

Der Bezirksrat stellte in seinem Beschluss unter anderem fest, dass die B. als Betriebsstätte-Immobilien-gesellschaft zu qualifizieren sei, solange die Sonderbauvorschriften für die Grundstücke der B. nicht rechtskräftig geändert worden seien und die B. ihren statutarischen und tatsächlichen Zweck nicht ändere. Ferner wurde der Antrag abgewiesen, für die Beteiligung der Gesuchstellerin an einer Wohnimmobilien-gesellschaft mittels Partizipations-scheinen sei die Nichtbewilligungspflicht festzustellen.

Aus den Erwägungen:

5. Die Rekurrentin beantragt zunächst die Abänderung des vorinstanzlichen Beschlusses insofern, als dort festgestellt wurde, dass die B. als Betriebsstätte-Immobilien-gesellschaft zu qualifizieren ist, solange die Sonderbauvorschriften für die Grundstücke der B. nicht rechtskräftig geändert werden und die B. ihren statutarischen und tatsächlichen Zweck nicht ändert. Sie möchte stattdessen festgestellt haben, dass die B. als Betriebsstätte-Immobilien-gesellschaft zu qualifizieren ist, solange der Verkehrswert der Wohnanteile weniger als 20 Prozent des Gesamtverkehrswerts der Grundstücke ausmacht. (...)

6.1 Personen im Ausland bedürfen für den Erwerb von Grundstücken einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde (Art. 2 Abs. 1 BewG). Keiner Bewilligung bedarf der Erwerb eines Grundstückes, das als ständige Betriebsstätte eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerksbetriebs oder eines freien Berufes dient (Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG). Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG gilt der Erwerb des Eigentums oder der Nutzniessung an einem Anteil an einer juristischen Person, deren tatsächlicher Zweck der Erwerb von Grundstücken ist, als Erwerb eines Grundstückes, sofern die Anteile dieser juristischen Person nicht an einer Börse in der Schweiz kotiert sind.

Obwohl Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG keine Einschränkung bezüglich der Nutzweise der von der juristischen Person gehaltenen Grundstücke macht, ist klar, dass nur solche Grundstücke gemeint sind, die nicht nach Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG bewilligungsfrei erworben werden können.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Befreiung von der Bewilligungspflicht für Betriebsstätten-Grundstücke die Ausnahme von der Regel darstellt. Nur wenn und solange ein Grundstück im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG überbaut und genutzt wird, kann es bewilligungsfrei erworben werden. In allen anderen Fällen – sei es, dass das Land unbebaut oder mit Wohnbauten überstellt ist und bleiben soll – unterliegt der Erwerb der Bewilligungspflicht gemäss Bewilligungsgesetz. Mit anderen Worten qualifizieren sich die streitbetroffenen Grundstücke nur so lange als Betriebsstätten-Grundstücke, als sie auch tatsächlich gewerblich genutzt werden und die Absicht besteht, dies auch weiterhin zu tun. Zumindest so lange ist die B. als Betriebsstätte-Immobilien-gesellschaft zu qualifizieren, und es ist mit Bezug auf das Bewilligungsgesetz nicht von Bedeutung, welcher Art und welchen Umfangs die Beteiligung der Rekurrentin an der R. bzw. der B. ist.

6.2 Unter dem Gesellschaftszweck versteht man eine über unbestimmte Angaben deutlich hinausgehende Umschreibung des vorgesehenen Tätigkeitsfeldes der Gesellschaft. Der statutarische Zweck hat eine positive und eine negative Wirkung. Positiv verpflichtet er die Leistungsorgane auf eine Verfolgung der in das Tätigkeitsfeld fallenden Geschäftsaktivitäten als selbständige Wirtschaftseinheit. Negativ setzt er eine äusserste Schranke für die Vertretungsmacht der Organe (vgl. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., 2009, Rz. 474 f.). Handlungen ausserhalb des statutarisch definierten Zweckes sind nicht mehr von der Vertretungsmacht der Organe gedeckt.

