

Sonderdruck aus

Europa Institut Zürich Band 169

**Mergers & Acquisitions XVIII**

Herausgeber: Rudolf Tschäni

---

Vermögensübertragung –  
Ausgewählte Aspekte  
aus der neueren Praxis

---

Rolf Watter

Schulthess §



# EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

---

Herausgeber:  
Rudolf Tschäni

## Mergers & Acquisitions XVIII

Schulthess § 2016

---

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2016  
ISBN 978-3-7255-7476-6

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Inhaltsübersicht

<b>Vermögensübertragung – Ausgewählte Aspekte aus der neueren Praxis</b>	7
<i>Prof. Dr. Rolf Watter, Rechtsanwalt, Bär &amp; Karrer AG, Zürich, Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich</i>	
<b>Dealmaker oder Dealbreaker?</b>	37
<b>Rezepte für (Unternehmens-)Juristen zum erfolgreichen Abschluss einer Akquisition</b>	
<i>Stefan Mösli, Group General Counsel, Sika AG, Baar</i>	
<b>Interessenkonflikte in M&amp;A-Transaktionen</b>	53
<i>Dr. Rudolf Tschäni, Rechtsanwalt, Lenz &amp; Staehelin, Zürich, und Hans-Jakob Diem, Rechtsanwalt, Lenz &amp; Staehelin, Zürich</i>	
<b>Kaufverträge betreffend Immobiliengesellschaften</b>	145
<i>Josef Caleff, Rechtsanwalt, Schellenberg Wittmer AG, Zürich</i>	
<b>Vom Übernahmerecht zum Übernahmeschutzrecht?</b>	191
<i>Dr. Heinz Schärer, Rechtsanwalt, Homburger AG, Zürich, Dr. Dieter Gericke, Rechtsanwalt, Homburger AG, Zürich, und Micha Fankhauser, Rechtsanwalt, Homburger AG, Zürich</i>	
<b>Management Buy-out – Vorvertragliche Aufklärungspflichten der Manager</b>	239
<i>Dr. Alexander Nikitine, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich</i>	
<b>Veränderungen des Unternehmens zwischen Signing und Closing</b>	279
<i>PD Dr. Urs Schenker, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich</i>	

# Vermögensübertragung – Ausgewählte Aspekte aus der neueren Praxis

Rolf Watter\*

## Inhalt

I.	Gründe für eine Vermögensübertragung .....	8
II.	Übertragung von Verträgen .....	9
	1. Grundsätzliches .....	9
	2. Übertragbarkeit von Verträgen .....	10
	3. Zustimmungserfordernis .....	10
	a) Gesetzestext .....	11
	b) Entstehungsgeschichte .....	11
	c) Rechtsprechung .....	12
	d) Lehre .....	13
	e) Beschränkte Kognition des Handelsregisteramtes .....	16
	f) Ergebnis .....	17
	4. Bezeichnung der Verträge im Inventar .....	17
	5. Umgang mit Übertragungsbeschränkungen .....	18
	a) Arten von Übertragungsbeschränkungen .....	18
	b) Auslegung von Übertragungsbeschränkungen .....	19
	c) Perspektive Bankgeheimnis .....	20
	6. Spezialfall Arbeitsverträge .....	20
	a) Übergang nach Art. 333 OR .....	20
	b) Perspektive Datenschutz .....	21
	7. Treuhandklausel als „Plan B“ .....	21
III.	Bestimmbarkeit als zentrales Kriterium bei der Umschreibung des zu übertragenden Vermögens .....	23
	1. Gesetzliche Grundlagen .....	23
	2. Rechtmässigkeit einer Übertragungsbilanz .....	24
	a) Erfordernis der „eindeutigen Bezeichnung“ (Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG) .....	25

---

\* Der Autor dankt Nadina Duss, Rechtsanwältin, und Michael Bänziger, Substitut, beide bei Bär & Karrer, für ihre Mithilfe bei der Verfassung dieses Artikels.

b) Erfordernis, den „Wert der zu übertragenden Aktiven und Passiven“ auszuweisen (Art. 71 Abs. 1 lit. c FusG).....	26
IV. Aktualität des Inventars, speziell bei Wertpapieren .....	27
V. Form- und Offenlegungsfragen .....	27
VI. Solidarhaftung „von unten“ bei Ausgliederungen .....	28
VII. Handelsregistersperre und Anfechtung des Beschlusses des Verwaltungsrates .....	30
1. Erfolgsaussichten einer „Prosequierung“ durch Klage .....	30
2. Mögliche Anfechtungsgründe .....	33
3. Heilende Wirkung des Handelsregistereintrages?.....	33
VIII. Fazit.....	34

## I. Gründe für eine Vermögensübertragung

Vermögensübertragungen werden in der Praxis vor allem dort eingesetzt, wo *kein ganzes Geschäft übertragen wird*, sondern Teile eines Unternehmens (beim integralen Verkauf wird in aller Regel der Rechtsträger übertragen oder der Weg der Fusion gewählt). Verwandt mit dieser Konstellation sind Fälle, in denen der Käufer zwar an sich einen ganzen Betrieb einer Gesellschaft kaufen will, aber vor gewissen Verbindlichkeiten und Risiken zurückschreckt (bspw. beim Kauf von Privatbanken: Risiken im Zusammenhang mit US-Steuerfragen), weshalb der Weg der Vermögensübertragung gewählt und die Übertragung so strukturiert wird, dass diese Risiken „zurückbleiben“ bzw. von der Vermögensübertragung nicht erfasst werden.

Oft ist der Weg der Vermögensübertragung *für den Käufer steuerlich interessanter* als der Kauf einer Gesellschaft, dies insbesondere weil er den Kaufpreis für Zwecke seiner Steuerbilanz in aller Regel auf die gekauften Aktiven „umlegen“ (oder einen Goodwill in die Bilanz einstellen) kann und sich damit künftiges Abschreibungspotential schafft. Diesem Vorteil des Käufers steht dann meist der Nachteil des Verkäufers gegenüber, dass er auf Stufe der verkaufenden Gesellschaft einen Gewinn realisiert – dies ist aber dann irrelevant, wenn der Preis nahe beim Buchwert ist (in diesem Fall hat der vorerwähnte Vorteil des Käufers allerdings auch wenig Gewicht) oder der Ver-

käufer beispielsweise über Verlustvorträge verfügt (beide Elemente spielen in gewissen neueren Banktransaktionen eine Rolle).

Zudem – wenn auch seltener – wird eine Vermögensübertragung dann eingesetzt, wenn *mehrere Grundstücke verkauft* werden, da auch dies Vorteile aus steuerlicher Sicht bringen kann (Art. 103 FusG) und es können sich auch Einsparungen im Bereich der Notariats- und Grundbuchgebühren ergeben, wenn im Sitzkanton des Veräusserers vergleichsweise billige Notariatstarife gelten.

Häufigster Fall ist aber immer noch die *Ausgliederung*, nämlich die Übertragung eines Betriebsteils auf eine Tochter. Wichtige Beispiele in der kürzlichen Vergangenheit waren die Ausgliederung der PostFinance in eine eigenständige Aktiengesellschaft und die Ausgliederung der UBS Switzerland AG, auf welche das in der Schweiz gebuchte Retail- und Wealth-Management-Geschäft der UBS AG übertragen wurde.

Die *Statistiken* der letzten Jahre zeigen eine vergleichsweise konstante Anzahl von Vermögensübertragungen, es wurden im Jahr 2013 281 solcher Vorgänge registriert, im Jahr 2014 245; im ersten Halbjahr 2015 waren es 148.

## II. Übertragung von Verträgen

### 1. Grundsätzliches

Eine immer wieder auftauchende Frage ist, *inwieweit Verträge von einer Vermögensübertragung erfasst werden können*, nachdem der Gesetzestext in diesem Bereich leider keine Aussage macht.<sup>1</sup> Konkret stellen sich folgende *drei Fragen*:

---

<sup>1</sup> Auch in der Botschaft des Bundesrates vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG), BBl 2000, 4337 ff., 4459 ff., werden lediglich bei der Spaltung – nicht jedoch bei der Vermögensübertragung – explizite Ausführungen zum Übergang von Vertragsverhältnissen gemacht (vgl. BBl 2000, 4445; siehe hierzu unten, FN 3).

- Sind Verträge generell und ohne (explizite) Zustimmung der Drittvertragsparteien übertragbar?
- Müssen die zu übertragenden Verträge im Inventar vollständig aufgeführt werden?
- Wie steht es mit dem Bankgeheimnis und dem Datenschutz?

## 2. Übertragbarkeit von Verträgen

Nach heute *wohl unbestrittener Ansicht* sind zusätzlich zu den aus einem Vertragsverhältnis fließenden übertragbaren Forderungen und Verbindlichkeiten prinzipiell auch ganze Verträge im Rahmen einer Vermögensübertragung übertragbar. Umstritten ist jedoch, ob mit der Eintragung der Vermögensübertragung ins Handelsregister die ganzen Vertragsverhältnisse von Gesetzes wegen auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen oder ob hierzu zusätzlich die implizite oder explizite Zustimmung derjenigen Partei erforderlich ist, die nicht Partei des Übertragungsvertrages ist (sog. Drittvertragspartei).

