

## **Herausgeber**

Dr. Michael Kull

Dr. Christoph Wildhaber

# **Schweizer Vertriebsrecht**

## **Ein Handbuch für Praktiker**

Unter besonderer Berücksichtigung des Agentur-,  
Alleinvertriebs- und Franchisevertrags

## **Autoren**

Bruno Beer

Dr. Fabian Burkart

Dr. Patrik Ducrey

Prof. Dr. Ernst A. Kramer

Dr. Michael Kull

Dr. Christoph Wildhaber

Dr. Christoph Willi



## 17. Umstrukturierungen

### 17.1 Problemstellung und rechtliche Grundlagen

612 Am 1.7.2007 trat das Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) in Kraft. Ziel des Gesetzes war und ist es, Umstrukturierungen von Unternehmen zu vereinfachen, seien sie unter den Gesellschaftsformen des OR oder juristischen Personen des ZGB organisiert, sowie die Überführung eines Instituts des öffentlichen Rechts in einen Rechtsträger des Privatrechts zu erleichtern. Gleichzeitig war ein wichtiges Anliegen des Gesetzgebers, die rechtlichen Rahmenbedingungen solcher struktureller Veränderungen nicht nur dem Prinzip der Privatautonomie anzuvertrauen, sondern durch ein neues Gesetz insbesondere auch den schützenswerten Interessen Dritter (vornehmlich der Gläubiger und Arbeitnehmer) Rechnung zu tragen (BOTSCHAFT ZUM FUSG, 4344). So regelt das FusG abschliessend die Absorptions- und die Kombinationsfusion, die Auf- und Abspaltung, und die Umwandlung sämtlicher Rechtsträger sowie die Vermögensübertragung zwischen sämtlichen Rechtsträgern. Rechtsträger sind dabei im FusG (Art. 2 lit. a) definiert und umfassen im wesentlichen alle Kapital-, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, Genossenschaften, Vereine, Stiftungen, wie auch im Handelsregister eingetragene Einzelfirmen und schliesslich die Institute des öffentlichen Rechts.

### 17.2 Lehre und Rechtsprechung

613 Bei vertraglichen Vertriebssystemen, seien es Agentur-, Kommissions-, Franchise- oder sonstige Vertriebsverträge, besteht ein wesentliches Charakteristikum darin, gerade keine juristische Einheit zwischen Vertriebsgeber und Vertriebsnehmer zu schaffen. Somit steht die Frage nach dem Schicksal der vertraglichen Beziehungen zwischen an einer Umstrukturierung beteiligten Rechtsträgern und deren Vertriebs-Vertragspartnern (nachfolgend als Drittparteien bezeichnet) im Vordergrund; dabei spielt es offensichtlich keine Rolle, wer Vertriebsgeber und wer Vertriebsnehmer ist. Da die Drittpartei bezüglich ihrer Ansprüche aus dem Vertriebsverhältnis aber immer auch Gläubiger ist, interessieren natürlich auch die entsprechenden Gläubigerschutzbestimmungen des FusG. Allerdings unterscheidet sich die Drittpartei eines Vertriebsvertrages rechtlich betrachtet in ihrer Gläubigerstellung in den allermeisten Fällen nicht von den übrigen Gläubigern des umstrukturierenden Rechtsträgers. Deshalb erübrigt sich eine separate Darstellung dieser Problematik und es kann auf

die reichlich vorhandenen und meist auch ausführlichen Darstellungen zum FusG respektive der darin enthaltenen Ausführungen zum Gläubigerschutz verwiesen werden.

- 614 Das Schicksal der Verträge mit Aussenstehenden hat interessanterweise im FusG nur teilweise eine explizite Regelung erfahren. Die Frage ist deshalb differenziert zu beantworten. Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass im Schweizer Recht die *uno actu*-Vertragsübertragung nicht geregelt ist, und deshalb eine als obligatorische Vereinbarung konzipierte Übertragung im Rahmen der Vertragsautonomie zusätzlich noch der Zustimmung der Drittpartei bedarf.

