



Verkauf eines Geschäftsbereichs – Welche Regelungsmöglichkeiten stehen zur Verfügung?

In der Praxis wird oft ein Geschäftsbereich mit den dazugehörigen Aktiven und Passiven veräußert (Asset Deal). Für die rechtliche Umsetzung stehen unterschiedliche Varianten zur Verfügung. Je nach Ausgestaltung der Transaktion gehen die zu übertragenden Aktiven und Passiven des Geschäftsbereichs einzeln mittels Singularsukzession oder gesamthaft kraft gesetzlicher Universalsukzession auf den Erwerber über. In diesem Artikel erfolgt ein Überblick über die zur Auswahl stehenden rechtlichen Möglichkeiten, deren Voraussetzungen sowie die damit verbundenen Vor- und Nachteile.

Die Gründe, weshalb ein Unternehmen sich von einem Geschäftsbereich trennen und diesen an einen Dritten verkaufen will, sind vielfältig. Mögliche Auslöser sind etwa die Fokussierung auf das Kerngeschäft, die Aufteilung des Unternehmens im Hinblick auf eine Nachfolgeregelung, benötigte Eigenmittel für geplante Investitionen oder die Neuausrichtung der Geschäftsstrategie.

Der Verkauf des Geschäftsbereichs kann entweder nach den Bestimmungen des Obligationenrechts in einem Geschäftsübernahmevertrag (nachfolgend Ziffer 1) oder nach den Bestimmungen des Fusionsgesetzes¹ (nachfolgend abgekürzt FusG) erfolgen. Bei den Regelungsoptionen nach FusG stehen die Vermögensübertragung (nachfolgend Ziffer 2) sowie die Abspaltung mit anschliessendem Verkauf der Beteiligungs-

rechte am zu veräußernden Betriebsteil (nachfolgend Ziffer 3) zur Auswahl.

Die formellen Anforderungen der Transaktionsformen sind teils sehr komplex und viele Fragen hängen von den konkreten Verhältnissen ab. In der nachfolgenden Übersicht kön-

¹ Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, SR 221.301.

nen nur die wichtigsten Grundsätze behandelt werden ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

1. Geschäftsübernahmevertrag nach OR (Singularsukzession)

a) Voraussetzungen

Im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit besteht die Möglichkeit, die Aktiven und Passiven eines Geschäftsbereiches mittels eines Geschäftsübernahmevertrages nach Obligationenrecht (OR)² zu veräussern. Die zu übertragenden Aktiven und Passiven werden bei diesem Transaktionstyp einzeln übertragen. Dies wird daher als Einzelrechtsnachfolge oder Singularsukzession bezeichnet. Der Geschäftsübernahmevertrag wird im OR nicht als eigener Vertragstyp speziell geregelt; meist dürfte beim Geschäftsübernahmevertrag der kaufvertragliche Charakter im Vordergrund stehen, weshalb grundsätzlich die gesetzlichen Bestimmungen zum Kaufvertrag³ anwendbar sind. Aus Beweisgründen sollte der Geschäftsübernahmevertrag schriftlich und nicht nur mündlich abgeschlossen werden. Falls mit dem Vertrag auch Grundstücke übertragen werden, so bedarf der entsprechende Teil des Vertrages zwingend der öffentlichen Beurkundung⁴. Im Vertrag sollten alle Aktiven und Passiven des zu veräussernden Geschäftsbereiches möglichst detailliert und präzise bezeichnet werden; die Auflistung der Assets kann beispielsweise in einem Inventar erfolgen.

Der Geschäftsübernahmevertrag nach OR steht Unternehmen aller Rechtstypen offen, also insbesondere auch den nicht im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmen, denen eine Umstrukturierung nach den Bestimmungen des FusG (Vermögensübertragung oder Abspaltung) verwehrt bleibt. Umgekehrt dürfen sich aber auch all jene Unterneh-

men dieser Regelungsvariante bedienen, welche im Handelsregister eingetragen sind und die Übergabe auch mittels Vermögensübertragung oder Abspaltung nach FusG regeln könnten⁵.