## 3. Zustimmungserfordernis

Grundsätzlich ist für die vollumfängliche Übertragung von Vertragsverhältnissen entweder (a) eine gesetzliche Grundlage (wie z.B. Art. 261 OR oder Art. 333 OR), (b) eine entsprechende vertragliche Vereinbarung oder (c) die Zustimmung aller betroffenen Parteien erforderlich. Fraglich ist, ob dies im Fall einer Vermögensübertragung anders ist, d.h., ob bei Fehlen einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung<sup>2</sup> die (explizite oder implizite) *Zustimmung der Drittvertragspartei* für die Übertragung eines ganzen Vertrages im Rahmen einer Vermögensübertragung erforderlich ist.

---

<sup>2</sup> Siehe Näheres hierzu unten, II.5.



a) *Gesetzestext*

Dem Fusionsgesetz (wie auch der Botschaft zum Fusionsgesetz<sup>3</sup>) kann zur Frage, ob die Zustimmung der Drittvertragspartei für die Übertragung eines Vertrages bei einer Vermögensübertragung notwendig ist, keine Regelung entnommen werden. Art. 73 Abs. 2 FusG statuiert lediglich, dass die Vermögensübertragung mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam wird und in diesem Zeitpunkt alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven<sup>4</sup> von Gesetzes wegen auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen. Folglich ist der Gesetzestext bzw. die ganze Regelung der Vermögensübertragung *auslegungsbedürftig*.<sup>5</sup>

b) *Entstehungsgeschichte*

Die *Materialien sprechen eher gegen die Zulässigkeit* eines automatischen Übergangs von Verträgen bei einer Vermögensübertragung, wobei sich hierzu lediglich der Nationalrat in zwei relevanten Voten im Rahmen eines in der Folge abgelehnten Antrages einer Kommissionsminderheit, welche den automatischen Übergang von Verträgen mit einer Ergänzung von Art. 71 Abs. 1

---

<sup>3</sup> Dies im Unterschied zur Spaltung, wo in der Botschaft – nicht jedoch im Gesetzestext – explizit festgehalten wird, dass Verträge nicht ohne weiteres übergangen, sondern für den Wechsel einer Vertragspartei grundsätzlich das Einverständnis aller Vertragsparteien erforderlich sei. Auch auf die Spaltung anwendbare Sonderbestimmungen hierzu fänden sich in Art. 261 OR und Art. 333 OR (vgl. BBl 2000, 4445). Vgl. zur Rechtslage bei der Spaltung unten, II.3.c), zur Rechtsprechung und zur Lehre statt vieler BaK-WATTER/BÜCHI, Art. 52 FusG, N 2 ff.

<sup>4</sup> Nach herkömmlicher Auffassung gehören ganze Vertragsverhältnisse nicht zu den „Aktiven und Passiven“ gemäss Art. 73 Abs. 2 FusG (vgl. BaK-MALACRIDA, Art. 73 FusG, N 15).

<sup>5</sup> Vgl. BÖCKLI PETER, Rechtsfragen zum Spaltungsverfahren des Fusionsgesetzes, Aufbauende Anregung mit Auslegungsvorschlägen, ST 2004, 899 ff., 903; BaK-MALACRIDA, Art. 73 FusG, N 15; VOGEL ALEXANDER/GÜNTER MICHAEL, Der Vertragsübergang bei Vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz, AJP 2012, 592 ff., 596; OFK-VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Art. 73 FusG, N 25; VON DER CRONE HANS CASPAR/GERSBACH ANDREAS/KESSLER FRANZ J./DIETRICH MARTIN/BERLINGER KATJA, Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N 966.

lit. e FusG ermöglichen wollte, explizit geäußert hat.<sup>6</sup> Trotz Regelungsbedarf hat der Gesetzgeber in der Folge jedoch auf eine explizite Regelung des Vertragsübergangs bei einer Vermögensübertragung verzichtet.<sup>7</sup>

c) *Rechtsprechung*

Die Schweizer Gerichte haben sich bisher *nicht* zur Frage der Notwendigkeit der Zustimmung der Drittvertragspartei für den Vertragsübergang bei einer Vermögensübertragung *geäußert*.

Im Bereich der Spaltung machte das Bundesgericht in einem *obiter dictum* betreffend prozessuale Fragen (Parteistellung bzw. -wechsel in einem Zivilprozess) klar, dass bei einer durch die Spaltung bewirkten partiellen Universalsukzession „partiell“ dahingehend zu verstehen sei, dass es sich *qualitativ* um eine *vollwertige Universalsukzession* handle, die aber *quantitativ* auf die im Inventar genannten Vermögenswerte *beschränkt* sei, bzw. sich der Ausdruck „partiell“ nur auf den Umfang der Universalsukzession und nicht auf deren Rechtswirkungen beziehe.<sup>8</sup> Dies scheint zu bedeuten, dass bei einer Spaltung bzw. im Rahmen einer partiellen Universalsukzession alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven und insbesondere alle damit verbundenen Rechte und Pflichten sowie Verträge mit der Eintragung ins Handelsregister automatisch bzw. von Gesetzes wegen auf den übernehmenden

---

<sup>6</sup> Vgl. Amtliches Bulletin 2003 NR, 243 f.: Der Minderheitsantrag wurde zur Hauptsache mit den drei Argumenten abgelehnt, dass (i) es die Prinzipien des geltenden Vertragsrechtes zu beachten gelte (freie Wahl der Vertragspartner gestützt auf den Grundsatz der Privatautonomie), (ii) Missbräuche zu verhindern seien und (iii) die Fusion und die Vermögensübertragung auf grundlegend verschiedenen Konzepten beruhen würden (vgl. Votum BR Metzler, Amtliches Bulletin 2003 NR, 244; vgl. hierzu auch WATTER ROLF/KÄGI URS, Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen, SZW 2004, 231 ff., 235 f. m.w.H.).

<sup>7</sup> Vgl. hierzu auch TSCHÄNI RUDOLF, Vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz und auf anderen Wegen, GesKR 2007, 170 ff., 173, welcher festhält, dass vor diesem Hintergrund davon auszugehen sei, dass der Gesetzgeber die Frage bewusst offen gelassen habe; sowie VOGEL/GÜNTER (FN 5), 599, wonach der Gesetzgeber explizit auf eine Regelung der Problematik im Gesetz verzichtet habe und damit die Beantwortung der Praxis überlassen worden sei.

<sup>8</sup> Vgl. Urteil 4C.385/2005 des Bundesgerichts vom 31. Januar 2006, E. 1.2.2; Urteil 4P.299/2005 des Bundesgerichts vom 31. Januar 2006, E. 2.2.2.

Rechtsträger übergehen, ohne dass weitere Handlungen (wie z.B. die Zustimmung der Drittvertragspartei) erforderlich wären.

Somit scheint dieser Entscheid zu *indizieren*, dass das Bundesgericht die Zustimmung der Drittvertragspartei für die Vertragsübertragung bei einer Spaltung nicht verlangen würde, falls es über die betreffende Frage zu entscheiden hätte. Da die Vermögensübertragung ebenfalls als partielle Universalsukzession zu qualifizieren ist,<sup>9</sup> kann davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht bei einer Vermögensübertragung zu derselben Schlussfolgerung gelangen bzw. *keine Zustimmung der Drittvertragspartei* für eine Vertragsübertragung im Rahmen einer Vermögensübertragung verlangen würde.<sup>10</sup>

#### d) *Lehre*

Die Lehre kritisierte immer (und richtigerweise), dass ein *Geschäft ohne Verträge oft nur von limitiertem Wert* sei und damit die Übertragung von Verträgen nicht nur bei der Fusion, sondern auch bei der Vermögensübertragung erleichtert werden müsse.<sup>11</sup> Ferner war es immer so, dass weder bei einer Spaltung noch bei einer Vermögensübertragung das Geschäft durch die (in aller Regel verwendete) Bilanz adäquat abgebildet wird und eine reine Substanzwertbetrachtung (die beim Abstellen auf eine Bilanz resultiert) wenig mit dem Wert des Geschäfts bzw. mit dem bezahlten Preis zu tun hat. Aus der Perspektive aller involvierten Personen ist endlich auch nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber Zurückhaltung gegenüber Vertragsübertragungen üben soll, sofern die Drittvertragspartei in ihren vermögensrechtlichen Ansprüchen geschützt wird.

---

<sup>9</sup> Vgl. BBI 2000, 4465.

<sup>10</sup> Dies auch vor dem Hintergrund, dass wenn dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden kann, das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach den Regeln entscheiden muss, die es als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB), wobei es hierbei bewährter Lehre und Überlieferung zu folgen hat (Art. 1 Abs. 3 ZGB).

<sup>11</sup> Vgl. WATTER/KÄGI (FN 6), 231, 236, wonach der Wert eines Geschäfts nicht nur in Aktiven und Passiven liege, sondern vielmehr bzw. gerade auch in den (längerfristigen) Geschäftsbeziehungen.

