Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen

von

Rolf Watter / Urs Kägi

Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 3/2004

Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen

Von Prof. Dr. iur. Rolf Watter und lic. iur. Urs Kägi, beide Zürich

The new Swiss Merger Act does not explicitly regulate the transfer of contracts, an issue of great significance in today's M&A world. Generally, contracts may be transferred under Swiss law – based on the view expressed herein – if all claims and liabilities arising out of such contracts (whether now or in the future) are transferred. Such claims and liabilities may in principle be freely transferred in case of merger, spin-off as well as in a «transfer of assets and liabilities». Statutory and contractual impediments may apply. In case a business is transferred, such impediments must be interpreted according to their purpose in order to ascertain whether they are applicable, which will often not be the case. Following the more traditional view, contracts may be transferred by a trilateral agreement or in a merger; in case of a spin-off or a «transfer of assets and liabilities» the consent of the party not undergoing a transaction is not necessary if the contract-linked asset or the business to which the contract belongs is transferred.

Inhaltsübersicht

I. Problemstellung

II. Konstruktion des rechtsgeschäftlichen Vertragsübergangs im Allgemeinen

- **A. Die Behandlung der mit dem Schuldverhältnis als Ganzem verbundenen Gestaltungsrechte**
- **B. Die Entstehung künftiger Forderungen**
- **C. Schlussfolgerungen**

III. Einheitliche Vertragsübernahme nach FusG

- **A. Vorbemerkung: Rechtsgeschäftliche Übergänge bei Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung**
- **B. Gesetzliche Grundlagen und grammatikalische Auslegung**
- **C. Vertragsübergänge bei der Fusion (Art. 22 Abs. 1 FusG)**
- **D. Vertragsübergänge bei Spaltung (Art. 52 FusG) und Vermögensübertragung (Art. 73 Abs. 2 FusG)**
  1. Problemstellung und Literatur
  2. Analyse der Materialien
  3. Schlussfolgerung
  4. Die Beurteilung des Übergangs eines Vertragsverhältnisses im Einzelnen

IV. Übertragung von Forderungen und Schulden (als hauptsächlicher Inhalt von Verträgen) im FusG

- **A. Die Übertragung von Forderungen und Schulden im Unterschied zu der Übertragung eines Vertragsverhältnisses selbst**
- **B. Nur «übertragbare» Forderungen und Schulden als nach FusG übergehende Forderungen und Schulden**
- **C. Übertragung von Forderungen**
  1. Grundsatz: Übertragbarkeit von Forderungen
  2. Übertragungsbeschränkungen
- **D. Übertragung von Schulden**
  1. Durchbrechung des Grundsatzes, dass Schulden nicht übertragbar sind, im FusG
  2. Was sind nach FusG «übertragbare» Passiven bzw. Schulden?
- **E. Forderungen und Schulden bei Dauerschuldverhältnissen**

V. Das Verhältnis von rechtsgeschäftlichen zu gesetzlichen Vertragsübergängen

VI. Überprüfungskompetenz der Handelsregisterämter?

VII. Umgehungsmöglichkeiten

VIII. Zusammenfassung

I. Problemstellung

In praktischer Hinsicht stellt sich immer wieder die Frage, wie langfristige Vertragsverhältnisse in Fusionen, Spaltungen und Betriebsübernahmen zu behandeln sind, dies insb. dann, wenn die Vertragsparteien für diese Fälle keine Regelung getroffen haben und auch keine spezifischen gesetzlichen Regelungen bestehen. Das neue Fusionsgesetz (FusG) enthält zu dieser Frage keine präzisen Angaben, ja die Botschaft sorgte sogar für Verwirrung.[1]

Die nachfolgenden Ausführungen wollen versuchen, in diesem Bereich Klarheit zu schaffen, dies gerade auch deshalb, weil der *Wert eines Unternehmens* oder eines Betriebsteils oft weniger durch seine Aktiven und Passiven bestimmt ist (mit denen sich das FusG aber primär auseinandersetzt), sondern vielmehr durch seine – oft in längerfristigen (und in einer ersten Phase nicht bilanzierbaren) Verträgen niedergelegten – Beziehungen zu Kunden, Lieferanten, Arbeitnehmern, Geschäftspartnern, Lizenzgebern und -nehmern, Vermietern, Banken, Leasinggebern, Kreditkartenorganisationen oder Obligationären. Gingen diese Vertragsbeziehungen bspw. in einer Spaltung verloren (oder hätte bei einer Spaltung der Vertragspartner jeweils die Möglichkeit, einen ihm in

[1] Vgl. unten III.D.1-2.

jenem Zeitpunkt ungünstig erscheinenden Vertrag aufzukündigen), gingen potentiell grosse Werte verloren.

Von Interesse ist diese Frage primär bei *längerfristigen Verträgen,* weil kurzfristige vertragliche Beziehungen infolge des für eine Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung langen Verfahrens in aller Regel noch vor Vollzug erfüllt werden. Wo nach der Ankündigung eines solchen Vorhabens bspw. das spaltungswillige Unternehmen eine neue vertragliche Beziehung eingeht, die erst nach Vollzug der Spaltung zu erfüllen ist, werden die Parteien zumeist regeln, wie «ihr» Vertrag in der Spaltung zu behandeln ist – geschieht dies nicht, darf dann, wenn der Vertragspartner der spaltungswilligen Partei vom Vorhaben Kenntnis hat, angenommen werden, dass er mit der Übertragung einverstanden ist.

II. Konstruktion des rechtsgeschäftlichen Vertragsübergangs im Allgemeinen

Der allgemeine Teil des OR regelt nicht explizit, wie ein Vertragsverhältnis durch Rechtsgeschäft auf eine andere Person übergeleitet, d.h. eine Vertragspartei ausgewechselt werden kann. Die Zulässigkeit einer solchen Vertragsübernahme ist jedoch unbestritten. Wie auch in Deutschland dürfte sich «das Schweigen des Gesetzes [...] daraus [erklären], dass die Gesetzesverfasser in dem gesamten Schuldverhältnis nichts anderes als die Summe der dem einen oder dem anderen Teil zustehenden Einzelforderungen sahen».[2] Dementsprechend war um die Zeit des Erlasses des OR die sog. *Zerlegungstheorie* vorherrschend, wonach ein Vertrag durch eine Kombination von Zession und Schuldübernahme übertragen werden konnte.[3] Inzwischen[4] wurde diese Theorie durch die sog. *Einheitstheorie* verdrängt, welche die Vertragsübernahme als eigenständiges Rechtsgeschäft in der Form eines tripartiten Vertrags ansieht (nachfolgend «einheitliche Vertragsübernahme»).[5]

Für die Einheitstheorie bzw. gegen die Zerlegungstheorie wird hauptsächlich angeführt, die Zerlegungstheorie könne insbesondere den Übergang aller Gestaltungsrechte nicht erklären (dazu nachfolgend A).[6] Schliesslich wird auch geltend gemacht, die Zerlegungstheorie könne nicht begründen, weshalb das Rechtsgrundverhältnis übergehe;[7] hier geht es – zusätzlich zu den erwähnten Gestaltungsrechten – primär um die Frage, in welcher Person zukünftige Forderungen entstehen, und die damit verbundenen Folgen (dazu nachfolgend B).[8]

A. Die Behandlung der mit dem Schuldverhältnis als Ganzem verbundenen Gestaltungsrechte

Nach überwiegender Lehre gehen mit der Abtretung einer Forderung bloss Gestaltungsrechte, die ausschliesslich mit der Forderung verbunden sind, nach Art. 170 Abs. 1 OR über, nicht aber sog. mit dem Schuldverhältnis als Ganzem verbundene Gestaltungsrechte (z.B. Kündigungs-, Wandelungs-, Rücktrittsrechte). Ebenso wird die selbständige Abtretbarkeit von Gestaltungsrechten verneint.[9] Diese Dogmen werden jedoch wieder[10] zunehmend in Frage gestellt.[11]

2 *Karl Larenz,* Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. A., München 1987, 617.

3 Vgl. dazu *Eugen Bucher,* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, 592; *Peter Früh,* Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, Diss. Basel 1944, 40 ff.; *Philippe Reymond,* La cession des contrats, Lausanne 1989, 30 f.

4 Die Einheitstheorie ablehnend noch BK-*Becker,* Vorbem. zu OR 164–174 N 6; ihm zufolge genügt jedenfalls eine «analoge, sinngemässe Anwendung der Bestimmungen über die Zession und über die Schuldübernahme».

5 Vgl. *Bucher* (FN 3) 592 f.; *Früh* (FN 3) 42 ff.; *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey,* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, 8. A., Zürich 2003, N 3754 ff.; ZK-*Spirig,* Vorbem. zu OR 175–183, N 228 ff.; *Reymond* (FN 3) 31 ff.

6 *Bucher* (FN 3) 592; *Früh* (FN 3) 57 ff.; *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (FN 5) N 3756.

7 *Früh* (FN 3) 67 ff.; *Peter Loser-Krogh,* Die Vermögensübertragung: Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes, AJP 2000 1095 ff., 1101.

8 *Früh* (FN 3) 70 ff.

9 *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (FN 5) N 3626 ff., 3668 ff.; *Bucher* (FN 3) 539, 571.

10 Ebenso bereits BK-*Becker,* OR 170 N 8; BGE 41 II 571, 573.

11 BSK OR I-*Girsberger,* Art. 164 N 5a, Art. 170 N 8 Lemma 11; *Ingeborg Schwenzer,* Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2003, N 90.21, 90.39; *Alfred Koller,* Die Mängelrechte und die Frage ihrer Abtretbarkeit, in: Koller (Hrsg.), SIA-Norm 118, St.Gallen 2000 [zit.: Mängelrechte], 1 ff.; *ders.,* Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. A., Zürich 1995, N 19 f.; BSK OR I-*Honsell,* Art. 205 N 4 sowie *Heinrich Honsell,* Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. A., Bern 2003, 98 f., 290 f.; *Andreas Käser,* Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen bei Kauf und Werkvertrag, Zürich 2000, 1 ff., 243.

Im hier interessierenden Fall, dass sämtliche aus einem längerfristigen Vertrag entspringende Forderungen zediert und sämtliche Schulden daraus übernommen werden, verbleibt nach dieser Theorie beim ursprünglichen Gläubiger noch das «nackte» Vertragsverhältnis mit den das Vertragsverhältnis als Ganzes betreffenden Gestaltungsrechten. Das Ergebnis dieser Lehrmeinung entspricht kaum den Interessen irgendeiner der drei Parteien: Der ursprüngliche Gläubiger wird durch diese (letztlich rein begriffsjuristisch motivierte) Konstruktion in die Lage versetzt, ohne eigene schützenswerte Interessen Gestaltungsrechte ausüben zu können, die Forderungen und Schulden von Drittpersonen tangieren. Näher liegt eher das Gegenteil, dass in einem solchen Fall der Übergang auch der Gestaltungsrechte nach Art. 170 Abs. 1 OR nicht bloss möglich (dispositiv), sondern zwingend ist.[12]

B. Die Entstehung künftiger Forderungen

Bei einer einheitlichen Vertragsübernahme entstehen künftige Forderungen aus dem Vertrag in der Person des Übernehmers.[13] Bei blosser *Zession* aller gegenwärtigen und künftigen aus einem Vertrag entstehenden Forderungen ist dies *umstritten* und wird namentlich unter den Stichworten Durchgangstheorie (dann Entstehung in der Person des Zedenten)[14] und Unmittelbarkeitstheorie (dann in der Person des Zessionars) diskutiert; bei Letzterer ist wiederum hauptsächlich strittig, ob die Abtretung einer künftigen Forderung bloss eine bedingte ist und deshalb die Verfügungsmacht im Entstehungszeitpunkt der Forderung massgebend sein soll (dann im Konkurs des Zedenten trotzdem in dessen Person),[15] oder ob sie als (unbedingte) Abtretung einer Anwartschaft betrachtet wird (dann auch im Konkurs des Zedenten in der Person des Zessionars).[16,17]

Der Auffassung, dass eine *Anwartschaft übertragen* wird, ist u.E. den Vorzug zu geben, da sie dem Willen der Parteien am besten[18] entspricht. Schliesslich ist es erwägenswert, auch eine Abtretung des ganzen Stammrechts (womit das vertragliche Grundverhältnis teilweise gleichgesetzt wird)[19] zuzulassen.[20] In diesen Fällen verschwinden die Unterschiede zur Vertragsübernahme. Im Übrigen führt eine unterschiedliche Behandlung von Zession und Vertragsübernahme in den praktisch wichtigen Fallgruppen des Konkurses[21] und der Doppelzession[22] zu Wertungswidersprüchen. Selbst von Vertretern der Durchgangstheorie wird im letzteren Fall eine im Ergebnis gleiche Behandlung postuliert.[23]

C. Schlussfolgerungen

Nach den obigen Ausführungen ist es zumindest fraglich, ob tatsächlich ein Unterschied in den

12 Vgl. *Koller* (FN 11/Mängelrechte) 16 f., 22.

13 *Schwenzer* (FN 11) N 92.05; *Früh* (FN 3) 74.

