Alea iacta est: keine erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen

Bundesgerichtsurteil 4A_110/2022 vom 16. August 2022 (BGE 148 III 362)

Mit Bemerkungen von Dario Galli und Markus Vischer*

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt
II. Erwägungen des Bundesgerichts
1. Begriff «erleichterte Fusion»
2. Rechtsfrage
3. Auslegung von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG
4. Auslegungsergebnis
III. Bemerkungen
1. Einhellige Kritik der Lehre am referierten Urteil
2. Würdigung des referierten Urteils
3. Fazit

I. Sachverhalt

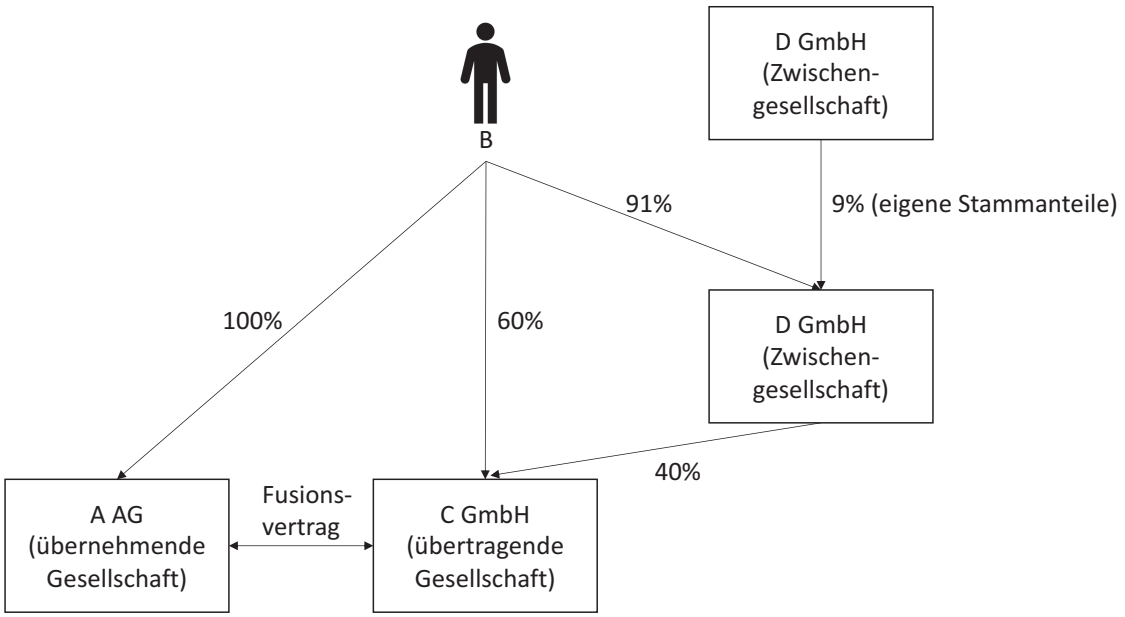
Alleinaktionär der A AG (Beschwerdeführerin, nachfolgend: übernehmende Gesellschaft) ist B. Die Gesellschafter der C GmbH (nachfolgend: übertragende Gesellschaft) sind B (60% des Stammkapitals) und die D GmbH (40% des Stammkapitals). Die Stammanteile der D GmbH (nachfolgend: Zwischengesellschaft) werden zu 91% von B gehalten; 9% hält die Zwischengesellschaft selbst (eigene Stammanteile).[1]

Mit Schreiben vom 31. Mai 2021 meldete B beim Handelsregisteramt des Kantons Zug (Beschwerdegegner) die Absorptionsfusion der übernehmenden Gesellschaft mit der übertragenden Gesellschaft zur Eintragung im erleichterten Verfahren an. Er stützte sich dabei auf Art. 23 f. FusG (erleichterte Fusion von verbundenen Kapitalgesellschaften).[2]

Mit Verfügung vom 24. Juni 2021 verweigerte das Handelsregisteramt die Eintragung der Fusion gemäss der Anmeldung vom 31. Mai 2021. Es stellte sich auf den Standpunkt, die Voraussetzungen nach Art. 23 FusG für eine Fusion im erleichterten Verfahren seien nicht erfüllt. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zug mit Urteil vom 13. Januar 2022 ab, soweit es darauf eintrat.[3]

Das Bundesgericht wies die von der übernehmenden Gesellschaft erhobene Beschwerde in Zivilsachen ab, soweit es darauf eintrat.[4]

Der Sachverhalt lässt sich grafisch wie folgt darstellen:



* Dr. iur. *Dario Galli,* LL.M., und Dr. iur. *Markus Vischer,* LL.M., sind Rechtsanwälte in Zürich.

1 Zu alledem: BGE 148 III 362 Sachverhalt Teil A S. 362.
2 Zu alledem: BGE 148 III 362 Sachverhalt Teil B S. 363.
3 Zu alledem: BGE 148 III 362 Sachverhalt Teil B S. 363.
4 BGE 148 III 362 Sachverhalt Teil B S. 363.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Begriff «erleichterte Fusion»

Art. 23 Abs. 1 FusG sehe vor, dass Kapitalgesellschaften unter erleichterten Voraussetzungen fusionieren können, wenn entweder die übernehmende Kapitalgesellschaft alle Anteile der übertragenden Kapitalgesellschaft besitze, die ein Stimmrecht gewähren (lit. a; «Mutter-Tochter-Fusion»), oder aber ein Rechtsträger, eine natürliche Person oder eine gesetzlich oder vertraglich verbundene Personengruppe alle Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften besitze, die ein Stimmrecht gewähren (lit. b; «Schwesternfusion»). Das Gesetz spreche von «erleichterter Fusion».[5]

2. Rechtsfrage

Im vorliegenden Fall – so das Bundesgericht – gehe es um die Frage, ob die Voraussetzungen für eine erleichterte Fusion nach Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG erfüllt seien. Die Bestimmung setzt nach dem Gesagten voraus, dass jemand (oder eine Personengruppe) «alle Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften besitzt», die ein Stimmrecht gewähren.[6]

B besitze (unmittelbar) sämtliche Anteile der übernehmenden Gesellschaft. An der übertragenden Gesellschaft sei er letztlich zwar ebenfalls vollständig beteiligt, allerdings zu Teilen (nämlich im Umfang von 40%) nur mittelbar über die von ihm gehaltene Zwischengesellschaft, in der er sämtliche Stimmrechte habe; das Stimmrecht der 9% eigenen Stammanteile ruhe.[7]

Kontrovers sei, ob das in Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG vorausgesetzte Erfordernis, alle Anteile zu besitzen, auch erfüllt sei, wenn die Anteile nicht unmittelbar, sondern indirekt über eine oder mehrere (jeweils vollständig kontrollierte) Zwischengesellschaften gehalten werden.[8]

[5] Zu alledem: BGE 148 III 362 E. 2 S. 363.
[6] Zu alledem: BGE 148 III 362 E. 3 S. 364.
[7] Zu alledem: BGE 148 III 362 E. 3 S. 364.
[8] Zu alledem: BGE 148 III 362 E. 3 S. 364.

