

Verträge: Automatischer Übergang im Fusionsgesetz

Alexander Vogel*/Michael Günter**

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Übertragung von Verträgen im Allgemeinen und besondere gesetzliche Regelungen
 - A. Grundsatz: Übertragung mittels eines tripartiten Vertrages
 - B. Ausnahme: Art. 181 f. aOR
 - C. Ausnahme: Übertragung von Arbeitsverträgen
 - D. Ausnahme: Übertragung von Miet- und Pachtverträgen
 - E. Ausnahme: Übertragung von Versicherungsverträgen
- III. Vertragsübergang bei der Fusion
- IV. Vertragsübergang bei der Spaltung
 - A. Vertragsübergang bei der Aufspaltung
 - B. Vertragsübergang bei der Abspaltung
 - 1. Behandlung der Problematik im Gesetzgebungsprozess
 - 2. Handelsregisterpraxis
 - 3. Rechtsprechung (BGer 4C 385/2005 vom 31. Januar 2005)
 - 4. Notifizierung des Vertragsübergangs an den Vertragspartner als Voraussetzung für den Vertragsübergang?
- V. Vertragsübergang bei der Umwandlung
- VI. Vertragsübergang bei der Vermögensübertragung
 - A. Vorbemerkung zur Relevanz der Vermögensübertragung
 - B. Drei verschiedene Lehrmeinungen
 - 1. Universalsukzessionstheorie und ihre Begründung
 - 2. Betriebsübergangstheorie und ihre Begründung
 - 3. Zustimmungstheorie und ihre Begründung
 - C. Bewertung
- VII. Hindernisse für den Vertragsübergang
 - A. Vertragliche und gesetzliche Übertragungsbeschränkungen
 - B. Change of Control Klauseln
 - C. Ad personam abgeschlossene Verträge
 - D. Andere Gründe für die Unzumutbarkeit des Vertragsübergangs

* Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Notar, Partner bei Meyerlustenberger Lachenal Rechtsanwälte.

** Dr. iur., Rechtsanwalt bei Meyerlustenberger Lachenal Rechtsanwälte.

- E. Rechtsmissbrauch
 - F. Zustimmung des Vermieters gemäss Art. 263 OR
 - G. Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers (Art. 333 OR)
 - VIII. Inventarisierungspflicht von Verträgen
 - IX. IPRG: Spezialfragen bei ausländischem Vertragsstatut
 - X. Praktische Aspekte
 - A. Aufnahme von Fall-back Klauseln in entsprechende Verträge
 - B. Einholung der vorgängigen Zustimmung zur Übertragung
 - C. Auflistung im Inventar
 - D. Recht der Gegenpartei auf Vertragsübergang?
 - XI. Fazit
- Bibliographie/Literatur

I. Einleitung

Bei den verschiedenen Umstrukturierungsformen des Fusionsgesetzes (Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung) wird stets vom Übergang von Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen (*ex lege*) und in einem (simultanen) Vorgang (*uno actu*) auf dem Weg der (partiellen) Universalsukzession gesprochen. Nach herkömmlichem Begriffsverständnis ist dafür nicht der Übergang einer Mehrzahl von Vermögenspositionen notwendig, auch die Übertragung einzelner Forderungen und Schulden fällt darunter.¹ Zentrales Element für den Erfolg einer Umstrukturierung ist jedoch nicht nur der Übergang von Aktiven und Passiven, sondern vielfach auch der Übergang von Verträgen. Die Praxis zeigt, dass bei Umstrukturierungen der Erwerber von Vermögenswerten oder eines Unternehmens(-teils) zwecks Weiterfunktionierens des übernommenen Geschäfts oft daran interessiert ist, bestehende Vertragsverhältnisse mit Dritten zu übernehmen.² Teilweise wird er den Übergang von für die Weiterführung des Unternehmens(teils) wesentlichen Verträgen sogar zur *conditio sine qua non* für den Erwerb machen.

Ein automatischer Vertragsübergang, soweit ein solcher im zu übertragenden Vertrag nicht implizit oder explizit vorgesehen ist³, widerspricht jedoch grundsätzlich dem der Privatautonomie inhärenten Prinzip der freien Wahl und der Beibehaltung des (formellen) Vertragspartners. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Vertragsübergang im Rahmen einer Fusion, Auf- oder Abspaltung oder einer Vermögensübertragung stattfindet. Bei der Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit eines automatischen

¹ WATTER/KÄGI, 235.

² BAUER, Rz. 17; ZK-FusG BERETTA, Vor Art. 69-77 N 38; BERETTA, Rz. 3.

³ Siehe den Sachverhalt von BGE 117 II 68, wo die Parteien in einem Getränkelieferungsvertrag eine Überbindungspflicht (mit Befreiung des bisherigen Vertragspartners für den Fall der korrekten Überbindung) vorsahen.

Vertragsübergangs geht es somit um das Austarieren der kollidierenden Prinzipien bzw. Interessen zwischen dem Zweck des Fusionsgesetzes – Umstrukturierungen zu erleichtern – einerseits und dem vertragsrechtlichen Prinzip der Parteiautonomie andererseits, welches grundsätzlich die Zustimmung aller Beteiligten zu einem Vertragsübergang verlangt.⁴

II. Übertragung von Verträgen im Allgemeinen und besondere gesetzliche Regelungen

A. Grundsatz: Übertragung mittels eines tripartiten Vertrages

Die Übertragung von Vertragsverhältnissen ist gesetzlich – mit wenigen Ausnahmen – nicht normiert. Nachdem alle Rechtssubjekte autonom sind, im Rahmen der Rechtsordnung beliebige Verträge abzuschliessen, muss ihnen die gleiche Freiheit auch in Bezug auf die Übertragung dieser Verträge auf andere Rechtssubjekte zustehen. Die prinzipielle Zulässigkeit von Vertragsübertragungen ist nach allgemeiner Lehrmeinung und Praxis denn auch gänzlich unbestritten.⁵

Bei der Übertragung eines Vertrages ist jedoch die Partnerwahlfreiheit des weiterhin an den Vertrag gebundenen Vertragspartners zu berücksichtigen. Da grundsätzlich niemandem gegen seinen Willen ein neuer Vertragspartner aufgezwungen werden kann, ist die Übertragung der „Passivseite“⁶ eines Vertrages – d.h. der vertraglichen Verpflichtungen – im Rahmen einer Singularsukzession gemäss herrschender Lehre und Praxis nur mit Zustimmung aller betroffenen Personen möglich. Diese schliessen dabei einen sog. tripartiten Vertrag *sui generis*.⁷

Ein Vertragsübergang ohne Zustimmung der Gegenpartei entspricht somit zwar nicht der gewöhnlichen juristischen Konzeption, dennoch hat der Gesetzgeber bereits lange vor dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes solche automatischen⁸ oder „halb-automatischen“⁹ Vertragsübergänge in bestimmten Situationen zugelassen bzw. vorgesehen.

4 Siehe etwa AMSTUTZ/MABILLARD, FusG, Einleitung N 270; vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 3 Rz. 372a.

5 SCHUMACHER, 147; WATTER/KÄGI, 232; WIEGAND, 79 m.w.H.

6 Die Übertragbarkeit der „Aktivseite“ eines Vertrages – d.h. der Ansprüche auf Leistung – auch durch Singularsukzession ist dagegen gesetzlich in Art. 164 ff. OR – explizit vorgesehen. Zur umstrittenen Frage der Abtretbarkeit von sog. Gestaltungsrechten, siehe FN 14.

7 BERETTA, 238.

8 Art. 181 und 748 aOR, Art. 261 und 290 OR, Art. 54 VVG.

9 Art. 333 OR.

B. Ausnahme: Art. 181 f. aOR

Vor dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes enthielt bereits der allgemeine Teil des OR mit Art. 181 f. aOR eine Bestimmung, welche de facto die Übertragung der Rechte und Verpflichtungen aus einem Vertrag auch ohne Zustimmung der Vertragspartei ermöglichte – wenn auch zumindest nach herrschender Lehre ohne Möglichkeit der Übertragung der Gestaltungsrechte. Insbesondere Bucher hielt in diesem Zusammenhang ausdrücklich fest, „dass der Gläubiger den Schuldnerwechsel nicht verhindern kann“, womit „dieser Schuldübergang kraft Gesetzes [...] im Ergebnis eine Annäherung an die Universalsukzession dar[stellt]“¹⁰.

Im Übrigen war auch unter der früher vorherrschenden Zerlegungstheorie, welche die Vertragsübernahme als eine Kombination von Zession und Schuldübernahme betrachtete, eine vollumgängliche Übertragung von Vertragsverhältnissen unter Art. 181 aOR als zulässig anzusehen.¹¹ Ausserdem ist gegen das strenge Dogma der Nicht-Abtretbarkeit von Gestaltungsrechten in jüngerer Zeit von verschiedener Seite Kritik erhoben worden, bis hin zu einer Abklassierung als „begriffsjuristisch“¹². In der Tat ist nicht ganz einleuchtend, dass bzw. weshalb bei einer Übertragung der Verpflichtungen aus einem unbefristeten Darlehensvertrag etwa im Rahmen von Art. 181 aOR und der gleichzeitigen Übertragung der vertraglichen Rechte durch Abtretung die Gestaltungsrechte aus dem Darlehensvertrag – namentlich das Recht zur Kündigung – beim übertragenden Unternehmen, welches überdies zwei Jahre nach der Übertragung aus der Haftung ausscheidet, verbleiben sollen. Der Darlehensvertrag könnte nach dieser strikt dogmatischen Sicht nur durch den gegebenenfalls seit längerem ausgeschiedenen Vertragspartner (oder die Gegenpartei) gekündigt werden, nicht aber durch den gegenwärtigen Darlehensschuldner: ein offensichtlich wenig überzeugendes Resultat.

C. Ausnahme: Übertragung von Arbeitsverträgen

Für Arbeitsverträge ist im OR ausdrücklich ein (halb)automatischer Vertragsübergang vorgesehen. Gemäss Art. 333 OR geht für den Fall, dass der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt, das Arbeitsverhältnis mit

¹⁰ BUCHER, S. 589 FN 62.

¹¹ Siehe etwa BECKER, Vorb. zu OR 164-174 N 51 oder OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, Vorb. zu OR 164-174 N 14.

¹² Siehe SCHWENZER, Rz. 90.20 f.

allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, selbst wenn der Arbeitnehmer den Übergang abgelehnt hat¹³.

D. Ausnahme: Übertragung von Miet- und Pachtverträgen

Ebenfalls eine gesetzliche Normierung des 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. 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.

Der Mieter von Geschäftsräumen kann zudem das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters auf einen Dritten übertragen, wobei der Vermieter die Zustimmung nur 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).

E. Ausnahme: Übertragung von Versicherungsverträgen

Neben dem (halb)automatischen Übergang von Arbeits-, Miet- und Pachtverträgen ist zudem 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.

III. Vertragsübergang bei der Fusion

Die Fusion bildet das Paradebeispiel einer Universalsukzession. Sowohl bei der Kombinations- als auch der Absorptionsfusion geht der übertragende Rechtsträger mit der Transaktion unter und es werden seine gesamten Rechts- und Vermögenspositionen – vereinfachend auch mit dem Ausdruck „Aktiven und Passiven“ umschrieben – an einen oder mehrere Dritte übertragen¹⁴. Aufgrund dieses Untergangs des übertragen-

¹³ Lehnt der Arbeitnehmer den Übergang des Arbeitsverhältnisses ab, so geht das Arbeitsverhältnis dennoch auf den Erwerber des Betriebes über und wird erst nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst (und nicht bereits auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs); der Erwerber des Betriebes und der Arbeitnehmer sind bis zu diesem Zeitpunkt zur Erfüllung des Arbeitsvertrages verpflichtet (Art. 333 Abs. 2 OR, BGer 4A 616/2011 E. 3.3; BSK-OR I PORTMANN Art. 333 N 25 ff.).

¹⁴ Der Grundsatz der Universalsukzession bzw. der automatische Übergang der Vermögensrechte von Gesetzes wegen ist durch wenige Ausnahmen eingeschränkt: So steht es bei einer Übertragung von

den Rechtsträgers ist es im Falle einer Fusion unabdingbar und entsprechend auch gänzlich unbestritten, dass die Vertragsverhältnisse, bei denen der übertragende Rechtsträger Partei ist, zusammen mit allen Aktiven und Passiven automatisch auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen. Die Situation ist aus Sicht der Gegenpartei somit mit dem Tod des Vertragspartners vergleichbar.¹⁵

Spezialfragen bezüglich des automatischen Vertragsüberganges bei einer Fusion stellen sich im Zusammenhang mit Abtretungs- bzw. Übertragungsverboten, gesetzlichen Übertragungsbeschränkungen¹⁶, Change of Control Klauseln, vertraglichen und ausserordentlichen Kündigungsrechten, der Pflicht zur Einholung der Zustimmung des Vermieters (Art. 263 OR) sowie der Möglichkeit der Arbeitnehmer, die Weiterführung – aber streng genommen nicht den Übergang – ihrer Arbeitsverhältnisse abzulehnen (Art. 333 OR).¹⁷ Auf diese Spezialfragen ist noch gesondert einzugehen (vgl. unten VII.).