Ausgehend von diesen Grundüberlegungen anerkennt die Lehre mehrheitlich eine *Lücke*, die nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB zu füllen ist, wobei sich in der Lehre die folgenden *vier Theorien* dazu finden lassen, wie diese zu füllen ist:

- Universalsukzessionstheorie;
- Betriebsübergangstheorie;
- Ergänzungstheorie; und
- Zustimmungstheorie.

Die *herrschende Lehre*<sup>12</sup> vertritt die *Universalsukzessionstheorie*, wonach Verträge, die im Inventar aufgeführt sind, mittels Universalsukzession ohne Zustimmung der Drittvertragspartei vom übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen. Diese Ansicht wird insbesondere damit begründet, dass mit dem FusG eine vereinfachte Durchführung von Um-

---

<sup>12</sup> Vgl. u.a. ALTENBURGER PETER/CALDERAN MASSIMO/LEDERER WERNER, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht, Zürich 2004, 861 ff.; BERETTA PIERA, Drei Thesen zum Fusionsgesetz, in: CHRIST/KRAMER (Hrsg.), Symposium für Frank Vischer, Basel 2005, 105 ff., 107 f.; BÜCHI RAFFAEL, Allgemeine Inventarpflicht für Verträge bei der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz?, REPRAX 1/2006, 36 ff., 40; BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 3 N 372 ff.; VON BÜREN ROLAND, Der Übergang von Verträgen im Rahmen von Vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz, in: WIEGAND/KOLLER/WALTER (Hrsg.), Tradition mit Weitsicht – Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Bern 2009, 29 ff., 31; GERSBACH ANDREAS, Die besonderen Transaktionsformen Spaltung und Vermögensübertragung, ZGBR 2004, 197 ff., 225; GLANZMANN LUKAS, Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3. Aufl., Bern 2014, N 365 f.; HILTY RETO, Vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz – Auswirkungen auf Verträge am Beispiel des Lizenzvertrages, in: FORSTMOSER/VON DER CRONE/WEBER/ZOBL (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich 2004, 565 ff., 573; BaK-MALACRIDA, Art. 73 FusG, N 15b; TRIGO TRINDADE RITA, Le transfert de patrimoine, SZW 2004, 215 ff., 218; ZK-VISCHER, Einleitung FusG, N 5 ff.; VISCHER FRANK, Des principes de la loi sur la fusion et de quelques questions controversées, SZW 2004, 155 ff.; VOGEL/GÜNTNER (FN 5), 502 ff. m.w.H.; OFK-VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Art. 73 FusG, N 25 ff.; VON DER CRONE et al. (FN 5), N 984; BaK-WATTER/BÜCHI, Art. 52 FusG, N 9; WEBER PHILIPPE, Die Vermögensübertragung, in: KELLERHALS/LUGINBÜHL (Hrsg.), Fusionsgesetz, Auswirkungen auf die Praxis, Zürich 2004, 123 ff., 140.

strukturierungsvorgängen angestrebt worden sei und die Notwendigkeit einer Zustimmung der Drittvertragspartei gegen diese Zielsetzung sprechen würde. Entsprechend würden auch Verträge der partiellen Universalsukzession unterliegen bzw. sei eine Zustimmung der Drittvertragspartei bei einer Spaltung oder Vermögensübertragung ebensowenig erforderlich, wie bei einer Fusion.

Gewisse Vertreter der Universalsukzessionstheorie wollen diesen Schluss jedoch nur in den Fällen stützen, in denen es sich beim übertragenen Vermögen um einen *Betrieb* oder einen *Betriebsteil* handelt und die übergehenden Vertragsverhältnisse mit diesem verknüpft sind (sog. *Betriebsübergangstheorie*).<sup>13</sup>

Ferner sind gewisse Vertreter der Universalsukzessionstheorie der Ansicht, dass eine Zustimmung der Drittvertragspartei dann erforderlich ist, wenn ein Vertrag eine *Übertragungsbeschränkung* enthält, welche explizit auf eine Vermögensübertragung oder Spaltung Bezug nimmt (sog. *Ergänzungstheorie*).<sup>14</sup>

Eine Minderheitsmeinung ist, unter Berufung auf die im Gesetzgebungsprozess gemachten Aussagen,<sup>15</sup> der Ansicht, dass es unter Art. 73 Abs. 2 FusG

---

<sup>13</sup> Vgl. BOHRER ANDREAS, Übergang von Verträgen bei der Vermögensübertragung: Irrungen und Wirrungen mit Praxisrelevanz, ST 2004, 933 ff., 937; Stämpfli Handkommentar-FRICK, Art. 69 FusG, N 21 ff.; HURNI CHRISTOPH, Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Diss. Bern 2008, 222 ff.; LOSER-KROGH PETER, Die Vermögensübertragung – Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes, AJP 2000, 1095 ff., 1106 f.; BaK-MOSCHER, Art. 1 FusG, N 46; SCHUMACHER RETO T., Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, Diss. Zürich 2005, 151 f.; TSCHÄNI (FN 7), 174; VON SALIS ULYSSES, Fusionsgesetz, Zürich 2004, abrufbar unter <<http://www.fusionsgesetz.ch>>, 443; WATTER/KÄGI (FN 6), 236 ff.

<sup>14</sup> Vgl. WATTER ROLF/MALACRIDA RALPH, Mergers, Acquisitions and Corporate Restructuring, in: VOGT (Hrsg.), Access to Swiss Law, Band I, Basel 2005, 1 ff., 102.

<sup>15</sup> Siehe oben, II.3.b).

für die Übertragung eines Vertrages immer der Zustimmung der Drittvertragspartei bedarf (sog. *Zustimmungstheorie*).<sup>16</sup>

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die *Mehrheit* der Lehre die Möglichkeit, dass Verträge im Rahmen einer Vermögensübertragung *ohne Zustimmung der Drittvertragspartei* übergehen, insbesondere wenn die Verträge zu einem transferierten Betriebsteil gehören, *befürwortet*. Mit dieser Auslegung dürften auch die Vertreter der „Zustimmungstheorie“ zumindest dann kein Problem haben, wenn die Übertragung im Rahmen einer Ausgliederung an eine Tochtergesellschaft erfolgt, mithin kein Kontrollwechsel bei der einen Vertragspartei beabsichtigt ist.

e) *Beschränkte Kognition des Handelsregisteramtes*

Bei Spaltungen und Vermögensübertragungen lehnt das Handelsregisteramt gemäss Art. 148 HRegV die Eintragung insbesondere dann ab, wenn die erfassten Gegenstände (inkl. Verträge) „*offensichtlich nicht frei übertragbar sind*“. Aufgrund dieser beschränkten Kognition prüft das Handelsregisteramt nicht, ob die Verträge bei einer Vermögensübertragung übergehen oder ob Zustimmungen eingeholt worden sind.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Commentaire-BAHAR, Art. 73 LFus, N 16; CHAMPEAUX CHRISTIAN/TURIN NICHOLAS, Check-Listen für Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz, REPRAX 2-3/2004, 79 ff., 90; Eidgenössisches Amt für das Handelsregister (EHRA), Kurzkomentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung im Fusionsgesetz vom 11. Oktober 2004, REPRAX 2-3/2004, 1 ff., 30 ff.; KUNZ PETER, Umwandlung und Vermögensübertragung im neuen schweizerischen Fusionsrecht – Blicke zurück und nach vorne, AJP 2004, 802 ff., 812; TRIGO TRINDADE RITA, La fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine selon le nouveau droit, Jusletter, 3. November 2003, 48 (später revidierte TRIGO TRINDADE ihre Meinung, vgl. TRIGO TRINDADE [FN 12], 218); TURIN NICHOLAS, Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion, Diss. Neuchâtel 2003, 58 ff. (betreffend Abspaltungen) und 114 (betreffend Vermögensübertragungen).

<sup>17</sup> Vgl. Handelsregisteramt des Kantons Zürich, Fragen und Antworten zum neuen Fusionsgesetz, abrufbar unter <[http://www.hra.zh.ch/dam/justiz\\_innern/hra/FAQ/faq-fusg.pdf.spooler.download.1393233907638.pdf/faq-fusg.pdf](http://www.hra.zh.ch/dam/justiz_innern/hra/FAQ/faq-fusg.pdf.spooler.download.1393233907638.pdf/faq-fusg.pdf)>, 7 und 12.

f) *Ergebnis*

Obwohl das FusG die Übertragung von Verträgen bei einer Vermögensübertragung bzw. die Frage des Zustimmungserfordernisses nicht spezifisch regelt, ist im Einklang mit der herrschenden Lehre davon auszugehen, dass bei einer Vermögensübertragung *im Grundsatz keine Zustimmung der Drittvertragspartei* für die Übertragung von Verträgen vom übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger notwendig ist, insbesondere dann nicht, wenn die Verträge zu einem transferierten Betriebsteil gehören.

#### 4. Bezeichnung der Verträge im Inventar

Eingangs wurde als Zweites die Frage aufgeworfen, ob die einzelnen, im Rahmen einer Vermögensübertragung zu übertragenden Verträge *vollständig im Inventar aufgeführt werden* müssen.

