



Rocco Rigozzi\* / Edoardo Buzzi\*\*

## Umstrukturierungen und Immobilien

Immobilientransaktionen im Rahmen von  
Umstrukturierungen, mit einem Fokus auf  
das FusG



### Inhaltsübersicht

- I. Übersicht über die grundbuchrechtliche Behandlung der Umstrukturierungen gemäss FusG
    1. Im Allgemeinen
    2. Anmeldung beim Grundbuchamt
    3. Weitere Besonderheiten bei Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen im Zusammenhang mit zu übertragenden Grundstücken
    4. Die besondere Regelung bei der Vermögensübertragung und deren mögliche praktische Einsatzmöglichkeiten
    5. Exkurs I: Übertragung von Grundstücken als Sacheinlage
    6. Exkurs II: Übertragung von Grundstücken als Sachausschüttung
  - II. Ausgewählte Themen
    1. Einleitende Bemerkungen
      - 1.1. Vorläufige Analyse – Due Diligence-Phase
      - 1.2. Abklärungen der zuständigen Behörde
      - 1.3. Weitere empfehlenswerte Verfahren
    2. Gesetzliche und vertragliche Vor-, Kaufs- und Rückkaufsrechte
      - 2.1. Problematik
      - 2.2. Kaufs- und Rückkaufsrechte
      - 2.3. Vorkaufsrechte
        - a. Einleitung
        - b. Ausübung im Vorkaufsfall
    3. Bewilligungsgesetz
      - 3.1. Einleitende Bemerkungen
      - 3.2. Umstrukturierungen gemäss FusG als Grundstückserwerb?
        - a. Art. 1 Abs. 1 lit. b BewV – Im Allgemeinen
        - b. Art. 1 Abs. 1 lit. b BewV – Konkretisierungen
      - 3.3. Bejahung einer Bewilligungspflicht: Folge für die geplante Transaktion
    4. Bäuerliches Bodenrecht
      - 4.1. Einleitende Bemerkungen und Geltungsbereich des BGGB
        - a. Problematik
        - b. Geltungsbereich des BGGB und empfohlene Prüfungsschritte
      - 4.2. Bewilligungspflicht im Allgemeinen
- 4.3. Umstrukturierungen gemäss FusG im Besonderen
  - a. Qualifizierung als BGGB-bewilligungspflichtigen Erwerbstatbestand
  - b. Ausnahmetatbestand von Art. 62 lit. g BGGB
5. Umweltschutzrechtliche Analyse
  - 5.1. Einleitende Bemerkungen
  - 5.2. Wichtige Begrifflichkeiten
  - 5.3. Grundlegendes zum Kataster der belasteten Standorte (KbS)
  - 5.4. Bewilligungspflicht für Grundbuchgeschäfte als Folge der Eintragung im Kataster der belasteten Standorte
    - a. Tatbestand der Bewilligungspflicht
    - b. Bewilligungsverfahren und Bewilligungsgründe
    - c. Folge der Bewilligungspflicht für die Strukturierung einer Umstrukturierung
  - 5.5. Ausgewählte Fragestellungen im Zusammenhang mit der Kostentragung
    - a. Wer muss altlastenrechtliche Massnahmen durchführen (Realleistungspflicht)?
    - b. Die altlastenrechtliche Kostentragungspflicht gemäss USG
    - c. Sicherstellung der Kostendeckung
    - d. Verjährungsrechtliche Problematiken
    - e. Änderung der Verursacherstellung (Rechtsnachfolge)

## I. Übersicht über die grundbuchrechtliche Behandlung der Umstrukturierungen gemäss FusG

### 1. Im Allgemeinen

Das FusG bezweckt unter anderem, eine grössere Beweglichkeit innerhalb der Rechtsformen zu schaffen und eine optimale rechtliche Organisation von Unternehmensträgern zu ermöglichen. Es soll weiter auch die für entsprechende Vorgänge erforderliche Rechtssicherheit und Transparenz gewährleisten, unter Berücksichtigung der Interessen der Gläubiger, Arbeitnehmer sowie der Personen mit Minderheitsbeteiligungen. Ferner soll es zur Verbesserung der Rahmenbedingungen der Schweiz als Wirtschaftsstandort beitragen.<sup>1</sup> In diesem Zusam-

\* Rechtsanwalt Rocco Rigozzi, LL.M., Partner bei Bär & Karrer AG.

\*\* Rechtsanwalt Edoardo Buzzi, LL.M. (NYU), LL.M. (NUS), Partner bei Lardi & Partners SA. Im vorliegenden Artikel äussern sich die Autoren persönlich, ohne Bär & Karrer AG bzw. Lardi & Partners SA entsprechend zu verpflichten. Die Autoren sind Corina Moschen, Associate bei Bär & Karrer AG, dankbar für ihre gezielte Hilfe beim kritischen Durchlesen der Arbeit.

<sup>1</sup> Botschaft FusG, BBl 2000 4337, 4338; siehe auch Art. 1 FusG.

menhang sind auch effiziente und schlanke Verfahren für die Übertragung von Grundstücken unerlässlich. Dem wird insbesondere mit dem allgemeinen Grundsatz der (partiellen) Universalsukzession, welche dem ganzen FusG zugrunde liegt, Rechnung getragen.

Die Übertragung von Grundstücken (inkl. dingliche Rechte an Grundstücken) im Rahmen von Umstrukturierungen nach FusG erfolgt ausserbuchlich, d.h. unabhängig von einer Eintragung im Grundbuch, bereits mit der Eintragung der fusionsgesetzlichen Transaktion im Handelsregister (vgl. Art. 22, Art. 52, Art. 67 sowie Art. 73 FusG).<sup>2</sup> Die Grundbucheintragung erfolgt erst im Nachhinein, hat lediglich deklaratorischen Charakter und ist notwendig, um das Funktionieren des Grundbuchsystems sowie die Übereinstimmung der Wirklichkeit mit dem Grundbuch zu gewährleisten. Überdies wird mit dem Grundbucheintrag die Verfügungsfähigkeit des Erwerbers erstellt (s. Art. 656 Abs. 2 ZGB).<sup>3</sup> Dies ist aufgrund der Vermutung des Rechtes des Eingetragenen gemäss Art. 937 Abs. 1 ZGB und des daraus entstehenden Gutgläubenschutzes (vgl. auch Art. 973 ZGB) insbesondere in den Fällen wichtig, wo die übertragende Rechtseinheit weiterhin überlebt (d.h. Abspaltung und Vermögensübertragung).

## 2. Anmeldung beim Grundbuchamt

Gemäss Art. 104 FusG muss der übernehmende Rechtsträger oder, im Falle der Umwandlung, der Rechtsträger, der seine Rechtsform ändert, alle Änderungen, die sich für das Grundbuch aus der Fusion, der Spaltung, der Umwandlung oder der Vermögensübertragung ergeben, beim Grundbuchamt anmelden. In Anbetracht des Risikos unzulässiger Verfügungsgeschäfte des als Eigentümer (noch formell) eingetragenen Rechtsträgers (vgl. Art. 973 ZGB) statuiert das FusG zwei verschiedene Anmeldefristen: Bei der Fusion, Aufspaltung und Umwandlung, welche die Auflösung der übertragenden Rechtseinheit bzw. eine reine Rechtsformänderung vorsehen, sieht Art. 104 Abs. 1 FusG eine dreimonatige Frist vor, während bei Fusionen von Vereinen oder Stiftungen, wo der übertragende (und der übernehmende<sup>4</sup>, gemäss Art. 66 Abs. 1 lit. b GBV) Rechtsträger nicht im Handelsregister eingetragen ist sowie bei Abspaltungen und bei Vermögensübertragungen die Anmeldung *umgehend* erfolgen muss.<sup>5</sup> Diese Fristen sind als Ordnungsvorschriften kon-

zipiert und vermögen die Rechtswirkungen der fusionsrechtlichen Vorgänge nicht zu beeinflussen. Allerdings sind zivilrechtliche Konsequenzen sowie eine Haftung der Organe, falls aufgrund der verspäteten Meldung bei der Gesellschaft oder einem Dritten ein Schaden eintritt, durchaus denkbar.<sup>6</sup>

Je nachdem sind mehrere Grundbuchanmeldungen notwendig, je nach betroffenem bzw. zuständigem Grundbuchamtskreis. Zur reibungslosen Koordination der Eintragungen empfiehlt es sich, mit den involvierten Grundbuchämtern frühzeitig Kontakt aufzunehmen und das Dossier einer Vorprüfung unterziehen zu lassen. Die beizulegenden Belege werden in Art. 66 GBV aufgelistet: grundsätzlich beglaubigte Handelsregisterauszüge sowie – für die Fälle gemäss Art. 104 Abs. 2 lit. a und b FusG – eine öffentliche (Feststellungs-)Urkunde über die Tatsache, dass das Eigentum auf den übernehmenden Rechtsträger übergegangen ist (vgl. auch Art. 104 Abs. 3 FusG und Art. 66 Abs. 1 lit. b und lit. d GBV). Bei Vermögensübertragungen, welche auch Grundstücke betreffen, bedürfen die entsprechenden Teile des Vermögensübertragungsvertrages der öffentlichen Beurkundung (Art. 70 Abs. 2 FusG), weshalb dem Grundbuch eine beglaubigte Kopie davon eingereicht werden soll (Art. 66 Abs. 1 lit. e GBV).

Besonderer Aufmerksamkeit bedarf, dass im Inventar, welches dem Spaltungsvertrag bzw. dem Spaltungsplan (Art. 37 lit. b FusG) oder dem Vermögensübertragungsvertrag beizulegen ist (Art. 71 lit. b FusG), die zu übertragenden Grundstücke (bzw. Rechte daran) je einzeln aufzuführen sind.

## 3. Weitere Besonderheiten bei Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen im Zusammenhang mit zu übertragenden Grundstücken

Der besonderen Natur von Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen entsprechend, bedürfen der Fusionsvertrag, Spaltungsvertrag bzw. Spaltungsplan und Umwandlungsplan der schriftlichen Form. Dieses Erfordernis der einfachen Schriftlichkeit genügt auch dann, wenn Grundstücke (mit-)übertragen werden (und zwar entgegen der Grundnorm von Art. 657 Abs. 1 ZGB).<sup>7</sup> Selbstverständlich bleiben die fusionsgesetzlich vorgeschrieben, u.U. öffentlich zu beurkundenden, Genehmigungen des Fusionsvertrages, Spaltungsvertrages bzw. Spaltungsplans sowie des Umwandlungsplans ausdrücklich vorbehalten.

<sup>2</sup> CHRISTIAN BRÜCKNER/MATHIAS KUSTER, Die Grundstücksgeschäfte – Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker, 2. Aufl., Zürich 2021, N 2326.

<sup>3</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2326 f.

<sup>4</sup> BSK FusG-STOLTZ/EHRAT/WIDMER, Art. 104 N 26 (m.w.H. betr. die Kritik an diese Anforderung der GBV, welche deutlich weiter geht als der klare Text des FusG).

<sup>5</sup> BSK FusG-STOLTZ/EHRAT/WIDMER, Art. 104 N 16 (m.w.H.), wonach mit dem Begriff «umgehend» wohl eine Zeitspanne deutlich kürzer als drei Monaten, sogar «so schnell wie möglich», gemeint ist.

<sup>6</sup> BSK FusG-STOLTZ/EHRAT/WIDMER, Art. 104 N 13.

<sup>7</sup> BSK FusG-WOLF, Art. 12 N 7; BSK FusG-WATTER/RAMPINI, Art. 36 N 8; BSK FusG-LAMBERT/HASLER, Art. 59 N 14.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass der allenfalls erforderliche Fusionsbericht Hinweise auf erteilte und ausstehende behördliche Bewilligungen enthalten muss (vgl. Art. 14 Abs. 3 lit. k FusG) und infolgedessen u.U. auf allfällige Bewilligungen oder Nichtunterstellungsverfügungen gemäss Bäuerlichem Bodenrecht (BGBB), Bewilligungsgesetz (BewG) sowie Umweltschutzgesetz (USG) verweisen muss. Obwohl im Recht der Spaltung und der Umwandlung eine solche Hinweispflicht fehlt (vgl. Art. 39 Abs. 3 FusG), empfiehlt sich eine solche Angabe im Spaltungs- bzw. Umwandlungsbericht ebenfalls.<sup>8</sup>

#### 4. Die besondere Regelung bei der Vermögensübertragung und deren mögliche praktische Einsatzmöglichkeiten

Die Regelung der Vermögensübertragung gemäss Art. 70 Abs. 2 FusG sieht eine partielle Ergänzung der ansonsten im FusG geltenden einfachen Schriftlichkeitsform des Übertragungsvertrages vor. Werden Grundstücke im Rahmen einer Vermögensübertragung übertragen, so bedürfen die entsprechenden Teile des Übertragungsvertrages der öffentlichen Beurkundung (vgl. Art. 70 Abs. 2 S. 2 FusG), und zwar entsprechend der Regelung von Art. 657 Abs. 1 ZGB.

Das gesetzlich vorgeschriebene, strengere Erfordernis der öffentlichen Beurkundung unterliegt aber einer praxisrelevanten Umsetzungserleichterung. Wenn die zu übertragenden Grundstücke in verschiedenen Kantonen liegen, genügt eine einzige öffentliche Urkunde, und zwar durch eine Urkundsperson am Sitz des übertragenden Rechtsträgers (vgl. Art. 70 Abs. 2 S. 3 und 4 FusG). Diese Regelung durchbricht den grundsätzlich geltenden Territorialismus verschiedener Notariatsgesetze im Bereich der Beurkundung von innerhalb eines Kantons liegenden Grundstücksgrenzen (vgl. z.B. Art. 3 des Tessiner Notariatsgesetz.<sup>9</sup> Für öffentliche Urkunden, die sich auf dingliche Rechte an im Kanton Tessin liegenden Grundstücken beziehen, ist ausschliesslich ein im Kanton Tessin zugelassener Notar zuständig). Selbstverständlich soll aber diese Urkunde, je nach Kanton, in eine weitere Amtssprache (beglaubigt) übersetzt werden.

Die Vermögensübertragung erscheint somit als ein eher praktischer Weg zur Abwicklung gesamtschweizerischer Immobilientransaktionen, insbesondere wenn grosse Immobilienpakete übertragen werden. Durch gezielte Einsetzung von Vermögensübertragungen, statt schlichten

(Einzel-)Kaufverträgen, können die Verfahren beschleunigt und Koordinationsaufwand sowie (Notariats-) Kosten vermindert werden. Die Inanspruchnahme des Rechtsinstituts der Vermögensübertragung als Mittel zur Übertragung von Immobilienpaketen erfolgt daher oft im Zusammenhang von Ausgliederungen von Vermögensteilen (sog. *Carve-outs*), zum Vollzug von Erbteilungen eines Familienunternehmens, bei Sacheinlagegründungen oder zur Abwicklung von Kapitalerhöhungen durch Sacheinlagen.

#### 5. Exkurs I: Übertragung von Grundstücken als Sacheinlage

In der Praxis durchaus von Bedeutung ist die Übertragung von Grundstücken an eine Körperschaft als Sacheinlage, die der Liberierung der Einlageverpflichtungen bei der Gründung (vgl. Art. 634 OR bzw. Art. 777c Abs. 2 Ziff. 1 OR) bzw. der Kapitalerhöhung (vgl. Art. 652c OR bzw. Art. 781 Abs. 3 OR) dient. Im Rahmen der Aktienrechtsrevision wurden die Vorschriften für Sacheinlagen, insbesondere die bisher von der Praxis entwickelten Kriterien der Sacheinlagefähigkeit, in Art. 634 OR explizit kodifiziert<sup>10</sup>: Nun gelten Gegenstände einer Sacheinlage als Deckung, wenn (i) sie als Aktiven bilanziert werden können, (ii) sie in das Vermögen der Gesellschaft übertragen werden können, (iii) die Gesellschaft nach ihrer Eintragung in das Handelsregister (bzw. nach der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister) sofort als Eigentümerin frei darüber verfügen kann oder, im Falle eines Grundstücks, einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhält und (iv) die Gegenstände durch Übertragung auf Dritte verwertet werden können. Im Zusammenhang mit dinglichen Rechten werden als Beispiel von möglichen sacheinlagefähigen «Vermögenswerten» Eigentumsrechte an Grundstücken (inkl. Mit- bzw. Stockwerkeigentumsanteile), Baurechte, Quellenrechte, sowie Schuld- und Pfandbriefe erwähnt.<sup>11</sup> Verpflichtungen zu Arbeits- oder Dienstleistungen (z.B. vertragliche Verpflichtungen zu Architektur- bzw. Planungsleistungen) sind in der Regel kein tauglicher Gegenstand einer Sacheinlage.<sup>12</sup>

Zum Vollzug dieses Rechtsvorganges bestehen im Grundsatz zwei Optionen: Die Ausgestaltung (i) als Vermögensübertragungsvertrag gemäss Art. 69 ff. FusG oder (ii) als «gewöhnlichen» Übertragungsvertrag gemäss Art. 657 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 64 Abs. 1 lit. a GBV.<sup>13</sup> Letztge-

<sup>8</sup> Siehe auch zur Spaltung BSK FusG-WATTER/RAMPINI, Art. 39 N 22; ALAIN FRIEDRICH, Die Abspaltung dinglicher Rechte an Grundstücken nach Fusionsgesetz, AJP 2013, 546 ff.

<sup>9</sup> Legge sul notariato del Canton Ticino vom 26. November 2013, RL 952.100. Siehe z.B. auch – mit ausdrücklichem Vorbehalt zum abweichenden Bundesrecht – § 2 Abs. 2 und 3 des Notariatsgesetzes des Kantons Basel-Stadt vom 18. Januar 2006, SG 292.100.

<sup>10</sup> Siehe Liste in Art. 634, sowie BSK OR II-SCHENKER/MEYER, Art. 634 N 3 ff.

<sup>11</sup> BSK OR II-SCHENKER/MEYER, Art. 634 N 5.

<sup>12</sup> BSK OR II-SCHENKER/MEYER, Art. 634 N 9.

<sup>13</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2006 und N 2012; vgl. auch BSK FusG-MALACRIDA, Art. 69 N 11a ff. zur Verwendung der Vermögensübertragung gemäss Art. 69 ff. FusG als Sacheinlage.

nannte Variante ist vor allem für diejenigen Fälle gedacht, in denen die Beanspruchung des Verfahrens der Vermögensübertragung gemäss Art. 69 ff. FusG nicht gewünscht (oder sogar nicht möglich sein soll<sup>14</sup>).

Interessant ist die unterschiedliche sachenrechtliche Behandlung dieser zwei Vorgänge – was in konkreten Fällen, wo der Zeitrahmen von Bedeutung ist, z.B. bei aufeinanderfolgenden Transaktionen, sehr relevant sein könnte.

Bei der Vermögensübertragung nach FusG erwirbt die Gesellschaft die (Eigentums-)Rechte an den eingelegten Grundstücken mit der Eintragung im Handelsregister (vgl. Art. 73 FusG), während die anschliessende Eintragung (richtiger: «Nachtragung» bzw. «Nachführung») im Grundbuch lediglich deklaratorischer Natur ist. Die Eintragung im Grundbuch erfolgt durch den übernehmenden Rechtsträger (vgl. Art. 66 Abs. 1 lit. e GBV; zu den dabei anwendbaren Ordnungsfristen, vgl. Ziff. I.2 oben).

