

Sonderdruck aus

Europa Institut Zürich Band 137

Mergers & Acquisitions XV

Herausgeber: Rudolf Tschäni

Umgang mit identifizierten
Risiken – Garantien
und faktische Massnahmen

Oliver Blum

Schulthess §



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Rudolf Tschäni

Mergers & Acquisitions XV

Schulthess § 2013

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2013
ISBN 978-3-7255-6754-6

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Zusammenschluss mit einer kotierten Gesellschaft und resultierendem Grossaktionär – Transaktionsspezifisches Opting-out (endlich wieder) möglich?	7
<i>Prof. Dr. Rolf Watter, Rechtsanwalt, Bär & Karrer AG, Zürich, Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich</i>	
Kaufpreisanpassung oder Gewährleistung?	41
<i>Dr. Peter Honegger, Rechtsanwalt, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, und Danièle Müller, Rechtsanwältin, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
Vollzug von Aktienkäufen	91
<i>Dr. Rudolf Tschäni, Rechtsanwalt, Lenz & Staehelin, Zürich, und Hans-Jakob Diem, Rechtsanwalt, Lenz & Staehelin, Zürich</i>	
One share, one vote – Bedeutung der Debatte für die M&A-Praxis	145
<i>Dr. Daniel Daeniker, Rechtsanwalt, Homburger AG, Zürich</i>	
Fusionskontrolle	183
<i>Prof. Dr. Vincent Martenet, Professor für Verfassungs- und Wettbewerbsrecht an der Universität Lausanne, Präsident der Wettbewerbskommission, Bern, und Franca Holzmüller, Rechtsanwältin, Referentin des Sekretariats der Wettbewerbskommission, Bern</i>	
Umgang mit identifizierten Risiken – Garantien und faktische Massnahmen	199
<i>Oliver Blum, Rechtsanwalt, CMS von Erlach Henrici AG, Zürich</i>	
Working Capital Definition zur Bestimmung des Kaufpreises – Methoden und Fallstricke	221
<i>Kurt Rüegg, Senior Partner, Swiss Capital Corporate Finance AG, Zürich, und Martin Menzi, Senior Partner, Swiss Capital Corporate Finance AG, Zürich</i>	

**Vorkaufsrechte, Vorhandrechte und Mitverkaufsrechte im
Zusammenhang mit M&A-Transaktionen** 245

PD Dr. Urs Schenker, Rechtsanwalt, Baker & McKenzie, Zürich

Umgang mit identifizierten Risiken – Garantien und faktische Massnahmen

Oliver Blum*

Inhalt

I.	Einführung	200
II.	Rechtliche Problemstellung	201
III.	Lösungsmöglichkeiten	202
	1. Reflexion im Kaufpreis.....	202
	2. Indemnity (Schadloshaltung).....	203
	a) Mechanismus.....	203
	b) Redaktionelle Behandlung.....	204
	c) Juristische Einordnung	205
	d) Beurteilung.....	205
	3. Faktische Massnahmen.....	207
	a) Einleitung	207
	b) Fallstudie: Isolierung eines Risikos in einer ausländischen Zweigniederlassung.....	208
	aa) Ausgangslage	208
	bb) Problemstellung	209
	cc) Prüfung der Lösungsmöglichkeiten.....	209
	aaa) Spaltung nach FusG	209
	bbb) Substanzdividenden	210
	ccc) Asset deal.....	212
	ddd) Altrechtliche Spaltung	212
	dd) Rechtliche Beurteilung der gewählten Lösung „altrechtliche Spaltung“.....	216
	aaa) Steuerliche Aspekte	216
	bbb) Gläubigerschutz	218

* Der Autor bedankt sich bei Mark Cagienard für die wertvolle Unterstützung im Bereich des Steuerrechts.

I. Einführung

Man kann wohl mit Fug und Recht behaupten, dass die Durchführung einer Due Diligence beim Unternehmenskauf heutzutage wenigstens in den Bereichen Recht, Steuern und Finanzen zur *Verkehrssitte* gehört, je nach konkreten Umständen auch noch in weiteren Bereichen (insb. Umwelt); m.E. kann man diesbezüglich von einer *Obliegenheit* des Käufers ausgehen, mit der Folge, dass der Verkäufer, wenn der Käufer auf eine Due Diligence verzichtet, gemäss Art. 200 Abs. 2 OR nicht für diejenigen Sachmängel haftet, welche in der Due Diligence ersichtlich geworden wären – wenigstens soweit der Verkäufer in den entsprechenden Bereichen keine Zusicherungen macht¹. Dasselbe gilt natürlich *a fortiori* für Umstände, welche in einer vom Käufer durchgeführten Due Diligence ersichtlich gewesen wären, aber von diesem *übersehen* wurden. Es sind also sowohl *Wissen* (Art. 200 Abs. 1 OR) als auch *Wissenmüssen* (Art. 200 Abs. 2 OR) des Käufers relevant.

In einer Due Diligence werden die Berater regelmässig auf eine Reihe von Umständen stossen, welche in ihrem Fachbereich als problematisch zu werten sind und u.U. auch einen negativen Einfluss auf die Bewertung des Unternehmens haben, jedenfalls wenn und soweit die so identifizierten Risiken sich tatsächlich materialisieren. Es stellt sich daher die Frage, wie der Verkäufer mit solchen identifizierten Risiken umgehen soll, um seine Interessen zu wahren.

¹ Für die mögliche – und übliche – abweichende vertragliche Regelung siehe unten, II. Für eine ausführliche Diskussion der Fragen der Verkehrssitte und der Obliegenheit vgl. BLUM OLIVER, Rechtliche Bedeutung der Due Diligence, in: TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions VIII*, Zürich 2006, 182 ff., m.w.H. (auch auf abweichende Meinungen). Vgl. auch allgemein MEIER ERIC OLIVIER, *Due Diligence bei Unternehmensübernahmen*, SSHW 286 (2010), 77 ff.

II. Rechtliche Problemstellung

Zunächst ist zu klären, ob und inwiefern das Wissen des Käufers² um solche Risiken die Haftung des Verkäufers einschränkt.

