

KMU-Recht II

Dozent: Ass-Prof. Dr. iur. Karin Müller
Prof. Dr. iur. Felix Richner
Dr. iur. Alexandra Zeiter
E-Mail: karin.mueller@unilu.ch
Verfasser: Markus Widmer

Inhaltsverzeichnis

<u>I. EINLEITUNG</u>	4
1.1. PRÜFUNGSHINWEISE	4
1.2. HINWEISE ZUM UNTERRICHT	4
1.3. INHALT DES UNTERRICHTS	4
1.4. LERNZIELE	4
<u>II. KMU RECHT II</u>	5
<u>A) ERB- UND GÜTERRECHTLICHER TEIL</u>	5
<u>1. ERBRECHTLICHE ASPEKTE</u>	5
1.1. INHALTSVERZEICHNIS ERBRECHTLICHER TEIL	5
1.2. EINIGE DEFINITIONEN	5
1.3. DIE ERBENGEMEINSCHAFT	6
1.4. HINWEIS: HANDELSREGISTERVERORDNUNG	6
1.5. UNTERNEHMENSERBRECHT	6
<u>2. GEWILLKÜRTE ERBFOLGE UND PFLICHTTEILSRECHT</u>	7
2.1. VERFÜGUNGSARTEN	7
2.2. FORMVORSCHRIFTEN (BEISPIELE BGE RECHTSPRECHUNG)	8
2.3. GEBRÄUCHLICHSTE VERFÜGUNGSARTEN	8
2.4. DIE PFLICHTTEILE (ART. 471 ZGB)	9
2.5. PFLICHTTEILSVERLETZUNGEN	10
2.6. BIEN DES AISÉMENT NÉGOCIABLES DOKTRIN (LEICHT VERÄUSSERBARE WERTE)	11
2.7. VERBESSERUNG DES MINDERHEITENSCHUTZES	12
<u>3. EHEGÜTERRECHT</u>	12
3.1. VERTRAGLICHE GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN	12
3.2. DIE ERRUNGENSCHAFTSBETEILIGUNG	12
3.3. GÜTERGEMEINSCHAFT	14
3.4. GÜTERTRENNUNG	14

3.5.	EHESCHIEDUNG	14
4.	<u>UNTERNEHMENSNACHFOLGE UNTER LEBENDEN (AUSGLEICHUNG)</u>	14
4.1.	GRUNDSÄTZLICHES	14
4.2.	AUSGLEICHUNGSSUBJEKT	15
4.3.	AUSGLEICHUNGSOBJEKT	16
4.4.	VERZICHT AUF AUSGLEICHUNG (ART. 629 ABS. 1 ZGB)	17
4.5.	FALLBEISPIEL	17
4.6.	AUSGLEICHUNGSMECHANIK	17
5.	<u>HERABSETZUNG</u>	18
5.1.	ERBRECHTLICHE BERÜCKSICHTIGUNG LEBZEITIGER ZUWENDUNGEN	18
5.2.	SUBJEKT DER HERABSETZUNG	18
5.3.	OBJEKTE DER HERABSETZUNG	18
5.4.	BERECHNUNG DES PFLICHTTEILS	20
5.5.	REIHENFOLGE DER HERABSETZUNG (ART. 532 ZGB)	20
5.6.	BESPRECHUNG BGE-ENTSCHEID (BGE 76 II 188)	20
5.7.	UNTERSCHIEDE AUSGLEICHUNG / HERABSETZUNG	21
6.	<u>ERBRECHTLICHE SONDERPROBLEME</u>	22
6.1.	DIE NACHFOLGE BEI KOLLEKTIVGESELLSCHAFTEN	22
6.2.	DIE NACHFOLGE BEI AKTIENGESELLSCHAFTEN	23
6.3.	DIE UNTERNEHMENSSTIFTUNG	23
B)	<u>STEUERRECHTLICHE ASPEKTE</u>	25
1.	<u>STEUERLICHE ASPEKTE DER UNTERNEHMENSNACHFOLGE</u>	25
1.1.	ALLGEMEINES	25
1.2.	EINZELFRAGEN	25
2.	<u>VERKAUF DES UNTERNEHMENS AN DRITTE - STEUERPROBLEME</u>	26
2.1.	DEFINITION	26
2.2.	REINVESTITIONSTHEORIE	26
2.3.	SUBJEKTIVES HERKUNFTSPRINZIP	26
2.4.	RÜCKKAUF EIGENER AKTIEN	26
2.5.	UNTERNEHMENSVERKAUF PERSONENGESELLSCHAFT AN DRITTE	26
2.6.	BEGRIFFSDEFINITIONEN	27
2.7.	GRUNDSTÜCKGEWINN- UND HANDÄNDERUNGSSTEUER BEI PERSONENGESELLSCHAFT	27
2.9.	QUALIFIKATION BETEILIGUNGSRECHTE	28
2.10.	INDIREKTE TEILLIQUIDATION	29
2.11.	TRANSPONIERUNG	29
3.	<u>STEUERLICHE PROBLEME BEI DER UMSTRUKTURIERUNG</u>	29
3.1.	BEGRIFFSDEFINITIONEN	29

3.2.	UMWANDLUNG AUS GESELLSCHAFTSRECHTLICHER SICHT	30
3.3.	VERDECKTES EIGENKAPITAL	31
3.4.	STEUERNEUTRALE UMWANDLUNG NACH ART. 61 DBG	32
3.5.	STEUERRECHTLICHE PROBLEME IM ZUSAMMENHANG MIT EINER FUSION	33
3.6.	NOMINALWERTPRINZIP (NENNWERTPRINZIP)	33
3.7.	KAPITALEINLAGEPRINZIP	33
C) <u>GESELLSCHAFTSRECHTLICHE ASPEKTE</u>		34
1. <u>VERTRAGS- UND GESELLSCHAFTSRECHTLICHE ASPEKTE</u>		34
1.1.	GESETZLICHE GRUNDLAGEN	34
1.2.	ZWECK EINES UNTERNEHMENSKAUF	34
1.3.	BEGRIFF DES UNTERNEHMENS	34
1.4.	ARTEN DES UNTERNEHMENSKAUF	34
1.5.	MÄNGEL BEI VERTRAGSSCHLUSS / LEISTUNGSSTÖRUNGEN	36
1.6.	ABLAUF EINES UNTERNEHMENSKAUF	37
2. <u>UMSTRUKTURIERUNG VON UNTERNEHMEN</u>		39
2.1.	DEFINITION EINER FUSION	39
2.2.	FUSIONSGESETZ (FRÜHERE REGELUNG)	39
2.3.	FUSIONSGESETZ (HEUTIGE REGELUNG)	39
2.4.	TRANSAKTIONSFORMEN	39
2.5.	ZIELE DES FUSIONSGESETZES (ART. 1 FUSG)	40
2.6.	BEGRIFF DER FUSION	40
2.7.	WAHRUNG DER ANTEILS- UND MITGLIEDSCHAFTSRECHTE	40
2.8.	FORMEN DER FUSION	41
2.9.	FUSION ALS RECHTSGESCHÄFT	42
2.10.	VERFAHRENSABLAUF	42
2.11.	VERFAHRENSERLEICHTERUNGEN FÜR KMU	42
2.12.	DIE SPALTUNG (ART. 29 FUSG)	43
2.13.	UMWANDLUNG	45

I. Einleitung

1.1. Prüfungshinweise

Es gibt eine mündliche Prüfung. Es können 5 ECTS Punkte erreicht werden. Es sind jeweils zwei Experten anwesend.

Es gibt folgende Paarungen:

1. Frau Müller / Frau Zeitner
2. Herrn Richner / Frau Zeitner

Folgende Bücher werden empfohlen:

Gemeinsames Skriptum der Dozierenden und weitere Materialien.

1.2. Hinweise zum Unterricht

Das Thema wird anhand eines gemeinsamen Skriptums der Dozierenden und weiterer Materialien behandelt. Die Fälle sollen aus einer juristischen Warte betrachtet werden und nicht betriebswirtschaftlich.

1.3. Inhalt des Unterrichts

Inhalt dieser Vorlesung (KMU-Recht II)

Die neu konzipierte Vorlesung „Nachfolge in und Umstrukturierung von Unternehmen (KMU-Recht II)“ befasst sich mit einem weiteren Teil des Lebenszyklus eines Unternehmens

Inhalt der Vorlesung KMU-Recht I

1. Gründung
2. Aufbau
3. Liquidation eines Unternehmens

Methodik

Ausgehend von einem einheitlichen Grundsachverhalt werden die Fragen erörtert, die sich bei der Unternehmensnachfolge und der Unternehmensumstrukturierung von Personen- wie von Kapitalunternehmen stellen, und zwar sowohl aus Sicht des Erb- und Ehegüterrechts als auch des Gesellschafts- und Steuerrechts. Das Zusammenspiel der unterschiedlichen rechtlichen Fragestellungen soll in einem Gebiet mit hoher Praxisrelevanz integriert veranschaulicht werden. Die Veranstaltung ist der Beratungspraxis nachempfunden und soll den Studierenden im Besonderen das Umgehen mit und Lösen von interdisziplinären Fragestellungen vermitteln.

1.4. Lernziele

Die Studierenden sind mit den zentralen Fragen vertraut, die sich im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge und deren Planung sowie der Umstrukturierung von Unternehmen aus Sicht des Erb- und Ehegüterrechts sowie des Gesellschafts- und Steuerrechts stellen, und verstehen die Zusammenhänge zwischen diesen Rechtsgebieten.

II. KMU Recht II

A) Erb- und güterrechtlicher Teil

1. Erbrechtliche Aspekte

1.1. Inhaltsverzeichnis erbrechtlicher Teil

Dozentin

alexandra.zeiter@wenger-plattner.ch

Sie arbeitet in einem Anwaltsbüro in Zürich

Erbrecht / Nachfolge bei Ableben

19.09.2008	Allgemeines: Gesetzliche Erbfolge und Erbteilungsrecht
03.10.2008	Gewillkürte Erbfolge und Pflichtteilsrecht
10.10.2008	Ehegüterrecht

Unentgeltliche Unternehmensübertragung unter Lebenden

17.10.2008	Ausgleichung
24.10.2008	Herabsetzung
07.11.2008	Erbrechtliche Sonderprobleme

1.2. Einige Definitionen

Definition KMU (Betriebswirtschaftliche Definition)

Mittleres Unternehmen	bis 250 Angestellte
Kleines Unternehmen	bis 50 Angestellte
Kleinstunternehmen	bis 10 Angestellte

Art. 2 Abs. 1 lit. e FusG kennt eine eigene Definition.

Unternehmensübergang

Der Unternehmensübergang kann

- a) entgeltlich / unentgeltlich
- b) unter Lebenden / von Todes wegen

Vermögen

Die Summe aller geltwerten Vorteile.

Es wird zwischen Bruttovermögen (nur Aktiven) und Nettovermögen (Aktiven ./ Passiven) unterschieden.

Erblasser

Unter Erblasser wird ein Verstorbener oder eine Person verstanden, welche ihren Nachlass regeln will.

Unterschiede Sachgesamtheit / Rechtsgesamtheit

Sachgesamtheit

Die Aktien bilden eine Sachgesamtheit, sofern der Erblasser 100 % der Aktien des Unternehmens besessen hat.

Rechtsgesamtheit

Das Unternehmen bildet eine Rechtsgesamtheit.
Dies trifft auf Personengesellschaft zu.

1.3. Die Erbengemeinschaft

Die Erben erwerben das Unternehmen als Gesamteigentum (Art. 560 ZGB). Es liegt ein eo-ipso Erwerb (Selbsterwerb) vor. Sofern die Erbschaft nicht ausgeschlagen wird, werden auch die Schulden vererbt.

Die gesetzliche Erbfolge ist in Art. 457 ff. ZGB geregelt. Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten ist in Art. 462 ZGB geregelt.

1.4. Hinweis: Handelsregisterverordnung

Die Handelsregisterverordnung wurde per 01.01.2008 geändert. Es sind sämtliche Artikel der Handelsregisterverordnung neu auszudrucken.

1.5. Unternehmenserbrecht

Es gibt kein eigentliches Unternehmenserbrecht. Eine Ausnahme bildet das bäuerliche Erbrecht.

Die einzigen Bestimmungen finden sich in:

- | | | |
|----|---------------------|--|
| a) | Art 612a Abs. 1 ZGB | Zuweisung der Wohnung und des Hausrates an den überlebenden Ehegatten. |
| b) | Art. 613a ZGB | Keine Teilung von Gegenständen, welche ihrer Natur nach zusammengehören. |

Bei Tod der Personengesellschaft wird die Personengesellschaft von Gesetzes wegen aufgelöst (Art. 39 HRegV / alter Art. 68 Abs. 1 HRegV)
Die Erbengemeinschaft ist eine Liquidationsgemeinschaft.

Solange die Erbengemeinschaft weiter besteht, müssen sämtliche Entscheide einstimmig gefällt werden, da eine Gesamthandschaft besteht.

Es bestehen folgende Möglichkeiten, die Erbschaft verwalten zu lassen:

- a) Willensvollstrecker (Art. 517 ff. ZGB)
- b) Erbschaftsverwalter (Art. 554 ff. ZGB)
- c) amtlicher Liquidator (Art. 593 ff. ZGB)
- d) Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB)

Die Erbschaftsverwaltung muss angeordnet werden. Eine Erbschaftsverwaltung wird meistens bei Uneinigkeit der Erben beantragt.