IV. Vertragsübergang bei der Spaltung

A. Vertragsübergang bei der Aufspaltung

Was für die Fusion gilt, muss unbestrittenermassen auch bei der Aufspaltung gelten. In beiden Fällen geht der übertragende Rechtsträger unter und es werden seine ge-

nicht börsenkotierten vinkulierten Namenaktien der Drittgesellschaft trotz fusionsweisem Übergang gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gestützt auf OR 685b Abs. 4 frei, die Eintragung der übernehmenden Gesellschaft als Aktionärin abzulehnen, sofern die Aktien zum wirklichen Wert übernommen werden (BGE 109 II 130 ff.). Im Weiteren können einem automatischen Übergang gewisser Aktiven oder Rechtspositionen kraft Universalsukzession auch öffentlich-rechtliche Übertragungshindernisse entgegenstehen, bspw. bei Nichterfüllung der Bewilligungserfordernisse des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (vgl. dazu BGE 108 Ib 440 E. 3d). Im Einzelnen zu prüfen ist auch, ob und wie weit öffentlich-rechtliche Konzessionen und Bewilligungen der übertragenden Gesellschaft automatisch übergehen (s. dazu BSK-WATTER/BÜCHI FusG 52 N 16 aE) oder ob eine für die gewöhnliche Übertragung gesetzlich vorgesehene Bewilligung oder Zustimmung des öffentlichen Gemeinwesens eingeholt werden muss, was insbesondere dann zu Komplikationen führt, wenn die gesetzlichen Übertragungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind oder die übernehmende Gesellschaft die Konzessionsvoraussetzungen nicht erfüllt bzw. erfüllen kann. Gerade bei spezifisch einem Rechtsträger – und nicht dem Betrieb – erteilten Bewilligungen (bspw. gemäss Bankengesetz, KAG, etc.) ist wohl davon auszugehen, dass sie mit dem übertragenden Rechtsträger untergehen und von der übernehmenden Gesellschaft bei Bedarf entsprechend neu beantragt werden müssen (vgl. dazu ausführlich VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Art. 3 N 5 ff.). Kein Übertragungshindernis stellen gesetzliche Geheimhaltungspflichten – etwa gemäss Art. 47 BankG oder Art. 49 BEHG – dar.

¹⁵ BAUER, Rz. 478 f.; ZK-FusG VISCHER, Einleitung N 5; vgl. auch PASSADELIS, Stämpfli Handkommentar FusG, Art. 52 N 4.

¹⁶ Gesetzlich vorgesehene Bewilligungen zur Übertragung sind v.a. von Relevanz, wenn gesetzliche Übertragungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind oder die übernehmende Gesellschaft Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllt bzw. nicht erfüllen kann (vgl. VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Art. 3 N 9a).

¹⁷ Siehe die Hinweise vorne in FN 15.

samen Aktiven und Passiven inklusive der Verträge an einen oder mehrere Dritte übertragen.¹⁸ Bei der Aufspaltung unterliegt einzig die *Zuordnung*, welche Rechts- und Vermögenspositionen bzw. Aktiven und Passiven auf welche der übernehmenden Gesellschaften übergehen, wie bei der Abspaltung und der Vermögensübertragung (mit minimalen Einschränkungen), unter Vorbehalt der generell geltenden Rechtsprinzipien – wie namentlich Rechtsmissbrauchsverbot und Grundsatz von Treu und Glauben – dem freien Willen der übertragenden Gesellschaft.

B. Vertragsübergang bei der Abspaltung

Im Gegensatz zur Aufspaltung bleibt bei der Abspaltung der übertragende Rechtsträger nach der Transaktion bestehen. Die Parteien können damit nicht nur wie bei der Aufspaltung wählen, welche Vermögensgegenstände *wohin* übertragen werden, sondern auch, *ob* sie übertragen werden sollen. Es stellt sich damit die Frage, ob dieser Unterschied zwischen der Auf- und der Abspaltung und die damit verbundene Missbrauchsgefahr eine differenzierte Behandlung von Auf- und Abspaltung im Zusammenhang mit der Übertragung von Verträgen rechtfertigt, obwohl der Gesetzgeber den Spaltungstatbestand einheitlich regeln wollte. Damit ist die Wirkung der partiellen Universalsukzession angesprochen.

1. Behandlung der Problematik im Gesetzgebungsprozess

Im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses waren sich die Akteure der Problematik des Vertragsüberganges im Rahmen einer Abspaltung grundsätzlich bewusst.¹⁹ Die Botschaft zum Fusionsgesetz hält dabei ausdrücklich – aber erstaunlicherweise ohne Differenzierung zwischen Auf- und Abspaltung und ohne Hinweis auf die Auseinandersetzung mit der bereits unter altem Recht bestehende Regelung in Art. 181 f. aOR – fest, dass Verträge nicht ohne Weiteres übergehen würden. Für den Wechsel einer Vertragspartei sei grundsätzlich das Einverständnis aller Vertragsparteien erforderlich.²⁰ Die Vorberatende Kommission des Nationalrates bezeichnete die Problematik dagegen explizit als kontrovers und ungelöst.²¹ In der nationalrätlichen Beratung wurde sodann ein Antrag einer Kommissionsminderheit, Art. 71 Abs. 1 FusG dahin gehend zu ergänzen, dass im Vermögensübertragungsvertrag auch andere Verträge

18 BAUER, Rz. 478 f.; ZK-FusG VISCHER, Einleitung N 5; vgl. auch PASSADELIS, Stämpfli Handkommentar FusG, Art. 52 N 4.

19 FRICK, Stämpfli Handkommentar FusG, Art. 69 N 19 m.w.H.; vgl. insbesondere die Aufsätze von BEHNISCH/BÜCHI und BERETTA.

20 Botschaft zum Fusionsgesetz, BBl 2000 V 4445. Das Bundesgericht weist jedoch – u.E. zu Recht – explizit darauf hin, dass die entsprechenden Ausführungen in der Botschaft keine Begründung enthalten (BGer 4C 385/2005 vom 31. Januar 2006, E. I.1.2).

21 Amtl. Bulletin Nationalrat 2003, S. 243.

aufzuführen seien, die mit der Vermögensübertragung übergehen sollen, abgelehnt. Bei der Beratung dieser Ergänzung wurde in einem Votum darauf hingewiesen, dass die Prinzipien des Vertragsrechts und die Missbrauchsgefahr einen automatischen Übergang von Vertragsverhältnissen verbieten würden, weshalb Vertragsverhältnisse grundsätzlich ohne Zustimmung aller beteiligten Vertragsparteien nicht übertragen werden könnten und dass das Fusionsgesetz an der bestehenden materiellen Regelung betreffend den Übergang von Verträgen nichts ändern wolle. Eine Differenzierung zwischen Auf- und Abspaltung wurde auch im Nationalrat nicht erwähnt und damit der bereits logisch zwingende automatische Vertragsübergang im Rahmen einer Aufspaltung wohl übersehen. Ebenso wurde in der Diskussion nicht beachtet, dass bereits unter *bisherigem* Recht gemäss Art. 181 f. aOR faktisch die Übertragung der Rechte und Verpflichtungen aus einem Vertrag auch *ohne* Zustimmung der Vertragspartei möglich war – wenn auch zumindest nach herrschender Lehre ohne Möglichkeit der Übertragung der Gestaltungsrechte.²² Weil die bisherige Regelung gemäss dem im Rahmen des Fusionsgesetzes revidierten Art. 181 OR auf im Handelsregister eingetragene Rechtsträger keine Anwendung mehr findet, würde die Regelung des Fusionsgesetzes bei einer Nichtzulassung des automatischen Vertragsübergangs im Vergleich zum früheren Recht einen klaren *Rückschritt* darstellen, was offensichtlich kaum der Intention des Gesetzgebers entspricht.²³ Zudem hat der Gesetzgeber trotz – oder vielleicht gerade wegen – der im Rahmen der Debatte im Nationalrat geäusserten unterschiedlichen Ansichten – und die Qualifizierung der Thematik durch seine Vorberatende Kommission als “kontrovers und ungelöst” – darauf verzichtet, die Problematik im Gesetz explizit zu regeln²⁴, um damit die Beantwortung der Praxis zu überlassen. Im Ständerat wurde die Fragestellung des Vertragsübergangs im Rahmen einer Auf- oder Abspaltung nicht thematisiert. Insgesamt ist somit festzuhalten, dass das Parlament auf eine explizite Regelung des Vertragsübergangs verzichtete.

Des Weiteren ist auch zu berücksichtigen, dass die Umschreibung für die Legalsukzession in Art. 52 FusG – sowie in Art. 22 und Art. 73 Abs. 2 FusG – durch die Formel “Übernahme mit Aktiven und Passiven” aus Art. 748 aOR übernommen worden ist. Genau diese Formel wurde stets als typisches Beispiel eines automatischen Übergangs – auch von Verträgen – von Gesetzes wegen aufgefasst.²⁵

22 Siehe etwa BUCHER, der ausdrücklich festhält, “dass der Gläubiger den Schuldnerwechsel nicht verhindern kann”, womit “dieser Schuldübergang kraft Gesetzes [...] im Ergebnis eine Annäherung an die Universalsukzession dar[stellt]” (siehe 589 FN 62).

23 Amtl. Bulletin Nationalrat 2003, 243 ff.

24 Anders als bspw. hinsichtlich des Beurkundungserfordernisses für die Vermögensübertragung von Grundstücken, siehe Art. 104 FusG und die anderslautende frühere Fassung in der Botschaft.

25 BÖCKLI, Spaltungsverfahren, 904.

2. Handelsregisterpraxis

Gemäss Art. 148 HRegV hat das Handelsregisteramt bei Spaltungen und Vermögensübertragungen die Eintragung insbesondere dann abzulehnen, wenn die erfassten Gegenstände offensichtlich nicht frei übertragbar sind. Im Zusammenhang mit dieser Bestimmung gingen die Erläuterungen zum Entwurf für die Teilrevision der Handelsregisterverordnung (noch) davon aus, dass Verträge nur mit Zustimmung der Gegenpartei übertragen werden können.²⁶

Allerdings prüfen die Handelsregisterämter im Rahmen einer Spaltung oder Vermögensübertragung nicht, ob für die zu übertragenden Verträge spezifische Vereinbarungen zwischen den Vertragsgegenparteien – etwa ein Recht zur einseitigen Vertragsauflösung – welche einen Übergang faktisch verhindern könnten, bestehen oder, ob allenfalls eine explizite Zustimmungserklärung vorliegt. Entsprechende Abklärungen wären kaum möglich und sind auch nicht erforderlich. Gemäss Art. 148 HRegV wird die Eintragung vielmehr grundsätzlich nur dann abgelehnt, wenn die erfassten Gegenstände offensichtlich nicht frei übertragbar sind.²⁷ Offensichtliche Nichtübertragbarkeit ergibt sich jedoch nur in absoluten Ausnahmefällen, etwa wenn die Übertragung eines Rechts schlechthin ausgeschlossen ist (z.B. des Wohnrechts, vgl. Art. 776 Abs. 2 ZGB), bei der Übertragung eines Gegenstands, der nicht unter menschlicher Verfügungsmacht steht oder über den die beteiligten Rechtsträger allgemeinnotorisch unmöglich verfügen können. Abgesehen von diesen engen Ausnahmen darf bei im Inventar aufgeführten Verträgen die Eintragung nicht abgelehnt werden.²⁸

Trotz der Eintragung im Handelsregister und der damit verbundenen Rechtswirksamkeit der Spaltung oder Vermögensübertragung haben die Parteien jedoch (noch) keine Gewissheit darüber, ob ein Vertragsverhältnis tatsächlich auf den übernehmenden Rechtsträger übergegangen ist oder nicht.²⁹

²⁶ Erläuterungen zu Art. 108a Abs. 2 (entspricht heute Art. 148) des Entwurfs für die Teilrevision der Handelsregisterverordnung vom 19. Dezember 2003.

²⁷ CHAMPEAUX, 13; TSCHÄNI, 174; vgl. auch Handelsregisteramt Zürich, Fragen und Antworten zum neuen Fusionsgesetz, 12 (http://www.hra.zh.ch/internet/justiz_inneres/hra/de/eintragen/fusion/_jcr_content/contentPar/downloadlist/downloaditems/faq_zum_fusionsgesetz.spooler.download.1283498234701.pdf/faq-fusg.pdf, besucht am 16. Oktober 2012); vgl. zur Kognition des Handelsregisterführers auch GWELLESIANI, N 512 und CHK-OR VOGEL, Art. 940 N.