Beim «gewöhnlichen» Übertragungsvertrag gemäss Art. 657 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 64 Abs. 1 lit. a GBV werden hingegen, gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichtes, die eingebrachten Grundstücke erst mit der Grundbucheintragung zum Eigentum der Gesellschaft (Anwendungsfall des absoluten Eintragungsprinzips), und nicht bereits mit der Eintragung der Gründung bzw. Kapitalerhöhung im Handelsregister.<sup>15</sup> Die Grundbuchanmeldung soll diesfalls durch die Sacheinlegerin vorgenommen werden (vgl. Art. 64 Abs. 1 lit. a GBV).

Die Gemeinsamkeiten der beiden Optionen zur Ausgestaltung des Sacheinlagevertrages im Zusammenhang mit der Übertragung von Grundstücken sind folgende:

- Beide Verträge sind öffentlich zu beurkunden. Dies ergibt sich für den Vermögensübertragungsvertrag aus Art. 70 FusG und für den «gewöhnlichen» Übertragungsvertrag aus Art. 657 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 64 Abs. 1 lit. a GBV.<sup>16</sup> Seit der Aktienrechtsrevision wird dies auch vom neuen Art. 634 Abs. 2 OR deutlicher zum Ausdruck gebracht. Ebenfalls neu in Abs. 3 von Art. 634 OR festgehalten ist dieselbe Regelung wie in Art. 70 Abs. 2 FusG: Eine einzige öffentliche Urkunde genügt auch dann, wenn Grundstücke, die Gegenstand der Sacheinlage sind, in verschiedenen Kantonen liegen. Zuständig für die Errichtung dieser Urkunde ist diesfalls bei der Vermögensübertragung die Urkundsperson am Sitz des

übertragenden Rechtsträgers, während für den «gewöhnlichen» Übertragungsvertrag gemäss Art. 657 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 64 Abs. 1 lit. a GBV die Urkundsperson am Sitz der – neu zu gründenden bzw. das Kapital erhöhenden – Gesellschaft zuständig ist.<sup>17</sup>

- Beide Arten von Sacheinlageverträgen unterliegen einer – im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnten – aufschiebenden Bedingung der Genehmigung durch die Gründerversammlung bzw. den Verwaltungsrat sowie der Eintragung der Gründung bzw. Kapitalerhöhung im Handelsregister. Daraus ergibt sich für den «gewöhnlichen» Übertragungsvertrag die Notwendigkeit der Ergänzung der in Art. 64 Abs. 1 lit. a GBV erfassten Liste der notwendigen Grundbuchebelege um den beglaubigten Handelsregisterauszug über die erfolgte Gründung bzw. Kapitalerhöhung. Dem Grundbuchamt soll m.a.W. der Eintritt dieser Bedingung belegt werden (was für den Vermögensübertragungsvertrag in Art. 66 Abs. 1 lit. e GBV – diesfalls aber bezogen auf den übertragenden Rechtsträger – ohnehin der Fall ist).<sup>18</sup>
- Parteien des Sacheinlagevertrages sind einerseits die Sacheinlegerin und andererseits die Gründungsgesellschaft (vertreten durch ihre Gründer) bzw. die Gesellschaft. Regelmässig wird die Zeichnerin der Beteiligungsrechte gleichzeitig auch Sacheinlegerin bzw. Partei des Sacheinlagevertrages sein.<sup>19</sup> Denkbar ist aber auch die Konstellation, dass die Sacheinlegerin und die Gesellschaft im Rahmen des abzuschliessenden Sacheinlagevertrages vereinbaren, dass alle oder Teile der durch den Sacheinlagegegenstand liberrierten Beteiligungsrechte einem Dritten – als Zeichner (welcher aber nicht Partei des Sacheinlagevertrages ist) – auszugeben sind. In letzterem Fall läge ein Vertrag zugunsten Dritter vor.<sup>20</sup>
- Im Sacheinlagevertrag sind der Sacheinlagegegenstand, dessen Bewertung, der Ausgabepreis, die der Sacheinlegerin dafür ausgegebenen Beteiligungsrechte (Anzahl, Kategorie und genaue Bezeichnung), sowie allfällige weitere Gegenleistungen der Gesellschaft präzise anzugeben (vgl. auch Art. 634 Abs. 4 OR für die Statutenpublizität). Gemäss Art. 634 Abs. 1 Ziff. 3 OR soll der Gesellschaft nach ihrer Eintragung bzw. nach der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister ein bedingungsloser Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch zustehen, was im Sacheinlagevertrag sicherzustellen ist.<sup>21</sup>

<sup>14</sup> Zur Kontroverse in der Doktrin, ob die Vermögensübertragung gemäss Art. 69 ff. FusG auch übernehmenden Rechtsträgern zur Verfügung steht, welche nicht im Handelsregister eingetragen sind, siehe Kapitel I.6 unten (insbesondere FN 27–29) sowie BSK FusG-MALACRIDA, Art. 69 N 7.

<sup>15</sup> BGE 109 II 99, E. 2; BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2012; BSK ZGB II-STREBEL, Art. 656 N 32.

<sup>16</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2007; BSK OR II-SCHENKER/MEYER, Art. 634 N 10. Für die Form des Vermögensübertragungsvertrages siehe auch Kapitel I.4 oben.

<sup>17</sup> Vgl. auch BSK OR II-SCHENKER/MEYER, Art. 634 N 10.

<sup>18</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2007 bzw. N 2011; für die Grundbuchebelege im Zusammenhang mit dem Vermögensübertragungsvertrages siehe auch Kapitel I.2.

<sup>19</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2013; BSK OR II-SCHENKER/MEYER, Art. 634 N 11.

<sup>20</sup> Art. 112 Abs. 2 OR; BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2013; BSK OR II-SCHENKER/MEYER, Art. 634 N 11.

<sup>21</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2010; BSK OR II-SCHENKER/MEYER, Art. 634 N 12 f.

## 6. Exkurs II: Übertragung von Grundstücken als Sachausschüttung

Denkbar ist auch die Übertragung von Grundstücken von einer Kapitalgesellschaft als Grundstückseigentümerin an einen Anteilshaber als «gesellschaftsrechtliche (Gegen-)Leistung».<sup>22</sup> Folgende Konstellationen sind möglich: Ausschüttung eines Sachwertes als Dividende bzw. Gewinnverteilung (sog. Sachdividende), Sachausschüttung im Rahmen einer (sog. konstitutiven) Kapitalherabsetzung oder Sachausschüttung im Zusammenhang mit der Verteilung des Liquidationsüberschusses einer aufgelösten und liquidierten Gesellschaft (welche eine oder mehrere Grundstücke als Gesellschaftsaktivum hält).<sup>23</sup>

Der der Sachausschüttung zugrundeliegende Tatbestand – sei es der Beschluss der Generalversammlung zur Dividendenausrichtung, die Durchführung des Kapitalherabsetzungsverfahrens (inkl. Eintragung im Handelsregister) oder der Auflösungsbeschluss der Generalversammlung samt anschliessendem Liquidationsverfahren – muss zuerst gesellschaftsrechtlich vollzogen werden. Dies hat aber noch nicht unmittelbar zur Folge, dass das Eigentum an den betroffenen Grundstücken von der Gesellschaft an die Beteiligungsinhaber übertragen wird. Erforderlich ist ausserdem ein sachenrechtlicher Vollzug, damit das Eigentum an den Grundstücken den Beteiligungsinhabern – d.h. dinglich – übertragen werden kann. U.E. obliegt diese Aufgabe primär dem Verwaltungsrat, welcher die Pflicht hat, die Beschlüsse der Generalversammlung umzusetzen (vgl. Art. 716 Abs. 2 OR).

Zum Vollzug dieser der Sachausschüttung gesellschaftsrechtlich zugrundeliegenden Tatbestände sind die zwei nachfolgend dargelegten möglichen Verfahren denkbar:<sup>24</sup>

- Sollte der übertragende Beteiligungsinhaber im Handelsregister eingetragen sein, könnte die Übertragungshandlung im Rahmen einer Vermögensübertragung gemäss Art. 69 ff. FusG vorgenommen werden.<sup>25</sup> Dazu sind die oben dargelegten Grundsätze anwendbar (vgl. Ziff. I oben), insbesondere erfolgt die Eigentumsübertragung mit der Eintragung im Handelsregister und die anschliessende formelle Eintragung im Grundbuch ist lediglich deklaratorischer Natur. Der Rechtsgrundaussweis für den Eigentumsübergang wird mit dem öffentlich beurkundeten Vermögensübertragungsvertrag sowie den Grundbuchbelegen nach Art. 66 Abs. 1 lit. e GBV erbracht (vgl. auch Ziff. I.4. oben).<sup>26</sup> Sollte der übernehmende Beteiligungsinhaber nicht im Handelsregister einge-

tragen sein, besteht in der Lehre eine Kontroverse.<sup>27</sup> Einzelne Autoren wollen die Vermögensübertragung diesfalls – entgegen dem Wortlaut von Art. 69 Abs. 1 FusG<sup>28</sup> – nicht zulassen<sup>29</sup>. Folgt man dieser Ansicht, wäre die Übertragung eines Grundstückes von einer Gesellschaft auf einen nicht im Handelsregister eingetragenen Beteiligungsinhaber im Anschluss (bzw. im Vollzug) einer Sachdividende, Kapitalherabsetzung oder Liquidationsverteilung einzig auf dem Weg eines «gewöhnlichen» Übertragungsvertrages gemäss Art. 657 Abs. 1 ZGB bzw. Art. 64 Abs. 1 lit. a GBV möglich.<sup>30</sup>

- Dieser «gewöhnliche» Übertragungsvertrag, welcher generell offen steht und vorteilhaft sein kann, bedarf der öffentlichen Beurkundung und ist dem Grundbuchamt, als Rechtsgrundaussweis für den Eigentumsübergang, anzumelden.<sup>31</sup> Im Unterschied zur Vermögensübertragung hat diesfalls die Eintragung im Grundbuch konstitutiven Charakter (Anwendungsfall des sog. absoluten Eintragungsprinzip).<sup>32</sup> Dieser Übertragungsvertrag soll, wie übrigens bei einem Vermögensübertragungsvertrag nach FusG, klar auf den der Sachausschüttung gesellschaftsrechtlich zugrundeliegenden Tatbestand Bezug nehmen, und insbesondere darlegen, dass die eigentliche «Gegenleistung» für die Übertragung der Grundstücke (sei es aufgrund einer Sachdividende, Kapitalherabsetzung oder Liquidationsverteilung)<sup>33</sup> einzig gesellschaftsrechtlich begründet ist.<sup>34</sup>

Interessant ist ferner die Frage nach der Bewertung der Grundstücke im Rahmen einer Sachdividende, und zwar insbesondere mit Blick auf die Schranken der Verwendung von Eigenkapital gemäss Art. 675 Abs. 2 OR sowie die Zuweisungen gemäss Art. 675 Abs. 3 OR. Dieser

<sup>22</sup> FABRIZIO ANDREA LIECHTI, Der Rechtsgrundaussweis für Eigentumseintragungen im Grundbuch, Diss. Bern 2017, 111.

<sup>23</sup> LIECHTI (FN 22), 111.

<sup>24</sup> Vgl. LIECHTI (FN 22), 111 f.

<sup>25</sup> LIECHTI (FN 22), 111 f.

<sup>26</sup> Art. 70 sowie Art. 73 FusG; vgl. auch LIECHTI (FN 22), 111 f.

<sup>27</sup> BSK FusG-MALACRIDA, Art. 69 N 7; LIECHTI (FN 22), 111 f.; vgl. auch FusG Handkommentar-VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER/OPEL, Art. 69 N 9.

<sup>28</sup> Art. 69 FusG spricht lediglich von «auf andere Rechtsträger des Privatrechts».

<sup>29</sup> Im Rahmen des vorliegenden Artikels wird diese Rechtsfrage nicht weiter vertieft und dazu auf die einschlägige Literatur verwiesen. Die Autoren dieses Artikels finden die Lehrmeinungen überzeugender, welche die Anwendbarkeit der Vermögensübertragung befürworten.

<sup>30</sup> LIECHTI (FN 22), 111 f.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 657 Abs. 1 ZGB bzw. Art. 64 Abs. 1 lit. a GBV; siehe auch LIECHTI (FN 22), 111 f.

<sup>32</sup> Vgl. Art. 656 Abs. 1 ZGB; siehe auch LIECHTI (FN 22), 111 f.; ausdrücklich für den Fall einer Liquidation BSK ZGB II-STREBEL, Art. 656 N 19 und N 31, wonach auch der Fall einer «Übertragung des Grundeigentums einer «Einpersonen-AG» [...] auf den Alleinaktionär» erfasst ist.

<sup>33</sup> Die Darlegung der weiteren Einzelheiten im Zusammenhang mit den gesellschaftsrechtlichen Hintergründen würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Es wird auf die massgeblichen Gesetzesbestimmungen (u.a. Art. 675 OR [für die Sachdividende], Art. 653j ff. OR [für die Kapitalherabsetzung], allenfalls auch Art. 653s ff. [für das Kapitalband] und Art. 736 ff. OR [für die Auflösung und das anschliessende Liquidationsverfahren]) sowie auf die einschlägige Literatur verwiesen.

<sup>34</sup> LIECHTI (FN 22), 111 f.

Umstand ist beim Verfahren zur Ausschüttung der Sachdividende wie folgt zu berücksichtigen:<sup>35</sup>

- Der Generalversammlungsbeschluss (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR), gleich wie die Anträge des Verwaltungsrates (Art. 700 Abs. 2 Ziff. 3 OR), muss die Ausschüttung bestimmter Sachwerte (d.h. die zu übertragenden Grundstücke) neben dem betragsmässigen Umfang der auszuschüttenden Dividende genau und ausdrücklich vorsehen.
- Grundlage des Dividendenantrages sowie der Beschlussfassung ist die (u.U. geprüfte) und genehmigte Jahresrechnung (allenfalls ein Zwischenabschluss im Fall einer Zwischendividende gemäss Art. 675a OR i.V.m. Art. 960f OR). Unter dem Vorbehalt von Spezialfällen,<sup>36</sup> sind die Grundstücke (und die Aktiven im Allgemeinen) in der Jahresrechnung primär zu den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten gemäss Art. 960a OR zu bewerten und erfassen. Dieser Buchwert kann, insbesondere bei Grundstücken, welche die Gesellschaft seit mehreren Jahren hält, viel tiefer als der aktuelle Markt- bzw. Verkehrswert sein.
- Die Sachausschüttung – und auch der von der Generalversammlung zu beschliessende Dividendenbetrag – erfolgt in der Regel zum Buchwert des betroffenen Sachwertes. Eine eigentliche Aufwertung der Grundstücke in der Bilanz zum Zwecke der Ausrichtung der Dividenden wird von der Lehre nicht verlangt.
- Die Gläubigerschutzüberlegungen von VOGT,<sup>37</sup> wonach eine Ausschüttung zum Buchwert nur bei vorausgehender Prüfung von berichtigten Werten (und dementsprechenden fiktiven Reservenzuweisungen) geht u.E. zu weit, da bei den Kapitalerhaltungsvorschriften aufgrund des Fehlens einer Aufwertungsspflicht die reine bilanzielle Betrachtungsweise massgebend sein soll (und auch bei einer Aufwertung von stillen Reserven – bei reiner bilanzieller Betrachtungsweise – keine Gewinne entstehen und folglich auch keine Reservenzuweisungen – wenn auch fiktiv – gemacht werden sollen).<sup>38</sup> Diese Frage ist u.E. mit der Streichung im Rahmen der Aktienrechtsrevision der zweiten Zuweisung (bei Superdividenden,

s. Art. 671 Abs. 2 Ziff. 3 aOR) ohnehin entschärft. Eine erste Zuweisung kommt nur in Frage, wenn formell Gewinn ausgewiesen wird, was vorliegend gerade nicht der Fall ist.

- Aus den gleichen Gründen erachten wir in Übereinstimmung mit dem HWP<sup>39</sup> eine weitergehende Offenlegung durch den Verwaltungsrat an die Generalversammlung, dass der tatsächliche Wert den Buchwert übersteigt, nur bei speziellen Konstellationen (z.B. wenn nicht alle Aktionäre die gleiche Art von Ausschüttungen erhalten) für notwendig. In der Praxis empfiehlt sich (und dies sollte jedenfalls genügend sein), wenn im Beschluss ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass auch die stillen Reserven auf der Sachdividende mit ausgeschüttet werden.
- Die Revisionsstelle selbst soll im Rahmen ihrer Prüfung des Gewinnverwendungsantrages des Verwaltungsrats an die Generalversammlung (vgl. Art. 728a Abs. 1 OR bzw. Art. 729a Abs. 1 Ziff. 2 OR) die Tatsache berücksichtigen, dass stille Reserven auf den Grundstücken bestehen, d.h. der Verkehrswert den Buchwert übersteigt, wobei u.E. die Kenntnis des genauen Verkehrswerts nicht zwingend erforderlich ist, solange dieser offensichtlich den Buchwert übersteigt. Diese (Vor-)Prüfung ermöglicht es der Revisionsstelle, die Einhaltung der Vorschriften gemäss Art. 675 Abs. 2 und Abs. 3 OR bestätigen zu können.
- Die steuerlichen Konsequenzen einer Sachausschüttung (auf welche hier nicht eingegangen wird) sind ebenfalls aufgrund der grundsätzlichen Basierung auf dem Verkehrswert genau zu analysieren (insbesondere in Bezug auf Verrechnungs- und Grundstücksgewinnsteuer).

## II. Ausgewählte Themen

### 1. Einleitende Bemerkungen

#### 1.1. Vorläufige Analyse – Due Diligence-Phase

Bei grossen Transaktionen ist die Durchführung einer strukturierten und umfassenden rechtlichen Prüfung der zu erwerbenden Objekte (*Due Diligence*) üblich bzw. geboten.

Bei Immobilientransaktionen bzw. Umstrukturierung von Immobiliengesellschaften sollen insbesondere folgende Aspekte bzw. Vorfragen berücksichtigt und analysiert werden:

- Halten die beiden involvierten Rechtssubjekte Grundstücke? Der Fokus der Analyse hängt (auch) von der Tatsache ab, ob die Grundstücke einzig vom über-

<sup>35</sup> BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 151 und N 161 (m.w.H.).

<sup>36</sup> U.a. Art. 725c OR (Aufwertung zur Behebung eines Kapitalverlusts nach Art. 725a OR oder einer Überschuldung nach Art. 725b OR) sowie einer allfälligen Anwendung von IFRS oder US-GAAP als Standard zur Rechnungslegung.

<sup>37</sup> BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 151 und N 161 (m.w.H.).

<sup>38</sup> So wohl auch Urs KÄGI, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Diss. Zürich/St. Gallen 2012, § 5 N 35 ff. und § 6 N 84 ff.; EXPERTSUISSE, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung (HWP), Band Buchführung und Rechnungslegung, Zürich 2023, 252 N 609; LUKAS GLANZMANN, Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit Dividendenausschüttungen, in: KUNZ/ARTER/ JÖRG (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, 110 ff.; unklar und widersprüchlich ZK-BAHAR/PEYER, Art. 675 OR, N 38 (wohl wie hier) und N 76 (wohl a.M.).

<sup>39</sup> EXPERTSUISSE (FN 38), 252 N 607.

nehmenden Rechtsträger, oder aber auch von der übertragenden Gesellschaft gehalten werden.