b) Rechtswirksamkeit

Mit dem Abschluss des Vertrages gehen die zu veräussernden Aktiven und Passiven des Geschäftsbereiches nicht automatisch auf den Erwerber über. Vielmehr müssen diese einzeln nach den entsprechenden Vorschriften auf den Erwerber übertragen werden (Prinzip der Singularsukzession)⁶. Konkret bedeutet dies, dass für die Übertragung beweglicher Sachen die Übergabe des Besitzes (Art. 714 ZGB) und für die Übertragung von Grundstücken die Eintragung in das Grundbuch (Art. 656 ZGB) nötig sind. Wertpapiere sind einzeln mit Indossament oder allenfalls durch Abschluss eines schriftlichen Zessionsvertrages⁷ zu übertragen. Forderungen sind ebenso mittels eines schriftlichen Zessionsvertrages (Art. 164ff. OR) zu übertragen. Auch die Schulden können nur einzeln und mittels Zustimmungen der jeweiligen Gläubiger nach den Bestimmungen der externen Schuldübernahme (Art. 176ff. OR) übertragen werden. Schliesslich können die mit dem Geschäftsbereich verbundenen Verträge nur einzeln und mit dem jeweiligen Einverständnis der anderen Vertragspartei auf den Erwerber übertragen werden⁸. Die rechtsgültige Umsetzung des Verkaufs kann demnach vor allem bei einer sehr grossen Anzahl von verschiedenartigen Aktiven und Passiven aufwändig sein. Falls und soweit die Formvorschriften zur Übertragung nicht eingehalten werden, verbleibt das Eigentum an den Assets bzw. die Schuld beim Veräusserer.

c) Vor- und Nachteile

Der Geschäftsübernahmevertrag nach OR hat den Vorteil, dass dieser nicht beim

Handelsregister eingereicht werden muss und somit keine Publizität besteht. Dritte erhalten keine Information zur vorgenommenen Transaktion, was vor allem bei sensiblen vertraulichen Informationen im Vertrag wichtig sein kann. Das Zustimmungserfordernis der Gläubiger und Vertragspartner zur Übertragung kann ein Nachteil sein, die Einholung dieser Zustimmungen schafft andererseits klare Verhältnisse. Die fehlende solidarische Weiterhaftung des übertragenden Unternehmens für Schulden ist ein weiterer Vorteil dieses Regelungstypus. Nachteilig kann bei sehr umfangreichen Assets das Erfordernis der Singularsukzession sein.

d) Exkurs: Spezialfall

Art. 181 OR

Unternehmen, welche nicht im Handelsregister eingetragen sind, also beispielsweise Einzelunternehmen oder Kollektivgesellschaften, können den Geschäftsbereich nach den speziellen Bestimmungen von Art. 181 OR übertragen⁹. Danach können die Schulden bzw. die Passiven unter erleichterten Bedingungen gesamthaft auf den Erwerber übertragen werden. Für den Schuldnerwechsel genügt es, dass die Übernahme den Gläubigern mitgeteilt wird oder in öffentlichen Blättern ausgekündigt worden ist¹⁰.

² Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220.

³ Vgl. Art. 184 ff. OR.

⁴ Art. 216 Abs. 1 OR.

⁵ BSK-FusG-Malacrida, Art. 69 N 13 (Der Wortlaut von Art. 181 Abs. 4 OR ist diesbezüglich missverständlich und zu eng); BSK-OR-Tschäni, Art. 181 N 6.

⁶ Vgl. BSK-OR-Tschäni, Art. 181 N 1.

⁷ Die Übergabe mittels Zession ist dann geboten, falls für das Wertpapier (z.B. Aktie) keine physische Urkunde ausgegeben ist.

⁸ Für Miet- und Arbeitsverträge gelten gesetzliche Spezialbestimmungen, vgl. Art. 261 OR, Art. 263 OR sowie Art. 333 OR.

⁹ Art. 181 Abs. 4 OR e contrario.

¹⁰ Art. 181 Abs. 1 OR.

Entsprechend müssen keine Schuldübernahmeverträge mit den Gläubigern einzeln abgeschlossen werden. Der Verzicht auf das Zustimmungserfordernis der Gläubiger zur Schuldübernahme ist verbunden mit einer solidarischen Weiterhaftung des bisherigen Schuldners während dreier Jahre¹¹. Keine Erleichterung besteht für die Übertragung der Aktiven; diese müssen auch im Anwendungsfall von Art. 181 OR einzeln übertragen werden.

Nach der herrschenden Lehre ist für die im Handelsregister eingetragenen Unternehmen die erleichterte Ausgliederung der Passiven gestützt auf Art. 181 OR seit dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes (FusG) nicht mehr anwendbar und unzulässig¹². Einschlägige Gerichtsurteile zu dieser Frage sind soweit ersichtlich nicht vorhanden.

