

Fabiano Menghini* / Noémie Ammann** / Sandro Furrer***

Lex Koller und nachrangige Private Debt-Finanzierungen¹

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Verhältnis zur subjektiven Bewilligungspflicht
- III. Finanzierungsbegriff
- IV. Umgehungstatbestand nach Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG
 1. Rechtshistorische Entwicklung
 2. Zweck
 3. Wirtschaftliche Betrachtungsweise
 4. Eigentümerähnliche Stellung
- V. Finanzierungstatbestand i.S.v. Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV
 1. Finanzierung des Kaufs oder der Überbauung eines Grundstücks
 2. Von der Verordnung vorgegebene Kriterien
 - 2.1. Abreden
 - 2.2. Höhe der Kredite
 - 2.3. Vermögensverhältnisse des Schuldners
- VI. Nachrangige Hypothekendarfinanzierungen im Besonderen
 1. Problemstellung
 2. Eigenmittel des Schuldners
 3. Höhe des nachrangigen Kredits
 4. Würdigung
- VII. Fazit und Empfehlungen

I. Einleitung

Das schweizerische Hypothekengeschäft wird von Banken dominiert.² Die 2019 revidierte Selbstregulierung der Schweizerischen Bankiervereinigung führte bei Renditeobjekten zu tieferen Kredithöhen.³ Obwohl die Selbstregulierung per 1. Januar 2025 von den Basel-III-Standards

abgelöst wurde,⁴ ist davon auszugehen, dass die Banken aufgrund der höheren Eigenkapitalanforderungen Hypotheken restriktiver vergeben. So zeichnet sich eine Kreditklemme ab, wobei Hypotheken (bei Renditeobjekten) teurer werden. Durch die restriktivere Selektion der Banken und die fortschreitende Digitalisierung⁵ etablieren sich neue Anbieter, welche die entstehenden Finanzierungslücken schliessen. Private Debt-Finanzierer bieten nachrangige Hypothekendarfinanzierungen an, die von den Banken nicht (mehr) vergeben werden. Gewähren Personen im Ausland solche Finanzierungen, stellt sich unweigerlich die Frage der Bewilligungspflicht nach der Lex Koller.

Der vorliegende Beitrag untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen nachrangige Hypothekendarfinanzierungen (insb. Private Debt) unter den «Finanzierungstatbestand» i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG⁶ i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV⁷ fallen. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, wie der in der Praxis oft verwendete «Schwellenwert» anzuwenden ist. Diese Praxis besagt, dass Grundstückfinanzierungen durch Personen im Ausland grundsätzlich bewilligungspflichtig sind, wenn sie die Schwelle von zwei Drittel bis 80 % Loan to value-Ratio (Verhältnis zwischen der ausstehenden Kredithöhe und dem Verkehrswert des Grundstücks, nachfolgend «LTV-Ratio»)⁸ übersteigen (vgl. Ziff. V.2.2). Für Private Debt-Finanzierungen stellt sich die Frage, ob auf die Höhe der Finanzierung durch Personen im Ausland oder ob auf die vom Schuldner eingebrachten Eigenmittel abzustellen ist. Nach der hier vertretenen Auffassung hat der Umgehungstatbestand nach Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG Ausnahmecharakter, weshalb auch nachrangige

* FABIANO MENGhini, LL.M., Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, ist Partner bei Niederer Kraft Frey AG in Zürich.

** NOÉMIE AMMANN, ist Rechtsanwältin bei Niederer Kraft Frey AG in Zürich.

*** SANDRO FURRER, BLaw, ist studentischer Mitarbeiter bei Niederer Kraft Frey AG in Zürich.

¹ Der vorliegende Aufsatz basiert in Teilen auf der Mitte September 2025 eingereichten Forschungsarbeit von Sandro Furrer an der Universität Freiburg i.Ue. zur Grundstückfinanzierung durch Personen im Ausland, unter besonderer Berücksichtigung von nachrangigen Pfandrechten. Stichtag für die Literatur ist der 18. Dezember 2025.

² Das zeigt sich an einem Marktanteil von 94.6 % im Jahr 2019, Risikomonitor der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) vom 18. November 2024, 7.

³ Vgl. Abbildung 1 in Ziff. VI.4; Schweizerische Nationalbank, Bericht zur Finanzstabilität 2024, September 2024, 39.

⁴ Risikomonitor der FINMA (FN 2), 7.

⁵ DIETRICH ANDREAS/LENGWILER CHRISTOPH/PASSARDI MARCO/AMREIN SIMON, IFZ Retail Banking-Studie 2020, Luzern 2020, 20, welche das Aufkommen von alternativen Anbietern mit der fortschreitenden Digitalisierung verknüpfen.

⁶ Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG; SR 211.412.41).

⁷ Verordnung vom 1. Oktober 1984 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewV; SR 211.412.411).

⁸ Vgl. zum Begriff BIENERT SVEN, Projektfinanzierung in der Immobilienwirtschaft, Dynamische Veränderungen der Rahmenbedingungen und Auswirkungen von Basel II, Diss. Freiburg i.Br., Wiesbaden 2005, 194 f.; vgl. auch BOEMLE et al. (FN 9), 557.

Grundstückfinanzierungen nur ausnahmsweise der Bewilligungspflicht unterliegen müssten.

Aus wirtschaftlicher Sicht ist für die Nachrangigkeit eines Hypothekarkredits nicht auf die sachenrechtliche Pfandstelle abzustellen, sondern auf das höhere Risiko, welches der Gläubiger eingeht.⁹ Deshalb ist in diesem Beitrag nicht jeder Schuldbrief, der nicht an der ersten Pfandstelle gesichert ist, als «nachrangig» zu verstehen. Ein mit einem Grundpfand gesicherter Kredit ist dann nachrangig, wenn er mit dem vorrangigen Kredit zwei Drittel des Verkehrswerts des Grundstücks übersteigt. Mit anderen Worten erreichen die vorrangigen Kredite bereits eine LTV-Ratio von ca. 66 % und der nachrangige Kredit befindet sich in einem Bereich von ca. 66 % bis in der Regel 100 % LTV-Ratio.

Werden solche nachrangigen Hypothekarfinanzierungen durch Personen im Ausland angeboten, so stellt sich unweigerlich die Frage nach der Bewilligungspflicht im Sinne des BewG. Die Bewilligungspflicht des BewG erfordert, dass folgende drei kumulativen Kriterien erfüllt sind: (i) Der Erwerber muss eine Person im Ausland im Sinne des BewG sein (subjektive Bewilligungspflicht), (ii) der Gegenstand des Rechtsgeschäfts muss ein bewilligungspflichtiges Objekt darstellen (objektive Bewilligungspflicht nach dem Nutzungszweck des Grundstücks) und (iii) das erworbene Recht muss als Erwerb eines Grundstücks gelten (objektive Bewilligungspflicht nach der Art des Rechts).¹⁰

Für die Zwecke des vorliegenden Beitrags wird folgende Finanzierungsstruktur vorausgesetzt: Beim Käufer des bewilligungspflichtigen Grundstücks¹¹ handelt es sich um eine «inländische»¹² Person. Diese erwirbt ein bewilligungspflichtiges Grundstück und lässt dieses vorrangig durch eine inländische Person und nachrangig durch eine Person im Ausland finanzieren. Dabei beschränkt

sich die Finanzierungsstruktur nicht ausschliesslich auf den klassischen Erwerb eines Grundstücks. In der Praxis werden regelmässig Private Debt-Finanzierungen im Zusammenhang mit Projektentwicklungen angetroffen.

Erwirbt eine juristische Person mit Sitz in der Schweiz ein bewilligungspflichtiges Grundstück, ist darauf hinzuweisen, dass eine (nachrangige) (Hypothekar-)Finanzierung in der Praxis nicht nur unter dem Aspekt der objektiven Bewilligungspflicht nach der Art des Rechts geprüft werden muss. Vorfrageweise ist bei solchen Gesellschaften die beherrschende Stellung durch Personen im Ausland (Art. 5 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 6 BewG) zu prüfen.¹³ Wird die beherrschende Stellung bejaht, die namentlich durch der Gesellschaft gewährten Finanzierungen von Personen im Ausland begründet werden kann (vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. d BewG),¹⁴ so gilt die erwerbende Gesellschaft insgesamt als Person im Ausland. Dann ist die subjektive Bewilligungspflicht der Schuldnerin erfüllt und es handelt sich um einen direkten Erwerb eines Grundstücks durch eine Person im Ausland (eingehend dazu Ziff. II).¹⁵

Zunächst wird das Verhältnis zwischen der objektiven Bewilligungspflicht nach der Art des Rechts und der subjektiven Bewilligungspflicht (auf Ebene des Schuldners) dargestellt (Ziff. II). Dann wird der Finanzierungsbegriff skizziert (Ziff. III). Danach werden der Umgehungstatbestand nach Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG (Ziff. IV) und der Finanzierungstatbestand i.S.v. Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV (Ziff. V) untersucht. Die daraus resultierenden Ergebnisse werden auf nachrangige Hypothekarfinanzierungen angewandt (Ziff. VI). Abschliessend werden die Erkenntnisse zusammengefasst und ein Überblick über die Empfehlungen für die Praxis gegeben (Ziff. VII).

II. Verhältnis zur subjektiven Bewilligungspflicht

Wie die in der Einleitung dargestellte Finanzierungsstruktur zeigt, müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein, damit sich die Frage nach der objektiven Bewilligungspflicht nach der Art des Rechts nach Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG stellt. Beim Schuldner darf es sich nicht um eine Person im Ausland handeln, wenn dieser ein Grundstück erwirbt, da ansonsten der Schuldner die subjektive Bewilligungspflicht erfüllt und der finan-

⁹ BOEMLE MAX/GSELL MAX/JETZER JEAN-PIERRE/NYFFELER PAUL/THALMANN CHRISTIAN, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, 557.

¹⁰ MÜLLER-TSCHUMI THOMAS, PPP und Lex Koller, AJP 2010, 907 ff., 909; Merkblatt des Bundesamtes für Justiz zum Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 1. Juli 2009 (Stand 7. Januar 2025), 2; vgl. auch MENGHINI FABIANO/AMMANN NOÉMIE, Lex Koller in M&A-Transaktionen, GesKR 4/2022, 431 ff., 431.

¹¹ Betriebsstätten nach Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG können ohne Beschränkung finanziert werden; vgl. BGE 2C_168/2023 vom 5. Juni 2024 E. 5.4; vgl. auch GEISSMANN HANSPETER/HUBER FELIX/WETZEL THOMAS, Grundstückserwerb in der Schweiz durch Personen im Ausland, Von der Lex Friedrich zur Lex Koller, Überblick über die Revision 1997, Zürich 1998, N 132; ZWEIFEL THOMAS URS, Ausländische Investitionen in schweizerische Kapitalgesellschaften, Grenzen und Möglichkeiten ausländischer Eigen- und Fremdkapitalinvestitionen in schweizerische Kapitalgesellschaften im Lichte der Bewilligungspflicht unter dem BewG (Lex Koller), Diss. Freiburg i.Ue., Zürich/Genf 2025, N 569 und 847; EBERHARD PHILIPP, Grundstückskäufe in der Schweiz durch Personen im Ausland, SJZ 2022, 431 ff., 434; BBl 1997 II 1221 ff., 1262.

¹² Als Abgrenzung von der Person im Ausland i.S. des BewG. Jede Person, die nach BewG nicht als Person im Ausland zu qualifizieren ist, wird als inländische Person bezeichnet.

¹³ Vgl. zum Begriff der beherrschenden Stellung MENGHINI/AMMANN (FN 10), 433; vgl. auch EICHENBERGER RENÉ P., Die Behandlung des Aktienwerbes in der Lex Friedrich, Diss. Zürich, Dietikon 1992, 65 f.

¹⁴ Vgl. BGE 101 Ib 387 E. 4a; MÜHLEBACH URS/GEISSMANN HANSPETER, Lex F., Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Brugg/Baden 1986, N 18 zu Art. 6 BewG; GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 11), N 80.

¹⁵ Eine «inländische» Person darf ohne Beschränkungen Kredite gewähren; vgl. BGE 123 IV 167 E. 2e.

zierte Grundstückkauf nach Art. 4 Abs. 1 lit. a BewG der Bewilligungspflicht unterliegt (direkter Erwerb eines Grundstücks durch eine Person im Ausland). Die folgenden Ausführungen, die das Verhältnis zwischen subjektiver Bewilligungspflicht und objektiver Bewilligungspflicht nach der Art des Rechts aufzeigen, beziehen sich auf den Schuldner als juristische Person.

Als Person im Ausland gelten juristische Personen oder vermögensfähige Gesellschaften ohne juristische Persönlichkeit (nachfolgend vereinfacht «Gesellschaften»), die ihren statutarischen oder tatsächlichen Sitz in der Schweiz haben und in denen Personen im Ausland eine beherrschende Stellung innehaben (Art. 5 Abs. 1 lit. c BewG). Eine Person im Ausland hat eine beherrschende Stellung inne, wenn sie aufgrund ihrer finanziellen Beteiligung, ihres Stimmrechtes oder aus anderen Gründen allein oder gemeinsam mit anderen Personen im Ausland die Verwaltung oder Geschäftsführung entscheidend beeinflussen kann (Art. 6 Abs. 1 BewG). Dabei wird die Beherrschung einer juristischen Person durch Personen im Ausland vermutet, wenn diese der juristischen Person rückzahlbare Mittel zur Verfügung stellen, die mehr als die Hälfte der Differenz zwischen den Aktiven der juristischen Person und ihren Schulden gegenüber nicht bewilligungspflichtigen Personen ausmachen (Art. 6 Abs. 2 lit. d BewG).

