



Kommentar zu: Urteil: [4A\\_358/2023](#) vom 10. Oktober 2023  
Sachgebiet: Vertragsrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

## Konkludente Zustimmung zu einer Vertragsübernahme

### Autor / Autorin

Jil Hirzel, Luc-Emmanuel Joye, Dario Galli, Markus Vischer

**walderwyss**

### Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

**brunner.arbitration**

*In seinem Urteil 4A\_358/2023 vom 10. Oktober 2023 entschied das Bundesgericht, dass eine Vertragsgegenpartei der Vertragsübernahme durch den Käufer auf dem Weg der Singularsukzession im Rahmen einer Geschäftsübernahme qua «traditioneller Vermögensübertragung» auch konkludent zustimmen kann.*

### Sachverhalt

[1] Die A AG (Beklagte und Beschwerdeführerin, nachfolgend: Bestellerin) führt eine General- und Totalunternehmung. Sie realisierte ab 2009 die Ferien- und Wohnsiedlung «Z», die fünf Häuser umfasste: A, B, C, D und E. Für Holzarbeiten und Türen schloss sie mit der C AG im März/April 2009 einen Werkvertrag ab. Für die Häuser C, D und E erbrachte die C AG offenbar noch im Jahr 2009 die vertraglichen Leistungen; diese sind nicht im Streit. Die Arbeiten an den Häusern A und B wurden ab September 2015 erbracht, aber nicht von der C AG, sondern von der B AG (Klägerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Unternehmerin). Die Unternehmerin stellte der Bestellerin für ihre Leistungen Rechnung; diese verweigerte jedoch die Bezahlung (Sachverhalt Teil A).

[2] Mit Klage vom 9. Oktober 2020 gelangte die Unternehmerin an das Regionalgericht Imboden und beantragte, die Bestellerin sei zur Zahlung von CHF 68'380.40 zuzüglich Zins zu 5% zu verpflichten. Mit Entscheid vom 2. November 2021 hiess das Regionalgericht die Klage gut (Sachverhalt Teil B.a).

[3] Mit Urteil vom 23. Mai 2023 wies das Kantonsgericht von Graubünden die von der Bestellerin dagegen erhobene Berufung ab. Das Kantonsgericht verwarf das Argument der Bestellerin, die Unternehmerin sei nicht aktivlegitimiert. Es ging von einer Übertragung des im März/April 2009 zwischen der Bestellerin und der C AG abgeschlossenen Werkvertrags auf die Unternehmerin aus, der die Bestellerin stillschweigend zugestimmt habe (Sachverhalt Teil B.b).

[4] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Bestellerin dem Bundesgericht im Wesentlichen, es sei das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage sei abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil B.c und E. 3).

### Erwägungen

[5] Das Bundesgericht erwog, die Bestellerin bringe vor Bundesgericht selber vor, die Unternehmerin hätte behauptet, dass nach einer erfolgten Mitteilung «das ganze operative Geschäft von der C AG auf die [Unternehmerin] übergegangen sei». Sie bemängle hinsichtlich der vorinstanzlichen Annahme einer entsprechenden Offerte der beiden Holzbauer an die Bestellerin zur Übernahme des Werkvertrags vom März/April 2009 eine unzureichende Substanziierung durch die Unternehmerin, zeige jedoch nicht auf, inwiefern die Vorinstanz Bundesrecht verletzt haben

soll, indem sie erwogen habe, es hätte diesbezüglich keiner weiteren «Gliederung in Einzel Tatsachen» bedurft. Im Übrigen verkenne die Bestellerin in diesem Zusammenhang, dass die Vorinstanz hinsichtlich des Zeitpunkts der erfolgten Bekanntmachung der Geschäftsübernahme von einer offensichtlich irrtümlich erfolgten Datierung (2014 anstatt 2012) in der fraglichen Rechtsschrift der Unternehmerin ausging und ausserdem erwog, die genaue Datierung sei nicht rechtserheblich. Indem die Bestellerin vor Bundesgericht geltend mache, aus der fraglichen Bekanntmachung könne entgegen der tatsächlichen Feststellung im angefochtenen Entscheid nicht geschlossen werden, dass das gesamte operative Geschäft von der C AG auf die Unternehmerin übergegangen sei, kritisiere sie lediglich in appellatorischer Weise die vorinstanzliche Beweiswürdigung. Auch hinsichtlich der Datierung der Bekanntmachung der erfolgten Geschäftsübernahme erhebe die Bestellerin keine hinreichend begründete Rüge (E. 1.4).