Auch diese Frage ist *umstritten*: Während in der Lehre die Ansicht vertreten wird, dass eine generische Umschreibung<sup>18</sup> der Verträge genüge,<sup>19</sup> vertrat die Praxis früher eine restriktive Ansicht. Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich verlangte eine Einzelauflistung der zu übertragenden Verträge jeweils mit (i) Identifizierung der Vertragsparteien, (ii) Nennung des Vertragsgegenstandes und (iii) Datum des Vertragsabschlusses.<sup>20</sup> Heute gilt jedoch im Rahmen einer Übertragung eines Betriebsteils samt den dazugehörigen Verträgen eine offenere Praxis und es wird lediglich verlangt, dass die zu übertragenden Verträge „hinreichend klar umschrieben“<sup>21</sup> bzw. aufgrund des Inventars auch für Dritte zumindest *bestimmbar* sind.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Eine generische Umschreibung ist aber aufgrund der expliziten Gesetzesvorschriften von Art. 71 Abs. 1 lit. b und e FusG – wo eine individuelle Auflistung verlangt wird – nicht ausreichend, wenn Grundstücke, Wertpapiere, immaterielle Werte, oder Arbeitsverträge auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen sollen.

<sup>19</sup> Vgl. u.a. VOGEL/GÜNTER (FN 5), 602 m.w.H., wonach es genüge, wenn die übergehenden Verträge bestimmbar sind; OFK-VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Art. 71 FusG, N 12; Stämpfli Handkommentar-CHAMPEAUX, Art. 138 HRegV, N 23.

<sup>20</sup> Vgl. Handelsregisteramt des Kantons Zürich (FN 17), 12.

<sup>21</sup> Stämpfli Handkommentar HRegV-CHAMPEAUX, Art. 138, N 23.

<sup>22</sup> Vgl. Handelsregisteramt des Kantons Zürich (FN 17), 12.

Bei *komplexen Verhältnissen*, insbesondere dort, wo Kunden teilweise (z.B. betreffend gewisser Produkte oder Dienstleistungen) beim übertragenden Rechtsträger „bleiben“ und teilweise zum übernehmenden Rechtsträger „gehen“ (vgl. Konstellation bei der Vermögensübertragung des im Booking Center in der Schweiz gebuchten Retail & Corporate- sowie des Wealth-Management-Geschäfts von der UBS AG auf die UBS Switzerland AG), ist wohl eine *individuelle Orientierung der betroffenen Drittvertragsparteien* über die bevorstehende Vermögensübertragung notwendig.

## 5. Umgang mit Übertragungsbeschränkungen

Gleich wie die Parteien die Übertragung von einzelnen vertraglichen Rechten und Pflichten oder des ganzen Vertrages vereinbaren können, können sie auch Gegenteiliges, nämlich *Übertragungsbeschränkungen*, in ihre Abmachungen aufnehmen. Fraglich ist, wie mit derartigen Übertragungsbeschränkungen bei einer Vermögensübertragung umzugehen ist.

### a) *Arten von Übertragungsbeschränkungen*

In der Praxis bestehen grundsätzlich die folgenden vertraglichen Übertragungsbeschränkungen (wobei sich diese in der Regel nicht explizit auf die Vermögensübertragung, sondern vielmehr auf den spezifischen Vertrag an sich beziehen):

- umfassendes Vertragsübertragungsverbot;
- Erfordernis der (schriftlichen) Zustimmung der Drittvertragspartei;
- ausserordentliches Kündigungsrecht<sup>23</sup> der Drittvertragspartei; oder
- automatische Vertragsaufhebung bei einer Übertragung.

Die beiden letzten Beschränkungen werden oft als sog. Change-of-Control-Bestimmungen bezeichnet.

---

<sup>23</sup> Vergleichbar mit dem gesetzlich vorgesehenen Recht der Arbeitnehmer gemäss Art. 76 Abs. 1 FusG i.V.m. Art. 333 Abs. 1 OR im Zusammenhang mit der Übertragung von Arbeitsverträgen.



b) *Auslegung von Übertragungsbeschränkungen*

Häufig wird in der Praxis die *Klausel*, wonach Verträge und/oder Rechte und Pflichten aus Verträgen ohne Zustimmung der Drittvertragspartei nicht übertragen werden können, verwendet. Fraglich ist, ob damit auch die Übertragung eines Vertrages bei einer Vermögensübertragung als eingeschlossen gelten soll, dies speziell dann, wenn der betreffende Vertrag als Teil eines Betriebes oder Teilbetriebes übertragen wird.

Dies ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, wobei vorab festgehalten werden kann, dass wenn in einem zu übertragenden Vertrag unter dem Titel „Übertragungsbeschränkungen“ auf die Übertragung von einzelnen Rechten und Pflichten dieses Vertrages Bezug genommen wird, dadurch die Frage nicht adressiert wird, ob der Vertrag an sich übertragen werden kann oder nicht.<sup>24</sup> Wo jedoch eine Übertragungsbeschränkung explizit auf die Übertragung des ganzen Vertrages Bezug nimmt, ist durch *Auslegung nach Art. 18 OR* zu ermitteln, ob dadurch auch die Übertragung bei einer Vermögensübertragung<sup>25</sup> gemeint ist.

Bei der Auslegung der fraglichen Vertragsklausel muss in Anwendung von Art. 18 OR der *übereinstimmende, wirkliche Wille* der Vertragsparteien ermittelt werden. Eine derartige Auslegung dürfte in der Regel zum Ergebnis führen, dass eine standardmässig formulierte Übertragungsbeschränkung nicht genügt, um die Übertragung des ganzen Vertrages im Rahmen einer Vermögensübertragung zu verhindern (insbesondere dann nicht, wenn das gesamte Geschäft an einen Rechtsträger mit ähnlich hohem Eigenkapital und ähnlich hoher Ertragskraft, wie der übertragende Rechtsträger hatte, übertragen werden soll).<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Denn derartige Vertragslösungen wollen grundsätzlich lediglich verhindern, dass (i) Kompensations- und Netting-Möglichkeiten wegfallen und dass (ii) Nicht-Geschäftspartner plötzlich gewisse Rechte gegen die Gesellschaft halten. Entsprechende Befürchtungen bestehen jedoch nicht, wenn der ganze Vertrag und nicht bloss einzelne Rechte und Pflichten aus dem Vertrag übertragen werden.

<sup>25</sup> Dies vor dem Hintergrund, dass die gesetzlichen Bestimmungen zur Vermögensübertragung grundsätzlich eine Vielzahl von Schutzmechanismen zugunsten der Drittvertragspartei (z.B. Solidarhaftung nach Art. 75 FusG) vorsehen.

<sup>26</sup> Vgl. BaK-MALACRIDA, Art. 73 FusG, N 20; WATTER/KÄGI (FN 6), 242.

Sodann ist es bei der Ausgliederung noch unwahrscheinlicher, dass die Vertragsparteien den Willen hatten, dass die Vertragsgegenseite eine Übertragung verhindern kann.

c) *Perspektive Bankgeheimnis*

Bei den obigen Ausführungen wurde jeweils davon ausgegangen, dass die zu übertragenden Verträge nicht dem Bankgeheimnis unterstehen. Für den gegenteiligen Fall ist wohl eine *stillschweigende Zustimmung* (bzw. ein *Ablehnungsrecht*) der *Drittvertragspartei* notwendig, insbesondere dann, wenn eine andere Bank einen Bankbetrieb kauft und dabei von der Identität der Kunden erfährt.

## 6. Spezialfall Arbeitsverträge

a) *Übergang nach Art. 333 OR*

Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG verlangt, dass der Übertragungsvertrag eine Liste der Arbeitsverhältnisse, die mit der Vermögensübertragung übergehen, enthält. Dieser Liste kommt jedoch *rein deklaratorische Bedeutung* zu, sofern ein Betrieb oder ein Betriebsteil übertragen wird, denn Art. 333 Abs. 1 OR ist diesfalls ohnehin für alle Arbeitnehmer anwendbar. Damit findet ein Übergang der mit dem Betrieb oder Betriebsteil unzweifelhaft verbundenen Arbeitsverhältnisse – immer unter Vorbehalt, dass die betroffenen Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnen – ohnehin statt, d.h. selbst dann, wenn die Arbeitsverhältnisse in der erwähnten Liste nicht (vollständig) aufgeführt sind.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Vgl. BaK-MALACRIDA, Art. 71 FusG, N 12; BaK-BAUMGARTNER/OERTLE, Art. 76 FusG, N 12; Stämpflis Handkommentar-REINERT, Art. 76 FusG, N 1 f.; Stämpflis Handkommentar-CHAMPEAUX, Art. 138 HRegV, N 32.

b) *Perspektive Datenschutz*

Aus Persönlichkeits- und Datenschutzgründen erlaubt die Praxis<sup>28</sup> zudem, in der erwähnten Liste gemäss Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG lediglich intern verwendete *Mitarbeiterbezeichnungen ohne explizite Namensnennung* (z.B. mittels Angabe von Personalnummern), mit denen die vom Übergang betroffenen Arbeitnehmer für die beteiligten Parteien eindeutig bestimmbar sind, zu verwenden.

