

Aufsätze

Volker Rieble^{*)}

Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten

Das Umwandlungsgesetz regelt zwar die Universalsukzession: die vom BGB-Schuldrecht aufgeworfene Frage nach dem Sukzessionsschutz für Vertragspartner, Gläubiger und Schuldner, ist jedoch nicht geregelt worden. Der Verfasser sucht nach einem Kompromiss zwischen gesellschaftsrechtlicher Umwandlungsfreiheit und dem von der Privatautonomie gebotenen Schutz vor aufgezwungener Veränderung von Schuldverhältnissen. ^{)}*

I. Universalsukzession und die Frage nach dem Sukzessionsschutz

1. Universalsukzession statt Einzelrechtsübertragung

Das Umwandlungsgesetz macht Verschmelzung und Spaltung effektiv. Sein aus zivilrechtlicher Sicht entscheidendes Merkmal ist die Universalsukzession: Rechte, Pflichten, ganze Schuldverhältnisse gehen im Zuge der Verschmelzung oder Spaltung auf andere Unternehmen über, ohne dass sich der Gläubiger oder Vertragspartner hiergegen wehren könnte (§ 20 Abs. 1 Nr. 1, § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG).

Mit dieser Erleichterung des Übertragungsaktes erspart das Umwandlungsgesetz den beteiligten Rechtsträgern die Übertragung der Unternehmensbestandteile qua Einzelrechtsübertragung. Das BGB sieht für seine Singularsukzession weitgehenden Schutz zugunsten der Gläubiger und Schuldner eines übertragenden Rechtsträgers vor: Die Übertragung von Verbindlichkeiten ist an die Zustimmung des Gläubigers gebun-

den (§§ 414, 415 f BGB). Die Übernahme von Schuldverhältnissen ist nur im Wege der gar nicht geregelten Vertragsübernahme möglich. Auch sie setzt die Mitwirkung des betroffenen Vertragspartners voraus.¹⁾ Die Übertragung von Forderungen ist zwar ohne Zustimmung des Schuldners möglich – doch wird er zum Ausgleich mit dem umfassenden Schuldnerschutz der §§ 404 ff BGB bedacht.

Sondersukzessionsschutz gibt die Rechtsordnung in den Fällen des gesetzlichen Vertragsübergangs, also nach Veräußerung eines Miet- oder Pachtgrundstücks (§ 571 BGB), eines Betriebes (§ 613a BGB) oder einer versicherten Sache (§ 69 VVG)²⁾ – durch die §§ 572 ff BGB, durch Bestandsschutz in § 613a Abs. 1 und 4 BGB und durch das Sonderkündigungsrecht des Versicherers nach § 70 VVG.

Mit der Anordnung der Universalsukzession beseitigt das Umwandlungsgesetz zunächst jedes Veto-Recht von Gläubigern und Vertragspartnern, die sonst durch die Zustimmungsverweigerung die Rechtsnachfolge hindern könnten und damit die aufzulösenden Rechtsträger zur Liquidation zwingen oder als „räuberische“ Gläubiger und Vertragspartner ihre Zustimmung verkaufen könnten.³⁾ Erst durch die Universalsukzession wird die liquidationslose Löschung nach § 20 Abs. 1 Nr. 2, § 131 Abs. 1 Nr. 2 UmwG möglich, weil die zu löschenden übertragenden Rechtsträger durch die Universalsukzession aller Rechte und Pflichten entkleidet werden.⁴⁾

^{*)} Dr. iur., Privatdozent in Freiburg/Köln

^{**)} Überarbeitete Fassung des vor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg am 15. Februar 1996 gehaltenen Habilitationsvortrages.

1) BGH DtZ 1996, 56; *Nörr/Scheyhing*, Sukzessionen, 1983, §§ 16 ff, S. 246 ff.

2) Dazu *Dörner*, Dynamische Relativität, 1985, S. 357 ff; *Mertens*, Umwandlung und Universalsukzession, 1993, S. 62 ff.

3) Zum „räuberischen“ Anteilseigner *Timm*, ZGR 1996, 247, 257 ff.

4) Vgl. Begründung RegE zu § 132 UmwG am Ende, BT-Drucks. 12/6699, abgedruckt in: *Neye*, UmwG/UmwStG, RWS-Dokumentation 17, 2. Aufl., S. 263.

2. Sukzessionsschutz nach dem Umwandlungsgesetz

Dass die Universalsukzession Gläubiger und Vertragspartner nachteilig treffen kann, hat der Umwandlungsgesetzgeber nicht übersehen. Sein Schutzkonzept ist primär haftungsrechtlich. Anfechtungsrechte kommen allein den Mitgliedern der betroffenen Rechtsträger zu, die der Umwandlung durch Verschmelzungs- oder Spaltungsbeschluss zustimmen müssen. Nur sie können durch befristete Anfechtungsklage verhindern, dass die Verschmelzung oder Spaltung durch Registereintragung vollzogen wird.⁵⁾ Der Gläubiger oder Vertragspartner hat die Universalsukzession hingegen hinzunehmen.

Unter dem Titel „Gläubigerschutz“ in §§22, 133 UmwG hat der Umwandlungsgesetzgeber dabei vor allem vermögensrechtliche Nachteile im Auge: Wiewohl Verschmelzung und Spaltung normalerweise die Funktion haben, die Leistungsfähigkeit der Unternehmen zu verbessern, kann sich die Haftungssituation verschlechtern. Die Spaltung kann die Haftungsmasse verkürzen. Auch die Verschmelzung mit einem verschuldeten Rechtsträger kann Gläubiger gefährden. Schließlich endet im Zuge von Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel gelegentlich die persönliche Haftung von Gesellschaftern – im Fall der Ausgliederung die des Einzelkaufmanns. Das Umwandlungsgesetz sichert die Gläubiger mit drei haftungsrechtlichen Instituten:

- Sicherheitsleistung (§§22, 125, 133 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 UmwG) als spezialgesetzliche Verstärkung von §321 BGB
- Nachhaftung für Altverbindlichkeiten bei Entzug von Haftungsmasse, also als Korrektur zur Enthftung persönlich haftender Gesellschafter⁶⁾ und vor allem als Spaltungshaftung nach §133 Abs. 1 Satz 1 UmwG. Eine Mithaftung für nach der Spaltung begründete Neuverbindlichkeiten sieht das Gesetz nur in dem arbeitsrechtlichen Spezialfall des §134 UmwG vor.⁷⁾
- Schadensersatzpflicht der Organmitglieder nach §§25 ff UmwG,⁸⁾ wenn diese bei der Verschmelzung oder Spaltung ihre Sorgfaltspflichten verletzt haben.

Dieser Vermögensschutz für die Gläubiger allein genügt jedoch nicht. Für den zivilrechtlichen Sukzessionsschutz ist die Frage nach dem Vertragsinhaltsschutz entscheidend: Der Partner des übertragenden Rechtsträgers soll durch die Übertragung keine Verschlechterung seiner Rechtsstellung erfahren, wie die §§404 ff BGB zeigen. Für die Frage, ob und wie der Gläubiger vor Vertragsänderungen zu schützen ist, hält das Umwandlungsgesetz kein Regelungskonzept bereit, sondern nur zwei punktuelle Regelungen:

§21 UmwG⁹⁾ sieht zum einen für die Verschmelzung (und die ihr entsprechende Spaltung zur Aufnahme, §125 UmwG) eine Vertragsanpassung vor, wenn die Universalsukzession dazu führt, dass in der Person des übernehmenden Rechtsträgers miteinander inkompatible Verträge zusammentreffen. Die Vorschrift ist ein Spezialfall der Geschäftsgrundlagenlehre.¹⁰⁾

Eine Rechtsnachfolge scheidet gewöhnlich an höchstpersönlichen, mithin nicht übertragbaren Rechten und Pflichten. Das Umwandlungsgesetz spricht diese Frage zum anderen – nur für die Spaltung – in §132 Satz 1 UmwG an: „Allgemeine Vorschriften“, die die Übertragbarkeit eines Gegenstandes aus-

schließen oder beschränken, bleiben danach unberührt, können also nach §131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG nicht übergehen. Nach §131 Nr. 1 Satz 2 UmwG bleiben diese nicht übertragbaren Gegenstände vielmehr bei dem übertragenden Rechtsträger, allerdings nur, soweit es um die Abspaltung (und Ausgliederung) geht. Für die Aufspaltung, bei der der ursprüngliche Unternehmensträger erlischt, sagt §132 Satz 2 UmwG, dass §399 BGB ihr nicht entgegensteht. Sonst würde die Auflösung ohne Abwicklung scheitern, sie setzt den aller Rechte und Pflichten entkleideten, leeren Rechtsträger voraus.

Für die Verschmelzung fehlt eine entsprechende Aussage, ob schon bisher nicht klar war, ob nicht das pactum de non cedendo die Gesamtrechtsnachfolge (wenigstens ausnahmsweise) hindern kann.¹¹⁾ Freilich würde auch hier die fehlende Übertragbarkeit bedeuten, dass die Verschmelzung insofern scheitert und eine Liquidation erforderlich wird.

Die §§131 f UmwG sind unklar und widersprüchlich: Zuerst fehlt jede Aussage, was mit nicht übertragbaren Gegenständen in der Aufspaltung geschieht.¹²⁾ Zweitens leuchtet auf den ersten Blick nicht ein, weshalb die Universalsukzession bei der Abspaltung (und Ausgliederung) einerseits sowie bei der Verschmelzung und Aufspaltung andererseits unterschiedlich in Vertragsrechte Dritter eingreifen darf.¹³⁾ Ein weiterer Widerspruch besteht zur Schuldübernahme: Während der Schuldner des abspaltenden Rechtsträgers sein ausbedungenes Abtretungsverbot behält und so die Universalsukzession von seiner Zustimmung abhängig ist,¹⁴⁾ verliert der viel schutzbedürftigere Gläubiger sein gesetzliches Zustimmungsrecht nach §414 BGB, ohne dass das Umwandlungsgesetz Einschränkungen macht. Schließlich sagt das Umwandlungsgesetz nichts zu anderen Fällen gewillkürter Sukzessionsverbote außerhalb von §399 BGB.

In der Literatur wird eine weitgehende Überwindung von Übertragungshindernissen befürwortet.¹⁵⁾ Dabei wird aber zu Unrecht der Zweck des Umwandlungsgesetzes, Verschmel-

5) §§14, 16 Abs. 2 und 3 UmwG für die Verschmelzung und der Verweis auf diese Vorschriften in §125 UmwG für die Spaltung.

6) §45 UmwG für die Verschmelzung, §156 UmwG für den ausgliedernden Kaufmann, §224 UmwG für den Formwechsel.

7) *Schaub*, in: Festschrift Wlotzke, 1996, S. 103, 113 f; damit ist zugleich BAG ZIP 1992, 1554 (dazu EWIR 1992, 1105 (*Hoyningen-Huene*)) für die Nachhaftung von Gesellschaftern korrigierend Rechnung getragen.

8) Früher §§349 ff AktG und Parallelvorschriften.

9) Zum früheren §346 Abs. 3 AktG *Kraft*, in: Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl., 1990, §346 Rz. 36 ff; *Grunewald*, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, 1991, §346 Rz. 39 f.

10) Vgl. *Grunewald* (Fußn. 9), §346 Rz. 40.

11) Etwa *Kraft* (Fußn. 9), §346 Rz. 25; MünchKomm-Roth, BGB, 3. Aufl., 1994, §412 Rz. 15; nach RGZ 136, 313, 315 f gehen nicht abtretbare Sonderrechte der Aktionäre kraft Verschmelzung über.

12) Dunkel auch *Lutter/Teichmann*, UmwG, 1996, §132 Rz. 24 f, nach dem die Lösung hier schwierig wird und „wohl sehr flexible Lösungen entwickelt werden“ müssen.

13) *Teichmann*, ZGR 1993, 396, 408.

14) Herrschende Meinung; streitig ist nur, ob eine einseitige Zustimmung vergleichbar §185 BGB genügt oder ob es eines Änderungsvertrages bedarf, BGHZ 108, 172, 176 = ZIP 1989, 1137, 1138, dazu EWIR 1989, 861 (*Bilow*); eingehend zur Rechtsnatur von Abtretungsverboten *Wagner*, Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse, 1994.

15) *Henrichs*, Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen, 1995, S. 111 ff; *ders.*, ZIP 1995, 794, 798; *Heidenhain*, ZIP 1995, 801, 804; *Mertens* (Fußn. 2), S. 144 ff; *Goutier*, in: Goutier/Knopf/Tulloch, UmwG, 1996, §131 Rz. 10 für die Aufspaltung, anders Rz. 13 f für die Abspaltung.

zung und Spaltung zu erleichtern, in den Vordergrund gestellt. Das Umwandlungsanliegen der beteiligten Rechtsträger kann nicht beliebige Eingriffe in Vertragsrechte Dritter rechtfertigen. Erforderlich ist vielmehr ein Ausgleich zwischen dem allgemeinen zivilrechtlichen Vertragsrechtsschutz des Dritten und dem Umwandlungsbedürfnis der beteiligten Rechtsträger, der nur aus einer Gesamtschau von Vertragsrecht und Umwandlungsrecht gewonnen werden kann. Diese Gesamtschau fehlt bislang, weil das Umwandlungsrecht die vertragsrechtlichen Folgefragen weithin ignoriert. Es fehlt die Sensibilität für das allgemeine Schuldrecht und seinen Sukzessionsschutz, sei es die allgemeine Regelung der §§404 ff und §§417f BGB oder der spezielle Schutz in den Fällen des Vertragsübergangs nach §§571, 613a BGB und §69 VVG.