3. Auslegung von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG

3.1 Praxis des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister

Nach der Praxis[9] des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister (EHRA) sei eine erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen ausgeschlossen. Dies werde namentlich mit Hinweis auf den Schutz der Gläubiger der zwischengeschalteten Gesellschaft(en) begründet. Auch in der Doktrin werde diese Meinung vertreten.[10]

3.2 Mehrheitsmeinung in der Lehre

Ein (zumindest quantitativ) grosser Teil des Schrifttums möchte die erleichterte Fusion dagegen auch für Schwestergesellschaften «unterschiedlicher Stufe» zulassen, also für den – hier vorliegenden – Fall, dass der übergeordnete Rechtsträger, die übergeordnete natürliche Person oder die übergeordnete Personengruppe die (Stimmrechts-)Anteile an einer der beiden oder an beiden Schwestergesellschaften über eine oder mehrere jeweils vollständig gehaltene Zwischengesellschaften besitzt.[11]

[9] Siehe Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Kurzkommentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz 11. Oktober 2004, REPRAX 2–3/2004, S. 1–39, S. 10.
[10] Zu alledem: BGE 148 III 362 E. 5.1 S. 364–365.
[11] Zu alledem: BGE 148 III 362 E. 5.2.1 S. 365–366 mit alphabetischer Verweisung auf *Peter R. Altenburger/Massimo Calderan/Werner Lederer,* Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 221–224; *Piera Beretta,* Strukturanpassungen, SPR VIII/8, Basel 2006, S. 346; *Peter Böckli,* Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 3 Rz. 192b; *Sebastian Burckhardt,* in: Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 23 FusG N 17; *Urs P. Gnos,* Die Praxis zur erleichterten Fusion von Konzerngesellschaften, GesKR 2006, S. 189–192, S. 191–192; *Peter Isler/Ulysses von Salis-Lütolf,* Fusionen nach dem neuen Fusionsgesetz, ZSR 2004 I, S. 9–37, S. 28; *Roland M. Müller,* KMU und erleichterte Fusionen, in: Marc Amstutz/Roland M. Müller/Inge Hochreutener (Hrsg.), Das Fusionsgesetz: Bewährungsprobe nach dem 8. Jahr, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 35–45, S. 41; *Oliver Triebold,* in: Marc Amstutz/Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 23 FusG N 11; *Rita Trigo Trindade,* in: Henry Peter/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire LFus, Genf/Zürich/Basel 2005, Art. 23 FusG N 13 und 24; *Rita Trigo Trindade/Annie Griessen Cotti,* FusG – Echo aus der Praxis,

Diesen Lehrmeinungen liege eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde: Die erleichterte Fusion beruhe auf dem Gedanken, dass sich die Anwendung der Vorschriften über den Schutz der Gesellschafter als überflüssig erweise, wenn z.B. zwei Schwestergesellschaften fusionieren, die je zu 100% vom gleichen Rechtsträger gehalten werden. Gesellschafterinteressen seien nicht gefährdet; Personen mit Minderheitsbeteiligungen gäbe es nicht. Das soeben zitierte Schrifttum (vgl. E. 5.2.1) betone nun, dass die Sachlage bei indirekten 100%igen Beteiligungsverhältnissen die gleiche sei: Auch hier seien keine Minderheitsgesellschafter involviert und es bestehe kein Bedürfnis zum Schutz der Gesellschafter. Allfälligen zusätzlich involvierten Personen (etwa Gläubigern oder Arbeitnehmern) entstünden bei der erleichterten Fusion keine Nachteile, da die Regeln über den Gläubiger- sowie Arbeitnehmerschutz auch hier gälten.[12]

Die Doktrin führe weiter aus, dass die diesbezüglich restriktive Anwendung des FusG durch das EHRA aus praktischer Sicht auch deshalb nicht tauge, weil sich im Konzern direkte Beteiligungsverhältnisse – etwa fiduziarisches Eigentum – als vorgelagerter Schritt vor der Fusion ohne Weiteres herstellen liessen und die erleichterte Fusion auf diese Weise ohnehin zur Anwendung gebracht werden könne.[13]

Ferner werde darauf hingewiesen, dass bei einem Vorgehen «in zwei Schritten» – etwa: zunächst Übernahme der «Enkelin» durch deren Muttergesellschaft (die Zwischengesellschaft) nach lit. a von Art. 23 Abs. 1 FusG, anschliessend Fusion der Zwischengesellschaft mit deren Schwestergesellschaft gemäss lit. b von Art. 23 Abs. 1 FusG – das erleichterte Verfahren für die beiden Schritte jeweils zulässig sei. Es lasse sich nicht rechtfertigen, die Erleichterungen zu verweigern, wenn die Fusion statt in zwei Transaktionen direkt in einem Zug vollzogen werde.[14]

3.3 Historische Auslegung von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG

Auf diese Überlegungen – so das Bundesgericht – sei nicht im Einzelnen einzugehen. Jedenfalls scheine es plausible Gründe zu geben, dass der Gesetzgeber in diesem Sinne (Zulassung indirekter 100%iger Beteiligungsverhältnisse zur erleichterten Fusion) hätte legiferieren können.[15] Der Gesetzgeber habe aber anders legiferiert.[16]

Das Gesetz sehe einen *Numerus clausus* zulässiger Fusionen vor (Art. 4 FusG). Das Bundesgericht habe im letzten Jahrhundert verschiedentlich Fusionen und Umwandlungen ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage erlaubt und den Grundsatz des *Numerus clausus* «auf dem Gebiete der Fusion und der Umwandlung [für] nicht anwendbar» erklärt. Diese Rechtsprechung sei nach dem Inkrafttreten des FusG im Jahr 2004 insoweit überholt.[17]

Art. 23 FusG führe den gesetzlichen Grundgedanken *(Numerus clausus)* fort: Für abschliessend aufgezählte Tatbestände lasse das Gesetz die erleichterte Fusion zu. Die Alternative nach Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG setze dabei voraus, dass der übergeordnete Rechtsträger alle (Stimmrechts-)Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften besitze. Im Gegensatz zu anderen Normen des Handelsrechts (siehe nur Art. 963 Abs. 2 OR sowie dann Art. 697*j* Abs. 2 und 3 oder Art. 790*a* Abs. 2 OR, ferner etwa im Finanzmarktrecht), die auf die wirtschaftliche Kontrolle respektive das «direkte oder indirekte» Halten von Stimmanteilen abstellen, knüpfe Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG einzig und unmittelbar an den Besitz der Anteile der an der Fusion beteiligten Gesellschaften an.[18]

GesKR 2007, S. 144–152, S. 149–150; *Rudolf Tschäni/Tino Gaberthüel,* in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015, Art. 3 FusG N 20; *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel,* Orell Füssli Kommentar, Fusionsgesetz mit weiteren Erlassen, 3. Aufl., Zürich 2017, Art. 23 FusG N 14; *Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber,* Das Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, § 2 Rz. 245; *Ulysses von Salis,* Fusionsgesetz, Zürich 08/2004, *<https://fusionsgesetz.ch/>* (zuletzt besucht am 13.3.2023), S. 166–167; BSK FusG-*Wolf* (Fn. 11), Art. 23 FusG N 4 und 10.