²⁸ Vgl. WATTER/KÄGI, 247; ebenso CHAMPEAUX, 13.

²⁹ TSCHÄNI, 174. Zur umstrittenen Frage der heilenden Wirkung der Handelsregistereintragung bei der Vermögensübertragung siehe etwa TURIN, 162 f., 173; LOSER-KROGH, 1102 f., CHAMPEAUX, 16 ff. oder VISCHER F., 110.

3. Rechtsprechung (BGer 4C 385/2005 vom 31. Januar 2005)

Das Bundesgericht beantwortete die Frage nach der Wirkung der partiellen Universalsukzession in BGer 4C 385/2005 vom 31. Januar 2005. Dabei hatte es die Auswirkungen einer Spaltung auf die Parteistellung 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.»³⁰

Aufgrund dieser klaren Stellungnahme des Bundesgerichtes kann festgehalten werden, dass auch bei einer partiellen Universalsukzession Verträge automatisch auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen.

4. Notifizierung des Vertragsübergangs an den Vertragspartner als Voraussetzung für den Vertragsübergang?

Eine Pflicht, den Vertragspartner über den erfolgten automatischen Vertragsübergang zu informieren, besteht nicht. Allerdings ist u.E. zu verlangen, dass in aller Regel der Vertragsübergang der Gegenpartei nach dem Übergang durch die übernehmende Gesellschaft zu notifizieren ist, ansonsten diese im Regelfall in analoger Anwendung von Art. 167 OR weiterhin mit befreiender Wirkung an die übertragende Gesellschaft leisten darf.³¹ Die Mitteilung sollte dabei in der Praxis so ausgestaltet werden, dass ohne expliziten Widerspruch der Gegenpartei im Falle eines späteren Streites über die Gültigkeit des Übergangs zusätzlich das Argument der konkludenten Genehmigung durch die Gegenpartei zur Verfügung steht.

V. Vertragsübergang bei der Umwandlung

Art. 53 FusG umschreibt die Umwandlung als Änderung der Rechtsform einer Gesellschaft, ohne dass sich deren Rechtsverhältnisse dadurch verändern³², d.h. nach dem Willen des Gesetzgebers soll die sich umwandelnde Gesellschaft trotz Änderung der Rechtsform ihre Identität und Rechtspersönlichkeit behalten (sog. Identitätsprinzip).³³

³⁰ BGer 4C 385/2005 vom 31. Januar 2006, E. I.1.2.

³¹ AMSTUTZ/MABILLARD, FusG, Einleitung N 281.

³² Botschaft, S. 4357; vgl. auch BGer 9C 647/2009 vom 15.4.2010 E. 4.2.

³³ Vgl. Art. 53 Satz 2 FusG; vgl. zu Begriff Identitätsprinzip BSK-ROMERIO FusG 53 N 1.

Das Fusionsgesetz geht damit für alle Umwandlungen einheitlich von einer sog. formwechselnden bzw. rechtsformändernden Umwandlung aus. Die in der Doktrin anzutreffende Unterscheidung zwischen rechtsformändernder und übertragender Umwandlung ist in der Praxis bedeutungslos. Nach diesem Verständnis ist eine Umwandlung als reine Änderung des Rechtskleids einer Gesellschaft zu verstehen.³⁴ Entsprechend soll die bisherige Gesellschaft materiell – d.h. deren Identität und Rechtspersönlichkeit – unverändert bestehen bleiben. Eine Auflösung der sich umwandelnden Gesellschaft mit gleichzeitiger Neugründung ist nicht erforderlich. Vielmehr soll jede Umwandlung durch eine bloße Änderung des Handelsregistereintrags sowie einer Statutenänderung und gegebenenfalls weiteren notwendigen, damit einhergehenden Anpassungen (z.B. Wahl eines Verwaltungsrates und ggf. einer Revisionsstelle bei der Umwandlung einer Kollektivgesellschaft in eine AG) vollzogen werden können. Gemäss diesem Verständnis bedarf eine Umwandlung nach dem Fusionsgesetz auch keiner Übertragung von Vermögenswerten, da das Rechtssubjekt bestehen bleibt, ohne dass ein Rechtsnachfolger der umgewandelten Gesellschaft entsteht.³⁵

VI. Vertragsübergang bei der Vermögensübertragung

A. Vorbemerkung zur Relevanz der Vermögensübertragung

Entgegen einzelner Meinungsäusserungen ist die Vermögensübertragung als Transaktionsform des Fusionsgesetzes durchaus von grosser Relevanz. Zwischen Januar 2007 und November 2010 wurden über 2'400 Vermögensübertragungen durchgeführt. Vermögensübertragungen machen somit 24.3% aller fusionsrechtlichen Transaktionen aus.³⁶ Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen auch einzelne Verträge auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen, ist somit insbesondere auch für diese Transaktionsform von grosser Relevanz. Dies insbesondere, weil sich eine Antwort darauf dem Gesetzestext nicht entnehmen lässt.³⁷ Die damit bestehende Unsicherheit hat in der Praxis – vor allem in der Vergangenheit – in einigen Fällen dazu geführt, dass auf eine Vermögensübertragung nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes verzichtet wurde.³⁸ Die wohl als klar herrschend zu bezeichnende Lehre

34 HK-RIMLE FusG 53 N 13; ZK-GUGGENBÜHL FusG 53 N 6; VON DER CRONE et al., N 697.

35 Kritisch HK-RIMLE Vorbem. zu FusG 53–68 N 13; BSK-ROMERIO FusG 53 N 14 ff. Entsprechend bleibt auch die Identifikationsnummer einer Gesellschaft (OR 936a) nach der Umwandlung unverändert.

36 GNOS/VISCHER, 402.

37 TSCHÄNI, 96.

38 TSCHÄNI, 174.

geht heute jedoch davon aus, dass mittels einer Vermögensübertragung auch Verträge automatisch übertragen werden können.³⁹

B. Drei verschiedene Lehrmeinungen

In der Lehre werden 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 geht davon aus, dass für einen Vertragsübergang – abgesehen von den gesetzlich normierten Ausnahmen⁴⁰ – in jedem Fall eine Zustimmung eingeholt werden muss. Die zwischenzeitlich wohl klar herrschende Universal-sukzessionstheorie geht demgegenüber davon aus, dass Vertragsverhältnisse durch die Vermögensübertragung automatisch auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen, vorbehaltlich einiger Ausnahmen, hauptsächlich bei rechtsmissbräuchlichem Verhalten. Die etwas weniger weitgehende Betriebsübergangstheorie hält 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.⁴¹

Daneben wird vereinzelt postuliert, dass ein automatischer Übergang von Verträgen erfolgt, sofern die übertragenen Verträge in einem Sachzusammenhang mit den übertragenen Aktiven und Passiven stehen – unabhängig davon, ob es sich insgesamt um einen Betrieb oder Teilbetrieb handelt. Erwähnt wird beispielsweise der automatische Übergang eines Wartungsvertrages, sofern der entsprechende Gegenstand übertragen wird.⁴² Des Weiteren wird ein automatischer Vertragsübergang bejaht, wenn die Parteien des Grundvertrags im letzteren eine Vereinbarung vorgesehen haben, dass eine Vertragspartei im Falle einer Umstrukturierung zur Vertragsübertragung an den neuen Betriebsträger berechtigt oder unter bestimmten Umständen sogar verpflichtet ist. Ist dies nicht der Fall, muss gemäss dieser Lehrmeinung geklärt werden, ob der Vertrag auf dem Weg der Lückenfüllung unter Bezugnahme auf den hypothetischen Parteiwillen ergänzt werden kann. Diesfalls ist gerade auch im Zusammenhang mit Ver-

39 BAUER, Rz. 499; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Art. 52 N 9 ff. u. Art. 73 N 26; WIEGAND, 84 u. 86; CHK-WEBER, FusG, Art. 69 N 12; AMSTUTZ/MABILLARD, FusG, Einleitung N 281; PETER, 229 f.; BSK-FusG WATTER/BÜCHI, Art. 52 N 12 u. 15; SPORI/MOSER, 346 f.; PASSADELIS, Stämpflis Handkommentar FusG, Art. 52 N 4; CHK-OLGIATI, FusG, Art. 29 N 9; MAROLDA MARTINEZ/VON DER CRONE, 303; LOSER-KROGH, 1102; ZK-FusG VISCHER, Einleitung N 5; SCHUMACHER, 150 f.; FRICK, Stämpflis Handkommentar FusG, Art. 69 N 20; ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER, Rz. 505 ff.; BERETTA, 238 f.; MALACRIDA, 60; BÖCKLI, Spaltungsverfahren, 904; GLANZMANN, N 822 f; VISCHER M., 224; GERSBACH, 224 f.; AEBERSOLD, RZ 41.

40 Vgl. Art. 261, 290 und 333 OR sowie Art. 54 VVG.

41 BAUER, Rz. 494; TSCHÄNI, 94.

42 Vgl. BSK-FusG MALACRIDA, Art. 73 N 20; BSK-FusG WATTER/BÜCHI, Art. 52 N 10, ähnlich wohl auch WEBER, 140.

mögensübertragungen ein Vertragsübergang anzunehmen, wenn der Vertrag bestimmte Sachen oder Rechte zum Gegenstand hat, die ebenfalls übertragen werden,⁴³ oder wenn die bisherige Partei nach erfolgter Vermögensübertragung subjektiv nicht mehr in der Lage ist, den Vertrag zu erfüllen, der übernehmende Rechtsträger hingegen schon.⁴⁴

1. Universalsukzessionstheorie und ihre Begründung

Die Vertreter der heute klar herrschenden Universalsukzessionstheorie gehen davon aus, dass auch Vertragsverhältnisse von einer partiellen Universalsukzession erfasst werden, ohne dass die Mitwirkung oder Zustimmung der betreffenden Gegenpartei notwendig ist.⁴⁵ Die Befürworter der Universalsukzessionstheorie machen geltend, aus dem Prinzip der partiellen Universalsukzession lasse sich schliessen, dass ein automatischer Übergang von Verträgen auf den übernehmenden Rechtsträger stattfinden muss.⁴⁶ 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.⁴⁷ Die Partialität der Universalsukzession liegt sowohl bei der Spaltung wie bei der Vermögensübertragung 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.⁴⁸ Für eine solche qualitativ limitierte Universalsukzession fehlt eine gesetzliche Grundlage.⁴⁹

43 Typische Fälle wären etwa Lizenzverträge oder Wartungsverträge für Mobilien oder Immobilien. Siehe bereits die inhaltlich gleiche gesetzliche Regelung in Art. 260 OR.

44 WATTER/KÄGI, 238 f.; vgl. auch BAUER, Rz. 509 ff. der diese zusätzlichen Meinungen als Ergänzungstheorie bezeichnet.

45 BAUER, Rz. 499; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Art. 52 N 9 ff. u. Art. 73 N 26; WIEGAND, 84 u. 86; CHK-WEBER, FusG, Art. 69 N 12; AMSTUTZ/MABILLARD, FusG, Einleitung N 281; PETER, 229 f.; BSK-FusG WATTER/BÜCHI, Art. 52 N 12 u. 15; SPORI/MOSER, 346 f.; PASSADELIS, Stämpfli Handkommentar FusG, Art. 52 N 4; CHK-OLGIATI, FusG, Art. 29 N 9; DRUEY/GLANZMANN § 21 N 76; GERSBACH, 201.

46 TSCHÄNI, 96; MOSER, 43.

47 ZK-FusG VISCHER, Einleitung N 5; PETER, 228; VISCHER F., 160; BOHRER, 936 f.; BSK-FusG WATTER/BÜCHI, Art. 52 N 3; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER, et al., Rz. 976; AEBERSOLD, Rz. 41; MALACRIDA, 61. Der Wortlaut der fraglichen Bestimmungen lehnt sich an Art. 748 aOR an, der stets als Beispiel für einen automatischen Vertragsübergang aufgefasst wurde (BÖCKLI, Spaltungsverfahren, 904).

48 BERETTA, Rz. 8.

49 Altenburger/Calderan/Lederer, Rz. 429.

Für die Universalsukzessionstheorie sprechen aber auch praktische und teleologische Überlegungen. 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.⁵⁰ Durch das Zustimmungserfordernis zu einem Vertragsübergang wird das Institut der Vermögensübertragung gerade dieses zentralen Vorteils beraubt und die Zielsetzung des Fusionsgesetzes unterlaufen.⁵¹ Umstrukturierungen würden dadurch erschwert oder gar verunmöglicht. Es kommt 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.⁵²

Zudem ist zu berücksichtigen, dass ein Vertragsübergang nicht nur regelmässig im Interesse des übernehmenden Rechtsträgers ist, weil nur damit die Weiterführung des Geschäfts sichergestellt werden kann,⁵³ sondern im Normalfall auch für die weiterhin an den Vertrag gebundene Gegenpartei, die, wie bereits dargestellt, bei einem Vertragsübergang dank der in Art. 75 FusG gesetzlich vorgesehenen Solidarhaftung (sowie der situativen Sicherstellungspflicht) wesentlich besser gestellt ist als bei einem Verbleib des Vertragsverhältnisses beim übertragenden Rechtsträger. Insbesondere für den Arbeitsvertrag, wo der Arbeitnehmer notorisch als besonders schützenswerte Partei eingestuft wird, statuiert der Gesetzgeber den automatischen Vertragsübergang ausdrücklich als Regel und suggeriert entsprechend, dass damit der Schutz des Vertragspartners am besten gewährleistet ist.⁵⁴

Weiter legt auch ein Blick über die Grenze den Schluss nahe, dass mit der Vermögensübertragung auch ein automatischer Vertragsübergang stattfindet. So aner-

⁵⁰ TSCHÄNI, 171 f.