## 7. Treuhandklausel als „Plan B“

Für den Fall, dass eine Drittvertragspartei der Übertragung des Vertragsverhältnisses ausdrücklich widersprechen oder gar prozessual dagegen vorgehen sollte, bleibt trotz der vorstehenden Ausführungen letztlich unklar, wie ein Gericht im Einzelfall entscheiden wird. Um mit dieser *verbleibenden Rechtsunsicherheit* umzugehen, ist es sinnvoll bzw. empfehlenswert, eine fiduziarische Struktur bzw. eine Treuhandklausel als „Ventil“ in den Vermögensübertragungsvertrag aufzunehmen.

Die einem solchen „Plan B“ zugrunde liegende Idee ist, dass der Vertrag der widersprechenden Drittvertragspartei formell beim übertragenden Rechtsträger bleibt, während der *wirtschaftliche Nutzen* an den übernehmenden Rechtsträger *weitergegeben* wird. Der übertragende Rechtsträger bleibt damit „Volleigentümer“ bzw. Vertragspartner der Drittvertragspartei, wird aber zum Treuhänder, welcher nur aufgrund von Anweisungen des übernehmenden Rechtsträgers tätig wird und für seine treuhänderischen Dienste durch den übernehmenden Rechtsträger angemessen entschädigt wird.

Eine solche Treuhandklausel könnte beispielweise wie folgt vertraglich ausgestaltet werden<sup>29</sup>:

---

<sup>28</sup> Vgl. Stämpfli Handkommentar-CHAMPEAUX, Art. 138 HRegV, N 32.

<sup>29</sup> Das genannte Textbeispiel für eine Treuhandklausel ist dem Vermögensübertragungsvertrag vom 12. Juni 2015 zwischen der UBS AG und der UBS Switzerland AG entnommen. Entsprechend handelt es sich bei den gross geschriebenen Begriffen um im genannten Vermögensübertragungsvertrag definierte Begriffe und die Verweise beziehen sich auf Abschnitte aus dem betreffenden Vertrag.

„In the event that the consummation of the Transfer with respect to certain Transferred Assets, Transferred Liabilities or Transferred Contracts does not occur by operation of the law pursuant to article 73 para 2 MA nor can be reasonably achieved by any further closing actions pursuant to section 7, the Parent will continue to be the owner of the respective Transferred Assets, the obligor of the respective Transferred Liabilities (it being understood that upon Closing the Subsidiary shall also become a primary obligor of the respective Transferred Liabilities, to the extent possible) and/or a party to the respective Transferred Contracts in its own name but on behalf and at the risk of the Subsidiary, i.e. on a fiduciary basis. The Parent will only exercise its rights and perform its duties in respect of such Transferred Assets or Transferred Liabilities or under such Transferred Contracts in accordance with the instructions of the Subsidiary, provided, however, that in addition to the Subsidiary's right to instruct the Parent at any time to terminate a Transferred Contract, the Parent retains the right to terminate a Transferred Contract at any time, it being understood that such termination should not take place unreasonably and without prior consultation of Subsidiary.”

„Falls der Vollzug der ÜBERTRAGUNG in Bezug auf bestimmte ÜBERTRAGENE VERMÖGENSWERTE, ÜBERTRAGENE VERBINDLICHKEITEN oder ÜBERTRAGENE VERTRÄGE weder von Gesetzes wegen gemäss Art. 73 Abs. 2 FusG und auch nicht durch eine Vollzugshandlung gemäss ZIFF. 7 mit vernünftigem Aufwand erfolgen kann, wird die MUTTERGESELLSCHAFT weiterhin Eigentümerin der entsprechenden ÜBERTRAGENEN VERMÖGENSWERTE, Schuldnerin der entsprechenden ÜBERTRAGENEN VERBINDLICHKEITEN (wobei zur Klarstellung festgehalten sei, dass beim VOLLZUG die TOCHTERGESELLSCHAFT soweit als möglich auch ein Primärschuldner der entsprechenden ÜBERTRAGENEN VERBINDLICHKEITEN wird) und/oder Partei der entsprechenden ÜBERTRAGENEN VERTRÄGE bleiben. Dabei tritt sie in ihrem eigenen Namen auf, handelt aber im Auftrag und auf Gefahr der TOCHTERGESELLSCHAFT, das heisst auf fiduziarischer Grundlage. Die MUTTERGESELLSCHAFT wird ihre Rechte und Pflichten mit Bezug auf solche ÜBERTRAGENEN VERMÖGENSWERTE oder ÜBERTRAGENEN VERBINDLICHKEITEN oder unter solchen ÜBERTRAGENEN VERTRÄGEN nach Massgabe der Anweisungen der TOCHTERGESELLSCHAFT ausüben, allerdings vorausgesetzt, dass zusätzlich zum Recht der TOCHTERGESELLSCHAFT, die MUTTERGESELLSCHAFT jederzeit zur Beendigung eines ÜBERTRAGENEN VERTRAGES anzuweisen, die MUTTERGESELLSCHAFT das Recht behält, einen ÜBERTRAGENEN VERTRAG jederzeit zu beenden, wobei Einvernehmen darüber besteht,

dass eine solche Beendigung nicht unbegründet und nicht ohne vorherige Konsultation mit der TOCHTERGESELLSCHAFT stattfinden soll.“

### **III. Bestimmbarkeit als zentrales Kriterium bei der Umschreibung des zu übertragenden Vermögens**

#### **1. Gesetzliche Grundlagen**

Die Parteien bestimmen grundsätzlich *autonom* im Übertragungsvertrag, was *Gegenstand der Vermögensübertragung* bzw. was der Umfang der „partiellen Universalsukzession“ ist. Dabei müssen sie die Vorgaben von Art. 71 FusG beachten, der den Inhalt des Übertragungsvertrages regelt. Absatz 1 dieser Bestimmung nennt ausdrücklich die objektiv wesentlichen Punkte (*Essentialia*) des Übertragungsvertrages.<sup>30</sup> Absatz 2 enthält zudem eine Schutzvorschrift zugunsten der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers:

„Art. 71 Inhalt des Übertragungsvertrags

<sup>1</sup> Der Übertragungsvertrag enthält:

- a. [...];
- b. ein Inventar mit der eindeutigen Bezeichnung der zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens; Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte sind einzeln aufzuführen;
- c. den gesamten Wert der zu übertragenden Aktiven und Passiven;
- d. die allfällige Gegenleistung;
- e. eine Liste der Arbeitsverhältnisse, die mit der Vermögensübertragung übergehen.

<sup>2</sup> Die Vermögensübertragung ist nur zulässig, wenn das Inventar einen Aktivenüberschuss ausweist.“

---

<sup>30</sup> Siehe BaK-MALACRIDA, Art. 71 FusG, N 3; BBI 2000, 4462; ZK-BERETTA, Art. 71 FusG, N 1.

Das Gesetz basiert für die Definition des Umfangs der „partiellen Universal sukzession“ also auf einer „*Inventar- und Listenidee*“. Nach Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG ist ein „Inventar mit der eindeutigen Bezeichnung der zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens“ zu erstellen; Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG verlangt eine „Liste der Arbeitsverhältnisse, die mit der Vermögensübertragung übergehen“.<sup>31</sup> Bei dieser „Inventar- und Listenidee“ spielen indirekt gewisse (allerdings unglücklich aufgezogene) *bilanzielle Überlegungen* eine Rolle. Nach Art. 71 Abs. 1 lit. c FusG muss der Übertragungsvertrag den „gesamten Wert der zu übertragenden Aktiven und Passiven“ ausweisen. Ferner ist die Vermögensübertragung nach Art. 71 Abs. 2 FusG nur zulässig, „wenn das Inventar einen Aktivenüberschuss ausweist“.

## 2. Rechtmässigkeit einer Übertragungsbilanz

Nach der Vorstellung des Gesetzes definiert also ein Inventar die Objekte der Vermögensübertragung. Das Inventar kann entweder Teil des Übertragungsvertrages sein oder diesem als Anhang beigefügt werden.<sup>32</sup> In der Praxis spielt bei Vermögensübertragungen aber die *Übertragungsbilanz* eine wichtigere Rolle, obwohl sie im Gesetz selbst nicht erwähnt ist.<sup>33</sup> Wird ein Betriebsteil übertragen, kann sich die Übertragungsbilanz teilweise auf eine Segmentsberichterstattung abstützen, wenn der übertragene Betrieb ein solches Segment ist.

Wird im Übertragungsvertrag nur mit einer Übertragungsbilanz gearbeitet, so stellt sich die Frage, ob diese den *Anforderungen von Art. 71 FusG* genügt, namentlich im Hinblick auf das Erfordernis einer „eindeutigen Bezeichnung der zu übertragenden Gegenstände“ (Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG) und das Erfordernis, den „Wert der zu übertragenden Aktiven und Passiven“ auszuweisen (Art. 71 Abs. 1 lit. c FusG).

---

<sup>31</sup> Vgl. dazu oben, II.6.

<sup>32</sup> BaK-MALACRIDA, Art. 71 FusG, N 6.

<sup>33</sup> Vgl. etwa Urteil 4P.299/2005 des Bundesgerichts vom 31. Januar 2006, E. 2.3.

a) *Erfordernis der „eindeutigen Bezeichnung“ (Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG)*

Das Gesetz verlangt aus Gründen der Rechts- und Verkehrssicherheit eine „eindeutige Bezeichnung“ der zu übertragenden Aktiven und Passiven (Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG). Die zu übertragenden Aktiven und Passiven müssen so klar umschrieben werden, dass auch aus der Sicht Dritter (namentlich der Gläubiger) keine Zweifel über deren Zuordnung bestehen.<sup>34</sup> Ferner sind Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte einzeln aufzuführen.

