
SALE-AND-LEASE-BACK-TRANSAKTIONEN



Franziska Bur Bürgin
Advokatin und dipl.
Steuerexpertin, VISCHER AG
fbur@vischer.com



Daniel Dillier
Advokat und dipl. Steuerexperte,
VISCHER AG
ddillier@vischer.com

Die immer noch andauernde Wirtschaftskrise folgte auf die Finanzkrise und begann als Immobilienkrise schwergewichtig in den USA. Immobilienspekulationen und unseriöse Finanzierungen werden als Ursache der Krise genannt. An dieser Stelle soll aber nicht auf Fragen nach Ursache und Wirkung der Krise eingegangen werden. Dieser Artikel beschäftigt sich vielmehr mit der Finanzierungsform der so genannten Sale-and-Lease-Back-Transaktion im Schweizer Immobilienmarkt und zeigt, neben einer kurzen Darstellung aus wirtschaftlicher und steuerlicher Sicht, insbesondere auch mietrechtliche Probleme im gegenwärtigen Umfeld auf.

Wirtschaftlicher Hintergrund

Im Immobilienbereich bezeichnet der Begriff Sale-and-Lease-Back (Deutsch: Rückmietverkauf) eine Sonderform des Leasings, bei der eine Unternehmung eine Immobilie an einen Investor verkauft und sie gleichzeitig zur weiteren Nutzung wieder zurück mietet.

Der Vorteil eines Sale-and-Lease-Back-Geschäfts für das Unternehmen besteht im Aufdecken von stillen Reserven im Anlagevermögen der Bilanz. Durch den Verkauf der Liegenschaften und die Vereinnahmung des Kaufpreises setzt das Unternehmen Kapital frei und erhöht kurzfristig die Liquidität. Durch den Verkauf der Liegenschaft stehen der Unternehmung mehr Mittel zur Verfügung, beispielsweise für Expansionen, neue Investitionen, Preiskampf etc. Ausserdem wird durch den Wegfall der auf den Liegenschaften lastenden Schulden die Bilanz

verkürzt und die Eigenkapitalquote verbessert. Insgesamt erscheint ein Unternehmen so besser für härtere Zeiten gerüstet. Durch den zeitgleich abgeschlossenen Rückmietvertrag steht die Liegenschaft der Unternehmung weiterhin zur Nutzung zur Verfügung.

Negativ für die Unternehmung können sich die neu zu leistenden Mietzinszahlungen auswirken, v.a. wenn sie deutlich höher sind als vorher der Fremdkapitalzins. Zudem ist das Unternehmen nicht mehr Eigentümer der Liegenschaft und kann von zukünftigen Wertsteigerungen nicht mehr ohne weiteres profitieren. In steuerlicher Hinsicht tritt eine (höhere) abzugsfähige Mietzinszahlung an die Stelle der auch bisher abzugsfähigen (meist tieferen) Bankzinsen und der erfolgsneutralen Hypothekentilgung.

Sale-and-Lease-Back in der Schweiz

In der Vergangenheit gab es verschiedene Schweizer Unternehmen, die solche Transaktionen interessant fanden und vollzogen. Nach der letzten Lockerung der Lex Koller Ende der 90-er Jahre, konnte anfangs der 2000-er Jahre ein vermehrtes Auftreten von ausländischen Käufern (bzw. – je nach Terminologie – Investoren, Vermieter, Leasinggeber) beobachtet werden. Wie sich die Lex Koller weiterentwickelt, ob eine weitere Lockerung (Wohnliegenschaften) oder gar ein Verzicht erfolgen wird, ist derzeit Gegenstand politischer Diskussionen.

Investoren betrachten die Schweiz als stabiles Land mit funktionierender und relativ rascher Gerichtsbarkeit, das zudem steuerlich attraktiv ist. Die Mieter (insbesondere an den bevorzugten Lagen) verfügen klassischerweise über gute Bonität.

Diese Vorzüge ermöglichen es Investoren (zumindest bis zum Beginn der aktuellen Krise), mit dem (normalen) Mietertrag durch Leverage-Effekte auf dem eingesetzten Fremdkapital hohe Eigenkapitalrenditen zu erwirtschaften. Noch vor kurzer Zeit waren Banken bereit, Fremdkapitalquoten zwischen 80 % – 90 % des Liegenschaftswerts (in Ausnahmefällen sogar noch höher) zu finanzieren. Infolge der Wirtschaftslage hat sich die Zahl derartiger Geschäfte nun reduziert, und die

Fremdkapitalquoten bewegen sich wieder eher im traditionellen Rahmen. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass der Schweizer Immobilienmarkt für Investoren nach wie vor interessant ist und auch Banken durchaus bereit sind, Immobilientransaktionen zu finanzieren.

