Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz 2007–2010

Markus Vischer
Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Zürich



Urs Gnos
Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Zürich



I. Einleitung

Dieser Aufsatz ist die Fortsetzung eines im Jahre 2006 in der AJP publizierten Beitrags[1]. Ziel ist es, mittels Transaktionen Erfahrungen mit dem FusG zu vermitteln und mögliche Problemfelder aufzuzeigen. Dieser Beitrag ist bewusst praxisnah gehalten und verzichtet auf längere Abhandlungen zu rein dogmatischen Problemen.

Zwischen Januar 2007 und November 2010 wurden circa 3'937 Fusionen, 295 Spaltungen, 3'262 Umwandlungen und ungefähr 2'409 Vermögensübertragungen nach FusG durchgeführt[2]. Damit bleiben die Fusion und die Umwandlung in der Praxis die klar am häufigsten angewendeten Umstrukturierungsformen. Verglichen mit dem Zeitraum Juli 2004 bis Februar 2006 (siehe FN 2) kann festgehalten werden, dass sich die Fusionen mit 39.7 % aller Transaktionen stabil gehalten haben. Auch die Umwandlungen (32.9 %) haben sich kaum verändert. Festgehalten werden kann, dass mit 2.9 % der Transaktionen die Spaltung an Anteilen verloren hat. Im Gegensatz dazu hat die Vermögensübertragung mit 24.3 % an Gewicht gewonnen.

II. Fusion

A. «Normale Fusion»

a. MeyerBurgerTechnologyAG/3S IndustriesAG

aa. Sachverhalt

Im Rahmen einer Absorptionsfusion[3] übernahm die Meyer Burger Technology AG (MBT) die 3S Industries AG (3S). Das Aktienkapital der 3S war in voll liberierte Namenaktien eingeteilt. Zudem wurden durch die Ausübung von Optionen (für den Bezug von 3S-Aktien) weitere Aktien geschaffen, welche bei Abschluss des Fusionsvertrages noch nicht im Handelsregister eingetragen waren. Zu berücksichtigen galt es weitere noch ausstehende Optionsrechte, die zum Erwerb von 3S-Aktien berechtigten und noch nicht ausgeübt wurden.

bb. Wandel- und Optionsrechte

Die Rechtstellung von Inhabern von Wandel- und Optionsrechten ist nicht explizit im FusG geregelt. Die Berechtigten sind keine Gesellschafter und sollten daher grundsätzlich als Gläubiger[4] betrachtet werden. Da sie aber eine qualifizierte Rechtsstellung einnehmen, ist die blosse Gläubiger-Stellung nicht völlig sachgerecht. In casu handelte es sich um einen Spezialfall, da die Optionsrechte an Anteilsrechte an der übertragenden Gesellschaft gebunden waren. In diesem Fall können Optionsrechte abgeltungspflichtige Sonderrechte nach Art. 7 Abs. 5 FusG sein. Den Inhabern von Wandel- oder Optionsrechten müssen daher im Fusionsfalle gleichwertige Rechte gewährt oder ihre Rechte zum wirklichen Wert abgekauft werden[5].

Mit der vorliegenden Fusion wurden sämtliche von 3S ausgegebenen und im Zeitpunkt der Fusion nicht ausgeübten oder noch nicht ausübbaren Optionen durch Optionen auf Aktien der MBT ersetzt. Das Umtauschverhältnis wurde berücksichtigt und die berechtigten Personen waren gesamthaft nicht schlechter gestellt als unter den bestehenden Beteiligungsplänen von 3S[6].

cc. Ausgleichszahlung und Umtauschverhältnis

Art. 7 Abs. 2 FusG hält fest, dass Ausgleichszahlungen bis zu einem Umfang von 10 % der gewährten Anteile zulässig sind[7]. Die Abgeltung des Spitzenausgleichs wird in Art. 7

Die Autoren bedanken sich bei MLaw Thomas Wehinger für die wertvolle Mitarbeit.

