Entscheid des Bundesgerichts erfüllt unter Umständen aber auch der Erwerb von Liegenschaften, die Verwaltungszwecken dienen, das objektbezogene Element (dazu ausführlich hinten 3.5.).

⁴⁶ Umstritten ist insbesondere, wie gross der Anteil der bewilligungspflichtigen Liegenschaften bei einem Portfolio sein darf, ohne dass die Gesellschaft als Immobiliengesellschaft im engen Sinne zu qualifizieren ist, vgl. dazu hinten 3.2.

⁴⁷ Dazu vorne II.

⁴⁸ Dazu hinten 3.4.

- Beim Betreibermodell kann Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG im Zusammenhang mit der Finanzierung Bedeutung erlangen: Bei Projektfinanzierungen gehört üblicherweise ein Eintrittsrecht zum Sicherheitenkonzept⁴⁹: Die Banken sollen im Fall einer Projektkrise unter genau definierten Voraussetzungen die Möglichkeit besitzen, die Aktien der Projektgesellschaft (selbst oder für eine Drittpartei) zu erwerben. Ist die Projektgesellschaft als Immobiliengesellschaft im engen Sinne zu qualifizieren, wäre in einem solchen Fall das rechtsgeschäftliche Element erfüllt⁵⁰.

2.5. Finanzierung

Die Generalklausel von Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG wird durch Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV für Finanzierungen konkretisiert. Demnach besteht eine Bewilligungspflicht, wenn «die Abreden, die Höhe der Kredite oder die Vermögensverhältnisse des Schuldners den Käufer oder Bauherrn in eine besondere Abhängigkeit vom Gläubiger bringen».

Eine solche besondere Abhängigkeit wird praxismässig verneint, wenn die Kredite zu marktüblichen Konditionen gewährt werden. Als grundsätzlich unbedenklich gilt dabei, wenn Darlehen im Umfang von maximal 80 % des Verkehrswerts⁵¹ gewährt werden⁵². Diese Schwelle wird bei Projektfinanzierungen indessen vielfach überschritten werden⁵³. In solchen Fällen ist zu fragen, ob der Grundeigentümer ein entsprechendes Darlehen auch von einer Schweizer Bank erhalten würde. Die Bewilligungsbehörden attestieren den ausländischen oder ausländisch beherrschten, in der Schweiz zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Banken oder Versicherungseinrichtungen, dass sie 80 % LTV übersteigende Dar-

lehen nur gewähren, nachdem sie die Kreditwürdigkeit des Eigentümers vertieft geprüft haben⁵⁴.

Projektfinanzierungen sind über die vergleichsweise hohen LTV hinaus dadurch gekennzeichnet, dass die Projektgesellschaft als Darlehensnehmerin den finanzierenden Banken sehr weitgehende Sicherheiten einräumt: Neben Grundpfandrechten⁵⁵ werden bei Projektfinanzierungen üblicherweise sämtliche Einkünfte der Projektgesellschaft den Banken sicherheitshalber zediert und die Aktien der Projektgesellschaft sowie deren Konten den Banken verpfändet⁵⁶. Zudem sieht der Kreditvertrag vielfältige Einflussmöglichkeiten der Banken vor. Diese Finanzierungsbedingungen, die bei einer Immobilienfinanzierung durch eine Privatperson den Tatbestand von Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV erfüllen dürften, sind Projektfinanzierungen inhärent und werden unterschiedslos von in- und ausländischen Banken gefordert. Mit anderen Worten: Die hohe LTV und die weitgehenden Sicherheiten und Einflussmöglichkeiten der Banken bei einer Projektfinanzierung führen nicht zu einer besonderen Abhängigkeit des Kreditnehmers im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV, weil Schweizer Banken diese Kredite zu vergleichbaren Konditionen einräumen. Projektfinanzierungen durch Auslandsbanken erfüllen folglich das rechtsgeschäftliche Element nicht. Analoges gilt für die Sicherheitenstruktur von Forfaitierungen und Anleihefinanzierungen.

2.6. Ergebnis

Als Ergebnis kann man festhalten, dass bei PPP-Projekten das rechtsgeschäftliche Element nur erfüllt ist, wenn der private Partner das Grundstück zu Eigentum oder als Baurecht erwirbt, nicht jedoch bei der Einräumung einer Sondernutzungskonzession durch das Gemeinwesen. Trotz der weitgehenden Sicherungs- und Einwirkungsrechte sind strukturierte Finanzierungsformen wie Projektfinanzierung, Forfaitierung oder Anleihen nicht unter das rechtsgeschäftliche Element zu subsumieren. Beim Erwerb von Anteilen an (Wohn-)Immobilien Gesellschaften ist das rechtsgeschäftliche Element dagegen erfüllt.

⁴⁹ Auch Step-in-Recht genannt; vgl. dazu im Zusammenhang mit Projektfinanzierungen: REHM (FN 13), 484 ff.

⁵⁰ Erweist sich die Ausübung des Eintrittsrechts als bewilligungspflichtig unter der Lex Koller, wäre zu prüfen, ob die Inanspruchnahme dieses Sicherungsrecht nicht im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. d BewG bewilligungsfähig ist. Gemäss dieser Bestimmung wird eine Bewilligung erteilt, wenn der Erwerb «zur Deckung pfandgesicherter Forderungen ausländischer und ausländisch beherrschter, in der Schweiz zum Geschäftsbetrieb zugelassener Banken und Versicherungseinrichtungen in Zwangsverwertungen und Liquidationsvergleichen» dient. Aus teleologischer Sicht ist auch das Eintrittsrecht unter diesen Bewilligungstatbestand zu subsumieren.

⁵¹ Loan to value ratio (LTV).

⁵² MARC BERNHEIM, Die Finanzierung von Grundstückskäufen durch Personen im Ausland, Diss. Zürich 1993, 130 ff., 139.

