

Law & Economics

Festschrift für Peter Nobel
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von:

Robert Waldburger

Peter Sester

Christoph Peter

Charlotte M. Baer



Stämpfli Verlag

Law & Economics

**Festschrift für Peter Nobel
zum 70. Geburtstag**



Friedrich Dürrenmatt
Portrait Peter Nobel

1988, Gouache auf schwarzem Karton, 99,5 × 69,8 cm
© Centre Dürrenmatt Neuchâtel, Schweizerische Eidgenossenschaft

Peter Nobel

© Stämpfli Verlag AG Bern

Law & Economics

Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von:

ROBERT WALDBURGER

PETER SESTER

CHRISTOPH PETER

CHARLOTTE M. BAER



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

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 vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2015

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-2971-8

ISBN Judocu 978-3-0354-1239-0

Haftung des übernehmenden Rechtsträgers für «zurückbleibende» Verbindlichkeiten bei Vermögensübertragung/Ausgliederung? – Zulässigkeit einer reziproken Ausgestaltung von Art. 75 FusG auf vertraglicher Basis

ROLF WATTER / URS KÄGI*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	280
II.	Grundlagen.....	282
	1. Regelung der Solidarhaftung bei der Vermögensübertragung ..	282
	2. Gegenüberstellung mit anderen Regelungen.....	283
	2.1 Spaltung	283
	2.2 Fusion und Umwandlung.....	284
	2.3 Ausgliederung nach dem Vorentwurf des Fusionsgesetzes	284
	2.4 Rechtslage in der EU und in Deutschland	285
	3. Die Interessenlage bei der Ausgliederung und das Problem der strukturellen Subordination insbesondere	285
	3.1 Allgemeines	285
	3.2 Sicht der Aktionäre	286
	3.3 Sicht der verbleibenden Gläubiger und strukturelle Subordination.....	287
III.	Zulässigkeit einer vertraglich vereinbarten Solidarhaftung	288
	1. Vertragsrechtliche Aspekte	288
	2. Gesellschaftsrechtliche Aspekte	289
	2.1 Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats bzw. Gesellschaftsinteresse	290
	2.2 Upstream-Garantie.....	293
	2.3 Vergleich mit analogen Konstellationen.....	295
	a) Berücksichtigung der gesetzgeberischen Wertung bei einer Spaltung	295
	b) Berücksichtigung des VE-FusG.....	296
	c) Folgerungen aus der Rechtsvergleichung	296
	d) Schlussfolgerungen	297
IV.	Einzelfragen.....	297

* Die Autoren danken Herrn *Cyrill Tschudin*, BLE, für die redaktionelle Unterstützung bei der Verfassung dieses Beitrags.

1.	Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit.....	297
2.	Verjährungsfrist der Solidarhaftung.....	298
2.1	Anwendbare (dispositive) Verjährungsfrist und vertragliche Regelungen.....	298
2.2	Das Problem der Verjährungsunterbrechung nach Art. 136 Abs. 1 OR.....	300
3.	Kreis der Begünstigten.....	301
4.	Weitere Modifikationsmöglichkeiten.....	303
V. Fazit.....		303

I. Einleitung

Mit dem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (FusG) wurde das neue privatrechtliche Institut der *Vermögensübertragung* geschaffen, mit welchem Aktiven und Passiven *uno actu* übertragen werden können. Bei dieser Übertragungsform, die auch «partielle Universalsukzession» genannt wird, handelt es sich um einen rechtsgeschäftlichen Vorgang, auch wenn Art. 73 Abs. 2 FusG etwas irreführend von einem Übergang «von Gesetzes wegen» spricht,¹ der auf einem Vermögensübertragungsvertrag beruht (Art. 71 FusG).

Flankierend sieht das Fusionsgesetz einen *zwingenden Gläubigerschutz* vor. Sein Kernstück ist eine solidarische Haftung des übertragenden Rechtsträgers für die *übertragenen* Verbindlichkeiten (Art. 75 Abs. 1 und 2 FusG). Ergänzt wird diese Solidarhaftung von einer subsidiären, nachträglichen Sicherstellungspflicht (Art. 75 Abs. 3 und 4 FusG).²

Umgekehrt sieht die Vermögensübertragung *keinen* zwingenden Schutz zugunsten der Gläubiger derjenigen Schulden vor, die beim übertragenden Rechtsträger *verbleiben*. Die *ratio legis* dieser Asymmetrie besteht darin, dass die übertragenen Gläubiger sich einen Schuldnerwechsel gefallen lassen müssen und infolgedessen in eine Gesellschaft transferiert werden können, die möglicherweise eine erheblich schlechtere Bonität aufweist. Demgegenüber verändert sich die Lage der verbleibenden Gläubiger oft nicht, da die übertragende Gesellschaft häufig eine äquivalente Gegenleistung für die übertragenen Aktiven und Passiven erhält; weiter bleiben sie durch allgemeine Gläubigerschutzvorschriften geschützt, unter anderem auch durch die Regeln zum Kapitalschutz, welche Art. 69 Abs. 2 FusG explizit vorbehält.³

¹ Vgl. hierzu ROLF WATTER/URS KÄGI, Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen, SZW 2004, 231 ff., 234; jüngst Entscheid des BGer vom 20. Oktober 2014, 1B 57/2014, E. 4.7.1 (wenn auch die Schlüsse, die das Bundesgericht daraus in diesem Entscheid zieht, u.E. falsch sind, da sie dem Gedanken der Universalsukzession widersprechen).

² Vgl. hierzu statt vieler BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 75 N 14 ff.

³ Ausführlich etwa BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 75 N 4 ff., insb. N 4a, 5 und 5b.

Der zwingende Gläubigerschutz des Fusionsgesetzes bei Umstrukturierungen wird gemeinhin als *übertrieben* angesehen. Darauf hat auch der Jubilar schon früh hingewiesen.⁴ Besonders problematisch ist er bei der Spaltung, aber auch die Regelung bei der Vermögensübertragung ist einschneidend, vor allem weil die Solidarhaftung zeitlich ungenügend beschränkt ist (dreijährige Verjährungsfrist, die ab Fälligkeit der Forderung läuft und unterbrochen werden oder still stehen kann, anstatt einer Verwirklichungsfrist⁵ ab Eintragung der Vermögensübertragung).⁶

Der folgende Beitrag beleuchtet die Solidarhaftung jedoch von einer anderen Seite. Es geht nicht um die Problematik des *zwingenden* Gläubigerschutzes bei der Vermögensübertragung, sondern vielmehr darum, ob es unter geltendem Recht den Parteien im Einzelfall *erlaubt* sein soll, auch zugunsten der Gläubiger der «zurückbleibenden» Verbindlichkeiten eine solidarische Haftung des übernehmenden Rechtsträgers zu statuieren, d.h. die einseitige Regelung des Art. 75 FusG – Schutz der übertragenen Verbindlichkeiten durch Solidarhaftung des bisherigen Schuldners (übertragenden Rechtsträgers) mit dem neuen Schuldner (übernehmenden Rechtsträger) – reziprok auszugestalten.

Die Frage ist keineswegs nur von theoretischer Natur, denn die Parteien können durchaus handfeste *Gründe* haben, um auch die verbleibenden Gläubiger über das gesetzliche Minimalniveau hinaus zu schützen. Zu denken ist nicht nur etwa daran, dass der übertragende Rechtsträger fürchtet, dass seine Reputation unter der Transaktion sonst leiden würde. Es geht vielmehr und vor allem um mögliche vertragliche Konsequenzen (wie «*default*»- oder «*accelerated termination*»-Klauseln in Kredit- oder Finanzkontrakten), die entweder losgelöst von einer Gegenleistung wirken (etwa, weil sie allein an den Umfang der veräusserten Aktiven und Passiven anknüpfen), oder dann greifen, wenn sich die Transaktion negativ auf die Bonität auswirkt (was sich z.B. in einem Rating reflektieren kann). Gegen solche Konsequenzen kann eine Solidarhaftung mitigierend wirken oder sie gar ganz vermeiden.

Der Fokus liegt im vorliegenden Beitrag auf Vermögensübertragungen auf eine Tochtergesellschaft der übertragenden Gesellschaft, d.h. auf sog. *Ausgliederungen*, wo sich, wie aufzuzeigen ist, ein besonderes Problem der struk-

⁴ PETER NOBEL/ROBERT WALDBURGER, Der Unternehmensstandort Schweiz aus steuer- und aktienrechtlicher Sicht, in: Kramer/Nobel/Waldburger (Hrsg.), FS Böckli, Zürich 2006, 27 ff., 43 f. («Es macht aber den Anschein, dass der Gläubigerschutz zu umständlich ausgefallen ist. Hauptprobleme dieses sehr restriktiven Gläubigerschutzes sind insbesondere die Sicherstellungspflicht für Forderungen und die solidarische Haftung aller Beteiligten»).

⁵ Etwa wie im deutschen Recht, vgl. unten Kap. II.2.4.

⁶ Statt vieler ANDREAS BINDER, Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung: Ein Beitrag zu einer sachgerechten Auslegung des Fusionsgesetzes, Sonderdruck aus der Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Aargauischen Juristenverbandes, Zürich/Basel/Genf 2005, 10 ff., 38 f.; ROLF WATTER/RAFFAEL BÜCHI, Die Spaltung nach Fusionsgesetz als Mauerblümchen der Praxis?, GesKR 2007, 164 ff., 166 ff.; BSK FusG-KÄGI/EHRAT Art. 45 N II f. sowie Art. 75 N 9a.

turellen Subordination der verbleibenden Gläubiger stellt. Darauf wird im Grundlagenteil etwas näher eingegangen (Kap. II.3), nachdem die Regelung der Solidarhaftung bei der Vermögensübertragungen dar- und anderen Regeln gegenübergestellt wird (Kap. II.1 und II.2). Anschliessend behandeln wir die Grundsatzfrage der Zulässigkeit einer derartigen vertraglichen Solidarhaftung (Kap. III), um danach auf ein paar Einzelfragen einzugehen (Kap. IV). In Bezug auf Steuerfolgen wird sodann auf den Beitrag von ROBERT WALDBURGER in diesem Band verwiesen.⁷

II. Grundlagen

1. Regelung der Solidarhaftung bei der Vermögensübertragung

Wie eingangs ausgeführt besteht bei Vermögensübertragung eine solidarische Haftung des bisherigen Schuldners (oder ausnahmsweise der bisherigen Schuldner) für «vor Vermögensübertragung begründete Schulden» – gemeint sind im Ergebnis *sämtliche übertragene Verbindlichkeiten*.⁸ Diese Solidarhaftung ist in Art. 75 Abs. 1 und 2 FusG wie folgt geregelt:

¹Die bisherigen Schuldner haften für die vor der Vermögensübertragung begründeten Schulden während dreier Jahre solidarisch mit dem neuen Schuldner.

