

Die Problematik der Einbringung im Joint Venture

ROLF WATTER

Inhaltsübersicht

LUCIUS HUBER

*Vertragsgestaltung: Grundstruktur, Gründung,
Willensbildung und Auflösung*

9

ROLF WATTER

Die Problematik der Einbringung im Joint Venture

61

ANTON K. SCHNYDER

*Internationale Joint Ventures - verfahrens-,
anwendungs- und schiedsgerichtliche Fragen*

81

CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ

EG-kartellrechtliche Behandlung von Joint Ventures

105

PETER SPORI/BENNO BUCHER

*Übersicht über Steuerfragen im Zusammenhang
mit Joint Ventures*

163

Autorenverzeichnis

183

Stichwortverzeichnis

185

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	62
II.	Die Bewertung der Einlagen	63
III.	Parameter für die Einbringung von Werten in ein Joint Venture	64
	1. Sacheinlage- und Sachübernahmenvorschriften	64
	a) Allgemeines	64
	b) Überblick über die Sacheinlage- und Sachübernahme- vorschriften bei der Aktiengesellschaft	65
	c) Mögliche Gegenstände einer Sacheinlage oder einer Sachübernahme	67
	d) Exkurs: Die Kapitalerhöhung (oder Gründung) durch Verrechnung	68
	e) Zusammenfassung	69
	2. Steuerliche und buchhalterische Überlegungen	69
	a) Allgemeines	69
	b) Folgerungen	71
	3. Uneinbringbarkeit wegen besonderer Rechtsverhältnisse bei den Partnern	72
	4. Öffentlich-rechtliche Schranken	73
IV.	Die Einbringung in das Joint Venture mittels Sacheinlage oder Sachübernahme	73
	1. Allgemeines	73
		61

2. Die Einbringung nach Artikel 181 OR	74
3. Konsequenzen der Einbringung mittels Sacheinlage oder -übernahme	74
V. Die Einbringung von Werten mittels Ersatzgeschäften	75
1. Allgemeines	75
2. Entschädigung und steuerliche Aspekte	75
3. Vertragsdauer	76
4. Exklusivität	77
VI. Ausgleichsmechanismen	77
1. Allgemeines	77
2. Ausgleichszahlung	77
3. Vorzugsaktien und Partizipationsscheine	78
VII. Schlussfolgerungen	79

I. Einleitung

Bei jeder Art von Joint Venture (JV) bringen die Partner Werte in das gemeinschaftliche Unternehmen¹ ein, dies in der Hoffnung, dass diese Werte im JV einen höheren Ertrag abwerfen, als sie dies bei den Partnern direkt tun.²

¹ Eine Einbringung erfolgt sowohl bei gesellschaftlich organisierten JV als auch bei rein (Austausch-)vertraglichen Kooperationen, wenn man bei letzteren auch eher in Kategorien von Leistung und Gegenleistung als in solchen von Investition und Ertrag denkt.

² Der Entscheid, in ein JV zu investieren, ist damit identisch mit jedem anderen Investitionsentscheid.

Der *Ertrag* kann beim gesellschaftlich organisierten JV – von dem im folgenden ausschliesslich die Rede sein soll – in verschiedenen Formen an die Partner fliessen, so als *Dividende*, als *Liquidationsüberschuss* oder als *Erlös* aus dem Verkauf der Beteiligung am JV. Daneben können die Partner aber auch durch *günstige Konditionen*, die ihnen das JV allenfalls bietet, profitieren, beispielsweise durch garantierte Abnahmen zu Vorzugspreisen oder durch Forschungs- und Entwicklungsleistungen im JV, der auch den Partnern zugute kommt.

Die ins JV eingebrachten Werte können *verschiedenster Natur* sein und reichen von Anlagegütern, Vorräten, Immaterialgüterrechten bis zu Know-how, Kundenbeziehungen oder Verträgen mit Dritten.

II. Die Bewertung der Einlagen

Die Partner sind sich in aller Regel einig, dass ihnen *Erträge* aus dem JV *proportional* zu den *Einlagen* zukommen sollen. Im weiteren stehen häufig – aber nicht notwendigerweise³ – auch die *Mitbestimmungsrechte* in einer Relation zu den eingebrachten Werten. In anderen Fällen streben die Partner eine *bestimmte Beteiligung* am JV an⁴; auch dann ist der Wert der Einlagen von Bedeutung, da diejenige Partei, die mehr als ihren Anteil einbringt, auf eine Ausgleichszahlung des anderen Partners drängen wird⁵.

³ So können etwa Überlegungen des Minderheitenschutzes die Parteien veranlassen, dem kleineren Partner überproportionale Rechte zu gewähren.

⁴ Vgl. etwa das Beispiel der ABB, wo offenbar von Anfang an feststand, dass die Beteiligung am JV je 50 Prozent betragen sollte. Vorbestimmte Beteiligungsverhältnisse finden sich auch oft in JV mit Ländern des Ostens oder der Dritten Welt, wo öffentlich-rechtliche Vorschriften die Beteiligung des westlichen Partners begrenzen. Ähnlich kann im Einzelfall auch die Lex Friedrich wirken.

⁵ Die Einlage kann die Form einer Barzahlung an das JV haben, kann aber auch in einer Zahlung unter den Partnern bestehen. Vgl. dazu näheres unten, VI.

