



## Die Abspaltung dinglicher Rechte an Grundstücken nach Fusionsgesetz

### Ausgewählte Fragen zum Vollzug im Handelsregister und Grundbuch

ALAIN FRIEDRICH

Die Übertragung dinglicher Rechte an Grundstücken durch Abspaltung nach Fusionsgesetz ist in vielerlei Hinsicht besonders. Zunächst bedarf der Spaltungsvertrag bei Übertragung von Grundstücken – entgegen den Grundsätzen des Obligationen- und Sachenrechts – keiner öffentlichen Beurkundung. Weiter ist nicht wie üblich der Grundbuch-, sondern der Handelsregistereintrag für die Übertragung der dinglichen Rechte konstitutiv und der grundbuchliche Vollzug einer Abspaltung von Eigentumsrechten an Grundstücken setzt die Abfassung einer speziellen, öffentlich beurkundeten Feststellungsurkunde nach Art. 104 Abs. 3 FusG voraus. Der vorliegende Beitrag geht auf diese und andere Besonderheiten der Abspaltung dinglicher Rechte an Grundstücken ein. Nach allgemeinen Ausführungen wird aufgezeigt, dass die fehlende Beurkundung des Spaltungsvertrags aus beurkundungsrechtlicher Sicht inkonsequent ist und die konstitutive Wirkung des Handelsregistereintrags gepaart mit der beschränkten Kognition des Handelsregisterführers, insbesondere im Anwendungsbereich des BewG und BGBB, zu stossenden Resultaten führen kann. Beurkundungsrechtliche Ausführungen zur Feststellungsurkunde nach Art. 104 Abs. 3 FusG runden den Beitrag schliesslich ab.

Le transfert de droits réels sur des immeubles par voie de séparation selon la loi sur la fusion est particulier à plusieurs égards. Tout d'abord, le contrat de scission n'a pas besoin de revêtir la forme authentique en cas de transfert d'immeubles – contrairement aux principes des droits réels et du droit des obligations. Ensuite, contrairement à ce qui est usuel, ce n'est pas l'inscription au registre foncier mais celle au registre du commerce qui est constitutive pour le transfert des droits réels. L'exécution au niveau du registre foncier d'un transfert, par voie de séparation, des droits de propriété sur des immeubles suppose que soit dressé un acte authentique de constatation selon l'art. 104 al. 3 LFus. Le présent article aborde ces particularités et d'autres liées au transfert, par séparation, de droits réels sur des immeubles. Après des explications d'ordre général, il relève que l'absence de forme authentique pour le contrat de scission est incohérente sous l'angle du droit notarial et que l'effet constitutif de l'inscription au registre du commerce, associé au pouvoir d'examen restreint du préposé au registre du commerce, en particulier dans les domaines d'application de la LFAIE et de la LDFR, peut conduire à des résultats choquants. Enfin, des considérations de droit notarial relatives à l'acte de constatation selon l'art. 104 al. 3 LFus complètent l'article.

#### Inhaltsübersicht

- I. Abspaltung nach Art. 29 lit. b Fusionsgesetz
  - A. Wesen der Abspaltung
  - B. Abspaltungsverfahren
  - C. Abspaltungsvertrag und Abspaltungsinventar
  - D. Abspaltungsbericht
  - E. Abspaltungsbeschluss
- II. Vollzug der Abspaltung im Handelsregister
  - A. Handelsregistereintrag als Voraussetzung der Rechtswirksamkeit
  - B. Beim Handelsregisteramt einzureichende Belege
  - C. Pflichten des Handelsregisterführers
    1. Prüfung der formellen, registerrechtlichen Voraussetzungen
    2. Prüfung der materiell-rechtlichen Eintragungsvoraussetzungen
  - D. Rechtsfolgen des Handelsregistereintrags
- III. Vollzug der Abspaltung im Grundbuch
  - A. Grundbuchanmeldung
    1. Form und Inhalt der Grundbuchanmeldung
    2. Anmeldende Person
    3. Zeitpunkt der Anmeldung
  - B. Belege
    1. Allgemeines
    2. Öffentliche Feststellungsurkunde nach Art. 104 Abs. 3 FusG
  - C. Kognition des Grundbuchführers
    1. Allgemeines
    2. Kognition im Bereich des relativen Eintragungsprinzips
  - D. Rechtsfolgen der Grundbuchanmeldung

ALAIN FRIEDRICH, Rechtsanwalt, Inhaber des luzernischen Notariatspatents, Zürich.

Der Verfasser dankt SABINA KIENE, MLaw und MIRO-IVAN ARAPOVIC, MLaw für die kritische Durchsicht des Aufsatzes.

## I. Abspaltung nach Art. 29 lit. b Fusionsgesetz

### A. Wesen der Abspaltung

Bei einer Spaltung<sup>1</sup> nach Art. 29 ff. FusG überträgt ein Rechtsträger («übertragender Rechtsträger») sein Vermögen oder bestimmte Vermögensteile auf einen anderen Rechtsträger («übernehmender Rechtsträger») im direkten Austausch gegen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte des übernehmenden Rechtsträgers an seine Gesellschafter<sup>2</sup>.

Man unterscheidet zwei Formen der Spaltung: Während bei der sog. *Aufspaltung* («split-off»)<sup>3</sup> die übertragende Gesellschaft ihr *gesamtes* Vermögen aufteilt und auf mindestens zwei bereits bestehende oder neu zu grün-

<sup>1</sup> Die gemäss FusG zulässigen Spaltungen sind in Art. 30 FusG abschliessend aufgezählt. Danach können sich ausschliesslich Kapitalgesellschaften (Art. 2 lit. c FusG) und Genossenschaften in Kapitalgesellschaften und Genossenschaften spalten. Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sind damit von der Spaltung ausgeschlossen.

<sup>2</sup> LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 2. A., Bern 2008, § 6 N 110.

<sup>3</sup> RAFFAEL BÜCHI, Spin-off: rechtliche Aspekte von Abspaltungen bei Publikumsgesellschaften, Diss Bern 2001, 14.

dende Gesellschaften überträgt (Art. 29 lit. a FusG), werden bei der sog. *Abspaltung* («spin-off») nur Vermögens-*teile* übertragen, während die übertragende Gesellschaft weiterhin bestehen bleibt (Art. 29 lit. b FusG). Bei den zu übertragenden Vermögensteilen kann es sich um beliebige Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens (also nicht nur um einen Betrieb oder Betriebsteil)<sup>4</sup> des übertragenden Rechtsträgers handeln<sup>5</sup>.

Ferner unterscheidet man zwischen einer *symmetrischen Spaltung* (Art. 31 Abs. 2 lit. a FusG)<sup>6</sup>, einer *asymmetrischen Spaltung* (Art. 31 Abs. 2 lit. b FusG)<sup>7</sup>, einer *Spaltung zur Übernahme*<sup>8</sup> und einer *Spaltung zur Neugründung*<sup>9</sup>.

Der vorliegende Beitrag befasst sich ausschliesslich mit der Übertragung dinglicher Rechte an Grundstücken<sup>10</sup>

qua Abspaltung auf eine bestehende Gesellschaft<sup>11</sup> und damit mit der *Abspaltung zur Übernahme*.

## B. Abspaltungsverfahren

Das Verfahren einer Abspaltung beginnt – nach Unterzeichnung einer Absichtserklärung – in der Regel mit der Durchführung einer Due Diligence der beteiligten Rechtsträger<sup>12</sup>. Nach Durchführung der Due Diligence schliessen die beteiligten Gesellschaften den Spaltungsvertrag (Art. 36 Abs. 1 FusG) ab. Der bei einer Abspaltung zu übertragende Vermögensteil wird dabei in einem sog. *Spaltungsinventar* als Bestandteil des Spaltungsvertrags festgelegt (Art. 37 lit. b FusG). Der Spaltungsvertrag ist das grundlegende Dokument der Abspaltung und wird vom obersten Leitungs- und Verwaltungsorgan abgeschlossen (Art. 36 FusG) und später von der Generalversammlung im Rahmen des Spaltungsbeschlusses genehmigt<sup>13</sup>.

Sobald ein Spaltungsbeschluss der Generalversammlungen beider Rechtsträger vorliegt, ist die Abspaltung beim Handelsregisteramt zur Eintragung anzumelden (Art. 51 Abs. 1 FusG). Mit der Eintragung im Handelsregister wird die Abspaltung rechtswirksam und alle im Spaltungsinventar aufgeführten Aktiven und Passiven gehen von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über («*partielle Universalsukzession*»)<sup>14</sup>.

Die Eintragung im Handelsregister hat auch für die Übertragung dinglicher Rechte an Grundstücken konstitutive Wirkung<sup>15</sup>. Obwohl der Grundbucheintrag nur deklaratorische Wirkung zeitigt<sup>16</sup>, ist die Abspaltung dinglicher

<sup>4</sup> Es ist zu beachten, dass die Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils Voraussetzung für eine steuerneutrale Abspaltung gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG bzw. 24 Abs. 3 lit. b StHG ist, vgl. hierzu ZK-FusG-GRIESSHAMMER, Steuern (Spaltung) N 1 ff. und Kreisschreiben Nr. 5 «Umstrukturierungen» der eidgenössischen Steuerverwaltung vom 1. Juli 2004, Ziff. 4.3 ff., S. 59 ff.; ZK-FusG-PFEIFER/DOBRY OESCH, Art. 29 N 9; GLANZMANN (FN 2), § 18 N 313.

<sup>5</sup> Dabei kann es sich neben Grundstücken, Wertpapieren oder immateriellen Werten auch um nicht bilanzierbare oder nicht bilanzierte Vermögenswerte, wie Verträge, Ansprüche aus Gerichtsverfahren, Bewilligungen, Konzessionen, hängige Patentanmeldungen oder Eventualverbindlichkeiten wie Garantie und Bürgschaften handeln, vgl. ZK-FusG-MICHAEL PFEIFER/MARTINA SCHWANINGER PREISS (FN 4), Art. 37 N 17.

<sup>6</sup> Bei der symmetrischen Abspaltung erhalten die bisherigen Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteils- und Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligungen. Die bestehenden Anteilsverhältnisse der Gesellschafterinnen und Gesellschafter bleiben gewahrt, vgl. ZK-FusG-PFEIFER/DOBRY OESCH (FN 4), Art. 31 N 4.

<sup>7</sup> Bei der asymmetrischen Abspaltung erfolgt die Zuweisung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten am abgespaltenen Rechtsträger nicht nach Massgabe der bisherigen Beteiligungsverhältnisse, sondern unter Abweichung von den bisherigen Beteiligungsverhältnissen; vgl. ZK-FusG-PFEIFER/DOBRY OESCH (FN 4), Art. 31 N 7 ff.

<sup>8</sup> Bei einer Spaltung zur Übernahme wird das Vermögen oder werden Vermögensteile der übertragenden Gesellschaft auf eine bestehende Gesellschaft übertragen, vgl. ZK-FusG-PFEIFER/SCHWANINGER PREISS (FN 5), Art. 36 N 5 ff.

<sup>9</sup> Bei der Spaltung zur Neugründung wird die übernehmende Gesellschaft erst noch neu gegründet, besteht also vor der Spaltung noch nicht, vgl. ZK-FusG-PFEIFER/SCHWANINGER PREISS (FN 5), Art. 36 N 16 ff.

<sup>10</sup> Im vorliegenden Beitrag wird jeweils zwischen Eigentumsrechten an Grundstücken und anderen beschränkten dinglichen Rechten unterschieden, vgl. hierzu HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum – Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I, 3. A., Zürich 2007, Rz. 226 ff., vgl. auch MARC WOLFER, Zur Übertragung von Personaldienstbarkeiten: Übertragungsvorgang und Übertragungsbeschränkungen, AJP/PJA 2010, 37 ff.

<sup>11</sup> Die beteiligten Rechtsträger sind dabei stets Kapitalgesellschaften, d.h. entweder Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Art. 2 lit. c FusG).

<sup>12</sup> Eine Due Diligence ist deshalb zu empfehlen, da mit der in Art. 47 FusG vorgesehenen subsidiären Solidarhaftung Risiken eingegangen werden, die es vorab einzuschätzen gilt, vgl. hierzu GLANZMANN (FN 2), § 37 N 588.

<sup>13</sup> GLANZMANN (FN 2), § 6 N 128 ff.

<sup>14</sup> ZK-FusG-JACQUELINE BURKHARDT BERTOSSA/MARK EICHNER (FN 4), Art. 52 N 3.

<sup>15</sup> Die zu übertragenden dinglichen Rechte gehen damit im Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister auf den übernehmenden Rechtsträger über; vgl. ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/URS BEHNISCH/ANDREA SIEBER, FusG – Kommentar Fusionsgesetz, 2. A., Zürich 2012, Art. 52 N 3.

<sup>16</sup> Das Eigentum geht ausserbuchlich auf die übernehmende Gesellschaft über und ein relativer Eintragungszwang besteht insofern, als der übernehmenden Gesellschaft erst nach erfolgter Eintragung die grundbuchliche Verfügungsbefugnis zusteht («relatives Eintragungsprinzip»), HERMANN LAIM, Art. 656 N 36, in: Heinrich Honzell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar ZGB II, 4. A., Basel 2011.

