

## Vermögensübertragung

Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.259/2002 vom 29. November 2002 (BGE 129 III 167) i.S. A. (Kläger und Berufungskläger) gegen Einzelfirma B. (Beklagte und Berufungsbeklagte)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Larissa Marolda Martínez und Prof. Dr. iur. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich<sup>1</sup>

### Inhaltsübersicht

#### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

- A. Geschäfts- bzw. Vermögensübernahme nach Art. 181 Abs. 1 OR
- B. Gläubigerschutz nach Art. 181 OR
- C. Abweisung der Berufung

#### III. Bemerkungen

- A. Vermögens- bzw. Geschäftsübernahme nach Art. 181 OR
  1. Übergang der Schulden nach Art. 181 OR
  2. Kundgabe gegenüber den Gläubigern
  3. Solidarhaftung nach Art. 181 Abs. 2 OR
- B. Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz
  1. Anwendungsbereich der Vermögensübertragung
  2. Partielle Universalsukzession
  3. Erweiterter Gläubigerschutz
  4. Information der Gesellschafter

#### IV. Fazit

Die nachfolgende Entscheidesbesprechung basiert in erster Linie auf den bundesgerichtlichen Erwägungen der amtlichen Publikation.<sup>2</sup> Der Vollständigkeit halber werden jedoch diejenigen Ausführungen des Entscheides 4C.259/2002, welche nur im Internet unter <http://www.bger.ch> verfügbar sind, einbezogen.

### I. Sachverhalt

Zwischen 1983 und 1989 arbeitete A. (Berufungskläger) als Informatikberater der Kunden der Einzelfirma B. Am 30. Juni 1989 wurde diese in eine Aktiengesellschaft (X. SA) umgewandelt, wobei die Zusammenarbeit mit A. bis Ende 1992 weitergeführt wurde. Kurz danach erhob A. Klage gegen die Einzelfirma B. und verlangte die ihm für seine Tätigkeit zwischen 1983 und 1989 zustehende Entschädigung. Das erstinstanzliche Gericht sowie auf Berufung hin die zweite Zivilkammer des Appellationsgerichtes<sup>3</sup>

des Kantons Tessin wiesen die Klage vollumfänglich ab. Daraufhin gelangte A. mit Berufung an das Bundesgericht.

### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Nach Überprüfung der Anwendbarkeit von Art. 181 OR im vorliegenden Fall [A.] bestätigt das Bundesgericht die geltende Rechtsprechung hinsichtlich des Vertrauensschutzes der Gläubiger gegenüber der Mitteilung des Übernehmers [B.], äussert sich zur Verwirklichungsfrist von Art. 181 Abs. 2 OR und weist schliesslich die Berufung des Klägers ab [C.].

#### A. Geschäfts- bzw. Vermögensübernahme nach Art. 181 Abs. 1 OR

Das Bundesgericht geht zu Beginn kurz auf das Argument des Berufungsklägers ein, seine Forderung bei der Einzelfirma B. sei nicht bilanziert gewesen, als diese in eine Aktiengesellschaft umgewandelt wurde, weshalb Art. 181 OR nicht auf seine Forderung anwendbar sei.<sup>4</sup> Zur Anwendbarkeit von Art. 181 OR hält das Bundesgericht Folgendes fest:

*«Giusta l'art. 181 cpv. 1 CO chi assume un patrimonio o un'azienda con l'attivo ed il passivo diventa responsabile verso i creditori per i debiti inerenti, tosto che l'assunzione sia stata comunicata ai creditori dall'assuntore o sia stata pubblicata su pubblici fogli. Ciò significa che l'assuntore prende il posto del debitore precedente senza che sia necessario ossequiare una forma particolare.»<sup>5</sup>*

Gemäss Bundesgericht tritt der Übernehmer eines Geschäfts bzw. eines Vermögens nach Art. 181 Abs. 1 OR an Stelle des vorangehenden Schuldners, ohne dass eine besondere Form zu beachten wäre. Dabei verweist es auf die Ausführungen in BGE 126 III 375<sup>6</sup> und bejaht im vorliegenden Fall die Anwendbarkeit von Art. 181 OR.<sup>7</sup>

hätte seine Forderung gegenüber der Firma B. nur während den zwei Jahren, in denen die Firma B. mit der X. SA solidarisch haftete, geltend machen können.

<sup>1</sup> Larissa Marolda Martínez ist wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

<sup>2</sup> Siehe auch Pra 2003, S. 638 ff.

<sup>3</sup> Das Appellationsgericht stellte fest, dass der Anspruch des Klägers gegenüber der Firma B. verwirkt sei, da die X. SA bei der Umwandlung die Passiven und Aktiven der Einzelfirma B. i.S.v. Art. 181 OR übernommen habe. Der Kläger

<sup>4</sup> Der Kläger geht von der Annahme aus, dass Art. 181 OR nur dann den vorangegangenen Schuldner befreit, wenn die Schulden bilanziert sind. Siehe Entscheid 4C.259/2002, Erw. 2.

<sup>5</sup> BGE 129 III 167, Erw. 2.1.

<sup>6</sup> *«Par la reprise, les passifs sont transférés à l'acquéreur, sans qu'il soit nécessaire de respecter une forme particulière»*, Erw. 2c.

<sup>7</sup> BGE 129 III 167, Erw. 2.1.

## B. Gläubigerschutz nach Art. 181 OR

Nach Auffassung des Bundesgerichtes müssen die Gläubiger nicht über den Inhalt der Abreden zwischen Übernehmer und vorangehendem Schuldner hinsichtlich Natur und Umfang der übertragenen Aktiven und Passiven in Kenntnis gesetzt werden.<sup>8</sup> In Einklang mit der herrschenden Lehre hält das Bundesgericht fest, dass sich die Gläubiger auf die Informationen des Übernehmers oder auf die Publikation in den öffentlichen Blättern verlassen dürfen. Der Inhalt der Mitteilung bzw. der Publikation geht damit den parteiinternen Abreden vor.<sup>9</sup>

Zur Auffassung einer Minderheit der Lehre, wonach die zwischen den Parteien getroffenen Abreden für die Gläubiger entscheidend sind, nimmt das Bundesgericht wie folgt Stellung:

*«Riferita alla questione della validità dell'assunzione, questa tesi appare corretta: l'assuntore non può essere vincolato a un contratto non valido, anche se il trasferimento dell'azienda o del patrimonio è già stato comunicato ai creditori.[...] Essa non può tuttavia venir estesa all'ammontare dei passivi trasferiti.»<sup>10</sup>*

