

Seit dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes (FusG) am 1. Juli 2004 können Handänderungen an Immobilienpaketen oder einzelnen Grundstücken statt als Grundstückskauf als Vermögensübertragung im Sinne von Art. 69 ff. FusG strukturiert werden.

CORRADO RAMPINI

HANDÄNDERUNG VON IMMOBILIEN DURCH VERMÖGENSÜBERTRAGUNG

Nach Fusionsgesetz

1. ÜBERSICHT

Die Vermögensübertragung von Grundstücken nach Fusionsgesetz hat gegenüber Einzelübertragungen den Vorteil, dass Grundstücke in verschiedenen Kantonen mit einer einzigen öffentlichen Urkunde übertragen werden können. Dadurch reduziert sich nicht nur der administrative Aufwand für die Abwicklung gesamtschweizerischer Liegenschaftstransaktionen, es können – je nach Belegenheitsort der Grundstücke und Sitz des übertragenden Rechtsträgers – auch Beurkundungsgebühren gespart werden. Aber auch bei der Übertragung eines einzelnen Grundstücks kann die Beurkundung statt durch den Notar am Ort des Grundstücks durch den Notar am Sitz des übertragenden Rechtsträgers vorgenommen werden; im Handelsregister eingetragene Rechtsträger erhalten dadurch erstmals eine Alternative zur Beurkundung im Liegenschaftskanton. Handänderungssteuern können damit jedoch nur vermieden werden, falls die Vermögensübertragung als Umstrukturierungen im Sinne von Art. 8 Abs. 3 und Art. 24 Abs. 3 und 3^{quartier} StHG (*Steuerharmonisierungsgesetz*) strukturiert werden kann; die Kantone sind verpflichtet, solche Umstrukturierungen bis spätestens 1. Juli 2009 von kantonalen und kommunalen Handänderungssteuern zu befreien.

Als Nachteil der Vermögensübertragung mag die heute noch bestehende Rechtsunsicherheit gesehen werden. Die Unsicherheit betrifft einerseits die Anforderungen an ausserkantonale Urkunden und deren Akzeptanz durch die Grundbuchämter. Sodann bestehen Besonderheiten bei gewissen Fragen des materiellen Rechts. Keinen entscheidenden Nachteil stellt hingegen die dreijährige solidarische Haftung nach Art. 75

Abs. 1 FusG dar, wenn die Handänderung so strukturiert wird, dass Schulden nicht übertragen, sondern abgelöst werden. Dies bedeutet jedoch, dass Verträge von der Vermögensübertragung weitgehend ausgeschlossen werden müssen.

2. FORM DES VERMÖGENSÜBERTRAGUNGSVERTRAGES

2.1 Allgemeines. Gemäss Art. 70 Abs. 2 FusG bedarf der Vermögensübertragungsvertrag der schriftlichen Form. Werden im Rahmen der Vermögensübertragung Grundstücke übertragen, so bedürfen die entsprechenden Teile des Vertrages der öffentlichen Beurkundung. Diese Regelung unterscheidet sich von der Regelung bei der Fusion (Art. 12 Abs. 2 FusG), Spaltung (Art. 36 Abs. 3 FusG) und Umwandlung (Art. 59 Abs. 2 FusG), wo einfache Schriftlichkeit zur Übertragung von Grundstücken genügt.

Zusätzlich zum öffentlich beurkundeten Vertrag ist bei der Vermögensübertragung (wie bei der Spaltung) ein Inventar erforderlich, welches die Grundstücke einzeln aufführt (Art. 71 Abs. 1 lit. b bzw. Art. 37 lit. b FusG). Weil bei der Vermögensübertragung (und Spaltung) nicht das gesamte Vermögen des übertragenden Rechtsträgers dasselbe rechtliche Schicksal erfährt (sog. «partielle Universalsukzession»), muss bestimmt werden, welche Vermögenswerte wie behandelt werden. Das Fusionsgesetz kennt damit drei Abstufungen der Anforderungen an die «Übertragung» von Grundstücken: Einfache Schriftlichkeit ohne Inventar bei der Fusion und Umwandlung, einfache Schriftlichkeit mit Inventar bei der Spaltung (bei der Abspaltung ist für die Grundbucheintragung zudem eine Feststellungsurkunde über den Eigentumsübergang an den Grundstücken erforderlich, Art. 104 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 lit. b FusG) und öffentliche (Teil-)Beurkundung mit Inventar bei der Vermögensübertragung.

Die unterschiedliche Behandlung von Spaltung und Umwandlung lässt sich damit erklären, dass die Spaltung in einem öffentlich zu beurkundenden Gesellschafterbeschluss zu genehmigen ist, während ein solcher bei der Vermögensübertragung nicht erforderlich ist^[1]. Auch wurde im Parlament befürchtet, im Handelsregister eingetragene Rechtsträger könnten sich in Zukunft dem Institut der Vermögensübertragung bedienen, wenn sie Grundstücke an Dritte



CORRADO RAMPINI,
RECHTSANWALT, DR. IUR.,
PARTNER, BÄR & KARRER,
ZÜRICH

übertragen wollen, und so die öffentliche Beurkundung vermeiden [2], [3]. Ein Verzicht auf das Beurkundungserfordernis für Vermögensübertragungsverträge wäre damit einer weitgehenden Abschaffung des Beurkundungserfordernisses für Handänderungen an Immobilien gleichkommen.