14 So etwa *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (FN 5) N 3646, mit Hinw.

15 So ZK-*Spirig*, OR 164 N 74; im Ergebnis lassen sich so BGE 111 III 73, 75 f. und 95 III 9, 12 nebeneinander begründen.

16 So insb. in Deutschland, wenn die künftige Forderung nicht bloss erhofft, sondern bereits (bedingt, befristet oder aus Dauerschuldverhältnis) begründet ist, *Larenz* (FN 2) S. 585 f.; in der Schweiz etwa BK-*Becker*, OR 164 N 16; im Ergebnis BSK OR I-*Girsberger*, Art. 164 N 48.

17 Vgl. dazu ZK-*Spirig*, OR 164 N 70 ff.

18 So gegen die Durchgangstheorie zutreffend ZK-*Spirig*, OR 164 N 74, ohne aber zur Abtretung einer Anwartschaft Stellung zu nehmen.

19 So BK-*Becker*, Vorbem. zu OR 164–174 N 5; *Früh* (FN 3) 69.

20 Das Gesetz schliesst die Übertragung des Stammrechts nicht aus (abgesehen von Einzelregelungen wie Art. 519 Abs. 1 OR e contrario). Wie bei den Gestaltungsrechten müsste eine Anwendung von Art. 164 OR durch weite Auslegung oder wenigstens eine Lückenfüllung durch analoge Anwendung des Zessionsrechts geprüft werden. Gerade bei einer Abtretung sämtlicher künftiger Forderungen dürfte nach dem Parteiwillen regelmässig die Abtretung des Stammrechts beabsichtigt sein.

21 Im Konkurs ist es wenig verständlich, weshalb es für die Frage der Admassierung der Forderungen darauf ankommen soll, ob der Schulder (!) des Zedenten und Gemeinschuldners zu einer Verfügung seine Zustimmung gegeben hat (in Form der Vertragsübernahme) oder nicht (dann Abtretung bloss der Forderung). Die Interessen der Gläubiger des Gemeinschuldners sind in beiden Fällen durch die Art. 285 ff. SchKG ausreichend geschützt.

22 Die Interessen des ersten Zessionars sind gleichermassen tangiert, ob nun ein nachfolgender Zessionar oder ein nachfolgender Vertragsübernehmer die Forderung erwirbt.

23 *Reymond* (FN 3) 75 ff., mit der Begründung, es handle sich bei künftigen Forderungen um bedingte Forderungen, auf welche Art. 152 Abs. 3 OR anwendbar sei; erst recht ist Art. 152 Abs. 3 OR anwendbar, wenn die Abtretung künftiger Forderungen als bedingte Abtretung qualifiziert wird (so ZK-*Spirig*, OR 164 N 74; oben bei FN 15); a.M. *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (FN 5) N 3757, die ohne weitere Begründung ablehnen, Art. 152 Abs. 3 OR anzuwenden, weil dies «Konstruktion zur Herbeiführung eines erwünschten Ergebnisses» sei. Bei Annahme einer Zession einer Anwartschaft wird dagegen das ursprüngliche Vertragsverhältnis bereits unmittelbar um die Anwartschaft verringert.

Rechtsfolgen einer Vertragsübernahme als tripartitem Vertrag einerseits und einer kombinierten Zession sämtlicher (bestehenden und künftigen) Forderungen sowie Übernahme sämtlicher (bestehenden und künftigen) Verbindlichkeiten aus einem Vertrag andererseits besteht. Selbst wenn man dies bejaht, ist zu fragen, ob eine Übertragung nicht bloss einzelner, sondern aller Forderungen und Verbindlichkeiten nicht eine Vertragsübernahme *bewirkt*,[24] da das vertragliche Grundverhältnis seines wirtschaftlichen Gehaltes entleert wird.[25] In diesem Fall sind kaum schutzwürdige Interessen der verbleibenden Vertragspartei oder Dritter erkennbar, welche für die Aufrechterhaltung eines – letztlich imaginären – Vertrages bzw. «vertraglichen Grundverhältnisses» sprechen.[26]

Wird dieser Meinung, die hier nur summarisch begründet werden kann, gefolgt, ist damit die Einheitstheorie nicht abgelehnt. Wenn man die Möglichkeit einer einheitlichen Vertragsübernahme aufgrund der Vertragsfreiheit bejaht (und bejahen kann),[27] besteht sie weiterhin *neben* der dargelegten Kombination von Zession und Schuldübernahme.[28] Das Instrumentarium zur Vertragsübertragung wird bloss erweitert.

III. Einheitliche Vertragsübernahme nach FusG

A. Vorbemerkung: Rechtsgeschäftliche Übergänge bei Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung

Art. 22 Abs. 1, Art. 52 und Art. 73 Abs. 2 FusG verwenden für die Übertragung bei Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung den Ausdruck «von Gesetzes wegen», der allerdings zu Missverständnissen Anlass geben kann: Es handelt sich in allen Fällen um Übergänge, denen Willenserklärungen zugrunde liegen (nämlich jenen, auf welchen Fusionsvertrag, Spaltungsplan bzw. -vertrag oder Übertragungsvertrag beruhen; dies im Unterschied zu Art. 560 ZGB). Die Übergänge sind deshalb nicht als gesetzlich, sondern als *rechtsgeschäftlich*[29] zu qualifizieren; dies auch bei der Fusion, bei der allerdings der Inhalt bzw. Umfang des Übergangs (gesetzlich) zwingend festgelegt ist.[30] «Von Gesetzes wegen» wird einzig der Zeitpunkt des Übergangs bestimmt;[31] dazu hätte der Ausdruck «von Gesetzes wegen» aber gleich gestrichen werden können, wie bspw. Art. 972 ZGB oder das deutsche Umwandlungsgesetz (UmwG)[32] zeigen.[33]

[24] Z.B. analog Art. 170 Abs. 1 OR (analog deshalb, weil die Regelung bei dieser Variante nicht aufgrund der Abtretung zur Anwendung kommt, sondern aufgrund der Kombination der Abtretung und Schuldübernahme in Bezug auf sämtliche Forderungen und Schulden).

[25] In diese Richtung bereits BK-*Becker*, Vorbem. zu OR 164–174 N 6, vgl. oben FN 4.

[26] Im Ergebnis wohl gl.M. (jedoch nicht im Regelungskontext des OR AT): *Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Martin Dietrich/Claudia Fritsche/Katja Berlinger*, Exkurs zum Übergang von Verträgen, auf: www.fusg.ch/vmuebr/recht/materiell, Stand: 16.12.2003, besucht am 02.03.2004, C.3: «Eine getrennte Behandlung des Vertragsverhältnisses und von der Gesamtheit aller aus dem Vertragsverhältnis fliessenden Rechte und Pflichten ist [...] weder rechtspolitisch noch ökonomisch zweckmässig.»

[27] So die schweizerische h.L., vgl. *Bucher* (FN 3) 592; ZK-*Spirig*, Vorbem. zu OR 175-183 N 228; ausführlich und Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung: *Früh* (FN 3) 78 ff.

[28] Verneinen müsste man die Zulässigkeit hingegen dann, wenn man die einheitliche Vertragsübernahme allein mit einer Lückenfüllung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB begründet, da in diesem Fall eine Lücke verneint werden müsste.

[29] Als «gesetzlich» wird demgegenüber nach gängiger Terminologie ein Übergang bezeichnet, dem keine Willenserklärung zugrunde liegt, vgl. *Andreas von Tuhr/Arnold Escher*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 2, 3.A., Zürich 1974, 369 f.

[30] *Büchi* (FN 44) 163 f., *Loser-Krogh* (FN 7) 1100 f.; u.E. zu Unrecht wird zuweilen die Fusion als Übergang «kraft Gesetzes» bezeichnet, so etwa *Christoph von Greyerz* SPR VIII/2, Basel/Franfurt a.M. 1982, 286, der aber gleichzeitig von «rechtsgeschäftlich begründeter Universalsukzession» spricht; dazu *Büchi* (FN 44) 164; *Annelies Küry*, Die Universalsukzession bei der Fusion von Aktiengesellschaften (unter besonderer Berücksichtigung der Fusion ohne Kapitalerhöhung), Basel 1962, 39, 70 f.; widersprüchlich *Hanspeter Kläy/Nicholas Turin*, Der Entwurf zum Fusionsgesetz, Reprax 1/2001 1 ff., 24, ohne die eigenen Erkenntnisse, 24 FN 89, anzuwenden.

[31] *Kläy/Turin* (FN 30) 24 FN 89.

[32] Vgl. § 20 Abs. 1 Ziff. 1, § 131 Abs. 1 Ziff. 1 UmwG.

[33] Um zu verdeutlichen, dass es der üblichen Formvorschriften zur Übertragung nicht bedarf und Schulden übertragen werden können (was mit dieser Formulierung wohl intendiert ist), wäre besser die bisherige Formulierung «ohne weiteres» für die Schulden bei Art. 181 OR verwendet worden. «Von Gesetzes wegen» impliziert alleine auch keine (ggf. «partielle») Universalsukzession, wie Art. 110 Abs. 1 OR als (eben gesetzliche) Singularsukzession zeigt (dagegen spricht in Deutschland § 131 Abs. 1 Ziff. 1 UmwG bei der Spaltung von Übergang «als Gesamtheit»).

B. Gesetzliche Grundlagen und grammatikalische Auslegung

Art. 22 Abs. 1 FusG bestimmt für die Fusion: «In diesem Zeitpunkt [der Rechtswirksamkeit] gehen alle Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen [...] über.» Art. 52 und Art. 73 Abs. 2 FusG haben für die Spaltung bzw. Vermögensübertragung diesbezüglich denselben Wortlaut, präzisieren aber, dass bloss alle «im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven» übergehen.

Übertragungsobjekt sind folglich «Aktiven und Passiven» bzw. «Aktiven und Passiven gemäss Inventar». Nach herkömmlichem Begriffsverständnis[34] fallen darunter sehr wohl einzelne Forderungen und Schulden,[35] nicht aber ganze, davon losgelöste Vertragsverhältnisse, insb. solche langdauernder Natur, die als solche in der Bilanz i.d.R.[36] weder als Aktivum noch als Passivum erscheinen.[37] Der Wortlaut spricht zwar für die Übertragung von Forderungen und Schulden und damit für eine Übertragbarkeit i.S. der Zerlegungstheorie, aber eher gegen die Übertragung von Vertragsverhältnissen i.S. einer einheitlichen Vertragsübernahme, wobei aber, wie gleich zu zeigen sein wird, dieser Wortlaut je nach Transaktionsart allenfalls verschieden auszulegen ist.

C. Vertragsübergänge bei der Fusion (Art. 22 Abs. 1 FusG)

Der Übertragungsmechanismus bei der Fusion wird einhellig als *Universalsukzession* bezeichnet.[38] Mangels anderer Indizien ist davon auszugehen, dass *die zur Fusion nach Art. 748 ff. OR entwickelten Grundsätze weiterhin auch bei der Fusion nach FusG Geltung* haben sollen. *Verträge* bzw. Vertragsverhältnisse sind deshalb grundsätzlich *ohne Zustimmung* der anderen Vertragspartei übertragbar.[39] Der Übergang von Verträgen, die eine persönliche Leistungspflicht des Schuldners i.S.v. Art. 68 OR beinhalten, ist gleich zu behandeln wie der Übergang dieser Verpflichtung selbst;[40] rechtsgeschäftliche Übertragungshindernisse analog zu den Grundsätzen bei Forderungen.[41]

D. Vertragsübergänge bei Spaltung (Art. 52 FusG) und Vermögensübertragung (Art. 73 Abs. 2 FusG)

1. *Problemstellung und Literatur*

Im Gegensatz zur Rechtslage bei der Fusion führt die Botschaft Folgendes aus:

«Wie die Spaltung ist auch die Vermögensübertragung auch genau besehen kein Fall der Universalsukzession im eigentlichen Sinne – dies im Unterschied zur Fusion (Art. 22) und zum Erbgang (Art. 560 ZGB). [...] Es handelt sich dabei um eine Art ‹partielle Universalsukzession›. Inhaltlich weniger widersprüchlich erscheint die Bezeichnung als ‹Übertragung nach Inventar›.»[42]

In der Lehre ist umstritten, welche Wirkungen diese *Übertragung nach Inventar* auf Vertragsverhältnisse hat. Ein Teil lehnt die Übertragung von Verträgen ohne Zustimmung der anderen Vertragspartei grundsätzlich ab.[43] Andere wollen der Übertragung gemäss Inventar die vollen Wirkungen einer fusionsrechtlichen Sukzession zuerkennen.[44] Eine ver-

34 Zum wirtschaftlichen und juristischen Begriff von Aktiven und Passiven ausführlich BK-*Käfer,* OR 958 N 278 ff., insb. N 304, 307.

