

Sonderdruck aus:

EUROPA INSTITUT ZÜRICH Band 53

Fusionsgesetz

Herausgeber: Andreas Kellerhals / Jürg Luginbühl

PHILIPPE WEBER

Die Vermögensübertragung

Die Vermögensübertragung

Philippe Weber

Inhalt

I.	Einleitung	124
II.	Grundzüge der Vermögensübertragung	124
	1. Allgemeiner Überblick	124
	2. Gläubigerschutz	127
	3. Arbeitnehmerschutz	128
	4. Verwendungszweck	130
III.	Ausgewählte Problembereiche für den Praktiker	131
	1. Handelsregisterrechtliche Aspekte	131
	2. Geheimhaltung	133
	a) Verletzung von Geheimhaltungspflichten gegenüber Dritten	134
	b) Publizität von Vermögensübertragungsvertrag und Kaufpreis	134
	3. Abschlusskompetenz <i>und</i> Verantwortung	136
	4. Was kann (nicht) mit der Vermögensübertragung übertragen werden?	137
	a) Grundsatz der Privatautonomie	137
	b) Übertragbarkeit ganzer Vertragsverhältnisse?	138
	c) Übertragbarkeit zukünftiger Vermögenswerte?	141
	d) Aktivenüberschuss als zwingendes Erfordernis	143
	5. Spezifizierung der übergehenden (und nicht übergehenden) Vermögenswerte	144
	a) Detaillierungsgrad	144
	b) Nicht zugeordnete Gegenstände des Aktivvermögens	144
	c) Nicht zugeordnete Gegenstände des Passivvermögens	145
	6. (Beschränkte) Publizitätswirkung der Handelsregistereintragung	146
	7. Vermögensübertragungen ausserhalb des Fusionsgesetzes?	147
	8. Sicherungsgeschäfte auf dem Wege der Vermögensübertragung?	148
IV.	Schlussfolgerungen	149
	Literaturverzeichnis	150

I. Einleitung

Die Vermögensübertragung kann mit Fug als *innovativster Teil* des Fusionsgesetzes bezeichnet werden. Dieser innovative Charakter sowie der Umstand, dass die Vermögensübertragung erst in einer vergleichsweise späten Phase als eigenständiges Rechtsinstitut in den Gesetzesentwurf aufgenommen wurde, dürften erklären, weshalb sich hier sehr viele Rechts- und Anwendungsfragen stellen, die wohl nur teilweise bedacht werden konnten.

Es überrascht daher kaum, dass bereits wenige Monate nach Inkrafttreten des Fusionsgesetzes zahlreiche Publikationen zur Vermögensübertragung vorliegen, in denen teilweise *kontrovers und mitunter stark differenzierend* über wesentliche Rechtsfragen diskutiert wird.¹ Im Zentrum steht dabei gegenwärtig die Übertragbarkeit von Vertragsverhältnissen. Interessant und praxisrelevant ist aber z.B. auch die Frage, ob bzw. inwieweit die Vermögensübertragung *allgemein* – also nicht nur im Rahmen eines eng verstandenen Umstrukturierungsrechts – eine *neue Übertragungsform für Aktiven und Passiven* darstellt und sich ihr Anwendungsbereich dadurch zusätzlich erweitert.

Vor dem genannten Hintergrund werden im nachstehenden Abschnitt II. die Grundzüge der Vermögensübertragung dargestellt. Abschnitt III. befasst sich anschliessend mit ausgewählten Problembereichen für den Praktiker. Den Abschluss bildet der Versuch einer kurzen Würdigung in Abschnitt IV. Nicht behandelt werden steuerliche Aspekte sowie die besonderen gesetzlichen Regelungen betreffend Stiftungen, Vorsorgeeinrichtungen und Institutionen des öffentlichen Rechts.²

II. Grundzüge der Vermögensübertragung

1. Allgemeiner Überblick

Mit der Vermögensübertragung können Gesellschaften und Einzelunternehmen ihre Aktiven und Passiven ganz oder teilweise *nach Massgabe eines Inventars*

¹ S. das Literaturverzeichnis am Ende dieses Beitrags.

² Zu Letzterem s. Art. 86 f. FusG (Stiftung), Art. 98 FusG (Vorsorgeeinrichtungen) sowie Art. 99 f. (Institute des öffentlichen Rechts). Zu den steuerlichen Aspekten s. den nachstehenden Beitrag von HEINI RÜDISÜHLI und die dort zitierte Literatur.

auf andere Rechtsträger des Privatrechts übertragen, sofern sie im Handelsregister eingetragen sind.³

Da grundsätzlich nur die *übertragende Partei* die Vermögensübertragung im Handelsregister anmelden muss, kommen als *Übernehmende* auch Parteien in Frage, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, also namentlich natürliche Personen oder Personen mit Sitz im Ausland.⁴

Die Vermögensübertragung wird mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam. In diesem Zeitpunkt gehen alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven *von Gesetzes wegen (uno actu)* auf den übernehmenden Rechtsträger über, *ohne* dass die für die Einzelübertragungen geltenden Formvorschriften und Publizitätsformen (also z.B. Besitzübertragung, Zession, Indossierung, konstitutive Grundbuchanmeldung, Schuldübernahme usw.) erfüllt werden müssen.⁵ Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage stellt dies vor allem mit Bezug auf den Übergang von Aktiven eine erhebliche Erleichterung dar.

Die Vermögensübertragung bedarf eines *schriftlichen*⁶ Übertragungsvertrags. Er muss gemäss Art. 70 Abs. 1 FusG von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen der beteiligten Rechtsträger abgeschlossen werden und mindestens folgende Punkte enthalten:

- *Firma* oder *Name, Sitz und Rechtsform* der beteiligten Rechtsträger;
- *Inventar* mit der eindeutigen Bezeichnung der zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens; Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte sind einzeln aufzuführen;
- *Gesamtwert* der zu übertragenden Aktiven und Passiven;

³ Art. 69 ff. FusG, insbes. Art. 69 Abs. 1 FusG.

⁴ S. statt vieler BSK FusG-MALACRIDA, Art. 69 N 7 m.H., wonach der Begriff „Rechtsträger“ in Art. 69 Abs. 1 FusG über die (enge) Legaldefinition gemäss Art. 2 lit. a. FusG hinausgeht. Zu grenzüberschreitenden Aspekten s. Art. 163d IPRG sowie BÖCKLI, § 3 N 398 m.H., GIRSBERGER/RODRIGUEZ, MÜLLER sowie VON DER CRONE et al, N 1151 ff.

⁵ Vgl. 73 Abs. 2 FusG und Botschaft, 4361. Zu nicht konstitutiven Massnahmen, die nach dem Handelsregistereintrag zu beachten bzw. empfehlenswert sind, s. ausführlich TSCHÄNI, 93 ff.

⁶ Werden Grundstücke übertragen, so bedürfen entsprechende Teile des Vertrags der öffentlichen Beurkundung. Liegen Grundstücke in verschiedenen Kantonen, genügt eine öffentliche Urkunde, die durch eine Urkundsperson am Sitz der übertragenden Gesellschaft errichtet wird (Art. 70 Abs. 2 FusG).

- allfällige *Gegenleistung*;
- Liste der *Arbeitsverhältnisse*, die mit der Vermögensübertragung übergehen.

Das Gesetz schreibt weder vor, dass eine *Gegenleistung* erbracht werden muss, noch bestehen fusionsgesetzliche Vorschriften zur Angemessenheit einer allfälligen *Gegenleistung*.⁷ Erhalten *Gesellschafter der übertragenden Partei* als Ersatz Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Partei, gelten gemäss Art. 69 Abs. 1 FusG die Vorschriften über die Spaltung im 3. Kapitel (Art. 29 ff.) des Fusionsgesetzes.

Im Gegensatz zu den übrigen Rechtsinstituten des Fusionsgesetzes sind die *Informationspflichten gegenüber Gesellschaftern äusserst beschränkt*. Art. 74 Abs. 1 FusG sieht lediglich vor, dass das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan der *übertragenden* Gesellschaft die Gesellschafter im Anhang zur Jahresrechnung bzw. an der nächsten Generalversammlung, also nur *ex post*, informieren muss.⁸ Die Informationspflicht entfällt gemäss Art. 74 Abs. 3 FusG ganz, falls die übertragenen Aktiven weniger als 5% der Bilanzsumme (Summe von Umlauf- und Anlagevermögen, exklusive allfälliger Bilanzverlust) der übertragenden Gesellschaft ausmachen. Hingegen bestehen, anders als bei der Fusion, keine weiteren Erleichterungen für KMU. Die *übernehmende Partei* trifft nach Fusionsgesetz keine Informationspflicht gegenüber ihren Gesellschaftern.⁹

Obwohl im Gesetzestext nicht ausdrücklich erwähnt, steht den Gesellschaftern der beteiligten Rechtsträger die *Anfechtungsklage* gemäss Art. 106 f. FusG auch im Falle der Vermögensübertragung zur Verfügung.¹⁰ Die Klage ist innert zwei Monaten ab Publikation im SHAB einzureichen. Da wie gesehen eine individu-

⁷ Es gelten weiterhin die allgemeinen Regeln zum Kapitalschutz und zur Liquidation sowie die Art. 285 ff. SchKG und Art. 163 ff. StGB; s. Art. 69 Abs. 2 FusG sowie BÖCKLI, § 3 N 378 f. und ZK FusG-BERETTA, Art. 69 N 13 ff.

⁸ Gemäss Art. 74 Abs. 2 FusG sind rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen: (a) Zweck und Folgen der Vermögensübertragung, (b) der Übertragungsvertrag, (c) die *Gegenleistung* und (d) die Folgen für die Arbeitnehmer und Hinweise auf den Inhalt eines allfälligen Sozialplans.

⁹ Zu beachten bleiben andere gesetzliche, regulatorische und allenfalls statutarische Informationspflichten, z.B. im Rahmen der *ad hoc*-Publizität gemäss Art. 72 Kotierungsreglement SWX.