²Die Ansprüche gegen den übertragenden Rechtsträger verjähren spätestens drei Jahre nach der Veröffentlichung der Vermögensübertragung. Wird die Forderung erst nach der Veröffentlichung fällig, so beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit.

Eine (scheinbare) Spezialregelung besteht sodann für die Forderungen aus *Arbeitsverhältnissen* in Art. 76 Abs. 2 FusG (Haftung für alle Verbindlichkeiten aus Arbeitsvertrag, die bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte), die nach hier vertretener Ansicht jedoch analog auf sämtliche Dauerschuldverhältnisse anzuwenden ist.⁹

Das Gesetz schreibt hingegen *keine analoge Haftung* für die bei dem übertragenden Rechtsträger *zurückbleibenden* Verbindlichkeiten vor – im Unterschied namentlich zur Spaltung, wie unten (Kap. II.2.1) näher ausgeführt wird. Die Gründe hierfür wurden bereits in der Einleitung¹⁰ angesprochen.

⁷ Vgl. ROBERT WALDBURGER, Steuerliche Beurteilung gesellschafts- und vertragsrechtlicher Haftungsverhältnisse bei Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften, vorne S. 265 ff. in dieser Festschrift.

⁸ Vgl. statt vieler BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 75 N 6 ff., m.w.H.

⁹ BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 75 N 7; ZK FusG-CHRIST, Art. 75 N 6; a.M. MARTIN WEBER, in: Amstutz (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 75 N 5.

¹⁰ Kap. I.

Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass ebenso wenig eine Haftung zugunsten der *vorbestehenden Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers* vorgesehen ist. Dies ist insofern konsistent mit der Regelung bei Fusion und Spaltung, als dort ebenfalls keine Solidarhaftung besteht. Zu beachten ist allerdings, dass diese Gläubiger dort immerhin durch Sicherstellungsrechte geschützt werden, während Derartiges bei der Vermögensübertragung fehlt, obwohl bei einer Vermögensübertragung – wie bei einer Spaltung – für solche Gläubiger ein vergleichbares Vermögensvermischungs-Risiko wie bei einer Fusion besteht.¹¹

Die Haftung bedeutet nicht, dass die beiden Gesellschaften im Innenverhältnis gleichermaßen haften. Damit würde die «Übertragung» von Verbindlichkeiten obsolet. Vielmehr haftet intern einzig diejenige Gesellschaft, der die Verbindlichkeit übertragen wurde, und die übernehmende Gesellschaft hat ein umfassendes *Rückgriffsrecht*.¹²

2. Gegenüberstellung mit anderen Regelungen

2.1 Spaltung

Im Gegensatz zur Vermögensübertragung sieht die Spaltung bereits von Gesetzes wegen eine solidarische Haftung *beider beteiligten Rechtsträger für alle bestehenden Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers* vor, ob sie übertragen werden oder nicht. So statuiert Art. 47 Abs. 1 FusG eine Haftung für alle Verbindlichkeiten, die «durch den Spaltungsvertrag oder den Spaltungsplan zugeordnet wurden». Dies umfasst nach herrschender Lehre auch die bei einer Abspaltung zurückbleibenden Verbindlichkeiten, welche in der Regel zumindest implizit – nämlich durch Nichtaufnahme – durch den Spaltungsvertrag oder -plan zugeordnet werden.¹³ Anders als Art. 75 FusG ist diese jedoch nur subsidiär, d.h. an weitere einschränkende Voraussetzungen gebunden.¹⁴ Art. 38 Abs. 3 FusG sieht sodann als Auffangregelung eine primäre Solidarhaftung zugunsten von Verbindlichkeiten, die bei einer Aufspaltung nicht zugeordnet werden, vor. Nach überwiegender Lehre werden bei einer Abspaltung nicht zuordenbare Verbindlichkeiten (soweit es solche Verbindlichkeiten überhaupt gibt, was fraglich ist¹⁵) sodann ebenfalls von Art. 47 FusG erfasst.

Hinsichtlich der *Verjährung* dieser subsidiären Solidarhaftung schweigt das Gesetz. Teile der Lehre erkennen darin eine teleologische Lücke, die –

¹¹ Vgl. hierzu ausführlicher BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 75 N 5a.

¹² BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 75 N 8m sowie Art. 47 N 15.

¹³ BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 47 N 6, m.w.H.; a.M. jedoch MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD, Fusionsgesetz (FusG), Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, Basel 2008, Art. 47 N 5.

¹⁴ Art. 47 Abs. 2 FusG.

¹⁵ Vgl. BSK FusG-WATTER/RAMPINI, Art. 38 N 12; BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 47 N 6.

u.E. zu Recht – in Analogie zur Vermögensübertragung durch eine dreijährige Verjährungsfrist zu schliessen sei.¹⁶

2.2 Fusion und Umwandlung

Bei Fusion und Umwandlung sieht das Gesetz logischerweise *keine* solidarische Haftung vor, da in diesen Konstellationen immer nur eine einzige Gesellschaft aus dem Umstrukturierungsvorgang hervorgeht.

2.3 Ausgliederung nach dem Vorentwurf des Fusionsgesetzes

Im Vorentwurf zum FusG existierte die Vermögensübertragung noch nicht. Stattdessen wurde das *Institut der Ausgliederung* vorgeschlagen, die als Unterform der Spaltung konzipiert war (vgl. Art. 39 Bst. c FusG). Im Gegensatz zu Auf- und Abspaltung sollten bei der Ausgliederung die Anteile des neuen Rechtsträgers nicht an die Anteilsinhaber, sondern an den übertragenden Rechtsträger ausgeschüttet werden. Darüber hinaus galten weitestgehend dieselben Bestimmungen wie bei den anderen Spaltungsformen, so auch eine subsidiäre solidarische Haftung der beteiligten Rechtsträger,¹⁷ wie dies auch heute bei der Spaltung noch der Fall ist.

Die Rechtsfigur der Ausgliederung wurde in der Vernehmlassung jedoch stark kritisiert und schliesslich *durch die Vermögensübertragung ersetzt*. Im Zentrum der Kritik stand dabei vor allem die Absicht, die Gründung einer Tochtergesellschaft nur noch über den Weg der Ausgliederung i.S.v. Art. 39 Abs. 3 VE-FusG zuzulassen, was aufgrund des vorgeschriebenen Verfahrens gerade bei kleineren Transaktionen zu einem unverhältnismässigen Mehraufwand geführt hätte.¹⁸ Die neue Vermögensübertragung sollte im Gegensatz dazu ein Instrument bilden, das in einer Vielzahl von Fällen angewendet werden kann¹⁹ und so die Flexibilität im Bereich der Umstrukturierungen erhöht und nicht einschränkt. Da diese neue Rechtsfigur aber auch zur Veräusserung von Unternehmensteilen an Dritte dienen sollte, wurde an einer gegenseitigen solidarischen Haftung nicht festgehalten, da dies bei voneinander unabhängigen Rechtsträgern zu einer unerwünscht starken wirtschaftlichen Verflechtung geführt hätte und kaum zweckmässig gewesen wäre.

¹⁶ Vgl. BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 47 N 12 m.w.H.

¹⁷ Art. 59 Abs. 1 VE-FusG.

¹⁸ Vgl. BBl 2000 4360 f.

¹⁹ Vgl. BBl 2000 4362.

2.4 Rechtslage in der EU und in Deutschland

In den *EU-Richtlinien* zu Spaltung und Verschmelzung findet sich kein mit der Vermögensübertragung vergleichbares Rechtsinstitut. Die Spaltungsrichtlinie beschränkt sich überdies auf die Tatbestände der Auf- und Abspaltung, lässt es den Mitgliedstaaten aufgrund ihres nicht abschliessenden Charakters aber offen, weitere Spaltungsvorgänge wie etwa jenen der Ausgliederung vorzusehen.²⁰

Das *deutsche Recht* kennt sowohl die Vermögensübertragung als auch die Ausgliederung als Spezialform der Spaltung. Erstere ist jedoch trotz gleicher Bezeichnung nicht mit dem schweizerischen Rechtsinstitut vergleichbar.²¹

Bei der *Ausgliederung* haften gemäss § 133 Abs. 1 UmwG sämtliche beteiligten Rechtsträger als Gesamtschuldner für alle Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers, die vor Wirksamwerden der Spaltung begründet wurden, und zwar unabhängig davon, welchem Rechtsträger sie bei der Transaktion zugewiesen wurden. Die Haftung ist dabei gemäss Abs. 3 und 4 durch eine fünfjährige Verwirkungsfrist ab dem Zeitpunkt der Registereintragung der Ausgliederung beschränkt.²² Die Frist ist somit zwar nominell länger als bei einer schweizerischen Vermögensübertragung, bietet aber gleichzeitig durch die Ausgestaltung als Verwirkungsfrist mit beschränkten Hemmungs- und Unterbrechungsmöglichkeiten,²³ welche ohne Rücksicht auf die individuelle Fälligkeit einer Forderung läuft, deutlich mehr Rechtssicherheit.

Bei einer Ausgliederung nach deutschem Recht übernimmt der übernehmende Rechtsträger somit schon von Gesetzes wegen eine solidarische Haftung für zurückbleibende Verbindlichkeiten. Anders als bei einer schweizerischen Spaltung, aber gleich wie bei einer Vermögensübertragung, handelt es sich um eine primäre und keine subsidiäre Haftung.²⁴

3. Die Interessenlage bei der Ausgliederung und das Problem der strukturellen Subordination insbesondere

3.1 Allgemeines

Unter einer *Ausgliederung* versteht man die Übertragung von Geschäftsteilen an eine Tochtergesellschaft. Es wurde oben (Kap. II.2.3 und II.2.4) bereits aufgezeigt, dass ursprünglich im VE-FusG und in Deutschland die Ausgliederung

²⁰ MATTHIAS HABERSACK/DIRK A. VERSE, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., München 2011, § 8 N 41.

²¹ BSK FusG-MALACRIDA, Art. 69 N 19a.

²² Für Versorgungsverpflichtungen auf Grund des Betriebsrentengesetzes gilt gemäss § 133 Abs. 3 Satz 2 eine zehnjährige Frist.

