



Immobilien und immobilienbezogene Rechte als Objekte einer Vermögensübertragung

ALEXANDER VOGEL



MICHAEL GÜNTER

Mit der Vermögensübertragung gehen auf dem Weg der partiellen Universalsukzession die zum übertragenen Teilvermögen eines Rechtsträgers gehörenden Vermögens- und/oder Rechtspositionen auf einen anderen Rechtsträger über. Werden Grundstücke oder grundstückbezogene Rechte von einer Vermögensübertragung umfasst, sind sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht diverse Besonderheiten zu berücksichtigen. Ausserdem sind verschiedene Aspekte bezüglich Wirksamkeit der Übertragung, Steuern und Gebühren sowie Bewilligungen gemäss BewG und BGGB zu beachten. Rechte und Pflichten an Grundstücken können jedoch nicht nur als Übertragungsobjekte von einer Vermögensübertragung betroffen sein, sondern auch dadurch, dass im Rahmen einer Vermögensübertragung das Grundstück, auf welches sich diese Rechte, Pflichten oder Verträge beziehen, übertragen wird. Der vorliegende Beitrag beleuchtet verschiedene Fragestellungen, welche sich bei einer solchen Übertragung ergeben können.

En cas de transfert de patrimoine, les éléments patrimoniaux et/ou droits rattachés à la part de patrimoine transférée passent d'un sujet de droit à un autre sujet de droit par le biais de la succession universelle partielle. Lorsque le transfert de patrimoine concerne des immeubles ou des droits y relatifs, il convient de prendre en compte certaines particularités, tant d'un point de vue formel que matériel. Il faut également tenir compte de divers aspects concernant la validité du transfert, les impôts et taxes ainsi que les autorisations selon la LFAIE et la LDPR. Les droits et obligations rattachés aux immeubles ne sont toutefois pas seulement concernés par un transfert de patrimoine en leur qualité d'objets transférés, ils peuvent aussi l'être du fait que l'immeuble sur lequel portent ces droits, obligations ou contrats est transféré en tant que tel dans le cadre d'un transfert de patrimoine. La présente contribution met en évidence les différentes questions qui peuvent se poser dans le cas d'un tel transfert.

Inhaltsübersicht

1. Die Vermögensübertragung als Umstrukturierungsinstrument
2. Grundstücke in der Vermögensübertragung
 - 2.1. Anwendbarkeit formeller und materieller Besonderheiten
 - 2.2. Formelle Besonderheit – öffentliche Beurkundung
 - 2.2.1. Teilbeurkundungszwang
 - 2.2.2. Zuständigkeit für die Beurkundung
 - 2.2.3. Umfang des Beurkundungserfordernisses
 - 2.3. Materielle Besonderheit – Inventarisierungspflicht
 - 2.4. Abschluss- und Unterzeichnungskompetenz
 - 2.5. Rechtswirksamkeit des Eigentumsübergangs
 - 2.6. Grundbuchlicher Nachvollzug der Vermögensübertragung
 - 2.7. Exkurs I: Steuern und Gebühren
 - 2.8. Exkurs II: BewG und BGGB
3. Der Übergang von grundstücksbezogenen Rechten, Pflichten und Verträgen
 - 3.1. Beschränkte dingliche Rechte
 - 3.2. Öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten
 - 3.2.1. Konzessionen/Bewilligungen
 - 3.2.2. Andere öffentlichrechtliche Rechten und Pflichten
 - 3.2.3. Zustands- und Verhaltensstörereigenschaft
 - 3.3. Verträge
 - 3.3.1. Miet- und Pachtverträge
 - 3.3.2. Versicherungsverträge
 - 3.3.3. Andere Verträge
 - 3.4. Weitere Rechtspositionen
 - 3.5. Im Inventar nicht zugeordnete Aktiven und Passiven
4. Die Vermögensübertragung als Vorkaufsfall?
 - 4.1. Universalsukzession und partielle Universalsukzession
 - 4.2. Universalsukzessionsansatz
 - 4.3. Betriebsübergangsansatz

1. Die Vermögensübertragung als Umstrukturierungsinstrument

Das Fusionsgesetz regelt gemäss seinem Art. 1 Abs. 1 die Anpassung der rechtlichen Strukturen von Kapitalgesellschaften, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, Genossenschaften, Vereinen, Stiftungen und Einzelunternehmen im Zusammenhang mit Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen. Die mit dem Fusionsgesetz neu eingeführte Transaktionsform der Vermögensübertragung wird dabei einerseits als flexibles Umstrukturierungsinstrument bzw. als Passepartout¹ bezeichnet und gilt andererseits als innovativstes Element² des Fusionsgesetzes. Sie basiert inhaltlich teilweise auf der altrechtlichen Vermögensübernahme gemäss Art. 181 aOR, wobei die Vermögensübertragung nach FusG die

¹ PETER SPORI/MARTIN MOSER, Fusionsgesetz: Kongruenzen und Inkongruenzen zwischen Zivil- und Steuerrecht, in: ZBJV 2004, 342; PETER LOCHER, Kommentar zum DBG – Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, II. Teil – Art. 49–101 DBG, Basel 2004, Art. 61 N 144 ff..

² THOMAS AEBERSOLD, Umstrukturierung von Unternehmen durch Vermögensübertragung, in: Jusletter vom 7. Juni 2004, Rz. 3; LUKAS MORSCHER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel/Genf/München 2005 (zit. BSK-FusG MORSCHER), Art. 1 N 46; für RUDOLF TSCHÄNI, Vermögensübertragung, in: ZSR 2004 Halbband I, 83 ist es die Innovation des Fusionsgesetzes; ähnlich auch PETER V. KUNZ, Umwandlung und Vermögensübertragung im neuen schweizerischen Fusionsrecht – Blicke zurück und nach vorne, in: AJP/PJA 2004, 803.

Übernahme von Teilvermögen unter diversen Aspekten viel umfassender und detaillierter regelt und den Transaktionsvorgang zwar verfahrensmässig «verkompliziert», aber umgekehrt rechtstechnisch und aus einer «Umsetzungsoptik» stark vereinfacht, weil sie nicht nur – wie die frühere Vermögensübernahme – mit Bezug auf die Passiven, sondern auch mit Bezug auf die erfassten Aktiven, Verträge und weiteren Rechtspositionen konsequent auf dem Prinzip der (partiellen) Universalsukzession beruht.

Entgegen einzelner Meinungsäusserungen vor allem aus der Zeit kurz nach dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes haben viele Praktiker zwischenzeitlich einen wesentlichen Teil ihrer Berührungängste vor dieser neuen Umstrukturierungsform verloren, weshalb sich die Vermögensübertragung als Transaktionsform des Fusionsgesetzes etablieren und grosse praktische Bedeutung erlangen konnte. Gemäss Angaben des eidgenössischen Handelsregisteramtes wurden zwischen Juli 2005 und Dezember 2014 insgesamt über 4'000 Vermögensübertragungen durchgeführt. Vermögensübertragungen machen somit rund einen Viertel aller fusionsrechtlichen Transaktionen aus.³ Auch im Immobilienbereich kommt das Instrument der Vermögensübertragung – gerade bei grösseren Transaktionen – in der Praxis regelmässig zur Anwendung,⁴ in einzelnen Fällen sogar bei grenzüberschreitenden Transaktionen.⁵

Mit der Vermögensübertragung gehen auf dem Weg der partiellen Universalsukzession die zum übertragenen Teilvermögen gehörenden Vermögens- und/oder Rechtspositionen, d.h. die Aktiven und Passiven sowie die Verträge, eines Rechtsträgers auf einen anderen Rechtsträger

über.⁶ Der Übergang erfolgt von Gesetzes wegen kraft Eintragung im Handelsregister, ohne dass die für eine Einzelübertragung der zu übertragenden Vermögens- und/oder Rechtspositionen geltenden Formvorschriften und Publizitätsformen erfüllt werden müssen.⁷ Wie bei den typischen Universalsukzessionstatbeständen Erbschaft oder Fusion gehen im Rahmen der partiellen Universalsukzession bei einer Vermögensübertragung gemäss dem Gesetzeswortlaut (Art. 73 Abs. 2 FusG) die privatrechtlichen Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen und in einem Rechtsvorgang (*uno actu*) auf den neuen Rechtsträger über. Das Besondere dabei ist, dass der Umfang des zu übertragenden Teilvermögens, d.h. die davon erfassten Rechts- und Vermögenspositionen (sowohl aktiv- wie auch passivseitig) – wie bei der Spaltung – durch die Parteien weitgehend frei nach ihren konkreten Umstrukturierungsbedürfnissen definiert werden können.⁸ Die Partialität bezieht sich somit – zumindest aus zivilrechtlicher Sicht⁹ – auf die zu übertragenden Vermögenswerte und ist mithin quantitativer, nicht aber qualitativer Art.¹⁰

³ Unter Ausklammerung der Umwandlung, bei welcher gemäss der Konzeption der Fusion kein Vermögen übertragen wird. Siehe auch die Angaben bei URS GNOS/MARKUS VISCHER, Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz 2007–2010, in: AJP/PJA 2011, 402, wonach zwischen Januar 2007 und November 2010 über 2'400 Vermögensübertragungen durchgeführt wurden und Vermögensübertragungen somit in diesem Zeitraum 24.3 % aller fusionsrechtlichen Transaktionen aus machten.

⁴ Mangels geeigneter statistischer Daten wird hier auf einzelne Grosstransaktionen verwiesen, siehe etwa die verschiedenen durch die Swiss Life AG vorgenommenen Vermögensübertragungen, mit welchen letztere einerseits Immobilien mit einem Buchwert von insgesamt CHF 1'803'476'000 auf andere Rechtsträger übertragen und andererseits Immobilien – beispielsweise ein Immobilienportfolio im Wert von CHF 272'773'000 von der Ledermann Immobilien AG – übernommen hatte.

⁵ Auch hier wird mangels geeigneter statistischer Daten auf Einzeltransaktionen verwiesen, etwa die durch die Swiss Life AG vorgenommene Vermögensübertragung an die Swiss Life REIM (Luxembourg) S.A., in deren Rahmen Immobilien mit einem Buchwert von insgesamt CHF 366'571'000 übertragen wurden.

⁶ LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3. A., Bern 2014, N 655; PIERA BERETTA, in: Frank Vischer/Roland M. Müller (Hrsg.) Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2012 (zit. ZK-FusG BERETTA), vor Art. 69–77 N 1 und 4; KUNZ (FN 2), 810; Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000 (zit. Botschaft), BBl 2000 V 4459.

⁷ MARTIN MOSER, Die Vermögensübertragung, in: Ernst & Young Law (Hrsg.), Das neue Fusionsgesetz, Zürich 2004, 42; JOACHIM FRICK, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Fusionsgesetz, Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, Stämpfli Handkommentar FusG, Bern 2003, Art. 69 N 1; vgl. auch HENRY PETER, Le sort des contrats en cas de transfert de patrimoine, in: SZW 2004, 228.

⁸ RALPH MALACRIDA, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel/Genf/München 2005 (zit. BSK-FusG MALACRIDA), Art. 73 N 13.

⁹ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist zwischen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Ansprüchen zu unterscheiden, denn die privatrechtliche materielle Rechtsfolge – auch im Falle einer zivilrechtlichen bzw. nach der Formulierung des Bundesgerichts auf «rechtsgeschäftlicher Art» beruhenden Universalsukzession wie einer Fusion nach Art. 22 FusG – zieht nicht automatisch bspw. die Rechtsnachfolge in die zivil- oder strafprozessuale Parteistellung nach sich, siehe etwa BGE 140 IV 162 E. 4.4, BGE 6B_27/2004 vom 10. April 2014 E.1.2, BGE 6B_549/2013 vom 24. Februar 2014, E.3.2.

¹⁰ BGE 4C 385/2005 vom 31. Januar 2006, E. 1.2.2; ROLF WATTER/RAFFAEL BÜCHI, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel/Genf/München 2005 (zit. BSK-FusG WATTER/BÜCHI), Art. 52 N 4; MOSER (FN 7), 43; vgl. auch CHRISTOPH BAUER, Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang:

Vor der Einführung der fusionsgesetzlichen Vermögensübertragung war es im Rahmen von Art. 181 aOR nur möglich, die mit einem Vermögen oder Geschäft verbundenen Schulden oder Passiven mittels eines alle Geschäftsschulden umfassenden Rechtsaktes zu übertragen, während die Aktiven und Verträge einzeln nach den Regeln der Singularsukzession übertragen werden mussten.¹¹ Diese Übertragungsform war häufig mit grösserem Aufwand verbunden, der insbesondere durch die Einhaltung der für jedes Aktivum geltenden Formvorschriften (z.B. Übertragung von Forderungen mittels Zession, Übertragung von Namenpapieren mittels schriftlicher Abtretungserklärung, Übertragung von Grundstücken mittels öffentlich beurkundetem Grundstückkaufvertrag und Grundbucheintrag) sowie durch die umständliche Übertragung von Verträgen bedingt war, weshalb diese Übertragungsart den Anforderungen in der Praxis nicht zu genügen vermochte.¹²

Mit dem Institut der Vermögensübertragung kann ein Rechtsträger grundsätzlich jegliche Art von Vermögens- und/oder Rechtspositionen, d.h. Aktiven, Passiven, Verträge und/oder andere Rechte auf einen (oder mehrere) andere(n) Rechtsträger übertragen. Gegenstand der Vermögensübertragung kann somit ein Gesamtvermögen oder auch nur ein Teil der Vermögens- und/oder Rechtspositionen (vereinfacht auch Aktiven und Passiven) des übertragenden Rechtsträgers sein. Bei den zu übertragenden Vermögens- und/oder Rechtspositionen braucht es sich auch nicht zwingend um einen organisch in sich geschlossenen Teil des übertragenden Rechtsträgers (z.B. einen Betrieb, einen Unternehmensteil, eine Zweigniederlassung, Division oder Abteilung) oder eine andere Sachgesamtheit (z.B. sämtliche betrieblichen Liegenschaften, ein gesamter Warenbestand oder Fahrzeug- oder Maschinenpark) zu handeln. Unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs kann je nach den konkreten Umständen auch nur eine Aktivenposition (z.B. Immaterialgüterrechte) oder sogar ein einzelnes Recht (etwa ein Abbau- oder

ein Markenrecht) übertragen werden.¹³ Voraussetzung für eine Übertragbarkeit im Rahmen einer Vermögensübertragung ist auch nicht, dass die zu übertragenden Rechts- und/oder Vermögenspositionen aktiv oder passiv bilanzierungsfähig bzw. -pflichtig sind. Anders als bei der Frage der Sacheinlagefähigkeit, wo Bewertbarkeit, Aktivierbarkeit, Verfügbarkeit, Übertragbarkeit sowie Verwertbarkeit vorausgesetzt werden,¹⁴ ist einzige Voraussetzung die grundsätzliche zivilrechtliche Übertragbarkeit der Rechts- oder Vermögenspositionen.

2. Grundstücke in der Vermögensübertragung

Werden Grundstücke oder grundstückbezogene (dingliche oder obligatorische) Rechte von einer Vermögensübertragung umfasst, sind sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht diverse Besonderheiten zu berücksichtigen. Ausserdem stellen sich verschiedene Fragen bezüglich (a) Wirksamkeit der Übertragung, (b) Steuern und Gebühren sowie (c) Bewilligungen gemäss BewG und BGBB, auf welche nachstehend im Einzelnen einzugehen ist.

2.1. Anwendbarkeit formeller und materieller Besonderheiten

Diese entsprechenden formellen und materiellen Besonderheiten kommen nur dann zum Tragen, wenn zu den übertragenden Objekten ein einzelnes oder eine Mehrzahl von Grundstück(en) gehört. Die Definition des Begriffes Grundstück richtet sich dabei nach den einschlägigen Regeln des Sachenrechts im ZGB. Gemäss Art. 655 Abs. 2 ZGB gelten als Grundstücke neben Liegenschaften bekanntlich auch die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte¹⁵, d.h. hauptsächlich die als Personaldienstbarkeiten ausgestalteten, übertrag-

Unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 492 m.w.H.

¹¹ Vgl. dazu an Stelle vieler: ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/URS R. BEHNISCH/ANDREA SIEBER, *FusG Kommentar: Fusionsgesetz, Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung*; Fusionsgesetz artikelweise kommentiert; Änderungen bisherigen Rechts; Kreisschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung, Zürich 2012, Art. 69 N 5; TSCHÄNI (FN 2), 83; PETER LOSER-KROGH, *Die Vermögensübertragung – Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes*, in: AJP/PJA 2000, 1096; BGE 126 III 375, E. 2c.

¹² HANSPETER KLÄY/NICHOLAS TURIN, *Der Entwurf zum Fusionsgesetz*, in: REPRAX 3 (2001), 4 und 33 f.; LOSER-KROGH (FN 11), 1096.

¹³ BSK-FusG MALACRIDA (FN 8), Art. 69 N 8; KLÄY/TURIN (FN 12), 32; LOSER-KROGH (FN 11), 1098; a.M. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht: mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und Abschlussprüfung in neuer Fassung, unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts*, 4. A., Zürich 2009, § 3 Rz. 371.

¹⁴ Siehe Mitteilung EHRA vom 15. August 2001, Ziff. 3.

¹⁵ Art. 655 Abs. 3 ZGB. Als selbstständiges und dauerndes Recht kann eine Dienstbarkeit an einem Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden, wenn sie: (a) weder zugunsten eines berechtigten Grundstücks noch ausschliesslich zugunsten einer bestimmten Person errichtet ist; und (b) auf wenigstens dreissig Jahre oder auf unbestimmte Zeit begründet ist.

baren Baurechte mit einer Vertragsdauer bzw. Laufzeit von mehr als dreissig Jahren sowie Bergwerke und Miteigentumsanteile an Grundstücken.