2.2 Umfang des Formzwanges. Der Umfang des Formzwanges richtet sich grundsätzlich nach Bundesrecht [4]. Einerseits schreibt Art. 70 Abs. 2 FusG die öffentliche Beurkundung nur für jene Teile des Vermögensübertragungsvertrages vor, welche die zu übertragenden Grundstücke betreffen. Andererseits unterstehen gemäss den allgemeinen Grundsätzen sämtliche objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte dem Formzwang. Diese sich auf den ersten Blick widersprechenden Regelungen müssen wohl so verstanden werden, dass alle für die Übertragung des Grundstücks im Rahmen des Vermögensübertragungsvertrages wesentlichen Punkte zu beurkunden sind. Zu beurkunden sind also nicht alle objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte des Vermögensübertragungsvertrages, sondern nur die für die Übertragung der Grundstücke wesentlichen, namentlich die Vertragsparteien, die Beschreibung der zu übertragenden Grundstücke (bzw. der entsprechende Teil des Inventars), der auf die Grundstücke entfallende Anteil an der Gegenleistung, alle die Grundstücke betreffenden Vertragsbestimmungen, namentlich die Gewährleistungsbestimmungen, allfällige die Grundstücke betreffende Bedingungen usw. [5]. Die beurkundungsbedürftigen Punkte können in einem separaten Dokument untergebracht werden, das öffentlich beurkundet wird. Vorsichtige Parteien können freilich auch den gesamten Vermögensübertragungsvertrag beurkunden lassen, was dann angezeigt ist, wenn Grundstücke den wesentlichen Vertragsgegenstand darstellen.

2.3 Zuständigkeit für Beurkundung.

2.3.1 Inter- und innerkantonale Zuständigkeit. Gemäss Art. 70 Abs. 2 Satz 4 FusG muss die öffentliche Urkunde durch eine Urkundsperson am Sitz des übertragenden Rechtsträgers errichtet werden; eine einzige öffentliche Urkunde genügt, wenn Grundstücke in verschiedenen Kantonen liegen. Damit wird die *interkantonale* Zuständigkeit für die Beurkundung des Grundvermögensübertragungsvertrages festgelegt. Kantonale Bestimmungen, die für die Beurkundung zwingend die Beurkundung im Liegenschaftskanton vorschreiben, z. B. § 237 Abs. 2 EG ZGB ZH [6], gelten damit nicht.

Ob Art. 70 Abs. 2 FusG auch die *innerkantonale* Zuständigkeit regelt, ist hingegen weniger klar. Die Lehre äussert sich dazu nicht. Im Ständerat hatte der Referent der Kommission in Zusammenhang mit der Spaltung, bei welcher gemäss dem Antrag der Kommission die öffentliche Beurkundung ursprünglich auch vorgesehen war, jedoch ausdrücklich festgehalten: «Zuhanden der Materialien sei festgehalten, dass dann, wenn ein Kanton mehrere Notariatskreise aufweist, ein Notar in demjenigen Notariatskreis für die öffentliche Beurkundung zuständig ist, in welcher der Sitz der übertragenden Gesellschaft liegt.» [7] Daraus muss wohl geschlossen werden, dass Art. 70 Abs. 2 FusG auch die innerkantonale Zu-

ständigkeit regelt. Zuständig ist der Notar, der gemäss den Regeln des Sitzkantons für Grundstücksgeschäfte in der Sitzgemeinde zuständig ist. Bestehen in der Sitzgemeinde mehrere Notariatskreise (wie zum Beispiel in der Stadt Zürich), ist m. E. nicht noch weiter auf die Domiziladresse abzustellen.

2.3.2 Zuständigkeit für Grundpfanderrichtung. Will der Erwerber die Finanzierung der Vermögensübertragung durch Grundpfanderrichtung auf den erworbenen Grundstücken besichern, so stellt sich das praktische Problem, dass das Fu-

*«Zusätzlich zum öffentlich
beurkundeten Vertrag ist bei der
Vermögensübertragung ein Inventar
erforderlich, welches die Grundstücke
einzeln aufführt.»*

sionsgesetz für die Grundpfanderrichtung keine analoge Bestimmung zu Art. 70 Abs. 2 FusG enthält. Für die Grundpfanderrichtung bleibt damit grundsätzlich der gemäss dem Recht des jeweiligen Liegenschaftskantons bestimmte Notar zuständig, in der Regel der Notar am Ort des Grundstücks.

Das Fehlen einer solchen Norm bedeutet nicht nur zusätzlichen Aufwand, sondern stellt auch Anforderungen an die Abwicklung der Vertragserfüllung Zug um Zug. Sinnvollerweise werden der Kaufpreis, der beurkundete Vermögensübertragungsvertrag und die Grundpfandverträge vor der Anmeldung beim Handelsregister bei einem Escrow Agent hinterlegt. Dieser nimmt die Anmeldung der Vermögensübertragung und der Schuldbrieferrichtung beim Grundbuch unmittelbar nach dem erfolgten Handelsregistereintrag vor, mit der Verpflichtung, den Kaufpreis dem übertragenden Rechtsträger (erst) zu überweisen (allenfalls in Raten), wenn sowohl die Eigentumsübertragung auch die Grundpfanderrichtung ins Tagebuch des jeweils zuständigen Grundbuchamtes eingetragen wurden.

Analoge Zuständigkeitsprobleme stellen sich nicht für nicht beurkundungspflichtige Geschäfte, wie beispielsweise die in der Praxis bedeutsame Vormerkung von Mietverträgen des übertragenden Rechtsträgers bei Sale-and-lease-back-Transaktionen. Auch kann ein Vorkaufsrecht zugunsten des übertragenden Rechtsträgers m. E. im Vermögensübertragungsvertrag selbst rechtsgültig vereinbart werden, da es in der Regel einen subjektiv wesentlichen Punkt des Vermögensübertragungsvertrages darstellt. Der Grundbuchbeamte darf deshalb auch die Eintragung eines solchen nicht mit der Begründung verweigern, es sei eine Urkunde des lokalen Notars vorausgesetzt.