Rechte an Grundstücken trotzdem beim Grundbuch zur Eintragung anzumelden (Art. 104 FusG). Auf die damit zusammenhängenden Fragen wird später eingegangen.

### C. Abspaltungsvertrag und Abspaltungsverzeichnis

Der Spaltungsvertrag wird von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen der an der Abspaltung beteiligten Gesellschaften abgeschlossen (Art. 36 Abs. 1 FusG). Inhaltlich hat er Art. 37 FusG zu genügen. Eigentliches Kernstück des Abspaltungsvertrags bildet das Abspaltungsverzeichnis, worin das im Rahmen der Abspaltung zu übertragende Teilvermögen festgelegt wird (Art. 37 lit. b FusG)<sup>17</sup>.

Die zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens müssen im Abspaltungsverzeichnis eindeutig identifiziert und aufgeführt werden<sup>18</sup>. Es gilt eine strenge Identifikationspflicht<sup>19</sup>. Sammelbezeichnungen sind grundsätzlich unzulässig<sup>20</sup>.

Werden Grundstücke übertragen, so sind diese «*einzelnen aufzuführen*» (Art. 37 lit. b FusG). Nicht notwendig ist dabei die in öffentlich-beurkundeten Grundstückkaufverträgen übliche Integration des Grundbuchauszuges der zu übertragenden Grundstücke. Eine Identifikation durch Bezeichnung der Grundstücksnummer und der Gemeinde ist ausreichend<sup>21</sup>. Zu empfehlen ist es jedoch, Kopien der Grundbuchauszüge dem Spaltungsvertrag als Anhang beizulegen<sup>22</sup>.

Im Unterschied zum Vermögensübertragungsvertrag (Art. 70 Abs. 2 FusG) und den allgemeinen Grundsätzen des Obligationen- und Sachenrechts (Art. 216 OR; 657 ZGB) bedarf der Spaltungsvertrag auch bei einer Übertragung von Eigentums- oder anderen dinglichen Rechten an Grundstücken keiner öffentlichen Beurkundung<sup>23</sup>. Das fehlende Beurkundungserfordernis wird damit

gerechtfertigt, dass der bei einer Grundstückübertragung geforderte notarielle Schutz durch die öffentliche Beurkundung des späteren Spaltungsbeschlusses gewährleistet bleibe<sup>24</sup>.

Aus beurkundungsrechtlicher Sicht kann dieser Begründung nicht gefolgt werden.

Die Beurkundung eines Generalversammlungsbeschlusses ist eine sog. *Sachbeurkundung*<sup>25</sup>. Bei einer Sachbeurkundung hat die Urkundsperson lediglich den von ihr festzustellenden Sachverhalt in einer öffentlichen Urkunde festzuhalten. Sie trifft mithin nur die Pflicht zur sorgfältigen Sachverhaltsermittlung<sup>26</sup>. Sie hat die öffentliche Urkunde insbesondere auch dann zu errichten, wenn die Beteiligten mit dem Inhalt nicht einverstanden sind<sup>27</sup>. Entscheidend ist allein die Beurkundung des wahrgenommenen Sachverhaltes. Es findet weder eine Rekognition<sup>28</sup> noch eine Genehmigung<sup>29</sup> der öffentlichen Urkunde statt. Auch ist die Urkundsperson nur zu jenen Belehrungen verpflichtet, die für die Gewährleistung der Zweckdienlichkeit, des öffentlichen Glaubens und der registerrechtlichen Eintragungsfähigkeit der Urkunde erforderlich sind<sup>30</sup>. Zum Inhalt des Abspaltungsvertrags und damit zu den vertraglichen Bedingungen der Grundstückübertragung hat die Urkundsperson nichts zu sagen.

Der Zweck der öffentlichen Beurkundung des Spaltungsbeschlusses liegt letztlich in der Schaffung eines schriftlichen Belegs öffentlichen Glaubens für den Rechts-

<sup>17</sup> ZK-FUSG-PFEIFER/SCHWANINGER PREISS (FN 5), Art. 37 N 10.

<sup>18</sup> HENGARTNER/NEUHAUS, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012, FusG 37 N 7; ZK-FUSG-PFEIFER/SCHWANINGER PREISS (FN 5), Art. 37 N 10.

<sup>19</sup> URS SCHENKER, Handkommentar zum Fusionsgesetz, Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Bern 2003, FusG 37 N 5.

<sup>20</sup> SCHENKER (FN 19), FusG 37 N 5.

<sup>21</sup> THOMAS AEBERSOLD, Umstrukturierung von Unternehmen durch Vermögensübertragung, BN 2004, 417 ff. GLANZMANN (FN 2), § 18 N 316; BEAT BRÄNDLI, Übertragung von Grundstücken nach Fusionsgesetz, in: Jusletter 22. März 2010, Rz. 38.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu auch MARKUS VISCHER/LUCAS HÄNNI, Lehren aus der M&A-Praxis für den Immobilienkauf, AJP/PJA/PJA 2012, 613 ff.

<sup>23</sup> MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD, Fusionsgesetz (FusG), Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, Basel 2008, Art. 36 N 5.

<sup>24</sup> AMSTUTZ/MABILLARD (FN 23), Art. 36 N 5; ZK-FUSG-PFEIFER/SCHWANINGER PREISS (FN 5), Art. 36 N 20 m.w.H.

<sup>25</sup> Bei der Sachbeurkundung geht es – im Gegensatz zur Beurkundung von Willenserklärungen (Rechtsgeschäfte) – um die Beurkundung von Vorgängen und Tatsachen, vgl. HANS MARTI, Notariatsprozess – Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989, 121; PETER STÄHLI, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009, Art. 54 N 1.

<sup>26</sup> CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 547.

<sup>27</sup> MARTI (FN 25), 122.

<sup>28</sup> Das Hauptverfahren einer Beurkundung von Willenserklärungen beginnt mit der sog. Rekognition, welche den Urkundsparteien eine vollständige und verlässliche Kenntnis ihrer Willenserklärungen vermittelt und es ihnen ermöglichen soll, zu prüfen, ob sie «ihren» Willen im vorgelegten Text wiedererkennen, vgl. MARTI (FN 25), 109 ff.

<sup>29</sup> Die Genehmigung der öffentlichen Urkunde folgt auf die Rekognition und ist eine Antwort auf den, den Parteien im Stadium der Rekognition bekannt gegebenen, Inhalt der öffentlichen Urkunde. Mit der Genehmigung erklärt die Urkundspartei ihr Einverständnis mit der in der Urkunde enthaltenen Willenserklärung, vgl. MARTI (FN 25), 109 ff.

<sup>30</sup> PETER NOBEL, Gesellschaftsrecht, in: Stiftung Schweizerisches Notariat, Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 13. September 2005 in Lausanne und vom 28. September 2005 in Zürich, Zürich/Basel/Genf 2006, 201.

verkehr («Belegfunktion»)<sup>31</sup> und in der Kontrolle des rechtmässigen Ablaufs der betreffenden Generalversammlung<sup>32</sup>. Dem Schutz vor Unbedacht dient die öffentliche Beurkundung des Generalversammlungsbeschlusses nicht.

Dies ganz im Gegensatz zum Hauptzweck der öffentlichen Beurkundung eines Grundstückkaufvertrages. Hier bezweckt die öffentliche Beurkundung im Wesentlichen den Schutz der beteiligten Urkundsparteien vor Unbedacht («Übereilungsschutz»)<sup>33</sup> und die Urkundsperson hat die vertragsschliessenden Parteien im Rahmen ihrer notariellen Belehrungspflicht auf die Tragweite, Risiken und die Nachteile des beabsichtigten Geschäfts hinzuweisen<sup>34</sup>.

Diese Pflicht entfällt bei der Beurkundung des Spaltungsbeschlusses gänzlich. Durch die fehlende Beurkundungspflicht wird damit letztlich der Zweck von deren Einführung bei Grundstückkaufverträgen unterlaufen. Es wirkt bei der Grundstückübertragung infolge Abspaltung zwar eine Urkundsperson mit, diese hat jedoch eine ganz andere Funktion als bei der Beurkundung von Grundstückkaufverträgen. Bei der Beurkundung des Spaltungsbeschlusses hat die Urkundsperson lediglich die Pflicht «*de s'assurer de la régularité formelle de la procédure sociale (...)*»<sup>35</sup>.

Die Auffassung, dass die öffentliche Beurkundung des Spaltungsbeschlusses eine öffentliche Beurkundung des Spaltungsvertrages ersetzen kann<sup>36</sup>, ist damit m.E. falsch. Die Pflichten eines Notars bei der Beurkundung eines Generalversammlungsbeschlusses sind andere als bei der Beurkundung eines Grundstückkaufvertrages.

## D. Abspaltungsbericht

Grundsätzlich hat bei einer Abspaltung sowohl der übertragende als auch der übernehmende<sup>37</sup> Rechtsträger einen schriftlichen Abspaltungsbericht nach Art. 39 FusG zu erstellen. Die beteiligten Gesellschaften können den Bericht auch gemeinsam verfassen (Art. 39 Abs. 1 FusG)<sup>38</sup>.

Der Spaltungsbericht dient der Transparenz und soll den beteiligten Gesellschafterinnen und Gesellschaftern die rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen der Abspaltung erläutern<sup>39</sup>.

Inhaltlich hat der Spaltungsbericht mindestens die in Art. 39 Abs. 3 FusG verlangten Informationen zu enthalten<sup>40</sup>. Im Gegensatz zum Fusionsbericht hat der Spaltungsbericht von Gesetzes wegen nicht explizit auf möglicherweise ausstehende behördliche Bewilligungen hinzuweisen (vgl. Art. 14 Abs. 3 lit. k FusG). Sollten anlässlich einer Abspaltung Grundstücke übertragen werden, so ist zu empfehlen, in den Spaltungsbericht einen Verweis auf möglicherweise laufende Bewilligungsverfahren nach dem *Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland* (BewG)<sup>41</sup> oder dem *Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht* (BGBB)<sup>42</sup> aufzunehmen. Da eine ablehnende Verfügung der kompetenten Bewilligungsbehörden die Abspaltung gefährden kann, ist eine Offenlegung im Spaltungsbericht angebracht.

Im Übrigen unterscheidet sich der Inhalt des Spaltungsberichts bei einer Abspaltung dinglicher Rechte an Grundstücken nicht wesentlich von einem Spaltungsbericht betreffend Abspaltungen anderer Vermögenswerte<sup>43</sup>. Besondere Beachtung ist jedoch der *Methode zur Bewertung*<sup>44</sup> der abzuspaltenden dinglichen Rechte an Grundstücken zu schenken. Namentlich sind die wichtigsten Parameter der Grundstücksbewertung im Spaltungsbericht aufzuführen und es ist darzulegen, warum die gewählte Bewertungsmethode sachgerecht erscheint<sup>45</sup>.

<sup>31</sup> Zur Belegfunktion als Zweck der öffentlichen Beurkundung, vgl. BRÜCKNER (FN 26), N 240 ff.

<sup>32</sup> BRÜCKNER (FN 26), N 283.

<sup>33</sup> BRÜCKNER (FN 26), N 259.

<sup>34</sup> BRÜCKNER (FN 26), N 263.

<sup>35</sup> RITA TRIGO TRINDADE/ANNIE GRIESSEN COTTI, Le rôle des notaires dans la loi sur la fusion, in: François Bianchi (Hrsg.), *Mélanges publiés par l'Association des notaires vaudois, à l'occasion de son centenaire*, Genève 2005, 325 ff. (329).

<sup>36</sup> AMSTUTZ/MABILLARD (FN 23), Art. 36 N 5.

<sup>37</sup> Bei einer Abspaltung zur Neugründung hat die übernehmende Gesellschaft keinen Spaltungsbericht zu verfassen, vgl. ZK-FusG-PFEIFER/SCHWANINGER PREISS (FN 5), Art. 39 N 4 m.w.H.

<sup>38</sup> Ein Verzicht auf den Spaltungsbericht ist zulässig, sofern sämtliche Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger auf dessen Erstel-

lung verzichten und beide Gesellschaften KMU i.S. von Art. 2 lit. e FusG sind (Art. 39 Abs. 2 FusG).

<sup>39</sup> ZK-FusG-PFEIFER/SCHWANINGER PREISS (FN 5), Art. 39 N 1 m.w.H.

<sup>40</sup> In der Regel enthält der Spaltungsbericht zusätzliche Informationen und Ausführungen, soweit diese für die Beurteilung des Abspaltungsvorgangs für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter von Bedeutung sind, vgl. ZK-FusG-PFEIFER/SCHWANINGER PREISS (FN 5), Art. 39 N 12.

<sup>41</sup> Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG), SR 211.412.41.

<sup>42</sup> Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB), SR 211.412.11.

<sup>43</sup> Zum Inhalt eines Spaltungsberichtes im Allgemeinen, vgl. ZK-FusG-PFEIFER/SCHWANINGER PREISS (FN 5), Art. 39 N 12 ff.; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 15), Art. 39 N 18 ff.; PETER R. ALTENBURGER/MASSIMO CALDERAN/WERNER LEDERER, *Schweizerisches Umstrukturierungsrecht*, Zürich 2004, Rz. 509 ff.