Die Erfahrung zeigt jedoch, dass auch in Fällen, in denen keine Grundstücke im Sinne von Art. 655 Abs. 2 ZGB Bestandteil des im Rahmen der Vermögensübertragung zu übertragenen Teilvermögens sind, sondern «nur» Dienstbarkeiten übertragen werden, eine vorgängige Abklärung bei – und eine Koordination mit – den zuständigen Grundbuchämtern, Notariaten und Handelsregisterämtern sinnvoll und empfehlenswert ist, insbesondere wenn im Rahmen der Vermögensübertragung beispielsweise Baurechte oder Abbaurechte, welche sich nicht als Grundstücke qualifizieren, vom Vermögensübergang betroffen sind. Ohne eine solche Abklärung bzw. Koordination besteht das Risiko, dass es im Rahmen der Anmeldung und Umsetzung der entsprechenden Transaktion allenfalls zu erheblichen Verzögerungen kommen kann.

2.2. Formelle Besonderheit – öffentliche Beurkundung

2.2.1. Teilbeurkundungszwang

Der Vermögensübertragungsvertrag bedarf grundsätzlich der Schriftform (Art. 70 Abs. 2 FusG). Für den Fall, dass mittels der Vermögensübertragung Grundstücke übertragen werden, sieht Art. 70 Abs. 2 FusG vor, dass die entsprechenden Teile des Vertrages der öffentlichen Beurkundung bedürfen, wobei eine einzige öffentliche Urkunde auch dann genügt, wenn die betroffenen Grundstücke in verschiedenen Kantonen liegen.¹⁶ Die Urkunde ist dabei nicht – wie im Falle der bei der Spaltung notwendigen Feststellungsurkunde – in der Form einer Sachbeurkundung, sondern – wie üblich für einen Vertrag – als Beurkundung von Willenserklärungen zu errichten.¹⁷

Die Regelung zur Vertragsform bei der Übertragung von Immobilien mittels Vermögensübertragung unterscheidet sich von der Regelung bei der Fusion (Art. 12 Abs. 2 FusG) und der Spaltung (Art. 36 Abs. 3 FusG),

wo die einfache Schriftlichkeit auch zur Übertragung von Grundstücken genügt,¹⁸ wobei bei der Spaltung für den grundbuchlichen Vollzug des Eigentumsübergangs an den übergehenden Grundstücken eine spezielle, öffentlich beurkundete Feststellungsurkunde notwendig ist.¹⁹

Keine öffentliche (Teil-)Beurkundung ist dagegen notwendig, wenn im Rahmen der Vermögensübertragung dingliche oder realobligatorische Rechte übertragen werden, die keine Grundstücke im Sinne von Art. 655 Abs. 2 ZGB darstellen²⁰, auch wenn für deren Errichtung oder Anpassung eine öffentliche Beurkundung notwendig ist.²¹ Der Wegfall des Beurkundungserfordernisses beschränkt sich aber de facto auf die Übertragung von Personaldienstbarkeiten – soweit diese im Rahmen einer Vermögensübertragung als übertragbar zu gelten haben²² –, da Grunddienstbarkeiten nur zusammen mit dem berechtigten Grundstück (oder allenfalls einem Teil davon) übertragen werden können und damit dort das Beurkundungserfordernis von Art. 70 Abs. 2 FusG indirekt zur Anwendung kommt.

2.2.2. Zuständigkeit für die Beurkundung

Die Urkunde muss durch eine Urkundsperson am Sitz des übertragenden Rechtsträgers errichtet werden.²³ Dieses

¹⁶ Art. 70 Abs. 2 S. 2 FusG. Unter Berücksichtigung der anfallenden Beurkundungskosten, welche von der entsprechend anwendbaren kantonalen Gebührenverordnung abhängen, kann sich auch eine Kombination von Einzelübertragungen und einer Vermögensübertragung (im Einzelfall gegebenenfalls sogar ergänzt durch eine vorgängige Sitzverlegung) als kosteneffizienteste Lösung darstellen, siehe dazu hinten, Abschnitt 2.7.

¹⁷ Siehe die 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.grundbuchverwalter.ch/download/dt/ORF05_D.pdf, abgerufen am 19. Mai 2015).

¹⁸ Die unterschiedliche Regelung bei der Spaltung und bei der Vermögensübertragung ist wenig überzeugend, ist aber vor dem Hintergrund der Änderungsanträge im Rahmen der parlamentarischen Beratung zu sehen, da die Beurkundungspflicht erst durch den Ständerat eingeführt und anschliessend durch den Nationalrat auf eine Teilbeurkundungspflicht – die schliesslich Gesetz gewordene Lösung – reduziert worden war; siehe zum Ganzen CHRISTINA MARIA SCHMID-TSCHIRREN, Sachenrechtliche Aspekte des Fusionsgesetzes, ZBGR 85/2004 228 ff., 233. Auch bei der Umwandlung (Art. 59 Abs. 2 FusG) ist keine Beurkundung notwendig, wobei dort nach der Konzeption des FusG gar keine Übertragung von Vermögenswerten stattfindet. Siehe etwa, CORRADO RAMPINI, Handänderung von Immobilien durch Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz, Schweizer Treuhänder 2006, 164.

¹⁹ Siehe Art. 104 Abs. 3 FusG. Damit relativiert sich auch der sachlich nicht gerechtfertigte Unterschied zwischen Spaltung und Vermögensübertragung. Zu beachten ist allerdings, dass die Feststellungsurkunde bei der Spaltung inhaltlich bloss eine Liste der einzelnen – abgestützt auf das Inventar im Spaltungsvertrag – genügend genau definierten Grundstücke mit ihren grundbuchlichen Eckdaten zur Identifikation (Gemeinde und Grundstücksnummer) zu enthalten und die Gültigkeit der Abspaltung festzustellen hat, siehe ALAIN FRIEDRICH, Die Abspaltung dinglicher Rechte an Grundstücken nach Fusionsgesetz, Ausgewählte Fragen zum Vollzug im Handelsregister und Grundbuch, in: AJP/PJA 4/2013, 546 ff. 558f.

²⁰ Bspw. Dienstbarkeiten wie Baurechte, Abbaurechte, Deponierechte, etc. mit einer Laufzeit von weniger als 30 Jahren.

²¹ Art. 70 Abs. 2 FusG e contrario.

²² Siehe dazu Abschnitt 3.1.

²³ Art. 70 Abs. 2 S. 3 FusG. Die im Falle einer Spaltung notwendige Feststellungsurkunde kann dagegen gemäss Art. 104 Abs. 3 FusG

Erfordernis gilt als erfüllt, wenn die Beurkundung durch eine Urkundsperson durchgeführt wird, die am Sitz des übertragenden Rechtsträgers gemäss den anwendbaren Regeln des kantonalen Beurkundungsrechts zur Beurkundung befugt ist; nicht notwendig ist hingegen, dass der Beurkundungsakt tatsächlich am Sitz oder in der Sitzgemeinde des übertragenden Rechtsträgers vorgenommen wird.²⁴

Zu wenig Diskussionen Anlass gibt die erwähnte Regelung der Beurkundungszuständigkeit am Ort des Sitzes der übertragenden Gesellschaft in denjenigen Fällen, in denen eine Mehrzahl von Grundstücken in *mehreren* Kantonen von der Vermögensübertragung erfasst werden: Zuständig für die Beurkundung des Vermögensübertragungsvertrags ist diesfalls (ausschliesslich) eine Urkundsperson am Sitz der übertragenden Gesellschaft, und zwar selbst dann, wenn sich im Sitzkanton gar keine zu übertragenden Grundstücke befinden.²⁵ Umgekehrt herrscht in der Praxis Uneinigkeit, ob gemäss Art. 70 Abs. 2 FusG in Fällen, in welchen entweder nur ein – ausserhalb des Sitzkantons belegenes – Grundstück oder aber mehrere im gleichen – vom Sitzkanton aber unterschiedlichen – Kanton belegene Grundstücke zu übertragen sind, die Beurkundung zwingend am Sitz bzw. Sitzkanton der übertragenden Gesellschaft durchzuführen ist. Gemäss einer abzulehnenden einschränkenden Auslegung soll Art. 70 Abs. 2 FusG ausschliesslich eine Kompetenzzuweisungsnorm bei Zuständigkeitskonflikten im Fall von interkantonalen Sachverhalten – d.h. bei Belegenheit der zu übertragenden Liegenschaften in verschiedenen Kantonen – darstellen. Bei der Übertragung eines oder mehrerer Grundstücke in bloss einem – vom Sitzkanton aber unterschiedlichen – Kanton soll hingegen im Umkehrschluss – wie vor Inkrafttreten des Fusionsgesetzes – die Urkundsperson(en) am Ort der gelegenen Sache zuständig sein.²⁶ Demgegenüber vertritt ein anderer Teil der Lehre die Meinung, die Zuständigkeit am Sitz des übertragenden Rechtsträgers sei in jedem Fall zwingend, selbst wenn

in diesem Kanton kein von der Vermögensübertragung erfasstes Grundstück liege.²⁷ Eine dritte vermittelnde Auffassung schlägt schliesslich vor, in Fällen, in welchen das/ die zu übertragende(n) Grundstück(e) ausschliesslich innerhalb eines einzigen Kantons, der nicht auch Sitzkanton ist, belegen ist bzw. sind, gestützt auf eine teleologische Auslegung eine *alternative* (interkantonale) Beurkundungszuständigkeit sowohl am Ort eines der Grundstücke als auch am Sitz der übertragenden Gesellschaft anzunehmen.²⁸ Vor dem Hintergrund des Zwecks des Fusionsgesetzes, Umstrukturierungen möglichst zu vereinfachen, ist dieser vermittelnden Lösung wohl der Vorzug zu geben, um in bestimmten Fällen – z.B. wenn die Amtssprache am Sitz und am Belegenheitsort der Liegenschaften verschieden ist – das für die beteiligten Parteien wie auch die involvierten Behörden im Resultat einfachere Verfahren wählen zu können.²⁹

2.2.3. Umfang des Beurkundungserfordernisses

Das Bundesrecht gibt grundsätzlich den Umfang des Formzwangs vor.³⁰ Auf der einen Seite statuiert Art. 70 Abs. 2 FusG nur für jene Teile des Vermögensübertragungsvertrages, welche die zu übertragenden Grundstücke betreffen, die Pflicht zur öffentlichen Beurkundung. Andererseits unterliegen gemäss den allgemeinen Grundsätzen sämtliche objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte dem Formzwang. Die Regelung von Art. 70 Abs. 2 FusG muss somit dahingehend verstanden werden, dass alle für die Übertragung der Grundstücke im Rahmen des Vermögensübertragungsvertrages wesentlichen Punkte zu beurkunden sind. Zu beurkunden sind aber nicht alle objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte des gesamten Vermögensübertragungsvertrages an sich,

von einer beliebigen Urkundsperson in der Schweiz errichtet werden; FRIEDRICH (FN 19), 559.

²⁴ GLANZMANN (FN 6), N 337.

²⁵ Siehe ERROL M. KÜFFER: Ein weiterer Beitrag zur Kambrischen Explosion: Aus der Notariatspraxis zum Fusionsgesetz, in: Stefan Keller/Stefan Wiprächtiger, *Recht zwischen Dogmatik und Theorie*, FS Marc Amstutz, Zürich 2012, 177–198, 193 f.

²⁶ MICHAEL GWELESSIANI, *Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung*, Zürich/Basel/Genf 2008, N 501; MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD, *Fusionsgesetz (FusG): Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003*, Basel 2008, Art. 70 N 13. Nach dieser Auffassung wäre somit der letzte Satz von Art. 70 Abs. 2 FusG als Ergänzung zu Satz 3 – und in Verbindung mit diesem – zu verstehen.

²⁷ GLANZMANN (FN 6), N 337; TURIN NICOLAS, *Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion*, Basel 2004, 140. Gemäss dieser Meinung ist der letzte Satz von Art. 70 Abs. 2 FusG als selbständige Regelung – und damit nicht als blosser Ergänzung zu Satz 3 – zu verstehen.

²⁸ KÜFFER (FN 25), 194 mit dem Hinweis, die Praxis vieler Handelsregisterämter entspräche dieser vermittelnden – pragmatischen – Meinung; kritisch dagegen STEPHAN WOLF, *Öffentliche Beurkundung und Behebung von Fehlern – ausgewählte Einzelfragen*, in: REPRAX 2014, 27 ff., 34.

²⁹ Gemäss Art. 5 Abs. 4 GBV wie auch Art. 20 Abs. 3 HRegV können sowohl das Grundbuchamt wie auch die Handelsregisterbehörde Belege in einer Sprache entgegennehmen, die nicht als Amtssprache des betreffenden Registerkantons bzw. Grundbuchkreises gilt; in beiden Fällen *können* diese Behörden aber auch eine Übersetzung verlangen, so dass bei fehlender «Amtssprachentoleranz» der beteiligten Behörden gegebenenfalls dennoch eine beglaubigte Übersetzung des beurkundeten Vermögensübertragungsvertrags zu erstellen ist.

³⁰ ZK-FusG BERETTA (FN 6), Art. 70 N 17.

sondern nur die für die Übertragung der Grundstücke wesentlichen Vertragspunkte,³¹ namentlich die Vertragsparteien, die Beschreibung der zu übertragenden Grundstücke (bzw. der entsprechende Teil des Inventars), der auf die Gesamtheit der Grundstücke entfallende Anteil an der Gegenleistung, die spezifisch die Grundstücke betreffenden Gewährleistungsbestimmungen, allfällige spezifisch die Grundstücke betreffenden Regelungen hinsichtlich der Übernahme – oder in der Praxis sehr oft der Nichtübernahme – von (unbekannten) Passiven, entsprechende Schadloshaltungsverpflichtungen³², usw., nicht aber die generellen Regelungen, welche die Gesamtheit der Gewährleistungen und Schadloshaltungsansprüche – und namentlich deren Geltendmachung – betreffen, z.B. von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Rüge- sowie Verjährungs- bzw. Verwirkungsfristen, Minimal- und Maximalbeträge, Haftungsausschluss- oder Minderungsgründe, Verfahren bei Drittansprüchen sowie weitere Bestimmungen, welche die Transaktion bzw. den Vermögensübertragungsvertrag als Ganzes betreffen, wie allgemeine Bestimmungen zur allfälligen Lückenfüllung, Mitteilungen an die andere Vertragspartei, Vorgehen bei Teilnichtigkeit, Gerichtsstand etc.³³

Die beurkundungsbedürftigen Punkte können entweder in einem separaten Dokument untergebracht werden, das öffentlich beurkundet wird, oder alternativ können zwei gleich lautende separate Übertragungsverträge abgeschlossen werden, wovon nur der die Grundstücke betreffende öffentlich beurkundet wird.³⁴ Oft wird aber auch der gesamte Vermögensübertragungsvertrag öffentlich beurkundet, insbesondere, wenn Grundstücke den ganz überwiegenden oder zumindest den wesentlichen Vertragsgegenstand darstellen.

2.3. Materielle Besonderheit – Inventarisierungspflicht

Entscheidender Bestandteil des Vermögensübertragungsvertrages ist das Inventar. Gemäss Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG muss der Vermögensübertragungsvertrag ein Inven-

tar mit der eindeutigen Bezeichnung der zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens enthalten, wobei bestimmte Kategorien von Aktiven, namentlich Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte, einzeln aufzuführen sind. Alternativ darf in der Praxis auch eine Übertragungsbilanz verwendet werden,³⁵ sofern die zu den vorgenannten Kategorien gehörenden Vermögenswerte klar aufgeschlüsselt und die übrigen Aktiven, Passiven und Verträge³⁶ zumindest bestimmbar sind.³⁷

Die Zusammensetzung der zu übertragenden Vermögenswerte kann nach den konkreten Bedürfnissen der Parteien im Einzelfall erfolgen. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass ein Betrieb, Betriebsteil oder eine andere in sich geschlossene Vermögenseinheit übertragen wird. Unter den Voraussetzungen von Art. 71 Abs. 2 FusG kann auch nur ein einziges Recht übertragen werden.³⁸ Während es für die übrigen Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens wie erwähnt genügt, die zu übertragenden Vermögenswerte hinreichend klar zu umschreiben, so dass sie bestimmbar sind, müssen u.a. Grundstücke explizit und einzeln im Inventar oder in der Übertragungsbilanz, zumindest durch Nennung der Grundstücknummer und Belegenheitsgemeinde³⁹, aufgeführt werden.

³¹ BGE 119 II 135 E. 3a; RAMPINI (FN 18), 165.; PETER R. ALTENBURGER/MASSIMO CALDERAN/WERNER LEDERER, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht: Ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht, Zürich 2004, Rz. 914; GLANZMANN (FN 6) 335.

³² Wie namentlich Schadloshaltungsverpflichtungen gegen Ansprüche oder Kosten im Zusammenhang mit Bodenverunreinigungen, spezifischen Baustoffen (etwa Asbest), Verletzung von Bauvorschriften oder behördlichen Auflagen, der Mieter aus übertragenen Mietverträgen, Perimeterbeiträgen, etc.

³³ Siehe BGE 119 II 135 E. 3a.

³⁴ GLANZMANN (FN 6), 335.

³⁵ VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 71 N 9 sowie Art. 37 N 10, Praxis HReg ZH, 10.

³⁶ Betreffend Verträge sollte es zulässig sein, im Inventar in genereller Art auf bestimmte Kategorien von Verträgen oder auf zu bestimmten Betriebsteilen oder Vermögenskomplexen gehörende Verträge zu verweisen; vgl. ALEXANDER VOGEL/MICHAEL GÜNTHER, Verträge: Automatischer Übergang im Fusionsgesetz, in: Marc Amstutz/Roland M. Müller/Inge Hochreutener (Hrsg.): Das Fusionsgesetz: Bewährungsprobe nach dem 8. Jahr, Zürich 2015, 133–168, 159.

³⁷ Die im Inventar aufgeführten Vermögensgegenstände müssen den konkreten Umständen entsprechend genügend bestimmbar sein, d.h. der notwendige Präzisierungsgrad des Inventars hängt letztlich von den jeweiligen Gegebenheiten des Einzelfalls – d.h. von der bspw. funktionalen oder lokalen Abgrenzbarkeit der übergehenden Vermögenswerte – ab (BSK-FusG MALACRIDA (FN 8), Art. 71 N 6 m.w.H.). Letztlich ist es dabei die Aufgabe der beteiligten Rechtsträger, die zu übertragenden Vermögensgegenstände so zu beschreiben, dass wesentliche Unklarheiten in einem nach den Umständen vernünftigen Mass ausgeschlossen sind (Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Kurzkomentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz, in: REPRAX 2 2004 [zit. KK EHRA], 21).