¹⁰ S. dazu die weitergehenden Ausführungen im nachstehenden Beitrag von VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER.

elle Information der Gesellschafter nur *ex post* zu erfolgen hat, riskieren uneteiligte Gesellschafter, die nicht aufmerksam die Publikation im SHAB verfolgen, die Frist zu verpassen.¹¹

Werden *Arbeitsverhältnisse* übertragen, sind die Informations- und Konsultationspflichten gemäss Art. 333a OR zu beachten. Abweichend von Art. 333a OR sieht Art. 77 Abs. 1 FusG vor, dass diese Pflicht nicht nur den übertragenden sondern auch den *übernehmenden Arbeitgeber* trifft.¹² Bei Missachtung dieser Vorschriften kann gemäss Art. 77 Abs. 2 FusG die Arbeitnehmervertretung (bzw., sofern keine solche besteht, jeder betroffene Arbeitnehmer) vom Gericht verlangen, dass die Eintragung der Vermögensübertragung im Handelsregister untersagt wird. Da grundsätzlich eine Information bzw. Konsultation *nach Unterzeichnung aber vor Vollzug* des Übertragungsvertrags ausreichend ist, dürfte das Sperrpotential der Arbeitnehmerschaft bei Vermögensübertragungen in der Praxis beschränkt bleiben.

Will man somit ein erstes Fazit ziehen, so zeigt sich, dass die *Anforderungen bei der Vermögensübertragung vergleichsweise gering* sind: Es genügt in der Regel ein schriftlicher Vertrag, der vom obersten Exekutivorgan abgeschlossen wird, sowie die anschliessende Eintragung im Handelsregister durch die übertragende Partei. Die Informations- und Konsultationspflichten sind bescheiden. Bewertungsgutachten oder Prüfungsberichte sind grundsätzlich ebenso wenig notwendig wie die Durchführung eines Schuldenrufs oder die Auflage zur Einsicht.

2. Gläubigerschutz

Art. 75 Abs. 1 FusG bestimmt, dass die übertragende Partei für die vor der Vermögensübertragung begründeten Schulden während dreier Jahre solidarisch mit dem neuen Schuldner haftet. Die Frist beginnt gemäss Art. 75 Abs. 2 FusG am Tag der Veröffentlichung bzw., wird die Forderung erst nach der Veröffentlichung fällig, mit deren Fälligkeit. Gegenüber der bisherigen Regelung in Art. 181 Abs. 2 OR ergeben sich somit zwei wesentliche Änderungen: Erstens, die *Frist wurde um ein Jahr verlängert*; zweitens, sie ist nicht mehr eine Ver-

¹¹ Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass auch im Bereich der Vermögensübertragung die Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 108 FusG zur Verfügung steht.

¹² Gemäss Art. 77 Abs. 3 FusG gilt die Pflicht auch für übernehmende Rechtsträger mit Sitz im Ausland. Das FusG beansprucht hier somit „extraterritoriale“ Wirkung.

wirkungs- sondern eine *Verjährungsfrist* und kann folglich gemäss Art. 135 OR unterbrochen werden.

Eine weitere wesentliche Neuerung gegenüber dem bisherigen Art. 181 OR bietet Art. 75 Abs. 3 FusG. Danach müssen die an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger *übertragene Schulden* sicherstellen, wenn entweder die solidarische Haftung vor Ablauf der Frist von 3 Jahren entfällt *oder* Gläubiger glaubhaft machen, dass die solidarische Haftung keinen ausreichenden Schutz bietet.

Die vorstehenden Ausführungen geben in praktischer Hinsicht Anlass zu folgenden Bemerkungen:

- Aus Sicht des *übertragenden Rechtsträgers* ist zu beachten, dass er noch während sehr langer Zeit für übertragene Schulden haftet und sogar zur Sicherstellung angehalten werden kann. Entsprechend empfiehlt sich, im Übernahmevertrag klare Regeln zur Abwehr von Drittansprüchen sowie zur Schadloshaltung aufzunehmen. In bestimmten Konstellationen wird sich zudem empfehlen, die Erfüllung übertragener Verbindlichkeiten abzusichern, z.B. mittels *Escrow*-Vertrag, Garantie oder Abschluss einer Versicherung.
- Aus Sicht des *Übernehmers* ist zu beachten, dass er z.B. im Falle der Liquidation des übertragenden Rechtsträgers gemäss Gesetzeswortlaut selbst dann zur Sicherstellung übergehender Passiven angehalten werden kann, wenn der Übernehmer möglicherweise sogar unbestritten solvent ist.¹³
- Aus Sicht *beider Parteien* kommt einer sorgfältigen Beschreibung übergehender und nicht übergehender Passiven essentielle Bedeutung zu. Auf diesen Punkt wird nachstehend in Abschnitt III.5. ausführlicher eingegangen.

3. Arbeitnehmerschutz

Art. 76 Abs. 1 FusG verweist bezüglich Übergang der Arbeitsverhältnisse auf Art. 333 OR. Daraus folgt, dass im Falle einer Vermögensübertragung alle zum (übertragenen) Betrieb oder Betriebsteil gehörenden Arbeitsverhältnisse auf die übernehmende Partei übergehen. Dabei ist unbeachtlich, ob der betreffende Ar-

¹³ S. zum Problem der langfristigen Eventualbelastung BÖCKLI, § 3 N 395.

beitsvertrag im Inventar aufgeführt wurde.¹⁴ Der Arbeitnehmer hat gemäss Art. 333 Abs. 1 OR das Recht, den Übergang des Arbeitsverhältnisses abzulehnen. Macht er davon Gebrauch, endet das Arbeitsverhältnis unabhängig von der vertraglichen Kündigungsfrist mit der gesetzlichen Kündigungsfrist.

Nach Art. 76 Abs. 2 FusG findet Art. 75 FusG Anwendung auf alle Verbindlichkeiten aus Arbeitsvertrag, die bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte, oder, bei Ablehnung des Übergangs, vom Arbeitnehmer beendet wird. Mit anderen Worten bleibt die übertragende Partei für die genannten Forderungen aus Arbeitsverhältnissen während dreier Jahre solidarisch haftbar.

In der Lehre ist kontrovers, ob im Rahmen der Vermögensübertragung Art. 333 f. OR (und somit Art. 76 FusG und Art. 77 FusG) selbst dann anwendbar sind, wenn kein *Betrieb* oder *Betriebsteil* i.S.v. Art. 333a OR übertragen wird.¹⁵ Infolgedessen ist unsicher, ob die vorstehend beschriebenen Regeln, einschliesslich die in Abschnitt II.1. erwähnten Informations- und Konsultationspflichten, auch dann gelten, wenn Arbeitsverhältnisse aus einem Unternehmen ausgegliedert werden, ohne dass diese einen Betrieb (steil) im eng verstandenen Sinne gemäss Art. 333 OR darstellen.¹⁶ Dabei ist zu beachten, dass eine Anwendbarkeit von Art. 333 f. OR nicht einmal stets im Interesse des betroffenen Arbeitnehmers liegen wird. Lehnt er den Übergang ab, führt dies im Falle der Anwendbarkeit von Art. 333 OR zur Beendigung seines Arbeitsverhältnisses innert kurzer gesetzlicher Kündigungsfrist. Meines Erachtens ist es daher sachgerecht, Art. 76 f. FusG i.V.m. Art. 333 f. OR nur anzuwenden, sofern die zu übertragenden Arbeitsverträge in einem unlösbaren Zusammenhang mit den übrigen im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven stehen *und* Letztere eine organisch in sich geschlossene Sachgesamtheit bilden.¹⁷ Solange diese praxisrelevante Frage nicht geklärt ist, ist es in wichtigen Fällen ratsam, die frei-

¹⁴ TSCHÄNI, 98.

¹⁵ So ZK FusG-HUBSCHMID, Art. 76 N 1 und Art. 77 N 1; a.M. REINERT, FusG 76 N 1 f.; s. ferner VON DER CRONE et al., N 946 ff.

¹⁶ Ein Betrieb gemäss Art. 333 OR ist eine in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt. Betriebsteile sind selbstorganisierte Leistungseinheiten, denen die wirtschaftliche Selbständigkeit fehlt. Ein *Betriebsübergang* i.S.v. Art. 333 OR setzt voraus, dass die betreffende Leistungseinheit ihre *Identität*, d.h. den Betriebszweck, die Organisation und den individuellen Charakter im Wesentlichen bewahrt; s. BSK OR-REHBINDER/PORTMANN, Art. 333 N 2.

¹⁷ S. auch Abschnitt III.4.b).

willige Einhaltung der Informations- und Konsultationspflichten sowie die Aufnahme besonderer Schadloshaltungsregeln im Übernahmevertrag zu prüfen.

4. Verwendungszweck

Aufgrund des breit angelegten Anwendungsbereichs übernimmt die Vermögensübertragung die Funktion einer *Generalklausel im Umstrukturierungsrecht* und bietet ein flexibles und offenes Instrument zur Übertragung von Aktiven und Passiven in unterschiedlichsten Fallkonstellationen. Entsprechend kann sie für eine Vielzahl von Umstrukturierungsvorhaben verwendet werden, z.B. bei:

- Sacheinlagen im Rahmen von Gründungen und Kapitalerhöhungen sowie zur Verwirklichung fusions- und umwandlungsähnlicher Sachverhalte (etwa wenn eine Fusion oder Umwandlung unzulässig ist);
- (Sach-)Ausschüttungen im Rahmen von Kapitalherabsetzungen, Dividenden und Liquidation;
- Veräusserungen von Unternehmen oder Unternehmensteilen (*Asset Deal*).¹⁸

Begreift man darüber hinaus die Vermögensübertragung nicht als blossen Veräusserungsvertrag sondern als *Verfügungsgeschäft mit einer schuldrechtlichen Komponente* sowie generell als neue Übertragungsform für Aktiven und Passiven,¹⁹ eröffnen sich vielfältige Anwendungsmöglichkeiten auch ausserhalb (eng verstandener) gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierungen, z.B. zur Erfüllung anderer sachenrechtlicher Rechtsgeschäfte.²⁰

¹⁸ S. die weiteren Beispiele in ZK FusG-BERETTA, vor Art. 69-77 N 9 ff.

¹⁹ So m.E. überzeugend BSK FusG-MALACRIDA, Art. 69 N 9 f und Art. 71 N 2 m.H. auf abweichende Lehrmeinungen.