3. Universalsukzession kraft Rechtsgeschäft

Wer Verschmelzung und Spaltung nicht bloß durch die gesellschaftsrechtliche Brille sieht, muss die Universalsukzession in das System des BGB einordnen. An sich stört nur das Erfordernis der Einzelrechtsübertragung. Funktionsgemäße Alternative zur rechtsgeschäftlichen Singularsukzession ist dementsprechend die vom Spezialitätsprinzip befreite rechtsgeschäftliche Universalsukzession (vgl. §126 Abs. 2 UmwG). Als Rechtsgeschäft geraten Verschmelzungs- und Spaltungsvertrag auf den ersten Blick in die Nähe des (unzulässigen) Vertrages zu Lasten Dritter: Die gewillkürte Universalsukzession verändert zwar zunächst nicht Art und Ausmaß der Rechtsbeziehung, tauscht aber deren Zuordnungssubjekt aus und erlegt dem Dritten so eine rechtliche Bindung auf, die er mit dieser Zielrichtung womöglich nie eingegangen wäre.

Die herrschende Meinung hat deshalb früher die Universalsukzession als gesetzliche Folge des Verschmelzungsaktes begriffen: Das Erlöschen der bisherigen Unternehmen wurde dem Tod der natürlichen Person gleichgestellt. Der Übergang aller Rechte und Pflichten erfolgte dann gleich dem Erbschaftsanfall nicht kraft Rechtsgeschäfts, sondern kraft Gesetzes – und nur „auf Grund eines Rechtsgeschäfts“. Ihre Rechtfertigung fand die herrschende Meinung darin, dass die Rechtsordnung subjektlose Rechte nicht kennt, also den Anfall des Vermögens der infolge der Verschmelzung untergehenden Unternehmen zwingend anordnen musste. Das warf dann ein sukzessionsschutzrechtliches Folgeproblem auf: Die Gleichstellung der Legalzession mit der rechtsgeschäftlichen nach §412 BGB gilt nicht für §§571, 613a BGB und §69 VVG, so dass man darüber streiten konnte, ob jener Sukzessionsschutz bei der Verschmelzung greift.¹⁶⁾

Mit der Anerkennung der Spaltung durch das Umwandlungsgesetz ist diese Einordnung nicht mehr haltbar: Einmal fällt bei der Abspaltung das ursprüngliche Unternehmen nicht weg; der Vergleich mit dem Tod trägt nicht mehr. Vor allem aber: Welche Gesamtheit von Aktiva und Passiva bei der Spaltung übertragen wird, bestimmt der Spaltungs- und Übernahmevertrag nach §126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG, bei der Spaltung zur Neugründung der Spaltungsplan nach §136 UmwG. Übertragen wird eine rechtsgeschäftlich festgelegte Gesamtheit von „Gegenständen“: Dementsprechend kann die Aufteilung weitgehend willkürlich bestimmen, welche Rechte und Pflich-

ten des übertragenden Rechtsträgers welchem der übernehmenden Rechtsträger zugeordnet werden. Folge des Spaltungsvertrages ist eine „partielle Universalsukzession“. Die Rechtsnachfolge kann nicht mehr als gesetzliche verstanden werden, weil das, was übergeht, privatautonom bestimmt wird. Nur deshalb stellt sich auch das Problem der von den Parteien vergessenen Gegenstände, deren Zuordnung auch nicht durch Auslegung (!) ermittelt werden kann (§131 Abs. 3 UmwG).

Dass die Spaltung als partielle Universalsukzession nur rechtsgeschäftlicher Natur sein kann, darüber ist man sich weitgehend einig.¹⁷⁾ Der Gesetzgeber selbst hat den Spezialitätsgrundsatz beiseite geschoben. Zugleich hat er aus Sicht des Sachenrechts einen neuen Typ geschaffen, den Typenzwang gelockert. Das wirft das Folgeproblem des gutgläubigen Erwerbs kraft Universalsukzession auf, dem hier nicht nachgegangen werden soll.¹⁸⁾

Die Erkenntnis, dass eine Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts nicht mehr systemwidrig ist, legt es nahe, auch die Verschmelzung entsprechend einzuordnen.¹⁹⁾ Es wäre ungereimt, der Universalsukzession unterschiedlichen Rechtscharakter beizumessen, je nach dem, ob sie im Zuge einer Verschmelzung oder einer Spaltung erfolgt, und daraus womöglich unterschiedliche Rechtsfolgen für die Gläubiger und Vertragspartner abzuleiten. Zudem ist auch die Spaltung zur Aufnahme (§123 Abs. 1 bis 3, jeweils Nr. 1 UmwG) für den aufnehmenden Rechtsträger eine Vermögensverschmelzung.

Für diese rechtsgeschäftliche Deutung gibt das Gesetz Anhaltspunkte: §20 Abs. 1 Nr. 1, §131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG sehen die Universalsukzession ausdrücklich als Wirkung der Registereintragung von Verschmelzung oder Spaltung und damit als Wirkung eines förmlichen Rechtsgeschäfts. Nach §324 UmwG bleibt §613a Abs. 1 und 4 BGB „unberührt“, geht also davon aus, dass die Vorschrift ohnehin eingreift, dass mithin ein Betriebsübergang kraft Rechtsgeschäfts vorliegt.²⁰⁾ Der Vergleich mit dem Tod natürlicher Personen war stets nur ein Notbehelf. Denn der Verschmelzungsvertrag als Rechtsgeschäft führt nicht wie der Tod zuerst das Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers herbei, so dass dann als gesetzliche Nebenfolge notwendig eine Universalsukzession eintreten muss, um subjektlose Rechte und Pflichten zu verhindern. Der Rechtsgeschäftswille der Parteien des Verschmelzungsvertrages ist zuerst auf die Vermögensübertragung gerichtet. Und nur weil die Universalsukzession den Rechtsträger aller Rechte und Pflichten entledigt, ihn „entleert“, kann dann als logisch zweiter

16) Für §613a BGB etwa *Loritz*, RdA 1987, 65, 71 ff; für §70 VVG: RGZ 125, 193; *Prölss/Martin*, VVG, 25. Aufl., 1992, §69 Anm. 2 c zur Verschmelzung; *Oetker*, VersR 1992, 7, 11, verneint auch die analoge Anwendung.

17) *Karsten Schmidt*, AcP 191 (1991), 495, 510 ff; *Teichmann*, ZGR 1993, 396, 398; *Lutter/Teichmann* (Fußn. 12), §123 Rz. 9 spricht vom Bedeutungswandel hin zu einer „rechtsgeschäftlich initiierten Übertragungsart“; *Henrichs* (Fußn. 15), S. 31 ff; *Mertens* (Fußn. 2), S. 64 ff; unklar *Dehmer*, UmwG, 1996, §131 Rz. 4 ff.

18) *Karsten Schmidt*, AcP 191 (1991), 495, 517.

19) So insbesondere *Henrichs* (Fußn. 15), S. 31 ff und *Mertens* (Fußn. 2), S. 64 ff; anders *Karsten Schmidt*, AcP 191 (1991), 495, 510, für die personengesellschaftsrechtliche Anwachsung bei Austritt des verletzten Gesellschafters; wie bisher: *Bermel*, in: *Goutier/Knopf/Tulloch* (Fußn. 15), §20 Rz. 8.

20) *Karsten Schmidt*, AcP 191 (1991), 495, 516; der Hinweis ist vom Rechtsausschuss aus den Spaltungsvorschriften (§132 RegE UmwG) heraus und zu den Schlussvorschriften genommen worden, vgl. *Neye* (Fußn. 4), S. 262 f.

Schritt der Rechtsträger, der im Wortsinne keiner mehr ist, erlöschen. Die Universalsukzession ist nicht Folge der Verschmelzung, sondern ihr Ziel.

II. Schutz der Vertragspartnerwahlfreiheit

1. Eingriff in die negative Vertragsfreiheit

Die Universalsukzession greift in die Vertragsrechte Außenstehender ein. Ihnen wird zuerst und vor allem ein Partner aufgedrängt, mit dem sie keinen Vertrag haben und womöglich auch nie einen Vertrag abgeschlossen hätten. Verschmelzungs- und Spaltungsvertrag haben unmittelbare Drittwirkung. Das Leitbild des unzulässigen „Vertrages zu Lasten Dritter“ ist zwar nicht erfüllt, weil dem Dritten keine rechtliche Verpflichtung auferlegt wird. Verschmelzung und Spaltung lassen die rechtliche Verpflichtung des Dritten in Art und Ausmaß zunächst unberührt.

Aber schon der Wechsel des Partners in einem Rechtsverhältnis ohne Zustimmung des Betroffenen ist ein Eingriff in die Vertragsfreiheit, eine Durchbrechung des Grundsatzes der Relativität von Schuldverhältnissen,²¹⁾ eine Fremdbestimmung ohne legitimierende privatautonome Unterwerfung.²²⁾ Es kommt auch gar nicht darauf an, ob die Drittwirkung eines Rechtsgeschäfts begünstigend, belastend oder neutral ist, wie das Zurückweisungsrecht beim Vertrag zugunsten Dritter zeigt (§333 BGB).²³⁾

Dieser Eingriff in die Vertragsfreiheit lässt sich auch nicht mit dem Argument der Unternehmenskontinuität beiseite schieben. Die Belastung des Dritten mag zwar gering sein, wenn sich an Unternehmensgegenstand und -ausstattung infolge der Umwandlung wenig ändert. Vertragspartner ist aber nicht das Unternehmen, sondern der Unternehmensträger. Und dieser ändert sich bei Verschmelzung und Spaltung womöglich erheblich. Selbst beim „identitätswahrenden“ Formwechsel ist die Vertragsfreiheit des Dritten betroffen, weil sein neuer Partner nicht wirklich identisch ist mit dem vorhergehenden, sondern mit *Zöllner* allenfalls so identisch wie Dr. Jekyll und Mr. Hyde.²⁴⁾ Es kann für den Dritten durchaus einen Unterschied machen, ob er es mit einer Personengesellschaft, einer GmbH oder einer Aktiengesellschaft zu tun hat, wegen der unterschiedlichen Haftung und wegen der unterschiedlichen Willensbildung, auch mit Blick auf die Mitbestimmung. Mögen Gesellschafter und Vermögen auch gleich bleiben, was sich ändert, ist die den rechtlichen Zusammenhang zwischen beiden vermittelnde Organisation der Gesellschaft. Sie macht ihre rechtliche Identität aus. Der Identitätsbruch erweist sich vor allem an der Diskontinuität der Vertretungsorgane, durch die die juristische Person erst handlungsfähig wird.²⁵⁾ Man kann deshalb mit Recht bezweifeln, ob der Kunstgriff des Gesetzgebers – Universalsukzession bei Verschmelzung und Spaltung, Identitätswahrung beim Formwechsel – es rechtfertigt, die außenstehenden Dritten vertragsrechtlich schlechter zu stellen.²⁶⁾

Das Umwandlungsgesetz regelt das Problem einer Rechtsbeziehung mit einem aufgedrängten Partner umfassend nur für die Mitglieder der an der Umwandlung beteiligten Vereinigungen: Ihnen darf wegen der negativen Vereinigungsfreiheit

keine Mitgliedschaft in einem wirtschaftlichen Verein aufgezungen werden, dem sie nie beigetreten sind. Deshalb formuliert §29 UmwG mit verschiedenen Spezialnormen den Grundsatz, dass die überstimmten Mitglieder (Anteilseigner) eines übertragenden Rechtsträgers ausscheiden dürfen und (bis auf den Ausnahmefall des gemeinnützigen Vereins) eine Abfindung erhalten. Das gilt auch für den „identitätswahrenden“ Formwechsel (§207 UmwG).

Dass in die negative Vertragsfreiheit Dritter eingegriffen wird, wenn deren Vertragsrechte und -pflichten übergeleitet werden, heißt nicht, dass der Eingriff stets unzulässig ist, der Gesetzgeber also einen Vertrag mit Wirkung für Dritte nie anordnen dürfte.²⁷⁾ Das Bürgerliche Recht kennt eine Reihe solcher Fälle, die das „Vertragsprinzip“ durchbrechen. Hierher gehört der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten ebenso wie Rechtsgeschäfte zwischen Zedent und Schuldner zu Lasten des Zessionars nach §407 BGB. Für die Universalsukzession lohnt sich der Blick auf die Abtretung nach §§398 ff BGB. Sie führt zum Gläubigeraustausch und mutet dem Schuldner so einen Gläubiger zu, mit dem er selbst womöglich nie kontrahiert hätte.²⁸⁾ Von Identität der Forderung kann keine Rede sein, weil die Person des Gläubigers den Leistungsinhalt mit ausmacht. Im Normalfall ist die Abtretung als Vertrag mit Wirkung für Dritte erträglich – eben wegen des kompensierenden Sukzessionsschutzes. Zudem kann sich der Schuldner durch ein Abtretungsverbot selbst schützen, §399 Alt. 2 BGB.