<sup>44</sup> Für eine Darstellung der für die Bewertung von Immobilien anzuwendenden Methoden, vgl. KASPAR FIERZ, *Immobilienökonomie und Bewertung von Liegenschaften*, Zürich/Basel/Genf 2011; FRANCESCO CANONICA, *Die Immobilienbewertung – Schätzerwissen im Überblick*, Zürich 2009.

<sup>45</sup> ZK-FusG-PFEIFER/SCHWANINGER PREISS (FN 5), Art. 39 N 23.



## E. Abspaltungsbeschluss

Der vom obersten Leitungs- und Verwaltungsorgan der beteiligten Gesellschaften abgeschlossene Abspaltungsvertrag ist zwingend von den Generalversammlungen der beteiligten Rechtsträger im Rahmen öffentlich beurkundeter Generalversammlungsbeschlüsse zu genehmigen (Art. 36 Abs. 3 i.V.m. 43 Abs. 1 FusG).

Anders als bei Fusion (Art. 18 FusG) oder Umwandlung (Art. 64 FusG) müssen die Gläubiger aller an der Spaltung beteiligten Gesellschaften im SHAB dreimal darauf hingewiesen werden, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen innert zwei Monaten nach der Publikation Sicherstellung verlangen können (Art. 45 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 FusG). Entsprechend darf der Spaltungsbeschluss frühestens zwei Monate nach der Publikation des dritten Schuldendrucks im SHAB und nur nach erfolgter Sicherstellung der Forderungen gemäss Art. 46 FusG erfolgen<sup>46</sup>. Die Einhaltung der zweimonatigen Wartefrist ist für den Handelsregistereintrag ein Gültigkeitserfordernis und von der Urkundsperson zu verifizieren.

Ist bei der übertragenden Gesellschaft infolge der Abspaltung eine Kapitalherabsetzung erforderlich<sup>47</sup>, so beschliesst die Generalversammlung gleichzeitig die Kapitalherabsetzung<sup>48</sup>. Dasselbe gilt für den Fall, dass bei der übernehmenden Gesellschaft eine Kapitalerhöhung durchgeführt werden muss<sup>49</sup>.

Wird die übernehmende Gesellschaft infolge der Abspaltung erst neu gegründet (Abspaltung zur Neugründung), ist nur ein Generalversammlungsbeschluss der übertragenden Gesellschaft erforderlich. Diese hat den Spaltungsplan zu genehmigen und im Rahmen eines Feststellungsbeschlusses die übernehmende Gesellschaft zu gründen<sup>50</sup>.

Für den Abspaltungsbeschluss gilt dasselbe Quorum wie beim Fusionsbeschluss (Art. 43 Abs. 2 i.V.m. 18 Abs. 1, 3, 4 und 6 FusG). Einzig bei der asymmetrischen Abspaltung<sup>51</sup> müssen mindestens 90 Prozent aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter, die über ein Stimmrecht verfügen, der Abspaltung zustimmen (Art. 43 Abs. 3 FusG)<sup>52</sup>.

## II. Vollzug der Abspaltung im Handelsregister

### A. Handelsregistereintrag als Voraussetzung der Rechtswirksamkeit

Zur Rechtswirksamkeit der Abspaltung haben die an der Abspaltung beteiligten Gesellschaften beim zuständigen Handelsregisteramt am Sitz des übertragenden Rechtsträgers die Handelsregisteranmeldung und die erforderlichen Belege *jeweils einzeln* einzureichen (Art. 51 Abs. 1 FusG)<sup>53</sup>.

Der Handelsregisterführer prüft dabei die Anmeldung inkl. der eingereichten Belege und trägt die Abspaltung im Tagesregister ein (Art. 8 Abs. 2 HRegV i.V.m. Art. 940 Abs. 2 OR). Mit der Genehmigung durch das EHRA wird die Eintragung im Tagesregister rechtswirksam, im SHAB publiziert (Art. 35 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 HRegV) und danach vom Tages- ins Hauptregister eingetragen (Art. 9 Abs. 1 HRegV).

### B. Beim Handelsregisteramt einzureichende Belege

Die *übertragende Gesellschaft* hat folgende Belege beim zuständigen Handelsregisteramt am Sitz des übertragenden Rechtsträgers einzureichen:

<sup>46</sup> Die Einladung zur Generalversammlung und die Traktandierung des Spaltungsbeschlusses können jedoch bereits vorher erfolgen. Einzig der Generalversammlungsbeschluss kann frühestens zwei Monate nach der Publikation des dritten Schuldendrucks erfolgen, ZK-FusG-PFEIFER/SCHWANINGER PREISS (FN 5), Art. 43 N 4.

<sup>47</sup> Die Frage, in welchen Fällen die übertragende Gesellschaft eine Kapitalherabsetzung durchführen muss, ist umstritten, vgl. GLANZMANN (FN 2), § 43 N 270 ff.; ZK-FusG-BURCKHARDT BERTOSSA/EICHNER (FN 14), Art. 32 N 7.

<sup>48</sup> Ist bei der übertragenden Gesellschaft eine Kapitalherabsetzung notwendig, so sind die in Art. 32 FusG aufgeführten Erleichterungen zu beachten.

<sup>49</sup> Neben dem Kapitalerhebungsbeschluss der Generalversammlung hat der Verwaltungsrat der übernehmenden Gesellschaft einen Statutenänderungs- und Feststellungsbeschluss gemäss Art. 652g OR zu fassen. Dabei sind stets die Erleichterungen in Art. 33 Abs. 2 FusG zu beachten.

<sup>50</sup> ZK-FusG-BURCKHARDT BERTOSSA/EICHNER (FN 14), Art. 43 N 6.

<sup>51</sup> Bei einer asymmetrischen Spaltung werden Anteils- und Mitgliedschaftsrechte an einzelne oder alle an der Spaltung beteiligten Gesellschafter unter Abänderung der Beteiligungsverhältnisse zugewiesen (Art. 31 Abs. 2 lit. b FusG). Für die möglichen Formen einer asymmetrischen Spaltung, siehe ZK-FusG-BURCKHARDT BERTOSSA/EICHNER (FN 14), Art. 31 N 7 ff.

<sup>52</sup> Es müssen dabei 90% sämtlicher Stimmrechte der Gesellschaft und nicht nur die an der Generalversammlung vertretenen Stimmrechte zustimmen, vgl. HANS-JAKOB ZÄCH, Die Praxis des Handelsregisteramtes Kanton Zürich zum Fusionsgesetz, GesKR 2007, 133 ff. (135).

<sup>53</sup> Die Handelsregisteranmeldungen sind einzeln abzufassen und an das zuständige Handelsregisteramt zu adressieren. Die spätere Übermittlung der Unterlagen an das Handelsregisteramt am Sitz der übernehmenden Gesellschaft erfolgt von Amtes wegen.

- *Spaltungsvertrag (inkl. Spaltungsinventar)*<sup>54</sup> (Art. 134 Abs. 1 lit. a HregV i.V.m. Art. 36 f. FusG).
- *Prüfungsbericht*<sup>55</sup> eines zugelassenen Revisionsexperten (Art. 134 Abs. 1 lit. c HregV i.V.m. Art. 40 FusG), sofern keine KMU-Erleichterung greift (Art. 40 i.V.m. Art. 15 Abs. 2 OR).
- *Öffentlich beurkundeter Abspaltungsbeschluss* der Gesellschafterversammlung (Art. 134 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 43 und Art. 44 FusG)<sup>56</sup>.
- Sollte eine KMU-Erleichterung<sup>57</sup> greifen, so muss eine von mindestens einem Mitglied des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans unterzeichnete Erklärung eingereicht werden (sog. «KMU-Erklärung»)<sup>58</sup>.
- Sollte die übertragende Gesellschaft ihr Gesellschaftskapital infolge der Abspaltung herabsetzen, so sind zusätzlich (i) ein *öffentlich beurkundeter Kapitalherabsetzungsbeschluss der Gesellschafterversammlung gemäss Art. 732 Abs. 1 und 2 OR*<sup>59</sup>; (ii) ein *besonderer Prüfungsbericht eines zugelassenen Revisionsexperten (oder eines staatlich beaufsichtigten Revisi-*

*onsunternehmens)* gemäss Art. 732 Abs. 2 OR<sup>60</sup> und (iii) eine *beglaubigte Kopie der angepassten Statuten* nach der Kapitalherabsetzung einzureichen.

Die *übernehmende Gesellschaft* hat neben dem ebenfalls einzureichenden Abspaltungsvertrag, einem öffentlich beurkundeten Spaltungsbeschluss der Gesellschafterversammlung der übernehmenden Gesellschaft, dem Prüfungsbericht oder einer allfälligen KMU-Erklärung folgende zusätzliche Belege einzureichen:

- Sofern Grundstücke übertragen werden, eine *Lex-Friedrich Erklärung* mit der Bestätigung, dass im Zusammenhang mit der Übernahme der Vermögensteile der übertragenden Gesellschaft keine Tatsache vorliegt, die den Bestimmungen des BewG entgegensteht.
- Sollte die übernehmende Gesellschaft ihr Gesellschaftskapital infolge der Abspaltung erhöhen, so hat sie (i) einen *öffentlich beurkundeten Kapitalerhöhungsbeschluss der Gesellschafterversammlung* gemäss Art. 650 bzw. 651 OR<sup>61</sup>, (ii) einen *öffentlich beurkundeten Feststellungsbeschluss des Verwaltungsrates* gemäss Art. 652g OR, (iii) eine *beglaubigte Kopie der angepassten Statuten* der übernehmenden Gesellschaft nach der Kapitalerhöhung und eine sog. *Stampa-Erklärung*<sup>62</sup> einzureichen. Ein Kapitalerhöhungsbericht nach Art. 652e OR sowie eine vorbehaltlose Prüfungsbestätigung nach Art. 652f OR sind aufgrund des gesetzlichen Dispenses in Art. 33 Abs. 2 FusG nicht einzureichen. Dennoch wird deren Einreichung von gewissen Handelsregisterämtern in der Praxis verlangt<sup>63</sup>.
- Sollte die übernehmende Gesellschaft eine sog. KMU-Erklärung einreichen, so hat sie dem Handelsregisteramt überdies (i) einen Kapitalerhöhungsbericht nach Art. 652e OR, (ii) eine vorbehaltlose Prüfungsbestätigung nach Art. 652f OR und (iii) eine sog. *Stampa-Erklärung* einzureichen.

<sup>54</sup> Der Spaltungsvertrag hat zwingend den in Art. 37 FusG aufgeführten Inhalt zu enthalten. Sollte der Spaltungsvertrag neben dem Mindestinhalt gemäss Art. 37 FusG weitere Vertragsbestimmungen enthalten, so ist die Einreichung einer unterzeichneten Kurzversion des Spaltungsvertrags mit dem in Art. 37 FusG umschriebenen Inhalt zulässig und zu empfehlen, vgl. VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 15), Art. 51 N 14.

<sup>55</sup> Der Prüfungsbericht kann von den an der Abspaltung beteiligten Personen gemeinsam verfasst werden (Art. 39 Abs. 2 FusG). Auch bei einer gemeinsamen Verfassung des Prüfungsberichts hat jede Gesellschaft ein separates Exemplar beim Handelsregisteramt einzureichen.

<sup>56</sup> Die öffentliche Urkunde enthält in der Regel einen Nachweis der Einhaltung der Publikationspflicht nach Art. 45 FusG. Dieser Nachweis erfolgt in der Regel durch Vorlage einer Bescheinigung des Verwaltungsrats, wonach die dreimalige Veröffentlichung der Spaltung im SHAB gemäss Art. 45 FusG erfolgt ist und kein Gläubiger innerhalb von zwei Monaten nach der Aufforderung Sicherstellung gemäss Art. 46 verlangt hat bzw. die Feststellung, dass die angemeldeten Forderungen sicherstellt worden sind, vgl. Notariatsinspektorat des Kantons Zürich (Hrsg.), Texthandbuch Gesellschaftsrecht/Textvorlagen von notariellen Urkunden zum Gesellschaftsrecht, 4. A., 18.2.1, S. 3.

<sup>57</sup> Eine KMU-Erleichterung bedeutet, dass die Gesellschaft keinen Spaltungsbericht erstellen muss (Art. 39 Abs. 2 FusG), auf die Erstellung eines Prüfungsberichts verzichten kann (Art. 40 i.V.m. Art. 15 Abs. 2 FusG) und auch kein Einsichtsverfahren gemäss Art. 41 FusG durchführen muss (Art. 41 Abs. 2 FusG), sofern sämtliche Gesellschafter zustimmen.

<sup>58</sup> Teilverzichte, d.h. beispielsweise ein Verzicht nur auf den Prüfungsbericht und das Einsichtsverfahren, nicht aber auf den Spaltungsbericht, sind vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, N 234.

<sup>59</sup> Dieser Beschluss wird in der Regel direkt nach dem Spaltungsbeschluss gefasst und in dieselbe öffentliche Urkunde integriert.