Der *Bewertung* kommt damit stets eine *zentrale Rolle* zu; sie erfolgt unter den Partnern meist nach dem grundsätzlichen Entschluss, eine Zusammenarbeit näher zu prüfen.

Die *Methoden der Bewertung* sind dabei verschieden und orientieren sich an den Regeln der Unternehmensbewertung⁶. Vergleichsweise einfach ist die Einigung auf eine Bewertungsmethode dort, wo die Partner ähnliche Gegenstände einbringen⁷; komplex ist die Sachlage, wo die Partner gleichsam Äpfel und Birnen miteinander vergleichen müssen – beispielsweise ein Know-how und Kundenbeziehungen auf der einen und Produktionsanlagen auf der anderen Seite.

Ziel der Parteien bei der Bewertung ihrer Einlagen muss nicht notwendigerweise eine geldmässige Bestimmung der Werte sein – eine Feststellung der *relativen Werte* (A bringt 40 % ein, B 60 %) genügt oft. Anders ist die Situation, wenn zugleich eine Ausgleichszahlung vorzunehmen ist: Diesfalls sind absolute Werte zu eruieren.

III. Parameter für die Einbringung von Werten in ein Joint Venture

1. Sacheinlage- und Sachübernahmenvorschriften

a) Allgemeines

Werden Werte in ein JV eingebracht, sieht das Gesetz je nach Gesellschaftsform Regeln vor, die sicherstellen sollen, dass eine *adäquate* (d.h.

⁶ Vgl. hierzu statt vieler HELBLING, *Unternehmensbewertung und Steuern*, 7. Aufl., Düsseldorf 1993, 63 ff.

⁷ Vgl. etwa das Alcazar Projekt von Swissair, KLM, SAS und AUA. Auch in solchen Konstellationen haben die Parteien aber unterschiedliche Interessen, beispielsweise weil der von einer Partei einzubringende Betriebsteil ertragsreicher aber substanzschwächer ist als derjenige der anderen Seite.

keine zu hohe) *Gegenleistung* des JV vereinbart wird. Entsprechende Regeln fehlen bei der einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft, da dort die unbegrenzte Haftung der Gesellschaft Sicherheit genug bietet. Regeln existieren aber für die Kommanditgesellschaft (Art. 608 III OR), bei der AG (dazu nachfolgend), bei der GmbH (Art. 778, 802 OR) und der Genossenschaft (Art. 833 Ziff. 2 OR).

Bemerkenswert ist, dass die Einbringung von Werten in ein JV nur dann diesen speziellen Regeln unterliegt, wenn dieses als Gegenleistung *Eigenkapital* ausgibt bzw. den Erwerb aus neu aufgenommenem Eigenkapital bezahlt. Finanziert das JV eine Investition beispielsweise durch eine Obligationenanleihe oder aus Darlehen der Partner, fehlen gesetzliche Schutzmechanismen⁸. Die gesetzliche Regelung ist dabei nicht nur inkonsequent, sondern auch unlogisch: Der Schutzbedarf der Drittgläubiger wäre nämlich bei einer Finanzierung durch Fremdmittel höher als bei einer Einbringung auf Kapital⁹.

b) Überblick über die Sacheinlage- und Sachübernahmenvorschriften bei der Aktiengesellschaft

Wie erwähnt, wollen die Vorschriften über die Sacheinlage und die Sachübernahme bei der AG (Art. 628, 634, 635, 635a, 650, 652c, 652e, 652f, 704 I.5, 753 OR) verhindern, dass *überbewertete Aktiven*¹⁰ in eine AG eingebracht werden und damit das Haftungssubstrat reduzieren¹¹. Ge-

⁸ Zur Kritik an dieser Regelung vgl. WATTER, *Bemerkungen zur Unlogik der Sacheinlage- und Sachübernahmenvorschriften im Schweizer Aktienrecht* (erscheint in der AJP 1994), Ziff. 3.

⁹ Vgl. WATTER (FN 8), Ziff. 3.a.

¹⁰ Allenfalls auch unterbewertete Passiven, die namentlich im Rahmen einer Betriebsübernahme nach Art. 181 OR in die Gesellschaft eingebracht werden könnten. Vgl. dazu unten IV/2.

¹¹ Vgl. etwa FORSTMOSER, *Schweizerisches Aktienrecht III*, Zürich 1981, § 10 N 6; HONSELL/VOGT/WATTER, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band II (nachfolgend zitiert "OR-Bearbeiter") Basel 1993, Art. 628 N 1.

schützt werden sollen durch diese Regelungen gegenwärtige¹² und künftige Aktionäre und Gläubiger¹³, wobei wohl gleichzeitig auch eine Art Funktionsschutz angestrebt wird, sollen doch Wirtschaftskriminalität und Konkurse mit ihren unvermeidlichen volkswirtschaftlichen Schäden nach Möglichkeit vermieden werden¹⁴.

Erreicht werden sollen diese Ziele einerseits durch *Offenlegung* (Art. 628 OR¹⁵), durch *erhöhte Pflichten der Gründer* bzw. des Verwaltungsrates (Art. 635, 652e OR) und neuerdings durch eine *Prüfung* der eingebrachten Gegenstände (bzw. genauer des Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsberichtes) durch die Revisionsstelle (Art. 635a und 652f OR), schliesslich durch eine qualifizierte Beschlussfassung in der *Generalversammlung* (Art. 704 I.5 OR).