Obwohl der Tatbestand der «eigentümerähnlichen Stellung» i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG (vgl. Ziff. IV) sehr nahe am Tatbestand der beherrschenden Stellung i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. d BewG ist, sind die beiden Fragen auseinanderzuhalten. Bei der «beherrschenden Stellung» stellt sich die Frage, ob eine Gesellschaft von einer Person im Ausland in einer Weise kontrolliert wird, dass diese selbst als Person im Ausland gilt. Bei der «eigentümerähnlichen Stellung» ist zu prüfen, ob der Gläubiger durch das Rechtsgeschäft (vorliegend durch die Finanzierung) die Kontrolle über das Grundstück erlangt.¹⁶

Bei Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz stellt sich die Frage des Finanzierungstatbestands erst subsidiär. Vorab ist die subjektive Bewilligungspflicht zu prüfen, da sich die Qualifikation des Schuldners bei einer beherrschenden Stellung nach Art. 5 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 6 Abs. 2 lit. d BewG aufgrund der Finanzierung durch die Person im Ausland ändern kann. Deshalb ist bei jedem Grundstückserwerb infolge einer (nachrangigen) Kreditfinanzierung einer Gesellschaft, zu prüfen, ob Personen im Ausland an der Gesellschaft eine beherrschende Stellung erlangt haben und die erwerbende Gesellschaft insgesamt als Person im Ausland gilt.¹⁷ Ist dies der Fall,

so erwirbt der Schuldner (als Person im Ausland) direkt ein Grundstück (Art. 4 Abs. 1 lit. a BewG), womit das Rechtsgeschäft der Bewilligungspflicht unterliegt. Erst wenn die subjektive Bewilligungspflicht verneint wird, stellt sich (subsidiär) die Frage nach dem Finanzierungstatbestand.¹⁸ Anders verhält es sich bei natürlichen Personen, deren subjektive Bewilligungspflicht «statisch» ist. Eine natürliche inländische Person bleibt, trotz hoher Schulden gegenüber ausländischen Personen, eine inländische Person.

III. Finanzierungsbegriff

Der Finanzierungsbegriff ist weit und es bestehen verschiedenste Begriffsdefinitionen.¹⁹ Allgemein gelten alle Massnahmen der Mittelbeschaffung und die damit zusammenhängenden Regelungen bezüglich Zahlungs-, Informations- und Kontrollrechten zwischen Gläubiger bzw. Kapitalgeber und Schuldner bzw. Kapitalnehmer als Finanzierung.²⁰ Das BewG erfasst nur Finanzierungen, bei denen die Fremdmittel durch einen Dritten über den Kredit- oder Kapitalmarkt zur Verfügung gestellt werden (sog. Aussenfinanzierungen).²¹

Der vorliegende Beitrag fokussiert sich auf Kreditfinanzierungen²² und damit auf alle Geschäfte, die die «zeitweilige Überlassung von Kaufkraft im Vertrauen auf die Rückzahlungswilligkeit» und -fähigkeit des Schuldners umfassen.²³ Da ein besonderer Fokus auf grundpfandgesicherte Kredite gelegt wird, spielt die Rückzahlungsfähigkeit wirtschaftlich eine kleinere Rolle, da

¹⁶ Zum Ganzen BGE 102 Ib 124 E. 3a; 106 Ib 199 E. 2a; MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), N 12 zu Art. 6 BewG.

¹⁷ Zum Begriff der beherrschenden Stellung EICHENBERGER (FN 13), 65 f.; MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), N 2 zu Art. 6 BewG; MENGHINI/AMMANN (FN 10), 432 f.; vgl. BGE 101 Ib 387 E. 4a.

¹⁸ Vgl. zu diesem Vorgehen BGE 106 Ib 199 E. 4; 102 Ib 124 E. 4; vgl. auch BERNHEIM MARC, Die Finanzierung von Grundstückskäufen durch Personen im Ausland, unter besonderer Berücksichtigung der Stellung von Auslandsbanken, Diss. Zürich 1993, 41.

¹⁹ HÖLSCHER REINHOLD, Investition, Finanzierung und Steuern, München 2010, 217; KUHN ANDRÉ, Die Finanzierung von Immobilien-Projektentwicklungen durch Anlagestiftungen, Diss. Bern, Zürich/Basel/Genf 2018, N 68.

²⁰ HELLERFORTH MICHAELA, Immobilieninvestition und -finanzierung kompakt, München 2008, 38; BECKER HANS PAUL/PEPPMEIER ARNO, Investition und Finanzierung, Grundlagen der betrieblichen Finanzwirtschaft, 9. Aufl., Wiesbaden 2022, 149; ALBISETTI EMILIO/BOEMLE MAX/EHRMANN PAUL/GSELL MAX/NYFFELER PAUL/RUTSCHI ERNST, Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 4. Aufl., Thun 1987, 293; BOMIO GIANNI, Das Feststellungsverfahren bei der AG gemäss dem Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Diss. Basel 1990, 218.

²¹ Vgl. zur Abgrenzung von der Innenfinanzierung BÖSCH MARTIN, Finanzwirtschaft, Investition, Finanzierung, Finanzmärkte und Steuerung, 5. Aufl., München 2022, 33 f.; HELLERFORTH (FN 20), 51; A. KUHN (FN 19), N 74; zum Begriff der Aussenfinanzierung statt vieler HUNZIKER STEFAN, Immobilienfinanzierung, in: Kurer/Maffioletti/Spoerri (Hrsg.), Handbuch zum Bauwesen, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, 219 ff., N 8.46.

²² Das umfasst Kontokorrentkredite oder Darlehen (auch Festkredite); vgl. ZOBL DIETER, Der Baukreditvertrag, BR 1987, 3 ff., 4. Nicht behandelt werden Anleihen.

²³ MAURENBRECHER BENEDIKT, Das verzinsliche Darlehen im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1995, 77.

der Grundstückswert die Bonität des Schuldners in den Hintergrund drängt.²⁴ Bei einem sehr hohen LTV-Ratio (über 100 % im Moment der Verwertung) kann die Zahlungsfähigkeit eine Rolle spielen, da bei der Verwertung der Kredit nicht mehr vollständig gedeckt ist. Für die Sicherung von Krediten mittels Grundpfands kann auf die Grundpfandverschreibung (Art. 824 ff. ZGB) oder auf den Schuldbrief (Art. 842 ff. ZGB) zurückgegriffen werden. In der Praxis ist die Verwendung von Schuldbriefen deutlich häufiger. Auch zur Sicherung von Private Debt-Grundstücksfinanzierungen werden typischerweise Schuldbriefe verwendet.

IV. Umgehungstatbestand nach Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG

Nach Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG gilt der Erwerb anderer Rechte, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie dem Eigentümer eines Grundstücks verschaffen, als Erwerb eines Grundstücks. Die Auslegung dieses Artikels erfordert einen Blick auf die rechtshistorische Entwicklung des BewG (Ziff. IV.1) und auf die Zwecksetzung (Ziff. IV.2). Bei der Auslegung kommt neben den klassischen juristischen Auslegungsmethoden die wirtschaftliche Betrachtungsweise hinzu (Ziff. IV.3).²⁵ Schliesslich wird auf das entscheidende Tatbestandsmerkmal eingegangen – die «eigentümerähnliche Stellung» (Ziff. IV.4).

1. Rechtshistorische Entwicklung

Die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland trat am 1. April 1961 zum ersten Mal in der Form eines dringlichen Bundesbeschlusses in Kraft (sog. «Lex von Moos», benannt nach dem damaligen Vorsteher des EJPD Bundesrat Ludwig von Moos; nachfolgend BewB 1961²⁶).²⁷ Der Bundesrat wollte die Bodenspekulation durch Personen im Ausland verhindern, die auf das Bevölkerungswachstum und die damit verbundenen Preissteigerungen zurückzuführen sei.²⁸ Art. 2 Abs. 1 BewB 1961 enthielt keine Bestimmung, wonach Finanzierungen der objektiven Bewilligungspflicht nach der Art des Rechts unterliegen (abgesehen von Beteiligungsfinanzierungen von Immo-

biliengesellschaften²⁹). Allerdings sah bereits Art. 11 Abs. 2 BewB 1961 einen Tatbestand vor, der Rechtsgeschäfte oder Nebenabreden, die der Umgehung der Bewilligungspflicht dienen, als nichtig erklärte. Als solche Geschäfte erachtete der Bundesrat die «Übereignung an einen Strohhalm» bzw. den fiduziarischen Erwerb.³⁰ Ob die Absicht war, Finanzierungen unter gewissen Umständen der Bewilligungspflicht zu unterstellen, geht aus der Botschaft nicht hervor.

Der schwerste Eingriff in den Bau- und Immobilienmarkt erfolgte über den Bundesratsbeschluss vom 26. Juni 1972 betreffend Verbot der Anlage ausländischer Gelder in inländischen Grundstücken (sog. «Lex Celio», benannt nach dem damaligen Bundespräsidenten Nello Celio³¹; nachfolgend BRB 1972³²). Die Lex Celio war währungspolitisch begründet.³³ Im Gegensatz zur Lex von Moos wurden die Erwerbstatbestände erweitert (vgl. Art. 1 Abs. 2 BRB 1972). Art. 1 Abs. 2 lit. e BRB 1972 enthielt den Umgehungstatbestand, wonach der Erwerb von anderen Rechten, soweit sie der Umgehung des Verbots dienen, wie insbesondere Rechten aus Treuhandgeschäften oder Miet- oder Pachtverträgen, die für mehr als drei Jahre abgeschlossen werden, dem Erwerb von Grundstücken gleichgestellt ist. Damit enthielt die Lex Celio keinen expliziten Tatbestand für Finanzierungen.

Mit der «Lex Furgler» (benannt nach Bundesrat Kurt Furgler, nachfolgend BewB 1973³⁴) wurden erstmals «Kreditgeschäfte» als potenziell bewilligungspflichtig erachtet. Nach Art. 2 lit. e BewB 1973 ist der Erwerb von anderen Rechten, soweit sich damit nach Inhalt und Umfang ähnliche wirtschaftliche Zwecke, wie mit einem Erwerb von Eigentum oder von Rechten an Grundstücken erreichen lassen, insbesondere aus Treuhandgeschäften, Miet- oder Pachtverträgen, Kreditgeschäften, dem Erwerb von Grundstücken zu Eigentum gleichgestellt. Damit sollten «exorbitante Kreditgeschäfte, die den Inhaber und Erwerber von Rechten an Grund und Boden auf Gedeih und Verderb dem Gläubiger ausliefern und sich in ihrer Wirkung den Strohhalmgeschäften nähern», bewilligungspflichtig werden.³⁵ Die Einführung dieses Umgehungstatbestands war im Nationalrat nicht unumstritten, da dieser Tatbestand zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen könnte, womit unzählige Verträge auf

²⁴ ZK-DÜRR, Systematischer Teil zu Art. 793–804 ZGB, N 379, obwohl juristisch betrachtet primär der Schuldner haftet, erst subsidiär das Grundstück.

²⁵ BGE 106 Ib 11 E. 3a; 105 Ib 321 E. 1a; BGer 2C_1041/2016 vom 28. September 2017 E. 7.3; 2C_854/2012 vom 12. März 2013 E. 5.2; statt vieler MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), N 61 zu Art. 4 BewG.

²⁶ Bundesbeschluss vom 23. März 1961 über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (AS 1961 203).

²⁷ Vgl. ZWEIFEL (FN 11), N 36.

²⁸ BBl 1960 II 1261 ff., 1266.

²⁹ Als Erwerb eines Grundstücks galt nach Art. 2 Abs. 1 lit. b BewB 1961 der Erwerb von Anteilen am Vermögen juristischer Personen oder Personengesellschaften ohne juristische Persönlichkeit, wenn das Vermögen ganz oder überwiegend aus Grundstücken besteht.

³⁰ BBl 1960 II 1261 ff., 1285.

³¹ Vgl. ZWEIFEL (FN 11), N 41.

³² Bundesratsbeschluss vom 26. Juni 1972 betreffend Verbot der Anlage ausländischer Gelder in inländischen Grundstücken (AS 1972 1062).

³³ Vgl. BBl 1972 II 365 ff., 377 ff.

³⁴ Bundesbeschluss vom 21. März 1973 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland – Änderung (AS 1974 83).

³⁵ BBl 1972 II 1241 ff., 1255; vgl. auch AB N 1972 2182 ff., 2187, wonach «Strohhalmgeschäfte» verhindert werden sollen.

die Bewilligungspflicht geprüft werden müssen.³⁶ Trotzdem wurde Art. 2 lit. e BewB 1973 eingeführt.