<sup>60</sup> Der Prüfungsbericht hat zu bestätigen, dass die Forderungen der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft trotz Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind (Art. 732 Abs. 2 OR). Dieser besondere Prüfungsbericht kann in den Prüfungsbericht zur Abspaltung integriert werden, vgl. VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 15), Art. 51 N 14 m.w.H.

<sup>61</sup> Bei einer genehmigten Kapitalerhöhung ist der Feststellungsbeschluss zusammen mit dem Gesellschafterbeschluss beim Handelsregister anzumelden.

<sup>62</sup> Bei der Stampa-Erklärung handelt es sich um eine Erklärung der anmeldenden Gesellschaft bzw. ihres Verwaltungsrats bzw. ihrer Geschäftsführer, dass keine Sacheinlagen, Sachübernahmen, Verrechnungstatbestände oder besondere Vorteile bestehen, die nicht in den Belegen genannt sind.

<sup>63</sup> VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 15), Art. 51 N 14 m.w.H.

Ein allfälliger Spaltungsbericht ist gemäss Wortlaut der HRegV und des FusG nicht einzureichen (Art. 134 HRegV *e contrario*). Nichtsdestotrotz verlangen gewisse Handelsregisterämter dessen Einreichung und berufen sich dabei auf das Vorliegen einer Gesetzeslücke<sup>64</sup>. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Der Abspaltungsbericht dient lediglich der Information von Gesellschaftern und dem Schutz von Minderheitsgesellschaftern<sup>65</sup> und ist damit aufgrund seines Inhalts (Art. 39 Abs. 3 FusG) nicht für die Öffentlichkeit bestimmt<sup>66</sup>.

### C. Pflichten des Handelsregisterführers

Vor der Eintragung im Handelsregister hat der Handelsregisterführer zu prüfen, ob die *gesetzlichen Voraussetzungen* der Abspaltung erfüllt sind (Art. 940 Abs. 1 OR). Die Kognition des Handelsregisterführers ist dabei nicht uneingeschränkt. Es ist zwischen der Kognition bei der Prüfung der *formellen, registerrechtlichen* Voraussetzungen und der Kognition bei Prüfung der *materiell-rechtlichen* Eintragungsvoraussetzungen zu unterscheiden.

#### 1. Prüfung der formellen, registerrechtlichen Voraussetzungen

Bei der Prüfung der *formellen, registerrechtlichen Voraussetzungen*, d.h. der Einhaltung der Normen, welche unmittelbar die Führung des Handelsregisters betreffen, verfügt der Handelsregisterführer über eine umfassende Kognition, prüft also frei<sup>67</sup>.

Unter die formellen, registerrechtlichen Voraussetzungen fallen beispielsweise die korrekte Abfassung der Handelsregisteranmeldung<sup>68</sup>, die Vollständigkeit der eingereichten Belege<sup>69</sup>, die Eintragungsfähigkeit des angemeldeten Sachverhaltes oder das Vorliegen einer Wahlannahmeerklärung der einzutragenden Personen<sup>70</sup>.

Im Weiteren prüft das Handelsregisteramt mit umfassender Kognition, ob die als Eintragungsbelege erforderlichen

Urkunden den von Gesetzes wegen verlangten formellen und materiellen Inhalt aufweisen<sup>71</sup>. Auch das Vorliegen der für eine Eintragung notwendigen Bewilligungen wird grundsätzlich frei geprüft<sup>72</sup>. Hier stellen sich regelmässig auch materiell-rechtliche Fragen, bei denen das Handelsregisteramt bekanntlich über eine beschränkte Kognition verfügt.

#### 2. Prüfung der materiell-rechtlichen Eintragungsvoraussetzungen

Bei der Prüfung der *materiell-rechtlichen Eintragungsvoraussetzungen* ist die Kognition des Handelsregisteramtes dahingehend beschränkt, dass es bloss auf die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen zu achten hat, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter aufgestellt sind und die Eintragung nur bei einem offensichtlichen und unzweideutigen Widerspruch zum geltenden Recht abzulehnen hat<sup>73</sup>.

Neben den *gesellschaftsrechtlichen* Voraussetzungen einer Eintragung einer Abspaltung, wie beispielsweise dem Vorliegen des Mindestinhalts des Spaltungsvertrags nach Art. 39 FusG oder der Genehmigung des Abspaltungsvertrags im Rahmen des Spaltungsbeschlusses mit dem nach Art. 43 Abs. 1 und 2 FusG erforderlichen Quorum, ist bei gleichzeitiger Übertragung dinglicher Rechte die Prüfung der Einhaltung der Vorschriften des BewG und des BGGB von besonderem Interesse.

##### a. Pflichten des Handelsregisterführers im Bereich des BewG

Gemäss Art. 2 des BewG ist der *Erwerb von Grundstücken* durch Personen im Ausland<sup>74</sup> bewilligungspflichtig<sup>75</sup>. Als Erwerb von Grundstücken gelten neben den in

<sup>64</sup> ZK-FusG-PFEIFER/SCHWANINGER PREISS (FN 5), Art. 39 N 2 m.w.H.

<sup>65</sup> VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 15), Art. 39 N 2.

<sup>66</sup> VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 15), Art. 51 N 15.

<sup>67</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_27/2006 vom 22. Juni 2007, E. 2.2; BGE 91 362 und BGE 114 II 69; MARTIN K. ECKERT, Art. 940 N 14, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR II, 4. A., Basel 2012, BSK OR II-MARTIN K. ECKERT.

<sup>68</sup> An die Handelsregisteranmeldung sind keine hohen Anforderungen zu stellen; vgl. CLEMENS MEISTERHANS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Diss. Zürich 1996, 139 ff.

<sup>69</sup> MEISTERHANS (FN 68), 150 ff.; ECKERT (FN 67), Art. 940 N 15.

<sup>70</sup> ECKERT (FN 67), Art. 940 N 14 ff.

<sup>71</sup> MEISTERHANS (FN 68), 157.

<sup>72</sup> MEISTERHANS (FN 68), 165.

<sup>73</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_24/2007 vom 22. Juni 2007, E. 2.2; BGE 121 III 371; BGE 117 II 188 m.w.H.; ECKERT (FN 67), Art. 940 N 18; BGE 117 II 186 (188) E. 1., ROLF BÄR, Die Kognition des Handelsregisterführers, REPRAX 2000, 53.

<sup>74</sup> Personen im Ausland sind die in Art. 5 BewG aufgeführten natürlichen Personen. Nimmt eine gemäss Art. 5 BewG als Person im Ausland zu qualifizierende natürliche Person eine beherrschende Stellung in einer juristischen Person wahr, indem sie allein oder gemeinsam mit anderen Personen im Ausland die Verwaltung oder Geschäftsführung entscheidend beeinflussen kann, so gilt die juristische Person ebenfalls als Person im Ausland (Art. 6 BewG).

<sup>75</sup> Keiner Bewilligung bedarf der Erwerb von Grundstücken, wenn diese als ständige Betriebsstätte eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerkerbetriebs oder eines freien Berufes dient, das Grundstück dem Erwerber als natürlicher Person als Hauptwohnung am Ort seines rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitzes dient oder

Art. 4 BewG aufgeführten Tatbeständen auch die Übernahme eines Grundstückes durch Fusion, Spaltung, Umwandlung oder Vermögensübertragung nach dem FusG, *sofern sich dadurch die Rechte des Erwerbers vermehren* (Art. 1 Abs. 1 lit. b BewV<sup>76</sup>).

Bei einer Abspaltung zur Übernahme mit gleichzeitiger Übertragung von Grundstücken ist es möglich, dass die übernehmende Gesellschaft, welche bisher noch über kein Grundstückeigentum verfügte, von Personen im Ausland beherrscht und damit als Person im Ausland gemäss Art. 5 BewG qualifiziert wird<sup>77</sup>. In einem solchen Fall wäre die Übertragung der Grundstücke bewilligungspflichtig, sofern es sich dabei nicht um Betriebsstätten-Grundstücke nach Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG handelt.

Da gemäss Art. 52 FusG eine Abspaltung mit der Eintragung im Handelsregister rechtswirksam wird, spielt der Handelsregisterführer bei der Prüfung der Bewilligungspflicht nach BewG eine wichtige Rolle. Allfällige im Inventar zum Abspaltungsvertrag aufgeführte Grundstücke gehen nämlich von Gesetzes wegen zum Zeitpunkt der Handelsregistereintragung auf die übernehmende Gesellschaft über<sup>78</sup>. Der nachfolgende Grundbucheintrag hat rein deklaratorische Bedeutung<sup>79</sup>. Gemäss h.L. sind daher die Feststellungen des Handelsregisterführers in Bezug auf die Bewilligungspflicht nach BewG für den Grundbuchverwalter verbindlich<sup>80</sup>.

Bei der Prüfung der Einhaltung der Vorschriften des BewG geht es um die Prüfung einer materiell-rechtlichen Eintragungsvoraussetzung<sup>81</sup>. Die Prüfungspflicht des

Handelsregisterführers ist daher beschränkt. Die Spezialvorschrift in Art. 18 BewG begründet nun jedoch eine von den üblichen Prüfungspflichten abweichende, besondere Prüfungspflicht des Handelsregisterführers<sup>82</sup>. Gestützt auf Art. 18 BewG kommt dem Handelsregisterführer im Zusammenhang mit dem BewG eine über die eigentlichen Aufgaben des Handelsregisterführers hinausgehende, dem Zweck des Handelsregisters fremde, polizeiliche Prüfungsfunktion zu<sup>83</sup>. Er kann das Eintragungsverfahren gestützt auf Art. 18 BewG aussetzen und der anmeldenden Person eine Frist von dreissig Tagen einräumen, um eine Bewilligung oder die Feststellung der Nichtbewilligungspflicht einzuholen, sofern er die Bewilligungspflicht nach BewG *nicht ohne Weiteres* ausschliessen kann<sup>84</sup>.

Art. 18b BewV bestimmt darüber hinaus, dass das Handelsregisteramt die anmeldende Person *in der Regel* nur dann an die Bewilligungsbehörde zu verweisen hat, wenn die Eintragung ins Handelsregister (i) im *Zusammenhang mit einer Beteiligung einer Person im Ausland* an einer vermögensfähigen Gesellschaft ohne juristische Persönlichkeit oder an einer juristischen Person steht, (ii) *deren tatsächlicher Zweck<sup>85</sup> der Erwerb von Grundstücken* ist, die nicht als Betriebsstätten-Grundstücke nach Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG ohne Bewilligung erworben werden können. Eine Verweisung an die Bewilligungsbehörde kommt dabei nur in folgenden Fällen in Betracht<sup>86</sup>:

- Eintragung einer neuen Gesellschaft (z.B. die Neueintragung der übernehmenden Gesellschaft bei einer Abspaltung zur Neugründung);
- Zweckänderung einer Gesellschaft in Erwerb von und Handel mit Grundstücken, welche nicht für eine nach dem BewG zulässige Nutzung bestimmt sind;
- Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung, wenn die Kapitalveränderung bewirkt, dass die Stellung einer Person im Ausland verstärkt wird;

eine Ausnahme nach Art. 7 BewG vorliegt (Art. 2 Abs. 2 lit. a–c BewG).

<sup>76</sup> Verordnung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewV) vom 1. Oktober 1984, SR 211.412.411.

<sup>77</sup> Eine juristische Person mit Sitz in der Schweiz gilt als Person im Ausland, falls Personen im Ausland eine beherrschende Stellung an ihr haben, d.h. wenn sie aufgrund ihrer finanziellen Beteiligung, ihres Stimmrechts oder aus anderen Gründen allein oder gemeinsam mit anderen Personen im Ausland die Verwaltung oder Geschäftsführung entscheidend beeinflussen können (Art. 5 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 6 Abs. 1 BewG).

<sup>78</sup> Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000, 4337 ff. (4486). ZK-FusG-BURCKHARDT BERTOSSA/EICHNER (FN 14), Art. 52 N 3.

<sup>79</sup> FRANO KOSLAR in: SCHENKER (FN 14), FusG 104 N 6; ZK-FusG THOMAS WEIBEL/CONRADIN CRAMER (FN 4), Art. 104 N 1; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 15), Art. 104 N 1.

<sup>80</sup> ROLAND PFÄFFLI, Handelsregister und Grundbuch, Schnittstellen und Berührungspunkte, REPRAX 2011, 35 ff., 42; ROLAND PFÄFFLI, Fusionsgesetz und Grundbuchführung, BN 2004, 236 ff., 241.

<sup>81</sup> CHRISTOF BLÄSI, Der Handelsregisterführer und die Lex Friedrich, in: Jahrbuch des Handelsregisters 1994, Zürich 1995, 162.

<sup>82</sup> BLÄSI (FN 81), 164; ECKERT (FN 67), Art. 940 N 16.

<sup>83</sup> MEISTERHANS (FN 68), 177 ff.

<sup>84</sup> Vgl. auch Art. 18 BewV, wonach das Handelsregisteramt keine nähere Prüfung der Bewilligungspflicht unternimmt und somit bei Zweifel eine Verweisung an die Bewilligungsbehörde angezeigt erscheint.

<sup>85</sup> Der Zweck der Gesellschaft kann sich einerseits aus den Statuten, andererseits aus der tatsächlichen Tätigkeit ergeben, vgl. CHRISTOF BLÄSI, Der Handelsregisterführer und die Lex Koller, in: Jahrbuch des Handelsregisters 1998, Zürich 1999, 177.