Obwohl das Gesetz eine „eindeutige Bezeichnung“ verlangt, besteht in der Praxis und auch in der Lehre Einigkeit, dass *pauschale Bezeichnungen* möglich sind, solange die zu übertragenden Vermögensgegenstände bestimmbar sind.<sup>35</sup> Pauschale Umschreibungen können für Parteien und Dritte sogar klarer und sicherer sein, als eine Auflistung einer Vielzahl von einzelnen Positionen, die für Dritte in aller Regel kaum nachvollziehbar sind bzw. nicht zugeordnet werden können. Ferner besteht bei einer blossen Auflistung die Gefahr, dass gewisse Gegenstände oder Positionen vergessen gehen und daher nicht übertragen werden, obgleich dies von den Parteien ursprünglich beabsichtigt war.<sup>36</sup> Wird damit beispielsweise der zu übertragende Betrieb generell umschrieben und eine Bilanz des übertragenden Rechtsträgers in den Vermögensübertragungsvertrag integriert, die in einer zweiten Spalte zeigt, welche finanziellen Auswirkungen auf jede Bilanzposition die Übertragung hat (und in einer dritten Spalte dargestellt wird, wie sich die Bilanz des Rechtsträgers nach der Transaktion präsentiert, insb. auch nach Erhalt der Gegenleistung), wird in aller Regel *mehr Klarheit* für alle Involvierten geschaffen als mit seitenlangen Inventaren. Denn bei Erstellung einer solchen Bilanz wird dank der zugrunde liegenden Buchhaltung mit ihren Positionen, Listen und Inventaren klar bestimmt, nach welchen Kriterien jede Bilanzposition aufgespalten wird.

---

<sup>34</sup> BBl 2000, 4462.

<sup>35</sup> Siehe BaK-MALACRIDA, Art. 71 FusG, N 6; ZK-BERETTA, Art. 71 FusG, N 7.

<sup>36</sup> Siehe BaK-MALACRIDA, Art. 71 FusG, N 6.

Diese Zuweisung mittels Bilanz muss sicher dort möglich sein, wo es nicht um Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte geht, wo das Gesetz allerdings eine einzelne Aufführung verlangt.<sup>37</sup>

Der *Grad der zulässigen Pauschalisierung* bei der eingangs verlangten Umschreibung kann nicht absolut festgelegt werden; er richtet sich nach den *konkreten Verhältnissen*. Entscheidend ist das Mass an Information, das mit der gewählten Darstellung im konkreten Fall und mit Blick auf die Rechts- und Verkehrssicherheit erreicht wird. So müssen meines Erachtens Mobilien, Debitoren oder Lager bei Verwendung einer Übertragungsbilanz auch dann als „eindeutig bezeichnet“ gelten, wenn sie in der Bilanz je in einer Position zusammengefasst sind, was üblicherweise der Fall ist.<sup>38</sup> Die Umschreibung des Geschäfts und die Wertzuteilung in einer Bilanz genügen meines Erachtens für den Verkehrsschutz und für die Klarheit unter den beteiligten Unternehmen völlig.

Meines Erachtens besteht auch *keine Aufdatierungspflicht*,<sup>39</sup> obwohl eine Bilanz notwendigerweise immer auf ein Datum verweisen muss, das vor Abschluss des Vermögensübertragungsvertrages liegt. Wird ein Betrieb übertragen, vereinbaren die Parteien in aller Regel, dass alle Geschäftsvorfälle, zumindest diejenigen im Rahmen des ordentlichen Geschäftsganges, seit Bilanzstichtag bis zum Vollzug als mitübertragen gelten.

b) *Erfordernis, den „Wert der zu übertragenden Aktiven und Passiven“ auszuweisen (Art. 71 Abs. 1 lit. c FusG)*

Wird nur mit einer Übertragungsbilanz gearbeitet, ist auch Art. 71 Abs. 1 lit. c FusG (Wert der zu übertragenden Aktiven und Passiven) „automatisch“ Genüge getan, auch wenn dann der *Wert per Bilanzstichtag* und nicht derjenige im Moment des eigentlichen Übertrages ausgewiesen wird. Meines Erachtens ist es im Lichte dieser Bestimmung genügend, wenn im Vertrag angemerkt wird, dass seit Bilanzstichtag das Geschäft ordentlich weiter geführt wurde (und bis zum Vollzug noch weitergeführt werden wird) und *kei-*

---

<sup>37</sup> BaK-MALACRIDA, Art. 71 FusG, N 5; ZK-BERETTA, Art. 71 FusG, N 7.

<sup>38</sup> Vgl. Art. 959a OR.

<sup>39</sup> Siehe dazu auch unten, IV.



*ne ausserordentlichen Verluste oder Gewinne* realisiert wurden und sich die Parteien zusichern, dass im Fall künftiger ausserordentlicher Vorfälle bis zum Vollzug eine Regel analog zu Art. 17 FusG (Veränderungen im Vermögen) gilt.

#### **IV. Aktualität des Inventars, speziell bei Wertpapieren**

Bei grösseren Transaktionen ist es in der Regel *nicht möglich*, das (allfällige) *Inventar bis zum Vollzug aufzudatieren*; dies gilt insbesondere für die im Inventar aufzuführenden *Wertpapiere*. Es muss hier meines Erachtens zulässig sein, dass die Parteien vorsehen, dass Wertpapiere, die beispielsweise noch im Rahmen des ordentlichen Geschäftsgangs bis zum Eintrag im Handelsregister zusätzlich zu den im Inventar aufgeführten Papieren erworben werden, ebenfalls übertragen werden (und umgekehrt im Rahmen des ordentlichen Geschäftsgangs veräusserte Wertpapiere z.B. dann nicht übertragen werden, wenn der Gegenwert ebenfalls Teil der übertragenen Aktiven wird).

Überhaupt ist die in Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG verlangte Notwendigkeit, Wertpapiere einzeln aufzuführen, seltsam und es bleibt unklar, inwieweit beispielsweise Bucheffekten erfasst sind. *Inter partes* muss es möglich sein, dass beispielsweise vereinbart wird, dass im Inventar vergessene Wertpapiere ebenfalls übertragen werden (evtl. durch Einzelgeschäfte).

#### **V. Form- und Offenlegungsfragen**

Manchmal stellt sich die Frage, ob es möglich ist, *die Vermögensübertragung in einen „normalen“ (nichtöffentlichen) Vertrag inter partes und einen (öffentlich werdenden) Vermögensübertragungsvertrag zu „spalten“*. Daran knüpfen sich zwei Unterfragen: (i) Was unterliegt der Beurkundungspflicht, falls Grundstücke übertragen werden und (ii) ist es möglich, die Vermögensübertragung in ein Verpflichtungsgeschäft und ein Verfügungsgeschäft aufzuteilen (wobei der Vermögensübertragungsvertrag nur die Verfügung regelt, bzw. Basis für den Vollzug ist)?

Die Lehre scheint Spaltungsmöglichkeiten zu befürworten<sup>40</sup> und meines Erachtens ist eine Aufteilung zulässig. Möglich ist damit, dass bestimmte Abreden – wie etwa die Regelung von Gewährleistungsfragen – in einem *separaten* „*Mastervertrag*“ getroffen werden und der Vermögensübertragungsvertrag nur das Verfügungsgeschäft regelt (und beispielsweise dem Mastervertrag schon als Entwurf angeheftet wird, mit der Verpflichtung der Parteien, im Vollzugszeitpunkt dieses Dokument zu unterzeichnen). Praktisch dürfte dabei empfehlenswert sein, im Vermögensübertragungsvertrag auf diesen übergeordneten Vertrag zu verweisen, vor allem dann, wenn die Parteien der beiden Verträge identisch sind und der „*Mastervertrag*“ weiter gelten soll (was beispielsweise betreffend Gewährleistungen regelmässig der Fall sein wird). Unnötig ist ein solcher Verweis aber beispielsweise dann, wenn die Muttergesellschaft den „*Master- oder Umbrellavertrag*“ unterschreibt und die Tochtergesellschaft den Vermögensübertragungsvertrag abschliesst.<sup>41</sup>

Was die *Beurkundungspflicht* bei der Übertragung von Grundstücken angeht, so verlangt das Gesetz nach Art. 70 Abs. 2 FusG nur, dass „die entsprechenden Teile des Vertrages“ öffentlich beurkundet werden.

## VI. Solidarhaftung „von unten“ bei Ausgliederungen

Das FusG sieht einen zwingenden (und sehr weitgehenden<sup>42</sup>) Gläubigerschutz vor, dessen Kernstück eine *solidarische Haftung* des übertragenden

---

<sup>40</sup> Vgl. BaK-MALACRIDA, Art. 71 FusG, N 3; BERTSCHINGER URS, Spaltungsvertrag und Vermögensübertragungsvertrag gemäss Fusionsgesetz – neue Nominatkontrakte, in: HONSELL/PORTMANN/ZÄCH/ZOBL (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, 359 ff., 370; TURIN (FN 16), 145; ZK-BERETTA, Art. 71 FusG, N 7, 34 ff.