²³ Nach § 133 Abs. 4 UmwG sind zwar gewisse Verjährungsregeln auf die Verwirkungsfrist anwendbar, aber entscheidende Unterbrechungshandlungen sind davon ausgenommen.

²⁴ BSK FusG-KÄGI/EHRAT Art. 47 N 17.

zung als eigenständiges umstrukturierungsrechtliches Institut vorgesehen war bzw. besteht, im FusG jedoch durch die Vermögensübertragung abgelöst wurde.

Auch wenn der Anwendungsbereich der *Vermögensübertragung* viel breiter ist, wird sie in der Praxis häufig für Ausgliederungen verwendet.²⁵ Während bei Transaktionen mit «externen» Dritten meist eine Gegenleistung in bar oder dgl. erbracht wird, besteht bei einer Ausgliederung die «Gegenleistung» darin, dass das Eigenkapital der Tochtergesellschaft erhöht wird, wodurch auch der Beteiligungswert in der Bilanz der Muttergesellschaft entsprechend steigt.²⁶ Keine Rolle spielt dabei, ob die Tochtergesellschaft formell Aktien ausgibt oder die Erhöhung des Eigenkapitals als Zuschuss erfolgte (vorausgesetzt ist natürlich, dass die Muttergesellschaft 100% der Tochtergesellschaft kontrolliert).

3.2 Sicht der Aktionäre

Aus Sicht der Aktionäre (bzw. allgemein der Gesellschafter) der Muttergesellschaft (bzw. des übertragenden Rechtsträgers) ergibt sich bei einer Ausgliederung im Wesentlichen keine Veränderung, denn es kommt zwar zu einer Bilanzverkürzung (übertragene Aktiven und Passiven werden durch die Beteiligung als Aktivposten in der Höhe der übertragenen Nettoaktiven ersetzt), aber zu *keiner Veränderung des Eigenkapitals* (in Ausnahmefällen kommt es gar zu seiner Erhöhung, wenn nicht zu Buchwerten übertragen, sondern aufgewertet oder ein Goodwill anerkannt wird). Nimmt man an, dass der Verwaltungsrat eine Transaktion – in Übereinstimmung mit seiner Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) – nur vornimmt, wenn sie auch im Gesellschaftsinteresse ist, dürfte eine Ausgliederung sogar oft zu einer Wertsteigerung für die Aktionäre führen, indem etwa die neue Organisationsstruktur effizienter ist.

Im Sinne eines *Exkurses* sei angefügt: Immerhin verlieren die Aktionäre etwas an unmittelbarer Kontrolle über die ausgegliederten Aktiven und Passiven, und sie verlieren insofern auch etwas an Mitspracherechten (z.B. wenn die ausgegliederte Gesellschaft später mit einer anderen fusioniert). Das hat etwa in Deutschland zur berühmt-berüchtigten «Holzmüller»-Rechtsprechung geführt, wonach gewisse Ausgliederungen einer Zustimmung der Hauptversammlung bedürfen.²⁷ Der BGH hat aber den Anwendungsbereich dieser Rechtsprechung in der sog. «Gelatine»-Entscheidung unlängst erheblich eingeschränkt.²⁸ Zu Recht wird diese Theorie in der Schweiz abgelehnt.²⁹ Ange-

²⁵ Vgl. etwa BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 75 N 5d; RUDOLF TSCHÄNI, Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz und auf anderen Wegen, GesKR 2007, 170 ff., 170 f.

²⁶ BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 75 N 5d.

²⁷ BGHZ 83, 122 (= ZIP 1982, 568).

²⁸ BGHZ 159, 30 (= ZIP 2004, 993).

fügt sei, dass es angesichts dieser Ablehnung umso befremdlicher ist, dass in Teilen der Lehre zum FusG die Theorie der «faktischen Zweckänderung» herumgeistert, womit eine Zustimmung der Generalversammlung begründet werden soll.³⁰ Da wäre die «Holzmüller»-Doktrin das kleinere Übel, denn mit der Zwecktheorie wird auch die Zulässigkeit der Transaktion im externen Verhältnis in Frage gestellt, was die «Holzmüller»-Doktrin gerade vermeiden will.³¹ Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann u.E. jedenfalls höchstens abgeleitet werden, dass eine Zwecküberschreitung problematisch sein kann, nicht aber eine *Zweckunterschreitung*, also ein Verzicht auf direkte Ausübung eines gewissen Zwecks, allenfalls zugunsten dessen indirekter Erreichung.³² Eine *Zwecküberschreitung* wiederum kommt jedenfalls dann nicht in Frage, wenn eine Gesellschaft den Zweck «Halten von Beteiligungen» oder dgl. aufweist, denn dies ist nach wohl herrschender Lehre für einen Holdingzweck genügend.³³ Angemerkt sei hier, dass dies u.E. auch in Fällen gilt, wo nicht bloss eine Ausgliederung vorliegt, sondern die Absicht besteht, die ausgegliederte Gesellschaft über kurz oder lang zu verkaufen oder beispielsweise mittels eines IPO an die Börse zu bringen.³⁴

3.3 Sicht der verbleibenden Gläubiger und strukturelle Subordination

Während also aus Aktionärssicht keine Werte abfliessen, wird die Position der bei der Muttergesellschaft verbleibenden Gläubiger bei einer Ausgliederung zumindest im Grundsatz tangiert. Wie oben dargelegt wurde verbleibt ihnen zwar grundsätzlich dasselbe Nettoaktivvermögen (Eigenkapital). Gehen aber beide Rechtsträger Konkurs, haben sie an den Aktiven der Tochtergesellschaft keine Gläubigerrechte mehr, sondern (indirekt über die Konkursverwaltung) nur noch die Position eines Aktionärs. Die Gläubiger der Tochtergesellschaft, einschliesslich die übertragenen Gläubiger, werden in dieser Konstellation vorrangig befriedigt, während die verbleibenden Gläubiger in

²⁹ Statt vieler PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 11 N 170 ff., m.w.Nw.

³⁰ Vgl. etwa RASHID BAHAR, in: Peter/Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire LFus, Zürich 2005, Art. 69 N 35 ff. m.w.H.

³¹ Der BGH wies das entsprechende Argument des Klägers («faktische Satzungsänderung») ausdrücklich zurück.

³² Vgl. BGE 100 II 384 (entgegen der missverständlichen Regeste und der dadurch hervorgerufenen Kontroverse war im Entscheid primär die Zwecküberschreitung, und nicht die -unterschreitung, relevant; zudem handelte es sich u.E. um *obiter dicta*).

³³ BÖCKLI (FN 29), § 11 N 176.

³⁴ Eine andere Sach- und Rechtslage liegt vor, wenn es aufgrund einer Veräusserung des wesentlichen Geschäfts an einen (externen) Dritten zu einer faktischen Liquidation kommt; diesfalls kann die Generalversammlung aufgrund der Liquidationsregeln zuständig sein, vorbehaltlich der Ausnahmen, die das Bundesgericht im «Kammgarnspinnerei Interlaken»-Entscheid entwickelt hat (BGE 116 II 320). Dies ist bei einer Ausgliederung, die an eine Tochtergesellschaft erfolgt, jedoch ausgeschlossen, und die blosser Absicht des späteren Verkaufs ist irrelevant (anders ist ggf. beim anschliessenden Verkauf zu urteilen).

der Regel leer ausgehen. Sie werden folglich durch die Ausgliederung gegenüber den Gläubigern der Tochtergesellschaft *strukturell subordiniert*.³⁵

Immerhin ist festzuhalten, dass diese Subordination *oft durch Vorteile ausgeglichen* wird. Namentlich kann es ein Vorteil sein, dass im Krisenfall die (vielleicht von der Krise nicht betroffene) Tochtergesellschaft leichter verkauft werden kann, als wenn dafür ein *asset deal* gemacht werden müsste. Dies kommt auch den verbleibenden Gläubigern entgegen.

Vor dem Hintergrund des Problems der strukturellen Subordination erstaunt es aber nicht, dass etwa der deutsche Gesetzgeber eine zwingende (primäre) Solidarhaftung zugunsten der verbleibenden Verbindlichkeiten vorsieht, und dies auch der schweizerische Gesetzgeber im VE-FusG in Erwägung gezogen hat. Mit einer solchen Solidarhaftung wird – temporär – für sämtliche Altgläubiger das bisherige Haftungssubstrat aufrechterhalten.³⁶ Der Entscheid des schweizerischen Gesetzgebers, auf einen solchen *zwingenden Schutz zu verzichten*, ist aber u.E. richtig. Denn das Umstrukturierungsrecht sollte nicht dazu da sein, jegliche potentielle Schlechterstellung der Gläubiger zu vermeiden. Vielmehr sollte grundsätzlich erlaubt sein, was sich die Gläubiger auch in anderen Situationen zumuten lassen müssen. Ein qualifizierter Gläubigerschutz besteht nach der Konzeption des schweizerischen Kapitalgesellschaftsrechts nur im Rahmen des Kapitalschutzes, während von einem umfassenden Vermögensschutz zugunsten der Gläubiger abgesehen wird.³⁷

Von der Frage, welcher zwingende Mindestschutz rechtspolitisch wünschenswert ist, muss jedoch die Frage unterschieden werden, ob auf privatautonome Basis die Parteien im Einzelfall einen *solchen Schutz vereinbaren dürfen*. Der Umstand, dass der Gesetzgeber sogar einen zwingenden Schutz erwogen hat, spricht dabei u.E. klar dafür, dass wenigstens eine freiwillige Regelung zulässig ist, was im Folgenden näher aufzuzeigen ist.³⁸

III. Zulässigkeit einer vertraglich vereinbarten Solidarhaftung

1. Vertragsrechtliche Aspekte

Ausgehend vom Prinzip der *Vertragsfreiheit* steht es den kontrahierenden Parteien grundsätzlich frei, den Übertragungsvertrag um eine Solidarhaftung des übernehmenden Rechtsträgers gegenüber den verbleibenden Gläubigern zu ergänzen. Die Schranke der Privatautonomie bildet generell Art. 20 OR,

³⁵ BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 75 N 5d.

³⁶ Insb. dann, wenn – wie es typisch ist – die Tochtergesellschaft vor der Transaktion keine wesentlichen eigenen Aktiven aufweist.

³⁷ Vgl. etwa URS KÄGI, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Diss. Univ. Fribourg, Zürich/St. Gallen 2012, § 4 N 33.