³⁸ KK EHRA (FN 3837), 21; HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/Franz J. KESSLER, et al., Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N 844; GLANZMANN (FN 6), 356; BSK-FusG MALACRIDA (FN 8), Art. 69 N 8, alle je m.w.H.

³⁹ GLANZMANN (FN 6), N 283 ff.

2.4. Abschluss- und Unterzeichnungs-kompetenz

Gemäss Art. 70 Abs. 1 FusG muss der Vermögensübertragungsvertrag zwingend von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen der an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger⁴⁰ abgeschlossen werden. Der *Abschluss* des Vermögensübertragungsvertrages muss von der *Unterzeichnung* des Vertrages unterschieden werden: Die Unterzeichnung des Vertrages im Namen der Gesellschaft vor dem Notar im Rahmen der Beurkundung darf auch durch (andere) im Handelsregister eingetragene zeichnungsberechtigte Personen oder andere hierzu bevollmächtigte Personen erfolgen, d.h. die unterzeichnenden Personen müssen nicht Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans sein. Haben jedoch nicht sämtliche Mitglieder des entsprechenden obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans den Übertragungsvertrag unterzeichnet, muss gegenüber dem Handelsregisteramt (und je nach Kanton auch bereits gegenüber dem Notar) – in der Regel durch Protokollauszüge, Beschlussprotokolle oder Zirkularbeschlüsse – schriftlich belegt werden, dass die obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane die definitive Fassung des Vermögensübertragungsvertrages genehmigt haben.⁴¹ Dieser Genehmigungsbeschluss der obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane muss nicht beurkundet werden.

Eine Zustimmung der General- oder Gesellschafterversammlung zur Vermögensübertragung wird im Gegensatz zur Rechtslage bei Fusion, Spaltung und Umwandlung grundsätzlich nicht verlangt, sofern die Vermögensübertragung im Einzelfall nicht eine faktische Zweckänderung oder faktische Liquidation bewirkt, welche wiederum – ausser in Ausnahmefällen⁴² – durch die Generalversammlung zu genehmigen bzw. zu beschliessen ist,⁴³ oder aus anderen Gründen – namentlich weil die Umsetzung der Vermögensübertragung direkt oder indirekt von anderen, der General- oder Gesellschafterversammlung vorbehaltenen Beschlüssen abhängt – ein

Beschluss der General- oder Gesellschafterversammlung notwendig ist. Zu denken ist dabei etwa an eine Kapitalerhöhung, Sitzverlegung, Firmaänderung oder Zuwahl von Verwaltungsräten bzw. Geschäftsführern. Die Gesellschafter haben somit – ausser in den vorgenannten Fällen – keine Möglichkeit, auf die Vermögensübertragung und dadurch – zumindest indirekt – auf den Inhalt des Übertragungsvertrags Einfluss zu nehmen;⁴⁴ dadurch entfällt entsprechend auch eine Anfechtungs-⁴⁵ und Blockierungsmöglichkeit⁴⁶ hinsichtlich der Vermögensübertragung.

2.5. Rechtswirksamkeit des Eigentumsübergangs

Gemäss Art. 73 FusG muss das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan des übertragenden Rechtsträgers die Vermögensübertragung beim für den übertragenden Rechtsträger zuständigen Handelsregisteramt zur Eintragung anmelden.⁴⁷ Die Zuständigkeit für die Handelsregisteranmeldung liegt somit beim gleichen Organ des übertragenden Rechtsträgers, das für den Abschluss des Vermögensübertragungsvertrags zuständig ist.⁴⁸ Beim übernehmenden Rechtsträger ist dagegen weder eine Anmeldung⁴⁹ notwendig, noch erfolgt bei ihm eine Eintragung im Handelsregister, ausser die Vermögensübertragung erfolgt im Rahmen einer Kapitalerhöhung. Mit der Eintragung im Handelsregister wird die Vermögensübertragung rechtswirksam, in diesem Zeitpunkt gehen alle im Inventar und/oder der Übertragungsbilanz aufgeführten und/oder referenzierten Rechts- und/oder Vermögenspositionen von Gesetzes wegen auf den übernehmenden Rechtsträger über.⁵⁰

⁴⁰ Dabei handelt es sich konkret bei der AG und der KommAG um den Verwaltungsrat (Art. 707 ff. OR bzw. Art. 765 OR), bei der GmbH um die Geschäftsführer (Art. 809 ff. OR), bei der Genossenschaft um die Verwaltung (Art. 894 ff. OR), bei der Kollektivgesellschaft und der Kommanditgesellschaft um die geschäftsführungsberechtigten Gesellschafter (Art. 535, Art. 557 und Art. 559 OR), beim Verein um den Vorstand (Art. 69 ZGB) sowie beim Einzelunternehmen um den Inhaber.

⁴¹ HRegV 138 lit. b; Praxismitteilung EHRA 1/11 – 25. Oktober 2011; Botschaft (FN 6), 4461 i.V. m. 4407. Vgl. GLANZMANN (FN 6), N 283 ff.

⁴² BGE 116 II 320 i.S. *Schmid AG Gattikon gegen WSI Wollspinnerei Interlaken AG und Kammgarnspinnerei Interlaken AG*, E. 3.

⁴³ Siehe dazu BGE 100 II 384 E. 2 b. i. S. *FABAG*.

⁴⁴ VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 70 N 5.

⁴⁵ Mangels Nennung der Vermögensübertragung als Transaktionsform in Art. 106 FusG besteht nach überwiegender Lehre kein Anfechtungsrecht der Gesellschafter, auch nicht unter Art. 106 Abs. 2 FusG. Da ausser in den genannten Ausnahmefällen für eine Vermögensübertragung kein Generalversammlungs- bzw. Gesellschafterbeschluss zu fassen ist, entfällt eine Anfechtung gemäss Art. 106 Abs. 1 FusG bereits mangels Anfechtungsobjekts.

⁴⁶ Namentlich durch schriftlichen Einspruch beim zuständigen Handelsregisteramt, welcher dann zu einer Handelsregistersperre führt, siehe Art. 162 HRegV; vgl. dazu etwa VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 106 N 14.

⁴⁷ Art. 73 Abs. 1 FusG; Art. 138 HRegV; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 73 N 2.

⁴⁸ VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 73 N 2.

⁴⁹ Der übernehmende Rechtsträger ist umgekehrt aber für die «Nachführung» der entsprechenden Register – namentlich des Grundbuchs – verantwortlich und muss entsprechend eine Anmeldung beim Grundbuchamt vornehmen, siehe Art. 104 Abs. 2 lit. c FusG und dazu hinten Abschnitt 2.6.

⁵⁰ Art. 73 Abs. 2 FusG.

Zuständig für die Prüfung der Anmeldung sowie der dazugehörigen Belege und für die Eintragung der Vermögensübertragung ist das Handelsregister am Sitz des *übertragenden* Rechtsträgers. Die Eintragung der Vermögensübertragung erfolgt am Hauptsitz (oder Ort der Hauptniederlassung, Art. 934 Abs. 2 OR) des übertragenden Rechtsträgers.⁵¹

Gemäss Art. 139 HRegV, welcher den Inhalt der Handelsregistereintragung festlegt, werden die folgenden Informationen im Handelsregister eingetragen und damit im SHAB veröffentlicht: Firma oder Name, Sitz sowie Identifikationsnummer aller an der Vermögensübertragung beteiligter Rechtsträger, das Datum des Übertragungsvertrags, der Gesamtwert der gemäss Inventar zu übertragenden Aktiven und Passiven sowie die allfällige Gegenleistung.⁵² Mit der Handelsregisteranmeldung hat der übertragende Rechtsträger zudem die folgenden Belege einzureichen:⁵³

- Übertragungsvertrag: Ist der Übertragungsvertrag Teil eines Gesamt- oder Hauptvertrags, genügt der entsprechende (beglaubigte) Auszug aus dem Gesamtvertrag. Wird zusätzlich zum Übertragungsvertrag (mit Mindestinhalt gemäss Art. 71 FusG) eine Vereinbarung mit weitergehenden Bestimmungen getroffen, reicht die Einreichung des Übertragungsvertrags mit Mindestinhalt als Beleg.
- Inventar, soweit dieses nicht im Übertragungsvertrag integriert ist. Wird ein Geschäft oder Geschäftsbereich mit Aktiven und Passiven übertragen, genügt wie erwähnt gemäss Praxis die Bilanz als Inventar, gegebenenfalls ergänzt durch die vom FusG ausdrücklich geforderten Einzelpositionen; ebenfalls möglich ist eine Kombination.⁵⁴
- Auszüge aus den Protokollen der obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane sämtlicher beteiligter Rechtsträger, in denen der Abschluss des Übertragungsvertrags genehmigt wird, sofern der Übertragungsvertrag nicht von allen Mitgliedern dieser Organe unterzeichnet ist.

Unter Vorbehalt der Genehmigung durch das Eidgenössische Amt für das Handelsregister wird die Vermögensübertragung mit dem Tagebucheintrag rechtswirksam.⁵⁵ In diesem Zeitpunkt gehen alle von der Vermögensübertragung erfassten, d.h. im Inventar bzw. der Übernahmebilanz aufgeführten, Aktiven und Passiven auf den übernehmenden Rechtsträger über.⁵⁶ Dies gilt auch für Grundstücke, welche mit der Eintragung der Vermögensübertragung im Handelsregister *ausserbuchlich* auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen.⁵⁷ Im Aussenverhältnis wird die Eintragung jedoch erst am ersten Werktag, der auf die Publikation der Vermögensübertragung im SHAB folgt, wirksam.⁵⁸

2.6. Grundbuchlicher Nachvollzug der Vermögensübertragung

Der ausserbuchliche Eigentumsübergang an einem Grundstück führt dazu, dass das Grundbuch inhaltlich vorübergehend unrichtig ist. Um diesen Zeitraum möglichst kurz zu halten, muss der übernehmende Rechtsträger den Übergang des Eigentums an einem Grundstück zufolge Vermögensübertragung gemäss Art. 104 Abs. 2 lit. c FusG umgehend nach der Rechtswirksamkeit beim Grundbuchamt anmelden.⁵⁹

Als umgehend gilt eine Anmeldung, die vorgenommen wird, sobald dies nach den konkreten Umständen des Einzelfalls möglich und zumutbar ist.⁶⁰ Zu berücksichtigen ist dabei auch der Zeitbedarf, der vernünftigerweise zur Beschaffung der notwendigen Belege erforderlich ist.⁶¹ In jedem Fall ist von einer Frist deutlich unter drei Monaten auszugehen.⁶² Bei optimaler Planung sollte die

⁵¹ VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 73 N 8.

⁵² Unklar ist, ob die beteiligten Rechtsträger zur Präzisierung der zu übertragenden Aktiven und Passiven die weitere Informationen – bspw. der Ausschluss gewisser spezifischer Passiven und/oder Arten von Passiven – aufnehmen können, um sicherzustellen, dass kein Gläubiger versucht, geltend zu machen, er sei gestützt auf den SHAB-Eintrag nach Treu und Glauben davon ausgegangen, seine Forderung sei, entgegen den Bestimmungen des Vermögensübertragungsvertrages, auch übernommen worden.

⁵³ Art. 138 HRegV; siehe dazu VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 73 N 10 ff.

⁵⁴ Handelsregisteramt Zürich, Fragen und Antworten zum Fusionsgesetz (per 19. März 2011) (zit. FAQ HR ZH), 10.

⁵⁵ Art. 73 Abs. 2 FusG sowie Art. 932 Abs. 1 OR i.V.m. mit Art. 115 Abs. 2 HRegV.

⁵⁶ Art. 73 Abs. 2 FusG.

⁵⁷ Botschaft (FN 6), 4486; SCHMID-TSCHIRREN (FN 18), 235.

⁵⁸ Art. 932 Abs. 2 OR; RAMPINI (FN 18), 166.

⁵⁹ FRANO KOSLAR, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Fusionsgesetz, Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, Stämpfli Handkommentar FusG, Bern 2003, Art. 104 N 1; FELIX E. EHRLAT/MARKUS WIDMER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel/Genf/München 2005 (zit. BSK-FusG EHRLAT/WIDMER), Art. 104 N 3.

⁶⁰ NICOLE NEUHAUS, in: Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2012 (zit. CHK-NEUHAUS), FusG, Art. 104 N 13; Botschaft (FN 6), 4487, verlangt die Anmeldung «so schnell als möglich».

⁶¹ KOSLAR (FN 59), Art. 104 N 11, 104 N 7; BSK-FusG EHRLAT/WIDMER (FN 59), Art. 104 N 17.

⁶² THOMAS WEIBEL, in: Frank Vischer/Roland M. Müller (Hrsg.) Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2012 (zit. ZK-FusG WEIBEL), Art. 104 N 28.

Zeitdauer zwischen Rechtswirksamkeit der Vermögensübertragung und der Grundbuchanmeldung nicht mehr als eine bis zwei Wochen betragen.⁶³ Bei der gesetzlichen Frist von Art. 104 Abs. 2 FusG handelt es sich jedoch um eine blosser Ordnungsvorschrift, deren Verletzung grundsätzlich keine direkten Rechtsfolgen nach sich zieht. Denkbar sind Verantwortlichkeitsansprüche gestützt auf Art. 108 FusG⁶⁴, sofern die verzögerte Anmeldung zu einem Schaden bei einem der beteiligten Rechtsträger führt.

Die Anmeldepflicht beim Grundbuchamt trifft ausschliesslich den übernehmenden Rechtsträger, ein Zutun des übertragenden Rechtsträgers ist nicht erforderlich (Art. 963 Abs. 2 ZGB).⁶⁵ Neben dem übernehmenden Rechtsträger kann jedoch auch die Urkundsperson, welche den Vermögensübertragungsvertrag beurkundet, die Anmeldung beim Grundbuchamt vornehmen.⁶⁶ Diese gesetzliche Ermächtigung entspricht den Regeln in den kantonalen Beurkundungsgesetzen, welche Urkundspersonen in der Regel ermächtigen, die von ihnen beurkundeten Geschäfte beim Grundbuchamt anzumelden.⁶⁷

Bei der Anmeldung der Vermögensübertragung bei den zuständigen Grundbuchämtern ist ein beglaubigter Handelsregistrauszug des die Grundstücke übertragenden Rechtsträgers sowie ein beglaubigter Auszug aus dem öffentlich beurkundeten Übertragungsvertrag (vgl. Art. 70 Abs. 2 FusG) beizubringen.⁶⁸

Wie bereits ausgeführt, tritt die Rechtswirksamkeit des Eigentumsübergangs an den betroffenen Grundstücken mit der Eintragung der Vermögensübertragung im Handelsregister ein. Solange die infolge der Vermögensübertragung geänderten Rechtsverhältnisse nicht im Grundbuch eingetragen sind, gilt jedoch Folgendes:⁶⁹

- 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).⁷⁰

- Die übertragende Gesellschaft kann – obwohl sie nicht darf – demgegenüber solange über das Grundstück verfügen, als sie gemäss Grundbuch als Eigentümerin eingetragen ist (Art. 963 Abs. 1 ZGB).⁷¹

Es besteht somit ein gewisses Risiko, dass ein gutgläubiger Dritter von einer weiterhin im Grundbuch als Eigentümerin eingetragenen Gesellschaft ein dingliches Recht am eigentlich bereits übertragenen Grundstück erwirbt, ohne dass die übertragende Gesellschaft in diesem Zeitpunkt noch Eigentümerin ist. Der gute Glaube des Dritten ist dabei – trotz Publikation der Vermögensübertragung im SHAB – zu bejahen.⁷²

2.7. Exkurs I: Steuern und Gebühren

Art. 103 FusG untersagt es den Kantonen oder Gemeinden bei Umstrukturierungen, welche die Voraussetzungen für Steuerneutralität gemäss Art. 8 Abs. 3 und Art. 24 Abs. 3 und 3^{quater} StHG erfüllen, Handänderungsabgaben zu erheben. Die Erhebung kostendeckender Gebühren ist jedoch möglich.

Zu den privilegierten Tatbeständen gehören die Übertragung eines Betriebes oder Teilbetriebes sowie von Gegenständen des betrieblichen Anlagevermögens auf eine inländische Tochtergesellschaft. Als Tochtergesellschaft gilt dabei eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, an der die übertragende Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft eine Beteiligung von mindestens 20% hält (Art. 24 Abs. 3 lit. d StHG). Bei Vermögensübertragungen unter unabhängigen Rechtsträgern gilt hingegen grundsätzlich keine Befreiung von den Handänderungsabgaben.⁷³ Umgekehrt ist die Übertragung von Vermögenswerten auf eine (Schwester- oder) Tochtergesellschaft – selbst bei einer anschliessenden Veräusserung der Beteiligung an der übernehmenden Konzerngesellschaft – im Sinne einer Ausnahme steuerneutral, sofern die ent-

⁶³ FRIEDRICH (FN 19), 557.

⁶⁴ VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 104 N 20; BEAT BRÄNDLI, Übertragung von Grundstücken nach Fusionsgesetz, in: Jusletter vom 22. März 2010, Rz. 35.

⁶⁵ RAMPINI (FN 18), 166.

⁶⁶ Art. 104 Abs. 4 FusG.

⁶⁷ FRIEDRICH (FN 19), 556; vgl. beispielsweise § 29 Gesetz über die öffentlichen Beurkundungen des Kantons Luzern (Beurkundungsgesetz) vom 18. September 1973.

⁶⁸ Art. 66 Abs. 1 lit. e GBV.

⁶⁹ FRIEDRICH (FN 19), 555.

⁷⁰ VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 104 N 4; eine Verfügung mittels Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung ist jedoch weiterhin zulässig, vgl. GLANZMANN (FN 6) N 746.

⁷¹ GLANZMANN (FN 6), § 43 N 647; RAMPINI (FN 18), 166; ZK-FusG WEIBEL (FN 62), Art. 104 N 13.