35 Differenzierend BK-*Käfer,* OR 957 N 296 ff.

36 Eine Ausnahme kann bei Leasingverhältnissen bestehen.

37 BK-*Käfer,* OR 957 N 301 a.E., m.w.Hinw.; BSK FusG-*Watter/Büchi,* Art. 52 N 16 Bst. c; *Rudolf Tschäni,* M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, 78; vgl. auch *Wolfgang Wiegand/Jürg Wichtermann,* Die Überleitung von Rechtsverhältnissen, in: Wiegand (Hrsg.), BTJP 1997, Bern 1998, 81: «[...] Artikel 181 und 182 OR [führen] nicht zu einem Übergang der Rechtsverhältnisse, sondern bloss zu einem Übergang der Aktiven und Passiven» (was jedoch für die Aktiven nicht ganz treffend ist).

38 Statt vieler Botschaft, BBl 2000 4355.

39 Votum *Ménétrey-Savary,* Amtl. Bull. 2003 NR 243; Votum BR *Metzler,* Amtl. Bull. 2003 NR 244; statt vieler BSK FusG-*Tschäni/Papa,* Art. 22 N 9; *Peter Isler/Ulysses von Salis-Lütolf,* Fusionen nach dem neuen Fusionsgesetz, ZSR NF 123 (2004) I 9 ff., 24.

40 Dazu unten IV.D.2.a).

41 Dazu unten IV.A und C.2.

42 Botschaft, BBl 2000 4465.

43 *Nicholas Turin,* Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion, Basel 2003, 56 ff., 107 ff., 114 ff., 224 (sowohl für die Vermögensübertragung als auch für die Spaltung, vgl. S. 57 und 115).

44 *Piera Beretta,* Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, SJZ 98 (2002) 249 ff., 252 f.; *Urs Bertschinger,* Spaltungsvertrag und Vermögensübertragungsvertrag gemäss Fusionsgesetz – neue Nominatkontrakte, in: FS Rey, Zürich 2003, 359 ff., 365 f.; *Raffael Büchi,* Spin-off, Rechtliche Aspekte von Abspaltungen bei Publikumsgesellschaften, Bern 2001, 159 ff., 173 f.; *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Fritsche/Berlinger* (FN 26) C.2.b); *Stefan Eberhard,* La scission de la société anonyme en droit allemand, américain et suisse, 228 f.;

mittelnde, in letzter Zeit erstarkende Position will – in unterschiedlichen Ansätzen – Vertragsübergänge grundsätzlich jedenfalls dann zulassen, wenn ein Betrieb oder Teilbetrieb übergeht und die Verträge damit zusammenhängen, lehnt den Übergang von isolierten Verträgen hingegen ab.[45]

2. *Analyse der Materialien*

Die Botschaft lehnt bei der *Spaltung* Vertragsübergänge ohne Zustimmung der anderen Vertragspartei im Grundsatz ab.[46] Die Übertragung von Vertragsverhältnissen wurde sodann vom Nationalrat im Kontext der *Vermögensübertragung* (interessanterweise nicht bei der Spaltung) diskutiert. Ein Minderheitsantrag wollte die Übertragung von Verträgen ohne Zustimmung mit einer Ergänzung des Art. 71 Abs. 1 Bst. e FusG[47] ermöglichen;[48] zudem wollte sie den (vermeintlichen)[49] Schutz des Art. 76 Abs. 2 FusG auf diese anderen Verträge ausdehnen. Gegen diese Regelung wurde zur Hauptsache geltend gemacht, sie käme einem «changement de système fondamental»[50] gleich; man wolle die Prinzipien des geltenden Vertragsrechts beachten.[51] Schliesslich sehe der Minderheitsantrag bloss einen ungenügenden Schutz der Vertragspartner vor und könnte zu Missbräuchen führen.[52] Im Bewusstsein der laufenden Kontroverse bezüglich Vertragsverhältnisse[53] wurde der Antrag abgelehnt.[54, 55]

3. *Schlussfolgerung*

Aufgrund der klaren Stellungnahme des Gesetzgebers ist davon auszugehen, dass das FusG bei Spaltung und Vermögensübertragung grundsätzlich nichts an der Übertragung von Verträgen ändert. Bei jungen Gesetzen kommt den *Materialien* ein grosses Gewicht zu; eine bestimmte Auslegungsvariante – hier der Einbezug von Vertragsverhältnissen – kann dann kaum in Frage kommen, wenn ein Antrag, das Gesetz sei im Sinne dieser Auslegungsvariante zu ergänzen, ausdrücklich abgelehnt worden ist.[56] Auslegung ist immerhin möglich, wenn der Gesetzgeber offensichtlich von falschen Ansichten geleitet war, was vorliegend zumindest insoweit der Fall war, als offenbar nicht erkannt wurde, dass der Wert eines Geschäftes nicht nur in Aktiven und Passiven liegt, sondern gerade auch in den (längerfristigen) Geschäftsbeziehungen. Nicht reflektiert wurde in den parlamentarischen Beratungen auch, was die Zurückhaltung gegen Vertragsübertragungen bei der Aufspaltung[57]

Passadelis in Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz, Bern 2003 [zit.: Handkomm. FusG], FusG 52 N 4; *Wiegand/Wichtermann* (FN 37) 84.

45 BSK FusG-*Watter/Büchi,* Art. 52 N 15, 13; insb. zur Vermögensübertragung: *Loser-Krogh* (FN 7) 1101, 1106 f.; *Frick* in: Handkomm. (FN 44), FusG 69 N 20 ff., insb. N 22 (vgl. auch *Epper* in: Handkomm. (FN 44), FusG 29 N 15); *Rudolf Tschäni,* Vermögensübertragung, ZSR NF 123 (2004) I 83 ff., 97 f.; *ders.* (FN 37) S. 95 N 112; BSK FusG-*Malacrida,* Art. 73 N 13 ff. (weitergehend noch *Ralph Malacrida,* Spaltung von Gesellschaften, ZSR NF 123 (2004) I 39 ff., 60 f.).

46 Botschaft, BBl 2000 4445: «Im Unterschied dazu [zu den im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven] gehen Verträge nicht ohne weiter[e]s über. Für den Wechsel einer Vertragspartei ist grundsätzlich das Einverständnis aller Vertragsparteien erforderlich. [...] Ohne entsprechende Sonderbestimmungen bewirkt die Spaltung jedoch keine einseitige Änderung der Vertragsparteien.»

47 Vorgesehen war eine Ergänzung der «Liste der Arbeitsverhältnisse, welche mit der Vermögensübertragung übergehen» mit «Arbeitsverhältnisse *und anderer Verträge,* die mit ...» (Amtl. Bull. 2003 NR 243 [Hervorhebung nur hier]). Entgegen Votum *Ménétrey-Savary,* Amtl. Bull. 2003 NR 243 sah der Minderheitsantrag explizit nur vor, dass die Verträge technisch in die Liste, nicht in das Inventar aufgenommen werden sollten.

48 Einig war man sich, dass dies ohne Ergänzung nicht möglich sei; Amtl. Bull. 2003 NR 243 f.: Votum *Ménétrey-Savary,* [für die Minderheit]; Votum *Cina,* [für die Mehrheit]: Votum BR *Metzler,* Amtl. Bull. 2003 NR 244.

49 Im Votum *Ménétrey-Savary,* Amtl. Bull. 2003 NR 243 wurde davon ausgegangen, dass Art. 76 Abs. 2 «le droit pour le cocontratant de dénoncer le contrat ou de s'opposer au transfert» enthalte. Dies ist (und war auch nach dem vorgeschlagenen Text) jedoch vergeblich in dieser Bestimmung zu finden, die allein die solidarische Haftung des bisherigen Schuldners beschränkt (zum Nachteil des Vertragspartners [!]). Vielmehr hätte auf Art. 333 OR verwiesen werden müssen.

50 Votum *Cina,* Amtl. Bull. 2003 NR 244.

51 Votum *Cina,* Amtl. Bull. 2003 NR 244; Votum BR *Metzler,* Amtl. Bull. 2003 NR 244.

52 Votum *Cina,* Amtl. Bull. 2003 NR 244; Votum BR *Metzler,* Amtl. Bull. 2003 NR 244.

53 Votum BR *Metzler,* Amtl. Bull. 2003 NR 244.

54 Amtl. Bull. 2003 NR 244.

55 Ähnlich auch die Materialien zur revidierten HRegV, vgl. unten VI., FN 146.

56 BGE 115 V 347, 349, mit weiteren Hinw.

57 Vgl. BSK FusG-*Watter/Büchi,* Art. 52 N 8. Ist ein Vertragsverhältnis auch durch Fusion nicht übertragbar, wird es auch bei der Aufspaltung untergehen. Übrige zurückbleibende Vertragsverhältnisse werden von Art. 38 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Bst. b FusG (jedenfalls analog) erfasst; die übernehmenden Gesellschaften werden gemeinsam neue Vertragspartner (vgl. BSK FusG-*Watter/Rampini,* Art. 38

und der Übertragung eines organisatorisch abgegrenzten Betriebes bewirkt.[58]

Wenn man einerseits bedenkt, dass bei der Fusion zwingend ein gesamtes Vermögen übertragen wird, bei der Abspaltung und Vermögensübertragung aber nicht (wohl aber bei der Aufspaltung), sondern gerade auch frei zusammengestellte oder einzelne Vermögenswerte,[59] ist eine *differenzierte Behandlung* aber nachvollziehbar. Eine restriktive Regelung steht zwar in einer Spannung zum primären Regelungszweck des FusG, welcher in der Erleichterung von Umstrukturierungen besteht;[60] dafür kommt er dem Schutz von Nicht-Mitwirkenden[61] entgegen (vgl. Art. 1 Abs. 2 FusG), worunter auch die Vertragspartner subsumiert werden können.

Andererseits sollten mit dem FusG kein Sonderprivatrecht geschaffen oder gar allgemeine Prinzipien des Vertragsrechts aus den Angeln gehoben werden;[62] zudem sah sich der Gesetzgeber nicht veranlasst, ohne Not und im falschen Regelungskontext in die von Lehre und Rechtsprechung entwickelte Konstruktion der Vertragsübernahme als tripartitem Vertrag einzugreifen. *Ausgeschlossen wird damit bloss das Vertragsverhältnis* (losgelöst von Forderungen und Schulden) *als Gegenstand des Inventars* und somit die *einheitliche Vertragsübernahme*, soweit sie nach allgemeinen Regeln die Zustimmung der anderen Vertragspartei verlangt (und diese Zustimmung nicht bereits erteilt worden ist). Im Gegensatz dazu sind die Materialien jedoch *nicht dagegen gerichtet, im Rahmen des allgemeinen Teils des OR die Übertragung von Verträgen grundsätzlich zu überdenken* und stehen der neuen «alten» (nämlich der wohl ursprünglich beabsichtigten) Beurteilung der Vertragsübernahme als Kombination von Zession und Schuldübernahme nicht entgegen.[63] Lässt man die Zerlegungstheorie zu, genügt es zu einem Vertragsübergang bereits, wenn alle aus dem Vertrag stammenden (gegenwärtigen und künftigen) Forderungen und Schulden übertragen werden (dazu unten IV). Unabhängig davon ist noch zu prüfen, in welchen Fällen eine einheitliche Vertragsübernahme ohne Zustimmung der anderen Vertragspartei möglich ist (dazu unten III.D.4); in diesen Fällen – sowie bei erteilter Zustimmung – wird auch eine Aufnahme in das Inventar möglich sein.[64]

Zu einem vergleichbaren (allerdings i.d.R. weniger weit gehenden) Ergebnis gelangt man, wenn man fordert, dass wenigstens bei der Spaltung von Betrieben eine fusionsähnliche «partielle Universalsukzession» zuzulassen sei.[65] Da man aber bei der Vermögensübertragung die Materialien kaum ignorieren kann, würde sich ein Unterschied zu dieser Übertragungsform ergeben,[66] die man immerhin mit der unterschiedlichen Definition des Inventars bei Spaltung und Vermögensübertragung begründen kann, da Art. 37 Bst. b FusG neben «Gegenständen des Aktiv- und Passivvermögens» anders als Art. 71 Abs. 1 Bst. b FusG auch noch die «Zuordnung der Betriebsteile» aufführt.[67] Durch die hier vertretene Ausdehnung der allgemeinen Regeln zur Übertragbarkeit von Verträgen lässt sich diese Problematik aber «umgehen» und dogmatisch kohärent lösen. In diesem Fall erübrigt es sich, die in den Materialien geäusserte Meinung mit Rückgriff auf die ansonsten unhaltbaren und nicht reflektierten Konsequenzen[68] – wenigstens für Betriebsübergänge – einzuschränken.

N 17). Zumindest im Rahmen des Art. 38 FusG kommt es für den «Rumpf», der nach vollzogenen Übertragungen gemäss Inventar zurückbleibt, zu einer fusionsähnlichen (vollumfänglichen, nicht partiellen) Universalsukzession.

58 Vgl. schliesslich zur nicht durchdachten Regelungskonzeption des Minderheitsantrags oben FN 47 und 49.

59 Votum *Cina*, Amtl. Bull. 2003 NR 244; Votum BR *Metzler*, Amtl. Bull. 2003 NR 244.

60 Vgl. Botschaft, BBl 2000 4354: Das FusG soll «mit der Schaffung neuer privatrechtlicher Optionen eine grössere Beweglichkeit in der rechtlichen Organisation von Unternehmen [...] ermöglichen».