²⁰ S. die Beispiele bei BSK FusG-MALACRIDA, Art. 69 N 10 sowie nachstehend Abschnitt III.8.

III. Ausgewählte Problembereiche für den Praktiker

1. Handelsregisterrechtliche Aspekte²¹

Der Eintragung im Handelsregister kommt *konstitutive Wirkung* zu.²² Aufgrund der nachstehend in Abschnitt III.6. zu beschreibenden (beschränkten) Publizitätswirkung der Handelsregistereintragung wird sich in der Praxis dennoch empfehlen, zumindest in Bezug auf wesentliche Vermögenswerte die Übertragung nach den *Methoden der Einzelrechtsnachfolge nachzuvollziehen*, also z.B. den Besitz zu übertragen, Wertpapiere (indossiert) zu übergeben, Zessionen und Schuldübernahmen betroffenen Drittparteien anzuzeigen usw.²³

Eintragungspflichtig ist wie gesehen nur der übertragende Rechtsträger. Im Falle einer Sacheinlagegründung mittels Vermögensübertragung sowie wenn die Gegenleistung für eine Vermögensübertragung ihrerseits in einer Vermögensübertragung besteht, hat die Anmeldung *ausnahmsweise* auch durch den übernehmenden Rechtsträger zu erfolgen.²⁴ Diese wird gemäss Art. 73 Abs. 1 FusG durch das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan²⁵ vollzogen. Sofern die Parteien es nicht anders vereinbaren und kein meldepflichtiger Vorgang i.S.v. Art. 9 KG vorliegt, hat die Anmeldung grundsätzlich umgehend zu erfolgen. Weigert sich der übertragende Rechtsträger, die Anmeldung vorzunehmen, kann der Übernehmer gegen Ersteren auf Abgabe einer Erklärung zur Eintragung klagen, wobei das anschliessende Urteil die Anmeldung des säumigen Verwaltungsrates ersetzt. Um solche Situationen zu vermeiden, sollte wohl in wichtigen Fällen entweder die Bezahlung der Gegenleistung von der Eintragung im Handelsregister abhängig gemacht werden (allenfalls gesichert durch

²¹ S. dazu auch den nachstehenden Beitrag von MICHAEL GEWELESSIANI sowie die (revidierten) Erläuterungen des EHRA zur Handelsregisterverordnung, deren Veröffentlichung bei Abschluss des vorliegenden Beitrags bevorstand.

²² Die Parteien können aus steuerlichen oder buchhalterischen Gründen vereinbaren, dass die Vermögensübertragung rückwirkend auf ein bestimmtes Datum erfolgen soll; s. statt vieler TURIN, 177.

²³ Davon abgesehen ist betreffend Grundstücke Art. 104 Abs. 2 FusG zu beachten, der eine (nicht konstitutive) Anmeldung der Grundstückübertragung unmittelbar nach Eintragung der Vermögensübertragung im Handelsregister vorschreibt.

²⁴ BSK FusG-MALACRIDA, Art. 73 N 3; ZK FusG-BERETTA, Art. 73 N 4.

²⁵ S. dazu die praktische Übersicht bei TURIN, 165 f.

Hinterlegung des Kaufpreises bei einem *Escrow Agent*²⁶) oder eine Bezahlung der Gegenleistung Zug-um-Zug gegen Übergabe der unterzeichneten (und vorgeprüften) Anmeldung samt Belegen vereinbart werden.²⁷

Die *erforderlichen Belege* sind gemäss Art. 108 HRegV (a) der Übertragungsvertrag sowie (b) die Auszüge aus den Protokollen der obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane der beteiligten Rechtsträger über den Abschluss des Vermögensübertragungsvertrages, sofern der Vertrag nicht von allen Mitgliedern dieser Organe unterzeichnet ist.²⁸

Für die *Kognition der Handelsregisterbehörden* verweist Art. 111 Abs. 1 HRegV auf die allgemeinen Regeln in Art. 21 HRegV (und Art. 940 OR); gemäss Art. 111 Abs. 2 HRegV lehnt das Handelsregisteramt die Eintragung *insbesondere* dann ab, wenn die erfassten Gegenstände offensichtlich nicht frei übertragbar sind. Das Wort „insbesondere“ macht deutlich, dass mit Art. 111 Abs. 2 HRegV lediglich eine beispielhafte Konkretisierung und keine Erweiterung der Kognitionsbefugnis beabsichtigt war. Die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätze zur (beschränkten) Kognition gelten somit m.E. auch im Rahmen der Vermögensübertragung.²⁹ Daraus folgt, dass das Handelsregisteramt die Anmeldung z.B. nicht verweigern darf, wenn im Inventar Vermögenswerte enthalten sind, deren (freie) Übertragbarkeit im Rahmen der Vermögensübertragung umstritten ist, was namentlich gegenwärtig für die Übertragung von Verträgen gilt. Da der Handelsregistereintragung insofern keine *heilende Wirkung*³⁰ zukommt, bleibt allerdings die Unsicherheit, ob inventarisierte Verträge trotz Eintragung im Inventar nicht übergegangen sind.

²⁶ S. ISLER PETER, *Escrow-Vertrag bei Unternehmensübernahmen*, in: TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions II*, Zürich 2000, 181 ff.

²⁷ ZK FusG-BERETTA, Art. 73 N 16.

²⁸ Sofern eine schriftliche Beschlussfassung zulässig ist, wird auf Seiten der übertragenden Partei ausreichen, wenn anstelle des Protokolls die Handelsregisteranmeldung von allen Mitgliedern des zuständigen Organs unterzeichnet wird (Art. 28 Abs. 5 HRegV).

²⁹ Ausführlich zu den allgemeinen Grundsätzen MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 30-46. Die Kognition im Rahmen der Vermögensübertragung ist allerdings umstritten; s. BSK FusG-MALACRIDA, Art. 73 N 6 und 15; TURIN, 179 ff.; ZK FusG-BERETTA, Art. 73 N 19 ff.; ZK FusG-VISCHER, Einleitung N 48; s. ferner die in FN 21 erwähnten Erläuterungen des EHRA zur HRegV.

³⁰ Gegen eine heilende Wirkung sprechen sich grundsätzlich TSCHÄNI, 93 sowie TURIN, 160 ff. aus; eher dafür LOSER-KROGH, 1002; differenzierend BSK FusG-MALACRIDA, Art. 73 N 8 f. Zur bisherigen Rechtslage bei der Fusion s. BGE 97 I 487 E. 3b sowie 116 II 716 E. 4b.

Der *Inhalt der Eintragung* (und der entsprechenden Publikation im SHAB) ergibt sich aus Art. 108b HRegV. Danach werden beim übertragenden Rechtsträger eingetragen:

- Firma oder Name, Sitz sowie Identifikationsnummer der beteiligten Rechtsträger;
- Datum des Übertragungsvertrages;
- Gesamtwert der gemäss Inventar übertragenen Aktiven und Passiven;
- allfällige Gegenleistung.

Nicht publiziert wird somit das Inventar. Es ist aber daran zu erinnern, dass der Übertragungsvertrag (inklusive Inventar) als Beleg beim Handelsregister Dritten gemäss Art. 930 OR uneingeschränkt zur Einsicht offen steht. In praktischer Hinsicht, insbesondere unter dem Aspekt der Geheimhaltung, ist das nicht unproblematisch.³¹

Zur *Vertragsprache* ist festzuhalten, dass in der Praxis selbst unter Schweizer Parteien Unternehmenskaufverträge zunehmend in Englisch abgefasst werden. Art. 7 Abs. 2 HRegV erlaubt zwar, dass Belege in einer anderen Sprache als einer Amtssprache eingereicht werden. Allerdings kann der Registerführer eine beglaubigte Übersetzung verlangen, wenn die Einsicht Dritter dadurch beeinträchtigt wird, was namentlich bei komplizierten Verträgen denkbar ist.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen wird es sich zumindest in einer Anfangsphase sowie in komplizierten und wichtigen Fällen empfehlen, Entwürfe der Anmeldung und Belege dem Handelsregister zur *Vorprüfung* einzureichen bzw. frühzeitig um Errichtung einer *Task Force*, wie dies z.B. das Handelsregisteramt des Kantons Zürich anbietet, zu ersuchen.

2. Geheimhaltung

Der Vermögensübertragungsvertrag (inklusive Inventar) ist wie gesehen ein notwendiger Beleg für die Anmeldung beim Handelsregister. Gemäss Art. 930 OR ist das Handelsregister mit Einschluss der Anmeldungen und Belege öffentlich. Unter dem Aspekt der Geheimhaltung stellen sich somit für die beteiligten Personen unter anderem die nachstehend beschriebenen Probleme.

³¹ S. dazu die Ausführungen im nachstehenden Abschnitt III.2.

a) *Verletzung von Geheimhaltungspflichten gegenüber Dritten*

Es besteht die Gefahr, dass Drittparteien die Aufnahme vertraulicher Verträge in das Inventar als Verletzung ihrer vertraglichen (oder gesetzlichen) Ansprüche auf Geheimhaltung betrachten.³² Da nach Gesetz nur die übergewöhnlichen Arbeitsverhältnisse ausdrücklich im Vermögensübertragungsvertrag aufgelistet werden müssen, dürfte mit Bezug auf andere (geheime) Verträge wohl nur ausnahmsweise ein fusionsgesetzlicher Rechtfertigungsgrund vorliegen. Beabsichtigen daher die Parteien, einen wichtigen (vertraulichen) Vertrag im Inventar aufzuführen, ist wohl wenn immer möglich die Drittpartei einzubeziehen. Aus Sicht des Veräusserers ist ferner allgemein Vorsicht bei der Abgabe damit zusammenhängender Gewährleistungen und Zusicherungen geboten.³³

b) *Publizität von Vermögensübertragungsvertrag und Kaufpreis*

Insbesondere in klassischen *Asset Deals* enthält der Vermögensübertragungsvertrag oft Angaben, deren Inhalt die Parteien geheim halten möchten. An erster Stelle steht hier vielfach der *Kaufpreis*. Zu denken ist aber auch an gegenseitige Wettbewerbsverbote, Vereinbarungen über die zukünftige Zusammenarbeit, sensitive Daten in Anhängen usw.