⁷² FRIEDRICH (FN 19), 555; Botschaft (FN 6), 4486; GLANZMANN (FN 6), N 746; BRÄNDLI (FN 64), Rz. 34; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 104 N 4. Die Publikation der Vermögensübertragung im SHAB enthält keinen Hinweis auf die Art der übertragenen Aktiven und Passiven, sondern nur den Gesamtwert des übertragenen Vermögens (vgl. Art. 139 HRegV). Ob Grundstücke übertragen wurden oder nicht, ist folglich aus der blossen Konsultation des Handelsregistrauszugs oder des SHAB-Eintrags nicht zu ersehen, weshalb der gute Glaube im Regelfall nicht zerstört wird; BRÄNDLI (FN 64), Rz. 39.

⁷³ RAMPINI (FN 18), 169; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 103 N 3.

sprechenden Voraussetzungen eingehalten werden,⁷⁴ d.h. namentlich sowohl die übertragende wie auch die übernehmende Gesellschaft nach der Umstrukturierung einen Betrieb oder Teilbetrieb (weiter)führen.⁷⁵ Das Halten und Verwalten eigener Immobilien stellt dann einen Betrieb dar, wenn die folgenden Bedingungen kumulativ erfüllt sind: (a) Es erfolgt ein Marktauftritt oder es werden Betriebsliegenschaften an Konzerngesellschaften vermietet. (b) Die Immobilienunternehmung beschäftigt oder beauftragt mindestens eine Person für die Verwaltung der Immobilien (eine Vollzeitstelle für rein administrative Arbeiten). (c) Die Mieterträge betragen mindestens das Zwanzigfache des marktüblichen Personalaufwandes für die Immobilienverwaltung.⁷⁶

Mit dem Hinweis in Art. 103 FusG, wonach nur kostendeckende Gebühren erhoben werden können, ist es Kantonen und Gemeinden bei steuerneutralen Umstrukturierungen gemäss Art. 8 Abs. 3 und Art. 24 Abs. 3 und 3^{quater} StHG auch untersagt, Gemengsteuern zu erheben, d.h. Gebühren, welche sich nicht am Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip orientieren.⁷⁷ Seit dem Ablauf

der Umsetzungsfrist am 30. Juni 2009 dürfen Gebühren im Resultat nur noch im Rahmen der kumulativ anwendbaren Prinzipien der Kostendeckung und der Äquivalenz erhoben werden.⁷⁸

In einzelnen Kantonen sind zudem bei den Notariats- und Grundbuchgebühren Bestrebungen zu beobachten, die heute noch regelmässig wertabhängigen Gebühren für (steuerneutrale) Umstrukturierungstatbestände massiv zu reduzieren – was teilweise bereits geschehen ist.⁷⁹ Da die kantonalen Notariatsgebühren betragsmässig sehr unterschiedlich ausgestaltet sind⁸⁰, ist es gerade bei grösseren Transaktionen sehr empfehlenswert, vorgängig Abklärungen über die zu erwartenden Kosten zu treffen. Will man die Beurkundungs- und Grundbuchgebühren bei einem Paketverkauf minimieren, muss eine Vermögensübertragung allenfalls mit Einzelverkäufen kombiniert werden. Es ist damit für jeden Liegenschaftskanton einzeln zu beurteilen, welche Vorgehensweise gebührengünstiger ist.⁸¹

Die Möglichkeit der Vermögensübertragung von Grundstücken nach Fusionsgesetz bringt somit nicht nur den Vorteil mit sich, dass Grundstücke in verschiedenen Kantonen mit einer einzigen öffentlichen Urkunde übertragen werden können, wodurch sich der administrative Aufwand reduziert, sondern es können – je nach Belegenheitsort der Grundstücke und Sitz des übertragenden Rechtsträgers – auch Beurkundungsgebühren gespart werden. Auch kann bei der Übertragung eines einzelnen Grundstückes im Rahmen bzw. auf dem Weg einer Vermögensübertragung die Beurkundung statt durch den Notar am Ort des Grundstücks durch den Notar am Sitz des übertragenden Rechtsträgers vorgenommen werden, was ebenfalls kostenrelevant sein kann.⁸² Im Handelsregister eingetragene Rechtsträger haben mit der Vermögensübertragung somit eine Alternative zur Beurkundung im Liegenschaftskanton,⁸³ welche sich je nach den Umständen des Einzelfalls durch eine vorgängige Sitzverlegung gegebenenfalls noch optimieren lässt.

⁷⁴ Die folgenden Voraussetzungen sind dabei kumulativ zu erfüllen: a) Die Steuerpflicht in der Schweiz muss fortbestehen, d.h. es muss sich bei der übernehmenden Gesellschaft um eine inländische (Tochter)gesellschaft oder die inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft handeln. b) Die bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte müssen übernommen werden. c) Bei den übertragenen Vermögenswerten muss es sich um einen Betrieb oder Teilbetrieb handeln. d) Die nach der Umstrukturierung bestehenden juristischen Personen führen auch nach der Umstrukturierung einen Betrieb oder Teilbetrieb (weiter). Die Steuerneutralität setzt ferner voraus, dass die neu gegründete(n) bzw. übernehmende(n) Gesellschaft(en) über ein angemessenes Eigenkapital verfügt bzw. verfügen. Umgekehrt können einem Betrieb aus steuerlicher Sicht auch nichtbetriebsnotwendige Aktiven mitgegeben werden (z.B. liquide Mittel und/oder Immobilien), sofern der Betrieb nicht nur von untergeordneter Bedeutung ist, nicht nur zum Zwecke einer steuerneutralen Umstrukturierung geschaffen wurde und nach der Umstrukturierung tatsächlich weitergeführt wird; siehe im Einzelnen KS ESTV Nr. 5, Umstrukturierungen vom 1.6.2004, Ziff. 4.4.1.2.

⁷⁵ Es ist nicht erforderlich, dass der übertragene und/oder der bei der übertragenden Gesellschaft zurückbleibende (Teil-)Betrieb im Vergleich zu den Verhältnissen vor der Umstrukturierung unverändert weitergeführt werden. Als Teilbetrieb gilt der kleinste für sich lebensfähige Organismus eines Unternehmens, wobei grundsätzlich eine betriebswirtschaftliche Betrachtungsweise massgebend ist. Aus steuerlicher Sicht liegt ein Betrieb oder Teilbetrieb dann vor, wenn kumulativ folgende Erfordernisse erfüllt sind: a) die Unternehmung erbringt Leistungen auf dem Markt oder an verbundene Unternehmen, b) die Unternehmung verfügt über Personal und c) der Personalaufwand steht in einem sachgerechten Verhältnis zum Ertrag.

⁷⁶ Vgl. KS ESTV Nr. 5, Umstrukturierungen vom 1.6.2004, Ziff. 4.3.2.8.

⁷⁷ Siehe dazu ausführlich STEFAN OESTERHELT, Handänderungssteuern und Grundbuchgebühren bei Umstrukturierungen, in: StR 61/2006, 770 ff.

⁷⁸ Die Leitlinien für eine zulässige Gebührenerhebung können etwa BGE 126 I 180 (= ASA 70 S. 242 ff) entnommen werden.

⁷⁹ VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 103 N 5.

⁸⁰ Sie beruhen jedoch meistens auf unterschiedlichen, teils degressiven Promilleansätzen des Vertragswertes, welcher in der Regel dem Übernahmepreis der Liegenschaften entspricht, ggf. ergänzt bzw. begrenzt durch Maximalbeträge.

⁸¹ RAMPINI (FN 18), 169. Siehe zur Frage der Beurkundungszuständigkeit vorne Abschnitt 2.2.2.

⁸² Siehe vorne Abschnitt 2.2.2.

⁸³ RAMPINI (FN 18), 164.

2.8. Exkurs II: BewG und BGGB

Vor der Eintragung einer Vermögensübertragung im Handelsregister muss der Handelsregisterführer prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Vermögensübertragung erfüllt sind.⁸⁴ Bei der Übertragung von Grundstücken oder dinglichen Rechten daran ist dabei insbesondere die Prüfung der Einhaltung der Vorschriften des BewG und des BGGB von Interesse.

Sind bei einer Vermögensübertragung Grundstücke betroffen, ist es möglich, dass die übernehmende Gesellschaft von Personen im Ausland beherrscht ist und damit als Person im Ausland gemäss Art. 5 BewG qualifiziert.⁸⁵ In einem solchen Fall wäre die Übertragung der Grundstücke bewilligungspflichtig, sofern es sich dabei nicht um Betriebsstättengrundstücke i.S.v. Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG handelt.⁸⁶

Weil gemäss Art. 73 FusG eine Vermögensübertragung mit der Eintragung im Handelsregister rechtswirksam wird und damit auch im Inventar aufgeführte Grundstücke ausserbuchlich auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen, spielt der Handelsregisterführer bei der Prüfung der Bewilligungspflicht nach BewG eine zentrale Rolle.

Bei der Prüfung der Einhaltung der Vorschriften des BewG geht es um die Prüfung einer materiell-rechtlichen Eintragungsvoraussetzung, womit die Kognition des Handelsregisterführers grundsätzlich beschränkt wäre. Die Spezialvorschrift in Art. 18 BewG statuiert hingegen eine von den üblichen Prüfungspflichten abweichende, besondere Prüfungspflicht des Handelsregisterführers.⁸⁷ Gestützt darauf kommt dem Handelsregisterführer im Zusammenhang mit dem BewG eine über seine eigentlichen Aufgaben hinausgehende, dem Zweck des Handelsregisters grundsätzlich fremde, polizeiliche Prüfungsfunktion zu.⁸⁸ 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.⁸⁹

Etwas anders präsentiert sich die Rechtslage im Bereich des BGGB: Da Art. 62 lit. g BGGB lediglich den Übergang von Eigentum durch Fusion oder Spaltung – und zudem nur, sofern die Aktiven des übertragenden oder des übernehmenden Rechtsträgers nicht zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken bestehen – von der Bewilligungspflicht ausnimmt⁹⁰, liegt zwar eine grundsätzlich bewilligungspflichtige Transaktion vor, wenn ein dem BGGB unterworfenen Grundstück von einer Vermögensübertragung betroffen ist. Allerdings kennt das BGGB – anders als Art. 18 BewG – keine spezielle Regelung betreffend der Prüfungspflicht und -befugnis des Handelsregisterführers.

Da somit eine besondere Regelung der Prüfungspflicht fehlt, sind die allgemeinen Regeln betreffend die Kognition des Handelsregisterführers anwendbar. Danach hat das Handelsregisteramt lediglich die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen des BGGB zu prüfen, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter aufgestellt sind. Die Eintragung der Vermögensübertragung im Handelsregister darf dabei nur bei einem *offensichtlichen* und *unzweideutigen* Widerspruch mit solchen Bestimmungen abgelehnt werden.⁹¹

Um jedoch im Rahmen einer Transaktion – insbesondere wenn der Faktor Zeit eine wichtige Rolle spielt – negative Überraschungen im Hinblick auf eine Bewilligungspflicht nach BewG oder BGGB von vornherein auszuschliessen, ist es empfehlenswert, bereits vorgängig den Kontakt mit den zuständigen Registerbehörden zu suchen, deren Anforderungen abzuklären und gegebenenfalls eine Feststellung der Nichtbewilligungspflicht einzuholen.

3. Der Übergang von grundstücksbezogenen Rechten, Pflichten und Verträgen

Rechte an Grundstücken können auf zweifache Art von einer Vermögensübertragung betroffen sein. Einerseits stellt sich die Frage, was mit solchen Rechten passiert, wenn im

⁸⁴ Art. 940 Abs. 1 OR.

⁸⁵ Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 6 Abs. 1 BewG.

⁸⁶ FRIEDRICH (FN 19), 553; VIKTORIA LANTOS/ALEXANDER VOGEL/SILVIA MARGRAF, Rechtliche Hürden beim Immobilienbesitz für ausländische Investoren (Lex Friedrich), ZSP 2011, 7–18, 9 f.

⁸⁷ CHRISTOF BLÄSI, Der Handelsregisterführer und die Lex Friedrich, in: Jahrbuch des Handelsregisters 1994, Zürich 1995, 164.

⁸⁸ FRIEDRICH (FN 19), 553.

⁸⁹ BGE 109 Ib 101, 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 procé-

dure d'inscription (...)»; BLÄSI (FN 87), 162 mit Verweis auf BGE 114 Ib 261, E. 2; BGE 109 Ib 101, E. 3c; FRIEDRICH (FN 19), 554.

⁹⁰ MARC HÄUSLER, Verkannte Problematik des BGGB bei Konzernumstrukturierungen, in: Jusletter vom 8. Juni 2009, Rz. 9.

⁹¹ BGer 4A_24/2007 vom 22. Juni 2007, E. 2.2; BGE 121 III 371; BGE 117 II 188 m.w.H.; FRIEDRICH (FN 19), 554 f. Für die weiteren Probleme, die sich bei BGGB-Grundstücken in der Vermögensübertragung stellen, vgl. HÄUSLER (FN 90), Rz. 6 ff.; siehe auch ROLAND PFÄFFLI, Handelsregister und Grundbuch: Schnittstellen und Berührungspunkte, in: REPRAX 2011 35 ff.

Rahmen einer Vermögensübertragung das Grundstück, auf welches sich diese Rechte, Pflichten oder Verträge beziehen, übertragen wird, andererseits stellt sich die Frage, ob – und wenn ja mit welchen Folgen – Rechte, Pflichten und/oder grundstückbezogene Verträge mittels Vermögensübertragung übertragen werden können.

3.1. Beschränkte dingliche Rechte

Die Übertragung beschränkter dinglicher Rechte an Grundstücken im Rahmen einer Vermögensübertragung bietet grundsätzlich keine speziellen Probleme: Solche Rechte können mittels Vermögensübertragungsvertrag – ohne dass dieser den vorne dargestellten materiellen und formellen Besonderheiten⁹² oder denjenigen für die Begründung oder Abänderung der entsprechenden beschränkten dinglichen Rechte⁹³ Rechnung tragen muss – an einen Dritten übertragen werden, unabhängig davon, ob es sich um Nutzungsrechte – also Dienstbarkeiten – oder um Verwertungsrechte – also verbrieft oder unverbrieft Pfandrechte⁹⁴ – handelt. Handelt es sich um «traditionelle», als Wertpapiere ausgestaltete Schuldbriefe – gemäss der neuen, seit 1. Januar 2012 geltenden Terminologie sog. Papier-Schuldbriefe⁹⁵ –, ist zudem wohl Art. 71 Abs. 1 FusG zu beachten, welcher vorschreibt, dass u.a. Wertpapiere «einzeln aufzuführen sind».⁹⁶ Keine Pflicht für die Aufnahme ins Inventar besteht demgegenüber bei sogenannten Register-Schuldbriefen, welche seit der am 1. Januar 2012 in Kraft getretenen ZGB-Teilrevision errichtet werden können (Art. 843 ZGB), da diese mit der Eintragung im Grundbuch entstehen, ohne dass

ein Wertpapier ausgestellt werden muss.⁹⁷ Während die Übertragung von Register-Schuldbriefen gemäss Art. 861 Abs. 1 ZGB im Falle einer Singularsukzession durch Eintragung des neuen Gläubigers in das Grundbuch aufgrund einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers zu erfolgen hat, gilt im Falle einer Vermögensübertragung auch hier das Prinzip der Universalsukzession, d.h. der übernehmende Rechtsträger erwirbt seine Rechte – und damit auch seine Gläubigerstellung – an übergehenden Register-Schuldbriefen im Zeitpunkt der Eintragung der Vermögensübertragung im Handelsregister, hat beim Grundbuchamt jedoch mittels entsprechendem Rechtsgrundaussweis die Eintragung zu verlangen, da er erst nach dem Eintrag als Gläubiger im Grundbuch über den Schuldbrief verfügen kann⁹⁸. Die Regelung von Art. 104 Abs. 2 lit. c FusG gilt hier mithin analog.⁹⁹ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang zudem insbesondere, dass gemäss Art. 861 Abs. 2 ZGB Leistungen des Schuldners nur an die Person, die im Zeitpunkt der Zahlung als Gläubiger im Grundbuch eingetragen ist, befreiende Wirkung haben, so dass der übernehmende Rechtsträger je nach den Umständen ein zusätzliches Interesse an einer raschen Nachführung des Grundbuches hat, um allfällige Zahlungen des gutgläubigen Schuldners an den – immer noch im Grundbuch eingetragenen – übertragenden Rechtsträger zu verhindern.

Wird andererseits das Grundstück, mit dem diese Rechte als begünstigtes oder belastetes Grundstück verknüpft sind, übertragen, so gehen auch die beschränkten dinglichen Rechte und/oder Pflichten daran ohne Weiteres über.

3.2. Öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten

3.2.1. Konzessionen/Bewilligungen

Etwas anders gestaltet sich die Sachlage bei Konzessionen und Bewilligungen. Hier ist im Einzelnen zu prüfen, ob und wie weit öffentlichrechtliche Konzessionen und Bewilligungen, welche mit einem Grundstück verbunden sind, im Rahmen einer Vermögensübertragung automatisch übergehen¹⁰⁰ oder ob für die gewöhnliche Übertragung – d.h. ausserhalb einer Vermögensübertragung – gesetzlich vorgesehene Bewilligungen oder Zu-

⁹² Siehe vorne Abschnitt 2.

⁹³ Siehe Art. 732 ZGB. Verträge, die ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück zu einem bereits im Voraus bestimmten oder zumindest bestimmbar Kaufpreis (sog. limitierte Vorkaufsrechte) begründen, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 2 OR). Nur Vorkaufsverträge, die den Kaufpreis nicht zum Voraus bestimmen (sog. unlimitierte Vorkaufsrechte), sind in schriftlicher Form gültig (Art. 216 Abs. 3 OR). Ebenso muss die Abänderung oder der Ausschluss von gesetzlichen Vorkaufsrechten – auch im Fall eines unlimitierten Vorkaufsrechts – zur Gültigkeit öffentlich beurkundet werden (Art. 681b Abs. 1 ZGB).

⁹⁴ Vgl. PHILIPPE WEBER, Die Vermögensübertragung, in: Andreas Kellerhals/Jürg Luginbühl (Hrsg.), Fusionsgesetz, Zürich 2004, 148 f.

⁹⁵ Siehe Art. 843 ZGB.