⁵³ Vgl. GEORG D. BRAUNE, in: Frank Littwin/Franz-Josef Schöne (Hrsg.), Public Private Partnership im öffentlichen Hochbau, Stuttgart 2006, N 426. Gemäss PETER SESTER/CHRISTIAN BUNSEN, in: Martin Weber/Michael Schäfer/Friedrich Ludwig Hausmann (Hrsg.), Praxishandbuch Public Private Partnership, München 2006, 439, liess sich – zumindest bis 2006 – der Praxis eine Untergrenze von 5 % und eine Obergrenze von 20 % Eigenkapital entnehmen.

⁵⁴ Bundesamt für Justiz, Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland – Wegleitung für die Grundbuchämter, Bern 2009, («Wegleitung»), N 77 (<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/grundstueckerwerb.Par.0007.File.tmp/lex-d.pdf>, besucht am 21. Juni 2010). Diese Position des Bundesamtes für Justiz stösst in der Literatur auf Zustimmung, vgl. etwa JACQUES TISSOT, Questions choisies en matière de LFAIE, in: ZBGR 87 (2006), 68 ff., 69 f., der allerdings die Meinung vertritt, dass für Nicht-Banken grundsätzlich die erwähnte 80 %-Schwelle gelten muss.

⁵⁵ Grundpfandrechte spielen in PPP-Projekten naturgemäss eine untergeordnete Rolle, weil die Infrastrukturanlagen nicht pfändbar sind, soweit sie Verwaltungsvermögen bilden.

⁵⁶ Zur Sicherheitenstruktur vgl. REHM (FN 13), 329 ff.

3. Objektbezogenes Element der Bewilligungspflicht

3.1. Allgemeines

Die schwierigsten Fragen im Spannungsfeld von PPP und Lex Koller stellen sich bei der dritten Voraussetzung der Bewilligungspflicht, dem objektbezogenen Element. Hier geht es um die Frage, ob das Erwerbsobjekt im Sinne der Lex Koller als bewilligungspflichtig zu qualifizieren ist.

Bewilligungspflichtige Erwerbsobjekte sind primär Wohnliegenschaften und unüberbautes Bauland (Landreserven) sowie Gesellschaften, deren Aktiven überwiegend aus bewilligungspflichtigen Erwerbsobjekten bestehen⁵⁷.

Ein bewilligungsfreier Erwerb ist gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG möglich bei Grundstücken, die «als ständige Betriebsstätte eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerksbetriebes oder eines freien Berufes» dienen.

3.2. Wohnnutzung

Reine Wohnnutzungen sind bei Infrastruktur-PPP per definitionem ausgeschlossen. Denkbar sind jedoch Projekte mit gemischter Nutzung, das heisst, wenn eine Infrastruktur-Anlage zusammen mit Wohnimmobilien realisiert werden soll.

Für den Erwerb eines gemischt genutzten Grundstücks sind Wohnanteile von bis zu 10 % aus Lex Koller Sicht unproblematisch. Die zulässige Wohnanteilquote beim Erwerb einer Immobiliengesellschaft im Rahmen eines share deal⁵⁸ ist umstritten, in der Praxis hat sich – den überzeugenden Argumenten für eine höhere Schwelle zum Trotz⁵⁹ – ein maximaler Anteil von 20–30 % durchgesetzt⁶⁰.

3.3. Landreserven

Der Erwerb von Landreserven kann unabhängig von der Nutzungsmöglichkeit des Grundstücks das objektbezogene Element erfüllen⁶¹. Landreserven im Umfang von einem Drittel des Grundstücks gelten dabei gemäss Art. 18a Abs. 1 lit. c BewV (e contrario) als unproblematisch. Übersteigen die Landreserven diesen Wert, ist im Einzelfall abzuklären, ob die Landreserven grösser sind, als es der Verwendungszweck erfordert⁶². Sollen also bei einem PPP-Projekt zur Sicherstellung eines späteren Ausbaus Baulandreserven von mehr als einem Drittel erworben werden, muss die Zulässigkeit dieses Erwerbs unter Lex Koller Aspekten vorgängig bei den Bewilligungsbehörden geklärt werden.

3.4. Kommerziell genutzte Grundstücke

Das objektbezogene Element der Bewilligungspflicht entfällt zum vornherein, wenn die entsprechenden Infrastrukturanlagen vom privaten Partner als Betriebsstätte genutzt werden. Dies ist beim Konzessionsmodell, bei dem die Entschädigung der Projektgesellschaft in Nutzerentgelten besteht, stets der Fall. Auch beim Gesellschaftsmodell sind die Infrastrukturanlagen meistens als selbstgenutzte Betriebsstätten zu qualifizieren. Das objektbezogene Element der Bewilligungspflicht ist daher nicht erfüllt, sofern die Gesellschaft nicht noch über weitere, betriebsfremde Liegenschaften verfügt.

Auf den ersten Blick scheint auch bei den Betreibermodellen das objektbezogene Element unproblematisch zu sein: Wenn die Projektgesellschaft dem Gemeinwesen Infrastruktur zur Verfügung stellt, diese betreibt und dafür entschädigt

⁵⁷ Zu diesen sogenannten Immobiliengesellschaften im engen Sinne vgl. etwa GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 17), N 166, Urs BAUMGARTNER/MATTHIAS HAUSER, Erwerb von Beteiligungen an Gesellschaften mit Immobilienbesitz durch Ausländer – Bemerkungen zur Revision der Lex Friedrich vom 30. April 1997, SZW 1999, 87 ff., 89, RALPH MALACRIDA, Unternehmensübernahmen im Lichte der Lex Koller, AJP/PJA 1998, 1187 ff., insb. 1190.

⁵⁸ Ein share deal ist bei einer PPP allerdings erst in einer späteren Projektphase denkbar, wenn die Eigenkapitalgeber ausgetauscht werden, was unter den Projektverträgen ohnehin gewissen Beschränkungen unterliegt.