³⁸ Vgl. Kap. III und betreffend Ausgliederung und VE-FusG insb. Kap. III.2.3.b.

wobei vorliegend Unmöglichkeit und Sittenwidrigkeit offensichtlich nicht in Betracht kommen. Es ist aber auch kein Grund erkennbar, weshalb eine vertragliche Solidarhaftung widerrechtlich sein könnte. Von den für die Vermögensübertragung einschlägigen Gesetzesbestimmungen schreibt Art. 71 FusG nämlich lediglich den Mindestinhalt des Übertragungsvertrages vor. Er verbietet aber nicht, weitere Vertragspunkte in den Übertragungsvertrag aufzunehmen.

Zu beachten ist auch, dass Art. 75 Abs. 1 FusG, der die solidarische Haftung des übertragenden Rechtsträgers regelt, in der Lehre im Verhältnis zwischen den Parteien als *teilzwingend* betrachtet wird, d.h. eine solche Haftung kann zwar durch die Vertragsparteien nicht unter sich wegbedungen, wohl aber erweitert werden.³⁹ Diese Charakterisierung als teilzwingende Norm wird indirekt durch Art. 362 OR bestätigt, nach welcher die analoge Haftung des alten Arbeitgebers bei Betriebsübergängen nach Art. 333 Abs. 3 OR ebenfalls bloss teilzwingende Norm ist.⁴⁰ Als eine solche Erweiterung ist auch die Vereinbarung einer reziproken Solidarhaftung des übernehmenden Rechtsträgers zu qualifizieren (was von einer gewissen Bedeutung für die Verjährung ist, vgl. unten Kap. IV.2).

Schliesslich ist generell festzuhalten, dass die Begründung einer Haftung zugunsten der Gläubiger, d.h. aus Sicht des Übertragungsvertrags zugunsten Vertragsdritter, im schweizerischen Vertragsrecht ohne weiteres möglich ist: Es handelt sich dabei um einen *echten Vertrag zugunsten Dritter* (Art. 112 Abs. 2 OR). Darauf wird noch näher hinsichtlich gewisser Einzelfragen eingegangen (siehe unten Kap. IV.1).

2. Gesellschaftsrechtliche Aspekte

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht steht vorliegend, wie eingangs erwähnt, die *Ausgliederung* im Fokus, bei welcher die (eventuell schon bestehende oder mittels Sacheinlage gegründete) Tochtergesellschaft eine Solidarhaftung zugunsten der Gläubiger der Muttergesellschaft verspricht; theoretisch in Frage kommt aber auch eine Vermögensübertragung zwischen zwei Schwestergesellschaften (*cross-stream*), während eine Solidarhaftung unter unabhängigen Parteien aus gesellschaftsrechtlicher Sicht von Anfang an weniger zu Bedenken Anlass geben wird.

Als Erstes ist zu untersuchen, ob das Eingehen einer solchen Solidarhaftung eine *Sorgfaltspflichtverletzung* seitens der mit der Geschäftsführung betrauten Organe (an sich der Tochtergesellschaft, theoretisch aber wohl auch derjenigen Organe bei der Mutter, welche die Transaktion veranlassen) dar-

³⁹ Vgl. ANDREAS BINDER, Wege, Irrwege und Umwege für Umstrukturierungen, Situation de lege lata und Vorschläge de lege ferenda, GesKR 2007, 123 ff., 127; BSK FusG-KAGI/EHRAT, Art. 75 N 8n.

⁴⁰ Vgl. BSK FusG-KAGI/EHRAT, Art. 75 N 8n.

stellen und somit entsprechende Haftungsfolgen nach sich ziehen kann (unten Kap. III.2.1). Zu beachten ist nämlich, dass dem übernehmenden Rechtsträger durch eine solche Vereinbarung zusätzliche Verpflichtungen aufgebürdet werden, die bei einer «regulären» Vermögenübertragung nicht entstehen. Daran anschliessend fragt sich, ob eine Leistung unter einer solchen Solidarhaftung eine *verbotene verdeckte Ausschüttung* darstellt, wie sie ähnlich bei *Upstream-Garantien* vorkommen kann (unten Kap. III.2.2).

Der Übersichtlichkeit und ihrer Bedeutung wegen werden sich die weiteren Ausführungen spezifisch auf die *Aktiengesellschaft* beziehen. Aufgrund jeweils ähnlicher Bestimmungen bezüglich Wahrung des Gesellschaftsinteresses sowie den einzuhaltenden Sorgfaltspflichten ist das Gesagte jedoch weitestgehend auch auf die anderen Gesellschaftsformen anwendbar.

2.1 Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats bzw. Gesellschaftsinteresse

Art. 717 Abs. 1 OR verpflichtet den Verwaltungsrat, seine Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen sowie die Gesellschaftsinteressen in guten Treuen zu wahren. Schaden, der durch eine Verletzung dieser Pflichten entsteht, kann durch Gesellschaft, Aktionäre sowie im Konkursfall auch durch die Gesellschaftsgläubiger gegenüber den verantwortlichen Organmitgliedern geltend gemacht werden. Im Folgenden wird die vertragliche Vereinbarung einer reziproken Solidarhaftung sowohl aus Perspektive des übertragenden als auch des übernehmenden Rechtsträgers auf ihre Vereinbarkeit mit dem jeweiligen Gesellschaftsinteresse überprüft. Es wird dabei angenommen, dass das Versprechen der Solidarhaftung nicht separat, d.h. durch eine eigenständige Prämie, entschädigt wird (oder zumindest nicht in einem Betrag, der das Risiko voll entschädigen würde).

Aus Sicht der *übertragenden* Gesellschaft ist die Vereinbarkeit einer Solidarhaftung mit dem Gesellschaftsinteresse weitestgehend unproblematisch.⁴¹ Sie selbst muss dafür unmittelbar keine Verpflichtungen eingehen. Eine Konstellation, in der dieses «Erhalten» dem Gesellschaftsinteresse zuwiderlaufen könnte, ist nur schwer vorstellbar. Im Gegenteil sind zahlreiche Vorteile mit einem solchen Versprechen der künftigen Tochtergesellschaft verknüpft, insbesondere eine Verbesserung der Beziehung zu den bisherigen und nicht übertragenen Gläubigern, da ihnen dank diesem Versprechen aufgezeigt werden kann, dass sie die oben⁴² beschriebene, strukturelle Subordination nicht erleiden. Dass die Wahrung von Gläubigerinteressen ein wichtiger Be-

⁴¹ Zu beachten ist, dass in vielen Konstellationen die übertragende Gesellschaft nicht nur einfach «Empfängerin» einer Solidarhaftungserklärung ist, sondern diese auch initiieren wird, bzw. deren Abgabe im Übertragungsvertrag zur Auflage machen wird (vgl. auch die Fragestellung in FN 43 unten).

⁴² Kap. II.3.3.

standteil des Gesellschaftsinteresses ist, ist dabei unumstritten;⁴³ dies speziell dann, wenn (wie vorliegend) Aktionärsinteressen nicht tangiert werden.⁴⁴

Aus Sicht der *übernehmenden* Gesellschaft ist das Gesellschaftsinteresse weniger klar: Hier bedarf es einer Rechtfertigung dafür, dass eine gesetzlich nicht vorgeschriebene, zusätzliche Verpflichtung⁴⁵ eingegangen wird – und dies erst noch in einer Konstellation, die naturgemäss auf einer engen Beziehung der beteiligten Rechtsträger beruht, wo Interessenskonflikte häufig sind, welche zu Vereinbarungen führen können, die zwischen Drittparteien so nicht eingegangen würden.

Für eine Beurteilung der Zulässigkeit einer Solidarhaftung aus Sicht des übernehmenden Rechtsträgers ist eine *Einzelfallbetrachtung* notwendig, wobei aber immerhin folgende Leitplanken für die Beurteilung aufgestellt werden können, ob dieses Instrument den Interessen der übernehmenden Gesellschaft entspricht: Auszugehen ist vom Grundsatz, dass ein Geschäft nur dann im Gesellschaftsinteresse liegen kann, wenn es gesamthaft (eventuell sogar nur auf mittlere bis lange Sicht) Vorteile bringt. Zu vergleichen sind somit die Kosten, die aus der Risikoübernahme entstehen,⁴⁶ mit den Vorteilen der Ausgliederung, die sich zuvorderst darin äussern, dass die aufnehmende Gesellschaft zwingend⁴⁷ mehr Aktiven als Passiven erhält (im Fall der Ausgliederung auf eine neue Tochtergesellschaft wird auf diese Art das Eigenkapital dieser Gesellschaft aufgebracht). Es kommt hinzu, dass je nach Einzelfall die aufnehmende Gesellschaft damit rechnen kann, dass sie aus dem übertragenen Geschäft Gewinne erwirtschaften können wird – manchmal, falls sie schon ein Geschäft betreibt, können zusätzlich Synergiegewinne entstehen. Überwiegen die Vorteile nach Ansicht des Verwaltungsrats der Tochtergesellschaft die Nachteile, ist das Gesellschaftsinteresse gegeben. Anders gesagt ist aus der Perspektive der aufnehmenden Gesellschaft zu fragen, ob die

⁴³ Vgl. zur Konzeption des Gesellschaftsinteresses BÖCKLI (FN 29), § 13 N 598a; PETER FORSTMOSE/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 3 N 2 ff., § 28 N 26; MISCHA KISSLING, Der Mehrfachverwaltungsrat, Die Tätigkeit in Verwaltungsräten mehrerer Aktiengesellschaften aus Sicht des Zivil-, Straf-, Wettbewerbs-, Steuer- und Sozialversicherungsrechts, Diss. Univ. Zürich 2006, N 35 ff.

⁴⁴ Interessant ist immerhin die Fallgestaltung, wie der übernehmende Rechtsträger kurz nach der Ausgliederung verkauft wird und dabei – wegen der Solidarhaftung – ein geringerer Preis gelöst wird, weil in dieser Konstellation die Altgläubiger gegenüber den Aktionären bevorteilt werden. Aber auch hier wird die Situation im Allgemeinen so sein, dass auch die Aktionäre an einer langfristig guten Behandlung der Gläubiger ein Interesse haben werden. Somit kann aus Sicht des Verwaltungsrates der übertragenden Gesellschaft Sinn machen, die Solidarhaftung nicht nur «anzunehmen», sondern auch die sich beispielsweise in Gründung befindliche Tochtergesellschaft zu veranlassen, sich zu verpflichten.