<sup>41</sup> In diesem Bereich scheint die Praxis der Handelsregisterämter unterschiedlich zu sein: Teilweise wird dann, wenn sich im Vermögensübertragungsvertrag ein Verweis findet, verlangt, dass auch der Mastervertrag als Beleg eingereicht wird, der dann im Handelsregister einsehbar ist.

<sup>42</sup> Man kann auch von einem übertriebenen Schutz sprechen (vgl. die Nachweise bei WATTER ROLF/KAGI URS, Haftung des übernehmenden Rechtsträgers für „zurückbleibende“ Verbindlichkeiten bei Vermögensübertragung/Ausgliederung? – Zuläs-

Rechtsträgers für die *übertragenen Verbindlichkeiten* ist (Art. 75 Abs. 1 und 2 FusG). Ergänzt wird diese Solidarhaftung durch eine subsidiäre, nachträgliche *Sicherstellungspflicht* (Art. 75 Abs. 3 und 4 FusG).

*Kein Schutz ist dagegen für die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers vorgesehen*, falls deren Ansprüche nicht übertragen werden, offenbar weil sich der Gesetzgeber sagte, dass sich diese Gläubiger keinen Schuldnerwechsel gefallen lassen müssen und der übertragende Rechtsträger ja an sich eine Gegenleistung erhält, die ökonomisch dem Wert der Aktiven und Passiven entsprechen sollte, die mittels Vermögensübertragung transferiert werden. Dennoch fragt sich, ob die *Parteien einen Schutz vereinbaren dürfen*, speziell bei Ausgliederungen, wo der übertragende Rechtsträger gezwungen sein kann, die „zurückbleibenden“ Gläubiger so zu stellen, wie wenn keine Ausgliederung stattgefunden hätte, insbesondere weil solche Gläubiger durch die Aufteilung der Gesellschaft „strukturell subordiniert“ werden, indem bei einem Gesamtkonkurs der Gruppe zuerst die Gläubiger der verschiedenen Tochtergesellschaften befriedigt werden und die Gläubiger in der oberen Gesellschaft erst dann von den dort verwerteten Aktiven einen Anteil erhalten, wenn die Gläubiger auf der unteren Stufe voll befriedigt worden sind (und eine Liquidationsdividende ausbezahlt werden kann). Es kann auch sein, dass sich solche Gläubiger bei Verkäufen oder Ausgliederungen Rechte ausbedungen haben, die ihnen eine Kündigungsmöglichkeit zu günstigen Konditionen erlauben, und die ausgliedernde Gesellschaft dies verhindern will.<sup>43</sup>

Konkret fragt sich, ob die Parteien vertraglich eine solidarische Haftung des übernehmenden Rechtsträgers für die Gläubiger vorsehen dürfen, die im Moment der Vermögensübertragung Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers sind, oder ob sich Restriktionen ergeben, etwa – bei Ausgliederungen – analog zu den sog. „Upstream“-Garantien.<sup>44</sup>

---

sigkeit einer reziproken Ausgestaltung von Art. 75 FusG auf vertraglicher Basis, in: WALDBURGER/SESTER/PETER/BAER (Hrsg.), *Law & Economics – Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag*, Bern 2015, 279 ff, 281, speziell FN 4).

<sup>43</sup> Vgl. WATTER/KÄGI (FN 42), 281, 285 ff.; solche Kündigungsmöglichkeiten finden sich etwa in den ISDA-Verträgen.

<sup>44</sup> Vgl. WATTER/KÄGI (FN 42), 288 ff., 293 ff.

Der Autor dieses Beitrages hat sich anderorts mit detaillierter Begründung dafür ausgesprochen, dass eine solche vertraglich vereinbarte Solidarhaftung möglich sein muss, mithin vertraglich eine Lösung gefunden werden kann, die auch bei der Spaltung gilt, wo eine Haftung auch für die Gläubiger besteht, deren Schulden nicht übertragen werden.<sup>45</sup> Vorausgesetzt ist, dass der übernehmende Rechtsträger insbesondere bei einer Ausgliederung zum Schluss kommt, dass aus seiner Sicht die Vorteile der Ausgliederung (und des daraus resultierenden Eigenkapitals) die potentiellen Nachteile einer solchen Haftung übersteigen.

Die Parteien haben dabei auch die Möglichkeit, die Haftung privatautonom so zu regeln, dass das richtige Ausmass an Schutz für die verbleibenden Gläubiger erreicht wird, beispielsweise betreffend Dauer der Haftung.<sup>46</sup>

## VII. Handelsregistersperre und Anfechtung des Beschlusses des Verwaltungsrates

### 1. Erfolgsaussichten einer „Prosequierung“ durch Klage

Mittels einer *Handelsregistersperre* basierend auf dem (unseligen und in seinen Auswirkungen viel zu einschneidenden) Art. 162 HRegV kann grundsätzlich auch eine *Vermögensübertragung* durch die Gesellschafterinnen oder Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger *blockiert* und damit die Eintragung ins Handelsregister bzw. der Vollzug am vorgesehenen Datum verunmöglicht werden.

Immerhin sind die *Erfolgsaussichten* einer „Prosequierung“ durch Klage *sehr unsicher*, denn es ist umstritten, ob der Beschluss des Verwaltungsrates, durch welchen der Vermögensübertragungsvertrag zur Perfektion gebracht wird<sup>47</sup> („VR-Beschluss“), der Anfechtung nach Art. 106 FusG unterliegt, dies aufgrund der Tatsache, dass die Vermögensübertragung lediglich in der

---

<sup>45</sup> WATTER/KÄGI (FN 42), *passim*.

<sup>46</sup> Vgl. WATTER/KÄGI (FN 42), 297 ff.

<sup>47</sup> Vgl. BaK-DUBS/FREHNER, Art. 106 FusG, N 3.

Überschrift zum fünften Abschnitt, nicht jedoch im Text von Art. 106 FusG erwähnt wird.

Die *herrschende Lehre* vertritt die Ansicht, dass der VR-Beschluss gestützt auf Art. 106 FusG angefochten werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Anfechtung von Vermögensübertragungen zwar nicht im Text von Art. 106 Abs. 1 FusG, jedoch in der Überschrift des fünften Abschnittes des Fusionsgesetzes ausdrücklich erwähnt wird und es nach der Botschaft<sup>48</sup> auch dem klaren Willen des Gesetzgebers entspreche, solche Anfechtungen zuzulassen. Im Einklang mit der Marginalie von Art. 106 FusG („Grundsatz“) sei vom Grundsatz auszugehen, dass jeder Umstrukturierungsbeschluss, mithin auch derjenige über eine Vermögensübertragung, anfechtbar sei.<sup>49</sup> Die Nichterwähnung der Vermögensübertragung in Art. 106 Abs. 1 FusG beruhe auf einem *gesetzgeberischen Versehen*, welches darauf zurückzuführen sei, dass im Vorentwurf zum Fusionsgesetz das Institut der Vermögensübertragung noch nicht vorgesehen gewesen und es anschliessend bei der Einfügung der Bestimmungen über die Vermögensübertragung verpasst worden sei, den Text des Vorentwurfes den neuen Gegebenheiten anzupassen. Es sei damit *kein qualifiziertes Schweigen* des Gesetzgebers anzunehmen.<sup>50</sup>

Mit meines Erachtens guten Gründen gegen eine Anfechtung des VR-Beschlusses gestützt auf Art. 106 FusG spricht sich dagegen eine *Minderheits-*

---

<sup>48</sup> BBl 2000, 4489: „*Absatz 1* erteilt jeder Gesellschafterin und jedem Gesellschafter das Recht, einen Beschluss über die Fusion, die Spaltung, die Umwandlung oder die Vermögensübertragung, der die Vorschriften des Fusionsgesetzes nicht einhält, gerichtlich anzufechten. Laut *Absatz 2* können die Gesellschafterinnen und Gesellschafter den Beschluss auch dann anfechten, wenn es sich nicht um einen Generalversammlungsbeschluss handelt, sondern wenn er vom obersten Leitungs- und Verwaltungsorgan gefasst wurde. Angesprochen wird damit der Beschluss betreffend [...] eine Vermögensübertragung nach Artikel 69 ff.“

<sup>49</sup> Vgl. hierzu insbesondere BaK-DUBS/FREHNER, Art. 106 FusG, N 3.

<sup>50</sup> Vgl. AMSTUTZ MARC/MABILLARD RAMON, Kommentar Fusionsgesetz, Basel 2008, Art. 106 N 4, 14; BÖCKLI (FN 12), § 3 N 401; BaK-DUBS/FREHNER, Art. 106 FusG, N 3; CHK-HOFFMANN-NOWOTNY/KURTH, Art. 106 FusG, N 1; KUNZ (FN 16), 813; ZK-MEIER-DIETERLE, Art. 106 FusG, N 1 (wonach die Tatsache, dass die Vermögensübertragung in Art. 106 Abs. 1 nicht erwähnt wird, darauf zurückzuführen sei, dass bei der Vermögensübertragung kein Beschluss der Generalversammlung vorgesehen ist; für Vermögensübertragungen gelte Abs. 2); Stämpfli Handkommentar-SCHENKER, Art. 106 FusG, N 2 f.; TURIN (FN 16), 197.