<sup>86</sup> Weisung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister vom 13. Januar 1998 betreffend Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland; Richtlinien für die kantonalen Handelsregisterämter, in: MANFRED KÜNG/CLEMENS MEISTERHANS, Handbuch für das Handelsregister, Band VI, Weisungen EGHRA, Mustervorlagen, S. 340 ff., Ziff. 32.



- Neueintragungen einer Person im Ausland als Gesellschafter oder Verwaltungsrat;
- Sitzverlegung ins Ausland.

Hat das Handelsregisteramt jedoch geringste Zweifel<sup>87</sup> an der Bewilligungspflicht, so hat es das Eintragungsverfahren auszusetzen und den Antragssteller an die Bewilligungsbehörde zu verweisen. Eine Verweisung ist immer dann geboten, wenn das Handelsregisteramt eine Bewilligungspflicht nach BewG nicht von vornherein mit Sicherheit ausschliessen kann<sup>88</sup>.

Diese strenge bundesgerichtliche Verweisungspraxis wird in der Lehre kritisiert<sup>89</sup>. Insbesondere MEISTERHANS ist der Auffassung, dass die eingeschränkte Kognition des Handelsregisterführers im Bereich der materiell-rechtlichen Eintragungsvoraussetzungen auch bei der Anwendung des BewG gelten soll<sup>90</sup>. Der Handelsregisterführer solle eine Prüfung der durch das BewG vorgeschriebenen Voraussetzungen nur summarisch durchführen und den Eintrag vornehmen, wenn auf Grund der eingereichten Unterlagen eine Bewilligungspflicht nicht erkennbar sei<sup>91</sup>. Der Handelsregisterführer könne seine Prüfung auf die eingereichte Lex-Friedrich-Erklärung beschränken. Weitere Abklärungspflichten beständen nicht.

In der Praxis beschränkt man sich tatsächlich vermehrt auf eine summarische Prüfung. Diese beschränkte Prüfung kann durchaus damit gerechtfertigt werden, dass das Handelsregisteramt in der Regel davon ausgehen kann, dass eine etwaige Verweisung an die zuständige Bewilligungsbehörde im Zuge eines nachfolgenden Grundstückerwerbs durch den Grundbuchverwalter erfolgt<sup>92</sup>. In den meisten Fällen ist diese Annahme folgerichtig<sup>93</sup>, bei

einem Grundstückerwerb im Rahmen einer Abspaltung jedoch unzutreffend.

Bei einer Eintragung einer Abspaltung bestimmt das Handelsregisteramt, ob das Eigentum auf die übernehmende Gesellschaft übertragen wird. Die spätere Nachführung des Grundbuchs ist rein deklaratorisch. Das Grundbuchamt hat sich auf den Entscheid des Handelsregisterführers zu verlassen. Selber hat es keine Prüfungsbefugnis mehr<sup>94</sup>.

Die Handelsregisterämter sollten sich ihrer Verantwortung bewusst sein und bei allfälligen Zweifeln ihre sonst übliche summarische Prüfung ausdehnen. Bestehen Hinweise, dass eine Bewilligungspflicht nach BewG vorliegen könnte, so hat der Handelsregisterführer das Eintragungsverfahren auszusetzen und den Antragssteller an die Bewilligungsbehörde zu verweisen. Zumindest im Anwendungsbereich des FusG hat das Handelsregisteramt der vom Bundesgericht propagierten strengen Verweisungspraxis nachzuleben.

## b. Pflichten des Handelsregisterführers im Bereich des BGGB

Anders als Art. 18 BewG enthält das BGGB keine spezielle Regelung betreffend der Prüfungspflicht des Handelsregisterführers. Insbesondere ist Art. 81 BGGB<sup>95</sup> gestützt auf den Wortlaut nur für den Grundbuchverwalter anwendbar. Den Handelsregisterführer betrifft Art. 81 BGGB nicht.

Da eine besondere Regelung der Prüfungspflicht fehlt, sind die allgemeinen Regeln betreffend die Kognition des Handelsregisterführers anwendbar. Danach hat das Handelsregisteramt auf die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen des BGGB zu achten, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter aufgestellt

<sup>87</sup> BGE 109 IB 101 ff. (109) E. 3c, wo das Bundesgericht festhält, dass «si les autorités du registre du commerce avaient quelque doute quant à cet assujettissement, elles devaient au moins suspendre la procédure d'inscription (...)».

<sup>88</sup> BLÄSI (FN 81), 162 mit Verweis auf BGE 114 Ib 261 ff. (264), E. 2; BGE 109 Ib 101 ff. (109) E. 3c; MEISTERHANS (FN 68), 182.

<sup>89</sup> ELMAR REIZE, Das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Februar 1983. Allgemeine Bemerkungen und erste Erfahrungen, in: ZBGR 1985, 321 ff., 322 f.; GIAN G. LÜTHI, Anwendungsprobleme in der Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Diss. Zürich 1987; GIANNA BOMIO, Das Feststellungsverfahren bei der AG gemäss dem Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Diss. Basel 1990, 132; MEISTERHANS (FN 68), 186.

<sup>90</sup> MEISTERHANS (FN 68), 186.

<sup>91</sup> MEISTERHANS (FN 68), 186.

<sup>92</sup> BLÄSI (FN 81), 168 mit weiteren Hinweisen.

<sup>93</sup> Bei einer Sacheinlagegründung mit einem Grundstück oder bei einer Kapitalerhöhung durch Einlage eines Grundstücks ist zur konstitutiven Eigentumsübertragung eine Anmeldung im Grundbuch

erforderlich. Die Anmeldung beim Grundbuch wird vom Grundbuchverwalter nochmals geprüft.

<sup>94</sup> Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 5. Dezember 2005, in: BN 2006 220 ff.

<sup>95</sup> Gemäss Art. 81 Abs. 2 BGGB hat der Grundbuchverwalter eine Grundbuchanmeldung abzuweisen, wenn es offensichtlich ist, dass für das angemeldete Geschäft eine Bewilligung notwendig ist und eine solche nicht vorliegt. Falls Ungewissheit darüber besteht, ob für das angemeldete Geschäft eine Bewilligung nach BGGB notwendig ist, so schreibt der Grundbuchverwalter die Anmeldung im Tagebuch ein, schiebt jedoch den Entscheid über die Eintragung im Grundbuch auf, bis über die Bewilligungspflicht und allenfalls über das Gesuch entschieden wird (Art. 81 Abs. 3 BGGB). Der Grundbuchverwalter setzt dabei eine Frist von dreissig Tagen zur Einreichung eines Gesuchs um einen Entscheid über die Bewilligungspflicht oder um Bewilligungserteilung. Läuft diese Frist unbenutzt ab oder wird die Bewilligung verweigert, so weist er die Anmeldung ab (Art. 81 Abs. 4 BGGB).

sind und die Eintragung im Handelsregister nur bei einem offensichtlichen und unzweideutigen Widerspruch abzulehnen<sup>96</sup>.

Diese eingeschränkte Prüfungspflicht kann unter Umständen weitreichende Konsequenzen haben.

Obwohl Art. 62 lit. g BGG die Eigentumsübertragung infolge Abspaltung von der Bewilligungspflicht nach Art. 61 BGG grundsätzlich ausnimmt, können bei Abspaltungen durchaus nach den Bestimmungen des BGG bewilligungspflichtige Eigentumsübertragungen stattfinden. Wenn die Aktiven des übertragenden oder des übernehmenden Rechtsträgers bei einer Abspaltung beispielsweise hauptsächlich aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken bestehen, so erfordert die Übertragung eine Bewilligung der zuständigen Behörde (Art. 62 lit. g BGG *e contrario*).

Das Vorliegen der Bewilligungspflicht hat bei einer Eigentumsübertragung infolge Abspaltung der Handelsregisterführer zu prüfen. Die spätere Eintragung der Eigentumsübertragung im Grundbuch ist lediglich deklaratorisch<sup>97</sup>.

Der Handelsregisterführer ist jedoch wegen seiner beschränkten Prüfungspflicht *de lege lata* nicht in allen Fällen befugt, die Eintragung im Handelsregister abzulehnen oder das Bewilligungsverfahren auszusetzen. Eine entsprechende gesetzliche Grundlage fehlt.

*De lege ferenda* ist daher eine Anpassung von Art. 81 BGG zu fordern. Nicht nur der Grundbuchverwalter soll bei Ungewissheit über eine Bewilligungspflicht nach BGG die Möglichkeit haben, das Eintragungsverfahren auszusetzen, sondern auch der Handelsregisterführer. Infolge der für die Übertragung dinglicher Rechte konstitutiven Wirkung des Handelsregistereintrags erscheint eine entsprechende Erweiterung der Kompetenzen des Handelsregisterführers angebracht.

#### D. Rechtsfolgen des Handelsregistereintrags

Mit der Eintragung der Abspaltung im Handelsregister gehen sämtliche im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft im Rahmen einer sog. partiellen Universalsukzession<sup>98</sup> von Gesetzes

wegen auf die übernehmende Gesellschaft über (Art. 52 FusG). Die Übertragung dinglicher Rechte an Grundstücken erfolgt also ausserbuchlich im Sinne von Art. 656 Abs. 2 ZGB<sup>99</sup>.

Solange die infolge der Abspaltung geänderten Rechtsverhältnisse nicht gemäss Art. 66 Abs. 1 lit. d GBV im Grundbuch eingetragen sind, gilt Folgendes:

- Der übernehmende Rechtsträger kann grundsätzlich solange nicht über die übertragenen dinglichen Rechte verfügen, als er nicht als deren Inhaber im Grundbuch eingetragen ist (Art. 656 Abs. 2 ZGB)<sup>100</sup>.
- Die übertragende Gesellschaft kann demgegenüber solange über das Grundstück verfügen, als sie gemäss Grundbuch Eigentümerin ist (Art. 963 Abs. 1 ZGB)<sup>101</sup>.

Es besteht somit ein gewisses Risiko, dass ein gutgläubiger Dritter von einer weiterhin im Grundbuch als Eigentümerin eingetragenen Gesellschaft ein dingliches Recht am übertragenen Grundstück erwirbt, ohne dass die übertragende Gesellschaft überhaupt Eigentümerin ist<sup>102</sup>. Die Gutgläubigkeit des Dritten ist dabei – trotz Publikation der Abspaltung im SHAB – zu bejahen<sup>103</sup>.

Um eine möglichst rasche Übereinstimmung zwischen der (gesellschaftsrechtlichen) Rechtswirklichkeit und dem noch nicht bereinigten «*unrichtigen*»<sup>104</sup> Grundbucheintrag herbeiführen, sieht Art. 104 Abs. 2 FusG vor, dass der übernehmende Rechtsträger den *Übergang des Eigentums* an einem Grundstück infolge Abspaltung *um-*

führt wurden. Die Botschaft verwendet ebenfalls die Bezeichnung «Übertragung gemäss Inventar», was verständlicher zu sein scheint (Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBI 2000, 4337 ff., 4465).

<sup>99</sup> Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBI 2000, 4337 ff. (4486).

<sup>100</sup> VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 15), Art. 104 N 4. Eine Verfügung mittels Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung ist jedoch weiterhin zulässig, vgl. GLANZMANN (FN 2), § 43 N 647.

<sup>101</sup> GLANZMANN (FN 2), § 43 N 647; CORRADO RAMPINI, Handänderungen von Immobilien durch Vermögensübertragung, Der Schweizer Treuhänder, 2006, 164 ff. (166). ZK-FusG-WEIBEL/CRAMER (FN 79), Art. 104 N 13.

<sup>102</sup> Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBI 2000, 4337 ff. (4486); GLANZMANN (FN 2), § 43 N 647; BRÄNDLI (FN 21), Rz. 34.

<sup>103</sup> Die Publikation der Abspaltung im SHAB enthält keinen Hinweis auf die Art der übertragenen Aktiven und Passiven, sondern nur den Gesamtwert des übertragenen Vermögens (vgl. Art. 135 Abs. 1 lit. c HRegV). Ob Grundstücke übertragen wurden oder nicht, ist folglich unbekannt, weshalb der gute Glaube nicht zerstört wird, BRÄNDLI (FN 21), Rz. 39.

<sup>104</sup> ZK-FusG-WEIBEL/CRAMER (FN 67), Art. 104 N 3.

<sup>96</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_24/2007 vom 22. Juni 2007, E. 2.2; BGE 121 III 371; BGE 117 II 188 m.w.H.; ECKERT (FN 67), Art. 940 N 18; BGE 117 II 186 (188) E. 1., BÄR (FN 73), 53.

<sup>97</sup> Vgl. Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 5. Dezember 2005, in: BN 2006 220 ff.

<sup>98</sup> Partiiell ist die Übertragung von Gesetzes wegen, da nur diejenigen Aktiven und Passiven übergehen, welche im Inventar aufge-

gehend nach Eintritt der Rechtswirksamkeit der Spaltung beim Grundbuchamt anzumelden hat. Alle übrigen sich aus der Abspaltung ergebenden Änderungen des Grundbuchs sind innert drei Monaten vom Eintritt der Rechtswirksamkeit an beim Grundbuchamt anzumelden.