61 *Isler/Salis-Lütolf* (FN 39) 11.

62 Trotz der Regelung in einem Spezialgesetz bleiben die Normen des OR AT auf systematisch dem OR zuzurechnende Materien grundsätzlich unmittelbar anwendbar (ansonsten analog gem. Art. 7 ZGB). Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass singularsukzessorische Hindernisse ohne weiteres im FusG anwendbar sind, vgl. unten IV.B.

63 Oben II.C.

64 Zwar sind Vertragsverhältnisse grundsätzlich nicht Gegenstand des Inventars. Aus praktischen Gründen ist aber eine Ausnahme zu machen, wenn keine Zustimmung erforderlich ist oder die Zustimmung vorliegt; dies deckt sich mit den Materialien, die Verträge bloss in diesem Fall ausschliessen wollten (vgl. oben III.D.2).

65 BSK FusG-*Watter/Büchi*, Art. 52 N 2 ff., 15; noch weitergehend *Büchi* (FN 44) 159 ff., 173 f.

66 Zur Wünschbarkeit einer einheitlichen Auslegung BSK FusG-*Watter/Büchi*, Art. 52 N 7.

67 Vgl. BSK FusG-*Watter/Büchi* Art. 52 N 6.

68 Vgl. BSK FusG-*Watter/Büchi*, Art. 52 N 7 f.

4. *Die Beurteilung des Übergangs eines Vertragsverhältnisses im Einzelnen*

Lehnt man die Kombinationstheorie in der hier vertretenen Form ab, wäre die einheitliche Vertragsübernahme der einzige Weg zur Vertragsübertragung; folgt man hier den Materialien, wäre dazu bei Spaltungen und Vermögensübertragungen *im Grundsatz die Zustimmung des Vertragspartners* einzuholen. Es fragt sich, *in welchen Fällen davon abgesehen* werden kann, wenn man dieser restriktiven und hier abgelehnten Linie folgen wollte:

Als erstes geht ein Vertrag dort *ex lege* (d.h. unabhängig vom Willen aller Beteiligten) über, wo dies gesetzlich vorgeschrieben ist, so in den Art. 261, 290, 333 OR, Art. 14 f. LPG, Art. 54 VVG. In Art. 17 Abs. 1 PauRG ist des Weiteren *zwingend* ein *rechtsgeschäftlicher Vertragswechsel*[69] zwischen der übernehmenden und der übergebenden Partei *ohne Zustimmung* der verbleibenden Vertragspartei vorgesehen.

Aufgrund der *Vertragsfreiheit* (Art. 19 Abs. 1 OR) ergibt sich, dass Vertragsparteien in ihrem Vertrag regeln können, was mit dem Vertrag geschehen soll, wenn eine der beiden Parteien fusioniert, sich spaltet oder ein Vermögen überträgt. Die Vertragsfreiheit gilt im Grundsatz nicht nur für Beschränkungen der Übertragbarkeit,[70] sondern auch für deren Ermöglichung, wenngleich die Frage noch kaum diskutiert zu sein worden scheint.[71] Das Gesetz steht dieser Möglichkeit nicht ablehnend gegenüber, sondern sieht – wie dargelegt – vielmehr Vertragsübergänge sowohl kraft Gesetzes als auch kraft Rechtsgeschäfts ausdrücklich und zwingend vor. *In maiore minus* muss eine Vereinbarung, wonach eine Vertragspartei berechtigt oder beim Eintreten gewisser Umstände gar verpflichtet ist, seine Vertragsstellung auf einen Dritten zu übertragen, zulässig sein.[72]

Haben die Parteien diesbezüglich nichts vereinbart, besteht eine Vertragslücke, welche nach dem *hypothetischen Parteiwillen* zu füllen ist.[73] Dies gilt auch bei formbedürftigen Verträgen.[74] Zudem ist die *gesetzliche Wertung* zu beachten, dass in gewissen Fällen sogar zu Lasten des übernehmenden Dritten eine gesetzliche Vertragsübernahme greift; da diese Vertragsübernahmen im Interesse der verbleibenden Vertragspartei liegen, hat der Gesetzgeber etwa in Art. 261, 290 OR und Art. 14 f. LPG bloss Schutzvorschriften für den Übernehmer aufgestellt, nicht aber für die verbleibende Vertragspartei (Mieter oder Pächter). Entsprechend muss in diesen und analogen Konstellationen auch eine rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme ohne Zustimmung der verbleibenden Partei zulässig sein.[75] Im Normalfall, d.h. insbesondere in Bezug auf die isolierte Übertragung eines Vertrages, wird die Lücke im Vertrag aber als qualifiziertes Schweigen zu gelten haben, weshalb eine Zustimmung des Vertragspartners für eine einheitliche Vertragsübernahme nötig ist. Bei vielen Spaltungen und Vermögensübertragungen ist die Interessenlage jedoch anders, werden doch meist ganze Vermögenskomplexe, Betriebe oder Betriebsteile übertragen. Es kann unterschieden werden:

(a) Eine Reihe von Verträgen (etwa Miete, Pacht, Leasingverträge, Kaufverträge auf Termin, Lizenzverträge) haben eine *bestimmte Sache oder ein bestimmtes Recht zum Gegenstand.* Abgeleitet vom Grundgedanken der Art. 261, 290 OR, Art. 14 f. LPG ist bei solchen Verträgen grundsätzlich die Zulässigkeit eines rechtsgeschäftlichen Vertragsübergangs ohne Zustimmung der verbleibenden Vertragspartei anzunehmen, wenn diese Sache oder dieses Recht auf einen Dritten übergeht.[76]

(b) Zahlreiche Verträge sind *funktional mit einem Betrieb oder Betriebsteil verbunden.* Hat bspw. eine Gesellschaft aus der Pharmaindustrie verschiedene Divisionen und produziert Pflanzenschutzmittel in der agrochemischen Division, so ist ein Sukzessivlieferungsvertrag über dieses Pflanzenschutzmittel mit

---

69 *Schwenzer* (FN 11) N 92.04.

70 Dazu IV.C.2.a).

71 Angetönt bei *Wiegand/Wichtermann* (FN 37) 81.

72 Aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse kann ein «automatischer» Vertragswechsel *ex lege* jedoch grundsätzlich nicht ohne gesetzliche Grundlage gegenüber einem Dritten, d.h. dem Vertragsübernehmer, wirksam vereinbart werden; vgl. jedoch unten FN 76.

73 Statt vieler *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (FN 5) N 1257; *Schwenzer* (FN 11) N 34.04 ff.; mit ähnlichem Ansatz wie hier: *Loser-Krogh* (FN 7) 1107; BSK FusG-*Malacrida,* Art. 73 N 18 ff.; vgl. zudem die Nachw. unten FN 80.

74 BGE 127 III 529, 532; *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (FN 5) N 1278 f., je mit weiteren Hinweisen; differenzierend BK-*Kramer,* OR 18 N 260.

75 Man könnte hier auch eine Gesamtanalogie annehmen, vgl. dazu *Ernst A. Kramer,* Juristische Methodenlehre, Bern 1998, 150 f.

76 Weitergehend in Fällen einer Besitzanweisung BSK ZGB II-*Stark,* Art. 924 N 11 ff., der generell sogar einen gesetzlichen Vertragsübergang annimmt; vgl. aber oben FN 72.

der entsprechenden Division wirtschaftlich verbunden. Wird die Division abgespalten oder veräussert, hat der Käufer allein ein Interesse daran, einen Vertrag mit derjenigen Person zu haben, gegen die er auf Realerfüllung (Lieferung des Pflanzenschutzmittels) und nicht bloss auf Schadenersatz klagen kann; der Verkäufer umgekehrt daran, sich seiner Verpflichtung zu entledigen, die er selbst nicht mehr real erfüllen kann. Der Vertragsübergang liegt *ex ante* letztlich im Interesse beider Parteien. Eine Vertragsklausel, die vernünftige und redliche Parteien für den Fall eines Übergangs der Division vereinbaren würden, sähe deshalb vor, dass der Verkäufer das Recht und die Pflicht hat, den Vertrag zu übertragen, ohne die Zustimmung des Käufers des Pflanzenschutzmittels einzuholen. Allenfalls würde eine Haftung des übertragenden Rechtsträgers vorbehalten werden, wie es Art. 47 und 75 FusG aber ohnehin vorsehen. Entsprechendes gilt für alle Verträge, deren Ausführung mit dem Übergang eines Betriebs etc. für die übertragende Partei *subjektiv unmöglich* wird und allein die übernehmende Partei zur Leistung befähigt ist (etwa das übernommene Forschungsteam bei einem Forschungsauftrag, die Druckerei bei einem langdauernden Druckereivertrag). Darunter fallen insb. zahlreiche Verträge, die eine persönliche Leistungspflicht des Altschuldners i.S.v. Art. 68 OR zum Inhalt haben; eine solche Verpflichtung spricht also – was auf den ersten Blick paradox erscheinen mag – bei einem Übergang des betroffenen Betriebs meist für die Zulässigkeit oder sogar für die Verpflichtung zur zweiseitigen Vertragsübernahme.[77] Darüber hinausgehend ist zwar keine Pflicht, aber ein Recht auf zweiseitige Vertragsübernahme dann anzunehmen, wenn den Parteien faktisch eine Erfüllung durch den entsprechenden Betrieb oder Teilbetrieb (als Schuldner) oder gegenüber diesem (als Gläubiger) *vorschwebte;* Indizien dafür sind Hinweise im Vertrag auf einen bestimmten Betrieb, Betriebsteil, Division, Zweigniederlassung etc. Auch hier besteht ein *wirtschaftlicher Vertragskonnex*. Ein Darlehensvertrag, der ausdrücklich der Finanzierung der erwähnten agrochemischen Division dient, ist somit bei Übertragung der Division unter der Haftung nach Art. 47 bzw. 75 FusG übertragbar (*pro memoria* sei festgehalten, dass Darlehens- oder Zinsschulden nach FusG grundsätzlich ohnehin übertragbar sind).

Entscheidend ist also, ob (1) durch *Übergang eines Betriebs, Teilbetriebs oder Vermögensgegenstands* (2) die *Leistung einer Vertragspartei (subjektiv) verunmöglicht* wird oder wenigstens der Vertrag *nicht mehr so ausgeführt* werden kann, wie es faktisch *den Parteien vorschwebte,* sondern vielmehr (3) die *übernehmende Partei funktional die Position* der übertragenden Partei *eingenommen* hat, und deshalb (4) der *Übergang* eines damit verbundenen Vertrags *ex ante im Interesse beider Parteien liegt oder wenigstens keiner Partei zum Nachteil gereicht,* beides jedenfalls bei solidarischer Haftung der übertragenden Partei, wie in Art. 47 bzw. 75 FusG vorgesehen. In diesen Fällen muss eine richterliche Vertragsergänzung greifen und ein einheitliche Vertragsübernahme ohne Zustimmung der an der Umstrukturierung nicht beteiligten Vertragspartei zulässig sein.

Diese richterliche Vertragsergänzung kann umso leichter fallen, da im FusG Forderungen und Schulden aus dem Vertrag i.d.R. unabhängig von einer Vertragsübernahme – und grundsätzlich auch unabhängig von der Übertragung der entsprechenden Betriebe, Betriebsteile oder Vermögensgegenstände – übertragen werden können.[78] Zudem kann ohne entsprechende Anhaltspunkte *nicht* davon ausgegangen werden, dass die Vertragsparteien *einer sinnvollen Umstrukturierung Steine in den Weg* legen wollten. Als sinnvolle Umstrukturierungen anerkennt auch der Fiskus solche, bei welchen ein Betrieb oder Teilbetrieb übergeht.[79] Es ist deshalb jedenfalls *beim Übergang von Betrieben oder Teilbetrieben* ein tiefer Massstab für die Vertragsergänzung anzusetzen und die *Zulässigkeit bei einem Zusammenhang des Vertrages* zum Betrieb oder Teilbetrieb *(natürlich) zu vermuten.*

Ein im Ergebnis ähnlicher Ansatz ergibt sich, wenn man das Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehrt und von grundsätzlicher Zulässigkeit von zweiseitigen Vertragsübertragungen ausgeht, aber bei entspre-

[77] Vgl. dazu die beim Übergang von Schulden entwickelten Grundsätze unten IV.D.2.a).

[78] Dazu unten IV.