[6] Die Bestellerin beanstande die vorinstanzliche Erwägung, dass es zu einer Übernahme des Werkvertrags durch die Unternehmerin gekommen sei, als bundesrechtswidrig (E. 2 Ingress).

[7] Die Vorinstanz habe in tatsächlicher Hinsicht darauf abgestellt, dass die C AG und die Unternehmerin im Laufe des Jahres 2012 «ihre geschätzten Geschäftspartner» – so unter anderen die Bestellerin – mit (undatierter) Mitteilung schriftlich darüber informiert hätten, dass die Unternehmerin «neu die betrieblichen Tätigkeiten der C AG übernehmen» und «[w]ährend der Übergangsphase bis Ende 2012 [...] noch beide Unternehmen ihre Betriebsstätten bei behalten und parallel auf dem Markt auftreten [wollten]». Sie habe zudem auf die entsprechende Erwägung im erstinstanzlichen Entscheid verwiesen, nach der die Übernahme der betrieblichen Tätigkeit der C AG durch die Unternehmerin ab 2013 stattfand und Erstere nicht mehr auf dem Markt auftrat. Die Vorinstanz habe darauf hingewiesen, dass die erwähnte Mitteilung gewiss noch präziser hätte formuliert werden können; was etwa für ein Projekt gelten sollte, das die C AG noch vor Ende 2012 in Angriff nehmen und das am 31. Dezember 2012 bis auf reine Abschlussarbeiten fertiggestellt sein würde, habe der Auslegung oder vernünftigerweise einer klärenden Absprache jener drei Parteien bedurft (der C AG, jener Bestellerin und der Unternehmerin). Mit Bezug auf das strittige Projekt «Z» habe – so die Vorinstanz – nach Treu und Glauben aber kein Zweifel bestanden: Die C AG habe bereits im Jahr 2009 einen Teil der Leistungen (für die Häuser C, D und E) erbracht und die zweite Etappe sei erst 2015 in Angriff genommen worden. Die «Übergangsphase», auch wenn man sie mit einer gewissen Unschärfe verstehe, sei damals schon eine geraume Zeit vorbei gewesen. Die Arbeiten für die Häuser A und B im Jahr 2015 seien unzweifelhaft unter die Formulierung gefallen, dass die Unternehmerin «die betrieblichen Tätigkeiten der C AG übernehmen werde». Die Bestellerin habe die Unternehmerin ohne Weiteres die Arbeiten ausführen lassen und habe damit der Vertragsübernahme stillschweigend zugestimmt (E. 2.1).

[8] Die Vorinstanz habe ergänzend darauf hingewiesen, dass die Rechnung für die Leistungen betreffend die Häuser A und B von der Unternehmerin ausgestellt wurde und es mit der Position der Bestellerin nicht zu vereinbaren sei, dass sie zunächst gegen die Person der Rechnungsstellerin nicht widersprochen und mit ihr über die Höhe des Werklohns gestritten habe. Denn wenn die Unternehmerin aus der Sicht der Bestellerin nur Unterakkordantin gewesen wäre, hätte diese der Unternehmerin nichts geschuldet. Dies stelle ein zusätzliches, wenn auch nicht notwendiges Element dar, das die Unternehmerin nach Treu und Glauben als Zustimmung zum Vertragsübergang habe verstehen dürfen und müssen (E. 2.1).