12 Zu alledem: BGE 148 III 362 E. 5.2.2 S. 366–367.

13 BGE 148 III 362 E. 5.2.2 S. 367.

14 Zu alledem: BGE 148 III 362 E. 5.2.2 S. 367.

15 BGE 148 III 362 E. 5.2.3 S. 367.

16 BGE 148 III 362 E. 6 Ingress S. 367.

17 Zu alledem: BGE 148 III 362 E. 6.1 S. 367–368 mit Verweisung auf BGE 132 III 70 [*recte:* BGE 132 III 470] E. 5.2 S. 479, vgl. dagegen noch BGE 125 III 18 E. 4c S. 26–27 (Umwandlung einer GmbH in eine AG), BGE 115 II 415 E. 2 S. 417–420 (Fusion zweier Stiftungen) und BGE 53 I 1 [*recte:* BGE 53 II 1] E. 3 S. 4–7 (Fusion zweier Vereine).

18 Zu alledem: BGE 148 III 362 E. 6.2 S. 368.

Bereits der Vorentwurf zum FusG vom November 1997 habe eine Regelung enthalten, die insoweit der heute in Kraft stehenden Bestimmung entspreche. In der Folge hätten verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer angeregt, die Norm dergestalt zu ändern, dass auch indirekte Beteiligungsverhältnisse erfasst würden. Dieser Vorschlag sei vom Parlament ausdrücklich abgelehnt worden. Dies werde verdeutlicht durch ein Votum des Berichterstatters im Ständerat, der – unter Hinweis darauf, dass dies «später von Belang sein könnte» – «präzisierend» festhielt, dass gemäss Art. 23 FusG «nur Mutter und Tochter einerseits [Abs. 1 lit. a] und Schwestern andererseits [Abs. 1 lit. b] miteinander fusionieren» könnten. Eine «erleichterte Fusion von Grossmutter und Enkelin sowie von Cousinen» sei nicht möglich. «In dieser Bestimmung [sei] also auf den direkten und nicht auf den indirekten Besitz von Beteiligungen abzustellen» (AB 2001 S 152). Dementsprechend sei die Fassung gemäss Vorentwurf Gesetz geworden, welche die erleichterte Fusion für Fälle indirekter Beteiligungsverhältnisse nicht vorsieht. Ein solcher Formalismus sei nicht Selbstzweck, sondern stehe in den Diensten von Rechtsklarheit, Rechtssicherheit und Transparenz. Genau dies solle das Fusionsgesetz gewährleisten (Art. 1 Abs. 2 FusG).[19]

Bei dieser Ausgangslage sei es nicht an den Gerichten, das bisweilen als unbefriedigend empfundene Gesetz in berichtigender Rechtsschöpfung zu korrigieren. Ausschlaggebend könne nicht sein, was aus rechtspolitischer Warte allenfalls – je nach Sichtweise und wenn auch mit plausiblen Gründen – wünschenswert sein möge. Vielmehr sei die vom Gesetzgeber bewusst so gewollte Regelung für die rechtsanwendenden Behörden massgebend, zumal es nicht um einen Sachverhalt gehe, der für den Gesetzgeber nicht vorhersehbar gewesen wäre. Im Übrigen sei auch nicht erkennbar, dass sich die Umstände seit Erlass des Fusionsgesetzes verändert oder sich das Rechtsverständnis gewandelt hätte. Die vom Schrifttum vorgeschlagene wirtschaftliche Betrachtungsweise scheitere mithin daran, dass der Gesetzgeber nach Diskussion dieser Frage in Art. 23 Abs. 1 FusG gerade keinen wirtschaftlichen Anknüpfungspunkt gewählt, sondern die zulässigen Fusionsarten samt dem entsprechenden Verfahren in Nachachtung des umstrukturierungsrechtlichen Grundsatzes des *Numerus clausus* abschliessend geregelt habe. Eine vom Gericht zu füllende gesetzliche Lücke liege nicht vor.[20]

4. Auslegungsergebnis

Demnach sei das aufgeworfene Rechtsproblem wie folgt zu entscheiden: Die Voraussetzungen für eine erleichterte Fusion nach Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG seien nur gegeben, wenn der Rechtsträger, die natürliche Person oder die gesetzlich oder vertraglich verbundene Personengruppe die (Stimmrechts-)Anteile der an der Fusion beteiligten Gesellschaften direkt besitze.[21]

Folglich habe das Handelsregisteramt die Eintragung der Fusion der übernehmenden Gesellschaft mit der übertragenden Gesellschaft im erleichterten Verfahren nach Art. 23 f. FusG zu Recht verweigert.[22]

III. Bemerkungen

1. Einhellige Kritik der Lehre am referierten Urteil

Die Lehre kritisiert mehr oder weniger hart, aber unisono das vorliegende Urteil.[23] Nach Ansicht der Kritiker hat das Bundesgericht das historische Auslegungselement zu stark gewichtet, und es hätte aufgrund des Wortlauts von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG oder mithilfe des teleologischen Auslegungselements Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG auch auf indirekte Beteiligungsverhältnisse anwenden können bzw. sollen.[24]

[19] Zu alledem: BGE 148 III 362 E. 6.2 S. 369.

[20] Zu alledem: BGE 148 III 362 E. 6.3 S. 369–370.

[21] BGE 148 III 362 E. 6.4 S. 370.

[22] BGE 148 III 362 E. 6.5 S. 370.

[23] *Xavier Grivel,* Entscheidbesprechungen. Erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen?, AJP 2023, S. 90–93, S. 92–93; *Pascal Zysset/Laurent Cina,* Ist so, weil ist so – keine erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungen, dRSK vom 21.12.2022, Rz. 14; *Harald Bärtschi,* Keine erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen, iusNet GR vom 29.9.2022, Kapitel 3 «Insofern erweist sich der Entscheid als zwar vertretbar, aber als etwas mutlos und formalistisch»; zurückhaltend demgegenüber *Francesco Bernasconi/Timo Alessandro Hasler,* Unzulässigkeit von erleichterten Fusionen nach Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG bei indirekten Beteiligungsverhältnissen, GesKR 2022, S. 517–521, S. 521, die lediglich von einem unbefriedigenden Urteil sprechen.