[79] Vgl. insb. Art. 19 Abs. 1 Bst. b, Art. 61 Abs. 1 Bst. b und d DBG; vgl. auch *Loser-Krogh* (FN 7) 1107; *Teichmann* in: Lutter (Hrsg.), UmwG, 2. A., Köln 2000, § 132 N 17 ff., 38 ff. Die Vermögensübertragung kann zwar nur bei bestimmten Konzerntatbeständen sowie bei Übertragung von einer natürlichen auf eine juristische Person steuerneutral erfolgen; diese Einschränkung ist im Zivilrecht jedoch nicht massgebend, da es hier um die Interessenlage der anderen Vertragspartei geht, welche bei Betriebsübergängen generell gleich liegt.

chendem (tatsächlichen oder hypothetischen) Parteiwillen eine Zustimmung der anderen Vertragspartei verlangt.[80]

Für eine rechtswirksame Vertragsübernahme ist nach FusG erforderlich, dass der im Rahmen der vorangehenden Ausführungen *übertragbare Vertrag* bei einer Spaltung oder Vermögensübertragung *in das Inventar aufgenommen* wird; geht er als Teil eines Betriebs über und ist er diesem ohne weiteres zuordenbar, ist er bereits durch die Bezeichnung des Betriebs erfasst.[81] Im Übrigen sollte ein ins Inventar aufgenommener Vertrag, der nicht mittels einheitlicher Vertragsübernahme ohne Zustimmung der anderen Vertragspartei übernommen werden kann, in eine Übertragung aller aus dem Vertrag stammenden Forderungen und Schulden umgedeutet werden (Konversion[82]), so dass – folgt man entgegen der hier vertretenen Ansicht allein der Einheitstheorie – bloss das Rechtsgrundverhältnis und die damit verbundenen Gestaltungsrechte zurückbleiben.

IV. Übertragung von Forderungen und Schulden (als hauptsächlicher Inhalt von Verträgen) im FusG

A. Die Übertragung von Forderungen und Schulden im Unterschied zu der Übertragung eines Vertragsverhältnisses selbst

Schulden und Forderungen sind Bestandteile (und Folgen) eines Vertragsverhältnisses. Wird das gesamte Vertragsverhältnis mit einer einheitlichen Vertragsübernahme übertragen (oben III), gehen grundsätzlich auch die darin enthaltenen Schulden und Forderungen über. Auch ohne einheitliche Vertragsübernahme können jedoch Schulden und Forderungen aus einem Vertrag im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen übertragen werden. Ob die Übertragung sämtlicher Schulden und Forderungen aus einem Vertragsverhältnis auch einen Übergang des Vertragsverhältnisses bewirkt, bestimmt sich nach allgemeinem Schuldrecht und ist u.E. zu bejahen (vgl. oben II.C). Im Übrigen ist die Aufteilung von einzelnen Forderungen und Verpflichtungen, unabhängig vom Vertragsverhältnis, grundsätzlich zulässig.[83]

B. Nur «übertragbare» Forderungen und Schulden als nach FusG übergehende Forderungen und Schulden

Die Materialien sprechen davon, dass *nur übertragbare Aktiven und Passiven* bzw. Rechte (darunter Forderungen) und Schulden Gegenstand der Übertragung gemäss Inventar sein könnten;[84] eigentlich eine Tautologie. Dieser Satz galt so nach ganz h.L. (und gilt weiterhin) auch bei der fusionsrechtlichen Universalsukzession.[85] Jedenfalls bedeutet dies grundsätzlich umgekehrt, dass *«nicht übertragbare» Rechte und Verpflichtungen*, wie auch immer diese zu definieren sind, *nicht übertragen werden können* und *beim alten Rechtsträger verbleiben*, soweit dieser nicht untergeht. Dies statuiert etwa § 131 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 2 UmwG ausdrücklich – die «selbstverständliche Rechtsfolge»[86], sollte man eigentlich meinen, von der abzuweichen es entgegen bestimmter Meinungen[87] keinen Grund gibt (die Abweichung würde vielmehr fundamentale privatrechtliche Grundsätze verletzen). *Zu bestimmen bleibt* aber, *was «übertragbar» bedeutet*; dies wird in den Materialien nicht definiert. Kaum etwas kann den Aussagen entnommen werden, die Übertragungen bei Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung brächten (lediglich) eine Vereinfachung von Formvorschriften[88] oder die Übertragung nach Inventar tangiere das materielle Recht nicht,[89] was für

[80] *Frick* in Handkomm. (FN 44), FusG 69 N 22 f.; BSK FusG-*Watter/Büchi*, Art. 52 N 13.

[81] BSK FusG-*Watter/Büchi*, Art. 52 N 13.

[82] Vgl. allgemein etwa BK-*Kramer*, OR 11 N 161 ff.

[83] H.L. in Deutschland, vgl. *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, Umwandlungsgesetz/Umwandlungssteuergesetz, 3. A., München 2001, § 131 UmwG N 48 ff.

[84] Botschaft, BBl 2000 4431 (Spaltung); Votum *Cina*, Amtl. Bull. 2003 NR 243; Votum BR *Metzler*, Amtl. Bull. 2003 NR 244; *Turin* (FN 43) 107.

[85] *Amstutz* in Kren Kostkiewicz/Bertschinger/Breitschmid/Schwander (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002 [zit. Handkomm. OR], OR 748 N 27; ZK-*Bürgi/Nordmann*, Vorbem. zu OR 748–750 N 16; *Gantenbein* (FN 122) 31; BSK OR II-*Tschäni*, Art. 748 N 18.

[86] *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz (FN 83) § 131 UmwG N 92.

[87] So zu rechtsgeschäftlichen Übertragungshindernissen, Nachw. unten FN 106, und zu höchstpersönlichen Verpflichtungen, Nachw. unten FN 132.

[88] Botschaft, BBl 2000 4421 (Fusion), 4431 und 4445 (Spaltung), 4464 (Vermögensübertragung).

[89] So Votum BR *Metzler*, Amtl. Bull. 2003 NR 244; *Turin* (FN 43) 107; nun auch Eidg. Amt für das Handelsregister (FN 55) 13 und 19.

Schulden ohnehin offensichtlich nicht stimmt.[90] Da Einigkeit insofern besteht, dass die *Übertragungen nach FusG von Singularsukzessionen abzugrenzen* sind,[91] können singularsukzessorische Regeln nicht automatisch eins zu eins auf Erstere angewendet werden.[92] Auszugehen ist vielmehr von *gemeinsamen Grundsätzen*, welchen Universal- und Singularsukzession zugrunde liegen, und die sich – wie zu zeigen sein wird – in vielen Punkten nicht kategorisch voneinander unterscheiden.

C. Übertragung von Forderungen

1. Grundsatz: Übertragbarkeit von Forderungen

Forderungen gehören zu den bei Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung übertragbaren Aktiven. Dazu gehören insbesondere *Forderungen aus Vertrag;* ferner gehören dazu im Rahmen des geltenden Zessionsrechts auch *zukünftige* Forderungen.[93]

2. Übertragungsbeschränkungen

a) Möglichkeit und Wirkungen von vertraglichen Übertragungsbeschränkungen im bisherigen Recht

Die Übertragung von Forderungen kann vertraglich beschränkt werden: Dies gilt unbestrittenermassen sowohl für die *Abtretung* (Art. 164 Abs. 1 OR) als auch für den klassischen Fall der *Universalsukzession,* den Erbgang, indem man eine Forderung als unvererbbar[94] erklärt. Auch ohne gesetzliche Bestimmungen ergibt sich diese Möglichkeit bereits aus der *Vertragsfreiheit* (Art. 19 Abs. 1 OR).[95] Mit Abtretungsverboten oder Klauseln, nach welcher die Forderung unvererbbar ist, wird nach richtiger Auffassung der *Inhalt der Obligation,* also das ursprüngliche Leistungsversprechen des Schuldners, *beschränkt.*[96]

Ist der Inhalt einer Verpflichtung dergestalt durch ein Abtretungsverbot beschränkt, würde dieser Inhalt durch eine wirksame Abtretung ausgedehnt bzw. verändert.[97] Die «abgetretene» Forderung wäre nicht mehr identisch[98] mit der ursprünglichen Forderung, da das Subjekt – im Gegensatz zu einer übertragbaren Forderung – nach dem Parteiwillen dafür wesentlich ist. Entweder müsste der Zedent mit dem Zessionar eine Abänderung der ursprünglichen Forderung zwischen Zedent und *debitor cessus* zu dessen Lasten

90 Vgl. unten IV.D.2. Auch bei Verfügungen über Aktiven geht es nicht nur um die Vereinfachung von Formvorschriften, sondern zumindest um eine Lockerung des Bestimmtheitserfordernisses, indem für eine Reihe von Aktiven bloss noch Bestimmbarkeit vorgeschrieben ist (vgl. Art. 37 Bst. b und Art. 38 FusG [Spaltung]; Art. 71 Abs. 1 Bst. b und 72 FusG [Vermögensübertragung]).

91 *Turin* (FN 43) 56; eine andere Frage ist, ob die Übertragung nach Inventar in jedem Fall die Wirkungen einer fusionsrechtlichen Universalsukzession hat, vgl. oben III.D.1.

92 Zu Recht wurde in das FusG kein direkter Verweis auf singularsukzessorische Übertragungshindernisse aufgenommen, wie etwa in § 132 UmwG geschehen, der nach deutscher h.L. so verfehlt ist, vgl. *Teichmann* (FN 79) § 132 N 10; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz (FN 83) § 132 UmwG N 3. Umgekehrt sind aber allgemeine Prinzipien auch im FusG zu beachten, vgl. oben FN 62.

93 Vgl. *Turin* (FN 43) 106.

94 Damit ergibt sich automatisch eine Befristung der Forderung, da sie aufgrund der Unübertragbarkeit mit dem Untergang (Tod) des Rechtssubjekts erlischt. Entscheidend an einer Unvererblichkeitsklausel ist aber i.d.R. nicht die Befristung, sondern die (höchstpersönliche) Verknüpfung mit dem entsprechenden Rechtssubjekt.

95 Zutreffend *von Tuhr/Escher* (FN 29) 347. Bekanntlich verhält es sich namentlich im Sachenrecht grundsätzlich anders, wo das Prinzip des *numerus clausus* gilt (Typengebundenheit und Typenfixierung, vgl. nur BSK ZGB II-*Wiegand,* Vor Art. 641 ff. N 61). Jedenfalls im schweizerischen Recht ist es deshalb abzulehnen, rechtsgeschäftliche Abtretungsverbote als Ausnahme vom Grundsatz anzusehen, dass niemand die Verfügungsmacht über ein veräusserliches Recht durch Rechtsgeschäft beschränken kann (so aber *Karl Larenz,* Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, 6. A., München 1983, 312). Denn ob eine Forderung überhaupt veräusserlich ist, richtet sich nach dem Inhalt der Forderung, der (innerhalb Art. 19 f. OR) privatautonom festgelegt werden kann; hier knüpfen Abtretungsverbote i.S.v. Art. 164 Abs. 1 OR an. Weder Art. 164 Abs. 1 OR noch § 399 BGB eröffnen jedoch die Möglichkeit, dass der Gläubiger mit einem Dritten vereinbaren kann, die Verfügungsmacht über eine nach dem Willen von Gläubiger und Schuldner abtretbare Forderung zu beschränken.

96 *Von Tuhr/Escher* (FN 29) 347.

97 Dies ist auch auf der Leistungsebene zu sehen: Verspricht der Schuldner allein, ausschliesslich an Person A zu leisten, bedeutet es eine einseitige Ausdehnung bzw. Änderung des Leistungsversprechens, wenn der Schuldner nun aufgrund einer Zession an Person B leisten muss. Bei abtretbaren Forderungen verspricht der Schuldner (bzw. dies «vermutet» das Gesetz) jedoch von Anfang an, auch an den Zessionar statt an A selbst zu leisten.

98 Zur Identität als Voraussetzung der Übertragbarkeit vgl. *Jürg Suter,* Die Fusion von Aktiengesellschaften im Privatrecht und im Steuerrecht, Zürich 1966, 30 ff., mit Hinw. auf *Andreas von Tuhr,* Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I und II 1/2, Leipzig 1910, München und Leipzig 1914/1918, 219 f.

vereinbaren, dem aber die Relativität der Schuldverhältnisse entgegensteht; oder der Zedent überträgt ein Recht, das er so nicht hat, was dem Grundsatz *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* zuwiderläuft. Eine «Übertragung» kann deshalb nur erfolgreich sein, wenn der gute Glaube des Zessionars geschützt wird (so etwa in 164 Abs. 2 OR). Aus diesen Gründen wirkt ein Abtretungsverbot (aber auch eine Unvererbbarkeitsklausel) unmittelbar gegenüber Dritten, wie nach ganz h.L. anerkannt.[99] Wäre ein *pactum de non cedendo* hingegen eine eigenständige Verpflichtung des ursprünglichen Gläubigers gegenüber dem Schuldner,[100] würde seine Verletzung, da bloss *inter partes* geltend, zu blossen Schadenersatzansprüchen zu führen.[101]

b) Möglichkeit und Wirkungen von vertraglichen Übertragungsbeschränkungen im FusG

Die Vertragsfreiheit wird durch das FusG in Bezug auf Übertragungsbeschränkungen nicht eingeschränkt. Die Parteien eines Vertrages können deshalb weiterhin *die Übertragung von Forderungen* auch im Hinblick auf Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen *einschränken*. Auch der Grundsatz, dass niemand mehr Rechte übertragen kann, als er hat, erfährt keine Einschränkungen im FusG. Haben Schuldner und Gläubiger vereinbart, dass eine Forderung nicht übertragbar ist, wird sie daher – allfällige Gutglaubensvorschriften vorbehalten – [102] effektiv nicht übertragen; dies gilt vorbehaltlos aber nur, wenn eine Übertragbarkeit gerade auch für Fusionen, Spaltungen oder Vermögensübertragungen ausgeschlossen ist.