- Befindet sich das zu übertragende Immobilienportfolio ausschliesslich in der Schweiz, allenfalls in unterschiedlichen Kantonen bzw. Grundbuchbezirken, oder auch im Ausland? Eine Anmeldepflicht in der Schweiz gemäss Art. 104 FusG lösen ausschliesslich Änderungen bzgl. in der Schweiz gelegenen Grundstücke aus.<sup>40</sup> Bei Vorhandensein von ausländischen Grundstücken sind allfällige Anmeldepflichten nach ausländischem Grundbuchrecht, eventuelle Pflichten zur Einholung von ausländischen behördlichen Bewilligungen sowie ausländische steuer- und handelsregisterrechtliche Problematiken frühzeitig zu analysieren. Solche allenfalls erforderlichen ausländischen Verfahren sind angemessen zu koordinieren, insbesondere im Hinblick auf den Vollzug der Transaktion. Als praxisrelevantes Beispiel kann, im Zusammenhang mit der Übertragung von in Italien gelegenen Grundstücken, das oft vergessene (u.U. sogar unbekannt) Prinzip der Reziprozität gemäss Art. 16 des italienischen Zivilgesetzbuch angeführt werden:<sup>41</sup> Der Erwerb von Immobilien durch Schweizer Rechtssubjekte (d.h. in der Schweiz ansässige Erwerber, welche nicht die italienische Staatsangehörigkeit oder die eines anderen EU-Mitgliedstaates besitzen) in Italien ist im Grundsatz unter den gleichen Bedingungen erlaubt, wie bei einem Erwerb durch einen italienischen Staatsangehörigen gemäss der ausländischen (d.h. der schweizerischen) Rechtsordnung. Relevant ist dieses Prinzip der Reziprozität v.a. im Zusammenhang mit den Einschränkungen, welche aus dem Bewilligungsgesetz (BewG) resultieren können.<sup>42</sup>
- Wie ist die Struktur der von den involvierten Rechtsträgern direkt oder indirekt gehaltenen Immobilien? Handelt es sich um Wohn-, kommerzielle oder gemischte Immobilienportfolios oder handelt es sich um schlicht unbebaute Grundstückspartellen? Welche Quote der Aktiven der einzelnen Rechtsträger machen die jeweils gehaltenen Grundstücke (je nach Kategorie des Immobilienportfolios) aus?
- Welche planungsrechtlichen Vorschriften gelten für die relevante(n) Nutzungszone(n) der zu übertragenden Grundstücke? Handelt es sich um landwirtschaftliche Grundstücke bzw. Gewerbe in einer

Landwirtschaftszone, industrielle Gewerbe in der Industrie- bzw. Gewerbezone oder Wohnräume in der Wohnzone? Bestehen allfällige planungsrechtliche Hindernisse auf den zum übertragenden Immobilienportfolio gehörenden Grundstücken? Sind einige Grundstücke im Kataster der belasteten Standorte gemäss Art. 32c Abs. 2 i.V.m. Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 USG oder im kantonalen Denkmalpflege-Kataster eingetragen?

- Welche Art von Grundstücken i.S.v. Art. 655 ZGB gehören zum übertragenden Immobilienportfolio? Je nachdem sind die Besonderheiten zu berücksichtigen, welche aus den verschiedenen Grundstücksarten resultieren können: (i) Miteigentum (v.a. gesetzliche Vorkaufsrechte i.S.v. Art. 682 Abs. 1 ZGB), (ii) Gesamteigentum, (iii) Stockwerkeigentum (v.a. allfällig besonders vereinbarte Vorkaufs- und Einspracherechte i.S.v. Art. 712c ZGB, allfällige Spezialbestimmungen in Reglementen von Stockwerkeigentümergemeinschaften, Überprüfung des Vorhandenseins eines Erneuerungsfonds i.S.v. Art. 712l Abs. 1 ZGB sowie von ausstehenden, unbezahlten Stockwerkeigentumsbeiträgen und gegebenenfalls eingetragenen gesetzlichen Pfand- und Retentionsrechte gemäss Art. 712i und Art. 712k ZGB), (iv) sowie selbständig und dauernde Baurechte (v.a. gesetzliche Vorkaufsrechte i.S.v. Art. 682 Abs. 2 ZGB, sowie spezielle Regelungen im Baurechtsvertrag, u.a. bzgl. Heimfall gemäss Art. 779c f. und Art. 779f ff. sowie der Haftung für ausstehende Baurechtszinse gemäss Art. 779i f. ZGB).

Im Rahmen der *Due Diligence*-Phase bzw. der erforderlichen Vorabklärungen sollen insbesondere die folgenden Unterlagen bzw. Daten, falls vorhanden, beschafft und überprüft werden:

- Grundbuchauszüge (und dazugehörige Grundbuchbelege). Ausgangspunkt der Analyse jeder immobilienbezogenen Transaktion sind die jeweiligen Grundbuchauszüge der zum übertragenden Immobilienportfolio gehörenden Grundstücke. Daraus sind allfällig eingetragene Dienstbarkeiten, Grundlasten, Grundpfandrechte, Vormerkungen, Anmerkungen und Bemerkungen ersichtlich. Die Analyse der dazugehörigen Grundbuchbelege ermöglicht die Abklärung der genauen Tragweite der vorhandenen Eintragungen, insbesondere allfälliger daraus resultierender Vollzugshindernisse. Zu beachten bleibt jedoch, dass insbesondere öffentlich-rechtliche Vollzugsbeschränkungen (u.a. öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen) teilweise aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind.
- Katasterpläne, Karten und Architektenpläne sowie Marktbewertungen der zum übertragenden Immobilienportfolio gehörenden Grundstücke.

<sup>40</sup> BSK FusG-STOLTZ/EHRAT/WIDMER, Art. 104 N 7 und N 16.

<sup>41</sup> Vgl. Codice Civile Italiano (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262), Disposizioni sulla legge in generale, Capo I, Art. 16 (Trattamento dello straniero): «*Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali. Questa disposizione vale anche per le persone giuridiche straniere.*».

<sup>42</sup> Als Übersicht siehe z.B. SEBASTIANO GARUFI GIULIANI/NICCOLÒ FIGUNDIO, L'acquisto di immobili in Italia da parte del cittadino svizzero: limitazioni e principio di reciprocità, in SUPSI – Centro competenze tributarie, *Novità fiscali*, N. 6 Juni 2022, 354.

- Hilfreiche Tools sind die kantonalen Geoportale (GIS),<sup>43</sup> *google earth*, *google maps*, das ÖREB-Kataster,<sup>44</sup> (kantonale und kommunale) Denkmalpflegeregister, kantonale und kommunale Nutzungs- bzw. Zonenpläne, anwendbare Bau- und Zonenordnungen sowie das kantonale Kataster der belasteten Standorte (vgl. Art. 32c Abs. 2 i.V.m. Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 USG). Diese Analyse ist insbesondere hilfreich zur Plausibilisierung des allfälligen Vorhandenseins von übermässigen Landreserven gemäss BewG (vgl. Art. 18a Abs. 1 lit. c BewV), kommerziell genutzten Betriebsstätten (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG) oder der Zugehörigkeit der Grundstücke zu einem Landwirtschaftsgewerbe i.S. des BGG.
- Mieterspiegel und Mietverträge. Aus einer Analyse der Mietverträge ist das Vorhandensein von allfälligen Vollzugshindernissen (*change of control*-Klauseln, vertragliche Vorkaufsrechte, ausserordentliche Kündigungsmöglichkeiten, Vertragsstrafen usw.) abzuklären. Allfällige in den Mietverträgen vorgesehene Sicherheiten (wie etwa Mietzinsdepots, Bankgarantien oder Bürgschaften) sollen dokumentiert bzw. auf deren Existenz geprüft werden. Im Übertragungsvertrag soll eine rechtsgültige Übertragung dieser Sicherheiten auf den übernehmenden Rechtsträger sichergestellt werden. Ebenso soll eine koordinierte bzw. reibungslose Information der Mieter über den Eigentumswechsel sichergestellt werden.
- Bestätigungen hinsichtlich allfällig vorhandenen – hängigen oder angedrohten – Rechtsstreitigkeiten und administrativen Verfahren, Verstösse gegen behördliche Bewilligungen (z.B. Baubewilligungen) und offene Handwerkerrechnungen für erst kürzlich abgeschlossene Bauarbeiten. Entsprechende Gewährleistungen und Schadloshaltungsklauseln (inkl. Verpflichtung des übertragenden Rechtsträgers, im Falle von gesetzlichen Pfandrechten die Handwerker und Unternehmen zu bezahlen oder anderweitige Sicherheiten i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB zu leisten) sind im Übertragungsvertrag so auszugestalten, dass vorhandene Problematiken angemessen adressiert werden und ausreichend Schutz verschafft wird.
- Sicherstellung der Übertragung allfälliger Grundpfandrechte. In Abhängigkeit von der spezifischen Pfandrechtsart sind unterschiedliche Verfügungsgeschäfte für die Übertragung beziehungsweise Löschung erforderlich. Besonders zu koordinieren sind gegebenenfalls die vorherige Tilgung der allfälligen pfandgesicherten Schuld sowie die Löschung allfälliger Eintragungen im Gläubigerregister (siehe Art. 12 GBV).

## 1.2. Abklärungen der zuständigen Behörde

Im Zusammenhang mit Umstrukturierungstatbeständen nach dem FusG ist grds. das zuständige Handelsregister für die materielle Prüfung der Transaktion – was ggffs. auch eine Analyse der BewG- (und, zum Teil, auch der BGG-)Hindernisse umfasst – ausschliesslich kompetent.<sup>45</sup> Insbesondere im Zusammenhang mit dem BewG wird in der Lehre anerkannt, dass der Handelsregisterführer – vor der Eintragung einer Umstrukturierung im Handelsregister – bei der Prüfung einer Bewilligungspflicht nach BewG eine zentrale Rolle bzw. eine Art polizeiliche Prüfungsfunktion inne hat (vgl. auch Art. 18 Abs. 1 und 2 BewG).<sup>46</sup>

Im Rahmen der (deklarativen) grundbuchlichen Eintragung der Eigentumsübertragung prüfen die zuständigen Grundbuchämter grundsätzlich nachträglich einzig, ob die Unterlagen gemäss Art. 66 GBV sowie ggffs. die erforderlichen BewG- bzw. BGG-Entscheide formell vorliegen bzw. der Grundbuchanmeldung beigelegt sind und die gesetzlich vorgeschriebenen Angaben (vgl. Art. 104 FusG und Art. 66 GBV) enthalten sind.<sup>47</sup> Gemäss (wohl) h.L. sind die Feststellungen des Handelsregisteramts – zumindest in Bezug auf die BewG-Bewilligungspflicht – für das Grundbuchamt verbindlich.<sup>48</sup> Stets vorbehalten bleiben allfällige Prüfungen von ausländischen Behörden im Zusammenhang mit im Ausland gelegenen Grundstücken.

## 1.3. Weitere empfehlenswerte Verfahren

Es ist zu empfehlen, die Transaktion und die massgeblichen Unterlagen frühzeitig den involvierten Behörden (Handelsregisteramt sowie allenfalls weitere betroffene Grundbuchämter) für eine Vorprüfung zu unterbreiten. Ebenfalls frühzeitig zu planen ist die Einholung von notwendigen behördlichen Bewilligungen (u.a. BGG, BewG sowie USG) sowie die Zustimmungen Dritter (z.B. Verzicht auf die Ausübung gesetzlicher oder vertraglicher Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte). Die Abwicklung der entsprechenden Verfahren bis zur Erteilung eines rechtskräftigen Entscheides kann Monate dauern. Solche Bewilligungen bzw. Genehmigungen müssen vor dem Vollzug der Transaktion vorliegen. Die Übertragungsverträge können u.U. bereits sofort unterzeichnet werden, deren Wirksamkeit bzw. Vollzug ist aber mit angemessenen Vollzugsbedingungen abzusichern. Ebenfalls vertraglich zu regeln sind Kooperations- und Konsultationspflichten zwischen den

<sup>43</sup> Übersicht unter [https://www.kgk-cgc.ch/geodaten/kantonale\\_geo\\_portale](https://www.kgk-cgc.ch/geodaten/kantonale_geo_portale) (zuletzt besucht am 12. April 2024); ebenfalls zu empfehlen ist <https://www.map.geo.admin.ch> (zuletzt besucht am 12. April 2024).

<sup>44</sup> Übersicht unter <https://www.cadastre.ch/de/oereb.html> (zuletzt besucht am 12. April 2024).

<sup>45</sup> Vgl. auch ALEXANDER VOGEL/MICHAEL GÜNTER, Immobilien und immobilienbezogene Rechte als Objekte einer Vermögensübertragung, AJP 7/2015, 1026 ff., 1036; vgl. FRIEDRICH (FN 8), 552 ff.

<sup>46</sup> VOGEL/GÜNTER (FN 45), 1036; FRIEDRICH (FN 8), 553.

<sup>47</sup> FRIEDRICH (FN 8), 560 f.; BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2334, N 2345, N 2352 und N 2362.

<sup>48</sup> FRIEDRICH (FN 8), 553 und 560 f.; BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2334, N 2345, N 2352 und N 2362.



Parteien im Rahmen der Bewilligungsverfahren, Regelung hinsichtlich der Kostenübernahme sowie vertragliche Lösungen im Falle einer allfälligen Nichterlangung der massgeblichen Bewilligung(en). Je nachdem sind ein oder mehrere Grundstücke vom Transaktionsperimeter (im Voraus bzw. vor dem Vollzug) auszuklammern, sei es wegen der Nichterteilung einer Bewilligung, oder wegen der Ausübung allfälliger Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte durch Dritte.

Schliesslich sollen die nötigen Steuerrulings im Zusammenhang mit steuerneutralen Umstrukturierungen frühzeitig eingeholt werden (Art. 8 Abs. 3 und Art. 24 Abs. 3 und 3<sup>quater</sup> StHG<sup>49</sup>). Dazu sieht das FusG mit Art. 103 FusG eine Bestimmung vor, welche die Erhebung von kantonalen und kommunalen Handänderungsabgaben ausschliesst. Die kantonalen Gesetze haben diese Regelung entsprechend umgesetzt, was sich u.U. in reduzierten Grundbucheintragungsgebühren widerspiegelt.<sup>50</sup> Die Einreichung solcher Steuerrulings bei den zuständigen Grundbuchämtern ist i.d.R. unabdingbar, damit die reduzierte Gebührenordnung angewandt wird.

## 2. Gesetzliche und vertragliche Vor-, Kaufs- und Rückkaufsrechte

### 2.1. Problematik

Gesetzliche oder vertragliche Vor-, Kaufs- und Rückkaufsrechte stellen Vollzugshindernisse dar, welche u.U. die beteiligten Parteien zwingen, ein oder mehrere Grundstücke aus dem Perimeter der Transaktion vor dem Vollzug herauszunehmen.

### 2.2. Kaufs- und Rückkaufsrechte

Kaufs- bzw. Rückkaufsrechte sind meist vertraglich begründet. Gesetzliche Kaufs- und Rückkaufsrechte sind eher selten, jedoch u.a. in kantonalen Gesetzen zu finden.<sup>51</sup> Kaufsrechte gewähren deren Inhabern (sog. Kaufrechtsberechtigte) die Befugnis, durch einseitige Willenserklärung ein Grundstück zu erwerben bzw. einen entsprechenden Kaufvertrag perfekt zu machen.<sup>52</sup> Ein vertragliches Rückkaufsrecht gewährt hingegen einem (vorherigen) Veräusserer (sog. Rückkaufsberechtigter) das Recht, bei gewissen vertraglich festgesetzten Bedingungen durch einseitige empfangsbedürftige Ausübungserklärung an den belasteten Grundstückseigentümer

(bzw. vormaliger Erwerber) die entgeltliche Rückübertragung eines oder mehrerer Grundstücke zu verlangen.<sup>53</sup> Beide Rechte können im Grundbuch vorgemerkt werden (vgl. Art. 216a OR i.V.m. Art. 959 ZGB), mit der Folge, dass sie gegenüber jedem späteren (Grund-)Eigentümer ausgeübt werden können.<sup>54</sup>

Bei Vorhandensein von Kaufs- und Rückkaufsrechten bestehen grds. drei mögliche alternative Lösungswege, um die geplante Transaktion vollziehen zu können: (i) Abwarten mit dem Vollzug bzw. *Closing* der Transaktion bis zum ungenützten Ablauf der Kaufs- bzw. Rückkaufsfrist, (ii) frühzeitige Verhandlung mit dem jeweiligen Berechtigten und Erhalt eines entsprechenden Rechtsverzichtes, oder (iii) präventive Ausklammerung der kauft- bzw. rückkaufbelasteten Grundstücke aus dem Perimeter der Transaktion.

## 2.3. Vorkaufsrechte

### a. Einleitung

Vorkaufsrechte gewähren dem Berechtigten (sog. Vorkaufsberechtigter) das Recht, bei Eintritt eines sog. Vorkaufsfalls durch Ausübung eines einseitigen Gestaltungsrechts die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück zu verlangen.<sup>55</sup>

Gesetzliche Vorkaufsrechte ergeben sich direkt aus dem Gesetz – sowohl aus Bundes-<sup>56</sup> als auch verschiedenen kantonalen Erlassen<sup>57</sup> – und sind in der Regel aus dem Grundbuch nicht ersichtlich.<sup>58</sup> Sie müssen somit im Rahmen der *Due Diligence* ermittelt werden.<sup>59</sup> Gesetzliche Vorkaufsrechte gehen den vertraglichen Vorkaufsrechten grundsätzlich vor (Art. 681 Abs. 3 ZGB).<sup>60</sup>

<sup>49</sup> Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG), SR 642.14.

<sup>50</sup> Siehe, als Beispiel, im Kanton Tessin mit Art. 14a der Legge sulle tariffe per le operazioni nel Registro fondiario (LTOF) vom 16. Oktober 2006, RL 216.200.

<sup>51</sup> Vgl. auf Bundesebene das gesetzliche Kaufsrecht von Verwandten gemäss Art. 25 ff. BGBB.

<sup>52</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 452 ff.; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich 2022, N 1004.

<sup>53</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 456 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 54), N 1005.

<sup>54</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2451 und N 2486; BSK OR I-FASEL, Art. 216a N 3 f.

<sup>55</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 444 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 524), N 996 ff.; ETIENNE TRANDAFIR, Vente d'actions et droits de préemption immobiliers, in: MÜHLEMATTER/SEPPEY/ADAM/GAUTSCHI (Hrsg.), Festschrift KSG, 471 ff., 473.

<sup>56</sup> Z.B. im Miteigentums- und Baurechtsverhältnis (vgl. Art. 682 ZGB) oder nach Art. 42 ff., Art. 47 f. sowie Art. 49 BGBB.

<sup>57</sup> Verschiedentlich in kantonale Gesetze über die Wohnbau- und Wohneigentumsförderung sowie in kantonalen raumplanungsrechtlichen Erlassen. Besonders heikel sind die spezifischen gesetzlichen Vorkaufsrechte, welche im Kanton Genf im Zusammenhang mit der *Loi générale sur les zones de développement industriel ou d'activités mixtes (LZIAM) du 13 décembre 1984, L 1 45* sowie der *Loi générale sur le logement et la protection des locataires (LGL) du 4 décembre 1977, I 4 05* (siehe auch die ausführliche Kommentierung zu diesen spezifischen Vorkaufsrechten, insbesondere im Zusammenhang mit Aktienkaufverträge, bei TRANDAFIR (FN 55), 493 ff.; siehe auch ALEXANDER WYSS/ROLAND KÖCHLI, Vorkaufsrechte in Immobilientransaktionen, Jusletter vom 5. Dezember 2011, 2.