Weitere Gründe für eine Erbschaftsverwaltung sind:

1. Eine Erbe ist dauernd und ohne Vertretung abwesend und seine Interessen erfordern es.
2. Wenn keiner der Ansprecher sein Erbrecht genügend nachzuweisen vermag oder das Vorhandensein eines Erben ungewiss ist.
3. Wenn nicht alle Erben bekannt sind.
4. Weitere gesetzliche Gründe.

Die Erben sind in der Teilung der Erbschaft frei (Art. 610 Abs. 1 ZGB). Einigen sich die Erben über die Teilung der Erbschaft nicht, können Sie Lose ziehen.

Im bürgerlichen Erbrecht besteht der Grundsatz der Realteilung. Als Gegenstände gemäss Art. 613 Abs. 1 ZGB gelten Rechts- und Sachgesamtheiten. Auch ein Aktienpaket kann darunter fallen.

Wenn eine Person ein Unternehmen übernimmt, kann sie sich verpflichten, die übrigen Personen auszuzahlen. Die Auszahlungspflicht darf jedoch nicht höher als 10 % des übernommenen Wertes sein (Rechtsprechung Bundesgericht).

Im Gesetz gibt es nur eine Bestimmung, dass Liegenschaften zum Verkehrswert (Art. 617 ZGB) an die Erben zuzuweisen sind. Den Grundsatz der Zuweisung zum Verkehrswert gilt für alle Vermögensgegenstände, welche eine Erbschaft ausmachen. Diese Vorschrift gilt auch für die güterrechtliche Auseinandersetzung (Art. 211 ZGB).

Weitere Werte im Erbrecht sind:

1. Verkehrswert (Art. 617 ZGB)
2. Rückkaufswert bei einer Versicherung (Art. 476 / 529 ZGB)
3. Kapitalwert (Art. 530 ZGB)
4. Ertragswert (Art. 10 ff. BGGB)
5. Nutzwert (Art. 613a ZGB)

2. Gewillkürte Erbfolge und Pflichtteilsrecht

2.1. Verfügungsarten

Es stehen folgende Verfügungsarten zur Auswahl:

1. Eigenhändige, letztwillige Verfügung
2. Öffentliche, letztwillige Verfügung
3. Nottestament

Wenn der Erbvertrag ungültig ist, kommt die gesetzliche Erbfolge zur Anwendung. Das Bundesgericht ist sehr formstreng. Es müssen die Formvorschriften und die Pflichtteile eingehalten werden.

2.2. Formvorschriften (Beispiele BGE Rechtsprechung)

BGE 131 III 601

Das Testament wurde nicht von Anfang bis Schluss eigenhändig geschrieben. Das Bundesgericht hat das Testament für ungültig erklärt.

BGE 5C.56 / 2005

Das Urteil wurde in AJP 2005 1543 ff. besprochen.

Das Ehepaar hat drei Kinder. Das Einzelunternehmen wird in eine AG umgewandelt.

Es gab folgenden Ablauf:

- a) Die Urkunde wurde von der Notarin vorgelesen.
- b) Die Zeugen wurden hereingeholt.
- c) Der Erblasser hat unterzeichnet.

Das Bundesgericht hat entschieden, dass die Notarin die Formvorschriften verletzt hat, da die Urkunde von den Parteien nicht selbstgelesen wurde sondern von der Notarin den Parteien vorgelesen wurde. Wird das öffentliche Testament von der Notarin vorgelesen, haben die Zeugen beim Beurkundungsakt dabei zu sein (Art. 502 ZGB).

Arten der Beurkundung

Es gibt folgende Arten der Beurkundung:

1. Hauptform: (Art. 500 ZGB / Art. 501 ZGB)

Selbstlesung und Unterzeichnung

Die Urkunde wurde von den Parteien selbst gelesen und anschliessen von Ihnen unterzeichnet.

2. Nebenform (Art. 502 ZGB)

Der Inhalt der Urkunde muss von der Urkundsperson in Gegenwart der Zeugen vorgelesen werden. Der Erblasser hat zu erklären, dass die Urkunde seinen Willen enthält. Die Erblasser haben nicht unterschrieben.

2.3. Gebräuchlichste Verfügungsarten

Es gibt folgende Inhalte der Verfügungen von Todes wegen (Testamente):

1. Erbeneinsetzung (Art. 483 ZGB)

a) Definition

Zuwendung eines Vermögensvorteils an einen Begünstigten. Der Begünstigte erwirbt Erbenstellung.

b) Wirkung

Die Erben werden Universalsukzessoren. Sie treten in die Nachfolge des Erblassers.

2. Vermächtnis (Art. 484 ff. ZGB)**a) Definition**

Der Vermächtnisnehmer muss die Forderungen geltend machen. Wird kein Verfalltag vereinbart (dies ist üblich), muss er die Erbgemeinschaft mahnen und die Fälligkeit so herbeiführen. Der Erbe muss seinen obligatorischen Anspruch mittels Herausgabeklage geltend machen (Art. 601 ZGB).

b) Wirkung

Vermächtnisnehmer sind nicht Universalsukzessoren, sondern Singularsukzessoren. Die Vermächtnisnehmer erwerben einen persönlichen, d.h. obligatorischen Anspruch (eine Forderung) auf Übertragung des Vermächtnisgegenstandes gegen den oder die mit dieser Vermächtnisforderung belasteten Personen (Art. 484 Abs. 2 ZGB / Art. 562 ZGB).

Anwendung auf ein Unternehmen

Wovon soll abhängen, ob das Unternehmen durch ein Vermächtnis oder eine Teilungsvorschrift (Erbeneinsetzung) an einen Erben zugeteilt werden soll?

Es kommt auf den Wert des Unternehmens an. Wenn es innerhalb des gesetzlichen Erbteils an einen Erben zugeteilt werden kann, soll das Unternehmen durch eine Teilungsvorschrift an einen Erben zugewiesen werden. Hat das Unternehmen einen grossen Wert, soll das Unternehmen durch ein Vermächtnis einem Erben zugewiesen werden. Bei einem Vermächtnis ist die 10-% Klausel nicht anwendbar. Das per Vermächtnis zugeteilte Unternehmen darf der Vermächtnisnehmer behalten.

2.4. Die Pflichtteile (Art. 471 ZGB)

Werden Pflichtteile verletzt, können die Erben die Herabsetzungsklage stellen. Die Pflichtteile sind in Art. 471 ZGB geregelt.

Berechnung der Pflichtteilsberechnungsmasse

+	Bruttovermögen des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes	
	(Art. 474 ZGB)	
./.	Erblasserschulden (Art. 474 Abs. 2 ZGB)	
./.	Erbgangsschulden (Art. 474 Abs. 2 ZGB)	
	a) Auslagen für Begräbnis	
	b) Willensvollstreckerkosten	(Art. 518 ZGB)
	c) Auslagen für Siegelung	(Art. 522 ZGB)
	d) Inventaraufnahme	(Art. 553 ZGB)
	e) Ansprüche von Hausgenossen auf	
	Unterhalt für einen Monat	(Art. 606 ZGB)
	f) Ansprüche der Mutter eines nasciturus	(Art. 605 Abs. 2 ZGB)

Nettovermögen

- + Ausgleichspflichtige Zuwendungen
- + Herabsetzungspflichtige Zuwendungen (Art. 475 / 527 ZGB)
- + Rückkaufswert von Versicherungen
- + Ergebnis aus güterrechtlichen Auseinandersetzungen

Pflichtteilsberechnungsmasse

2.5. Pflichtteilsverletzungen

Dem Erben steht es frei, eine Pflichtteilsverletzung geltend zu machen.
Er muss eine Herabsetzungsklage geltend machen.

Relevante Bestimmungen:

1. Art. 526 ZGB
Herabsetzung bei einem Vermächtnis an einer einzelnen Sache

Kann die Sache ohne Wertverlust nicht geteilt werden, kann der Vermächtnisnehmer gegen Vergütung des Mehrbetrages die Sache selbst oder anstelle der Sache den verfügbaren Betrag beanspruchen.

„Gelangt das Vermächtnis einer einzelnen Sache, die ohne Schädigung ihres Wertes nicht geteilt werden kann, zur Herabsetzung, so kann der Bedachte entweder gegen Vergütung des Mehrbetrages die Sache selbst oder anstatt der Sache den verfügbaren Betrag beanspruchen.“

2. Art. 530 ZGB
Herabsetzung bei Nutzniessung und Renten

Bei übermässiger Belastung einer Erbschaft mit Nutzniessungsansprüchen und Renten (Kapitalwert übersteigt den pflichtteilsgeschützten Erbanteil / siehe Berechnung unten) können die Erben entweder

- a) eine verhältnismässige Herabsetzung der Ansprüche

oder

- b) die Überlassung des verfügbaren Teils der Erbschaft an den Bedachten sowie deren Ablösung beantragen.

„Hat der Erblasser seine Erbschaft mit Nutzniessungsansprüchen und Renten derart beschwert, dass deren Kapitalwert nach der mutmasslichen Dauer der Leistungspflicht den verfügbaren Teil der Erbschaft übersteigt, so können die Erben entweder eine verhältnismässige Herabsetzung der Ansprüche oder, unter Überlassung des verfügbaren Teiles der Erbschaft an die Bedachten, deren Ablösung verlangen.“

Verletzt das Vermächtnis seine Pflichtteile, können die übrigen Erben die volle Ausgleichung verlangen. Die 10%-Klausel des Bundesgerichts ist nicht anwendbar. Das per Vermächtnis zugeteilte Unternehmen darf der Vermächtnisnehmer behalten.

Berechnung des Kapitalwertes einer Nutzniessung

Nutzniessungsberechtigte (Frau):	62jährig
Nutzniessungsbelastetes Eigentum:	CHF 600'000.00
Ertragszins:	3.5 %

Das Bundesgericht wendet bei Haftpflichtfällen einen Kapitalisierungssatz von 3.5 % an.

Die Steuerbehörde des Kantons Zürich wendet einen Kapitalisierungssatz von 3 % an.

Berechnung

CHF 600'000.00 x 3.5 / 100 * 17.17 (gemäss Barwerttabelle)
= CHF 360'570.00

Der Pflichtteil des belasteten Erben beträgt CHF 150'000.00.

Nutzniessungsbelastetes Eigentum	CHF 600'000.00
./ Barwert der Nutzniessungsbelastetes Eigentum	<u>CHF 360'570.00</u>
Nicht belasteter Teil des Eigentums	CHF 239'430.00
	=====

Der nicht belastete Teil des Eigentums beträgt CHF 239'430.00. Sein Pflichtteil beträgt CHF 150'000.00. Da der nicht belastete Teil seines Eigentums höher ist als der nicht belastete Teil seines Eigentums, liegt keine Pflichtteilsverletzung vor.

2.6. Bien des aisément négociables Doktrin (leicht veräusserbare Werte)

Sachverhalt

Die Ehegattin erhielt testamentarisch die Nutzniessung an 1/2 des Vermögens. Das Eigentum ging an die Kinder.

Die Pflichtteile müssen in ihrem Wert erhalten bleiben. Dies wird wie folgt gewährleistet:

1. Die pflichtteilsgeschützten Erben haben Anrecht darauf, ihren Pflichtteil in Form von Eigentum zu erhalten.
2. Die pflichtteilsgeschützten Anteile müssen in Form von leicht veräusserbaren Werten übertragen werden.

2.7. Verbesserung des Minderheitenschutzes

Der Minderheitenschutz kann wie folgt verbessert werden:

- a) Der Hauptaktionär kann verpflichtet werden, die Minderheitenanteile den Minderheitsaktionären innerhalb einer bestimmten Zeit den übrigen Erben abzukaufen.
- b) Der Hauptaktionär kann verpflichtet werden, den Minderheitsaktionären eine bestimmte Mindestdividende auszuzahlen.

3. Ehegüterrecht

3.1. Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Die Eheleute haben nur die Wahl zwischen drei Güterständen. Sie müssen sich für einen der drei Güterstände entscheiden. Es besteht somit ein numerus clausus der Güterstände.

Es stehen folgende drei Güterstände zur Auswahl:

1. Errungenschaftsbeteiligung
2. Gütergemeinschaft
3. Gütertrennung

3.2. Die Errungenschaftsbeteiligung

Vermögenswert

Es gibt folgende Vermögenswerte:

1. Errungenschaft Ehemann
2. Eigengut Ehemann
3. Errungenschaft Ehefrau
4. Eigengut Ehefrau

Vermutung

Gemäss Art. 200 Abs. 3 ZGB gilt sämtliches Vermögen bis zum Beweis des Gegenteils als Errungenschaft.

Mehrwert Unternehmen

Es wird zwischen konjunkturellem und industriellem Mehrwert unterschieden.

Der konjunkturelle Mehrwert fällt derjenigen Gütermasse an, aus der sie stammt. Der konjunkturelle Mehrwert des Unternehmens entsteht ohne Dazutun des Unternehmers.

Der industrielle Mehrwert fällt in die Errungenschaftsbeteiligung. Der industrielle Mehrwert des Unternehmens entsteht durch Arbeit des Unternehmers. Bsp. Der Unternehmer zahlt sich einen zu tiefen Eigenlohn oder eine zu tiefe Dividende aus.

Abänderung durch Ehevertrag

Gemäss Art. 199 Abs. 1 ZGB können durch Ehevertrag der Betrieb in das Eigengut überführt werden. Gemäss Art. 199 Abs. 2 ZGB kann durch Ehevertrag vereinbart werden, dass die Erträge des Eigengutes nicht in die Errungenschaft fallen.