Soweit die vorgenannten Informationen gemäss Art. 71 Abs. 1 FusG einen notwendigen Inhalt des Übertragungsvertrags bilden, werden die Parteien in der Regel nicht vermeiden können, diese in den öffentlichen Beleg aufzunehmen. Das bedeutet indes nicht, dass der ganze Vertrag offengelegt werden muss. Vielmehr sollte es ausreichen, beim Handelsregister einen *öffentlich beurkundeten Auszug* aus dem Originalvertrag oder einen *separaten Übertragungsvertrag* (welcher Beilage des Hauptvertrags ist) einzureichen, welche nur (aber immerhin) die gesetzlichen Minimalangaben enthalten.^{34,35}

³² Im Unterschied zur üblichen Problematik, ob z.B. einem Kaufinteressenten im Rahmen der *Due Diligence* Kenntnis von vertraulichen Verträgen mit Dritten gegeben werden darf, besteht hier das Problem darin, dass die Existenz des Vertrags allgemein publik gemacht wird. Allgemein zu M&A und Datenschutz s. den gleichnamigen Beitrag von GERICKE DIETER, in: SJZ 99 (2003) 1 ff.

³³ Eine typische Gewährleistung besagt, dass mit Abschluss und Vollzug des Veräusserungsvertrags keine wesentlichen Verträge mit Dritten verletzt werden. Diesen Punkt wird es im Rahmen einer *Sellers' Due Diligence* in Zukunft noch stärker zu beachten gelten.

³⁴ Gl.M. BSK FusG-MALACRIDA, Art. 70 N 7. Entsprechend bisheriger Praxis sollte es daher m.E. zulässig sein, *Asset Deals* mittels Rahmenverträgen (*Master Agreement*) abzuschliessen

Die entscheidende Frage ist daher, *was* unter den Mindestinhalt gemäss Art. 71 Abs. 1 FusG fällt und im Beleg offenzulegen ist.³⁶ Von den in Art. 71 Abs. 1 lit. a-e FusG aufgeführten Elementen ist vor allem der Begriff der „allfälligen Gegenleistung“ auslegungsbedürftig.³⁷ Der Kaufpreis für die übertragenen Vermögenswerte fällt zweifellos darunter, und es ist zu befürchten, dass die *Verpflichtung zur Veröffentlichung des Kaufpreises* die Parteien in der Praxis oft davon abhalten wird, Unternehmenskäufe auf dem Wege der Vermögensübertragung zu vollziehen. Unklar ist, inwieweit neben dem eigentlichen Kaufpreis andere „Gegenleistungen“ von Art. 71 Abs. 1 lit. d FusG erfasst sind. Im Unterschied zur Fusion und Spaltung, wo die allfällige Gegenleistung in der Regel aus Beteiligungsrechten und/oder relativ einfachen Ausgleichszahlungen bestehen wird, sind bei der Vermögensübertragung weitaus kompliziertere Entschädigungsmechanismen und Naturalleistungen³⁸ denkbar. Darüber hinaus ist die Vermögensübertragung in einer Transaktion oft nur Teil eines weiteren Ganzen, ohne dass dabei die Leistung der übernehmenden Partei zwingend im Austausch zur Übertragung der im Inventar aufgeführten Vermögenswerte steht. Im vorliegenden Zusammenhang ist daher m.E. der Begriff der Gegenleistung i.S.v. Art. 71 Abs. 1 lit. d FusG eng auszulegen. Unter den Begriff der Gegenleistung fallen nur charakterisierende Hauptleistungen, die in direktem Austauschverhältnis zur Vermögensübertragung stehen. Damit fallen z.B. (oft separat entschädigte) Wettbewerbs- und Abwerbungsverbote, Lieferverpflichtungen, Verpflichtungen einer zukünftigen Zusammenarbeit usw. grundsätzlich nicht unter den Begriff der Gegenleistung.

und am Closing ein (lokales) *Transfer Agreement* zu unterzeichnen und beim Handelsregister einzureichen.

³⁵ Es ist im Übrigen denkbar, dass alle in Art. 71 Abs. 1 FusG vorgesehenen Elemente im schriftlichen (also formgültigen) Hauptvertrag enthalten sind, im Beleg aber Teile davon fehlen. In diesem Fall bleibt der Hauptvertrag m.E. gültig und fraglich ist nur, ob bzw. inwieweit (i) die Vermögensübertragung mit Eintragung im Handelsregister rechtswirksam geworden ist und (ii) der übertragende Rechtsträger aufgrund des Hauptvertrages obligatorisch zur Erfüllung verpflichtet bleibt.

³⁶ S. dazu allgemein die kritischen Ausführungen bei BERTSCHINGER, 361 f.

³⁷ Zusätzliche Probleme ergeben sich dort, wo Vermögenswerte gemäss Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG an sich einzeln aufzuführen sind, mit Offenlegung aber an Wert verlieren würden. Zu denken ist etwa an geheimes Know-how, wenn also z.B. ein Riechstoffhersteller im Rahmen eines Unternehmenskaufs hochvertrauliche Rezepturen erwirbt. In diesen Fällen muss m.E. eine generelle Umschreibung im Inventar genügen; gl.M. ZK FusG-BERETTA, Art. 71 N 10.

³⁸ S. Botschaft, 4463.

Anzufügen ist, dass gemäss Art. 108a lit. d HRegV die allfällige Gegenleistung im Handelsregister eingetragen wird; für komplizierte Sachverhalte (z.B. Kaufpreisanpassungen³⁹) wird im Anmeldungstext eine Kurzzusammenfassung genügen müssen.

3. Abschlusskompetenz und Verantwortung

Der Übertragungsvertrag muss zwingend von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen der beteiligten Rechtsträger abgeschlossen werden. Es reicht aber aus, dass die genannten Organe den *Abschluss beschliessen*, d.h. der Vertrag kann auch von anderen Zeichnungsberechtigten unterzeichnet werden.

Dieser Beschluss muss grundsätzlich auf Basis des *definitiven Vertragstextes*⁴⁰ ergehen. Sofern der Vertrag noch nicht unterzeichnet ist, dürfen keine wesentlichen Änderungen mehr erfolgen. Im Unterschied zur bisher oft festzustellenden Praxis genügt es somit nicht, wenn ein Verwaltungsrat zu Beginn einer Transaktion „grünes Licht“ erteilt, der definitive Vertrag aber (nur) von der Geschäftsleitung abgeschlossen wird. Immerhin sollte es zulässig sein, dass der Verwaltungsrat den Abschluss auf Basis weitgehend definitiver Verträge beschliesst und unter Vorgabe konkreter Eckwerte die Regelung letzter, offener Punkte an die Geschäftsleitung delegiert.⁴¹ Allgemein wird sich empfehlen, bei Vertragsunterzeichnung bzw. spätestens bei Vollzug von der Gegenpartei die Vorlage eines entsprechenden Beschlusses zu verlangen.

Obwohl auch Transaktionen von sehr untergeordneter Bedeutung mit Vermögensübertragung vollzogen werden können, trifft das Gesetz hinsichtlich der Kompetenz keine Unterscheidung. Zuständig ist immer das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan. Somit übernimmt z.B. ein Verwaltungsrat auch *Verantwortung* für jene Fälle, in denen an sich gemäss Organisationsreglement

³⁹ Mit BERETTA (ZK FusG, Art. 71 N 28 f.) ist davon auszugehen, dass die Vereinbarung eines vorläufigen Kaufpreises, der aufgrund einer nach Vollzug des Vertrags erstellten Übernahmemobilanz angepasst wird, sowie eines *Earn Out* zulässig ist.

⁴⁰ Da der Abschluss durch die genannten Organe Gültigkeitsvoraussetzung ist, ist darauf zu achten, alle massgeblichen Vertragsdokumente im Beschluss zu erfassen.

⁴¹ In diesem Fall ist zu beachten, dass der Beschluss später ein öffentlicher Beleg wird. Ist das Endergebnis wesentlich besser als die Vorgabe im Beschluss und will die betreffende Partei diesen Umstand nicht offen legen, ist ein neuer Beschluss zu fassen.

oder nach bisherigem Recht⁴² die Geschäftsleitung verantwortlich gewesen wäre. Aus Sicht des betroffenen Verwaltungsrates wird es daher insbesondere in solchen Fällen wichtig sein, die Beschlussgrundlagen (Antrag der Geschäftsleitung usw.) sorgfältig zu dokumentieren.

Eine (freiwillige, haftungsbefreiende) Delegation nach oben an die *Generalversammlung* ist grundsätzlich unzulässig. Immerhin ist in gewissen Fällen, insbesondere bei (faktischer) Zweckänderung oder (Teil-)Liquidation sowie in Fällen von Art. 29 Abs. 2 BEHG, ein Beschluss der Generalversammlung einzuholen. Möglich bleiben auch Konsultativabstimmungen.⁴³

4. Was kann (nicht) mit der Vermögensübertragung übertragen werden?

a) Grundsatz der Privatautonomie

Die Parteien können den Gegenstand der Vermögensübertragung grundsätzlich *frei bestimmen*. Im Unterschied zum bisherigen Art. 181 OR, welcher zudem nur die Übertragung von Passiven regelte, muss das zu übertragende Vermögen nach mehrheitlich und auch hier vertretener Auffassung *kein* organisch in sich geschlossener Teil eines Vermögens oder Geschäftes sein.⁴⁴ Davon abweichend wird neuerdings von Teilen der Lehre gefordert, der Anwendungsbereich der Art. 69 ff. FusG müsse sachlich (teleologisch) auf Fälle reduziert werden, in denen ein ganzes Vermögen oder ein wirtschaftlich zusammengehöriger Teil davon übertragen werden soll.⁴⁵ Diese an Art. 181 OR anlehrende Auslegung ist m.E. abzulehnen, weil der Tatbestand von Art. 69 FusG gemäss eindeutiger Wortlaut *re vera* auch *Vermögensteile* umfasst.

⁴² Namentlich bei Banken wird hier die von Art. 8 Abs. 2 BankV geforderte dualistische Organisationsstruktur aufgeweicht. Zum Problem allfälliger Interessenkonflikte s. BÖCKLI, § 3 N 388.