[9] Das Bundesgericht hielt fest, die Bestellerin vermöge diesen zutreffenden Erwägungen nichts Stichhaltiges entgegenzusetzen. Insbesondere zeige sie nicht auf, inwiefern die Vorinstanz bei der Beurteilung des Erklärungsverhaltens der Parteien die massgebenden Grundsätze der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip missachtet hätte. Soweit ihre Vorbringen nicht ohnehin rein appellatorisch seien, bringe sie lediglich vor, ihr Verhalten hätte «genauso gut dahingehend ausgelegt werden [können], dass sie die [Unternehmerin] als Subunternehmerin [der] [C AG] akzeptiere [...]». Angesichts des Umstands, dass die C AG im massgebenden Zeitpunkt nicht mehr operativ tätig gewesen sei, sondern ihre betriebliche Tätigkeit längst auf die Unternehmerin übertragen hatte, überzeuge die von der Bestellerin vertretene Auslegung nicht. Sie stelle sich vor Bundesgericht im Übrigen selber auf den Standpunkt, sie habe die bereits erwähnte Mitteilung dahingehend verstehen dürfen, dass die Unternehmerin «bis zu einer Betriebsübernahme» die Arbeiten für die C AG als Subunternehmerin erbringe. Im Zeitpunkt der strittigen Leistungen der Unternehmerin für die Häuser A und B im Jahr 2015 sei diese Übernahme jedoch längst erfolgt gewesen. Soweit die Bestellerin behaupte, ihr sei Entsprechendes nie mitgeteilt worden, setze sie sich einmal mehr in unzulässiger Weise über die – für das Bundesgericht verbindlichen – Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid hinweg. Die vorinstanzliche Erwägung,

nach der angesichts der im angefochtenen Entscheid festgestellten Umstände von einer konkludenten Zustimmung der Bestellerin zur Übertragung des Werkvertrags für die Arbeiten an der zweiten Etappe (Häuser A und B) auf die Unternehmerin auszugehen sei, halte demnach vor Bundesrecht stand. Entsprechend habe die Vorinstanz zutreffend festgehalten, die Unternehmerin könne – gestützt auf den Werkvertrag – von der Bestellerin die Bezahlung der für die Häuser A und B erbrachten Leistungen verlangen (E. 2.2).

### **Kurzkommentar**

[10] Im vorliegenden Fall übernahm die Unternehmerin die betrieblichen Tätigkeiten der C AG. Eine solche Unternehmensübertragung kann als *Share Deal* (Gesellschafts Kauf) oder als *Asset Deal* (Betriebskauf) strukturiert werden.<sup>[1]</sup> Beim *Share Deal* werden die Anteile der Unternehmensträgerin übertragen, d.h. der Käufer erwirbt das Unternehmen nur indirekt.<sup>[2]</sup> Demgegenüber ist beim *Asset Deal* das Unternehmen selbst mit den dazugehörenden Aktiven, Passiven, Verträgen und weiteren Rechtspositionen der Kaufgegenstand, d.h. der Käufer erwirbt das Unternehmen direkt.<sup>[3]</sup> Aus diesem Grund bleibt die verkaufte Gesellschaft (d.h. die «Zielgesellschaft» bzw. das «*Target*» in der M&A-Sprache)<sup>[4]</sup> beim *Share Deal* die Schuldnerin und die Vertragspartnerin ihrer Gegenparteien,<sup>[5]</sup> während sie beim *Asset Deal* wie in casu durch die Käuferin ersetzt wird (Parteiwechsel).<sup>[6]</sup>