Art. 2 lit. e BewB 1973 wurde in Art. 4 VBewB 1976³⁷ konkretisiert. Danach gilt als bewilligungspflichtiges Geschäft «der Erwerb von Rechten an Grundstücken [...], den Personen mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland finanzieren, wenn die Finanzierung nach der Höhe der Kredite, den Vermögensverhältnissen des Erwerbers oder den vertraglichen Abreden den Rahmen des gewöhnlichen oder kaufmännischen Geschäftsverkehrs sprengt.»

Mit der «Lex Friedrich»³⁸ (benannt nach Bundesrat Rudolf Friedrich) sollten die bisher in befristeten Bundesbeschlüssen enthaltenen Normen in ein unbefristetes Bundesgesetz überführt werden (nachfolgend BewG).³⁹ In diesem Rahmen sollte der Umgehungstatbestand redaktionell angepasst werden, ohne dass eine materielle Änderung zur Lex Furgler erfolgen soll.⁴⁰ Der ursprüngliche Entwurf lautete wie folgt (Art. 3 lit. f E-BewG⁴¹):

«Als Erwerb eines Grundstückes gilt:

[...]

f. der Erwerb von anderen Rechten an Grundstücken, die es dem Erwerber gestatten, eigentumsähnliche Rechte auszuüben.»⁴²

Der Ständerat gab sich mit dieser Formulierung nicht zufrieden und nahm folgende redaktionelle Anpassung vor, welcher der Nationalrat zustimmte:

«f. der Erwerb von anderen Rechten an Grundstücken, die es dem Erwerber gestatten, eigentumsähnliche Befugnisse auszuüben.»⁴³

Im Schlussabstimmungstext lautete Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG wie folgt:

«g. der Erwerb anderer Rechte, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie dem Eigentümer eines Grundstückes verschaffen.»⁴⁴

Diese weitgehenden redaktionellen Anpassungen gehen auf die Redaktionskommission zurück.⁴⁵

Am 1. Oktober 1984 verordnete der Bundesrat in Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV, dass die Finanzierung des Kaufs oder der Überbauung eines Grundstücks als andere Rechte gelten, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie dem Eigentümer eines Grundstücks verschaffen, wenn die Abreden, die Höhe der Kredite oder die Vermögensverhältnisse des Schuldners den Käufer oder Bauherrn in eine besondere Abhängigkeit vom Gläubiger bringen.

Seit der Lex Friedrich haben Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG und Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV Bestand. Spätere Revisionen, die grundsätzlich zu Lockerungen des BewG führten (u.a. die Revision, die zur «Lex Koller» führte, benannt nach Bundesrat Alfred Koller) hatten keinen direkten Einfluss auf die für die Finanzierung relevanten Bestimmungen.⁴⁶

Die Gesetzgebungsgeschichte zeigt, dass der Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG einen Umgehungstatbestand mit Ausnahmecharakter darstellen soll.

2. Zweck

Der Zweck des BewG wird von dessen Art. 1 bestimmt: Die Beschränkung des Erwerbs von Grundstücken durch Personen im Ausland soll die Überfremdung des einheimischen Bodens verhindern. Der Zweckartikel wurde mit der Revision zur Lex Friedrich eingeführt, da die Bundesbeschlüsse zur Verfolgung sachfremder Ziele eingesetzt worden seien.⁴⁷ Das BewG soll nicht die Immobilienpreise senken oder die Bautätigkeit reduzieren.⁴⁸ Vom BewG wird auch nicht bezweckt, den Eigentümer vor der Überschuldung zu schützen.⁴⁹ Obwohl das BewG diese Ziele reflexartig zu erreichen vermag, dürfen sie bei der Auslegung nicht beigezogen werden.⁵⁰

Von einem Teil der Lehre wird der Zweck des BewG weitergezogen, da die Einführung der Bewilligungspflicht (und der Lex von Moos) damit begründet wurde, dass die Spekulation des Bodens verhindert werden soll (vgl. Ziff. IV.1) und der Bundesrat im Jahr 2013 die Abschaffung des BewG verneinte, da dadurch die Spekulation mit Grundstücken angefeuert würde.⁵¹ Zudem würden die Ausnahmen von der Bewilligungspflicht be-

³⁶ AB N 1972 2210 ff., 2219 f. (Votum ALDER).

³⁷ Verordnung vom 11. Februar 1976 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (AS 1976 607).

³⁸ Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (AS 1984 1148).

³⁹ BBl 1981 I 585 ff., 586.

⁴⁰ BBl 1981 I 585 ff., 620.

⁴¹ Entwurf vom 16. September 1981 des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BBl 1981 I 649 ff.).

⁴² BBl 1981 I 585 ff., 651 f.

⁴³ AB S 1983 397 ff., 407, Hervorhebungen hinzugefügt; vgl. zum Nationalrat AB N 1983, 1588 ff., 1590.

⁴⁴ BBl 1983 IV 568 ff., 568 f.

⁴⁵ Vgl. Vorlage der Redaktionskommission für die Schlussabstimmung zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) vom 16. Dezember 1983, 14. Dezember 1983, 2.

⁴⁶ Mit der Revision 1997 wurden die Betriebsstätten und Hauptwohnungen von der Bewilligungspflicht ausgenommen, BBl 1997 II 1221 ff., 1262; mit der Revision 2004 wurde das BewG an das Freizügigkeitsabkommen angepasst, BBl 2003 4357 ff., 4359 ff.

⁴⁷ BBl 1981 I 585 ff., 619.

⁴⁸ BBl 1981 I 585 ff., 619.

⁴⁹ BGer 2C_637/2008 vom 8. April 2009 E. 4.1.

⁵⁰ BBl 1981 I 585 ff., 619; vgl. VOYAME JOSEPH, D'une Lex Furgler à l'autre, in: Kaufmann/Koller/Riklin (Hrsg.), Zur Zukunft von Staat und Wirtschaft in der Schweiz, Festschrift für Bundesrat Dr. Kurt Furgler zum 60. Geburtstag, Zürich 1984, 348 ff., 349 f.

⁵¹ Dazu TRANDAFIR ETIENNE, Lex Koller: acquisitions indirectes, SA, fonds de placement contractuel, SICAV, SCPC, fondation de placement, société immobilière, trust, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich/Basel/Genf 2019, N 808; SCHOCH NIKLAUS, Der «Erwerb anderer Rechte» im Sinne der Lex Koller: ein überstrapazierter Begriff?, BR

züglich Betriebsstätten (Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG) und Hauptwohnungen (Art. 2 Abs. 2 lit. b BewG) den in Art. 1 BewG vorgesehenen Zweck vereiteln.⁵²

Es ist festzuhalten, dass der Zweckartikel aktueller ist und sich der Zweck eines Gesetzes im Laufe der Zeit ändern kann. Aus den Ausnahmen, die dem Gesetzeszweck widersprechen, kann nicht auf einen anderen Gesetzeszweck geschlossen werden. Ziel dieser Ausnahmen ist, dass ein überwiegendes Interesse (z.B. die Ermöglichung von wirtschaftlich motivierten Investitionen in Produktions- und Dienstleistungsbetriebe) der Verhinderung der Überfremdung des Bodens vorgeht.⁵³ Deshalb ist für die Auslegung lediglich auf den in Art. 1 BewG genannten Zweck abzustellen.⁵⁴

Es stellt sich sodann die Frage, wie die Verhinderung der «Überfremdung des einheimischen Bodens» gewährleistet werden soll. Der Boden weist einen doppelten Nutzen auf:⁵⁵ Einerseits gibt es den Space Market (Markt, der die Nutzung des Bodens betrifft); andererseits den Asset Market, welcher als Markt für das Eigentum über den Boden verstanden wird.⁵⁶ Das BewG zielt darauf ab, Personen im Ausland vom Asset Market fernzuhalten.⁵⁷ Auf dem Space Market hingegen können sich Personen im Ausland frei bewegen. So können sie die Sache bewilligungsfrei mieten, solange sie keine eigentümerähnliche Stellung nach Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. a BewV erlangen. Beim Mietvertrag, der grundsätzlich nicht bewilligungspflichtig ist, erwirbt der ausländische Mieter keinen Vermögenswert (Asset). Bei Wohn- und Nutzniessungsrechten, die der Bewilligungspflicht nach Art. 4 Abs. 1 lit. a BewG unterliegen,

erwirbt die Person im Ausland ein Asset,⁵⁸ was sich unter anderem darin zeigt, dass sie steuerrechtlich relevant sind (vgl. Art. 13 Abs. 2 StHG)⁵⁹. Zudem dürfen Personen im Ausland Hauptwohnungen erwerben, solange das Wohnen (Space Market) im Vordergrund ist – nicht die Anlage (Asset Market).⁶⁰

Der Asset Market kann sodann in Equity und Debt Assets unterteilt werden.⁶¹ Mit Equity Assets gewinnt der Finanzierer die Kontrolle über die finanzierten Vermögenswerte.⁶² Bei Debt Assets hat der Finanzierer zwar einen vorrangigen Anspruch auf Befriedigung der Forderung, grundsätzlich aber keine Mitspracherechte.⁶³ Die Erwerbstatbestände in Art. 4 Abs. 1 lit. a–e BewG zeigen, dass der Gesetzgeber nur Equity Assets der Bewilligungspflicht unterwerfen wollte. Der Erwerb des Eigentums an einem Grundstück als Idealtypus eines Equity Assets («direkter Erwerb») und der Erwerb von Beteiligungen an Immobiliengesellschaften, -fonds und -SICAV («indirekter Erwerb») unterliegen der Bewilligungspflicht. Beim direkten Erwerb hat die Person im Ausland die volle Kontrolle über das Grundstück.⁶⁴ Auch beim indirekten Erwerb gewinnt die Person im Ausland via Beteiligung an Immobiliengesellschaften (-fonds oder -SICAV; zumindest theoretisch) die Kontrolle über das Grundstück. Auch bei der subjektiven Bewilligungspflicht ist die Kontrolle ein entscheidender Faktor: Eine beherrschende Stellung hat inne, «wer die wesentlichen Entscheidungen treffen kann oder wer in der Lage ist, die entscheidenden Gesellschaftsorgane derart zu beeinflussen, dass diese im Interesse der einflussnehmenden Person entscheiden müssen.»⁶⁵ Hingegen sind Debt Assets nur bewilligungspflichtig, wenn die Person im Ausland eine «eigentümerähnliche Stellung» erlangt, also wenn der Debt Asset einem Equity Asset gleichkommt.

2022, 73 ff., 73; vgl. ZWEIFEL (FN 11), N 74; vgl. BBl 2013 9069 ff., 9074.

⁵² PAETZOLD VERONIKA, Immobilienerwerb durch Ausländer in der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2005, 2 f.; ALBISETTI SIMONE, Erwerb von Grundeigentum durch Personen im Ausland, in: Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 3. Aufl., Bern 2017, 373 ff., N 112.

⁵³ Vgl. BBl 1997 II 1221 ff., 1245.

⁵⁴ Vgl. BGer 2C_168/2023 vom 5. Juni 2024 E. 3; BERNHEIM (FN 18), 135; MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), N 1 zu Art. 1 BewG; PAETZOLD (FN 52), 2; MUHEIM ANTON, Ueberblick über das Bundesgesetz und die kantonale Einführungsgesetzgebung, in: Hangartner (Hrsg.), Das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Referate der Informationstagung vom 19. April 1985 in Luzern, St. Gallen 1985, 11 ff., 15; URWYLER ADRIAN, Bewilligungsgesetz und Privatrecht, Fragen zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich 1990, 15; KRAUSKOPF LUTZ/MAÎTRE BERNARD, Acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (Lex Friedrich), BR 1986, 3 ff., 3; EBERHARD (FN 11), 432; BÉTRISEY FRÉDÉRIC, LFAIE et crédits hypothécaires, GesKR 1/2020, 123 ff., 124; LOMBARDI PATRICK, La LFAIE et les opérations de refinancement bancaires, ex ante 1/2020, 12 ff., 13.

⁵⁵ Vgl. zu dieser Unterscheidung SCHOCH (FN 51), 74.

⁵⁶ Vgl. zu den Begriffen GELTNER DAVID M./MILLER NORMAN G./CLAYTON JIM/EICHHOLTZ PIET, Commercial Real Estate, Analysis & Investments, 3. Aufl., Mason OH 2014, 2 und 11.

⁵⁷ A.M. SCHOCH (FN 51), 75, der den Zweck vom BewG sieht Ausländer von beiden Märkten fernzuhalten.

⁵⁸ Vgl. RUF PETER, Die wehrsteuerrechtliche Behandlung des Wohnrechts, ASA 49 (1980/81), 385 ff., 401, wonach beim Wohnrecht im Gegensatz zu einer obligatorischen Gebrauchsleihe «ein direkter und unmittelbarer Zugriff auf das Grundstück [...] in der zivilrechtlichen Form eines beschränkten dinglichen Rechts» besteht.

⁵⁹ TEUSCHER HANNES/LOBSIGER FRANK, Kommentar zu Art. 13 StHG, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, 4. Aufl., Basel 2022, N 29 zu Art. 13 StHG, zur Kontroverse und zur uneinheitlichen Anwendung in der Praxis, ob auch dingliche Wohnrechte steuerbares Vermögen bilden; bejahend mit der Argumentation das dingliche Wohnrecht käme in der Auswirkung dem Eigentum gleich, weshalb der Eigenmietwert durch den Wohnrechtsberechtigten zu tragen ist, RUF (FN 58), 401.