Weiter führt das Bundesgericht aus, dass die Gläubiger der Mitteilung den Sinn verleihen dürfen, welche ihr ein Dritter in gutem Glauben nach dem Vertrauensprinzip zumessen würde. Den Gläubigern könne ein impliziter oder wenig klar formulierter Vorbehalt, aus dem sich ergeben würde, dass aus Sicht des Übernehmers gewisse Positionen vom Übergang ausgeschlossen wären oder gar nicht darunter fallen würden, nicht entgegen gehalten werden.<sup>11</sup> Das Bundesgericht bestätigt seine bisherige Rechtsprechung folgendermassen:

*«La giurisprudenza stabilisce che in simili casi il creditore può in buona fede concludere per il trasferimento globale dei debiti all'assuntore [...] La giurisprudenza ritiene per conto che il creditore in buona fede può – e deve – considerare la sua pretesa inclusa nel bilancio se non vi sono motivi particolari per credere che ciò potrebbe non essere il caso. Anche a questo riguardo la prassi vigente merita di essere confermata.»<sup>12</sup>*

## C. Abweisung der Berufung

Das Bundesgericht stellt fest, dass im vorliegenden Fall die Forderung des Berufungsklägers ihrer

Natur nach zum übertragenen Vermögen gehört und dass die Parteien einen allfälligen Ausschluss der Forderung ausdrücklich hätten festhalten müssen. Dies sei aber in casu nicht der Fall, da die Passiven in der Veröffentlichung global erfasst wurden. Da die zweijährige Frist der Solidarhaftung nach Art. 181 Abs. 2 OR verwirkt sei, sei die X. SA als alleinige Schuldnerin des Klägers zu betrachten.<sup>13</sup> Das Bundesgericht weist die Berufung vollumfänglich ab und bestätigt das Urteil der Vorinstanz.<sup>14</sup>

## III. Bemerkungen

Nachfolgend soll zunächst auf die Vermögens- bzw. Geschäftsübernahme nach Art. 181 OR [A.] und anschliessend auf die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz [B.] eingegangen werden.

### A. Vermögens- bzw. Geschäftsübernahme nach Art. 181 OR

#### 1. Übergang der Schulden nach Art. 181 OR

Die Anwendbarkeit von Art. 181 OR setzt sowohl eine Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven als auch die Mitteilung oder Auskündigung in öffentlichen Blättern<sup>15</sup> voraus.<sup>16</sup> Im Unterschied zur Schuldübernahme nach Art. 175 OR<sup>17</sup> enthält Art. 181 OR eine Son-

<sup>13</sup> BGE 129 III 167, Erw. 2.3.

<sup>14</sup> Entscheid 4C.259/2002, Erw. 2.4.

<sup>15</sup> Unter öffentlichen Blättern sind das Schweizerische Handelsamtsblatts (SHAB) sowie Zeitungen zu verstehen.

<sup>16</sup> Art. 181 OR kommt in der Praxis vorwiegend beim Unternehmenskauf zur Anwendung. Als grosser Nachteil gelten die Formerfordernisse beim Übergang der Aktiven. Art. 181 OR wird weder beim Kauf der Aktien durch ein Unternehmen (nach BGE 86 II 91 gilt der Aktienkauf nicht als Geschäftsübernahme) noch bei der Übernahme der Aktiven und Passiven einer Gesellschaft durch eine andere Körperschaft (BGE 87 I 301) angewendet. Im Unterschied zur Schweiz ist in Deutschland nur der dingliche Rechtserwerb massgebend, während in Österreich neben dem dinglichen Erwerbsgeschäft auch der schuldrechtliche Übernahmevertrag gültig sein muss. Weiter sehen das deutsche und österreichische Recht subjektive Haftungsvoraussetzungen vor. Vgl. zur Rechtsvergleichung *Stefan Tiedemann*, Die Haftung aus Vermögensübernahme im internationalen Recht, Tübingen 1995 (= Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 45), S. 9.

<sup>17</sup> Art. 175 OR normiert bloss die interne Schuldübernahme. Der Übernehmer verpflichtet sich dem Schuldner gegenüber, ihn von der Schuld zu befreien. Dies erzeugt jedoch gegenüber dem Gläubiger der Forderung keine Wirkung. Vgl. *Ingeborg Schwenzer*, Schweizerisches Obligationen-

<sup>8</sup> BGE 129 III 167, Erw. 2.1.

<sup>9</sup> BGE 129 III 167, Erw. 2.1.

<sup>10</sup> BGE 129 III 167, Erw. 2.1.

<sup>11</sup> BGE 129 III 167, Erw. 2.2.

<sup>12</sup> BGE 129 III 167, Erw. 2.2.

derregel für den Übergang der Schulden bei der Geschäfts- bzw. Vermögensübernahme. Während Art. 176 Abs. 1 OR für den Eintritt eines Schuldübernehmers in das Schuldverhältnis an Stelle und mit Befreiung des bisherigen Schuldners einen Vertrag<sup>18</sup> zwischen Übernehmer und Gläubiger verlangt, vereinfacht Art. 181 Abs. 1 OR den Übergang der Schulden auf den Übernehmer, da die Zustimmung der Gläubiger nicht erforderlich ist.<sup>19</sup> Es genügt die Mitteilung der Vermögens- bzw. Geschäftsübernahme an die Gläubiger.<sup>20</sup> Die Aktiven dagegen sind je einzeln nach den jeweils einschlägigen Bestimmungen zu übertragen (Singularsukzession).<sup>21</sup>

Das Bundesgericht hat im vorliegenden Fall die Anwendbarkeit von Art. 181 OR zu Recht bejaht, da

recht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, N 91.03, S. 503; *Rudolf Tschäni*, zu Art. 175 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, N 1 zu Art. 175 OR; *Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid/Heinz Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 8. Aufl., Zürich 2003, N 3773, S. 296; *Peter Gauch/Viktor Aepli/Hubert Stöckli* (Hrsg.), Präjudizienbuch zum OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 5. Aufl., Zürich 2002, S. 406 ff; *Alfred Koller*, zu Art. 175 OR, in: Theo Guhl (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, S. 284 ff.; *Andreas von Thur/Arnold Escher*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1974, § 99, S. 380 ff.; *Pierre Engel*, Traité des obligations en droit suisse, 2. éd., Bern 1997, S. 894 ff.

<sup>18</sup> Dies wird als sog. externe Schuldübernahme betrachtet. Vgl. *Schwenzer*, N 91.10, 91.13, S. 505; *Tschäni*, N 1 zu Art. 176 OR; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, N 3784, S. 298; *Gauch/Aepli/Stöckli*, S. 408; *Koller*, S. 288, N 13; *von Thur/Escher*, § 99, S. 384; *Engel*, S. 896.