Ein (praktisch häufig anzutreffendes) *vertragliches Abtretungsverbot* bezieht sich nach dem Wortlaut i.d.R. bloss auf Übertragungen nach Art. 164 OR, ist jedoch nach dem von den Parteien beabsichtigten Zweck auszulegen. Sind bloss einzelne Forderungen Gegenstand einer Spaltung oder Vermögensübertragung, wird eine teleologische Interpretation regelmässig zum Ausschluss der Übertragbarkeit führen. Nicht mehr von einer solchen Auslegung gedeckt wird jedoch regelmässig der Fall sein, wo *Betriebe oder Teilbetriebe übertragen* werden, welche mit der in Frage stehenden Forderung funktional verbunden sind; im Einzelfall auch bei der Übertragung sonstiger verbundener Vermögensgegenstände. Eine solche funktionale Verbindung ergibt sich bei Forderungen noch häufiger als bei ganzen Vertragsverhältnissen.[103] In solchen Fällen[104] ist u.E. ohne ausdrückliche anderweitige Regelung anzunehmen, die *Übertragung sei nicht beschränkt*.[105]

Eine weitergehende Unwirksamkeit vertraglicher Übertragungshindernisse[106] ist aber u.E. abzulehnen.

99 Statt vieler BSK OR I-*Girsberger,* Art. 164 N 32; *Schwenzer* (FN 11) N 90.26.

100 D.h. mit «umgekehrten Vorzeichen» zur Hauptforderung.

101 In einer Reihe anderer Rechtsordnungen ist die Beschränkung der Abtretbarkeit für bestimmte Forderungen (und damit die Inhaltsfreiheit) aus volkswirtschaftlichen Gründen eingeschränkt (vgl. etwa *Hans Kuhn,* Zur Neuordnung des grenzüberschreitenden Forderungsabtretung im Einheitlichen UN-Abtretungsrecht, SZW 2002 129 ff., 134; BSK OR I-*Girsberger,* Art. 164 N 32); nach § 354a deutschem HGB bspw. ist ein Abtretungsverbot bei Geldforderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften unwirksam und bewirkt bloss, dass der Schuldner auch nach Kenntnis der Abtretung noch an den Zedenten leisten kann.

102 Gutgläubiger Erwerb von Rechten ist bei einer Fusion ausgeschlossen (ZK-*Bürgi/Nordmann,* Vorbem. zu OR 748–750 N 15; *Suter* (FN 98) 32 ff.), was auch im FusG gilt (BSK FusG-*Tschäni/Papa,* Art. 22 N 8). Es ist u.E. nicht entscheidend, ob es sich um eine Universalsukzession handelt, sondern vielmehr, ob die *Lage der am Rechtsträger wirtschaftlich Berechtigten,* der Gesellschafter, eine Wissenszurechnung rechtfertigt. Wenn man bei der Fusion die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers nicht schützt, weil die Gesellschafter des aufgelösten Rechtsträgers keine Vorteile aus gutgläubigem Erwerb ziehen sollen, ist auch bei der Spaltung durch Übernahme (ohnehin bei der Spaltung zur Neugründung) kein gutgläubiger Erwerb zuzulassen. Bei der Vermögensübertragung (jedenfalls an wirtschaftlich unabhängige Rechtsträger) scheint es hingegen nicht von vorneherein ausgeschlossen, Vorschriften betreffend gutgläubigen Erwerb von Rechten (analog) anzuwenden; ähnlich *Tschäni* (FN 45) 95.

103 Dazu oben II.III.4.

104 Dies ohne weitergehende Voraussetzungen, wie es für eine Lückenfüllung bei Verträgen u.U. der Fall ist. In speziellen Konstellationen kann aber auch hier eine teleologische Auslegung dazu führen, dass die Übertragbarkeit beschränkt ist, z.B. bei Übertragung an einen direkten Konkurrenten des Schuldners, ohne dass der Betrieb früher den Schuldner direkt konkurrenzierte.

105 Gl.M. BSK FusG-*Malacrida,* Art. 73 N 20; *Tschäni* (FN 45) 95; vgl. für das deutsche Recht *Teichmann* (FN 79) § 132 N 34; a.M. wohl *Turin* (FN 43) 110; weitergehend: vgl. FN 106.

106 So *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Fritsche/Berlinger* (FN 26) E.2.b), *Büchi* (FN 44) 172; sinngemäss *Beretta* (FN 44), 253 f., und dazu oben IV.B. Dass die Universalsukzession solche Wirkungen habe, stellt nicht die h.L. in Deutschland dar (insb. nicht bei Abspaltung und Ausgliederung), vgl. *Teichmann* (FN 79) § 132 N 34; *Sagasser/Sickinger* in Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, Verschmelzung – Spaltung – Formwechsel – Vermögensübertragung, 2. A., München 2000, Kap. N Rz 50; für

Zutreffend ist, dass die Parteien schon bisher wie im FusG *nicht wirksam vereinbaren* können, dass eine *Auflösung* ohne Liquidation *verhindert* werde und die Forderung beim alten Rechtsträger zurückbleibe; die Fusion bleibt in diesem Fall wirksam, aber die Forderung geht unter, wobei allfällige Schadenersatzansprüche im Einzelfall wohl denkbar sind. Hingegen ist die Vereinbarung wirksam, dass die Forderung bei einer Fusion oder Aufspaltung nicht übertragen werden kann und deshalb erlischt, oder dass bei einer Fusion gekündigt werden kann (i.S.v. Change of Control-Klauseln);[107] ebenso kann der Bestand einer Forderung durch die Klausel, der Gläubiger müsse dem Übergang zustimmen, durch Nichtzustimmung innert einer bestimmten Frist resolutiv (aber nicht durch Zustimmung suspensiv)[108] bedingt werden.[109] Ist umgekehrt die Übertragung durch Abspaltung oder Vermögensübertragung vertraglich ausgeschlossen, wird die Forderung weiterhin beim alten Gläubiger bleiben – und ohne entsprechende Vereinbarung nicht etwa erlöschen.[110] Ebenso kann sich ein Rechtsträger nicht wirksam dazu verpflichten, generell keine Spaltungen oder Vermögensübertragungen durchzuführen.[111] Denn durch eine Vereinbarung zwischen zwei Parteien kann nicht wirksam verhindert werden, dass beliebige *Rechte* einer der Parteien *gegenüber einem Dritten,* auf deren Inhalt die beiden Parteien dieser Vereinbarung selbst (aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse) keinen Zugriff haben, durch Abtretung, aber auch durch Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung übertragen werden; im Verletzungsfall bleiben nur Schadenersatzansprüche.

c) Wirkungen von gesetzlichen oder in der «Natur» begründeten Übertragungsverboten im FusG

Art. 164 Abs. 1 OR nennt als Abtretungshindernisse neben vertraglichen Abtretungsverboten auch solche, die durch Gesetz oder «Natur», worunter nach richtiger Auffassung der hypothetische Parteiwille zu verstehen ist,[112] begründet werden. Auch ohne dass dieser Artikel auf Spaltungen, Umwandlungen oder gar Fusionen direkt anwendbar wäre, ist selbstverständlich, dass sowohl gesetzliche Übertragungsverbote als auch solche, welche sich aus richterlicher Vertragslückenfüllung ergeben, im FusG Geltung haben und, falls anwendbar, die Übertragung effektiv verhindern.[113] Übertragungsverbote, die meist auf die Abtretung zugeschnitten und oft schon nach dem Wortlaut darauf beschränkt sind, können jedoch nicht eins zu eins auf die Übertragungsformen nach FusG angewandt werden. Vielmehr sind sie nach ihrem jeweiligen (Schutz-)Zweck auszulegen, was in ähnlicher Weise wie bei den vertraglichen Abtretungsverboten geschieht. Zudem muss bei dieser Auslegung die gesetzliche Wertung noch verstärkt beachtet werden, dass gewisse Umstrukturierungen wie Fusionen, Spaltungen in Bezug auf Betriebe oder Teilbetriebe sowie Vermögensübertragungen in Konzernverhältnissen steuerlich privilegiert sind und somit als sinnvoll erachtet werden;[114] In diesen Fällen werden Übertragungsverbote regelmässig nicht greifen.

D. Übertragung von Schulden

1. Durchbrechung des Grundsatzes, dass Schulden nicht übertragbar sind, im FusG

Im Gegensatz zu Forderungen (durch den Gläubiger) sind Schulden durch den Schuldner nach allgemeinen Obligationenrecht nicht ohne Mitwirkung des Gläubigers übertragbar (Art. 176 Abs. 1 OR). Dass der Schuldner sich nicht einseitig seines Leistungsversprechens gegenüber dem Gläubiger entledigen kann, ergibt sich (bei vertraglichen Verpflichtungen) aus dem Grundsatz *pacta sunt servanda*. Auch wenn ein Dritter gegenüber dem Gläubiger dieselbe Leistung wie der ursprüngliche Schuldner verspricht, ist Letzterer erst durch das Einverständnis des Gläubigers (abgegeben gegenüber dem Dritten)[115] von seinem Leistungsversprechen entbunden. Erst die tat-

vertragliche Abtretungsverbote a.M. *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz (FN 83) § 132 UmwG N 24.

107 BSK FusG-*Tschäni/Papa,* Art. 22 N 10.

108 Im Einzelfall könnte eine solche Klausel in Erlöschen der alten Forderung und Option auf Neubegründung bei Zustimmung umgedeutet werden.

109 U.E. zu wenig differenziert BSK FusG-*Tschäni/Papa,* Art. 22 N 9.

110 Oben IV.B.

111 Vgl. BSK FusG-*Malacrida,* Art. 73 N 21.

112 *Koller* (FN 11/Mängelrechte) 14.

113 Oben IV.B.

114 Vgl. oben III.D.4 sowie FN 79. Dabei fallen rein steuersystematische Realisierungen für diesen Wertungseinbezug im Zivilrecht ausser Betracht.

115 Dieses Einverständnis beinhaltet einen Verzicht auf die Leistung des Schuldners, welcher Verfügungswirkung hat.

sächliche Erfüllung durch einen Dritten hat bei (nicht [höchst-]persönlichen) Schulden befreiende Wirkung.[116]

Unter die Passiven, die bei Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung übertragen werden können, gehören – als praktisch weitaus wichtigste Passiven – *Schulden und Verbindlichkeiten aus Vertrag.*[117] Das FusG *durchbricht* den Grundsatz *pacta sunt servanda* und ermöglicht die Übertragung bzw. eine im Rahmen der Haftungsbestimmungen privative Übernahme von Schulden. Spaltung und Vermögensübertragung stehen im Gegensatz zum bisherigen Recht nicht unter der Voraussetzung, dass der alte Schuldner stirbt bzw. untergeht (Art. 560 ZGB; Art. 748 OR), oder dass wenigstens ein ganzes Vermögen oder Geschäft übertragen wird (Art. 181 OR); vielmehr können sie auch *bloss einzelne Aktiven und Passiven* zum Gegenstand haben.[118] Im Gegenzug für die einseitige Übertragung stellt das FusG Schutzbestimmungen zur Sicherung der Gläubigerinteressen auf (insb. Recht auf Sicherstellung des Gläubigers sowie Solidarhaftung des Altschuldners, welche bei der Spaltung subsidiär und unbegrenzt, bei der Vermögensübertragung zeitlich begrenzt ist).