[24] *Grivel* (Fn. 23), S. 92–93; *Zysset/Cina* (Fn. 23), Rz. 13–14; *Bärtschi* (Fn. 23), Kapitel 3.

2. Würdigung des referierten Urteils

Nachstehend wird mithilfe der Gesetzesauslegungsprinzipien ermittelt, ob das vorliegende Urteil korrekt bzw. die Kritik der Lehre berechtigt ist.

2.1 Gesetzesimmanente Lücken vs. rechtspolitische Lücken

Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält (Art. 1 Abs. 1 ZGB). Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Fehlt ein (formelles) Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht, darf das Gericht nur dann «schöpferisch» tätig werden, wenn die Gesetzeslücke auf einem Versehen beruht, d.h. nicht planmässig gewollt ist.[25] Planmässig gewollt ist eine Gesetzeslücke, wenn ein qualifiziertes bzw. beredtes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt,[26] der Gesetzgeber also die Frage negativ entschied.[27] Solche Nicht-Lücken, die eine Rechtsfortbildung durch die Gerichte ausschliessen, werden als *rechtspolitische Lücken* bezeichnet.[28]

Die *gesetzesimmanente Lücke* ist das Gegenstück zur rechtspolitischen Lücke.[29] Darunter wird die planwidrige Unvollständigkeit einer Regelung des Gesetzes verstanden.[30] Eine Unvollständigkeit gilt dann als planwidrig, «wenn das Gesetz nach seiner Auslegung eine Antwort schuldig bleibt, obgleich nach seinem Zweck eine Antwort geboten wäre, oder wenn dem Gesetz eine Ausnahme fehlt, obwohl es nach seinem Zweck eine Ausnahme enthalten müsste».[31] Entsprechend liegt keine gesetzesimmanente Lücke vor, wenn das Gesetz eine erkennbare Regelung enthält, die aber nur im Ergebnis sachlich unbefriedigend ist.[32] *Ernst A. Kramer* hält dazu treffend fest, dass «die Planwidrigkeit des Fehlens einer solchen [Regelung eines Sachverhalts], […] aus der geltenden Rechtsordnung abzuleiten [ist], genauer: aus einer teleologischen Gesamtbetrachtung der *lex lata* und nicht etwa aus Wunschdenken *de lege ferenda,* das im geltenden Recht (noch) keine (ausreichende) Grundlage hat. *Rechtspolitische Desiderata sind keine de lege lata zu schliessenden Gesetzeslücken.*»[33]

Die schwierige[34] Frage, ob eine rechtspolitische Lücke (bzw. ein qualifiziertes Schweigen) oder eine zu füllende gesetzesimmanente Lücke vorliegt, ist durch Gesetzesauslegung zu beantworten.[35] Die Diagnose «qualifiziertes Schweigen» setzt die Konsultation der Gesetzesmaterialien voraus.[36] Allerdings dürfen die Gerichte es nicht dabei belassen.[37] Wie

25 *Walter R. Schluep,* Einladung zur Rechtstheorie, Bern 2006, Rz. 796 und 799; *Arthur Meier-Hayoz,* in: Berner Kommentar, Bern 1966, Art. 1 ZGB N 252 und 255.

26 *Schluep* (Fn. 25), Rz. 796 und 816.

27 BGE 132 III 470 E. 5.1 S. 478; *Heinrich Honsell,* in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022, Art. 1 ZGB N 31; *Peter Forstmoser/Hans-Ueli Vogt,* Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012, § 15 Rz. 46; BK-*Meier-Hayoz* (Fn. 25), Art. 1 ZGB N 255.

28 *Susan Emmenegger/Axel Tschentscher,* in: Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 1 ZGB N 372.

29 *Ernst A. Kramer,* Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019, S. 217.

30 BK-*Emmenegger/Tschentscher* (Fn. 28), Art. 1 ZGB N 344; ähnlich BSK ZGB I-*Honsell* (Fn. 27), Art. 1 ZGB N 27; *David Dürr,* in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1998, Art. 1 ZGB N 347.

31 BK-*Emmenegger/Tschentscher* (Fn. 28), Art. 1 ZGB N 344; siehe auch BGE 131 II 562 E. 3.5 S. 567–568 = Pra 2006, Nr. 90, S. 646; BGE 122 I 253 E. 6a S. 255; *Forstmoser/Vogt* (Fn. 27), § 15 Rz. 44.

32 BGE 128 I 34 E. 3b S. 42; BGE 121 III 219 E. 1d/aa S. 225–226; BK-*Emmenegger/Tschentscher* (Fn. 28), Art. 1 ZGB N 344; *Franz Werro,* in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (Hrsg.), Commentaire romand, Code civil I, Basel 2010, Art. 1 ZGB N 33.

33 *Kramer* (Fn. 29), S. 214–215; siehe auch *Forstmoser/Vogt* (Fn. 27), § 15 Rz. 93.

34 Vgl. *Schluep* (Fn. 25), Rz. 798.

35 ZK-*Dürr* (Fn. 30), Art. 1 ZGB N 351; BK-*Meier-Hayoz* (Fn. 25), Art. 1 ZGB N 255; siehe auch BGE 131 II 562 E. 3.5 S. 567 *in fine* = Pra 2006, Nr. 90, S. 646.

36 *Schluep* (Fn. 25), Rz. 799; siehe auch BGE 115 II 97 E. 2b S. 99: «Eine historisch orientierte Auslegung ist für sich allein nicht entscheidend. Die Materialien fallen nur ins Gewicht, wenn sie bei unklaren oder unvollständigen Bestimmungen deren Sinn erkennen lassen […]. Besondere Bedeutung erlangen sie zudem im Bereiche der echten Lücken, vermögen letztlich doch nur sie dem Richter Aufschluss darüber zu verschaffen, ob der Gesetzgeber eine Frage bewusst oder unbewusst offengelassen hat oder ob er sie durch bewusstes Schweigen in negativem Sinne entscheiden wollte […].»