<sup>19</sup> *Rudolf Tschäni*, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003, 3. Kapitel, N 111, S. 95; *Nicolà Barandun*, Die Übernahme eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven, Diss. Bern 1992, S. 82 ff.; *Eugen Spirig*, zu Art. 181 OR, in: Peter Gauch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 1994, N 33, S. 215; *Nicholas Turin*, Le transfer de patrimoine selon le projet de la loi sur la fusion, Basel 2003, S. 7 ff; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, N 3831, S. 306; *Koller*, S. 291, N 22; *von Thur/Escher*, § 99, S. 396/7; *Engel*, S. 905.

<sup>20</sup> *Schwenzer*, N 91.25 f., S. 509; *Tschäni*, N 2 zu Art. 181 OR; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, N 3831, S. 306; *Gauch/Aepli/Stöckli*, S. 411/412; *Koller*, S. 291, N 23; *von Thur/Escher*, § 99, S. 396/397; *Engel*, S. 905.

<sup>21</sup> Vgl. dazu BGE 126 III 375, Erw. 2c; BGE 115 II 415, Erw. 2b; BGE 108 Ib 447=Pra 1983, 573; *Tschäni*, N 1 zu Art. 181 OR; *ders.*, M&A-Transaktionen, N 110, S. 94 sowie N 55, S. 69; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Bd. II, N 3830, S. 306; *Koller*, S. 293, N 31; *von Thur/Escher*, § 99, S. 397; *Spirig*, N 65/66, S. 223 sowie N 131, S. 236; *Turin*, S. 8 und 13–16.

die X. SA mit öffentlicher Urkunde Aktiven und Passiven der Einzelfirma B. übernommen hat und die Gründung der Gesellschaft im SHAB publiziert worden ist.<sup>22</sup>

## 2. Kundgabe gegenüber den Gläubigern

Da es keiner Zustimmung zur Schuldübernahme seitens der Gläubiger bedarf, hält das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der geltenden Praxis<sup>23</sup> sowie der herrschenden Lehre<sup>24</sup> fest, dass der Gläubiger auf die Mitteilung<sup>25</sup> des Übernehmers abstellen kann und muss. Nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr<sup>26</sup> kann und muss der Gläubiger davon ausgehen, dass seine Forderung ebenfalls auf den Erwerber übergegangen ist, sofern keine näheren Angaben dazu in der Veröffentlichung der Bilanz gemacht werden.

Im vorliegenden Fall war aus der Publikation zu entnehmen, dass der Gesellschafter B. Aktiven und Passiven seiner privaten Handelstätigkeit gemäss Bilanz vom 31. Dezember 1988 in die Gesellschaft X. SA eingebracht hatte, wobei die Gesamtbeträge der Aktiven und Passiven aufgeführt wurden. Dies wird vom Berufungskläger auch nicht bestritten. Allerdings behauptet er, seine Forderung sei nicht bilanziert gewesen, womit sie nicht übergegangen sei. Dazu äussert sich das Bundesgericht in Erw. 2.1, wobei es auf die Minderheitsmeinung in der Lehre bezüglich Inhalt der Mitteilung eingeht. Das Bundesgericht bejaht zwar, dass die zwischen den Parteien getroffenen Abreden für die Gültigkeit der Übernahme entscheidend sind. Was aber den Betrag der

<sup>22</sup> BGE 129 III 167, Erw. 2.2.

<sup>23</sup> BGE 79 II 289, Erw. 4b/4c sowie BGE 60 II 100, Erw. 1.

<sup>24</sup> Vgl. *Tschäni*, N 11 zu Art. 181 OR; *Koller*, S. 291, N 24; *von Thur/Escher*, § 99, S. 398; *Barandun*, S. 83/87/92; *Spirig*, N 145/146, S. 239/240 sowie N 199, S. 250.

<sup>25</sup> Die Mitteilung an die Gläubiger ist weder annahmepflichtig noch an eine bestimmte Form gebunden. Trotzdem wird sie meistens im SHAB publiziert. Zudem hat sie vom Übernehmer auszugehen. *Schwenzer*, N 91.25 f., S. 509; *Tschäni*, N 10 zu Art. 181 OR; *ders.*, M&A-Transaktionen, N 101, S. 90; *Koller*, S. 292, N 26; *von Thur/Escher*, § 99, S. 396; *Engel*, S. 907; *Barandun*, S. 85/88; *Spirig*, N 159, S. 242; *Turin*, S. 17.

<sup>26</sup> Zum Vertrauensprinzip siehe *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 122; *ders.* zu Art. 1 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, N 5 zu Art. 1 OR; *Schwenzer*, N 27.40, S. 167; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Bd. I, N 207 ff., S. 38 ff; *Koller*, S. 102.

übertragenen Passiven betrifft, so ist nach bundesgerichtlicher Auffassung einzig auf die Mitteilung abzustellen.<sup>27</sup>

Obwohl für die Beurteilung des vorliegenden Falles nicht entscheidend, geht das Bundesgericht der Frage nach, ob die Feststellung der Ungültigkeit<sup>28</sup> des Vertrages<sup>29</sup> auf den Umfang der übertragenen Passiven Wirkungen entfalten kann. Es verneint eine solche Ausdehnung der Ungültigkeit auf den Betrag der übertragenen Passiven. Ausschlaggebend ist vielmehr allein, wie die Mitteilung des Übernehmers von den Gläubigern nach Vertrauensprinzip verstanden werden durfte und musste. Dem ist zuzustimmen.<sup>30</sup>

In der Veröffentlichung deutete nichts auf einen Ausschluss der Forderung des Berufungsklägers hin.

Dieser durfte und musste deshalb davon ausgehen, dass seine Forderung ebenfalls bilanziert und rechtsgültig auf die X. SA übergegangen war.

### 3. Solidarhaftung nach Art. 181 Abs. 2 OR

Nach Art. 181 Abs. 2 OR haftet der vorangehende Schuldner für die Dauer von zwei Jahren solidarisch mit dem Übernehmer. Dadurch soll ein Ausgleich für die Tatsache geschaffen werden, dass die Gläubiger der Schuldübernahme nicht zustimmen müssen.<sup>31</sup>

Der durch das Gesetz festgesetzte Fristablauf von zwei Jahren verursacht den Untergang des Anspruchs des Gläubigers gegenüber dem vorangehenden Schuldner.<sup>32</sup> Die Frist beginnt für fällige Forderungen im Zeitpunkt der Mitteilung an die Gläubiger oder der Publikation zu laufen.<sup>33</sup> In casu wurde die Übernahme am 30. Juni 1989 verkündet. Gläubiger A. erhob erst am 8. Juli 1994 Klage gegen die Einzel-firma B. Zu diesem Zeitpunkt war die Verwirkungsfrist bereits seit dem 30. Juni 1991 abgelaufen,<sup>34</sup> womit der Anspruch des Gläubigers A. gegen die Firma B. untergegangen war. Folgerichtig hätte A. ausschliesslich gegen die X. SA klagen müssen.