2. *Was sind nach FusG «übertragbare» Passiven bzw. Schulden?*

Ähnlich wie bei den Aktiven wird gesagt, nur «übertragbare» Passiven bzw. Schulden könnten mittels Übertragung gemäss Inventar übertragen werden.[119] Grundsätzlich sind Schulden aber *per se* nicht übertragbar; umgekehrt will das FusG die Übertragbarkeit gerade ermöglichen. Folglich können mit «unübertragbaren» Schulden nicht solche gemeint sein, die nach Art. 176 OR zur Übernahme der Zustimmung des Gläubiger bedürften. Kaum gemeint ist auch das Umgekehrte, nämlich Übertragbarkeit i.S.v. Art. 176 OR bei erfolgter Zustimmung. Da die Zustimmung gleichzeitig eine Inhaltsänderung mit einschliessen kann, etwa auf eine persönliche Leistung i.S.v. Art. 68 OR zu verzichten,[120] sind praktisch keine Verpflichtungen selbst bei Zustimmung des Gläubigers schlechthin nicht übertragbar.[121] In den Materialien sucht man vergeblich, was mit «übertragbaren» Passiven gemeint ist. Mangels anderer Hinweise ist von den zu Art. 748 OR und Art. 181 OR entwickelten Grundsätzen auszugehen.

a) Höchstpersönliche Verpflichtungen

Nach überkommener, aber immer noch vertretener Lehre gehen höchstpersönliche Verpflichtungen i.S.v. Art. 68 OR bei einer *fusionsrechtlichen Universalsukzession* – wie selbstverständlich auch im Erbrecht – nicht über bzw. nur dann, wenn eine Zustimmung des Gläubigers vorliegt;[122] dasselbe gilt bei einer *Vermögens- oder Geschäftsübernahme* nach Art. 181 OR.[123] Diese Regel ist bei einer Universalsukzession im Übrigen auch auf ganze Vertragsverhältnisse anzuwenden, die eine persönliche Leistung beinhalten und durch den Tod des persönlich Leistenden befristet sind (bspw. Art. 379, 405 OR). Die genannte Lehre wurde teilweise bestritten und geltend gemacht, dass bei juristischen Personen die persönlichen Eigenschaften einerseits weniger ausgeprägt sind als bei einer natürlichen, da sowohl die geschäftstätigen Personen als auch die Gesellschafter dauernd wechseln können; ebenso kann sich die rechtliche Organisation (namentlich Statuten) verändern. Andererseits verändern sich die dergestalt ausgeprägten persönlichen Eigenschaften bei einer Fusion nicht grundlegend.[124] Hier löst sich also der Begriff der «Persönlichkeit» von der Konstruktion der juristischen Person und verschiebt sich hin zur (i.d.R.) wirtschaftlichen Realität, dem Unternehmen, das mit dieser juristischen Person – bzw. allgemein:

[116] *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (FN 5) N 2019 ff., 2031 ff.; *Schwenzer* (FN 11) N 7.28.

[117] Vgl. *Kläy/Turin* (FN 30) 32; *Turin* (FN 43) 107.

[118] Botschaft, BBl 2000 4431 (Spaltung) und 4460 (Vermögensübertragung); vorausgesetzt ist hingegen ein Aktivenüberschuss (Botschaft, BBl 2000 4431, Art. 71 Abs. 2 FusG).

[119] Botschaft, BBl 2000 4431 (Spaltung); Votum *Cina,* Amtl. Bull. 2003 NR 243; Votum BR *Metzler,* Amtl. Bull. 2003 NR 244; *Turin* (FN 43) 107.

[120] ZK-*Spirig,* Vorbem. zu OR 175-183 N 108, mit zahlreichen Nachw.

[121] Vgl. dazu ZK-*Spirig,* Vorbem. zu OR 175-183 N 111 ff. (auf einem offensichtlichen Versehen beruht dagegen N 117, die zu Art. 181 OR gehört; richtig N 108, vgl. oben FN 120).

[122] *Amstutz* in Handkomm. (FN 85) OR 748 N 27; *Burkhard K. Gantenbein,* Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht, Freiburg 1995, 31; BSK OR II-*Tschäni,* Art. 748 N 15.

[123] ZK-*Spirig,* OR 181 N 123; BSK OR I-*Tschäni,* Art. 181 N 5.

[124] *Küry* (FN 30) 75; *Lutz Mellinger,* Die Fusion von Aktiengesellschaften im schweizerischen und deutschen Recht, Diss. Zürich 1971, 64; *Suter* (FN 98) 34 f.

dem Rechtsträger i.S.d. FusG – verbunden ist.[125] Bei der Auslegung einer höchstpersönlichen Schuld i.S.v. Art. 68 OR (bzw. der betreffenden gesetzlichen Bestimmung oder vertraglichen Klausel, welche zu einer persönlichen Leistung verpflichtet) ist zu fragen, ob es bei der Leistung auf die *«Persönlichkeit»* des *mit dem Rechtsträger verbundenen Unternehmens, Betriebs oder Betriebteils* ankommt (was regelmässig der Fall sein wird), *oder* (ausnahmsweise) auf den *Rechtsträger selbst.*[126] Im ersten Fall handelt es sich um eine Teilmenge der Fallgruppe, wo auch das gesamte Vertragsverhältnis funktional mit einem Betrieb oder Betriebsteil verknüpft ist.[127] Dabei werden zwar Veränderungen des Unternehmens, Betriebs oder Betriebsteils im üblichen Rahmen einer solchen «Persönlichkeit» nichts anhaben können. Geht hingegen ein ganzes Unternehmen, der betreffende Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Rechtsträger über, ist nicht mehr der Altschuldner, sondern allein der übernehmende Rechtsträger in der Lage, die «persönliche» Leistung zu erbringen. In diesen Fällen ist es bei der Fusion zwingend und bei Spaltung und Vermögensübertragung zulässig, eine «persönliche» Schuld zu übertragen.[128] Der Schuldner wird oft sogar zur Übertragung der Schuld verpflichtet sein, um nicht schadenersatzpflichtig zu werden. Schliesslich verändert sich bei Umstrukturierungen innerhalb eines *Konzerns* die «Persönlichkeit» kaum, da hier die Schuld bloss innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit verschoben wird.

Die Botschaft übernimmt implizit diesen flexiblen Persönlichkeitsbegriff sogar für Persönlichkeitsrechte, die sie entgegen der traditionellen Lehre[129] als bei der Fusion übertragbar erklärt.[130] Da es dabei nicht um die Wirkungen der Universalsukzession, sondern um eine Auslegung der jeweils erforderlichen «Persönlichkeit» geht, findet diese Auslegung generell Anwendung.[131] Entscheidend ist, ob die Schuld nach Art. 68 OR *durch den übernehmenden Rechtsträger erfüllbar* ist. Umgekehrt aber, wenn die (i.d.R. wirtschaftliche) «Persönlichkeit» nicht auf den anderen Rechtsträger übergeht, können auch keine höchstpersönlichen Verpflichtungen übertragen werden.[132]

b) Künftige Schulden

Das FusG geht davon aus, dass auch Schulden des Rechtsträgers bzw. Forderungen der Gläubiger, die erst *künftig fällig* werden, übertragen werden können, wie sich aus der eigens für sie geschaffenen Regelung über den Verjährungsbeginn der Solidarhaftung ergibt.[133] Die Forderung eines Gläubigers muss nicht bereits erfüllbar oder entstanden sein; es genügt, wenn ein Rechtsgrund für sie gesetzt ist, d.h. eine *Anwartschaft* besteht. Somit können nicht nur Forderungen eines Gläubigers, die bereits entstanden, aber noch nicht erfüllbar sind (sog. betagte Forderungen) durch den Schuldner übertragen werden, sondern auch aufschiebend bedingte oder aufschiebend befristete Forderungen.[134] Übertragen werden können deshalb u.E. grundsätzlich *sämtliche gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten aus einem bestehenden Vertragsverhältnis,* auch bei unbefristeten Dauerschuldverhältnissen (vgl. dazu noch speziell unten E). Umgekehrt ist es nicht möglich, bloss «befürchtete» Schulden aus künftigen, noch nicht bestehenden Rechtsverhältnissen (bspw. aus einem Vertrag, der noch nicht abgeschlossen wurde), vorsorglich zu

[125] Vgl. bereits BGE 57 II 528, 531.

[126] Vgl. die Nachw. oben FN 124; präziser zu Art. 181 OR auch *von Tuhr/Escher* (FN 29) 398, wonach (einzig) Schulden nicht übertragbar sind, «deren Inhalt eine Erfüllung durch andere nicht gestattet».

[127] Oben III.D.4 (b).

[128] So auch in Deutschland, vgl. *Stratz* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz (FN 83) § 20 UmwG N 66; vgl. bereits oben III.D.4 (b). Im Gegensatz zu dort handelt es sich nicht um vertragliche Lückenfüllung (in Bezug auf das ganze Vertragsverhältnis), sondern um Auslegung des Begriffes «persönlich» (in Bezug auf eine Schuld).

[129] *Amstutz* in Handkomm. (FN 85) OR 748 N 27; ZK-*Bürgi/Nordmann,* Vorbem. zu OR 748–750 N 16; *Gantenbein* (FN 122) 31; BSK OR II-*Tschäni,* Art. 748 N 18.

[130] Botschaft, BBl 2000 4421.

[131] Für generellen Ausschluss höchstpersönlicher Schulden bei der Übertragung nach Inventar hingegen wohl *Turin* (FN 43) 107.

[132] A.M. *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Fritsche/Berlinger* (FN 26) E.2.c; sinngemäss *Beretta* (FN 44), 253. Auch nach h.L. in Deutschland sind höchstpersönliche Verpflichtungen nach UmwG nicht übertragbar (selbstverständlich bleibt zu prüfen, ob eine Verpflichtung höchstpersönlich ist), vgl. nur *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz (FN 83) § 131 UmwG N 87; *Sagasser/Sickinger* in Sagasser/Bula/Brünger (FN 106) Kap. N Rz 50; vgl. auch oben IV.B. *Büchi* (FN 44) 172 wiederum geht davon aus, dass es bei einer AG keine höchstpersönlichen Pflichten (offenbar auch nicht verbunden mit einem Betrieb) gibt.

[133] Vgl. Art. 26 Abs. 2 Satz 2, Art.48, Art. 75 Abs. 2 Satz 2 FusG.

[134] Vgl. allgemein zu diesen Typen *Larenz* (FN 95) 497 f.

übertragen. Dies entspricht im wesentlichen der h.L. zu Art. 181 OR.[135]

c) Vertragliche Übertragungsbeschränkungen

Vertraglich können die Parteien eine persönliche Leistung des Schuldners i.S.v. Art. 68 OR vereinbaren und, wenn sie einen Übergang durch Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung auch im Zusammenhang mit Betriebsübergängen wirksam verhindern wollen, in jedem Fall die Leistung ausschliesslich durch den entsprechenden Rechtsträger zulassen, was auch einseitig zu Gunsten des Gläubigers vereinbart werden kann.[136] Davon abgesehen ist eine Klausel für Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung unwirksam, mit welcher die Parteien bloss vereinbaren, was schon aufgrund von Art. 176 OR gilt, da diese Bestimmung, und mit ihr der Grundsatz *pacta sunt servanda,* durch das FusG durchbrochen wird.[137]

E. Forderungen und Schulden bei Dauerschuldverhältnissen

Nach einer Reihe von Lehrbüchern sollen «Rechte und Pflichten aus Dauerschuldverhältnissen» nicht nach Art. 181 OR übertragbar sein.[138] Dies bedeutet jedoch nicht, dass Forderungen und Schulden aus Dauerschuldverhältnissen nicht übertragbar sind, sondern ist auf die undifferenzierte Verwendung von «Rechte und Pflichten» und einer damit einhergehenden falschen bzw. ungenauen Zitierweise von *Früh* und *Bucher* zurückzuführen, indem nicht klar zwischen den Begriffen «Forderung und Schuld» sowie «Vertragsverhältnis» («als solches», d.h. losgelöst von Forderung und Schuld) unterschieden wird. Diese begriffliche Differenzierung gab umgekehrt erst Anlass, überhaupt auf die Idee zu kommen, das Vertragsverhältnisse nicht durch kombinierte Übertragung von Forderungen und Schulden übertragen werden können.[139] *Früh* und *Bucher* als Vertreter der Einheitstheorie stellen nicht in Frage, dass Forderungen und Schulden weiterhin und uneingeschränkt nach den auf sie anwendbaren Regelungen übertragbar blieben, dies auch im Rahmen von Art. 181 OR.[140] Gleich doppelt falsch wäre es, zuerst aufgrund begrifflicher Differenzierung zu folgern, Vertragsverhältnisse seien nicht durch kombinierte Übertragung von Forderungen und Schulden übertragbar, und anschliessend die Differenzierung wieder aufzuheben und zu folgern, da die Vertragsverhältnisse nicht übertragbar seien, seien es auch Forderungen und Schulden nicht. Für eine derartige Auslegung des Art. 181 OR ist kein Grund ersichtlich.[141]

Erst recht bietet das FusG keine Hand dafür: Selbst wenn man Übernahmen von ganzen Vertragsverhältnissen (i.S. der Einheitstheorie) bei Spaltungen und Vermögensübertragungen ablehnt, *hindert* der Umstand, dass *Schulden und Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen* stammen, ihre *Übertragbarkeit nicht.*

V. Das Verhältnis von rechtsgeschäftlichen zu gesetzlichen Vertragsübergängen

Bereits dargelegt wurde, dass gesetzliche Vertragsübergänge (etwa Art. 261, 290, 333 OR, Art. 14 f. LPG und Art. 54 VVG) bei Spaltungen und Vermögensübertragungen anwendbar sind.[142] Finden diese

[135] BSK OR I-*Tschäni,* Art. 181 N 5; ZK-*Spirig,* OR 181 N 113 mit weiteren Nachw. (unklar jedoch N 114).

[136] Dazu *Corrado Rampini,* Die nachträgliche Leistungserschwerung, Bern 2003, 153 (N 416 f.).

[137] Vgl. oben IV.D.1. Dagegen geht es bei der Übertragung von Forderungen um andere, vom FusG grundsätzlich nicht berührte Grundsätze, vgl. oben IV.C.2.a)-b).

[138] Etwa *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (FN 5) N 3834; *Max Keller/Christian Schöbi,* Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. IV, 2. A., Basel/Frankfurt a.M. 1985, 92; ebenso ZK-*Spirig,* OR 181 N 41.