2.4 Beurkundungsvorschriften des Sitzkantons. Gemäss Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB bestimmen die Kantone, in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird. Die öffentliche (Teil-)Beurkundung des Vermögensübertragungsvertrages richtet sich (im Rahmen der kan-

tonalen Regelungskompetenz [8]) deshalb grundsätzlich nach dem Recht des Sitzkantons. Sind die kantonalen Vorschriften des Sitzkantons erfüllt, können die Grundbuchämter in den Liegenschaftskantonen die Eintragung der Handänderung im Rahmen der Vermögensübertragung wegen Art. 70 Abs. 2 FusG nicht verweigern, zumal Formmängel gemäss der Lehre mit der Eintragung ins Handelsregister geheilt werden [9].

Beispielsweise sieht das Zürcher Recht vor, dass der Grundbuchinhalt den Parteien vor der Beurkundung vorzulesen ist, was nur unterbleiben kann, wenn der Käufer erklärt, dass er diese Angaben kenne und auf das Verlesen verzichte (§ 154 Abs. 1 und 2 Notariatsverordnung). Bezieht sich ein Rechtsgeschäft auf Grundstücke eines andern zürcherischen Amtsbezirks, so soll die Beurkundung nur erfolgen, wenn ein Grundbuchauszug vorliegt oder die Parteien die Beurkundung trotzdem und unter Entlastung des Urkundsbeamten verlangen (§ 155). Mit Zustimmung der Parteien kann die Beschreibung der Grundstücke in der Urkunde auf die wichtigsten Angaben beschränkt und im übrigen auf die Bücher verwiesen werden (§ 156). Wo das eidgenössische Grundbuch noch nicht eingeführt ist, ist schliesslich der Erwerber auf die Möglichkeit des Bestehens nicht eingetragener dinglicher Rechte und Lasten hinzuweisen (§ 157). Diesen Vorschriften – gemäss herrschender Auffassung übrigens alles blosser Ordnungsvorschriften – ist vom Zürcher Notar grundsätzlich in bezug auf sämtliche Grundstücke nachzuleben.

Nicht anwendbar sind hingegen die Beurkundungsvorschriften des Liegenschaftskantons. Der Notar des Sitzkantons braucht diese grundsätzlich nicht zu beachten, auch wenn sie nach dem Recht des Liegenschaftskantons Gültigkeitsvoraussetzungen für in seinem Kanton erstellte Urkunden sind.

3. RECHTSWIRKSAMKEIT DER VERMÖGENSÜBERTRAGUNG

3.1 Eintragung ins Handelsregister. Die Vermögensübertragung wird mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam (Art. 73 Abs. 2 FusG), d. h. unter Vorbehalt der Genehmigung durch das Eidgenössische Amt für das Handelsregister mit dem Tagebucheintrag (Art. 932 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 115 Abs. 2 HRegV). In diesem Zeitpunkt gehen alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven auf den übernehmenden Rechtsträger über (Art. 73 Abs. 2 FusG). Dies gilt auch für Grundstücke. Ein Grundbucheintrag ist für den Eigentumserwerb nicht erforderlich. Der Eigentumserwerb erfolgt – sachenrechtlich gesprochen – ausserbuchlich [10]. Gegenüber Dritten wird die Eintragung an jenem Werktag rechtswirksam, welcher der Publikation der Vermögensübertragung im *Schweizerischen Handelsamtsblatt* (SHAB) folgt (Art. 932 Abs. 2 OR).

Dies bedeutet aber, dass das Grundbuch vorübergehend unrichtig ist. Im Grundbuch müssen Änderungen deshalb durch Anmeldung so rasch wie möglich nachvollzogen werden. Der Grundbucheintrag hat lediglich deklaratorische Bedeutung. Der Erwerber kann jedoch erst dann über das Grundstück verfügen (z. B. Grundpfandrechte errichten), wenn der Grundbucheintrag erfolgt ist (Art. 656 Abs. 2 ZGB).

Zudem kann der im Grundbuch eingetragene übertragende Rechtsträger bis zur Eintragung des ausserbuchlichen Eigentumsübergangs noch Verfügungen treffen und einem gutgläubigen Dritten Rechte verschaffen, da er in formeller Hinsicht noch als Verfügungsberechtigter gilt (vgl. Art. 373 ZGB) [11]. Um dies zu vermeiden, empfiehlt sich eine Escrow-Lösung, wonach das Geld erst ausbezahlt wird, wenn auch der Grundbucheintrag (Tagebuch) erfolgt ist (vgl. sogleich).

3.2 Anmeldung beim Grundbuchamt und Publizität.

Gemäss Art. 104 Abs. 2 lit. c FusG muss der übernehmende Rechtsträger den Übergang des Eigentums an einem Grundstück durch Vermögensübertragung *umgehend* nach der Rechtswirksamkeit beim Grundbuchamt anmelden. Die An-

«Die Vermögensübertragung wird mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam.»

meldepflicht trifft einzig den übernehmenden Rechtsträger; eine Erklärung des übertragenden Rechtsträgers ist nicht erforderlich (Art. 963 Abs. 2 ZGB). Als Belege sind ein beglaubigter Handelsregisterauszug des übernehmenden Rechtsträgers (bzw., falls dieser nicht im Handelsregister eingetragen ist, des übertragenden Rechtsträgers) und ein beglaubigter Auszug aus dem öffentlich beurkundeten Teil des Übertragungsvertrags über die übertragenen Grundstücke einzureichen (Art. 102 lit. b FusG in Verbindung mit 18a Abs. 1 lit. e und f GBV). Gemäss den Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz dürfen die Grundbuchämter eine öffentliche Feststellungsurkunde als gleichwertig anerkennen [12]. Die Urkundsperson, welche den Vermögensübertragungsvertrag beurkundet, ist zur Anmeldung berechtigt (Art. 104 Abs. 4 FusG), nicht aber verpflichtet [13].