<sup>27</sup> BGE 129 III 167, Erw. 2.2.

<sup>28</sup> Die herrschende Lehre vertritt die Ungültigkeitstheorie, wonach der Vertrag von Anfang an (*ex tunc*) unwirksam ist, was heisst, dass niemals Rechtswirkungen eingetreten sind. Dies würde für den Übernahmevertrag bedeuten, dass die Schulden niemals auf den Erwerber übergegangen sind. Vgl. *Schwenzer*, N 39.23, S. 257; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Bd. I, N 888 f., S. 181.

<sup>29</sup> Zum Übernahmevertrag vgl. *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Bd. II, N 3827, S. 305; *Koller*, S. 291, N 21; *von Thur/Escher*, § 99, S. 396 f.; *Engel*, S. 907; *Spirig*, N 12, S. 211 sowie N 62, S. 222; *Turin*, S. 12. Obwohl gegenüber den Gläubigern die Mitteilung gelten soll, kann es nicht angehen, denn Erwerber an den Übernahmevertrag gebunden zu halten. Gl. M. *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Bd. II, N 3833, S. 306; *Tschäni*, N 13 zu Art. 181 OR; *von Thur/Escher*, § 99, S. 397; *Barandun*, S. 57/93; *Spirig*, N 218, S. 254.

<sup>30</sup> Bei Ungültigkeit des Übernahmevertrages können die Gläubiger einerseits während der zweijährigen Frist gegen den alten Schuldner vorgehen. Denkbar wäre andererseits, dass die Gläubiger vom Erwerber aus Vertrauenshaftung aufgrund fehlender Einbringlichkeit der Schuld Schadenersatz verlangen könnten. In einer solchen Konstellation entsteht dem Gläubiger nur ein Schaden, wenn der alte Schuldner die Forderung nicht begleicht. Damit die Vertrauenshaftung bejaht wird, muss der Gläubiger zeigen, dass er gestützt auf den Vertrauenstatbestand gehandelt hat und in der Folge sein Vertrauen enttäuscht und er zu einem Schaden gekommen ist. Dies dürfte jedoch in der Regel nicht möglich sein. Näheres zur Vertrauenshaftung bei *Schwenzer*, N 52.01, S. 320 ff.; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Bd. I, N 982e ff., S. 203 ff.; *Bucher*, Basler Kommentar, N 69a–69p zu Art. 1 OR; *Regula Fehlmann*, Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, Diss. St. Gallen 2002, S. 169 ff. Dem Erwerber müsste dann gegenüber dem vorangehenden Schuldner ein Regressrecht zugesprochen werden. Gemäss *Koller*, S. 292, N 25 kann der Übernehmer im Falle, wo die Mitteilung an die Gläubiger über die interne Abmachung hinaus geht, intern das Regressrecht gegenüber den Veräusserer geltend machen; *Spirig*, N 219, S. 254 sieht ein Rücktrittsrecht des Übernehmers gegenüber dem Veräusserer vor.

<sup>31</sup> *Schwenzer*, N 91.28, S. 509; *Tschäni*, N 13/14 zu Art. 181 OR; *ders.*, M&A-Transaktionen, N 116, S. 96; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Bd. II, N 3835, S. 307; *Koller*, S. 291; *von Thur/Escher*, § 99, S. 399; *Engel*, S. 908; *Barandun*, S. 97 ff.; *Spirig*, N 237 f., S. 258.

<sup>32</sup> Bei der zweijährigen Frist handelt es sich gemäss Bundesgericht (BGE 108 II 107, Erw. 3 [=Pra 1982, 374]) um eine Verwirkungsfrist. Darunter wird der Untergang eines subjektiven Rechts infolge Ablaufs einer Frist, die entweder dem Rechte selber oder einer zu dessen Ausübung unerlässlichen Rechtshandlung gesetzt ist, verstanden. Die Verwirkung wird vom Richter von Amtes wegen berücksichtigt. Vgl. *Schwenzer*, N 83.04, S. 450; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Bd. II, N 3574 ff., S. 258 ff. Den Gläubigern stehen folgende Mittel zur Verfügung, um diese Frist zu wahren: gerichtliche Klage, Erhebung einer Einrede vor Gericht, Vorladung, Einleitung einer Betreuung oder Eingabe im Konkurs. Näheres bei *Tschäni*, N 14 zu Art. 181 OR; *Koller*, N 28, S. 292; *Engel*, S. 908; *Spirig*, N 261-268, S. 263/4.

<sup>33</sup> *Tschäni*, N 14 zu Art. 181 OR; *Koller*, N 28, S. 292; *Engel*, S. 908; *Barandun*, S. 97 f.; *Spirig*, N 249, S. 261. Bei später fällig werdenden Forderungen läuft die Frist des Art. 181 Abs. 2 OR ab Eintritt der Fälligkeit, vgl. *Tschäni*, N 14 zu Art. 181 OR; *Spirig*, N 256, S. 262.

<sup>34</sup> Da der Sachverhalt dazu keine genauen Aussagen macht, ist davon auszugehen, dass es sich beim geltend gemachten Anspruch des Berufungsklägers um eine fällige Forderung i.S.v. Art. 75 OR handelt. Das Bundesgericht hält in den Ausführungen zum Sachverhalt ebenfalls fest, dass die Firma B. nur bis Ende Juni 1991 solidarisch gehaftet hatte.

## B. Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz

Das Fusionsgesetz<sup>35</sup> normiert neben der Fusion,<sup>36</sup> der Spaltung<sup>37</sup> und der Umwandlung<sup>38</sup> im 5. Kapitel, Art. 69–72 FusG, das Institut der Vermögensübertragung.<sup>39</sup> Die Vermögensübertragung hat innerhalb der

Transaktionsformen des Fusionsgesetzes die Funktion eines Auffangtatbestandes, mit dem sich Transaktionen realisieren lassen, für welche die anderen Transaktionsformen nicht zulässig oder nicht geeignet sind. Dementsprechend dürfte ihr ein grosser Anwendungsbereich<sup>40</sup> zukommen. Im Gegensatz zu allen anderen Transaktionsformen des Fusionsgesetzes wirkt sich die Vermögensübertragung formell nicht auf die Rechte der Gesellschafter der an der Transaktion beteiligten Rechtsträger<sup>41</sup> aus. Sie setzt denn auch keine Zustimmung der Gesellschafter voraus.