37 Vgl. BGE 103 Ia 288 E. 2c S. 290: «Die Vorarbeiten sind weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend; insbesondere sind Äusserungen von Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitwirkten, nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext nicht zum Aus-

Susan Emmenegger/Axel Tschentscher zu Recht festhalten, reicht der konkret historische Nachweis nicht aus.[38] Vielmehr müssen die Gerichte das Gesetz objektiv-geltungszeitlich interpretieren, und das Ergebnis der Bewertung steht dadurch immer unter dem Vorbehalt eines geänderten rechtlichen oder tatsächlichen Kontextes.[39] Damit ist auch gesagt, dass die Gesetzesmaterialien umso weniger zu beachten sind, je weiter die Gesetzesentstehung zeitlich zurückliegt.[40] Allerdings gibt die objektiv-geltungszeitliche Auslegung den Gerichten keinen Freifahrtschein. Wie das Bundesgericht in einem aktienrechtlichen Entscheid von 1995 mit Hinweis auf die Gewaltenteilung festhielt, ist die Auslegung auf die *ratio legis* auszurichten, wobei das Gericht diese nicht nach eigenen, subjektiven Wertvorstellungen ermitteln darf, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers.[41]

Ergo muss das Gericht bei mehrere Jahre zurückliegenden Gesetzesänderungen nach dem ursprünglichen Sinn des Gesetzes basierend auf den Gesetzesmaterialien fragen, dann nach den möglichen Änderungen dieses Sinnes im Laufe der Rechtsentwicklung (Bedeutungswandel).[42] Falls sich keine Änderungen ergeben haben, kann für die geltungszeitliche Bedeutung auf den Entstehungszeitpunkt zurückgegriffen werden.[43]

2.2 Auslegung von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG

Es stellt sich die Frage, ob Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG eine gesetzesimmanente Lücke, die von den Gerichten behoben werden kann, oder eine rechtspolitische Lücke aufweist, die nur vom Gesetzgeber geschlossen werden darf.[44] Die Gesetzesmaterialien geben vorliegend – wie das Bundesgericht zu Recht betont – zuverlässig Aufschluss über die gesetzgeberischen Absichten, weshalb die Gerichte sie berücksichtigen.[45]

2.2.1 Vorentwurf eines Fusionsgesetzes vom November 1997

Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) vom November 1997 (VE-FusG) enthielt in Art. 23 Abs. 1 eine Bestimmung, die inhaltlich grösstenteils Art. 23 Abs. 1 FusG entspricht. Art. 23 Abs. 1 VE-FusG lautet wie folgt:

«Die Fusion von Kapitalgesellschaften kann unter erleichterten Voraussetzungen erfolgen, wenn:

a. die übernehmende Kapitalgesellschaft alle Anteile der übertragenden Kapitalgesellschaft besitzt, die ein Stimmrecht gewähren, oder
b. ein Rechtsträger alle Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften besitzt, die ein Stimmrecht gewähren.»

Der Begleitbericht zum VE-FusG erläutert nicht, ob Art. 23 Abs. 1 lit. b VE-FusG indirekte Beteiligungsverhältnisse erfasst. Dagegen sprechen jedoch zwei Gründe:

Erstens spricht Art. 23 Abs. 1 lit. a VE-FusG von «besitzen» und muss aufgrund des beschriebenen Sachverhalts direkte Beteiligungsverhältnisse mei-

druck kommen […]. Das gilt selbst für Äusserungen, die unwidersprochen geblieben sind […].» und E. 2c S. 291: «Die Entstehungsgeschichte der Bestimmung liegt im weiteren bereits über 65 Jahre zurück, so dass sie auch aus diesem Grund kaum mehr beachtlich ist. Aber selbst wenn der Sinn nicht aus der Bestimmung selbst geklärt werden könnte, so dürfte die Entstehungsgeschichte nur dann bei der Auslegung mitberücksichtigt werden, wenn sie über die Absichten des Gesetzgebers zuverlässig Aufschluss zu geben vermöchte […].»; siehe aber den berechtigten Hinweis von *Honsell,* dem zufolge dem historischen Auslegungselement bei der Prüfung der Frage, ob ein qualifiziertes Schweigen vorliegt, erheblich grössere Bedeutung zukommt als bei anderen Interpretationsproblemen (BSK ZGB I-*Honsell* [Fn. 27], Art. 1 ZGB N 33; in diesem Sinne auch BGE 115 II 97 E. 2b S. 99).

38 BK-*Emmenegger/Tschentscher* (Fn. 28), Art. 1 ZGB N 348.

39 BK-*Emmenegger/Tschentscher* (Fn. 28), Art. 1 ZGB N 348, siehe N 173–176 m.w.H. zur objektiv-geltungszeitlichen Interpretation; siehe auch BGE 94 II 65 E. 4. S. 71: «Si le juge ne peut pas se fonder sur des considérations relatives au droit désirable, il doit néan-moins s'efforcer d'appliquer la loi d'une manière aussi conforme que possible à la situation et à la mentalité actuelles. A cet effet, il sera souvent conduit à abandonner une interprétation traditionnelle, qui se justifiait sans doute lorsque la loi a été élaborée, mais qui n'est plus soutenable en raison du changement des circonstances ou même de l'évolution des idées […].»; zurückhaltend betreffend die objektiv-geltungszeitliche Interpretation: CR CC I-*Werro* (Fn. 32), Art. 1 ZGB N 68.

40 BGE 103 Ia 288 E. 2c S. 290.

41 BGE 121 III 219 E. 1d/aa S. 224.

42 BK-*Emmenegger/Tschentscher* (Fn. 28), Art. 1 ZGB N 178.

43 BK-*Emmenegger/Tschentscher* (Fn. 28), Art. 1 ZGB N 178.

44 Im Allgemeinen: *Kramer* (Fn. 29), S. 217 *in fine.*

45 Anders z.B. BGE 98 Ib 375 E. 4c S. 382 betreffend Auslegung von Art. 3bis Abs. 1 lit. b BankG, wo aufgrund der parlamentarischen Beratungen geschlossen werden konnte, dass dem Gesetzgeber die Bedeutung und Tragweite der fraglichen Normen unklar waren.

nen. Auch Art. 23 Abs. 1 lit. b VE-FusG verwendet das Verb «besitzen». Dies impliziert, dass das Wort «besitzen» im Geltungsbereich von Art. 23 Abs. 1 lit. a und b VE-FusG dasselbe bedeutet. Dieses Auslegungsergebnis wird durch den Begleitbericht insoweit gestützt, als dieser die hier interessierende Fusion gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. b VE-FusG (bzw. Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG) ausdrücklich als «Fusion zwischen Schwestergesellschaften» bezeichnet.[46] Auch die Vernehmlassungsergebnisse stützen dieses Begriffsverständnis.[47] So regten vier Vernehmlassungsteilnehmer (Kanton Neuenburg,[48] Freisinnig-Demokratische Partei der Schweiz[49], Centre Patronal[50] und Schweizerischer Handels- und Industrie-Verein[51]) an, auch indirekte Beteiligungsverhältnisse zuzulassen. Die Vernehmlassungsteilnehmer gingen somit davon aus, dass die Formulierung in Art. 23 Abs. 1 lit. b VE-FusG indirekte Beteiligungsverhältnisse nicht erfasst.