Die Vermögensübertragung ist im Anhang der Jahresrechnung des übertragenden Rechtsträgers offenzulegen, falls die Vermögensübertragungen 5% oder mehr der Bilanzsumme des übertragenden Rechtsträgers ausmacht (Art. 74 Abs. 1 und 3 FusG). Den Umfang der Offenlegung regelt Art. 74 Abs. 2 FusG. Muss der übertragende Rechtsträger keine Jahresrechnung erstellen, hat die Information in der nächsten Generalversammlung zu erfolgen (Art. 74 Abs. 2 FusG). Zudem ist der Vermögensübertragungsvertrag als Beleg im Handelsregister für jedermann einsehbar (Art. 930 OR).

4. AUSGEWÄHLTE MATERIELLE RECHTLICHE FRAGEN

4.1 Betriebserfordernis? Aus materiellrechtlicher Sicht fragt sich vorab, ob auch ein einziges Grundstück mittels Vermögensübertragung übertragen werden kann. Die Mehrheit der Lehre geht davon aus, dass ein einziges Aktivum [14], ein einziges Recht [15] Gegenstand einer Vermögensübertragung sein kann; dass auch Passiven übertragen werden, wird nicht vorausgesetzt [16]. Eine Schranke bildet lediglich Art. 2 ZGB [17]. Einzelne Autoren verlangen jedoch, dass ein «Ver-

mögen», ein organisch zusammenhängender Komplex von Aktiven und Passiven [18] (Art. 69 Abs. 1 FusG), übertragen wird [19] doch lehnt eine grosse Mehrheit der Lehre dies ab und verlangt weder die Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils, noch einer irgendwie gearteten Sachgesamtheit [20]. Selbst wenn man der restriktiveren Lehre folgen würde, könnte man argumentieren, dass eine Immobilie (namentlich ein Geschäfts- oder Mehrfamilienhaus) bereits für sich die Anforderungen an ein «(Teil-)Vermögen» erfüllt – immerhin werden meist nicht nur das Grundstück, sondern auch Zugehör, Mietverträge, Versicherungsverträge usw. übertragen.

4.2 Gelten die Bestimmungen des Grundstückkaufrechts? Der Vermögensübertragungsvertrag ist im FusG nur sehr bruchstückhaft geregelt. Das Gesetz schreibt neben der Form in Art. 71 FusG nur einen bestimmten Mindestvertragsinhalt als Voraussetzung für die Eintragung der Vermögensübertragung im Handelsregister vor: Dem Vermögensübertragungsvertrag ist zwingend ein Inventar anzufügen, welches die zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens nennt, wobei Grundstücke einzeln aufzuführen sind [21] (lit. b). Die zu übertragenden Aktiven und Passiven sind zu bewerten (lit. c). Die Gegenleistung (der «Kaufpreis») ist aufzuführen (lit. d). Arbeitsverhältnisse, die mit der Vermögensübertragung übergehen, sind aufzulisten (lit. e). Der Vermögensübertragungsvertrag muss schliesslich zwingend durch einen Verwaltungsratsbeschluss abgesegnet werden (Art. 70 Abs. 1 FusG) [22].

Bestimmungen, welche die Rechte und Pflichten der Parteien im Rahmen des Vermögensübertragungsvertrages regeln, enthält das FusG jedoch nicht. Der Gesetzgeber hat den Vermögensübertragungsvertrag im FusG lückenhaft ausgestaltet [23]. Treffen die Parteien keine ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen, ist der Vertrag im Streitfall durch passende Regeln zu ergänzen. Bei auf Veräusserung gerichteten Vermögensübertragungen mit einer Geldleistung als Gegenleistung können insbesondere die kaufrechtlichen Bestimmungen herangezogen werden [24]. Dient die Vermögensübertragung ausschliesslich der Veräusserung von Grundstücken, ist namentlich auf die Bestimmungen des Grundstückkaufrechts abzustützen, beispielsweise betreffend die Bestimmungen zur Gewährleistung, Mängelrüge und zum Übergang von Nutzen und Gefahr (Art. 220 OR). Um jede Unsicherheit über deren Anwendbarkeit auszuschliessen, ist in jedem Fall die Aufnahme einer Bestimmung in den Vertrag zu empfehlen, wonach die kaufrechtlichen Normen subsidiär gelten, soweit sie nicht ausdrücklich wegbedungen wurden.

Speziell ist beim Vermögensübertragungsvertrag, dass gemäss der Lehre der Vertrag nach erfolgtem Handelsregistereintrag von den Parteien nicht mehr wegen Form- oder Willensmängeln angefochten werden kann, dies weil die Interessen der Öffentlichkeit (Gläubiger) denjenigen der Parteien vorgehen. Die Parteien sind auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen beschränkt [25]. Hingegen können die Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger den Beschluss bei Verletzung des Fusionsgesetzes innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung im Schweizerischen Han-

delsamtsblatt anfechten (Art. 106 Abs. 1 FusG), wobei die Anfechtungsgründe allerdings beschränkt sind [26].

4.3 Übergang der Mietverhältnisse. Gemäss Art. 261 geht das Mietverhältnis mit dem Eigentum auf den Erwerber über, falls der Vermieter die Mietsache nach Abschluss des Mietvertrages veräussert; der neue Eigentümer kann das Mietverhältnis jedoch vorzeitig kündigen (Art. 261 Abs. 2 OR). Diese mietrechtliche Bestimmung über die Veräusserung der Mietsache finde auch bei einer Vermögensübertragung von Immobilien Anwendung, wenn das Eigentum an Immobilien im Rahmen einer Vermögensübertragung übergeht [27]. Der übernehmende Rechtsträger profitiert damit vom gesetzlichen Übergang der Mietverhältnisse, auch wenn diese (entgegen Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG) im Inventar aufgeführt werden. Auch kann er sich auf das vorzeitige Kündigungsrecht gemäss Art. 261 Abs. 2 OR berufen. Watter/Kägi wollen hingegen dem übernehmenden Rechtsträger das Kündigungsrecht nach Art. 261 Abs. 2 OR nicht zugestehen, wenn der Mietvertrag (bzw. die Forderungen und Verpflichtungen aus diesen) ausdrücklich ins Inventar aufgenommen wurde, weil der übernehmende Rechtsträger in diesem Falle dem Übergang zugestimmt hat [28]. Wollen die Parteien das ausserordentliche Kündigungsrecht des übernehmenden Rechtsträgers wahren, ist deshalb zu empfehlen, Mietverträge bewusst nicht ins Inventar aufzunehmen, so dass sie einzig nach Art. 261 Abs. 2 OR übergehen. Dieses Vorgehen hat auch den Vorteil, dass in diesem Falle keine solidarische Haftung nach Art. 75 Abs. 1 FusG für allfällige Forderungen aus den Mietverträgen bestehen sollte.