### 1. Anwendungsbereich der Vermögensübertragung

Nach dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes hat die Vermögensübernahme für im Handelsregister<sup>42</sup> eingetragene Gesellschaften,<sup>43</sup> Einzelfirmen<sup>44</sup> und Institute des öffentlichen Rechts nach Art. 69 ff. FusG zu erfolgen.<sup>45</sup> Art. 181 OR bleibt also noch bei der

<sup>35</sup> Das Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG; SR 221.301) vom 3. Oktober 2003, verfügbar unter <http://www.ofj.admin.ch> wird am 1. Juli 2004 in Kraft treten. Die geänderte Handelsregisterverordnung (HRegV; SR 221.441) ist ebenfalls auf der Website des Bundesamtes für Justiz abrufbar.

<sup>36</sup> Die Fusion, verstanden als rechtliche Vereinigung von zwei oder mehreren Gesellschaften durch Vermögensübernahme oder Liquidation unter Auflösung der übertragenen Gesellschaft(en), wird in Art. 3–28 FusG geregelt. Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Fusionsgesetz vom 13. Juni 2000, BBl 2000 V, S. 4355, Ziff. 1.3.2.1; *Hanspeter Kläy/Nicholas Turin*, Der Entwurf zum Fusionsgesetz, REPRAX 2001, S. 4 ff.; *Turin*, S. 30 ff.; *Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Martin Dietrich/Claudia Fritsche/Katja Berlinger*, [www.fusg.ch](http://www.fusg.ch) – die Internetplattform zu Fragen des Transaktionsrechts, <http://www.fusg.ch/ueberbl/grundzg/druck.php>, besucht am 23. Januar 2004; *Martin Frey*, zu Art. 3 FusG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, S. 22 ff.; *Ulysses von Salis-Lütolf*, Fusionsgesetz, Zürich 02/2004, [www.fusionsgesetz.ch](http://www.fusionsgesetz.ch), S. 19 ff.

<sup>37</sup> Das Institut der Spaltung nach Art. 29–52 FusG ermöglicht eine Neuzuteilung sowohl des Vermögens eines Rechtsträgers als auch der Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter. Der grundlegende Unterschied zur Vermögensübernahme besteht darin, dass die Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers bei der Spaltung eine Änderung erfahren. Vgl. Botschaft, S. 4355, Ziff. 1.3.2.2.; *Kläy/Turin*, S. 9 ff.; *Turin*, S. 33 ff.; *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Fritsche/Berlinger*, Spaltung: Materielles, S. 1; *Martin Epper*, zu Art. 29 FusG, in: Handkommentar, S. 198 ff.

<sup>38</sup> Darunter wird der Rechtskleidwechsel ohne wirtschaftliche und rechtliche Änderung verstanden. Näheres dazu Botschaft, S. 4357, Ziff. 1.3.2.3.; *Kläy/Turin*, S. 11 ff.; *Turin*, S. 37 ff.; *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Fritsche/Berlinger*, Umwandlung: Materielles, S. 1 ff.; *Alois Rimle*, zu Art. 53 FusG, in: Handkommentar, S. 297 ff.

<sup>39</sup> Im Vorentwurf war die Übernahme von Vermögenswerten mit Gegenleistung an den übertragenden Rechtsträger als Ausgliederung im Rahmen der Spaltung geregelt. Da jedoch dafür ein relativ kompliziertes und aufwendiges Verfahren vorgesehen war, beschloss man nach der Vernehmlassung, das neue Institut der Vermögensübertragung einzuführen, welches vor allem einfacher ausgestaltet werden sollte, und auf die Ausgliederung zu verzichten. Vgl. Botschaft, S. 4360, Ziff. 1.3.2.4.2.; *Frank Vischer*, Fusionsgesetz, BJM 1999, S. 302; *Peter Loser-Krogh*, Die Vermögensübertragung – Kompromiss zwischen Struktur- anpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes, AJP 2000, S. 1096, Ziff. 3; *Kläy/Turin*, S. 33/34; *Turin*, S. 38, FN 33; *Christian J. Meier-Schatz*, Einführung in das neue Fusionsgesetz, AJP 2002, S. 524.

<sup>40</sup> Vgl. Botschaft, S. 4362, Ziff. 1.3.2.4.4.; *Tschäni*, M&A-Transaktionen, S. 93, N 108; *Loser-Krogh*, S. 1110; *Kläy/Turin*, S. 1; *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Fritsche/Berlinger*, Vermögensübertragung: Materielles, S. 1 ff.; *Meier-Schatz*, S. 524; *Joachim Frick*, Vorbemerkungen zu Art. 69 FusG, Handkommentar, N 1 und 3, S. 370; *ders.*, Die Vermögensübertragung als neues Rechtsinstitut, Referat am Stämpfli Symposium Bern Fusion von Aktiengesellschaften vom 27. August 2003, S. 7.

<sup>41</sup> Nach Art. 2 lit. a FusG gelten als Rechtsträger im Sinne des Entwurfes im Handelsregister eingetragene Einzelfirmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften, Kommandit-AG, GmbH, Genossenschaften, Vereine, Stiftungen sowie Institute des öffentlichen Rechts.

<sup>42</sup> Es ist zwingend notwendig, dass der *übertragende Rechtsträger* im Handelsregister eingetragen ist. Es genügt somit nicht die blosser Pflicht zur Eintragung gemäss Art. 934 OR, sondern der Eintrag muss tatsächlich vollzogen sein. Dies ist deshalb massgebend, da die Eintragung der Vermögensübertragung ins Handelsregister am Sitz des übertragenden Rechtsträgers den unmittelbaren Übergang der Aktiven und Passiven (konstitutiv) bewirkt, vgl. Art. 73 Abs. 1 FusG. Siehe auch *Kläy/Turin*, S. 39; *Turin*, S. 97; *Loser-Krogh*, S. 1097.

<sup>43</sup> Darunter sind nach Art. 2 lit. b FusG Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Vereine zu verstehen. Nicht erwähnt ist die einfache Gesellschaft (siehe FN 46).

<sup>44</sup> Bei den Einzelfirmen handelt es sich um nach Art. 934 OR im Handelsregister eingetragene natürliche Personen, die ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben.

<sup>45</sup> Art. 69 ff. FusG gehen somit Art. 181 OR vor. Dies sollte in Abs. 4 von Art. 181 OR ausdrücklich festgehalten werden. Die Bestimmungen des FusG wären dann anwendbar, wenn im vorliegenden Fall die Einzelfirma B. im Handelsregister eingetragen wäre. Falls die Einzelfirma B. nicht im Handelsregister eingetragen war, käme weiterhin Art. 181 OR zur Anwendung.