Das Gesetz regelt diesbezüglich in Art. 192 Abs. 2 OR bzw. Art. 200 Abs. 1 OR, dass der Verkäufer nicht für Rechts- und Sachmängel haftet, welche dem Käufer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt waren, selbst wenn er die Mängelfreiheit zugesichert hat. Zwar wird in einer fachlich korrekt betreuten M&A-Transaktion diesbezüglich kaum je der Blick ins Gesetz notwendig werden, da es das Bestreben der M&A-Anwälte ist, alle relevanten Rechtsfragen, und insbesondere diejenigen der Haftung der Parteien, abschliessend im Vertrag zu regeln, aber die wohl allgemein übliche Parteivereinbarung ist ja lediglich eine modifizierte Variante der vorgenannten gesetzlichen Regelung, indem sie vorsieht, dass (nur, aber immerhin) „offengelegte“ Umstände die Haftung des Verkäufers für seine Zusicherungen ausschliessen, wobei als „offengelegt“ dann diejenigen Dokumente definiert werden, welche dem Käufer im Due Diligence-Datenraum zugänglich waren, zuzüglich allenfalls weiterer Dokumente, welche der Verkäufer dem Käufer im Rahmen der Transaktion zur Verfügung stellte (z.B. *Disclosure Letter* mit Beilagen oder eine *Management Presentation*), nicht aber bloss mündlich übermittelte Informationen³.

² N.B.: Das Wissen und auch Wissenmüssen der Berater, welche die Due Diligence im Auftrag des Käufers durchführen, wird dem letzteren ebenfalls angerechnet (WATTER ROLF, Die Verpflichtung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe, Zürich 1985, Rz 261; SCHENKER URS, Risikoallokation und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: TSCHÄNI RUDOLF [Hrsg.], *Mergers & Acquisitions VII*, Zürich 2005, 254). Die Berater tun also gut daran, dem Käufer ihre gesamten relevanten Erkenntnisse mitzuteilen, und dieser tut gut daran, die Due Diligence-Berichte aufmerksam zu lesen. Zudem ist dringend zu empfehlen, dass die für die Vertragsredaktion zuständigen Anwälte auch von den Due Diligence-Berichten der anderen Teams Kenntnis nehmen.

³ Dies ist insofern die vernünftige Kompromisslösung, als die beiden anderen möglichen Varianten entweder – extrem käuferfreundlich – die Due Diligence zur reinen Informationsveranstaltung degradieren und den Verkäufer unabhängig von Wissen oder Wissenmüssen des Käufers vollumfänglich für seine Zusicherungen haften lassen, oder aber einfach die extrem verkäuferfreundliche gesetzliche Regelung

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die übliche vertragliche Regelung für Sachmängel die Situation im Vergleich zum Gesetz (vgl. Art. 200 Abs. 2 OR) zu Lasten des Käufers verschärft, indem haftungsausschliessend auch solche Umstände wirken, welche dem Käufer vielleicht tatsächlich unbekannt waren, aber bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätten *bekannt sein sollen*.

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass für den Käufer i.d.R. Handlungsbedarf besteht, wenn die Due Diligence potentiell wertmindernde Umstände im Unternehmen an den Tag gebracht hat, da ansonsten er den Wertverlust trägt.

III. Lösungsmöglichkeiten

1. Reflexion im Kaufpreis

Aus Sicht des Käufers wäre die einfachste Lösung natürlich, die identifizierten Risiken daraufhin zu analysieren, ob und wie sie sich auf seine kaufpreisrelevante Unternehmensbewertung auswirken⁴, und dann einen entsprechenden Betrag vom Kaufpreis in Abzug zu bringen⁵.

Allerdings wird der Verkäufer dies – zu Recht – kaum je akzeptieren, da bezüglich der identifizierten Risiken ja oft nicht feststeht, ob sie sich tatsächlich je materialisieren⁶, und falls ja, in welchem Umfang und mit welchen genauen Schadenfolgen. Diese Lösung kommt also praktisch nur dort in

aufgreifen und die Verkäuferhaftung für alles ausschliessen, was der Käufer – aus welchen Quellen auch immer – wusste oder hätte wissen müssen.

⁴ Eine Übung, deren Komplexität nicht zu unterschätzen ist, vgl. VISCHER MARKUS, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 106 (2010), 129.

⁵ Je nach Risikomentalität des Käufers wird dies entweder dem *worst case*-Betrag oder dem vernünftigerweise zu erwartenden Schaden entsprechen.

⁶ Beispielsweise ist es ohne Weiteres denkbar, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung von den Steuerbehörden innert der anwendbaren Verjährungsfristen gar nicht entdeckt wird, oder dass eine Altlast auf einem Grundstück nie in einem tatsächlichen Schaden resultiert, weil keine Sanierungspflicht besteht und keine Bauprojekte verwirklicht werden, die zu einer Entsorgungspflicht führen würden.

Frage, wo der Schaden bereits feststeht, wird dann aber als separater Schritt oft nicht nötig sein, da die Bewertungskorrektur bei den gängigen Kaufpreisbestimmungsmethoden u.U. automatisch in den definitiven Preis einfließt⁷ – wenigstens dann, wenn die entsprechenden buchhalterischen Begriffe richtig definiert sind⁸.

2. Indemnity (Schadloshaltung)

a) *Mechanismus*

Wie eben ausgeführt, wird ein starrer Kaufpreisabzug in vielen Fällen nicht die adäquate Lösung für den Umgang mit identifizierten Risiken sein, da Schadenseintritt und -höhe oft ungewiss sind. Es bietet sich in dieser Situation das vertragliche Instrument der *Indemnity*⁹ an: Der Verkäufer verspricht dem Käufer, ihn für die Folgen ganz bestimmter, im Vertrag beschriebener Risiken schadlos zu halten, wenn und soweit diese Folgen tatsächlich eintreten. Diese Haftung des Verkäufers wird durch das Wissen oder Wissenmüssen des Käufers *nicht eingeschränkt*.