⁹⁶ Eine Sammelbezeichnung – d.h. sämtliche auf dem Grundstück «xy» lastenden Schuldbriefe – sollte jedoch genügen, da damit eindeutig bestimmt ist, welche Schuldbriefe im Rahmen der Vermögensübertragung übergehen; siehe VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 71 N 10 sowie zur analogen Vorschrift bei der Spaltung Art. 37 N 16; ähnlich auch BSK-FusG WATTER/BÜCHI (FN 10), Art. 37 N 17.

⁹⁷ Art. 857 Abs. 1 ZGB, vgl. demgegenüber Art. 860 Abs. 1 ZGB.

⁹⁸ Art. 104 Abs. 2 GBV.

⁹⁹ Siehe hierzu vorne Abschnitt 2.6. Es gilt damit auch hier das «relative Eintragungsprinzip», siehe dazu HERMANN LAIM in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, ZGB II, 4. A., Basel 2011, Art. 656 N 36.

¹⁰⁰ BSK-FusG WATTER/BÜCHI (FN 10), Art. 52 N 16 a.E.

stimmungen eines öffentlichen Gemeinwesens eingeholt werden müssen, was insbesondere dann zu Komplikationen führt, wenn die gesetzlichen Übertragungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind oder die übernehmende Gesellschaft die Konzessionsvoraussetzungen nicht erfüllt bzw. erfüllen kann.

Bei Bewilligungen und Konzessionen, welche nicht an den Rechtsträger, sondern an eine Sache gebunden sind,¹⁰¹ ist anerkannt, dass diese im Rahmen einer Vermögensübertragung übertragbar sind, wobei sich deren Übertragbarkeit aus dem entsprechenden Erlass oder aber aus der Natur der jeweiligen Bewilligung oder Konzession ergeben kann. Als typische Beispiele sind hier Baubewilligungen, Betriebsbewilligungen für Anlagen und Rodungs- oder Abbaubewilligungen zu erwähnen.¹⁰² Aber auch öffentlichrechtliche Konzessionen, die mit einem auf die übernehmende Gesellschaft übertragenen Betrieb verbunden bzw. für die Weiterführung des Betriebs notwendig sind – etwa eine Bewilligung zur Entnahme von Wasser aus einem öffentlichen Gewässer –, gehen vermuthungsweise – sofern die Voraussetzungen für die Weiterführung (nicht aber unbedingt für eine Neuerteilung) der Konzession bei der übernehmenden Gesellschaft erfüllt sind – bei einer Vermögensübertragung auf die übernehmende Gesellschaft über, da ein Verbleib bei der übertragenden Gesellschaft – oder ein Dahinfallen – dem Zweck des Fusionsgesetzes, Umstrukturierungen zu erleichtern, klar entgegenläuft.¹⁰³ Umgekehrt ist wohl davon auszugehen, dass spezifisch einem bestimmten Rechtsträger – und nicht dem Betrieb – erteilte Bewilligungen von der übernehmenden Gesellschaft gegebenenfalls neu beantragt werden müssen.¹⁰⁴ Andererseits ist aus dem Grundsatz der vermögensrechtlichen Kontinuität zu schliessen, dass Konzessionen und Bewilligungen zunächst automatisch übergehen und nicht – bis die Bewilligung vorliegt – in einen Schwebezustand verfallen.¹⁰⁵ Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass allfällige für die Übertragung öffentlichrechtlicher Konzessionen und Bewilligungen vorgesehene verwaltungsrechtliche Zustimmungserfordernisse nicht auf *ehehafte* Rechte anwendbar sind. Ehehafte Rechte sind somit praktisch immer vom automatischen Rechtsübergang erfasst.¹⁰⁶

3.2.2. Andere öffentlichrechtliche Rechten und Pflichten

Wie dies bereits unter früherem Recht für die Fusion anerkannt war und auch für die Fusion – und damit die Universalsukzession – unter dem Fusionsgesetz gilt,¹⁰⁷ gehen die Materialien zum Fusionsgesetz davon aus, dass nur übertragbare Aktiven und Passiven bzw. Rechte Gegenstand einer Vermögensübertragung sein können.¹⁰⁸ Im Umkehrschluss bedeutet dies grundsätzlich, dass «nicht übertragbare» Rechte und Verpflichtungen, wie auch immer diese definiert sind, nicht Gegenstand einer Übertragung sein können und beim übertragenden Rechtsträger verbleiben, soweit dieser nicht untergeht.¹⁰⁹ Zudem ist zu berücksichtigen, dass für den Übergang von öffentlich- und strafrechtlichen Pflichten und Rechten keine einheitliche Rechtsgrundlage existiert, da das Fusionsgesetz nur den Übergang der privatrechtlichen Rechtspositionen regelt. Im öffentlich- und strafrechtlichen Bereich gehen daher Pflichten und Rechte grundsätzlich nur aufgrund einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung auf den übernehmenden Rechtsträger über.

Entsprechend geht die Rechtsprechung etwa im Abgaberecht hinsichtlich der Steuernachfolge davon aus, dass das Fusionsgesetz nur zivilrechtliche Wirkung entfaltet und es daher einer ausdrücklichen Anordnung der Steuerrechtsnachfolge in einer gesetzlichen Grundlage durch die übernehmende juristische Person in der öffentlichrechtlichen Steuergesetzgebung bedarf, welche der Gesetzgeber in Art. 54 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) auch explizit geschaffen hat.¹¹⁰ In den Fällen der mittels gesetzlicher Grundlage statuierten Steuernachfolge gilt zudem der Grundsatz der bemessungstechnischen Kontinuität, wonach die übernehmende juristische Person auch die Steuerfaktoren der übertragenden juristischen Person übernehmen und weiterführen muss.¹¹¹ Im Gegensatz zur Fusion, Umwandlung oder Aufspaltung bleibt die übertragende juristische Person jedoch bei der Vermögensübertragung (selbst im Falle einer anschliessenden Liquidation zumindest vorübergehend) weiterhin bestehen, weshalb bei der Vermögensübertragung keine Steuernachfolge stattfindet und weiter-

¹⁰¹ RUDOLF TSCHÄNI, Übernahme- und Zusammenschlussformen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Corporate and M&A, Zürich 1998, 1 ff., 14.

¹⁰² Siehe etwa Art. 44 GSchG (SR 814.20) Art. 5 WaG (SR 921.0) oder Art. 26 SebV (743.011).

¹⁰³ VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 3 N 9b.

¹⁰⁴ Vgl. VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER, et al. (FN 38), N. 1011; RUDOLF TSCHÄNI (FN 101), 14.

¹⁰⁵ VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 3 N 9d.

¹⁰⁶ VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 3 N 9e.

¹⁰⁷ RUDOLF TSCHÄNI, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rudolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 4. A., Basel 2012, Art. 748 N 18.

¹⁰⁸ FusG-Botschaft, BBl 2000, 4431.

¹⁰⁹ URS KÄGI/ROLF WATTER, Die Übertragung von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen, in: Peter Nobel et al. (Hrsg.), Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 231 ff., 240.

¹¹⁰ BGer 2C_351/2011 vom 4. Januar 2012 E. 2.2.1.

¹¹¹ BGer 2C_351/2011 vom 4. Januar 2012 E. 2.2.2.

hin die übertragende Gesellschaft bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Übertragung steuerpflichtig bleibt, sofern nicht eine explizit anderslautende gesetzliche Grundlage geschaffen würde.

Zur Frage der Rechtsnachfolge der Privatkglägerschaft im Strafverfahren hat das Bundesgericht entschieden, dass zwischen auf rechtsgeschäftlichem Erwerb beruhenden Zivilansprüchen und unmittelbar basierend auf privat- oder öffentlichrechtlichen Regressnormen übergegangenen Ansprüchen unterschieden werden müsse. Der rechtsgeschäftliche Anspruchserwerb durch eine Fusion (und damit sinngemäss auch durch eine Vermögensübertragung) schliesse die Rechtsnachfolge in die Stellung als Privatkgläger im Sinne von Art. 121 StPO aus.¹¹² Ebenso ist ein Übergang einer Unternehmenshaftung, d.h. von Geldstrafen im Sinne von Art. 102 StGB, auf die übernehmende Gesellschaft bei der Veräusserung eines Geschäftsbereichs nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen, d.h. nur dann, wenn die Unternehmung nach der Umstrukturierung in praktisch gleicher wirtschaftlicher Form weitergeführt wird, was bei einer Aufteilung eines früher einheitlichen Unternehmens regelmässig nicht der Fall ist.¹¹³ Sofern keine ausdrückliche öffentlichrechtliche Gesetzesgrundlage für einen Rechtsübergang besteht, ist u.E. daher im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon auszugehen, dass öffentlich-rechtliche Pflichten, die nicht direkt mit Rechten an den im Rahmen der Vermögensübertragung übertragenen Liegenschaften zusammenhängen¹¹⁴, mit der Vermögensübertragung nicht auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen.

3.2.3. Zustands- und Verhaltensstörereigenschaft

Im Zusammenhang mit altlastenrechtlichen Kostentragungspflichten – in Abgrenzung zur Massnahmenpflicht¹¹⁵ – im Umweltschutz- und Gewässerschutzrecht

hält die geltende Rechtsprechung fest, dass die Kostentragungspflicht des *Zustandsstörers* an die Rechtsbeziehung zur beherrschten Sache und nicht an eine Person anknüpft und deshalb mit Übertragung der Sache zwar nicht auf den Rechtsnachfolger übergeht, jedoch bei diesem originär neu entsteht, während die Kostentragungspflicht des *Verhaltensstörers* eine an die Person anknüpfende Schuld – also eine persönliche Schuld¹¹⁶ – darstellt, da sie nicht notwendigerweise eine Rechtsbeziehung zum schadstoffbelasteten Grundstück voraussetzt, sondern am persönlichen Merkmal eines bestimmten Verhaltens anknüpft, d.h. sie ist verhaltens- bzw. betriebs- und nicht eigentümergebunden. Die Pflichten, die sich aus der Verhaltenshaftung ergeben, sind jedoch nicht in einem derartigen Ausmass personengebunden, dass ihre Übertragbarkeit in jedem Fall generell ausgeschlossen wäre, weshalb die Kostentragungspflicht des Verhaltensstörers nach Art. 32d USG zwar bei einer Singularsukzession gemäss herrschender Lehre nicht auf den Erwerber übergeht,¹¹⁷ jedoch bei einer Universalsukzession je nach den Umständen übergehen kann.¹¹⁸

dann mit Zustimmung des Inhabers Dritte verpflichten, wenn diese die Belastung des Standortes durch ihr Verhalten verursacht haben.

¹¹⁶ Die Verhaltensstörereigenschaft ist untrennbar mit der «verursachenden» Person verbunden. Ein Rechtsnachfolger hat – vorausgesetzt, der Sachverhalt der Belastung ist abgeschlossen – nichts zur Verursachung bzw. Belastung beigetragen. Er kann damit, unabhängig davon, wie er das belastete Grundstück erworben hat, nicht für das Verhalten seines Vorgängers verantwortlich gemacht werden. Ebenso ist er nur dann als sog. «Zustandsverursacher» anzusehen, wenn ihm die Unterlassung einer notwendigen Massnahme zugerechnet werden kann, d.h. wenn der Rechtsnachfolger «mit Vorkehrungen in seinem Herrschaftsbereich den Eintritt des Massnahmetatbestands ... hätte vermeiden können». Ist dies nicht der Fall, fehlt es an der Zurechenbarkeit und die Verantwortung im Sinne des Verursacherprinzips entfällt, siehe CORINA CALUORI, Der Verursacherbegriff im Altlastenrecht – eine kritische Analyse, URP 6/2011, 541 ff., 562 f.

¹¹⁷ So ausdrücklich BGE 139 II 106 E. 5.3.1: «Dagegen verbleibt die Kostenpflicht des Verhaltensverursachers im Fall der Singularsukzession als persönliche Schuld bei diesem und geht nicht auf den Rechtsnachfolger über.» Ebenso führte das Bundesgericht in seinem Entscheid BGE 1A 273/2005 vom 25. September 2006 E. 5.2 aus, die Eigenschaft als Verhaltensverursacher als solche könne nicht durch Erbfolge auf einen Erben übertragen werden, sondern nur eine allfällige Schuld des Erblassers: «Or, si la qualité de perturbateur par situation peut se transmettre par succession – dans le cas où l'héritier devient lui-même propriétaire du site –, la qualité de perturbateur par comportement ne peut être, en tant que telle, transmise par succession, puisqu'elle dépend d'un comportement ou d'une abstention causale; par conséquent, si l'héritier n'exploite pas personnellement l'entreprise à l'origine de la contamination, il ne peut être considéré lui-même comme perturbateur par comportement.»

¹¹⁸ BGE 139 II 106 E. 5.3.2 m.w.H.; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 3 N 9f; Verwaltungsgericht Bern, BVR 2010 411 ff. E. 3.4.2.

¹¹² Siehe BGE 1B_57/2014 vom 20. Oktober 2014 E. 4.9.5.

¹¹³ Siehe MARIO POSTIZZI, Fusionsgesetz und Unternehmensstrafrecht, in: AJP/PJA 2007, 175 ff., 177 f. und 184 sowie NIKLAUS SCHMID, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, in: recht 2003, 209.

¹¹⁴ Als automatisch übergehend anzusehen sind etwa laufende oder zukünftige Konzessionsgebühren für eine übergehende Konzession oder Bewilligung oder Anschlussgebühren.

¹¹⁵ Gemäss Art. 20 AltIV sind die Untersuchungs-, Überwachungs- und Sanierungsmassnahmen vom Inhaber eines belasteten Standortes durchzuführen. Zur Durchführung der Voruntersuchung, der Überwachungsmassnahmen oder der Detailuntersuchung kann die Behörde Dritte verpflichten, wenn Grund zur Annahme besteht, dass diese die Belastung des Standortes durch ihr Verhalten verursacht haben. Zur Ausarbeitung eines Sanierungsprojektes und zur Durchführung der Sanierungsmassnahmen kann die Behörde so-

Für die Vermögensübertragung nach FusG ist die Situation jedoch komplexer, da eben gerade nur – anders als unter Art. 181 aOR¹¹⁹ und anders als bei der Fusion – eine sachlich beschränkte Universalsukzession stattfindet.¹²⁰ Bei einer Vermögensübertragung geht daher mit dem Übergang eines Grundstücks nicht automatisch auch die Verhaltensstörereigenschaft auf den übernehmenden Rechtsträger über.¹²¹ Andererseits verbleibt die Verhaltensstörerhaftung auch nicht zwangsweise beim übertragenden Rechtsträger, wenn das entsprechende Grund-

stück *nicht* übergeht.¹²² Entscheidend für den Übergang der Verhaltensstörerhaftung ist vielmehr, zu welchem Betrieb oder Betriebsteil diese zuzurechnen war und ob mit der Vermögensübertragung dieser Betrieb oder Betriebsteil – und namentlich die grundsätzliche Möglichkeit, durch eigenes Verhalten, d.h. aktive Belastungstätigkeit oder Unterlassung einer notwendigen Massnahme zur Verhinderung der andauernden (Mehr)belastung – übertragen wurde oder nicht, wobei auch hier zu verlangen ist, dass der verursachende Betrieb oder Betriebsteil vom übernehmenden Rechtsträger in praktisch gleicher wirtschaftlicher Form weitergeführt wird,¹²³ was bereits bei einer Aufteilung eines früher einheitlichen Unternehmens sehr oft nicht der Fall ist und erst recht bei der örtlichen, wirtschaftlichen und/oder organisatorischen Vollintegration eines übernommenen Betriebsteils in ein bestehendes anderes Unternehmen regelmässig zu verneinen ist.¹²⁴ Bei der Beurteilung, ob ein übertragener Betrieb oder Betriebsteil als Rechtsnachfolger einzustufen ist, sind zudem – wie bei der Bemessung des Kostenanteils im Allgemeinen – «neben dem Mass der Verantwortung

¹¹⁹ Insofern sind auch Entscheide, welche die Frage der Rechtsnachfolge im Zusammenhang mit Umstrukturierungen, welche vor Inkrafttreten des FusG erfolgten, nur mit Vorsicht als Präjudiz heranzuziehen, da sich die Rechtswirkungen und der Umfang des Übergangs von Passiven bei der Vermögensübertragung gemäss FusG nur sehr beschränkt mit der umfassenden Übertragung von Passiven unter Art. 181 aOR vergleichen lassen. Dies gilt auch hinsichtlich der Ausführungen in BGE 139 II 106 – betreffend einer Aktiengesellschaft, die mit Sacheinlagevertrag alle Aktiven und Passiven einer nachfolgend liquidierten Kollektivgesellschaft übernommen hatte – sowie der weiteren hier zitierten Entscheide, welche allesamt Umstrukturierungen vor Inkrafttreten des FusG zu beurteilen hatten.

¹²⁰ Die notwendige Differenzierung zwischen Art. 181 aOR und Art. 69 ff. FusG wird namentlich von HANS U. LINIGER/CURDIN CONRAD, Altlastenrechtliche Störerhaftung und Rechtsnachfolge bei Unternehmenstransaktionen: quid iuris?, in: Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010, 229 ff., 242 f. übersehen, welche ohne weitere Auseinandersetzung mit der Konzeption der Vermögensübertragung unter dem FusG und ihren Unterschieden zu Art. 181 aOR ausführen: «Geht man davon aus, dass die Kostentragungspflicht des Verhaltensstörers infolge Geschäftsübernahme gemäss Art. 181 OR auch ohne gesetzliche Grundlage (im Zeitpunkt des Übergangs) auf den Rechtsnachfolger übergeht, so muss Entsprechendes auch für die Vermögensübertragung i.S.v. Art. 69 ff. FusG gelten.»