<sup>58</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2634; TRANDAFIR (FN 55), 483; WYSS/KÖCHLI (FN 57), 2.

<sup>59</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2634.

<sup>60</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2635; BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 681 N 14.

Vertragliche Vorkaufsrechte (vgl. Art. 216 ff. OR) beruhen hingegen auf einer individuellen Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Parteien.<sup>61</sup> Solche Rechte können für höchstens 25 Jahre vereinbart werden (vgl. Art. 216a OR).<sup>62</sup>

Der Vertrag zur Begründung eines Vorkaufsrechts (sog. limitiertes Vorkaufsrecht) bedarf zu seiner Gültigkeit grds. der öffentlichen Beurkundung (vgl. Art. 216 Abs. 2 OR bzw. Art. 78 Abs. 1 lit. b GBV). Vorkaufsverträge, die den Ausübungspreis nicht zum Voraus bestimmen (sog. unlimitierte Vorkaufsrechte), bedürfen hingegen lediglich der schriftlichen Form (vgl. Art. 216 Abs. 3 OR bzw. Art. 78 Abs. 3 GBV) und können auch als Nebenabreden in andere Verträge eingebettet werden (z.B. in Unternehmensverkaufs- oder Mietverträge).<sup>63</sup> Vertragliche Vorkaufsrechte können – müssen aber nicht – im Grundbuch vorgemerkt werden (vgl. Art. 216a OR i.V.m. Art. 959 ZGB).

#### b. Ausübung im Vorkaufsfall

Vorkaufsrechte – sei es gesetzliche oder vertragliche – können beim Eintritt eines sog. Vorkaufsfalles ausgeübt werden. Mit Ausnahme von Einzelheiten im Zwangsversteigerungsverfahren gilt die Definition des Vorkaufsfalles gemäss Art. 216c OR sowohl für vertragliche als auch gesetzliche (vgl. Art. 681 Abs. 1 ZGB) Vorkaufsrechte.<sup>64</sup> Bei vertraglichen Vorkaufsrechten können zudem die Kreise der Vorkaufsfälle rechtsgeschäftlich enger oder weiter definiert werden.<sup>65</sup> Gemäss der Legaldefinition von Art. 216c Abs. 1 OR kann ein Vorkaufsrecht geltend gemacht werden (sog. Vorkaufsfall), wenn das vorkaufsrechtsbelastete Grundstück verkauft wird sowie bei jedem anderen Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt.<sup>66</sup> Nicht als Vorkaufsfälle gelten – gemäss Art. 216c Abs. 2 OR – namentlich die Zuweisung an einen Erben in der Erbteilung, die Zwangsversteigerung und der Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Der Ausschluss der Zwangsversteigerung von den möglichen Tatbeständen eines Vorkaufsfalles gilt nicht für die gesetzlichen Vorkaufsrechte.<sup>67</sup>

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Aufzählung in Art. 216c Abs. 2 OR nicht abschliessend: es liegt kein Vorkaufsfall vor, «wenn das Geschäft nicht auf die wirtschaftliche Umsetzung und Verflüssigung des im Grundstück verkörperten Werts abzielt, sondern nur eine Vermögensumstrukturierung darstellt» oder «wenn das Geschäft nur unter der speziellen Berücksichtigung persönlicher Beziehungen abgeschlossen wird und mit einem Dritten nicht zum Tragen käme, oder wenn die Gegenleistung für die Eigentumsübertragung einen Inhalt hat, der nur gerade vom Käufer gegenüber dem Verkäufer erbracht werden kann».<sup>68</sup>

Nicht selten werden mehrere Grundstücke eines Immobilienportfolios im Rahmen einer einzigen Transaktion übertragen, und zwar mit einem Gesamtpreis, wobei nur einzelne Grundstücke Gegenstand eines Vorkaufsrechtes sind. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt ein Vorkaufsfall vor, wenn ein vorkaufsbelastetes Grundstück zusammen mit anderen Grundstücken, auf die sich das Vorkaufsrecht nicht bezieht, zu einem Gesamtpreis verkauft wird. Das Vorkaufsrecht kann zum Anteil am Kaufpreis ausgeübt werden, der nach dem Wertverhältnis auf das beanspruchte Grundstück entfällt.<sup>69</sup> Laut Bundesgericht «ändert [sich daran] nichts, wenn die verkauften Grundstücke nach der Verkehrsanschauung eine sog. Sachgesamtheit bilden, d.h. durch gemeinsame Zweckbestimmung zu einer wirtschaftlichen Einheit verbunden sind».<sup>70</sup> Zur Ausgestaltung des jeweiligen Übertragungsvertrages empfiehlt es sich ohnehin, nicht nur einem Gesamtpreis aller zu übertragenden Grundstücken, sondern die jeweiligen Einzelpreise – zumindest von denjenigen Grundstücken, welche vorkaufsbelastet sind – anzugeben (dies ist u.a. aus steuerlichen Gründen ohnehin nötig).<sup>71</sup>

Die Lehre hat die folgenden (kumulativen) Kriterien für die Annahme eines Vorkaufsfalles entwickelt<sup>72</sup> – wobei stets die Umstände des Einzelfalles sowie eine Gesamtbetrachtung der Transaktion massgebend sind:<sup>73</sup> (i) gültiger Übertragungsvertrag (ggf. in notarieller Urkunde);<sup>74</sup> (ii) Freiwilligkeit der Übertragung; (iii) entgeltliche Übertragung; (iv) Vorliegen einer von jedermann erbringbaren Gegenleistung (was z.B. bei der Ein-

<sup>61</sup> TRANDAFIR (FN 55), 478; Wyss/KÖCHLI (FN 57), 2.

<sup>62</sup> BSK OR I-FASEL, Art. 216a N 1.

<sup>63</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2401 f.; BSK OR I-FASEL, Art. 216 N 24 ff.

<sup>64</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2643; BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 681 N 3; TRANDAFIR (FN 55), 473.

<sup>65</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2396; BSK OR I-FASEL, Art. 216c N 3.

<sup>66</sup> Siehe auch Wyss/KÖCHLI (FN 57), 2.

<sup>67</sup> Gemäss Art. 681 Abs. 1 ZGB können gesetzliche Vorkaufsrechte auch bei der Zwangsversteigerung ausgeübt werden, aber nur an der Steigerung selbst und zu den Bedingungen, zu welchen das Grundstück dem Erstersteigerer zugeschlagen wird; im Übrigen können gesetzliche Vorkaufsrechte unter den Voraussetzungen geltend gemacht werden, die für die vertraglichen Vorkaufsrechte gelten. Siehe Wyss/KÖCHLI (FN 57), 3.

<sup>68</sup> Urteil des Bundesgerichtes 4A\_22/2010 vom 15. April 2010, E. 3.

<sup>69</sup> Urteil des Bundesgerichtes 5A\_1006/2015 vom 2. August 2016, E. 6.1.; vgl. auch BSK OR I-FASEL, Art. 216c N 9a.

<sup>70</sup> Urteil des Bundesgerichtes 5A\_1006/2015 vom 2. August 2016, E. 6.1.

<sup>71</sup> Wyss/KÖCHLI (FN 57), 3.

<sup>72</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2416 ff.; BSK OR I-FASEL, Art. 216c N 4 ff.; BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 681 N 5 ff.; vgl. VOGEL/GÜNTER (FN 45), 1046 ff.; FusG Handkommentar (FN 27), Art. 70 N 14f; siehe auch Wyss/KÖCHLI (FN 57), 3.

<sup>73</sup> Wyss/KÖCHLI (FN 57), 3.

<sup>74</sup> Dabei ist zu beachten, dass bei bedingt abgeschlossenen Verträgen ein Vorkaufsfall erst dann vorliegt, wenn die entsprechenden Bedingungen eingetreten sind und der Vertrag somit sämtliche Rechtsfolgen entfaltet.

bringung eines Grundstückes in eine Gesellschaft mittels Sacheinlage nicht gegeben ist);<sup>75</sup> und (v) Vorliegen einer durch Singularsukzession zu erfolgenden Eigentumsübertragung. Gerade letzterwähntes Kriterium stellt wohl das wichtige Abgrenzungsmerkmal bei der Qualifizierung einer Umstrukturierung(-sart) gemäss FusG als Vorkaufsfall dar.<sup>76</sup>

Bei Fusionen und Spaltungen – welche aus einer (vollständigen oder partiellen) Universalsukzession herrühren – wird der Charakter eines Vorkaufsfalles von der Lehre klar verneint.<sup>77</sup> Bei einer Vermögensübertragung hingegen ist die Lehre geteilt<sup>78</sup> und verfolgt zwei Ansätze:<sup>79</sup>

- Einerseits gibt es den sog. *Universalsukzessionsansatz*, wonach die Vermögensübertragung – abgesehen von Fällen des Rechtsmissbrauchs i.S.v. Art. 2 ZGB (z.B. bei isolierter Übertragung eines einzelnen Grundstücks) – nicht als Vorkaufsfall betrachtet wird.
- Andererseits vertreten die Befürworter des *Betriebsübergangsansatzes* die Meinung, eine Vermögensübertragung gemäss FusG stellt im Prinzip ein Vorkaufsfall dar, ausser wenn eigentliche Immobilienportfolios oder ein umfassender Unternehmensbetrieb gleichzeitig mitübertragen werden. Mit anderen Worten wäre bei der Übertragung einzelner Liegenschaften ohne gleichzeitige Übertragung eines Betriebs ein Vorkaufsfall zu bejahen.<sup>80</sup> Dieser Ansatz ist primär im Hinblick auf die Vermeidung von Rechtsmissbrauchsrisiken vertreten: Ohne diese schärfere Handhabung der Vermögensübertragung als Vorkaufsfall könnten die beteiligten Rechtsträger das Vorkaufsrecht eines Dritten leicht umgehen.

U.E. ist RÜEGG zu apodiktisch, wenn er bei allen Varianten der Universalsukzession einen Vorkaufsfall basierend auf einem wirtschaftlichen Verkauf prüfen und z.B. bei Fusionen (wo die Aktionäre der übertragenden die übernehmende Gesellschaft nicht beherrschen) immer einen Vorkaufsfall anwenden möchte.<sup>81</sup> Im Prinzip ist u.E. der

*Betriebsübergangsansatz* zu befürworten, wonach – im Einklang mit gewissen Autoren<sup>82</sup> – die vorausgesetzte (Mit-)Übertragung eines (Teil-)Betriebs bereits bei der Übertragung einer Immobilie mit Mehrfachnutzung oder einer Mehrzahl von Immobilien – samt dazugehörigem Zugehör, Miet-, Unterhalts- und Versicherungsverträgen usw. – anerkannt werden soll, d.h. von einem (Teil-)Vermögen bzw. eines organisch zusammenhängenden Komplexes von Aktiven und Passiven auszugehen ist.

Während der *Due Diligence*-Phase soll somit abgeklärt bzw. abgeschätzt werden, ob die geplante Transaktion als eine einen Vorkaufsfall nicht auslösende Übertragung eines ganzen Betriebes eingestuft werden kann, oder ob sie lediglich eine schlichte Übertragung von Immobilienpaketen oder wenigen, isolierten Grundstücken im Rahmen eines *Asset Deal* darstellt. Die im Einzelfall vorzunehmende Wertung ist oft nicht einfach und hängt teilweise von der Frage ab, ob die im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Betriebes mitzuübertragenden vorkaufsbelasteten Grundstücke «betriebsnotwendig» (z.B. eine Produktionsfabrik) sind oder nicht (z.B. ein im Portfolio als Kapitalanlage «historisch» gehaltenes Mehrfamilienhaus).<sup>83</sup>

*In dubio* (oder bei klarem Vorliegen eines Vorkaufsfalles) sollte präventiv ein separater Verzicht auf Ausübung der Vorkaufsrechte bei den jeweils Berechtigten eingeholt werden. Dabei ist aber zu beachten, dass der Verzicht oder die Abänderung von gesetzlichen Vorkaufsrechten – vor Eintritt des Vorkaufsfalles – zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedarf (vgl. Art. 681b Abs. 1 ZGB). Nach Eintritt des Vorkaufsfalles kann der Berechtigte hingegen mit einfacher Schriftlichkeit auf die Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts verzichten (vgl. Art. 681b Abs. 2 ZGB).<sup>84</sup> Diese letztgenannte Möglichkeit sollte aber eher selten angewendet werden, da die beteiligten Rechtsträger wohl in einem Frühstadium der Planung der Transaktion die nötige Sicherheit erhalten wollen. Sollte ein Verzicht bei den jeweils Berechtigten nicht möglich sein, verbleibt als einzige realistische Möglichkeit die Ausklammerung der vorkaufbelasteten Grundstücke aus dem Perimeter der Transaktion. Tatsächlich ist ein Abwarten auf den ungenutzten Ablauf der Ausübungsfrist zumindest bei den gesetzlichen Vorkaufsrechten eher unrealistisch: Bei den gesetzlichen Vorkaufsrechten kann der Vorkaufsberechtigte sein Recht innert dreier Monate seit Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Vertrages geltend machen, spätestens aber nach Ablauf von zwei Jahren seit der Eintragung des neuen Eigentümers in das Grundbuch (vgl. Art. 681a

<sup>75</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2427; BSK OR I-FASEL, Art. 216c N 9.

<sup>76</sup> Von besonders praktischer Relevanz, aber nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrages, ist die Frage, inwiefern der Verkauf aller oder der Mehrzahl der Anteile einer (Immobilien-)Gesellschaft einen Vorkaufsfall darstellt. Dazu wird auf die ausführliche Darstellung von TRANDAFIR (FN 55), 471 ff. verwiesen.

<sup>77</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2422; BSK OR I-FASEL, Art. 216c N 8; BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 681 N 6; vgl. VOGEL/GÜNTNER (FN 45), 1047; FusG Handkommentar (FN 27), Art. 70 N 14f; WYSS/KÖCHLI (FN 57), 5.

<sup>78</sup> CORRADO RAMPINI, Handänderung von Immobilien durch Vermögensübertragung, ST 2006, 164 ff, 168 f.; vgl. auch VOGEL/GÜNTNER (FN 45), 1046 ff.; FusG Handkommentar (FN 27), Art. 70 N 14f.; siehe auch WYSS/KÖCHLI (FN 57), 3.

<sup>79</sup> VOGEL/GÜNTNER (FN 45), 1046 ff.; FusG Handkommentar (FN 27), Art. 70 N 14f.

<sup>80</sup> Vgl. auch BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2422.

<sup>81</sup> JONAS RÜEGG, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken, Diss. Zürich 2014, N 693 ff.

<sup>82</sup> Vgl. VOGEL/GÜNTNER (FN 45), 1048 (m.w.H.).

<sup>83</sup> Siehe auch WYSS/KÖCHLI (FN 57), 4.

<sup>84</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2646 f.; BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 681b N 6.

ZGB).<sup>85</sup> Es ist selbstredend, dass diese Verzögerungen exzessiv transaktionshindernd sind.

### 3. Bewilligungsgesetz

#### 3.1. Einleitende Bemerkungen

Das BewG (auch als Lex Koller bekannt) stellt wohl im heutigen international verflochtenen Transaktionsmarkt das wichtigste Vollzugshindernis – im Sinne einer Verfügungsbeschränkung – im Zusammenhang mit Immobilientransaktionen dar. Dieses Gesetz bezweckt die Beschränkung des Erwerbs von in der Schweiz liegenden Grundstücken durch sog. «Personen im Ausland», um die Überfremdung des schweizerischen Bodens zu verhindern (vgl. Art. 1 BewG).<sup>86</sup> Um diesen Zweck zu erreichen, sieht das BewG ein System der Bewilligungspflicht vor: Für den – direkten und indirekten – Erwerb eines bewilligungspflichtigen Grundstückes in der Schweiz bedürfen Personen im Ausland (im Sinne von Art. 5 und Art. 6 BewG) einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde.<sup>87</sup>

Aus der Lex Koller resultiert ein Vollzugsverbot für Immobilientransaktionen: Rechtsgeschäfte über bewilligungspflichtige Erwerbe bleiben ohne rechtskräftige Bewilligung unwirksam (sog. Schwebezustand).<sup>88</sup> Massgeblich für die Beurteilung, ob eine Transaktion den Verfügungsbeschränkungen des BewG unterliegt, sind grundsätzlich die Verhältnisse im Zeitpunkt des Erwerbs.<sup>89</sup> Im Prinzip ist es unerheblich, ob sich das Grundstück bereits in ausländischem Eigentum befindet oder nicht. Die frühzeitige Entdeckung der möglichen aus der Lex Koller im Einzelfall resultierenden Hindernisse gehört zu den Hauptaufgaben des Rechtsberaters in der *Due Diligence*.

Besonders relevant in der Praxis ist die Ausnahme gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG für sog. Betriebsstätte-Grundstücke. Keiner Lex Koller Bewilligung bedürfen kommerziell genutzte Grundstücke, d.h. ständige Betriebsstätten eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerksbetriebes oder eines freien Berufes (z.B. Fabrikationsgebäude, Büros, Einkaufszentren, Hotels, Restaurants usw.).<sup>90</sup> Diese Grundstücke können auch als blosser Kapitalanlage erworben werden, d.h. zur Vermie-

tung an einen Dritten für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit (was u.a. auch sog. *Sale-and-Leaseback*-Transaktionen ermöglicht).<sup>91</sup> Mit Ausnahme von Hotelbetrieben<sup>92</sup> gilt die Erstellung, Vermietung oder das Handeln mit Wohnraum aber nicht als bewilligungsbefreites Betriebsstätte-Grundstück (vgl. Art. 3 BewG). Im Zusammenhang mit Aparthotels und ähnlichen «*hotelmässigen Bewirtschaftungen*» von Stockwerkseigentumseinheiten führt dies oft zu schwierigen Abgrenzungsfragen.<sup>93</sup> Keiner Lex Koller Bewilligung bedarf hingegen der Erwerb von angemessenen Landreserven für den mittelfristigen Ausbau des Unternehmens im Umfang von rund einem Drittel der gesamten Fläche (vgl. 18a Abs. 1 lit. c BewG). Schliesslich ist zu erwähnen, dass beim Erwerb von Betriebsstätte-Grundstücken (auch) durch Wohnanteilvorschriften vorgeschriebene Wohnungen oder dafür reservierte Flächen miterworben werden können.<sup>94</sup>

Im Zusammenhang mit FusG-Umstrukturierungen obliegt die materielle Prüfung der Anwendbarkeit der Lex Koller primär dem zuständigen Handelsregisteramt.<sup>95</sup> Kann der Handelsregisterführer die Bewilligungspflicht nicht ohne Weiteres ausschliessen, so setzt er das Verfahren aus und räumt dem Erwerber eine Frist von 30 Tagen ein, um die BewG-Bewilligung oder die Feststellung einzuholen, dass er keiner Bewilligung bedarf. Er weist die Anmeldung ab, wenn der Erwerber nicht fristgerecht handelt oder die Bewilligung verweigert wird (vgl. Art. 18 Abs. 1 und Abs. 2 BewG). Zur Vereinfachung der Überprüfung von einfachen bzw. übersichtlichen Verhältnissen stellen die verschiedenen Handelsregisterämter auf ihren jeweiligen Internetseiten Formulare zur Verfügung, welche von den anmeldenden Parteien auszufüllen und zu unterzeichnen sind. Mittels dieser Formulare legen die Parteien primär die von der BewG

<sup>85</sup> BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 681a N 4.

