

UNSTIMMIGKEITEN im FUSIONSGESETZ-ENTWURF

Von Dr. Piera Beretta*

Dieser Aufsatz erschien in gekürzter Fassung unter dem Titel „Unstimmigkeiten im Fusionsgesetz-Entwurf – Klarstellung der Behörden nötig“ in der NZZ Nr. 264 vom 13.11.2001, S. 27

* Dr. Piera Beretta ist Advokatin im Anwaltsbüro VISCHER (Basel und Zürich) und Lehrbeauftragte für Privatrecht an der Universität Basel.

In ihrem Beitrag „Mängel des Fusionsgesetz-Entwurfes“ (NZZ vom 15./16. September 2001) weisen Urs Behnisch und Raffael Büchi auf Unstimmigkeiten in der Botschaft zum geplanten Fusionsgesetz hin: Das Fusionsgesetz sieht zwar neu bei der Spaltung und der Vermögensübertragung eine Universalsukzession betreffend sämtliche Vermögensgegenstände vor, in der Botschaft wird jedoch bei der Spaltung ausgeführt, die Wirkung der Universalsukzession beziehe sich nicht auf Vertragsverhältnisse. Die Aussagen von Behnisch und Büchi bedürfen einer Ergänzung, verbunden mit der Aufforderung an den Bundesrat und die Räte zur Klarstellung.

Die im Entwurf zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (EFusG) vorgesehene Universalsukzession bei Spaltungen und Vermögensübertragungen bedeutet, dass einem Erbgang vergleichbar sämtliche Aktiven und Passiven vom ursprünglichen auf den neuen Rechtsträger übergehen. Bei eigentlichen Universalsukzessionen, wie sie beim Erbgang und bei der Fusion stattfinden, ist immer das gesamte Vermögen betroffen. Im Gegensatz dazu betrifft die Universalsukzession bei der Spaltung und der Vermögensübertragung nur diejenigen Vermögenswerte, welche in einem Spaltungs- bzw. Übertragungsinventar aufgeführt sind. Bei der Spaltung und der Vermögensübertragung wird daher von einer „partiellen Universalsukzession“ gesprochen.

Wie Benisch und Büchi zu Recht ausführen, stellt die gesetzlich vorgesehene (partielle) Universalsukzession ein wichtiges Merkmal der Spaltung und der Vermögensübertragung gemäss EFusG dar. Sie erleichtert die Durchführung von Umstrukturierungen wesentlich.

Bei Umstrukturierungen ist der Erwerber eines Unternehmens(-teils) im Sinne des Weiterfunktionierens des übernommenen Geschäfts oft daran interessiert, bestehende Vertragsverhältnisse mit Dritten zu übernehmen. Dies gilt insbesondere für Verträge, die auf eine gewisse Dauer angelegt sind, wie Miet-, Leasing- oder Lizenzverträge, langfristige Lieferungsverträge, Versicherungs- und Arbeitsverträge. Im geltenden Recht ist die Übertragung ganzer Vertragsverhältnisse auf eine Drittpartei nicht generell geregelt. Ausnahmen bestehen für Arbeits- und Mietverträge; auch im Versicherungsvertragsrecht finden sich besondere Regeln. Nach allgemeiner Ansicht widerspricht das Auswechseln einer Vertragspartei gegen den Willen der anderen dem Grundsatz der Privatautonomie. Dieser Grundsatz besagt unter anderem, dass sich jede Person selbständig entscheiden können muss, mit wem sie einen Vertrag

abschliesst (Parteiautonomie). Aus dem Prinzip der Relativität von Vertragsverhältnissen ergibt sich ausserdem, dass durch einen Vertrag nur die eigentlichen Vertragsparteien gebunden werden. Daher ist sich die schweizerische Lehre einig, dass die Übertragung von Vertragsverhältnissen auf eine Drittpartei – ausser in Fällen einer Universalsukzession – nur mit Zustimmung aller beteiligten Parteien in einem dreiseitigen Vertrag möglich ist. Allerdings verkompliziert dieses Erfordernis Umstrukturierungen unter Umständen wesentlich. Zu denken ist nur etwa an die Vielzahl von Vertragsverhandlungen, welche beim Verkauf eines Geschäftsbereichs – parallel zu denjenigen mit dem übernehmenden Rechtsträger – auch mit den Drittparteien geführt werden müssen.