2. Vermögensübertragungsvertrag nach FusG

a) Voraussetzungen

Die formalen und inhaltlichen (Mindest-)Anforderungen einer Vermögensübertragung nach FusG sind im Gegensatz zum vorne dargestellten Geschäftsübernahmevertrag gesetzlich detailliert geregelt¹³. So muss der Übertragungsvertrag schriftlich und von den obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen¹⁴ der Beteiligten abgeschlossen werden¹⁵. Inhaltlich muss der Vertrag unter anderem ein Inventar mit der eindeutigen Bezeichnung der zu übertragenden Aktiven und Passiven enthalten, wobei Grundstücke¹⁶, Wertpapiere und immaterielle Werte¹⁷ einzeln aufgeführt werden müssen¹⁸. Die Vermögensübertragung ist nur zulässig, wenn das Inventar einen Aktivenüberschuss ausweist¹⁹. Gegenstände des Aktivvermögens, welche sich auf Grund des Inventars nicht eindeutig zuord-

nen lassen, verbleiben beim übertragenden Rechtsträger²⁰. Die Vermögensübertragung steht nur den im Handelsregister eingetragenen Unternehmen zur Verfügung²¹.

b) Rechtswirksamkeit

Das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan des übertragenden Unternehmens muss dem Handelsregisteramt die Vermögensübertragung zur Eintragung im Handelsregister anmelden²². Die Vermögensübertragung wird immer beim übertragenden bzw. veräussernden Unternehmen im Handelsregister eingetragen und erlangt mit dieser Eintragung Publizität²³. Damit verbunden ist die Möglichkeit, dass Dritte in alle beim Handelsregister eingereichten Belege, namentlich in den Vermögensübertragungsvertrag, Einsicht nehmen können. Rechtswirksam wird die Vermögensübertragung nach FusG mit der Eintragung im Handelsregister. In diesem Zeitpunkt gehen alle im Inventar des Übertragungsvertrages aufgeführten Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen auf das übernehmende Unternehmen über (Universalsukzession bzw. Gesamtrechtsnachfolge)²⁴.

c) Vor- und Nachteile

Die Vermögensübertragung ist ein praktisches Instrument, mit welchem die Übergabe eines Geschäftsbereichs relativ einfach geregelt werden kann. Weiterer Vorteil ist die automatische gesetzliche Universalsukzession mit dem Handelsregistereintrag, wodurch sich eine unter Umständen aufwändige Einzelübertragung der Assets bzw. Passiven erübrigt. Vor allem in Fällen, wo eine grosse Anzahl von Aktiven und Passiven in einem Akt übertragen werden sollen, bietet sich die Vermögensübertragung als zweckmässiges und rechtssicheres Instrument an.

Als nachteilig erweisen kann sich im Einzelfall die mit der Eintragung im Handelsregister einhergehende Publizität der

Transaktion und insbesondere des vollständigen Vertragsinhaltes²⁵. Nachteilig sind ferner die im Gesetz vorgesehene solidarische Weiterhaftung des übertragenden Unternehmens für die übertragenen Schulden während dreier Jahre²⁶, sowie die Ungewissheit, ob auch Verträge automatisch übergehen, ohne dass es der Zustimmung der Gegenpartei bedarf²⁷.

3. Abspaltung nach FusG mit anschliessendem Share-Deal

a) Voraussetzungen

Auch die Voraussetzungen zur Durchführung einer Abspaltung sind gesetzlich detailliert geregelt²⁸. Von den drei hier dargestellten Typen ist die Durchführung einer Abspaltung formell und inhaltlich mit Abstand am anspruchsvollsten. Die Abspaltung eines Geschäftsbereichs kann entweder auf eine neu zu gründende Gesellschaft oder auf eine bereits bestehende Gesellschaft erfolgen. Bei der Abspaltung müssen die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter des übertragenden Unternehmens zwingend gewahrt werden²⁹.

Die Vermögensübertragung ist ein praktisches Instrument, mit welchem die Übergabe eines Geschäftsbereichs relativ einfach geregelt werden kann.

¹¹ Art. 181 Abs. 2 OR.

¹² Vgl. BSK-OR-Tschäni, Art. 181 N 7.

¹³ Art. 69ff. FusG.

¹⁴ Z.B. Verwaltungsrat bei der AG, Geschäftsführung bei der GmbH usw.

¹⁵ Art. 70 Abs. 1 FusG.

¹⁶ Falls Grundstücke übertragen werden, bedarf der entsprechende Teil des Vertrages der öffentlichen Beurkundung (Art. 70 Abs. 2 erster Satz FusG).

¹⁷ z.B. Marken, Patente, Urheberrechte, Designrechte usw.

¹⁸ Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG.

¹⁹ Art. 71 Abs. 2 FusG.

²⁰ Art. 72 FusG.

²¹ Art. 69 Abs. 1 FusG.

²² Art. 73 Abs. 1 FusG.