Abgesichert werden die Vorschriften durch das Erfordernis der *Prüfung* durch den *Registerführer* (Art. 940 OR¹⁶) und durch die Pflicht des Einreichens der sogenannten *Stamperiaklärung* (vgl. Art. 78 I.g und 80 I.d HRV), die verhindern soll, dass Sacheinlagebestände verheimlicht werden. Zu erwähnen ist weiter Art. 1 des *BG betreffend Strafbestimmungen zum Handels- und Firmenrecht*¹⁷, der indirekt ebenfalls der Durchsetzung der Sacheinlagevorschriften dient.

Anzumerken ist weiter, dass die Gründer (bzw. später der Verwaltungsrat) ein grosses Interesse an einer genauen Einhaltung der Sacheinlage- und

¹² Der Schutz der gegenwärtigen Aktionäre und Gläubiger ist bei Kapitalerhöhungen, bzw. bei späteren Einbringungen von Bedeutung.

¹³ Vgl. FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 6 für künftige Aktionäre und Gläubiger bei der Gründung.

¹⁴ Vgl. auch die Botschaft zum neuen Aktienrecht (BBJ 1983 II 745 ff., nachfolgend zitiert nach dem Sonderdruck), 46, 114, ferner CH. HELBLING, *Der betrügerische Konkurs einer AG und die Aufgaben der Revisionsstelle*, in FS Helbling, Zürich 1992, 217 f.

¹⁵ Vgl. hierzu vor allem KÜNG, *Sacheinlagen und Sachübernahmen im neuen Aktienrecht*, Jahrbuch des Handelsregisters 1992, 13 ff.

¹⁶ KÜNG (FN 15), 16 ff.

¹⁷ BG vom 6. Oktober 1923, SR 221.414.

-übernahmenvorschriften haben, da nach Lehre der Einlagevertrag ansonsten *nichtig* ist¹⁸ und die damit verbundene Unsicherheit¹⁹ unbedingt vermieden werden muss.

Zu bedenken haben Gründer und Verwaltungsrat schliesslich die *Gründungshaftung* (Art. 753 OR), die als privatrechtliche Sanktionsmöglichkeit einer Verletzung der Sacheinlage- und Sachübernahmenvorschriften verstanden werden kann²⁰.

c) Mögliche Gegenstände einer Sacheinlage oder einer Sachübernahme

In eine AG einbringbar sind nach herrschender Lehre nur Werte, die in der Bilanz auch *aktivierbar* sind²¹; dabei richtet sich die Aktivierbarkeit nach denjenigen Grundsätzen, die für erworbene Gegenstände gelten. Goodwill kann damit – da derivativ erworbener Goodwill im Gegensatz zum selber geschaffenen aktiviert werden kann – in ein JV eingebracht werden²².

Nicht gegen Eigenkapital einbringbar sind dagegen blosser Kundenbeziehungen und insbesondere Verträge mit Dritten (ausser sie würden als Goodwill erfasst), auch wenn diese wirtschaftlich einen grossen Wert darstellen können. Ebenfalls *nicht* gegen Kapital einbringbar sind in der Schweiz – im Gegensatz etwa zu vielen Staaten in den USA, aber wie in Deutschland – *Dienstleistungen* bzw. ein Versprechen, solche Dienstleistungen zu erbringen²³.

¹⁸ Vgl. FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 142; ausdrücklich in diesem Sinne § 27(3) dAktG. Vgl. hierzu KK-KRAFT, § 27 N 83 ff.

¹⁹ Nichtigkeit könnte ja stets und durch jedermann geltend gemacht werden.

²⁰ Vgl. dazu OR-WATTER (FN 11), Art. 753 N 1.

²¹ BÖCKLI, *Das neue Aktienrecht*, Zürich 1992, N 69; OR-SCHENKER (FN 11), Art. 628 N 3. Zur Aktivierungsfähigkeit vgl. auch Revisionshandbuch der Schweiz, Zürich 1992, I 130 ff., v.a. 173 ff.

²² Zur Kritik dazu WATTER (FN 8), Ziff. 3 und 4b.

²³ Vgl. § 27(2) dAktG, andererseits § 6.21 MBCA.

Darüber hinaus stellt sich im Schweizer Recht das Problem, dass das Erfordernis der *Prüfungsbestätigung*²⁴ und die teilweise sehr restriktive Praxis der *Handelsregisterbehörden*²⁵ es unmöglich machen können, gewisse Gegenstände in eine AG einzubringen. Zu denken ist etwa an ein neu entwickeltes Softwarepaket oder an nicht bewertbaren Goodwill²⁶. Abschreckend wirken oft auch die Offenlegungsbestimmungen (Art. 628 OR)²⁷.

d) Exkurs: Die Kapitalerhöhung (oder Gründung) durch Verrechnung

Die gesetzliche Regelung von Sacheinlagen ist nicht nur inkonsequent und unlogisch, sondern auch *lückenhaft* bzw. relativ einfach zu umgehen: Verrechnungstatbestände werden nämlich nur unvollständig erfasst. Werden also einzelne Gegenstände auf Kredit (bzw. gegen Darlehen) in ein JV eingebracht und wird das Aktienkapital später gegen Verrechnung mit diesem Darlehen erhöht, entfällt der gesetzliche Schutz²⁸.