⁶⁰ Merkblatt (FN 10), 4.

⁶¹ GELTNER/MILLER/CLAYTON/EICHHOLTZ (FN 56), 12 f.

⁶² GELTNER/MILLER/CLAYTON/EICHHOLTZ (FN 56), 13.

⁶³ GELTNER/MILLER/CLAYTON/EICHHOLTZ (FN 56), 13.

⁶⁴ Statt vieler SUTTER-SOMM, SPR V/1, N 33 f., wonach das Eigentum die umfassende Sachherrschaft verschafft.

⁶⁵ MENGHINI/AMMANN (FN 10), 432 f.; vgl. EICHENBERGER (FN 13), 65.

Folglich soll die Überfremdung des einheimischen Bodens verhindert werden, indem Personen im Ausland, die Kontrolle über schweizerische Grundstücke verunmöglicht wird.⁶⁶ Der Zweck von Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG ergab sich bereits aus der Gesetzgebungsgeschichte (vgl. Ziff. IV.1). Es handelt sich hierbei um eine Generalklausel, die jegliche Umgehungs- und Strohmanngeschäfte verhindern soll.⁶⁷ Daraus folgt, dass Finanzierungen durch Personen im Ausland vom BewG nicht verpönt sind,⁶⁸ und erst dann problematisch werden, wenn sie dem Eigentum gleichkommen.

3. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen im BewG nicht nur die im Gesetz genannten Tatbestände bewilligungspflichtig sein, sondern alle Geschäfte, die den im Gesetz vorgesehenen Tatbeständen wirtschaftlich gleichkommen.⁶⁹ Deshalb kommt eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zur Anwendung. Es ist zu fragen, was sich mit den Geschäften wirtschaftlich erreichen lässt. Mehrere Geschäfte sind in ihrer (wirtschaftlichen) Gesamtheit zu betrachten⁷⁰ und es ist entscheidend, was sich mit den von den Parteien getroffenen Vereinbarungen (wirtschaftlich-)objektiv erreichen lässt – nicht was die Parteien erreichen wollten (subjektiver Umgehungswillen).⁷¹

Die schweizerische Rechtsordnung kennt die wirtschaftliche Betrachtungsweise auch ausserhalb des BewG:⁷²

- In Art. 265 Abs. 2 i.f. SchKG wird von der formaljuristischen Betrachtungsweise abgewichen, um den von den Parteien gewählten Sachverhalt wirtschaftlich beurteilen zu können. Entscheidend ist, wer die

wirtschaftliche Kontrolle über den strittigen Vermögenswert hat.⁷³

- Die Geldwäschereigesetzgebung ermittelt den «wirtschaftlich Berechtigten» mittels der wirtschaftlichen Betrachtungsweise.⁷⁴ Wirtschaftlich berechtigt ist die Person, die faktisch über die Vermögenswerte bestimmen kann.⁷⁵
- Im Steuerrecht ist der Begriff des Beneficial Owner aus wirtschaftlicher Warte zu bestimmen. Der Beneficial Owner kann «über die Hingabe des Kapitals oder Wirtschaftsgutes zur Nutzung oder über die Verwendung der Nutzungen, gegebenenfalls über beides, entscheiden».⁷⁶

Der Vergleich mit anderen Rechtsgebieten zeigt, dass im Rahmen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise die Kontrolle über den strittigen Vermögenswert ausschlaggebend ist. Dies ist auch bei der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im BewG zu beachten. Im Hinblick auf die Finanzierung ist zu fragen, ob der Gläubiger mit der Finanzierung die Kontrolle über das Grundstück gewinnt. Damit wird auch dem Zweck des BewG Rechnung getragen (vgl. Ziff. IV.2).

4. Eigentümerähnliche Stellung

Nach Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG ist der Erwerb anderer Rechte, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie dem Eigentümer eines Grundstücks verschaffen, bewilligungspflichtig. Entscheidendes Tatbestandsmerkmal ist somit die eigentümerähnliche Stellung («position analogue à celle du propriétaire», «posizione analoga a quella del proprietario»).

Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG verweist auf das Eigentum im Sinne von Art. 641 ff. ZGB. Der Eigentümer kann in den Schranken der Rechtsordnung nach seinem Belieben über die Sache verfügen (Art. 641 Abs. 1 ZGB). Er «darf mit der Sache alles tun, was erlaubt ist»⁷⁷ und erhält die umfassende und unbeschränkte Sachherrschaft.⁷⁸ Ob der Gläubiger Rechte erwirbt, die eine eigentümerähnliche Stellung verschaffen, ist aus wirtschaftlicher Sicht zu bestimmen. Das ist zu bejahen, wenn er die gleiche Kontrolle über das Grundstück gewinnt, wie ein Eigentümer

⁶⁶ Vgl. GEISSMANN/HUBER/WETZEL (FN 11), N 52, die von «Verfügmacht» sprechen.

⁶⁷ BBl 1972 II 1241 ff., 1254 f.; Sten. Bull. SR 1973, 15 f.; BGE 107 II 440 E. 1; 106 Ib 11 E. 3a; BGer 2C_854/2012 vom 12. März 2012 E. 5.2; MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), N 2 zu Art. 4 BewG; BÉTRISEY (FN 54), 125; GENNA GIAN SANDRO, Personen im Ausland und schweizerisches Grundeigentum, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser/Vetterli (Hrsg.), Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Von A(syl) bis Z(ivilrecht), 3. Aufl., Basel 2022, 1711 ff., N 30.11; RÖTHLISBERGER THOMAS/KELLER ASTRID, Ausländische Immobilienfinanzierung unter dem Aspekt der Lex Koller, Grenzen der Finanzierung von Immobilien in der Schweiz durch Personen im Ausland, EF 8/16, 565 ff, 566.

⁶⁸ BGer 2C_854/2012 vom 12. März 2013 E. 5.4.

⁶⁹ BBl 1960 II 1261 ff., 1278 f.; BGer 2C_1041/2016 vom 28. September E. 7.3.

⁷⁰ BGE 107 Ib 12 E. 4; 106 Ib 11 E. 3a; 105 Ib 321 E. 1a; BGer 2C_854/2012 vom 12. März 2013 E. 5.2; 4C.14/2003 vom 22. April 2003 E. 2.1; 2A.465/2002 vom 20. November 2002 E. 3.2.

⁷¹ BGE 107 Ib 12 E. 4; 106 Ib 11 E. 3a; 105 Ib 321 E. 1a; BGer 2C_854/2012 vom 12. März 2013 E. 5.2; 4C.14/2003 vom 22. April 2003 E. 2.1; 2A.465/2002 vom 20. November 2002 E. 3.2; vgl. GENNA (FN 67), N 30.11.

⁷² Vgl. mit der umgekehrten Überlegung ACKERMANN JÜRGEN-BEAT, Geldwäscherei – Money Laundering: eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz, Diss. Zürich 1992, 114; vgl. BSK StGB-PIETH, Art. 305^{ter} N 18.

⁷³ Vgl. zum Ganzen BGer 5A_283/2007 vom 28. November 2007 E. 2.3.2; BSK SchKG-HUBER/SOGO, Art. 265 N 24; BRÖNNIMANN JÜRGEN, Neuerungen bei ausgewählten Klagen des SchKG, ZSR 1996 I, 211 ff., 226.

⁷⁴ BSK GwG-MEYER/RHYNER, Art. 4 N 18.

⁷⁵ So BGE 125 IV 139 E. 3c; vgl. 136 IV 127 E. 3.1.1; REBER MARTINA ANDREA, Die Möglichkeiten des wirtschaftlich Berechtigten zur Beschaffung von Bankinformationen, mit Schwerpunkt auf das revidierte datenschutzrechtliche Auskunftsrecht, Diss. Bern, Zürich 2024, N 31; BSK GwG-MEYER/RHYNER, Art. 4 N 17.

⁷⁶ BGE 141 II 447 E. 5.2.1 m.w.H.

⁷⁷ SUTTER-SOMM, SPR V/1, N 33 f.; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Art. 641 N 31.

⁷⁸ BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Art. 641 N 40; vgl. BK-GRAHAM/SIEGENTHALER, Vierter Abschnitt N 553 f.

(vgl. Ziff. IV.3). Insbesondere zu erwähnen ist, dass das Eigentum ein zeitlich unbegrenztes Recht darstellt.⁷⁹ Damit müssen den Rechten, die der Gläubiger erwirbt, grundsätzlich eine Dauerhaftigkeit zukommen.

V. Finanzierungstatbestand i.S.v. Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV

Art. 1 Abs. 2 BewV konkretisiert mit einer nicht abschliessenden Aufzählung («insbesondere»)⁸⁰ welche Rechtsgeschäfte eigentümerähnliche Stellungen verschaffen können. Neben Miete oder Pacht (lit. a) und Bauverboten (lit. c), gilt die Finanzierung des Kaufs oder der Überbauung eines Grundstückes, wenn die Abreden, die Höhe der Kredite oder die Vermögensverhältnisse des Schuldners den Käufer oder Bauherrn in eine besondere Abhängigkeit vom Gläubiger bringen, als anderes Recht i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG (Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV; «Finanzierungstatbestand»).

Vollzugsverordnungen sind gesetzeskonform auszulegen.⁸¹ Beim von der Verordnung verwendeten Kriterium der «besonderen Abhängigkeit» («rapport de dépendance particulière», «particolare rapporto di dipendenza») handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Dieser muss im Lichte des Gesetzes ausgelegt werden. Folglich muss die Abhängigkeit ein solches Ausmass annehmen, dass der Gläubiger eine eigentümerähnliche Stellung erlangt.

In diesem Kapitel wird zuerst auf den Tatbestand der «Finanzierung des Kaufs oder der Überbauung des Grundstückes» eingegangen (Ziff. V.1). Danach werden die von der Verordnung vorgegebenen Kriterien untersucht (Ziff. V.2).

1. Finanzierung des Kaufs oder der Überbauung eines Grundstückes

Es stellt sich die Frage, ob nur Objektfinanzierungen oder auch Unternehmensfinanzierungen (z.B. Betriebskredite) unter den Finanzierungstatbestand fallen können. Als Objektfinanzierung gilt die Finanzierung für den Kauf, den Bau oder die Bewirtschaftung eines bestimmten Gegenstands (z.B. eines Grundstückes).⁸² Eine Unternehmensfinanzierung liegt vor, wenn Geldmittel für das gesamte Unternehmen beschafft werden –

ohne Bezug zu einem bestimmten Gegenstand.⁸³ Da die Aufzählung in der BewV beispielhaft ist (vgl. Ziff. V), kann auch eine Unternehmensfinanzierung zu einer eigentümerähnlichen Stellung am Grundstück führen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Betriebskredit mit einem Grundpfand gesichert wird und damit in einen Zusammenhang mit dem Grundstück gebracht wird.⁸⁴ Somit sind grundsätzlich auch nachrangige Grundpfandkredite, die der Finanzierung des Unternehmens dienen, unter dem Finanzierungstatbestand zu prüfen.

2. Von der Verordnung vorgegebene Kriterien

Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV fordert für das Erlangen einer eigentümerähnlichen Stellung, dass der Schuldner in eine «besondere Abhängigkeit» vom Gläubiger gebracht wird. Ein Abhängigkeitsverhältnis liegt vor, wenn eine Partei an Einfluss über die andere gewinnt, während letztere in ihrer Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit eingeschränkt wird.⁸⁵

Nach Vertragsabschluss befindet sich ein Gläubiger grundsätzlich in einer schwachen Position, da er ohne wirkliche Möglichkeit auf Einflussnahme auf die Erfüllung des Zinsendienstes und die Rückzahlung des Kredits hofft.⁸⁶ Mit der Sicherung durch ein Grundpfand verstärkt er seine Position, indem er berechtigt ist, die Pfandsache im Verzugsfall zu verwerten.⁸⁷ Allerdings kann der Grundpfandgläubiger den Verfall bei Nichtzahlung nicht verlangen (Art. 816 Abs. 2 ZGB, welcher das Verbot der Verfallsabrede statuiert) und er genießt bei einer allfälligen Versteigerung keinerlei Vorrechte.⁸⁸ Ein allfälliger Erwerb durch den ausländischen Gläubiger bei der Zwangsversteigerung ist grundsätzlich bewilligungspflichtig (Art. 4 Abs. 1 lit. a BewG) und in der Regel wird er die Bewilligung nicht erhalten.

Während den Verhandlungen ist die Position des Gläubigers stärker, da der Schuldner wohl auf den Kredit angewiesen ist. Dies ist insbesondere bei nachrangigen Private Debt-Finanzierungen der Fall. Allerdings kann der ausländische Gläubiger diese Position nicht frei ausspielen, da ihn das BewG in der Vertragsgestaltung beschränkt (vgl. nachfolgend Ziff. V.2.1).