Die *Indemnity* wird in der Praxis oft gewählt für identifizierte Risiken im Bereich des Steuerrechts und der Umweltschäden, aber auch etwa für die Folgen hängiger oder drohender Rechtsstreitigkeiten, oder wenn nicht mehr alle Aktien des *targets* oder einer Tochtergesellschaft auffindbar sind. Sie kann aber theoretisch für praktisch jede Art von Risiko verwendet werden, welches üblicherweise Gegenstand von Zusicherungen bildet.¹⁰

⁷ Bei der *Kaufpreisbestimmung per Closing* wird eine entsprechende Verbindlichkeit oder wenigstens Rückstellung in den *Closing Date Accounts* zu verbuchen sein, und bei der *locked box-Methode* wird der Käufer darauf bestehen, dass die Rückstellung in den *Reference Date Accounts* reflektiert ist.

⁸ So ist insbesondere darauf zu achten, dass bei der Kaufpreisbestimmung per *Closing* die Definition von „*Debt*“ die fragliche Verbindlichkeit oder Rückstellung umfasst – jedenfalls dann, wenn nicht noch eine separate *net asset value-Korrektur* vorgesehen ist.

⁹ Auf Deutsch wohl am treffendsten „Schadloshaltung“.

¹⁰ Vgl. auch SCHENKER (FN 2), 276 f.; BÖCKLI PETER, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), *Mergers & Ac-*

b) *Redaktionelle Behandlung*

Die *Indemnity* lässt sich relativ einfach vertraglich gestalten, indem bestimmte Zusicherungen von der – i.d.R. vertraglichen, allenfalls gesetzlichen – Regel betreffend Haftungsbeschränkung durch Wissen oder Wissensmüssen des Käufers ausgenommen und dadurch „*verabsolutiert*“ werden. Allerdings wird dies normalerweise für den Verkäufer nicht akzeptabel sein, da er ja z.B. nicht für sämtliche Steuerschäden „absolut“ haften will, sondern eben nur für diejenigen genau identifizierten Fälle¹¹, bezüglich derer die Parteien vereinbaren, dass hier eine Schadloshaltung das adäquate Mittel ist.

Normalerweise wird man deshalb die *Indemnities* aus dem System der Zusicherungen komplett herauslösen und *separat regeln*. Es werden dann die spezifischen Risiken aufgezählt, für welche die Schadloshaltungsvereinbarung gelten soll. Dabei ist natürlich besonders darauf zu achten, dass aus dem Vertrag klar hervorgeht, dass die Offenlegung diese Haftung des Verkäufers *nicht beschränkt*¹².

Üblich, aber nicht unbedingt systemimmanent, ist es sodann, die *Indemnities* auch von den weiteren typischen Haftungsbeschränkungen (*cap, de minimis, basket, Verjährungsfrist*) auszunehmen, da diese für die relevanten identifizierten Risiken oft als inadäquat empfunden werden (naturgemäss v.a. vom Käufer). Die Parteien werden dann eigene, i.d.R. grosszügigere Limiten für die *Indemnity*-Haftung vereinbaren, eventuell sogar für jedes Risiko indivi-

quisitions I, Zürich 1998, 92 ff.; HOCH CLASSEN MARIEL/HSU CH. PETER/ROTH PELLANDA KATJA, Due Diligence und Vertrag, in: DÉDEYAN DANIEL et al. (Hrsg.), Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2007, 348 f.

¹¹ Z.B. eine verdeckte Gewinnausschüttung oder eine fehlerhafte Mehrwertsteuerabrechnung.

¹² Das kann z.B. durch die Verwendung verschiedener Begriffe für Gewährleistungsforderungen einerseits und Forderungen unter den *Indemnities* andererseits erfolgen (z.B. „*Warranty Claims*“ und „*Indemnity Claims*“), wobei dann die Regelung betreffend Wirkung der Offenlegung sich nur auf die Gewährleistungsforderungen bezieht. Alternativ können die Forderungen unter den *Indemnities* ausdrücklich von dieser Regelung ausgenommen werden.

duell¹³. Insbesondere die üblicherweise anzutreffende Frist von 18 bis 24 Monaten für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen wird u.U. für die *Indemnities* nicht passen, da diese oft gerade für Risiken vereinbart werden, welche auch längere Zeit nach dem *Closing* noch virulent bleiben¹⁴.

c) *Juristische Einordnung*

Wird die *Indemnity* – atypisch – als „absolute“ Zusicherung ausgestaltet¹⁵, so ist sie juristisch eben das, eine Zusicherung, für welche die vertragliche bzw. gesetzliche Regelung, wonach das Wissen des Käufers die Haftung des Verkäufers ausschliesst, wegbedungen wird.

Üblicherweise hingegen, wenn die *Indemnities* separat geregelt werden¹⁶, stellt die Schadloshaltungsvereinbarung eine selbständige Garantieabrede dar¹⁷.

d) *Beurteilung*

Die *Indemnity* ist ein flexibles Instrument der *vertraglichen Risikoallokation*, das in vielen Fällen ein adäquates Mittel sein wird, mit identifizierten Risiken umzugehen. Allerdings darf nicht vergessen werden, dass die fraglichen Risiken eben *nur vertraglich* umverteilt werden, sich faktisch aber zunächst in der Sphäre des Käufers materialisieren werden, und dieser dann Rückgriff auf den Verkäufer nehmen muss. Es sind Konstellationen denkbar, wo dies für die Parteien – insbesondere für den Käufer – dennoch nicht akzeptabel ist:

¹³ Der vollständige *Verzicht* auf eine separate Regelung kommt zwar auch vor, ist aber aus Sicht des Verkäufers nicht empfehlenswert, da dann einfach die gesetzlichen Regeln gelten (keine Haftungsober- oder -untergrenze, zehnjährige Verjährungsfrist).

¹⁴ Siehe oben, III.2.a).

¹⁵ Siehe oben, III.2.b).

¹⁶ Siehe oben, III.2.b).

¹⁷ BÖCKLI (FN 10), 92; TSCHÄNI RUDOLF, M&A Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, 167.