<sup>86</sup> SIMONE ALBISETTI, Erwerb von Grundeigentum durch Personen im Ausland, in: KOLLER (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Zürich 2017, 376 N 1 ff.; BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2652; CHRISTIAN BAUMGARTNER, Die nachträgliche Feststellung der Bewilligungspflicht für den Grundstückserwerb durch Personen im Ausland, BJM 2019, 81 ff., 85 f.

<sup>87</sup> Vgl. auch BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2652 ff.

<sup>88</sup> Art. 26 Abs. 1 BewG; ALBISETTI (FN 86), 406 ff. N 106 ff.

<sup>89</sup> Vgl. auch BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2656.

<sup>90</sup> ALBISETTI (FN 86), 380 ff. N 12 ff.

<sup>91</sup> ALBISETTI (FN 86), 382 N 17; BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2668.

<sup>92</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach «[Auch] Personalwohnungen [...] Wohnzwecken [dienen] und [...] keine Betriebsstätte dar[stellen]» (vgl. BGER 2C\_589/2020, Urteil vom 22. März 2021, E. 4).

<sup>93</sup> Siehe dazu insbesondere WÄGER FABIAN/RÜEGG ERNST, Das Konzept «Hotel-Wohnen» und die Lex Koller, BR 2013, 99 ff.

<sup>94</sup> Vgl. dazu aber die kürzlich ergangene, restriktive bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach der Miterwerbstatbestand von Art. 2 Abs. 3 BewG nur erfüllt werden kann, wenn die Wohnungen, die dem Betrieb des Unternehmens oder der Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG dienen, zeitgleich miterworben werden (vgl. BGER 2C\_325/2022, Urteil vom 21. Dezember 2023). Dies bedeutet, dass ein nachträglicher (Zu-) Erwerb (betriebsnotwendiger) Wohnungen nach dem Erwerb der Betriebsstätte somit unter dem Miterwerbstatbestand nicht möglich ist. Leider bleibt die Frage offen, welche maximale Quote von «*durch Wohnanteilvorschriften vorgeschriebenen*» Wohnungen im Rahmen von Art. 2 Abs. 3 BewG (noch) zulässig ist.

<sup>95</sup> Siehe BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2334 (für die Fusion), N 2345 (für die Aufspaltung) bzw. N 2352 (für die Abspaltung) sowie N 2360 (für die Vermögensübertragung). Vgl. für die Fusion SAMUEL MARBACHER, in: JÖRG/ GNOS/OLGIATI (Hrsg.), Mergers & Acquisitions, Basel 2022, 735 N 11.146.

ausgeklammerten Konstellationen offen und bestätigen, unter Androhung von administrativen, zivil- und strafrechtlichen Sanktionen, die Konformität der Transaktion mit den Einschränkungen der Lex Koller.

Auf eine vertiefte Darlegung der allgemeinen Prinzipien der Lex Koller wird an dieser Stelle bewusst verzichtet.<sup>96</sup> Nachfolgend werden einzig folgende Problempunkte behandelt: (i) ob bzw. wann eine Umstrukturierung gemäss FusG als Grundstückserwerb im Sinne der Lex Koller qualifiziert (siehe Ziff. II.3.2); sowie (ii) die Folgen der Bejahung einer Bewilligungspflicht für die geplante Transaktion (siehe Ziff. II.3.3).

### 3.2. Umstrukturierungen gemäss FusG als Grundstückserwerb?

#### a. Art. 1 Abs. 1 lit. b BewV – Im Allgemeinen

Gemäss Art. 4 BewG wird der Erwerbsbegriff nicht auf zivilrechtliche Eigentumserwerbe begrenzt. Stattdessen wird eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angewendet, wonach jedes Rechtsgeschäft zur Verschaffung der direkten oder indirekten tatsächlichen Verfügungsmacht erfasst wird.<sup>97</sup> Der Begriff des Erwerbs gemäss Art. 4 BewG wird ferner durch Art. 1 BewV geklärt. Als Grundstückserwerb gilt gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b BewV u.a. die Übernahme eines Grundstückes zusammen mit einem Vermögen oder Geschäft (Art. 181 OR) oder durch Fusion, Spaltung, Umwandlung oder Vermögensübertragung nach dem FusG, sofern sich dadurch die Rechte des Erwerbers an diesem Grundstück vermehren. Ausgenommen sind selbstverständlich Grundstücke, die nach Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG – als Betriebsstätte-Grundstücke – ohne Bewilligung erworben werden können.

<sup>96</sup> Zur Lex Koller im Allgemeinen: HANSPETER GEISSMANN/FELIX M. HUBER/THOMAS WETZEL, Grundstückserwerb in der Schweiz durch Personen im Ausland (von der Lex Friederich zur Lex Koller), Zürich 1998; URS MÜHLEBACH/HANSPETER GEISSMANN, Lex Friedrich Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Brugg/Baden 1986; BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2652 ff.; ALBISETTI (FN 86), 373 ff.; Bundesamt für Justiz, Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Merkblatt vom 1. Juli 2009; Bundesamt für Justiz, Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Wegleitung für die Grundbuchämter vom 1. Juli 2009.

Zur Lex Koller und Aktienkäufen/Share Deals: JOSEF CALEFF, Kaufverträge betreffend Immobiliengesellschaften, Mergers & Acquisitions XVIII, Zürich 2016, 145 ff.; RALPH MALACRIDA, Unternehmensübernahmen im Lichte der Lex Koller, AJP 1998, 1187; URS SCHENKER, Unternehmenskauf – Rechtliche und steuerliche Aspekte, Bern 2016, 542 ff.; RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/MATTHIAS WOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2021, 412 ff.; ROLF WATTER/YVES SCHNELLER, Umgang mit Vollzugs- und Übertragungshindernissen in M&A-Verträgen, Mergers & Acquisitions IX, Zürich 2007, 245 ff.; SIMONE ALBISETTI/ROCCO RIGOZZI, La legge sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero e le società immobiliari, in: Rivista Ticinese di diritto II-2018.

<sup>97</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2657; BAUMGARTNER (FN 86), 86 f.

Zu dieser Verordnungsbestimmung besteht keine klare und gefestigte Doktrin und Jurisprudenz.<sup>98</sup> Im Zusammenhang mit heiklen Sach- und Rechtslagen ist folglich zu empfehlen, rechtzeitig eine Vorprüfung mit der zuständigen Lex Koller Behörde, u.U. in Absprache mit dem zuständigen Handelsregisteramt (vgl. Art. 18 Abs. 2 BewG), vorzunehmen.

#### b. Art. 1 Abs. 1 lit. b BewV – Konkretisierungen

##### ba. Konzerninterne Übertragungen

Art. 1 Abs. 1 lit. b BewV schreibt als Tatbestandsvoraussetzung vor, dass ein Grundstückserwerb bei einer solchen Umstrukturierung erst dann vorliegt, «*sofern sich dadurch [d.h. durch den Vollzug der Umstrukturierung] die Rechte des Erwerbers an diesem Grundstück vermehren*». Diese ausdrückliche Tatbestandsvoraussetzung erlaubt daher unter gewissen Voraussetzungen gewisse Transaktionen gemäss FusG von der Bewilligungspflicht auszuklammern.<sup>99</sup>

Gemäss Praxis des Bundesamtes für Justiz wird aus Art. 1 Abs. 1 lit. b BewV *e contrario* ein möglicher Anwendungsfall einer bewilligungsfreien, konzerninternen Umstrukturierung abgeleitet, solange zwei Gesellschaften vollständig (oder zumindest mehrheitlich) durch die gleiche (ausländische) Muttergesellschaft gehalten bzw. beherrscht sind.<sup>100</sup>

##### bb. Weitere Ansätze im Zusammenhang mit nicht-konzerninternen Fusionen

In der Lehre werden verschiedene Ansätze zur möglichen Behandlung von Fusionen von Gesellschaften vertreten, welche nicht dem gleichen Konzern angehören. Im Folgenden werden mögliche Ansätze untersucht, welche – obwohl teilweise von der Doktrin angedeutet<sup>101</sup> – in der Praxis, soweit ersichtlich, nicht vertieft behandelt wurden. Vorab bleibt festzuhalten, dass die nachfolgend geschilderten Ansätze vorgängig mit der BewG-Bewilligungsbehörde zu besprechen sind und allenfalls eine BewG-Nichtunterstellungsverfügung einzuholen ist.

In der Lehre<sup>102</sup> wird auch die, u.E. vertretbare, Ansicht vertreten, dass bei einer Fusion die BewG-Ansätze ana-

<sup>98</sup> Vgl. ETIENNE TRANDAFIR, Lex Koller: acquisitions indirectes – SA, fonds de placement contractuel, SICAV, SCPC, fondation de placement, société immobilière, trust, Diss. Fribourg, Zürich 2019, 34 ff.

<sup>99</sup> Vgl. TRANDAFIR (FN 98), 37 ff.

<sup>100</sup> Vgl. Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz zur Änderung der Verordnung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland von 10. September 1997, ZBGR 79/1998, 56 ff.; TRANDAFIR (FN 98), 37 ff. Ein weiterer in der Doktrin anerkannter, möglicher bewilligungsfreier Tatbestand ist die Umwandlung einer Immobilien-GmbH in eine Immobilien-AG.

<sup>101</sup> Siehe MARBACHER (FN 95), 735 N 11.146 f; WATTER/SCHNELLER (FN 96), 250 f.

<sup>102</sup> MARBACHER (FN 95), 735 N 11.147; siehe auch WATTER/SCHNELLER (FN 96), 251.

log der Praxis bei einem Anteilsverkauf (sog. *Share Deal*) anzuwenden sind. Bei *Share Deal*-Transaktionen wird im Rahmen der Würdigung, ob ein Erwerbstatbestand gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG gegeben ist, aufgrund einer ganzheitlichen Betrachtung abgeklärt, ob es sich bei der zu übernehmenden Zielgesellschaft als Ganzes (ggbfs. konsolidiert auf Gruppen- bzw. Konzernebene)<sup>103</sup> um eine Immobiliengesellschaft im Sinne der Lex Koller handelt (wozu in der Lehre<sup>104</sup> verschiedene Kriterien<sup>105</sup> vorgeschlagen werden)<sup>106</sup>. Tatsächlich werden im Rahmen einer Fusion alle Aktiven und Passiven – kraft Universalsukzession (siehe dazu Art. 22 Abs. 1 FusG)<sup>107</sup> – als Ganzes dem übernehmenden Rechtsträger übertragen, was eine analoge Behandlung der Fusion mit einem *Share Deal* (wo indirekt das ganze Geschäft erworben wird) rechtfertigt.<sup>108</sup> Widrigenfalls wäre – wie richtigerweise von MARBACHER<sup>109</sup> hervorgehoben – eine Fusion mit einer ausländisch beherrschten Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz formell aus Lex Koller-Gründen zu untersagen, wenn die übertragende Gesellschaft ein dem BewG unterstehendes Grundstück hält, und dies, obwohl Letzteres im Vergleich zu den Gesamtaktiven, Umsatz und Gewinn des untergehenden Rechtsträgers unbedeutend ist.

Zudem schlägt MARBACHER<sup>110</sup> auch die interessante Alternative vor, dass – mangels weiterer Zulassungsgründe – die Fusion allenfalls auch in Analogie zu Art. 8 Abs. 2 BewG bewilligt werden könnte. Gemäss dieser Gesetzesbestimmung kann einem eingesetzten Erben, welcher der Bewilligungspflicht unterliegt (siehe auch Art. 7 lit. a BewG)<sup>111</sup> und keinen (weiteren) Bewilligungsgrund erfüllt, der Erwerb kraft Universalsukzes-

sion mit der Auflage bewilligt werden, das Grundstück innert zweier Jahre wieder zu veräussern.<sup>112</sup> Im Unterschied zu den im vorgehenden Absatz genannten Konstellationen wäre diesfalls das Verfahren auf die Einholung einer BewG-Bewilligung, und nicht einer BewG-Nichtunterstellungsverfügung, ausgerichtet. U.E. ist eine pauschale Analogie zum Erbfall jedoch nicht ausreichend, sondern es sollten, im Einzelfall angemessen darzulegende, wirtschaftliche und organisatorische Gründe vorliegen, welche eine solche Lösung gegenüber einer anderen Strukturierung (z.B. mit vorgezogener Ausgliederung der Grundstücke) zweckmässiger erscheinen würden. Dieser Ansatz würde es ermöglichen, die Fusion von Gesellschaften zu vollziehen, unabhängig davon, ob eine der beiden Gesellschaften – ggbfs. aus historischen Gründen – ein oder mehrere dem BewG unterliegende Grundstücke in ihrem Portfolio halten. Dem Zweckgedanken der Lex Koller (vgl. Art. 1 BewG) würde dies wohl nicht zuwiderlaufen, sofern die aus der Fusion resultierende Gesellschaft verpflichtet wäre, die «problematischen» Grundstücke binnen zwei Jahre wieder zu veräussern. Diese Frist (in begründeten Fällen von der Behörde erstreckbar) würde es der Gesellschaft erlauben, die zu verkaufenden Grundstücke im Rahmen eines optimal strukturierten Verkaufsprozesses zu vermarkten und einen möglichst marktkonformen Preis zu erzielen. Letzterer wäre u.E. keine Gesetzesumgehung bzw. kein unzulässiger oder spekulativer Gewinn (im Gegensatz zu Art. 12 lit. a bzw. Art. 27 Abs. 2 BewG), weil die Grundstücke vor der Fusion im rechtmässigen Eigentum einer der an der Fusion teilnehmenden Gesellschaften standen.

### 3.3. Bejahung einer Bewilligungspflicht: Folge für die geplante Transaktion

Sollte in der *Due Diligence* eine BewG-Bewilligungspflicht bejaht werden (oder zumindest als höchstwahrscheinlich erscheinen), kann die Transaktion nur aufgrund einer (rechtskräftigen) behördlichen BewG-Bewilligung vollzogen werden. Die Bewilligungsgründe sind einerseits im BewG selbst (vgl. Art. 8 BewG und Art. 3 ff. BewV), andererseits in kantonalen Ausführungserlassen (vgl. Art. 9 BewG) statuiert.<sup>113</sup> Die Lex Koller sieht nur in spezifischen Fällen die Möglichkeit einer Bewilligungserteilung vor, welche meistens eher technisch und grundsätzlich für «klassische» Immobiliengesellschaften nicht anwendbar sind.

<sup>103</sup> CALEFF (FN 96), 152; WATTER/SCHNELLER (FN 96), 249; MARBACHER (FN 95), 734 N 11.141; ALBISETTI/RIGOZZI (FN 96), 410 ff.

<sup>104</sup> Siehe u.a. CALEFF (FN 96), 150 ff.; WATTER/SCHNELLER (FN 96), 247 ff.; MARBACHER (FN 95), 731 ff. N 11.135 ff.; ALBISETTI/RIGOZZI (FN 96), 399 ff.

<sup>105</sup> Siehe dazu u.a. CALEFF (FN 96), 150 ff.; WATTER/SCHNELLER (FN 96), 247 ff.; MARBACHER (FN 95), 731 ff. N 11.135 ff.; ALBISETTI/RIGOZZI (FN 96), 399 ff. Das am meisten verwendete Kriterium ist die Analyse des Verhältnisses von den BewG-bewilligungspflichtigen Grundstücken zu den Gesamtaktiven der Zielgesellschaft (bzw. der Gruppe): Sollte dieses Verhältnis grösser als ein bestimmter Prozentsatz sein (wozu in der Lehre verschiedene Ansichten vertreten werden, welche zwischen 20%, 33.3% und sogar 50% variieren), wäre die Zielgesellschaft als Immobiliengesellschaft im Sinne der Lex Koller zu qualifizieren, mit der Folge, dass der Erwerb auch nur einer ihrer Aktien gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG bewilligungspflichtig ist.

<sup>106</sup> MARBACHER (FN 95), 735 N 11.147; siehe auch WATTER/SCHNELLER (FN 96), 250 f.

<sup>107</sup> Die Fusion wird mit der Eintragung ins Handelsregister rechts- wirksam. In diesem Zeitpunkt gehen alle Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft *von Gesetzes wegen* auf die übernehmende Gesellschaft über.

<sup>108</sup> MARBACHER (FN 95), 735 N 11.147; siehe auch WATTER/SCHNELLER (FN 96), 250 f.

<sup>109</sup> MARBACHER (FN 95), 735 N 11.147.

<sup>110</sup> MARBACHER (FN 95), 735 N 11.147.

<sup>111</sup> Gesetzliche Erben im Sinne des schweizerischen Rechts im Erbgang unterliegen nicht der BewG-Bewilligungspflicht.

<sup>112</sup> Die gesetzliche Ausnahme in Art. 8 Abs. 2 Satz 2 BewG im Falle einer engen schutzwürdigen Beziehung des Erben zum Grundstück ist für den vorliegenden Analogieschluss zur Fusion kaum von Relevanz.

<sup>113</sup> ALBISETTI (FN 86), 392 ff. N 50 ff.; BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2676; BAUMGARTNER (FN 89), 86. Die kantonalen Bewilligungsgründe sind im Zusammenhang mit Umstrukturierungen im Rahmen des FusG ohnehin nicht relevant.

Von praktischer Relevanz für Umstrukturierungen innerhalb einer (ausländisch beherrschten) Versicherungsgruppe ist die Regelung von Art. 8 Abs. 1 lit. b BewG: Ein Grundstückserwerb wird bewilligt, wenn das Grundstück als Kapitalanlage aus der Geschäftstätigkeit ausländischer und ausländisch beherrschter, in der Schweiz zugelassener Versicherungseinrichtungen dienen soll, sofern die allgemein anerkannten Anlagegrundsätze beachtet werden und der Wert aller Grundstücke des Erwerbers die von der Versicherungsaufsichtsbehörde als technisch notwendig erachteten Rückstellungen für das Schweizer Geschäft nicht übersteigt.<sup>114</sup>

Sollte kein passender Bewilligungsgrund greifen, kann die geplante Transaktion nicht vollzogen und muss anders umstrukturiert werden, was u.a. durch eine Ausgliederung bzw. einen Verkauf (sog. *Carve-out*) der BewG-bewilligungspflichtigen Grundstücke an Dritte vor Abwicklung der Umstrukturierung erfolgen kann.

#### 4. Bäuerliches Bodenrecht

##### 4.1. Einleitende Bemerkungen und Geltungsbereich des BGGB

###### a. Problematik

Weitere potenzielle Vollzugshindernisse bei der Übertragung von Immobilienpaketen und entsprechenden Immobilientransaktionen resultieren aus dem BGGB. Dieses Gesetz statuiert spezifische Erwerbsbeschränkungen für den Erwerb von landwirtschaftlichen Grundstücken bzw. landwirtschaftlichen Gewerben.<sup>115</sup>

Nachfolgend wird primär auf die – im 3. Titel des Gesetzes («*Öffentlich-rechtliche Beschränkungen des Verkehrs mit landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken*») geregelten – öffentlich-rechtlichen Beschränkungen beim Erwerb von landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken gemäss Art. 61 ff. BGGB (2. Kapitel des 3. Titel des Gesetzes) im Zusammenhang mit Umstrukturierungen gemäss FusG eingegangen. Weitere durchaus relevante, hier nicht näher behandelte Vollzugshindernisse ergeben sich aber auch aus den privatrechtlichen Beschränkungen des Verkehrs mit landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken (2. Titel des Gesetzes), u.a. beim gesetzlichen Vorkaufsrecht des Pächters gemäss Art. 47 BGGB (vgl. dazu auch Ziff. II.2 oben).<sup>116</sup>

Auf eine Analyse der Frage, inwiefern der Erwerb der Anteile einer Gesellschaft (sog. *Share Deal*) allenfalls den öffentlich-rechtlichen Beschränkungen gemäss Art. 61 ff.