[11] Die Aktiven, Passiven, Verträge und weiteren Rechtspositionen können einzeln (wie vorliegend) auf dem Weg der Singularsukzession («traditionelle Vermögensübertragung») oder zusammen mithilfe des Instruments der Vermögensübertragung nach FusG im Sinne einer partiellen Universalsukzession auf den Käufer übertragen werden.<sup>[7]</sup> Wird ein Vertrag auf dem Weg der Singularsukzession auf den Käufer übertragen, bedarf es der ausdrücklichen oder konkludenten (stillschweigenden) Zustimmung der Vertragsgegenpartei, die nicht an der Geschäftsübernahme beteiligt ist.<sup>[8]</sup> Demgegenüber geht die h.L. zu Recht davon aus, dass eine solche Zustimmung bei der Übertragung von Verträgen mittels des Instruments der Vermögensübertragung nach FusG nicht notwendig ist.<sup>[9]</sup> Die Vertragsübernahme auf dem Weg der Singularsukzession ist im OR<sup>[10]</sup> nicht ausdrücklich geregelt und ist gemäss Bundesgericht ein formfreier Vertrag *sui generis*.<sup>[11]</sup> In der Praxis haben sich für die Vertragsübernahme folgende drei Herangehensweisen herausgebildet: (i) Die Einholung einer ausdrücklichen schriftlichen Zustimmung zur Vertragsübernahme durch den Abschluss eines Dreiparteienvertragsübernahmevertrags, (ii) die Information der Vertragsgegenpartei über die anstehende Vertragsübernahme mit gleichzeitigem Ansetzen einer Widerspruchsfrist oder (iii) die blosser Mitteilung der Vertragsübernahme.<sup>[12]</sup> Bei der Information der Vertragsgegenpartei (mit oder ohne Widerspruchsfrist) soll der unbenutzte Fristablauf bzw. das Ausbleiben einer Reaktion eine konkludente, passive Annahme der Offerte im Sinne von Art. 6 OR darstellen.<sup>[13]</sup> Wenn die Vertragsgegenpartei zusätzlich eine Leistung vom Käufer annimmt – wie es vorliegend der Fall war – oder an ihn leistet, handelt es sich um eine konkludente, aktive Annahme der Offerte.<sup>[14]</sup>

[12] In der Praxis wenden die Parteien bei einem Betriebskauf häufig alle drei Methoden (vgl. Rz. 11) an. Dabei werden die zu übertragenden Verträge ihrer Wichtigkeit nach triagiert. So wird bei den für das Unternehmen vitalen Verträgen die ausdrückliche Zustimmung der jeweiligen Vertragsgegenpartei eingeholt, um eine sichere Grundlage zu schaffen.<sup>[15]</sup> Bei weniger wichtigen Verträgen und/oder solchen, die in grosser Zahl abgeschlossen werden, ist dieses Vorgehen nicht gewünscht oder möglich, weshalb lediglich ein Informationsschreiben versandt wird.<sup>[16]</sup> Die Wahl der Variante «Informationsschreiben» erhöht – wie das referierte Urteil illustriert – das Risiko für Rechtsstreitigkeiten, das jedoch aufgrund der zu erwartenden Trägheit der Vertragsgegenparteien relativiert wird.

[13] Vorliegend stellte sich die Frage, ob die involvierten Parteien einen Vertragsübernahmevertrag geschlossen und damit den Werkvertrag von der C AG auf die Unternehmerin übertragen hatten. Das Bundesgericht bejahte richtigerweise diese Frage. Denn die C AG und die Unternehmerin hatten die Bestellerin vor Erbringung der vertraglichen Leistungen (vgl. Rz. 1) über die Geschäftsübernahme informiert und Letztere nahm danach die Vertragserfüllung durch die Unternehmerin ohne Weiteres hin. Damit hat die Bestellerin die Offerte der C AG und der Vertragsübernehmerin zum Abschluss des Vertragsübernahmevertrags bzw. zur Übertragung des Werkvertrags konkludent angenommen, womit die Vertragsübernahme rechtsgültig erfolgte.

BLaw LUC-EMMANUEL JOYE, Kurzpraktikant, Walder Wyss AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

---

[1] RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/MATTHIAS WOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 130; URS SCHENKER, Unternehmenskauf, Bern 2016, S. 19 ff.

[2] FRANZ SCHUBIGER/CHRISTOPH G. LANG, in: Florian S. Jörg/Urs P. Gnos/Lorenzo Olgiati (Hrsg.), Mergers & Acquisitions, Handbücher für die Anwaltspraxis (HAP), Basel 2022, Rz. 4.1; TSCHÄNI/DIEM/WOLF (Nr. 1), Rz. 131; SCHENKER (Nr. 1), S. 21.

[3] HAP M&A-SCHUBIGER/LANG (Nr. 2), Rz. 3.98; TSCHÄNI/DIEM/WOLF (Nr. 1), Rz. 194; SCHENKER (Nr. 1), S. 19.

[4] Vgl. MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, in: Christoph Brunner/Dario Galli/Markus Vischer, [Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2017](#), in: Jusletter 24. September 2018, Rz. 6.