Immerhin kann es vorkommen, dass die Registerämter im Einzelfall auf einen Rechtsmissbrauch bzw. auf eine *Umgehung* der Sacheinlagevor-

²⁴ Die Revisionsstelle der Gesellschaft wird sich wegen allfälliger Verantwortlichkeitsansprüche hüten, eine Prüfungsbestätigung in Fällen abzugeben, wo eine vernünftige Aussage über die Bewertungsmethoden nicht möglich ist.

²⁵ Die Registerbehörden verlangen in der Praxis vor allem im Bereich der Detaillierung der Übernahmeverträge und der Formulierung der Statutenbestimmungen oft wirtschaftlich kaum mehr Vertretbares. In JV-Situationen ist dies schon deshalb falsch, weil wirtschaftlich unabhängige Personen die Bewertung und die Einbringung durch den anderen Partner genauestens kontrollieren. Zur ganzen Problematik vgl. WATTER (FN 8), Ziff. 3 f.

²⁶ Die Gründer und der Verwaltungsrat selber haben allerdings in diesen Konstellationen wegen der Gründungshaftung auch selber kaum ein Interesse an einer Einbringung.

²⁷ Hier stören sich die Partner eines JV vor allem an der Pflicht, den Preis – und damit die interne Bewertung – offenzulegen.

²⁸ Vgl. hierzu WATTER (FN 8), Ziff. 3d.

schriften erkennen und bei dieser Vorgehensweise den Eintrag verweigern. Zu beachten sind ferner steuerliche Schranken (vgl. unten II/2/a).

e) Zusammenfassung

Wegen der *einschränkenden Vorschriften* zur Einbringung von Gegenständen gegen Eigenkapital kann es somit vorkommen, dass die Parteien sich zwar einig sind, welche Werte wirtschaftlich auf das JV zu übertragen sind, gleichzeitig aber auch erkennen müssen, dass eine Sacheinlage oder eine Sachübernahme *nicht opportun* ist.

Es liegt dann an den Parteien zu entscheiden, ob sie die Werte dennoch dem JV übertragen wollen – aber *ohne Anrechnung* auf das *Kapital* – oder ein *Ersatzgeschäft* machen (vgl. unten V).

2. Steuerliche und buchhalterische Überlegungen

a) Allgemeines

Steuerliche und buchhalterische Überlegungen können für die Bestimmung der einzubringenden Werte (und des Einbringungswertes) ebenfalls eine wichtige Rolle spielen:

Grundsätzlich können *Verkehrssteuern* (beispielsweise *Handänderungsabgaben*²⁹, *Umsatzabgaben*³⁰, *Emissionsabgaben*³¹) oder *Verrechnungssteuern*

²⁹ Zu denken ist hier vor allem an *Handänderungs-* und *Grundstücksgewinnsteuern*. Die Abgabe entfällt allerdings in gewissen Kantonen, wenn der Zusammenschluss als fusionsähnlich qualifiziert werden kann. Vgl. aber CAGIANUT/HÖHN, *Unternehmenssteuerrecht*, 3. Aufl., Bern 1993, 749.

³⁰ Werden Wertpapiere gegen Eigenkapital eingebracht, entfällt diese Abgabe allerdings. Vgl. Art. 14 I b StG.

³¹ Die Emissionsabgabe kann nach Art. 6 I a^{bis} StG allerdings oft vermieden werden.

ern³² gegen eine Einbringung gewisser Werte sprechen.

Teilweise müssen auch Gegenstände auf Partnerebene belassen werden, weil ein Transfer *nicht zum bisherigen Buchwert* durchgeführt werden kann³³ und damit (oft beträchtliche) Gewinnsteuern auf Partnerebene ausgelöst werden.

Die Parteien suchen deshalb oft nach Lösungen, um die Übertragung zu *bisherigen Buchwerten* durchführen zu können, wofür auch *buchhalterische Gründe* bestehen: Da das JV in der Startphase oft viele Aufwendungen haben wird, besteht kaum ein Interesse daran, die Erfolgsrechnung noch mit zusätzlichen Abschreibungen zu belasten, die nicht nur steuerrechtlich wenig interessant sind, sondern auch ein ungünstiges Bilanzbild schaffen, im Extremfall sogar Massnahmen nach Art. 725 OR verlangen. Wo eine solche Einbringung steuerlich zu bisherigen Buchwerten im Grundsatz möglich ist³⁴, muss oft vermieden werden, dass die Partnergesellschaft durch die Übertragung zur Holdinggesellschaft wird; in dieser Konstellation muss die Partnergesellschaft gewisse Werte "behalten".