BGGB unterliegt, wird an dieser Stelle verzichtet. Dazu wird auf die in der Lehre stark kritisierte junge Rechtsprechung des Bundesgerichtes<sup>117</sup> sowie auf die entsprechende Literatur verwiesen.<sup>118</sup>

###### b. Geltungsbereich des BGGB und empfohlene Prüfungsschritte

Sehr vereinfacht zusammengefasst gilt das BGGB für einzelne oder zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehörende landwirtschaftliche Grundstücke, die ausserhalb einer Bauzone nach Art. 15 des Raumplanungsgesetzes (RPG) liegen und für welche die landwirtschaftliche Nutzung zulässig ist.<sup>119</sup> Zudem ist das BGGB anwendbar in den in Art. 2 Abs. 2 BGGB (sog. erweiterter Geltungsbereich) aufgelisteten Fällen (u.a. auch für Grundstücke und Grundstücksteile mit landwirtschaftlichen Gebäuden und Anlagen, einschliesslich angemessenen Umschwungs, die in einer Bauzone liegen und zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören; vgl. dazu Art. 86 Abs. 1 lit. a BGGB). Von besonderer praktischer Tragweite ist, dass das Gesetz für Grundstücke von weniger als 15 Aren bzw. 1'500 m<sup>2</sup> Rebland oder 25 Aren bzw. 2'500 m<sup>2</sup> anderem Land, die nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören, nicht gilt.<sup>120</sup>

Im Zusammenhang mit der Übertragung von Grundstücken im Rahmen von Umstrukturierungen ist somit wichtig, im Voraus abzuklären, ob die betroffenen Grundstücke dem BGGB unterliegen. Bei der Prüfung einer allfälligen Anwendbarkeit der BGGB-Beschränkungen auf eine beabsichtigte Transaktion empfiehlt sich im Rahmen der *Due Diligence* in Anlehnung an HÄUSLER<sup>121</sup> die folgende Vorgehensweise – ohne Anspruch auf Vollständigkeit:

- Zuerst gilt es die Nutzungszone durch Überprüfung des Nutzungs- bzw. Zonenplans (auch Bau- und Zonenordnung bzw. BZO) der jeweiligen Gemeinde abzuklären. Vorbehaltlich der Prüfung der Spezialtatbestände von Art. 2 Abs. 2 BGGB (welche zum Teil auch für Grundstücke innerhalb der Bauzone gelten), interessieren vorliegend primär diejenigen Grundstücke, welche sich ausserhalb der Bauzone gemäss Art. 15 RPG bzw. in der Landwirtschaftszone gemäss Art. 16 RPG befinden. Zugleich ist auch zu prüfen, ob das Grundstück einer landwirtschaftlichen Nutzung überhaupt zugänglich ist (vgl. Art. 6 Abs. 1

<sup>117</sup> BGE 140 II 233.

<sup>118</sup> Siehe dazu RAMPINI CORRADO, Die Bewilligungspflicht nach bäuerlichem Bodenrecht bei Unternehmenskäufen, BGE 140 II 233 – «Bad cases make bad law» oder «Sturm im Wasserglas»?; GesKR 2/2015, 286 ff.; siehe auch FRANZ A. WOLF, Landwirtschaftliches Grundeigentum bei der Einbringung in juristische Personen und beim Erwerb von Anteilsrechten an Kapitalgesellschaften, Kommentar zu BGE 140 II 233, Jusletter 13. Oktober 2014.

<sup>119</sup> RAMPINI (FN 118), 286; HÄUSLER (FN 116), 2.

<sup>120</sup> Art. 2 Abs. 3 BGGB; Komm. BGGB-STALDER (FN 115), Art. 61 N 5; vgl. RAMPINI (FN 118), 286.

<sup>121</sup> HÄUSLER (FN 116), 2 ff.

<sup>114</sup> Vgl. Art. 19 Abs. 1 lit. b BewV zur präventiven Stellungnahme der FINMA.

<sup>115</sup> BEAT STALDER, Art. 61 N 1, in: Schweizerischer Bauernverband Treuhand und Schätzungen (Hrsg.), Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGGB, 2. Aufl., Brugg 2011.

<sup>116</sup> Siehe dazu HÄUSLER MARC, Verkannte Problematik des BGGB bei Konzernumstrukturierungen, Jusletter 8. Juni 2009, 3 f.

BGGB, was z.B. nicht der Fall wäre, wenn ein Parkplatz oder eine Deponie darauf liegen würde).

- In einem zweiten Schritt empfiehlt es sich, die Grösse der betroffenen Grundstücke durch eine Überprüfung der Grundbuchauszüge abzuklären. Entscheidend ist, ob diese Grundstücke grösser oder kleiner als die Schwellenwerte von 15 Aren bzw. 1'500 m<sup>2</sup> Rebland oder 25 Aren bzw. 2'500 m<sup>2</sup> anderem Land sind. Die Grundbuchauszüge liefern zum Teil auch weitere wertvolle Informationen, u.a. über registrierte Anmerkungen betreffend die (Nicht-)Unterstellung des jeweiligen Grundstückes unter das BGGB (vgl. Art. 86 BGGB).
- Sollte ein Grundstück kleiner als die oben beschriebenen Schwellenwerte sein, müsste schliesslich überprüft werden, ob dieses zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gemäss Art. 7 f. BGGB gehört. Im Falle der Verneinung der Zugehörigkeit zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe wäre die Transaktion – vorbehaltlich der Spezialtatbestände von Art. 2 Abs. 2 BGGB – aus BGGB-Sicht unproblematisch. In diesem Fall empfiehlt HÄUSLER<sup>122</sup> u.E. zu Recht, die Nicht-Anwendbarkeit des BGGB im Übertragungsvertrag selbst aufzunehmen.

#### 4.2. Bewilligungspflicht im Allgemeinen

Der Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder eines landwirtschaftlichen Grundstücks untersteht einer BGGB-Bewilligungspflicht.<sup>123</sup> Rechtsgeschäfte wie z.B. Übertragungsverträge, die der Bewilligungspflicht bzw. den Bestimmungen über den Erwerb von landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken (Art. 61–69 BGGB) zuwiderlaufen oder deren Umgehung bezwecken, sind nichtig (siehe Art. 70 BGGB). Gleich wie bei der Lex Koller wird beim Erwerbsbegriff nach BGGB das Prinzip der wirtschaftlichen Betrachtungsweise angewendet: Gemäss Art. 61 Abs. 3 BGGB gilt als Erwerb die Eigentumsübertragung sowie jedes andere Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einer Eigentumsübertragung gleichkommt (d.h. sowohl direkte als auch indirekte Erwerbsarten).

Gemäss Art. 61 Abs. 2 BGGB besteht ein Rechtsanspruch auf die BGGB-Bewilligung seitens der zuständigen kantonalen Behörde (siehe Art. 80 BGGB), wenn kein Verweigerungsgrund vorliegt. Gemäss Art. 63 BGGB wird die Bewilligung verweigert wenn: (i) der Erwerber nicht Selbstbewirtschafter<sup>124</sup> ist (vgl. die Ausnahmen zum Prinzip der Selbstbewirtschaftung in Art. 64 BGGB)<sup>125</sup>;

(ii) ein übersetzter Preis vereinbart wurde (vgl. Art. 66 BGGB für die Definition des «übersetzten Erwerbspreises», sowie Art. 63 Abs. 2 BGGB betreffend Ausnahmen für den Erwerb in einem Zwangsvollstreckungsverfahren); oder (iii) das zu erwerbende Grundstück ausserhalb des ortsüblichen Bewirtschaftungsbereichs des Gewerbes des Erwerbers liegt. Vorgenanntes macht deutlich, dass es für juristische Personen meist *de facto* unmöglich bzw. undenkbar ist, eine BGGB-Erwerbsbewilligung zu erhalten, da diese – vor allem in «normalen» M&A-Transaktionen – selten landwirtschaftliche Betriebe führen.<sup>126</sup>

Art. 62 BGGB enthält einen Ausnahmenkatalog betreffend Erwerbskonstellationen, die keiner Bewilligung bedürfen (u.a. beim Erwerb durch einen Mit- oder Gesamteigentümer oder durch die Ausübung eines gesetzlichen Kaufs- oder Rückkaufsrechts).<sup>127</sup> Für den vorliegend bedeutsamen Ausnahmetatbestand im Zusammenhang mit Umstrukturierungen gemäss FusG (vgl. Art. 62 lit. g BGGB) wird auf Ziff. II.4.3b unten verwiesen. *In dubio* besteht die Möglichkeit, eine Feststellungsverfügung bei der Bewilligungsbehörde einzuholen (Art. 84 BGGB).

#### 4.3. Umstrukturierungen gemäss FusG im Besonderen

##### a. Qualifizierung als BGGB-bewilligungspflichtigen Erwerbstatbestand

Befinden sich in den Aktiven der übertragenden Rechtsträgerin im Rahmen einer Umstrukturierung gemäss FusG ein landwirtschaftliches Gewerbe oder landwirtschaftliche Grundstücke, ist ein BGGB-bewilligungspflichtiger Erwerbstatbestand im Prinzip zu bejahen. In diesem Zusammenhang besteht aber eine praxisrelevante Ausnahme gemäss Art. 62 lit. g BGGB, welche die Anwendbarkeit der BGGB-Bewilligungspflicht auf Fu-

Grund nachweist (vgl. Art. 64 Abs. 1 BGGB). HÄUSLER (FN 116), 2, vertritt u.E. zu Recht (siehe aber die teilweise gegenteilige Auffassung von Komm. BGGB-STALDER, Art. 64 N 6) die Auffassung, dass bei einer Umstrukturierung innerhalb desselben Konzerns – wenn sich in wirtschaftlicher Hinsicht die Eigentumsverhältnisse an den betroffenen dem BGGB unterstehenden Grundstücke nicht ändern – ein möglicher Anwendungsfall einer Ausnahme zum Erfordernis der Selbstbewirtschaftung aus wichtigem Grund greifen soll (was aber nicht gleichzeitig von der Pflicht zur Einhaltung des zweiten Verweigerungsgrunds gemäss Art. 63 Abs. 1 lit. b BGGB befreit – d.h. das Verbot eines übersetzten Preises gemäss Art. 66 BGGB). Weitere in der Praxis u.a. relevante Ausnahmen vom Erfordernis der Selbstbewirtschaftung aus wichtigem Grund, wenngleich für Umstrukturierungen gemäss FusG eher nicht relevant, sind die folgenden gesetzlich erwähnte Fälle: (i) wenn trotz öffentlicher Ausschreibung zu einem nicht übersetzten Preis gemäss Art. 66 BGGB kein Angebot eines Selbstbewirtschafters vorliegt (siehe Art. 64 Abs. 1 lit. f BGGB); und (ii) wenn ein Gläubiger, der ein Pfandrecht am Gewerbe oder am Grundstück hat, dieses in einem Zwangsvollstreckungsverfahren erwirbt (siehe Art. 64 Abs. 1 lit. g BGGB).

<sup>122</sup> HÄUSLER (FN 116), 2.

<sup>123</sup> Komm. BGGB-STALDER (FN 115), Art. 61 N 1 ff.; RAMPINI (FN 118), 286; HÄUSLER (FN 116), 2 f.

<sup>124</sup> Selbstbewirtschafter ist, wer den landwirtschaftlichen Boden selber bearbeitet und, wenn es sich um ein landwirtschaftliches Gewerbe handelt, dieses zudem persönlich leitet (vgl. Art. 9 BGGB).

<sup>125</sup> Bei fehlender Selbstbewirtschaftung – im Sinne einer Ausnahme – ist die Bewilligung zu erteilen, wenn der Erwerber einen wichtigen

<sup>126</sup> HÄUSLER (FN 116), 2 f.

<sup>127</sup> Komm. BGGB-STALDER (FN 115), Art. 62 N 1 ff.



sionen und Spaltungen gemäss FusG zum Teil erheblich einschränkt (siehe Ziff. II.4.3b unten).<sup>128</sup>

Gemäss einem Teil der Lehre ist die Ausnahmebestimmung von Art. 62 lit. g BGG bei einer Vermögensübertragung gemäss FusG (siehe sogleich Ziff. II.4.3b unten) nicht anwendbar<sup>129</sup>. Ein anderer Teil der Lehre befürwortet jedoch eine Ausnahme für konzerninterne Vermögensübertragungen<sup>130</sup>. Letzterer Auffassung ist u.E. beizupflichten, weil Konzernübertragungen grundsätzlich – und vorbehaltlich eines Rechtsmissbrauchtatbestands – eine reine Umschichtung von Vermögen innerhalb der Gruppe darstellen.

Ebenfalls umstritten ist die Rechtslage bei Umwandlungen gemäss FusG. Die Lehre ist diesbezüglich geteilt: Einige Autoren bejahen das Vorliegen einer BGG-Bewilligungspflicht im Zusammenhang mit Umwandlungen,<sup>131</sup> während sich andere Autoren für eine Bewilligungsfreiheit mit dem Hinweis aussprechen, dass keine (d.h. auch keine wirtschaftliche) Handänderung vorliegt.<sup>132</sup> U.E. ist letzterer Lehrmeinung beizupflichten, zumindest für die sog. formwechselnde Umwandlung, wonach eine Gesellschaft lediglich ihr rechtliches Gewand wechselt, aber im Übrigen ihre rechtliche und wirtschaftliche Identität wahr: es werden keine Rechte und Pflichten übertragen und es wird keine neue Gesellschaft gegründet.<sup>133</sup>

#### b. Ausnahmetatbestand von Art. 62 lit. g BGG

Gemäss Art. 62 lit. g BGG bedarf der Übergang von Eigentum durch Fusion oder Spaltung nach dem FusG keiner Bewilligung, wenn die Aktiven des übertragenden oder übernehmenden Rechtsträgers nicht zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus

landwirtschaftlichen Grundstücken bestehen.<sup>134</sup> Dieser Ausnahmetatbestand bezweckt primär, im Einklang mit den Zielen des FusG, die Anpassung der rechtlichen Struktur von Unternehmen zu erleichtern bzw. nicht an BGG-Hindernissen scheitern zu lassen. Als Korrektur des Wortlauts dieser Norm wird in der Lehre teilweise postuliert, dass die Befreiung von der Bewilligungspflicht erst dann greifen sollte, wenn *sowohl* die Aktiven des übertragenden *wie auch* jene des übernehmenden Rechtsträgers nicht zur Hauptsache aus landwirtschaftlichen Gewerben oder Grundstücken bestehen.<sup>135</sup> Letztere Auffassung ist u.E. im Sinne einer vorsichtigen Planung zu befolgen, wenn man eine Feststellungsverfügung nicht beantragen will oder kann.

Wichtig ist es somit, den unbestimmten Rechtsbegriff «zur Hauptsache» zu konkretisieren, was eine Einzelfallbeurteilung aufgrund sämtlicher Umstände, im Lichte des Zwecks des Unternehmens sowie der Art und des Ausmasses der übrigen den beteiligten Rechtsträgern gehörenden Vermögensteile erfordert.<sup>136</sup> In der Lehre wird mehrheitlich anerkannt, dass der Begriff «zur Hauptsache» erst dann gegeben ist, wenn der Anteil des landwirtschaftlichen Vermögens eher bei 100% als bei 50% der Gesamtaktiven liegt (d.h. dass andere bedeutende Aktiven bzw. Vermögensteile vorhanden sind).<sup>137</sup> Dem ist u.E. zuzustimmen.

Eine Bewilligungspflicht wird u.a. verneint, wenn – bei einer Abspaltung – nicht-landwirtschaftliches Vermögen abgespalten und auf einen neuen Rechtsträger übertragen wird, wogegen das landwirtschaftliche Grundeigentum beim übertragenden Rechtsträger bzw. bisherigen Gesellschaft verbleibt. In diesem Fall wird eine (sachenrechtliche oder wirtschaftliche) Übertragung i.S.v. Art. 61 Abs. 3 BGG bzgl. des landwirtschaftlichen Grundeigentums verneint.<sup>138</sup>

## 5. Umweltschutzrechtliche Analyse

### 5.1. Einleitende Bemerkungen

Ein bedeutendes Thema bei der Übertragung von Immobilien stellen allfällige umweltschutzrechtliche Problematiken dar. Bei der Übertragung von kommerziellen Grundstücken (insbesondere im Zusammenhang mit – alten oder noch in Betrieb stehenden – Produktions- bzw. Industriestandorten) empfiehlt sich eine technische bzw. umweltschutzrechtliche *Due Diligence*-Prüfung

<sup>128</sup> Komm. BGG-B-STALDER (FN 115), Art. 61 N 18.

<sup>129</sup> Komm. BGG-B-STALDER (FN 115), Art. 61 N 18 sowie Art. 62 N 30a. Gemäss HÄUSLER (FN 116), 3, wird die Nichterwähnung des Tatbestands der Vermögensübertragung gemäss Art. 69 ff. FusG mit dem Missbrauchspotential und der Umgehungsgefahr erklärt, was aber – für Umstrukturierung innerhalb des gleichen Konzerns, wo wirtschaftlich betrachtet kein eigentlicher Eigentumsübergang vorliegt – zu einer schwierig nachvollziehbaren Ungleichbehandlung im Vergleich zur Spaltung nach FusG führt.

<sup>130</sup> WOLF (FN 118), 10; siehe auch HÄUSLER (FN 116), 3.

<sup>131</sup> Vgl. Komm. BGG-B-STALDER (FN 115), Art. 61 N 18, wonach aufgrund der Beschränkung der Ausnahmetatbestände in Art. 62 lit. g BGG einzig auf die Fusion und die Spaltung davon auszugehen ist, dass [auch] die Umwandlung gemäss Art. 53 ff. FusG bewilligungspflichtig ist. Dies lässt sich dadurch rechtfertigen, dass die Änderung der Rechtsform die Voraussetzung der Selbstbewirtschaftung gemäss Art. 9 BGG beschlägt und damit behördlicher Kontrolle bedarf. Vgl. auch Komm. BGG-B-STALDER (FN 115), Art. 62 N 30a.

<sup>132</sup> WOLF (FN 118), 10.

<sup>133</sup> Vgl. BSK FusG-LAMBERT/HASLER, Art. 53 N 9, wonach bei der sog. *formwechselnden Umwandlung* im Unterschied zur sog. *übertragenden Umwandlung* keine Rechte und Pflichten übertragen werden und damit keine neue Gesellschaft gegründet wird. Eine sog. *formwechselnde Umwandlung* findet nach FusG bei jeder Umwandlung von einer juristischen Person in eine andere Körperschaft statt (z.B. bei der Umwandlung einer GmbH in eine AG).

<sup>134</sup> Komm. BGG-B-STALDER (FN 115), Art. 62 N 30a und N 30b; WOLF (FN 118), 9; vgl. FRIEDRICH (FN 8), 555.

<sup>135</sup> RAMPINI (FN 118), 292.

<sup>136</sup> Komm. BGG-B-STALDER (FN 115), Art. 62 N 30a und N 30b.

<sup>137</sup> Komm. BGG-B-STALDER (FN 115), Art. 62 N 30a (für die Fusion) und N 30b (für die Ab- sowie Aufspaltung). Im Ergebnis sei der Begriff in Anlehnung an die Grundsätze von Art. 4 Abs. 2 BGG auszulegen.