Zweitens spricht die Handelsregisterpraxis vor dem Inkrafttreten des FusG dagegen, dass Art. 23 Abs. 1 lit. b. VE-FusG indirekte Beteiligungsverhältnisse erfasst. Damals musste die übernehmende Gesellschaft bei Absorptionsfusionen im Sinne von Art. 748 aOR[52] zwingend ihr Kapital erhöhen, um die neuen Mitgliedschaftsstellen zu schaffen.[53] Gemäss Handelsregisterpraxis konnten aber u.a. Muttergesellschaften mit ihren 100%igen Tochtergesellschaften *(Up-Stream-Merger)* einerseits und Schwestergesellschaften andererseits unter erleichterten Voraussetzungen fusionieren.[54] So konnte die übernehmende Gesellschaft in diesen beiden Fällen auf die Erhöhung ihres Aktienkapitals verzichten, weil keine neuen Mitgliedschaftsstellen geschaffen werden mussten.[55] Dies setzte bei Schwesterfusionen aber voraus, dass das Aktionariat der fusionierenden Schwestergesellschaften identisch war.[56] Folglich waren vor dem Inkrafttreten des FusG erleichterte Fusionen zwischen Schwestergesellschaften nur zulässig, wenn direkte Beteiligungsverhältnisse vorlagen. Vor diesem Hintergrund kann geschlossen werden, dass man in Art. 23 Abs. 1 lit. a und b VE-FusG die damals geltende Handelsregisterpraxis kodifizieren wollte und daher indirekte Beteiligungsverhältnisse nicht erfasst werden sollten.

46 Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz), November 1997, S. 35 *in initio.* Gleiches Verständnis wie der Begleitbericht zum VE-FusG wohl *Roland von Büren/Thomas Kindler,* Der Vorentwurf zu einem neuen Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz; FusG), SZW 1998, S. 1–14, S. 4 (Anm. 29).

47 Vgl. Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz), Bern 1999, S. 5–6.

48 Vernehmlassungsergebnisse zum VE-FusG (Fn. 47), S. 184: «La restriction du champ d'application de la fusion simplifiée à la détention, par un ‹sujet› au sens de l'AP-LFus, de 1'ensemble des parts sociales conférant le droit de vote des sociétés de capitaux qui fusionnent (let. b) paraît inutilement restrictif. Pourquoi ne pas admettre la fusion simplifiée toutes les fois que l'ensemble de ces parts sociales est détenu par un seul détenteur, qui pourrait être une personne physique?»

49 Vernehmlassungsergebnisse zum VE-FusG (Fn. 47), S. 184 *in fine:* «Es sollte nicht nur die Schwester-Schwester Fusion, sondern auch der Enkelin mit der Tante etc. möglich sein. Dementsprechend schlagen wir folgende Änderung in Bst. b vor: ‹b. ein Rechtsträger direkt oder indirekt alle Anteile der an …›».

50 Vernehmlassungsergebnisse zum VE-FusG (Fn. 47), S. 185 *in initio:* «L'art 23 al. 1 devrait être formulé de manière à permettre la fusion simplifiée des sociétés au sein d'un même groupe, quel que soit leur degré de parenté. Par exemple la sous-filiale d'une société devrait pouvoir absorber ou fusionner avec une filiale de la société (même si elle ne déteint la sous-filiale), ce qui ne semble pas être le cas avec la rédaction actuelle de l'AP-LFus.»

51 Vernehmlassungsergebnisse zum VE-FusG (Fn. 47), S. 185: «Diese Bestimmung [d.h. Art. 23 Abs. 1 lit. b VE-FusG] sollte sowohl für den direkten wie den indirekten Besitz im Sinne einer wirtschaftlichen und nicht formalistischen Betrachtungsweise Anwendung finden.»

52 Mit «aOR» ist das OR in der Fassung bis 30. Juni 2004 gemeint.

53 *Clemens Meisterhans,* Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Diss. Zürich 1996 = SSHW Band 175, Zürich 1996, S. 276; vgl. auch Art. 748 Ziff. 8 aOR.

54 Botschaft vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG), BBl 2000 4347, 4422–4423, wonach bei Mutter-Tochter-Fusionen und Schwesterfusionen bereits vor Inkrafttreten des FusG Erleichterungen gewährt wurden. Siehe ferner den Hinweis von *Hanspeter Kläy/Nicholas Turin,* Der Entwurf zum Fusionsgesetz, REPRAX 1/2001, S. 1–40, S. 13, denen zufolge «Mutter-Tochter- und Schwestern-Fusionen die *weit überwiegende Mehrzahl sämtlicher Fusionen»* vor Inkrafttreten des FusG darstellten.

55 *Meisterhans* (Fn. 53), S. 277; siehe auch *Rudolf Tschäni,* Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, 2. Aufl., Basel 1991, S. 67.

56 *Meisterhans* (Fn. 53), S. 277 (Anm. 289).

2.2.2 Entwurf eines Fusionsgesetzes vom Juni 2000

Art. 23 Abs. 1 des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom Juni 2000 (E-FusG)[57] wurde vom Parlament ohne Änderung verabschiedet. Art. 23 E-FusG und Art. 23 Abs. 1 FusG sind somit identisch.

Art. 23 Abs. 1 lit. b E-FusG basiert auf dem gleichen Verständnis wie Art. 23 Abs. 1 lit. b VE-FusG.[58] Art. 23 Abs. 1 lit. b E-FusG setzt mit anderen Worten ein direktes Beteiligungsverhältnis voraus.[59] Dies geht wiederum aus der Verwendung des Verbs «besitzen» in lit. a und b hervor. Andererseits stellt die Botschaft klar, dass Art. 23 Abs. 1 lit. b E-FusG nur Fälle erfasst, «in denen die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der fusionierenden Gesellschaften identisch sind».[60]

2.2.3 Parlamentarische Beratungen

Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerats schloss indirekte Beteiligungsverhältnisse vom Geltungsbereich von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG ausdrücklich aus.[61] Auch Ständerat *Rolf Schweiger* vertrat diese Auffassung während der Erstberatung des Ständerats (Erstrat) am 21. März 2001:

«Erleichterte Fusionen sieht das Gesetz zudem in zwei Fällen vor: Bei der Mutter-und-Tochter-Fusion sowie bei Schwesterfusionen.»[62]