Die ausländische Finanzierung fällt deshalb nur in Ausnahmefällen unter die objektive Bewilligungspflicht nach der Art des Rechts. Dies ist der Fall, wenn sich der ausländische Gläubiger die Möglichkeit zu entscheidender

⁷⁹ Vgl. BK-GRAHAM-SIEGENTHALER, ZGB 641 N 59; ZWEIFEL (FN 11), N 861.

⁸⁰ Vgl. BGer 2C_854/2012 vom 12. März 2013 E. 5.3.

⁸¹ BGE 146 V 224 E. 4.5.1.

⁸² PULLETTZ WERNER, Objektfinanzierung, in: Murfeld (Hrsg.), Spezielle Betriebswirtschaftslehre der Immobilienwirtschaft, 9. Aufl., Freiburg i. Br. 2023, 412 ff., 412 f.; vgl. auch A. KUHN (FN 19), N 67; THOMMEN JEAN-PAUL, Unternehmensfinanzierung, Eine Einführung in die Corporate Finance, 3. Aufl., Zürich 2016, 14.

⁸³ PULLETTZ (FN 82), 412 f.

⁸⁴ Vgl. MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), N 82 zu Art. 4 BewG; BERNHEIM (FN 18), 128.

⁸⁵ Vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/abhaengig#Bedeutung-1b> (zuletzt besucht am 9. Januar 2026).

⁸⁶ HUNZIKER (FN 21), N 8.49.

⁸⁷ Vgl. BSK ZGB II-SCHMID-TSCHIRREN, Vor Art. 793–823 N 2.

⁸⁸ BGE 107 Ib 12 E. 4; 107 II 440 E. 1; BGer 2C_854/2012 vom 12. März 2013 E. 5.3.

Einflussnahme eröffnet und somit faktische Sachherrschaft verschafft (vgl. Ziff. IV.2 und IV.3).⁸⁹ Dies ist aus Sicht des Ordnungsgebers der Fall, wenn die Abreden (Ziff. V.2.1), die Höhe der Kredite (Ziff. V.2.2) oder die Vermögensverhältnisse des Schuldners (Ziff. V.2.3) zu einer besonderen Abhängigkeit vom Gläubiger führen. Der Wortlaut der Verordnung («oder») zeigt, dass diese Kriterien als alternative Voraussetzungen zu verstehen sind.⁹⁰

2.1. Abreden

In diesem Kapitel werden Abreden («accords intervenus», «accordi») thematisiert, die erfahrungsgemäss bei nachrangigen Grundpfandfinanzierungen angetroffen werden können. Ausserdem wird darauf eingegangen, unter welchen Umständen solche Abreden mit Blick auf die von der BewV vorgegebene besondere Abhängigkeit problematisch sein können.

Allgemein kann die Verbindung von Darlehen mit Miet-, Pacht- und obligatorischen Wohnrechten sowie Nutzniessungen unter den Finanzierungstatbestand und deshalb unter die objektive Bewilligungspflicht nach der Art des Rechts fallen.⁹¹ Die Person im Ausland gibt eine Geldsumme hin und erwirbt gleichzeitig das Recht, das Kaufobjekt zu nutzen bzw. über die Nutzung des Kaufobjekts zu bestimmen. Dies kann aus wirtschaftlicher Sicht einem Grundstückkauf gleichkommen.⁹²

Neben der Verbindung von Darlehen und Nutzungsrechten können gegebenenfalls im Kreditvertrag enthaltene Abreden und Bedingungen (unter Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall) die Bewilligungspflicht auslösen:

- In der Praxis werden nachrangige Kredite zum Teil mit Vorkaufs- und Kaufsrechten verbunden («Loan to own»)⁹³. Da nach Art. 4 Abs. 1 lit. f BewG der Erwerb von Kaufs- bzw. Vorkaufsrechten an Grundstücken oder anderen Rechten nach Art. 4 Abs. 1 BewG bewilligungspflichtig sind, können Personen im Ausland keine Vorkaufs- und Kaufsrechte im Kreditvertrag vereinbaren.

- Auch der Selbsteintritt⁹⁴ wirkt sich wirtschaftlich gesehen wie ein Vorkaufsrecht aus, da der Gläubiger das Grundstück bei Nichtzahlung erwerben kann. Damit kann der Selbsteintritt von Personen im Ausland nicht vereinbart werden, ohne die Bewilligungspflicht auszulösen (Art. 4 Abs. 1 lit. f BewG).
- Das Einräumen eines Selbstverkaufsrechts verschafft dem Gläubiger zwar die Kontrolle darüber, an wen verkauft werden soll, und damit die Kontrolle über das Verfügungsrecht (eines Teilaspekts des Eigentums).⁹⁵ Deshalb könnte sich das Selbstverkaufsrecht verbunden mit weiteren Kontrollrechten am Grundstück als problematisch erweisen. Ohne weitere Kontrollrechte ist das Selbstverkaufsrecht aber wirtschaftlich gerechtfertigt und aus unserer Sicht nicht *per se* bewilligungspflichtig, da es sowohl Schuldner als auch Gläubiger dient. Das Grundstück kann zu einem optimalen Zeitpunkt veräussert werden und das teure (und teilweise langwierige) Zwangsvollstreckungsverfahren kann verhindert werden. Damit bleiben auch dem Schuldner höhere allfällige Überschüsse.
- Wandel- und Optionsrechte an Immobiliengesellschaften i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. b, c und e BewG sind wirtschaftlich als Kaufsrechte an der Beteiligung zu qualifizieren.⁹⁶ Solche Wandel- und Optionsrechte an Immobiliengesellschaften können von Personen im Ausland nicht vereinbart werden, ohne dass der Kreditvertrag der Bewilligungspflicht unterliegt (Art. 4 Abs. 1 lit. f BewG).
- Das höhere Risiko der nachrangigen grundpfandgesicherten Finanzierungen wird mit höheren Zinsen abgegolten.⁹⁷ Isoliert betrachtet, führen die hohen Zinsen nicht zu einer eigentümerähnlichen Stellung, da der ausländische Gläubiger damit keine Kontrolle über das Grundstück gewinnt. Insbesondere wenn die Gesamtkapitalrentabilität den Fremdkapitaleinsatz übersteigt, kann sich der Schuldner auf den positiven Financial Leverage-Effekt berufen und die hohen Zinsen sind gerechtfertigt.⁹⁸ Problematisch wird ein hoher Zins nur dann, wenn der Schuldner die

⁸⁹ Vgl. BGE 142 II 481 E. 3.3; BGer 2C_637/2008 vom 8. April 2009 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts vom 22. Mai 2000 E. 3a, in: ZBGR 83/2002, 42.

⁹⁰ Vgl. MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), N 72 zu Art. 4 BewG.

⁹¹ BGE 105 Ib 321 E. 2a; BGer 2A.465/2002 vom 20. November 2002 E. 3.2; RÖTHLISBERGER/KELLER (FN 67), 567; MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), N 73 ff. zu Art. 4 BewG; BARBIER JEAN-PAUL, La Loi Furgler, son application, Arrêté du 21 mars 1973 et Ordonnance du Conseil fédéral du 21 décembre 1973 fixant la date d'entrée en vigueur de l'Arrêté du 1er février 1974, guide pratique, Genf 1974, 23.

⁹² Zum Ganzen BGE 105 Ib 321 E. 2a; BGer 2A.465/2002 vom 20. November 2002 E. 3.2.

⁹³ Solche Abreden können unter Umständen gegen das Verfallsverbot (Art. 816 Abs. 2 ZGB) verstossen. Unter welchen Voraussetzungen diese nichtig sind, ist nicht Thema des vorliegenden Beitrags.

⁹⁴ Zum Begriff SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich/Genf 2022, N 2018.

⁹⁵ Vgl. zum Begriff BSK ZGB II-BAUER/BAUER, Art. 894 N 11.

⁹⁶ Vgl. MEIER SCHLEICH PHILIPP, Option und Optionsvertrag, Vertragsherbeiführende Optionsrechte aus schuldrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2018, 3, wonach Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechte als Optionen zu qualifizieren sind. Obwohl im Gesetz die Unterbegriffe («Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechte») verwendet werden, ist im Sinne der wirtschaftlichen Betrachtung jegliche Option als bewilligungspflichtig zu verstehen, da wirtschaftlich das gleiche Ziel erreicht wird.

⁹⁷ Vgl. KUHN HANS, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, 2. Aufl., Bern 2023, N 18, wonach die Kosten zur Deckung von zu erwartenden Verlusten in die Kreditzinsen einzurechnen sind.

⁹⁸ Unter «Financial-Leverage-Effekt», auch Hebelwirkung, wird der Effekt verstanden, dass mit durch Einsatz von Fremdkapital die Eigenkapitalrendite einer Investition gesteigert werden kann; BECKER/PEPPMEIER (FN 20), 11; vgl. BÖSCH (FN 21), 22 f.

Zinsen nicht tragen kann und sich somit dauerhaft dem Goodwill des Gläubigers aussetzt.⁹⁹ Dieses Risiko besteht insbesondere bei variablen Zinssätzen, da unvorhersehbar wird, wie sich diese Referenzzinssätze verändern.¹⁰⁰ Gepaart mit einer Unkündbarkeitsklausel könnte sich der Schuldner nicht mehr von den hohen Zinslasten lösen und er wäre dem Gläubiger nach Belieben ausgesetzt.¹⁰¹ Dieses Risiko ist bei kurzen Laufzeiten – was bei Private Debt-Finanzierungen grundsätzlich der Praxis entspricht – zu relativieren, insbesondere in Bezug auf Referenzzinssätze, die in der Regel auf kurze Dauer eine gewisse Stabilität aufweisen.¹⁰² Zudem müsste sich der Schuldner dauerhaft dem Gläubiger aussetzen, da das Eigentum ein zeitlich unbegrenztes Recht ist (vgl. Ziff. IV.4). Ausserdem haben die (ausländischen) Finanzierer ein Interesse im Rahmen einer Due Diligence festzustellen, dass die Zahlungsfähigkeit des Schuldners gewährleistet ist. Ziel der Besicherung einer Finanzierung (bei Grundstücksfinanzierungen in der Regel mittels eines Schuldbriefs) ist, das Ausfallrisiko so tief wie möglich zu halten, nicht jedoch die Verwertung ohne Not herbeizuführen.

- Hohe Gewinnbeteiligungen führen an sich nicht zu einer besonderen Abhängigkeit.¹⁰³ Problematisch werden die hohen Gewinnbeteiligungen erst, wenn der Schuldner alle Gewinne aus dem Grundstück dauerhaft oder über lange Zeit an den ausländischen Gläubiger abliefern, da der Schuldner dann die Entscheidungsgewalt über mit der Zeit aufkommende Investitionen verliert. Hinzu kommt in einem solchen Fall, dass die Person im Ausland von allen Früchten des Grundstücks profitiert (einem Teilaspekt des Eigentums). Solche Gewinnbeteiligungen sind bei kurzen Laufzeiten ebenfalls zu relativieren.

2.2. Höhe der Kredite

Die Verordnung erwähnt die Höhe der Kredite («montant des crédits octroyés», «ammontare dei crediti») als eigenständiges Kriterium, welches den Schuldner in eine besondere Abhängigkeit vom Gläubiger bringen kann. Das Bundesgericht erachtet eine Finanzierung im verkehrüblichen Mass (LTV-Ratio von zwei Dritteln) als

unbedenklich.¹⁰⁴ Übersteigt der gewährte Kredit das verkehrübliche Mass deutlich (was bei einer LTV-Ratio von 80 % angenommen wird), so ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Bewilligungspflicht zu bejahen.¹⁰⁵ Begründet wird das damit, dass der Schuldner «entsprechende Kredite von einem unbeteiligten Dritten nicht erhalten hätte bzw. im Falle der Ablösung oder Kündigung nicht erhalten würde».¹⁰⁶ Dies sei namentlich der Fall, wenn der Schuldner wirtschaftlich schwach ist.¹⁰⁷ Der Gläubiger könne dann den Schuldner, im Wissen, dass dieser nicht zur Rückzahlung fähig ist, die Kündigung androhen. Um dies zu verhindern, könnte der Schuldner dem Gläubiger «faktische Befugnisse»¹⁰⁸ am Grundstück einräumen.¹⁰⁹ Die 80 %-Schwelle und die dazugehörige Begründung hat sich in der Lehre¹¹⁰, der Behördenpraxis¹¹¹ und der Rechtsprechung¹¹² eta-

¹⁰⁴ BGE 142 II 481 E. 3.3; 107 Ib 12 E. 4; BGer 2C_219/2015 vom 20. November 2015 E. 7.5.3; 2C_854/2012 vom 12. März 2013 E. 5.3; 2C_118/2009 vom 15. September 2009 E. 4.1; 2A.510/2003 vom 4. Mai 2004 E. 2; 2A.184/2001 vom 7. September 2001 E. 2; die zwei Drittel (bzw. die 80 %-Schwelle) wird auch in anderen Rechtsgebieten angeführt, z.B. für die Zustimmung des Ehegatten zu einem Grundpfand nach Art. 169 ZGB, vgl. BGE 142 III 720 E. 5.2.3.