⁵⁹ Gemäss BAUMGARTNER/HÄUSER (FN 57), 89, und MALACRIDA (FN 57), 1187 ff., ist erst dann von einer Immobilien-gesellschaft im engen Sinne auszugehen, wenn die relevanten Wohnanteile mehr als die Hälfte der gesamten Aktiven der Gesellschaft ausmachen. Diese Lehrmeinung stützt sich auf die Überlegung, dass gemäss der Lex Friedrich eine Immobiliengesellschaft im engen Sinne dann vorlag, wenn deren Vermögen zu mehr als 50 % aus Grundstücken bestand oder bestehen sollte. Ausserdem unterstand gemäss der Lex Friedrich der Erwerb jeglichen Grundstückes in der Schweiz durch eine Person im Ausland der Bewilligungspflicht. Durch das geltende BewG sei

der Begriff des bewilligungspflichtigen Grundstückes erheblich eingeeengt worden, indem unter anderem Betriebsstättengrundstücke von der Bewilligungspflicht befreit wurden. Nach dieser Lehrmeinung kann daher von einer Immobiliengesellschaft im engen Sinne nur gesprochen werden, wenn mehr als 50 % der Gesamtaktiven der betreffenden Gesellschaften aus relevanten Wohnanteilen besteht.

⁶⁰ Ein maximaler Wohnanteil von 30 % der Gesellschaftsaktiven wird vertreten durch GEISSMANN/HUBER/WETZEL, (FN 17), N 172 und CHRISTOPH BANDLI, Die Revision der Lex Friedrich vom 30. April 1997 – Impulse für die Bauwirtschaft?, Baurecht 1998, 32 ff., Diese Autoren stellen auf eine Analogie zu dem durch die Revision gestrichenen Art. 4 Abs. 1 Bst. d BewG ab. Gemäss dieser Bestimmung löste der Erwerb eines Anteils an einer juristischen Person eine Bewilligungspflicht erst dann aus, wenn deren Aktiven zu mehr als einem Drittel aus Grundstücken in der Schweiz bestanden. Die genannten Autoren leiten daraus ab, dass eine Bewilligungspflicht beim Erwerb einer Gesellschaft nur dann zur Diskussion stehen kann, wenn die bewilligungspflichtigen Einheiten mindestens einen Drittel der Aktiven der gesamten Gesellschaft ausmachen.

⁶¹ GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 17), N 121.

⁶² Dies folgt aus Art. 12 lit. b BewG, wonach die Bewilligung auf jeden Fall verweigert wird, wenn die Fläche grösser ist, als es der Verwendungszweck erfordert.

wird, ist seine Stellung mit jener eines Eigentümers einer kommerziell genutzten Liegenschaft vergleichbar. Indessen ist der allgemeine Grundsatz, dass der Erwerb von kommerziell genutzten Liegenschaften⁶³ bewilligungsfrei möglich ist, vom Bundesgericht in einem für die Infrastruktur-PPP wesentlichen Aspekt relativiert worden: In einem Entscheid vom 28. Januar 2000⁶⁴ qualifizierte das Bundesgericht den Kauf einer Liegenschaft, die zu 85 % an die öffentliche Hand vermietet war, als bewilligungspflichtiges Rechtsgeschäft. Nachdem bei Infrastruktur-PPP definitionsgemäss der private Partner der öffentlichen Hand Infrastruktur zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zur Verfügung stellt, ist dieser Entscheid für das Konfliktfeld PPP und Lex Koller von einiger Brisanz; er soll deshalb im Folgenden einer vertieften Analyse unterzogen werden.

3.5. Der *Entscheid Moritz*: Verwaltungstätigkeit als bewilligungspflichtige Nutzung im Sinne der Lex Koller?

a. Ausgangslage

Ausgangspunkt des *Entscheids Moritz* bildete die Absicht der Moritz Ltd. – unbestrittenermassen eine Person im Ausland im Sinne der Lex Koller –, eine Liegenschaft zu erwerben, bei der rund 85 % der Mietfläche an den Kanton Freiburg vermietet waren, der dort verschiedene Dienststellen wie die Kantonspolizei, das Grundbuchamt, das Kreisgericht, das Betreibungsamt und das Forstinspektorat einrichtete. Die restliche Mietfläche wurde von zwei Geschäften, einem privaten Büro und den gemeinsam benutzten Teilen der Liegenschaft beansprucht. Die Moritz Ltd. gelangte auf Veranlassung der zuständigen Grundbuchverwalterin an die Kommission des Kantons Freiburg für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, die mit Verfügung vom 1. Juli 1998 die Bewilligungspflicht im Sinne der Lex Koller bejahte.

Das Bundesgericht schützte diesen Entscheid letztinstanzlich; es argumentierte dabei primär mit dem Wortlaut der Lex Koller und dem Willen des historischen Gesetzgebers sowie mit verwaltungsorganisatorischen Überlegungen⁶⁵.

b. Grammatikalische Auslegung

Nach Meinung des Bundesgerichts umfasste der in die Lex Friedrich eingeführte Begriff der ständigen Betriebsstätte

nicht auch Verwaltungstätigkeit – und dies habe der Gesetzgeber bei der Novelle 1997 nicht ändern wollen.