⁴³ S. zum Ganzen ZK FusG-BERETTA, Art. 70 N 7 ff. m.H.

⁴⁴ S. BSK FusG-MALACRIDA, Art. 69 N 8; FRICK, Stämpflis Handkommentar, FusG 69 N 4; KLÄY/TURIN, 32; TSCHÄNI, 88 f.; TRINDADE, 217; TURIN, 103 f.; VON DER CRONE ET AL., FN 844.

⁴⁵ S. ZK FusG-BERETTA, vor Art. 69-77 N 20 ff., insbes. N 22; BÖCKLI, § 3 N 371; VISCHER, SZW, 161; ZK FusG-VISCHER, Einleitung N 37. Aussagen an anderer Stelle (s. ZK FusG-BERETTA, Art. 71 N 7) deuten allerdings darauf hin, dass BERETTA die hier vertretene gegenständige Mehrheitsmeinung als geltendes Recht anzuerkennen scheint.

Unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs kann nach der hier geteilten Meinung sogar ein einzelnes Aktivum oder ein Betrieb ohne dazugehörige Passiven mittels Vermögensübertragung übertragen werden. Die Vermögensübertragung erlaubt mithin unter dem genannten Vorbehalt ein eigentliches *Cherry Picking*. Entsprechend kommt dem Inventar und der Bezeichnung dessen, was – und was nicht – Gegenstand der Vermögensübertragung bildet, entscheidende Bedeutung zu.⁴⁶

Der vorstehende Grundsatz der Privatautonomie unterliegt jedoch rechtlichen Einschränkungen, die aus praktischer Sicht von erheblicher Bedeutung sind. Darauf ist nachstehend einzugehen.

b) Übertragbarkeit ganzer Vertragsverhältnisse?

Laut Botschaft können Gegenstand einer Vermögensübertragung jegliche übertragbaren Aktiven und Passiven sein.⁴⁷ Aufgrund dieser und anderer Aussagen in den Materialien ist kontrovers, inwieweit Vermögenswerte mittels Vermögensübertragung übertragen werden können, die aufgrund ihrer Natur, Vereinbarung oder Gesetz nicht frei übertragbar sind. Namentlich die Übertragbarkeit ganzer Vertragsverhältnisse bildet Gegenstand heftiger Diskussionen.⁴⁸

Von der Frage der Übertragbarkeit ganzer Vertragsverhältnisse hängt ab, ob nur (übertragbare) Rechte und Pflichten aus einem Vertragsverhältnis übergehen bzw. ob darüber hinaus ein Parteiwechsel stattfindet. Tritt die übernehmende Partei anstelle des übertragenden Rechtsträgers in das Vertragsverhältnis ein, erscheint ein allfälliger späterer Verlust der Verfügungsmacht auf Seiten der übertragenden Partei von vornherein als unschädlich.⁴⁹ Ebenso erübrigt sich diesfalls die Frage, ob Gestaltungsrechte übergehen. Aus diesen und anderen

⁴⁶ Siehe dazu nachstehend Abschnitt III.5.

⁴⁷ Botschaft, 4460.

⁴⁸ Praxisrelevant und ebenfalls ungeklärt ist die Frage der Übertragbarkeit vinkulierter Namensaktien mittels Vermögensübertragung. In Anlehnung an die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 685b Abs. 4 OR bzw. Art. 685d Abs. 3 OR im Zusammenhang mit Fusionen sprechen sich verschiedene Autoren mit guten Gründen für eine Anwendung der zitierten Bestimmungen auch im Fall fusionsähnlicher Vermögensübertragungen aus; s. dazu (sowie zu den Rechtsfolgen gesetzlicher Übertragungshindernisse) TURIN, 112 ff., 117 ff.; ebenso TSCHÄNI, 96 FN 65.

⁴⁹ S. dazu sowie zur Frage der Übertragbarkeit zukünftiger Vermögenswerte nachstehend Abschnitt III.4.c).

Gründen ist die bestehende Meinungsverschiedenheit von *nicht zu unterschätzender praktischer Bedeutung*.

Das Meinungsspektrum zur Frage der Übertragbarkeit ganzer Vertragsverhältnisse ist ausserordentlich breit und lässt sich stark vereinfacht wie folgt zusammenfassen:

- Ein Teil der Lehre geht, insbesondere gestützt auf die Materialien, davon aus, dass ganze Vertragsverhältnisse nur mit Zustimmung der Gegenpartei übergehen.⁵⁰
- Nach einer anderen Auffassung, die vornehmlich auf einer grammatikalischen, systematisch-teleologischen Auslegung beruht, kann eine Vermögensübertragung auch ganze Vertragsverhältnisse erfassen, sofern diese als solche im Inventar aufgenommen werden. In diesen Fällen soll der Gegenpartei unter bestimmten Voraussetzungen ein Kündigungs- bzw. Rücktrittsrecht zustehen.⁵¹
- Ebenfalls vorwiegend gestützt auf eine systematisch-teleologische und grammatikalische Gesetzesauslegung differenziert ein Teil der Lehre danach, ob ein Betrieb bzw. ein organisch zusammenhängender Komplex übergeht. In diesen Fällen sollen Verträge, die mit dem übertragenen Betrieb zusammenhängen, von Gesetzes wegen ohne Zustimmung der Gegenpartei übergehen. Auch hier wird der Drittpartei teilweise ein Kündigungs- bzw. Rücktrittsrecht zugestanden.⁵²
- Ein neuerer Beitrag versucht die Kontroverse zu entschärfen, indem die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten sowie des ganzen (vertraglichen) Stammrechts erwogen und mit Bezug auf zukünftige Forderungen dafür plädiert wird, deren Abtretung müsse als (unbedingte) Abtretung einer *Anwartschaft* betrachtet werden; ein späterer Konkurs des Zedenten ver-

⁵⁰ TURIN, 114 ff.; s. auch die Hinweise zur Gesetzesberatung in WATTER/KÄGI, 236.

⁵¹ S. ZK FusG-BERETTA, vor Art. 69-77 N 37 ff. sowie ZK FusG-VISCHER, Einleitung N 24 ff., 45 f., 47); PETER, 227 ff.; VISCHER, 160 f.; VON DER CRONE ET AL., N 964 ff.

⁵² S. FRICK, Stämpflis Handkommentar, FusG 69 N 20 ff.; LOSER-KROGH, 1107; TSCHÄNI, 96 ff. Da die in FN 51 zitierten BERETTA und VISCHER die Vermögensübertragung allgemein nur für organisch zusammenhängende Komplexe zulassen wollen, führen diese Lehrmeinungen (ähnlich auch BÖCKLI, § 3 N 372b) mit Bezug auf die Übertragbarkeit von Verträgen zu ähnlichen Ergebnissen.

hindere daher die Entstehung zukünftiger Forderungen in der Person des Zessionars nicht.⁵³

- Schliesslich wird die Auffassung vertreten, die Übertragbarkeit ganzer Vertragsverhältnisse ohne Zustimmung der Drittpartei sei auf dem Wege der *Auslegung* des betreffenden Vertrags zu ermitteln. Enthalte dieser keine ausdrückliche Regelung und bestehe auch kein passendes Gesetzesrecht, sei er gemäss *hypothetischem Parteiwillen* zu ergänzen. Falls der Vertrag einen engen Zusammenhang mit den anderen im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven aufweise und die Übertragung nicht Persönlichkeitsrechte der betroffenen Drittpartei tangiere, werde es (in der Regel) dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen, dass der Vertrag ohne ausdrückliche Zustimmung der Drittpartei übertragen werden könne.⁵⁴

Meines Erachtens verdient unter den vorstehenden Lehrmeinungen die funktionale Betrachtungsweise den Vorzug, wonach Verträge ohne Zustimmung der Gegenpartei übertragen werden können, soweit sie in einem unlöslichen (organischen) Zusammenhang mit den übrigen im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven stehen.⁵⁵ Bewusst offen gelassen – da den Rahmen dieser Arbeit sprengend – sei die Frage, inwieweit es zusätzlicher Korrektiven bedarf, also z.B. ob für den Übergang von Vertragsverhältnissen ohne Zustimmung der Gegenpartei die übrigen übertragenen Vermögenswerte eine organisch in sich geschlossene Sachgesamtheit bilden müssen oder ob der betroffenen Drittpartei ein Kündigungs- bzw. Rücktrittsrecht zugestanden werden muss.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergeben sich für den Praktiker folgende Konsequenzen:

⁵³ S. WATTER/KÄGI, 232 ff.

⁵⁴ S. BSK FusG-MALACRIDA, Art. 73 N 15 ff., 20; in diese Richtung auch die Ausführungen in WATTER/KÄGI, 238 f., insbes. 239 rechte Spalte oben.

⁵⁵ Der Weg über die Vertragsauslegung und -ergänzung bietet dabei im Vergleich zum Ansatz einer teleologischen Gesetzesauslegung den Vorteil, dass er besser mit den Materialien in Einklang gebracht werden kann. Zudem führt er bei Vorliegen einer *pactum de non cedendo* oder einer Kontrollwechselklausel zu sachgerechteren Ergebnissen. Er hat aber den Nachteil der einzelfallweisen Betrachtung. Sodann lassen sich die Voraussetzungen, unter denen eine Vertragsübertragung ohne Zustimmung der Gegenpartei dem hypothetischen Parteiwillen entspricht, wohl nur beschränkt verallgemeinern.

- Bis zur bundesgerichtlichen Klärung der Rechtslage bleibt ratsam, insbesondere für die Übertragung wichtiger Verträge die vorgängige Zustimmung der Gegenpartei einzuholen.
- Bei Massenverträgen wird es sich weiterhin mitunter empfehlen, der Drittpartei einen Parteiwechsel anzuzeigen und die Anzeige so auszugestalten, dass im Falle eines späteren konkludenten Verhaltens von einer Genehmigung durch die Gegenpartei ausgegangen werden darf.
- Wichtige Verträge, deren Übertragung von den Parteien gewünscht ist, sollten ausdrücklich im Inventar aufgelistet werden.
- Wie bisher sollte der Vermögensübertragungsvertrag ausdrückliche Regelungen für den Fall vorsehen, dass eine Drittpartei den Vertragsübergang bestreitet.
- Allgemein Vorsicht ist geboten vor der unreflektierten Aufnahme sogenannter „Boiler Plate“ Bestimmungen, wie sie sich oft am (ungelesenen) Ende langer Verträge wiederfinden. „Non-Assignment“, „Change of Control“, „Confidentiality“ und ähnliche Klauseln sollten stets darauf hin überprüft werden, ob sie wirklich notwendig sind und, bejahendenfalls, ob an Ausnahmen – z.B. zu Gunsten von Gruppengesellschaften oder im Hinblick auf bestimmte zukünftige Transaktionen – zu denken ist.

c) Übertragbarkeit zukünftiger Vermögenswerte?