Ihre Rechtfertigung finden solche Eingriffe in die Vertragsfreiheit vor allem im Interesse des Rechtsverkehrs. Ohne gutgläubigen Erwerb und ohne Übertragbarkeit von Forderungen, sei es zur Sicherung oder im Wege der Zwangsvollstreckung, würde der Rechtsverkehr erheblich beeinträchtigt. Deshalb nimmt §354a HGB seit 1994 im Interesse der Kreditfinanzierung kleiner und mittlerer Unternehmen Abtretungsverboten für Geldforderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften die dingliche Wirkung.²⁹⁾

Für Verschmelzung und Spaltung wie für den Formwechsel ist der Eingriff in die Freiheit der Vertragspartnerwahl³⁰⁾ ebenfalls gerechtfertigt. Nur so kann den Unternehmensträgern mehr Organisationsfreiheit eingeräumt werden. Die Rechtsordnung nimmt hier eine notwendig ausgleichende Entscheidung zwischen zwei kollidierenden Interessen vor. Entweder räumt man dem Vertragspartner und seinem Übertragungsverbot

21) Zu ihm MünchKomm-Kramer (Fußn. 11), Einl. zu §§241 ff Rz. 14 ff; *Staudinger/J. Schmidt*, BGB, 13. Bearb., 1995, Einl. zu §§241 ff Rz. 433 ff; *Dörner* (Fußn. 2), S. 13 ff, 46 ff.

22) *Böttcher*, Gestaltungsrecht und Unterwerfung, 1964.

23) *Laufke*, in: Festschrift H. Lehmann I, 1956, S. 145, 169 ff; *Dürig*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, GG (Stand: 1991), Art. 2 Abs. 1 Rz. 55; *F. Bydlinksky*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, insbesondere S. 126 ff; etwas großzügiger *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 1965, S. 18 Fußn. 20.

24) *Zöllner*, ZGR 1993, 335, 336 f; *Henrichs* (Fußn. 15), S. 33 ff.

25) Dazu *Karsten Schmidt*, in: Festschrift Henckel, 1995, S. 749, 763; eine Ausnahme enthält §203 UmwG.

26) So *Henrichs* (Fußn. 15), S. 107 ff; dagegen aber *Karsten Schmidt*, AcP 191, 505; *ders.* (Fußn. 25), S. 764 ff.

27) Richtig *Henrichs* (Fußn. 15), S. 99 ff; *Dörner* (Fußn. 2), S. 123 ff, 148 f.

28) Statt aller *Dörner* (Fußn. 21), S. 119; *Nörr/Scheyhing* (Fußn. 1), §4 I, S. 44 f.

29) *Baumbach/Hopt*, HGB, 29. Aufl., 1995, §354a Rz. 1 ff.

30) *Kleindiek*, ZGR 1992, 513, 518 f.

den Vorrang ein: Dann hätte jede längerfristige Vertragsbindung notwendig zur Folge, dass die liquidationslose Umwandlung unter Zustimmungsvorbehalt des Vertragspartners steht. Oder die Umwandlungsfreiheit genießt den Vorrang. Dann ist der Eingriff in die Vertragsfreiheit notwendige Folge. Hinzu kommt Folgendes: Wer eine Rechtsbeziehung zu einer Gesellschaft eingeht, muss grundsätzlich damit rechnen, dass sich der Bestand der Gesellschafter verändert. Sein Recht auf Identität des Vertragspartners ist von vornherein geschmälert.³¹⁾ Kein Gläubiger einer Personengesellschaft kann verlangen, dass ein persönlich haftender Gesellschafter bleibt. Er wird auch insofern mit der Nachhaftung abgespeist.

Das Umwandlungsrecht bringt so die Grundwertung des § 137 BGB – keine rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen – durch Rückbeschränkung der Ausnahmenvorschrift des § 399 BGB zur Geltung.³²⁾ Kein Unternehmensträger kann sich durch Vertrag der „dinglichen“ Möglichkeit begeben, durch Verschmelzung oder Spaltung sein Unternehmen neu zu strukturieren. Möglich bleibt nach § 137 Satz 2 BGB allein eine entsprechende schuldrechtliche Verpflichtung.

Zu dem konsequenten Schritt, einheitlich für alle Umwandlungsfälle festzulegen, unter welchen Voraussetzungen ein gewillkürtes Sukzessionsverbot umwandlungsfest ist, und wann es dem Umwandlungswillen weichen muss, hat sich der Gesetzgeber nicht entschließen können. Dabei ist dieser Fall der Vertragskollision weitaus bedeutsamer als der des § 21 UmwG.

2. Kündigung aus wichtigem Grund als Minimalkorrektiv

Der Vorrang der Organisationsfreiheit vor der Vertragsfreiheit kann nicht schlechthin gelten. Äußerste Grenze ist die Zumutung eines unzumutbaren Vertragspartners. Ein Wechsel kann in Dauerschuldverhältnissen mit der stets zulässigen Kündigung aus wichtigem Grund verhindert werden.³³⁾ Sie ist ein Anwendungsfall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.³⁴⁾ Man braucht sich nur den Fall vorzustellen, dass an der Verschmelzung ein Unternehmen beteiligt ist, dem gegenüber der Dritte berechnete Vorbehalte hat. So mag eine Bank die Geschäftsverbindung zu einem Kunden abgebrochen haben, etwa wegen verbotener Verfügungen über Sicherungseigentum. Verschmilzt nun dieser unerwünschte ehemalige Kunde mit einem aktuellen Kunden der Bank, würde die Universalsukzession ihr einen unzumutbaren Geschäftskontakt aufzwingen, womöglich mit denselben verantwortlichen Personen.

Insofern trägt die Parallele zum Gesellschafterwechsel: Tritt ein unzumutbarer Gesellschafter ein oder scheidet derjenige Gesellschafter aus, dem allein der Vertragspartner vertraut hat, so kann die Veränderung in der Mitgliedschaft als Wegfall der Geschäftsgrundlage ausnahmsweise die Vertragslösung rechtfertigen. Im Gesellschaftsrecht wird der Vertragsschutz des Gläubigers bislang freilich klein geschrieben.³⁵⁾

Dass die Geschäftsgrundlage durch eine Fusion so erschüttert werden kann, dass die Kündigung gerechtfertigt ist, hat schon das Reichsgericht klar gesagt.³⁶⁾ Sonderfall ist die Kündigung von Unternehmensverträgen – insbesondere Beherrschungsverträgen – aus wichtigem Grund, § 297 AktG. Sie ist für das alte Verschmelzungsrecht für den Fall vorgeschlagen worden,

dass die Rechtsnachfolge in einen Beherrschungsvertrag zu unzuträglichen Zuständen führt.³⁷⁾ Vor verschlechterten Bonitätsverhältnissen werden die Gläubiger allerdings bereits durch Sicherheitsleistung und gesamtschuldnerische Spaltungshaftung geschützt.³⁸⁾ Eine Kündigung ist nur gerechtfertigt, wenn auch diese Instrumente nicht helfen. In normalen Schuldverhältnissen kann der Wegfall der Geschäftsgrundlage ebenfalls die Vertragslösung rechtfertigen. Rechtsprechung und Literatur sprechen insofern gern von einem Rücktrittsrecht,³⁹⁾ wickeln den Vertrag aber nach Bereicherungsrecht ab.⁴⁰⁾

Entscheidet sich der Vertragspartner für die Kündigung aus wichtigem Grund, muss er mit dem Verlust seiner Vertragsrechte bezahlen. Aber das ist Konsequenz der Wertung des Umwandlungsgesetzes, das sein Interesse am Fortbestand des bisherigen Vertragspartners geringer schätzt als dessen Organisationsfreiheit.

3. Nachfolge in höchstpersönliche Rechtsbeziehungen?

3.1 Das Problem

Für höchstpersönliche Rechtsbeziehungen, also die Fallgruppe des § 399 Alt. 1 BGB, ist aus Sicht des Vertragsrechts die Frage aufgeworfen, wie es sich mit den sukzessionshindernden „allgemeinen Vorschriften“ des § 132 Satz 1 UmwG verhält. Das BGB nennt eine Reihe von Schuldverhältnissen im Zweifel höchstpersönlich: Die Mitgliedschaft im Idealverein (§ 38 BGB), Dienst- und Geschäftsbesorgungsverträge (§§ 613, 673, 675 BGB), die Miete auf der Seite des Mieters und das Vorkaufsrecht (§ 514 BGB). Für die meisten unternehmensbezogenen Verträge mit einer Gesellschaft wird schon die Auslegung ergeben, dass die Vertragspartnerstellung nicht höchstpersönlich ist, dass es dem Kontrahenten also nicht darum geht, wer hinter dem Unternehmen steht. Das muss aber nicht stets so sein. Bei kleinen Gesellschaften, etwa der auf die Person des Gesellschafter-Geschäftsführers ausgerichtete Ein-Mann-GmbH, der Vater & Sohn OHG oder mit Blick auf die Ausgliederung beim Einzelkaufmann, kann die Vertragsbeziehung auf die hinter dem Unternehmen stehenden natürlichen Personen ausgerichtet sein.

3.2 Rechtsnachfolge in den Nießbrauch, § 1059a BGB

Eine konkrete Antwort hat der Gesetzgeber für den „an sich“ höchstpersönlichen und deshalb nicht übertragbaren Nieß-

31) Vgl. schon BGHZ 50, 307, 310 ff für die dem Nießbrauch gleichgestellte Übertragung von dinglichen Vorkaufsrechten.

32) Allgemein R. Liebs, AcP 175 (1975), 1; Wagner, AcP 194 (1994), 451.

33) Etwa Lutter/Grunewald (Fußn. 12), § 20 Rz. 47 ff.

34) Statt vieler Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 418.

35) Etwa Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 10, S. 513 ff.

36) RGZ 60, 56, für eine Fusion nach englischem Recht, die die Gläubigerinteressen nicht hinreichend wahrte; Schilling, in: Großkomm. z. AktG, 3. Aufl., Bd. 4, 1975, § 346 Anm. 29.

37) Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, 1976, § 297 Rz. 48 ff; Grunewald (Fußn. 9), § 346 Rz. 29, 31.

38) Richtig Lutter/Grunewald (Fußn. 12), § 20 Rz. 47.

39) Soergel/Teichmann, BGB, 12. Aufl., § 242 Rz. 271 f; vgl. auch BGHZ 112, 279, 287 = ZIP 1990, 1406, 1408 (dazu EWIR 1990, 1149 (Graf v. Westphalen)), für die Vermögensverschlechterung.

40) Dazu Staudinger/Kaiser (Fußn. 21), Vor § 346 Rz. 117.

brauch getroffen: § 1059a Nr. 1 BGB privilegiert mit Blick auf die bisherigen Verschmelzungsmöglichkeiten den Übergang des zugunsten einer juristischen Person bestellten Nießbrauchs.⁴¹⁾ Entgegen § 1059 Satz 1, § 1061 Satz 2 BGB ist der Nießbrauch ausnahmsweise übertragbar und erlischt nicht mit dem übertragenden Rechtsträger. Damit soll verhindert werden, dass im Fall der Verschmelzung ohne Not kraft zwingenden Rechts Unternehmenswerte vernichtet werden; man denke nur an den Nießbrauch an einem Betriebsgrundstück.⁴²⁾ Auch in diesem Fall bleibt die Vertragsautonomie vorrangig: Der Eigentümer kann für den Fall der Universalsukzession ausdrücklich den Übergang ausschließen und so sicherstellen, dass der Nießbrauch höchstpersönlich bleibt, also nicht in fremde Hände gelangt.

§ 1059a Nr. 1 BGB ist aber auf die Verschmelzung nach bisherigem Recht ausgerichtet. Da der Umwandlungsgesetzgeber die Vorschrift nicht angepasst hat, ist sie auf die partielle Universalsukzession im Zuge einer Spaltung nur vorsichtig anzuwenden.⁴³⁾ Der Wortlaut ist mit „Gesamtrechtsnachfolge“ zwar offen. Wie ein Blick auf den zweiten Privilegierungsfall in § 1059a Nr. 2 BGB, den Unternehmenskauf, zeigt, setzt die Übertragbarkeit des Nießbrauchs seine Unternehmensbezogenheit voraus: Mit einem Unternehmen oder Unternehmensteil kann der Nießbrauch nur übertragen werden, wenn er den Unternehmenszwecken zu dienen geeignet ist. Deshalb ist es insbesondere ausgeschlossen, dass bei der Spaltung das Unternehmen und der unternehmensbezogene Nießbrauch getrennt werden, etwa in Anlage- und Betriebsgesellschaft. Praktisch ist die zweite Beschränkung: Man kann zwar mit der herrschenden Meinung das Nießbrauchsübertragungsprivileg auf Personengesellschaften erstrecken.⁴⁴⁾ Für die Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns kann sie keinesfalls gelten,⁴⁵⁾ denn das würde einen erheblichen Eingriff in die Rechtsposition des Eigentümers bedeuten: Einmal greift hier das Argument nicht, der Nießbrauchbesteller habe mit der Rechtsgewährung an eine Gesellschaft bereits auf die Höchstpersönlichkeit verzichtet. Vor allem aber wird aus dem auf Lebenszeit des Nießbrauchers befristeten Recht (§ 1061 Satz 1 BGB) ein unbefristetes Recht, weil übernehmender Rechtsträger keine natürliche Person mehr ist. Bei Abspaltung und Ausgliederung bleibt der Nießbrauch in den Fällen der Unübertragbarkeit beim übertragenden Rechtsträger; bei Aufspaltung und Verschmelzung erlischt er.