Dies gilt nicht für den Unternehmerlohn. Dieser fällt in die Errungenschaft. Die Errungenschaft darf nicht dadurch geschmälert werden, indem sich der Unternehmer einen zu tiefen Lohn auszahlt. In diesem Fall wird das Gericht einen angemessenen Lohn festlegen und eine Aufteilung zwischen konjunkturellem und industriellem Mehrwert vornehmen. Auf den industriellen Mehrwert kann nicht verzichtet werden.

Änderung der Errungenschaft

Gemäss Art. 199 ZGB können bei der Errungenschaftsbeteiligung Vermögenswerte, die zur Ausübung eines Berufes oder zum Betrieb eines Gewerbes bestimmt sind, zu Eigengut erklärt werden. Erträge aus dem Eigengut werden in diesem Fall dem Eigengut zugerechnet.

Gemäss Art. 206 ZGB kann die Mehrwertbeteiligung vertraglich ausgeschlossen werden. Der Vertrag kann schriftlich abgeschlossen werden (Art. 206 Abs. 3 ZGB).

Wahl der investierten Mittel

Der Unternehmer kann – wenn er über genügend Mittel verfügt – wählen, ob er sein Unternehmen aus Mittel der Errungenschaft oder aus Mittel des Eigengutes aufbauen will.

Art. 206 ZGB / Mehrwertanteil, variable Ersatzforderung

Eine Mehrwertanteil und somit eine variable Ersatzforderung liegt vor, wenn

- a) die Beteiligung unentgeltlich erfolgt
d.h. kein Entgelt, kein Darlehen, keine Entschädigung (Art. 165 ZGB) geleistet wurde,
- b) Beitrag in Form von Geld, Arbeitsleistung, Material geleistet wurde
(ohne Bestehen eines Vertrages),
- c) zum Erwerb, zur Verbesserung, zur Erhaltung eines Vermögenswertes des anderen Ehegatten beigetragen wurde,
- d) Zuwendung ohne Schenkungsabsicht erfolgte
- e) ein konjunktureller Mehrwert vorliegt.

Die Mehrwertbeteiligung kann durch schriftlichen Vertrag ausgeschlossen werden (Art. 206 Abs. 3 ZGB).

Vorschlagsbeteiligung (Art. 215 ZGB)

Nach Art. 215 ZGB hat der überlebende Ehegatte Anspruch auf die Hälfte des anderen Ehegatten. Rückschläge werden nicht berücksichtigt.

Durch einen Ehevertrag kann der Vorschlag anderweitig verteilt werden. Üblich ist die gesamte Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten (Art. 216 Abs. 1 ZGB). Die Pflichtteilsansprüche von nicht gemeinsamen Kindern dürfen nicht verletzt werden.

3.3. Gütergemeinschaft

Die Gütergemeinschaft besteht aus folgenden Vermögenswerten:

1. Gesamtgut
2. Eigengut Ehemann
3. Eigengut Ehefrau

Das Eigengut des Ehemannes und der Ehefrau umfasst bei der Gütergemeinschaft persönliche Gegenstände und Genugtuungsansprüche.

Die Gütergemeinschaft wird als Schönwetter Gemeinschaft bezeichnet. Sämtliche Transaktionen dürfen nur mit Zustimmung beider Ehegatten getätigt werden.

Die Gütergemeinschaft kann beschränkt werden und gewisse Vermögenswerte können dem Eigengut eines Ehegatten zugewiesen werden.

3.4. Gütertrennung

Die Gütertrennung besteht aus folgenden Vermögenswerten:

1. Eigengut Ehemann
2. Eigengut Ehefrau

Es gibt keine Diskussion zu welchem Vermögenswert ein Vermögensgegenstand zugeteilt wird.

3.5. Ehescheidung

Beide Ehegatten tragen die Chance der Wertsteigerung des Unternehmens bzw. das Risiko der Wertverminderung des Unternehmens bis zur Rechtskräftigwerden des Scheidungsurteils.

4. Unternehmensnachfolge unter Lebenden (Ausgleichung)**4.1. Grundsätzliches**

Die Ausgleichung ist unter der Erbteilung geregelt. Die Ausgleichung ist dispositives Recht. Der Erblasser kann auf die Ausgleichung verzichten. Die Ausgleichspflicht dient der Gleichbehandlung aller Erben. Ausgleichungsrecht ist Erbteilungsrecht. Ausgleichungsansprüche sind wie Teilungsklagen unverjährbar.

4.2. Ausgleichungssubjekt

Ausgleichungssubjekte können nur gesetzliche Erben sein.
Art. 626 Abs. 1 ZGB spricht von gesetzlichen Erben und
Art. 626 Abs. 2 ZGB spricht von den Nachkommen.

Die gesetzlichen Erben müssen nur Ausgleichen, wenn der Erblasser dies so verfügt hat (positive Ausgleichung). Die Nachkommen müssen immer ausgleichen, solange der Erblasser sie nicht von der Ausgleichspflicht befreit hat (negative Ausgleichung).

Jede Zuwendung unter Lebenden fällt unter die Ausgleichspflicht. Es ist unabhängig davon, wie alt diese Zuwendung ist. Auch Zuwendungen, welche älter als 50 Jahre sind, unterliegen der Ausgleichung.

Ehegatte

Die h.L. sagt, dass der Ehegatte nicht ausgleichspflichtig ist. Das BGer sagt, dass das der Ehegatte nicht ausgleichen muss. Er profitiert jedoch von der Ausgleichspflicht.

Der Erblasser hat dem Kind A CHF 100'000.00 und dem Ehegatten CHF 100'000.00 zu Lebzeiten zugewendet. Der Erblasser hat eine Ehefrau und zwei Kinder. Ein Ehevertrag oder ein Testament besteht nicht. Sein reines Nachlassvermögen beträgt CHF 500'000.00 (nach güterrechtlicher Auseinandersetzung).

Wer muss wie viel Ausgleichen?

Lösung

Der Ehegatte muss nicht ausgleichen. Er profitiert jedoch von der Ausgleichspflicht.

Berechnung (nach BGer)

Nachlass	CHF 500'000.00	
Ausgleichspflicht Kind A	<u>CHF 100'000.00</u>	
Teilungsmasse	CHF 600'000.00	
Ehegatte erhält:	CHF 300'000.00	(1/2)
Kinder A + B:	CHF 300'000.00	(1/2)

Jedes Kind erhält somit je CHF 150'000.00.

Berechnung (nach Minderheitenmeinung)

Eine Minderheitenmeinung sagt, dass der Ehegatte auch ausgleichspflichtig ist, da es sonst zu einem störenden Ergebnis kommt.

Das Vermögen des Ehemannes beträgt CHF 500'000.00. Davon gehen $\frac{1}{2}$ im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung an die Ehefrau und die restlichen CHF 250'000.00 in die Erbmasse. Der reine Nachlass beträgt somit CHF 250'000.00. Der Erblasser hat dem Ehegatten zu Lebzeiten CHF 100'000.00 zugewendet. Der Erblasser hat zwei Kinder und weder ein Testament noch einen Ehevertrag abgeschlossen.

Reiner Nachlass	CHF 250'000.00	
Ausgleichspflicht	<u>CHF 100'000.00</u>	
Teilungsmasse	CHF 350'000.00	
Ehegatte erhält:	CHF 175'000.00	(1/2)
Kinder A + B:	CHF 175'000.00	(1/2)

4.3. Ausgleichungsobjekt

Ausgleichsobjekte erfüllen folgende Tatbestandselemente:

- Zuwendungen: irgendein Vermögensvorteil
- unentgeltlich / gemischte Schenkungen
- Freiwilligkeit
- zu Lebzeiten

Ausgleichungsobjekte sind unentgeltliche Zuwendungen. Es können irgendwelche Vermögenswerte sein. Darlehen sind nie ausgleichspflichtig.

Darlehen, welche unverzinslich gewährt wurden, sind nicht ausgleichspflichtig. Darlehen, welche zuerst zinspflichtig sind und nachher zinsfrei sind, sind ausgleichspflichtig.

Eine Schenkung (unentgeltliche Zuwendung) besteht aus einer objektiven Seite und einer subjektiven Seite.

Die objektive Seite besteht aus einem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Die subjektive Seite besteht im Schenkungswillen der einen Partei.

Eine Schenkung muss unentgeltlich (auch gemischte Schenkung möglich), freiwillig und zu Lebzeiten erfolgen.

Zuwendungen nach Art. 626 Abs. 2 ZGB sind nur ausgleichspflichtig, wenn sie Ausstattungcharakter haben. Zuwendungen, welche Vergnügungscharakter haben, sind nicht ausgleichspflichtig.

Gelegenheitsgeschenke (Art. 632 ZGB)

Es gibt keine Rechtsprechung zum Gelegenheitsgeschenk. Einige Autoren schlagen vor, dass die wirtschaftlichen Umstände des Erblassers berücksichtigt werden. Gelegenheitsgeschenke sind nicht ausgleichspflichtig.

Andere Autoren wollen eine Grenze von CHF 1'000.00 festlegen oder eine fixe Obergrenze von CHF 2'000.00.

Das BGer sagt, dass Grundstücke immer ausgleichspflichtig sind unabhängig davon, ob das Grundstück Versorgungscharakter oder Vergnügungscharakter hat.

4.4. Verzicht auf Ausgleichung (Art. 629 Abs. 1 ZGB)

Es genügt der Nachweis, dass der Erblasser einen Miterben begünstigen wollte. Dieser Nachweis kann durch ein schriftliches Papier des Erblassers erbracht werden. Es müssen nicht die Formvorschriften des Testamentes eingehalten werden.

4.5. Fallbeispiel

Die Eltern hatten vier Kinder (A, B, C und D). Die Eltern haben dem Kind A die Bäckerei unentgeltlich überlassen. Der Erblasser hat folgende Transaktionen vorgenommen (Sachverhalt gemäss BGE 5C.202/2006).

- | | |
|------|---|
| 1990 | Übertrag der Bäckerei durch den Erblasser an das Kind A. Die Ausgleichspflicht wurde bis zum Betrag von CHF 300'000.00 wegbedungen. Diese Wegbedingung wurde in einem Erbvorausvertrag gemacht. |
| 1992 | Die Bäckerei wurde für rd. CHF 2 Mio. renoviert. Die Eltern haben das Kind A in einem Erbvertrag von der Ausgleichspflicht befreit. |
| 1996 | Die Eltern X haben die Dispens von der Ausgleichung in einem Testament widerrufen. |

Im Todesfall der Eltern X stellte sich die Frage, ob das Kind A die unentgeltliche Übertragung der Bäckerei den anderen Kindern ausgleichen muss oder nicht.

Lösung

Der Widerruf der Ausgleichspflicht durch ein Testament ist in diesem Fall nicht zulässig, da die Ausgleichspflicht durch einen Erbvertrag wegbedungen wurde. Ein Erbvertrag kann nur im gegenseitigen Einverständnis aufgelöst werden und nicht einseitig durch den Abschluss eines neuen Testamentes.

Das Kind A muss gegenüber seinen Geschwistern nicht ausgleichen.

4.6. Ausgleichungsmechanik

Die Ausgleichung hat in natura oder in Geld zu erfolgen. Der Erblasser kann die Ausgleichung ausschliessen.

Der Ausgleichspflichtige muss zwischen Realausgleichung und Idealausgleichung entscheiden. Er muss zwischen der einen oder anderen Methode wählen.

Realausgleichung

Einwerfen der vorempfangenen Sachen in natura in die Erbmasse.

Idealausgleichung

Behalten der vorempfangenen Sachen unter Anrechnung deren Werte zur Erbmasse. Der Ausgleichspflichtige muss sich für die Idealausgleichung entscheiden, wenn die Sache sich nicht mehr in seinem Besitz befindet.

Gemäss Art. 630 Abs. 1 ZGB hat die Ausgleichung zum Wert der Zuwendung zur Zeit des Erbanges oder, wenn die Sache vorher veräussert worden ist, nach dem dafür erzielten Erlös.

BGE 133 III 416

Wie wird der Wert des Aufbaus des Unternehmens berechnet?

Gemäss Art. 630 Abs. 2 ZGB sind die Verwendungen nach den Besitzregeln in Anschlag zu bringen. Das Bundesgericht ist zum Schluss gekommen, dass der Gesetzgeber vergessen hätte, den Fall zu berücksichtigen, wenn der Ausgleichspflichtige Arbeit und Kapital in den der Ausgleichspflicht unterworfenen Gegenstand investiert hat. Es liegt eine unechte Lücke (planwidrige Unvollständigkeit) vor. Das Bundesgericht hat entschieden, dass nur der damalige Wert zum Schenkungszeitpunkt zu entschädigen ist.

Die Lehre zieht den Schluss, dass konjunkturelle Mehrwerte der Ausgleichspflicht unterliegen. Industrielle Mehrwerte (d.h. selbst geschaffene Mehrwerte) unterliegen nicht der Ausgleichspflicht.

5. Herabsetzung

5.1. Erbrechtliche Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen

1. Reiner Nachlass berechnen
(Nachlass abzüglich Schulden)
2. Teilungsmasse berechnen
Reiner Nachlass zuzüglich allfälliger „Ausgleichungen“
(durch Einwerfung in Natur oder durch Anrechnung dem Werte nach zur Ausgleichung gelangende lebzeitige Zuwendungen)
3. Pflichtteilsberechnungsmasse (Erbmasse)
Reiner Nachlass zuzüglich allfällige herabsetzbare lebzeitige Zuwendungen (Hinzurechnung).