⁴⁵ Oder der Schuld gegenüber dem übertragenden Rechtsträger, die sie einzugehen hat.

⁴⁶ Diese Risiken hängen wesentlich damit zusammen, wie die Bonität des übertragenden Rechtsträgers sein wird, wobei zu beachten ist, dass diese Gesellschaft bei der klassischen Ausgründung ja auch Aktien der Tochtergesellschaft erhält, die im Krisenfall verkauft werden können.

⁴⁷ Art. 71 Abs. 2 FusG.

Transaktion auch dann Sinn macht, wenn sie im Gegenzug für den Erhalt des übertragenen Vermögens ein Solidarhaftungsversprechen abgeben muss; beachtet werden darf dabei auch, dass die auf sie übertragenen Gläubiger durch die gesetzliche Solidarhaftung geschützt sind.

Mit anderen Worten ist eine *Gesamtbeurteilung der Vor- und Nachteile der Transaktion* erforderlich, und nicht eine isolierte Beurteilung der Solidarhaftung allein. Deshalb ist auch keine separate Entschädigung für das Element der Solidarhaftung erforderlich, genauso wenig, wie im Rahmen einer Transaktion andere Elemente (z.B. Gewährleistungen) separat zu entschädigen sind. Da die übernehmende Gesellschaft bei einer Ausgliederung in der Regel in der (aus ihrer Sicht) glücklichen Lage ist, der Muttergesellschaft keine Gegenleistung erbringen zu müssen (oder bloss eine Gegenleistung in Form von Aktien, wobei aber die Beteiligung der Muttergesellschaft nicht erhöht wird, sondern weiterhin 100% beträgt) und insofern – allein aus ihrer Sicht – einen gewissermassen «schenkungsähnlichen» Charakter hat, ist es deutlich wahrscheinlicher, dass die Vorteile die Nachteile überwiegen, als dass dies bei einer Vermögensübertragung mit einer synallagmatischen Gegenleistung (etwa in bar) der Fall ist.

Anzufügen ist immerhin, dass der Verwaltungsrat der aufnehmenden Gesellschaft natürlich die Pflicht hat, einen für seine Gesellschaft *möglichst günstigen Abschluss* zu erwirken. Aus diesem Grund sollte er in die vertragliche Haftung nur dann einwilligen, wenn die Transaktion sonst unterbleiben, die übertragende Gesellschaft mehr Passiven übertragen oder eine höhere Gegenleistung (falls eine solche bei einer Ausgliederung überhaupt geleistet wird) verlangen würde. Läuft die Muttergesellschaft aber Gefahr, durch die Transaktion ohne Solidarhaftung signifikante Nachteile zu erleiden, wird man vermuten dürfen, dass sie die Transaktion nicht leichthin ohne Solidarhaftung durchführen würde.

Erfolgt diese Betrachtung und überwiegen die Vorteile, sollten auch die *allfällig bereits existierenden Gläubiger der Tochtergesellschaft* adäquat geschützt sein, obwohl sie die Nachteile der Solidarhaftung der übernehmenden Gesellschaft mittragen müssen, ihre eigenen Forderungen jedoch nicht von der (gesetzlichen) Solidarhaftung der übertragenden Gesellschaft umfasst sind. Auch sie profitieren aber, wenn die Transaktion netto Sinn macht, d.h. zu einer Erhöhung des Werts der Tochtergesellschaft führt.

Bei der Abwägung der Vor- und Nachteile ist die Frage mit zu berücksichtigen, ob die übernehmende Gesellschaft durch die übernommene Solidarhaftung einem erheblichen *Klumpenrisiko* ausgesetzt wird, was auch deshalb relevant ist, weil gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine vertretbare Risikoverteilung Teil der sorgfältigen Vermögensanlage ist.⁴⁸ Bei einer Ausgliederung zwecks Neugründung einer Tochtergesellschaft ist dies aber un-

⁴⁸ BGE 113 II 52 E. 3b.

problematisch, denn es werden weder der direkte Aktionär (d.h. die Muttergesellschaft), noch deren Aktionäre, noch die Gläubiger einem Risiko ausgesetzt, das nicht schon vorher bestanden hätte, als die Gesellschaften noch eine Einheit bildeten. Dasselbe gilt u.E. in denjenigen Fällen, die diesem Sachverhalt wirtschaftlich gleich kommen, d.h. wo die Tochtergesellschaft zwar schon etwas vorher gegründet wurde, sie aber keine wesentliche eigene Geschäftstätigkeit bis zur Ausgliederung wahrgenommen hat. Anders kann die Lage sein, wenn die Tochtergesellschaft schon als operatives Unternehmen besteht und über wesentliche eigene Gläubiger verfügt, wobei nach der obigen Formel das Klumpenrisiko (das wiederum von der Bonität der Mutter abhängt⁴⁹), bei der Abwägung der Vor- und Nachteile einfach adäquat eingesetzt werden muss und u.E. nicht als striktes Verbot verstanden werden darf.

2.2 Upstream-Garantie

Eine klassische Upstream-Garantie ist aus gesellschaftsrechtlicher Sicht nur unter restriktiven Voraussetzungen zulässig: Vorausgesetzt ist entweder, dass die garantierte Summe auch in Form einer *Ausschüttung* an die Muttergesellschaft bezahlt werden könnte oder,⁵⁰ dass eine Gegenleistung der Mutter erfolgt, welche einem *Drittvergleich* standhält.⁵¹ Die rechtliche Grundlage zur Unterscheidung zwischen grundsätzlich zulässigen Transaktionen und Ausschüttungen, die speziellen Voraussetzungen unterliegen, bildet dabei u.E. Art. 678 Abs. 2 OR, der die Aktionäre sowie Mitglieder des Verwaltungsrates dazu verpflichtet, Leistungen der Gesellschaft, die in einem Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen, zurückzuerstatten.⁵² Andere Leistungen werden damit *e contrario* nicht als Ausschüttungen behandelt. Zum gleichen Resultat gelangt man, wenn man unterstellt, dass die Vertretungsorgane die Gesellschaft nur zu Rechtsgeschäften verpflichten dürfen, die im Gesellschaftsinteresse liegen (wobei hier der

⁴⁹ Vgl. auch FN 26 betreffend des Wertes der Beteiligung an der Tochter.

⁵⁰ Angefügt sei, dass in der Finanzierungspraxis das Erfordernis des Drittvergleichs und die Ausschüttungserfordernisse scheinbar oft kumulativ vorausgesetzt werden. Hintergrund ist allerdings, dass die Konditionen tatsächlich nicht einem Drittvergleich standhalten und man sich deshalb in Tat und Wahrheit allein auf die Strukturierung als Ausschüttung verlässt.

⁵¹ Vgl. etwa KÄGI (FN 36), § 5 N 116 ff.; MARKUS NEUHAUS/ROLF WATTER, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien zugunsten von Konzerngesellschaften, in: Kramer/Nobel/Waldburger (Hrsg.), FS Böckli, Zürich 2006, 173 ff., 198 f.

⁵² Diese Vorschrift ist u.E. umfassend anzuwenden, während die Anforderungen der Kapitalerhaltung (oder eines wie auch immer verstandenen «Verbots der Einlagerückgewähr»), das aber dogmatisch richtigerweise abzulehnen ist, vgl. KÄGI (FN 37), § 4 N 108 ff.) nicht darüber hinausgehen, sofern nicht ausnahmsweise ausschüttungsähnliche Leistungen aus freien Mitteln erlaubt sind, vgl. KÄGI (FN 36), § 5 N 86 ff.

Gutgläubensschutz Dritter dazu führen kann, dass auch Geschäfte gültig werden, die diesem Test nicht standhalten).⁵³

Die Verpflichtung zu einer Solidarhaftung seitens der Tochtergesellschaft kann jedoch u.E. aus den folgenden Gründen nicht als klassische Upstream-Garantie qualifiziert werden:

- Erstens handelt es sich um ein *Austauschgeschäft*, da das Einräumen der Solidarhaftung als eine Gegenleistung⁵⁴ für die Vermögensübertragung bzw. die Gesamttransaktion erfolgt, deren Vorteile die Nachteile aus der Solidarhaft überwiegen müssen; vorauszusetzen ist mithin, dass man ein Gesellschaftsinteresse nach den obigen Ausführungen⁵⁵ bejaht. Es fehlt somit an der typischerweise einseitigen Natur einer Upstream-Garantie, von der primär die Muttergesellschaft profitiert.
- Zweitens *unterscheiden sich Motiv und Fokus* der Solidarhaftung von jenen der Upstream-Garantie: Während Letztere darauf ausgerichtet ist, potentielle neue Gläubiger zu besichern oder zu begünstigen (damit die Mutter im Gegenzug vorteilhaftere Konditionen erhält), kommt die Solidarhaftung den bestehenden Gläubigern zugute und sorgt lediglich dafür, dass diese – und in deren Folge u.U. auch die Muttergesellschaft – keine Nachteile durch die Transaktion erleiden.
- Drittens wird durch eine gegenseitige Solidarhaftung lediglich das schon vor der Transaktion *für die Altgläubiger bestehende Haftungssubstrat für eine beschränkte Zeit weiter aufrechterhalten*, während bei einer Upstream-Garantie die Vermögenswerte der Tochtergesellschaft dem Zugriff weiterer Gläubiger geöffnet werden.⁵⁶ Erstere dient deshalb der temporären und zugleich partiellen Aufrechterhaltung des Status quo, indem die Aufteilung des Vermögens allein für die Neugläubiger, nicht aber für die Altgläubiger erfolgt.

Der Solidarhaftung für zurückbleibende Verbindlichkeiten fehlt es somit an den charakteristischen Merkmalen einer klassischen Upstream-Garantie und wäre im Übrigen nach den in diesem Rahmen entwickelten Kriterien – nämlich Drittvergleich – zulässig, womit auch unter diesem Gesichtspunkt *keine Unzulässigkeit* festgestellt werden kann.

⁵³ Vgl. NEUHAUS/WATTER (FN 50), 197 f.

⁵⁴ Auch wenn es sich dabei nicht um eine synallagmatische Gegenleistung handelt, sondern die Solidarhaftung als Nebenpflicht zu qualifizieren ist.

⁵⁵ Kap. III.2.1.

⁵⁶ Immerhin kann es zu einer solchen Öffnung auch bei der Solidarhaftung kommen, wenn die Tochtergesellschaft nicht bloss im Hinblick auf die Ausgliederung gegründet wurde, sondern vorgängig schon selbst wesentliche Aktiven und Passiven besass.