Zu beachten ist in steuerrechtlicher Hinsicht schliesslich, dass bei einer Finanzierung mit *Aktionärsdarlehen anstatt mit Eigenkapital* Restriktionen

³² Zu denken ist etwa an die Einbringung einer Tochtergesellschaft in ein in einem Drittland gelegenes JV; in solchen Fällen sind dann Dividendenausschüttungen gleich zweimal von Quellensteuern erfasst, nämlich zunächst von der Verrechnungssteuer bei Zahlungen von der Tochter an das JV, dann vom JV zum Partner. Dies ist vor allem dann ärgerlich, wenn Tochtergesellschaft und Partner beispielsweise beide Unternehmen in der Schweiz sind, das JV aber seinen Sitz in Italien hat. Hier bringt eine Einbringung eine doppelte Belastung (welche durch Doppelbesteuerungsabkommen nur gemindert, nicht beseitigt wird), welche sich mit einer vollen Rückforderbarkeit der Verrechnungssteuer in der Ausgangssituation vergleicht.

³³ Eine solche Einbringung zu bisherigen Buchwerten verlangt natürlich, dass das JV die betreffenden Gegenstände mit denselben Werten in seine Bilanz einsetzt.

³⁴ Die Steuerbehörden erlauben eine ertragssteuerneutrale Einbringung (d.h. eine zu bisherigen Buchwerten) oft nur, wenn sich die Partner verpflichten, die Beteiligung während einer gewissen Minimaldauer zu halten; führt die Einbringung zu einer steuersystematischen Realisierung (namentlich dann, wenn das Partnerunternehmen zur Holding wird), werden die stillen Reserven in aller Regel sofort besteuert. Zum ganzen CAGIANUT/HÖHN (FN 29), 750 f.

bei den abzugsfähigen Zinsen bestehen und in aller Regel ein Finanzierungsverhältnis von 1:6 einzuhalten ist³⁵; auch dieser Umstand kann dazu führen, dass gewisse Werte gar nicht in das JV eingebracht werden.

b) Folgerungen

Wo ein einzubringender Gegenstand aus steuerlichen Überlegungen nicht in das JV eingebracht werden kann, müssen *Ersatzlösungen* gesucht werden (vgl. unten V).

Werden Werte zu bisherigen *Buchwerten anstatt zu Verkehrswerten* in das JV eingebracht, haben die Parteien folgendes zu beachten:

- (i) Zunächst muss unter den Partnern klar sein, dass die *buchhalterische Behandlung* im Rahmen der Einbringung *nichts* mit der *Wertfestsatzung* unter den Parteien zu tun hat.

Wenn sich die Partner beispielsweise im klaren sind, dass die einzubringenden Werte objektiv gleich viel, nämlich je ca. CHF 1'000'000.-- wert sind, die eine Partei diese Werte nun aber zum bisherigen Buchwert von CHF 200'000.-- einbringt, die andere zu CHF 1'000'000.--, so erfüllen beide Parteien (wenigstens im Grundsatz) ihre internen Verpflichtungen.

- (ii) Sodann ist zu berücksichtigen, dass die Einbringung zu Buchwerte durch die eine Partei das *nominale Eigenkapital* begrenzt und eine teilweis Einbringung auf *Agio* verlangen kann³⁶.

Im Beispielsfall wird das Aktienkapital beispielsweise auf Fr. 400'000.-- zu fixieren sein, wobei der eine Partner zusätzlich Fr. 800'000.-- auf Agio einzubringen hat; dieser Umstand kann für diesen Partner im Vergleich zu einem nominalen Kapital von CHF 2'000'000.-- Vor- und Nachteile haben³⁷.

³⁵ Vgl. CAGIANUT/HÖHN (FN 29), 367 ff. Bei bankähnlichen Finanzgesellschaften g ein Verhältnis von 1:10.

³⁶ Vgl. immerhin die Lösung mit Vorzugsaktien oder Partizipationsscheinen unten VI, die eine Einzahlung auf Agio allenfalls vermeiden kann – allerdings auf Kosten einer einfachen Kapitalstruktur.

³⁷ Der Vorteil kann in einem Abschreibungspotential auf Partnerebene bestehen, c Nachteil liegt beispielsweise im Bereich der Verrechnungssteuern, da die Liquidationsdividende bei einem niedrigeren nominalen Kapital grösser ist.

(iii) Schliesslich gilt es zu bedenken, dass diejenige Partei, die ihre Werte zu Buchwerten einbringt, dem JV eine *verdeckte Steuerlast* überträgt³⁸, was nach einem vertraglichen Ausgleich rufen kann.

Wird das JV im Beispielsfall liquidiert, fällt *mutatis mutandis* ein Liquidationsüberschuss von CHF 800'000.– an, der auf der JV-Ebene zu versteuern ist und beim Partnerunternehmen eventuell zu einer Verrechnungssteuerbelastung führt. Diese Last wird aber nur von einem Partner verursacht.

3. Uneinbringbarkeit wegen besonderer Rechtsverhältnisse bei den Partnern

Gewisse Werte sind in der Praxis manchmal nicht "verschiebbar": So kann es beispielsweise sein, dass Klauseln in Bankdarlehen oder *Obligationen* vorsehen, dass die Schuld fällig gestellt würde, wenn Betriebsteile ab einem gewissen Umfang veräussert oder ausgliedert werden.

Bei *Immaterialgüterrechten* kann es sodann sein, dass die Übertragbarkeit gar nicht gegeben oder nicht opportun ist, da auch Lizenzrechte an Dritte erteilt werden.