1 Markus Vischer/Urs Gnos, Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz, AJP/PJA 2006, 783 ff.

2 Ein grosser Dank gebührt hier dem Eidgenössischen Handelsregisteramt (EHRA), das uns die vorliegenden Daten freundlicherweise übermittelt hat. Die absolute Vergleichbarkeit mit den Zahlen aus dem Beitrag von 2006 (s. FN 1) ist leider nicht möglich, da sich die Berechnungsart verändert hat. Zwischen Juli 2004 bis Februar 2006 waren 40.4 % der Transaktionen Fusionen, 35.9 % Umwandlungen, 3.6 % Spaltungen und 20.1 % Vermögensübertragungen.

3 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 4 Abs. 1 lit. a FusG.

4 Der Schutz von Gläubigern wird in Art. 25–26 FusG geregelt.

5 Marc Amstutz/Ramon Mabillard, Fusionsgesetz (FusG), Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, Basel 2008, Art. 7 N 29; Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs Behnisch, FusG, Fusionsgesetz, Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, Zürich 2005, Art. 7 N 9; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Martin Dietrich/Katja Berlinger, Das Fusionsgesetz, Zürich/Basel/Genf 2004, N 336; SHK-Lukas Glanzmann, Art. 7 FusG N 7 und 31; Peter R. Altenburger/Massimo Calderan/Werner Lederer, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich 2004, N 57.

6 Dies galt auch für künftige Zuteilungen von MBT-Optionen an Mitarbeiter und Organe der 3S. Die Übertragung von Arbeitsverhältnissen richtet sich nach den Vorschriften von Art. 333 OR siehe: III.B.b.dd.

7 Statt vieler: Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 2. A., Bern 2008, N 211.

Abs. 2 FusG nicht als Voraussetzung für eine Ausgleichszahlung statuiert. Eine Zahlung ist deshalb auch dort zugelassen, wo – mangels Bruchteilen von Aktien – kein Grund für die Abgeltung eines Spitzenausgleichs besteht[8].

Für die Beschlussfassung der Generalversammlung über eine Ausgleichszahlung wird – im Gegensatz zur Abfindungszahlung nach Art. 8 Abs. 2 FusG – kein besonderes Quorum verlangt[9]. Die Ausgleichszahlung ist daher stets von der Abfindungszahlung zu unterscheiden. In zeitlicher Hinsicht ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Umstrukturierungsvertrages abzustellen. Die Bewertung erfolgt gestützt auf Bilanzen und Erfolgsrechnungen und hängt somit massgeblich von deren Stichtag ab. Sofern seit dem Bilanzstichtag keine wesentlichen Änderungen eingetreten sind, ist es zulässig, im Fusionsvertrag einen bis zu 6 Monate zurückliegenden Bilanzstichtag als massgeblichen Bewertungsstichtag zu wählen[10].

Das Umtauschverhältnis wurde im vorliegenden Fall auf 1.12:1[11] vereinbart. Die für den Umtausch benötigten MBT-Aktien wurden im Rahmen einer Kapitalerhöhung von MBT geschaffen und der Spitzenausgleich in bar geleistet[12].

Den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft (in casu 3S) musste aber mindestens eine ganze Aktie zukommen[13]. Die Anpassung des Umtauschverhältnisses kann durch die Erhöhung oder die Herabsetzung des Wertes der Aktien erreicht werden.

dd. Aktiensplit

Im vorliegenden Fall wurde bei MBT im Verhältnis 1:10 ein Aktiensplit vorgenommen und so der Aktiennennwert herabgesetzt und die Anzahl Aktien erhöht[14]. Die Ausgleichszahlungen konnten durch den Aktiensplit entsprechend verringert werden.