«Ich muss nur eine kurze Bemerkung machen, die später von Belang sein könnte: Ich muss präzisierend festhalten, dass gemäss dieser Bestimmung [d.h. Art. 23 Abs. 1 E-FusG] nur Mutter und Tochter einerseits und Schwestern andererseits miteinander fusionieren können. Eine erleichterte Fusion von Grossmutter und Enkelin sowie von Cousinen ist nicht möglich. In dieser Bestimmung ist also auf den direkten und nicht auf den indirekten Besitz von Beteiligungen abzustellen.»[63]

Diese Voten von *Rolf Schweiger* blieben unwidersprochen. Rund zwei Jahre später (d.h. Anfang März 2003) befasste sich der Nationalrat (Zweitrat) erstmals mit dem E-FusG. Im Rahmen dieser Beratung äusserten sich zwei Nationalräte zur hier interessierenden erleichterten Fusion:

«Es geht in diesem Artikel um die Erleichterung gewisser Fusionen, und zwar für solche, welche die Voraussetzungen gemäss Art. 23 erfüllen. […] Wenn beispielsweise eine Holdinggesellschaft im Besitz der fusionierenden Gesellschaft [*recte* wohl: Gesellschaften] ist oder die übernehmende Gesellschaft alle Anteile der übertragenden Gesellschaft besitzt, kommt das [d.h. die Erleichterungen gemäss Art. 24 Abs. 1 FusG] zum Tragen.»[64]

«La loi sur la fusion prévoit une procédure de fusion simplifiée dans deux situations:

1. si la société reprenante détient l'ensemble des actions de la société transférante, fusion mère-fille;

2. lorsque l'ensemble des actions des sociétés qui fusionnent sont détenues par la même personne ou le même groupe des personnes, fusion en sociétés sœurs.

[…]

Du fait que l'ensemble des actions sont détenues par la société reprenante, ou par le même groupe de personnes, il n'y pas de risque d'atteinte aux droits des actionnaires minoritaires. Ceci est notamment le cas, viens de le dire, si une société reprend une filiale détenue à 100 pour cent ou lorsque deux sociétés sœurs fusionnent.»[65]

57 BBl 2000 4531.

58 Art. 23 Abs. 1 lit. b E-FusG weicht insofern von Art. 23 Abs. 1 lit. b VE-FusG ab, als im E-FusG aufgrund des Vernehmlassungsverfahrens nicht nur Rechtsträger, die alle Anteile besitzen, erfasst werden, sondern auch natürliche Personen und gesetzlich oder vertraglich verbundene Personengruppen (siehe dazu *Michel Hopf,* Desideratas und Randnotizen zum vorgeschlagenen Fusionsgesetz, ST 2001, S. 49–55, S. 52).

59 So wohl auch *Kläy/Turin* (Fn. 54), S. 13, die indirekte Beteiligungsverhältnisse nicht erwähnen. A.M. *Christian J. Meier-Schatz,* Das neue Fusionsgesetz, Zürich 2000, S. 59–60, dem zufolge in Analogie zu den börsenrechtlichen Vorschriften auch indirekte Beteiligungsverhältnisse erfasst seien.

60 Botschaft FusG (Fn. 54), 4423, siehe auch 4422, wo – wie im Begleitbericht VE-FusG (Fn. 46), S. 35 *in initio* – von «Fusion zwischen Schwestergesellschaften» gesprochen wird.

61 Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 1. Februar 2001, S. 13 *in initio;* implizit auch Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 18. August 2000, S. 12.

62 AB 2001 S 149.

63 AB 2001 S 152.

64 Votum Nationalrätin *Anita Thanei,* AB 2003 N 236.

65 Votum Nationalrat *Jean-Michel Cina,* AB 2003 N 237.

Diese Voten widersprechen den Ausführungen von Ständerat *Rolf Schweiger* nicht, sondern sprechen eher dafür, dass gemäss Gesetzgeber Art. 23 Abs. 1 lit. b E-FusG nur direkte Beteiligungsverhältnisse erfassen sollte. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats schloss indirekte Beteiligungsverhältnisse ausdrücklich vom Geltungsbereich von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG aus.[66]

2.3 Auslegungsergebnis

Der ursprüngliche Sinn von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG lässt sich mithilfe der Gesetzesmaterialien verlässlich bestimmen. Der Gesetzgeber wollte indirekte Beteiligungsverhältnisse vom Geltungsbereich von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG ausschliessen. Ein Bedeutungswandel aufgrund geänderter rechtlicher Rahmenbedingungen[67] hat nicht stattgefunden.[68] Die rechtlichen Rahmenbedingungen für konzerninterne Fusionen sind die gleichen wie bei Inkrafttreten des FusG vor bald 20 Jahren. Die Gerichte müssen daher den ursprünglichen Sinn von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG respektieren.

Es verhält sich damit genau anders als vor Inkrafttreten des FusG. Damals erlaubte das Gesetz nur Fusionen zwischen AG (Art. 748 aOR und Art. 749 aOR), Fusionen zwischen einer Kommanditaktiengesellschaft (KmAG) und einer AG (Art. 750 aOR), Fusionen zwischen KmAG (Art. 770 Abs. 3 aOR) und Fusionen zwischen Genossenschaften (Art. 914 aOR). Die ältere Lehre ging deshalb davon aus, dass das Gesetz die zulässigen Fusionen abschliessend aufzählt.[69] Trotz fehlender Gesetzesgrundlage befürwortete die neuere Lehre ab den 1990er-Jahren die Zulässigkeit von Fusionen zwischen Gesellschaften mit unterschiedlicher Rechtsform.[70] Das Bundesgericht hatte kurz nach Inkrafttreten des OR die gesetzlich nicht vorgesehene Fusion zwischen Vereinen zugelassen (BGE 53 II 1). 1989 erlaubte das Bundesgericht in BGE 115 II 415 dann die gesetzlich ebenfalls nicht vorgesehene Fusion zwischen Stiftungen. Im Nachgang zu BGE 115 II 415, der implizit die Lückenhaftigkeit des Gesetzes bezüglich der Fusionsvorschriften feststellte,[71] entwickelte die Handelsregisterpraxis das Rechtsinstitut «Fusion» weiter.[72] In seinem 1998 zur Fusion und Umwandlung ergangenen Leitentscheid BGE 125 III 18 urteilte das Bundesgericht, dass das OR mit Bezug auf Fusionen und Umwandlungen eine gesetzesimmanente Lücke aufweise und deshalb auch gesetzlich nicht vorgesehene Fusionen und Umwandlungen bei Einhaltung gewisser Voraussetzungen zulässig seien.[73] So hielt das Bundesgericht unter anderem Folgendes fest:

«In der Rechtsprechung wurden gesetzlich nicht geregelte Fälle von Fusionen und Umwandlungen als zulässig anerkannt. […] Daraus kann gefolgert werden, dass das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage nicht notwendigerweise ein unüberwindbares Hindernis für entsprechende Vorgänge darstellt. Im Gegensatz zu den Gesellschaftsformen, die im Gesetz nach einhelliger Meinung abschliessend aufgezählt sind, gelangt der Grundsatz des *nu-*

66 Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 8. Juli 2002, S. 30. Die Kommission erachtete die Erfassung von indirekten Beteiligungsverhältnissen in Art. 23 Abs. 1 E-FusG aus Sicht der Zwischengesellschaften als problematisch, weil diese ihre Anteile an der übertragenden Gesellschaft ohne Gegenleistung verlieren und deshalb der Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) erfüllt sein könnte. Deshalb wollte die Kommission in solchen Fällen keine vereinfachte Fusion zulassen, sondern die Konzerngesellschaften sollen auf das Instrument der Vermögensübertragung zurückgreifen.