Vermögens- bzw. Geschäftsübernahme einer einfachen Gesellschaft,<sup>46</sup> nicht im Handelsregister eingetragener Vereine sowie Einzelfirmen anwendbar.

## 2. Partielle Universalsukzession

Grundlage der Vermögensübertragung bildet der Übertragungsvertrag,<sup>47</sup> wobei insbesondere das Inventar<sup>48</sup> von entscheidender Bedeutung ist. Die Zulässigkeit der Vermögensübertragung setzt nach Art. 71 Abs. 2 FusG einen Aktivenüberschuss<sup>49</sup> des übertragenen Vermögens gemäss Inventar voraus.

Bei der Vermögensübertragung werden die erfassten Aktiven und Passiven «von Gesetzes wegen» auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen, ohne dass irgendwelche Formerfordernisse eingehalten werden müssen.<sup>50</sup> Dies stellt vor allem in Bezug auf

den Übergang der Aktiven<sup>51</sup> eine erhebliche Erleichterung dar. Eine Gegenleistung an den übertragenden Rechtsträger ist nicht zwingend erforderlich (Art. 71 Abs. 1 lit. d FusG), dürfte aber die Regel sein. Die Gegenleistung nach Art. 69 Abs. 1 Satz 2 FusG darf nicht in einer Zuweisung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an die *Gesellschafter* des übertragenden Rechtsträgers bestehen. Solche Sachverhalte unterstehen abschliessend den Regeln über die Spaltung. Dagegen kann bei der Vermögensübertragung die Gegenleistung *an den übertragenden Rechtsträger* in Form von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten gewährt werden.<sup>52</sup>

Ob über Aktiven und Passiven hinaus auch ganze Vertragsverhältnisse auf dem Wege der partiellen Universalsukzession ohne Zustimmung der Vertragsgegenseite übergehen, ist kontrovers.<sup>53</sup> Nach einer Auffassung verbietet die Freiheit in der Wahl des Vertragspartners<sup>54</sup> den Wechsel ohne Zustimmung der betroffenen Partei.<sup>55</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass mit dem Fusionsgesetz die Umstrukturierung von Unternehmen durch Beseitigung erschwerender Formerfordernisse gezielt erleichtert werden soll.<sup>56</sup>

<sup>46</sup> *Turin*, S. 90. Die einfache Gesellschaft ist weder zur Eintragung im Handelsregister verpflichtet noch berechtigt. Ebenfalls untersagt ist der einfachen Gesellschaft der Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes. Jedoch wird in der Praxis das Verbot häufig umgangen, indem man die einzelnen Gesellschafter persönlich im Handelsregister einträgt. Diese Umgehung wird jedoch stark kritisiert. Näheres bei *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern 2004, § 4 N 61 f., § 6 N 53, § 12 N 26.

<sup>47</sup> Der Übertragungsvertrag muss nach Art. 70 Abs. 1 FusG von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen der beteiligten Rechtsträger abgeschlossen werden. Zudem verlangt Abs. 2 die Schriftform. Vgl. Botschaft, S. 4460; *Loser-Krogh*, S. 1098; *Kläy/Turin*, S. 16; *Turin*, S. 128 ff.; *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Fritsche/Berlinger*, Vermögensübertragung: Executive Summary; *Meier-Schatz*, S. 525; *Frick*, Handkommentar, zu Art. 70 FusG, N 1/6, S. 380/381.

<sup>48</sup> Im Inventar (Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG) müssen alle übertragenen Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens aufgenommen werden, wobei insbesondere Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte einzeln aufzuführen sind und immer hinreichend klar umschrieben werden müssen. Auch die Arbeitsverhältnisse sind gemäss lit. e derselben Bestimmung einzeln aufzuführen. Siehe auch Botschaft, S. 4462; *Turin*, S. 146 ff.; *Meier-Schatz*, S. 525.

<sup>49</sup> Die trotz der solidarischen Haftung potentielle Gefährdung der Gläubiger wird durch das Erfordernis eines Aktivenüberschusses nach Art. 70 Abs. 2 FusG zu entschärfen versucht. Vgl. Botschaft, S. 4436; *Frick*, Handkommentar, N 7, S. 386; *ders.*, Referat, S. 11.

<sup>50</sup> Vgl. ferner Botschaft zum FusG, S. 4459; *Loser-Krogh*, S. 1110; *Tschäni*, M&A-Transaktionen, N 110, S. 94; *Kläy/Turin*, S. 1 und 13; *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Fritsche/Berlinger*, Vermögensübertragung: Executive Summary; *Meier-Schatz*, S. 524; *Frick*, Handkommentar, N 2, S. 373; *ders.*, Partielle Universalsukzession als Novum, NZZ vom 10. Oktober 2002, Nr. 235, S. 25; *Nicolas Passadelis*, zu Art. 73 FusG, in: Handkommentar, S. 389/391; *Martin Moser*, zur Vermögensübertragung, in: EY Law (Hrsg.), Das neue Fusionsgesetz, S. 42 ff.

<sup>51</sup> Bei Grundstücken ist eine nachträgliche, deklaratorische Anmeldung beim Grundbuchamt notwendig.

<sup>52</sup> Siehe dazu *Rita Trigo Trindade*, La fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine selon le nouveau droit, dans: Jusletter 3 novembre 2003, Rz 64 ff.; *Loser-Krogh*, S. 1096; *Vischer*, S. 300. Unpräzise bei *Frick*, Handkommentar, N 6/7, S. 374 f.; *Turin*, S. 157.

<sup>53</sup> Der Gesetzestext spricht nicht ausdrücklich von Vertragsübergang. In der Botschaft zum FusG, S. 4445, wurde bei der Spaltung das Einverständnis der Parteien vorausgesetzt, bei der Vermögensübertragung aber offengelassen, obwohl beide Institute von der partiellen Universalsukzession ausgehen. Ein ausdrücklicher Vorbehalt im Gesetz wurde jedoch durch den Nationalrat nicht angebracht, womit die Beantwortung der Frage offen geblieben ist und der Praxis überlassen wurde. Anzumerken ist, dass Art. 111 Abs. 2 HRegV die Eintragung der Vermögensübertragung im Handelsregister einzig dann ablehnt, wenn die erfassten Gegenstände offensichtlich nicht frei übertragbar sind. Diese Formulierung kann so ausgelegt werden, dass Verträge problemlos übergehen.

<sup>54</sup> Die Partnerwahlfreiheit ist Bestandteil der Vertragsfreiheit. Ohne Zustimmung sämtlicher Vertragspartner ist kein Wechsel der Vertragspartei zulässig. Vgl. *Schwenzer*, N 25.01/26.16, S. 143 ff.; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Bd. I, N 615, S. 117.