3.3 Arbeitsverträge und Widerspruchsrecht

Praktisch wichtig sind Arbeitsverträge. Die Arbeitsleistung ist höchstpersönlich. Die Zweifelsregel des § 613 BGB verdichtet sich hier zu einem zwingenden arbeitnehmerschützenden Rechtssatz, weil im Arbeitsverhältnis Dienstleistung und Person des Leistenden wegen der persönlichen Abhängigkeit untrennbar verbunden sind.⁴⁶⁾ Damit nicht der Arbeitnehmer zur handelbaren Ware wird, hat das BAG in ständiger Rechtsprechung dem § 613a BGB ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers angefügt: Dass im Fall des Betriebsübergangs sein Arbeitsverhältnis auf den Erwerber übergeht, soll den Arbeitnehmer nur schützen, ihm aber nicht einen Arbeitgeber aufzwingen, mit dem er nie einverstanden war. Der EuGH hat das auf

die Kurzformel gebracht: „Eine solche Verpflichtung verstieße gegen Grundrechte des Arbeitnehmers, der bei der Wahl seines Arbeitgebers frei sein muss und nicht verpflichtet werden kann, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt hat.“⁴⁷⁾

Zu der Frage, ob das Widerspruchsrecht im Rahmen der Umwandlung greift, schweigt das Umwandlungsgesetz, obschon der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BAG kannte und diese Frage in einem ZGR-Symposium angesprochen war,⁴⁸⁾ es beschränkt sich darauf, die Geltung von § 613a BGB klarzustellen.

Die extreme Auffassung, die das Widerspruchsrecht ersatzlos streichen will, um dem übernehmenden Rechtsträger eingearbeitete Arbeitskräfte zu erhalten und dem übertragenden Rechtsträger Kündigungen und Sozialplanlasten zu ersparen,⁴⁹⁾ macht sie zum Objekt betriebswirtschaftlicher Optimierungswünsche. Vielmehr können die Arbeitnehmer bei Abspaltung und Ausgliederung der Universalsukzession widersprechen und damit erreichen, dass sie beim Alt-Arbeitgeber bleiben.⁵⁰⁾ Sie gehen damit das Risiko der betriebsbedingten Kündigung ein, wenn keine Arbeitsplätze frei sind – wie sonst im Fall des Betriebsübergangs auch.⁵¹⁾ Streiten kann man sich nur über Verschmelzung und Aufspaltung, weil es keinen Alt-Arbeitgeber mehr gibt, ein „Widerspruch“ deshalb sinnlos erscheint.⁵²⁾ Ein Erhalt des alten Arbeitgebers scheidet aus, weil das dem Arbeitnehmer systemwidrig das Recht gäbe, die liquidationslose Löschung der übertragenden Rechtsträger zu verhindern. Aber: Das Widerspruchsrecht schützt auch in diesem Fall die negative Vertragsfreiheit und beendet das Arbeitsverhältnis.⁵³⁾ Der Widerspruch ist dann nichts anderes als eine außerordentliche Kündigung, eben das Minimalkorrektiv zum Schutz der negativen Vertragsfreiheit.⁵⁴⁾

Bei Verschmelzung und Aufspaltung können die Arbeitnehmer qua Widerspruchsrecht ihr Vertragsverhältnis fristlos lösen, wenn sie nicht bei dem neuen Arbeitgeber arbeiten wollen. Das wird insbesondere dann praktisch, wenn die ordentli-

41) Weiter § 1092 Abs. 2, § 1098 Abs. 3 BGB sowie OLG Karlsruhe BB 1989, 942.

42) S. *Henrichs* (Fußn. 15), S. 79 f.

43) Der Umwandlungsgesetzgeber hat für die Spaltung bewusst auf die Vorschriften zur Einzelrechtsübertragung verwiesen und dabei § 1059a BGB gesehen, Begründung RefE UmwG, vgl. *Neye* (Fußn. 4), S. 162; wie hier auch *Lutter/Teichmann* (Fußn. 12), § 132 Rz. 18 f.; unklar *Lutter/Grünwald* (Fußn. 12), § 20 Rz. 12 ff.

44) Dazu nur BGHZ 50, 307 und *Staudinger/Frank* (Fußn. 21), § 1059a Rz. 3.

45) Vgl. *Teichmann*, ZGR 1993, 396, 407.

46) Statt aller *Staudinger/Richardi*, BGB, 12. Aufl., 1993, § 613 Rz. 16.

47) EuGH Slg. 1992, I-6577, Tz. 32 – *Katsikas*.

48) *Hanau*, ZGR 1990, 548, 556 f.

49) So insbesondere *Henrichs* (Fußn. 15), S. 130 ff und *ders.*, ZIP 1995, 794, 799.

50) Wie hier *Lutter/Joost* (Fußn. 12), § 324 Rz. 27.

51) S. BAG ZIP 1992, 1329 = EWIR 1992, 975 (*Joost*).

52) *Hanau*, ZGR 1990, 548, 556; *Wlotzke*, DB 1995, 40, 43; *Berscheid*, in: Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 15, 29 für die Verschmelzung, S. 37 für die Aufspaltung.

53) Überwiegende Meinung: *Lutter/Joost* (Fußn. 12), § 324 Rz. 28; *Bauer/Lingemann*, NZA 1994, 1057, 1061; *Boecken*, ZIP 1994, 1087, 1092.

54) *Mertens* (Fußn. 2), S. 170 f; vgl. *Bachner*, NJW 1995, 2881, 2882; die Kritik von *Lutter/Joost* (Fußn. 12), § 324 Rz. 28 ist deshalb unberechtigt; anders als *Joost* bejahe ich das Widerspruchs-/Kündigungsrecht auch beim Formwechsel, weil die Identität nur fingiert ist.

che Kündigung im befristeten Arbeitsverhältnis ausgeschlossen ist oder die beiderseitigen Kündigungsfristen sehr lang sind. Keinesfalls kann der Arbeitnehmer im Fall der Aufspaltung verlangen, bei dem anderen aus der Spaltung hervorgegangenen Unternehmen beschäftigt zu werden. Denn das Widerspruchsrecht will nur negativ verhindern, dass dem Arbeitnehmer ein ungewollter Arbeitgeber aufgezwungen wird. Es ist nicht positiv auf Arbeitsplatzertretung ausgerichtet. Insofern bewendet es bei dem allgemeinen Kündigungsschutz, verstärkt durch § 613a Abs. 4 BGB. Unternehmensübergreifenden Kündigungsschutz gibt es gerade nicht.

3.4 Mitgliedschaften

Besonderes Problem sind Mitgliedschaften in Vereinen und Gesellschaften, weil sie regelmäßig lang dauern. Verschmelzung und Spaltung des Mitglieds können dem Verband ein Mitglied aufzwingen, das er nie gewollt hat. Eine spezielle Regelung für die umwandlungsbedingte Universalsukzession enthält allein das Genossenschaftsgesetz: Nach § 77a GenG geht die Mitgliedschaft (wie beim Tode) zunächst über, endet dann aber zum Ende des Geschäftsjahres. Der Erhalt der Mitgliedschaft ist nur möglich, wenn die Satzung das bestimmt (§ 77 Abs. 2 GenG). Dabei kann die Genossenschaft die Übergangsfähigkeit von persönlichen Voraussetzungen des Rechtsnachfolgers abhängig machen, etwa bestimmen, dass sie keine juristischen Personen als Mitglieder duldet.

Die Mitgliedschaft im Idealverein ist nach § 38 Satz 1 BGB höchstpersönlich und damit sukzessionsfest, wenn nicht die Satzung ausnahmsweise die Übertragbarkeit bestimmt (§ 40 BGB). Das leuchtet für Mitgliedschaften von natürlichen Personen in Vereinen mit ideellem Zweck ein. Für die Mitgliedschaft von Unternehmensträgern in Verbänden, die den Zweck haben, die unternehmerische Betätigung zu unterstützen – von berufspolitischen Verbänden über Wettbewerbsverbände bis hin zu Arbeitgeberverbänden – kann man sich darüber streiten, ob die Regelung passt. Deshalb versucht die umwandlungsrechtliche Literatur § 38 BGB im Wege ergänzender Satzungslegung beiseite zu schieben.⁵⁵⁾ Die Satzung kann mit Blick auf die Unternehmensbezogenheit des Vereinszwecks konkludent die Sukzessionsfähigkeit der Mitgliedschaft ergeben. Die Formgebundenheit der Satzung und die Besonderheiten der Satzungslegung⁵⁶⁾ stehen nicht entgegen, weil der Vereinszweck stets oberstes Auslegungskriterium ist. Aber auch diese Interpretation ändert nichts daran, dass die Idealvereine in ihrer Satzung ausdrücklich bestimmen können, dass die Mitgliedschaft im Fall der Gesamtrechtsnachfolge erlischt. Jede Zwangsmitgliedschaft kraft Universalsukzession verletzt die Vereinsautonomie des Art. 9 GG. Anderes kann nur für Verbände gelten, die einem Aufnahmeanspruch unterliegen. Selbst wenn die Satzung interpretationsoffen ist, ist die umwandlungsfreundliche Auslegung nicht stets sinnvoll: Sie führt bei der Spaltung dazu, dass anstelle des Verbands das (ehemalige) Mitglied entscheidet, welches der aus ihm hervorgehenden Unternehmen dem Verband angehören soll. Bei der Verschmelzung und der Spaltung zur Aufnahme kann es zu unerwünschten Doppelmitgliedschaften in konkurrierenden Verbänden kommen. Sie lösen insbesondere im Ta-

rifrecht rechtliche Folgeprobleme (Tarifkonkurrenzen bei doppelter Tarifgebundenheit) aus, die der Verband in aller Regel nicht will.⁵⁷⁾ Stets würde dem Verband eine Ausschließungslast gegenüber Mitgliedschaften auferlegt.

Mitgliedschaften in Personengesellschaften sind nach der Grundwertung in § 717 BGB ebenfalls höchstpersönlich und nicht übertragbar, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag die Veräußerbarkeit vorsieht. Für Kommanditisten wie für stille Gesellschafter folgt für die herrschende Meinung schon aus der Vererblichkeit (§§ 177, 234 Abs. 2 HGB), dass ihre Anteile grundsätzlich sukzessionsfähig sind. Wenn eine Personengesellschaft ihrerseits eine Kapital- oder Personengesellschaft zum Mitglied hat, wird auch hier durch Auslegung das (gewünschte) verschmelzungsfreundliche Ergebnis erreicht.⁵⁸⁾

Mit der Aufnahme einer Gesellschaft haben sich die übrigen Gesellschafter bereits der Identitätsveränderung durch Mitgliederwechsel ausgeliefert. Allerdings gibt es Grenzen der Auslegung. So brauchen Gesellschafter, die eine personalistische OHG in ihren Reihen haben, keineswegs damit einverstanden sein, dass an deren Stelle kraft Rechtsnachfolge eine nur beschränkt haftende GmbH tritt.⁵⁹⁾ Die Auslegung kann nichts daran ändern, dass die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich die Gesamtrechtsnachfolge ausschließen können, auch für Kommanditanteile.⁶⁰⁾ So könnte eine mehrstufige Familiengesellschaft, deren Mitglieder Gesellschaften der jeweiligen Linien sind, sicherstellen, dass nicht durch Verschmelzung Fremde eintreten.

Zudem bleibt der Personengesellschaft stets das Kündigungs- oder Ausschließungsrecht aus wichtigem Grund erhalten.⁶¹⁾

Anteile an einer Kapitalgesellschaft sind hingegen grundsätzlich veräußerlich und vererblich.⁶²⁾ Das Regel-Ausnahme-Verhältnis ist zunächst spiegelbildlich. Die Gesellschaft muss positiv eine Übertragungsbeschränkung in die Satzung aufnehmen, um die Übertragung qua Singularsukzession an die Zustimmung der Gesellschaft zu binden oder ganz auszuschließen.⁶³⁾

Die Vinkulierung soll aber keine Wirkung für die Universalsukzession haben: Sowenig die Satzung die Vererblichkeit ausschließen kann,⁶⁴⁾ sowenig könne sie die Verschmelzung und Spaltung behindern.⁶⁵⁾ Möglich bleibt dann nur eine Ausschlussklausel zur Abwehr missliebiger Aktionäre und GmbH-

55) *Hennrichs* (Fußn. 15), S. 62 ff; *Mertens* (Fußn. 2), S. 162 ff; *Grunewald* (Fußn. 9), § 346 Rz. 15; auch schon *Sernetz*, Die Rechtsnachfolge in die Verbandsmitgliedschaft insbesondere beim Unternehmerwechsel, 1973, S. 152 ff.

56) Allgemein *Grunewald*, ZGR 1995, 68.

57) Vgl. auch *Sernetz* (Fußn. 55), S. 190 f.

58) *Kraft* (Fußn. 9), § 346 Rz. 22; *Mertens* (Fußn. 2), S. 154 ff; mit Recht zurückhaltend *Schlegelberger/K. Schmidt*, HGB, 5. Aufl., Bd. III/1, 1992, § 131 Rz. 30 ff, 33, 34; *Lutter/Grunewald* (Fußn. 12), § 20 Rz. 16 f.

59) Das gilt ebenso für den „identitätswahrenden“ Formwechsel.

60) RGZ 123, 289, 296 f für die Verschmelzung einer AG als Kommanditistin; *Jung*, ZIP 1996, 1734, 1737 zur Zustimmungspflichtigkeit bei der stillen Gesellschaft.

61) *Kraft* (Fußn. 9), § 346 Rz. 22; *Lutter/Grunewald* (Fußn. 12), § 346 Rz. 17.

62) Das spricht nur § 15 Abs. 1 GmbHG ausdrücklich aus.

63) Vinkulierte Namensaktien § 68 Abs. 2 AktG und GmbH-Anteile § 15 Abs. 5 GmbHG.

64) Vgl. *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 16. Aufl., 1996, § 15 Rz. 12.

65) *Lutter/Grunewald* (Fußn. 12), § 20 Rz. 15; *Lutter*, in: *Kölner Komm. z. AktG*, 1988, § 68 Rz. 45 f.