Noch weitgehend ungeklärt ist die Frage, inwieweit auch *zukünftige Vermögenswerte* mit der Vermögensübertragung übertragen werden können. Einigermassen unproblematisch erscheinen Veränderungen im Bestand zwischen Vertragsunterzeichnung und Eintragung im Handelsregister, indem diese m.E. durch entsprechende Formulierung im Vermögensübertragungsvertrag und Inventar abgedeckt werden können.⁵⁶

⁵⁶ Vereinbaren die Parteien, einen bestimmten Betrieb (steil) zu übertragen, dürfte i.d.R. hinreichend klar bestimmt sein, dass auch Aktiven und Passiven übergehen, die zwischen Vertragsunterzeichnung und Vollzug entstanden sind (gl.M. BSK FusG-MALACRIDA, Art. 72 N 2). Vorsicht ist bei Vermögenswerten geboten, die gemäss Art. 71 Abs. 1 lit. c FusG einzeln im Inventar aufzuführen sind. Liegt zwischen Vertragsunterzeichnung und Vollzug ein längerer Zeitraum, dürfte sich empfehlen, ein aktualisiertes Inventar beizubringen. Zu denken ist ferner an eine *Net Working Capital Adjustment* Klausel zwecks Erfassung der Veränderungen des Umlaufvermögens zwischen Stichtag und Vollzug sowie allenfalls an ein Verbot, ohne Zustimmung des Erwerbers Anlagevermögen zu veräussern.

Schwieriger erscheint hingegen die Rechtslage bei Vermögenswerten, die erst nach der Eintragung der Vermögensübertragung im Handelsregister entstehen.⁵⁷ Meines Erachtens ist die Übertragung auch solcher zukünftiger Aktiven und Passiven mittels Vermögensübertragung möglich, soweit die entsprechenden Vermögenswerte hinreichend bestimmt oder bestimmbar sind.⁵⁸ Einschränkungen gelten allenfalls hinsichtlich jener Vermögenswerte, die entsprechend Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG einzeln im Inventar aufzuführen sind.⁵⁹ Demgegenüber steht der für die Universalsukzession geltende Grundsatz der *Unitemporalität*, welcher eine Einheitlichkeit des Übertragungszeitpunktes verlangt, der hier vertretenen Meinung nicht entgegen, da die Vermögensübertragung m.E. als *neues und eigenständiges Rechtsinstitut* begriffen werden muss und entsprechend *autonom* auszulegen ist.⁶⁰ Entgegen der (wohl) herrschenden Lehre⁶¹ ist daher m.E. die (beschränkte) Universalsukzession als Übertragungs*causa* i.S. von Art. 69 ff. FusG abzulehnen. Dies rechtfertigt sich bereits aus der Tatasche, dass eine teilweise Übertragung dem Prinzip der *Universalität*, mithin einer Tatbestandsvoraussetzung der Universalsukzession, zuwiderläuft.⁶²

Sodann bleibt mit Bezug auf die Vermögensübertragung zukünftig entstehender Vermögenswerte die Frage nach den *Rechtsfolgen eines allfälligen späteren Verlusts der Verfügungsmacht* auf Seiten der übertragenden Partei, z.B. im Falle eines Konkurses. Eine vertiefte Abklärung dieser Frage würde über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgehen. Es erscheint aber naheliegend, diesbezüglich auf die zur Zession zukünftiger Forderungen entwickelten Grundsätze zurückzugreifen. Mit Bezug auf den Verlust der Verfügungsmacht würde dies nach wohl noch herrschender Lehre und Rechtsprechung bedeuten, dass

⁵⁷ Davon abzugrenzen sind Aktiven und Passiven, die vor der Eintragung entstehen, aber erst danach fällig werden; wie mit Bezug auf Passiven Art. 75 Abs. 2 2. Satz FusG belegt, geht das FusG von der Übertragbarkeit solcher Vermögenswerte aus.

⁵⁸ In diese Richtung bezüglich zukünftiger Forderungen TURIN, 106; s. ferner BSK FusG-MALACRIDA, Art. 69 N 8, sowie WATTER/KÄGI, 245.

⁵⁹ Sodann wird sich im Einzelfall die Frage stellen, wie der Gesamtwert der zu übertragenden Aktiven und Passiven sowie die allfällige Gegenleistung im Übertragungsvertrag definiert und in der Handelsregisteranmeldung offengelegt werden können. Bezüglich Gesamtwert wäre z.B. die Bezeichnung eines Mindestwertes denkbar.

⁶⁰ S. auch nachstehend Abschnitt III.8. Zum Grundsatz der Unitemporalität s. MUSCHELER, *passim*.

⁶¹ Statt vieler: CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN, Sachenrechtliche Aspekte des Fusionsgesetzes, in: ZBGR 85 (2004) 235.

⁶² MUSCHELER, 5 ff.

Forderungen, die erst nach Eröffnung des Konkurses über den übertragenden Rechtsträger entstehen, nicht auf die übernehmende Partei übergehen.⁶³

d) *Aktivenüberschuss als zwingendes Erfordernis*

Gemäss Art. 71 Abs. 2 FusG ist die Vermögensübertragung nur zulässig, wenn das Inventar einen *Aktivenüberschuss* ausweist. Im Unterschied zur Regelung in Art. 6 FusG betreffend Fusion ist somit nach Gesetzeswortlaut die *Übertragung einer Nettoschuld* im Rahmen einer Vermögensübertragung unzulässig. In der Literatur wird zu Recht kritisiert, dass der Art. 71 Abs. 2 FusG zugrundeliegende Gläubigerschutzgedanke damit ungenügend gefördert wird, während andererseits Transaktionen verhindert werden, die im Interesse aller beteiligter Personen (auch der Gläubiger) liegen würden, z.B. in Sanierungsfällen. Sachgerechter wäre wohl gewesen, gesetzliche Bestimmungen zur Angemessenheit der Gegenleistung aufzunehmen.⁶⁴ Eine mögliche Lösung böte eine *analoge* Anwendung von Art. 6 FusG. Dementsprechend wäre eine Vermögensübertragung rechtens, sofern der übernehmende Rechtsträger über genügend freies Eigenkapital verfügt, um die bestehende Unterdeckung bzw. Überschuldung zu neutralisieren.

Das Gesetz regelt ferner nicht, *wie das Inventar zu bewerten ist*. Mangels anderslautender Vorschrift ist m.E. von den handelsrechtlichen Bewertungsregeln auszugehen. Da Art. 71 Abs. 2 FusG dem Schutz der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers dient, sind folgerichtig (nur) die für den *übernehmenden Rechtsträger* geltenden Rechnungslegungsvorschriften massgeblich. Ein negativer Bilanzwert aus Sicht der übertragenden Partei (etwa weil originärer Goodwill hier nicht verbucht werden darf) ist somit unerheblich, sofern die übernehmende Partei die übernommenen Vermögenswerte in ihrer Bilanz unter Berücksichtigung eines Goodwills mit einem Aktivenüberschuss bewerten kann.⁶⁵

⁶³ S. zur Durchgangstheorie GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3645 f., 3659; a.M. WATTER/KÄGI, 233.

⁶⁴ S. TRINDADE, 217 FN 23.

⁶⁵ GL.M. VON DER CRONE et al., N 833. ZK FusG-BERETTA, Art. 71 N 24, erachtet demgegenüber allein den Verkehrswert als massgeblich, unabhängig davon, wie die Gegenstände in der Buchhaltung des übertragenden Rechtsträgers bewertet und wie sie in die Buchhaltung des übernehmenden Rechtsträgers aufgenommen wurden.

5. Spezifizierung der übergehenden (und nicht übergehenden) Vermögenswerte

a) Detaillierungsgrad

Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG fordert eine *eindeutige Bezeichnung* der zu übertragenden Aktiven und Passiven. Auch aus Sicht Dritter müssen die zu übertragenden Aktiven und Passiven so klar umschrieben werden, dass kein Zweifel über deren Zuordnung besteht. Allerdings sind laut Gesetz nur Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte *einzel*n aufzuführen. Für andere übertragene Vermögenswerte genügen daher *pauschale Bezeichnungen*, sofern die betreffenden Vermögenswerte hinreichend bestimmbar bleiben.⁶⁶ In der Praxis wird sich wohl oft anbieten, eine Pauschalbezeichnung mit einer Liste („insbesondere ...“) wesentlicher übertragener Vermögenswerte zu verbinden.⁶⁷ Wegen der unsicheren Rechtslage sollten zumindest wesentliche übertragene Verträge einzeln aufgelistet werden.⁶⁸

b) Nicht zugeordnete Gegenstände des Aktivvermögens

Art. 72 FusG enthält die gesetzliche Vermutung, wonach nicht zugeordnete Gegenstände *des Aktivvermögens* beim übertragenden Rechtsträger verbleiben. Meines Erachtens sollte es aber zulässig sein, davon abweichend im Sinne einer vertraglichen Auslegungsregel zu vereinbaren, dass *im Zweifelsfall* Gegenstände des Aktivvermögens auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen.⁶⁹ Aus Sicht des Erwerbers wird sich eine solche Bestimmung aufdrängen, wenn Zweifel über die Vollständigkeit des vom Veräusserer erstellten Inventars bestehen.⁷⁰ Insbesondere aus Sicht des Veräusserers wird sich in gewissen

⁶⁶ S. BSK FusG-MALACRIDA, Art. 71 N 5 f. m.H.; ebenso TSCHÄNI, 89; VON DER CRONE et al., N 845.