<sup>55</sup> Insbesondere vertreten durch *Jean-Michel Cina* und *Ruth Metzler* im Amtlichen Bulletin der nationalrätlichen Sitzung vom 12. März 2003, S. 21 f., verfügbar unter <http://www.ofj.admin.ch/themen/fusion/pb-nr-030312.pdf>.

<sup>56</sup> Zum Gesetzeszweck siehe auch *Turin*, S. 29; Botschaft, S. 4354; *Kläy/Turin*, S. 5; *Vischer*, S. 289; *Meier-Schatz*, S. 517; *von Salis-Lütolf*, S. 2.

Ein orthodoxes Verständnis des Übergangs von Vertragsverhältnissen steht in diametralem Gegensatz zu dieser gesetzgeberischen Zielsetzung.<sup>57</sup> Die Gegner einer Vertragsübertragung weisen weiter darauf hin, dass durch den Verzicht auf die Zustimmung Übertragungshindernisse umgangen werden könnten.<sup>58</sup> Das Rechtsmissbrauchsverbot bietet allerdings eine genügende Handhabe gegen einen missbräuchlichen Einsatz der Vermögensübertragung etwa zur selektiven Beseitigung missliebiger Vertragsverhältnisse.<sup>59</sup> Im Übrigen bleibt der übertragende Rechtsträger bei der Vermögensübertragung solidarisch für die Erfüllung der Pflichten haftbar, kann also insbesondere für Pflichten, die persönlich zu erfüllen sind, nach wie vor belangt werden. Schliesslich wird darauf hingewiesen, bei der Vermögensübertragung gingen nur die im Inventar aufgelisteten Vermögenswerte *uno actu* über.<sup>60</sup> Nichts spricht allerdings gegen eine Auflistung der Vertragsverhältnisse im Inventar.<sup>61</sup> Bemerkenswert ist zudem, dass Arbeitsverhältnisse nach Art. 76 FusG i.V.m. Art. 333 OR automatisch auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen, sofern die Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnen.<sup>62</sup> Im Bereich des Arbeitsrechts mit seiner ausgeprägten Sozialschutzzielsetzung erachtet der Gesetzgeber den Vertragsübergang also offensicht-

lich als die naheliegendere und für den Gläubiger grundsätzlich vorteilhaftere Lösung.

Der entscheidende Schritt ist mit der Zulassung einer Schuldübernahme ohne Zustimmung des Gläubigers<sup>63</sup> getan. Er stellt einen eigentlichen Paradigmenwechsel dar, dessen Bedeutung sich durchaus mit dem Entscheid zugunsten einer Zession ohne Zustimmung des Schuldners<sup>64</sup> Mitte des 19. Jahrhunderts vergleichen lässt. Wird nach der Abtretung ohne Zustimmung des Schuldners neu die Schuldübernahme ohne Zustimmung des Gläubigers zugelassen, so wirkt das Festhalten an einem Zurückbleiben des zum Skelett reduzierten Vertragsverhältnisses als Anachronismus. In der Regel dürften, wie es das Arbeitsrecht zeigt, alle Beteiligten an einer Einheit von Vertrag und den daraus fließenden Rechten interessiert sein. Den Ausnahmen wird mit der solidarischen Weiterhaftung<sup>65</sup> der übertragenden Partei genügend Rechnung getragen.

### 3. Erweiterter Gläubigerschutz

Der erweiterte Gläubigerschutz besteht darin, dass nach Art. 75 Abs. 1 FusG der vorangehende Schuldner für die Dauer von drei Jahren mit dem Erwerber solidarisch haftet.<sup>66</sup> Die Verjährungsfrist<sup>67</sup>

<sup>57</sup> Gl. Meinung Moser, EY Law, S. 43.

<sup>58</sup> Diese Auffassung wird durch Ruth Metzler im Amtlichen Bulletin (FN 55), S. 23, Ziff. 2 vertreten.

<sup>59</sup> In diesem Sinne von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Fritsche/Berlinger, Vermögensübertragung: Materielles, S. 7.

<sup>60</sup> Vgl. ferner Turin, S. 114/115. Die Vermögensübertragung gilt wie die Fusion als Universalsukzession. Der Begriff «partiell» oder «Übertragung gemäss Inventar» wird dafür verwendet. Siehe auch Botschaft, S. 4465; Frick, Handkommentar, N 2, S. 373; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Fritsche/Berlinger, Vermögensübertragung: Materielles, S. 5.

<sup>61</sup> Die Kommissionsminderheit (Ménétreay-Savary, Aeppli Wartmann, Garbani, Gross Jost, Leutenegger, Thanei, Zanetti) stellte in der Frühjahressession des Nationalrates den Antrag, Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG mit dem Text einer Liste anderer Verträge zu ergänzen. Näheres dazu im Amtlichen Bulletin (FN 55), S. 21 f. Piera Beretta, Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, SJZ 98, S. 253 ist der Meinung, dass sich die Wirkungen der partiellen Universalsukzession auch auf Vertragsverhältnisse erstrecken, womit die Zustimmung der betroffenen Partei entfällt.

<sup>62</sup> Näheres dazu Botschaft zum FusG, S. 4467; Tschäni, M&A-Transaktionen, N 113, S. 95; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Fritsche/Berlinger, Vermögensübertragung: Wesentliches für Personalverantwortliche, S.3 f.; Peter Reinert, zu Art. 76 FusG, in: Handkommentar, S. 403 ff.

<sup>63</sup> Das römische Recht sah die Haftung für die Schuldübernahme nicht vor, da nach römischem Verständnis Schuld und Forderung etwas Höchtpersönliches waren. Die Römer anerkannten weder die Abtretung von Forderungen noch die Übernahme von Schulden. Um einen Schuldnerwechsel herbeizuführen, bedurfte es einer Novation. Siehe Tiedemann, S. 5.

<sup>64</sup> Der Schuldner muss weder an der Abtretung beteiligt sein noch von ihr Kenntnis haben. Vgl. zu den weiteren Merkmalen der Zession Schwenzer, N 90.02, S. 486 ff.; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Bd. II, § 32, N 3609, S. 266 ff.; Daniel Girsberger, zu Art. 164 OR, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, N 1 zu Art. 164 OR. Zur historischen Entwicklung siehe Bruno Huwiler, Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht, Diss. Zürich 1975, S. 176 f.

<sup>65</sup> Es handelt sich dabei um eine kumulative Schuldübernahme, welche im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist. Vgl. ferner BGE 129 III 702, Erw. 2.1 und 2.2; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Bd. II, N 3841, S. 308; von Thur/Escher, § 99, S. 398. Im Unterschied zum Schuldbeitritt besteht die Solidarhaftung nur während der dreijährigen Frist.