⁵¹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 3 Rz. 372b; BAUER, Rz. 552; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Art. 73 N 26; FRICK, Stämpfli Handkommentar FusG, Art. 69 N 20; MAROLDA MARTINEZ/VON DER CRONE, 302 f.; MOSER, S. 43 f.; SPORI/MOSER, 346 f.; AEBERSOLD, Rz. 47; CHK-OLGIATI, FusG, Art. 29 N 10.

⁵² Wie hier Peter, 224 u. 227; von der Crone/Gersbach/Kessler, et al., Rz. 985; Marolda Martinez/von der Crone, 303; vgl. auch BSK-FusG Watter/Büchi, Art. 52 N 13.

⁵³ BERETTA, Rz. 3; PASSADELIS, Stämpfli Handkommentar FusG, Art. 52 N 4.

⁵⁴ Ebenso Marolda Martinez/von der Crone, 303; vgl. auch Bauer, Rz. 534 f.

kennt insbesondere das deutsche Recht den automatischen Übergang von Verträgen im Rahmen einer partiellen Universalsukzession.⁵⁵ Genau die Bestimmungen dienen dem schweizerischen Gesetzgeber bei der Ausarbeitung des Fusionsgesetzes als Vorlage.⁵⁶

2. Betriebsübergangstheorie und ihre Begründung

Die Betriebsübergangstheorie kann als Rückzugposition oder als restriktivere Variante der Universalsukzessionstheorie verstanden werden. Die Anhänger der Betriebsübergangstheorie bejahen einen automatischen Vertragsübergang bei der partiellen Universalsukzession, wenn der übertragene Vertrag mit den anderen übertragenen Vermögensgegenständen zusammenhängt und insgesamt ein Betrieb oder ein Teilbetrieb übertragen wird.⁵⁷ Etwas weniger strenge Lehrmeinungen gehen davon aus, dass lediglich ein organischer Zusammenhang zu einem übertragenen Vermögenskomplex von Aktiven und Passiven bestehen muss.⁵⁸

Die Argumente für die Betriebsübertragungstheorie basieren auf einer funktionalen Betrachtungsweise, welche zwischen der Übertragung von Einzelaktiven einerseits und derjenigen von Betrieben oder Teilbetrieben andererseits unterscheidet. Nur die Situation bei der Betriebsübertragung sei funktional mit einer Fusion oder einer Aufspaltung vergleichbar. Hier stehe durch den Übergang eines in sich geschlossenen Betriebes oder Teilbetriebes das quasikörperschaftliche Element im Vordergrund, welches die Anwendbarkeit der körperschaftlich orientierten Fusionsbestimmungen und damit der Universalsukzession rechtfertige. Daher sollten die Rechtsfolgen einer Universalsukzession auf die Übertragung eines Betriebs oder Teilbetriebs Anwendung finden, nicht aber auf die Übertragung von Einzelaktiven.⁵⁹

Nur beim Übergang eines Betriebs oder eines Betriebsteils vermöchten nach Ansicht der Vertreter der Betriebsübergangstheorie die überwiegenden Interessen der Umstrukturierung die Verletzung der Abschluss- und Partnerwahlfreiheit des Vertrags-

55 Siehe § 131 UmwG, noch klarer nach der per April 2007 in Kraft getretenen Gesetzesrevision; siehe dazu etwa SANDHAUS/RUBEL, 237 ff. Gleich im Übrigen auch das österreichische Spaltungsrecht, siehe § 1 (2) Ziff. 1 SpaltG: "... durch gleichzeitige Übertragung aller ihrer Vermögensteile (Vermögensgegenstände, Schulden und Rechtsverhältnisse) im Weg der Gesamtrechtsnachfolge ...".

56 BSK-FusG WATTER/BÜCHI, Art. 52 N 5; VISCHER F., 160; BEHNISCH/BÜCHI, Rz. 8; FRICK, Stämpfli Handkommentar FusG, Art. 69 N 20.

57 FRICK, Stämpfli Handkommentar FusG, Art. 69 N 22; SCHUMACHER, 151; TSCHÄNI, 97; BINDER, 129 f.; TSCHÄNI, 174; ; BSK-FusG MORSCHER, Art. 1 N 46.

58 So BÖCKLI, Aktienrecht, § 3 Rz. 372b; vgl. auch BSK-FusG MALACRIDA, Art. 73 N 20; BSK-FusG WATTER/BÜCHI, Art. 52 N 10, die sich zwar für einen generellen automatischen Vertragsübergang aussprechen, diesen jedoch bei völlig fehlendem Sachzusammenhang zu den übertragenen Vermögenswerten für offensichtlich missbräuchlich halten.

59 BINDER, 130; BOHRER, 937.

rechts zu rechtfertigen.⁶⁰ In solchen Konstellationen gehe neben dem Vertragsverhältnis auch das dazu gehörige Haftungssubstrat mit und die Vertragsgegenparteien könnten sich darauf verlassen, dass die sachlichen Voraussetzungen für die Vertragserfüllung weiterhin gegeben seien.⁶¹

In anderen Konstellationen, d.h. wenn es nicht um die Übertragung eines ganzen Betriebs oder zumindest eines Teilbetriebs geht, sondern nur Einzelgegenstände oder mehr oder weniger zufällig zusammengewürfelte Vermögensteile übertragen werden, würde ein Vertragsübergang ohne Zustimmung der Gegenpartei dem (tatsächlichen oder hypothetischen) Parteiwillen der betroffenen Parteien widersprechen und oftmals gar einen Umgehungstatbestand erfüllen. Damit müsse ein Vertragspartner bei Vertragsabschluss nach dem Vertrauensprinzip nicht rechnen. Daher müsse die Gegenpartei in solchen Konstellationen in jedem Fall um ihre Zustimmung ersucht werden. Ein Vertragspartner müsse hingegen damit rechnen, dass im Verlauf der Vertragsbeziehung mit einem Unternehmen dieses seinen Betrieb überträgt – und damit auch die auf diesen bezogenen Vertragsverhältnisse.⁶²

3. Zustimmungstheorie und ihre Begründung

Die Vertreter der Zustimmungstheorie verneinen die Möglichkeit eines Vertragsübergangs ohne Zustimmung der Gegenpartei im Rahmen einer Vermögensübertragung oder einer Abspaltung. Verträge bzw. Vertragsparteistellungen würden somit aus dem Wirkungsbereich der partiellen Universalsukzession fallen. Die für einen Vertragsübergang notwendige Zustimmung muss jedoch nicht erst im Nachhinein, sondern kann auch im Voraus eingeholt werden.⁶³ Damit kann im Vorfeld einer Transaktion immerhin – wenn auch je nach den Umständen mit sehr grossem Aufwand – für Rechtssicherheit gesorgt werden.

Die Anhänger der Zustimmungstheorie gehen in ihrer Argumentation vorab davon aus, dass es sich bei der Vermögensübertragung lediglich um eine „Übertragung gemäss Inventar“ handle, welche qualitativ andere Rechtswirkungen nach sich ziehe als eine Universalsukzession.⁶⁴ Sie weisen zudem darauf hin, dass im Gesetz vom Übergang von Aktiven und Passiven die Rede sei, wozu Verträge gemäss allgemeiner Auffassung nicht gehörten.⁶⁵

⁶⁰ Schumacher, 151.

⁶¹ TSCHÄNI, 97.

⁶² FRICK, Stämpfli's Handkommentar FusG, Art. 69 N 22; vgl. auch LOSER-KROGH, I 107.

⁶³ TURIN, 116; CHAMPEAUX/TURIN, 90.

⁶⁴ TURIN, 114f.

⁶⁵ BAHAR, LFUS, Art. 69 N 10.

Hauptargument für die Zustimmungstheorie bildet jedoch der vermeintliche Wille des Gesetzgebers, weil diesem – so die Verfechter der Zustimmungstheorie – bei jüngeren Gesetzen eine besondere Bedeutung zukommen soll.⁶⁶ Diesbezüglich ist für die Anhänger der Zustimmungstheorie entscheidend, dass sich sowohl die Botschaft zum Fusionsgesetz (in Bezug auf die Abspaltung) als auch das Parlament (allerdings interessanterweise nur in Bezug auf die Vermögensübertragung) gegen eine automatische Übertragung von Verträgen ausgesprochen hätten.⁶⁷ Das Fusionsgesetz beabsichtigte zwar formelle Erleichterungen, wolle jedoch das materielle Recht, einschliesslich der Stellung der Vertragsparteien unberührt lassen.⁶⁸

Auch sehen die Anhänger der Zustimmungstheorie eine Missbrauchsgefahr, wenn Verträge durch eine Vermögensübertragung, deren Inhalt frei festgelegt werden kann, übertragen werden können, weil der übertragende Rechtsträger auf diese Art und Weise einseitig entscheiden könne, an welche Verträge er weiterhin gebunden sein will.⁶⁹ Die Annahme eines automatischen Vertragsübergangs widerspricht ihrer Ansicht nach allgemeinen obligationenrechtlichen Prinzipien – insbesondere dem Prinzip der Vertragsfreiheit und der daraus fliessenden freien Wahl des Vertragspartners. Ein solcher Prinzipienbruch könne nur durch die Schaffung einer *lex specialis*, wie z.B. Art. 333 OR, gerechtfertigt werden, was beim Fusionsgesetz jedoch unterblieben sei.⁷⁰

C. Bewertung

Die Zustimmungstheorie mag zwar einer nicht näher begründeten nationalrätlichen Meinungsäusserung und der ebenfalls nicht begründeten Meinungsäusserung – bzw. dem unbegründeten Meinungsumschwung gegenüber dem Vorentwurf – in der Botschaft zum Fusionsgesetz entsprechen, sie steht jedoch dem Hauptzweck des Fusionsgesetzes – Umstrukturierungen zu erleichtern – diametral entgegen. Auch ist fraglich, welches Gewicht und welche Verbindlichkeit der nationalrätlichen Debatte sowie der Botschaft überhaupt zukommen (kann), insbesondere wenn man bedenkt, dass der Gesetzgeber einen zustimmungslosen Übergang von Passiven – und damit auch vertraglichen Verpflichtungen – bereits unter Art. 181 aOR vorsah und somit bereits vor dem Fusionsgesetz das Interesse an effizienten Umstrukturierungen dem (absolut ver-

⁶⁶ Anders jedoch die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts, vgl. etwa BGE 127 III 318 E.2, welche bei der Auslegung in erster Linie vom Gesetzeswortlaut ausgeht.

⁶⁷ BAHAR, LFus, Art. 69 N 10; WATTER/KÄGI, 236; TURIN, 115.

⁶⁸ Vgl. Erläuterungen zu Art. 108a Abs. 2 (entspricht heute Art. 148) des Entwurfs für die Teilrevision der Handelsregisterverordnung vom 19. Dezember 2003.

⁶⁹ Vgl. BAUER, Rz. 517.