⁶⁷ So lässt sich eher verhindern, dass einerseits übertragene Vermögenswerte nicht hinreichend bestimmt sind und dass andererseits „e contrario“ argumentiert wird, nicht ausdrücklich erwähnte Vermögenswerte seien nicht erfasst.

⁶⁸ FRICK, Stämpfli Handkommentar, FusG 71 N 3.

⁶⁹ Gegen den zwingenden Charakter ZK FusG-BERETTA, Art. 72 N 3; ebenso BSK FusG-MALACRIDA, Art. 72 N 4. Allgemein zur Zulässigkeit vertraglicher Auslegungsregeln s. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 1236.

⁷⁰ Wie schon bisher bei Unternehmenskäufen sollte sich der Erwerber zudem zusichern lassen, dass das Inventar alle für das erworbene Unternehmen notwendigen Aktiven enthält gekoppelt mit einem vertraglichen Anspruch auf Realerfüllung, sollte sich die Zusicherung als unzutreffend erweisen.

Konstellationen (z.B. bei der Übertragung von Teilbetrieben, die im Inventar soweit zulässig pauschal beschrieben wurden) empfehlen, bestimmte Vermögenswerte *ausdrücklich* auszuschliessen (*Excluded Assets*).

c) Nicht zugeordnete Gegenstände des Passivvermögens

Bezüglich *Zuordnung von Passiven* enthält das Fusionsgesetz keine ausdrückliche Vermutung. In der Literatur herrscht über die Rechtsfolgen Uneinigkeit. Gemäss einem Teil der Lehre richtet sich die Behandlung von Passiven, die sich auf Grund des Inventars nicht zuordnen lassen, nach Art. 75 FusG. Dies würde bedeuten, dass beide Parteien solidarisch haften, wobei ein Anspruch gegen die übertragende Partei *frühestens* nach drei Jahren verjährt.⁷¹ Diese Auffassung ist m.E. abzulehnen. Tragendes Prinzip der Vermögensübertragung ist, dass eine Übertragung auf Basis des Inventars erfolgt und die Parteien den Gegenstand der übertragenen Vermögenswerte frei bestimmen können. Analog der Regelung bezüglich den Gegenständen des Aktivvermögens muss daher im Sinne einer einfachen und transparenten Regel die Vermutung gelten, dass Passiven, die sich aufgrund des Inventars nicht zuordnen lassen, *beim übertragenden Rechtsträger verbleiben*.⁷²

Aufgrund der unsicheren Rechtslage wird sich wohl analog der vorstehend hergeleiteten Regelung betreffend Aktiven empfehlen, im Sinne einer Auslegungsregel vertraglich zu vereinbaren, dass *im Zweifelsfall* Gegenstände des Passivvermögens beim übertragenden Rechtsträger verbleiben (bzw. dass sie auf den Übernehmer übergehen). Ebenso wird zu prüfen sein, ob bestimmte Passiven im Vertrag bzw. Inventar *ausdrücklich* auszuschliessen sind (*Excluded Liabilities*), namentlich in Fällen, in denen in der SHAB Publikation ausdrücklich auf einen Betriebsübergang hingewiesen wird. Dabei ist folgendes zu beachten: Bezüglich Übergang von Passiven durften Gläubiger nach bisheriger Rechtsprechung zu Art. 181 OR der öffentlichen Mitteilung einer Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes den Sinn verleihen, welcher ihr ein Dritter in gutem Glauben nach dem Vertrauensprinzip zumessen würde. Dementsprechend ging der Inhalt der Mitteilung bzw. der Publikation den parteiinternen

⁷¹ FRICK, Stämpfli Handkommentar, FusG 71 N 3 und 72 N 1; ZK FusG-BERETTA, Art. 72 N 4.

⁷² GLM. BSK FusG-MALACRIDA, Art. 72 N 3, sowie VON DER CRONE et al., N 930 f., die sich allerdings an anderer Stelle (N 846) aus Gründen der Rechtssicherheit bei pauschaler Umschreibung von Aktivpositionen für einen Übergang sachlich eng damit zusammenhängender Passiven auszusprechen scheinen.

Abreden vor.⁷³ Wurde z.B. der Betriebsteil „Privatkundengeschäft“ gemäss Übernahmebilanz vom 31.12.2003 mit Aktiven von CHF 1 Mio. und Passiven von CHF 1 Mio. nach Art. 181 OR übertragen und dies im SHAB so publiziert, konnten Gläubiger unter Umständen gegenüber der übernehmenden Partei auch Verbindlichkeiten einfordern, die zwar ihrer Natur nach zum übertragenen Vermögen gehörten, die aber nicht bilanziert waren und zudem (ohne entsprechende Publikation) durch parteiinterne Abrede i.S. einer *Excluded Liability* ausdrücklich ausgeklammert wurden. In der Praxis führte dies (in Verbindung mit anderen Gründen)⁷⁴ dazu, dass bei *Asset Deals* mitunter die Anwendbarkeit von Art. 181 OR ausdrücklich ausgeschlossen und auf eine Publikation im Sinne dieser Bestimmung bewusst verzichtet wurde. Nach dem oben beschriebenen Grundsatz der „Vermögensübertragung gemäss Inventar“ sollte unter dem Fusionsgesetz der Ausschluss bestimmter Verbindlichkeiten mit Wirkung gegenüber Dritten möglich sein, auch wenn dies nur im Inventar (welches immerhin ein öffentlicher Beleg ist), aber nicht in der SHAB Publikation spezifisch⁷⁵ so festgehalten wird.

6. (Beschränkte) Publizitätswirkung der Handelsregistereintragung

Die Vermögensübertragung wird gemäss Art. 932 Abs. 2 OR am ersten Werktag nach Publikation im SHAB *Dritten gegenüber* rechtswirksam. Der Umfang der damit verbundenen Publizitätswirkung ist indes umstritten, da wie vorstehend gesehen im SHAB nur die Tatsache der Vermögensübertragung, nicht aber die einzelnen betroffenen Vermögenswerte, publiziert wird. Ein wohl überwiegender Teil der Lehre geht mit der Botschaft davon aus, dass sich die Publizitätswirkung i.S.v. Art. 933 OR grundsätzlich nur auf die (eingetragene) Tatsache der Vermögensübertragung als solche und nicht auf das Inventar bezieht.⁷⁶ Die daraus entstehenden rechtlichen Probleme können hier nicht im Detail erläutert werden. Aus Sicht des Praktikers ist jedoch folgendes zu beachten:

- *Drittschuldner*: In der Lehre wird die Auffassung vertreten, ein Drittschuldner könne sich analog Art. 167 OR solange durch Leistung an die

⁷³ Letztmals bestätigt in BGE 129 III 167.

⁷⁴ Z.B. zur Vermeidung der solidarischen Haftung der übertragenden Partei für übergehende Verbindlichkeiten.

⁷⁵ Zur Klarstellung ist allenfalls ratsam, in der SHAB Publikation allgemein auf „ausgenommene Verbindlichkeiten gemäss Inventar“ hinzuweisen.

⁷⁶ S. Botschaft, 4464; ferner TSCHÄNI, 94 FN 58; TURIN, 174.

übertragende Partei befreien, als ihm die Übertragung nicht (individuell) angezeigt wurde. Andere Autoren differenzieren dahingehend, ob ein Betrieb (oder Teilbetrieb) übertragen wurde, wobei teilweise weiter unterschieden wird, ob sich für den Schuldner aus der Publikation im SHAB hinreichend klar ergibt, dass seine Schuld (mit-)übertragen wurde.⁷⁷ In einschlägigen Fällen wird daher mitunter ratsam sein, in der Handelsregisteranmeldung darum zu ersuchen, die Übernahme eines Betriebs/Betriebsteils oder einer sonstigen Sachgesamtheit in der SHAB Publikation *ausdrücklich* zu erwähnen.⁷⁸ Unter Umständen empfiehlt sich ferner eine individuelle Anzeige an wichtige Schuldner sowie eine spezielle Regelung im Übertragungsvertrag.

- *Gutgläubiger Erwerb*: Die vorstehend genannten Grundsätze gelten nach Massgabe von Art. 933 ff. und 973 ZGB *mutatis mutandis*, wenn nach erfolgter Publikation im SHAB Dritte von der übertragenden Partei gutgläubig Vermögensgegenstände erwerben, die noch im Besitz der übertragenden Partei sind.⁷⁹
- Ist aus Sicht des *Drittgläubigers* unklar, ob eine Schuld übertragen wurde, wird er diese mit Vorzug von der übertragenden Partei (deren Solvenz vorausgesetzt) einfordern, da Letztere wie vorstehend ausgeführt während 3 Jahren solidarisch mit der übernehmenden Partei weiterhaftet.

7. Vermögensübertragungen ausserhalb des Fusionsgesetzes?

Gemäss Art. 181 Abs. 4 OR richtet sich die Übernahme des Vermögens oder des Geschäftes von Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Vereinen, Stiftungen und Einzelfirmen, die im Handelsregister eingetragen sind, nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes, d.h. den genannten Rechtsträgern steht die bisherige Regelung nach Art. 181 Abs. 1 OR nicht mehr zur Verfügung. Die Übernahme von Vermögenswerten auf dem Wege der Singularsukzession bleibt nach wie vor möglich und wird sich namentlich dort aufdrängen, wo die

⁷⁷ S. die Übersicht sowie weitergehende Ausführungen bei BSK FusG-MALACRIDA, Art. 73 N 11 f. m.H., sowie ZK FusG-BERETTA, Art. 73 N 8 ff.

⁷⁸ Art. 108a HRegV steht dem m.E. nicht entgegen; gl.M. BSK FusG-MALACRIDA, Art. 73 N 5; wohl eher a.M. ZK FusG-BERETTA, Art. 73 N 11.

⁷⁹ Zur Problematik des gutgläubigen Erwerbs der *übernehmenden* Partei von der *übertragenden* Partei s. TSCHÄNI, 95.

extensive Solidarhaftung und Sicherstellungspflicht im Bereich der Vermögensübertragung ein zu grosses Risiko für die beteiligten Parteien darstellt.