²³ Vgl. Art. 139 HRegV.

²⁴ Art. 73 Abs. 2 FusG.

²⁵ Der Übertragungsvertrag muss dem Handelsregisteramt als Beleg eingereicht werden (Art. 138 lit. a HRegV). Alle Handelsregisterbelege sind öffentlich einsehbar, ohne dass es eines besonderen Interessennachweises bedarf (vgl. Art. 10 HRegV).

²⁶ Art. 75 Abs. 1 FusG.

²⁷ BSK-FusG-Malacrida, Art. 69 N13b.

²⁸ Art. 29ff. FusG.

²⁹ Art. 31 i.V.m. Art. 7 FusG.

Das bedeutet, dass die Gesellschafter des übertragenden Unternehmens Anteils- und Mitgliedschaftsrechte (also z.B. Aktien oder Stammanteile) am übernehmenden Unternehmen erhalten müssen. Bei dieser Voraussetzung handelt es sich um das Abgrenzungs- und Unterscheidungsmerkmal zur Vermögensübertragung³⁰. Die notwendige Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte hat zur Folge, dass ein Geschäftsbereich nicht direkt an eine Drittperson abgespalten werden kann, welche bisher am Unternehmen nicht beteiligt war.

Für die Spaltung sind ein Spaltungsplan³¹ oder ein Spaltungsvertrag³² zu erstellen, welcher unter anderem das Inventar mit den zu übertragenden Aktiven und Passiven beinhalten muss³³. Für das Inventar der Abspaltung gelten die gleichen Anforderungen wie für das Inventar bei der Vermögensübertragung³⁴. Bereits vorgängig zur Durchführung der Abspaltung muss zum Schutz der Gläubiger zwingend eine dreimalige Ankündigung im Schweizerischen Handelsamtsblatt erfolgen, worauf die Gläubiger ihre Forderungen anmelden und Sicherstellung verlangen können³⁵. Sodann müssen der Spaltungsplan oder der Spaltungsvertrag und ein spezieller Spaltungsbericht³⁶ von einer zugelassenen Revisionsexpertin geprüft werden, sofern nicht sämtliche Gesellschafter eines KMU's³⁷ darauf verzichten³⁸. Schliesslich müssen der Spaltungsvertrag oder der Spaltungsplan den Generalversammlungen der beteiligten Gesellschaften zur Beschlussfassung vorgelegt werden, und die entsprechenden Beschlüsse bedürfen der öffentlichen Beurkundung durch einen Notar³⁹.

Nach dem Vollzug der Abspaltung können die Beteiligungsrechte an der übernehmenden Gesellschaft (z.B. Aktien oder Stammanteile) als Share-Deal (d.h. mit einem Verkauf der Aktien bzw. Stammanteile) an

einen Dritten bzw. an den Erwerber veräussert werden.

b) Rechtswirksamkeit

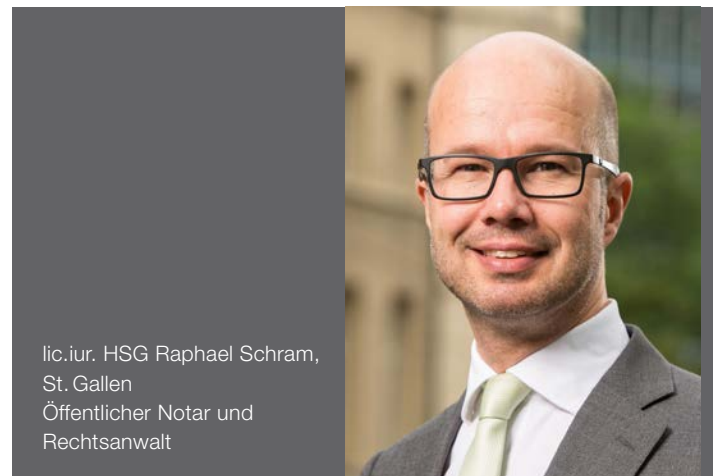
Sobald der Spaltungsbeschluss vorliegt, muss das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan die Spaltung zur Eintragung in das Handelsregister anmelden⁴⁰. Gleich wie bei der Vermögensübertragung wird auch die Abspaltung mit der Eintragung im Handelsregister rechtswirksam. In diesem Zeitpunkt gehen alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über (Universalsukzession bzw. Gesamtrechtsnachfolge)⁴¹.

c) Vor- und Nachteile

Vorteile sind die mit der Abspaltung verbundene Universalsukzession des Geschäftsbereichs sowie die Möglichkeit, dass nach dem Vollzug der Spaltung die Beteiligungsrechte der übernehmenden Gesellschaft relativ einfach mittels eines Share-Deals⁴² an den Erwerber veräussert werden können. Bei der Abspaltung wird das Eigenkapital der Gesellschaft aufgeteilt, weshalb für die neue Gesellschaft kein Kapital einbezahlt werden muss⁴³.