Bei einer grammatikalischen Auslegung fällt in der Tat auf, dass der Gesetzgeber bei der Novelle 1997 den Begriff der Betriebsstätte unverändert in die Lex Koller überführte. Die Schlussfolgerungen, die das Bundesgericht daraus zieht, greifen indessen zu kurz:

- Zunächst berücksichtigt das Bundesgericht die näheren Umstände des Gesetzgebungsverfahrens der Novelle 1997 zu wenig. Es sollten die unbestrittenen Teile der Revisionsvorlage 1994 umgesetzt werden⁶⁶. Gesetzgebungstechnisch führte dies dazu, dass man bei der Novelle 1997 möglichst zurückhaltend in den bisherigen Gesetzestext eingriff⁶⁷. Diesem Grundsatz folgend verzichtete man auf die Terminologie der Revisionsvorlage 1994, welche Dienstleistungs- und Finanztätigkeit explizit in den Betriebsstättenbegriff einschloss⁶⁸, und übernahm stattdessen den Begriff der Betriebsstätte der Lex Friedrich. Dies dürfte aber mehr mit der vorgegebenen Gesetzgebungsmethodik im Zusammenhang stehen als mit einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung, welche auf den Ausschluss von Verwaltungstätigkeiten zielte.
- Die These einer inhaltlich unveränderten Überführung des Betriebsstättenbegriffs der Lex Friedrich lässt sich bei näherer Betrachtung denn auch nicht aufrecht erhalten: Die Lex Koller erlaubt nicht nur den bewilligungsfreien Erwerb von selbstgenutzten Betriebsstätten⁶⁹, sondern ermöglicht neu, dass Personen im Ausland nunmehr solche Grundstücke auch als reine Kapitalanlagen erwerben können. Mit dem bewilligungsfreien Erwerb kommerziell genutzter Grundstücke vollzog die Lex Koller einen eigentlichen Paradigmawechsel. Trotz seiner weitreichenden praktischen Bedeutung fand jedoch dieser Entscheid, reine Kapitalanlagen zuzulassen, keinen expliziten Niederschlag im Gesetzeswortlaut der Lex Koller. In der Botschaft 1997 heisst es dazu einigermaßen lapidar: Nach Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG «sind Personen im Ausland von der Bewilligungspflicht befreit, wenn sie ein Grundstück erwerben, das der Ausübung einer wirt-

⁶⁶ Botschaft 1997 (FN 21), 1245.

⁶⁷ GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 17), N 23.

⁶⁸ In der Revisionsvorlage 1994 war durchwegs von Grundstücken, die der «Ausübung einer Industrie-, Gewerbe-, Dienstleistungs- oder Finanztätigkeit, eines Handwerksbetriebes oder eines freien Berufes» dienen, die Rede; vgl. etwa Art. 2, 3 und 8 Revisionsvorlage 1994. Verwaltungstätigkeit – auch hoheitliche – lässt sich ohne Weiteres unter diese Begrifflichkeit subsumieren, was bei der Revisionsvorlage 1994 auch beabsichtigt war.

⁶⁹ Wie dies bei der Lex Friedrich der Fall war – mit der Präzisierung, dass unter der Ägide der Lex Friedrich die Selbstnutzung einer Betriebsstätte einen Bewilligungsgrund darstellte, während eine Betriebsstätte unter der Lex Koller nunmehr bewilligungsfrei erworben werden kann; vgl. vorne III.2.

⁶³ Eingeschlossen dabei stets auch der Erwerb von Anteilen an Gesellschaften, deren Vermögen sich hauptsächlich aus kommerziell genutzten Liegenschaften zusammensetzt.

⁶⁴ Entscheid vom 28. Januar 2000 in Sachen *Moritz Ltd c. Kommission des Kantons Freiburg für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland*, Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg (2A.428/1999), teilweise publiziert in deutscher Übersetzung in *Prä 90* (2001) Nr. 6, 36 ff. (im Folgenden: «Entscheid Moritz»).

⁶⁵ Erw. 3 c bis e.

schaftlichen Tätigkeit eines Unternehmens dient. Wem das Unternehmen gehört, spielt keine Rolle. Das Grundstück kann von einer Person im Ausland auch als blosser Kapitalanlage erworben werden, sofern es einem Dritten für eine Geschäftstätigkeit vermietet oder verpachtet wird.» Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber hat die wohl grundlegendste Änderung der Novelle 1997 – der bewilligungsfreie Erwerb kommerziell genutzter Liegenschaften als Kapitalanlage – in den von der Lex Friedrich unverändert übernommenen Betriebsstättenbegriff «gepackt»⁷⁰. Der Betriebsstättenbegriff hat – obwohl terminologisch unverändert von der Lex Friedrich übernommen – im Rahmen der Lex Koller einen ganz anderen Bedeutungsgehalt erworben, indem darunter nunmehr auch Grundstücke fallen, die einem Investor als Kapitalanlage dienen⁷¹. Wenn der Gesetzgeber aber die bisherige Rechtslage derart fundamental ändert, ohne den Begriff der Betriebsstätte zu ändern, büsst die grammatikalische Argumentation des Bundesgerichts jegliche Überzeugungskraft ein.

Relevant ist für das Bundesgericht bei seiner grammatikalischen Interpretation sodann, ob die massgebliche Tätigkeit des Mieters kaufmännischer Art im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG sei. Im *Entscheid Moritz* verneinte es dies für die fragliche Verwaltungstätigkeit (Kantonspolizei, das Grundbuchamt, das Kreisgericht, das Betriebsamt und das Forstinspektorat). Hätte es sich um öffentliche Tätigkeiten gehandelt, die ebenso gut von einem Privatunternehmen ausgeführt werden könnten, wäre ein bewilligungsfreier Erwerb möglich gewesen⁷²; mit anderen Worten: Mietflächen gelten gemäss Bundesgericht als Betriebsstätten im Sinne von

Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG, wenn die dort ausgeübte Verwaltungstätigkeit «Privatisierungspotential» aufweist. Auch bei diesen Überlegungen kann dem Bundesgericht nicht gefolgt werden:

- Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG nimmt auf das «nach kaufmännischer Art» geführte Unternehmen Bezug. In diese Kategorie fallen Unternehmen, bei denen der Betrieb eine geordnete Buchhaltung nach kaufmännischen Grundsätzen erfordert respektive der Geschäftsgang eine gewisse Intensität und Komplexität erreicht⁷³; diese Voraussetzung ist bei Verwaltungstätigkeiten erfüllt⁷⁴. Eine Gewinnabsicht müssen nach kaufmännischer Art geführte Unternehmen dagegen nicht zwingend verfolgen⁷⁵.
- Mit der im Fusionsgesetz⁷⁶ vorausgesetzten Möglichkeit, «Institute des öffentlichen Rechts» im Handelsregister einzutragen, ist der grammatikalischen Auslegung des Bundesgerichts nunmehr vollständig der Boden entzogen: Aus der Legaldefinition in Art. 2 lit. d FusG folgt, dass «Institute des öffentlichen Rechts» ins Handelsregister eingetragen werden können, wenn es sich um organisatorisch verselbständigte Einrichtungen des öffentlichen Rechts des Bundes, der Kantone und der Gemeinden handelt, unabhängig davon, ob sie als juristische Personen ausgestaltet sind oder nicht. Es liesse sich nun aber nicht rechtfertigen, Mietflächen, die von derartigen im Handelsregister eingetragenen öffentlich-rechtlichen Instituten zur Ausübung ihrer Verwaltungstätigkeit beansprucht werden, nicht unter den Betriebsstättenbegriff gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG zu subsumieren. Weil aber letztlich mit entsprechender Organisationsstruktur jede Verwaltungseinheit die Voraussetzungen für einen Eintrag im Handelsregister als Institut des öffentlichen Rechts erfüllen könnte, sollte auf die dem *Entscheid Moritz* zugrunde liegende Unterscheidung zwischen kommerziell genutzten Mietflächen und solchen, die der Verwaltung zur Verfügung gestellt werden, verzichtet werden⁷⁷.

⁷⁰ Dass die Bewilligungsfreiheit von Kapitalanlagen auf diese Weise über die Botschaft in die Novelle 1997 eingeflossen ist, wurde denn auch im Rahmen der parlamentarischen Beratungen kritisiert (Minderheitsantrag Jean-Nils de Dardel, Amtl Bull N 1997 677, vgl. auch das Votum NR Jutzet, Amtl Bull N 1997 678).

⁷¹ Entsprechend sah sich der Bundesrat auch genötigt, den Betriebsstättenbegriff in Art. 3 BewV zu präzisieren: «Die Verwendung des Grundstückes für die Erstellung oder gewerbmässige Vermietung von Wohnraum, der nicht zu einem Hotel oder Apparthotel gehört, begründet keine Betriebsstätte im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchstabe a BewG»; Revision der BewV vom 10. September 1997 (AS 1997 2122). Laut GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 17), N 34 können mit der Lex Koller auch landwirtschaftliche Grundstücke bewilligungsfrei erworben werden, was ebenfalls belegt, dass der Betriebsstättenbegriff ausweitend zu verstehen ist.

⁷² Erw. 3 f: «L'activité administrative qui est déployée dans l'immeuble concerné n'a pas de caractère commercial, au sens de l'art. 2 al. 2 lettre a LFAIE. En particulier, il ne s'agit pas d'une activité publique qui pourrait tout aussi bien être effectuée par une entreprise privée, comme ce peut être le cas des services industriels d'une collectivité publique ou d'un établissement cantonal d'assurance.»

⁷³ THOMAS STEININGER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Eintragungspflicht von landwirtschaftlichen Betrieben in das Handelsregister, SZW 2009, 392 ff., 396 f.

⁷⁴ Zu beachten ist darüber hinaus, dass Bundesrat Koller die Führung eines kaufmännischen Gewerbes keineswegs als zwingendes Element einer Betriebsstätte ansieht: «Betroffen sind somit alle Grundstücke, die der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit dienen, d.h. vor allem dem Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes, eines Unternehmens, dienen» (Votum BR Koller, Amtl Bull N 1997, 679 [Hervorhebung hinzugefügt]).

⁷⁵ Vgl. dazu etwa ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, 10. A., Bern 2007, § 4 N 5 sowie N 43 f.

⁷⁶ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301).

⁷⁷ Dies gilt umso mehr, als die zusätzliche Differenzierung der von der Verwaltung genutzten Mietflächen nach dem «Privatisierungspotential» einer Verwaltungstätigkeit zu heiklen Abgrenzungsfragen führt, die sich zudem ausserhalb der gängigen

Entgegen den Ausführungen des Bundesgerichts zwingt die grammatikalische Auslegung folglich keineswegs dazu, den Erwerb von Mietflächen, welche für Verwaltungstätigkeit genutzt werden, dem Erwerb von Wohnraum gleichzusetzen. Namentlich die Ausdehnung des Betriebsstättenbegriffs auf reine Kapitalanlagen, die der Gesetzgeber bei der Revision 1997 vollzog, ist ein starkes Argument dafür, dass auch Verwaltungstätigkeiten Betriebsstätten im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG begründen⁷⁸.

c. Historische Auslegung

Neben der grammatikalischen Interpretation beruft sich das Bundesgericht ausserdem auf den (historischen) Willen des Gesetzgebers: Dieser habe nicht gewollt, dass mit der Novelle 1997 nur noch der Grundstückserwerb zu Wohnzwecken bewilligungspflichtig sei.

Auch diese zweite Argumentationslinie des Bundesgerichts hält einer näheren Überprüfung nicht stand: In der Botschaft 1994 stellte der Bundesrat explizit fest, dass die geplante Öffnung zur Folge habe, «dass für Personen im Ausland einzig noch die Kapitalanlage in Wohnbauten ausgeschlossen ist»⁷⁹. Aufgrund der Materialien ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei der Revision 1994 die «kommerzielle» Nutzung von Liegenschaften weit verstanden haben wollte⁸⁰. Der Entwurf 1994 strebte also – nota bene ohne dass dies je Widerstände ausgelöst hätte – genau jenen Systemwechsel an, den der Gesetzgeber gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts bei der Novelle 1997 angeblich verhindern wollte. Nachdem die Novelle 1997 wie mehrfach erwähnt die unbestrittenen Teile des Entwurfs 1994 – und damit auch den erwähnten Systemwechsel – umsetzen wollte, spricht indessen viel dafür, dass der Gesetzgeber mit der Novelle 1997 die Absicht verfolgte, dass inskünftig für Personen im Ausland einzig noch die Kapitalanlage in Wohnbauten ausgeschlossen ist⁸¹.