Uneinbringbarkeit kann schliesslich auch aus *gesellschaftsrechtlichen Gründen* bestehen, namentlich wenn die vollständige Einbringung eines Unternehmens oder Unternehmensteiles eine Zweckänderung auf Partnernebene verlangen würde und dafür die notwendigen Mehrheiten³⁹ nicht erreicht werden können.

Auch in solchen Fällen haben die Parteien nach *Ersatzlösungen* zu suchen, um die Werte wenigstens wirtschaftlich auf das JV übertragen zu können.

³⁸ Vgl. HELBLING (FN 6), 238.

³⁹ Vgl. Art. 704 I.1 OR.

4. Öffentlich-rechtliche Schranken

Gegen die Einbringung gewisser Werte können im Einzelfall auch die Lex Friedrich oder – das eher im Ausland – kartellrechtliche Überlegungen sprechen. Immerhin gilt in diesem Bereich, dass die nachstehend beschriebenen "Ersatzgeschäfte" von diesen Gesetzen – wegen deren wirtschaftlichen Betrachtungsweise – meist auch erfasst werden.

IV. Die Einbringung in das Joint Venture mittels Sacheinlage oder Sachübernahme

1. Allgemeines

Für die Einbringung von Werten in ein JV *durch Sacheinlage oder Sachübernahme* kann auf die vorstehenden Ausführungen (vgl. oben III/1/b) verwiesen werden.

Werden die Werte nicht zu Verkehrs-, sondern zu *niedrigeren Buchwerten* in die Gesellschaft eingebracht, gilt das unter III/2/b Gesagte auch für die handelsrechtlichen Überlegungen. Analoges gilt, falls Werte *ohne direkte Gegenleistung*⁴⁰ auf das JV übertragen werden, weil sie nicht gegen Kapital eingelegt werden können, wie etwa Vertragsbeziehungen mit Dritten (vgl. oben III/1/c).

⁴⁰ Im Verhältnis zwischen den Partnern wird natürlich ein Ausgleich erfolgen, entweder dadurch, dass der andere Partner Werte teilweise auf Agio in die Gesellschaft einbringt (vgl. das Beispiel oben II/2/b) oder durch eine Ausgleichszahlung; vgl. zu steuerlichen Aspekten oben V/1.

2. Die Einbringung nach Artikel 181 OR

In vielen Fällen werden die Partner einen *Teilbereich ihres Unternehmens* in die Gesellschaft einbringen. Hiefür gilt in der Beziehung zu Drittgläubigern *Art. 181 OR*⁴¹, wonach deren Schuldner zwar wechselt (vom Partnerunternehmen zum JV), das Partnerunternehmen aber während zwei Jahren ab Fälligkeit bzw. ab Ankündigung solidarisch haftbar bleibt. Zu beachten bleibt, dass bei einer Strukturierung der Einbringung nach *Art. 181 OR* die Übertragung der Aktiven nach den für diese Werte geltenden Vorschriften zu erfolgen hat⁴².

3. Konsequenzen der Einbringung mittels Sacheinlage und -übernahme

Zu bedenken ist bei dieser Einbringungsart, dass die Werte nach der Übertragung dem *JV gehören*, was vor allem zwei praktische Konsequenzen hat:

- (i) Bei einer *Liquidation* des JV haben die Partner kein Recht darauf, dass die von ihnen eingebrachten Werte wieder an sie zurücktransferiert werden. Dieser Grundsatz – der übrigens bei allen Gesellschaftsarten gilt⁴³ – ruft allenfalls nach einer anderen Regelung im JV-Vertrag.
- (ii) Sodann haben sich die Partner zu überlegen, ob sie sich nicht an gewissen übertragenen Werten *Nutzungsrechte* einräumen müssen, um ihr

⁴¹ Zu Dauerschuldverhältnissen vgl. OR-TSCHÄNI (in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bd. I, Basel 1992), Art. 181 N 6. Vgl. ferner daselbst N 8 zum Umstand, dass es sich beim zu übertragenden Bereich um einen in sich geschlossenen Teil des Geschäftes handeln muss. M.E. ist insofern zu relativieren, als sich dieses Erfordernis nur auf die notwendige Publikation bezieht: der Rechtsverkehr muss erkennen können, welche Rechtsverhältnisse von der Übertragung erfasst sind. Falls eine klare Publikation möglich ist, ist deshalb eine vorbestehende "Geschlossenheit" nicht unbedingt nötig.

⁴² Vgl. OR-TSCHÄNI (FN 41), Art. 181 N 1: insoweit gilt Singularsukzession.

⁴³ Vgl. Art. 548 I OR für die einfache Gesellschaft.

angestammtes Geschäft weiterbetreiben zu können. Zu denken ist etwa an Lizenzrechte an eingebrachten Immaterialgüterrechten, Benutzungsrechte an Grundstücken und ähnliches. Selbstverständlich haben die Parteien solche Belastungen bei der Wertbestimmung zu berücksichtigen, dies vor allem dann, wenn die Einräumung dieser Rechte "zurück" an den Partner nicht zu Verkehrswerten erfolgt.