Gesellschafter. Bei AG und GmbH tritt so ein Wertungswiderspruch zutage. Während den Mitgliedern einer verschmelzenden oder spaltenden Gesellschaft durchgehend das Recht gewährt ist, gegen Abfindung auszuscheiden,⁶⁶⁾ soll dem Verband, dessen Mitglied sich umwandelt, dieses Lösungsrecht nicht zustehen. Will sich die Gesellschaft die Entscheidung über die Mitgliedschaft unterhalb der Schwelle des stets zulässigen Ausschlusses aus wichtigem Grund sichern, muss die Entfernung eines unerwünschten Rechtsnachfolgers als Zwangseinziehung nach § 237 Abs. 1 Satz 2 AktG, § 34 Abs. 2 GmbHG vorgesehen sein. Im Fall der Abspaltung schließlich muss das in der Vinkulierung steckende Sukzessionsverbot nach § 132 UmwG die rechtsgeschäftliche Übertragung hindern.⁶⁷⁾

3.5 Begrenzter Vorrang der Umwandlungsfreiheit

Die Frage, ob eine Rechtsbeziehung der rechtsgeschäftlichen Universalsukzession zugänglich ist, regeln in erster Linie die Vertragsparteien. Die Freiheit der Vertragspartnerwahl gebietet, dass sie sich grundsätzlich durch Sukzessionsverbot davor schützen können, dass man ihnen durch drittwirkendes Rechtsgeschäft einen unwillkommenen Vertragspartner aufdrängt. Das gilt nicht nur für Forderungen nach § 399 Alt. 2 BGB, sondern erst recht für Verbindlichkeiten, bei denen das Zustimmungserfordernis der §§ 414f BGB entfällt, wie für Vertragsbeziehungen als Ganzes. Besonderen Schutz verdient die Vereinigungsfreiheit – und zwar nach beiden Richtungen: Weder darf dem Mitglied eine unerwünschte Verbandsmitgliedschaft aufgedrängt werden, noch darf dem Verband ein neues Mitglied aufgezwungen werden.

Im Sachenrecht hingegen verhindert § 137 BGB im Verkehrsinteresse gewillkürte Verfügungsbeschränkungen. Dementsprechend ist es in erster Linie Sache des Gesetzgebers, gewillkürte Übertragungsverbote zuzulassen und dabei – wie für den Nießbrauch – zwischen Universalsukzession und Singularsukzession zu unterscheiden.

Das Umwandlungsgesetz respektiert das privatautonome Sukzessionsverbot für die Abspaltung (und die Ausgliederung), indem es in § 132 Satz 1 UmwG auf die allgemeinen Vorschriften verweist. Daraus darf nicht vorschnell der Schluss gezogen werden, dass jedes gewillkürte (oder vom Gesetzgeber als Zweifelsregel vorgegebene) Singularsukzessionsverbot automatisch auch die Universalsukzession umfasst. Wer mit einer Gesellschaft kontrahiert, lässt sich darauf ein, dass sich die Vertragspartneridentität durch Gesellschafterwechsel ändert. Es ist deshalb eine Frage der Vertrags- oder Satzungsauslegung im Einzelfall, ob Vorbehalte gegen den Austausch des Vertragspartners oder Mitglieds durch Universalsukzession bestehen. Das gilt nicht für die Ausgliederung aus dem Vermögen des Einzelkaufmanns.

Jede Tendenz, diese Auslegung umwandlungsfreundlich auszugestalten, gar den Vertragsparteien aufzuerlegen, durch ausdrückliche Regelung die Universalsukzession abzuwehren,⁶⁸⁾ ist eine ungerechtfertigte Beschränkung der Privatautonomie. Sie erlegt dem Vertragspartner einseitig eine Verhinderungslast auf – gegen ein Risiko, das die andere Seite zu verantwor-

ten hat und für das vorzusorgen deshalb ihre Aufgabe ist. Ein so weitgehender Vorrang der Umwandlungsfreiheit vor der Vertragsfreiheit lässt sich dem Umwandlungsgesetz nicht entnehmen. Ihn hätte der Gesetzgeber ähnlich wie in § 354a HGB ausdrücklich anordnen müssen.

Dem Umwandlungsgesetz lässt sich nur ein eng begrenzter Vorrang der Organisationsfreiheit vor der Vertragsfreiheit entnehmen: Aufspaltung und Verschmelzung sollen nicht daran scheitern, dass ein nicht übertragbares Recht beim übertragenden Rechtsträger bleibt, der deshalb nicht erlöschen könnte, sondern zu liquidieren wäre. Dieser Gedanke gilt über § 132 Satz 2 UmwG hinaus allgemein, ist also weder auf die Aufspaltung noch auf das Abtretungsverbot nach § 399 BGB beschränkt. Insofern muss man durchaus einen Unterschied zwischen Abspaltung (und Ausgliederung) auf der einen Seite und der Verschmelzung wie der Aufspaltung auf der anderen Seite machen. Während im ersten Fall der bisherige Vertragspartner noch zur Verfügung steht, so dass eine Beschränkung der Spaltungswillkür im Interesse des Vertragspartners möglich ist, geht dieser im zweiten Fall unter; ein Recht auf Verhinderung der Aufspaltung oder Verschmelzung kann der Vertragspartner nach dem Grundgedanken des Umwandlungsgesetzes nicht haben. Die unterschiedlichen Konstellationen gebieten eine unterschiedliche Abwägung: Hier geht es um das gewillkürte „Wie“ der Spaltung, dort um das „Ob“ der Organisationsmaßnahme. Der abspaltende oder ausgliedernde Rechtsträger muss auf die Umwandlung nicht verzichten; er wird nur daran gehindert, im Spaltungsvertrag oder -plan einen Vertragspartneraustausch vorzusehen. Das ist ihm weitaus eher zumutbar als der Verzicht auf Verschmelzung oder Aufspaltung.

Dieser Vorrang der Umwandlungsfreiheit hat einen eng begrenzten Zweck: Dem umwandlungswilligen Vertragspartner wird nur „negativ“ das Recht zur liquidationslosen Auflösung garantiert. Ihm ist keinesfalls positiv der Werterhalt der betroffenen Vertragsbeziehung oder Mitgliedschaft beim übernehmenden Rechtsträger garantiert, weil das den Partner der Rechtsbeziehung zum handelbaren Objekt machte.

Die negative Freiheit zur Wahl des Vertragspartners gebietet für die Verschmelzung und Aufspaltung, dass sich der betroffene Dritte vom Vertrag lösen kann. Das lässt sich auf zwei Wegen bewerkstelligen. Entweder endet die Vertrags- oder Mitgliedschaftsbeziehung automatisch mit der Universalsukzession, so dass der Vertragspartner oder Verband es lediglich ertragen muss, die Abwicklung oder Liquidation mit dem übernehmenden Rechtsträger durchzuführen. Oder ihm wird für diesen Fall ein Lösungsrecht zugestanden, mit dem er die Rechtsbeziehung mit dem ihm nicht genehmen Partner beenden kann. In aller Regel ist das Lösungsrecht die erste Wahl,⁶⁹⁾ denn der Vertragspartner muss das Festhalten am Sukzessionsverbot mit dem Verlust der Vertragsbeziehung oder der Mitgliedschaft bezahlen. Die Entscheidung, entweder den über-

66) S. Art. 4 Nr. 1, Art. 6 Nr. 1f Umwandlungsrechtsbereinigungsgesetz i. V. m. § 33 Abs. 3 GmbHG, § 71 Abs. 1 Nr. 3 AktG.

67) Ähnlich Lutter/Teichmann (Fußn. 12), § 132 Rz. 29.

68) So in der Tat Hennrichs (Fußn. 15), S. 115 ff

69) Ähnlich Lutter/Grünefeld (Fußn. 12), § 20 Rz. 29, 47.

nehmenden Rechtsträger zu akzeptieren oder auf seine Rechtsbeziehung zu verzichten, kann der Vertragspartner dann nach den Umständen des Einzelfalles treffen. Ihm bleibt so, wenn er schon sein Zustimmungsrecht gegenüber der Universalsukzession einbüßt, wenigstens ein Zustimmungsrecht über die Fortsetzung des Vertrages erhalten. Aus diesem Grund läßt etwa das Mietrecht das Mietverhältnis bei Tod des Mieters nicht enden, sondern gibt in § 569 BGB nur ein Kündigungsrecht, um den Vertrag nicht ohne Not zu gefährden. Anders wird man nur dort entscheiden, wo die Beendigung der Rechtsbeziehung für den Vertragspartner keinen Nachteil bedeuten kann, etwa beim schuldrechtlichen Vorkaufsrecht (§ 514 BGB).

Wenn der Vertrag oder die Satzung nach der gebotenen, von gesetzlichen Zweifelsregeln weitgehend unabhängigen Auslegung ergibt, dass die rechtsgeschäftliche Universalsukzession ausgeschlossen sein soll, dann kann der Vertragspartner die Höchstpersönlichkeit der Rechtsbeziehung zum übertragenden Rechtsträger geltend machen, indem er das Verhältnis auflöst. Er braucht dafür keinen wichtigen Grund, ihm wird wie bei der Kündigung von höheren Dienstverträgen nach § 627 BGB die privatautonome Willkür in der Wahl des Vertragspartners erhalten. Hat sich der Vertragspartner hingegen auf die Universalsukzession eingelassen, kann er den Rechtsnachfolger nur abschütteln, wenn ihm die Fortsetzung der Rechtsbeziehung mit dem Rechtsnachfolger konkret unzumutbar ist.

Insbesondere wird man über eine erleichterte Einziehung von GmbH-Anteilen und Aktien nachdenken müssen, wenn die Gesellschaftsanteile kraft Satzung höchstpersönlich sind. Der Satzungsregelung über die Höchstpersönlichkeit könnte im Wege der Auslegung die Zwangseinziehungsbefugnis (gegen Abfindung) entnommen werden, weil die Regelung ihr Primärziel – die Verhinderung des Rechtsübergangs – im Fall der Verschmelzung oder Aufspaltung nicht erreichen kann.⁷⁰⁾

III. Schutz vor Inhaltsänderung

1. Allgemeiner Sukzessionsschutz in der Spaltung

Dass bei der Universalsukzession Forderungen und Verbindlichkeiten mit allen den Anspruch unmittelbar treffenden Einwendungen übergehen, versteht sich wie bei der Singularsukzession von selbst, weil eine Forderung sich durch Übergang auch hinsichtlich der Einreden nicht verändert.⁷¹⁾ Insofern sind die §§ 404, 417 Abs. 1 Satz 1 BGB nur klarstellend. Nur: Dort wo die Selbstverständlichkeit dieses Satzes endet, fangen auch die Probleme des Universalsukzessionsschutzes an. Die bisherige Einstufung der Verschmelzung als Legalzession führte über § 412 BGB zur entsprechenden Anwendung der Schuldnerschutzvorschriften. Die für die Verschmelzung zutreffende Einschätzung, dass die §§ 406 bis 410 BGB nicht praktisch werden,⁷²⁾ stimmt für die Abspaltung (und Ausgliederung) schon nicht mehr, weil der Alt-Gläubiger fortbesteht. In allen Spaltungsfällen drohen überdies der Verlust der Aufrechnungslage sowie der Verlust von Zurückbehaltungsrechten aus §§ 320 und 273 BGB, wenn Forderung und Gegenforderung getrennt werden.

Begreift man die Universalsukzession als rechtsgeschäftliche (oben I 3), so bleiben die für den Übergang von Ansprüchen und anderen Rechten (§ 413 BGB)⁷³⁾ geltenden Schuldnerschutzvorschriften anwendbar. Dem Schuldner des spaltenden Rechtsträgers bleibt also die Aufrechnungslage erhalten (§ 406 BGB), ebenso Zurückbehaltungsrechte, insbesondere aus § 273 BGB. Bei der Abspaltung und Ausgliederung kann der Schuldner dem Neu-Gläubiger die Erfüllung gegenüber dem fortbestehenden Alt-Gläubiger sowie Rechtsgeschäfte über die Forderung entgegenhalten (§ 407 Abs. 1 BGB). Der erforderliche gute Glaube des Vertragspartners wird auch nicht durch die Registerpublizität nach § 15 Abs. 2 HGB zerstört. Denn im Register bekannt gemacht wird nur der Spaltungsakt an sich, nicht aber das Spaltungsverzeichnis des § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG, das die übertragenen Rechte bezeichnet.⁷⁴⁾

Für den Gläubiger des spaltenden Unternehmens läßt sich der beschränkte Sukzessionsschutz der Schuldübernahme (§§ 417 f BGB) mit dem Verlust von Aufrechnungslage und Sicherungsrechten nicht hierher übertragen. Die Vorschriften sind auf eine Universalsukzession nicht übertragbar, weil der Gläubiger hier anders als dort nicht in die Verschlechterung seiner Rechtsstellung eingewilligt hat. Das Umwandlungsgesetz sagt das auch – für einen Sonderfall: § 156 Satz 2 UmwG bestimmt für die Ausgliederung des einzelkaufmännischen Unternehmens, dass § 418 BGB mit seinem Verlust von Sicherungs- und Vorzugsrechten keine Anwendung findet.⁷⁵⁾ Dabei wird übersehen, dass sich das Problem bei der Spaltung insgesamt stellt, soweit Dritte für die kraft Universalsukzession übergehende Schuld eine Sicherheit gegeben haben. Diese Dritten sind im Fall des Schuldneraustausches durch Umwandlung nicht so schutzbedürftig wie bei der BGB-Schuldübernahme, weil sich die insgesamt zur Verfügung stehende Haftungsmasse nicht verkürzt, insbesondere wegen der Spaltungshaftung nach § 133 UmwG. Die ratio legis des § 418 BGB trifft also nicht zu. Dementsprechend spricht viel dafür, zum Schutz des Gläubigers dem § 156 Satz 2 UmwG einen allgemeinen Rechtsgedanken zu entnehmen.