Nachteile einer Abspaltung sind deren komplexe und zeintensive Umsetzung, die bereits einige Monate im Voraus durchzuführende Publikation des Vorhabens zum Schutz der Gläubiger, die mit dem Handelsregistereintrag verbundene Publizität, sowie die zeitlich unbefristete, subsidiäre solidarische Weiterhaftung des Verkäufers für die im Inventar aufgeführten Schulden⁴⁴. Schliesslich besteht auch bei der Spaltung die Ungewissheit, ob auch Verträge automatisch übergehen, ohne dass es der Zustimmung der Gegenpartei bedarf⁴⁵.

In der Praxis wird anstelle der Abspaltung nach FusG häufig eine neue Gesellschaft nach den Bestimmungen des OR gegründet⁴⁶ und dabei die Aktiven



lic.iur. HSG Raphael Schram,
St. Gallen
Öffentlicher Notar und
Rechtsanwalt

und Passiven des zu veräussernden Betriebsteils als Sacheinlage⁴⁷ in die zu gründende Gesellschaft eingebracht.

4. Hinweis zum Steuerrecht

Bei der Planung der Transaktion sind auch die steuerrechtlichen Folgen von grosser Bedeutung. Die Variante Abspaltung nach FusG mit anschliessendem Share Deal kann steuerliche Vorteile bringen, wenn die Spaltung steuerneutral vollzogen werden kann und auch der Share Deal keine Steuerfolgen hat.

5. Fazit

Für den Verkauf eines Geschäftsbereichs stehen verschiedene Regelungstypen zur Verfügung, welche sich in Bezug auf die formalen und inhaltlichen Anforderungen, aber auch hinsichtlich der Vor- und Nachteile stark unterscheiden. Welche Regelungsvariante optimal ist, muss anhand der konkreten Verhältnisse und Bedürfnisse im Einzelfall abgeklärt werden. Bei dieser Abklärung sind zivilrechtliche, steuerrechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte zu berücksichtigen. In jedem Fall sollte genügend Zeit für die sorgfältige Vorbereitung und Umsetzung der Transaktion eingeplant werden. ■

³⁰ Art. 69 Abs. 1 letzter Satz FusG.

³¹ Bei einer Neugründung infolge Abspaltung.

³² Bei der Abspaltung auf eine andere, bereits bestehende Gesellschaft.

³³ Art. 37 lit. b FusG.

³⁴ Vgl. vorne Ziffer 2.a.

³⁵ Art. 45f. FusG.

³⁶ Vgl. Art. 39 FusG.

³⁷ Die Definition für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) findet sich in Art. 2 lit. e FusG: Gesellschaften, die keine Anleiheobligationen ausstehend haben, deren Anteile nicht an der Börse kotiert sind und die überdies zwei der nachfolgenden Grössen in den letzten zwei dem Spaltungsbeschluss vorangegangenen Geschäftsjahre überschreiten: (1) Bilanzsumme von CHF 20 Mio.; (2) Umsatzerlös von CHF 40 Mio.; (3) 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

³⁸ Art. 40 i.V.m Art. 15 FusG. Falls bei einer Abspaltung zur Neugründung von den KMU-Erleichterungen Gebrauch gemacht wird, so muss anstelle des Spaltungsberichts und des Prüfungsberichts gemäss Handelsregisterpraxis entsprechend den Gründungsbestimmungen ein «Gründungsbericht» analog Art. 635 OR erstellt werden, und dieser Bericht muss analog Art. 635a OR von einem zugelassenen Revisor geprüft werden.

³⁹ Art. 43 und Art. 44 FusG.

⁴⁰ Art. 51 Abs. 1 FusG.

⁴¹ Art. 52 FusG.

⁴² Z.B. Aktienkaufvertrag bei einer Aktiengesellschaft.

⁴³ Das Kapital der infolge Abspaltung gegründeten Gesellschaft wird aus dem Aktivenüberschuss gemäss Inventar zu Abspaltung liberiert.

⁴⁴ Art. 47 FusG

⁴⁵ CHK-U. Hengartner/N. Neuhaus FusG 37 N 9.

⁴⁶ z.B. eine Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR; vgl. Gründungsbestimmungen zur AG in Art. 629 ff. OR.

⁴⁷ Vgl. Art. 628 OR und Art. 634 OR.