¹²¹ Ist dieser als Eigentümer der belasteten Liegenschaft bloss als Zustandsstörer anzusehen, so hat er als Inhaber eines belasteten Standorts gemäss Art. 20 Abs. 1 AltIV sehr oft eine Pflicht zur Durchführung von Untersuchungs-, Überwachungs- und Sanierungsmassnahmen (Realleistungen), da bei mehreren Störern die Massnahmenpflicht denjenigen Störer trifft, der die rechtliche oder tatsächliche Gewalt über die schädigende Liegenschaft innehat und damit aufgrund seiner persönlichen und sachlichen Nähe zum Gefahrenherd am ehesten in der Lage ist, den polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen, vgl. BGE 107 Ia 19 E.2b. Ob ein Dritter die Ursache für die Störung gesetzt hat, spielt für die Zuordnung der Massnahmen- bzw. Realleistungspflicht keine Rolle (vgl. BGE 114 Ib 44 E.2c/aa), wohl aber für die (finale) Kostentragungspflicht, die auf das Verursacherprinzip abstellt, aber erst nachträglich als Korrektiv wirkt. Haftet die übernehmende Gesellschaft ausschliesslich als Standortinhaberin, ohne dass ihr der Verursachungsanteil der übertragenden Gesellschaft zuzurechnen ist und ohne dass sie durch den verursachenden Betrieb oder die Sanierung selbst einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat oder in Zukunft wahrscheinlich erlangen wird, muss gemäss BGE 139 II 106 E. 5.5.3 die Kostenbeteiligung weniger als 10 % betragen.

¹²² In diesem Zusammenhang ist auf die Revision des USG hinsichtlich der Übertragung sowie der Untersuchungs- und Sanierungskosten belasteter Standorte hinzuweisen, welche per 1. Juli 2014 in Kraft getreten ist. Gemäss dem revidierten Art. 32d^{bis} USG kann die zuständige Behörde vom Verursacher verlangen, die Deckung seines voraussichtlichen Anteils an den Kosten für Untersuchung, Überwachung und Sanierung in geeigneter Form sicherzustellen, wenn von einem belasteten Standort schädliche oder lästige Einwirkungen zu erwarten sind. Abs. 2 regelt die Höhe der Sicherstellung sowie die Anpassung der Sicherstellung. Weiter bedarf gemäss Art. 32d^{bis} Abs. 3 USG die Veräusserung oder die Teilung eines Grundstücks, auf dem sich ein im Kataster eingetragener Standort befindet, neu einer Bewilligung der zuständigen Behörde, welche erteilt wird, wenn (a) vom Standort keine schädlichen oder lästigen Einwirkungen zu erwarten sind, (b) die Kostendeckung für die zu erwartenden Massnahmen sichergestellt ist oder (c) ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Veräusserung oder an der Teilung besteht. Zudem kann gemäss Art. 32d^{bis} Abs. 4 USG die zuständige Behörde im Grundbuch auf dem betroffenen Grundstück die Eintragung im Kataster anmerken lassen.

¹²³ Siehe Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion Bern, RA Nr. 140/2008/29 vom 14. März 2011, worin ausgeführt wird, die Verhaltensstörereigenschaft und -haftung bleibe am Betriebsteil, der die Belastung «verursacht» habe, haften; ähnlich auch ein Entscheid des Bundesamts für Zivilluftfahrt vom 25. März 2014, S. 15.

¹²⁴ Ob die Kostentragungspflicht insbesondere mittels Vermögensübertragungsvertrag, d.h. im Rahmen einer partiellen Universalsukzession, auf die übernehmende juristische Person übergehen kann, wurde in einem Entscheid des bernischen Verwaltungsgerichtes offen gelassen, da in diesem Entscheid ausschliesslich die Haftung der übertragenden juristischen Person zu beurteilen war, die selbst im Falle der – umstrittenen – Übertragung der Haftung auf die übernehmende Gesellschaft gemäss Art. 75 FusG ebenfalls solidarisch mitgehaftet hätte; siehe Urteil des bernischen Verwaltungsgerichtes vom 20. Mai 2010, in BVR 2010, 411.

auch Billigkeitsgesichtspunkte, wie die wirtschaftliche Interessenlage und die wirtschaftliche Zumutbarkeit» zu berücksichtigen, d.h. es ist in der Regel zu prüfen, ob der übernehmende Rechtsträger «die Belastung kannte oder kennen musste, einen wirtschaftlichen Vorteil aus der Belastung gezogen hat und ob ihm aus der Sanierung ein Vorteil erwächst.»¹²⁵ Namentlich im Falle eines Wechsels des wirtschaftlichen Eigentümers des Betriebs ist zu berücksichtigen, dass der neue Eigentümer des Betriebs – sofern er nicht in Analogie zu Art. 32b^{bis} USG in Kenntnis der Belastung explizit einen verminderten Kaufpreis zu entrichten hatte¹²⁶ – anders als der Eigentümer zum Zeitpunkt der belastenden Tätigkeit *keinen* wirtschaftlichen Vorteil aus der Belastung gezogen hatte und ihm aus der Sanierung – insbesondere wenn er nicht gleichzeitig Eigentümer des belasteten Grundstücks ist – auch kein Vorteil erwächst.¹²⁷

Ein Teil der Lehre – und explizit auch das Bundesgericht¹²⁸ – verlangen für einen Übergang der Verantwortlichkeit des Verhaltensstörers auf den Rechtsnachfolger bzw. die übernehmende Gesellschaft im Weiteren, dass die «Sanierungsschuld», d.h. die Pflicht zur Übernahme der Sanierungskosten, im Zeitpunkt der Umstrukturierung bereits bestand, was bedingt, dass einerseits im Zeitpunkt der Umstrukturierung bzw. der Vermögensübertragung bereits eine gesetzliche Grundlage für die Überbindung

der Sanierungskosten bestand und andererseits in diesem Zeitpunkt bereits entsprechende – überbindungsfähige – Untersuchungs- und/oder Massnahmenkosten entstanden waren. Existierte keine Pflicht zur Kostenübernahme oder fielen noch keine Kosten an, so bestand auch keine entsprechende Verpflichtung zur Kostentragung, weshalb sie auch nicht auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen kann.¹²⁹

3.3. Verträge

3.3.1. Miet- und Pachtverträge

Eine spezifische gesetzliche Normierung des (vermietseitigen) automatischen Vertragsübergangs findet sich im Miet- und Pachtrecht: Gemäss Art. 261 OR geht ein laufender Mietvertrag beim Verkauf des Mietobjektes mit dem Eigentum an der Sache auf den neuen Erwerber über, wobei dem neuen Erwerber unter Umständen ein ausserordentliches Kündigungsrecht zusteht. Dies gilt aufgrund des Verweises in Art. 290 OR sinngemäss auch für Pachtverhältnisse. Für die landwirtschaftliche Pacht ist zudem Art. 14 LPG einschlägig, welcher ebenfalls den Grundsatz «Kauf bricht Pacht nicht» festhält.¹³⁰

In der Lehre wurde nach Inkrafttreten des Fusionsgesetzes teilweise kontrovers diskutiert, ob der – zumindest historisch – für den Fall einer Singularsukzession konzipierte Art. 261 OR und das dort vorgesehene – im Anschluss an den automatischen Vertragsübergang entstehende – ausserordentliche Kündigungsrecht auch bei einer Eigentumsübertragung mittels Vermögensübertragung zur Anwendung kommt. Während eine Minderheit die Anwendbarkeit des in Art. 261 OR vorgesehenen ausserordentlichen Kündigungsrechts auch im Falle einer Vermögensübertragung bejahte – unabhängig davon, ob die entsprechenden Mietverträge im Inventar aufgenommen bzw. durch einen generellen Verweis referenziert wurden oder nicht –,¹³¹ verneinte eine weitere (vermittelnde) Minderheitsmeinung ein Kündigungsrecht des übernehmenden Rechtsträgers, wenn die Mietverträge explizit ins Inventar des Vermögensübertragungsvertrages aufgenommen wurden, weil damit der übernehmende Rechtsträger seine Zustimmung zur Übernahme der entsprechenden Mietverträge manifestiert habe.¹³² Nach der herrschenden Meinung sind die Übertragungstatbe-

¹²⁵ BGE 139 II 106 E. 5.5.2 m.w.H.

¹²⁶ Gemäss Art. 32b^{bis} USG kann der Inhaber eines Grundstücks in der Regel zwei Drittel der Mehrkosten für die Untersuchung und Entsorgung von belastetem Material aus einem belasteten, aber nicht sanierungspflichtigen Standort – sog. Bauherrenaltlasten – von den Verursachern der Belastung und den früheren Inhabern des Standorts verlangen, wenn unter anderem die Verursacher keine Entschädigung für die Belastung geleistet oder die früheren Inhaber beim Verkauf des Grundstücks keinen Preisnachlass wegen der Belastung gewährt haben.

¹²⁷ Hier ist dem Unternehmenserwerber zumindest eine analoge Möglichkeit eines Entlastungsbeweises zuzugestehen, wie sie dem sog. «ahnungslosen Zustandsstörer» als Eigentümer der Liegenschaft gemäss Art. 32d Abs. 2 USG eingeräumt wird, namentlich dann, wenn der Erwerber keine oder nur beschränkte Gewährleistungs- und/oder Schadloshaltungsansprüche gegenüber dem Veräusserer des Betriebs geltend machen kann.

¹²⁸ So führte das Bundesgericht in seinem Urteil BGer 1A.273/2005 vom 25. September 2006 E. 5.2 und 5.3 aus, die Verhaltensverursachereigenschaft als solche könne nicht durch Erbfolge auf einen Erben übertragen werden, sondern nur eine allfällige Schuld des Erblassers. Dies bedingt gemäss Bundesgericht aber, dass eine solche Schuld im Zeitpunkt des Übergangs bereits bestanden haben muss: «En l'occurrence, à la date de l'ouverture de la succession, qui ne ressort d'ailleurs pas du dossier, la dette d'assainissement n'existait pas. Il n'est pas non plus établi qu'il existait à cette époque une norme contraignante pouvant fonder une obligation d'assainir. En outre, les héritiers ont été privés de toute possibilité de requérir le bénéfice d'inventaire ou de répudier la succession.»

¹²⁹ Siehe ISABELLE ROMY, Site pollués, sociétés et responsabilités, in: Journées suisses du droit de la construction, 2009, 187 ff., 190 ff.

¹³⁰ VOGEL/GÜNTER (FN 36), 137.

¹³¹ ZK-FusG BERETTA (FN 6), vor Art. 69–77, N 50.

¹³² BSK-FusG WATTER/BÜCHI (FN 10), Art. 52 N 3; im Ergebnis auch RAMPINI (FN 18), 167.

stände des Fusionsgesetzes jedoch nicht von Art. 261 OR erfasst,¹³³ da sich die Zulässigkeit und die Wirkung der Vertragsübertragung bei den Umstrukturierungen gemäss Fusionsgesetz – und somit auch bei der Vermögensübertragung – einzig nach Fusionsgesetz richten.¹³⁴ Das Mietverhältnis geht damit in diesen Fällen von Gesetzes wegen, infolge (partieller) Universalsukzession auf den übernehmenden Rechtsträger über, ohne dass diesem ein Kündigungsrecht zusteht.¹³⁵

Unseres Erachtens erfolgt aus der partiellen Universalsukzession zwangsweise, dass die Mietverträge auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen. Vor diesem Hintergrund sowie angesichts des Schutzzwecks des Mietrechts, ist daher ein Kündigungsrecht nach einer Vermögensübertragung mit der herrschenden Meinung abzulehnen. Eine Kündigung seitens des neuen Eigentümers kann damit lediglich aus wichtigem Grund, d.h. gestützt auf Art. 266g OR, ergehen. Der Ausschluss eines Kündigungsrechts gemäss Art. 261 Abs. 2 OR im Rahmen einer Vermögensübertragung ist auch vor dem Hintergrund konsequent, dass im Zusammenhang mit *Vorkaufsrechten* ebenfalls geltend gemacht wird, es handle sich bei einer Vermögensübertragung nicht um einen «Erwerb», sondern um einen Umstrukturierungstatbestand.¹³⁶

Der Mieter von Geschäftsräumen kann zudem – auch ausserhalb einer Umstrukturierung nach Fusionsgesetz – das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters auf einen Dritten übertragen, wobei der Vermieter zwar die Zustimmung erteilen muss, diese aber aus wichtigem Grund verweigern kann. Stimmt der Vermieter

der Übertragung des Mietverhältnisses zu, tritt der Dritte anstelle des Mieters in dieses ein (Art. 263 OR). Auch hier stellt sich die Frage, ob, wenn ein Mieter sein Mietverhältnis mittels Vermögensübertragung an einen Dritten übertragen will, eine schriftliche Zustimmung des Vermieters notwendig ist bzw., ob das schriftliche Zustimmungserfordernis von Art. 263 OR einen automatischen Vertragsübergang zu verhindern vermag.

Eine strukturell gleichgelagerte Problematik stellte sich vor dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes in Bezug auf Art. 333 OR. Auch diesbezüglich war unklar, ob Art. 333 OR für den Fall einer Universalsukzession zur Anwendung kommt.¹³⁷ Die herrschende Lehre lehnte dies jedoch ab.¹³⁸ Auch die Tatsache, dass ein Verweis auf die Anwendbarkeit von Art. 333 OR explizit in das Fusionsgesetz aufgenommen worden ist, untermauert, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass diese Bestimmung im Rahmen einer Universalsukzession grundsätzlich nicht anwendbar gewesen wäre. Denn wäre sie es gewesen, hätte ein auf Effizienz und Schlankeit bedachter Gesetzgeber nicht einen entsprechend unnötigen Verweis in das Gesetz aufgenommen. Diese Überlegungen sprechen dafür, dass Art. 263 OR im Rahmen einer Universalsukzession – mangels eines entsprechenden Verweises im Fusionsgesetz – nicht anwendbar ist.¹³⁹

Mit dem Argument, dass Art. 263 OR auf Singularsukzessionstatbestände zugeschnitten ist und die darin verlangte Zustimmung den Grundsätzen einer (partiellen) Universalsukzession widersprechen würde, wird die Anwendbarkeit von Art. 263 OR auf den Übergang eines Mietverhältnisses im Rahmen einer Vermögensübertragung beinahe einhellig abgelehnt.¹⁴⁰ Dieser Schluss drängt sich umso mehr auf, wenn man bedenkt, dass mit

¹³³ RUDOLF TSCHANI/MARCEL MEINHARDT/ROBERTA PAPA, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel/Genf/München 2005, Art. 22 N 12; THOMAS GELZER, in: Frank Vischer/Roland M. Müller (Hrsg.) Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2012, Art. 22 N 11; GLANZMANN (FN 6), 724; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 73 N 27; AMSTUTZ/MABILLARD (FN 26), FusG 22 N 6; LORENZO OLGATI, in: Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2012 (zit. CHK-OLGIATI), FusG 22 N 6; ROGER WEBER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011 (zit. BSK-OR I WEBER), Art. 261 N 2; RICHARD PERMANN, Mietrecht Kommentar, Mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, 2. A., Zürich 2007, Art. 261 N 2; SVIT, Das Schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. A., Zürich 2008 (zit. SVIT-Komm), Art. 261 N 3; PETER HIGI, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Band V/2b/1 Art. 253–265 OR (zit. ZK-OR HIGI), Art. 261–261a, N 8.

¹³⁴ PETER HEINRICH, in: Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2012 (zit. CHK-HEINRICH), OR 261 N 3; GLANZMANN (FN 6) N 724 m.w.H.

¹³⁵ SVIT-Komm (FN 133), Art. 261 N 3.

¹³⁶ Siehe dazu hinten Ziff. 4.

¹³⁷ Botschaft (FN 6), 4364.

¹³⁸ ADRIAN STAEHELIN, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, 4. A., Zürich 2006, Art. 333 N 4; JÜRGEN BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. A., Basel 2014, Art. 333 N 1.

¹³⁹ VOGEL/GÜNTER (FN 36), 157.

¹⁴⁰ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER, et al. (FN 38), N 1011; GLANZMANN (FN 6), N 724 m.w.H., CHK-HEINRICH (FN 134), OR, Art. 263 N 2; ZK-FUSG BERETTA (FN 6), vor Art. 69–77 N 50; SVIT-Komm (FN 133), Art. 263 N 3 m.w.H.; unschlüssig BSK-OR I WEBER (FN 133), Art. 263 N 2a f., der im Rahmen einer Spaltung oder Vermögensübertragung, nicht jedoch im Rahmen einer Fusion oder Umwandlung Art. 263 OR für anwendbar hält. Seine Meinung basiert jedoch auf der unzutreffenden Annahme, dass Verträge bei der (Ab)Spaltung oder Vermögensübertragung grundsätzlich nicht automatisch übergehen, da keine eigentliche Universalsukzession vorliege. Das Bundesgericht hat jedoch klargestellt, dass die partielle Universalsukzession, die bei einer Vermögensübertragung oder Abspaltung stattfindet, in ihren Wirkungen einer vollkommenen Universalsukzession gleichgestellt ist (BGer 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006, E. 1.1.2), vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.3.

der Bestimmung von Art. 333 OR der Arbeitnehmer als strukturell schwächere und damit sozial schützenswerte Vertragspartei geschützt wird, wogegen Art. 263 OR einen Schutz des Vermieters als strukturell stärkere Vertragspartei bezweckt. Wenn schon die Bestimmungen des OR-Vertragsrechts, welche dem Ziel des Sozialschutzes dienen, nicht den Bestimmungen des Fusionsgesetzes vorgehen, so hat dies erst recht für diejenigen Bestimmungen zu gelten, welche diesen Sozialschutz nicht bezwecken, sondern gerade die strukturell stärkere Vertragspartei schützen. Im Übrigen sieht das Fusionsgesetz diverse Gläubigerschutzbestimmungen vor (Artikel 25 ff., 45 ff. 68, 75, 85, 96, 101 FusG), welche der Vermieter bei einer Vertragsübertragung beanspruchen kann.¹⁴¹ Dem Vermieter verbleibt daher in einem solchen Fall nur die Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund gemäss Art. 266g OR.¹⁴²

3.3.2. Versicherungsverträge

Neben dem automatischen Übergang von Miet- und Pachtverträgen ist zudem auch ein automatischer Übergang von Versicherungsverträgen gesetzlich vorgesehen. Wechselt der Gegenstand des Vertrages den Eigentümer, gehen gemäss Art. 54 VVG die Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrag automatisch – d.h. ohne Willenserklärung einer der beteiligten Parteien – auf den neuen Eigentümer über.¹⁴³

Der neue Eigentümer kann jedoch den Übergang des Vertrages durch eine schriftliche Erklärung bis spätestens dreissig Tage nach der Handänderung ablehnen (Art. 54 Abs. 2 VVG) und das Versicherungsunternehmen kann den Vertrag innert vierzehn Tagen nach Kenntnis des neuen Eigentümers kündigen. Diese Bestimmung findet auch bei der Übertragung von Immobilien im Rahmen einer Vermögensübertragung Anwendung,¹⁴⁴ insbesondere aufgrund der Tatsache, dass Art. 54 VVG einerseits nicht von «Erwerb» spricht, sondern generell von einem Eigentumsübergang, und andererseits nicht spezifisch auf Singularsukzessionen zugeschnitten ist.