4.4 Übergang von Sachversicherungen. Analog verhält es sich beim Übergang von Sachversicherungen gemäss Art. 54 VVG (Versicherungsvertragsgesetz). Gemäss dieser Bestimmung gehen die Rechte und Pflichten aus Sachversicherungsverträgen auf den Erwerber über, wenn der Gegenstand des Versicherungsvertrages den Eigentümer wechselt. Der Erwerber kann dem Versicherer jedoch binnen vierzehn Tagen nach erfolgter Handänderung schriftlich mitteilen, dass er den Übergang der Versicherung ablehne (Art. 54 Abs. 4 Ziff. 2). Auch diese Bestimmungen finden bei der Vermögensübertragung von Immobilien Anwendung [29]. Wiederum kann man sich fragen, ob das ausserordentliche Rücktrittsrecht des Erwerbers nach Art. 54 Abs. 4 Ziff. 2 VVG auch Anwendung findet, wenn die Versicherungsverträge ins Inventar aufgenommen werden. Will der übernehmende Rechtsträger die Versicherungsverträge nicht übernehmen, sollten diese deshalb nicht ins Inventar aufgenommen werden.

4.5 Übergang von Arbeitsverhältnissen. Schliesslich gehen gemäss Art. 333 OR Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über, wenn ein Arbeitgeber einen Betrieb oder Betriebsteil auf einen Dritten überträgt. Bei Immobilientransaktionen findet diese Bestimmung in der Regel nur Anwendung, wenn eine Vielzahl von Immobilien übertragen wird, welche einen Betriebsteil im Sinne von Art. 333 OR bilden. Gegebenenfalls gehen die bestehenden Arbeitsverträge namentlich von Hauswarten oder Verwaltern

über. Die Arbeitnehmer haben das Recht, den Übergang des Arbeitsverhältnisses abzulehnen (Art. 333 Abs. 1 OR).

Gemäss Art. 76 Abs. 1 FusG ist Art. 333 OR auch bei einer Vermögensübertragung anwendbar. Dies bedeutet, dass der Übergang von Arbeitsverhältnissen durch Veräusserer und Erwerber nicht ausgeschlossen werden kann, wenn die übertragenen Liegenschaften einen Betrieb oder Betriebsteil im Sinne von Art. 333 OR darstellen. Auch sind die Informations- und Konsultationspflichten von Art. 333a OR einzuhalten. Materiell bedeutet dies freilich keinen Unterschied zu einem normalen Paketverkauf durch Einzelkaufverträge.

4.6 Übergang von anderen Verträgen. Wo eine besondere gesetzliche Bestimmung fehlt, müssen Verträge bzw. Forderungen und Verpflichtungen aus solchen im Inventar aufgeführt werden, damit sie im Rahmen der Vermögensübertragung übergehen. Dies gilt zum Beispiel für Verwaltungsverträge, Bewachungsverträge, Serviceverträge für Einrichtungen usw., aber auch für Ansprüche aus Werkverträgen usw., ebenso für Arbeitsverträge, soweit kein Betriebsteil gemäss Art. 333 OR übertragen wird. In der Lehre ist dabei umstritten, ob die Zustimmung der Gegenpartei für den Übergang notwendig ist [30].

4.7 Vorkaufsrechte. Besondere Probleme können sich im Zusammenhang mit bestehenden Vorkaufsrechten ergeben. Vorab fragt sich, ob eine Vermögensübertragung überhaupt einen Vorkaufsfall darstellt, der den Vorkaufsberechtigten zur Ausübung des Vorkaufsrechts berechtigt. Ein Vorkaufsfall liegt vor, wenn die Vermögensübertragung im Einzelfall wirtschaftlich einem Verkauf des vorkaufsrechtsbelasteten Grundstücks gleichkommt (Art. 216c Abs. 1 OR). Ob dies der Fall ist, wird insbesondere davon abhängen, ob nur ein einzelnes Grundstück, Immobilienpakete oder aber ein umfassender Unternehmensbetrieb übertragen wird. Im folgenden sei unterstellt, ein Vorkaufsfall sei eingetreten.

Wie gesagt, geht das Eigentum an den übertragenen Grundstücken unabhängig vom Grundbucheintrag mit Eintragung der Vermögensübertragung ins Handelsregister über. Dies gilt auch dann, wenn allfällig bestehende Vorkaufsrechte nicht beachtet wurden. Der Vorkaufsberechtigte behält jedoch sein Vorkaufsrecht, wenn es im Grundbuch vorgemerkt ist. Er kann das Vorkaufsrecht innerhalb der vertraglich vereinbarten bzw. der gesetzlichen Frist von drei Monaten ab «Kenntnis vom Abschluss und Inhalt des Vertrages», d. h. des Vermögensübertragungsvertrages gegenüber dem Eigentümer, ausüben (Art. 216e OR). Den Grundbuchverwalter trifft dabei die Pflicht, die Handänderung allfälligen Vorkaufsberechtigten anzuzeigen, sofern deren Rechte im Grundbuch vorgemerkt sind oder von Gesetzes wegen bestehen und die Berechtigten aus dem Grundbuch hervorgehen (Art. 969 ZGB). Spätestens mit Erhalt dieser Anzeige – oder einer direkten Anzeige durch den Notar – beginnt die Frist zu laufen. Diese Frist fängt trotz der positiven Publizitätswirkung des Handelsregisters (Art. 933 Abs. 1 OR) nicht bereits mit der Publikation im SHAB (vgl. Art. 932 Abs. 2 OR) zu laufen, sondern erst mit der tatsächlichen Kenntnisnahme, da sich die Publizitätswirkung nur auf die Tatsache

der Vermögensübertragung als solche bezieht, nicht aber auf die einzelnen Vermögensgegenstände, wie sie im Inventar aufgelistet sind, da diese im SHAB nicht publiziert werden [31].