<sup>138</sup> Komm. BGG-B-STALDER (FN 115), Art. 62 N 30b.

durch darauf spezialisierte Firmen, welche insbesondere eine umfassende Analyse des Bodens sowie der Gebäudesubstanz (mit Vor-Ort-Stichprobenanalysen) durchführen.

Im Rahmen der von Anwälten durchzuführenden klassischen *Legal-Due Diligence* werden umfassende umweltrechtliche Analysen in der Regel vom Prüfungsbereich ausgeklammert. Allerdings gehört es zur Aufgabe einer *Legal-Due Diligence*, den Klienten auf mögliche Problematiken hinzuweisen und bei Bedarf externe Experten beizuziehen. Bei der *Legal-Due Diligence* sollten somit zumindest die wichtigsten umweltschutzrechtlichen Problematiken bzw. Transaktionshindernisse erkannt werden. Neben einer Überprüfung von allfälligen von Fachfirmen erstellten, technischen Berichten (u.a. Schadstoffgutachten), sollte sich die Analyse eines Rechtsberaters zumindest auf die Prüfung allfälliger Eintragungen im öffentlich zugänglichen kantonalen Kataster der belasteten Standorte (vgl. Art. 32c Abs. 2 USG) erstrecken. Dadurch kann ein besseres Verständnis für die potentiell betroffenen Themen erlangt werden. In diesem Zusammenhang gilt es aber zu beachten, dass der Umstand, dass ein Grundstück nicht im kantonalen Kataster der belasteten Standorte eingetragen ist, lediglich darauf hinweist, dass den Behörden keine Verunreinigungen auf dem betreffenden Grundstück bekannt sind, aber nicht das Fehlen allfälliger dennoch tatsächlich vorhandenen Verunreinigungen bezeugt. Bei besonderen Verdachtsfällen (insbesondere bei grossen Betriebs- bzw. Produktionsstandorten oder Chemiefabriken) ist dem Klienten bzw. der übernehmenden Rechtsträgerin wohl zu empfehlen, eine spezifische technische bzw. umweltschutzrechtliche *Due Diligence* durchführen zu lassen.

Dieses Kapitel befasst sich ausschliesslich mit spezifischen altlastenrechtlichen Thematiken, welche im Zusammenhang mit der Übertragung von Grundstücken von grosser praktischer Relevanz sind. Für weitere, u.U. auch relevante Themen, wie z.B. Gewässerschutzrecht sowie Abfallrecht im Allgemeinen, wird auf die spezifische Literatur verwiesen.<sup>139</sup> Auf eine vertiefte Darlegung der allgemeinen altlastenrechtlichen Prinzipien, insbesondere auf die Ermittlung, Überwachung sowie Sanierung von belasteten Standorten, wird an dieser Stelle ebenfalls bewusst verzichtet. Nachfolgend werden primär folgende Punkte behandelt: (i) Wichtige Begrifflichkeiten im Zusammenhang mit dem Altlastenrecht; (ii) Grundlegendes zum Kataster der belasteten Standorte; (iii) Bewilligungspflicht bei der Veräusserung oder Teilung von im Kataster der belasteten Standorte eingetragenen Grundstücke, mit besonderem Fokus auf Umstrukturierungen gemäss FusG; sowie (iv) potenzielle Kostentragsfolgen.

## 5.2. Wichtige Begrifflichkeiten

Das Umweltschutzgesetz (USG) und die Altlasten-Verordnung (AltIV) enthalten einige wichtige Begrifflichkeiten, deren Kenntnis für das Verständnis des Altlastenrechts sowie für eine korrekte Vertragsgestaltung von Übertragungsverträgen unentbehrlich ist.

Gemäss Art. 7 Abs. 6 USG sind *Abfälle* bewegliche Sachen, deren sich der Inhaber entledigt (sog. subjektiver Abfallbegriff) oder deren Entsorgung im öffentlichen Interesse geboten ist (sog. objektiver Abfallbegriff)<sup>140</sup>.

*Belastete Standorte* sind Orte, deren Belastung von Abfällen stammt und die eine beschränkte Ausdehnung aufweisen (Art. 2 Abs. 1 AltIV). Sie umfassen (im Sinne einer abschliessenden<sup>141</sup> Auflistung der Standorttypen) Ablagerungsstandorte, Betriebsstandorte sowie Unfallstandorte. Der einzelne Standort kann ein ganzes Grundstück, lediglich eine Teilfläche eines Grundstückes oder gar mehrere zusammenhängende Grundstücke betreffen<sup>142</sup>.

*Altlasten* sind qualifizierte belastete Standorte, wobei nur *sanierungsbedürftige* belastete Standorte erfasst sind (Art. 2 Abs. 3 AltIV). Letzteres trifft zu, wenn die belasteten Standorte zu schädlichen oder lästigen Einwirkungen führen oder wenn die konkrete Gefahr besteht, dass solche Einwirkungen entstehen (Art. 2 Abs. 2 AltIV). Abzugrenzen sind bzw. *nicht* als Altlast gelten räumlich beschränkte Schadstoffbelastungen, die sich *nicht* im Boden, *sondern in einem Gebäude* befinden (wie z.B. Asbest).<sup>143</sup>

Diese Begrifflichkeiten dienen nicht nur dem Verständnis des Abfallrechts sowie der damit verbundenen Massnahmen. Vielmehr sind sie unentbehrliches Basiswissen für den Transaktionsanwalt, um die beabsichtigten Regelungen in Vertragsklauseln auszudrücken. Besonders relevant mag dies bei Gewährleistungen sein: Je nach Käufer- oder Verkäuferposition mag es einen grossen Unterschied machen, ob der Übertragende einzig gewährleistet, dass keine Altlasten bestehen, oder ob auch zugesichert wird, dass keine belasteten Standorte oder andere Belastungen des Bodens existieren (und schliesslich auch, ob diese Zusicherung einzig auf den Boden beschränkt wird, oder auch Substanzen in Gebäuden, wie z.B. Asbest, erfasst).

<sup>140</sup> Vgl. BGer 1C\_609/2014, Urteil vom 3. August 2015, E. 2.2.

<sup>141</sup> Vgl. BGer 1C\_609/2014, Urteil vom 3. August 2015, E. 2.2 sowie E. 2.8.

<sup>142</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2726.

<sup>143</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 234 N 731; siehe auch BGE 136 II 142, E. 3.2, wonach Gebäude mit asbesthaltigen Bauteilen keine Ablagerungs-, Betriebs- bzw. Unfallstandorte gemäss Art. 2 Abs. 1 AltIV darstellen.

<sup>139</sup> Im Allgemeinen siehe BEATRICE WAGNER PFEIFER, Umweltrecht – Besondere Regelungsbereiche, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

### 5.3. Grundlegendes zum Kataster der belasteten Standorte (KbS)

Sämtliche Kantone sind verpflichtet, einen öffentlich zugänglichen Kataster der belasteten Standorte (sog. KbS) zu erstellen (Art. 32c Abs. 2 USG). Letzter kann auf den jeweiligen kantonalen GIS-Portalen sowie im ÖREB-Kataster nachgeschlagen werden. Die jeweils zuständige kantonale Behörde kann (muss aber nicht) im Grundbuch auf dem betroffenen Grundstück die Eintragung im Kataster anmerken lassen (Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 4 USG). Sie trägt diejenigen Standorte in den Kataster ein, bei denen feststeht oder mit grosser Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass sie belastet sind (Art. 5 Abs. 3 AltIV).

Die einzutragenden belasteten Standorte werden in folgende Kategorien eingeteilt: (i) Standorte, bei denen *keine* schädlichen oder lästigen Einwirkungen zu erwarten sind (Art. 5 Abs. 4 lit. a AltIV) sowie (ii) Standorte, bei denen *untersucht* werden muss, *ob* sie überwachungs- oder sanierungsbedürftig sind (Art. 5 Abs. 4 lit. b AltIV). Im Anschluss an eine Voruntersuchung (Art. 7 AltIV) beurteilt die Behörde, ob der belastete Standort *überwachungs-* oder *sanierungsbedürftig* ist (Art. 8 Abs. 1 sowie Art. 9–12 AltIV). Im Kataster wird somit angegeben, ob ein belasteter Standort (i) *überwachungsbedürftig*, (ii) *sanierungsbedürftig* (Altlast) oder (iii) *weder überwachungs- noch sanierungsbedürftig* ist (Art. 8 Abs. 2 AltIV).

### 5.4. Bewilligungspflicht für Grundbuchgeschäfte als Folge der Eintragung im Kataster der belasteten Standorte

#### a. Tatbestand der Bewilligungspflicht

Die *Teilung* (bzw. *Parzellierung*) oder *Veräusserung* eines Grundstücks, auf dem sich ein im Kataster der belasteten Standorte eingetragener Standort befindet, bedarf der Bewilligung der Behörde (Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 USG). Diese Bewilligungspflicht stellt eine gesetzliche Verfügungsbeschränkung des öffentlichen Rechts dar. Der Zweck dieser Bewilligungspflicht besteht grundsätzlich darin, das Risiko einer Ausfallhaftung des Gemeinwesens (Art. 32d Abs. 3 USG) zu minimieren, sodass sich der Verursacher einer Bodenbelastung seinen finanziellen Pflichten (Art. 32 Abs. 1 USG) nicht durch privatrechtliche Rechtsgeschäfte (Veräusserung- und Teilungsgeschäfte) oder gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen entziehen kann.<sup>144</sup>

Das alternative Tatbestandsmerkmal der *Teilung* ist meist unstrittig und ist im Grundsatz in Art. 974a ZGB geregelt.<sup>145</sup> Auslegungsbedürftig ist hingegen der Begriff der *Veräusserung*. Gemäss der wohl herrschenden Lehre fallen darunter Veräusserungsgeschäfte wie Verkauf, Tausch, Schenkung, Sacheinlagen, Abgeltung güterrecht-

licher Ansprüche, Erbteilung, Ausrichtung von Vermächtnissen, Veräusserung von Miteigentumsanteilen (inkl. Stockwerkeigentumseinheiten) sowie Ausübung (im Unterschied zur Begründung) von Kauf-, Vorkauf- bzw. Rückkaufsrechten. Fälle des ausserbuchlichen Grundstückserwerbs gemäss Art. 656 Abs. 2 ZGB – wie Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung sowie gerichtliches Urteil – werden von Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 USG nicht erfasst.<sup>146</sup> Im Einzelfall auszulegen ist die Frage, ob die Begründung von beschränkten dinglichen Rechten am Grundstück als Veräusserung gemäss Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 USG zu qualifizieren ist.<sup>147</sup>

Ebenfalls als *Veräusserung* im Sinne von Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 USG gelten grundsätzlich die Grundstückübertragungen bei Umstrukturierungen gemäss FusG. In diesem Zusammenhang wird jedoch von der Lehre anerkannt, dass das Handelsregisteramt das Vorliegen einer Bewilligung nach 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 USG nicht zu prüfen hat: Der Erhalt der Bewilligung liegt somit in der Verantwortung der anmeldenden Person (vgl. auch Art. 128 HRegV).<sup>148</sup> Die Folgen eines Verstosses gegen die Pflicht zur Einholung der Bewilligung sind – angesichts der für Umstrukturierungen gemäss FusG deklaratorischen Wirkung eines Grundbucheintrages – nicht restlos geklärt.<sup>149</sup> Die kantonalen Praxen können aber teilweise divergieren, indem einige Kantone – wie beispielsweise der Kanton Tessin<sup>150</sup> – vorschreiben, dass die Bewilligung gemäss Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 USG der Handelsregisteranmeldung beizulegen ist.

Die Doktrin ist sich hingegen einig, dass sog. *Share Deal* – selbst wenn sie Immobiliengesellschaften betreffen – *nicht* der Bewilligungspflicht gemäss Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 USG unterliegen, da keine grundbuchliche Anpassung bei den mittelbar betroffenen Grundstücken stattfindet.<sup>151</sup>

<sup>146</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 265 N 831 ff.; Vgl. jedoch BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2725, wonach der Tatbestand der Versteigerung einen Veräusserungstatbestand im Sinne von Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 USG darstellt.

<sup>147</sup> Siehe dazu WAGNER PFEIFER (FN 139), 265 N 832, mit Verweis auf die Praxis im Kanton Zürich gemäss Kreisschreiben vom 18. Juni 2014 betreffend «*Bewilligung zur Veräusserung oder Teilung von Grundstücken gemäss Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 USG (Kreisschreibensammlung Nr. 400)*».

<sup>148</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 265 f. N 833; BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2725.

<sup>149</sup> Siehe dazu WAGNER PFEIFER (FN 139), 265 f. N 833, wonach eine Aufschiebung der zivilrechtlichen Rechtswirksamkeit oder allenfalls eine Rückabwicklung der Umstrukturierungstransaktion im USG – im Unterschied z.B. zum Kartellgesetz (vgl. Art. 34 und 37 KG) – nicht vorgesehen ist.

<sup>150</sup> Vgl. Direttiva della Divisione dell'ambito del Canton Ticino intitolata «*Siti inquinati e art. 32d<sup>bis</sup> cpv. 3 e 4 LPamb*» del 15 luglio 2014.

<sup>151</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 265 f. N 833; siehe auch CORRADO RAMPINI/THOMAS ROHDE, Neue Bewilligungspflicht bei Veräusserung von Grundstücken mit Altlasten und belasteten Standorten, Bär & Karrer Briefing Mai 2014 (<https://www.baerkarrer.ch/en/publications/neue-bewilligungspflicht-bei-verauserung-von-grundstuecken-mit-altlasten-und-belasteten-standorten> – zuletzt besucht am 12. April 2024), 1.

<sup>144</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2725.

<sup>145</sup> Siehe dazu auch BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2724 ff.

Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass die Bewilligungspflicht an die Voraussetzung des Verkaufs oder der Teilung eines belasteten Standortes im KbS anknüpft, ungeachtet dessen, ob der Katastereintrag im Grundbuch gemäss Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 4 USG angemerkt wurde oder nicht.<sup>152</sup> Dies zeigt umso mehr, dass die blossе Analyse eines Grundbuchauszugs im Rahmen einer *Real Estate Due Diligence* wohl nicht ausreichend ist.

## b. Bewilligungsverfahren und Bewilligungsgründe

Der Bewilligungspflicht unterliegende Transaktionen sind nicht *per se* verboten. Die oben geschilderte Beurteilung eines Standortes bzw. deren eingetragenen Kategorie im KbS ist entscheidend für die Möglichkeit und Modalitäten einer Bewilligungserteilung. Die Bewilligung ist vom Grundstückseigentümer (bzw. Veräusserer) beim zuständigen (meistens kantonalen) Amt zu beantragen.<sup>153</sup> Das Rechtsgeschäft wird bewilligt, wenn eine der folgenden drei – alternativen – Bewilligungsgründe gegeben ist (Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 USG).<sup>154</sup>

Eine Bewilligung wird erteilt, wenn vom betroffenen Standort *keine schädlichen oder lästigen Einwirkungen zu erwarten sind* (Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 lit. a USG). In diesem Fall steht der Behörde kein Ermessensspielraum zu und der Gesuchsteller hat somit zwingend Anspruch auf die Bewilligungserteilung. Dieser Bewilligungsgrund gilt bei denjenigen Standorten, welche als *«(belastet), keine schädlichen oder lästigen Einwirkungen zu erwarten»* (Art. 5 Abs. 4 lit. a AltIV) oder *«(belastet), weder überwachungs- noch sanierungsbedürftiger»* (Art. 8 Abs. 2 lit. c AltIV) bezeichnet werden. Manche Kantone haben für solche Fälle im Sinne einer Rationalisierung des Bewilligungsverfahrens sog. Allgemeinverfügungen erlassen.<sup>155</sup>

Bei *untersuchungs-* (Art. 5 Abs. 4 lit. b AltIV), *überwachungs-* (Art. 8 Abs. 2 lit. a AltIV) oder *sanierungsbedürftigen* (Art. 8 Abs. 2 lit. b AltIV; sog. *Altlasten*) Standorten wird die Bewilligung erteilt, *wenn die Kostendeckung für die jeweils zu erwartenden Massnahmen sichergestellt ist* (Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 lit. b USG). Sicherstellungspflichtig ist grds. der Grundstückseigentümer bzw. Veräusserer. Als Sicherstellungsinstrument wird im Kanton Zürich grds. eine abstrakte Bankgarantie gefordert, wobei in begründeten Fällen dem Gesuchsteller erlaubt wird, alternative Sicherungsmittel vorzuschlagen (z.B. Errichtung von Grundpfandrechten).<sup>156</sup>

Schliesslich ist die Bewilligung zu erteilen, wenn ein *überwiegendes öffentliches Interesse* an der Veräusserung oder Teilung besteht (z.B. beim raumplanerischen Interesse oder beim Bau öffentlicher Infrastrukturen usw.; vgl. Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 lit. c USG)<sup>157</sup>. Gemäss Praxis des AWEL wird im Kanton Zürich der Begriff *«öffentliches Interesse»* weit ausgelegt: davon erfasst sind einerseits (i) Veräusserungs- oder Teilungsgeschäfte, an welchen das Gemeinwesen, Zweckverbände oder andere Träger – zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe – beteiligt sind (u.a. auch der haushälterische Umgang mit dem Staatsvermögen bzw. rein fiskalisch motivierte Veräusserungen oder Erwerbe) und andererseits (ii) Fälle in denen ein vermögenger Erwerber bereits ein Projekt für die Überbauung eines im Kataster eingetragenen Grundstückes erarbeitet (z.B. Industriebranche) und sich verpflichtet hat, den Standort zu sanieren (diesfalls liegen die daraus resultierende Verbesserung des Ortsbildes, die zügige Sanierung und die Reduzierung des Ausfallsrisiko wohl im öffentlichen Interesse).<sup>158</sup>

## c. Folge der Bewilligungspflicht für die Strukturierung einer Umstrukturierung

Im Falle einer geplanten Übertragung von im Kataster eingetragenen Grundstücken im Zusammenhang mit Umstrukturierungen gemäss FusG (Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen) müssen die notwendige Prüfung und das eventuell notwendige Bewilligungsverfahren noch vor der Anmeldung beim Handelsregister durchgeführt werden.

Allfällige erforderliche Bewilligungen gemäss Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 USG sollen somit vor dem Vollzug (bzw. *Closing*) eingeholt werden, was eine angemessene Planung der damit unausweichlichen zeitlichen Verzögerungen erfordert. Im Übertragungsvertrag empfiehlt es sich zudem, mindestens die folgenden Fragestellungen mit gezielten Klauseln ausdrücklich zu regeln:<sup>159</sup> (i) Bedingungen zur vorgängigen Einholung einer rechtskräftigen Bewilligung (inkl. die Regelung eines Datums, bis zu welchem die Bewilligung spätestens vorliegen muss, d.h. ein sog. *Long Stop Date*), (ii) Regelungen bzgl. Einreichung des Gesuches, insbesondere Zuständigkeiten (primär der übertragende Rechtsträger), Verfahren (Mitwirkungspflichten aller involvierten Parteien und Dokumentationspflichten), sowie Kostentragung bzgl. des Bewilligungsverfahrens, (iii) Regelungen hinsichtlich der Kostentragung, u.a. Sicherstellungspflicht und schliesslich Tragung von allfälligen Sanierungskosten, (iv) Einigung hinsichtlich allenfalls notwendigen Sanierungsmassnahmen, sowie (v) Gewährleistungs- und Schadloshaltungsklauseln.

<sup>152</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 265 N 831; BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2725.