### III. Vollzug der Abspaltung im Grundbuch

#### A. Grundbuchanmeldung

Im Unterschied zum allgemein geltenden Grundsatz, wonach dingliche Rechte an Grundstücken erst mit deren Eintragung im Grundbuch entstehen, führt die Anmeldung einer durch Abspaltung erfolgten Eigentumsübertragung<sup>105</sup> an in der Schweiz gelegenen Grundstücken gestützt auf Art. 66 lit. d GBV keine materielle Rechtsänderung herbei, sondern dient lediglich dem grundbuchrechtlichen Nachvollzug (sog. «relatives Eintragungsprinzip»)<sup>106</sup>.

Während die Grundbuchanmeldung im Bereich des absoluten Eintragungsprinzips eine materiell-rechtliche Verfügung über ein dingliches Recht darstellt<sup>107</sup>, hat sie im Anwendungsbereich des relativen Eintragungsprinzips nur deklaratorische Wirkung und ist eine blosser Rechtsbehandlung<sup>108</sup>. Sie dient allein dazu, «den grundbuchlich ausgewiesenen Rechtsbestand mit der materiell abweichenden Rechtslage in Übereinstimmung zu bringen»<sup>109</sup>.

#### 1. Form und Inhalt der Grundbuchanmeldung

Die Anmeldung beim Grundbuch hat grundsätzlich<sup>110</sup> schriftlich zu erfolgen und muss von den Vertretern des übernehmenden Rechtsträgers rechtsgültig unterzeichnet sein (Art. 963 Abs. 1 ZGB, Art. 48 GBV)<sup>111</sup>.

Die Grundbuchanmeldung hat den ausdrücklichen Eintragungswillen der anmeldenden Person zu enthalten und jede vorzunehmende Eintragung sowie die davon betroffenen Grundstücke einzeln zu nennen (Art. 48 Abs. 2 GBV)<sup>112</sup>. Hinsichtlich des einzutragenden Rechts hat die Anmeldung klar und vollständig sowie inhaltlich unbedingt und vorbehaltlos zu sein (Art. 47 Abs. 1 GBV)<sup>113</sup>.

#### 2. Anmeldende Person

Die Anmeldung der Eigentumsübertragung hat nach Rechtswirksamkeit der Abspaltung umgehend durch den übernehmenden Rechtsträger zu erfolgen (Art. 104 Abs. 2 FusG).

Neben dem übernehmenden Rechtsträger kann jedoch auch die – die Feststellungsurkunde nach Art. 104 Abs. 3 FusG<sup>114</sup> abfassende – Urkundsperson die Anmeldung im Grundbuch vollziehen (Art. 104 Abs. 4 FusG). Diese gesetzliche Ermächtigung entspricht den Regeln in den kantonalen Beurkundungsgesetzen, welche Urkundspersonen in der Regel ermächtigen, die von ihnen beurkundeten Geschäfte beim Grundbuchamt anzumelden<sup>115</sup>.

Folglich muss die Urkundsperson keine erneute Ermächtigung der übernehmenden Gesellschaft zur Grundbuchanmeldung einholen<sup>116</sup>. Dennoch ist die Aufnahme einer entsprechenden Ermächtigung in der öffentlichen Urkunde zu empfehlen<sup>117</sup>.

Im Übrigen hat die übernehmende Gesellschaft das Recht, bis zur Eintragung im Tagebuch die Vornahme der Grundbuchanmeldung zu verhindern, indem sie ihr Einverständnis mit der Abgabe der Grundbuchanmeldung durch die Urkundsperson ausdrücklich widerruft<sup>118</sup>.

<sup>105</sup> Bei der Abspaltung erfolgt die Eigentumsübertragung von Gesetzes wegen mit dem Handelsregistereintrag, weshalb die Grundbuchanmeldung nur deklaratorisch wirkt.

<sup>106</sup> KOSLAR (FN 19), FusG 104 N 6; BRÄNDLI (FN 21), Rz. 18.

<sup>107</sup> BGE II 115, 229 E. 5a; BGE 111 II 42, 46 E. 4; JÜRIG SCHMID, Art. 963 N 20 m.w.H., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar ZGB II, 4. A., Basel 2011.

<sup>108</sup> BETTINA DEILLON-SCHEGG, Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Diss. Zürich 1997, 32.

<sup>109</sup> DEILLON-SCHEGG (FN 108), 31.

<sup>110</sup> Das Vorliegen einer schriftlichen Grundbuchanmeldung ist keine Gültigkeitsvoraussetzung. Sofern der Verfügungswille des Berechtigten eindeutig gegeben ist, zieht eine ohne Vorliegen einer schriftlichen Anmeldung erfolgte Eintragung weder Nichtigkeit noch Anfechtbarkeit der Eintragung nach sich, BSK ZGB II-SCHMID (FN 107), Art. 963 N 8 mit Verweis auf BGE 56 II 261.

<sup>111</sup> Sieht das kantonale Recht für die Grundbuchämter den elektronischen Rechtsverkehr vor, so ist das grundsätzliche Erfordernis der

Schriftlichkeit erfüllt, wenn die Anmeldung elektronisch mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR (Art. 3 Abs. 1 lit. a GBV) auf einer Zustellplattform nach Art. 40 Abs. 1 GBV oder auf einer eingerichteten Internetseite des Bundes oder des Kantons (Art. 40 Abs. 1 lit. a und b GBV) übermittelt wird.

<sup>112</sup> CHRISTIAN BRÜCKNER, Sorgfaltspflicht der Urkundsperson und Prüfungsbereich des Grundbuchführers bei Abfassung und Prüfung des Rechtsgrundausweises, ZBGR 1983, 65 ff., 73 f.

<sup>113</sup> DEILLON-SCHEGG (FN 108), 87 f.

<sup>114</sup> Sie hierzu nachfolgend IV.C.

<sup>115</sup> Vgl. beispielsweise § 29 Gesetz über die öffentlichen Beurkundungen des Kantons Luzern (Beurkundungsgesetz) vom 18. September 1973.

<sup>116</sup> A.M. KOSLAR (FN 79), FusG 104, N 17.

<sup>117</sup> VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 15), Art. 104 N 29.

<sup>118</sup> Ist die Anmeldung einmal abgegeben, so kann diese grundsätzlich nicht mehr einseitig zurückgezogen oder widerrufen werden (Art. 47 Abs. 1 GBV, BGE 115 II 21).



### 3. Zeitpunkt der Anmeldung

Die Anmeldung einer *Eigentumsübertragung* infolge Abspaltung hat umgehend nach der Rechtswirksamkeit der Abspaltung und der Abfassung der Feststellungsurkunde zu erfolgen.

Bei der Bestimmung der Frist ist zu berücksichtigen, dass die Beschaffung der Feststellungsurkunde nach Art. 104 Abs. 3 FusG eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Wird jedoch die Urkundsperson bereits vor Rechtswirksamkeit der Abspaltung mit der Abfassung der Urkunde (gestützt auf den Handelsregisterauszug) beauftragt<sup>119</sup>, so kann der Zeitverlust auf ein Minimum reduziert werden. Bei optimaler Planung sollte die Zeitdauer zwischen Rechtswirksamkeit der Abspaltung und der Grundbuchanmeldung nicht mehr als 1–2 Wochen betragen. In jedem Fall hat die Grundbuchanmeldung mit einer Frist von deutlich unter drei Monaten nach dem Handelsregistereintrag zu erfolgen.<sup>20</sup>

Sollten im Inventar zum Abspaltungsvertrag nicht Eigentumsrechte, sondern *andere dingliche Rechte*<sup>121</sup> an Grundstücken übertragen werden, so hat die Grundbuchanmeldung zu deren Übertragung gestützt auf Art. 104 Abs. 1 FusG innert drei Monaten nach Eintritt der Rechtswirksamkeit der Abspaltung zu erfolgen<sup>122</sup>. Eine umgehende Anmeldung – wie sie bei übergehenden Eigentumsrechten notwendig ist – ist gestützt auf den Wortlaut von Art. 104 Abs. 2 FusG nicht erforderlich.

Ohnehin sind aber die gesetzlichen Fristen von Art. 104 Abs. 1 und 2 blosse Ordnungsvorschriften, deren Verletzung grundsätzlich keine direkten Rechtsfolgen nach sich zieht<sup>123</sup>. Denkbar sind Verantwortlichkeitsansprüche gestützt auf Art. 108 FusG<sup>124</sup>.

## B. Belege

### 1. Allgemeines

Jede Grundbuchanmeldung ist ein kausales, mit dem Grundgeschäft als Rechtsgrund verknüpftes Rechtsgeschäft<sup>125</sup>. Der Rechtsgrund muss im Zeitpunkt der Anmel-

dung gültig vorliegen und kann – im Bereich des absoluten Eintragungsprinzips – in einem rechtsgeschäftlichen Verpflichtungsgeschäft oder – im Bereich des relativen Eintragungsprinzips – in einer gerichtlichen Entscheidung, einer amtlichen Verfügung oder einer Gesetzesvorschrift bestehen<sup>126</sup>.

Zusammen mit der Anmeldung und dem Rechtsgrundaussweis sind dem Grundbuch ergänzende Belege einzureichen (Art. 948 Abs. 2 ZGB; Art. 51 GBV). Mit diesen soll der Nachweis der Verfügungsberechtigung der anmeldenden Person sowie die Eintragungsfähigkeit der erwerbenden Person erbracht werden<sup>127</sup>.

Bei einer Übertragung dinglicher Rechte infolge Abspaltung ist in Bezug auf die beim Grundbuchamt einzureichenden Dokumente zwischen einer Übertragung von Eigentums- und einer Übertragung von anderen dinglichen Rechten an Grundstücken zu unterscheiden.

Werden infolge Abspaltung *Eigentumsrechte an Grundstücken* übertragen, was der Regelfall sein wird, hat die übernehmende Gesellschaft neben der Grundbuchanmeldung folgende Belege einzureichen (Art. 66 Abs. 1 lit. d GBV):

- Beglaubigter Handelsregisterauszug des übernehmenden Rechtsträgers nach Rechtswirksamkeit der Abspaltung.
- Öffentlich-beurkundete Feststellungsurkunde über die Tatsache, dass das Eigentum an den im Spaltungsvertrag identifizierten Grundstücken auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen wurde (Art. 104 Abs. 3 FusG)<sup>128</sup>.

Werden infolge der Abspaltung *andere dingliche Rechte* an Grundstücken übertragen, so hat die übernehmende Gesellschaft neben der Grundbuchanmeldung folgende Belege einzureichen:

- Beglaubigter Handelsregisterauszug der übernehmenden Gesellschaft nach Rechtswirksamkeit der Abspaltung.
- Beglaubigter Auszug aus dem im Spaltungsvertrag enthaltenen Inventar über die Zuordnung der dinglichen Rechte an den Grundstücken. Eine spezielle öffentlich-beurkundete Feststellungsurkunde ist nicht erforderlich.

Werden im Rahmen einer Abspaltung sowohl Eigentums- als auch andere dingliche Rechte an Grundstücken über-

<sup>119</sup> Durchaus zu empfehlen wäre hier die Rogation der Urkundsperson, welche bereits den Spaltungsbeschluss beurkundet hat.

<sup>120</sup> VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 15), Art. 104 N 19.

<sup>121</sup> Hier ist an die Übertragung von irregulären Personaldienstbarkeiten, wie z.B. Benützungrechte an einem Parkplatz zu denken (Art. 781 ZGB).

<sup>122</sup> ZK-FusG-WEIBEL/CRAMER (FN 79), Art. 104 N 14; a.M. VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 15), Art. 104 N 18 m.w.H.

<sup>123</sup> VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 15), Art. 104 N 20.

<sup>124</sup> BRÄNDLI (FN 21), Rz. 35.

<sup>125</sup> BSK ZGB II-SCHMID (FN 107), Art. 963 N 36.

<sup>126</sup> DEILLON-SCHIEGG (FN 108), 327 f.

<sup>127</sup> BSK ZGB II-SCHMID (FN 107), Art. 963 N 37a.

<sup>128</sup> Anders bei einer Eigentumsübertragung im Rahmen einer Abspaltung (Art. 66 lit. c GBV). Eine öffentlich beurkundete Feststellungsurkunde ist hier nicht notwendig.



tragen, genügt es, wenn eine öffentlich-beurkundete Feststellungsurkunde eingereicht wird, welche neben dem Übergang der Eigentumsrechte auch den Übergang anderer dinglicher Rechte an Grundstücken feststellt<sup>129</sup>.

Diesbezüglich hat das eidgenössische Grundbuchamt denn auch in einer Weisung an die Grundbuchämter empfohlen, eine öffentliche Feststellungsurkunde nach Art. 104 Abs. 3 FusG als gleichwertig mit einem Auszug aus dem Inventar zum Spaltungsvertrag anzuerkennen<sup>130</sup>.

Werden bei einer Abspaltung nur Eigentumsrechte an Grundstücken übertragen, so hat der übernehmende Rechtsträger zwingend eine Feststellungsurkunde nach Art. 104 Abs. 3 FusG anfertigen zu lassen. Die Einreichung eines Auszugs aus dem Inventar zum Spaltungsvertrag genügt nicht.