Übt der Vorkaufsberechtigte das Kaufrecht fristgerecht aus, so muss das betroffene Grundstück auf den Vorkaufsberechtigten übertragen werden. Es kommt diesfalls zu einer zweiten Handänderung, was Handänderungssteuern, Grundbuchgebühren und allenfalls zusätzliche Notariatsgebühren mit sich bringt. Es rät sich deshalb, vorkaufsrechtsbelastete Grundstücke mit einem separaten Vermögensüber-

«Übt der Vorkaufsberechtigte das Kaufrecht fristgerecht aus, so muss das betroffene Grundstück auf den Vorkaufsberechtigten übertragen werden.»

tragungsvertrag zu übertragen, der erst beim Handelsregister angemeldet wird, wenn die Fristen zur Ausübung des Vorkaufsrechts ungenutzt abgelaufen sind oder die Vorkaufsberechtigten rechtsgültig auf die Ausübung des Vorkaufsrechts verzichtet haben.

4.8 Solidarische Haftung. Bei der Vermögensübertragung haftet der übertragende Rechtsträger während drei Jahren ab dem Eintrag der Vermögensübertragung ins Handelsregister solidarisch (Art. 143 ff. OR) mit dem übernehmenden Rechtsträger für die Erfüllung von vor der Vermögensübertragung begründeten Schulden (Art. 75 Abs. 1 FusG). Diese dreijährige Solidarhaftung gilt jedoch nur für Schulden, die im Rahmen der Vermögensübertragung auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen werden [32]. Eine Solidarhaftung kann also weitgehend vermieden werden, wenn keine Schulden übertragen werden, beispielsweise bestehende Finanzierungen abgelöst werden. Nicht ohne weiteres möglich ist dies, wenn laufende Verträge übernommen werden. In der Lehre ist bislang nicht hinreichend klar, ob und inwieweit der übertragende Rechtsträger nach der Rechtswirksamkeit der Vermögensübertragung für die Nichterfüllung der Vertragspflichten weiterhaftet [33]. Im Zweifelsfall empfiehlt es sich deshalb, Verträge bzw. Forderungen und Verpflichtungen daraus nicht ins Inventar aufzunehmen und mit dem Vertragspartner direkt die Übertragung des Vertrages unter Entlastung des übertragenden Rechtsträgers zu vereinbaren. Alternativ kann im internen Verhältnis vereinbart werden, dass vor dem Übergang von Nutzen und Gefahr entstandene Schulden durch den übertragenden Rechtsträger und nachher entstandene Schulden durch den übernehmenden Rechtsträger getragen werden und gegenseitige Sicherheiten geleistet werden.

Besondere Regeln gelten bei Mitübertragung von Arbeitsverhältnissen (namentlich von Hauswarten oder Verwaltern), da hier die solidarische Haftung Anwendung findet auf alle Verbindlichkeiten, die bis zum Zeitpunkt fällig werden bzw. entstehen, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise

beendet werden könnte (Art. 76 Abs. 2 FusG). Beim Übergang von Sachversicherungen haften die Parteien sodann für die zur Zeit der Handänderung fällige Prämie solidarisch (Art. 54 Abs. 2 VVG), weshalb der Erwerber einen Nachweis der Bezahlung der Prämien verlangen sollte.

5. NOTARIATS- UND GRUNDBUCHGEBÜHREN

Ob eine Vermögensübertragung kostengünstiger ist als die Eigentumsübertragung durch Einzelkaufverträge, hängt von den kantonalen Notariatsgebührenregelungen des Sitzkantons und der Liegenschaftskantone und den Grundbuchgebührenregelungen der Liegenschaftskantone ab.

Die kantonalen Notariatsgebührentarife sind sehr unterschiedlich. Sie sehen unterschiedliche Promilleansätze des Vertragswertes (Übernahmepreis der Liegenschaften), teilweise nach degressiven Tarifen vor. Verschiedene Kantone sehen Maximalbeträge vor, andere nicht. Bei grossen Transaktionen ist eine Vermögensübertragung in der Regel kostengünstiger für Gesellschaften, die ihren Sitz in einem Kanton mit Maximalbetrag haben, beispielsweise Freiburg (CHF 10 000), Graubünden (CHF 15 000), Bern (CHF 22 800), Basel-Stadt (CHF 50 000), Basel-Land (CHF 50 000). Die Vermögensübertragung kann aber auch für Gesellschaften mit Sitz in einem Kanton mit tiefem Einheitssatz ohne Maximalbetrag (wie z. B. Zürich, 1‰) günstiger als Einzelverträge sein. Beispielsweise ist für Gesellschaften im Kanton Zürich die Vermögensübertragung günstiger für im Kanton Baselland

gelegene Liegenschaften bis CHF 50 Mio., in Basel-Stadt bis CHF 34 Mio., Aargau bis 23. 4 Mio., Bern bis CHF 22.8 Mio., Luzern bis 17.2 Mio. und Freiburg bis CHF 9.91 Mio.

Will man die Beurkundungs- und Grundbuchgebühren bei einem Paketverkauf minimieren, muss eine Vermögensübertragung allenfalls mit Einzelverkäufen kombiniert und für jeden Liegenschaftskanton einzeln beurteilt werden, welche Vorgehensweise gebührengünstiger ist [34]. Zuverlässige Aussagen lassen sich deshalb nur bei Kenntnis der kantonalen Verteilung der Liegenschaften des Gesamtportfolios machen.