Liest man den Gesetzestext des EFusG, so findet man keine Hinweise, dass sich die neu eingeführte gesetzlich vorgesehene partielle Universalsukzession nicht auch auf Vertragsverhältnisse bezieht. Vertragsverhältnisse im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes können daher ohne Mitwirkung der Drittpartei übertragen werden. Dies entspricht den Wirkungen der Universalsukzession, wie sie allgemein (z.B. bei Erbgängen) verstanden wird.

Umso unverständlicher ist es in der Tat, dass in der Botschaft im Zusammenhang mit der Spaltung ausgeführt wird, die Universalsukzession beziehe sich nicht auf Vertragsverhältnisse; im Rahmen der Spaltung solle die Übertragung von Vertragsverhältnissen vielmehr auch weiterhin nur mit Zustimmung sämtlicher Vertragsparteien (also übertragender Rechtsträger, übernehmender Rechtsträger, Drittpartei) möglich sein.¹ Interessant ist, dass eine entsprechende Einschränkung betreffend die Wirkungen der Universalsukzession in der Botschaft zur Vermögensübertragung fehlt.

Dass sich eine Universalsukzession auch auf Vertragsverhältnisse bezieht, ist kein Fremdkörper im schweizerischen Recht, sondern im Gegenteil der Regelfall. Bei Universalsukzessionen zufolge Erbgang oder Fusion von Gesellschaften findet bereits gemäss geltendem Recht unbestrittenermassen ein Übergang ganzer Vertragsverhältnisse statt.² Wie bereits Behnisch und Büchi ausgeführt haben, ist dieser Vorgang in der deutschen Lehre und Praxis auch bei partiellen Universalsukzessionen unbestritten. Ein abweichendes Verständnis im Bereich des Fusionsgesetzes würde somit eine Durchbrechung allgemeiner Prinzipien darstellen. Eine solche kann aus systematischen Gründen nicht erwünscht sein und müsste zumindest explizit im Gesetzestext verankert sein. Es muss daher Aufgabe der Räte sein, im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens klar zu stellen, dass bei der Spaltung und der Vermögensübertragung gemäss Fusionsgesetz Vertragsverhältnisse zufolge partieller Universalsukzession ohne Mitwirkung der Drittpartei an den übernehmenden Rechtsträger übergehen. Der Gesetzestext ist eindeutig. Nur diese Auslegung vermag dem Ziel des geplanten Fusionsgesetzes und der inneren Logik des neuen Erlasses gerecht zu werden.

Gehen Vertragsverhältnisse zufolge Universalsukzession auf den übernehmenden Rechtsträger über, so findet je nach Parteirolle des übertragenden Rechtsträgers von Gesetzes wegen ein Schuldner- oder ein Gläubigerwechsel (oder beides) betreffend sämtliche Rechte und Pflichten des fraglichen Vertrages statt, ohne dass die Drittpartei ihre Zustimmung dazu geben muss oder sich dem Parteiwechsel entgegenstellen kann. Da dies – wie bereits oben angedeutet – Grundsätzen des schweizerischen Privatrechts widerspricht, sind in gewissen Kon-

¹ Botschaft, S. 4445.

² Vgl. etwa GAUCH / SPIRIG, Vorbemerkungen zu Art. 175-183 OR N 243 ff., Zürich 1994; WIEGAND / WICHTERMANN, Die Überleitung von Rechtsverhältnissen, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Bern 1998, S. 51 ff.

stellationen Schutzmechanismen für die Drittpartei notwendig. Diese Schutzmechanismen müssen in einem vernünftigen Verhältnis zu den berechtigten Interessen der umstrukturierenden Unternehmen stehen, ihre Reorganisation möglichst einfach durchführen zu können.