¹⁰⁵ BGE 142 II 481 E. 3.3; 107 Ib 12 E. 4; 2C_854/2012 vom 12. März 2013 E. 5.3; 2C_118/2009 vom 15. September 2009 E. 4.1; 2A.510/2003 vom 4. Mai 2004 E. 2; 2A.184/2001 vom 7. September 2001 E. 2; vgl. HUNZIKER (FN 21), N 8.13, wonach die Belehnungslimite der Banken bei Wohnimmobilien bei 80 % LTV-Ratio sei.

¹⁰⁶ BGE 107 Ib 12 E. 4; 107 II 440 E. 1; BGer 2A.510/2003 vom 4. Mai 2004 E. 2.

¹⁰⁷ BGE 107 Ib 12 E. 4; 107 II 440 E. 1; BGer 2A.510/2003 vom 4. Mai 2004 E. 2.

¹⁰⁸ In der Abgrenzung von einem rechtlich durchsetzbaren Recht.

¹⁰⁹ Vgl. zum Ganzen ZWEIFEL (FN 11), N 879.

¹¹⁰ ZWEIFEL (FN 11), N 972 f.; BERNHEIM (FN 18), 113 ff., welcher den Grund für die «Höchstbelehngsgrenze» nicht im fehlenden Substitutionswettbewerb sieht, sondern mit einem Verweis auf dem heute nicht mehr in Kraft stehenden Bundesbeschluss vom 6. Oktober 1989 über eine Pfandbelastungsgrenze für nichtlandwirtschaftliche Grundstücke (AS 1989 1978); MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), N 77 zu Art. 4 BewG; SCHUMACHER JÜRGE/TISSOT JACQUES, Acquisition d'immubles par des personnes à l'étranger, FAQ à travers quelques vieilles rengaines et quelques nouveautés en «Lex Koller», Conférence du 24 juin 2005, Bulle 2005, 27 ff.; RÖTHLISBERGER/KELLER (FN 67), 566 f.; BÉTRISEY (FN 54), 128 f.; BIANCHI FRANÇOIS/GROS SARAH, Financement d'un bien immobilier par une personne à l'étranger: Quelques réflexions – confusions? – autour d'un arrêt récent du Tribunal fédéral, not@lex 2017, 58 ff., 63; GRELL BORIS, Grundstücksfinanzierung und die Lex Koller, TREX 2017, 166 f., 167, mit einer Kommentierung zu BGE 142 II 181; MÜLLER-TSCHUMI (FN 10), 913; LOMBARDI (FN 54), 14 und 21; TISSOT JACQUES, Questions choisies en matière de LFAIE, ZBGR 87/2006, 69 ff., 79 f.; TRANDAFIR (FN 51), N 443; KRAUSKOPF/MÄITRE (FN 54), 6; REIZE ELMAR, Bewilligungspflichtige Personen und Geschäfte, in: Hangartner (Hrsg.), Das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Referate der Informationstagung vom 19. April 1985 in Luzern, St. Gallen 1985, 21 ff., 29.

¹¹¹ Merkblatt (FN 10), 7, exemplarisch für die Praxis, an welcher sich die rechtsanwendenden Behörden orientieren; vgl. auch Wegleitung des Bundesamts für Justiz für die Grundbuchämter zum Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 1. Juli 2009, N 77.

¹¹² KGer FR 601 2015 75 vom 27. Oktober 2015 E. 2b, wonach die Überschreitung der 80 %-Schwelle lediglich ein Indiz für die Bewilligungspflicht sei; TA GE ATA 157 1997 vom 4. März 1997 E. 5b, wo auf die Schwelle von zwei Dritteln LTV-Ratio abgestellt wird; VGer GR U 19 44 vom 15. Oktober 2019 E. 5; VGer GR U 23 43 vom 31. Oktober 2023 E. 4.1.5; VGer LU V 13 13 vom 14. Mai

⁹⁹ ZWEIFEL (FN 11), N 869.

¹⁰⁰ Vgl. dazu ZWEIFEL (FN 11), N 869.

¹⁰¹ ZWEIFEL (FN 11), N 869.

¹⁰² Vgl. zum SARON, der sich auf kurze Frist stabil zeigt: https://www.snb.ch/de/the-snb/mandates-goals/statistics/statistics-public/current_interest_exchange_rates#t00 (zuletzt besucht am 8. Januar 2026).

¹⁰³ MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), N 76 zu Art. 4 BewG; BOMIO (FN 20), 223; vgl. BERNHEIM (FN 18), 93 f. und 126; ansatzweise BGE 107 II 440 SV A und E. 1, wo eine Gewinnbeteiligung von 20 % vereinbart wurde, das Bundesgericht diese aber in der Begründung der Bewilligungspflicht nicht erwähnt, sondern lediglich auf die Höhe der Kredite und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners abstellt.

bliert. Dabei wird zum Betrieb zugelassenen ausländischen oder ausländisch beherrschten Banken oder Versicherungen attestiert, dass sie die Kreditwürdigkeit des Schuldners vertieft prüfen, weshalb davon auszugehen sei, dass eine Schweizer Bank oder Versicherung den Kredit auch gewährt hätte.¹¹³

Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist Folgendes anzumerken: Einerseits betrachtet das Bundesgericht die 80 %-Schwelle nur als problematisch in Verbindung mit schwachen finanziellen Verhältnissen des Schuldners.¹¹⁴ Im Urteil BGer 2C_854/2012 vom 12. März 2013 stellt das Bundesgericht explizit klar, dass das Überschreiten der Unbedenklichkeitsgrenze (LTV-Ratio von zwei Dritteln) unproblematisch sei, wenn der Schuldner genügend Eigenmittel hätte, um das Kaufobjekt zu finanzieren.¹¹⁵ Dabei ist unseres Erachtens nicht nur auf die effektiv vorhandenen Finanzmittel des Schuldners im Zeitpunkt der Kreditvergabe abzustellen, sondern auch auf alle Möglichkeiten, die der Schuldner hätte, um Finanzmittel aufzubringen. Hätte die schuldnerrische Gesellschaft mithilfe von finanzstarken Aktionären schnell Eigenmittel erlangen können, tut dies aber nicht (z.B. um vom Financial Leverage-Effekt zu profitieren), so ist die Bewilligungspflicht zu verneinen.¹¹⁶

Andererseits kamen in den Fällen, in denen das Bundesgericht die Bewilligungspflicht aufgrund der Höhe der Kredite bejahte, andere Verdachtselemente hinzu. In BGE 142 II 481 war der ausländische Gläubiger der Ehemann der schweizerischen Schuldnerin, wo nahe liegt, dass der Gläubiger aufgrund der engen Beziehung und seiner Gläubigerposition die Kontrolle über das Grundstück erlangen kann.¹¹⁷ Im Grundlagenurteil BGE 107 Ib 12 hat sich der Gläubiger bereits öfter nicht BewB-konform verhalten und systematisch mit «Schuldnern» zusammengearbeitet, um sich eigentumsähnliche Rechte einräumen zu lassen.¹¹⁸

2013 E. 2 e/aa; VGer SG B 2005/12 vom 24. Januar 2006 E. 3c; KGer SZ ZK1 2011 10 vom 17. Dezember 2013 E. 5b, wo BGer 2C_854/2012 E. 5.2. f. wörtlich zitiert wird; CDAP VD FO.2015.0004 vom 11. Januar 2017 E. 3a; CDAP VD GE.2018.0222 vom 3. April 2019 E. 8a/bb.

¹¹³ Wegleitung (FN 111), N 77, wonach das Kreditinstitut schriftlich bestätigen muss, dass der Kredit nicht treuhänderisch für eine Person im Ausland gewährt wird; TISSOT (FN 110), 79; BIANCHI/GROS (FN 110), 65 f.; ZWEIFEL (FN 11), N 873.

¹¹⁴ BGE 107 Ib 12 E. 4, wo neben der Höhe auf die Kredite die unzureichenden Vermögensverhältnisse des Schuldners entscheidend waren; 107 II 440 E. 1; 106 Ib 199 E. 4b; vgl. BGer 2C_854/2012 vom 12. März 2013 E. 5.3 und 5.4; 2A.510/2003 vom 4. Mai 2004 E. 2; vgl. auch TA GE ATA/157/1997 vom 4. März 1997 E. 5b, 6a und 6b, wo das Verwaltungsgericht die besondere Abhängigkeit trotz einer LTV-Ratio von über 100 % verneinte, da der Schuldner finanziell gut gestellt war.

¹¹⁵ BGer 2C_854/2012 vom 12. März 2013 E. 5.4.

¹¹⁶ Vgl. auch ZWEIFEL (FN 11), N 899.

¹¹⁷ BGE 142 II 481 SV A und E. 3.4; vgl. aber BGer 2C_854/2012 vom 12. März 2013 E. 5.4, wonach der blosse Umstand einer engen Beziehung (Vater bzw. Schwiegervater) keine besondere Abhängigkeit begründet, allerdings war die 80 %-Schwelle nicht überschritten.

¹¹⁸ BGE 107 Ib 12 SV.

2.3. Vermögensverhältnisse des Schuldners

Die Vermögensverhältnisse des Schuldners («situation financière du débiteur», «situazione finanziaria del debitore») sind gemäss geltender Rechtsprechung – wie erwähnt (vgl. Ziff. V.2.2) – im Zusammenhang mit der Höhe der Kredite massgebend. Unabhängig davon können die Vermögensverhältnisse des Schuldners bei grundpfandgesicherten Krediten, isoliert betrachtet, keine besondere Abhängigkeit begründen. Obwohl rechtlich gesehen primär der Schuldner haftet und erst subsidiär das Grundstück, spielen die Vermögensverhältnisse des Schuldners wirtschaftlich gesehen eine geringe Rolle, solange der Kredit bei der Verwertung durch das Grundstück gedeckt ist. Die Bonität des Schuldners wird durch den Grundstückswert als Sicherheit in den Hintergrund gedrängt.¹¹⁹ Insgesamt sind zur Beurteilung der Vermögensverhältnisse des Schuldners unseres Erachtens auf sämtliche Möglichkeiten abzustellen, um Finanzmittel aufzubringen und nicht nur auf die effektiv vorhandenen Finanzmittel (vgl. Ziff. V.2.2).

VI. Nachrangige Hypothekarfinanzierungen im Besonderen

In diesem Kapitel wird auf die nachrangigen Hypothekarfinanzierungen eingegangen, die beim Private Debt-Geschäft relevant sind (vgl. Ziff. I). In einem ersten Schritt soll die Problemstellung (im Zusammenhang mit der aktuellen Rechtsprechung) aufgezeigt werden (Ziff. VI.1). Zwei gegensätzliche Lösungsansätze haben sich etabliert, um dieses Problem zu adressieren: Einige Autoren befürworten das Abstellen auf die Eigenmittel des Schuldners (Ziff. VI.2), das Bundesgericht hingegen erachtet auch bei nachrangigen Darlehen die Kredithöhe als entscheidend (Ziff. VI.3). Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung ist zu befürworten (Ziff. VI.4).

1. Problemstellung

Da sich die LTV-Ratio von 80 % als begründendes Element für die Bewilligungspflicht etabliert hat, führt dies bei nachrangigen Finanzierungen zu folgender Schwierigkeit: Eine nachrangige Grundpfandfinanzierung wird die Unbedenklichkeitsgrenze von zwei Dritteln LTV-Ratio praktisch nie überschreiten; geschweige denn die Schwelle von 80 % LTV-Ratio. Vorrangige Grundpfandgläubiger sind in der Regel zur Finanzierung von zwei Dritteln LTV-Ratio bereit (teilweise sogar zu einer LTV-Ratio von 80 % oder mehr)¹²⁰. Nachrangige Grundpfandgläubiger sind erfahrungsgemäss nicht bereit, den

¹¹⁹ Vgl. zum Ganzen ZK-DÜRR, Systematischer Teil zu Art. 793–804 ZGB N 379.

¹²⁰ Vgl. Abbildung 1 in Ziff. VI.4.

Grundstückwert zu überschreiten, zumal sie dann nicht mehr den gesamten Kredit gedeckt haben. Somit bewegen sich nachrangige Finanzierungen regelmässig im Bereich von 20–40 % LTV-Ratio (ohne Einrechnung des vorrangigen Kredits).