2.3 Vergleich mit analogen Konstellationen

a) Berücksichtigung der gesetzgeberischen Wertung bei einer Spaltung

Alternativ zur Vermögensübertragung wäre es auch denkbar, eine Ausgliederung mittels Spaltung durchzuführen: Diese führt im Grundsatz allerdings nicht zu Tochter- sondern zu Schwestergesellschaften (die dann allerdings leicht wieder in eine Mutter-/Tochterbeziehung gebracht werden können, wenn beide der gleichen Holdinggesellschaft gehören). Wie oben ausgeführt wurde,⁵⁷ sieht die Spaltung im Gegensatz zur Vermögensübertragung bereits von Gesetzes wegen eine solidarische Haftung beider beteiligten Rechtsträger für alle bestehenden Gläubiger vor.⁵⁸ Zwar ist diese Haftung anders als Art. 75 FusG nur subsidiär.⁵⁹ Das macht innerhalb eines Konzerns aber kaum einen praktischen Unterschied, da diesfalls auch bei einer Primärhaftung erstens einfach sichergestellt werden kann, dass die jeweils «richtige» Gesellschaft bezahlt, und zweitens die (umfassenden) Regressrechte⁶⁰ leicht durchgesetzt werden können; unter Bedingungen, wo keine leichte Durchsetzbarkeit mehr besteht (insb. im Konkurs), greift umgekehrt auch die subsidiäre Solidarhaftung. Mit einer Spaltung können somit *sehr ähnliche Resultate* wie mit einer Vermögensübertragung mit reziproker, vertraglicher Haftung erzielt werden.

Hält man eine Durchführung einer Spaltung als mit dem Gesellschaftsinteresse vereinbar, können *konsequenterweise auch keine entsprechenden Einwände gegen eine Erweiterung der Solidarhaftung bei der Vermögensübertragung* vorgebracht werden. Daran ändert auch nichts, dass bei der Spaltung die gesetzliche Solidarhaftung als zwingend ausgestaltet ist, denn der Verwaltungsrat kann beim Entscheid, eine Spaltung durchzuführen, und der damit verbundenen Beurteilung des Gesellschaftsinteressen nicht einfach gesetzliche Rechtsfolgen ausblenden. Unseres Wissens ist aber in der Literatur noch nirgends behauptet worden, die Durchführung einer Spaltung sei prinzipiell oder auch nur in einer wesentlichen Zahl von Fällen sorgfaltswidrig. Schliesslich beobachtet man in der Praxis, dass die Spaltung gerade wegen diesen Haftungsbestimmungen häufig vermieden wird und alternative Formen, etwa die traditionelle «Spaltung in zwei Schritten» (mit Ausgliederung und Ausschüttung der Beteiligung an der Tochtergesellschaft) durchgeführt wird. Es wäre jedoch verfehlt, aus diesem Umstand abzuleiten, dass die Durchführung einer Spaltung den Gesellschaftsinteressen *a priori* zuwiderläuft, und eine Pflicht des Verwaltungsrats bestehe, auf alternative Strukturen auszuweichen.

Der Blick auf die Spaltung zeigt somit: Der Gesetzgeber, der bei der Spaltung sogar eine zwingende reziproke Solidarhaftung vorgesehen hat, ist sol-

⁵⁷ Kap. II.2.1.

⁵⁸ Art. 47 Abs. 1 FusG

⁵⁹ Art. 47 Abs. 2 FusG.

⁶⁰ Vgl. Kap. II.1.

chen Haftungen gegenüber und dem damit verbundenen Gläubigerschutz (Art. 1 Abs. 2 FusG) wohlwollend eingestellt und anerkennt sie als eine *faire Lösung*. Diese gesetzgeberische Wertung ist nicht nur im Rahmen der Beurteilung des Gesellschaftsinteresses zu beachten, sondern vor allem auch bei der gerichtlichen Überprüfung dieser Beurteilung durch den Verwaltungsrat, wo deshalb äusserste Zurückhaltung geboten ist, wenn der Verwaltungsrat in Berücksichtigung der Interessen sämtlicher Stakeholder eine solche faire Lösung sucht.

b) Berücksichtigung des VE-FusG

Wie oben ausgeführt,⁶¹ wurde die im VE-FusG vorgesehene Spaltungsform der Ausgliederung zugunsten der flexibleren Vermögensübertragung verworfen, und diese Ausgliederung hätte eine *zwingende gegenseitige Solidarhaftung* vorgesehen. Dies kann jedoch nicht als Absage an eine gegenseitige Solidarhaftung gewertet werden, sondern ist vielmehr die logische Konsequenz der beabsichtigten Flexibilisierung. Im Gesetzgebungsprozess wurde denn auch nicht primär die Figur der Ausgliederung an sich, sondern deren beabsichtigter zwingender Charakter kritisiert, der gerade kleinere Unternehmen stark in ihrem Handlungsspielraum eingeschränkt hätte. Vor dem Hintergrund dieser vom Gesetzgeber gewünschten Flexibilität muss auch eine freiwillige Nachbildung der Haftungsregelung der Ausgliederung nach VE-FusG zulässig sein. Mit anderen Worten: Da der Gesetzgeber eine Solidarhaftung als fairen Interessenausgleich so wichtig fand, dass er sie sogar als zwingende Regelung erwogen hat, ist sie jedenfalls auf freiwilliger, vertraglicher Basis zulässig. Dies bestätigt die Überlegungen, die im Vergleich mit der Spaltung angestellt wurden.⁶²

c) Folgerungen aus der Rechtsvergleichung

Wie der Rechtsvergleich gezeigt hat,⁶³ kennt auch das *deutsche Recht* die Ausgliederung, die mit ihrer primären reziproken Solidarhaftung zudem klare Parallelen zu einer reziprok ausgestalteten Solidarhaftung bei einer Vermögensübertragung aufweist. Wie bei der Spaltung nach schweizerischem Recht ist uns auch aus der deutschen Literatur nicht bekannt, dass vorgebracht würde, eine Gesellschaft müsse auf eine Ausgliederung verzichten, weil die gesetzliche Ausgestaltung der Ausgliederung nicht im Gesellschaftsinteresse der Tochter liege (obwohl zweifellos ein Erfordernis besteht, dieses Interesse zu berücksichtigen). Vielmehr ist dies wiederum als eine faire Lösung anerkannt.

⁶¹ Kap. II.2.3.

⁶² Vgl. oben Kap. III.2.3.a.

⁶³ Vgl. oben Kap. II.2.4.

d) Schlussfolgerungen

Der (systematische) Einbezug der Wertung bei der Spaltung, Elemente der Entstehungsgeschichte, wie auch ein Rechtsvergleich sind weitere Hinweise dafür, dass es den an einer Ausgliederung beteiligten Rechtsträgern offen steht, eine solidarische Haftung für die verbleibenden Verbindlichkeiten zu vereinbaren, resp. dass eine solche Abrede i.d.R. nicht als pflichtwidriges Verhalten angesehen werden kann. Vielmehr wird nur vereinbart, was in vergleichbaren Konstellationen und anderswo zum (gesetzlichen) Standard gehört und somit *als faire und ausgewogene Lösung anerkannt* ist.

IV. Einzelfragen

1. Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit

Da es sich bei einer Erweiterung der Solidarhaftung um einen echten Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von Art. 112 Abs. 2 OR handelt,⁶⁴ stellen sich gewisse Fragen hinsichtlich der Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit einer solchen Vereinbarung. Denn im Gegensatz zur gesetzlich vorgeschriebenen Solidarhaftung kann die reziproke Haftung aufgrund der Vertragsfreiheit durch die Vertragsparteien *später modifiziert oder gar ganz aufgehoben* werden, ohne dass die Zustimmung des Dritten, sprich des Gläubigers, benötigt würde. Diese Möglichkeit wird jedoch durch Art. 112 Abs. 3 OR begrenzt, der eine Entbindung von der Verpflichtung nur – aber immerhin – bis zu dem Zeitpunkt ermöglicht, in dem der *Dritte erklärt*, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen.

Soll den Gläubigern gegenüber Verlässlichkeit geboten werden, empfiehlt sich jedoch eine Regelung der Solidarhaftung, die *nicht von der Erklärung der Gläubiger abhängig* ist. Denn diese wollen im «Ernstfall» auf die Solidarhaftung zurückgreifen können, ohne vorgängig eine Erklärung nach Art. 112 Abs. 3 OR abgegeben zu haben oder zu riskieren, dass die Vertragsparteien die Solidarhaftung zwischenzeitlich wieder aufgehoben haben. Auch wäre es nicht effizient, von einer Vielzahl von Gläubigern solche Erklärungen zu verlangen. Vielmehr sollte Unwiderruflichkeit ab Vertragsschluss oder – passender für eine Vermögensübertragung – ab dem Zeitpunkt der Handelsregistereintragung erfolgen. Dies ist unter schweizerischem Recht u.E. möglich: Gemäss h.L. handelt es sich bei Art. 112 Abs. 3 OR um eine dispositive Norm,⁶⁵ weshalb der Zeitpunkt der Unwiderrufbarkeit verändert werden kann. So wird in der Lehre etwa die Variante erwähnt, dass die Unwiderrufbarkeit

⁶⁴ Vgl. oben Kap. III.1.