*meinung* aus. Diese bringt vor, dass die Interpretation der herrschenden Lehre nicht sachgerecht sei, denn im Unterschied zur Fusion kenne die Vermögensübertragung kein Umtauschverhältnis auf der Ebene der Gesellschafter und die Zahl der Gesellschafter und deren mitgliedschaftliche Stellung bliebe unverändert. Auch würde das Eigenkapital der beteiligten Gesellschaften durch die Transaktion nicht wesentlich beeinflusst bzw. nicht anders, als bei anderen kommerziellen Transaktionen. Aus diesen Gründen sehe das FusG bei Vermögensübertragungen auch keine Mitwirkung der Gesellschafter vor, wenn Aktiven und Passiven nach den Regeln von Art. 69 ff. FusG übertragen werden. Entsprechend wäre es auch nicht sachgerecht, wo prinzipiell kein Mitwirkungsrecht der Gesellschafter bestehe, ein solches über ein nachträgliches Klagerecht einzuführen.<sup>51</sup> Zudem würde die ausnahmsweise Zulassung der Anfechtung von Verwaltungsratsbeschlüssen nach Art. 106 Abs. 2 FusG der üblichen gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung wider-

---

<sup>51</sup> Vgl. BÜHLER CHRISTOPH B., Aktionärskontrolle auf der Führungsebene: Klagemöglichkeiten bei mangelhaften Verwaltungsratsbeschlüssen, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, 49 ff., 54 f.; Commentaire-BAHAR, Art. 106 LFus, N 4; VON DER CRONE et al. (FN 5), N 1068, heben u.a. hervor, dass es sich bei der Erwähnung der Vermögensübertragung in der Überschrift zum fünften Abschnitt um ein redaktionelles Versehen handeln dürfte; GLANZMANN (FN 12), 340 f., hebt u.a. hervor, dass die Einführung dieses Anfechtungsrechts bei Gesellschaften wie Aktiengesellschaften systemwidrig sei, denn die Gesellschafter würden von einer Vermögensübertragung nicht anders betroffen als von jedem anderen Erwerbsgeschäft; NUSSBAUMER ANNEMARIE, Die Anfechtung von Umstrukturierungsbeschlüssen nach Art. 106 und 107 Fusionsgesetz am Beispiel der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 2012, 61, hebt hervor, dass sich die pro Anfechtung vorgebrachten Argumente vorab auf formelle Überlegungen stützen und in materieller Hinsicht nicht zu überzeugen vermögen, weil das implizite Hauptargument – die Gewährleistung von Rechtsschutz gegenüber den an einer übertragenden Gesellschaft beteiligten Inhabern von Beteiligungspapieren – nicht stichhaltig sei. Weiter führt sie aus, dass die Anfechtung von Vermögensübertragungsverträgen den Aktionären ein völlig neues Instrument in die Hand geben würde, indem ihnen ermöglicht würde, gegen Beschlüsse vorzugehen, deren Fassung der Gesetzgeber gar nicht in ihre Kompetenz gelegt habe. Eine solche Systemwidrigkeit könne nicht leichthin angenommen werden und finde allein in der Unstimmigkeit des Gesetzeswortlautes keine Grundlage; eher ablehnend OFK-VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Art. 106 FusG, N 2, welche der Ansicht sind, dass – wenn überhaupt eine Klage gegen Beschlüsse des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans zugelassen werden soll – die Überprüfklage nach Art. 105 FusG die angemessene Klagemöglichkeit sei.

sprechen und sollte nicht über die Fälle der erleichterten Fusion von Kapitalgesellschaften hinaus ausgedehnt werden.<sup>52</sup>

## 2. Mögliche Anfechtungsgründe

Wird – entgegen der hier vertretenen Ansicht – der herrschenden Lehre gefolgt, wonach ein VR-Beschluss gestützt auf Art. 106 FusG anfechtbar ist, ist aufgrund des Wortlautes von Art. 106 FusG („Sind die Vorschriften dieses Gesetzes verletzt [...]“) wohl nur die Geltendmachung von Verletzungen der Vorschriften des FusG bzw. von *spezifischen Fusionsgesetzesmängeln* denkbar,<sup>53</sup> wie beispielsweise

- wenn eine Beschlussfassung fälschlicherweise nicht durch den Verwaltungsrat erfolgte; oder
- bei fehlenden Angaben nach Art. 71 FusG; oder
- bei einer Übertragung einer Vermögensmasse ohne Aktivenüberschuss (Art. 71 Abs. 2 FusG).

Nicht anfechtbar sind gestützt auf die Ausnahmegvorschrift von Art. 106 Abs. 2 FusG hingegen meines Erachtens die *Adäquanz einer (allfälligen) Gegenleistung* sowie allgemein anderweitig mangelhafte Beschlüsse des Verwaltungsrates<sup>54</sup>.

## 3. Heilende Wirkung des Handelsregistereintrages?

Weder das FusG noch die Materialien sehen ausdrücklich vor, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn die Vermögensübertragung unter Mängeln leidet. *Umstritten* ist dabei insbesondere, ob der Eintragung der Vermögensübertragung ins Handelsregister heilende Wirkung zukommt. Ein Teil der

---

<sup>52</sup> VON DER CRONE ET AL. (FN 5), N 1068.

<sup>53</sup> Vgl. hierzu auch BÜHLER (FN 51), 54; VON DER CRONE et al. (FN 5), N 1069; AMSTUTZ/MABILLARD (FN 50), Art. 106 N 15 m.w.H.

<sup>54</sup> Vgl. hierzu auch BÜHLER (FN 51), 54.

Lehre<sup>55</sup> befürwortet dies mit der Begründung, dass aufgrund der *konstitutiven Wirkung* des Handelsregistereintrages im Sinne der Verkehrssicherheit und in analoger Anwendung von Art. 643 Abs. 2 OR davon auszugehen sei, dass die Vermögensübertragung mit ihrer Eintragung ins Handelsregister selbst dann rechtswirksam werde, wenn der Übertragungsvertrag oder ein anderer Rechtsakt allfällige Mängel aufweisen sollte. Ein Teil der Lehre<sup>56</sup> ist hingegen der Ansicht, dass es nicht angehe, alle Mängel undifferenziert gleich zu behandeln und der Vermögensübertragung aufgrund der konstitutiven Wirkung grundsätzlich heilende Wirkung (mit gewissen Mängelbehebungspflichten) zuzuerkennen.

## VIII. Fazit

Das FusG enthält im Bereich der Vermögensübertragung Lücken, Ungenauigkeiten und auch gewisse Widersprüche, die sich aber durch adäquate Auslegung und Lückenfüllung derart korrigieren lassen, dass die Vermögensübertragung zu einem *tauglichen Instrument für M&A-Transaktionen und Umstrukturierungen* wird, ohne dass Abstriche am Verkehrsschutz gemacht werden müssten.

Einige der *zentralen Pfeiler für eine solche Auslegung* wurden im vorliegenden Artikel aufgezeigt. Stichworte sind: (i) Verträge sind grundsätzlich mittels Vermögensübertragung transferierbar, wenigstens dann, wenn ein ganzer Betrieb übertragen wird, (ii) die Fokussierung der Gesetzes auf Inventare und Listen für die Bestimmung des Übertragungsobjektes kann durch andere

---

<sup>55</sup> Vgl. ZK-BERETTA, Art. 70 FusG, N 21; VON DER CRONE et al. (FN 5), N 869; Stämpfli Handkommentar-FRICK (FN 13), Art. 70 FusG, N 12; LOSER-KROGH (FN 13), 1102 f.; OFK-VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, Art. 70 FusG, N 21; CHK-CALEFF JOSEF, Art. 73 FusG, N 10; BaK-MALACRIDA, Art. 73 FusG, N 9, führt hierzu differenzierter aus, dass die Mängel zu beheben seien und, falls dies nicht möglich sein sollte, die Vermögensübertragung als *ultima ratio* unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit rückabgewickelt werden müsse.

<sup>56</sup> Vgl. ZK-CHRIST, Art. 73 FusG, N 43 ff., mit differenzierteren Ausführungen zu den Rechtsfolgen einzelner Mängel; GLANZMANN (FN 12), N 418; SCHUMACHER (FN 13), 126 ff.; TSCHANI RUDOLF, Vermögensübertragung, ZSR 1/2004, I. Halbband, 83 ff., 93; TURIN (FN 16), 162 f.; WEBER (FN 12), 132.



Mittel (Übertragungsbilanz, Beschreibung, dass übertragene Objekte bestimmbar sind) gleich gut und für alle Involvierten besser verständlich erreicht werden, (iii) der Vertragsfreiheit ist ein breiter Raum einzuräumen (Solidarhaftung „von unten“, keine Aufdatierungspflichten, Regelung in verschiedenen Verträgen) und endlich ist es (iv) nicht einzusehen, weshalb Gesellschafter (oder Gläubiger) den Handelsregistereintrag behindern können sollten.