Die Hinzurechnung findet nicht statt bei Zuwendungen von Todes wegen. Hinzurechnung bedeutet nicht zwingend auch effektive Herabsetzbarkeit.

5.2. Subjekt der Herabsetzung

Jede zu Lebzeiten des Erblassers beschenkte Person oder durch Verfügung von Todes wegen bedachte Person, kann Subjekt der Herabsetzung sein (Passivlegitimation). Die Herabsetzung kann nur von pflichtteilsgeschützten Erben verlangt werden (Aktivlegitimation).

5.3. Objekte der Herabsetzung

Zuwendung unter Lebenden und letztwillige Zuwendungen von Todes wegen.

Rechtsgrundlage: Art. 527 ZGB Art. 529 ZGB	Herabsetzungsgründe allgemein Berechnung der Herabsetzung bei Versicherungszahlungen
---	--

Die Versicherung wird zum Rückkaufswert eingesetzt.

Herabsetzungsgründe nach Absätzen geordnet

Art. 527 Abs. 1 ZGB

„Der Herabsetzung unterliegen wie die Verfügungen von Todes wegen:
1. die Zuwendungen auf Anrechnung an den Erbteil, als Heiratsgut, Ausstattung oder Vermögensabtretung, wenn sie nicht der Ausgleichung unterworfen sind;“

Objektive Theorie

Kein Teil der Erbengemeinschaft ist man, wenn man die Erbschaft ausgeschlagen hat, wenn man enterbt worden ist, wenn man vorverstorben ist und wenn man erbunwürdig ist und kein Dritter an die Stelle dieses Erben tritt (Der Dritte müsste die Ausgleichspflicht übernehmen) oder weil eine Ausgleichsdispens vom Erblasser vorliegt.

*Nach der objektiven Theorie ist der Ausdruck „auf Anrechnung an den Erbteil“ **objektiv**, d.h. unbeachtlich des Willens des Erblassers, **zu verstehen und umfasst all jene Zuwendungen, die ihrer Natur nach (objektiv) Ausstattungskarakter (auch Vorsorgecharakter) haben.***

Der Ausdruck „nicht der Ausgleichung unterworfen“ kann nach dieser Theorie daher einerseits beinhalten, dass der Zuwendungsempfänger selber nicht Erbe wird, weil er vorverstorben, erbunwürdig oder enterbt ist oder der die Erbschaft ausgeschlagen hat (und nicht ein anderer an seine Stelle tritt, auf den die Ausgleichspflicht nach Art. 627 ZGB übergegangen wäre, andererseits aber auch, dass eine Ausgleichsdispens durch den Erblasser vorliegt.

Das Bundesgericht vertritt die objektive Theorie.

Subjektive Theorie

*Nach der subjektiven Theorie ist der Ausdruck „auf Anrechnung an den Erbteil“ also das Vorliegen eines Ausgleichstatbestandes, **subjektiv, nach dem Willen des Erblassers, zu verstehen und umfasst jene Fälle, in denen die Anrechnung durch den Erblasser angeordnet ist oder gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB vermutet wird.***

Art. 527 Abs. 2 ZGB

Erbabfindungen und Auskaufsbeträge

Erbabfindungen und Auskaufsbeträge sind Gegenleistungen für einen Erbverzicht.

Die gesamte Gegenleistung wird zur Berechnungsmasse hinzugerechnet, nicht bloss der den Pflichtteil übersteigende Teil, der gemäss Art. 535 Abs. 2 ZGB der Herabsetzung unterliegt.

Art. 527 Abs. 3 ZGB**Frei widerrufbare Schenkungen / Zuwendungen jünger als 5 Jahre**

Bei gemischten Geschäften unterliegt die Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung zur Zeit des Erbgangs der Herabsetzung. Die Wertdifferenz entspricht dem zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehenden Verhältnis zwischen dem unentgeltlichen und dem entgeltlichen Teil des Geschäfts (Quoten- bzw. Proportionalmethode).

Art. 527 Abs. 4 ZGB**Entäusserung von Vermögenswerten, die zwecks Umgehung von Verfügungsbeschränkungen vorgenommen wurden**

Schenkungen, welche älter als fünf Jahre sind und offenbar zum Zwecke der Umgehung der Verfügungsbeschränkung vorgenommen hat.

Es genügt, wenn man nachweisen kann, dass der Erblasser gewusst hat, dass er seine Pflichtteile verletzt.

BGE 128 III 314 ff.

„Eine Umgehungsabsicht kann vorliegen, wenn der Erblasser in einem Zeitpunkt verfügt, in dem er bereits pflichtteilsberechtigten Nachkommen hat und deren Benachteiligung für möglich halten muss.“

5.4. Berechnung des Pflichtteils

Bruttovermögen des Erblassers

./. Erbschaftsschulden

./. Erbgangsschulden

= reiner Nachlass

+ ausgleichungspflichtige Zuwendungen

= Teilungsmasse

+ herabsetzungspflichtige Zuwendungen

+ Rückkaufswert von Versicherungen

+ Ergebnis aus güterrechtlichen Auseinandersetzungen

= Pflichtteilsberechnungsmasse

5.5. Reihenfolge der Herabsetzung (Art. 532 ZGB)

1. Verfügungen von Todes wegen
 - a) Testamentarisch Begünstigte
 - b) Erbvertraglich Begünstigte

2. Verfügungen unter Lebenden

Die späteren Verfügungen werden vor den früheren Verfügungen herabgesetzt. Bei gleichzeitigen Zuwendungen muss die Herabsetzung quotenmässig erfolgen.

5.6. Besprechung BGE-Entscheid (BGE 76 II 188)

Die Tochter wurde auf den Pflichtteil gesetzt.

Sowohl die Tochter als auch der Sohn erhielten lebzeitige Zuwendungen.

Das Bundesgericht musste für jede Zuwendung entscheiden, welche Zuwendungen der Ausgleichspflicht unterliegen.

- a) Aussteuer (Art. 626 Abs. 2 ZGB)
Ausgleichspflicht, da keine Ausgleichsdispens erteilt wurde
- b) Heiratsgut (Art. 626 Abs. 2 ZGB)
Ausgleichspflicht, da keine Ausgleichsdispens erteilt wurde
- c) Sachspenden aus dem Bazar
Ausgleichspflicht nach Art. 626 Abs. 1 ZGB
- d) Motorboot
Das Motorboot hat keinen Vorsorgecharakter.
Es hat Vergnügungscharakter
Anwendung Art. 626 Abs. 1 ZGB (keine Ausgleichung)
- e) Zigarettengeschäft (Art. 626 Abs. 2 ZGB)
Das Zigarettengeschäft hat Vorsorgecharakter.

5.7. Unterschiede Ausgleichung / Herabsetzung

	Ausgleichung	Herabsetzung
Reihenfolge	Primär	Sekundär
Zweck	Gleichbehandlung der gesetzlichen Erben	Minimale Gewährleistung der Familiennachfolge (Schutz der pflichtteilsgeschützten Erben)
Subjekt	Erben	Pflichtteilerben
Rückleistung	a) In natura b) dem Werte nach (Art. 628 ZGB)	Nur dem Wert nach
Art	Dispositiv Der Erblasser kann die Erben von der Ausgleichspflicht befreien.	Zwingend
Zuwendungen	Unter Lebenden	Unter Lebenden / Verfügungen von Todes wegen
Alter der Zuwendung	Unerheblich	Spielt unter Umständen eine Rolle
Verjährung	Unverjährbar Die Ausgleichung ist eine Vorstufe der Teilungsklage	Ein Jahr ab Kenntnisnahme 10 Jahre absolut
Nebenansprüche	Analog Besitzesrecht (Art. 630 Abs. 2 ZGB)	Analog Bereicherungsrecht (Art. 62 OR)

	Ausgleichung	Herabsetzung
Erträge	Keine Ausgleichung (Art. 630 Abs. 1 ZGB)	Auch die Erträge sind herabsetzbar Gutgläubig versus Bösgläubig
Klageart	Feststellungsklage	Leistungsklage

Fallbeispiel BGE

E. schenkt vor seinem Tode dem Y. Aktien. Diese erfahren eine externe Wertsteigerung vor dem Tod des Erblassers.

Beim Erbgang ist der Kurs noch weiter gestiegen. Nach dem Urteil sind die Aktien gefallen. Welchen Wert soll man nehmen?

Es gibt zwei Lösungen:

1. Wert zum Zeitpunkt des Erbganges?
2. Wert zum Zeitpunkt des Urteils?

Das Gericht hat wie folgt entschieden:

1. Instanz: Zeitpunkt des Verkaufs
2. Instanz: Zeitpunkt des Erbganges

Gemäss der Dozentin Frau Zeiter ist dies ein stossendes Urteil.

6. Erbrechtliche Sonderprobleme

6.1. Die Nachfolge bei Kollektivgesellschaften

Die Kollektivgesellschaft wird bei Tod eines Gesellschafters von Gesetzes wegen liquidiert, wenn im Gesellschaftsvertrag keine Nachfolgeregelung getroffen wurde. Es empfiehlt sich deshalb im Gesellschaftsvertrag Nachfolgeregelungen aufzunehmen.

Es gibt folgende Möglichkeiten von Nachfolgeregelungen:

Gesellschaftsvertrag mit Nachfolgeregelungen

1. Nachfolgeregelungen ohne Erben (Fortsetzungsklauseln)
 - 1.1. mit Abfindungsklauseln
Kommen die Abfindungsklauseln nur bei Tod eines Gesellschafters zur Anwendung, müssen die Formvorschriften des Erbrechts eingehalten werden.
 - 1.2. ohne Abfindungsklausel
2. Nachfolgeregelungen mit Erben
 - 2.1. Konversionsklausel
 - 2.2. Nachfolgeklausel
 - 2.3. Eintrittsklausel

Eintrittsklausel

Es liegt am jeweiligen Erben, ob er Gesellschafter werden will.
Die Eintrittsklausel ist eine Nachfolgeklausel

Die Eintrittsklauseln lassen sich wie folgt unterteilen:

- a) Einfache Eintrittsklausel
- b) Qualifizierte Eintrittsklausel
- c) Abfindungsklausel

6.2. Die Nachfolge bei Aktiengesellschaften

Stirbt der Hauptaktionär einer Aktiengesellschaft, werden die Aktien vererbt und nicht die Aktiengesellschaft. Die Aktiengesellschaft bleibt bestehen. Die Kontinuität in der Führung der Aktiengesellschaft soll sichergestellt werden.

Dazu stehen folgende Möglichkeiten zur Verfügung.

- a) Vinkulierung der Aktien
Nicht voll liberierte Aktien dürfen nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden (Art. 685 Abs. 1 OR). Die Statuten können die Übertragbarkeit der Aktien von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig machen (Art. 685a Abs. 1 OR)
- b) Aktionärsbindungsvertrag
Der Aktionärsbindungsvertrag wird zu Lebzeiten der Gesellschafter abgeschlossen.

Der Aktionärsbindungsvertrag kann folgende Bestimmungen enthalten:

- a) Regelung des Stimmverhaltens
- b) Vorhandrecht der übrigen Aktionäre
Bevor ein Aktionär Käufer für seine Aktien sucht, muss er seine Aktien vorerst den übrigen Aktien anbieten.
- c) Vorkaufsrecht
Der Aktionär muss, wenn er einen Käufer gefunden hat, seine Aktien den übrigen Aktionären anbieten. Die übrigen Aktionäre haben die Möglichkeit diese Aktien zum gleichen Preis zu erwerben (unlimitiertes Vorkaufsrecht).
- d) Kaufsrecht
Die übrigen Aktionäre haben die Gelegenheit die Aktien zu jedem beliebigen Zeitpunkt zu einem im Voraus vereinbarten Kaufpreis zu erwerben (limitiertes Kaufrecht)

6.3. Die Unternehmensstiftung

Eine Stiftung liegt vor, wenn ein Vermögen einem besonderen Zweck gewidmet ist. Das Vermögen wird in Form einer juristischen Person verselbständigt.

Die Stiftungsurkunde muss gemäss Art. 80 ZGB folgenden Mindestinhalt haben:

1. Ein Stiftungsvermögen
Gemäss eidg. Stiftungsaufsicht sollte das Mindestvermögen CHF 50'000.00 betragen.
Es können Barvermögen und Sachvermögen in die Stiftung eingebracht werden.
2. Widmung eines Vermögens
Es braucht den Willen zur Stiftungerrichtung.
3. Zweck
Die Stiftung muss einen Stiftungszweck haben.

Arten von Stiftungen

Es gibt folgende Stiftungen:

1. Gewöhnliche Stiftungen
2. Kirchliche Stiftungen
3. Familienstiftungen
4. Personalvorsorgestiftungen
5. Unternehmensstiftungen

Erscheinungsformen Unternehmensstiftungen

Die Unternehmensstiftung gibt es in folgenden Erscheinungsformen:

- a) Direktträgerstiftung
Das Unternehmen wird direkt von der Stiftung geführt.
- b) Holdingstiftung
Die Stiftung nimmt indirekt auf die Unternehmensführung Einfluss.

Errichtungsgründe für Unternehmensstiftungen

- a) Sozial- und gesellschaftspolitische Gründe
- b) langfristige Sicherung des Unternehmensfortbestandes
- c) Aufrechterhaltung der Selbständigkeit / Schutz vor „unfriendly takeover“
- d) familiäre Absicherung
- e) Vermeidung familieninterner Streitigkeiten
- f) gerechte Verteilung des Erbes
- g) Eigenes Denkmal setzen

B) Steuerrechtliche Aspekte

1. Steuerliche Aspekte der Unternehmensnachfolge

1.1. Allgemeines

Die Unternehmensnachfolge soll rechtzeitig geplant werden. So wird ein Know-how Verlust vermieden, Zudem kann die steuerliche Planung in Angriff genommen werden.