[5] SCHENKER (Nr. 1), S. 21; SIMON MEYER, Vendor Due Diligence beim Unternehmensverkauf, Diss. Zürich 2012 = SSHW Band 313, Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 26.

[6] HAP M&A-SCHUBIGER/LANG (Nr. 2), Rz. 4.55; SCHENKER (Nr. 1), S. 20.

[7] HAP M&A-SCHUBIGER/LANG (Nr. 2), Rz. 4.38; TSCHÄNI/DIEM/WOLF (Nr. 1), Rz. 200.

[8] MANUEL MEYER/MATTHIAS D. TRAUTMANN/PHILIPPINE DALLA CORTE, in: Fabiana Theus Simoni/Isabel Hauser/Harald Bärtschi (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Basel 2022, Rz. 98c.07 und 98c.08; TSCHÄNI/DIEM/WOLF (Nr. 1), Rz. 218; SCHENKER (Nr. 1), S. 262.

[9] Siehe die Nachweise bei Urs P. Gnos/Markus Vischer/Christoph Zaugg, in: Fabiana Theus Simoni/Isabel Hauser/Harald Bärtschi (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Basel 2022, Rz. 98.35 f.; grundlegend zu dieser Frage: DANIEL M. HÄUSERMANN, «Wo das Gesetz nicht hilft ...», GesKR 2018, S. 163 ff.

[10] Vgl. aber immerhin Art. 263 Abs. 1 OR.

[11] Urteil des Bundesgerichts [4A\\_30/2017](#) vom 4. Juli 2017 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts [4A\\_650/2014](#) vom 5. Juni 2015 E. 6.1; Urteil des Bundesgerichts [4A\\_258/2014](#) vom 8. Juli 2014 E. 3.1; LETIZIA SCHLEGEL/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Irrtümliche Bezeichnung des Schuldners in der Abtretungsurkunde](#), in dRSK, publiziert am 18. März 2019, Rz. 28 mit weiteren Hinweisen.

[12] HB Aktienrecht-GNOS/VISCHER/ZAUGG (Nr. 9), Rz. 98.37; HB Aktienrecht-MEYER/TRAUTMANN/DALLA CORTE (Nr. 8), Rz. 98f.35; HAP M&A-SCHUBIGER/LANG (Nr. 2), Rz. 4.46; CLAUDE SCHMID/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Konkludenter Verzicht der Parteien auf eine Suspensivbedingung](#), in: dRSK, publiziert am 12. November 2021, Rz. 15; TSCHÄNI/DIEM/WOLF (Nr. 1), Rz. 218.

[13] HB Aktienrecht-MEYER/TRAUTMANN/DALLA CORTE (Nr. 8), Rz. 98f.35; WOLFGANG WIEGAND/CHRISTOPH HURNI, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar Obligationenrecht, Zürich 2014, Art. 6 OR N 6.

[14] KUKO OR-WIEGAND/HURNI (Nr. 13), Art. 6 OR N 6.

[15] HB Aktienrecht-MEYER/TRAUTMANN/DALLA CORTE (Nr. 8), Rz. 98f.35; HAP M&A-SCHUBIGER/LANG (Nr. 2), Rz. 4.46; ALEXANDER VOGEL/ANDREA SIEBER/CHRISTIAN REBELL, in: Florian S. Jörg/Urs P. Gnos/Lorenzo Olgiati (Hrsg.), Mergers & Acquisitions, Handbücher für die Anwaltspraxis (HAP), Basel 2022, Rz. 6.316; TSCHÄNI/DIEM/WOLF (Nr. 1), Rz. 218.

[16] HB Aktienrecht-MEYER/TRAUTMANN/DALLA CORTE (Nr. 8), Rz. 98f.34.

**Zitiervorschlag:** Jil Hirzel / Luc-Emmanuel Joye / Dario Galli / Markus Vischer, Konkludente Zustimmung zu einer Vertragsübernahme, in: dRSK, publiziert am 30. August 2024



**Weblaw AG** | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern  
T +41 31 380 57 77 [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