- *Nicht tragbares Risiko*: Der mögliche Schaden im *worst case scenario* kann – in Relation zum Unternehmenswert – so hoch sein, dass das Unternehmen für den Käufer selbst dann einen inakzeptablen Wertverlust erleidet, wenn er vom Verkäufer voll schadlos gehalten wird¹⁸. Umgekehrt kann diese Konstellation für den Verkäufer dazu führen, dass er das Haftungsrisiko aus der *Indemnity* für sich als untragbar erachtet¹⁹.
- *Mangelnde Bonität des Verkäufers*: Auch eine einwandfrei ausgehandelte *Indemnity* ist für den Käufer natürlich immer nur so viel wert, wie darunter beim Verkäufer im Anwendungsfall später tatsächlich zu holen ist. Insbesondere bei Privatpersonen als Verkäufer, aber auch etwa bei Private Equity-Fonds, wird der Käufer oft Zweifel hegen, ob Jahre nach dem *Closing* noch genügend Vermögenswerte beim Verkäufer vorhanden sind, um eine allfällige Pflicht zur Schadloshaltung auch zu erfüllen – und manchmal wird sogar der Verkäufer selber nicht mehr greifbar sein. Die diesbezüglich theoretisch denkbaren Sicherungsmassnahmen wie *Escrow*, Rückbehalt eines Teils des Kaufpreises oder Bankgarantien werden wiederum für den Verkäufer nicht akzeptabel sein, wenn sie für längere Zeit nach dem *Closing* aufrechterhalten werden müssten²⁰ und evtl. erst noch einen grösseren Teil des Kaufpreises betreffen.
- *Reputationsrisiko*: Schliesslich sind eine Reihe von Risiken denkbar, die ein Käufer – z.B. wenn er börsennotiert ist oder sonst erhöhter öffentlicher Aufmerksamkeit untersteht – schlicht nicht in seiner Sphäre wissen will, weil ihm über den Schaden im juristischen Sinn hinaus weitere Nachteile drohen, etwa negative *Publicity* oder Einbussen im

¹⁸ Bsp.: Um einer umweltrechtlichen Sanierungspflicht nachzukommen, muss die Fabrikationsstätte des Unternehmens abgerissen werden.

¹⁹ Zwar trägt der Verkäufer dieses Risiko natürlich auch schon vor dem Verkauf, aber danach verbleibt ihm nur noch das Risiko, nicht mehr aber die Opportunitäten aus dem Unternehmen. Zudem ist das Risiko je nach Konstellation beim Verkäufer u.U. in einer bestimmten Tochtergesellschaft isoliert, während der Käufer natürlich die Verpflichtung zur Schadloshaltung vom Verkäufer selber verlangen wird. Schliesslich ist die *psychologische Komponente* nicht zu unterschätzen: Der Verkäufer wird sich mit einem Risiko, das er in seinem Unternehmen seit langem mit sich trägt, auf einmal wesentlich unwohler fühlen, wenn es schwarz auf weiss festgehalten und quantifiziert ist.

²⁰ Siehe oben, III.2.b).

Börsenkurs²¹ – also „Schäden“, die zumindest unter schweizerischem Recht kaum ersatzfähig sind und deshalb von der *Indemnity* nicht gedeckt werden können.

3. Faktische Massnahmen

a) Einleitung

Wenn die Parteien vor einer der oben beschriebenen Situationen stehen, wo die durch die *Indemnity* erreichte *vertragliche Allokation* des Risikos zum Verkäufer nicht zum gewünschten Resultat führt, so bietet sich als weitere Lösungsalternative – neben dem Abbruch der Transaktion – die *faktische Verschiebung des Risikos* in die Sphäre des Verkäufers an.

Naturgemäss wird die konkrete Lösung in einem solchen Fall stark von den individuellen Umständen abhängen und kann u.U. durchaus einfach zu bewerkstelligen sein. In aller Regel werden sich aber komplexe Probleme stellen, da typischerweise eine „Herauslösung“ des risikobehafteten Unternehmensteils aus dem operativen Geschäft des Zielunternehmens erforderlich sein wird. Dabei muss insbesondere den *steuerlichen Folgen* einer solchen Umstrukturierung Beachtung geschenkt werden, und es ist sicherzustellen, dass nicht eine irgendwie geartete Mithaftung des zurückbleibenden Unternehmens für die Schulden des herausgelösten Teils bestehen bleibt, welche den Zweck der ganzen Übung zunichtemacht. Wie dies typischerweise geschehen kann, soll anhand der nachfolgenden Fallstudie aus der Praxis gezeigt werden.

²¹ Zu denken ist hier insbesondere an Konstellationen, wo das fragliche Risiko aus strafbaren Handlungen, Steuerdelikten oder anderen „gesellschaftlich sensitiven“ Umständen herrührt.

b) *Fallstudie: Isolierung eines Risikos in einer ausländischen Zweigniederlassung*

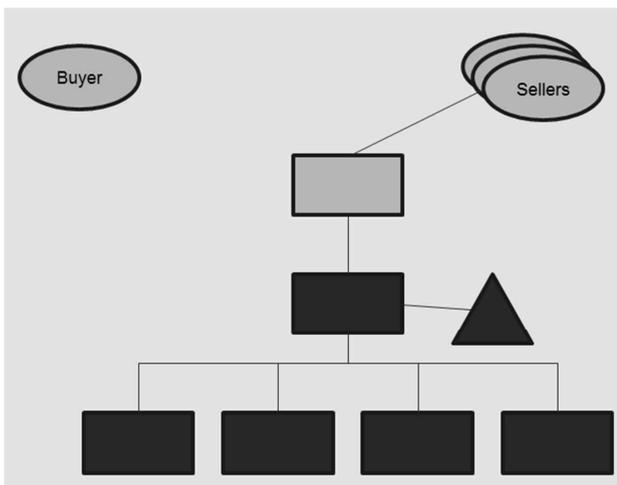
aa) *Ausgangslage*

Vor einigen Jahren hatte eine ausländische Private Equity-Gesellschaft eine weltweit tätige Industriegruppe übernommen, welche in einem schweizerischen Stammhaus einerseits ihr hauptsächliches operatives Geschäft betrieb und andererseits eine Reihe von in- und ausländischen Tochtergesellschaften hielt. Das Stammhaus hatte zudem eine Zweigniederlassung in einem Schwellenland.