Gemäss Gründungsstatuten der B. soll sich ihr Zweck auf den Erwerb, die Verwaltung und Veräusserung von Betriebsstätten-Liegenschaften beschränken. Die Änderung des statutarischen Zwecks der B. hin zu Erwerb, Verwaltung und Veräusserung von Wohnimmobilien müsste demnach unmittelbar vor dem Wechsel der Nutzung der Grundstücke bzw. mit der Aufgabe der Betriebsstättennutzung erfolgen. Da vorausgesetzt werden darf, dass sich die Organe der B. regelkonform verhalten werden, wird der Zeitpunkt der Änderung des statutarischen Zwecks der B. ungefähr mit der Änderung der tatsächlichen Geschäftstätigkeit zusammenfallen. Da erst die statutarische Zweckänderung die Organe der B. berechtigt, aber auch verpflichtet, auf den

bisher als Betriebsstätten an die R. vermieteten Grundstücken Wohnbauten zu erstellen, hat die Vorinstanz zu Recht auf den Zeitpunkt der Änderung der Statuten abgestellt, in welchem die B. nicht mehr als Betriebsstätte-Immobilien-gesellschaft qualifiziert und der Erwerb eines ihrer Anteile demnach im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG bewilligungspflichtig ist.

6.3 Für gemischte Immobilien-gesellschaften, deren Zweck sowohl im Erwerb von Betriebsstätten-Grundstücken wie auch etwa von Wohngrundstücken oder Bauland liegt, enthält das Bewilligungsgesetz keine Regelung. Nachdem mit der Revision des Bewilligungsgesetzes im Jahr 1997 eine Öffnung des Immobilienmarktes angestrebt wurde, ist nicht von einer Verschärfung der Regelung auszugehen. Gemäss der aufgehobenen Bestimmung von Art. 4 Abs. 1 lit. d BewG löste der Erwerb eines Anteils an einer juristischen Person erst dann eine Bewilligungspflicht aus, wenn im Rahmen der Gesamtaktiven die Grundstücke in der Schweiz nach ihrem tatsächlichen Wert mehr als einen Drittel dieser Aktiven ausmachten. Nach Lehre und Rechtsprechung ist der Erwerb eines Gesellschaftsanteils durch eine Person im Ausland unproblematisch, wenn die bewilligungspflichtigen Grundstücke einer Gesellschaft (deren statutarischer Zweck nicht der Erwerb von gemäss Bewilligungsgesetz bewilligungspflichtigen Grundstücken ist) weniger als 20 Prozent der gesamten Aktiven ausmachen. Zumindest dann ist ihr tatsächlicher Zweck nicht der Erwerb von bewilligungspflichtigen Grundstücken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG.

Es ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass eine solche Faustregel dann sinnvoll ist, wenn sich aus dem statutarischen Zweck einer juristischen Person nicht ergibt, ob es sich um eine Wohn- oder Betriebsstätte-Immobilien-gesellschaft handelt. Um solche unklare Situationen zu vermeiden, hat die Vorinstanz zudem zu Recht darauf bestanden, dass bei einer in Bezug auf das Bewilligungsgesetz wegen ihrer ausländischen Beherrschung allenfalls relevanten Gesellschaft der Gesellschaftszweck im Zeitpunkt der Gründung der B. eng definiert wird.

6.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die tatsächliche Zweckänderung erst nach Änderung der Sonderbauvorschriften möglich sein wird und eine Änderung des statutarischen Zwecks vorher nicht angezeigt ist. Allein die baupolizeiliche Möglichkeit der Wohnnutzung auf dem streitbetreffenen Areal qualifiziert die B. nicht als Wohnimmobilien-gesellschaft. Die Erwähnung der Änderung der Sonderbauvorschriften ist in diesem Zusammenhang daher bedeutungslos. Die kumulative Aufzählung von statutarischem und tatsächlichem Zweck im Dispositiv des angefochtenen Beschlusses ist hingegen sachgerecht. (...).

Demgemäss ist Dispositiv-Ziffer 1.c des angefochtenen Beschlusses in teilweiser Gutheissung des Rekurses wie folgt neu zu formulieren: «Es wird festgestellt, dass die B. als Betriebsstätte-Immobilien-gesellschaft zu qualifizieren ist, solange sie ihren statutarischen und tatsächlichen Zweck nicht ändert.»