Werden Aktien oder Anteile an einer Personengesellschaft vererbt und im Rahmen einer Erbteilung an andere Erben im Rahmen der Einkommenssteuerwerte zugeteilt, müssen die einzelnen Erben diese Erbanteile während fünf Jahren im Rahmen ihrer Erbquote im Eigenbesitz behalten.

1.2. Einzelfragen

Dumont-Praxis

Wenn ich eine stark vernachlässigte Praxis kaufe, gelten Renovierungskosten als anschaffungsnahe Kosten. Sie werden steuerlich als wertvermehrende Aufwendungen beurteilt. Wertvermehrende Aufwendungen sind bei der Einkommenssteuer nicht abzugsfähig.

Bei Erbgang / Erbteilung wird differenziert.

1. Erbgang
Der Erbgang löst keine Anwendung der Dumont-Praxis aus. Die Unterhaltskosten können vom Einkommen abgezogen werden. Der Erbgang ist eine Universalsukzession.
2. Erbteilung
Bei einer Erbteilung werden einzelne Vermögensstücke den einzelnen Erben zugeteilt. Dies ist eine Singularsukzession. Hier kommt die Dumont-Praxis zur Anwendung. Es ist deshalb sinnvoller, wenn die Renovation durch die Erbengemeinschaft vorgenommen wird.

Die Dumont-Praxis soll demnächst abgeschafft werden. Es laufen dementsprechende Verhandlungen im National- und Ständerat.

Grundstückgewinnsteuer

Es wird unterschieden zwischen

- a) einem monistischen System (Bsp. ZH)
- d) einem dualistischen System (Bsp. SG)

Die Grundstückgewinnsteuer fällt beim Erbgang - unabhängig vom Steuersystem - nie an.

Steuerliche Behandlung der Kollektivgesellschaft

Die Kollektivgesellschaft ist kein eigenes Steuersubjekt. Gemäss Art. 10 DBG sind die einzelnen Kollektiv- und Kommanditgesellschaftler steuerpflichtig.

2. Verkauf des Unternehmens an Dritte - Steuerprobleme

2.1. Definition

Unter dem Verkauf des Unternehmens an Dritte wird der Verkauf und / oder der Tausch verstanden. Bei Personenunternehmen kommt ein Tausch sehr selten vor. Der Tausch ist vor allem bei Kapitalgesellschaften üblich. Der Unternehmer A gibt 1'000 Aktien des Unternehmens A und bekommt 500 Aktien des Unternehmens B.

2.2. Reinvestitionstheorie

Dies ist ein Produkt der Unternehmenssteuerreform II. Neu muss bei einer Ersatzinvestition nicht mehr in das gleiche Produkt investiert werden.

2.3. Subjektives Herkunftsprinzip

Die Aktien werden an eine Gesellschaft verkauft. Es kommt das subjektive Herkunftsprinzip zur Anwendung.

2.4. Rückkauf eigener Aktien

Es besteht ein Problem zwischen

1. Kapitalgewinn
Der Kapitalgewinn ist bei Privatpersonen steuerfrei.

und

2. Kapitalertrag
Der Kapitalertrag ist bei Privatpersonen steuerbar.

Grundsätzlich liegt beim Rückkauf eigener Aktien ein steuerbarer Beteiligungsertrag vor.

Lösung des Steuerproblems

Ich muss die Aktien an eine juristische Person oder an eine selbständig erwerbende Person verkaufen, welche dem Buchwertprinzip unterliegt.

2.5. Unternehmensverkauf Personengesellschaft an Dritte

Definition Unternehmensverkauf

Ein Unternehmensverkauf liegt bei folgenden Voraussetzungen vor:

- Ausscheiden aus meinem Vermögen
- entgeltliches Ausscheiden
- Freie Verfügbarkeit über das Vermögen

Die Differenz zwischen dem Verkaufserlös und dem Eigenkapital stellt steuerbaren Ertrag dar. Der steuerbare Ertrag unterliegt der AHV-Pflicht.

Werden nur Teile des Unternehmens verkauft, ist nur die Differenz zwischen dem Verkaufserlös und dem einkommenssteuerlichen Buchwert steuerbarer Ertrag. Dieser steuerbare Ertrag unterliegt der AHV-Pflicht.

Steuerliche Erleichterung

Ein Unternehmen, welches sein Unternehmen aus Altersgründen (Alter > 55 Jahre) oder aus Invaliditätsgründen verkauft, kann von steuerlichen Erleichterungen profitieren. Der steuerbare Gewinn wird zu einem speziell tiefen Satz besteuert.

2.6. Begriffsdefinitionen

Bilanzierung von Goodwill

Selbstgeschaffener Goodwill kann nicht bilanziert werden.
Gekaufter Goodwill kann bilanziert werden.

Unterschiede Fortführungswert / Liquidationswert

Bsp.: Landwirtschaftliche Liegenschaft

1. Fortführungswert
Der Fortführungswert eines landwirtschaftlichen Landes beträgt CHF 1.00 / m². Aus dem Boden kann durchschnittlich ein Jahresertrag von CHF 1.00 pro m² erzielt werden.
2. Liquidationswert
Der Liquidationswert eines landwirtschaftlichen Landes beträgt CHF 8.00 / m².

Asset-Deal

Sämtliche Aktien und Passiven werden verkauft.

Share Deal

Ich verkaufe die Aktien.

2.7. Grundstückgewinn- und Handänderungssteuer bei Personengesellschaft

Es wird zwischen

- a) zivilrechtlicher Handänderung
Das Eigentum wird im Grundbuch auf eine andere natürliche oder juristische Person übertragen.
 - b) wirtschaftlicher Handänderung
Das Eigentum wird zivilrechtlich nicht übertragen. Es findet jedoch wirtschaftlich eine Handänderung statt.
Bsp.: Die Aktienmehrheit wird von Aktionär A an einen Dritten übertragen.
- unterschieden.

Beide Handänderungsarten unterliegen der Grundstücksgewinn- und Handänderungssteuer. Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Kollektivgesellschaft ist immer eine zivilrechtliche Handänderung.

2.8. Steuerliche Probleme bei Verkauf AG an einen Dritten

2.8.1. Verkauf Aktienmantel

Folgende Gründe sprechen für den Verkauf eines Aktienmantels:

1. Reputation
Ein älteres Unternehmen hat einen gewissen Wert.
Die Reputation eines älteren Unternehmens ist besser.
Bsp. Gründung im Jahr 1960 ist besser als Gründung im Jahr 2008.
2. Steuerliche Gründe
Aufgelaufene Verluste können als Verlustvorträge übernommen werden.
Die Gesellschaft gilt steuerrechtlich als liquidiert, wenn sie nur noch flüssige Mittel in der Gesellschaft existieren und keine Geschäftstätigkeit aufrecht erhalten wird.
3. Sparen der Gründungskosten
Durch den Kauf eines Aktienmantels kann ich mir die Gründungskosten sparen. Unter Gründungskosten werden Notariatskosten, Handelsregisterkosten, etc. verstanden.

2.8.2. Kein Verkauf des Aktienmantels möglich:

Die Aktiengesellschaft hat viel Geld. Diese Aktiengesellschaft (Aktienmantel) kann kaum verkauft werden. Die Aktiengesellschaft kann ihre flüssigen Mittel selber verwalten.

2.8.3. Ersatzbeschaffung (neues Recht / Art. 30 DBG)

Es dürfen nur Teilobjekte verkauft werden und nicht der ganze Betrieb. Es müssen Ersatzobjekte innerhalb einer angemessenen Frist gekauft werden. Unter dem Begriff „innert angemessener Frist“ wird ein Zeitraum von rd. 2 Jahren verstanden. Wird innert zweier Jahre kein Ersatzobjekt angeschafft, ist dies ein Indiz, dass der Betrieb ohne dieses Ersatzobjekt nicht auskommen kann.

2.9. Qualifikation Beteiligungsrechte

Beteiligungsrechte, welche von einer Privatperson gehalten werden, werden in der Regel als Privatvermögen behandelt.

Eine Ausnahme besteht beim professionellen Wertschriftenhändler. Diese Beteiligungserträge gelten als steuerbaren Kapitalgewinn, da Kapitalgewinne aus selbständiger Erwerbstätigkeit der Einkommenssteuer unterliegen. Geschäftsvermögen kann auch in Form von gewillkürten Vermögen entstehen. Der Steuerpflichtige erklärt, dass er diesen Vermögensgegenstand als Geschäftsvermögen behandelt haben will.

2.10. Indirekte Teilliquidation

Bei der indirekten Teilliquidation werden die Aktien an eine Person verkauft, welche dem Buchwertprinzip unterliegt. Dies kann entweder eine juristische Person oder ein selbständig Erwerbender sein. In der Regel ist dies eine juristische Person.

Erbenholding-Fall (BGE-Entscheid)

Die Firma wird an einen Erben verkauft. Der Erbe kann den Kaufpreis jedoch nicht sofort bezahlen. Der Erblasser lässt den Kaufpreis als Darlehen stehen. Der Erbe hat das Darlehen sukzessive aus den Gewinnen der Firma bezahlt.

Das Bundesgericht hat entschieden, dass hier eine indirekte Teilliquidation vorliegt.

2.11. Transponierung

Gemäss Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG sowie Art. 7a Abs. 1 lit. b StHG liegt eine Transponierung vor, wenn eine Beteiligung mindestens fünf Prozent am Grund- oder Stammkapital einer Kapitalgesellschaft aus dem Privatvermögen in das Geschäftsvermögen eines Personenunternehmens oder einer juristischen Person, an welcher der Veräusserer nach der Übertragung zu mindestens 50 % am Kapital beteiligt ist, veräussert wird. Zudem muss die erhaltene Gegenleistung den Nennwert der übertragenen Beteiligungen übersteigen. Die Gegenleistung kann aus Bargeld, Forderungen, Wertschriften oder aus dem Nennwert neu emittierter Beteiligungsrechte infolge Kapitalerhöhung der Erwerberin bestehen.

Keine Transponierung liegt vor, wenn nur einzelne Aktien d.h. weniger als 5 % des Grund- oder Stammkapitals auf eine juristische Person übertragen werden.

3. Steuerliche Probleme bei der Umstrukturierung

3.1. Begriffsdefinitionen

Umstrukturierung

Der Begriff der Umstrukturierung findet sich vor allem im Steuerrecht. Er ist in Art. 61 DBG geregelt. Unter Art. 61 DBG lassen sich sämtliche Vorgänge wie Umwandlungen, Spaltungen, Fusionen, Übertragungen, Sacheinlage, Verkauf zu Buchwerten subsumieren.

Grundsätzlich werden im Steuerrecht Reorganisationen irgendeiner Art als Umstrukturierung bezeichnet. Der Begriff ist mit dem Begriff der Umstrukturierung im Fusions- bzw. Privatrecht nicht deckungsgleich.

Umwandlung

Die Umwandlung ist ein sehr häufiger Vorgang bei KMU's. Dies trifft insbesondere auf Wandlungen von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften vor allem AG's zu.

Umwandlungen lassen sich steuerrechtlich unter Art. 19 DBG und Art. 61 DBG subsumieren.

3.2. Umwandlung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht

Umwandlung im Zahlenbeispiel aus Themenkomplex 3 (S. 95)

Es geht um die Umwandlung einer Einzelfirma in eine AG. Art. 54 FusG ist nicht anwendbar, da es sich um eine nicht im Handelsregister eingetragene Einzelfirma handelt. Die Umstrukturierung erfolgt deshalb nach Art. 181 OR.

Rechtsgrundlage für die steuerneutrale Umwandlung einer Personengesellschaft ist Art. 19 DBG.

Nach der Umwandlung einer Personengesellschaft wird die Kapitaleinlage des Inhabers der Einzelfirma in Aktienkapital umgewandelt. Die Aktiven und Passiven müssen zu den gleichen Werten übernommen werden, ansonsten kommt es zu einer buchmässigen Realisierung stiller Reserven, welche als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit versteuert werden. Eine Aufwertung führt dazu, dass die versteuerten stillen Reserven in der Bilanz offen gelegt werden können. Dies kann erwünscht sein, um Abschreibepotenzial zu erhalten. Eine Aufwertung darf in der Regel nur bis zum Anschaffungswert gemacht werden. Nur in Sanierungsfällen darf darüber hinausgegangen werden.

Der einfachste Weg wäre die Umwandlung der CHF 2 – 3 Mio. Eigenkapital in Aktienkapital. Die Ausgabe neuer Beteiligungspapiere löst die Emissionsabgabe aus (Art. 5 Abs. 1 lit. a StG). Diese wird auf dem Nennwert der neuen Beteiligungsrechte erhoben unter Beachtung einer zweifachen Sperrfrist. Sonst wird die Emissionsabgabe auf dem Verkehrswert (CHF 2 – 3 Mio.) nachbezogen.

Um die Emissionsabgabe ganz auszuschalten, könnte man ein Aktienkapital von CHF 1 Mio. vorsehen (Freigrenze CHF 1 Mio.). Eine AG mit grösserem Aktienkapital scheint aber je nach Branche kreditwürdiger (z.B. in der Finanzbranche). Früher (von Inkrafttreten des Fusionsgesetzes) wurde nur auf dem Verkehrswert abgestellt. In diesem Fall wird man deshalb höchstens ein Aktienkapital von CHF 1 Mio. vorsehen. Zivilrechtlich liegt die Untergrenze bei CHF 100'000.00. Die Differenz des Nennwertes des Aktienkapitals zum Verkehrswert des Eigenkapitals kann man als Agioreserve verbuchen.