[139] Dazu oben II.

[140] *Früh* (FN 3) 127: Ein Nichteinverständnis des Vertragsgegners zu einer Vertragsübertragung bei Geschäftsveräusserung wird praktisch kaum vorkommen [...]. Der Veräusserer könnte die Geschäftsforderungen infolge ihrer Unpersönlichkeit zedieren und den Erwerber zur Ausübung der Gestaltungsrechte und Entgegennahme von Gestaltungserklärungen ermächtigen; die Vertragsschulden gehen von Gesetzes wegen über. Dadurch würde ohne Zustimmung der Gegenpartei der Effekt einer Vertragsübertragung erreicht.» *Bucher* (FN 3) 591, der *Früh* zitiert: «Anlässlich einer Geschäftsübernahme gehen immer nur die einzelnen Forderungen und Pflichten auf den Erwerber über, nicht aber Schuldverhältnisse als solche, die der Veräusserer mit Dritten geschlossen hat (z.B. Mietverträge, Lizenzverträge [...]).»

[141] Gl. M. BSK OR I-*Tschäni,* Art. 181 N 6; ebenso wohl *Schaufelberger* in Handkomm. (FN 85) OR 181 N 3.

[142] Oben III.D.4; die Anwendung ist umfassend, d.h. bei einer Abspaltung einer Mietsache bspw. kann die übernehmende Tochtergesellschaft trotz anderer vertraglicher Vereinbarung nach Art. 261 OR kündigen, wenn sie nicht auch den Vertrag (bzw. Forderungen und Schulden) rechtsgeschäftlich übernommen hat, wie es auch bei Ein-

Bestimmungen, die regelmässig Kündigungsmöglichkeiten für die übernehmende oder für die unbeteiligte Vertragspartei vorsehen, auch bei einer Fusion Anwendung, oder bei Spaltung oder Vermögensübertragung in dem Fall, dass der Vertrag bzw. alle ihn betreffenden Forderungen und Verbindlichkeiten (explizit oder als Teil eines Betriebs) ins Inventar aufgenommen wurde? In diesen Fällen beruht der Vertragsübergang zugleich auf einem Rechtsgeschäft.[143] Auszugehen ist vom *Schutzzweck* der gesetzlichen Bestimmungen. Schützen sie die übernehmende Partei (so Art. 261, 290 OR, Art. 14 f. LPG), sind sie nicht anwendbar,[144] da die übernehmende Partei dem Übergang zugestimmt hat bzw. bei einer Spaltung mit Neugründung sich den im Spaltungsplan geäusserten Willen zurechnen lassen muss. Ist hingegen die unbeteiligte Vertragspartei geschützt (so Art. 333 OR, Art. 54 VVG), gelten sie grundsätzlich auch bei gleichzeitiger rechtsgeschäftlicher Übernahme ohne Zustimmung der unbeteiligten Vertragspartei; vorerst ist aber durch Auslegung ihr Anwendungsbereich zu ermitteln, ob sie auch etwa bei Übergang eines Betriebs oder Teilbetriebs gelten. Da Art. 333 OR gerade dafür geschaffen wurde und Art. 27, 49 und 76 FusG explizit auf ihn verweisen, ist er anzuwenden;[145] dagegen ist die Frage für Art. 54 VVG, der auf die isolierte Übertragung des Versicherungsgegenstands zugeschnitten ist, u.E. zu verneinen.

VI. Überprüfungskompetenz der Handelsregisterämter?

Gemäss dem neuen Art. 111 Abs. 2 HRegV hat das Handelsregisteramt bei Spaltungen und Vermögensübertragungen die Eintragung zu verweigern, wenn «die erfassten Gegenstände offensichtlich nicht frei übertragbar» sind. Verwirrend dabei ist, dass die dazu gehörigen Materialien darauf hinweisen, dass bei fehlender Zustimmung ein Vertrag nicht übertragbar sei.[146]

Die *Beweislast* für die *offensichtliche* Unübertragbarkeit trifft das Handelsregisteramt; es hat aber weder eine Nachforschungspflicht[147] noch ein entsprechendes Recht. Selbst nach der restriktivsten Auffassung sind Verträge bei entsprechenden Klauseln oder nach erteilter Zustimmung frei übertragbar. Sind die abschliessend aufgezählten[148] Belege vollständig eingereicht worden, kommt in keinem Fall eine Beweislastumkehr oder eine natürliche Vermutung für die offensichtliche Nicht-Übertragbarkeit in Frage; das Handelsregisteramt darf die Eintragung nicht von der Einreichung weiterer Belege, etwa von Vertragsurkunden oder Zustimmungserklärungen, abhängig machen. Zudem ist die *Rechtslage* noch nicht abschliessend geklärt; die Handelsregisterämter dürfen sich nicht mit Fragen befassen, welche nicht offensichtlich oder unzweideutig sind.[149]

Offensichtliche Nicht-Übertragbarkeit ergibt sich deshalb nur in *absoluten Ausnahmefällen,* etwa wenn die Übertragung eines Rechts schlechthin ausgeschlossen ist (z.B. des Wohnrechts, vgl. Art. 776 Abs. 2 ZGB), bei der Übertragung eines Gegenstands, der nicht unter menschlicher Verfügungsmacht steht (z.B. des Mondes), oder über den allgemeinnotorisch die beteiligten Rechtsträger unmöglich verfügen können (z.B. Übertragung der sektoriellen Abkommen Schweiz-EU durch private Rechtsträger). Abgesehen davon darf *bei Verträgen im Inventar die Eintragung nicht abgelehnt werden.*[150] Problemlos und u.E. am besten ist aber ohne-

zelübertragung gilt. Vorbehalten bleiben aber Durchgriffsfälle, insb. wenn die Übertragung nur zum Zweck der früheren Kündigung erfolgt ist.

143 Vgl. dazu oben III.A.

144 Im Ergebnis so auch die bisher h.L. zur Fusion, vgl. BSK OR II-*Tschäni,* Art. 748 N 13.

145 Mit dem Verweis ist die bisherige Streitfrage geklärt, ob Art. 333 auch auf die Fusion anwendbar ist; vgl. zum bisherigen Recht etwa BSK OR II-*Tschäni,* Art. 748 N 14. Darüber hinaus vgl. *Rémy Wyler,* Loi sur la fusion et protection des travailleurs, SZW 2004, p. 249.

146 Kommentierung zum Entwurf der Teilrevision der HRegV, Schreiben des Eidg. Amt für das Handelsregister vom 19. Dezember 2003 betr. Anhörung zur Teilrevision der Handelsregisterverordnung (Ausführungsbestimmungen zum Fusionsgesetz), Tabellarische Übersicht, S. 13 und 19. Vgl. auch FusG-*Watter/Büchi,* Art. 52 N 9.

147 Kommentierung zum Entwurf der Teilrevision der HRegV, Schreiben (FN 146), S. 13 und 19.

148 Vgl. Art. 106a und 108 HRegV.

149 BGE 125 III 18, 21 E. 3b; 121 III 368, 371 E. 2a; namentlich bei divergierenden Lehrmeinungen: BGE 117 II 186, 189 ff. E. 2 und 3.

150 Zur Möglichkeit der Konversion oben III.D.4. a.E. Bei einem privatrechtlichen Einspruch ist die Sache vom Gericht zu entscheiden (Art. 32 HRegV), das Handelsregisteramt hat keine Kompetenz, sich im Einzelfall mit der Auslegung von Verträgen oder dem Vorhandensein von Zustimmungen zu befassen. Es ist kein vorsorglicher Aufschub der Eintragung zu gewähren, da die Eintragung kaum je Rechtsnachteile für den Einsprecher nach sich zieht. Denn selbst bei erfolgter Eintragung sind nicht über-

hin die Formulierung im Inventar, es seien *«sämtliche (gegenwärtigen und künftigen) Rechte und Pflichten aus dem Vertrag XY»*[151] zu übertragen. Ob diese Übertragung auch den Übergang des Vertragsverhältnisses selbst bewirkt (sofern überhaupt noch relevant), ist definitiv nicht von den Handelsregisterämtern zu entscheiden.

VII. Umgehungsmöglichkeiten

Anzumerken ist, dass unter bisherigem Recht bspw. bei Spaltungen (die i.d.R. so durchgeführt wurden, dass das abzuspaltende Vermögen mittels Vermögensübernahme nach Art. 181 OR auf eine Tochtergesellschaft übertragen wurde und deren Aktien dann an die Aktionäre der Mutter «ausgeschüttet» wurden)[152] oft in Spaltungsverträgen vorgesehen wurde, dass die Muttergesellschaft Verträge, die nicht übertragen werden können, treuhänderisch für die Tochter ausführt, d.h. formell Vertragspartnerin bleibt, das wirtschaftliche Ergebnis des Vertrages aber dann anschliessend auf die Tochter übertragen wird (und die Tochter auch das entsprechende Risiko trägt). Gegen eine solche Vertragskonstruktion wird der Vertragspartner i.d.R. nichts einwenden können, Ausnahmen bestehen etwa dort, wo er in einem Lizenzvertrag die Weiterlizenzierung ausdrücklich untersagte.

VIII. Zusammenfassung

Beim Übergang von Verträgen ist begrifflich streng zwischen Forderungen, Schulden und Vertragsverhältnissen (und damit zwischen Schuldner, Gläubiger und Vertragspartei) zu unterscheiden. Die begriffliche Unterscheidung wie auch die betroffenen Interessen rechtfertigen es aber nicht, in den Rechtsfolgen danach zu differenzieren, ob «bloss» alle Forderungen und Schulden eines Vertragsverhältnisses übertragen wurden oder das Vertragsverhältnis selbst (einheitliche Vertragsübernahme). Vielmehr ist auch dem ersten Fall – entgegen der h.L. – die Wirkung eines Übergangs des Vertragsverhältnisses zuzuerkennen.

Eine einheitliche Vertragsübernahme ohne Zustimmung des Dritten ist bei der Fusion zulässig, bei Spaltung und Vermögensübertragung nach dem gesetzgeberischen Willen grundsätzlich nicht. Ausnahmen bestehen einerseits bei gesetzlichen, andererseits bei rechtsgeschäftlichen Vertragsübernahmen, welche keine Zustimmung des Dritten verlangen. Letztere sind teilweise gesetzlich vorgesehen, ansonsten bei entsprechender vertraglicher Abmachung zulässig und können sich auch durch Vertragslückenfüllung oder in Analogie zu gesetzlichen Vorschriften ergeben. Ein entsprechender hypothetischer Parteiwille kann sich insb. bei Verträgen ergeben, die funktional mit einem Betrieb, Teilbetrieb oder Vermögensgegenstand verbunden sind, wenn der entsprechende Betrieb oder Vermögensgegenstand übergeht; jedenfalls bei Übergängen von Betrieben oder Teilbetrieben ist dafür ein tiefer Massstab anzusetzen.

Davon unabhängig sind Forderungen und Schulden aus Vertragsverhältnissen übertragbar; werden alle Forderungen und Schulden aus einem Vertragsverhältnis übertragen, bewirkt dies u.E. – unabhängig vom FusG – einen Vertragsübergang. Der Übertragung von Forderungen können gesetzliche oder vertragliche Hindernisse entgegenstehen, wobei der Anwendungsbereich nach dem gesetzlichen oder dem von den Parteien beabsichtigten Zweck zu ermitteln ist. Insb. bei einem Abtretungsverbot ist nicht zu vermuten, dass es auch im Rahmen einer Übertragung eines Betriebs oder Teilbetriebs anwendbar ist. Neu am FusG ist, dass nicht nur bei Fusionen und Übernahmen eines ganzen Vermögens bzw. Geschäfts, sondern auch bei Spaltungen und Vermögensübertragungen Schulden ohne Zustimmung der Gläubiger übernommen werden können, wenn die Schuld durch Dritte erfüllbar ist. Ob eine höchstpersönliche Schuld zusammen mit einem Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil übertragbar ist, ergibt sich auch hier aus dem gesetzlichen oder von den Parteien beabsichtigten Zweck; regelmässig wird es auf die «Persönlichkeit» des Unternehmens oder Betriebs ankommen.

tragbare Rechte und Verpflichtungen effektiv nicht übertragen worden, vgl. oben Kap. IV.B. Da das Inventar nicht in das Handelsregister eingetragen wird (vgl. Art. 106b und 108a HRegV *e contrario*), nimmt es als blosser Beleg auch nicht an einem allfälligen öffentlichen Glauben des Handelsregisters teil (vgl. BK-*Küng*, Art. 933 OR N 41).

[151] Oder: «Der Vertrag XY bzw. sämtliche (gegenwärtigen und künftigen) Forderungen und Schulden aus dem Vertrag XY». In vielen Fällen genügt ohnehin die Bezeichnung eine Betriebs oder Betriebsteils, vgl. oben III.D.4.

[152] Vgl. statt vieler *Rolf Watter/Raffael Büchi*, Demergers (Abspaltungen) bei der (Publikums-)Gesellschaft, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions V, Zürich 2003, 1 ff., 10 ff.