⁶⁵ Vgl. BSK OR I-GONZENBACH, Art. 112 N 18.

bereits im Zeitpunkt der Benachrichtigung der Dritten eintritt.⁶⁶ Eine weitergehende «Vorverlegung» des Zeitpunkts der Unwiderrufbarkeit bis hin zum Vertragsschluss ist aber ebenfalls als zulässig zu erachten. Denn solange ein Vertrag zwischen den Parteien vorliegt, sind Modifikationen der Unwiderrufbarkeit von der Vertragsfreiheit gedeckt. Für diese Ansicht spricht auch die Tatsache, dass im deutschen Recht die Unwiderrufbarkeit standardmässig ab Vertragsschluss eintritt und dispositiv auf einen späteren Zeitpunkt verlegt werden kann.⁶⁷

2. Verjährungsfrist der Solidarhaftung

2.1 Anwendbare (dispositive) Verjährungsfrist und vertragliche Regelungen

Bei der Vereinbarung einer Solidarhaftung des übernehmenden Rechtsträgers analog zu Art. 75 FusG stellt sich die Frage, welcher Verjährungsfrist daraus resultierende Forderungen unterliegen bzw. ob die Verjährungsfrist einer vertraglichen Regelung zugänglich ist. *Problematisch* ist diesbezüglich Art. 129 OR, wonach die im dritten Titel des allgemeinen Teils des OR, d.h. die standardmässigen zehn- bzw. fünfjährigen Verjährungsfristen «durch Verfügung der Beteiligten nicht abgeändert werden» können. Obwohl Teile der Lehre – u.E. zu Recht – der Ansicht sind, dass eine Verkürzung solcher Fristen – bzw. zumindest eine verjährungsähnliche kürzere Befristung von Forderungen – in der Vertragsfreiheit der Parteien liegen muss,⁶⁸ hat das Bundesgericht die Vorschrift extensiv auch auf verjährungsähnliche Fristen angewendet.⁶⁹ Unter heute geltendem Recht wäre es u.E. aber überzeugender, entsprechende Vertragsklauseln ggf. über eine Inhaltskontrolle von vorformulierten Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG zu korrigieren und die extensive Auslegung von Art. 129 OR im Gegenzug aufzugeben. Unabhängig davon wäre es nicht einzusehen, welche berechtigten Interessen geschützt würden, wenn auf eine Solidarhaftung, welche eine Partei in freien Stücken zusätzlich zu einer bestehenden Primärhaftung eingeht, die zehnjährige Verjährungsfrist des Art. 127 OR zwingend angewendet würde und privatautonome Beschränkungen beiseite geschoben würden.

So rigide das Bundesgericht Art 129 OR angewandt hat, so grosszügig nimmt es aber in ständiger Praxis Verjährungsfristen, die ausserhalb des drit-

⁶⁶ ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 2, 3. Aufl., Zürich 1974, 247 f.; PATRICK KRAUSKOPF, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Univ. Fribourg 1999, N 1236.

⁶⁷ Vgl. §§ 328 ff. BGB.

⁶⁸ Vgl. etwa EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, 448.

⁶⁹ BGE 132 III 285 E. 2.

ten Titels des allgemeinen Teils des OR geregelt sind, aus.⁷⁰ Konkret stellt sich somit die Frage, ob die Verjährung einer Solidarhaftung an anderer Stelle geregelt ist; namentlich ist zu beantworten, ob anstelle der ordentlichen zehnjährigen Verjährungsfrist von Art. 127 OR die *dreijährige Frist von Art. 75 Abs. 2 FusG (direkt oder analog) Anwendung* findet. Für die ordentliche Verjährungsfrist spricht wohl, dass die vertragliche Solidarhaftung nicht ausdrücklich vom Wortlaut einer spezialgesetzlichen Verjährungsfrist abgedeckt ist und Art. 127 OR überall dort zur Anwendung kommt, wo «das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt.» Allerdings würde diese Solidarhaftung im vorliegenden Fall nicht in einem Vakuum existieren, sondern wäre als Erweiterung der gesetzlichen Solidarhaftung von Art. 75 FusG an den Übertragungsvertrag geknüpft. Die Haftung des übernehmenden Rechtsträgers bildet eine zulässige Ausdehnung einer teilzwingenden Regelung und ist somit in ihrer Beurteilung systematisch ebenjener Norm zu unterwerfen.⁷¹ Aus diesem Grund ist die dreijährige Verjährungsfrist von Art. 75 Abs. 2 FusG einschlägig und u.E. unmittelbar anwendbar. Selbst wenn man eine direkte Anwendung ablehnen würde, müsste man die Norm zumindest analog anwenden. Die Möglichkeit einer analogen Anwendung ausserordentlicher Verjährungsfristen, obwohl Art. 127 OR als Auffangnorm konzipiert ist, ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt: So wandte das Bundesgericht etwa auf Schadenersatzansprüche aus Art. 97 ff. OR bei einem Kaufvertrag statt der ordentlichen Zehnjahresfrist die Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 1 OR an.⁷²

Auch aus *teleologischer Perspektive* drängt sich dieses Ergebnis auf. Es wäre widersprüchlich, wenn die zwingende Haftung des übertragenden Rechtsträgers drei Jahre beträgt, aber von den Parteien frei ausgedehnt werden kann, während die Haftung des übernehmenden Rechtsträgers nur nichts oder aber zehn Jahre betragen könnte. Allein durch Anwendung der dreijährigen Frist auf die Solidarhaftung beider Rechtsträger wird der vom Fusionsgesetz bezweckte Interessenausgleich zwischen Gläubigerschutz⁷³ und dem Ziel einer Separierung von Aktiven und Passiven erreicht, welcher Art. 75 FusG über eine zeitlich beschränkte Solidarhaftung realisiert. Bei unterschiedlichen Fristen zwischen den beiden Solidarhaftungen würden schliesslich die übertragenden Gläubiger benachteiligt.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Verjährungsfrist für eine vertragliche Solidarhaftung *frei geregelt werden kann*, jedenfalls solange sie

⁷⁰ BGE 132 III 226 E. 3.3.2.

⁷¹ Oben Kap. III.1; BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 75 N 8q.

⁷² BGE 133 III 335 E. 2.4.4.

⁷³ Vgl. Botschaft zum FusG, BBl 2000 4466 f.

die Obergrenze einer zehnjährigen Verjährungsfrist nicht übersteigt.⁷⁴ Dispositiv ist die dreijährige Verjährungsfrist Art. 75 Abs. 2 FusG anwendbar.

Neben der vertraglichen Modifikation der Verjährungsfrist ist dabei auch die Vereinbarung einer *Verwirkungsfrist* denkbar. Da sich, wie ausgeführt, die Verjährungsfrist dispositiv nach Art. 75 Abs. 2 FusG bemisst, kommt das Abänderungsverbot von Art. 129 OR, das sich explizit nur auf den dritten Titel des Obligationenrechts bezieht, auch diesbezüglich nicht zur Anwendung. Eine solche Abänderung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung immerhin nur unter dem Vorbehalt zulässig, dass «dem Gläubiger [...] durch eine Kürzung der Frist die Rechtsverfolgung nicht in unbilliger Weise erschwert [wird].»⁷⁵ Da die Solidarhaftung jedoch nur neben eine bereits bestehende Haftung hinzutritt, kann sie u.E. beliebig abgeändert werden, ohne dass darin eine «Unbilligkeit» zu erkennen wäre.

2.2 Das Problem der Verjährungsunterbrechung nach Art. 136 Abs. 1 OR

Hinsichtlich der Verjährungsfrist stellt sich zusätzlich die Frage der Anwendbarkeit von Art. 136 Abs. 1 OR, der eine Verjährungsunterbrechung gegen einen Schuldner auch *gegenüber allen anderen Solidarschuldnern* wirken lässt. Diese Bestimmung ist gemäss h.L. und Rechtsprechung nur auf «echte Solidarschuldnerschaften», also nur dann anwendbar, wenn die Haftung aufgrund desselben Rechtsgrunds besteht.⁷⁶

Ob Art. 136 Abs. 1 OR alle Unterbrechungshandlungen von Art. 135 OR umfasst, ist jedoch in der Lehre umstritten. Insbesondere die Formulierung von Art. 136 Abs. 1 OR, dass «die Unterbrechung der Verjährung *gegen einen Solidarschuldner*» auch gegenüber den Mitschuldnern wirkt, lässt gewisse Autoren darauf schliessen, dass lediglich die in Art. 135 Ziff. 2 OR erwähnten Handlungen umfasst sind, *nicht* jedoch jene von Ziff. 1, die *vom Schuldner selbst* getätigt werden müssen und somit nicht gegen ihn gerichtet sind.⁷⁷ Dieser Meinung ist u.E. zuzustimmen, insbesondere im Lichte von Art. 146 OR, wonach ein Solidarschuldner durch seine persönlichen Handlungen die Lage seiner Mitschuldner nicht verschlechtern kann.

Das *Bundesgericht* hatte zumindest in älteren Entscheiden diese Ansicht nicht geteilt.⁷⁸ Dies ist gerade hinsichtlich der Solidarhaftung von Art. 75 FusG problematisch, da so u.U. die wirtschaftliche Verflechtung zwischen übertragender und übernehmender Gesellschaft noch über Jahre hinweg an-

⁷⁴ Vgl. etwa BGE 99 II 185 E. 2a; zu erwägen wäre immerhin, auch eine allfällig längere Verjährungsfrist der zugrundeliegenden Forderung zuzulassen.

⁷⁵ BGE 108 II 194 E. 4b.

⁷⁶ ZK OR-BERTI, Art. 136/141 Abs. 2 und 3 N 4 ff.; BGE 115 II 42 E. 1b; BGE 127 III 257 E. 6a.

⁷⁷ BSK OR I-DÄPPEN, Art. 136 N 3; ZK OR-BERTI, Art. 136/141 Abs. 2 und 3 N 7.

⁷⁸ BGE 55 II 310 E. 1; vgl. ferner ALAIN GAUTSCHI, *Solidarschuld und Ausgleich*, Diss. Univ. Fribourg 2009, N 238.

dauert, obwohl es ja gerade der Zweck der Vermögensübertragung war, diese wirtschaftlichen Einheiten voneinander zu trennen.

So oder so ist im Rahmen des Fusionsgesetzes u.E. ein differenzierender Ansatz zu bevorzugen, der sich von der starren Unterscheidung von echter und unechter Solidarität entfernt und sich stärker am Gesetzeszweck von Art. 75 FusG, nämlich der Verkürzung der Verjährung für den mithaftenden Rechtsträger, orientiert: An anderer Stelle wurde ausführlich dargelegt, dass man bei der fusionsgesetzlichen Haftung deshalb von einer *akzessorischen Solidarität sui generis* sprechen sollte, welcher das Konzept eines Hauptschuldners (dem die Schuld zugewiesen wird) und eines Mitschuldners (der bloss akzessorisch hinzutritt) zugrunde liegt.⁷⁹ Hinsichtlich Art. 136 Abs. 1 OR bedeutet dies konkret, dass dieser lediglich zulasten des Hauptschuldners, nicht aber zulasten des Mitschuldners angewendet werden sollte.⁸⁰

In jedem Fall muss man u.E. 136 Abs. 1 OR im Rahmen einer vertraglichen, «freiwilligen» Solidarhaftung durch vertragliche Regelung *modifizieren* oder *wegbedingen* können. Wenn die Gläubiger schon von einer solchen Solidarhaftung profitieren dürfen, sollten sie sich nicht darüber beklagen können, wenn man Einschränkungen im Rahmen der Verjährungsunterbrechung vereinbart (und erst recht nicht, wenn sich diese Einschränkungen sachlich aufdrängen).