Folgt man dem Nennwertprinzip wird dieses Geld bei der Ausschüttung besteuert. Mit der Unternehmenssteuerreform II wechselt man zum Kapitalrückzahlungsprinzip, womit das Agio ab 2011 steuerfrei ausgeschüttet werden kann. Der Hauptnachteil wird somit behoben, es bestehen aber noch handelsrechtliche Hemmnisse, da das Agio nicht gleich gut, wie der Gewinnvortrag ausgeschüttet werden kann. Eine Alternative wäre die Differenz als Fremdkapital im Sinne eines Darlehens zugunsten Urs Flink zu verbuchen. Vom Grundsatz her ist Fremdkapital erstrebenswert: Es kann jederzeit ganz oder teilweise zurückbezahlt werden. Bei der Rückzahlung von Reserven braucht es einen GV-Beschluss. Dies ist bei einem Alleinaktionär problemlos. Es braucht trotzdem ein Dokument. Bei der Rückzahlung des Agios fällt Verrechnungssteuer an.

Im Konkursfall geht das Darlehen vor, es hat aber keine sehr grosse Bedeutung, weil man im Fall eines Kapitalverlustes Rangrücktritt erklären wird und somit das Fremdkapital praktisch zu Eigenkapital wird.

Durch die Umwandlung ändert sich an der Bilanz als nicht viel, da die massgebenden Buchwerte übernommen werden. Einzig das Eigenkapital wird zu Aktienkapital. Die Verbuchung der Differenz des Nennwertes zum Verkehrswert des Aktienkapitals als Darlehen ist in der Regel vorteilhafter. Es sieht aber unschön aus, wenn ein sehr kleines Aktienkapital einem grossen Fremdkapital gegenüber steht. Letzteres wird aber als verdecktes Eigenkapital behandelt (vgl. Kreisschreiben, welches Instrument, wie viel Fremdkapital bei einzelnen Anlagestrategien zulässig ist), da keine Bank ein so hohes Fremdkapital gewähren würde.

3.3. Verdecktes Eigenkapital

Die Problematik des verdeckten Eigenkapitals wird in einem Kreisschreiben des eidg. Steuerverwaltung geregelt.

Viele Hauptaktionäre stellen ihrer AG anstelle von Aktienkapital Aktionärsdarlehen (Fremdkapital) zur Verfügung. Dieses Aktionärsdarlehen lassen sie sich durch die AG verzinsen. Der ausgewiesene Gewinn der AG wird so kleiner. Die Doppelbelastung wird verkleinert.

Je nach Anlagekategorie kann mehr oder weniger Darlehen (Aktionärsdarlehen) aufgenommen werden. Die Feinregelung geschieht dadurch, dass jeder Anlagekategorie ein prozentual zulässiger Aktionärsdarlehensanteil gegenüber gestellt wird. Diese Einschränkungen geltend nur für Aktionärsdarlehen. Es gibt jedoch kein Problem, wenn das Darlehen von einem unabhängigen Dritten stammt.

Durch die Unternehmenssteuerreform verliert die Problematik des verdeckten Eigenkapitals an Sprengkraft.

Begründung

Würde anstelle von Fremdkapitalzinsen Dividenden ausgeschüttet, müsste die AG den höheren Reingewinn versteuern und der Aktionär müsste die Dividende versteuern. Der Zins auf dem verdeckten Eigenkapital kann deshalb beim Unternehmen nicht steuermindernd geltend gemacht werden.

Steuerfolgen auf Ebene AG

Die Steuerbehörden verlangen deshalb, dass zwischen Eigen- und Fremdkapital ein vernünftiges Verhältnis besteht.

Zu diesem Zweck haben Sie eine Weisung erlassen, welcher jeder Art von Aktiven ein minimales Eigenkapital zuweist.

Wird das zulässige Eigenkapital unterschritten, wird ein entsprechender Teil des Aktionärsdarlehens als wirtschaftliches Eigenkapital betrachtet.

Die Verzinsung dieses Aktionärsdarlehens (verdecktes Eigenkapital) wird als verdeckte Gewinnausschüttung bezeichnet. Die Grenze liegt bei ca. 1/6 bis 1/7 der Aktiven.

Rechtsfolge bei der AG

Die zusätzlichen Fremdkapitalzinsen werden nicht zum Abzug zugelassen. Der Reingewinn der AG erhöht sich dadurch.

Auf den zusätzlichen Fremdkapitalzinsen werden Verrechnungssteuern fällig. Dies kann jedoch in speziellen Fällen (< 20 Aktionäre) durch ein Meldeverfahren umgangen werden (Art. 24 VstV / Verordnung zum Verrechnungssteuergesetz)

Rechtsfolge beim Aktionär

Die Fremdkapitalzinsen müssen als Zinsertrag versteuert werden. Die Dividendenausschüttung muss als Dividende versteuert werden. In beiden Fällen wird ein steuerbarer Ertrag generiert. Die Rechtsfolgen sind in beiden Fällen gleich. Beim Aktionär ergeben sich deshalb keine Steuerfolgen.

3.4. Steuerneutrale Umwandlung nach Art. 61 DBG

Eine Umwandlung kann steuerneutral unter folgenden Voraussetzungen durchgeführt werden:

1. Fortbestehen der Steuerpflicht in der Schweiz
2. Übernahme der für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte
3. Fortführen eines Betriebes in der Schweiz

Das Halten und Verwalten von Immobilien stellt gemäss Praxis der Eidg. Steuerverwaltung nur dann einen Betrieb dar, wenn kumulativ folgende Erfordernisse erfüllt sind:

1. a) Wenn am Markt aufgetreten wird
oder
b) wenn Betriebsliegenschaften an Konzerngesellschaften vermietet wird
2. Es braucht eigenes Personal oder es wird jemand für die Verwaltung beauftragt.
3. Die Mieterträge müssen mindestens das 20-fache des marktüblichen Personalaufwandes für die Immobilienverwaltung betragen.

Veräusserung innerhalb der Sperrfrist von fünf Jahren

Wird innerhalb einer Sperrfrist die AG weiterverkauft, werden die stillen Reserven nachträglich nachversteuert (Art. 61 DBG i.V.m. Art. 151 – 153 DBG).

Beginn und Ablauf der Veräusserungssperrfrist

Die Veräusserungssperrfrist beginnt erst ab Eintrag im Handelsregister an zu laufen. Es ist eine objektivierte Sperrfrist. Das subjektive Element ist nicht entscheidend.

Die Veräusserungssperrfrist kann auch verletzt werden, wenn der Garageninhaber stirbt und die Garage durch die Erben innerhalb der Sperrfrist von 5 Jahren veräussert wird.

Die stillen Reserven werden steuerlich aufgelöst. Der Gewinn ist Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit. Es muss auf diesem Gewinn deshalb auch AHV abgeführt werden.

3.5. Steuerrechtliche Probleme im Zusammenhang mit einer Fusion

Steuerrechtlich macht es keinen Unterschied, ob eine echte oder unechte Fusion vorliegt. Steuerrechtlich können auch Vorsteuerverluste übernommen werden.

Ausgleichszahlungen

Fallbeschreibung Nr. 1

B. übernimmt A. Es liegt eine Absorptionsfusion vor. B. muss A. CHF 1,5 Mio. zahlen. Ausgleichszahlungen sind nicht steuerbar, wenn die Ausgleichszahlungen von Dritten stammen. Ausgleichszahlungen sind jedoch steuerbar, wenn sie von der Gesellschaft kommen.

A:	EK: 200'000.00 / Unternehmenswert: 1 Mio.
B:	EK: 200'000.00 / Unternehmenswert: 4 Mio.
N: neu:	EK: 400'000.00 / Unternehmenswert: 5 Mio.

Fallbeschreibung Nr. 2

A. beteiligt sich an der neuen Gesellschaft zu 80 %. B. beteiligt sich an der neuen Gesellschaft zu 20 %. Alle Gesellschaften sind Immobiliengesellschaften.

A:	EK: 200'000.00 / Unternehmenswert: 1 Mio.
B:	EK: 800'000.00 / Unternehmenswert: 4 Mio.
N: neu:	EK: 1 Mio. / Unternehmenswert: 5 Mio.

Es liegt hier eine wirtschaftliche Handänderung vor. Wirtschaftliche Handänderungen unterliegen der Handänderungssteuer.

Gemäss der Steuerpraxis kann es bei einem Beteiligungstausch indessen zu einer steuersystematischen Realisierung kommen, wenn die übertragene Beteiligung weniger als 20 % und die erhaltene Beteiligung mindestens 20 % am Grund- oder Stammkapital der übernehmenden Gesellschaft verkörpert.

3.6. Nominalwertprinzip (Nennwertprinzip)

Beim Nominalwertprinzip ist nur die Rückzahlung des Nominalwertes steuerfrei. Die Rückzahlung des Agios ist steuerbar.

3.7. Kapitaleinlageprinzip

Beim Kapitaleinlageprinzip ist sowohl eine Nennwertrückzahlung als auch eine Agiorückzahlung steuerfrei.

C) Gesellschaftsrechtliche Aspekte

1. Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Aspekte

(Assets- und share Deal)

1.1. Gesetzliche Grundlagen

1. Gesellschaftrecht (OR)
2. Fusionsgesetz (FusG)
3. Wertpapierrecht

1.2. Zweck eines Unternehmenskauf

- Nachfolgeprobleme
- Steuerliche Probleme
- Strategische Überlegungen
- Prestigeegründe

1.3. Begriff des Unternehmens

Unternehmen als „Summe der zu einer organisatorischen Einheit zusammengefassten Sachen, Rechte und Chancen“

Es gibt keine einheitliche Regelung über das Unternehmen.

Das Unternehmen kann schuldrechtlich als Einheit verkauft werden.
Sachenrechtlich kann keine einheitliche Übertragung stattfinden.

1.4. Arten des Unternehmenskaufs

Bei einem „asset deal“ profitiert der Käufer von der kaufrechtlichen Sachgewährleistung. Der Verkäufer tendiert dagegen zum „share deal“.

Das Unternehmen ist eine Rechts- und Sachgesamtheit.

Verpflichtungsgeschäft

Bei Kapital- und Personengesellschaften ist das Verpflichtungsgeschäft ein Übertragungsvertrag oder Kaufvertrag.

Das Verfügungsgeschäft unterscheidet sich je nach Gesellschaftsform

Kapitalgesellschaft

- a) Übertragung der Anteilsrechte
Verfügung über Aktiven und Passiven
- b) Personengesellschaft
Verfügung über Aktiven und Passiven

Form des Unternehmenskaufvertrags

Der Unternehmenskaufvertrag ist formfrei (Art. 11 OR) möglich. Eine bestimmte Form ist nur vorgeschrieben, wenn das Gesetz eine solche vorsieht (z.Bsp. für Grundstücke) oder bei Verpflichtungsgeschäften nach FusG.

Gewährleistungen und Garantien

Der Verkäufer kann einen höheren Kaufpreis lösen, wenn er Gewährleistungen und Garantien abgibt.

Wenn der Verkäufer dem Käufer gestattet, eine due dilligence vorzunehmen, muss sich der Käufer dasjenige Wissen anrechnen lassen, dass bei der due dilligence Prüfung hervorgekommen ist.

Verfügungsgeschäft

Es gibt zwei mögliche Verfügungsgeschäfte

1. Übertragung der Aktiven und Passiven
2. Verkaufs der Anteilsscheine

Zwingend nach Art. 181 OR werden übertragen:

- a) Nicht im HR eingetragene Einzelfirma
- b) Nicht im HR eingetragene Vereine
- c) Pflichtwidrig nicht im HR eingetragene kaufmännische Kollektivgesellschaft

Die Übertragung der Passiven kann nach entweder

- a) nach Art. 181 OR (Universalsukzession)
- oder
- b) einzeln (Singularsukzession)
- erfolgen.

Bei der Übertragung der Passiven nach Art. 181 OR haftet der bisherige Schuldner dem alten Gläubiger noch drei Jahre weiter. Die Aktiven werden einzeln (Singularsukzession) übertragen.

Nach Art. 69 ff. FusG können nur im Handelsregister eingetragene Personen- oder Kapitalgesellschaften übertragen werden.

Übertragung von Anteilsrechten (Share deal)

Namenaktie

Namenaktien sind gesetzliche Orderpapiere.

Die Übertragung benötigt:

1. ein gültiges Grundgeschäft
2. die Übertragung des Besitzes an der Urkunde (oder Traditionssurrogat),
3. die Verfügungsbefugnis des Veräusserers

4. ein Indossament.

Zusätzlich muss der neue Eigentümer im Aktienbuch eingetragen werden.

Auch bei fehlendem Verfügungsbefugnis kann der Erwerber gesetzliche Orderpapiere gutgläubig erwerben.

Inhaberpapiere

Inhaberaktien sind Inhaberpapiere.

Die Übertragung benötigt:

1. ein gültiges Grundgeschäft
2. die Übertragung des Besitzes an der Urkunde (oder Traditionssurrogat),
3. die Verfügungsbefugnis des Veräusserers

Inhaberpapiere können gutgläubig erworben werden.