Für diese Akquisition hatte die Private Equity-Gesellschaft eine neue schweizerische Holdinggesellschaft gegründet, welche das Stammhaus erworben hatte. An dieser Holding hatten sodann die früheren Eigentümer der Gruppe eine Rückbeteiligung im Umfang von 15% erworben, weitere 10% waren später im Rahmen eines Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes an diverse Angestellte der Gruppe veräussert worden.

Eine börsenkotierte US-amerikanische Gesellschaft beabsichtigte nun, diese Gruppe zu erwerben, wobei rechtlich ein Kauf von 100% der Holding-Aktien vorgesehen war.

Grafisch dargestellt präsentierte sich die Ausgangslage also wie folgt (das Dreieck symbolisiert die ausländische Zweigniederlassung):



bb) Problemstellung

Die Due Diligence ergab, dass das erfolgsabhängige Salär des lokalen Leiters der Zweigniederlassung zu einem grossen Teil auf das schweizerische Bankkonto dieses Angestellten ausbezahlt wurde – dies unter Umgehung der in dem fraglichen Schwellenland geltenden Pflicht zur Abführung einer *Quellensteuer*.

Unter dem lokalen Recht ergab sich daraus ein beträchtliches Haftungsrisiko für das schweizerische Stammhaus in Bezug auf Nach- und evtl. auch Strafsteuern sowie Verzugszinsen. Zudem unterlag das Stammhaus selber in dem fraglichen Schwellenland für die Tätigkeit der Zweigniederlassung einer *präferentiellen Besteuerung*, welche auf den Betriebskosten der Zweigniederlassung basierte; die Zahlungen auf das schweizerische Bankkonto waren naturgemäss nicht als Teil dieser Betriebskosten deklariert worden, so dass diesbezüglich zusätzliche Steuerrisiken drohten.

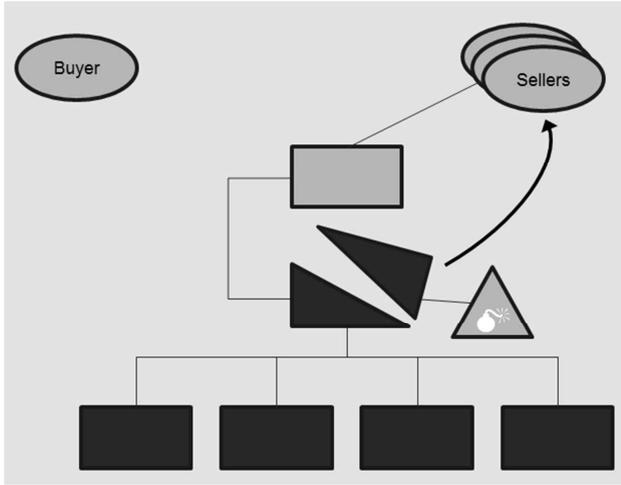
Der Käufer war nicht bereit, dieses Risiko „mitzukaufen“, selbst bei voller Schadloshaltung durch die Verkäufer, da einerseits unklar war, ob bei den Verkäufern (eine Private Equity-Fondsgesellschaft sowie diverse Privatpersonen, siehe oben, III.3.b)aa) bis zum Ablauf der (langen) Verjährungsfristen für die oben beschriebenen potentiellen Steuerschulden noch ausreichend Mittel vorhanden sein würden, und andererseits aufgrund der Natur der hier identifizierten Risiken Reputationsschäden für den Käufer befürchtet wurden.

Es stellte sich also die Frage, ob und wie diese Risiken isoliert und aus der Zielgruppe herausgelöst werden konnten.

cc) Prüfung der Lösungsmöglichkeiten

aaa) Spaltung nach FusG

Da die Zweigniederlassung keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, sondern rechtlich Teil des Stammhauses ist, war zunächst eine Spaltung des Stammhauses nach Art. 29 ff. FusG zu prüfen, wobei der Betriebsteil mit der Zweigniederlassung asymmetrisch abgespalten worden wäre:



Dieser Lösung stand allerdings im Weg, dass das FusG eine *subsidiäre Solidarhaftung* der in der Zielgruppe verbleibenden Teilgesellschaft für Verbindlichkeiten der abgespalteten Gesellschaft statuiert, wenn und soweit diese dafür nicht selber aufkommen kann²².

bbb) Substanzdividenden

Als weitere Möglichkeit bot sich aus gesellschaftsrechtlicher Sicht an, zunächst das vom Käufer gewünschte Geschäft (Beteiligungen und Aktivenüberschuss) als Substanzdividende²³ aus dem Stammhaus an die Holding auszuschütten, so dass in ersterem nur der nicht erwünschte Betriebsteil mit der ausländischen Zweigniederlassung verblieben wäre:

²² Art. 47 FusG. Es ist zudem nicht einmal restlos klar, wie lange die Verjährungsfrist für diese Subsidiärhaftung läuft (ZK-PFEIFER/MÜLLER, Art. 47 FusG, Rz 6, m.w.H.).

²³ Die ebenfalls zum Geschäft gehörenden Verträge mit Lieferanten und Kunden wären – da nicht dividendenfähig – einzeln, mit der (expliziten oder impliziten) Zustimmung der jeweiligen Vertragspartner ebenfalls übertragen worden; für Arbeitsverträge wäre Art. 333 OR zur Anwendung gekommen.

und zu einem beträchtlichen steuerbaren Buchgewinn im Stammhaus geführt hätten²⁴.

ccc) Asset deal

Ebenfalls zur Diskussion stand, ob der Käufer statt der Aktien der Holding in einem *asset deal* das Geschäft des Stammhauses (einschliesslich Beteiligungen an den Tochtergesellschaften) hätte erwerben können, natürlich unter Zurücklassung des über die Zweigniederlassung betriebenen Geschäftsteils.

Hier stellte sich allerdings dasselbe steuerliche Problem wie bei der Dividendenlösung²⁵, da durch den Verkauf des Geschäfts die darauf lastenden *stillen Reserven* – hier nicht nur buchmässig, sondern tatsächlich – realisiert worden wären, was zu einer für die Parteien nicht akzeptablen steuerlichen Belastung im Stammhaus geführt hätte.