7. Im Weiteren stellt die Rekurrentin den Antrag, es sei festzustellen, dass der Vollzug des Aktienkaufvertrags keiner Bewilligungspflicht gemäss dem Bewilligungsgesetz unterliege und dass die Rekurrentin insbesondere auch dann mittels Partizipationsscheinen in die B. investiert bleiben dürfe, wenn diese als Wohnimmobiliengesellschaft im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Bst. e BewG qualifiziere. Die Vorinstanz hatte den Antrag bezüglich der Feststellung der Nichtbewilligungspflicht der rekurrentischen Beteiligung in Form von Partizipationsscheinen an einer Wohnimmobiliengesellschaft abgewiesen. Sie verwies dabei zum einen auf ein Merkblatt des Bundesamtes für Justiz. Es sei zudem klar, dass unter «Anteil» im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG sowohl Aktien als auch Partizipationsscheine zu verstehen seien. Der Gesetzgeber habe jegliche Beteiligung ausländischer Personen an nicht börsenkotierten Wohnimmobiliengesellschaften der Bewilligungspflicht gemäss Bewilligungsgesetz unterstellt. Die Frage der ausländischen Beherrschung stelle sich nicht. Die Vorinstanz sieht in der Zweckänderung von einer Betriebsstätte-Immobiliengesellschaft in eine Wohnimmobiliengesellschaft den Erwerb eines Grundstücks. Die Zweckänderung komme einer Gründung gleich, weshalb Art. 1 Abs. 1 lit. a BewV in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG analog anzuwenden seien, und daher ein bewilligungspflichtiger Vorgang vorliege. (...)

8.1 Gemäss Art. 2 Abs. 1 BewG bedürfen Personen im Ausland für den Erwerb von Grundstücken einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde. Damit besteht die Bewilligungspflicht gemäss dem Bewilligungsgesetz, wenn erstens der Erwerber eine Person im Ausland im Sinne von Art. 5 f. BewG bzw. Art. 2 BewV ist, zweitens ein Erwerbsvorgang im Sinne von Art. 4 BewG bzw. Art. 1 BewV vorliegt und drittens der Gegenstand des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes ein Grundstück im Sinne von Art. 2 und 4 BewG ist.

8.2 Die Rekurrentin ist aufgrund ihres Sitzes im Ausland zweifelsohne und unbestrittenermassen eine Person im Ausland gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b BewG.

8.3 Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG gilt der Erwerb des Eigentums oder der Nutzniessung an einem Anteil an einer juristischen Person, deren tatsächlicher Zweck der Erwerb von Grundstücken ist, als Erwerb eines Grundstückes, sofern die Anteile dieser juristischen Person nicht an einer Börse in der Schweiz kotiert sind. Keiner Bewilligung bedarf der Erwerb eines Grundstückes, das als ständige Betriebsstätte eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerksbetriebs oder eines freien Berufes dient (Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG). Anteile an solchen juristischen Personen gelten mit anderen Worten als Grundstücke im Sinne des Bewilligungsgesetzes.

Der Begriff «Anteil» in Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG ist umfassend zu verstehen. Man muss ihn nicht in seiner aktienrechtlichen Bedeutung verstehen, um zu diesem Schluss zu kommen. Ganz allgemein meint «Anteil» eine Beteiligung an etwas, was sowohl finanzieller Natur sein als auch in Mitbestimmung bestehen kann. Auch die teleologische Auslegung der Gesetzesbestimmung führt zu keinem anderen Schluss: Ziel des Bewilligungsgesetzes war und ist der Schutz des heimischen Bodens vor

Überfremdung (vgl. Art. 1 BewG). Nicht zuletzt sollte die Spekulation mit schweizerischen Grundstücken durch Personen im Ausland eingeschränkt werden. Dass diese auch allein durch finanzielle Beteiligung geschehen kann, ist offensichtlich.

Wie die Rekurrentin zu Recht ausführt, wurde im Rahmen der Revision des Bewilligungsgesetzes im Jahr 2004 das in Art. 6 Abs. 2 lit. a BewG genannte Partizipationsscheinkapital gestrichen. Diese Bestimmung behandelt die Frage, wann die Beherrschung einer juristischen Person durch eine Person im Ausland zu vermuten sei. Bei dieser Frage spielt die rein finanzielle Beteiligung naturgemäss eine untergeordnete Rolle, und die Streichung des Partizipationskapitals war folglich sachgerecht. Dass Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG nicht in entsprechender Weise angepasst wurde, spricht für sich. Der Gesetzgeber wollte hier den Erwerb jeder Beteiligung (bzw. jeden Anteils) der Bewilligungspflicht unterstellen. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, ist diesbezüglich die Frage der ausländischen Beherrschung nicht relevant. Auch der Erwerb einer einzelnen Aktie führt schliesslich in den seltensten Fällen zu einer beherrschenden Stellung, ist jedoch gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG bewilligungspflichtig.