ee. Kapitalerhöhung

Die übernehmende Gesellschaft muss ihr Kapital nur erhöhen, soweit dies für die Wahrung der Rechte der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft notwendig ist (Art. 9 Abs. 1 FusG). Für die Abfindung der bisherigen 3S-Aktionäre erhöhte die Generalversammlung der MBT, unter Ausschluss der Bezugsrechte der bisherigen Aktionäre, ihr Aktienkapital in entsprechendem Umfang.

ff. Kapitalerhöhungsbericht und Prüfungsbestätigung

Im vorliegenden Fall wurden beim Handelsregisteramt Zug sowohl ein Kapitalerhöhungsbericht als auch eine Prüfungsbestätigung für die ordentliche Kapitalerhöhung eingereicht. Ob beide Unterlagen zwingend benötigt werden, ist noch immer umstritten. Diese Frage wurde noch nicht gesamtschweizerisch vereinheitlicht. Das Handelsregisteramt Zug verlangt zwingend einen Kapitalerhöhungsbericht des Verwaltungsrats und eine Prüfungsbestätigung der Revisionsstelle[15]. Ein Teil der Lehre argumentiert dagegen, dass sich der Kapitalerhöhungsbericht und die Prüfungsbestätigung erübrigen[16]. Die hier angesprochene Problematik ergibt sich aus der grundsätzlich umstrittenen (und sich auch in anderen Bereichen stellenden) Frage, ob neben den Bestimmungen des FusG auch andere gesellschaftsrechtliche Bestimmungen zu berücksichtigen sind oder ob das FusG diese verdrängt. Art. 9 Abs. 2 FusG und Art. 10 FusG halten dazu lediglich fest, dass die Vorschriften des OR über die Sacheinlagen im FusG keine Anwendung finden[17].

---

8 ZK FusG-Burckhardt, Art. 7 N 63; a.M. Ulysses von Salis, Fusionsgesetz, Zürich 2004, 41; erwähnt werden muss weiter, dass eine Ausgleichszahlung auch bei Gesellschaften ausgerichtet werden kann, die keine Anteilsrechte ausgeben können (Verein, Kollektiv-, Kommanditgesellschaft, Genossenschaft ohne Genossenschaftskapital), siehe: BSK FusG-Tschäni/Papa, Art. 7 N 28.

9 Niccolò Gozzi, Schutz der Aktionäre bei Fusion und Spaltung gemäss Fusionsgesetz, Zürich/St. Gallen 2009, 85; Hans Caspar von der Crone/Sarah Dubler/Karin Eugster, Privatrechtliche Aspekte der Ausgleichsleistungen und Abfindungen gemäss FusG, in: Festschrift für Peter Böckli, Zürich/Basel/Genf 2006, 246; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 354; a.M. von Salis (FN 8), 41.

10 Gozzi (FN 9), 84; Glanzmann (FN 7), N 196 und 212; BSK FusG-Tschäni/Papa, Art. 7 N 10 und 29; von Salis (FN 8), 40 f.; im Zusammenhang mit der Best Price Rule siehe: Empfehlung der Übernahmekommission vom 9. März 2005 zum Zusammenschluss der Swiss Prime Site AG und der Maag Holding AG, E. 1.2.1.3; ausführlich zur Abfindungsfusion siehe: II.D.

11 Die Aktionäre der 3S erhielten pro 1.12 3S-Aktien 1 Aktie an der MBT (ohne Split wäre das Umtauschverhältnis 11.2:1 gewesen).

12 Zur Berechnung des Werts wurde der Durchschnittskurs der letzten 30 Tage vor der Fusions-Generalversammlung herangezogen.

13 Glanzmann (FN 7), N 209.

14 Aktienkapital vor Splitting: 3'189'190 voll liberierte, vinkulierte Namenakten mit einem Nennwert von 0.50 Franken; Aktienkapital nach Splitting: 31'891'900 voll liberierte, vinkulierte Namenakten mit einem Nennwert von 0.05 Franken.