V. Die Einbringung von Werten mittels Ersatzgeschäften

1. Allgemeines

Wo eine Einbringung entweder nicht möglich oder nicht opportun ist (vgl. oben III), müssen die Parteien die vereinbarten Werte dem JV mit einem Ersatzgeschäft zur Verfügung stellen. *Typische Ersatzgeschäfte* sind Miet-, Pacht-, Lizenz-, Darlehens- und Managementverträge.

Zu beachten ist bei solchen Geschäften insbesondere, dass bei einer Liquidation des JV der *nur wirtschaftlich transferierte Wert* dem einbringenden Partner wieder unbelastet zustehen und das JV (bzw. der andere Partner) dafür in aller Regel nicht entschädigt wird. Falls der eine Partner seinen Beitrag mittels Sacheinlage in das JV einbringt (vgl. oben IV/3), der andere aber mit einem Ersatzgeschäft, haben die Parteien deshalb *vertraglich* sicherzustellen, dass ein fairer Ausgleich stattfindet. Denkbar ist im Einzelfall auch, dass ein Ausgleich über *Vorzugsaktien* geschaffen wird⁴⁴.

2. Entschädigung und steuerliche Aspekte

Da das Ersatzgeschäft an die Stelle einer formellen Einbringung tritt, werden die Parteien in aller Regel vereinbaren wollen, dass das Ersatz-

⁴⁴ Vgl. das Beispiel unten VI/3.

geschäft für das JV "gratis" erfolgt, mithin *keine Entschädigung* vom JV an den Partner fließt.

Steuerlich kann dies problematisch sein, da ein solches unentgeltliches Geschäft auf der Seite des JV als *verdeckte Kapitaleinlage* qualifiziert werden kann und auf Partnerebene die Gefahr besteht, dass die Steuerbehörden fiktive Einnahmen *aufrechnen*.⁴⁵

Wird deshalb aus steuerlichen Gründen eine Gegenleistung erbracht, ist wieder vertraglich⁴⁶ oder mittels Vorzugsaktien⁴⁷ sicherzustellen, dass die Partner *gleichwertig behandelt* werden, falls nur der eine ein Ersatzgeschäft tätigt.

3. Vertragsdauer

(Dauer-)Verträge zwischen dem JV und einem Partner sind in ihrer Gültigkeit oft so begrenzt, dass der Vertrag *aufgelöst* wird, wenn dieser Partner seinen Aktienbesitz am JV veräußert.

Ob eine solche Klausel auch in Verträgen sinnvoll ist, die eine Ersatzlösung für eine Einbringung darstellt, ist im Einzelfall zu entscheiden und von den Partnern bei Abschluss des Ersatzgeschäftes zu regeln. Wiederum ist zu beachten, dass die Parteien für einen fairen Ausgleich besorgt sein müssen, wenn die andere Partei ihren Anteil mittels Einlage geleistet hat (vgl. unten VI). Mögliche Lösungen liegen in einer Ausgleichszahlung beim Verkauf oder in einer Pflicht des verkaufenden Partners, die Erfüllung des Ersatzgeschäftes auf den Käufer zu überbinden.

⁴⁵ Vgl. CAGIANUT/HÖHN (FN 29), 440 ff.

⁴⁶ Eine einfache Lösung würde darin bestehen, dass derjenige Partner, der seine Leistung mittels Einlage erbracht hat, eine gleiche Zahlung erhält wie derjenige, der eine Entschädigung für sein Ersatzgeschäft bekommt. Eine solche Zahlung ohne Gegenleistung kann aber steuerlich als verdeckte Gewinnausschüttung qualifizieren. Vgl. im übrigen unten VI/2, speziell FN 54.

⁴⁷ Die Vorzugsaktien würden demjenigen Partner, der seine Leistung per Einlage erbracht hat, vorab einen Dividendenanteil sichern. Zu den Nachteilen vgl. unten VI.

4. Exklusivität

Bei Lizenzverträgen wird in aller Regel *Exklusivität* für das JV vorzusehen sein, damit wirtschaftlich eine einer Einbringung vergleichbare Lösung erreicht wird.⁴⁸

VI. Ausgleichsmechanismen

1. Allgemeines

Sind sich die Parteien einig, (i) *welche Werte* einzubringen sind, (ii) *welche Werte* entweder zu einem *geringeren Buchwert*, *ohne Gegenleistung* oder mittels eines *Ersatzgeschäftes* in das JV eingebracht werden und (iii) *welcher geldmäßige Vorteil* dadurch dem einen Partner zukommt⁴⁹, stellt sich die Frage, wie die Parteien einen Ausgleich schaffen können, damit diejenige Partei, die ihren Anteil mittels Einbringung (allenfalls sogar zu Verkehrswerten) auf das JV übertragen hat, nicht benachteiligt wird.

Denkbar sind eine sofortige Ausgleichszahlung, eine vertragliche Lösung, welche den Ausgleich auf eine spätere Phase der Zusammenarbeit verschiebt und Lösungen mittels Vorzugsaktien und Partizipationsscheinen.

2. Ausgleichszahlung

Denkbar ist zunächst eine Ausgleichszahlung zwischen den Parteien, welche je nach Art des Vorteils bei der *Einbringung*⁵⁰, *jährlich*⁵¹ oder erst be

⁴⁸ Vgl. hierzu aber auch oben IV/3.