Die von der Rekurrentin genannten Beispiele, bei welchen die Eigenkapitalbeteiligung an Immobiliengesellschaften erlaubt sind, sind zwar zutreffend, jedoch als Ausnahmen von der Regel, dass Personen im Ausland keine Anteile an Gesellschaften, deren Zweck der Erwerb von Grundstücken ist, erwerben dürfen, konzipiert. So ist der Erwerb von Anteilen an Wohnimmobiliengesellschaften nur dann erlaubt, wenn die Anteile an der Börse gehandelt werden, was vorliegend gerade nicht der Fall ist. Der Gesetzgeber wollte explizit für börsenkotierte Gesellschaften eine Erleichterung schaffen, sie sollten anders behandelt werden. Auch die unterschiedliche Behandlung von ausländischen Investitionen in Gesellschaften, die nebenbei Immobilien halten, ist gerechtfertigt, soll doch die Eigenkapitalbeschaffung nicht generell erschwert werden. Einzig die Möglichkeit der Teilnahme an einer Kapitalerhöhung einer Wohnimmobiliengesellschaft, wenn sich dadurch die Stellung der Person im Ausland nicht verstärkt (Art. 1 Abs. 1 lit. a BewV), stützt die rekurrentische Position, setzt sie doch voraus, dass eine Person im Ausland in eine juristische Person, deren tatsächlicher Zweck der Erwerb von Grundstücken ist, die nicht nach Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG ohne Bewilligung erworben werden können, investiert sein kann.

Schliesslich ist auch das Merkblatt des Bundesamtes für Justiz zum Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 1. Juli 2009, wonach auch der Erwerb eines Partizipationsscheines einer nicht börsenkotierten Gesellschaft, die ausschliesslich oder zumindest auch zu einem wesentlichen Teil Wohnimmobilien erworben hat oder mit solchen handelt, der Bewilligungspflicht des Bewilligungsgesetzes unterliegt (Merkblatt, S. 6), zu beachten. Dieses Merkblatt ist für das Baurekursgericht zwar nicht verbindlich, stellt jedoch eine Auslegungshilfe dar und fliesst insoweit in die Entscheidungsfindung ein.

Insgesamt ist der Begriff «Anteil» in Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG so auszulegen, dass jeder Erwerb einer Beteiligung – unabhängig von der Verbindung mit einem Stimmrecht – an einer Gesellschaft, deren Zweck der Erwerb und das Halten von Immobilien, welche nicht nach Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG bewilligungsfrei erworben werden können, bewilligungspflichtig im Sinne des Bewilligungsgesetzes ist.

8.4.1 Damit die Bewilligungspflicht nach Bewilligungsgesetz zur Anwendung kommt, muss schliesslich ein Erwerbsvorgang gegeben sein. Dies kann zum einen der Kauf eines Grundstücks sein. Art. 1 Abs. 1 lit. a der Verordnung zum Bewilligungsgesetz (BewV) bestimmt sodann, dass die Beteiligung an der Gründung und, sofern der Erwerber damit seine Stellung verstärkt, an der Kapitalerhöhung von juristischen Personen, deren tatsächlicher Zweck der Erwerb von Grundstücken ist (Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG), die nicht nach Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG ohne Bewilligung erworben werden können, auch als Erwerb von Grundstücken gelten. Gemäss lit. b der genannten Verordnungsbestimmung gilt die Übernahme eines Grundstückes, das nicht nach Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG ohne Bewilligung erworben werden kann, zusammen mit einem Vermögen oder Geschäft (Art. 181 des Obligationenrecht [OR]) oder durch Fusion, Spaltung, Umwandlung oder Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz (FusG), sofern sich dadurch die Rechte des Erwerbers an diesem Grundstück vermehren, ebenfalls als Erwerb von Grundstücken.

Dass der notwendige Erwerbsvorgang weder im Verkauf der Aktien an die M. noch in der Abspaltung der B. (die sich dannzumal unzweifelhaft als Betriebsstätte-Immobilien-gesellschaft qualifiziert) liegen kann, ist offensichtlich und unbestritten. Am ehesten könnte – wie dies die Vorinstanz auch getan hat – in der formellen Zweckänderung hin zur Wohnimmobilien-gesellschaft ein Erwerbsvorgang erblickt werden, was jedoch weder Gesetz noch Verordnung so festhalten.