## 2. Öffentliche Feststellungsurkunde nach Art. 104 Abs. 3 FusG

### a. Allgemeines

Die bei einer Abspaltung von Eigentumsrechten an Grundstücken einzureichende öffentlich-beurkundete Feststellungsurkunde stellt das Beweisstück der Eigentumsübertragung dar, welches im Hinblick auf die Eintragung der erfolgten Eigentumsübertragung im Grundbuch vorgewiesen werden muss<sup>131</sup>. Die Feststellungsurkunde soll dem Grundbuchamt als standardisierter Beleg für die Eigentumsübertragung infolge Abspaltung dienen<sup>132</sup>.

### b. Rechtsnatur und Inhalt der öffentlichen Urkunde

Die Urkunde nach Art. 104 Abs. 3 FusG soll den Eintritt derjenigen Tatbestandselemente feststellen, die für den ausserbuchlichen Eigentumserwerb erforderlich sind<sup>133</sup>. Beurkundungsrechtlich handelt es sich um eine sog.

Sachbeurkundung<sup>134</sup>. Unter den möglichen Sachbeurkundungen kann man die Urkunde nach Art. 104 Abs. 3 FusG den Überzeugungsbeurkundungen<sup>135</sup> zuordnen. Die entstehende Urkunde wird als Feststellungsurkunde bezeichnet<sup>136</sup>.

Gegenstand einer Sachbeurkundung ist einerseits das Festhalten des Eintritts einer oder mehrerer Tatsachen<sup>137</sup> und andererseits das notarielle Zeugnis über die mit dem Eintritt dieser Tatsachen zusammenhängenden rechtlichen Verhältnisse bzw. Rechtsfolgen<sup>138</sup>. Ist die zu beurkundende Tatsache strittig, so hat die Urkundsperson von einer Beurkundung abzusehen<sup>139</sup>.

Gestützt auf die bundesrechtlichen Minimalanforderungen<sup>140</sup> an die Wahrheitspflicht, hat die Urkundsperson die Tatbestandselemente des Eigentumsübergangs infolge Abspaltung *selber festzustellen* und die Beurkundung auf die äusserlich *mit eigenen Sinnen wahrnehmbaren Tatsachen* zu beschränken<sup>141</sup>. Die Besonderheit der Feststellungsurkunde liegt darin, dass sie eine Rechtsfolge, nämlich die Übertragung von Eigentum, feststellt und beurkundet.

Inhaltlich hat die Feststellungsurkunde, gestützt auf das Inventar im Spaltungsvertrag, eine Liste der einzelnen, präzise definierten Grundstücke mit ihrer grundbuchlichen Identifikation (Gemeinde und Grundstücksnummer) zu enthalten und die Gültigkeit der Abspaltung festzustellen<sup>142</sup>. Die Feststellungsurkunde darf grundsätzlich keine vertraglichen Regelungen oder andere Willenserklärungen

<sup>129</sup> Vgl. AEBERSOLD (FN 21), 155; Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz, Amt für Grundbuch- und Bodenrecht, zur Verordnung betreffend das Grundbuch, Art. 18a Abs. 1 lit. e und f, vom August 2005, S. 2 f. (abrufbar unter: [www.http://www.grundbuchverwalter.ch/download/dt/ORF05\\_D.pdf](http://www.grundbuchverwalter.ch/download/dt/ORF05_D.pdf), besucht am 2. Januar 2013).

<sup>130</sup> Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz, Amt für Grundbuch- und Bodenrecht, zur Verordnung betreffend das Grundbuch, Art. 18a Abs. 1 lit. e und f, vom August 2005, S. 2 f. (abrufbar unter: [www.http://www.grundbuchverwalter.ch/download/dt/ORF05\\_D.pdf](http://www.grundbuchverwalter.ch/download/dt/ORF05_D.pdf), besucht am 2. Januar 2013).

<sup>131</sup> Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBI 2000, 4337 ff. (4487).

<sup>132</sup> ZK-FusG-WEIBEL/CRAMER (FN 79), Art. 104 N 21.

<sup>133</sup> STEPHAN WOLF, Notarielle Feststellung von ausserbuchlichen Eigentumsübergängen, BN 1998, 241 ff. (243).

<sup>134</sup> Bei der Sachbeurkundung geht es – im Gegensatz zur Beurkundung von Willenserklärungen (Rechtsgeschäfte) – um die Beurkundung von Vorgängen und Tatsachen, vgl. MARTI (FN 25), 121; STÄHLI (FN 25), Art. 54 N 1.

<sup>135</sup> Bei einer Überzeugungsbeurkundung beurkundet die Urkundsperson eine Überzeugung, welche sie sich mit gehöriger Sorgfalt (insbesondere durch Einsichtnahme in öffentliche Register oder in andere Dokumente) gebildet hat; vgl. BRÜCKNER (FN 26), N 134.

<sup>136</sup> WOLF (FN 133), 243.

<sup>137</sup> Die zu beurkundenden Tatsachen müssen offensichtliche und leicht verifizierbare, bestehende Tatsachen sein, deren rechtliche Bedeutung der Urkundsperson bekannt sein muss, siehe BRÜCKNER (FN 26), N 3057 und 3060.

<sup>138</sup> BRÜCKNER (FN 26), N 3052.

<sup>139</sup> BRÜCKNER (FN 26), N 3052.

<sup>140</sup> Die bundesrechtlichen Minimalanforderungen an die öffentliche Beurkundung sollen nun auch kodifiziert werden, vgl. Bundesamt für Justiz BJ, Direktion Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Änderung betreffend öffentliche Beurkundung), Erläuternder Bericht, Dezember 2012 und Art. 56 des Vorentwurfs.

<sup>141</sup> WOLF (FN 133), 243.

<sup>142</sup> Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBI 2000, 4337 ff. (4487); URS FASEL, Grundbuchverordnung (GBV), Kommentar zur Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch, Basel 2008, Art. 18a N 40.

gen der Urkundsparteien enthalten<sup>143</sup>. Sie ist eine reine Sachbeurkundung. Eine Ermächtigung der Urkundsperson zur Anmeldung der Eigentumsübertragung beim Grundbuch kann in der Feststellungsurkunde aber ohne Weiteres enthalten sein.

### c. Zuständige Urkundsperson

Die Feststellungsurkunde nach Art. 104 Abs. 3 FusG kann von einer beliebigen Schweizer Urkundsperson abgefasst werden<sup>144</sup>. Insbesondere muss sie nicht von einer Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache beurkundet werden.

Diese Regelung ist kein bundesrechtlicher Eingriff in die kantonale Befugnis, für die öffentliche Beurkundung eines Rechtsgeschäftes über dingliche oder vormerkbare Rechte an Grundstücken ausschliesslich die Zuständigkeit der Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache vorzusehen<sup>145</sup>. Bei der Feststellungsurkunde geht es nicht um ein Rechtsgeschäft, welches dingliche oder vormerkbare Rechte auf einen anderen Rechtsträger übergehen lässt<sup>146</sup>, vielmehr wird ein *bereits erfolgter* Eigentumsübergang (infolge partieller Universalsukzession) nachträglich festgestellt.

Der von BRÜCKNER gemachte Vorbehalt, dass eine Urkundsperson eine Sachbeurkundung ablehnen soll, «wenn die festzustellenden Sachverhalte von einer anderen Urkundsperson an einem anderen Ort mit geringerem Aufwand oder erhöhter Zuverlässigkeit ermittelt werden können»<sup>147</sup>, ist m.E. bei der Abfassung der Feststellungsurkunde nach Art. 104 Abs. 3 FusG nicht anwendbar. Die festzustellenden Tatsachen<sup>148</sup> sind öffentlich und daher von allen Urkundspersonen gleichermaßen einsehbar.

Zur Abfassung der Feststellungsurkunde nach Art. 104 Abs. 3 FusG ist selbst dann jede Urkundsperson in der Schweiz zuständig, wenn mehrere Grundstücke in unterschiedlichen Grundbuchkreisen im Rahmen der Abspaltung übertragen werden. Die Erstellung einer einzigen öffentlichen Urkunde reicht<sup>149</sup>. Da die Anmeldung der Eigentumsübertragung jedoch bei mehreren Grundbuchämtern erfolgen muss, ist die Feststellungsurkunde mehrfach auszufertigen und beim jeweils zuständigen Grundbuchamt einzureichen.

### d. Zeitpunkt der Erstellung

Die Feststellungsurkunde ist sofort nach Eintritt der Rechtswirksamkeit der Abspaltung abzufassen<sup>150</sup>. Die Verantwortung zur Rogation der Urkundsperson trägt der übernehmende Rechtsträger. Es ist zu empfehlen, die Urkundsperson bereits vor der Anmeldung der Abspaltung beim Handelsregisteramt zur Abfassung der Urkunde zu beauftragen, so dass deren zeitliche Verfügbarkeit im Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit der Abspaltung sichergestellt ist<sup>151</sup>.

Grundlage der Feststellungsurkunde ist der Abspaltungsvertrag (inkl. Abspaltungsinventar) und ein Handelsregisterauszug, aus dem die gestützt auf den Spaltungsvertrag vollzogene Abspaltung ersichtlich wird. Auf die Publikation der Abspaltung im SHAB<sup>152</sup> hat die Urkundsperson nicht zu warten. Sobald ein Handelsregisterauszug vorliegt, kann die Feststellungsurkunde abgefasst werden.

### e. Pflichten der Urkundsperson

Bei der Abfassung der Feststellungsurkunde nach Art. 104 Abs. 3 FusG hat die Urkundsperson den Sachverhalt gestützt auf die Einsichtnahme in das Handelsregister und der vorzulegenden Dokumente, insbesondere dem Spaltungsinventar, zu ermitteln<sup>153</sup>. Die Urkundsperson hat dabei die für die Beurkundung erforderlichen Informationen bei den geeigneten Institutionen oder Personen grundsätzlich selber einzuholen<sup>154</sup>. Werden die Unterlagen von den Ur-

<sup>143</sup> ZK-FusG-WEIBEL/CRAMER (FN 79), Art. 104 N 21.

<sup>144</sup> ZK-FusG-WEIBEL/CRAMER (FN 79), Art. 104 N 26; Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000, 4337 ff. (4488).

<sup>145</sup> BGE 113 II 551; BGE 47 II 383 ff. (390), E. 6. Vgl. neu aber den Vorentwurf ZGB, wo in Art. 55m ZGB festgehalten wird, dass die nach den am Errichtungsort geltenden Vorschriften und von einer zuständigen Urkundsperson errichtete Urkunde von jedem Kanton anerkannt werden soll, vgl. zur ganzen Revisionsvorlage Bundesamt für Justiz BJ, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Änderung betreffend öffentliche Beurkundung) – Erläuternder Bericht mit Vorentwurf, Dezember 2012.

<sup>146</sup> Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000, 4337 ff. (4487).

<sup>147</sup> BRÜCKNER (FN 26), N 3087.

<sup>148</sup> Sämtliche Einträge im Hauptregister, die Anmeldungen und die Belege (und damit der Spaltungsvertrag, inkl. Inventar) sind öffentlich (Art. 10 und 12 HRegV).

<sup>149</sup> Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000, 4337 ff. (4487).

<sup>150</sup> ZK-FusG-WEIBEL/CRAMER (FN 79), Art. 104 N 20.

<sup>151</sup> KOSLAR (FN 79), FusG 104 N 16.

<sup>152</sup> Die Publikation erfolgt erst zwei Werktage nach Übermittlung der Eintragung durch das EHRA an das Schweizerische Handelsamtsblatt (Art. 35 Abs. 2 HRegV). Ein Handelsregisterauszug kann beim zuständigen Handelsregisteramt bereits vorher bezogen werden.

<sup>153</sup> BRÜCKNER (FN 26), N 3112.

<sup>154</sup> BRÜCKNER (FN 26), N 3113.

kundsparteien zur Verfügung gestellt, so darf die Urkundsperson diese als Grundlage der Beurkundung verwenden, sofern keine Zweifel an deren Richtigkeit bestehen.

Da die Abfassung einer Feststellungsurkunde nach Art. 104 Abs. 3 FusG die Beurkundung einer Rechtsfolge beinhaltet, darf die Urkundsperson die Feststellungsurkunde nur abfassen, wenn die von ihr mit gehöriger Sorgfalt ermittelten, der Rechtsfolge zugrundeliegenden Tatsachen keinen anderen Schluss als die beurkundete Rechtsfolge zulassen<sup>155</sup>.

Bei der Abfassung hat die Urkundsperson keine Belehrungspflicht über Tragweite, Risiken und Nachteile des Rechtsgeschäfts<sup>156</sup>. Die Feststellungsurkunde dient lediglich der Schaffung eines schriftlichen Belegs öffentlichen Glaubens<sup>157</sup>.

## C. Kognition des Grundbuchführers

### 1. Allgemeines

Der Grundbuchverwalter hat zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung in das Hauptbuch erfüllt sind (Art. 83 Abs. 1 GBV). Dabei ist zwischen den formellen und den materiellen Eintragungsvoraussetzungen zu unterscheiden.