6. HANDÄNDERUNGSSTEUERN

Gemäss Art. 103 in Verbindung mit Art. 111 Abs. 3 FusG dürfen ab dem 1. Juli 2009 bei Umstrukturierungen im Sinne von Art. 8 Abs. 3 und Art. 24 Abs. 3 und 3^{quater} des StHG keine kantonalen und kommunalen Handänderungssteuern mehr erhoben werden. Diese Bestimmung wurde noch nicht in allen Kantonen umgesetzt. Zu den privilegierten Tatbeständen gehören die Übertragung eines Betriebes oder Teilbetriebes sowie von Gegenständen des betrieblichen Anlagevermögens auf eine inländische Tochtergesellschaft. Als Tochtergesellschaft gilt dabei eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, an der die übertragende Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft eine Beteiligung von mindestens 20% hält (Art. 24 Abs. 3 lit. d). Bei Vermögensübertragungen unter unabhängigen Rechtsträgern gilt hingegen grundsätzlich keine Befreiung von den Handänderungssteuern. ■

Anmerkungen: 1) Vgl. das Votum von David in den parlamentarischen Beratungen, AB SR 2001, 154. Dazu von der Crone et al., Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N 512 Fn 95. 2) Vgl. die Voten von Studer und Epiney, AB SR 2001, 154. 3) Bei der Spaltung besteht diese Gefahr weniger, da hier das Entgelt begriffsnotwendig in Aktien der übernehmenden Gesellschaft besteht, welche den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft (nicht der übertragenden Gesellschaft selbst) zukommen – zur «Umgehung» der öffentlichen Beurkundung eignet sie sich deshalb kaum. 4) Anders als bei der Abspaltung, bei welcher gemäss Art. 104 Abs. 3 FusG die Tatsache der erfolgten Spaltung für den Verkehr mit den Grundbuchämtern in einer Feststellungs-urkunde festzuhalten ist, sind bei der Vermögensübertragung die Willenserklärungen der Parteien zu beurkunden. Vgl. die Erläuterungen des Bundesamt für Justiz, Amt für Grundbuch- und Bodenrecht, zur Verordnung betreffend das Grundbuch, Art. 18a Abs. 1 lit. e und f, vom August 2005; ZK-Beretta, in Vischer (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, Art. 70 FusG N 17. 5) Altenburger/Calderan/Lederer, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich 2004, N 914. 6) BGE 113 II 505 f. 7) Vgl. das Votum von Schweizer, ABR 2001, 154. 8) Vgl. zum Verhältnis des bundesrechtlichen Beurkundungsbegriffs zum kantonalen Recht Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, 3 ff. 9) Vgl. Ziffer 4.2. 10) Schmid-Tschirren, Sachenrechtliche Aspekte des Fusionsgesetzes, ZBGR 2004, 235 f. 11) Schmid-Tschirren (Anm. 10), 236. 12) Bundesamt für Justiz (Anm. 4), Erläuterungen zu Art. 18a Abs. 1 lit. e und f. 13) BSK-Ehrat/Widmer, in Watter et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel 2005, Art. 104 FusG N 30; a. A. wohl Altenburger/Calderan/Lederer (Anm. 5), N 916. 14) Vgl. zum Beispiel BSK-Malacrida (Anm. 13), Art. 69 FusG N 8; BSK-Riedweg/

Grünblatt (Anm. 13), Teil 1 vor Art. 69 FusG N 3; Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Kurzkomentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz, Reprax 2004, 21; Kläy/Turin, Der Entwurf zum Fusionsgesetz, Reprax 2001, 33; Altenburger/Calderan/Lederer (Anm. 5), N 767; Aebersold, Umstrukturierung von Unternehmen durch Vermögensübertragung, Der Bernische Notar 1004, 152; Frick, in Affentranger et al., Fusionsgesetz, Bern 2003, Art. 69 FusG N 2 und 4; Loser-Krogh, Die Vermögensübertragung, AJP 2000, 1098; Schmid-Tschirren (Anm. 10), 232. 15) So explizit die Botschaft zum Fusionsgesetz, BBl 2000, 4460; a. M. Aebersold (Anm. 14), 160 Fn 70. 16) Vgl. dazu statt vieler Frick (Anm. 14), Art. 69 FusG N 5. 17) BSK-Malacrida (Anm. 14), Art. 69 FusG N 8; Bertschinger, Spaltungsvertrag und Vermögensübertragung gemäss Fusionsgesetz – neue Nominatkontrakte, in Honsell et al. (Hrsg.), FS Rey, Zürich 2003, 365 f.; ZK-Beretta (Anm. 4), vor Art. 69–77 FusG N 21; Aebersold (Anm. 14), 162. 18) Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2005, § 3 N 371. 19) Vischer, Des principes de la loi sur la fusion et de quelques questions controversées, SZW 2004, 161; ZK-Vischer (Anm. 4), Einleitung FusG N 37; ZK-Beretta (Anm. 4), vor 69–77 FusG N 22. 20) So Schweizer als Referent der Kommission in den parlamentarischen Beratungen, AB SR 2001, 158; Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 8./9. Juli 2002, 52; Kläy/Turin (Anm. 14), 32; von der Crone et al. (Anm. 1), N 844; Schumacher, Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, Zürich 2005, 7; Frick (Anm. 14), Art. 69 FusG N 4; Loser-Krogh (Anm. 14), 1098; Tschäni, Vermögensübertragung, ZSR 2004, 88 f. und 93; Schmid-Tschirren (Anm. 14), 232. 21) Dabei genügt nach dem Fusionsgesetz eine Identifikation der zu übertragenden Grundstücke, vgl. Aeber-