67 Gewandelte gesellschaftliche Vorstellungen oder wissenschaftlicher Fortschritt sind bei der Beantwortung der Frage, ob ein Bedeutungswandel vorliegt, hier irrelevant, da diese keinen Einfluss auf Fusionen zwischen Schwestergesellschaften haben.

68 Gl.M. BGE 148 III 362 E. 6.3 S. 369–370.

69 Das Bundesgericht zitiert in BGE 125 III 18 E. 4a S. 22–23 die Anhänger der älteren Lehre.

70 *Peter Böckli,* Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, Kapitel 2 Rz. 296k–296m; *Burkhard K. Gantenbein,* Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1994 = AISUF Band 144, Freiburg 1995, S. 279–280; *Frank Vischer,* Drei Fragen aus dem Fusionsrecht, SZW 1993, S. 1–8, S. 8; *Manfred Küng,* Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht, SZW 1991, S. 245–256, S. 255–256.

71 *Vischer* (Fn. 70), S. 1.

72 *Hanspeter Kläy/Nicholas Turin,* Fusionsgesetz in der Vernehmlassung, ST 1998, S. 39–44, S. 39; siehe auch *Clemens Meisterhans,* Der Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung (Fusionsgesetz), in: Registergilde Zürich, Jahrbuch des Handelsregisters 1998, Zürich 1999, S. 79–98, S. 82.

73 BGE 125 III 18 E. 4c S. 26–27 (besprochen von *Roland von Büren/Johannes Andreas Bürgi,* Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG de lege lata: Das klärende Wort aus Lausanne BGE 125 III 18, REPRAX 1/1999, S. 3–19).

merus clausus demnach bei Fusionen und Umwandlungen nicht zur Anwendung. Es ist weiter darauf hinzuweisen, dass sich das wirtschaftliche Umfeld seit sechzig Jahren erheblich verändert hat und dass das Bedürfnis nach mehr Flexibilität bei den Unternehmen heute wichtiger ist als früher. Diesen Erkenntnissen wird in den vorne erwähnten Gesetzesentwürfen [d.h. dem VE-FusG] Rechnung getragen. […] Aus diesen Überlegungen folgt, dass sich der Gesetzgeber von 1936 der zukünftigen Bedürfnisse und Entwicklungen kaum bewusst war und er nicht ohne weiteres jede gesetzlich nicht vorgesehene Umwandlung ausschliessen wollte. Das Vorliegen eines qualifizierten Schweigens ist daher zu verneinen.»[74]

3. Fazit

Bei der «Lücke» in Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG handelt es sich aufgrund der «negativen Entstehungsgeschichte»[75] und des fehlenden Bedeutungswandels um ein Lehrbuchbeispiel einer *rechtspolitischen Lücke*.[76] Aufgrund dieses Befundes musste und durfte sich das Bundesgericht nicht vertieft mit den von der Lehre vorgebrachten Argumenten für die Zulässigkeit indirekter Beteiligungsverhältnisse bei Schwesterfusionen im Sinne von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG auseinandersetzen.[77]

Das besprochene Urteil ist daher dogmatisch korrekt und zudem alles andere als mutlos[78]. Es handelt sich ganz im Gegenteil um ein mutiges Urteil. Es wäre nämlich für das Bundesgericht ein Leichtes gewesen, indirekte Beteiligungsverhältnisse im Geltungsbereich von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG unter Verweisung auf das teleologische Auslegungselement und die zahlreichen befürwortenden Lehrmeinungen[79] sowie unter Vernachlässigung der Gesetzgebungsgeschichte zuzulassen. Doch das Bundesgericht hat das Gewaltenteilungsprinzip respektiert und ein unpopuläres Urteil gefällt, was Anerkennung verdient.[80]

Abschliessend sei angemerkt, dass das referierte Urteil weit über die darin behandelte Frage (also Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG) hinaus bedeutsam ist. Das Bundesgericht erteilt damit nämlich all jenen eine Absage, die (kurz) nach Inkrafttreten einer Gesetzesrevision (z.B. der Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020) im Gesetzgebungsverfahren nicht berücksichtigte Anliegen unter Berufung auf eine gesetzesimmanente Lücke mit der Schützenhilfe der Gerichte in Umgehung des ordentlichen Gesetzgebungsprozesses umgesetzt haben möchten.

74 Von *Christian Champeaux* erstellte deutsche Übersetzung von BGE 125 III 18 E. 4c S. 26–27, die in der REPRAX 1/1999, S. 32–40, S. 38–39, abgedruckt ist.

75 Zu diesem Begriff im Allgemeinen: BSK ZGB I-*Honsell* (Fn. 27), Art. 1 ZGB N 31.

76 Im Ergebnis gl.M. *Bernasconi/Hasler* (Fn. 23), S. 521.

77 A.M. *Grivel* (Fn. 23), S. 92–93; *Zysset/Cina* (Fn. 23), Rz. 14; *Bärtschi* (Fn. 23), Kapitel 3.

78 So aber *Bärtschi* (Fn. 23), Kapitel 3; ihm folgend *Grivel* (Fn. 23), S. 93.

79 Das Bundesgericht vermeidet in E. 5.2.1 (S. 365) interessanterweise, in diesem Zusammenhang von der herrschenden Lehre zu sprechen. Gemäss seiner Umschreibung sind die Befürworter ein «(zumindest quantitativ) grosser Teil des Schrifttums» (kritisch zum Begriff «herrschende Lehre» *Renata Trajkova,* Vom Monopol der «herrschenden Lehre», Jusletter vom 11.6.2018, *passim*).

80 Vgl. *Bernasconi/Hasler* (Fn. 23), S. 521, denen zufolge das Urteil aus «Gewaltenteilungsüberlegungen zu überzeugen vermag»; siehe zur Berücksichtigung des Gewaltenteilungsprinzips bei der Gesetzesauslegung z.B. BGE 121 III 219 E. 1d/aa S. 224.