3.3.3. Andere Verträge

Für die übrigen Verträge, deren Übergang im Zusammenhang mit Grundstückstransaktionen nicht spezifisch geregelt ist, gelten die allgemeinen Grundsätze zum Vertragsübergang mittels Vermögensübertragung. Im Zusammenhang mit Grundstücken ist dabei insbesondere an Verwaltungsverträge, Unterhalts- und Bewachungsverträge, Serviceverträge für feste Einrichtungen usw., aber auch an Ansprüche aus Werkverträgen zu denken.¹⁴⁵

In der Lehre werden (bzw. wurden) in Bezug auf den Übergang von Verträgen im Rahmen einer Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz hauptsächlich drei verschiedene Theorien vertreten. Die hauptsächlich vor und kurz nach dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes vertretene *Zustimmungstheorie* ging davon aus, dass für einen Vertragsübergang – abgesehen von den gesetzlich normierten Ausnahmen – in jedem Fall eine Zustimmung eingeholt werden muss. Die zwischenzeitlich klar herrschende *Universalsukzessionstheorie* geht demgegenüber davon aus, dass Vertragsverhältnisse durch die Vermögensübertragung automatisch auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen, vorbehaltlich einiger weniger Ausnahmen, hauptsächlich bei rechtsmissbräuchlichem Verhalten. Die etwas weniger weit gehende *Betriebsübergangstheorie* hielt einen automatischen Übergang von Verträgen nur dann für gerechtfertigt, wenn es sich beim übertragenen Vermögen um einen Betrieb oder Teilbetrieb handelt und die übergehenden Vertragsverhältnisse damit (funktional) zusammenhängen.¹⁴⁶

Die heute herrschende Lehre folgt der Universalsukzessionstheorie und geht demnach davon aus, dass auch Vertragsverhältnisse von einer partiellen Universalsukzession erfasst werden, ohne dass die Mitwirkung oder Zustimmung der betreffenden Gegenpartei notwendig ist,¹⁴⁷ da sich aus dem Prinzip der partiellen Universal-

¹⁴¹ VOGEL/GÜNTER (FN 36), 157

¹⁴² ZK-FusG BERETTA (FN 6), vor Art. 69–77 N 50 und 54; BSK-OR I WEBER (FN 133), Art. 263 N 2a; SVIT-Komm (FN 133), Art. 263 N 3.

¹⁴³ VOGEL/GÜNTER (FN 36), 137.

¹⁴⁴ ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER (FN 31), Rz. 877; RAMPINI (FN 18), 167; ZK-FusG BERETTA (FN 6), vor Art. 69–77 N 60; a.M.; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER et al. (FN 38), N. 1011.

¹⁴⁵ RAMPINI (FN 18), 168.

¹⁴⁶ BAUER (FN 10), Rz. 494; TSCHÄNI (FN 2), 94.

¹⁴⁷ ALEXANDER VOGEL/MICHAEL GÜNTER, Der Vertragsübergang bei Vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz, in: AJP/PJA 2012, 611; BAUER (FN 10), Rz. 499; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 52 N 9 ff. und Art. 73 N 26; GLANZMANN (FN 6), N 722; WOLFGANG WIEGAND, Die Überleitung von Rechtsverhältnissen, in: Rechtliche Probleme der Privatisierung, Bern 1998, 84 und 86; MARTIN WEBER, in: Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2012 (zit. CHK-WEBER), FusG, Art. 69 N 12; AMSTUTZ/MABILLARD, (FN 26), FusG Einleitung N 281; PETER (FN 7), 229 f.; BSK-FusG WATTER/BÜCHI (FN 10), Art. 52 N 12 und 15; SPORI/MOSER (FN 1), 346 f.; NICOLAS PASSADELIS, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Fusionsgesetz, Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, Stämpfli Handkommentar FusG, Bern 2003,

sukzession zwingend ergibt, dass ein automatischer Übergang von Verträgen auf den übernehmenden Rechtsträger stattfinden muss.¹⁴⁸ Das juristische Fundament des Vermögensübergangs ist im Falle der Fusion (Art. 22 Abs. 1 FusG), der Spaltung (Art. 52 FusG) und der Vermögensübertragung (Art. 73 Abs. 2 FusG) identisch. In allen drei Fällen erfolgt der Vermögensübergang von Gesetzes wegen mit dem Eintrag im Handelsregister. Das Gesetz verwendet bei allen drei Umstrukturierungsformen denselben Wortlaut, was eine gleiche Behandlung in Bezug auf die Qualität des Vermögensübergangs indiziert.¹⁴⁹ Der Wortlaut der fraglichen Bestimmungen lehnt sich an Art. 748 aOR an, der stets als Beispiel für einen automatischen Vertragsübergang aufgefasst wurde.¹⁵⁰ Die Partialität der Universalsukzession liegt sowohl bei der Spaltung wie bei der Vermögensübertragung – zumindest hinsichtlich der privatrechtlichen Aspekte¹⁵¹ – lediglich in ihrem *quantitativen* Umfang und nicht in ihren *qualitativen* Rechtswirkungen. Es würde dem Prinzip der partiellen Universalsukzession widersprechen, wenn sich Dritte gegen den Übergang eines Vertrages als solchen wehren könnten. Für eine derartige qualitativ limitierte Universalsukzession fehlt es nicht nur an überzeugenden Argumenten, sondern auch an einer gesetzlichen Grundlage.¹⁵²

Für die Universalsukzessionstheorie sprechen aber auch praktische und teleologische Überlegungen.¹⁵³ Mit dem Fusionsgesetz sollten Umstrukturierungen erleichtert werden. Der grosse Vorteil der Vermögensübertragung besteht dabei darin, dass die in Frage stehenden Vermögensgegenstände *uno actu* auf den Erwerber übergehen. Die für einzelne Aktiven geltenden Formvorschriften müssen

nicht eingehalten werden und die Parteien sind in der Definition des zu übertragenden Vermögens – vorbehaltlich des Rechtsmissbrauchsverbots – frei. So gesehen können die Parteien massgeschneidert die Vorteile wahrnehmen, die eine Universalsukzession mit sich bringt.¹⁵⁴ Durch das Zustimmungserfordernis zu einem Vertragsübergang würde das Institut der Vermögensübertragung gerade dieses zentralen Vorteils beraubt und die Zielsetzung des Fusionsgesetzes unterlaufen.¹⁵⁵ Umstrukturierungen würden dadurch erschwert oder gar verunmöglicht. Kommt noch hinzu, dass gemäss unstrittiger Auffassung mittels der Vermögensübertragung Forderungen und Schulden übertragen werden können. Bei synallagmatischen Vertragsverhältnissen handelt es sich gerade im Wesentlichen um eine Kombination von Forderungen und Schulden, welche ein gesamtheitliches Ganzes bilden. Da nun aber alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen und Schulden aus einem Vertragsverhältnis übertragen werden können, wirkt das (dogmatische) Festhalten an einem Zurückbleiben des zum Skelett reduzierten Vertragsverhältnisses geradezu anachronistisch und ist weder rechtspolitisch noch ökonomisch sinnvoll.¹⁵⁶

Die Anwendbarkeit der Universalsukzessionstheorie wird heute auch von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Praxis bestätigt. Das Bundesgericht beantwortete die Frage nach der Wirkung der partiellen Universalsukzession in seinem Entscheid BGer 4C 385/2005 vom 31. Januar 2005 und sprach sich dabei klar für die Anwendbarkeit der Universalsukzessionstheorie aus. Dabei hatte es die Auswirkungen einer Spaltung auf die vertraglichen Ansprüche und damit auf die Aktivlegitimation in einem laufenden Verfahren zu beurteilen. Es hielt fest: «Dabei ist mit der beinahe einhelligen Lehre «partiell» dahingehend zu verstehen, dass es sich qualitativ um eine vollwertige Universalsukzession handelt, die aber quantitativ auf die im Inventar genannten Vermögenswerte beschränkt ist. «Partiell» bezieht sich mithin nur auf den Umfang der Universalsukzession, nicht auf deren Rechtswirkungen.»¹⁵⁷ Das Bundesgericht hielt glei-

Art. 29 N 9; JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich 2010, § 21 N 76; ANDREAS GERSBACH, Die besonderen Transaktionsformen Spaltung und Vermögensübertragung, in: ZBGR 3/2004, 201.

¹⁴⁸ TSCHÄNI (FN 2), 96; MOSER (FN 7), 43.

¹⁴⁹ FRANK VISCHER, in: Frank Vischer/Roland M. Müller (Hrsg.) Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2012 (zit. ZK-FusG VISCHER), Einleitung N 5; PETER (FN 7), 228; FRANK VISCHER, Des principes de la loi sur la fusion et de quelques questions controversées, in: SZW 2004, 160; ANDREAS BOHRER, Übergang von Verträgen bei der Vermögensübertragung: Irrungen und Wirrungen mit Praxisrelevanz, in: Der Schweizer Treuhänder 2004, 936 f.; BSK-FusG WATTER/BÜCHI (FN 10), Art. 52 N 3; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER et al. (FN 38), N 976; AEBERSOLD (FN 2), Rz. 41; RALPH MALACRIDA, Spaltung von Gesellschaften, in: SZW 2004 Halbband I, 61.

¹⁵⁰ PETER BÖCKLI, Rechtsfragen zum Spaltungsverfahren des Fusionsgesetzes: Aufbauende Anregungen mit Auslegungsvorschlägen, in: Der Schweizer Treuhänder 2004, 904.

¹⁵¹ Zur Frage des Übergangs öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse vgl. hinten Abschnitt 3.4.

¹⁵² ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER (FN 31), Rz. 429.

¹⁵³ VOGEL/GÜNTER (FN 147), 602.

¹⁵⁴ RUDOLF TSCHÄNI, Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz und auf anderen Wegen, in: GesKR 2007, 171 f.

¹⁵⁵ BÖCKLI (FN 13), § 3 Rz. 372b; BAUER (FN 10), Rz. 552; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 73 N 26; MOSER (FN 7), 43 f.

¹⁵⁶ VOGEL/GÜNTER (FN 147), 603; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER et al. (FN 38), N 985; LARISSA MAROLDA MARTINEZ/HANS CASPAR VON DER CRONE, Vermögensübertragung Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.259/2002 vom 29. November 2002 (BGE 129 III 167) i.S. A. (Kläger und Berufungskläger) gegen Einzelfirma B. (Beklagte und Berufungsbeklagte), in: SZW 2004, 303; vgl. auch BSK-FusG WATTER/BÜCHI (FN 10), Art. 52 N 13.

¹⁵⁷ BGer-Urteil 4C 385/2005 vom 31. Januar 2006 E. 1.1.2.

chenorts zudem explizit fest, dass die im entsprechenden Verfahren von der Beklagten vorgebrachten, nicht weiter begründete Zitatstelle aus der Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, welche Grundlage für die im Verfahren seitens der Beklagten vertretenen Zustimmungstheorie bildete, mit überzeugenden Argumenten widerlegt sei.¹⁵⁸

Aufgrund dieser klaren Stellungnahme des Bundesgerichtes kann festgehalten werden, dass auch bei einer partiellen Universalsukzession, wie dies bei der vorliegenden zur Diskussion stehenden Vermögensübertragung der Fall ist, Verträge automatisch und ohne Zustimmung der jeweiligen Vertragspartner auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen.

Von einer Minderheit der Lehre wird sodann vertreten, Voraussetzung für einen automatischen Übergang sei, dass die entsprechenden Verträge im Inventar aufgelistet werden müssten, wobei auch hier der Detaillierungsgrad der verlangten Auflistung variiert.¹⁵⁹ Zu beachten ist jedoch, dass der Wortlaut von Art. 71 Abs. 1 FusG dieses Erfordernis der ausdrücklichen Aufnahme von übergehenden Verträgen im Inventar zwar explizit für Arbeitsverträge und «immaterielle Werte», nicht aber für die anderen «zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens» vorsieht, weshalb eine zwingende Pflicht zur Aufnahme ins Inventar nicht besteht und es zulässig ist, im Inventar in genereller Art auf bestimmte Kategorien von Verträgen oder auf zu bestimmten Betriebsteilen oder Vermögenskomplexen gehörende Verträge zu verweisen, denn auch hier muss es genügen, wenn die übergehenden Verträge bestimmbar sind.¹⁶⁰ Wo die

Zuteilung eines Vertrages zu einem bestimmten Betriebsteil oder Vermögenskomplex nicht eindeutig ist, was bei Grundstücken allerdings nur selten der Fall sein dürfte, ist aus praktischen Überlegungen zu empfehlen, die wichtigsten Verträge, deren Übertragung von den Parteien unbedingt gewünscht ist, dennoch ausdrücklich im Inventar aufzulisten.¹⁶¹

3.4. Weitere Rechtspositionen

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ausserdem aus dem «umfassenden Charakter der Universalsukzession» abzuleiten, dass auch nicht vermögens- oder vertragsbezogene Rechte, wie etwa die Rechte an den (Geschäfts-)Unterlagen der übernommenen Gesellschaft, auf die übernehmende Gesellschaft übergehen, da bei der Fusion «auch solche Rechte und Pflichten übergehen, welche sonst mit Bezug auf die Bindung an die natürliche Person als unübertragbar und unvererbbar gelten».¹⁶² Ebenso geht die Aktiv- oder Passivlegitimation in einem von der übertragenden Gesellschaft geführten Zivilprozess¹⁶³ oder die Beschwerdelegitimation der übertragenden Gesellschaft grundsätzlich auf die übernehmende Gesellschaft über.¹⁶⁴ Weiter ist davon auszugehen, dass die übernehmende Gesellschaft auch rechtlich relevante faktische Ansprüche oder Anwartschaften übernimmt, wie etwa begonnene Verjährungs- oder Ersitzungsfristen oder Prioritätsansprüche hinsichtlich Immaterialgüterrechte und allenfalls Firmenrecht.¹⁶⁵

3.5. Im Inventar nicht zugeordnete Aktiven und Passiven

Gemäss Art. 72 FusG verbleiben Gegenstände des Aktivvermögens sowie Forderungen und immaterielle Rechte,

¹⁵⁸ BGer-Urteil 4C 385/2005 vom 31. Januar 2006 E. 1.1.2.

¹⁵⁹ PETER (FN 7), 229; LOSER-KROGH (FN 11), 1095 ff. und 1102; zumindest *empfohlen* wird eine Aufnahme in das Inventar bei MAROLDA MARTINEZ/VON DER CRONE (FN 156), 303; a.M. und somit gegen eine Inventarisierungspflicht AMSTUTZ/MABILLARD (FN 26), FusG Einleitung N 281; ULYSSES VON SALIS-LÜTOLF, Fusionsgesetz, Zürich 02/2004, www.fusionsgesetz.ch, Rz. 412 und MARKUS VISCHER, Auswirkungen des Fusionsgesetzes auf Share und Asset Deals – zugleich ein Beitrag zur Vermögensübertragung, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VII, Zürich 2005, 227 f.; ähnlich auch CHK-WEBER (FN 147), FusG, Art. 69 N 12 und CHK-NEUHAUS (FN 60), FusG, Art. 71 N 4, welche ebenfalls eine generelle Auflistungspflicht aller Verträge im Inventar ablehnen und nur eine Auflistung derjenigen Verträge verlangen, «die sich nicht klar einem übertragenden Betrieb oder Betriebsteil, einer Kunden- oder Lieferantengruppe oder einer Geschäftstätigkeit zuordnen lassen» und BÖCKLI (FN 150), 904, welcher eine Auflistung im Inventar ebenfalls nicht als zwingend notwendig erachtet, wenn die zu übertragenden Verträge im Inventar bestimmt oder bestimmbar einem Vermögensteil zugeordnet sind.

¹⁶⁰ VOGEL/GÜNTER (FN 147), 602; AMSTUTZ/MABILLARD (FN 26), FusG Einleitung N 281, weisen entsprechend darauf hin, dass in aller Regel – mit Ausnahme der Gegenpartei – kein besonderes In-

teresse Dritter besteht, vom Vertragsübergang durch Einsicht in die Handelsregisterunterlagen Kenntnis nehmen zu können und umgekehrt die Gegenpartei ohnehin vom Vertragsübergang im Nachhinein – wie auch hier geschehen – erfährt. Eine Mitteilung des erfolgten Vertragsübergangs ist nach Vollzug der Umstrukturierung in jedem Fall zu empfehlen, da die Gegenpartei ansonsten in analoger Anwendung von Art. 167 OR weiterhin mit befreiender Wirkung an die übertragende Gesellschaft leisten kann, vgl. VOGEL/GÜNTER (FN 36), 162.

¹⁶¹ VOGEL/GÜNTER (FN 36), 162.

¹⁶² BGer 1P-128/2003 vom 15. Juli 2003 hinsichtlich des Aktienbuchs einer übertragenden Gesellschaft.

¹⁶³ Siehe die Nachweise bei BSK-TSCHÄNI/MEINHARDT/PAPA (FN 133), FusG 22 N 16.

¹⁶⁴ Vgl. BGer 4C 385/2005 vom 31. Januar 2006 E. 1.1; BGer 1P 128/2003 vom 15. Juli 2003 E.1.1 hinsichtlich Eintritt der übernehmenden Gesellschaft in ein laufendes Beschwerdeverfahren.