Auch der Verlust der Aufrechnungslage nach § 417 Abs. 1 Satz 2 BGB führt auf den ersten Blick zu einem erheblichen Widerspruch: Besteht vor der Spaltung eine Aufrechnungslage, würde die Übertragung der Forderung durch Abspaltung nichts ändern; als Schuldner wäre der Partner des Unternehmens durch § 406 BGB geschützt. Wird dagegen die Schuld übertragen, scheiterte die Aufrechnung. Werden im Zuge der Aufspaltung Schuld und Forderung getrennt, versagt auch § 406 BGB, weil es den alten Gläubiger nicht mehr gibt. Dem Gläubiger hilft hier zunächst die Spaltungshaftung nach § 133 UmwG: Mag die Aufrechnungslage im Verhältnis zum Neuschuldner auch erlöschen, haftet doch derjenige Rechtsträger

70) Ähnlich *Lutter/Grünwald* (Fußn. 12), § 20 Rz. 15.

71) Motive II 128, 146; insofern richtig *Lutter/Teichmann* (Fußn. 12), § 132 Rz. 22, Fußn. 48; parallel zum Sachenrecht (Fußn. 18) stellt sich auch hier die Frage nach dem gutgläubig einredefreien Erwerb nach § 405 BGB.

72) S. nur *MünchKomm-Möschel* (Fußn. 11), § 412 Rz. 15.

73) Dazu *MünchKomm-Möschel* (Fußn. 11), § 413 Rz. 4 ff.

74) *Teichmann*, ZGR 1993, 396, 410 f.

75) Vgl. früher § 55 Abs. 2 Satz 1, § 56 f Abs. 2 UmwG 1969.

weiter, gegen den sich die aufrechenbare Gegenforderung richtet. Aber das macht die Fiktion einer fortbestehenden Aufrechnungslage analog §406 BGB nicht vollständig entbehrlich, da die Spaltungshaftung auf fünf Jahre befristet ist. Deshalb spricht meines Erachtens viel dafür, die Aufrechnungslage umfassend zu erhalten (vgl. auch §575 BGB).

Virulentes Problem ist zudem die Unsicherheit über den richtigen Gläubiger: Solange der Schuldner von dem Forderungsübergang nichts weiß, darf er bei der Abspaltung und Ausgliederung befreiend an den Alt-Gläubiger leisten, §407 BGB. Informiert dieser über den Forderungsübergang, darf der Schuldner nach §409 BGB auf die „Abtretungsanzeige“ vertrauen. Dem Schuldner kommt auch das Leistungsverweigerungsrecht des §410 BGB zu. Was aber soll bei der Aufspaltung gelten, bei der es keinen Alt-Gläubiger mehr gibt, auf dessen Aussage der Schuldner vertrauen könnte? Entweder muss der Schuldner an denjenigen Neu-Gläubiger befreiend leisten können, der die Rechtsnachfolge behauptet, oder man gesteht ihm das Recht zu, die Leistung analog §410 BGB zu verweigern. Das Risiko, dass die übernehmenden Rechtsträger sich nicht einig sind, auf wen welche Forderung übergegangen ist, darf nicht zu seinen Lasten gehen. Weitere Erleichterung bietet §25 HGB, der – wie §133 Abs. 1 Satz 2 UmwG ausdrücklich sagt – unberührt bleibt: Im Fall der Firmenfortführung kann der Schuldner auf Grund der besonderen Schutzvorschrift in §25 Abs. 1 Satz 2 HGB jedenfalls an den neuen Firmeninhaber leisten. Die Unsicherheit über den richtigen Schuldner trifft den Gläubiger weniger stark, weil er sich im Zuge der Spaltungshaftung auch an den falschen Schuldner halten kann.

Nicht zu helfen ist, soweit es über die Forderung hinaus um die Änderung der Vertragsverhältnisse mit dem falschen Vertragspartner geht. Solche Änderungen sind unwirksam. Den guten Glauben an den richtigen Rechtsnachfolger schützt das BGB umfassend nur im Fall des durch Erbschein ausgewiesenen Erben (§§2366f BGB). Auch bei dem Übergang des Mietvertrags nach §571 BGB wird der Mieter in seinem Vertrauen auf Rechtsgeschäfte mit dem falschen Vermieter nur geschützt, soweit es um den Mietzins geht (§574 BGB).

2. Beschränkung der Spaltungswillkür

Rechtlich zusammenhängende Positionen, die kraft Singularsukzession nicht getrennt werden dürfen, dürfen es auch nicht im Wege der Spaltung. Der Spaltungsvertrag oder der Spaltungsplan ist an diese rechtlichen Vorgaben gebunden; er darf keine Inhaltsänderung durch Trennung bewirken. Dementsprechend darf der Spaltungsvertrag die Hypothek nicht von der Forderung trennen, den Schuldbefreiungsanspruch nicht von der Schuld. Dasselbe gilt für die Fälle der gesetzlichen Vertragsübernahme. Der Spaltungsvertrag kann also Grundstücke nicht von Miet- und Pachtverträgen trennen (§571 BGB),⁷⁶⁾ Betriebe oder Betriebsteile nicht von ihren Arbeitnehmern (§613a BGB) und versicherte Sachen nicht vom Versicherungsvertrag (§69 VVG), weil sonst der Versicherungsvertrag nach §68 Abs. 2 VVG mit dem Wegfall des versicherten Interesses enden würde.⁷⁷⁾ Das Umwandlungsgesetz sagt das zwar ausdrücklich nur für den Betriebsübergang (§324 UmwG); der Gedanke gilt aber allgemein.⁷⁸⁾

Für die Teilung von Verträgen durch Spaltung gilt: Grundsätzlich ist das Vertragsverhältnis als Schuldverhältnis einheitlich und nicht teilbar.⁷⁹⁾ Ein spaltendes Unternehmen kann nicht aus einem Liefervertrag zwei machen, um die Versorgung beider übernehmender Rechtsträger sicherzustellen. Das wäre eine unzulässige Inhaltsänderung. Der Spaltungsvertrag muss also die Vertragspartnerstellung als Ganzes einem übernehmenden Rechtsträger zuordnen.

Vom Schuldverhältnis getrennt zu sehen sind die aus ihm folgenden einzelnen Verbindlichkeiten und Ansprüche. Für Verbindlichkeiten folgt – auch soweit die Leistung an sich teilbar ist⁸⁰⁾ – aus §266 BGB zunächst ein allgemeines Teilungsverbot. Die Spaltung kann keine Teilschuld i. S. v. §420 BGB begründen. Der zweite übernehmende Rechtsträger kann zunächst nur intern als Erfüllungsgehilfe eingeschaltet werden.

Allerdings greift das Teilleistungsverbot nicht, soweit es um selbstständige Leistungen geht. Streitig ist dabei vor allem das Verhältnis von Primäranspruch und dem durch eine Leistungsstörung ausgelösten Sekundäranspruch.⁸¹⁾ Für die Teilbarkeit umfangreicher primärer Leistungspflichten, insbesondere aus Projektverträgen, wird die Auslegung nahezu stets zur Unteilbarkeit führen.⁸²⁾ Dem Vertragspartner kommt es entscheidend auf die einheitliche Verantwortung für die Gesamtleistung an; er will die Projektkoordinierung der Einzelleistungen nicht selbst übernehmen. Forderungen aus dem Vertrag können, wie durch Abtretung sonst auch, vom Schuldverhältnis getrennt werden. §404 BGB sorgt dann aber für den Einredeerhalt mit Blick auf die Gegenleistung (§320 BGB). Für die Forderungsteilung (durch Spaltung) kommt es, wiederum wie bei der Abtretung, auf die Teilbarkeit der Forderung an, die insbesondere bei Geldschulden gegeben ist.⁸³⁾ Sie bringt selbstständige Einzelforderungen hervor, die in ihrem Schicksal voneinander unabhängig sind.⁸⁴⁾ Vorrang vor der gesetzlichen Beurteilung der Teilbarkeit von Forderungen haben vertragliche Abreden über die Teilbarkeit, wobei die Vereinbarungslast beim jeweiligen Schuldner liegt. Der spaltende Schuldner mag sich die Teilbarkeit der Forderung, der Schuldner des spaltenden Gläubigers die Unteilbarkeit ausbedingen.

Aus §399 BGB folgt schließlich ein Trennungsverbot für zusammenhängende Rechtspositionen, die durch ein Auseinanderreißen eine Inhaltsänderung erführen – Stichwort: Zession und sekundäre Gläubigerrechte.⁸⁵⁾ Unselbstständige Neben-

76) Vgl. zur Teilbarkeit von Verträgen zur Anmietung von Betriebsgrundstücken nach Spaltung des Mieters jüngst *Mutter*, ZIP 1997, 139, der aber erkennt, daß die Vertragshilfe der Landpacht (§595 BGB) nicht analogiefähig ist.

77) S. auch §151 Abs. 2 VVG für die Betriebshaftpflichtversicherung und §158h VVG für gesetzliche Pflichthaftpflichtversicherungen (etwa für Kfz).

78) Wie hier *Lutter/Teichmann* (Fußn. 12), §132 Rz. 8.

79) *Teichmann*, ZGR 1993, 396, 412; großzügiger jetzt *Lutter/Teichmann* (Fußn. 12), §132 Rz. 22, wo er aber Vertrag und Anspruch nicht trennt.

80) Zu unteilbaren Leistungen *Staudinger/Selb* (Fußn. 21), §266 Rz. 3

81) Zum Streitstand *Staudinger/Selb* (Fußn. 21); *Soergel/Wolf* (Fußn. 39), §266 Rz. 7.

82) Vgl. auch §469 Satz 2, §543 Satz 1, §634 Abs. 4 BGB.

83) S. *Soergel/Zeiss* (Fußn. 39), §398 Rz. 6; BGHZ 23, 53, 56 für eine Geldforderung.

84) *Soergel/Zeiss* (Fußn. 39), §398 Rz. 6; vgl. für die Teilgläubigerschaft §420 BGB.

85) *Schwenzer*, AcP 182 (1982), 214; *Seetzen*, AcP 169 (1969), 52.

rechte i. S. v. § 401 BGB, sonstige akzessorische Nebenansprüche (etwa Vertragsstrafe oder Schuldbefreiung und jeweilige Primärschuld) und akzessorische Gestaltungsrechte (Rücktritt,⁸⁶ Kündigung) müssen bei dem zugehörigen Vertragsverhältnis oder Anspruch bleiben (auch: Wahlrecht bei der Wahlschuld).

Verstößt der Spaltungsvertrag gegen Teilungsverbote, so ist seine Zuordnungsentscheidung unwirksam. Damit ist aber noch nicht geklärt, auf welchen Rechtsträger die zusammengehörenden Rechtspositionen übergegangen sind. Soweit die Rechtsordnung die Akzessorietät zwingend anordnet, folgt die Nebenrechtsbeziehung der primären: So folgen Bürgschaft, Pfandrecht und Hypothek⁸⁷ nach § 401 BGB der Forderung, das Mietverhältnis dem Grundstück. Arbeitsverhältnisse folgen dem Betrieb oder Betriebsteil. Eben deshalb verlangt § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG keine Zuordnung der Arbeitsverhältnisse, sondern nur der Betriebe oder Betriebsteile. Wird gleichwohl ein (rechtlich verkanntes) Arbeitsverhältnis zugeordnet, kann der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz beim übergebenen Betrieb einfordern.⁸⁸ Fehlt es an einer zwingenden Regelung, ist entsprechend § 131 Abs. 3 UmwG zunächst eine Auslegung des Spaltungsvertrags gefordert. Sie wird in nahezu allen Fällen dazu führen, dass das dienende Recht der Hauptrechtsbeziehung folgt. So entspricht es dem mutmaßlichen Spaltungswillen, den Schuldbefreiungsanspruch der Schuld zuzuordnen. Ist diese Zuordnung durch Auslegung nicht möglich, so scheidet die Spaltung: Im Fall der Abspaltung oder Ausgliederung bleibt der Gegenstand bei dem übertragenden Rechtsträger, im Fall der Aufspaltung treten die übernehmenden Rechtsträger gemeinsam in die Vertragspartnerstellung ein, § 131 Abs. 3 UmwG. Folge ist dann (im Unterschied zur Spaltungshaftung) eine echte Gesamtschuld oder Gesamtläubigerschaft.

3. Anpassung unternehmensbezogener Vertragsbedingungen

Eine Reihe von Vertragstypen zeichnet sich durch seine Unternehmensbezogenheit aus. Das gilt einmal für die Unternehmensverträge der §§ 291 ff AktG. Beherrschungsverträge, Gewinnabführungsverträge und Verlustübernahmeverträge lassen sich inhaltlich nur durch das Unternehmen als Vertragsobjekt bestimmen. Verändert sich der Unternehmensträger durch Verschmelzung oder Spaltung, ändert sich auch der Vertragsinhalt. Unproblematisch sind nur solche Unternehmensverträge, die sich – wie Betriebsführungsverträge⁸⁹ – auf einen abgegrenzten Teil des Unternehmens beziehen.