⁷⁰ KUNZ, 812; vgl. auch WIEGAND, 80. Die Vertreter der Zustimmungstheorie übersehen jedoch namentlich die bereits vor dem Fusionsgesetz bestehenden Übertragungsmöglichkeiten unter Art. 181 und 182 aOR und Art. 592 Abs. 2 OR.

standenen) Prinzip der Vertragsfreiheit überordnete. Diese Tatsache wurde sowohl in der parlamentarischen Beratung wie auch in der Botschaft aus nicht nachvollziehbaren Gründen praktisch vollständig ausgeblendet, was zu einer harschen Kritik des Bundesgerichts führte⁷¹. Schliesslich verwendet der Gesetzgeber bei den Umstrukturierungsinstrumenten Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung dieselbe Terminologie, ohne dass eine allfällige Intention, wonach die drei Tatbestände unterschiedlich zu handhaben wären, im Gesetzestext ihren Niederschlag gefunden hätte. Auch aus rechtsvergleichender Sicht gibt es keine überzeugenden Argumente, welche für die Zustimmungstheorie sprechen würden.⁷²

Der Betriebsübergangstheorie, welche aufgrund funktionaler Überlegungen einen automatischen Vertragsübergang nur zulassen will, wenn gleichzeitig ein mit dem entsprechenden Vertrag zusammenhängender Betrieb oder Betriebsteil übertragen wird, mangelt es nicht nur an einer gesetzlichen Grundlage oder entsprechenden Anhaltspunkten in den Materialien, sondern auch – vor dem Hintergrund der solidarischen Haftung des übertragenden Rechtsträgers – an einem ausgewiesenen Mehrwert. Sie versucht, dort einen generellen, präventiven (und daher unnötig überschüssenden) Schutz zu bieten, wo bereits Art. 75 FusG durch entsprechende Gläubigerschutzbestimmungen einen u.E. völlig zureichenden Schutz vorsieht und nimmt dafür gleichzeitig unnötige Erschwernisse im Ablauf einer Vermögensübertragung und eine erhebliche Rechtsunsicherheit für die an der Umstrukturierung beteiligten Rechtsträger in Kauf, da offen ist, auf welchen Begriff des Betriebes im Rahmen der Betriebsübergangstheorie abzustellen wäre. Zur Auswahl stehen der zu Art. 181 OR entwickelte Begriff des Betriebes als ein organisch in sich geschlossenes Ganzes⁷³, der Betriebsbegriff gemäss Art. 333 OR⁷⁴ oder der steuerrechtliche Betriebsbegriff⁷⁵, wonach ein Betrieb oder Teilbetrieb dann vorliegt, wenn die Unternehmung Leistungen auf dem Markt oder an verbundene Unternehmen erbringt, über Personal verfügt und der Personalaufwand in einem sachgerechten Verhältnis zum Ertrag steht.⁷⁶ Auch die

71 BGer 4c.385/2005 vom 31. Januar 2006, E. I.1.2.

72 Siehe die Hinweise vorne bei FN 125.

73 FRICK, Stämpfli's Handkommentar FusG, Art. 69 N 22.

74 "Für die Anwendbarkeit von Art. 333 OR ist erforderlich und hinreichend, dass die organisatorische Einheit ihre Identität, d.h. den Betriebszweck, die Organisation und den individuellen Charakter im Wesentlichen bewahrt. Dies ist auf Grund sämtlicher den Vorgang kennzeichnenden Tatsachen und Umstände zu beurteilen. Von entscheidender Bedeutung ist dabei, ob dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit vom neuen Inhaber tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird. Dabei genügt eine bloss obligatorische, also auch mietweise Übertragung der Nutzungs- und Gebrauchsrechte an den Produktionsmitteln. Eine Rechtsbeziehung zwischen dem ursprünglichen und dem neuen Arbeitgeber ist nicht erforderlich" (BGer C 9/04 vom 28. März, E. 3.3, mit Verweis auf BGE 129 III 335).

75 Kreisschreiben der ESTV Nr. 5 vom 1. Juni 2004, 22; vgl. auch SCHUMACHER, 151.

76 Im Interesse einer Wertungskongruenz zwischen Zivil- und Steuerrecht sollte wohl auf den letzteren Begriff abgestellt werden, wodurch bei Anwendung dieser Theorie ein automatischer Vertragsübergang zumindest in den Fällen stattfindet, wo ein Ruling der zuständigen kantonalen Steuerverwaltung existiert, welches das Vorliegen eines Betriebs bzw. Betriebsteils bestätigt.

Betriebsübergangstheorie ist daher im Resultat – wie die Zustimmungstheorie – klar abzulehnen.

Mit der ganz überwiegenden Lehre⁷⁷ – und der (vorerst) ersten Meinungsäusserung des Bundesgerichts hinsichtlich des analogen Vorgangs bei der Spaltung⁷⁸ – ist somit davon auszugehen, dass die bei der Vermögensübertragung stattfindende partielle Universalsukzession nur dahingehend partiell zu verstehen ist, dass nicht alle, sondern lediglich die inventarisierten bzw. im Inventar genügend klar umschriebenen Vermögenswerte übertragen werden. Eine Einschränkung in qualitativer Hinsicht, d.h. bezüglich der Wirkungen dieser (partiellen) Universalsukzession ist jedoch zu verneinen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Vermögensübertragung nur einzelne, lose zusammenhängende Objekte, ein Teilvermögen, einen Betrieb oder Betriebsteil oder auch nur einen einzigen Vermögenswert erfasst.

Somit können im Rahmen einer Vermögensübertragung auch ganze Vertragsverhältnisse – und nicht nur die daraus fliessenden Rechte und Pflichten bzw. Forderungen und Schulden – übertragen werden. Dies steht im Einklang mit dem Zweck des Fusionsgesetzes und fördert die Attraktivität der Vermögensübertragung, die bei der Anwendung der Zustimmungs- wie auch der Betriebsübergangstheorie eines ihrer wesentlichen Vorteile beraubt würde. Ausserdem wird dadurch innerhalb des Fusionsgesetzes eine Inkohärenz zwischen den einzelnen Umstrukturierungstatbeständen bezüglich der Behandlung des Übergangs von Vertragsverhältnissen vermieden.

VII. Hindernisse für den Vertragsübergang

Mit dem Fusionsgesetz und der darin vorgesehenen (partiellen) Universalsukzession kann die – allerdings bereits vor Inkrafttreten des Fusionsgesetzes in verschiedenen Fällen⁷⁹ bereits abgeschwächte – Grundregel, wonach der Übergang eines Vertragsverhältnisses als Ganzes nur durch dreiseitigen Konsens und damit vor allem unter Zustimmung der an der Übertragung nicht beteiligten, aber im Vertrag verbleibenden Gegenpartei zulässig ist, durchbrochen werden. Damit haben namentlich die Parteien von Dauerschuldverhältnissen damit zu rechnen, dass sie allenfalls während der Dauer des Vertrages ohne ihre vorgängige Konsultation und Zustimmung mit einem neuen Vertragspartner kooperieren müssen.⁸⁰ Da dies in einzelnen Konstellationen zu unbilligen Ergebnissen oder Missbräuchen führen kann, muss es für den au-

77 Neben den bereits vorne in FN 47 zitierten Autoren siehe auch TSCHÄNI, 96; MOSER, 43; ZK-FusG VISCHER, Einleitung N 5 und ZK-FusG BERETTA, Vor Art. 69 – 77 N 41; PETER, 228; VISCHER F., 160; BOHRER, 936 f.; BSK-FusG WATTER/BÜCHI, Art. 52 N 3; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER, et al., Rz. 976; AEBERSOLD, Rz. 41; MALACRIDA, 61.

78 BGer 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006, E. I.1.2.

79 Siehe hauptsächlich Art. 181 f. aOR und Art. 27 und Art. 333 OR.

80 WIEGAND, 84.

tomatischen – d.h. nicht zustimmungsbedürftigen – Vertragsübergang Grenzen geben bzw. müssen in einzelnen Situationen Korrekturmechanismen existieren, um die negativen Folgen eines automatischen Vertragsübergangs zu korrigieren und einen Ausgleich zwischen den Strukturanpassungsinteressen einerseits und dem von der Privatautonomie gebotenen Schutz vor aufgezwungenen Veränderungen von Schuldverhältnissen andererseits wieder herzustellen.

Es würde allerdings dem Prinzip der (partiellen) Universalsukzession – und auch der Rechtssicherheit – widersprechen, wenn sich die Drittpartei gegen den Vertragsübergang als solchen wehren könnte. Eine Lösung kann daher nur darin bestehen, der Drittpartei unter gewissen Umständen die Möglichkeit einzuräumen, sich aus dem bereits übergebenen Vertrag (vorzeitig) zu lösen.⁸¹ Solche Auflösungsmöglichkeiten müssen jedoch klar die Ausnahme bleiben, da die Drittpartei im Regelfall durch die Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes genügend geschützt ist.⁸²

A. Vertragliche und gesetzliche Übertragungsbeschränkungen

Es steht den Parteien eines Vertrages frei, zu vereinbaren, dass der Vertrag nicht oder nur mit Zustimmung der Gegenpartei an einen Dritten übertragen werden darf. Übertragungsvorbehalte oder sogar -verbote können aber auch kraft Gesetzes bestehen. Es ist daher im Einzelnen zu prüfen, wie weit solche vorbestehende Übertragungsverbote der (partiellen) Universalsukzession entgegenstehen.

Der Grundsatz, dass eine Universalsukzession alle Rechts- und Vermögenspositionen erfasst, gilt nach allgemeiner Auffassung nicht uneingeschränkt. Denkbar ist beispielsweise, dass der Wirkung einer Universalsukzession öffentlich-rechtliche Bewilligungsvorbehalte entgegenstehen, was insbesondere bei der Übertragung einer Konzession ein (allerdings oft überwindbares) Hindernis darstellen kann. Solche gesetzlichen Übertragungsvorbehalte oder gar -verbote (insbesondere des öffentlichen Rechts) können auch den Übergang eines (wohl meist öffentlich-rechtlichen) Vertragsverhältnisses verhindern.⁸³ Solche gesetzlich vorgesehenen Bewilligungen zur Übertragung sind v.a. von Relevanz, wenn gesetzliche Übertragungsvoraussetzungen

81 So auch die gesetzliche Lösung im Arbeits- und Mietrecht; vgl. auch BERETTA, Rz. 8.

82 ZK-FusG BERETTA, Vor Art. 69-77 N 45.

83 BERETTA, S. 237 f. m.w.H.; BSK-FusG WATTER/BÜCHI, Art. 52 N 16; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Art. 3 N 9. Davon zu unterscheiden sind gesetzliche Geheimhaltungsvorschriften für bewilligungspflichtige Tätigkeiten – etwa Banken, Effektenhändler, Anwälte, Ärzte, welche einen Vertragsübergang im Rahmen einer (partiellen) Universalsukzession nicht einschränken, da die entsprechende Geheimhaltungspflicht zusammen mit dem Vertragsverhältnis *uno actu* auf die übernehmende Gesellschaft übergeht.

nicht erfüllt sind oder die übernehmende Gesellschaft Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllt bzw. nicht erfüllen kann.⁸⁴

Rein privatrechtlich vereinbarte vertragliche Übertragungsverbote oder Zustimmungserfordernisse können wie bei der Fusion den Eintritt der von Gesetzes wegen vorgesehenen Universalsukzession dagegen nicht verhindern. Allerdings können zwischen den Parteien einer solchen vertraglichen Absprache obligatorische Ansprüche etwa auf Schadenersatz entstehen, wenn gegen das Übertragungsverbot verstossen wird.⁸⁵ Im Einzelfall ist auch zu prüfen, ob der besondere Schutzzweck des vertraglichen Übertragungsverbotes eine ausserordentliche Kündigungsmöglichkeit als gerechtfertigt erscheinen lässt.⁸⁶

B. Change of Control Klauseln

Beim Übergang von Dauerschuldverhältnissen können allenfalls darin enthaltene «change of control» Klauseln von Bedeutung sein: Oftmals enthalten langfristige Verträge Bestimmungen, die bei einem Eigentümerwechsel die sofortige Kündbarkeit oder allenfalls sogar die unmittelbare Beendigung der bestehenden Vertragsbeziehung vorsehen.⁸⁷ Ob im konkreten Fall überhaupt eine Kündigungsmöglichkeit besteht, hängt einerseits von der Formulierung der Klausel im Einzelfall sowie andererseits von der Frage ab, ob die Transaktion im konkreten Fall überhaupt eine Änderung der Mehrheits- bzw. Kontrollverhältnisse bewirkt. Soweit die entsprechende Vertragsbestimmung nicht definiert, was als Kontrollwechsel zu gelten hat, ist bei jeder Transaktion zu untersuchen, ob sie zu einem massgebenden Wechsel in der Einflussnahme auf eine Vertragspartei führt.

Namentlich bei Fusionen ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass eine Fusion nicht (oder gegebenenfalls nicht nur) bei der übertragenden Gesellschaft, sondern (auch) bei der übernehmenden Gesellschaft einen «change of control» auslösen kann: dies ist einerseits dann der Fall, wenn die übernehmende Gesellschaft wertmässig «kleiner» ist als die übertragende Gesellschaft und daher die mit Aktien der übernehmenden Gesellschaft abgefundenen Aktionäre der übertragenden Gesellschaft nach

84 VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Art. 3 N 9a.

85 BSK-FusG WATTER/BÜCHI, Art. 52 N 11; BSK-FusG MALACRIDA, Art. 73 N 21; ZK-FusG VISCHER, Einleitung N 8; PETER, 229; a.M. TURIN, der auch vertragliche Übertragungsverbote für zwingend zu berücksichtigen hält. Der Nachweis eines konkreten, durch die vertragswidrige Vertragsübertragung kausal verursachten Schadens dürfte jedoch in der Praxis in den meisten Fällen nur sehr schwierig möglich sein.