Es würde dem Prinzip der (partiellen) Universalsukzession widersprechen, wenn sich die Drittpartei gegen den Übergang des Vertrages als solchen wehren könnte. Die Lösung kann daher nur darin bestehen, dass der Drittpartei unter bestimmten Voraussetzungen eine Möglichkeit eingeräumt wird, sich aus der Verpflichtung des bereits übergebenen Vertrages zu lösen. Das schweizerische Recht enthält bereits heute entsprechende explizite Regeln für Arbeitsverträge, die auch im Anwendungsbereich des Fusionsgesetzes weitergelten (Art. 333 OR): Nach dieser Bestimmung gehen bei einer Veräusserung eines Betriebs oder eines Betriebsteils sämtliche Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber des Betriebs(-teils) über, sofern der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin den Übergang nicht ablehnt. Ist die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer mit dem Übergang des Arbeitsvertrages nicht einverstanden, so kann sie oder er das Arbeitsverhältnis in Anwendung der gesetzlichen Kündigungsfristen auflösen, auch wenn vertraglich längere Kündigungsfristen vereinbart worden waren. Insofern findet von Gesetzes wegen eine Modifikation des zwischen den ursprünglichen Parteien vereinbarten Vertragsinhalts statt, die den berechtigten Interessen beider Parteien des Arbeitsvertrages in billiger Weise Rechnung trägt.

Ähnliche Regeln müssen auch bezüglich bestimmter anderer Vertragstypen gelten. Bei Arbeitsverträgen ist es ausgesprochen wichtig, wer die Vertragsleistung erbringt. Im Gegensatz dazu sind andere Verträge regelmässig nicht auf die Person des Vertragspartners ausgerichtet, sondern vielmehr auf dessen Leistungsfähigkeit und Bereitschaft zur Erfüllung. Finanzielle Risiken der Drittpartei (Solvenz des neuen Schuldners) und Probleme betreffend die Leistungsfähigkeit des neuen Vertragspartners bei Dienst- und Sachleistungen werden gemäss EFusG im Bereich der Vermögensübertragung wie folgt abgedeckt: Der übertragende Rechtsträger haftet der Drittpartei gegenüber für alle vor der Vermögensübertragung begründeten Schulden während drei Jahren solidarisch neben dem übernehmenden Rechtsträger. Die Drittpartei kann sich also zur Erfüllung ihrer Forderung aus dem Vertrag wahlweise an ihren ursprünglichen oder ihren neuen Vertragspartner halten kann. Sowohl der ursprüngliche Vertragspartner (übertragender Rechtsträger) als auch der neue (übernehmender Rechtsträger) muss die Forderung der Drittpartei erfüllen. Kann die Drittpartei glaubhaft machen, dass ihr die solidarische Haftung keinen ausreichenden Schutz bietet, so kann sie eine Sicherstellung ihrer Forderung verlangen. Bei der Spaltung sieht das Gesetz ebenfalls spezielle Schutzvorschriften vor: Die Gläubigerinnen und Gläubiger aller an der Spaltung beteiligten Gesellschaften werden im Schweizerischen Handelsamtsblatt dreimal darauf hingewiesen, dass sie ihre Forderungen anmelden und Sicherstellung verlangen können. Zusätzlich ist auch bei der Spaltung eine solidarische Haftung vorgesehen.

Einer speziellen Betrachtung bedürfen jedoch Verträge, die „ad personam“ geschlossen wurden, weil sie eine persönlichkeitsrelevante Komponente aufweisen oder gar auf einem besonderen Vertrauensverhältnis gründen. Zu denken ist auch an Konstellationen, in welchen die Stellung der Vertragspartei im Wettbewerb eine Rolle spielt (niemand ist z.B. daran interessiert, einen direkten Konkurrenten beliefern zu müssen). In diesen Fällen erscheint es stossend, wenn der Drittpartei gegen ihren Willen ein neuer Vertragspartner aufgezwungen wird, den sie nicht selbst bestimmt hat. Die Drittpartei muss die Möglichkeit haben, sich aus dem auf einen neuen Vertragspartner übergebenen Vertrag zu lösen.