15 Peter Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 3 N 137a; Amstutz/Mabillard (FN 5) Art. 9 FusG N 22 ff.; SHK-Bommer, Art. 9 FusG N 14; Ausführungen zum Handelsregisteramt Zürich: Vischer/Gnos (FN 1), 785; Hans-Jakob Käch, Die Praxis des Handelsregisteramtes Kanton Zürich zum Fusionsgesetz, GesKR 2007, 133 ff.

16 Vogel/Heiz/Behnisch (FN 5), Art. 9 FusG N 23; Olivier Chapuis, Fusionsgesetz – Ausgewählte Fragestellungen, Zusammenfassung der anlässlich an der Schweizerischen Konferenz der Handelsregisterbehörden vom 30. September/1. Oktober 2004 in Neuchâtel besprochenen Fragestellungen, REPRAX 2/2005, 32; BSK FusG-Diem, Art. 9 N 29 f. und 44; BSK FusG-Schleiffer, Art. 21 N 21; von Salis (FN 8), 63.

17 Folgende Bestimmungen sind von dieser Problematik betroffen: Art. 634 OR (Sacheinlageverträge); Art. 635 OR (Grün-

gg. Zwischenbilanz

Art. 11 Abs. 1 FusG statuiert die Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz[18] für den Fall, dass bei Abschluss des Fusionsvertrages der Bilanzstichtag mehr als 6 Monate zurück liegt oder wichtige Änderungen in der Vermögenslage der an der Fusion beteiligten Gesellschaften eintreten.

In der Praxis ist die Fusionsprüfung stets von der Revisionsprüfung zu unterscheiden. Dabei gilt es, Folgendes zu beachten:

(i) Fusionsprüfung

Gemäss Art. 15 Abs. 1 FusG unterliegt die Fusionsbilanz im «ordentlichen» Verfahren der Prüfung durch den Fusionsprüfer (zugelassener Revisionsexperte). Dasselbe gilt auch für die Zwischenbilanz[19]. Sie ist, unter Berücksichtigung gewisser Erleichterungen aus Art. 11 Abs. 2 FusG[20], nach den Vorschriften und Grundsätzen, die für den Jahresabschluss gelten, zu erstellen.

(ii) Revisionsprüfung

Im FusG wird nicht explizit festgehalten, ob eine allfällige Zwischenbilanz durch die Revisionsstelle der entsprechenden Gesellschaft zu revidieren ist. In der Lehre ist diese Frage umstritten[21].

b. Valiant Holding AG/ Obersimmentalische Volksbank

aa. Sachverhalt

Die Valiant Holding AG (VAH) und die Obersimmentalische Volksbank (OVB) schlossen am 20. Februar 2009 einen Fusionsvertrag. Die OVB – eine Genossenschaft – wurde auf dem Wege der Fusion nach Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG absorbiert[22].

dungsbericht); Art. 635a OR (Prüfungsbestätigung für die Gründung); Art. 652c OR (Leistung der Einlagen); Art. 652e OR (Kapitalerhöhungsbericht); Art. 652f OR (Prüfungsbestätigung für die Kapitalerhöhung).

18 Eine Zwischenbilanz muss nur von der übertragenden Gesellschaft beim Handelsregister eingereicht werden (Art. 105a Abs. 1 lit. b HRegV). Dies entgegen dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 FusG, welcher von *«… der an der Fusion beteiligten Gesellschaften»* spricht.

19 Böckli (FN 15), § 3 N 81; Glanzmann (FN 7), N 279a f.; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 226; Altenburger/Calderan/Lederer (FN 5), N 104.

20 Zu den Erleichterungen siehe: von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 225.

21 BSK FusG-Diem, Art. 11 N 17; Käch (FN 15), 134; Eidgenössisches Amt für Handelsregister, Kurzkommentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz, REPRAX 2/3/2004, 8; Ausführungen zur Grundproblematik siehe: II.A.a.ff.