8.4.2 Eine Gesetzeslücke liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine Antwort enthält. Bevor eine solche Lücke angenommen wird, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht als so genanntes qualifiziertes Schweigen zu verstehen ist. Diesfalls hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend (negativ) mitentschieden.

Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen echten und unechten Lücken. Eine echte Lücke liegt vor, wenn ein Gesetz für eine Frage, ohne deren Beantwortung die Rechtsanwendung nicht (vollständig) möglich ist, keine Regelung enthält. Bei der unechten Lücke gibt die gesetzliche Regelung zwar auf alle Fragen, die sich bei der Rechtsanwendung stellen, eine Antwort; weil die Regelung aber zu einem sachlich gänzlich unbefriedigenden Resultat führt, wird sie als lückenhaft empfunden. Das Rechtsverweigerungsverbot verpflichtet die rechtsanwendende Behörde, echte Lücken zu füllen, während das Legalitätsprinzip es grundsätzlich untersagt, unechte Lücken zu schliessen.

Eine neuere Auffassung verzichtet auf die Unterscheidung zwischen echter und unechter Lücke und bezeichnet die Lücke als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, die von den rechtsanwendenden Behörden behoben werden darf. Das Bundesgericht hat diesen Lückenbegriff übernommen und nimmt eine vom Gericht zu schliessende Lücke stets dann an, wenn die gesetzliche Regelung nach den dem Gesetz zu Grunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen als unvollständig und daher ergänzungsbedürftig betrachtet werden muss (BGE 102 Ib 224 f., E. 2). Diesfalls ist der Richter zur Lückenfüllung berechtigt und verpflichtet (vgl. zum Ganzen Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., 2010, Rz. 233 ff.).

8.4.3 Das Ziel des Bewilligungsgesetzes ist die Verhinderung der Überfremdung des einheimischen Bodens (Art. 1 BewG). Dies soll erreicht werden, indem der direkte Grunderwerb durch Personen im Ausland (mit einigen Ausnahmen) der Bewilligungspflicht unterstellt wird und Bewilligungstatbestände sehr einschränkend formuliert sind. Weiter wird der Erwerb von Anteilen an juristischen Personen, welche Grundstücke halten, und damit der indirekte Immobilienerwerb eingeschränkt. Damit soll nicht zuletzt ausländische Spekulation mit einheimischem Boden verhindert werden.

Es ist klar und offensichtlich, dass das mit der vorliegend zu beurteilenden Standortentwicklung angestrebte Ziel – eine Person im Ausland ist mit 20 Prozent des Gesellschaftskapitals an einer schweizerischen Wohnimmobilien-Gesellschaft beteiligt und profitiert in finanzieller Hinsicht dank der Ausgestaltung ihrer Anteile als Vorzugspartizipationsscheine überproportional – den Zielen und Werten des Bewilligungsgesetzes widerspricht. Wenn das Bewilligungsgesetz keine Regelung für den Vorgang der Zweckänderung einer bestehenden Gesellschaft, in die eine Person im Ausland investiert ist, hin zur Gesellschaft, welche bewilligungspflichtige Grundstücke erwerben und halten will, enthält, so erweist es sich als offensichtlich unvollständig und daher ergänzungswürdig.

Die Aufzählung in Art. 1 Abs. 1 BewV ist beispielhaft und daher nicht abschliessend. Eine analoge Anwendung von Art. 1 Abs. 1 lit. a BewV (wonach die Beteiligung an der Gründung und, sofern der Erwerber damit seine Stellung verstärkt, an der Kapitalerhöhung von juristischen Personen, deren tatsächlicher Zweck der Erwerb von Grundstücken ist [Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG], die nicht nach Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG bewilligungsfrei erworben werden können, als Erwerb von Grundstücken gilt) in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG erweist sich daher als sachgerecht, um die Gesetzeslücke zu schliessen. Die Änderung des Zwecks einer Gesellschaft, welche sich neu als Wohnimmobiliengesellschaft qualifiziert, kommt dem Erwerb von Grundstücken damit gleich.

Demgemäss ist der Rekurs diesbezüglich abzuweisen.