### 17.2.1 Fusion und Aufspaltung

- 615 Bei der Fusion geht der Vertragspartner, der übertragender Rechtsträger ist, gleichzeitig mit dem Eintrag der Fusion im Handelsregister und kraft Gesetzes unter (Art. 22 iVm Art. 3 Abs. 2 FusG); das war bereits nach dem alten Fusionsrecht nach OR so (Art. 748 ff. aOR). Vorbehältlich gesetzlicher Sonderbestimmungen (insb. Art. 338 f. OR) gehen gleichzeitig sämtliche Verträge auf dem Weg der Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzesbestimmung vom übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger über (ZK FusG, ALBRECHT, Vor Art. 3–28, Rz 11). Mithin erübrigt sich die Frage nach einer Zustimmung der Drittpartei zur Auswechslung ihrer Gegenpartei. Dies ist allgemein anerkannt. Aber selbst ohne eine solche Konzeption wäre die Drittpartei in den extremsten der denkbaren Fälle immer noch besser bedient, eine ihr schlechterdings unzumutbare neue Gegenpartei zu haben, als dass sie jeglicher Gegenpartei und somit des Vertrages selbst verlustig ginge: So ist es ihr immerhin möglich, ein etwaiges Auflösungsrecht mit den sich daraus ergebenden Ansprüchen (vgl. nachvertragliche Abwicklungen) auf vertraglicher Basis geltend machen zu können.
- 616 Bei der Aufspaltung, die durch das FusG als neues Institut eingeführt wurde, werden sämtliche Aktiven und Passiven des übertragenden Rechtsträgers auf mehrere Rechtsträger verteilt; der übertragende Rechtsträger wird mit Eintragung der Aufspaltung im Handelsregister ebenfalls gelöscht (Art. 51 Abs. 3 FusG). Aus derselben Überlegung muss man auch bei der Aufspaltung von einer Universalsukzession ausgehen; dies ist ebenfalls allgemein anerkannt (PFEIFER/MEIER, Vor Art. 29–52, Rz. 10 f.).

### 17.2.2 Abspaltung und Vermögensübertragung

- 617 Im Gegensatz dazu bleibt der übertragende Rechtsträger bei der Abspaltung und der Vermögensübertragung erhalten, wenngleich sich seine Substanz verringert hat, da nur die im Inventar aufgeführten

Aktiven und Passiven auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen (lit b] der Art. 37 f. respektive des Art. 71 iVm Art. 72 FusG). Dieser Umstand macht diese beiden Formen der Umstrukturierung aus Sicht des Gläubigerschutzes problematisch (PFEIFER/MEIER, Vor Art. 29–52, Rz. 2). Zudem ergibt sich aus dem Gesetzestext nicht eindeutig, ob die im Rahmen einer Vermögensübertragung oder Abspaltung zu übertragenden Aktiven und Passiven kraft Gesetz in automatischer Rechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen, oder ob es dazu der Zustimmung auch der Drittpartei bedarf. Rechtsdogmatisch lassen sich beide Sichtweisen stützen (vgl. dazu einlässlich ZK FusG, BERETTA, Art. 73 Rz. 37 mit weiteren Hinweisen).

618 Um eine im Geschäftsleben praktikable und damit dem Geschäftsverkehr zuträgliche Lösung zu wählen, muss davon ausgegangen werden, dass auch in diesen Fällen ein Übergang der Verträge auf den übernehmenden Rechtsträger kraft Gesetzes und ohne Zustimmung der Drittpartei zustande kommt: Der Fall, in dem der Drittpartner objektiv gerechtfertigte Einwände gegen den neuen Vertragspartner hat, wird – auf sämtliche Vertriebsverhältnisse betrachtet – wohl eher die Ausnahme bilden, auch wenn diese Möglichkeit teilweise sogar standardmässig in die Vertriebsverträge einfließt. Sollte dies jedoch zutreffen, so steht der Drittpartei das Recht zu, den Vertrag auf den Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit der Umstrukturierung hin zu beenden (BERETTA, vor Art. 96–77, Rz 55 ff.). Diesfalls stellen sich dann die allgemeinen Fragen der Vertragsauflösung im Vertriebsbereich (insb. der goodwill- und Kundschaftsentschädigungen sowie des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes). Diese Sichtweise bezüglich des automatischen Überganges kraft Gesetzes hat auch das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 31. Januar 2006 (4C.385/2005) hinsichtlich der Abspaltung bestätigt: «Die Spaltung bewirkt eine partielle Universalsukzession. Mit der Eintragung ins Handelsregister gehen alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über (...) Dabei ist mit der beinahe einhelligen Lehre «partiell» dahingehend zu verstehen, dass es sich qualitativ um eine vollwertige Universalsukzession handelt, die aber quantitativ auf die im Inventar genannten Vermögenswerte beschränkt ist.» (E. 1.2.2). Für die Vermögensübertragung muss das gleiche gelten, da in dieser Frage keine Wertungsunterschiede zur Abspaltung auszumachen sind.