22 Für jeden Genossenschaftsanteil erhielten die Genossenschafter der OVB 20 Namenaktien der VAH.

bb. Zulässigkeit

Der numerus clausus über die Zulässigkeit von Fusionen wird in Art. 4 ff. FusG festgehalten. Eine Kapitalgesellschaft kann gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b FusG mit einer Genossenschaft fusionieren.

cc. Bewertungsmethoden

Zentrales Element jeder Fusion ist die Bewertung der Anteile der beteiligten Gesellschaften zum Zweck der Festlegung des Umtauschverhältnisses. Das FusG spricht in Art. 7 Abs. 1 nur sehr allgemein von der Berücksichtigung des Vermögens der beteiligten Gesellschaften und aller anderen relevanten Umstände.

(i) Einzelne Bewertungsmethoden[23]

In der Praxis haben sich verschiedene Bewertungsmethoden entwickelt. Für Unternehmensbewertungen hat sich vor allem der Discounted Cashflow-Ansatz[24] durchgesetzt. Daneben steht aber eine Vielzahl von Bewertungsmethoden, wie beispielsweise die Substanzwert-[25], die Ertragswert-[26], die Praktiker-[27] und die Kurswert-Methode[28] zur Verfügung.

(ii) Methodenpluralismus

Der Ansatz des Methodenpluralismus ist in Art. 15 Abs. 4 lit. c–d FusG ausdrücklich festgehalten. In seinem Prüfungs-

23 Die Unternehmensbewertungsmethoden können grob in vier Gruppen eingeteilt werden: 1. Substanzwert-Methoden (basierend auf der Summe aller aktivseitigen Bilanzposten zu Fortführungs- oder Liquidationswerten); 2. Ertragswert-Methoden (basierend auf der Diskontierung zukünftiger Zahlungen, namentlich Gewinne, Cashflows oder Dividenden); 3. Marktwert-Methoden (basierend auf der Idee, dass zwischen Unternehmenswert und bestimmten unternehmensspezifischen Referenzgrössen, wie Gewinn, Umsatz, Dividende, Cashflow etc. eine Relation besteht); 4. übrige Methoden (kaum von praktischer Bedeutung); ausführlich zum Ganzen: Pascal Gantenbein/Marco Gehrig, Moderne Unternehmensbewertung, Bewertungsziel mit Methodenmix erreichen, ST 2007, 602–612.

24 Markus Vischer, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 106 (2010), 132 f.; Karin Eugster, Die Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte nach Art. 105 FusG, Zürich 2006, N 153 ff.; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 26 f.; BSK FusG-Tschäni/Papa, Art. 7 N 22; Urs Schenker, Die Fusion, AJP/PJA 2004, 776, Fn. 43; Roger Groner, Barabfindungsfusion (Cash Out-Merger), SJZ 99 (2003), 395 f.

25 Vischer (FN 24), 132 f.; Marcel Widrig/Thomas Schneller/Stefan Wigger, Bewertungen von Wertpapieren ohne Kurswert, ST 2009, 367; Eugster (FN 24), N 135 ff.

26 Widrig/Schneller/Wigger (FN 25), 365; Eugster (FN 24), N 139 ff.

27 Vischer (FN 24), 133; Eugster (FN 24), N 148 ff.; ZK FusG-Burckhardt, Art. 7 N 28; Groner (FN 24), 397; Vorschlag einer Weiterentwicklung der Praktikermethode: Böckli (FN 15), § 3 N 87.

28 Vischer (FN 24), 133; Eugster (FN 24), N 160 ff.; ZK FusG-Burckhardt, Art. 7 N 30.

bericht wird der Revisor verpflichtet, sich über die Methode für die Berechnung des Umtauschverhältnisses zu äussern und die relative Bedeutung von verschiedenen angewendeten Methoden aufzuzeigen[29]. Die Verwendung verschiedener Methoden für die Bewertung eines Unternehmens ist somit erlaubt und in vielen Fällen in der Praxis angebracht, um eine Annäherung an den effektiven Wert des Unternehmens sicher zu stellen.