86 BOHRER, 938; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER, et al., Rz. 1002. Für ZK-FusG VISCHER, Einleitung N 8, und ZK-FusG BERETTA, Vor Art. 69-77 N 44, ist die Umdeutung des Übertragungsverbotes in ein Kündigungsrecht der Regelfall.

87 ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER, Rz. 865; vgl. auch VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER, et al., Rz. 999.

der Fusion eine absolute oder zumindest relative Mehrheit an der übernehmenden Gesellschaft halten.⁸⁸ Weiter ist denkbar, dass bei einer Fusion von Gesellschaften durch die Kumulation der bei mehreren der fusionierenden Gesellschaften bestehenden Mehr- und Minderheitsanteilen ein bisheriger Minderheitsaktionär nach der Fusion die übernehmende Gesellschaft weitgehend beherrscht.⁸⁹

Bei einer Vermögensübertragung findet keine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse statt, sondern eine solche des Rechtsträgers⁹⁰, weil es sich um einen Asset Deal handelt. Ein Kontrollwechsel mit Blick auf den übertragenen Vertrag liegt nach Treu und Glauben diesfalls wohl immer dann vor, wenn der übernehmende Rechtsträger nicht vom gleichen Gesellschafter – bzw. „ultimate beneficiary“ – beherrscht wird wie der übertragende Rechtsträger.⁹¹

C. Ad personam abgeschlossene Verträge

In Ausnahmefällen kann der Schuldner verpflichtet sein, seine Leistung persönlich zu erbringen (Art. 68 OR). Als persönlich zu erfüllen gelten für einen dem Fusionsgesetz unterstehenden Rechtsträger z.B. Verpflichtungen zu Arbeitsleistungen aus Werkverträgen (Art. 364 Abs. 2 OR) oder Aufträgen (Art. 398 Abs. 3 OR). Aber auch andere Verträge können ausdrücklich ad personam abgeschlossen werden, z.B. wenn ihnen ein besonderes Vertrauensverhältnis zugrunde liegt oder sie eine stark persönlichkeitsrelevante Komponente aufweisen.⁹² Ein Vertrag kann beispielsweise in der Weise persönlich geprägt sein, als dass die verbleibende Partei in hohem Mass von ihrer Gegenpartei abhängig ist oder weil der Bestand und Inhalt des Vertrages Dritten gegenüber aus Gründen geheim gehalten werden muss, die in der Sphäre der verbleibenden Partei liegen, was etwa bei Konkurrenzverhältnissen oder anderen Interessenkollisionen der Fall sein kann.⁹³ In solchen Konstellationen erscheint es einerseits stossend, wenn der Gegenpartei gegen ihren Willen ein neuer Vertragspartner aufgezwungen wird, den sie nicht selbst bestimmt. Die Gegenpartei muss entsprechend vor den negativen Folgen geschützt werden, die sich aus dem Wechsel des Vertragspartners ergeben. Daher ist ihr in solchen Sondersituationen ein ausserordentliches Kündigungsrecht oder

⁸⁸ VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Art. 3 N 7.

⁸⁹ Beispiel: Die drei wertmässig vergleichbar einzustufenden Gesellschaften X, Y und Z fusionieren, wobei X als übernehmende Gesellschaft agiert. A ist an zwei der drei Gesellschaften mit einem Minderheitsanteil von 49% beteiligt, an der dritten mit 55%, während die anderen Teile jeweils durch einen anderen Gesellschafter (d.h. B, C und D) gehalten werden. Nach der Fusion hält A 51% der übernehmenden X, während B, C und D (nur noch) jeweils 17% bzw. 15% halten.

⁹⁰ Analog zur „vollständig asymmetrischen“ Spaltung.

⁹¹ So auch VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER, et al., Rz. 1000 f.

⁹² BERETTA, Rz. 10; VISCHER F., S. 161.

⁹³ BAUER, Rz. 191; ähnlich auch ZK-FusG VISCHER, Einleitung N 46 f.

ein Recht auf Anpassung des Vertragsverhältnisses einzuräumen, sofern der Vertragsübergang nicht zugemutet werden kann.⁹⁴

Andererseits besteht die Gefahr, dass beim Übergang einer persönlichen Verbindlichkeit der neue Schuldner gar nicht erfüllen kann. Diesfalls liegt ein Fall von subjektiver Unmöglichkeit vor. Der neue Schuldner, welcher ja als Partei der Transaktion den Übergang mitverursacht hat, muss diese Unmöglichkeit auch verantworten. Es gelangen die entsprechenden Regeln des allgemeinen Teils des OR zur Anwendung,⁹⁵ in Kombination mit der solidarischen Haftung des ursprünglichen Vertragspartners gemäss den jeweiligen Bestimmungen des Fusionsgesetzes.

Für die Frage der Höchstpersönlichkeit von Leistungspflichten ist jedoch zu beachten, dass die geschuldeten Leistungen sowohl auf Seiten des Schuldners als auch auf Seiten des Gläubigers oftmals an einen bestimmten Betrieb bzw. gegebenenfalls dessen wesentlichen Mitarbeiter oder Kader und weniger an den Rechtsträger als solchen gebunden sind. In der Regel dürfte daher ein automatischer Übergang im Rahmen einer ökonomisch zusammenhängenden Einheit keine Probleme bereiten und damit in solchen Fällen auch eine (vorzeitige) Kündigungsmöglichkeit durch die Gegenpartei zu verneinen sein.⁹⁶

D. Andere Gründe für die Unzumutbarkeit des Vertragsübergangs

Der Übergang des Vertragsverhältnisses kann für die an der Transaktion nicht beteiligte Partei aufgrund konkreter Umstände unzumutbar sein und daher eine ausserordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses rechtfertigen. Das ergibt sich bereits aus dem anerkannten Grundsatz, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund aufgelöst werden können.⁹⁷

Unzumutbarkeit liegt neben dem bereits behandelten Fall von *ad personam* abgeschlossenen Verträgen auch dann vor, wenn die an der Transaktion nicht beteiligte Partei plötzlich einen Konkurrenten als Vertragspartner erhält⁹⁸ oder wenn die Drittpartei bereits in einem anderen Vertragsverhältnis mit einem Konkurrenten des neuen Vertragspartners steht, das mit dem übergebenen Vertrag nicht vereinbar ist.⁹⁹

⁹⁴ BERETTA, 239.

⁹⁵ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER, et al., Rz. 1004.

⁹⁶ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER, et al., Rz. 1007.

⁹⁷ BERETTA, Rz. 11; siehe auch BGE 122 III 262, E. 2a/aa.

⁹⁸ BSK-FusG MALACRIDA, Art. 73 N 20.

⁹⁹ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER, et al., Rz. 1009; BERETTA, Rz. 12.

Wo der Wechsel der Vertragspartei infolge des Vertragsübergangs für die Drittpartei nicht generell unzumutbar ist, kann der bestehende Inhalt oder die Dauer des Vertrages aufgrund der veränderten Umstände unzumutbar werden. In solchen Konstellationen drängt sich statt einer Kündigung vielmehr eine blosser Anpassung des Vertrages auf. Dies wäre beispielsweise denkbar, wenn sich der Leistungs- bzw. Lieferungs-umfang nach der Transaktion massiv ausdehnt oder massiv zurückbildet.¹⁰⁰

E. Rechtsmissbrauch

Das in Art. 2 ZGB statuierte Rechtsmissbrauchsverbot ist aufgrund seines fundamentalen Charakters für das gesamte schweizerische Rechtssystem von Bedeutung.¹⁰¹ Es bildet somit eine allgemeine und subsidiäre Einschränkung missbräuchlicher Vertragsübertragungen.¹⁰² Eine zweckwidrige bzw. rechtsmissbräuchliche Verwendung des Instituts der Vermögensübertragung – oder einer anderen Transaktionsform des Fusionsgesetzes – liegt vor, wenn die Transaktion mit dem vom Gesetzgeber angestrebten Zweck nichts mehr zu tun hat oder diesen ad absurdum führt.¹⁰³ Es ist in diesem Zusammenhang jedoch darauf hinzuweisen, dass es insbesondere im Rahmen einer Vermögensübertragung – aber auch einer Abspaltung – gerade möglich ist, auch nur einzelne Vermögensgegenstände zu übertragen. Ein Rechtsmissbrauch liegt diesbezüglich somit erst vor, wenn eine solche Transaktion einzig erfolgt, um existierende Übertragungshindernisse zu umgehen oder um unliebsame Verträge abzuschütteln.¹⁰⁴ Die Auffassung, wonach ein offener Rechtsmissbrauch bereits dann vorliegt, wenn Verträge entgegen dem vernünftigerweise zu vermutenden Parteiwillen durch (partielle) Universalsukzession übertragen werden sollen, obwohl sie zu den mitübertragenen Vermögenswerten in keinerlei Zusammenhang stehen,¹⁰⁵ geht u.E. diesbezüglich zu weit. Ein völlig fehlender Sachzusammenhang kann höchstens als Indiz für rechtsmissbräuchliches Verhalten dienen, wogegen umgekehrt festgehalten werden kann, dass ein Rechtsmissbrauch wohl in den meisten Fällen dann ausgeschlossen werden kann, wenn ein entsprechender Zusammenhang besteht.¹⁰⁶

100 VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER, et al., Rz. 1010. Überdies hinaus wird Unzumutbarkeit auch dann angenommen, wenn der übernehmende Rechtsträger ein risikoreicherer oder weniger kreditwürdiger Vertragspartner als der übertragende Rechtsträger ist. U.E. ist in solchen Fällen jedoch angesichts des Schutzes durch Art. 75 FusG nur äusserst zurückhaltend von einer Unzumutbarkeit auszugehen, namentlich auch darum, weil die Dreijahresfrist von Art. 75 FusG erst bei Fälligkeit der entsprechenden Leistung zu laufen beginnt und der Gegenpartei damit in aller Regel genügend Zeit bleibt, auf den übertragenden Rechtsträger zurückzugreifen und gegebenenfalls sogar Sicherstellung der ihm geschuldeten Leistung zu verlangen.

101 An Stelle vieler: BSK-ZGB I HONSELL, Art. 2 N 4.

102 BAUER, Rz. 575; PETER, 229.

103 BSK-ZGB I HONSELL, Art. 2 N 51.

104 VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER, et al., Rz. 988.

105 BSK-FusG WATTER/BÜCHI, Art. 52 N 10.

106 VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER, et al., Rz. 989.

F. Zustimmung des Vermieters gemäss Art. 263 OR

Wie bereits dargelegt, sieht das Mietrecht explizit vor, dass der Mieter von Geschäftsräumen das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters auf einen Dritten übertragen kann, wobei der Vermieter die Zustimmung nur aus wichtigem Grund verweigern kann (Art. 263 OR). Im Zusammenhang mit einer (partiellen) Universalsukzession stellt sich nunmehr die Frage, ob dieses schriftliche Zustimmungserfordernis 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.¹⁰⁷ Die herrschende Lehre lehnte dies jedoch ab.¹⁰⁸ Auch die Tatsache, dass ein Verweis auf die Anwendbarkeit von Art. 333 OR explizit in das Fusionsgesetz aufgenommen wurde, 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 Schlantheit 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.¹⁰⁹

Dieser Schluss drängt sich umso mehr auf, wenn man bedenkt, dass mit 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.

Entsprechend geht die heute wohl herrschende Lehre – u.E. zurecht – davon aus, dass die Bestimmungen des Fusionsgesetzes den mietrechtlichen Bestimmungen zum Vertragsübergang (Art. 261 und 263 OR) vorgehen und diese mietvertraglichen Bestimmungen, welche auf Singularsukzessionstatbestände zugeschnitten sind, im Rah-

¹⁰⁷ Botschaft, S. 4364.

¹⁰⁸ ZK OR-STAEHELIN, Art. 333 N 4; BRÜHWILER, Art. 333 N I.