2. Eigenmittel des Schuldners

Die Lehre, welche sich mit dieser Problematik befasst, orientiert sich an den vom Bundesgericht entwickelten Grenzwerten. Sie stellt aber auf die in das Grundstück eingebrachten Eigenmittel des Schuldners ab. Es sei also nicht die LTV-Ratio des gewährten nachrangigen Kredits entscheidend, sondern wie viele Eigenmittel der Schuldner im Vergleich zum Verkehrswert aufbringt. Bei der bundesgerichtlichen 80 %-Schwelle (vgl. Ziff. V.2.2) muss der Schuldner nach dieser Ansicht mindestens 20 % Eigenmittel aufbringen. Die eigentümerähnliche Stellung und damit die Bewilligungspflicht wird bejaht, wenn die zusammengerechneten Kredite die LTV-Ratio von 80 % übersteigen, der «nicht-ablösbare» nachrangige Teil des Kredits durch eine Person im Ausland gewährt wird und wenn der Schuldner weniger als 20 % Eigenmittel aufbringt.¹²¹ Dies führt zur (unseren Erachtens wenig überzeugenden) Situation, dass ein vorrangiges Darlehen durch eine Person im Ausland mit einer LTV-Ratio von 80 % und einem nachrangigen Darlehen durch eine inländische Person weniger kritisch ist als ein vorrangiges Darlehen einer inländischen Person mit gleicher Höhe und einem nachrangigen Darlehen durch eine Person im Ausland.¹²² Diese Auffassung wird damit begründet, dass bei nachrangigen Grundpfandkrediten die Möglichkeit der Substitution fehle. Dem Schuldner würden also (Re-)Finanzierungsalternativen fehlen, der ausländische Gläubiger könne Druck auf den Schuldner ausüben und sich damit faktische Befugnisse am Grundstück einräumen lassen.¹²³

3. Höhe des nachrangigen Kredits

Das Bundesgericht stellt – unabhängig davon, ob es sich um einen nachrangigen Kredit handelt oder nicht – ausschliesslich auf die Höhe des durch die Person im Ausland gewährten Kredits ab. Im Urteil BGer 2C_637/2008 vom 8. April 2009 hat ein schweizerischer Staatsbürger ein Grundstück für CHF 1'250'000.– erworben, welches er vorrangig durch die Übernahme der bestehen-

den Hypothekarschuld bei einer schweizerischen Bank i.H.v. CHF 650'000.– und nachrangig mit einem (nicht-pfandgesicherten) Darlehen einer Person im Ausland (ca. CHF 600'000.–) finanzierte.¹²⁴ Der schweizerische Käufer brachte nur Eigenmittel von CHF 21'000.– in den Grundstückkauf ein (LTV-Ratio von ca. 1.68 %).¹²⁵ Das Bundesgericht stellte klar, dass sich die Frage der Bewilligungspflicht nur stellt, wenn der ausländische Kredit die 80 % LTV-Ratio übersteigt.¹²⁶ Solange das ausländische Darlehen diese Schwelle nicht übersteigt, ist irrelevant, wie viel Eigenmittel der Käufer einbringt.¹²⁷ Im Ergebnis verneinte das Bundesgericht die Bewilligungspflicht des durch die Person im Ausland gewährten Darlehens, da dieses nur 48 % LTV-Ratio ausmachte und damit die 80 %-Schwelle nicht erreichte.¹²⁸ Es verwarf die Ansicht des beschwerdeführenden Bundesamts für Justiz, welches die Ansicht vertrat, es sei auf die Eigenmittel abzustellen.¹²⁹

BGer 2C_637/2008 ist nicht das einzige Urteil, welches zeigt, dass das Bundesgericht strikt auf die Höhe, der durch die Personen im Ausland gewährten Kredite abstellt.

Im Grundlagenurteil BGE 107 Ib 12 ging es um eine nachrangige grundpfandgesicherte Finanzierung; Im Ergebnis wurde die Bewilligungspflicht für die Übertragung des im 6. Rang übertragenen Schuldbriefs bejaht, obwohl der Schuldbrief, isoliert betrachtet, das Grundstück nur mit einer LTV-Ratio von 40 % belastet hat. Allerdings bestanden im 4. und 5. Rang Inhaberschuldbriefe zugunsten desselben Gläubigers, womit der Gläubiger gesamthaft eine Finanzierung mit einer LTV-Ratio von 106 % gewährte. Daraus lässt sich schliessen, dass das Bundesgericht die vorrangigen Schweizer Kredite (1.–3. Rang) nicht berücksichtigte.¹³⁰ Hätte das Bundesgericht strikt auf die Eigenmittel abgestellt, hätten die Inhaberschuldbriefe im 4. und 5. Rang nicht berücksichtigt werden müssen. Es hätte ausgereicht, den strittigen Schuldbrief im 6. Rang zu betrachten und festzustellen, dass die Gesamtbelastung (Kumulation der Kredite von Inländern und Personen im Ausland) die 80 %-Schwelle übersteigt.

Der aktuellere BGE 142 II 481 zeigt dasselbe. Die Käuferin wollte Grundstücke erwerben, die sie mit einem Hypothekendarlehen einer Bank (70 % LTV-Ratio) und einem Darlehen ihres Ehemannes (24 % LTV-Ratio), der eine Person im Ausland ist, finanzieren wollte. Die Käuferin brachte nur Eigenmittel i.H.v. CHF 100'000.–

¹²¹ Vgl. zum Ganzen SCHUMACHER/TISSOT (FN 110), 27; BIANCHI/GROS (FN 110), 63; REIZE (FN 110), 29; ZWEIFEL (FN 11), N 876 ff.; MÜHLEBACH/GEISSMANN (FN 14), N 83 zu Art. 4 BewG; vgl. auch VGer GR U 19 44 vom 15. Oktober 2019 E. 5.3; vgl. TA GE, ATA/157/1997 vom 4. März 1997 E. 5b.

¹²² Vgl. dazu ZWEIFEL (FN 11), N 876 ff., welcher strikt auf den Substitutionsmarkt abstellt.

¹²³ ZWEIFEL (FN 11), N 879.

¹²⁴ BGer 2C_637/2008 vom 8. April 2009 E. 3.1 und 3.2.

¹²⁵ BGer 2C_637/2008 vom 8. April 2009 E. 3.2.

¹²⁶ BGer 2C_637/2008 vom 8. April 2009 E. 4.1 und 4.2; a.M. ZWEIFEL (FN 11), N 879.

¹²⁷ BGer 2C_637/2008 vom 8. April 2009 E. 4.1 und 4.2.

¹²⁸ BGer 2C_637/2008 vom 8. April 2009 E. 4.2.

¹²⁹ BGer 2C_637/2008 vom 8. April 2009 E. 3.2.

¹³⁰ Zum Ganzen BGE 107 Ib 12, SV und E. 4.

ein (ca. 6 % LTV-Ratio). Das Bundesgericht bejahte die Bewilligungspflicht der geplanten Finanzierung im Ergebnis. Es tat dies aber nicht mit der Begründung, dass die Ehefrau nur 6 % Eigenmittel einbrachte. Nach Ansicht des Bundesgerichts sei die Bewilligungspflicht zu bejahen, weil die Bank das Darlehen nur aufgrund des Einkommens des Ehemanns gewährte. Somit ist das Bankdarlehen dem Ehemann zuzurechnen. Deshalb ging das Bundesgericht von einer ausländischen Finanzierung von 94 % LTV-Ratio aus.¹³¹ Daraus folgt, dass die geplante Finanzierung möglich gewesen wäre, wenn die Ehefrau das Bankdarlehen ohne Hilfe ihres Ehemanns erhalten hätte. Ohne qualifizierende Tatbestände, die erlauben, die vorrangige inländische Finanzierung der Person im Ausland zuzurechnen, können Personen im Ausland nachrangige Kredite gewähren, solange diese isoliert betrachtet, die 80 %-Schwelle nicht übersteigen. Da sich nachrangige Kredite meist im Bereich von 20–40 % bewegen (vgl. Ziff. VI.1), ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Bewilligungspflicht bei nachrangigen Krediten grundsätzlich zu verneinen.

4. Würdigung

Aufgrund des in der Schweiz in den letzten Jahren aufkommenden Private Debt-Markts (vgl. Ziff. I) kann – obwohl offizielle Zahlen fehlen – unseres Erachtens für nachrangige Grundpfandfinanzierungen auf einen ausreichenden Substitutionsmarkt geschlossen werden. Es ist davon auszugehen, dass ein nachrangiger Kredit grundsätzlich auch von einem «unbeteiligten Dritten» erhalten werden kann. Das Argument, wonach kein Substitutionsmarkt besteht (vgl. Ziff. VI.2), kann in Einzelfällen erhoben werden, wenn die Qualität des Grundstücks zeigt, dass ein durchschnittlicher Gläubiger nicht investieren würde. Somit darf aus unserer Sicht aufgrund der neuen Entwicklungen im Schweizerischen Private Debt Markt grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Eigentümer das nachrangige Darlehen mit einem anderen nachrangigen Darlehen ablösen könnte. Der Schuldner gerät somit nicht in eine besondere Abhängigkeit und der nachrangige Gläubiger erhält keine eigentümerähnliche Stellung.

Des Weiteren befindet sich der nachrangige Gläubiger in einer schwächeren Position als ein vorrangiger Gläubiger, da er ein grösseres Risiko trägt. Obwohl dieses Risiko in der Praxis mit höheren Zinsen abgegolten wird (vgl. Ziff. V.2.1), ist die Wahrscheinlichkeit gross, dass Unterdrucksetzungsversuche ins Leere laufen. Insbesondere bei (noch) nicht entwickelten Projekten riskiert der Gläubiger, dass der Kredit bei der Verwertung nicht oder nicht vollständig gedeckt ist. Zudem befindet sich ein nachrangiger Gläubiger, der eine Person im Ausland

ist, in einer verhältnismässig schwachen Position, da er in der Vertragsgestaltung (im Vergleich zu einer inländischen Person) weniger Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung hat. Die oben genannten Abreden, welche unter die Bewilligungspflicht fallen (vgl. Ziff. V.2.1), stehen ihm beispielsweise nicht bewilligungsfrei zur Verfügung.

Es kommt hinzu, dass Private Debt-Kredite praxisgemäss meistens kurze Laufzeiten aufweisen. Diese sind in der Regel auf sechs Monate bis zwei Jahre beschränkt. Der Schuldner nimmt solche Kredite beispielsweise auf, um ein Bauprojekt zu entwickeln oder als Überbrückungsfinanzierung (namentlich bis das Asset auf den Markt gebracht werden kann oder bei Bauverzögerungen). Sobald das Grundstück Einnahmen generiert (beispielsweise durch Mietzinsen oder den Verkauf von Stockwerkeigentumseinheiten) wird der nachrangige Kredit zurückbezahlt. Das widerspricht dem grundsätzlich zeitlich unbeschränkten Eigentum (vgl. Ziff. IV.4). Nur wenn der ausländische Gläubiger aus dieser kurzen Laufzeit zusätzlich alle Gewinne erwirtschaftet, kann die eigentümerähnliche Stellung bejaht werden, da dann nur die Person im Ausland Profite aus dem Grundstück zieht.

Ausserdem führt das Abstellen auf die Eigenmittel zu praktischen Problemen, wenn ein Rangvorbehalt nach Art. 813 Abs. 2 ZGB vereinbart wird.¹³² Wird ein Grundpfand im zweiten Rang errichtet, während ein Betrag von 80 % LTV-Ratio vorbehalten wird, stellt sich die Frage, ob und wann die Bewilligungspflicht zu bejahen wäre. Bei der Errichtung des ausländischen nachrangigen Kredits, könnte der Schuldner jederzeit einen vorrangigen Kredit aufnehmen und den nachrangigen Kredit substituieren. Nimmt der Schuldner dann einen vorrangigen Kredit auf, ohne dass er den nachrangigen Kredit ablöst, so wäre die Bewilligungspflicht des nachrangigen Kredits zu bejahen, sobald der vorrangige Kredit gewährt wird. Das widerspricht dem Prinzip des BewG, wonach für die Beurteilung der Bewilligungspflicht auf den Zeitpunkt der ausländischen Finanzierung abzustellen ist.¹³³

Folglich ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung bezüglich nachrangiger Finanzierungen durch Personen im Ausland zu befürworten, da sie dem Ausnahmecharakter des Umgehungstatbestands Rechnung trägt. Nachrangige (grundpfandgesicherte) Finanzierungen durch Personen im Ausland unterliegen grundsätzlich nicht der Bewilligungspflicht, da es an der nötigen Kredithöhe fehlt. Zumal der nachrangige Kredit die nötige Kredithöhe (LTV-Ratio von 80 %) praktisch nie erreicht, ist die Bewilligungspflicht grundsätzlich zu verneinen. Nur

¹³² Zum Begriff des Rangvorbehalts (auch «vorbehaltener Vorgang») SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 94), N 1570.

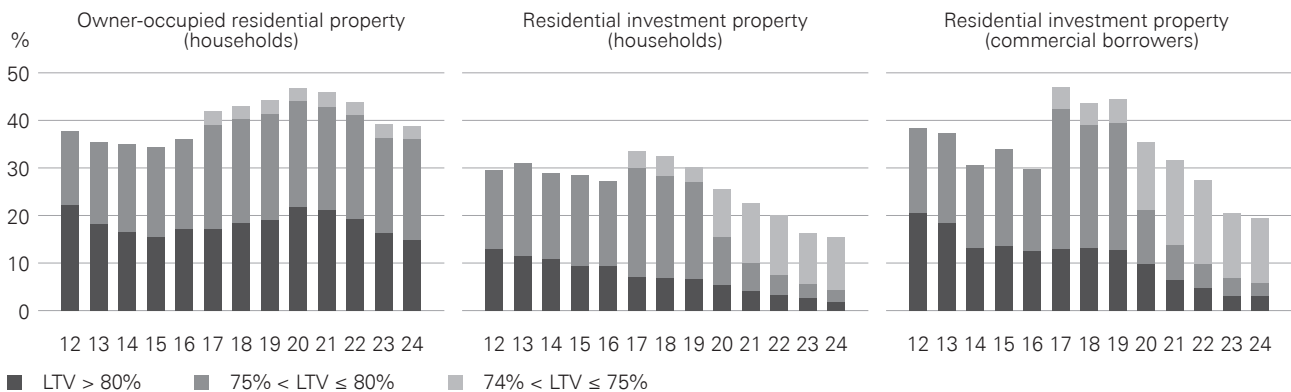
¹³³ Vgl. zum Zeitpunkt der Beurteilung der Bewilligungspflicht: Directives cantonales d'interprétation de la LFAIE du Canton de Genève du 26 juillet 2018 (Etat au 26 février 2021), Ziff. 3.2.10.1; PAETZOLD (FN 52), 9; BIANCHI/GROS (FN 110), 66; ZWEIFEL (FN 11), N 871.