Steuerrechtliche Strukturierungen für Immobilien-Transaktionen

In struktureller Hinsicht hat ein Investor verschiedene Möglichkeiten, eine Immobilie zu erwerben. Der Erwerb kann direkt oder indirekt (über eine Gesellschaft) erfolgen. Des Weiteren kann ein ausländischer Investor über verschiedene Jurisdiktionen operieren. Regelmässig geht es darum, eine Struktur zu finden, die den Vorstellungen des Investors gerecht wird. Er hat vornehmlich das Ziel, in der Zukunft eine Wertsteigerung der Immobilie zu realisieren und die Liegenschaft – oder noch lieber die Immobiliengesellschaft – gewinnbringend zu verkaufen. Dieser Ausstieg soll möglichst ohne (Grundstückgewinn-)Steuerfolgen möglich sein. Je nach Herkunft des Investors und abhängig von seiner Portfoliogrösse sind dazu mehr oder weniger komplexe rechtliche Strukturen zu schaffen.

Meist erfolgt der Erwerb über eine reine Immobiliengesellschaft, deren einziger Zweck der Erwerb und das Halten von Immobilien ist. Dafür sprechen Risiko- und Bewertungsüberlegungen von Investoren und Banken. Der Sitz solcher Immobiliengesellschaften wird oft bewusst im Ausland gewählt, da insbesondere auf Gewinnausschüttungen ausländischer Gesellschaften die Schweizer Verrechnungssteuer keine Anwendung findet. Eine für alle Situationen passende Struktur existiert nicht, jede Variante hat ihre Vor- und Nachteile.

Gestaltungen aus mietrechtlicher Sicht

Die Bewertung der Immobilien und damit zusammenhängend auch die Besicherung der Transaktion erfolgt im Wesentlichen auf Ertragsbasis. Die Mietverträge und deren (feste) Vertragsdauer spielen dabei eine erhebliche Rolle. Je höher die Nettorendite für den Investor ist, desto höher kann die Fremdfinanzierung sein. Die Investoren interessiert somit vor allem das

Finanzgeschäft, die Bank möchte möglichst umfassende Sicherheiten und der Mieter möchte bei alledem nicht zu kurz kommen.

Im typischen Sale-and-Lease-Back-Geschäft gilt es regelmässig, einen Kompromiss zu finden: Der bisherige Eigentümer und zukünftige Mieter will einen hohen Kaufpreis und eine tiefe Miete, während der Investor und zukünftige Eigentümer eine hohe Rendite anstrebt (d.h. einen tiefen Kaufpreis und eine hohe Miete). Die langfristige Dauer der Mietverträge ist meist ein gemeinsames Interesse.

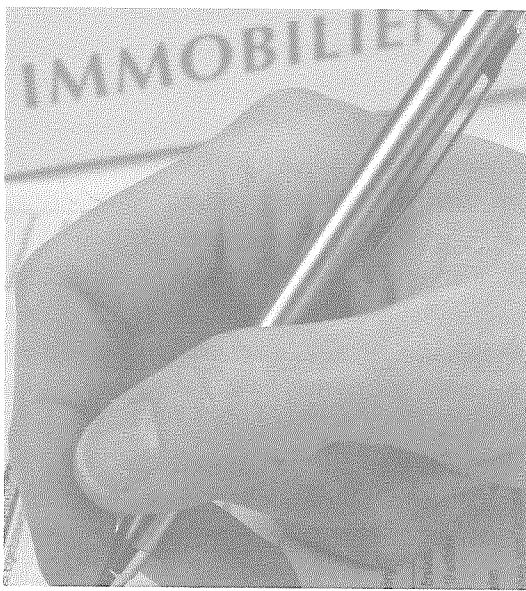
Der Blickwinkel der Parteien ist ebenfalls klar: Die Investoren sind am Financing-Geschäft und weniger an der Liegenschaft als solcher interessiert. Sie möchten geringen Aufwand und möglichst tiefe Kosten für Unterhalt und Betreuung haben. Die finanzierende Bank hat ein identisches Interesse; schliesslich soll ihr notfalls der das Kreditgeschäft sichernde Ertrag möglichst ungeschmälert zur Verfügung stehen. Der ursprüngliche Eigentümer der Liegenschaft und spätere Mieter sodann möchte weiterhin über das Objekt verfügen, als wäre es (noch) sein eigenes. Auch er sieht den Immobilien-Deal weniger als eigentliches Veräusserungsgeschäft denn als reine Finanztransaktion. Ausser den veränderten Bilanzpositionen soll sich für ihn nichts ändern.

Bei dergestalt übereinstimmenden Parteiinteressen möchte man meinen, es sei ein Leichtes, die künftige vertragliche Beziehung zwischen Investor und Nutzungsberechtigtem zu gestalten. Doch weit gefehlt: Die Kunst liegt für einmal nicht darin, widerstrebende Parteiinteressen unter einen Hut zu bringen. Vielmehr geht es darum, den übereinstimmenden Parteiwillen innerhalb des Korsetts des Schweizer Mietrechts abzubilden und zwar so, dass er nötigenfalls auch durchsetzbar ist.