¹⁰⁹ Tendenziell a.M. BSK-OR II WEBER, 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 vorliegt. 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. I.1.2).

men einer Transaktion nach Fusionsgesetz somit nicht zur Anwendung gelangen.¹¹⁰ Im Übrigen sieht das Fusionsgesetz diverse Gläubigerschutzbestimmungen vor (Art. 25 ff., 45 ff. 68, 75, 85, 96, 101 FusG), welche der Vermieter bei einer gesetzlichen Vertragsübertragung beanspruchen kann. Mit diesen Gläubigerschutzbestimmungen werden die finanziellen Interessen des Vermieters ausreichend geschützt. Werden andere als finanzielle Interessen des Vermieters beeinträchtigt, kommt zudem eine Kündigung des Mietvertrages nach Art. 266g OR in Betracht.¹¹¹

G. Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers (Art. 333 OR)

Gestützt auf den Verweis auf Art. 333 OR gehen Arbeitsverträge bei einer Fusion, Umwandlung, Spaltung oder Vermögensübertragung automatisch auf den übernehmenden Rechtsträger über. Allerdings steht dem Arbeitnehmer ein Ablehnungsrecht des Vertragsübergangs – bzw. besser ein Ablehnungsrecht der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses¹¹² – zu. Dieses Ablehnungsrecht darf der Arbeitnehmer jedoch nicht in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise (etwa bei konzerninternen Fusionen oder vergleichbaren Umständen) ausüben.¹¹³

VIII. Inventarisierungspflicht von Verträgen

Insbesondere bei der Vermögensübertragung – aber auch bei der Abspaltung – wird von einem Teil der Lehre vertreten, Voraussetzung für den Übergang sei, dass die entsprechenden Verträge im Inventar aufgelistet sind, wobei der Detaillierungsgrad der verlangten Auflistung variiert.¹¹⁴ Zu beachten ist jedoch, dass der Wortlaut von

110 CHK-OR HEINRICH, Art. 263 N 2; SVIG Kommentar zum Mietrecht, Art. 263 N 3; gleich VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER ET AL, Rz. 1011 sowie WEBER, S. 140 und ZK-FusG BERETTA, vor Art. 69-77 N 50; wobei der letztere offenbar – u.E. zu Unrecht – davon auszugehen scheint, dass Art. 261 Abs. 2 OR zur Anwendung gelangt.

111 SVIG Kommentar zum Mietrecht, Art. 263 N 3; BSK-OR WEBER, N 2a zu Art. 263; ZK-FusG BERETTA, vor Art. 69-77 N 54.

112 Siehe vorne bei FN 15.

113 VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Art. 27 N 7. Das Ablehnungsrecht besteht zudem nur, wenn tatsächlich eine Betriebsübertragung mittels Fusion stattfindet, d.h. die Fusion tatsächlich vollzogen wird. Ebenfalls mangels Betriebsübertragung nicht anwendbar ist das Ablehnungsrecht, wenn nicht der Arbeitgeber, sondern dessen Muttergesellschaft fusioniert (VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Art. 27 N 7a).

114 PETER, 229; LOSER-KROGH, 1102; ZK-FusG VISCHER, Einleitung N 5; SCHUMACHER, 150 f.; FRICK, Stämpfli Handkommentar FusG, Art. 69 N 20; ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER, Rz. 505 ff.; BERETTA, 238 f.; zumindest *empfohlen* wird eine Aufnahme in das Inventar bei MAROLDA MARTINEZ/VON DER CRONE, 303; BSK-FusG WATTER/BÜCHI, Art. 52 N 14, und GLANZMANN, 823; a.M. AMSTUTZ/MABIL-LARD, FusG, Einleitung N 281; VON SALIS-LÜTOLF, 412 und VISCHER M., 227 f.; ähnlich auch CHK-WEBER FusG 69 N 12 und CHK-NEUHAUS FusG 71 N 4, welche ebenfalls eine generelle Auflistungspflicht aller Verträge im Inventar ablehnen und nur eine Auflistung derjenigen Verträge verlangen, „die sich

Art. 71 Abs. 1 FusG dieses Erfordernis zwar ausdrücklich 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 abzulehnen ist und es jedenfalls *zumindest* zulässig sein muss, 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. Zu beachten ist, dass sich die zu übertragenden Aktiven und Passiven wie auch die zu übertragenden Verträge in aller Regel laufend ändern, weshalb eine einzelvertrags-scharfe Inventarisierungspflicht ausser in klein(st)en Verhältnissen praktisch gar nicht umsetzbar ist.¹¹⁵

IX. IPRG: Spezialfragen bei ausländischem Vertragsstatut

Das IPRG ist grundsätzlich nur dann anwendbar, wenn ein internationaler Sachverhalt vorliegt, d.h., wenn die Umstrukturierung zwischen einer schweizerischen Gesellschaft und einer ausländischen Gesellschaft stattfindet.¹¹⁶ Aus schweizerischer Sicht ist für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts Art. 154 IPRG heranzuziehen. Der Umstand, dass die zu übertragenden Vermögenswerte im Ausland liegen bzw. einen Bezug zum Ausland aufweisen, führt dagegen nicht dazu, dass der Sachverhalt als international zu qualifizieren ist.

Angenommen, dass ein internationaler Sachverhalt vorliegt, stellt sich die Frage, ob die auf die einzelnen Vermögensgegenstände anwendbaren individuellen Einzelstatute zur Anwendung gelangen oder das Gesellschaftsstatut (bzw. Gesamtstatut, bei der Fusion Art. 163a oder 163b IPRG: schweizerisches Recht bei einer Immigrationsfusion, ausländisches Recht bei einer Emigrationsfusion, bei der Vermögensübertragung Art. 163d IPRG: Recht der übertragenden Gesellschaft).

Grundsätzlich nimmt bei Umstrukturierungen das Gesellschaftsstatut in Anspruch, den Subjektwechsel alleine zu regeln (Vorrang des Gesamtstatuts vor dem Einzelstatut: Aus schweizerischer Sicht ist damit unbeachtlich, ob das Einzelstatut bestimmter

nicht klar einem übertragenden Betrieb oder Betriebsteil, einer Kundin- oder Lieferantengruppe oder einer Geschäftstätigkeit zuordnen lassen“ und BÖCKLI, Spaltungsverfahren, 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.

115 AMSTUTZ/MABILLARD, FUSG, Einleitung N 281, weisen u.E. zurecht darauf hin, dass in aller Regel – mit Ausnahme der Gegenpartei – kein besonderes Interesse Dritter besteht, vom Vertragsübergang durch Einsicht in die Handelsregisterunterlagen Kenntnis nehmen zu können und umgekehrt die Gegenpartei ohnehin vom Vertragsübergang zu notifizieren ist, ansonsten diese im Regelfall in analoger Anwendung von Art. 167 OR weiterhin mit befreiender Wirkung an die übertragende Gesellschaft leisten darf.

116 ZK-FusG MÜLLER, Grenzüberschreitende Fusion N 5; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Vorbem. Art. 161-164 IPRG N 4).

Vermögensgegenstände, wie z.B. eine Schuld oder ein Vertrag die vom schweizerischen Recht angeordnete Universalsukzession akzeptiert).¹¹⁷ Gerät das Gesellschaftsstatut mit dem Einzelstatut in Konflikt, stellt sich die Frage, welchem Statut Vorrang gebührt. Verlangt z.B. bei Grundstücken die *lex rei sitae* die Einhaltung ihrer eigenen Vorschriften, indem sie für sich auch die Regelung der Zuordnung des Vermögensgegenstandes zu einer Person bzw. Gesellschaft in Anspruch nimmt, so ist es angezeigt, dass die am Umstrukturierungstatbestand beteiligten Parteien auch diese Vorschriften beachten. Unter Umständen sind entsprechend zusätzliche Formerfordernisse zu erfüllen, um den vollständigen Übergang von Vermögenswerten, Schulden und Verträgen abzusichern und die entsprechenden Vorgänge zu koordinieren.¹¹⁸

Es ist daher jeweils im Einzelnen zu prüfen, ob die vom ausländischen Recht beherrschten Vermögenswerte, Schulden und Verträge durch die ins Auge gefasste Umstrukturierung tatsächlich auf die übernehmende Gesellschaft übergehen, so dass die Erfordernisse des Einzelstatuts gegebenenfalls gebührend berücksichtigt werden können, was auch für den Fall gelten muss, dass es sich zwar um eine reine Binnenumstrukturierung (d.h. zwischen zwei schweizerischen Gesellschaften) handelt, dennoch aber von einem ausländischen Recht „beherrschte“ Vermögenswerte, Schulden und/oder Verträge, übergehen sollen.

X. Praktische Aspekte

A. Aufnahme von Fall-back Klauseln in entsprechende Verträge

Der automatische Vertragsübergang bei Transaktionen nach Fusionsgesetz ergibt sich insbesondere aus dem Prinzip der (partiellen) Universalsukzession.

In der praktischen Ausgestaltung entsprechender Verträge, insbesondere des Vermögensübertragungsvertrages, ist es dennoch ratsam, auch weiterhin explizite Regelungen für den Fall vorzusehen, dass eine Drittpartei die Gültigkeit des Vertragsübergangs (wohl in den allermeisten Fällen zu Unrecht) bestreitet oder sich ein Vertragsübergang aus anderen Gründen – etwa wegen der Anwendbarkeit (zwingenden) ausländischen Rechts – als nicht ökonomisch sinnvoll durchsetzbar erweist.

Eine entsprechende Klausel kann etwa wie folgt lauten:

„Soweit die Durchsetzbarkeit der Übertragung einzelner zum Teilbetrieb “X-geschäft“ der [übertragenden Gesellschaft] gehörigen Vermögensgegenstände, insbesondere auch die

¹¹⁷ VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Vorbem. Art. 161-164 IPRG N 13, mwH.

¹¹⁸ COURVOISIER, Stämpfli Handkommentar FusG, Vorbem. zu Art. 161-164b IPRG N 12 ff.; GIRSBERGER/RODIGUEZ, 267.

Übertragung von Vertragsverhältnissen, Forderungen und Verbindlichkeiten im Außenverhältnis (insbesondere aufgrund ausländischen Rechtes), nicht möglich oder gegenüber Dritten nicht wirtschaftlich sinnvoll durchsetzbar sein sollte, verpflichtet sich die [übertragende Gesellschaft], derartige Vermögensgegenstände, Forderungen und Verbindlichkeiten als Treuhänder der [übernehmenden Gesellschaft] im eigenen Namen, jedoch auf Rechnung und Gefahr der [übernehmenden Gesellschaft] als Treugeber, weiterhin zu halten.

Im Innenverhältnis zwischen [übertragender Gesellschaft] und [übernehmender Gesellschaft] gilt als vereinbart, dass auch in solchen Fällen ungeachtet der Vertretung im Rechtsverhältnis nach aussen das wirtschaftliche Ergebnis aus diesen Vertragsverhältnissen, Forderungen und Verbindlichkeiten der [übernehmenden Gesellschaft] zukommt und zwischen [übernehmender Gesellschaft] und [übertragender Gesellschaft] in geeigneter Form entsprechend der vorstehenden Ergebnistragung ausgeglichen wird.“

B. Einholung der vorgängigen Zustimmung zur Übertragung

Ebenso kann es ratsam sein, insbesondere für die Übertragung wichtiger Verträge, welche explizite Übertragungsvorbehalte oder -verbote (mit Kündigungsrechten bei einem allfälligen Verstoß) vorsehen, die vorgängige Zustimmung der Gegenpartei einzuholen, um zu verhindern, dass die Gegenpartei nach Vollzug der Vermögensübertragung den Vertrag ausserordentlich kündigt und gegebenenfalls – gestützt auf Art. 75 FusG oder direkt – bei der übertragenden Partei gar Schadenersatz wegen Verletzung des Übertragungsverbots geltend zu machen versucht.

Ist die Transaktion insgesamt jedoch sehr sensitiv und ist mit einer Zustimmung der Gegenpartei zum Vertragsübergang ohnehin nicht zu rechnen, kann sich eine entsprechende prophylaktische Anfrage eher kontraproduktiv auswirken. Entsprechend ist in solchen Situationen von einer vorgängigen Anfrage bei der Gegenpartei abzusehen und die Gegenpartei erst nach erfolgtem Vertragsübergang entsprechend zu notifizieren. Gleiches drängt sich auch aus rein praktischen Gründen bei Massenverträgen auf.

Die Mitteilung sollte dabei in allen Fällen so ausgestaltet werden, dass ohne expliziten Widerspruch der Gegenpartei im Falle eines späteren Streites über die Gültigkeit des Übergangs zusätzlich das Argument der konkludenten Genehmigung durch die Gegenpartei zur Verfügung steht.¹¹⁹

¹¹⁹ In diesem Zusammenhang ist zu empfehlen, generell bei der Abfassung oder der Übernahme von Non-Assignment, „Change of Control“, „Confidentiality“ und ähnliche Klauseln – sofern diese überhaupt notwendig sind – Ausnahmen namentlich für eine Übertragung an Gruppengesellschaften oder Joint-Venture Gesellschaften vorzusehen.