sold (Anm. 14), 152. Jedoch können die Beurkundungsvorschriften des Sitzkantons eine vollständige Beschreibung erfordern, vgl. oben Ziffer 2.4. 22) Einschränkend bei Bagatelltransaktionen oder der Übertragung von einzelnen Objekten Loser-Krogh (Anm. 14), 1099 f. 23) ZK-Beretta (Anm. 4), Art. 70 FusG N 25. 24) Schumacher (Anm. 20), 53; ZK-Beretta (Anm. 4), Art. 70 FusG N 25; Altenburger/Calderan/Lederer (Anm. 5), N 834 ff. Vgl. auch von der Crone et al. (Anm. 1), 843 in fine: Der Übertragungsvertrag sei in der Regel ein Kaufvertrag. 25) Loser-Krogh (Anm. 14), 1102 f.; ZK-Beretta (Anm. 4), Art. 70 FusG N 20 ff.; vgl. auch Frick (Anm. 14), Art. 70 FusG N 12 in fine. 26) Vgl. Schumacher (Anm. 20), 178 ff.; Loser-Krogh (Anm. 14), 1103 f. 27) Gl. A. Altenburger/Calderan/Lederer (Anm. 5), N 870 ff.; ZK-Beretta (Anm. 4), vor Art. 69–77 FusG N 50. 28) Watter/Kägi, Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragung, SZW 2004, 235 f., 247. 29) Vgl. Altenburger/Calderan/Lederer (Anm. 5), N 877 ff. 30) Vgl. zum Stand der Diskussion Watter/Kägi, 235 f., mit zahlreichen Hinweisen; Peter, Le sort des contrats en cas de transfert de patrioimone, SZW 2004, 223 ff.; 31) Botschaft, BBl 2000, 4464; BSK-Malacrida (Anm. 13), Art. 73 FusG N 10; a. A. Bertschinger (Anm. 17), 365. 32) Vgl. Ehrat/Widmer (Anm. 13), Art. 75 FusG N 6; von der Crone et al. (Anm. 1), N 919; Altenburger/Calderan/Lederer (Anm. 5), N 996. 33) Vgl. dazu Binder, Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung, Zürich 2005, 13; Glanzmann, Umstrukturierungen, Bern 2006, 230 f.; Böckli (Anm. 18), § 3 N 396. 34) Keine Vorteile werden sich in der Regel für im Sitzkanton gelegene Liegenschaften ergeben. Beispielsweise beträgt die Notariatsgebühr für einen Grundstückskaufvertrag im Kanton Zürich 1‰ des Verkehrswerts des Grundstücks (§ 1.1 Ziff. 1.1.1 der Notariats-

gebührenverordnung, «NGV ZH»), die Grundbuchgebühr 2.5% des Verkehrswerts (§ 1 Ziff. 2.2.1 NGV ZH). Die Eigentumsübertragung im Rahmen einer Vermögensübertragung wird bei den Notariatsgebühren gleich wie eine normale Handänderung behandelt (vgl. die Dienstanweisung der Finanzdirektion zur Notariatsgebührenverordnung vom 15. Dezember 1988, Änderung vom 30. Juni 2004

(Ziff. 1), also nicht als übrige gesellschaftsrechtliche Urkunde, bei welcher die Notariatsgebühr (gemäss § 1 Ziff. 4.4.3.3) nur 0.2–0.5% vom Kapital, maximal aber CHF 7500, beträgt. Dasselbe gilt wohl auch bei der Grundbuchgebühren, wo die Vermögensübertragung wie eine normale Eigentumsänderung gemäss § 1 Ziff. 2.2.1 NGV ZH behandelt wird, also nicht als andere öffentliche Be-

urkundung gemäss § 1 Ziff. 4.7 NGV ZH, wo eine Gebühr von CHF 50–10 000 vorgesehen ist. Dies bedeutet, dass wenn der Kanton Zürich der Sitzkanton ist, die Gebühren gleich sind, unabhängig davon, ob Liegenschaften mittels Einzelkaufverträgen oder durch eine Vermögensübertragung veräussert werden.

RESUME

Transmission de biens immobiliers par un transfert de patrimoine

Depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur la fusion (LFus), le 1^{er} juillet 2004, les transmissions de biens immobiliers ou d'immeubles isolés peuvent être effectuées par le biais d'un transfert de patrimoine au sens des articles 69 ss LFus au lieu d'un achat d'immeuble. Le transfert de patrimoine présente l'avantage que des immeubles situés dans différents cantons peuvent être transférés par un seul acte authentique. Cela permet non seulement de réduire les coûts des transferts immobiliers dans toute la Suisse, mais également, selon leur lieu de situation et le siège du cédant, d'économiser des frais d'actes. Dans les cas de transfert d'un seul immeuble, l'acte no-

tarié peut toutefois être établi non pas par le notaire du lieu de situation de l'immeuble mais par celui du lieu du siège du cédant; pour la première fois, les sujets de droit inscrits au Registre du commerce disposent ainsi d'une alternative à l'établissement de l'acte notarié dans le canton où se situe l'immeuble. Les droits de mutation ne peuvent être évités que si le transfert de patrimoine peut être effectué dans le cadre d'une restructuration au sens des articles 8 al. 3 et 24 al. 3 et 3^{quarter} LHID. Les cantons sont tenus d'exonérer de telles restructurations des droits de mutations cantonaux ou communaux d'ici le 1^{er} juillet 2009.

On peut considérer l'insécurité juridique qui subsiste aujourd'hui comme un inconvénient du transfert de patrimoine. Cette insécurité concerne les exigences liées à l'établissement des actes en dehors du canton et à leur acceptation par les offices du registre foncier. Des particularités existent également pour certaines questions de droit matériel. La responsabilité solidaire de trois ans selon l'article 75 al. 1 LFus ne présente toutefois pas un inconvénient si la transmission est effectuée de telle manière que les dettes ne sont pas transmises mais remboursées. CR/AFB