619 Der Drittpartei steht in diesen Fällen ein ausserordentliches Kündigungsrecht zu, wenn es ihr nicht zumutbar ist, mit dem neuen Partner das Vertriebsverhältnis fortzuführen. Dabei kommen in erster Linie Konstellationen in Betracht, in denen ein (direkter) Konkurrent den Platz des alten Vertragspartners einnehmen möchte, oder in denen

der neue Partner für die Aufrechterhaltung der Qualitätsanforderungen (etwa im Bereich Ausbildung oder Infrastruktur) nicht mehr genügende Gewähr bieten kann. Grundsätzlich muss aber die Messlatte für eine solche ausserordentliche Auflösung hoch angesetzt werden. Ein vertragliches Abtretungsverbot alleine vermag eine Umstrukturierung nach FusG nicht verhindern, da der obligatorischen Abrede durch das Prinzip der automatischen Rechtsnachfolge kraft Gesetzes derogiert wird. Allerdings ist in diesen Fällen ohne weiteres ein Rücktrittsrecht zu bejahen (VISCHER, Einleitung, Rz 40).

620 Ein ausdrückliches Kündigungsrecht ist bereits in vielen Musterverträgen enthalten und es spricht nichts dagegen, diese Möglichkeit auch für unakzeptable Resultate von Umstrukturierungen geltend zu machen. Dies gilt insbesondere auch für die Fusion und die Aufspaltung, obwohl dort die Rechtsfolge der Universalsukzession allgemein anerkannt ist.

621 Damit werden im Resultat zwei Ziele erreicht: Das grosse Mehr der Umstrukturierungen kann effizient geplant und umgesetzt werden, ohne dass die Drittparteien unnötigerweise einbezogen werden müssen. In den Ausnahmefällen, in denen sich ein Wechsel des Vertragspartner als sensibel abzeichnet, werden die an der Umstrukturierung beteiligten Parteien, im Wissen um deren Rücktrittsrecht, die Bereitschaft der Drittpartei zur Zusammenarbeit mit dem übernehmenden Rechtsträger entweder schon im Vorfeld der Umstrukturierung abklären oder – insbesondere wenn es sich um sog. key-accounts handelt – den Spaltungs- respektive Vermögensübertragungsvertrag unter eine entsprechende Suspensivbedingung stellen.

### 17.2.3 Umwandlung

622 Bei der Umwandlung bleibt der Rechtsträger weiter bestehen, allerdings in einem neuen Rechtskleid; die Rechtsverhältnisse des Rechtsträgers werden dadurch nicht verändert (Art. 53 FusG), insbesondere erfolgt weder eine Übertragung von Aktiven, noch von Passiven, noch einzelner Vertragsverhältnisse. Dieser Umstrukturierungstatbestand hat somit keinen strukturellen Einfluss auf bestehende Vertriebssysteme.

### 17.3 Kartellgesetz

623 Art. 1 Abs. 4 FusG macht einen ausdrücklichen Vorbehalt betreffend die weitere Anwendbarkeit des KG; dessen Bestimmungen sollen durch das FusG in keiner Weise eingeschränkt werden. Mithin ist ein nach FusG zulässige Umstrukturierung gegebenenfalls zusätzlich daraufhin zu prüfen, ob dadurch «ein oder mehrere Unternehmen

unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen» (Art. 4 Abs. 3 KG) und dadurch ein nach Massgabe von Art. 9 KG meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss erfolgt.

#### 17.4 Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

- 624 Es ist den Parteien einer Abspaltung oder einer Vermögensübertragung auf jeden Fall zu empfehlen, die Vertriebsverträge explizit in das Inventar der zu übertragenden Aktiven und Passiven (Art. 37 resp. 71, jeweils lit. b, FusG) aufzunehmen, da auch gesamte Vertragsverhältnisse darin aufgenommen werden können (BERETTA, vor Art. 96–77, Rz 37). Somit ist im Hinblick auf die geschilderte und nach wie vor bestehende Unsicherheit hinsichtlich der Gesamtrechtsnachfolge der Parteiwille klarer zum Ausdruck gebracht.
- 625 Die Aufnahme eines Übertragungsverbotese kann zwar den Übergang des Vertriebsverhältnisses im Rahmen einer Umstrukturierung nach FusG nicht verhindern, garantiert der Drittpartei jedoch ein Kündigungsrecht für den Fall, dass sie mit dem neuen Vertriebspartner nicht einverstanden ist.