¹⁶⁵ VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 22 N 6 ff.

die sich aufgrund des Inventars nicht zuordnen lassen, beim übertragenden Rechtsträger. Weder das FusG noch dessen Materialien enthalten jedoch eine Bestimmung für den Umgang mit im Inventar nicht zugeordneten Passiven bzw. Verbindlichkeiten. Mit der überwiegenden Lehre ist hier jedoch Art. 72 FusG analog anzuwenden, womit nicht zugeordnete Passiven beim übertragenden Rechtsträger verbleiben.¹⁶⁶

Umgekehrt wird jedoch vertreten, dass in Fällen mit pauschalen Beschreibungen von Aktivposten im Inventar – wie beispielsweise die Übertragung eines bestimmten «Betriebsteils» oder eines spezifischen «Immobilienportfolios» oder selbst einer grösseren Liegenschaft – im Zweifelsfall, d.h. bei fehlender Regelung im Vermögensübertragungsvertrag und/oder in der Übertragungsbilanz – aus Rechtssicherheits- und Praktikabilitätsgründen davon auszugehen sei, sachlich eng mit diesen Aktivposten zusammenhängende Passiven bzw. Verbindlichkeiten, ebenfalls auf den übertragenden Rechtsträger mitübergehen¹⁶⁷. Im Falle der Verwendung einer Übertragungsbilanz ist jedoch davon auszugehen, dass nur die in der Bilanz aufgeführten bzw. zusammengefassten Positionen automatisch auf die übernehmende Gesellschaft übertragen werden, während für sämtliche anderen Aktiven und Passiven Art. 72 FusG gilt.¹⁶⁸ Dies gebietet u.a. das Gebot des Publikumsschutzes wie auch des Gläubigerschutzes zugunsten der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft, welche sich auf den im Handelsregister ausgewiesenen Aktivenüberschuss verlassen dürfen sollen. Dies muss umso mehr gelten, wenn der Vermögensübertragungsvertrag eine explizite Einschränkung in diesem Sinne enthält.

¹⁶⁶ Vgl. dazu VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 72 N 6; RUDOLF TSCHÄNI, Übernahme- und Zusammenschlussformen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Corporate and M&A, Zürich 1998, Art. 72 N 6 m.w.H.

¹⁶⁷ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER et al. (FN 38), N 846, VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11) Art. 72 N 6.

¹⁶⁸ Vorsichtige Parteien werden ohnehin eine Klausel in den Vermögensübertragungsvertrag aufnehmen, gemäss welcher sich einerseits die übertragende Gesellschaft verpflichtet, allfällige im Inventar nicht oder ungenügend bezeichnete Vermögenswerte, welche zu den Vertragsobjekten gehören, mittels Singularübertragung noch auf den übernehmenden Rechtsträger zu übertragen, und sich andererseits die übernehmende Gesellschaft verpflichtet, allfällige im Inventar nicht oder ungenügend bezeichnete Verpflichtungen, welche zu den Vertragsobjekten gehören, unter Entlastung der übertragenden Gesellschaft zu übernehmen. Je nach kommerziellem Arrangement zwischen den Parteien ist sodann vorzusehen, dass diese zusätzlichen Vermögenswerte bzw. Verpflichtungen zum Buchwert oder Verkehrswert per Inventarstichtag zu entschädigen sind, soweit sie nicht bereits im Buchwert einer anderen Position in der Übertragungsbilanz enthalten waren oder aber dass für die zusätzlichen Übertragungen keine Entschädigung geschuldet ist.

4. Die Vermögensübertragung als Vorkaufsfall?

Zusätzliche Fragen können sich bei Grundstücken in der Vermögensübertragung im Zusammenhang mit Vorkaufsrechten stellen. Zunächst fragt sich, ob eine Vermögensübertragung überhaupt einen Vorkaufsfall darstellt.

Ein Vorkaufsrecht räumt dem Vorkaufsrechtsberechtigten das Recht ein, im Fall einer Veräusserung des betreffenden Grundstücks (sog. Vorkaufsfall), anstelle des kaufwilligen Dritten in den Kaufvertrag einzutreten und das Grundstück zu kaufen. Es sind zwei Arten von Vorkaufsrechten zu unterscheiden: einerseits vertragliche Vorkaufsrechte (Art. 216 ff. OR), welche zwischen den Parteien vereinbart werden müssen, und andererseits gesetzliche Vorkaufsrechte (Art. 681 ff. ZGB), welche von Gesetzes wegen bestehen. So hat der Eigentümer eines baurechtsbelasteten Grundstückes (Baurechtsgeber) ein gesetzliches Vorkaufsrecht im Falle einer Veräusserung des selbständigen Baurechts durch den Eigentümer des Baurechtsgrundstückes (Baurechtsinhaber). Ebenso hat der Baurechtsinhaber ein gesetzliches Vorkaufsrecht im Falle der Veräusserung des baurechtsbelasteten Grundstückes durch den Baurechtsgeber (Art. 682 Abs. 2 ZGB). Gesetzliche Vorkaufsrechte gehen allfälligen vertraglichen Vorkaufsrechten vor. Ein Vorkaufsrecht im vorgehenden Rang geht allfälligen Rechten in einem späteren Rang vor (Art. 681 Abs. 2 ZGB).

Schliessen zwei Parteien einen Vorkaufsvertrag, so steht es ihnen aufgrund der Vertragsfreiheit frei, den Vorkaufsfall selber zu definieren.¹⁶⁹ Mit Ausnahme des gesetzlichen Vorkaufsrechts gemäss Art. 48 des Bundesgesetzes über das bürgerliche Bodenrecht (BGBB), können auch gesetzliche Vorkaufsrechte durch Vertrag abgeändert oder sogar ganz ausgeschlossen werden.¹⁷⁰ Entsprechend können die beteiligten Rechtsinhaber auch im Falle gesetzlicher Vorkaufsrechte den Vorkaufsfall vertraglich definieren.¹⁷¹ Weiten sie dabei die Vorkaufsfälle gegen-

¹⁶⁹ Bestätigt in BGE 78 II 357; vgl. auch MARKUS BINDER, in: Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2012 (zit. CHK-BINDER), OR, Art. 216c N 5.

¹⁷⁰ Art. 681b Abs. 1 ZGB; vgl. auch TARKAN GÖKSU, in: Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2012 (zit. CHK-GÖKSU), ZGB, Art. 681b N 1; PETER TUOR/BERHARD SCHNYDER / JÖRG SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl. Zürich 2002, 881.

¹⁷¹ Gesetzliche Vorkaufsrechte bestehen ohne Vertrag und Grundbucheintrag von Gesetzes wegen. Die Abänderung oder der Ausschluss von gesetzlichen Vorkaufsrechten muss jedoch – auch wenn es sich dabei wie beim Vorkaufsrecht des Baurechtsgebers um ein unlimi-

über der gesetzlich vorgesehenen Definition¹⁷² aus, ist eine Vormerkung des entsprechenden Vorkaufsrechts im Grundbuch jedoch aufgrund des *numerus clausus* der vormerkbaren persönlichen Rechte (Art. 959 Abs. 1 ZGB) unter Umständen nicht möglich.¹⁷³ Aufgrund der Vertragsfreiheit können die Parteien eines Vorkaufvertrages oder Inhaber eines gesetzlichen Vorkaufsrechts somit im Hinblick auf eine mögliche Vermögensübertragung Rechtssicherheit schaffen, indem sie die Vermögensübertragung explizit als Vorkaufsfall definieren oder sie explizit von dieser Definition ausnehmen.

In den meisten Fällen dürfte es jedoch an einer solchen expliziten Regelung fehlen. Entsprechend ist von der Legaldefinition des Vorkaufsfalles auszugehen. Gemäss Art. 216c OR liegt ein Vorkaufsfall vor, wenn das Grundstück verkauft wird, sowie bei jedem andern Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt. Nicht als Vorkaufsfall gelten gemäss der Legaldefinition namentlich die Zuweisung an einen Erben in der Erbteilung, die Zwangsversteigerung und der Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben.

Gemäss den in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien liegt ein Vorkaufsfall nur vor, falls der Abschluss des Veräusserungsgeschäfts freiwillig und in Singularsukzession erfolgt, darin eine von jedermann erbringbare Leistung in der Form eines Entgelts verabredet wurde und es dem Vorkaufsbelasteten wesentlich auf den Empfang dieser Leistung und nicht auf die Person des Erwerbers ankommt. Ausserdem muss der Vertrag mit dem Dritten gültig zustande gekommen sein.¹⁷⁴

Je nachdem, ob die finale oder die wirtschaftliche Betrachtungsweise vertreten wird, ist als zusätzliches Kriterium zu den bereits genannten die Übertragung des sachenrechtlichen Eigentums nötig.

4.1. Universalsukzession und partielle Universalsukzession

Unbestritten und allgemein anerkannt ist, dass bei Handänderungen infolge Universalsukzession und damit in Zusammenhang stehenden Eigentumsübergängen, wie z.B. bei der Zuweisung eines Grundstücks an einen Erben in der Erbteilung, bei Fällen der antizipierten Erbfolge (z.B. Verwandten- oder Kindskauf) oder bei Fusionen und Spaltungen von Gesellschaften, kein Vorkaufsfall ausgelöst wird.¹⁷⁵

Ob bei einer Vermögensübertragung ein Vorkaufsfall vorliegt, ist durch die Rechtsprechung u.W. bis heute nicht entschieden und in der Literatur umstritten. Die verschiedenen Literaturmeinungen lassen sich zu zwei Hauptstandpunkten zusammenfassen: einerseits die Auffassung, bei einer Vermögensübertragung werde (ausser in Ausnahmefällen) zufolge Universalsukzession generell kein Vorkaufsrecht ausgelöst (Universalsukzessionsansatz), und andererseits, bei einer Vermögensübertragung werde zumindest dann kein Vorkaufsfall ausgelöst, wenn Gegenstand der Vermögensübertragung ein Betrieb – gegebenenfalls auch ein als Betrieb qualifizierendes Immobilienportfolio – sei (Betriebsübergangsansatz).

4.2. Universalsukzessionsansatz

Wie bereits vorne dargestellt, unterscheidet sich die partielle Universalsukzession bei der Vermögensübertragung gemäss Ansicht des Bundesgerichts von der vollkommenen Universalsukzession bei der Fusion nur in der *Quantität* der übertragenen Vermögenswerte, nicht jedoch in der juristischen *Qualität* der Übertragung selber,¹⁷⁶ weshalb der partiellen Universalsukzession die gleichen Rechtswirkungen wie der vollkommenen Universalsukzession zukommen sollen.¹⁷⁷ Fälle der Umgehung von Vorkaufsrechten mittels isolierter Übertragung einzelner Grundstücke werden gemäss der Lehre durch das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 ZGB ausgeschlossen.¹⁷⁸

tiertes Vorkaufsrecht handelt – zur Gültigkeit öffentlich beurkundet werden (Art. 681b Abs. 1 ZGB).

¹⁷² Art. 681 Abs. 1 ZGB verweist für die Umschreibung des Vorkaufsfalles beim gesetzlichen Vorkaufsrecht auf die Voraussetzungen des Vorkaufsfalles beim vertraglichen Vorkaufsrecht, hält jedoch fest, dass zusätzlich auch Zwangsversteigerungen als Vorkaufsfall gelten; vgl. auch CHK- GÖKSU (FN 170), Art. 681 N 2.

¹⁷³ AGNES H. ATTESLANDER-DÜRRENMATT, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), OR Handkommentar, 2. A., Zürich 2009, Art. 216c N 5; vgl. OG LU, LGVE 1997 I 12, 13.

¹⁷⁴ CHK-BINDER (FN 169), Art. 216c N 2 ff. m.w.H.; BGE 115 II 175 E. 4a; BGE 126 III 93 E. 2a.

¹⁷⁵ URS FASEL, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011 (zit. BSK-OR I FASEL) Art. 216c N 8; CHK-BINDER, OR, Art. 216c N 5; GLANZMANN (FN 6), Rz. 719; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11) Art. 3 N 5.

¹⁷⁶ BGer 4C 385/2005 vom 31. Januar 2006 E. 1.1.2, bzgl. der partiellen Universalsukzession bei der Spaltung.

¹⁷⁷ BSK FusG-WATTER/BÜCHI (FN 10), Art. 52 N 3 ff.; ZK-FusG-BERETTA (FN 6), vor Art. 69–77 N 41; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER et al. (FN 38), Rz. 975 ff.; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 52 N 6 ff.; GLANZMANN (FN 6), Rz. 720; TSCHÄNI (FN 2), 96; MOSER (FN 7), 43; VOGEL/GÜNTER (FN 36), 611.

¹⁷⁸ GLANZMANN (FN 6), Rz. 720 m.w.H..

Daraus lässt sich unseres Erachtens folgern, dass eine Vermögensübertragung gleich wie eine Fusion – ausser in Ausnahmefällen wie Rechtsmissbrauch oder bei isolierter Übertragung eines einzelnen Grundstücks – keinen Vorkaufsfall auszulösen vermag.¹⁷⁹

Das Bundesgericht hält zudem in einem neueren Urteil fest, dass kein Vorkaufsfall vorliege, wenn ein Geschäft nicht auf die wirtschaftliche Umsetzung und Verflüssigung des im Grundstück verkörperten Werts abzielt, sondern nur eine Vermögensumstrukturierung – im zu beurteilenden Fall zwischen Gesellschaft und Alleinaktionär – darstelle.¹⁸⁰ Gemäss dem erwähnten Entscheid sei auch dann kein Vorkaufsfall gegeben, wenn das Geschäft nur unter der speziellen Berücksichtigung persönlicher Beziehungen abgeschlossen wird und mit einem Dritten nicht zum Tragen käme oder wenn die Gegenleistung für die Eigentumsübertragung einen Inhalt hat, der nur gerade vom Käufer gegenüber dem Verkäufer erbracht werden kann. Ebenso verweist die Literatur darauf, dass in jedem Fall bei Fusionen und Umstrukturierungen zwischen verbundenen Parteien kein Vorkaufsfall vorliege.¹⁸¹

4.3. Betriebsübergangsansatz

Ähnlich wie bei der Frage der zustimmungsfreien Übertragungsmöglichkeit für Verträge¹⁸² wird von einem Teil der Lehre hinsichtlich des Vorliegens eines Vorkaufsfalles argumentiert, bei einer Vermögensübertragung soll die Frage, ob ein Vorkaufsfall eingetreten ist oder nicht, davon abhängen, ob nur einzelne Grundstücke, eigentliche Immobilienportefeuilles oder ein umfassender Unternehmensbetrieb übertragen werden.¹⁸³ Ein Vorkaufsfall liegt gemäss dieser Differenzierung vor, sofern im Rahmen der Vermögensübertragung nicht zumindest ein (wohl grösseres) Immobilienpaket oder aber ein Unternehmensbetrieb übertragen wird.¹⁸⁴ Gemäss dieser restriktiveren – und u.E. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung widersprechenden – Betriebsübergangstheorie wäre damit bei der Übertragung einzelner Liegenschaften ohne gleichzeitiger Übertragung eines Betriebs das Vorliegen eines Vorkaufsfalles zu bejahen.

Dies ist u.E. vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur partiellen Universalsukzession¹⁸⁵ unzutreffend und inkonsistent. Gemäss dieser Rechtsprechung unterscheidet sich die partielle Universalsukzession von der «vollkommenen» Universalsukzession hinsichtlich des Übergangs der Eigentümerstellung wie eingehend dargestellt nur in der Quantität der übertragenen Vermögenswerte, nicht jedoch in der juristischen Qualität der Übertragung selber. Aufgrund dessen kommt der Übertragung eines Grundstückes im Rahmen einer Vermögensübertragung juristisch die gleiche Qualität zu wie bei der Übertragung im Rahmen einer Fusion. Da aber die Fusion – sofern von den Parteien nicht explizit anders vorgesehen – klarerweise keinen Vorkaufsfall darstellt, sollte dies bei einer Vermögensübertragung – von Fällen des offensichtlichen Rechtsmissbrauch (Art. 2 ZGB) abgesehen – ebenso gelten.¹⁸⁶

Dies gilt gemäss der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere in Fällen konzerninterner Umstrukturierungen, wo mit der Vermögensübertragung lediglich eine Vermögensumstrukturierung vorgenommen und keine Verflüssigung des Grundstückswertes angestrebt wird.¹⁸⁷

¹⁷⁹ Gl.M. zumindest in Bezug auf Spaltungen PETER R. ALTENBURGER/MASSIMO CALDERAN /WERNER LEDERER, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Bern 2004, Rz. 437.

¹⁸⁰ BGer 4A_22/2010 vom 15. April 2010, E. 3; bestätigt in BGer 5A_121/2013 vom 2. Juli 2013, E. 3.2; vgl. auch BSK OR I-FASEL (FN 175), Art. 216c N 9 & 10.

¹⁸¹ VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER (FN 11), Art. 3 N 5.

¹⁸² Zur Frage des Übergangs von Verträgen vgl. vorne Abschnitt 3.3.3.

¹⁸³ CHK-BINDER (FN 169), OR 216c N 5; RAMPINI (FN 18), 168.

¹⁸⁴ RAMPINI (FN 18), 168; CHK-BINDER (FN 169), OR 216c N 5.

¹⁸⁵ BGer 4C 385/2005 vom 31. Januar 2006 E. 1.1.2.

¹⁸⁶ Selbst wenn man der mehrheitlich *abgelehnten* Lehrmeinung folgen würde und für das Nichtvorliegen eines Vorkaufsfalles im Rahmen einer Vermögensübertragung die Übertragung eines Betriebs, d.h. die Übertragung eines «Vermögens» bzw. eines organisch zusammenhängenden Komplexes von Aktiven und Passiven voraussetzen wollte, wäre die Argumentation möglich, dass eine Immobilie mit Mehrfachnutzung oder eine Mehrzahl von Immobilien bereits für sich die Anforderung an ein «(Teil)Vermögen» erfüllt, da mit dem/n Grundstück(en) zusammen meist auch Zugehör, Miet-, Unterhalts-, Verwaltungs- und Versicherungsverträge, etc. übertragen werden; siehe RAMPINI (FN 18), 166 f. Zur Frage der Notwendigkeit der Übertragung eines Teilvermögens im Allgemeinen siehe auch etwa von DER CRONE/GERSBACH/KESSLER, et al. (FN 38), N 844; RETO T. SCHUMACHER, Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, Zürich 2005, 7; TSCHÄNI (FN 2), 88 f.

¹⁸⁷ Vgl. BGer 4A 22/2010 vom 15. April 2010 E. 3.