Für die Verschmelzung von abhängigen Unternehmen soll es nach herrschender Meinung darauf ankommen, ob der übertragende oder der übernehmende Rechtsträger durch den Unternehmensvertrag gebunden war. Im ersten Fall sollte der Vertrag gegenstandslos werden, im zweiten Fall soll sich die Beherrschung auf das durch Verschmelzung vergrößerte Unternehmen erstrecken.⁹⁰ Das ist wenig logisch, weil diese Unterscheidung die Universalsukzession auch auf der Passivseite leugnet und verschmelzenden Rechtsträgern freistellt, durch die Wahl des aufnehmenden Rechtsträgers über das Schicksal von Unternehmensverträgen zu entscheiden.

Zu den unternehmensbezogenen Verträgen gehören auch Verträge über das Marktverhalten eines Unternehmens: Kartellverträge, Ausschließlichkeits- und Preisbindungen, vertragliche Wettbewerbsverbote⁹¹ und UWG-Unterlassungsverträge⁹² werden durch Verschmelzung oder Spaltung in ihrem Inhalt womöglich stark verändert. Unterliegt ein Unternehmen einer Ausschließlichkeitsbindung, so kann die Verschmelzung diese Bindung sinnlos ausweiten, die Spaltung kann sie unpraktikabel verengen. Soweit die Verschmelzung oder die Spaltung zur Aufnahme wettbewerbsbeschränkende Vertragspflichten ausdehnt, ist zuerst eine kartellrechtliche Prüfung geboten.

Schließlich rechnen hierher Risikoverträge, insbesondere Bürgschaften⁹³ und Versicherungsverträge,⁹⁴ die ein unternehmensbezogenes Risiko abdecken, das sich durch die Umwandlung ändert. So kann die Vergrößerung des Unternehmens durch Verschmelzung und Spaltung zur Aufnahme oder seine Verkleinerung durch Spaltung das Risiko einer Betriebshaftpflichtversicherung entscheidend erhöhen oder verringern.

In all diesen Fällen hilft nur eine Vertragsanpassung oder -lösung nach den Grundsätzen der Geschäftsgrundlagenlehre. Das Unternehmen als Vertragsgegenstand hat sich verändert. § 21 UmwG regelt einen Spezialfall dieser unternehmensbezogenen Verträge: Gemeint sind dort nämlich rechtliche Widersprüche zwischen den übergebenen Verträgen, die nur denkbar sind, wenn wenigstens ein Vertrag Pflichten in Bezug auf Dritte enthält – eben Wettbewerbsverbote, Ausschließlichkeitsbindungen, Preisbindungen – also Verträge über Marktverhalten. § 21 UmwG ordnet nun die Anpassung dieser kollidierenden Verträge des übernehmenden Rechtsträgers mit unterschiedlichen Parteien an. Dieser Gedanke gilt auch außerhalb der Vertragskollision für jede Veränderung des Unternehmens als Geschäftsgrundlage.

Es ist deshalb zuerst zu fragen, ob Verschmelzung oder Spaltung das Unternehmen als Vertragsobjekt erheblich verändern. Die Abtrennung eines unmaßgeblichen Unternehmensteils oder die Aufnahme im Verhältnis zum aufnehmenden Unternehmen eines unbedeutenden Teiles, lösen in aller Regel keine derartige Störung aus. Ist die Veränderung erheblich, muss nach den Möglichkeiten einer Vertragsanpassung gesucht werden. So kann bei der Unternehmensvergrößerung die Beschränkung vertraglicher Pflichten angezeigt sein. Hat

86) Eingehend zu den streitigen Einzelheiten *Staudinger/D. Kaiser* (Fußn. 21), Vor § 346 Rz. 34 ff.

87) Der Übergang von Buchhypotheken setzt Grundbucheintragung voraus, § 1154 Abs. 3 BGB; trennt der Spaltungsvertrag Forderung und Buchhypothek, verstößt er damit gegen die Formvorschrift des § 126 Abs. 2 UmwG und ist insofern nichtig.

88) Aber: privilegierte Zuordnung durch Interessenausgleich nach § 323 Abs. 2 UmwG, dazu *Schaub* (Fußn. 7), S. 110 f.

89) Oder Betriebspachtverträge, betriebsbezogene Teilgewinnabführungsverträge, *Lutter/Grunewald* (Fußn. 12), § 20 Rz. 34.

90) *Lutter/Grunewald* (Fußn. 12), § 20 Rz. 33 f; *Kraft* (Fußn. 9), § 346 Rz. 33 f; *H. Westermann*, in: Festschrift Schilling, 1973, S. 271 ff; kritisch *Henrichs* (Fußn. 15), S. 53 ff; *Krieger*, ZGR 1990, 517, 533 ff. Zur Spaltung abhängiger Unternehmen *Lutter/Teichmann* (Fußn. 12), § 132 Rz. 31.

91) *Lutter/Grunewald* (Fußn. 12), § 20 Rz. 36.

92) BGH ZIP 1996, 1608 = EWiR 1996, 1089 (*Otte*) zum Übergang eines Vertragsstrafeversprechens.

93) *Kraft* (Fußn. 9), § 346 Rz. 31.

94) *Mertens* (Fußn. 2), S. 150; *Oetker*, VersR 1992, 7.

ein übertragender Rechtsträger dem Käufer eines Unternehmensteils versprochen, ihm für bestimmte Zeit keinen Wettbewerb zu machen, darf die Verschmelzung mit einem Konkurrenten des Käufers nicht dazu führen, dass dessen bisher erlaubte Konkurrenzfähigkeit einzustellen ist; vielmehr muss das Wettbewerbsverbot auf den übernommenen Unternehmensteil beschränkt werden. Die Verringerung des Haftpflichttrisikos eines absplattendes Unternehmens kann durch eine Herabsetzung der Versicherungsprämie kompensiert, die Verkleinerung eines beherrschten Unternehmens kann durch Korrektur der Ausgleichszahlung nach § 304 AktG aufgefangen werden.

Wenn eine Vertragsanpassung nicht möglich ist, bleibt nur die Kündigung aus wichtigem Grund. Das gilt einmal für erheblich erweiterte Unternehmensbeherrschungsverträge (§ 297 AktG), weil sich die Beherrschung inhaltlich nicht sinnvoll begrenzen lässt, ebenso für Bürgschaftsverträge. Für übergegangene Sach- und Betriebshaftpflichtversicherungsverträge normiert das VVG zudem ein Sonderkündigungsrecht für beide Seiten (§§ 70, 151 Abs. 2 VVG), das gerade im Fall der rechtsgeschäftlichen Universalsukzession greifen muss, um dem veränderten Risiko Rechnung zu tragen.⁹⁵⁾

4. Spaltungshaftung nach § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG

§ 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG will vermeiden, dass der Gläubiger durch den Entzug von Haftungsmasse geschädigt wird, und ordnet deshalb eine gesamtschuldnerische Haftung aller an der Spaltung beteiligten Rechtsträger an. Gesamtschuldnerische Haftung ist aber etwas anderes als Gesamtschuld. Die Spaltung führt gerade nicht zu einer Verdoppelung der Schuldnerstellung. Schuldner ist derjenige übernehmende Rechtsträger, dem die Verbindlichkeit im Spaltungsvertrag zugewiesen ist. Die Mithaftung des anderen Rechtsträgers ist im Unterschied zur Gesamtschuld eine Haftung für fremde Schuld, mithin eine akzessorische Haftung.⁹⁶⁾ Es handelt sich um eine Nachhaftung, weil sie auf diejenigen Verbindlichkeiten beschränkt ist, die vor Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind. Sie ist schließlich keine vollwertige Haftung, weil sie wie die Nachhaftung ausgeschiedener Gesellschafter auf fünf Jahre begrenzt ist (§ 133 Abs. 3 UmwG).

Die Erkenntnis, dass es sich nicht um eine Gesamtschuld, sondern um eine akzessorische Schuld handelt, ist für den Haftungsinhalt von erheblicher Bedeutung. Unproblematisch sind nur Geldschulden, die der nachhaftende Rechtsträger nicht anders leisten muss als der schuldende. Sobald es um andere Schuldinhalte geht, ist wie bei der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB⁹⁷⁾ die Frage aufgeworfen, ob die nichtschuldenden Spaltungsbeteiligten nur auf Geld haften (Haftungstheorie) oder grundsätzlich dieselbe Leistung erbringen müssen wie der primäre Schuldner (Erfüllungstheorie). Für Verschmelzung und Spaltung geht es dabei anders als bei der Gesellschafterhaftung nicht um die Reichweite der Verpflichtungsmacht der Gesellschaft, sondern vor allem um den Gläubigerschutz. Deshalb ist mehr noch als bei der Gesellschafterhaftung der Erfüllungstheorie zu folgen. Andernfalls könnte der Gläubiger im Zuge der Spaltung um seinen Erfüllungsanspruch gebracht werden, indem die Verbindlichkeit und die

zu ihrer Erfüllung erforderlichen Aktiva getrennt werden. Schuldet eine Gesellschaft ein Grundstück, könnte sie durch willkürliche Ausgestaltung der Spaltung den Kaufvertrag einem Rechtsträger und das Grundstück dem anderen Rechtsträger zuweisen. Nach der Haftungstheorie träte Unvermögen ein, der übernehmende Rechtsträger schuldet Schadensersatz in Geld und nur dafür würde die Spaltungshaftung greifen. Nur die Erfüllungstheorie sichert dem Gläubiger seinen Anspruch auf das Grundstück. Die Spaltungshaftung verhindert auch, dass durch die Universalsukzession Entreichung nach § 818 Abs. 3 BGB eintreten kann: Wird die Bereicherungsschuld einem Rechtsträger, das rechtsgrundlos Erlangte einem anderen zugewiesen, kann sich der Bereicherungsgläubiger an denjenigen halten, der (noch) bereichert ist.

Allerdings versagt die akzessorische Haftung, soweit der Schuldinhalt höchstpersönlich ist. Unvertretbare Handlungen, wie etwa Rechnungslegung, kann von nicht-schuldenden Spaltungsbeteiligten nicht verlangt werden. Höchstpersönlich in diesem Sinne sind auch unternehmensbezogene Handlungen und Unterlassungen: Ein Wettbewerbsverbot oder die Verpflichtung zur Unterlassung bestimmter Wettbewerbshandlungen beschränken sich auf den Rechtsträger, dem die Schuld zugewiesen ist. Eine Mithaftung anderer Spaltungsbeteiligter lässt sich nicht mehr als akzessorische Haftung für fremde Schuld begreifen.⁹⁸⁾ Das leuchtet am Beispiel des Wettbewerbsverbots ein: Es zielt stets auf die Unterlassung eigenen, nicht fremden Wettbewerbs. Eine Eigenhaftung aller Spaltungsbeteiligten verträgt sich nicht mit dem Konzept des Umwandlungsgesetzes, das die Verbindlichkeiten jeweils nur einem Rechtsträger zuweisen will. Insofern kann die Spaltung also durchaus zu einer teilweisen Enthftung führen. Aber das ist zunächst systemkonform. Würden die betroffenen Unternehmensteile durch Singularsukzession, im Wege des Unternehmenskaufs oder durch Ausgründung vom verpflichteten Unternehmensträger entfernt, würde die Verpflichtung nicht minder eingeschränkt. Wer anders entscheiden will, um jede Enthftung durch Spaltung auszuschließen, muss über die Nachhaftung hinaus die Universalsukzession erweitern: Verträge, die dem splattendes Rechtsträger eine unternehmensbezogene Verpflichtung auferlegen, von der Preisbindung bis zum Wettbewerbsverbot, müssten dann „geteilt“ werden und als eigenständige Verpflichtung auf jeden übernehmenden Rechtsträger übergehen. Oder man müsste eine echte Gesamtschuld aller Spaltungsbeteiligten annehmen. Dafür gibt das Umwandlungsgesetz nichts her. Insbesondere § 131 Abs. 3 UmwG lässt sich nicht fruchtbar machen, weil die Vorschrift nur für die Aufspaltung greift.

Missbrauchsfällen ist mit einer Kontrolle der Spaltungswillkür zu begegnen. Wird die Zuordnung einer solchen, nicht nach-

95) Anders *Oetker*, *VersR* 1992, 7, 11.

96) Unklar *Lutter/Hommelhoff* (Fußn. 12), § 133 Rz. 19 ff.

97) So *Dehmer* (Fußn. 17), § 133 Rz. 4; zu § 128 HGB *Schlegelberger/K. Schmidt* (Fußn. 58), § 128 Rz. 23 ff.