Mit Bezug auf den Willen des historischen Gesetzgebers verkennt das Bundesgericht sodann, dass die Novelle 1997 nicht zuletzt auch eine Vereinfachung der administrativen Abläufe anstrebte. In seinen praktischen Auswirkungen konterkariert der Entscheid Moritz dieses explizit deklarierte Ziel des Gesetzgebers geradezu: Wenn für die Abklärung der Bewilligungspflicht das «Privatisierungspotential» der ausgeübten Tätigkeiten geklärt werden muss, kann von administrativer Vereinfachung keine Rede sein. Administrativ ebenfalls nicht vereinfachend wäre die Konsequenz des *Entscheids Moritz*, dass ein Mieterwechsel oder sogar eine interne Reorganisation des bestehenden Mieters einen Konflikt mit der Lex Koller nach sich ziehen könnte.

Es zeigt sich also, dass der historische Gesetzgeber die «kommerzielle» Nutzung von Liegenschaften weit verstanden und – neben den Landreserven – allein Wohnliegenschaften weiterhin der Bewilligungspflicht unterstellt haben wollte⁸².

d. Verwaltungsorganisatorische Überlegungen des Bundesgerichts

Wenig reflektiert erscheint schliesslich die (teleologische) Argumentation des Bundesgerichts: Es sei nicht gleichgültig, wenn ein grosser Teil der von den Gemeinwesen zur Unterbringung ihrer Ämter gemieteten Immobilien – umso mehr, wenn es sich um besonders exponierte Ämterstellen wie die Polizei oder ein Gericht handelt – sich in ausländischen Händen konzentrierte⁸³.

Zu diesem verwaltungsorganisatorischen Postulat mag man sich stellen, wie man will; der Entscheid, in welchem Umfang sich das Gemeinwesen zur Erfüllung seiner Aufgaben in privaten Liegenschaften einmietet, fällt in die alleinige Kompetenz der Kantone⁸⁴. Der Bundesgesetzgeber – und damit die Lex Koller – darf hierzu keine Vorgaben machen⁸⁵.

e. Zwischenergebnis: Mietflächen zur Verwaltungsnutzung können bewilligungsfrei erworben werden

Die Erwägungen des Bundesgerichts im *Entscheid Moritz* vermögen nicht zu überzeugen. Vielmehr sprechen gewich-

Kategorien des Verwaltungsrechts bewegen. Diese praktischen Schwierigkeiten werden noch dadurch verstärkt, dass sich Behörden mit einem breiten Aufgabenbereich häufig kaum eindeutig einer der beiden Kategorien zuweisen lassen. Zum «Privatisierungspotential» vgl. auch hinten 3.5.

⁷⁸ Im Ergebnis ebenso FELIX SCHÖBI, Das Bundesgesetz über den Grundstückserwerb durch Personen im Ausland, in Alfred Koller, *Der Grundstückkauf*, 2. A., Bern 2001, 405 ff., N 12: «Unter das Bewilligungsgesetz fallen bloss noch jene Grundstücke, die *Wohnzwecken* dienen» (Hervorhebung im Original). SCHÖBI weist darauf hin, dass der Betriebsstättenbegriff im Rahmen der Revision 1997 seine ursprüngliche Bedeutung verloren hat.

⁷⁹ Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG, Lex Friedrich) vom 23. März 1994, BBl 1994 II 509 ff. (im Folgenden: «Botschaft 1994»), 535.

⁸⁰ Ebenso GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 17), N 134.

⁸¹ Bezeichnenderweise steht die gegenteilige These des Bundesgerichts betreffend den Willen des Gesetzgebers apodiktisch im Raum; eine Belegstelle in den Materialien ist nicht zitiert.

⁸² In diesem Sinne auch MALACRIDA (FN 57), 1189 und 1192. Dieses Ergebnis deckt sich im Übrigen mit der im Bereich der Immobilienfonds geltenden Regelung, wo der Gesetzgeber in Art. 86 KKV der Verordnung vom 22. November 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagenverordnung, KKV; SR 951.311) ausschliesslich zwei Nutzungsarten unterscheidet: die Wohnnutzung und die kommerzielle Nutzung. Die Zweiteilung der Immobilien in kommerziell genutzte Liegenschaften und Wohnimmobilien (ohne eine dritte Kategorie von Verwaltungsliegenschaften) liegt auch aus diesem Grund nahe.

⁸³ *Entscheid Moritz*, Erw. 3 f.

⁸⁴ Welche die entsprechende Kompetenz selbstverständlich weiter delegieren können.

⁸⁵ PIERRE MOOR, *Droit administratif*, Vol. III, Bern 1992, 43.

tige Argumente dafür, dass die Verwaltungstätigkeit generell unter Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG zu subsumieren ist und entsprechende Erwerbsobjekte wegen ihrer kommerziellen Ausrichtung bewilligungsfrei erworben werden können⁸⁶. Nach der hier vertretenen Ansicht entfällt damit das objektbezogene Element, soweit das konkrete PPP-Projekt keine oder bloss untergeordnete Wohnnutzung vorsieht und nicht mit dem Erwerb von unzulässigen Baulandreserven verbunden ist.

f. Hinweise zur Beurteilung von PPP-Projekten gemäss den bundesgerichtlichen Kriterien des *Entscheid Moritz*

Beurteilt man PPP-Projekte entgegen der hier vertretenen Meinung im Lichte der vom Bundesgericht im *Entscheid Moritz* entwickelten Kriterien, ist eine differenzierte Analyse des jeweiligen Projekts mit Bezug auf das objektbezogene Element erforderlich.

Gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts erfüllt nicht jede Verwaltungstätigkeit das objektbezogene Element der Bewilligungspflicht. Zu den Verwaltungstätigkeiten, welche auch gemäss den im *Entscheid Moritz* entwickelten Kriterien als kommerzielle Nutzung zu qualifizieren sind, gehören jene, die ebenso gut von einem Privatunternehmen ausgeführt werden könnten⁸⁷. Das PPP-Projekt müsste daher im Lichte der Kriterien des *Entscheids Moritz* in einem ersten Schritt dahingehend analysiert werden, ob die geplanten Verwaltungstätigkeiten «Privatisierungspotential» aufweisen. Mietflächen, die für solch «privatisierungsfähige» Verwaltungstätigkeiten zur Verfügung gestellt werden, gelten auch gemäss dem *Entscheid Moritz* als kommerziell genutzt.

Im Einzelfall wirft dieses «Privatisierungspotential» staatlicher Aufgaben schwierige staats- und verwaltungsrechtliche Fragen auf⁸⁸. Auf die «klassischen» Einsatzbereiche von PPP bezogen kann man aber zumindest festhalten, dass sicherlich das Bildungswesen (Unterrichtsräume) und das Gesundheitswesen (Spital- und Pflegeinfrastruktur) Privatisierungspotential aufweisen (und das objektbezogene Element damit entfällt), während der Betrieb von Strafvollzugsanstalten und gewisse polizeiliche Aufgaben nach heutigem Verständnis nicht Privaten übertragen werden dürfen⁸⁹.

Im *Entscheid Moritz* weist das Bundesgericht ausserdem auf die Tendenz hin, in den dafür geeigneten Verwaltungszweigen neue Leitungsarten einzuführen, die eine gewisse Spanne Finanzierungsautonomie und eine Verpflichtung zu mindestens teilweiser Eigenfinanzierung zur Folge haben⁹⁰. Damit scheint das Bundesgericht davon auszugehen, dass Verwaltungstätigkeiten, die ein Mindestmass an Finanzierungsautonomie und Eigenfinanzierungsgrad aufweisen, als kommerzielle Tätigkeiten im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG zu qualifizieren sind. Im Einzelnen bleiben betreffend Finanzierungsautonomie der Verwaltungsbehörde jedoch viele Fragen offen.

Im Lichte des *Entscheids Moritz* wäre sodann der zulässige Umfang bewilligungspflichtiger Verwaltungstätigkeit zu klären. Im konkreten Fall ging das Bundesgericht von bewilligungspflichtigen Verwaltungstätigkeiten im Umfang von 85 % der Mietfläche aus und bejahte das objektbezogene Element ohne Weiteres. Offen blieb, wo die Schwelle anzusetzen wäre: In der Praxis kommen bei der Wohnnutzung als Faustregeln Grenzwerte von 10 % bei einem asset deal respektive von 20 bis 30 % bei einem share deal⁹¹ zur Anwendung. Inwieweit bei einer Verwaltungsnutzung weniger strenge Grenzwerte gelten würden, ist schwierig zu beurteilen.

Die Frage des zulässigen Umfangs erfährt überdies dadurch eine Verkomplizierung, als die Mietflächen – anders als etwa bei der Wohnnutzung – häufig für Mischformen von privatisierungsfähigen und nicht-privatisierungsfähigen Nutzungen zur Verfügung gestellt werden.

Zusammenfassend entfällt im Lichte der Kriterien, die das Bundesgericht im *Entscheid Moritz* entwickelt hat, das objektbezogene Element der Bewilligungspflicht zumindest dann, wenn die Infrastrukturanlagen, die im Rahmen der PPP realisiert werden, Verwaltungsbehörden zur Verfügung gestellt, die eine privatisierungsfähige Tätigkeit ausüben oder einen hohen Eigenfinanzierungsgrad aufweisen. Weil es sich jedoch bei diesen beiden Elementen um alles andere als um praxiserprobte Kategorien handelt, wäre es in vielen Fällen unumgänglich, durch ein Ruling Klarheit über die Bewilligungspflicht zu schaffen.

⁸⁶ Dies entspricht auch der Praxis verschiedener Lex Koller-Bewilligungsbehörden, welche dem Bundesgericht in dieser Frage richtigerweise die Gefolgschaft verweigern.

⁸⁷ «... une activité publique qui pourrait tout aussi bien être effectuée par une entreprise privée, comme ce peut être le cas des services industriels d'une collectivité publique ou d'un établissement cantonal d'assurance.»

⁸⁸ Dazu etwa ANDREAS MÜLLER, Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien von Privatisierungen, AJP/PJA 1998, 65 ff.

⁸⁹ Aufgaben, deren Erfüllung untrennbar mit dem staatlichen Gewaltmonopol verbunden ist, dürfen nicht privatisiert werden; vgl. dazu ausführlich WALTER KÄLIN/ANDREAS LIENHARD/JUDITH WYTTENBACH, Auslagerung von sicherheitspolizeili-

chen Aufgaben, ZSR, Beiheft 46, Basel 2007. Die Komplexität des Entscheids, welche öffentlichen Aufgaben in welcher Rechtsform auch auf Private ausgelagert werden können, illustriert etwa auch der Bericht des Bundesrats zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13. September 2006 (BBl 2006 8233); das «Privatisierungspotential», auf das sich das Bundesgericht im *Entscheid Moritz* bezieht, ist als Kriterium für oder gegen die Bewilligungspflicht nach dem BewG denkbar ungeeignet und schafft Rechtsunsicherheit.

⁹⁰ Erw. 3 f: «une tendance à introduire, dans les branches de l'administration qui s'y prêtent, de nouveaux types de gestion impliquant une certaine marge d'autonomie financière et une contrainte d'autofinancement au moins partiel.»

⁹¹ Vorne 3.4.

3.6. Ergebnis

Das objektbezogene Element ist immer dann erfüllt, wenn der fragliche Erwerbsgegenstand primär Wohnzwecken oder als Landreserve dient. Beides dürfte bei PPP-Projekten nur ausnahmsweise der Fall sein.