Dabei kann auf allgemeine Grundsätze und verallgemeinerbare Regeln der schweizerischen Rechtsordnung zu bestimmten Vertragstypen zurückgegriffen werden. Es entspricht einem allgemeinen Prinzip, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund aufgelöst werden können. Wie bereits erwähnt, enthält die schweizerische Rechtsordnung für Arbeitsverträge eine spezielle Regel, wonach von der gesetzlichen Ordnung abweichende Kündigungsfristen modifiziert werden. Ausserdem können sich Parteien eines Vertrages unter bestimmten Umständen auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage oder die sogenannte „*clausula rebus sic stantibus*“ berufen. Beide Prinzipien ermöglichen eine Anpassung eines Vertrages an veränderte Umstände.

Werden diese Grundsätze verallgemeinert und auf Fälle von Spaltungen und Vermögensübertragungen angewendet, so führt dies dazu, dass die Drittpartei den Vertrag kündigen kann ohne Schadenersatzpflichtig zu werden, wenn die Fortführung des Vertragsverhältnisses für sie wegen des Parteiwechsels im Rahmen der Spaltung oder Vermögensübertragung unzumutbar wird. Bei Verträgen, die im Gesetz geregelt sind, erscheint es sinnvoll, dass diese in Anwendung der gesetzlich vorgesehenen Kündigungsfristen aufgelöst werden können, wenn die Drittpartei die Unzumutbarkeit nachweisen kann. Die gesetzlichen Kündigungsfristen berücksichtigen in der Regel die Interessen beider Seiten eines Vertrages in billiger Weise. Bei Innominatverträgen (Verträge, welche im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt sind, z.B. Lizenzverträge, Leasingverträge) ist jeweils zu prüfen, ob es im konkreten Fall gerechtfertigt erscheint, die Bestimmungen eines gesetzlich geregelten Vertragstypus (analog) anzuwenden. Ist dies nicht sinnvoll, so können solche Verträge per sofort aufgelöst werden, wenn die Drittpartei wiederum die Unzumutbarkeit nachweist. Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses ist dabei immer dann anzunehmen, wenn der Vertrag „*ad personam*“ geschlossen worden war und der übernehmende Rechtsträger die entsprechenden Voraussetzungen nicht erfüllt, oder wenn sich die Drittpartei plötzlich mit einer Konkurrentin als Vertragspartnerin konfrontiert sieht. Unzumutbar ist die Fortsetzung auch dann, wenn die Drittpartei bereits einen ähnlichen Vertrag mit einem Wettbewerber des übernehmenden Rechtsträgers zu erfüllen hat und die Erfüllung beider Verträge für die Drittpartei unvereinbar ist. Denkbar ist immer auch, dass die Parteien einer langfristig angelegten Vertragsbeziehung im Vertragswerk Regeln für das Schicksal des Vertrags bei Umstrukturierungen vorsehen.

Werden die vorstehend geschilderten Grundsätze auf den Übergang von Verträgen im Rahmen einer Spaltung oder Vermögensübertragung angewendet, so kann auf die Zustimmung der Drittpartei zur Übertragung des Vertragsverhältnisses verzichtet werden. Die in der Botschaft zum Fusionsgesetz im Zusammenhang mit der Spaltung erwähnte Durchbrechung des Prinzips der Universalsukzession wird obsolet, weil die Interessen aller beteiligten Personen in billiger Weise respektiert werden. Die hier vorgestellte (dem deutschen Recht entsprechende) Lösung hat zudem den Vorteil, dass sie mit dem Wortlaut des Gesetzestextes übereinstimmt, der keinerlei Hinweise auf eine mögliche Durchbrechung der Regeln der Universalsukzession enthält. Die von Behnisch und Büchi zu Recht monierte fehlende Rechtssicherheit ist gewahrt. Es bleibt somit zu wünschen, dass der Bundesrat die Aussage in der Botschaft zurücknimmt, so dass das künftige Fusionsgesetz im oben dargestellten Sinne ausgelegt und angewendet werden kann.