<sup>66</sup> Die Solidarhaftung nach Art. 181 Abs. 2 OR soll analog Art. 75 FusG auf die Dauer von drei Jahren verlängert werden. Art. 75 FusG regelt den Gläubigerschutz für übertragene Schulden. Wie der Bonitätsschutz für die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers aussieht, wird vom Fusionsgesetz nicht behandelt. Vgl. Tschäni, M&A-Transaktionen, N 116, S. 97; Loser-Krogh, S. 1105; Roland Ruedin, La protection des créanciers dans le projet de loi

beginnt erst mit der Veröffentlichung der Vermögensübernahme.<sup>68</sup> Weitere Schutzmassnahmen zu Gunsten der Gläubiger lässt Art. 75 Abs. 3 FusG zu, der einen Anspruch auf Sicherstellung der Forderungen der Gläubiger gewährt, wenn die solidarische Haftung vor Ablauf der dreijährigen Frist entfällt oder wenn die Gläubiger den mangelnden Schutz durch die Solidarhaftung glaubhaft machen.<sup>69</sup>

Ausserdem sind gemäss Art. 69 Abs. 2 FusG die gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen über den Kapitalschutz und die Liquidation einzuhalten.<sup>70</sup>

#### 4. Information der Gesellschafter

Die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers erhalten eine bessere Stellung als bis anhin,<sup>71</sup> da das zuständige Organ<sup>72</sup> des übertragenden Rechtsträ-

gers nach Art. 74 Abs. 1 FusG den Übergang gegenüber den Gesellschaftern offen zu legen hat.<sup>73</sup> Die Information erfolgt im Anhang zur Jahresrechnung. Diese Informationspflicht entfällt gemäss Art. 74 Abs. 3 FusG nur, wenn die Übernahme der Aktiven weniger als 5 Prozent beträgt. Angesichts der Tatsache, dass die Vermögensübertragung in vermögensrechtlicher Hinsicht dieselben Auswirkungen wie die Fusion, Spaltung oder Umwandlung hat, sollte eine minimale Information der Gesellschafter ohnehin erfolgen. Falls durch die Vermögensübertragung eine Zweckänderung bei der übertragenen Gesellschaft erfolgt, ist die Zustimmung der Gesellschafter anlässlich der Generalversammlung zwingend erforderlich.

#### IV. Fazit

Dem Entscheid des Bundesgerichts ist zu folgen: Bei der Schuldübernahme nach Art. 181 OR ist für den Gläubiger die Mitteilung des Übernehmers entscheidend. Sofern keine besonderen Gründe für eine gegenteilige Annahme vorliegen, kann und muss der Gläubiger davon ausgehen, dass seine Forderung rechtsgültig auf den Übernehmer übertragen wurde. Was den Anwendungsbereich des Art. 181 OR nach Inkrafttreten des Fusionsgesetzes betrifft, ist festzuhalten, dass Art. 181 OR weiterhin Anwendung finden wird, wenn es sich beim übertragenden Rechtsträger um eine einfache Gesellschaft, nicht im Handelsregister eingetragene Vereine oder Einzelunternehmen handelt. Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz bringt eine Vereinfachung der Übertragung auf der Aktivseite und eine Verstärkung der Transparenz, insbesondere gegenüber den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft. Konsequenterweise muss die Vermögensübernahme nicht nur Forderungen und Schulden, sondern auch das Vertragsverhältnis erfassen, aus dem diese hervorgehen, also die Vertragsübertragung mit einschliessen.

sur la fusion, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 690.

<sup>67</sup> Bei der Frist nach Art. 75 FusG handelt es sich in Übereinstimmung mit Art. 26 bzw. 48 FusG um eine Verjährungsfrist und nicht wie bei Art. 181 Abs. 2 OR um eine Verwirklichungsfrist. Die Verjährung wird als Entkräftung einer Forderung durch Zeitablauf definiert und führt nicht zum Untergang des Rechts, sondern zum Verlust der Durchsetzbarkeit. Vgl. *Schwenzer*, N 83.01, S. 449; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Bd. II, N 3455 ff.

<sup>68</sup> Vgl. Botschaft, S. 4467; *Markus Affentranger*, zu Art. 75 FusG, in: Handkommentar, N 5, S. 400; *Tschäni*, M&A-Transaktionen, N 116, S. 97; *Kläy/Turin*, S. 15; *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Fritsche/Berlinger*, Vermögensübertragung: Wesentliches für die Gläubigerinnen und Gläubiger, S. 1/2; *Loser-Krogh*, S. 1105; *Meier-Schatz*, S. 527; *Ruedin*, S. 700.

<sup>69</sup> Botschaft, S. 4467; *Tschäni*, M&A-Transaktionen, N 116, S. 97; *Affentranger*, Handkommentar, N 6 f., S. 400; *Kläy/Turin*, S. 16; *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Fritsche/Berlinger*, Vermögensübertragung: Wesentliches für die Gläubigerinnen und Gläubiger, S. 2; *Loser-Krogh*, S. 1105; *Meier-Schatz*, S. 527; *Ruedin*, S. 700.

<sup>70</sup> Gemäss Art. 680 Abs. 2 OR dürfen Einlagen nicht zurückerstattet und die Bestimmungen zur Liquidation, insbesondere die Vorschriften zum Gläubigerschutz, müssen eingehalten werden.

<sup>71</sup> Nach Art. 181 OR müssen gesellschaftsrechtliche Vorschriften beim veräussernden Rechtsträger nicht eingehalten werden. Es besteht somit keine Pflicht zur Prüfung der Angemessenheit der Gegenleistung. Einzige Ausnahme bildet bei der Aktiengesellschaft eine allfällige Berichterstattung nach Art. 663b–663d OR. Ansonsten stehen den Gläubigern keine weiteren Möglichkeiten offen, Kenntnis von der Vermögensübertragung zu erhalten. Vgl. Botschaft, S. 4360; *Vischer*, S. 301; *Loser-Krogh*, S. 1096; *Kläy/Turin*, S. 14.

<sup>72</sup> Das Gesetz spricht vom obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan, womit in der Regel das oberste Exekutivorgan einer Gesellschaft oder Einzelfirma gemeint ist.

<sup>73</sup> Weder ist die Mitwirkung, Prüfung noch Beschlussfassung durch die Gesellschafter erforderlich. Vgl. *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Fritsche/Berlinger*, Vermögensübertragung: Wesentliches für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter, S. 1; *Tschäni*, M&A-Transaktionen, N 121, S. 99; *Frano Koslar*, Handkommentar, zu Art. 74 FusG, N 13, S. 396 bezeichnet es als «*nachträgliche Spontaninformation*».