Folgt man der hier vertretenen Auslegung der Lex Koller und subsumiert Liegenschaften, welche ganz oder teilweise der öffentlichen Hand zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben zur Verfügung gestellt werden, unter die Kategorie der kommerziell genutzten Liegenschaften, entfällt in allen anderen Konstellationen das objektbezogene Element bei PPP-Projekten, so dass keine Lex Koller Bewilligung erforderlich ist.

Wendet man jedoch die Kriterien an, die das Bundesgericht im *Entscheid Moritz* entwickelt hat, ist bei Liegenschaften, welche zu Verwaltungszwecken genutzt werden, das objektbezogene Element erfüllt, ausser es handle sich um eine privatisierungsfähige Tätigkeit oder die entsprechende Verwaltungseinheit weise einen hohen Eigenfinanzierungsgrad auf.

V. Fazit

Die Realisierung von Infrastruktur-PPP erfordert ein Ausschliesslichkeitsrecht an Grundstücken. Dieses Ausschliesslichkeitsrecht kann aufgrund von Grundeigentum bestehen oder mittels Konzession eingeräumt werden. Beteiligt sich auf der Seite des privaten Partners eine Person im Ausland am Projekt, könnte das folglich zu Konflikten mit der Lex Koller führen.

Eine Bewilligungspflicht gemäss Lex Koller besteht, wenn kumulativ drei Tatbestandselemente erfüllt sind:

- Beim Erwerber muss es sich um eine Person im Ausland im Sinne des BewG handeln (*subjektives Element*);
- das erworbene Recht muss als Erwerb eines Grundstücks im Sinne des BewG gelten (*rechtsgeschäftliches Element*), und
- der Gegenstand des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes muss ein bewilligungspflichtiges Grundstück oder einen Anteil an einer Immobiliengesellschaft im engen Sinne beschlagen (*objektbezogenes Element*).

Das subjektive Element erfüllen unter anderem juristische Personen, die ausländisch beherrscht sind. Die Beherrschung wird bereits ab einer Beteiligung von einem Drittel des Gesellschaftskapitals vermutet – eine Schwelle, die bei der Beteiligung von Personen im Ausland auf der privaten Seite häufig überschritten werden wird, weil mit der Realisierung einer Infrastruktur-PPP in der Regel eine Projektgesellschaft in Form eines Special Purpose Vehicle betraut wird, bei der jeder Sponsor einen substantiellen Anteil des Gesellschaftskapitals hält. Bei einer PPP unter Beteiligung von Personen im Ausland wird das subjektive Element der Bewilligungspflicht daher regelmässig erfüllt sein.

Mit Bezug auf das objektbezogene und das rechtsgeschäftliche Element der Bewilligungspflicht lassen sich die

Ergebnisse der vorliegenden Analyse in tabellarischer Form wie folgt zusammenfassen:

Objektbezogen \ Rechtsgeschäftlich	Eigentum	Baurecht	Miete	Konzession	Finanzierung
Wohnnutzung < 10 %	Nein	Nein	Nein	Nein	Nein
Wohnnutzung > 10 %	Ja	Ja	Nein	Nein	Nein
Landreserven < 30 %	Nein	Nein	Nein	Nein	Nein
Landreserven > 30 %	Ja	Ja	Nein	Nein	Nein
Verwaltungsnutzung – Privatisierungsfähig	Nein	Nein	Nein	Nein	Nein
– Nicht-privatisierungsfähig	Umstritten	Umstritten	Nein	Nein	Nein

PPP-Projekte sind im Lichte der Lex Koller also in jedem Fall dann unproblematisch, wenn dem privaten Partner das erforderliche Grundstück im Rahmen eines Miet- oder eines Konzessionsverhältnisses zur Verfügung gestellt wird. Auch die Finanzierung eines PPP-Projekts durch eine Auslandsbank gerät selbst bei einem sehr hohen Fremdkapitalanteil nicht in Konflikt mit der Lex Koller.

Erwirbt der private Partner hingegen Grundeigentum oder ein Baurecht am fraglichen Grundstück, so ist das PPP-Projekt dann bewilligungspflichtig, wenn gleichzeitig Landreserven von über 30 % erworben werden müssen oder eine Wohnnutzung von über 10 % vorgesehen ist. Im Hauptanwendungsfall der Nutzung der PPP-Infrastruktur zu Verwaltungszwecken gilt es demgegenüber zu differenzieren: Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Verwaltungsnutzung als kommerzielle Nutzung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 BewG zu qualifizieren, so dass eine Bewilligungspflicht zum vornherein generell entfällt. Beurteilt man die Bewilligungspflicht indessen nach den vom Bundesgericht im *Entscheid Moritz* dargelegten Kriterien, können nur PPP im Zusammenhang mit privatisierungsfähigen Tätigkeiten (Konzessionsmodell, Schul- und Spitalinfrastruktur) bewilligungsfrei realisiert werden.

Le présent article s'attache à la question de savoir dans quelle mesure la Lex Koller pose des limites en Suisse à la réalisation d'un partenariat public-privé (PPP) dans le domaine des infrastructures. L'arrêt *Moritz* revêt à ce titre une importance centrale, le Tribunal fédéral ayant statué que l'acquisition d'immeubles affectés à des tâches administratives était soumise au régime de l'autorisation.

Cet arrêt ne résiste pas à une analyse plus approfondie; selon l'opinion défendue ici, les PPP pour les infrastructures – hormis les projets avec un quota élevé de logements ou de grandes superficies de réserve – ne posent donc pas de problèmes au regard de la Lex Koller.

Si, en revanche, l'on juge le régime de l'autorisation selon les critères présentés par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Moritz*, la Lex Koller n'autorise la réalisation d'une infrastructure PPP liée à des tâches publiques ne pouvant être privatisées en échappant au régime de l'autorisation que si la collectivité reste propriétaire (concession d'usage privatif).

(trad. LT LAW-TANK, Berne)