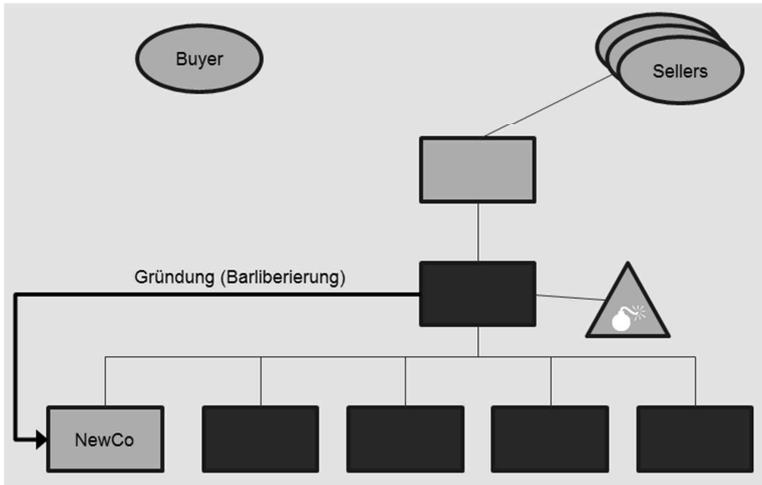
ddd) Altrechtliche Spaltung

Als taugliche Lösung stellte sich schliesslich die altrechtliche Spaltung heraus, d.h. das indirekte, mehrstufige Vorgehen, das vor Inkrafttreten des FusG nötig war, um den Effekt einer Spaltung zu bewirken.

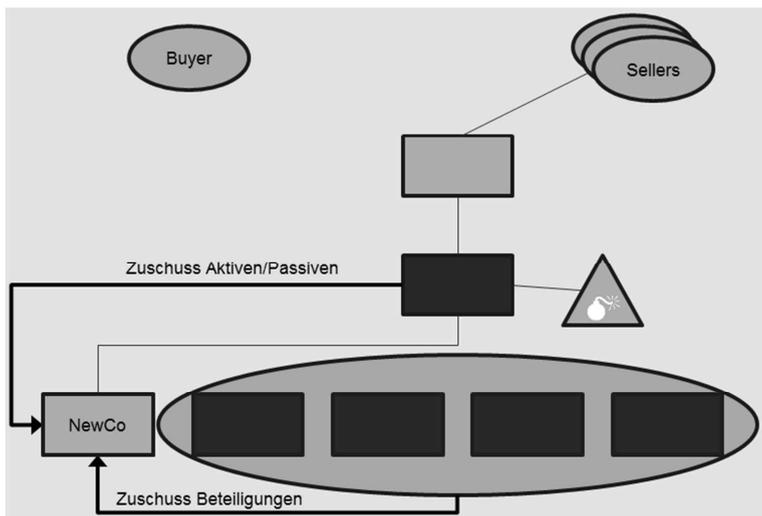
In einem ersten Schritt war durch das Stammhaus eine neue schweizerische Gesellschaft *NewCo* zu gründen, welche den vom Käufer gewünschten Geschäftsteil aufnehmen würde:

²⁴ Es handelt sich um einen Entnahmetatbestand, welcher steuerlich grundsätzlich zu Verkehrswerten zu erfolgen hat (vgl. Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG u. Art. 24 Abs. 1 lit. b StHG; Kreisschreiben Nr. 5 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 1. Juni 2004, Ziff. 4.5.2.1, nachfolgend zit.: ESTV, KS Nr. 5/2004). Eine gewinnsteuerneutrale Übertragung hätte die Einhaltung einer fünfjährigen Sperrfrist erfordert (vgl. Art. 61 Abs. 4 DBG u. Art. 24 Abs. 3^{quinquies} StHG).

²⁵ Siehe oben, III.3.b)cc)bbb).



Sodann übertrug das Stammhaus die gewünschten Betriebsteile (Beteiligungen und Aktivenüberschuss) in Form eines *Zuschusses* an die NewCo:



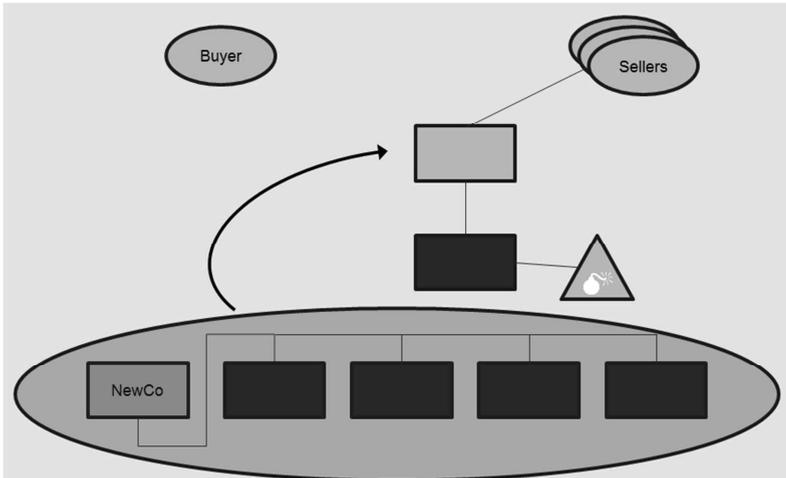
Die zum gewünschten Betriebsteil gehörenden *Verträge* mit Lieferanten und Kunden wurden mittels *Singularsukzession* auf die NewCo übertragen, wo-

bei die Zustimmung der jeweiligen Vertragspartner entweder explizit eingeholt oder implizit als gewährt betrachtet wurde²⁶.

Die Arbeitsverträge mit den *Arbeitnehmern* wurden nach Art. 333 OR auf die NewCo übertragen.