C. Mitteilung des Vertragsübergangs

Wie bereits oben (X.B.) dargestellt ist die Mitteilung des Vertragsübergangs an die betroffenen Vertragspartner nach Vollzug der Umstrukturierung in jedem Fall zu empfehlen: Falls keine Notifikation der Gegenpartei erfolgt, darf diese ansonsten im Regelfall in analoger Anwendung von Art. 167 OR weiterhin mit befreiender Wirkung an die übertragende Gesellschaft leisten, unabhängig davon, ob aus den beim Handelsregister hinterlegten Dokumenten – namentlich dem Inventar und allfälligen Anhängen dazu – explizit oder implizit hervorgeht, dass das betreffende Vertragsverhältnis auf die übernehmende Gesellschaft übergegangen ist. Den Vertragspartnern ist nicht zuzumuten, die entsprechenden Dokumente zu konsultieren, selbst wenn sie gegebenenfalls noch grundsätzliche Kenntnis von einer Umstrukturierung haben. Schliesslich kann mit Berücksichtigung auf die Praxis – analog zur Zession – nicht verlangt werden, dass eine Gegenpartei sich stets darüber informiert, ob und falls ja, an wen ein bestimmtes Vertragsverhältnis übergegangen ist und beim Handelsregisteramt um Akteneinsicht in die Belege ersucht, um zu ermitteln, ob das sie betreffende Vertragsverhältnis von der Vermögensübertragung betroffen ist oder nicht.¹²⁰

Sofern die Mitteilung so ausgestaltet ist, dass ohne expliziten Widerspruch der Gegenpartei im Falle eines späteren Streites über die Gültigkeit des Übergangs zusätzlich das Argument der konkludenten Genehmigung durch die Gegenpartei zur Verfügung steht, hilft diese den erfolgten Vertragsübergang im Streitfall auch gegenüber einer sich widersetzenden Gegenpartei durchzusetzen.

D. Auflistung im Inventar

In Anbetracht der verbleibenden Unsicherheiten, wieweit und wie detailliert die zu übertragenden Verträge im Inventar aufzulisten sind,¹²¹ ist wohl zu empfehlen, entweder im Inventar in genereller Art auf bestimmte Kategorien von Verträgen oder auf die zum zu übertragenden Betriebsteile oder Vermögenskomplex gehörenden Verträge zu verweisen und zumindest in Fällen, wo die Zuteilung zu einem bestimmten Betriebsteil nicht eindeutig ist, die wichtigsten Verträge, deren Übertragung von den Parteien unbedingt gewünscht ist, ausdrücklich im Inventar aufzulisten. Bei den übrigen wichtigen Verträgen ist eine Interessenabwägung zwischen Geheimhaltungsinteresse der involvierten Parteien, Risiken einer Nichtzustimmung der Gegenpartei und Rechtssicherheitsbedürfnissen der Umstrukturierungsparteien vorzunehmen.

¹²⁰ Ähnlich auch ZK-FusG BERETTA, vor Art. 69-77 N 65 f. m.w.V..

¹²¹ Siehe vorne bei FN 115.

E. Recht der Gegenpartei auf Vertragsübergang?

Sollte im Rahmen einer Transaktion eine Partei alle, oder fast alle, ihre Vermögenswerte, welche für die Erfüllung eines laufenden Vertrages notwendig sind, übertragen, stellt sich aus Sicht der Vertragsgegenpartei die Frage, ob sie ein Recht hat, dass auch „ihr“ Vertragsverhältnis mitübertragen wird. Entsprechende Überlegungen drängen sich aus zwei Gründen auf: Erstens wird der übertragende Rechtsträger in einer solchen Situation oft kaum mehr in der Lage sein, den Vertrag zu erfüllen und zweitens ist die Vertragsgegenpartei bei einem Vertragsübergang dank der Solidarhaftung von übernehmendem und übertragendem Rechtsträger (z.B. Art. 75 FusG) sowie der situativen Sicherstellungspflicht besser gestellt als bei einem Verbleib des Vertragsverhältnisses beim übertragenden Rechtsträger. Ein möglicher Lösungsansatz zu dieser Frage sieht u.E. folgendermassen aus: Sofern die Vertragsgegenpartei bei (ungerechtfertigter) Nichtübertragung primär an einer Beendigung des Vertragsverhältnisses interessiert ist, hat sie die Möglichkeit, eine Kündigung aus wichtigem Grund geltend zu machen. Liegt das Primärinteresse der Gegenpartei jedoch in der Vertragserfüllung, steht ihr gegebenenfalls die auf Treu und Glauben beruhende Rechtsfigur der Vertrauenshaftung zur Verfügung oder je nach Konstellation auch ein Durchgriffsrecht.¹²²

XI. Fazit

Der automatische Vertragsübergang ist bei den Umstrukturierungsformen Fusion und Aufspaltung unbestritten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Spaltung und der herrschenden Lehre kommt der partiellen Universalsukzession, wie sie bei der Abspaltung oder der Vermögensübertragung stattfindet, dieselbe qualitative Wirkung zu wie einer vollkommenen Universalsukzession. Demzufolge findet auch bei diesen Umstrukturierungstatbeständen nach Fusionsgesetz ein automatischer Vertragsübergang statt.

Trotzdem ist aus praktischer Sicht für solche Umstrukturierungen regelmässig eine Fall-back Klausel¹²³ zu empfehlen. Dies, weil einerseits die Rechtslage trotz der ganz überwiegenden Lehre¹²⁴ sowie der existierenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht vollständig durch ein höchstrichterliches Urteil geklärt ist und andererseits andere Übertragungshindernisse einem Vertragsübergang (nicht nur bei der Vermögensübertragung und der Abspaltung, sondern auch bei der Fusion und der Auf-

¹²² Je nach Konstellation ein sog. Querdurchgriff (siehe etwa BGE 113 II 31 und dazu DRUEY/VOGEL, S. 43 ff. u. 80), ein umgekehrter Durchgriff (siehe BGE 85 II 111 und dazu DRUEY/VOGEL, S. 79 ff.) oder ein klassischer Durchgriff (siehe BGE 81 II 455).

¹²³ Siehe den Formulierungsvorschlag unter Abschnitt X. A.

¹²⁴ Siehe vorne FN 47 und 78.

spaltung) entgegenstehen können. Zu diesen Hindernissen gehören gesetzliche und vertragliche Übertragungsbeschränkungen, Change of Control Klauseln, ad personam abgeschlossene Verträge, die Unzumutbarkeit des Vertragsübergangs oder der Rechtsmissbrauch.

Bibliographie/Literatur

- AEBERSOLD Thomas, Umstrukturierung von Unternehmen durch Vermögensübertragung, in: Jusletter vom 7. Juni 2004.
- ALTENBURGER Peter R./CALDERAN Massimo/LEDERER Werner (2004), Schweizerisches Umstrukturierungsrecht: Ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht, Zürich 2004.
- AMSTUTZ Marc/MABILLARD Ramon, Fusionsgesetz (FusG): Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, Basel 2008.
- BAHAR, Rashid, Commentaire de la Loi Fédérale sur la Fusion, la Scission, la Transformation et le Transfert de Patrimoine ainsi que des dispositions des lois fédérales modifiées par la LFus (LDFR, CO, LFors, LDIP, CP, LT, LIFD, LHID, LIA, LPP, LB, LSA), Genève 2005.
- Baker & McKenzie (Hrsg.), Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, Bern 2003.
- BAUER Christoph, Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang: Unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes, Zürich 2010.
- BEHNISCH Urs R./BÜCHI Raffael, Mängel des Entwurfs zum Fusionsgesetz im Bereich der Spaltung, in: Jusletter vom 24. September 2001.
- BERETTA Piera, Unstimmigkeiten in der Botschaft zum Fusionsgesetz-Entwurf, in: Jusletter vom 19. November 2001.
- BERETTA Piera, Strukturanpassungen: Fusion, Spaltung, Umwandlung, Vermögensübertragung, Basel 2006.
- BINDER Andreas, Wege, Irrwege und Umwege für Umstrukturierungen: Situation de lege lata und Vorschläge de lege ferenda, in: GesKR 2007, S. 123 ff.
- BÖCKLI Peter, Rechtsfragen zum Spaltungsverfahren des Fusionsgesetzes: Aufbauende Anregungen mit Auslegungsvorschlägen, in: Der Schweizer Treuhänder 2004, S. 899 ff.
- BÖCKLI Peter, 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. Aufl., Zürich 2009.
- BOHRER Andreas, Übergang von Verträgen bei der Vermögensübertragung: Irrungen und Wirrungen mit Praxisrelevanz, in: Der Schweizer Treuhänder 2004, S. 933 ff.

- BRÜHWILER Jürg, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Art. 319.343 OR, 2. Auflage, Bern 1996.
- BUCHER Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988.
- CHAMPEAUX Christian, Fusionsgesetz – Aspekte der Handelsregisterpraxis (2), in: REPRAX 3/2011, S. 1 ff.
- CHAMPEAUX Christian/TURIN Nicholas, Check-Listen für Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz, in: REPRAX 2004, S. 79 ff.
- CRAMER Conradin, Der unhistorische Gesetzgeber, AJP/PJA 2006, S. 515 ff.
- DAENIKER Daniel/TSCHÄNI Rudolf/VOGT Nedim Peter/WATTER Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005.
- DRUEY Jean Nicolas/VOGEL Alexander, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999.
- DRUEY Jean Nicolas; DRUEY JUST Eva; GLANZMANN Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich 2010.
- GERSBACH Andreas, Die besonderen Transaktionsformen Spaltung und Vermögensübertragung, ZBGR 3/2004, S. 197 ff.
- GIRSBERGER Daniel/RODRIGUEZ Rodrigo, FusG und Internationales Privatrecht, SZW 76/2004, S. 259 ff.
- GLANZMANN Lukas, Der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan im neuen Fusionsgesetz, in: AJP/PJA 2004, S. 815 ff.
- GLANZMANN Lukas, Umstrukturierungen: Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 2. Aufl., Bern 2008.
- GNOS Urs/VISCHER Markus, Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz 2007-2010, in: AJP/PJA 2011, S. 402 ff.
- GWELESSIANI Michael, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, Zürich 2008.
- KUHLMANN Jens/AHNIS Erik, Konzern- und Umwandlungsrecht, 2010.
- KUNZ Peter V., Umwandlung und Vermögensübertragung im neuen schweizerischen Fusionsrecht - Blicke zurück und nach vorne, in: AJP/PJA 2004, S. 802 ff.
- LOSER-KROGH Peter, Die Vermögensübertragung - Kompromiss zwischen Struktur-anpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes, in: AJP/PJA 2000, S. 1095 ff.
- MALACRIDA Ralph, Spaltung von Gesellschaften, in: SZW 2004 Halbband I, S. 39 ff.
- MAROLDA MARTINEZ Larissa/VON DER CRONE Hans C. (2004), 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, S. 297 ff.
- MOSER Martin (2004), Die Vermögensübertragung, in: EY Law (Hrsg.), Das neue Fusionsgesetz, Zürich 2004, S. 42 ff.
- PETER Henry, Le sort des contrats en cas de transfert de patrimoine, in: SZW 2004, S. 223 ff.
- SANDHAUS Sebastian/RUBEL Jörgen, Der Wegfall des § 132 UmwG: Konsequenzen für die Beachtlichkeit von Übertragungshindernissen bei der Spaltung, Der Konzern 2009, S. 327 ff.
- SCHUMACHER Reto T., Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, Zürich 2005.
- SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012
- SPORI Peter/MOSER Martin, Fusionsgesetz: Kongruenzen und Inkongruenzen zwischen Zivil- und Steuerrecht, in: ZBJV 2004, S. 301 ff.
- TSCHÄNI Rudolf, Vermögensübertragung, in: ZSR 2004 Halbband ,I S. 83 ff.
- TSCHÄNI Rudolf, Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz und auf anderen Wegen, in: GesKR 2007, S. 170 ff.
- TURIN Nicholas, Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion, Basel 2003.
- VISCHER Frank, Des principes de la loi sur la fusion et de quelques questions controversées, in: SZW 2004, S. 155 ff.
- VISCHER Frank (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht), 2. Aufl. Zürich 2012
- VISCHER Markus, Auswirkungen des Fusionsgesetzes auf Share und Asset Deals – zugleich ein Beitrag zur Vermögensübertragung, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VII, Zürich 2005, S. 211 ff.
- VOGEL Alexander/HEIZ Christoph/BEHNISCH Urs R./SIEBER Andrea, FusG Kommentar: Fusionsgesetz, Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung; Fusionsgesetz artikelweise kommentiert; Änderungen bisherigen Rechts; Kreisschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung, 2. Aufl., Zürich 2012.
- VOGEL Alexander/GÜNTER Michael, Der Vertragsübergang bei Vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz, in AJP/PZA, 5/2012, S. 592-612

- VON BÜREN Roland, Der Übergang von Verträgen im Rahmen von Vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz, in: Tradition mit Weitsicht – Festschrift für Eugen Bucher, Bern/Zürich 2009, S. 29 ff.
- VON DER CRONE Hans C./GERSBACH Andreas/KESSLER Franz J., et al., Das Fusionsgesetz, 1. Aufl., Zürich 2004.
- VON SALIS-LÜTOLF, Ulysses, Fusionsgesetz, Zürich 02/2004, fusionsgesetz.ch.
- WATTER Rolf/KÄGI Urs, Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen, in: SZW 2004, S. 231 ff.
- WEBER Philippe, Die Vermögensübertragung, in: Kellerhals Andreas/Luginbühl Jürg (Hrsg.), Fusionsgesetz, Zürich 2004, S. 123 ff.
- WIEGAND Wolfgang, Die Überleitung von Rechtsverhältnissen, in: Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Bern 1998, S. 51 ff.