(iii) Zulässigkeit unterschiedlicher Methoden

Die OVB wurde mittels Kombination der Ertragswert- und der Substanzwert-Methode beurteilt, während für die VAH die Kurswert-Methode verwendet wurde. Grundsätzlich muss für die Fusionsbewertung der beteiligten Gesellschaften die gleiche Methode bzw. Kombination von Methoden angewendet werden, da dies die Wahrscheinlichkeit eines fairen Umtauschverhältnisses erhöht. In Ausnahmefällen können qualifizierte und sachliche Gründe für die Verwendung unterschiedlicher Bewertungsmethoden sprechen. Ein solcher sachlicher Grund ist die weitgehende oder grundsätzliche Verschiedenartigkeit der Geschäftstätigkeiten der beteiligten Gesellschaften[30]. Vorliegend begründete der Verwaltungsrat der OVB die Kombination der Ertragswert- und Substanzwert-Methode damit, dass für die Anteile der OVB kein repräsentativer Markt bestand und die Kurswert-Methode daher nicht angewendet werden konnte[31]. Dieses Vorbringen genügte für die Bewertung nach verschiedenen Methoden.

(iv) Zeitpunkt

Auch hier ist grundsätzlich der Abschluss des Fusionsvertrages bzw. der Bilanzstichtag für die Unternehmensbewertung massgebend. Die Angemessenheit der Abfindung oder des Umtauschverhältnisses kann mittels Klage einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden (Art. 105 FusG)[32].

dd. Urabstimmung und Quoren

Genossenschafter üben ihre Rechte mittels Teilnahme an der Generalversammlung oder – in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen – durch Stimmabgabe an der Urabstimmung aus (Art. 855 OR)[33]. Im Genossenschaftsregister der OVB waren im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Fusionsvertrages 693 Genossenschafter eingetragen. Die OVB erfüllte somit die Voraussetzungen der Durchführung einer Urabstimmung und führte diese zwischen dem 10. März 2009 und dem 28. April 2009 durch.

Bei Genossenschaften müssen gemäss Art. 18 Abs. 1 lit. d FusG mindestens ⅔ der abgegebenen Stimmen der Fusion zustimmen. In den Statuten der OVB war weiter eine Mindestteilnahmequote von ¾ sämtlicher Genossenschafter vorgesehen. Gesamthaft wurden 641 gültige Stimmausweise retourniert. Somit haben 92.5 % der stimmberechtigten Genossenschafter an der Urabstimmung teilgenommen und 628 (97.97 %) Genossenschafter stimmten der Fusion zu. Die Fusion mit der VAH wurde daher mit den erforderlichen Mehrheiten durch die Gesellschafterversammlung der OVB angenommen.

ee. Indirekte Dreiecksfusion

Unmittelbar nach dem Vollzug der vorliegenden Fusion übertrug die VAH sämtliche von der OVB mittels Fusion übernommenen Aktiven und Passiven an ihre Tochtergesellschaft, die Valiant Bank AG (VAB). Ausgenommen von dieser Vermögensübertragung waren einzig der Bestand an eigenen Genossenschaftsanteilen (bzw. nach erfolgtem Umtausch die Aktien an der VAH) sowie Beteiligungen an Drittgesellschaften. Gemäss Fusionsvertrag lag der einzige Grund der Fusion darin, dass die Genossenschafter der OVB Aktien der VAH und nicht solche der VAB erhalten sollten. Ein solches Vorgehen wird als indirekte Dreiecksfusion bezeichnet[34].

ff. Mitteilung an die Finma

Banken sind verpflichtet gemäss Art. 3 Abs. 3 BankG ihre Statuten, Gesellschaftsverträge, Reglemente und allfällige Änderungen daran bei der Finma einzureichen, sofern diese den Geschäftszweck, den Geschäftsbereich, das Grundkapital oder die innere Organisation betreffen. Weiter musste der Finma die Löschung der OVB mitgeteilt werden[35].