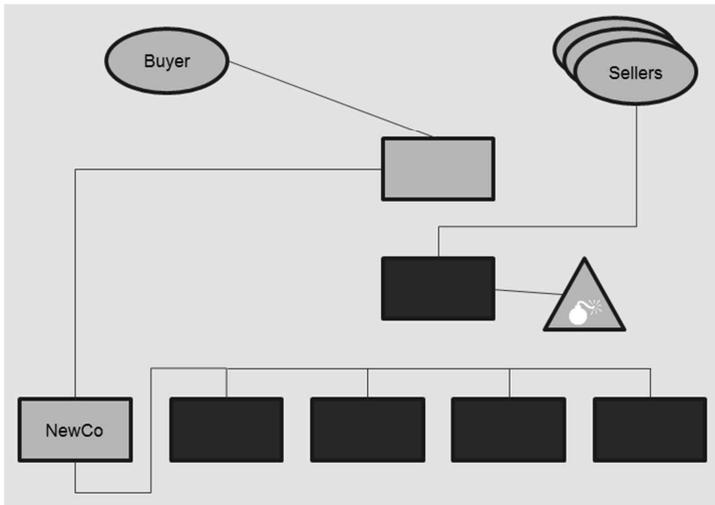
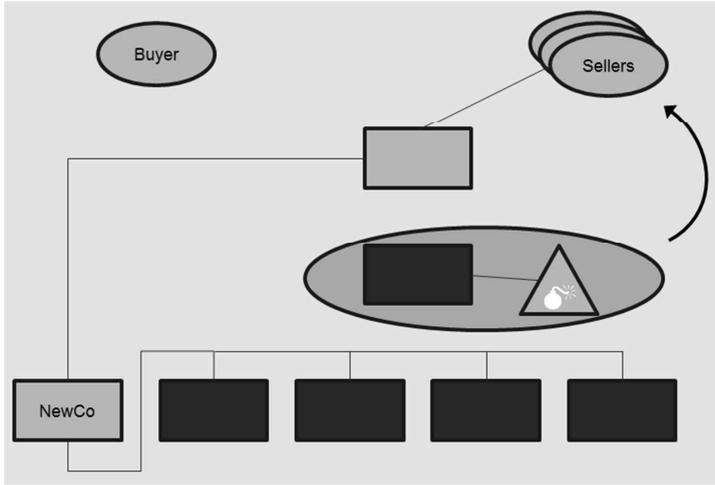
Im Stammhaus wurde eine Reserve an liquiden Mitteln hinterlassen, welche – unter optimistischen, aber vertretbaren Annahmen – das drohende Steuerisiko deckte, und die Verkäufer verpflichteten sich, diese Mittel während einer bestimmten Zeit im Stammhaus zu belassen, wobei diese Zeitspanne so bemessen war, dass nach ihrem Ablauf vernünftigerweise nicht mehr mit dem Eintritt des Steuerrisikos gerechnet werden musste.

Sodann wurde die NewCo als Dividende an die Holding ausgeschüttet:



Schliesslich wurde das frühere Stammhaus – nun nur noch den Betriebsteil mit der nicht erwünschten Zweigniederlassung sowie das „Cash-Polster“ enthaltend – an die Verkäufer verkauft, so dass die Holding jetzt, mit der NewCo als neuem Stammhaus, an den Käufer übertragen werden konnte:

²⁶ Es ist ja bekanntlich umstritten, ob die Vermögensübertragung gemäss FusG für eine Übertragung von Verträgen ohne Zustimmung der Gegenparteien taugt (ZK-PFEIFER/MÜLLER, vor Art. 69-77 FusG, Rz 38 ff., m.w.H.), und ohnehin musste eine Vermögensübertragung wegen der solidarischen Haftung unter Art. 75 FusG vermieden werden.



dd) *Rechtliche Beurteilung der gewählten Lösung „altrechtliche Spaltung“*

aaa) *Steuerliche Aspekte*

In steuerlicher Hinsicht gilt: „*substance over form*“. Entsprechend ist die altrechtliche Spaltung der formellen Spaltung gemäss FusG gleichgestellt²⁷ und qualifiziert ebenfalls für die steuerlichen Erleichterungen gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG bzw. gemäss den entsprechenden, nach Art. 24 Abs. 3 lit. b StHG anzupassenden kantonalen Bestimmungen, d.h. die *stillen Reserven* der zu spaltenden Gesellschaft werden – unter den in den vorgenannten Gesetzesbestimmungen genannten Voraussetzungen – nicht besteuert.

Von diesen Voraussetzungen ist insbesondere das sogenannte *doppelte Betriebserfordernis*²⁸ hervorzuheben, da denkbar ist, dass das in der übertragenden Gesellschaft zurückgelassene Risiko alleine nicht mehr als „*Betrieb oder Teilbetrieb*“ qualifiziert. Diesbezüglich ist zu beachten, dass dadurch die steuerliche Vorzugsbehandlung (Nichtbesteuerung der stillen Reserven) nicht vollständig verloren geht, sondern lediglich die *bei der übertragenden Gesellschaft verbleibenden* stillen Reserven besteuert werden²⁹. In der Regel wird man in der übertragenden Gesellschaft, welche das vom Käufer unerwünschte Risiko behalten soll, keine nennenswerten stillen Reserven zurücklassen müssen.

Ebenfalls bemerkenswert ist, dass – anders als bei der Übertragung von Beteiligungen, Betrieben oder Teilbetrieben sowie von Gegenständen des betrieblichen Anlagevermögens – im Fall der Spaltung *keine fünfjährige Sperr-*

²⁷ ESTV, KS Nr. 5/2004, Ziff. 4.3.1.

²⁸ Sowohl die abgebende als auch die aufnehmende Gesellschaft müssen nach durchgeführter Spaltung weiterhin einen Betrieb oder Teilbetrieb führen.

²⁹ Vgl. Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 lit. b StHG: „*Stille Reserven einer juristischen Person werden bei Umstrukturierungen, insbesondere im Fall der Fusion, Spaltung oder Umwandlung, nicht besteuert, [...] soweit die nach der Spaltung bestehenden juristischen Personen einen Betrieb oder Teilbetrieb weiterführen*“ (Hervorhebung hinzugefügt); ESTV, KS Nr. 5/2004, Ziff. 4.3.3.3; so im konkreten Fall von der Eidgenössischen Steuerverwaltung und der zuständigen kantonalen Steuerverwaltung in *Rulings* bestätigt.

frist für die nachfolgende Aufgabe der einheitlichen Leitung der beteiligten Gesellschaften zur Anwendung kommt³⁰.