Die Crux beim Triple Net Lease

Im angelsächsischen Rechtsraum, dem Immobilien-Deals im Sinne der Beschreibung entstammen, kennt man den so genannten Triple Net Lease. Triple Net, übersetzt etwa «dreifach netto», bezieht

sich auf den Mietzins, der aus Sicht des Vermieters netto nach Steuern und Abgaben, nach Betriebs- und Nebenkosten und nach Unterhalt und Versicherungen geschuldet ist. Dieser Nettomietzins entspricht dem Ertrag aus dem reinen Financing-Geschäft und wird zwischen Bank (Verzinsung/Amortisation des Fremdkapitals) und Investor (Eigenkapitalrendite) geteilt. Unter Schweizer Mietrecht, das als Recht am Ort der gelegenen Sache zwingend zur Anwendung gelangt, lässt sich ein Triple Net Lease aber nur schwer nachbilden. Kern der Problematik ist Art. 256 OR, wonach der Unterhalt der Mietsache zwingend vom Vermieter zu tragen ist.



Das Mietrecht ist bei der Geschäftsraummietsache zu wenig flexibel.

Die Parteien behelfen sich in der Praxis oft durch Vereinbarung einer Rohbaumiete. Doch diese befriedigt nicht ganz: Zum einen soll die Unterhaltungspflicht nicht auf den Ausbau der Immobilie beschränkt sein; zum andern ist nicht sicher, ob die Vereinbarung einer Rohbaumiete nicht als Umgehung gilt, wenn in Tat und Wahrheit die Nutzung an einem voll ausgebauten Objekt übertragen wird. Ferner greifen bauliche Veränderungen oft gleichsam in Innenraum und Aussenhülle ein (z.B. Lüftung, Sicherheitsanlagen) oder verlangen nach umfassenden Anpassungen des Gebäudes (z.B. bezüglich Feuerschutzvorschriften).

Auch die Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses als Pacht im Hinblick auf die Überwälzung der ordentlichen Unterhaltungspflicht (Art. 284 Abs. 1 OR) ist nicht

sachgerecht. Dies v.a., weil eine Pacht definitionsgemäss erfordert, dass der Nutzungsberechtigte seinen Ertrag zur Hauptsache aus der Nutzung der Sache selbst und nicht aus einer bloss in jener ausgeführten, eigenständigen, Leistung erzielt.

Nebst der Unterhaltungspflicht sind auch die Nebenkosten nur mit Mühe umfassend zu übertragen. Dies, weil der Mieter nur solche Nebenkosten zu tragen hat, die als besonders vereinbart gelten (Art. 257a Abs. 2 OR). Die Vorschrift zwingt die Parteien, jegliche erdenklichen Kosten im Zusammenhang mit der Liegenschaft minutiös aufzulisten und stets nachzuführen.

In der Praxis selten angesprochen aber dennoch zu bedenken ist schliesslich, dass unter Schweizer Mietrecht eine Nettorendite des Vermieters, welche mehr als 1/2 Prozent über dem Referenzzinssatz nach Art. 12a VMWG liegt, als übersetzt gilt und auch bei einer Geschäftsraummietsache grundsätzlich zur Mietzinsherabsetzung berechtigt. Nachdem der Referenzzinssatz derzeit 3.25 % beträgt (Stand Juni 2009), ist die Unvereinbarkeit der Vorschrift mit den Renditeerwartungen ausländischer Investoren offensichtlich.

Reformbedarf?

Die genannten Probleme, für die allesamt trotz zunehmender Etablierung internationaler Immobilien-Financing-Verträge bislang keine befriedigende Lösung gefunden wurde, werfen die Frage auf, ob das Schweizer Mietrecht nicht einer Reform bedarf. Wenn man bedenkt, dass zuletzt vor allem grosse Detailhandelsketten ihre Verkaufsräumlichkeiten mit Sale-and-Lease-Back-Transaktionen veräussert haben, wird klar, dass der auf eine schwache Mietpartei ausgerichtete Schutzgedanke viel zu weit greift. Genauso wie Luxus-Wohnobjekte ab sechs Zimmern von gewissen Schutzvorschriften des Mietrechts ausgenommen sind, sollten auch Geschäftsraummietsachen ab einem bestimmten Volumen einer freien Parteigestaltung zugänglich sein, namentlich was die Tragung von Unterhalts-, Nebenkosten, Steuern und Abgaben anbetrifft. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber die Zeichen der Zeit erkennt und auf die Bedürfnisse im Schweizer Immobilienmarkt reagiert.