<sup>153</sup> RAMPINI/ROHDE (FN 151), 1 f.

<sup>154</sup> Siehe auch WAGNER PFEIFER (FN 139), 264 N 828.

<sup>155</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2729; WAGNER PFEIFER (FN 139), 264 N 829; RAMPINI/ROHDE (FN 151), 1 f.

<sup>156</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 264 f. N 830; RAMPINI/ROHDE (FN 151), 2. Siehe auch Merkblatt AWEL vom Kanton Zürich vom 16. September 2015, Sicherstellung von altenrechtlich bedingten Kosten, 4 f.

<sup>157</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 2), N 2731; WAGNER PFEIFER (FN 139), 266 N 834.

<sup>158</sup> Merkblatt AWEL vom Kanton Zürich vom 16. September 2015, Sicherstellung von altenrechtlich bedingten Kosten, 5.

<sup>159</sup> RAMPINI/ROHDE (FN 151), 3.

## 5.5. Ausgewählte Fragestellungen im Zusammenhang mit der Kostentragung

### a. Wer muss altlastenrechtliche Massnahmen durchführen (Realleistungspflicht)?

Massgebliche Rechtsgrundlage im Altlastenrecht ist Art. 20 AltIV. Danach sind Untersuchungs-, Überwachungs- sowie Sanierungsmassnahmen vom (aktuellem) *Inhaber des belasteten Standortes* durchzuführen (bzw. die entsprechenden Kosten vorzuschüssen). Zur Ermittlung des Standortinhabers wird darauf abgestellt, wer den jeweiligen Schadstoffbelastungen *objektiv* am nächsten steht – *unabhängig* davon, ob diese (natürliche oder juristische) Person die konkreten Belastungen durch ihr Verhalten verursacht (bzw. dazu beigetragen) hatte. Entscheidend ist somit, wer die rechtliche oder tatsächliche Gewalt über das – schadstoffbelastete – Grundstück hat. In Frage kommen somit primär der Grundeigentümer, aber auch (weitere) am Grundstück dinglich (u.a. die Nutzniesserin oder Baurechtsberechtigte) oder obligatorisch (u.a. die Mieterin oder Pächterin) Berechtigte.<sup>160</sup>

Weitere *Drittpersonen*, welche nicht zugleich Standortinhaber im Sinne der obigen Ausführungen sind, können durch die Behörde unter Umständen verpflichtet werden, wenn Grund zur Annahme besteht, dass diese Drittpersonen die Belastungen des Standorts *durch ihr Verhalten verursacht* haben (sog. *Verhaltensverursacher*; siehe Art. 20 Abs. 2 und 3 AltIV). In diesem Zusammenhang wird aber aus Art. 20 Abs. 2 und 3 AltIV kein grundsätzlicher Rechtsanspruch des Standortinhabers abgeleitet, den Verhaltensverursacher für die Erfüllung der Realleistungspflicht heranzuziehen. Die *primäre Realleistungspflicht* liegt somit gemäss Art. 20 Abs. 1 AltIV *beim aktuellen Standortinhaber*.<sup>161</sup>

Schliesslich gilt es noch zu erwähnen, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch die kantonale Behörde direkt zur *Ersatzvornahme* schreiten kann (siehe dazu Art. 32c Abs. 3 USG).

### b. Die altlastenrechtliche Kostentragungspflicht gemäss USG

ba. Das Verursacherprinzip gemäss Art. 32d USG

Die Kosten für notwendigen Massnahmen zur Untersuchung, Überwachung und Sanierung belasteter Standorte sind gemäss Art. 32d Abs. 1 USG vom *Verursacher* zu tragen (sog. *Verursacherprinzip*; siehe auch Art. 2 USG).

In diesem Zusammenhang haben Lehre und Praxis die rechtlichen Begriffe des Verhaltensverursachers und des Zustandsverursachers entwickelt:<sup>162</sup>

- *Verhaltensverursacher* ist derjenige, der die (altlastenrechtlichen) Massnahmen durch sein Verhalten (unmittelbar) *verursacht* hat. Beispiel dazu ist der Inhaber von Betrieben bzw. Anlagen, welche die Grundstücksbelastung mit Schadstoffen unmittelbar verursacht haben.
- *Zustandsverursacher* ist hingegen derjenige, der die rechtliche oder tatsächliche Gewalt über die Sache bzw. das Grundstück hat, welche bzw. welches den ordnungswidrigen Zustand bewirkt. Dazu fallen u.a. der aktuelle Grundstückseigentümer sowie ggffs. der Mieter, Pächter, Baurechtsnehmer oder Nutzniessungsberechtigte. Gleich wie beim Verhaltensverursacher können mehrere Zustandsverursacher bestehen, welche jedoch nur nebeneinander – entsprechend einer geteilten Sachherrschaft – haftbar sein können. Die Verantwortlichkeit des Zustandsverursachers wird aufgrund der *aktuellen* Berechtigung bzw. der *aktuellen* (rechtlichen oder tatsächlichen) Sachherrschaft am Grundstück begründet, welche den Nutzen, aber zugleich auch die Gefahrtragung und die damit verbundene Abgabelast mitumfasst. Es liegt somit am Erwerber eines bereits mit Schadstoffen belasteten Grundstückes, sich gegen diese Risiken wirtschaftlich mit spezifischen vertraglichen Gewährleistungs- bzw. Schadloshaltungsklauseln, Garantien sowie mit der Verhandlung von Preisreduktionen abzusichern. Dies ist möglich, falls er die Risiken frühzeitig im Rahmen der *Due Diligence* erkennt und bestmöglich quantifiziert.

Der Zustandsverursacher kann sich von der Haftung befreien, wenn er das Grundstück in Unkenntnis der Belastung – und somit als sog. *ahnungsloser Zustandsstörer* – erworben hat. Art. 32d Abs. 2 Satz 3 USG sieht vor, dass der blosser Standortinhaber keine Kosten trägt, wenn er bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt von der Belastung keine Kenntnis haben konnte. Diese fehlende Kenntnis trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt (sog. Exzeptionsklausel) ist nicht leichtfertig anzunehmen und für die Beurteilung des Sorgfaltsnachweises ist auf den Zeitpunkt des Grundstückserwerbes abzustellen. Die mangelnde Kenntnis von Eintragungen im Nutzungsplan, Grundbuch oder im KbS, aber auch die Kenntnis der damaligen tatsächlichen Nutzung des Grundstückes durch den Rechtsvorgänger im Allgemeinen können diesen Nachweis *de facto* verunmöglichen.<sup>163</sup> Auch der Umstand der Bewilligungspflicht für Veräusserungen oder Teilungen gemäss Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 3 und 4 USG schränkt die Tragweite dieser Exzeptionsklausel erheblich ein. Der obenerwähnte Sorgfaltsnachweis hebt noch mehr die Notwendigkeit einer frühzeitigen und gründlichen *Due Diligence* für den Grundstückserwerber hervor.

<sup>160</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 246 N 772.

<sup>161</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 246 N 774.

<sup>162</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 249 N 783 ff. und 253 f. N 793 f.

<sup>163</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 255 f. N 800 ff.

*Frühere* Grundstückseigentümer bzw. -inhaber, welche nicht zugleich auch Verhaltensverursacher sind (da sie nicht durch ihr Verhalten zur Entstehung des belasteten Standorts mitgewirkt haben), sind bei der Kostenverteilung gemäss Art. 32d USG hingegen grundsätzlich nicht zu berücksichtigen.<sup>164</sup> Diese Aussage unterliegt jedoch einer wichtigen Einschränkung: Der Grundeigentümer, welcher sein Grundstück wissentlich und entgeltlich für eine potentiell umweltgefährdende Nutzung (z.B. als Deponie zur Ablagerung von Chemikalien und dergleichen) zur Verfügung stellt und hiermit eine unmittelbar zurechenbare Verhaltensursache für die Umweltgefährdung setzt, ist nicht bloss Zustandsverursacher, sondern u.U. bereits als (kostenpflichtiger) Verhaltensverursacher zu qualifizieren.<sup>165</sup>

bb. Kostenaufteilung zwischen mehreren Verursachern

Sind mehrere Verursacher – sei es Verhaltens- und/oder Zustandsverursacher – beteiligt, so tragen sie die Kosten entsprechend ihren (objektiven und subjektiven) Anteilen an der Verursachung (Art. 32d Abs. 2 USG), wobei der Art und dem Gewicht der Verursachung Rechnung zu tragen ist. Die verschiedenen beteiligten Verursacher haften grundsätzlich nicht solidarisch, sondern nur für ihren jeweiligen Verursachungsanteil.<sup>166</sup>

In erster Linie trägt die Kosten, wer die Massnahmen *durch sein Verhalten verursacht* hat (*Verhaltensverursacher*; Art. 32d Abs. 2 Satz 2 USG). I.d.R. tragen die Verhaltensverursacher ein Anteil an den zu verteilenden Kosten von durchschnittlich insgesamt 70 bis 90 Prozent.<sup>167</sup>

Vom *Zustandsverursacher* wird in der Praxis ein durchschnittlicher Kostenanteil von 10 bis 30 Prozent getragen.<sup>168</sup> Dies ist der Fall, wenn «weitere Umstände» hinzutreten. Dazu werden die Fälle erwähnt, wonach (i) die betroffene Person im Zeitpunkt der Belastung bereits für den Standort verantwortlich war, oder (ii) wenn die betroffene Person durch die Sanierung einen nicht unwesentlichen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat oder erlangen wird. Bei Fehlen solcher «weiterer Umstände» rechtfertigt es sich, den Kostenanteil des blossen Standortinhabers weit unter zehn Prozent festzusetzen.<sup>169</sup> Im Übrigen steht dem Zustandsverursacher die Möglichkeit der Beanspruchung des Befreiungstatbestands gemäss Art. 32d Abs. 2 Satz 3 USG offen.

bc. Die (Ausfall-)Haftung des Gemeinwesens

Für den Fall, dass die Verursacher nicht ermittelt werden können oder zahlungsunfähig sind, trägt das zuständige Gemeinwesen gemäss Art. 32d Abs. 3 USG diesen Kostenanteil (sog. Ausfallhaftung des Gemeinwesens). Neben der weiteren, speziellen Kostenregelung in Art. 32d Abs. 5 USG bleibt schliesslich zu erwähnen, dass das Gemeinwesen gleich *wie ein Privater* – als Verhaltens- oder Zustandsverursacher – kostenpflichtig sein kann. Dies trifft zum Beispiel zu, wenn das Gemeinwesen Eigentümer eines Grundstückes oder Betreiber einer Anlage ist, welche den vorschriftswidrigen Zustand bewirkt.<sup>170</sup>

### c. Sicherstellung der Kostendeckung

Die Behörde kann vom (Verhaltens-/Zustands-)Verursacher verlangen, die Deckung seines voraussichtlichen Anteils an den Kosten für Untersuchung, Überwachung und Sanierung in geeigneter Form sicherzustellen, wenn von einem belasteten Standort schädliche oder lästige Einwirkungen zu erwarten sind (Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 1 USG). Die Höhe der Sicherstellung wird insbesondere unter Berücksichtigung der Ausdehnung sowie der Art und Intensität der Belastung festgelegt (Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 2 USG).<sup>171</sup> Zweck dieser Sicherstellungspflicht ist die Vermeidung der Ausfallhaftung des Gemeinwesens gemäss Art. 32d Abs. 3 USG.

In diesem Zusammenhang ist aber zu erwähnen, dass kein grundsätzlicher Anspruch auf Erlass einer Sicherstellungsverfügung gegenüber Mitverursachern besteht. Mit anderen Worten kann die Partei einer Transaktion nicht mit Sicherheit erwirken, dass die Behörde eine Sicherstellungsverfügung erlässt. Tatsächlich dient die Sicherstellung der Kostendeckung gemäss Art. 32d<sup>bis</sup> Abs. 1 USG primär dem Gemeinwesen zur Minimierung seines Ausfallrisikos.<sup>172</sup>

### d. Verjährungsrechtliche Problematiken

Altlastenrechtlich relevante Sachverhalte können u.U. auf Ereignisse zurückgehen, die Jahrzehnte weit zurückliegen. In Zusammenhang mit heute notwendigen altlastenrechtlichen Massnahmen (im Rahmen der Realleistungspflicht) und/oder der damit verbundenen Kostentragungspflichten stellt sich somit die Frage nach einer allfälligen Verjährung.

Betreffend *Realleistungspflichten*, d.h. die Pflicht zur Ergreifung nötiger Massnahmen, besteht Einigkeit, dass die Verjährung nicht eintritt, solange der polizeiwidrige Zustand andauert.<sup>173</sup>

<sup>164</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 251 f. N 786.

<sup>165</sup> BGE 142 II 232, E. 3.4; WAGNER PFEIFER (FN 139), 254 N 794 sowie 255 N 799.

<sup>166</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 253 N 791 ff.

<sup>167</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 253 N 792.

<sup>168</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 254 f. N 798.

<sup>169</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 254 f. N 798.

<sup>170</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 257 N 804.

<sup>171</sup> Zur Höhe und Form der Sicherstellung im Detail siehe WAGNER PFEIFER (FN 139), 262 N 821 ff.

<sup>172</sup> WAGNER PFEIFER (FN 139), 263 N 826.

<sup>173</sup> BGER 1C\_17/2019, Urteil vom 29. Juli 2019, E. 4.2: «Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Verjährbarkeit im

Hingegen unterliegen die *finanziellen Ersatzforderungen* des Gemeinwesens – d.h. der Kostenersatzanspruch – einer fünfjährigen Verjährungsfrist, welche mit Rechtskraft der Kostenverteilungsverfügung (gemäss Art. 32d Abs. 4 USG) beginnt. Eine allenfalls vorher eintretende absolute Verjährung, welche mit der Beendigung der schadenauslösenden Handlung zu laufen beginnen würde, wird hingegen vom Bundesgericht – entgegen einigen Kritiken in der Lehre<sup>174</sup> – nicht vorgesehen.<sup>175</sup> Mit anderen Worten, der Rechtsprechung des Bundesgerichtes folgend, kann eine Ersatzforderung nicht verjähren, solange die Massnahmen nicht abgeschlossen und die daraus erwachsenden Kosten nicht bekannt sind.<sup>176</sup>

Wie u.E. richtigerweise von WAGNER PFEIFER<sup>177</sup> hervorgehoben, birgt das Fehlen einer absoluten Verjährungsfrist für Kostenersatzansprüche des Gemeinwesens nicht unerhebliche Risiken für die Parteien einer Transaktion bzw. für die damit verbundenen zivilrechtlichen Verhältnisse. Tatsächlich könnte das Gemeinwesen dennoch Kostenbeteiligungsforderungen geltend machen, und zwar unabhängig von der Tatsache, dass die jeweilige Partei an der Transaktion die Gewährleistungen des übertragenden Rechtsträgers wegbedungen hat oder solche zivilrechtlichen Ansprüche inzwischen bereits verjährt sind. Aufgrund des oben Gesagten liegt es nahe, dass die Parteien einer Transaktion solche Haftungsrisiken nur einschränkend mittels privatrechtlicher Mittel bzw. vertraglichen Regelungen steuern bzw. absichern können.

#### e. Änderung der Verursacherstellung (Rechtsnachfolge)

Eine weitere, in der Praxis durchaus relevante Fragestellung ist diejenige der Rechtsnachfolge in der Verursacherstellung. Es stellt sich nämlich die Frage, inwiefern der Erwerber bzw. spätere Eigentümer bei der Übertragung von bereits belasteten Grundstücken (sei es durch Verkauf, Erbschaft oder gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen gemäss FusG) in die Rechtsstellung des ursprünglichen Verursachers eintritt.<sup>178</sup>

Einigkeit besteht darin, dass bei der *Zustandsverursacher*-Stellung *keine* Rechtsnachfolge stattfindet. Unabhängig vom Rechtsgrund wird der Erwerber – als neuer Standortinhaber – mit dem Erwerb des Grundstückes

*originär* zum neuen Zustandsstörer. Letzterer hat dennoch die Möglichkeit, den Befreiungstatbestand gemäss Art. 32d Abs. 2 Satz 2 USG in Anspruch zu nehmen, falls er – in seiner Person als aktueller Standortinhaber – die entsprechenden Voraussetzungen eines *abnungslosen Zustandsstörers* erfüllt.

Anders ist die Rechtslage hingegen im Zusammenhang mit der Kostenpflicht des *Verhaltensverursachers*. Dazu sind folgende Konstellationen zu unterscheiden:

- Eine Rechtsnachfolge wird im Falle einer Grundstückübertragung auf dem Weg der *Singularsukzession* verneint, mit der Begründung, dass es sich bei der Verantwortlichkeit des Verhaltensverursachers um eine persönliche Schuld handelt. Zulässig bleiben eine im Übertragungsvertrag speziell geregelte interne Schuldübernahme gemäss Art. 175 OR, oder eine ausdrücklich vereinbarte vertragliche Schadloshaltung.
- Bei der *Universalsukzession* hingegen gehen die Schulden des Rechtsvorgängers im Grundsatz auf den Rechtsnachfolger über. Beim Spezialfall der *Geschäftsübernahme gemäss Art. 181 OR*, verlangt das Bundesgericht<sup>179</sup> zusätzlich, dass im Zeitpunkt der Transaktion bereits eine rechtliche Grundlage für eine Sanierungs- und Kostentragungspflicht bestanden hat, was im Zusammenhang mit heutigen Transaktionen im Lichte von Art. 32d USG nicht problematisch sein sollte. Bei der *Fusion* hat das Bundesgericht<sup>180</sup> die Frage der Rechtsnachfolge der Haftung des Verhaltensverursachers bejaht bzw. weiter präzisiert, dass die Kostentragungspflicht unabhängig davon besteht: (i) ob die Sanierungsschuld im Zeitpunkt der Fusion bereits bestanden hat bzw. in der Bilanz entsprechend aufgeführt war, (ii) ob die übernehmende Gesellschaft mit der Möglichkeit einer späteren kostenmässigen Belastung rechnen musste und (iii) unabhängig vom Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage im Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit der Transaktion (was im Ergebnis auf eine rückwirkende Anwendung von Art. 32d USG auf Fusionstatbestände hinausläuft).

*Schutzbereich der Polizeigüter ausgeschlossen, solange der polizeiwidrige Zustand andauert und ein Anspruch auf dessen Beseitigung besteht (BGE 114 Ib 44 E. 4 S. 54). Der Anspruch auf Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustands ist somit unverjährbar.*; siehe auch WAGNER PFEIFER (FN 139), 271 N 852.

<sup>174</sup> Siehe insbesondere WAGNER PFEIFER (FN 139), 271 ff. N 853 ff.

<sup>175</sup> BGer 1C\_17/2019, Urteil vom 29. Juli 2019, E. 4.2: «[...] eine vorher eintretende absolute Verjährungsfrist, bereits ab Beendigung der eigentlichen schädigenden Handlung, nicht sachgerecht wäre, zumal Art. 32d Abs. 2 USG damit seines Sinngehalts entleert würde.»

<sup>176</sup> BGer 1C\_18/2016, Urteil vom 6. Juni 2016, E. 5.2.

<sup>177</sup> Siehe WAGNER PFEIFER (FN 139), 272 f. N 856.

<sup>178</sup> Zum Ganzen siehe auch WAGNER PFEIFER (FN 139), 273 ff. N 857 ff. und BGer 1C\_18/2016, Urteil vom 6. Juni 2016, E. 4.

<sup>179</sup> Ibidem.

<sup>180</sup> Ibidem.