8. Sicherungsgeschäfte auf dem Wege der Vermögensübertragung?

Das Schweizer Mobiliarsachenrecht ist geprägt vom *Traditionsprinzip*. Danach ist für den rechtsgeschäftlichen Erwerb eines dinglichen Rechts an einer beweglichen Sache neben einem gültigen Grundgeschäft (*causa*) die Übergabe der Sache vom Veräusserer auf den Erwerber erforderlich; auf dem Gebiet der Verpfändung von Fahrnis wird dieser Grundsatz auch als *Faustpfandprinzip* bezeichnet.⁸⁰

Das ZGB kennt zwar eine Reihe von *Traditionssurrogaten*, insbesondere das Besitzeskonstitut gemäss Art. 924 Abs. 1 ZGB, doch unterliegen diese wesentlichen Beschränkungen.⁸¹ So sieht namentlich Art. 884 Abs. 3 ZGB vor, dass ein Pfandrecht nicht begründet ist, solange der Verpfänder die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält, und gemäss Art. 717 ZGB bleibt der Eigentumsübergang Dritten gegenüber unwirksam, wenn die Sache infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses beim Veräusserer bleibt und damit eine Benachteiligung Dritter oder eine Umgehung über die Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist. Nach bisherigem Recht war daher z.B. die Verpfändung von Warenlagern praktisch ausgeschlossen; ebenso bestand bei „Sale-and-Lease-Back“ Transaktionen die Gefahr, dass diese als eine mit Besitzeskonstitut vollzogene Sicherungsübereignung betrachtet wurden, mit der Folge, dass der Eigentumsübergang (vom Verkäufer/Leasingnehmer auf den Käufer/Leasinggeber) Dritten gegenüber nicht wirksam war.⁸²

Wie gesehen, gehen bei der Vermögensübertragung mit Eintragung im Handelsregister alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven *von Gesetzes wegen (uno actu)* auf den übernehmenden Rechtsträger über, *ohne* dass die für die Einzelübertragungen geltenden Formvorschriften und Publizitätsformen erfüllt werden müssen. MALACRIDA bemerkt sodann zu Recht, dass die fusionsgesetzlichen Bestimmungen keine Einschränkung dahingehend enthalten, dass die Vermögensübertragung grundsätzlich nur der Verschaffung eines Vollrechts oder der Eigentumsübertragung dienen könnte. Auch müsse im Vermö-

⁸⁰ S. REY, N 304 ff. m.H.

⁸¹ S. REY, N 1718 ff. m.H.

⁸² S. REY, N 1728 m.H.; zur durch Besitzeskonstitut vollzogenen Sicherungsübereignung s. auch BGE 119 II 328.

gensübertragungsvertrag nicht spezifiziert werden, unter welchem Rechtstitel die im Inventar zu bezeichnenden Vermögensgegenstände übertragen werden, d.h. ob dem übernehmenden Rechtsträger daran dingliche, beschränkt dingliche oder vertragliche Rechte eingeräumt werden sollen.⁸³

Vor dem genannten Hintergrund ist es naheliegend, in Zukunft den Vollzug von Sicherungsübereignungen, „Sale-and-Lease-Back“ Transaktionen sowie die Bestellung von Fahrnispfändern mittels Vermögensübertragung (unter dem vorstehend in Abschnitt III.6. beschriebenen allgemeinen Vorbehalt des Gutgläubenschutzes auch Dritten gegenüber wirksam) zuzulassen. Gegner eines solchen, zugegebenermassen weiten, Verwendungszweckes werden einwenden, dass dieser ausserhalb des Gesetzeszwecks steht und für das Verhältnis FusG zum allgemeinen Zivilrecht die Grundsätze der *lex specialis derogat legi generali* sowie der *lex posterior* nicht unbenommen gelten.⁸⁴ Umgekehrt sprechen die Ausführungen im vorhergehenden Absatz für die Zulässigkeit einer solchen Anwendung. Auch ist nicht zu verkennen, dass die allgemeine Umschreibung des Gegenstands des Gesetzes in Art. 1 Abs. 1 FusG (*Anpassung der rechtlichen Strukturen* der erfassten Rechtsträger) das neue Rechtsinstitut der Vermögensübertragung ohnehin nur ungenügend zu erfassen vermag. Mit MALACRIDA, der sich soweit ersichtlich bisher als einziger Autor zu dieser Frage eingehend geäussert hat, ist daher die Vermögensübertragung allgemein als *neue und eigenständige Form der Übertragung von Aktiven und Passiven* zu verstehen und für die erwähnten sachenrechtlichen Verwendungszwecke zuzulassen.⁸⁵ Freilich ist in der Praxis Vorsicht geboten, solange diese Frage nicht höchststrichterlich geklärt ist.

IV. Schlussfolgerungen

Die Vermögensübertragung ist in seinen Grundzügen ein *attraktives, neues und eigenständiges Rechtsinstitut*. Sie erlaubt die Übertragung von den Parteien frei

⁸³ BSK FusG-MALACRIDA, Art. 71 N 2.

⁸⁴ S. allgemein zu diesbezüglichen Einschränkungen SCHLUEP WALTER R., Wirtschaftsrechtliche Piktuationen zum Verhältnis wettbewerbsrechtlicher Normen, in: FS für Anton Heini, Zürich 1995, 342; ferner in Bezug auf das Verhältnis FusG und Zivilrecht REICH PHILIPP, Stämpflis Handkommentar, FusG I N 7.

⁸⁵ BSK FusG-MALACRIDA, Art. 69 N 3 und 9 ff. sowie Art. 73 N 22; zur Eigenständigkeit und der damit verbundenen Notwendigkeit der autonomen Auslegung dieses neuen Rechtsinstituts wie auch zur Problematik der Übertragbarkeit zukünftiger Vermögenswerte, die sich gerade in Sicherungsgeschäften stellen wird, s. auch vorstehend Abschnitt III.4.c).

bestimmter Aktiven und Passiven unter Einhaltung vergleichsweise geringer Anforderungen. Aufgrund dieser Eigenschaften und des offen formulierten Verwendungszweckes könnte sich die Vermögensübertragung in Zukunft als flexibles Instrument für eine Fülle bestehender und neuer Transaktionsformen erweisen.

Ihr grosser Schwachpunkt ist vorderhand die Vielzahl offener Rechtsfragen. Aus Sicht des Praktikers muss konstatiert werden, dass die derzeit teilweise vorherrschende Rechtsunsicherheit letztlich den Erfolg dieses neuen Rechtsinstituts gefährden kann. Das Fusionsgesetz nennt in Art. 1 Abs. 2 an erster Stelle als Zweck die Gewährleistung der Rechtssicherheit und Transparenz. Ferner sollte mit der Einführung der Vermögensübertragung als neuem Rechtsinstitut die unkomplizierte Übertragung von Vermögen oder Vermögensteilen generell erleichtert werden. Es bleibt somit zu hoffen, dass Lehre und Rechtsprechung in Kernfragen bald zu einem (praktikablen) Konsens finden werden.

Literaturverzeichnis

- AFFENTRANGER MARKUS, Kommentar Art. 75 FusG, in: BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003 (zit.: AFFENTRANGER, Stämpfli Handkommentar, FusG ... N ...).
- BERETTA PIERA, Kommentar Art. 69-75 FusG, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004 (zit.: ZK FusG-BERETTA, Art. ... N ...).
- BERTSCHINGER URS, Spaltungsvertrag und Vermögensübertragungsvertrag gemäss Fusionsgesetz – neue Nominatkontrakte, in: Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, 359 ff.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004.
- FRICK JOACHIM, Kommentar Art. 69-72 FusG, in: BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003 (zit.: FRICK, Stämpfli Handkommentar, FusG ... N ...).
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2 Bde., 8 Aufl., Zürich 2003.
- GIRSBERGER DANIEL/RODRIGUEZ RODRIGO, FusG und Internationales Privatrecht, in: SZW 3/2004, 259 ff.
- HUBSCHMID URSULA, Kommentar Art. 76-77 FusG, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004 (zit.: ZK FusG-HUBSCHMID, Art. ... N ...).
- KLÄY HANSPETER/TURIN NICHOLAS, Der Entwurf zum Fusionsgesetz, in: RE-PRAX 2001, 1 ff.
- LOSER-KROGH PETER, Die Vermögensübertragung: Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes, in: AJP 2000, 1095 ff.

- MALACRIDA RALPH, Kommentar zu Art. 69-74 FusG in: WATTER ROLF/VOGT NEDIM/TSCHÄNI RUDOLF/DAENIKER DANIEL (Hrsg.), Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel/Frankfurt 2004 (zit.: BSK FusG-MALACRIDA, Art. ... N ...).
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern 2004.
- MÜLLER ROLAND M., Internationale Vermögensübertragung, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, 580 ff.
- MUSCHELER KARLHEINZ, Universalsukzession und Vonselbsterwerb – Die rechtstechnischen Grundlagen des deutschen Erbrechts, (Jus Privatum Band 68), Tübingen, 2002.
- PETER HENRY, Le sort des contrats en cas de transfert de patrimoine, in: SZW 3/2004 223 ff.
- REINERT PETER, Kommentar Art. 76-77 FusG, in: BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Kommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003 (zit.: REINERT, Stämpfli Handkommentar, FusG ... N ...).
- REY HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Aufl., Bern 2000.
- TRINDADE RITA TRIGO, Le transfert de patrimoine, in: SZW 3/2004 215 ff.
- TSCHÄNI RUDOLF, Vermögensübertragung, in: ZSR 1/2004 I. Halbband, 83 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 3/2004 155 (zit.: VISCHER, SZW).
- VISCHER FRANK, Einleitung, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004 (zit.: ZK FusG-VISCHER, Einleitung, N ...).
- VON DER CRONE HANS CASPAR/GERSPACH ANDREAS/KESSLER FRANZ J./DIETRICH MARTIN/BERLINGER KATJA, Das Fusionsgesetz, Zürich 2004 (zit.: VON DER CRONE et al).
- VON SALIS-LÜTOLF ULYSSES, Fusionsgesetz, Zürich 2004, www.fusionsgesetz.ch, Teil V (Vermögensübertragung).
- WATTER ROLF/KÄGI URS, Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen, in: SZW 3/2004, 231 ff.