¹³¹ Zum Ganzen BGE 142 II 481 E. 3.4.

PROPORTION OF NEW MORTGAGES WITH HIGH LTV RATIOS¹

Proportion with an LTV ratio over 74%, 75% and 80%

Chart 3.18



1 From 2017 on, data from the revised 'Survey on new mortgages' is shown. Measurement of the 74–75% share has only been possible since 2017.

Statistik der Schweizerischen Nationalbank 2025 (Abbildung 1)¹³⁶

unter zwei alternativen Voraussetzungen ist die Bewilligungspflicht bei nachrangigen Finanzierungen zu bejahen. Einerseits führt eine im Darlehensvertrag enthaltene Abrede, die eigenständig die Bewilligungspflicht des Geschäfts begründet (z.B. ein Kaufrecht; vgl. Ziff. V.2.1), zur Bewilligungspflicht. Andererseits können «qualifizierende Tatbestände» die Bewilligungspflicht begründen. Solche liegen vor, wenn (wie in BGE 142 II 481) der vorrangige Kredit einer inländischen Person der Person im Ausland zugerechnet werden muss. Ob sich eine solche Zurechnung aufdrängt, ist unter einer Gesamtbetrachtung der Umstände im Einzelfall zu beurteilen. Es muss aber eine deutliche wirtschaftliche Verbindung zwischen dem vorrangigen Kredit und der Person im Ausland bestehen, die erlaubt, faktisch oder rechtlich auf die vorrangige Finanzierung Einfluss zu nehmen.

Ferner gibt es mehrere Argumente für eine liberale Praxis im Umgang mit Grundstückfinanzierungen durch Personen im Ausland. Die Kreditfinanzierung durch Personen im Ausland ist vom BewG grundsätzlich nicht verpönt, weshalb die Bewilligungspflicht nur in Ausnahmefällen zu bejahen ist.¹³⁴ Die viel wiedergegebene Begründung, die sich auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung stützt, wonach eine Grundstückfinanzierung durch eine Person im Ausland, die die 80%-Schwelle übersteigt, *per se* bewilligungspflichtig ist (vgl. Ziff. V.2.2), ist aus folgenden drei Gründen schwer nachvollziehbar und zu schematisch.

Erstens gewährten Banken im Zeitraum von 2012 bis 2024 oft Kredite, die die LTV-Ratio von 80% überstiegen. Dies zeigt die Statistik der Schweizerischen Nationalbank aus dem Jahr 2025 zur Höhe der neu vergebenen Hypothekarkredite (vgl. Abbildung 1). Bei selbstgenutz-

tem Wohneigentum überschritten mindestens 15% der von den Banken neu vergebenen Hypothekarkredite die 80%-Schwelle. Bei Renditeobjekten mit kommerziellen Schuldern war der Anteil bis 2020 bei mindestens 10% und nahm in der Folge der revidierten Selbstregulierung der Schweizerischen Bankiervereinigung ab (vgl. Ziff. I).¹³⁵ Bei von Privatschuldnern gehaltenen Renditeobjekten war dieser Anteil etwas tiefer. Wenn Banken im Einzelfall bereit sind, Kredite zu gewähren, die die 80%-Schwelle übersteigen, so muss dem auch bei der Beurteilung der Bewilligungspflicht Rechnung getragen werden. Deshalb ist im Einzelfall zu prüfen, ob es aus Sicht des Gläubigers wirtschaftliche Gründe gibt, ein so hohes Darlehen zu gewähren. Wären selbst Banken zur Gewährung eines Kredits von einer LTV-Ratio von 90% bereit, z.B. weil mit einer Wertsteigerung des Grundstücks zu rechnen ist, so müsste auch der Person im Ausland die Möglichkeit zugestanden werden, ein Kredit in gleicher Höhe zu gewähren. Mit dem Aufkommen des Private Debt-Markts (vgl. Ziff. I) drängt es sich auf, die 80%-Schwelle anzuzweifeln.

Zweitens antizipiert die Rechtsprechung des Bundesgerichts hypothetische Unterdrucksetzungsversuche durch den ausländischen Gläubiger. Unseres Erachtens kann nicht generell behauptet werden, dass sich ein ausländischer Gläubiger, der nicht durch einen unbeteiligten Dritten abgelöst werden kann, faktische Befugnisse an einem Grundstück einräumen lässt und damit die Kontrolle über das Grundstück gewinnt. Insbesondere, weil der Gläubiger während den Verhandlungen die grösste Macht hat. Sobald die Finanzierung erfolgt ist, sieht sich auch der Gläubiger gewissen Zwängen ausgesetzt. Des-

¹³⁴ BGer 2C_854/2012 vom 12. März 2013 E. 5.4.

¹³⁵ Schweizerische Nationalbank (FN 3), 39.

¹³⁶ Schweizerische Nationalbank (FN 3), 39.

halb entspricht es grundsätzlich nicht der wirtschaftlichen Realität, wenn man annimmt, der Schuldner setze sich bei hohen Krediten auf «Gedeih und Verderb» (vgl. Ziff. IV.1) dem Gläubiger aus. Bei hohen Krediten setzt sich der Gläubiger auch dem Schuldner aus, z.B. aufgrund des Risikos, dass die Pfandsache nicht zur Rückzahlung des gesamten Kredits ausreicht und der Gläubiger Verluste realisiert.

Drittens kommen die LTV-Grenzwerte wie ein Patentzept daher, welches nachvollziehbar klingt. Die Berechnung der LTV-Ratio erfordert aber die Kenntnis über den Grundstückswert, welcher jedoch je nach Bewertung (und Bewertungsmethode) variieren kann. Da für die Bemessung der LTV-Ratio auf den Zeitpunkt der Finanzierung abgestellt wird,¹³⁷ kommt auch ein Willkürfaktor hinzu, weil sich Grundstückswerte verändern können.

Für die Beurteilung der Bewilligungspflicht ist im Einzelfall zu fragen, ob der gewährte Kredit aus objektiver Sicht wirtschaftlich gerechtfertigt ist. Erst wenn der Kredit aus Sicht eines durchschnittlichen Gläubigers ungerechtfertigt ist oder zum gewährten Kredit spezielle Abreden hinzukommen, kann die Bewilligungspflicht bejaht werden. Mit der Entwicklung des Private Debt-Markts sollten nicht nur die Banken, welche Regulierungen unterliegen, die Referenz darstellen, sondern auch andere Kreditanbieter.

VII. Fazit und Empfehlungen

Die Analyse zeigt, dass nachrangige Hypothekendarfinanzierungen durch Personen im Ausland im Rahmen der Lex Koller nicht *per se* der Bewilligungspflicht unterliegen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den nachrangigen Finanzierungen durch Personen im Ausland zeigt, dass isoliert auf den durch die Person im Ausland gewährten Kredit abzustellen ist. Nur beim Vorliegen von qualifizierenden Tatbeständen ist der vorrangige inländische Kredit mit dem nachrangigen Kredit zusammenzurechnen. Dies wird dem Ausnahmecharakter des Umgehungstatbestand nach Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG gerecht.

Die vorgenannte bundesgerichtliche Rechtsprechung hat sich in der Notariats- und Grundbuchpraxis gemäss unserer Erfahrung noch nicht gefestigt. Diese Rechtsunsicherheit führt dazu, dass die Notariate und Grundbuchämter bei nachrangigen Grundstückfinanzierungen teilweise initial ablehnend reagieren und zur Einholung einer Nichtunterstellungsverfügung oder einer Bewilligung an die Bewilligungsbehörden verweisen. Es wäre

wünschenswert, wenn die Praxis und die involvierten Ämter den jeweiligen Einzelfall solcher Finanzierungen differenzierter betrachten würden, da ein Verweis an die Bewilligungsbehörde eine Finanzierungstransaktion, die oft zeitkritisch ist, gefährden kann.

Um diesen Verzögerungen entgegenzuhalten, bestünde die Möglichkeit nach Art. 18 Abs. 1 BewG i.V.m. Art. 88 GBV¹³⁸ vorzugehen. Verweist der Grundbuchverwalter auf die Bewilligungsbehörde zur Einholung der Bewilligung oder einer Nichtunterstellungsverfügung, so kann das Grundbuchamt das angemeldete Geschäft im Tagebuch eintragen und eine Frist zur Einleitung des Feststellungs- oder Bewilligungsverfahrens setzen (Art. 18 Abs. 1 BewG i.V.m. Art. 88 Abs. 1 GBV). Wird das Feststellungs- oder Bewilligungsverfahren innert der vorgeschriebenen Frist eingeleitet, so trägt das Grundbuchamt diese Tatsache im Tagebuch ein (Art. 88 Abs. 2 GBV). Die Wirkung von dinglichen Rechten wird auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch zurückbezogen, vorausgesetzt, dass die gesetzlichen Ausweise der Anmeldung beigefügt oder bei den vorläufigen Eintragungen nachträglich rechtzeitig beigebracht werden (Art. 972 Abs. 2 ZGB). Der Gläubiger könnte die Finanzierung schon ab dem Zeitpunkt des Tagebucheintrags gewähren, da die Eintragung des Schuldbriefes bei Erhalt der Nichtunterstellungsverfügung auf den Tag der Eintragung im Tagebuch rückwirkt. Diese Eintragung im Grundbuch ist durch die Konkursbehörden zu beachten (vgl. Art. 226 SchKG). Allerdings besteht das Risiko, dass die Bewilligungsbehörde das Geschäft als bewilligungspflichtig erachtet und keine Bewilligung erteilen wird. In diesem Fall weist das Grundbuchamt die Anmeldung definitiv ab (Art. 88 Abs. 3 GBV) und der Schuldner könnte im Konkurs höchstens eine ungesicherte Forderung geltend machen. Damit trägt er das Verlustrisiko, wenn die Nichtunterstellungsverfügung verweigert wird und der Schuldner das Darlehen nicht zurückzahlen kann.

Für die Praxis bedeutet dies: Nachrangige Finanzierungen sind in der Regel im Sinne des BewG unproblematisch, insbesondere bei kurzen Laufzeiten und marktüblichen Konditionen. Nur in Ausnahmefällen unter einer Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalls – etwa bei besonderen Abreden, die dem Gläubiger faktische Befugnisse am Grundstück einräumen, oder wenn vorrangige Kredite dem ausländischen Gläubiger zuzurechnen sind – ist die Bewilligungspflicht zu bejahen. Dies bewahrt jedoch nicht vor Herausforderungen in der Praxis, wenn beispielsweise bei einer Grundpfanderrichtung aufgrund der kantonalen Praxis der Notariate und Grundbuchämter *per se* an die Bewilligungsbehörde verwiesen wird. Je nach Konstellation ist in Erwägung zu ziehen, andere Strukturierungen zu prüfen. Eine sche-

¹³⁷ Vgl. Directives cantonales d'interprétation (FN 133), Ziff. 3.2.10.1; PAETZOLD (FN 52), 9; BIANCHI/GROS (FN 110), 66; ZWEIFEL (FN 11), N 871.

¹³⁸ Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (SR 211.432.1).

matische Anwendung der 80%-Schwelle ist kritisch zu hinterfragen, da sie weder den wirtschaftlichen Realitäten noch der Vielfalt der Finanzierungsstrukturen gerecht wird. Mit dem Aufkommen des Private Debt-Markts und der zunehmenden Bedeutung alternativer Finanzierungsformen ist eine praxisorientierte Auslegung erforderlich, um Investitionen nicht zu blockieren. Insgesamt sollte die Bewilligungspflicht bei nachrangigen Finanzierungen als Ausnahme verstanden werden – nicht als Regel.

Anzeige

The Gatekeeper

Journal for Regulatory, Investigations & Compliance

«The Gatekeeper» (GRIC) ist eine internationale Fachpublikation zu Compliance, internen Untersuchungen, Wirtschaftskriminalität und regulatorischen Entwicklungen. Die Beiträge renommierter Expertinnen und Experten analysieren aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen in der Schweiz, der EU und den USA – praxisnah, rechtlich fundiert und mit Fokus auf strategische Risiken im Unternehmen.

Neben grundsätzlichen Fragestellungen liefern die Inhalte konkrete Handlungsempfehlungen, Branchenvergleiche und rechtliche Einschätzungen zu wichtigen Enforcement- und Gerichtsfällen.

Die Rubriken: Interview, Leitartikel, Aufsätze, Cases im Fokus, Facts and Figures, Regulatory News, Sanction News, Judiciary News

Jahresabonnement für CHF 164.-:
2 Hefte + Newsletter.



www.dike.ch/gric



Die neue Stimme für Compliance

DIKE