3. Kreis der Begünstigten

Hinsichtlich des Umfangs der beim übernehmenden Rechtsträger verbleibenden Gläubiger und damit des Kreises der von der Solidarhaftung Begünstigten sind zwei Fragen zu klären:

- Zunächst muss beantwortet werden, wer überhaupt zum *Kreis der Begünstigten* gehört bzw. ob gewisse Gläubigergruppen auch explizit ausgeschlossen werden können. Mangels anderweitiger vertraglicher Vereinbarung verbleiben analog zu Art. 72 FusG sämtliche Passiven, die nicht im Inventar explizit dem übernehmenden Rechtsträger zugeordnet werden, beim übertragenden Rechtsträger.⁸¹ Da Art. 75 FusG sämtliche übertragene Gläubiger umfasst, würden bei einer gleichlautenden reziproken Nachbildung folglich alle nicht aufgeführten Gläubiger von der Solidarhaftung profitieren. Es kann sich aber im Einzelfall aufdrängen, den Kreis der erfassten Gläubiger *einzuschränken*. Die Möglichkeit dazu ergibt sich aus der Vertragsfreiheit bzw. aus der teilzwingenden Natur von Art. 75 FusG, die zumindest hinsichtlich der vertraglichen Solidarhaftung des

⁷⁹ Vgl. dazu BSK FUSG-KÄGI/EHRAT, Art. 75 N 8g ff.

⁸⁰ Vgl. dazu BSK FUSG-KÄGI/EHRAT, Art. 75 N 8k.

⁸¹ Vgl. zur analogen Anwendung von Art. 72 ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/URS BEHNISCH/ANDREA SIEBER, FusG Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 72 N 6 m.w.H.

übernehmenden Rechtsträgers Einschränkungen zulässt.⁸² Da unter schweizerischem Recht (ausserhalb des SchKG) grundsätzlich⁸³ keine Gläubigergleichbehandlung vorgeschrieben ist, haben die Parteien hier weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten. Reputationsgründe dürften aber dazu führen, einen Ausschluss von sachlichen Gründen abhängig zu machen. Denkbar ist etwa, dass die Muttergesellschaft für andere Tochtergesellschaften Verbindlichkeiten in Form von Garantien eingegangen ist, für welche die ausgegliederte Gesellschaft nun ebenfalls solidarisch haften müsste, was zu übermässiger Komplexität führen könnte. Zu denken ist aber auch an Gläubiger, die bereits durch andere Massnahmen genügend geschützt werden, wie z.B. gesicherte Gläubiger oder durch den Einlagenschutz (Art. 37a BankG) privilegierte Einleger.

- Abgesehen von solchen Beschränkungen des Umfangs der geschützten Gläubiger stellt sich aber auch die Frage, *welche Forderungen* überhaupt durch die Solidarhaftung abgedeckt werden sollen. Vorbehaltlich einer vertraglichen Regelung drängt sich hier ebenfalls eine analoge Anwendung von Art. 75 Abs. 1 FusG auf. An sich umfasst die gesetzliche Solidarhaftung sämtliche übertragenen Forderungen (mithin ist einziges Kriterium, dass eine Forderung übertragen wurde); allerdings spricht Art. 75 Abs. 1 OR diesen Umstand nicht direkt an, sondern nennt die «vor der Vermögensübertragung begründeten Schulden», wobei der Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister massgebend ist.⁸⁴ Die Forderung muss dabei nicht im engeren Sinne entstanden sein, vielmehr muss der Rechtsgrund zeitlich vor der Vermögensübertragung liegen.⁸⁵ Die Sonderregelung von Art. 76 Abs. 2 FusG betreffend Arbeitsverhältnisse ist dabei u.E. analog auf andere Dauerschuldverhältnisse anzuwenden, mit dem Ergebnis, dass die solidarische Haftung all jene Verbindlichkeiten umfasst, die bis zum frühestmöglichen ordentlichen Kündigungstermin des Dauerschuldverhältnisses entstehen.⁸⁶ Relevant ist dabei wiederum die Publikation der Vermögensübertragung.⁸⁷ Damit muss mangels einer vertraglichen Abmachung für die reziproke Haftung gelten, dass sie alle nicht-

⁸² Vgl. dazu unten Kap. IV.4.

⁸³ Vgl. PETER FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Auswirkungen der neueren Bundesgerichtspraxis zur absichtspauliana auf Verantwortlichkeitsprozesse, in: Oertle/Wolf/Breitenstein/Diem (Hrsg.), M&A, Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum an Rudolf Tschäni, Zürich 2010, 431 ff., 441 f.; vgl. aber bei Konkursnähe Entscheid des BGer vom 19. September 2000, 5C.29/2000.

⁸⁴ Vgl. BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 75 N 6b.

⁸⁵ Vgl. FN 79.

⁸⁶ Vgl. BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 75 N 7 m.w.H.

⁸⁷ A.M. LUKAS GLANZMANN, Auswirkungen von Umstrukturierungen auf die Stellung der kreditgebenden Bank, ZSR 2007 I, 279 ff., 302, der die tatsächliche Benachrichtigung der Gläubiger für massgebend hält, was aber nicht mit dem Interesse der Rechtssicherheit vereinbar ist.

übertragenen Forderungen umfasst, deren Rechtsgrund – analog dem Gesagten – vor Publikation der Vermögensübertragung entstanden ist.

4. Weitere Modifikationsmöglichkeiten

Wie in Kapitel III.1 dargelegt, ergibt sich die Möglichkeit einer vertraglichen Solidarhaftung aufgrund der Vertragsfreiheit, und daraus, dass Art. 75 FusG bloss teilzwingender Natur ist. Deshalb besteht die Möglichkeit, die vertragliche Solidarhaftung auch in anderer Hinsicht als in bezug auf den zeitlichen und sachlichen Umfang⁸⁸ *relativ frei zu modifizieren*, sofern nicht das Gesellschaftsrecht⁸⁹, Art. 27 Abs. 2 ZGB oder sonstiges zwingendes Recht einer übermässigen Ausdehnung Schranken setzt.

Hinsichtlich der Haftung des übernehmenden Rechtsträgers kämen dabei insbesondere einschränkende Anpassungen in Betracht, welche die Auswirkungen auf die Gesellschaft etwas mindern. Denkbar wäre etwa, analog zu den Bestimmungen zur Spaltung, die Haftung *subsidiär* auszugestalten oder an bestimmte Voraussetzungen, wie etwa die vorgängige Verwendung eines Pfands bei besicherten Forderungen⁹⁰, zu knüpfen. So müsste sich der übernehmende Rechtsträger nur in Ausnahmefällen mit Ansprüchen der verbleibenden Gläubiger auseinandersetzen, obwohl der Schutz Letzterer weiterhin gewahrt wird.

Eine weitere Beschränkungsmöglichkeit könnte darin bestehen, *jegliche Befreiung* des Hauptschuldners auch ohne Befriedigung des Gläubigers (z.B. wegen Novation) auch gegenüber dem Solidarschuldner wirken zu lassen. Dies in Abweichung von Art. 147 Abs. 2 OR, dessen Anwendbarkeit auf eine Solidarhaftung gemäss Art. 75 FusG jedoch sowieso fragwürdig ist.⁹¹

V. Fazit

Wir kommen vorliegend zum Schluss, dass es im Einzelfall, speziell bei Ausgliederungen, angezeigt sein kann, die in Art. 75 FusG geregelte solidarische Haftung der Mutter (bzw. des bisherigen Schuldners) für «vor Vermögensübertragung begründete Schulden», also sämtliche übertragene Verbindlichkeiten, vertraglich so zu spiegeln, dass die Tochter (bzw. die übernehmende Gesellschaft) auch für Verbindlichkeiten haftet, die nicht übergehen. Dies ist speziell dann der Fall, wenn sich Gläubiger von nicht übertragenen Schulden entweder aus vertraglichen Gründen, oder da sie ökonomisch für die an der Ausgliederung beteiligten Gesellschaften sehr wichtig sind, gegen die Trans-

⁸⁸ Vgl. Kap. IV.2. und 3.; ferner zudem die Modifikationsmöglichkeiten nach Kap. IV.1.

⁸⁹ Vgl. oben Kap. III.2.

⁹⁰ Vgl. vollstreckungsrechtlich Art. 41 Abs. 1^{bis} SchKG (beneficium excussionis realis).

⁹¹ Vgl. BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 75 N 8j.

aktion stemmen können, weil sie mit der aus der Ausgliederung resultierenden strukturellen Subordination nicht einverstanden sind. Anders gesagt glauben wir, dass privatautonom eine Ausgliederung mittels Vermögensübertragung *der Haftungsregelung bei der Spaltung angeglichen* werden, ja den Gläubigerschutz noch stärker betonen kann.

Rechtlich ist eine solche vertragliche Haftung der Tochter (bzw. der übernehmenden Gesellschaft) dann unproblematisch, wenn deren Organe zum Schluss kommen, dass die *Vorteile* aus der Ausgliederung, bzw. generell der Vermögensübertragung, die Nachteile aus dieser potentiellen Haftung *überwiegen* und die Transaktion nur dann möglich ist, wenn eine Haftungsübernahme erfolgt. Ist dies der Fall, ist die vertraglich vereinbarte Haftung gültig und die einschränkenden Regeln zu Upstream-Garantien sind nicht anwendbar (bzw. aufgrund des Drittvergleichs eingehalten), was auch dann gilt, wenn kein separates Entgelt für die Übernahme der Haftung bezahlt wird. Überdies zeigt der Vergleich mit der Spaltung, aber auch den Erwägungen des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Entstehungsgeschichte des Fusionsgesetzes sowie die Rechtsvergleichung, dass eine solche Haftung eine anerkanntermassen faire und ausgewogene Lösung darstellt, gegen die keine grundsätzlichen Bedenken oder besonderes Misstrauen angebracht sind.

U.E. kann die vertragliche Haftung auch sehr weitgehend privatautonom *modifiziert* werden, bspw. betreffend Dauer, Kreis der Begünstigten oder Modalitäten der Geltendmachung (nur subsidiär, erst nach Verwertung von Pfändern etc.). Damit ist es möglich, dass die Verwaltungsräte beider Parteien bei einer Ausgliederung, falls dies notwendig ist, ein massgeschneidertes Kleid schaffen können, an dem hoffentlich nicht nur die Gläubiger, sondern auch die Aktionäre Gefallen finden.