In formeller Hinsicht hat der Grundbuchverwalter neben der Prüfung seiner Zuständigkeit, der Identität und Urteilsfähigkeit der anmeldenden Person und dem Fehlen von Ausstands- oder Ablehnungsgründen abzuklären, ob der vorgelegte Rechtsgrundaussweis den vom Gesetz vorgeschriebenen Formvorschriften entspricht<sup>158</sup>. In diesem formellen Bereich hat der Grundbuchverwalter eine umfassende Kognition<sup>159</sup>.

In materieller Hinsicht hat der Grundbuchverwalter die Eintragungsfähigkeit der angemeldeten Rechte oder Rechtsverhältnisse zu prüfen und dabei sicherzustellen, dass der Grundsatz des *numerus clausus* eintragbarer Rechte eingehalten wird<sup>160</sup>. Die materielle Gültigkeit des Rechtsgrundaussweises hat das Grundbuchamt demgegenüber grundsätzlich nicht zu untersuchen<sup>161</sup>. Einzig wenn

eindeutig und unzweifelhaft feststeht, dass die Voraussetzungen des einzutragenden Rechts oder Rechtsverhältnisses nicht gegeben sind, weil beispielsweise besonders krasse Mängel vorliegen, hat das Grundbuchamt die Anmeldung abzuweisen<sup>162</sup>.

Im Anwendungsbereich des BewG und des BGBB bestehen darüber hinaus besondere Prüfungspflichten des Grundbuchamtes.

Ist die Grundbuchanmeldung für eine Eigentumsübertragung konstitutiv («absolutes Eintragungsprinzip»), hat das Grundbuchamt gemäss Art. 18 Abs. 1 BewG, sofern es die Bewilligungspflicht nach BewG nicht ohne Weiteres ausschliessen kann, das Eintragungsverfahren aussetzen und dem Erwerber eine Frist von dreissig Tagen einzuräumen, um die Bewilligung oder die Feststellung einzuholen, dass er keiner Bewilligung bedarf. Die Anmeldung wird abgewiesen, sofern der Erwerber nicht fristgerecht handelt oder die Bewilligung verweigert wird.

In gleicher Art und Weise kann der Grundbuchverwalter das Eintragungsverfahren aussetzen, wenn landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstücke übertragen werden und über die Notwendigkeit einer Bewilligung nach BGBB Ungewissheit besteht (Art. 81 Abs. 3 BGBB). Das Grundbuchamt schreibt die Anmeldung zwar ins Tagebuch, schiebt jedoch den Entscheid über die Eintragung im Grundbuch auf.

Hat die Grundbuchanmeldung lediglich deklaratorische Bedeutung und geht das Eigentum oder andere dingliche Rechte an Grundstücken bereits vor Anpassung des Grundbuchs auf den Erwerber über, gelten jedoch andere Regeln.

### 2. Kognition im Bereich des relativen Eintragungsprinzips

Hat die Übertragung dinglicher Rechte vor Eintragung im Grundbuch stattgefunden und ist der Grundbucheintrag rein deklaratorisch, so ist die Prüfungsbefugnis des Grundbuchverwalters eingeschränkt<sup>163</sup>. Er hat grundsätzlich lediglich zu prüfen, ob die von der anmeldenden Person geltend gemachten Erwerbstatsachen tatsächlich vorliegen<sup>164</sup>. Das Grundbuchamt kann sich aber nicht mit der Prüfung der Vollständigkeit der vom Gesetz geforderten Belege begnügen.

<sup>155</sup> BRÜCKNER (FN 26), N 3117.

<sup>156</sup> BRÜCKNER (FN 26), N 3122.

<sup>157</sup> BRÜCKNER (FN 26), N 241.

<sup>158</sup> BSK ZGB II-SCHMID (FN 107), Art. 965 N 28a ff.; DIETER ZOBL, Grundbuchrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 518.

<sup>159</sup> ZOBL (FN 158), Rz. 517.

<sup>160</sup> BSK ZGB II-SCHMID (FN 107), Art. 965 N 30a; ZOBL (FN 158), Rz. 519 m.w.H.

<sup>161</sup> BGE 124 III 344 = ZBGR 1999 131 ff.; BGE 119 II 18; BGE 107 II 211 ff. = Pra 1981 Nr. 240; BSK ZGB II-SCHMID (FN 107), Art. 965 N 31; ZOBL (FN 158), Rz. 520 m.w.H.

<sup>162</sup> BSK ZGB II-SCHMID (FN 107), Art. 965 N 31; vgl. statt vieler: BGE 119 II 16 (17 f.), E. 2.

<sup>163</sup> BGE 111 II 42 (45), E. 2; BGE 102 Ib 8 (11), E. 2b; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 94 N 20 und N 24.

<sup>164</sup> DEILLON-SCHEGG (FN 108), 118.

Vielmehr muss das Grundbuchamt die eingereichten Belege einer weiteren, *formellen* Prüfung unterziehen. Bei einer Übertragung von Grundstücken infolge Abspaltung hat das Grundbuchamt zu prüfen, ob der Handelsregisterauszug der übernehmenden Gesellschaft gültig beglaubigt und die Feststellungsurkunde nach Art. 104 Abs. 3 FusG die vom Gesetz und von der GBV geforderten Angaben enthält und dem kantonalen Beurkundungsrecht entspricht<sup>165</sup>.

Eine materielle Überprüfung des Übergangs der dinglichen Rechte ist dem Grundbuchverwalter demgegenüber verwehrt<sup>166</sup>. Das Grundbuchamt muss sich auf die vorgängige Beurteilung durch das Handelsregisteramt verlassen<sup>167</sup>. Der vom EHRA genehmigte Tagesregistereintrag stellt eine einem Urteil gleichwertige Urkunde i.S.v. Art. 963 Abs. 2 ZGB und Art. 65 Abs. 2 lit. b GBV dar<sup>168</sup>. Dem Grundbuchverwalter fehlt zudem die Kompetenz, die Einhaltung der Bestimmungen des BewG oder des BGBB zu überprüfen<sup>169</sup>. So hat die Berner Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion<sup>170</sup> entschieden, dass «*der Eintrag im Handelsregister für den Grundbuchverwalter verbindlich ist, wirkt doch der handelsregisterrechtliche Eintrag (...) konstitutiv, während der Nachvollzug im Grundbuch lediglich – aber immerhin – deklaratorischer Natur ist.*»<sup>171</sup>

Die Berner Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion geht grundsätzlich richtigerweise davon aus, dass – sofern die nach Art. 66 Abs. 1 lit. d GBV notwendigen Belege eingereicht werden – der Grundbuchverwalter von einer rechtsgültigen Umstrukturierung auszugehen hat und

eine weitere Prüfung nicht mehr notwendig ist<sup>172</sup>. Eine Abweisung der Grundbuchanmeldung ist aber dann geboten, wenn die der Übertragung dinglicher Rechte zugrundeliegende Umstrukturierung besonders krasse Mängel aufweist und offensichtlich nichtig ist<sup>173</sup>. Eine eigentliche Suche nach Nichtigkeitsgründen ist dem Grundbuchamt jedoch verwehrt<sup>174</sup>. Nur offensichtliche und direkt ins Auge springende Nichtigkeitsgründe sind zu beachten.

Aufgrund der konstitutiven Wirkung des Handelsregistereintrags entscheidet damit letztlich der Handelsregisterführer, ob die Übertragung der dinglichen Rechte an Grundstücken im Grundbuch vollzogen werden kann oder ob die Eintragung infolge gesetzlicher Hindernisse unterbleiben muss. Der Handelsregisterführer hat diesbezüglich, insbesondere in komplexen Fällen oder bei Fragen im Bereich des BewG oder BGBB, in der Regel wenig Erfahrung und ist für die entsprechende Prüfung eher ungeeignet<sup>175</sup>. Wie gezeigt wurde, ist zudem seine Kognition, insbesondere im Bereich des BGBB, *de lege lata* eingeschränkt<sup>176</sup>.

Bei einer Abspaltung dinglicher Rechte an Grundstücken<sup>177</sup> ist es dem Handelsregisteramt daher zu empfehlen, vor der Eintragung im Tagebuch das zuständige Grundbuchamt zu konsultieren und dessen Meinung einzuholen<sup>178</sup>. Aber auch die Konsultation des Grundbuchamtes hilft nur beschränkt. Die Kognition des Handelsregisteramtes bleibt gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung eingeschränkt. Eine Abweisung der Handelsregisteranmeldung ist nur dann zulässig, wenn die einzutragenden Tatsachen offensichtlich und unzwei-

<sup>165</sup> DEILLON-SCHIEGG (FN 108), 331; BSK ZGB II-SCHMID, Art. 965 N 31.

<sup>166</sup> DEILLON-SCHIEGG (FN 108), 331; MANFRED KÜNG, Behandlung von Fusion und Umwandlung im Grundbuch, ZBGR 77/1996, 159 f.

<sup>167</sup> KÜNG (FN 166), 159 f.; CHRISTINA MARIA SCHMID-TSCHIRREN, Sachenrechtliche Aspekte des Fusionsgesetzes, ZBGR 2004, 228 ff. (235).

<sup>168</sup> KÜNG (FN 166), 157.

<sup>169</sup> ROLAND PFÄFFLI, Fusionsgesetz und Grundbuchführung, BN 2004, 236 ff., 241 ff., wobei PFÄFFLI der Meinung ist, dass sich im Bereich des BGBB eine Kommunikation zwischen Handelsregisterführer und Grundbuchverwalter aufdränge, da dieser Bereich «sehr komplex» sei, vgl. ROLAND PFÄFFLI, Handelsregister und Grundbuch, Schnittstellen und Berührungspunkte, REPRAX 2011, 35 ff., 42.

<sup>170</sup> Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 5. Dezember 2005, in: BN 2006 220 ff.

<sup>171</sup> Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 5. Dezember 2005, in: BN 2006 220 ff. (226), E. 3.2.

<sup>172</sup> Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 5. Dezember 2005, in: BN 2006 220 ff. (228), E. 5.1.

<sup>173</sup> Statt vieler: BGE 119 II 16 (17 f.), E. 2.

<sup>174</sup> Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 5. Dezember 2005, in: BN 2006 220 ff. (228), E. 5.1 mit Verweis auf ROLAND PFÄFFLI, Der Ausweis für die Eigentums-eintragung im Grundbuch, Langenthal 1999, 48.

<sup>175</sup> Vgl. MEISTERHANS (FN 68), 185.

<sup>176</sup> Siehe vorne III.C.2.

<sup>177</sup> Diese Problematik besteht bei jeder Umstrukturierung nach FusG, weshalb das Gesagte auch auf andere Übertragungen dinglicher Rechte an Grundstücken anwendbar ist, vgl. BRÄNDLI (FN 21), Rz. 29 ff.

<sup>178</sup> Vgl. ROLAND PFÄFFLI, Handelsregister und Grundbuch, Schnittstellen und Berührungspunkte, REPRAX 2011, 35 ff., 42.; URS FASEL, Grundbuchverordnung (GBV), Kommentar zur Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch, Basel 2008, Art. 18a N 22; vgl. auch ANNE-CATHERINE IMHOFF/FRAZSCHUBIGER, Zivilrechtliche Strukturierungen von Immobilien-transaktionen – Übertragung von Immobilienpaketen, Schweizerischer Treuhänder 6–7/11, 474 ff., 479, die vorgängige Besprechung mit dem Grundbuchamt empfehlen.



deutig widerrechtlich sind<sup>179</sup>. Ist eine materiell-rechtliche Frage unklar, so hat der Handelsregisterführer die Abspaltung einzutragen. Der Grundbuchverwalter ist dagegen grundsätzlich machtlos.

#### **D. Rechtsfolgen der Grundbuchanmeldung**

Die Eintragung einer Eigentumsübertragung infolge Abspaltung im Grundbuch hat rein deklaratorische Wirkung<sup>180</sup>. Das Eigentum geht bereits im Zeitpunkt des Handelsregistereintrags über. Für das Verfügungsrecht des Erwerbers ist der Grundbucheintrag jedoch zentral. Einerseits kann der Erwerber erst nach Eintragung im Grundbuch über die ausserbuchlich erworbenen Grundstücke verfügen (Art. 656 Abs. 2 ZGB). Andererseits besteht vor der Eintragung im Grundbuch das Risiko, dass ein gutgläubiger Dritter von der im Grundbuch weiterhin als Eigentümerin eingetragenen übertragenden Gesellschaft ein dingliches Recht erwirbt, ohne dass die übernehmende Gesellschaft davon Kenntnis hat<sup>181</sup>.

<sup>179</sup> Vgl. BGE 117 II 186 (188) E. 1.

<sup>180</sup> ZK-FusG-WEIBEL/CRAMER (FN 79), Art. 104 N 1.

<sup>181</sup> Die Publikation der Abspaltung im SHAB enthält keinen Hinweis auf die Art der übertragenen Aktiven und Passiven, sondern nur den Gesamtwert des übertragenen Vermögens (vgl. Art. 135 Abs. 1 lit. c HRegV). Ob Grundstücke übertragen wurden oder nicht, ist folglich unbekannt, weshalb der gute Glaube nicht zerstört wird, vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000, 4337 ff. (4486); BRÄNDLI (FN 21), Rz. 27.