Für Zwecke der *Verrechnungssteuer* gilt zunächst für die Übertragung der Aktiven vom Stammhaus auf die NewCo die Ausnahme von Art. 5 Abs. 1 lit. a VStG, wonach die übergehenden Reserven im Falle einer Umstrukturierung nach Art. 61 DBG von der Steuer ausgenommen sind. Sollte keine solche Umstrukturierung vorliegen, weil es am *doppelten Betriebserfordernis* fehlt, so wäre die schweizerische NewCo aufgrund der zur Anwendung gelangenden Direktbegünstigungstheorie voll rückerstattungsberechtigt³¹. Obwohl die Voraussetzungen für die Anwendung des Meldeverfahrens nicht gegeben sind, verzichtet die ESTV in solchen Konstellationen regelmässig auf die Erhebung der Verrechnungssteuer.

Des Weiteren wäre die schweizerische Holding, an welche das Stammhaus die NewCo ausschüttet, voll rückerstattungsberechtigt, und es stünde das Meldeverfahren für Sachdividenden zur Verfügung³².

Nach Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG ist die Einlage der Beteiligungen und weiteren Aktiven in die NewCo sodann auch von der *Emissionsabgabe* befreit, sofern das *doppelte Betriebserfordernis* erfüllt ist³³. Sollte dies nicht der Fall sein, so wird die Emissionsabgabe gemäss Praxis der ESTV lediglich auf dem Nennwert der bei der NewCo neu geschaffenen Beteiligungsrechte erhoben, wobei die Freigrenze von CHF 1'000'000³⁴ zur Anwendung kommt.

Für die *Umsatzabgabe* gilt schliesslich zunächst Art. 14 Abs. 1 lit. i StG, wonach auch hier für Spaltungen eine Ausnahme von der Steuerpflicht gilt, allerdings wieder unter der Voraussetzung der Erfüllung des *doppelten Betriebserfordernisses*³⁵. Zusätzlich ist die Übertragung von steuerbaren Urkunden auf eine in- oder ausländische Konzerngesellschaft aber in jedem

³⁰ Art. 61 Abs. 4 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3^{quinquies} StHG *e contrario*; ESTV, KS Nr. 5/2004, Ziff. 4.3.2.3.

³¹ Art. 24 Abs. 2 VStG; ESTV, KS Nr. 5/2004, Ziff. 4.3.4.1.

³² Art. 20 VStG i.V.m. Art. 24 Abs. 1 lit. c VStV.

³³ ESTV, KS Nr. 5/2004, Ziff. 4.3.5.

³⁴ Art. 6 Abs. 1 lit. h StG.

³⁵ ESTV, KS Nr. 5/2004, Ziff. 4.3.6.

Fall von der Umsatzabgabe ausgenommen, wenn mindestens 20% am Grund- oder Stammkapital anderer Gesellschaften übertragen werden³⁶; die Frage der Erfüllung des doppelten Betriebserfordernisses kann hier also offen bleiben (sofern das Stammhaus überhaupt als Effekthändler qualifiziert, wobei v.a. an Art. 13 Abs. 3 lit. d StG zu denken ist).

bbb) Gläubigerschutz

Anders als für die steuerrechtliche Betrachtung liegt gesellschaftsrechtlich keine Spaltung im Rechtssinne vor, sondern eine Abfolge von Gründung, Zuschuss und Dividende. Entsprechend kommen die Haftungsbestimmungen von Art. 47 FusG³⁷ nicht zur Anwendung.

Nicht ganz auszuschliessen ist natürlich, dass ein Gläubiger des Stammhauses, der dort „zurückgelassen“ wird, später einmal versucht, unter dem Titel des *Rechtsmissbrauchs* auf die NewCo durchzugreifen, oder mittels *Pauliana* die Auslagerung der NewCo mit den entsprechenden Aktiven anzufechten, oder aber die Ausschüttung der NewCo-Aktien an die Holding als un gerechtfertigte Dividende im Sinne von Art. 678 OR qualifizieren zu lassen.

Juristisch kann diesem Risiko in einem gewissen Masse begegnet werden, indem die risikotragende Gesellschaft eben nicht komplett entleert wird, sondern ihr zumindest für eine gewisse Zeit Mittel in einem Umfang belassen werden, welche nach vernünftiger Einschätzung ausreichen, das fragliche Risiko abzudecken³⁸. Allenfalls wird der Verkäufer zu überzeugen sein, für die betreffenden Eventualverbindlichkeiten dieser Gesellschaft eine Bürgschaft oder Garantie abzugeben³⁹.

³⁶ Art. 14 Abs. 1 lit. j StG; im Unterschied zur Regelung bei der Gewinnsteuer und der Emissionsabgabe findet bei der Umsatzgabe im Fall von konzerninternen Übertragungen keine fünfjährige Sperrfrist Anwendung; BSK-WIDMER/ARNOLD, Art. 14 StG, Rz. 86.

³⁷ Siehe oben, III.3.b)cc)aaa).

³⁸ Siehe oben, III.3.b)cc)ddd).

³⁹ Für den Verkäufer hat dies dieselbe Wirkung wie die Abgabe einer *Indemnity*, aber der Käufer profitiert dennoch vom Vorteil der *faktischen Risikoallokation* zum Verkäufer.

Letztendlich wird aber für den Entscheid, wie die Auslagerung konkret zu gestalten und wie viel „Puffer“ auf der Ebene der risikotragenden Gesellschaft vorzusehen ist, vor allem eine faktische Risikoabwägung nötig sein: Wie wahrscheinlich ist es, dass sich das Risiko überhaupt materialisiert, und falls ja, ist damit zu rechnen, dass der Gläubiger im Falle des Konkurses der risikotragenden Gesellschaft versuchen wird, deren *corporate shell* zu überwinden und auf weitere an der Umstrukturierung beteiligte Akteure zuzugreifen?