98) Wohl auch *Lutter/Hommelhoff* (Fußn. 12), § 133 Rz. 26, der aber nur mit dem wirtschaftlichen Spaltungserfolg argumentiert; allgemein *Schlegelberger/K. Schmidt* (Fußn. 58), § 128 Rz. 23 ff.; *Emmerich*, in: *Festschrift Lukes*, 1989, S. 639, 650; anders *BGHZ* 59, 64, 67: Erstreckung eines Wettbewerbsverbots nach „Treu und Glauben“.

haftungsfähigen Verbindlichkeit im Spaltungsplan gezielt so vorgenommen, dass eine weitgehende Enthftung eintritt, ist ihr die rechtliche Anerkennung über §§ 138, 242 BGB zu versagen. Ansonsten bleiben nur allgemeine Haftungsgrundlagen, insbesondere § 25 HGB.⁹⁹⁾

IV. Gesetzliche Störungsabwehransprüche

Gesetzliche Schuldverhältnisse sind aus Sicht des Umwandlungsgesetz zunächst unproblematisch: Sie entstehen kraft Gesetzes, ihr Übergang kann in die Vertragsfreiheit nicht eingreifen. Anderes gilt freilich für Störungsbeseitigungs- und (vorbeugende) Störungsunterlassungsansprüche zum Schutz absoluter Rechte. Grundfall ist der Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe nach § 985 BGB – die rechtswidrige Vorenthaltung der Sache ist die gravierendste Eigentumsstörung, wie § 1004 BGB mit seinem Bezug auf § 985 BGB deutlich macht. Hauptfall ist der negatorische Anspruch des § 1004 BGB, nebst Verweisungen¹⁰⁰⁾ und Spezialnormen¹⁰¹⁾ und seiner Ausdehnung auf einen allgemeinen quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch zum Schutz aller deliktisch geschützten Rechtsgüter.¹⁰²⁾ Nicht zu vergessen sind die bei Verschmelzung und Spaltung praktisch wichtigen gewerblichen Schutzrechte im weitesten Sinn: Der Schutz des Namensrechts nach § 12 BGB (nebst Firmenschutz nach § 37 Abs. 2 HGB, Schutz der Geschäftsbezeichnung nach § 15 MarkenG), des Markenrechts nach § 14 Abs. 5 MarkenG, der Urheberrechtsschutz nach § 97 UrhG, §§ 9, 10 PatG, § 1 GeschMG und schließlich der Schutz von Unternehmen im Wettbewerb nach §§ 1, 13 UWG. Für diese Störungsabwehransprüche stellt sich die Frage der Rechtsnachfolge auf beiden Seiten, also für den Störer wie für den Gestörten.

Auf der Seite des gestörten Anspruchstellers ist der Störungsabwehranspruch – im Unterschied zum Schadensersatzanspruch – nicht isoliert sukzessionsfähig. Er dient dem geschützten absoluten Recht als Stammrecht. Geht das Eigentum oder ein anderes absolutes Recht über, entsteht der Störungsabwehranspruch in der Person des Rechtsnachfolgers neu,¹⁰³⁾ wenn und soweit die Störung andauert. Das schließt jede Spaltungswillkür für solche Ansprüche aus. Der Spaltungsvertrag kann diese Sukzession gar nicht regeln.

Problematischer noch ist die Universalsukzession für die Störerhaftung. Für § 985 BGB leuchtet unmittelbar ein, dass Herausgabe immer nur von dem jeweiligen Besitzer verlangt werden kann, dass eine Rechtsnachfolge also ausgeschlossen ist. Für den negatorischen Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB ist der Streit um dessen Rechtsnatur für die Rechtsnachfolgefähigkeit entscheidend.¹⁰⁴⁾ Begreift man die Störerhaftung mit der herrschenden Meinung als (quasi-deliktische, auch auf jStörungsfolgenbeseitigung gerichtete) Verursachungshaftung, so ist eine Rechtsnachfolge in einmal entstandene Beseitigungsansprüche möglich, nicht anders als bei Schadensersatzansprüchen.¹⁰⁵⁾ Sieht man § 1004 BGB dagegen als Parallele zur Vindikation, so ist die Störerhaftung höchstpersönlich und damit der Störungsbeseitigungsanspruch auch auf der Passivseite nicht sukzessionsfähig. Er entsteht neu, wenn und soweit der Rechtsnachfolger des Störers selbst Störer ist. Das ist insbesondere bei der Zustandsstörerhaftung¹⁰⁶⁾ der Fall: Der

Rechtsnachfolger haftet wegen seiner Nachfolge in das Eigentum der nach wie vor störenden Sache.¹⁰⁷⁾ Für Handlungsstörer hingegen kann es nach dieser Lehre keine Verantwortlichkeit des nicht selbst störenden Rechtsnachfolgers geben, weil der Störungsbeseitigungsanspruch nur so lange währt, als die störende Handlung dauert, und stets nur auf die Aufgabe der störenden Einwirkung für die Zukunft, nie aber auf die dem Schadensrecht vorbehaltene Restitution gerichtet sein kann.¹⁰⁸⁾

Für negatorische Unterlassungsansprüche (aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB ebenso wie für wettbewerbliche Ansprüche) kommt es wegen der Zukunftsbezogenheit des Anspruchs in jedem Fall darauf an, ob die Beeinträchtigungsgefahr, insbesondere die Wiederholungsgefahr in der Person des Rechtsnachfolgers fortbesteht. Bei der Spaltung wird das praktisch: Der Unterlassungsanspruch richtet sich dann nur gegen denjenigen übernehmenden Rechtsträger, von dem die Gefahr noch ausgeht.

Bei wettbewerblichen Unterlassungsansprüchen wird man aus dem wettbewerbswidrigen Verhalten des Rechtsvorgängers eine Wiederholungsgefahr beim Rechtsnachfolger nur insofern ableiten können, als der Rechtsnachfolger den betroffenen Geschäftsbetrieb übernommen hat. Bei der Spaltung führt das zu einer Enthftung der anderen Rechtsnachfolger.

Parallel zur zivilrechtlichen Altlastenhaftung stellt sich das Problem im Polizeirecht. Die Rechtsnachfolge in die Zustandsstörerhaftung als „Eigentumslast“ ist auch hier weitgehend unbestritten.¹⁰⁹⁾ Für die Handlungsstörerhaftung wird teils jede Universalsukzession abgelehnt, teils die Konkretisierung durch Polizeiverfügung verlangt oder mit Blick auf die Gesamtrechtsnachfolgeanordnung des Umwandlungsrechts schon der Übergang der bloß abstrakten Störungsverantwortlichkeit befürwortet.¹¹⁰⁾ Die Verschmelzung oder Spaltung zur Aufnahme kann so für den übernehmenden Rechtsträger ein kaum mehr abschätzbares Risiko bedeuten. Während er übernommene (Betriebs-)Grundstücke immerhin noch mit Blick

99) Dazu *Hüffer*, in: *Großkomm. z. HGB*, 4. Aufl., 1995, § 25 Rz. 3 ff.

100) Im BGB § 1027 für die Grunddienstbarkeit, § 1065 für den Nießbrauch, § 1090 Abs. 2 für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, § 1227 für das Pfandrecht.

101) Etwa § 1053 BGB für die Nießbrauchsüberschreitung, Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB, Hypotheken- und Grundschuldbeeinträchtigung nach §§ 1134, 1192 Abs. 1 BGB.

102) S. nur *MünchKomm-Medicus*, BGB, 2. Aufl., 1986, § 1004 Rz. 6.

103) BGHZ 18, 223; BGHZ 60, 235 für § 1004; *MünchKomm-Medicus* (Fußn. 102), Vor § 985 Rz. 5; *Staudinger/Gursky* (Fußn. 21), § 985 Rz. 3, § 1004 Rz. 86; für den wettbewerblichen Unterlassungsanspruch *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 18. Aufl., 1995, Einl. UWG Rz. 323, § 13 UWG Rz. 5.

104) Allgemein *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972; *Staudinger/Gursky* (Fußn. 21), § 1004 Rz. 1 ff mit Nachweisen. Diese Vorfrage übersieht *Lutter/Hommelhoff* (Fußn. 12), § 133 Rz. 31.

105) Vgl. *Karsten Schmidt*, ZJP 90 (1977), 38, 44 ff für Patentverletzungen.

106) Zu den Fragen der Störereinteilung *MünchKomm-Medicus* (Fußn. 102), § 1004 Rz. 32 ff.

107) *Brehm*, JZ 1972, 225; *Staudinger/Gursky* (Fußn. 21), § 1004 Rz. 124 ff m. N.

108) *Picker* (Fußn. 102), S. 86 f; *Staudinger/Gursky* (Fußn. 21), § 1004 Rz. 20.

109) S. nur BVerwG NJW 1971, 1624.

110) Dazu *Würtenberger/Heckmann/Riggert*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl., 1994, Rz. 310 ff; *Schoch*, BauR 1983, 532; *Schenke*, GewArchiv 1976, 1; VGH Mannheim ESVGH 28, 22 für eine Abbruchverfügung gegen den Erblasser.

auf die Zustandsstörerhaftung untersuchen lassen kann, bedeutet die Nachfolge auch in die Handlungsstörerverantwortlichkeit, dass der Rechtsnachfolger für irgendwelche Boden- oder Wasserverunreinigungen haftet, die einer der übertragenden Rechtsträger (oder dessen Rechtsvorgänger) vor Jahrzehnten in einem längst aufgegebenen Betrieb begangen hat.¹¹¹⁾ Der umwandlungsspezifische Verzicht auf die Liquidation bedeutet dann einen klaren Haftungsnachteil. Der Hinweis, der Kostenersatzanspruch sei ohnehin nicht höchstpersönlich oder das Umwandlungsrecht sehe die Rechtsnachfolge gerade vor, entbindet nicht von der Aufgabe, den Inhalt der polizeilichen Störerhaftung zu definieren. Geht es um eine auf Folgenbeseitigung gerichtete Verursachungshaftung, so greift die Rechtsnachfolge; geht es um gegenwartsbezogene Störungsabwehr, dann können in der Vergangenheit abgeschlossene Störungsvorgänge keine sukzessionsfähige Störerhaftung begründen.

V. Ergebnis

Das Umwandlungsgesetz hat Verschmelzung und Spaltung gesellschaftsrechtlich praktisch gemacht. Für die zivilrechtlichen Umwandlungsfolgen, die die Vertragspartner, Gläubiger und Schuldner der beteiligten Rechtsträger treffen, fehlt ein schlüssiges Konzept des Gesetzgebers. Nur für Haftungs- und Vermögensschutz zu sorgen genügt nicht. Das BGB fordert inhaltlichen Vertragsschutz, vor dem Austausch von Vertragspartnern wie vor der inhaltlichen Veränderung von Vertragsbedingungen. Insofern ist Rechtsprechung und Rechtswissenschaft die Aufgabe zugewiesen, allgemeine Regeln für den Sukzessionsschutz zu entwickeln, die sowohl den Bedürfnissen der umwandlungswilligen Rechtsträger wie dem Vertragsschutz der außenstehenden Dritten gerecht werden. Dieser Sukzessionsschutz hat vier Eckpunkte zu beachten:

1. Verschmelzung und Spaltung führen zu einer rechtsgeschäftlichen Universalsukzession. Sie ist weder mit der gesetzlichen Universalsukzession, insbesondere im Todesfall, noch mit der rechtsgeschäftlichen Singularsukzession gleichzustellen.
2. Vertragliche Sukzessionsverbote und Auslegungsregeln, die für die Singularsukzession gelten, sind auf die gewillkürte Universalsukzession nicht ohne weiteres anwendbar. Vielmehr ist es eine Frage der Auslegung, ob Sukzessionsverbote die Höchstpersönlichkeit des Vertragspartners festschreiben. Das ist bei Gesellschaften regelmäßig nicht der Fall, weil der Ver-

tragspartner sich bereits auf die Identitätsänderung durch Gesellschaftswechsler eingelassen hat.

3. Die Freiheit zur Wahl des Vertragspartners gebietet im Grundsatz, dass jedermann einen Vertragspartnere austausch gegen seinen Willen ausschließen kann. Dasselbe gilt für die Vereinigungsfreiheit und unerwünschte Rechtsnachfolge in Mitgliedschaften. Diesen Grundsatz gibt das Umwandlungsgesetz nicht auf; es postuliert keinen allgemeinen Vorrang der Umwandlungsfreiheit vor der Privatautonomie. Dieser Vorrang ist vielmehr eng begrenzt: Kein Vertrag und keine Mitgliedschaft soll die liquidationslose Löschung des Rechtsträgers im Fall der Verschmelzung oder Aufspaltung verhindern können. Diesem Vorrang ist Genüge getan, wenn im Fall des vereinbarten Sukzessionsverbotes die Rechtsbeziehung entweder automatisch erlischt oder frei beendet werden kann – mit einem außerordentlichen Vertragslösungsrecht, das keinen wichtigen Grund voraussetzt. Dem Partner eines gelöschten Unternehmens wird lediglich die Abwicklung mit dem Rechtsnachfolger zugemutet.

4. Vertragsschutz bei Universalsukzession heißt auch Vertragsschutz. Der Vertragspartner darf – soweit das irgend vermeidbar ist – keine inhaltliche Verschlechterung seiner Vertragsrechte erfahren. Dieser Sukzessionsschutz ist über die vorsichtige Erweiterung des BGB-Inhaltsschutzes bei Einzelrechtsübertragungen, die Begrenzung der Spaltungswillkür, die Anpassung unternehmensbezogener Vertragsbedingungen und eine erfüllungsbezogene Nachhaftung der Spaltungsbeteiligten zu gewährleisten.

5. Sonderproblem ist die Nachfolge in gesetzliche Störungsabwehrschuldverhältnisse. Der Anspruch auf Störungsbeseitigung oder Störungsunterlassung ist nicht sukzessionsfähig, er folgt zwingend dem geschützten absoluten Recht. Die Nachfolge in die Störerhaftung des übertragenden Rechtsträgers lässt sich für den Zustandsstörer begründen, weil er mit der Nachfolge in das Eigentum der störenden Sache selbst Störer geworden ist. Für den Verhaltensstörer ist die Rechtsnachfolge fraglich; sie hängt von der dogmatischen Einordnung der Störerhaftung ab. Vorbeugende Unterlassungsansprüche richten sich gegen den übernehmenden Rechtsträger nur dann, wenn in seiner Person eine Störungsgefahr begründet ist.

111) So VGH München ZfW 1989/90, 147 für eine Verschmelzung; VG Köln NVwZ 1994, 927 für eine 70 Jahre alte „Uraltlast“, will aber mit Verwirkung helfen; ähnlich *Württemberg/Heckmann/Riggert* (Fußn. 110), Rz. 312.