Stammanteile (Art. 784 Abs. 1 OR)

Die Übertragung muss zwingend schriftlich erfolgen (Art. 785 Abs. 1 OR). Die Stammanteile können entweder als Beweisurkunde oder als Namenpapier ausgestellt werden (Art. 784 Abs. 1 OR). Die GmbH soll nicht kapitalmarktfähig sein. Die GmbH ist eine personenbezogene Gesellschaftsform. Die Übertragbarkeit der Stammanteile ist eingeschränkt. Es gibt keinen gutgläubigen Erwerb von Forderungen. Es gibt deshalb auch keinen gutgläubigen Erwerb von Stammanteilen.

1.5. Mängel bei Vertragsschluss / Leistungsstörungen

Es gibt keine speziellen Vorschriften für den Unternehmenskaufvertrag. Der Unternehmenskaufvertrag muss deshalb wie jeder andere Vertrag ausgelegt und behandelt werden.

Beim Unternehmenskaufvertrag stellen sich folgende Fragen:

1. Gültiges Zustandekommen des Vertrages?
2. Wenn nein, Haftung aus culpa in contrahendo?
3. Wenn ja, Leistungsstörung bei der Erfüllung?

Von besonderer Bedeutung beim Unternehmenskauf sind Willensmängel (insbesondere Grundlagenirrtum, wesentlicher Erklärungsirrtum, absichtliche Täuschung)

Das Bundesgericht hat eine formale Betrachtungsweise. Verkauft werden die Aktien und nicht das Unternehmen. Die sachenrechtliche Gewährleistung bezieht sich deshalb auf die Wertpapiere. Das Bundesgericht lässt aber eine grosszügige Anfechtung zu. Diese formale Betrachtungsweise wird durch die neuere Lehre abgelehnt.

Rechtspraxis

- a) Patente der Firma wurden vor dem Verkauf in den USA beschlagnahmt
Der Unternehmenskaufvertrag kann wegen Grundlagenirrtum angefochten werden.
- b) Das Warenlager war massiv überbewertet.
Der Unternehmenskaufvertrag kann wegen Grundlagenirrtum angefochten werden.
- c) Die Passiven der Firma war höher als angegeben.
Der Unternehmenskaufvertrag kann wegen absichtlicher Täuschung angefochten werden.

Es kommt das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht zur Anwendung:

- a) Rechtsgewährleistung (Art. 192 ff. OR)
- b) Sachgewährleistung (Art. 197 ff. OR)

Konflikt zwischen formaler und wirtschaftlicher Betrachtungsweise

Es gibt deshalb ein Konflikt zwischen

1. formaler Betrachtungsweise
Verkauft werden nur die Aktien und nicht das Unternehmen / Die Gewährleistung bezieht sich deshalb nur auf die Aktien als Wertpapiere
- und
2. wirtschaftlicher Betrachtungsweise
Verkauft wird das Unternehmen

Abgabe von Zusicherungen und Garantien

Es werden Zusicherungen oder Garantien hinsichtlich der Eigenschaften des Unternehmens (sog. Reps and Warranties) abgegeben. Die Wandelung wird in der Regel vertraglich ausgeschlossen. Der Käufer hat nur das Minderungsrecht.

Bei kaufrechtlichen Zusicherungen müssen Mängel sofort gerügt werden. Das Bundesgericht versteht unter einer sofortigen Rügefrist eine Frist von maximal zehn Tagen. Die Verjährungsfrist beträgt ein Jahr. Die Rügefrist wird deshalb vertraglich meist ausgedehnt.

1.6. Ablauf eines Unternehmenskaufs

Ein Unternehmenskauf gliedert sich in folgende Phasen:

1. Vorvertragliche Phase
2. Verpflichtungsgeschäft (signing)
3. Verfügungsgeschäft (closing)

Vorvertragliche Phase

Bei kleineren KMU sind die Vertragsverhandlungen kurz. Bei grösseren KMU sind die Vertragsverhandlungen eher lang.

Es ist jedoch sehr schwierig in der Praxis nachzuweisen, dass der Verkäufer gar nie ernsthaft verhandeln wollte.

Letter of Intent

Der Letter of Intent kann entweder einen verbindlichen oder einen unverbindlichen Inhalt haben.

Verbindlich sind

- a) Exklusivitätsvereinbarungen
- b) Vertraulichkeitsvereinbarungen
- c) Vereinbarung einer Due Diligence
- d) Vereinbarung über den Verhandlungsabbruch und die entsprechenden Modalitäten

Bei einem Vertragsabbruch wird geregelt, wer welche Verhandlungskosten trägt. In der Regel trägt jede Vertragspartei ihre Kosten selber. Es kann auch der Ausschluss von Schadenersatz vereinbart werden.

„Due Diligence“

Begriff bezeichnet die beim Erwerb eines Unternehmens mit gehöriger Sorgfalt erfolgte Prüfung durch die käuferischen Organe. Es gibt verschiedene Problem wie das Problem der Vertraulichkeit, Dauer und Kosten. Die Due Diligence ist Standard bei Unternehmenskäufen. Teilweise werden gewisse Verträge (Bsp. Verträge mit Grosskunden) anonymisiert.

Zweck einer „Due Diligence“

Deckung des Informationsbedarfs des Käufers und damit Verringerung des Informationsgefälles.

Zweck einer Due Diligence in Bezug auf den Zeitpunkt

- a) Vor Vertragsabschluss
Aufdeckung von Tatsachen, die so fundamental sind, dass sie einen Kauf als nicht mehr zweckmässig oder wünschbar erscheinen lassen (sog. Deal Breakers)
- b) Erst nach Vertragsschluss
z.B. wenn schneller Vertragsabschluss erwünscht war oder aus Geheimhaltungsinteressen
Anpassung des vertraglich vereinbarten Kaufpreises, wobei der Käufer ansonsten vertraglich gebunden bleibt.

Typische Punkte eines Unternehmenskaufvertrages

1. Parteien
2. Präambel
3. Kaufgegenstand
4. Kaufpreis
5. Nutzen und Gefahr
6. Gewährleistungen und Garantien
(sog. „Reps and Warranties“)
7. Übergangszeit und Inkrafttreten des Vertrags
8. Weitere Vertragsklauseln

2. Umstrukturierung von Unternehmen

2.1. Definition einer Fusion

Die Fusion ist eine auf Vertrag beruhende, liquidationslose Vereinigung von zwei (oder mehreren) Rechtsträgern zu einer Einheit.

2.2. Fusionsgesetz (frühere Regelung)

Früher ging der Gesetzgeber davon aus, dass die einmal gewählte Rechtsform bis zum Untergang der Gesellschaft beibehalten werden soll. Eine Ausnahme bestand bei Aktiengesellschaften. Die Aktiengesellschaften durften fusionieren.

2.3. Fusionsgesetz (heutige Regelung)

Der Gesetzgeber hat per 01.06.2004 das Fusionsgesetz geschaffen. Bisher nicht geregelte Bereiche wurden neu geregelt. Die Regelungen im Fusionsgesetz bezüglich der Spaltung einer Firma werden als nicht sehr attraktiv verstanden.

Probleme bei einer Spaltung sind:

Die Spaltung muss im Handelsregister eingetragen werden.
Diese Offenlegung wird nicht gewünscht.

Probleme bei einer Vermögensübertragung

1. Solidarhaftung während dreier Jahren
2. Anfechtungsrisiko einer Vermögensübertragung

Vorteil einer Vermögensübertragung

Grundstücke in mehreren Kantonen können durch einen Vertrag übertragen werden.

2.4. Transaktionsformen

Das Fusionsgesetz (FusG) kennt folgende Transaktionsformen:

- a) Fusion (Art. 3 - Art. 28 FusG)
- b) Spaltung (Art. 29 – Art. 52 FusG)
- c) Umwandlung (Art. 53 – 68 FusG)
- d) Vermögensübertragung (Art. 69 – 77 FusG)

2.5. Ziele des Fusionsgesetzes (Art. 1 FusG)

Es bestehen folgende Interessen:

- a) Interessengerechte Regelung
Für KMU gibt es spezielle Erleichterungen.
- a) Transparenz
Transparenz zum Schutz besonderen Anspruchsgruppen
(Gläubiger / Arbeitnehmer)
- c) Gläubigerschutz (Das Vermögenssubstrat soll erhalten werden)
- d) Flexibilität
Die Unternehmen wollen ihre Rechtsform flexibel den geänderten
Bedürfnissen angepasst werden
- e) Die Rechtsstellung eines Gesellschafter soll durch eine
Umstrukturierung nicht verändert werden

Bei der Spaltung wird Haftungssubstrat entzogen. Es bestehen deshalb Gläubigerschutzvorschriften.

Transparenz

Die Transparenz wird mit folgenden Regelungen sichergestellt:

- a) Pflicht zur Erstellung eines Fusionsberichtes
- b) Pflicht zum Schuldenruf
- c) Pflicht zur Konsultation einer Arbeitnehmervertretung

Bei Erlass eines neuen Gesetzes müssen gewisse alte Gesetze angepasst werden, damit die Einheit der Rechtsordnung gewährleistet bleibt.

2.6. Begriff der Fusion

- a) Vermögensübertragung durch Universalsukzession
- b) Auflösung des übertragenden Rechtsträgers ohne Liquidation
- c) Kontinuität der Mitgliedschaft der Gesellschafter
Von wenigen Ausnahmen abgesehen, wird die Rechtsstellung der
Gesellschafter nicht tangiert.

2.7. Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte

Es besteht kein Anspruch darauf, dass die prozentualen Stimmrechte der Aktionäre bei Gesellschaft A die gleiche ist wie bei Gesellschaft B.

Festlegung Umtauschverhältnisse

Die Umtauschverhältnisse müssen unter Berücksichtigung von Vermögen, Verteilung der Stimmrechte und weiteren relevanten Umständen festgelegt werden. Damit ein ganzzahliges Umtauschverhältnis vorliegt, ist ein Spitzenausgleich möglich.

Abfindung (Art. 8 FusG)

Die Abfindung ist eine Ausnahme von der Kontinuität der Mitgliedschaftsrechte.

Es gibt folgende Möglichkeiten:

- a) Wahlrecht (Art. 8 Abs. 1 FusG)
Es besteht ein Wahlrecht jeden Gesellschafters zwischen:
 1. Anteils- und Mitgliedschaftsrechten
 2. Abfindung

Voraussetzungen.

 - a) Sofern im Fusionsvertrag vorgesehen.
Immer zulässig, da freiwillig.
 - b) Frei verfügbares Eigenkapital
- b) Zwangsabfindung (Art. 8 Abs. 2 FusG)
Der Gesellschafter erhält nur eine Abfindung (sog. squeeze-out)

Voraussetzungen:

1. Regelung im Vertrag
 2. Zustimmung von 90 % (Art. 18 abs. 5 FusG)
 3. Frei verfügbares Eigenkapital
- Die Abfindung muss zum inneren Wert des Anteilsrechts erfolgen.
Der zwangsabgefundene Gesellschafter kann eine Feststellungsklage nach Art. 105 FusG einreichen und den Wert gerichtlich überprüfen lassen.

2.8. Formen der Fusion

Es gibt folgende Formen:

- a) Absorptionsfusion
- b) Kombinationsfusion

Bei einer Kombinationsfusion müssen die gründungsrechtlichen Vorschriften eingehalten werden.

Die Fusion des Schweizerischen Bankgesellschaft und des Schweizerischen Bankvereins zur UBS AG war eine Absorptionsfusion. Es wurde zuerst die UBS AG gegründet. Die UBS AG hat dann den Schweizerischen Bankverein und die Schweizerische Bankgesellschaft absorbiert.

Die Kombinationsfusion hat sich bei gleichberechtigten Partnern nicht durchgesetzt.

Abgrenzungen

- a) von der unechten Fusion
Übernahme eines Unternehmens mit Aktiven und Passiven, ohne dass sich die Parteien zu einer gemeinsamen Gesellschaft zusammenschliessen

- b) von der Quasifusion
Gesellschaft erwirbt sämtliche oder zumindest die Mehrheit der Aktien einer anderen Gesellschaft

Grundsätze zulässiger Fusionen

- a) Gleiche Rechtsträger können immer fusionieren.
- b) Rechtsformübergreifende Fusionen sind nicht zulässig, wenn dadurch die Gefahr besteht, dass Kapitalsperrquoten beseitigt werden könnten.
- c) Einzelunternehmen können nicht fusionieren.

2.9. Fusion als Rechtsgeschäft

Verpflichtungsgeschäft

Einigung der Parteien mittels Fusionsvertrag.

Der Fusionsvertrag muss schriftlich abgeschlossen werden.

Bei einer Vermögensübertragung nach FusG muss ein Fusionsvertrag, welcher Grundstücke zum Inhalt hat, öffentlich beurkundet werden.

Der Inhalt des Fusionsvertrages ergibt sich aus Art. 13 FusG.

Verfügungsgeschäft

Anmeldung zur Eintragung der Fusion im Handelsregister

2.10. Verfahrensablauf

Es muss zwischen dem ordentlichen Verfahrensablauf und dem erleichterten Verfahrensablauf für KMU unterschieden werden.

Beim ordentlichen Verfahrensablauf müssen folgende Schritte beachtet werden:

- a) Fusionsbilanz (Art. 11 FusG)
- b) Fusionsvertrag (Art. 12 und 13 FusG)
- c) Fusionsbericht (Art. 15 FusG)
Der Fusionsbericht muss von einem anerkannten und zugelassenen Revisionsexperten durchgeführt werden.
- d) Einsichtnahme durch die Gesellschafter (Art. 16 FusG)
- e) Beschluss der Gesellschafterversammlung (Art. 18 und 20 FusG)
- f) Eintragung im HR (Art. 21 und 22 FusG)
- h) Sicherstellung der Gläubigerforderungen (Art. 25 FusG)
Die Gläubigerforderungen müssen nur sichergestellt werden, wenn dies von den Gläubigern verlangt wird. Es muss im SHAB ein dreimaliger Aufruf erfolgen.