⁴⁹ Eine Ausgleichsleistung kann auch nötig werden, wenn die Parteien ein gewisse Beteiligungsverhältnis erreichen wollen. Vgl. oben II.

⁵⁰ Eine einmalige Ausgleichszahlung ist insbesondere dort angezeigt, wo die eine Partei die Werte zu Verkehrswerten einbringt, die andere zu Buchwerten. Vgl. oben III/C/2.

ler *Liquidation*⁵² bzw. dem *Verkauf* der Anteile am JV geschuldet sein kann. Anstatt einer Geldzahlung kann auch vereinbart werden, dass der beizulegende Partner bei Liquidation oder im Verkaufsfall eine Option auf einen Teil derjenigen Aktien am JV hat, die der bevorzugte Partner hält.

Ausgleichszahlungen zwischen den Partnern sollten *steuerlich* keine Probleme bieten, da sie geschäftsmässig begründet sind und zwischen unabhängigen Personen erfolgen⁵³. Anderes gilt, wenn das JV eine Zahlung vornimmt: Hier riskieren die Parteien, dass eine solche Zahlung als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert wird, was vor allem im Bereich der Verrechnungssteuer sehr unangenehme Konsequenzen haben kann⁵⁴. In der Praxis operieren die Parteien allerdings manchmal mit sogenannten Managementverträgen⁵⁵ zwischen dem JV und dem Partner, die steuerlich aber nur deshalb vergleichsweise unproblematisch sind, weil die Verrechnungsbehörden nur schwer nachvollziehen können, ob überhaupt eine Leistung des Partners erfolgte.

Vorzugsaktien und Partizipationsscheine

In Einzelfall kann es auch angezeigt sein, eine Ungleichbehandlung durch Vorzugsaktien nach Art. 654 OR auszugleichen, die dem einen Partner einen höheren Dividendenanteil oder eine höhere Liquidationsquote sichern.

Wo beispielsweise beide Partner wirtschaftlich CHF 1'000'000.-- einbringen, Partner A dies durch Sacheinlage macht, Partner B dagegen nur CHF 500'000.-- als Sacheinlage bringt, den Rest durch eine unentgeltliche Miete an einer Fabrik, könnten die Parteien folgendermassen planen: Aktienkapital CHF 1'000'000.--, wobei Partner A Fr. 500'000.-- auf Agio einbringt und Vorzugsaktien erhält, die ihm im *Liquidationsfall* 66 Prozent der Liquidationsdividende sichern.

Diese Art ist vor allem beim entgeltlichen Ersatzgeschäft zu erwägen (vgl. oben V/2). Die Ausgleichszahlung erfolgt dann im Rahmen des geleisteten Entgeltes. Vgl. hierzu oben III/2/b und V/1.

In aller Regel werden solche Zahlungen beim Zahlenden als Aufwand gelten und beim Empfänger als Einkommen verbucht werden müssen.

Vgl. CAGIANUT/HÖHN (FN 29), 462 f. Beim JV könnte ferner eine Gewinnaufrechnung vorgenommen werden.

Ein (teilweise) ähnlicher Effekt kann dadurch geschaffen werden, dass derjenige Partner, der formell mehr in das JV einbringt, *Partizipationsscheine* erhält, die allenfalls auch als *Vorzugs-Partizipationsscheine* ausgestaltet werden können.

Im vorgenannten Beispiel könnte etwa A im Umfang von Fr. 500'000.-- Partizipationsscheine erhalten, was dann Sinn machen kann, wenn die Miete des B nicht unentgeltlich erfolgt. Um einen Ausgleich zwischen den Partnern zu schaffen, könnte die Miete partiatisch (parallel) zu der auf den Partizipationsscheinen bezahlten Dividende) ausgestaltet sein.

Lösungen mit Vorzugsaktien und mit Partizipationsscheinen haben vor allem den *Nachteil*, dass sie eine künftige Kapitalerhöhung erschweren können, da eine proportionale Erhöhung die geschaffenen Gleichgewichte aus dem Lot bringen kann. Im weiteren werden sich die Parteien darüber im klaren sein müssen, dass Vorzugsaktien und Partizipationsscheine nur dann einen Ausgleich schaffen, wenn tatsächlich Gewinne erwirtschaftet werden bzw. ein Liquidationsgewinn erzielt wird.

Gegenüber vertraglichen Lösungen haben diese Varianten den *Vorteil* gesellschaftsrechtlicher Absicherung.

VII. Schlussfolgerungen

Vorstehende Ausführungen haben gezeigt, dass handelsrechtliche, steuerliche, buchhalterische, vertragsrechtliche und öffentlich-rechtliche Erwägungen es *verhindern* können, dass *Werte in ein JV eingebracht werden*, obwohl die Partnerunternehmen sich einig sind, dass diese Werte dem JV zur Verfügung gestellt werden müssen.

In solchen Fällen haben die Partner nach *Ersatzlösungen* zu suchen, die wenigstens wirtschaftlich dem JV die Verfügungsgewalt einräumen.

Wo der eine Partner seinen Anteil mit einer Ersatzlösung oder nicht zum Verkehrswert in das JV einbringt, hat er je nach konkreter Situation dem anderen Partner einen *Ausgleich* zu leisten, der entweder vertraglich oder gesellschaftsrechtlich strukturiert werden kann.