2.11. Verfahrenserleichterungen für KMU

Voraussetzungen

- a) Qualifikation als KMU (Art. 2 lit. e FusG)
- b) Zustimmung aller Gesellschafter

Verfahrenserleichterungen

Für KMU wurde ein erleichtertes Verfahren eingeführt. Gründe waren Kostenersparnis und das höhere Diskretionsbedürfnis von KMU.

Das KMU ist in Art. 2 lit. e FusG definiert:

1. Keine Anleiheobligationen ausstehend
2. Ihre Anteile nicht an der Börse kotiert sind
3. Nicht mehr als zwei der folgenden Schwellenwerte überschritten werden:
 - a) Bilanzsumme von CHF 20 Mio.
 - b) Umsatzerlös von mehr als CHF 40 Mio.
 - c) 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt

Sämtliche Gesellschafter müssen der Anwendung der erleichterten Fusionsbedingungen (Verfahrenserleichterungen) zustimmen.

Stimmenthaltungen und abwesende Gesellschafter werden als Nein Stimmen gezählt. Ein stillschweigender Verzicht ist unter gewissen Voraussetzungen möglich.

Der Fusionsbeschluss muss nicht einstimmig gefasst werden.

Die Gläubiger und die Arbeitnehmer müssen nicht zustimmen.

Bei Zustimmung sämtlicher Gesellschafter kann bei einer Fusion auf folgendes verzichtet werden:

- a) Verzicht auf Fusionsbericht (Art. 14 Abs. 2 FusG)
- b) Verzicht auf Fusionsprüfung (Art. 15 Abs. 2 FusG)
- c) Verzicht auf Einsichtsverfahren (Art. 16 Abs. 2 FusG)

Bei Verzicht auf ihr Einsichtsrecht können die Gesellschafter Kopien verlangen. Die Kopien müssen gratis abgegeben werden.

2.12. Die Spaltung (Art. 29 FusG)

Definition

Das Vermögen einer Gesellschaft wird unter Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter ganz oder zum Teil auf eine oder mehrere andere Gesellschaften übertragen.

Begriffselemente der Spaltung

- a) Übertragung von Vermögenswerten
- b) Die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft müssen gewahrt werden
- c) Der Rechtsübergang von Gesetzes wegen erfolgt mit dem Eintrag in das Handelsregister. Es liegt eine partielle Universalsukzession vor.

Aufspaltung

Die Gesellschaft A wird in die Gesellschaften B und C aufgespalten.

Abspaltung

Ein Vermögensteil wird von Gesellschaft A auf die Gesellschaft B. übertragen.

Formen der Spaltung (Art. 31 FusG)

- a) Symmetrische Spaltung (Art. 31 Abs. 2 lit. a FusG)
- b) Asymmetrische Spaltung (Art. 31 Abs. 2 lit. b FusG)
- c) Spaltung zur Übernahme
Vermögensteile werden auf eine oder mehrere bereits bestehenden Gesellschaften übertragen.
- d) Spaltung zur Neugründung
Eine oder mehrere übernehmende Gesellschaften werden anlässlich der Spaltung neu gegründet.

Die Formen der Spaltung sind frei kombinierbar.
Das Fusionsgesetz hält fest, welche Gesellschaften sich spalten können.

Verfahrensablauf

- a) Bilanz (Art. 35 FusG)
- b) Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan (Art. 36 ff. FusG)
Ein Spaltungsvertrag wird abgeschlossen, wenn Vermögensteile einer Gesellschaft auf eine andere Gesellschaft übertragen werden soll.
Ein Spaltungsbericht wird erstellt, wenn Vermögensteiler einer bestehenden Gesellschaft auf eine neu zu gründende Gesellschaft übertragen wird.
Ein Vertrag kann nur mit einer bestehenden Gesellschaft abgeschlossen werden.

Der Spaltungsvertrag muss schriftlich abgeschlossen werden.
- c) Prüfungsbericht (Art. 40 FusG)
- d) Sicherstellung der Gläubigerforderungen (Art. 45 ff. FusG)
Die Gläubigerforderungen müssen erst nach durchgeführter Spaltung sichergestellt werden.
- e) Beschluss der Gesellschafterversammlung (Art. 43 ff. FusG)
- f) Eintragung im HR (Art. 51 und 52 FusG)

Verfahrenserleichterungen für KMU

Voraussetzungen

- a) Qualifikation als KMU (Art. 2 lit. e FusG)
- b) Zustimmung aller Gesellschafter

Verfahrenserleichterungen

- a) Verzicht auf Spaltungsbericht (Art. 39 Abs. 2 FusG)
- b) Verzicht auf Spaltungsprüfung (Art. 40 i.V.m. Art. 15 FusG)
- c) Verzicht auf Einsichtsverfahren (Art. 41 Abs. 2 FusG)

2.13. Umwandlung

Altes Recht

Eine AG kann in eine GmbH umgewandelt werden.

Das BGE hat die Umwandlung einer GmbH in eine AG zugelassen.

Neues Recht

Rechtsgrundlage: Art. 53 FusG

- a) Rechtsformwechsel einer Gesellschaft
- b) Fortbestand der Rechtsverhältnisse

Zulässige Umwandlungen (Art. 54 FusG)

Die zulässigen Umwandlungen werden in Art. 54 FusG aufgeführt.

Art. 55 FusG enthält eine Sonderbestimmung für die Umwandlung von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Die anderen Bestimmungen des FusG sind auf Kollektiv- und Kommanditgesellschaften nicht anwendbar (Art. 55 Abs. 4 FusG). Dies ist die herrschende Lehrmeinung.

Art. 55 Abs. 4 FusG sagt, dass die Art. 56 FusG bis Art. 68 FusG auf Kollektiv- und Kommanditgesellschaften nicht anwendbar sind.

Verfahrensablauf

- a) Bilanz (Art. 58 FusG)
Es muss eine Zwischenbilanz erstellt werden, wenn die Bilanz älter als sechs Monate ist.
- b) Umwandlungsplan (Art. 59 ff. FusG)
- c) Umwandlungsbericht (Art. 61 FusG)
- d) Prüfungsbericht (Art. 62 FusG)
- e) Einsichtnahme durch Gesellschafter (Art. 63 FusG)
Die Gesellschafter haben während 30 Tagen Einsicht in den Umwandlungsplan, den Umwandlungsbericht, den Prüfungsbericht, die Jahresrechnungen und die Jahresbericht der letzten drei Geschäftsjahre sowie gegebenenfalls die Zwischenbilanz.
- f) Beschluss der Gesellschafterversammlung (Art. 64 und 65 FusG)
- g) Eintragung im HR (Art. 66 und 67 FusG)

Ausnahmen

Keine Anwendung finden die Vorschriften über die Anzahl der Gründerinnen und Gründer bei Kapitalgesellschaften und die Vorschriften über die Sacheinlagen.

(Art. 57 FusG)

Verfahrenserleichterungen für KMU

Voraussetzungen

- a) Qualifikation als KMU (Art. 2 lit. e FusG)
- b) Zustimmung aller Gesellschafter

Verfahrenserleichterungen

- a) Verzicht auf Umwandlungsbericht (Art. 61 Abs. 2 FusG)
- b) Verzicht auf Umwandlungsprüfung (Art. 62 Abs. 2 FusG)
- c) Verzicht auf Einsichtsverfahren (Art. 63 Abs. 2 FusG)

Die Erstellung des Umwandlungsberichtes und der Umwandlungsprüfung ist relativ teuer.

2.14. Vermögensübertragung (Art. 69 FusG)**Vor Erlass des FusG**

Übertragung der Aktiven und Passiven durch Singularsukzession.

Übertragung eines Geschäftszweiges nach Art. 181 OR.

Nach Erlass des FusG

Das Institut der Vermögensübertragung hat nicht die erhoffte Durchsetzung in der Praxis gefunden.

Hinderlich ist die Offenlegungspflicht und die Informationspflicht. Ferner besteht eine Solidarhaftung während dreier Jahre.

Definition

Im Handelsregister eingetragene Gesellschaften und im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmungen können ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger des Privatrechts übertragen.

Begriffselemente

- a) Im HR eingetragene übertragender Rechtsträger (auch Einzelunternehmung)
- b) Übertragung eines Vermögens oder von Teilen davon mit Aktivenüberschuss
- c) Übergang des Vermögens von Gesetzes wegen (partielle Universalsukzession) auf einen anderen Rechtsträger des Privatrechts

Übertragungsvertrag (Art. 70 ff. FusG)

- a) Abschluss durch oberstes Leitungs- oder Verwaltungsorgan (Art. 70 Abs. 1 FusG)
- b) Schriftlichkeit
bei Grundstücken ist öffentliche Beurkundung notwendig (Art. 70 Abs. 2 FusG)
- c) Inhalt (Art. 71 FusG)
 - Inventar mit Aktivenüberschuss (Art. 71 Abs. 2 FusG)
 - Allfällige Gegenleistung
 Eine Gegenleistung ist nicht notwendig aber üblich.

Verfahrensablauf

- a) Übertragungsvertrag (Art. 70 und 71 FusG)
- b) Konsultationspflicht (Art. 77 FusG)
- c) Eintragung im HR (Art. 73 FusG)
Die Aktiven und Passiven gehen mit dem Eintrag ins Handelsregister über.
- d) Informationspflicht (Art. 74 FusG)
- e) Allenfalls Sicherstellungspflicht (Art. 75 Abs. 3 FusG)

Weitere Punkte der Vermögensübertragung

- a) Erleichterungen für KMU?
- b) Verhältnis zu Art. 181 OR
- c) Missbrauchspotenzial
Mit einer Vermögensübertragung kann das gleiche Resultat erreicht werden, wie bei einer Spaltung. Unliebsame Verträge können so entsorgt werden.

Rechtsbehelfe nach FusG

- a) Überprüfungsklage (Art. 105 ff. FusG)
- b) Anfechtungsklage (Art. 106 ff. FusG)
- c) Verantwortlichkeitsklage (Art. 108 FusG)
Die Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsklage sind den aktienrechtlichen Klagen nachempfunden.

Örtliche Zuständigkeit

Gemäss Art. 29a GestG ist das Gericht am Sitz eines der beteiligten Rechtsträger zuständig.

Überprüfungsklage

Es kann wegen Unangemessenheit hinsichtlich Wahrung der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte oder Abfindung geklagt werden. Es ist eine Gestaltungsklage auf Festsetzung eines Geldbetrages. Die Klage hat keine aufhebende Wirkung für den Beschluss. Aktivlegitimiert sind die Gesellschafter. Passivlegitimiert sind die Gesellschaften.

Wirkung des Urteils

Für alle Gesellschafter in der gleichen Rechtsstellung wie der Kläger

Die Frist beträgt zwei Monate nach Veröffentlichung des Beschlusses (Art. 105 Abs. 2 FusG). Die Kosten müssen vom übernehmenden Rechtsträger übernommen werden. Bei besonderen Umständen muss der Kläger die Kosten übernehmen.

Anfechtungsklage (Art. 106 ff. FusG)

Es wird wegen der Verletzung von Vorschriften des FusG geklagt. Wenn andere Vorschriften verletzt werden, müssen nach diesen Vorschriften geklagt werden (Bsp. Die Gesellschaft verletzt Vorschriften des Aktienrechts. Es müsste nach den Vorschriften des Aktienrechts und dessen Klagen geklagt werden). Geklagt werden kann gegen den Beschluss der Gesellschafterversammlung bzw. gegen den Beschluss des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans. Das Rechtsbegehren muss auf Mängelbehebung bzw. Aufhebung des Beschlusses lauten.

Aktivlegitimiert sind alle Gesellschafter, die dem Beschluss nicht zugestimmt haben. Passivlegitimiert ist die Gesellschaft. Die Frist beträgt zwei Monate nach Veröffentlichung im SHAB. Die Kostentragung ist nach Ermessen des Richters.

Unterschiede Anfechtung und Nichtigkeit

Von der Anfechtung muss die Nichtigkeit unterschieden werden. Ist der Fusionsvertrag nicht schriftlich abgeschlossen worden, ist dieser Fusionsvertrag nichtig.

Verantwortlichkeitsklage (Art. 108 FusG)

Es wird wegen absichtlichen oder fahrlässiger Verletzung von Pflichten aus dem FusG geklagt. Aktivlegitimiert ist der Rechtsträger, der Gesellschafter und die Gläubiger.

Passivlegitimiert sind alle mit der Umstrukturierung bzw. der Prüfung befassten Personen.

Haftungsvoraussetzungen sind:

- a) Schaden
- b) Pflichtverletzung
- c) Adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden
- d) Verschulden

Differenzierte Solidarität

Es besteht eine differenzierte Solidarität (Art. 108 Abs. 3 FusG i.V.m. Art. 759 OR). Der Schaden wird bei mehreren ersatzpflichtigen Personen aufgrund des eigenen Verschuldens der ersatzpflichtigen Person verteilt.

Verjährungsfrist

Die Verjährungsfrist beträgt fünf Jahre seit Kenntnisnahme vom Schaden und vom Schädiger (relative Verjährungsfrist) bzw. 10 Jahre (absolute Verjährungsfrist) (Art. 108 Abs. 3 FusG i.V.m. Art. 760 OR).