---

[29] Vischer (FN 24), 133; Eugster (FN 24), N 131 ff.; von der Crone/Dubler/Eugster (FN 9), 245; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 22.

[30] Yves Schneller, Die Organe der Aktiengesellschaft bei der ordentlichen Fusion, Zürich/St.Gallen 2006, 76; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 140; von Salis (FN 8), 37; ZK FusG-Burckhardt, Art. 7 N 28; Böckli lässt die Verwendung verschiedener Methoden nur in Ausnahmefällen zu, namentlich wenn dies für die Unternehmensbewertung «*absolut unerlässlich*» ist, siehe: Böckli (FN 15), § 3 N 84.

[31] Die KPMG als Fusionsprüferin hielt in ihrem Prüfungsbericht Folgendes fest: «*Die Anwendung verschiedener Methoden beeinträchtigt die Festsetzung des Unternehmenswertes nicht*». Eine solche Aussage ist zu allgemein gehalten und nicht unproblematisch.

[32] Zum Zeitpunkt: II.A.a.cc.; zur Prüfung der Angemessenheit: Vogel/Heiz/Behnisch (FN 5), Art. 105 FusG N 5; Amstutz/Mabillard (FN 5), Art. 105 FusG N 27; BSK FusG-Dubs, Art. 105 N 14; ZK FusG-Meier-Dieterle, Art. 105 N 16.

[33] Genossenschaften, die mehr als 300 Mitglieder zählen, können in den Statuten vorsehen, dass die Befugnisse der Generalversammlung ganz oder teilweise durch schriftliche Stimmabgabe bei der Urabstimmung ausgeübt werden (Art. 880 OR).

[34] Urs Bertschinger/Peter Spori, Dreiecksfusionen – einige zivil- und steuerrechtliche Fragen, in: Festschrift für Peter Böckli, Zürich/Basel/Genf 2006, 314; ausführlich zur Dreiecksfusion siehe: II.D.

[35] Käch (FN 15), 137.

gg. Mitteilung an die Weko

Zusammenschlüsse können auch wettbewerbsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Art. 22 Abs. 2 FusG statuiert, dass Art. 34 KG (Kartellgesetz) vorbehalten wird. In casu hielt die Weko fest, dass es sich beim Zusammenschluss der OVB mit der VAH nicht um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Abs 3 KG handelte.

B. Konzerninterne Fusion

a. Bank Vontobel AG/ Commerzbank (Schweiz) AG

aa. Sachverhalt

Die Bank Vontobel AG (V) übernahm die Commerzbank (Schweiz) AG (C) mittels Absorptionsfusion. Sämtliche Aktien der V und der C wurden von der gleichen Aktionärin, der Vontobel Holding AG (VH), gehalten. Es handelte sich somit um eine Schwestern-Fusion.

bb. Erleichterungen bei Schwestern-Fusionen

Bei Vorliegen einer Schwestern-Fusion werden die Bestimmungen von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG i.V.m. Art. 24 Abs. 1 FusG angewendet. Dies führt zu folgenden Erleichterungen:

(i) Fusionsvertrag

Der Fusionsvertrag muss lediglich Ausführungen nach Art. 13 Abs. 1 lit. a und f–i FusG enthalten. Somit kann auf Angaben im Zusammenhang mit der Wahrung der mitgliedschaftlichen Kontinuität (Art. 13 Abs. 1 lit. b–e FusG) verzichtet werden[36]. Weiter muss der Fusionsvertrag nicht durch einen zugelassenen Revisionsexperten geprüft werden (Art. 15 FusG).

(ii) Fusionsbericht

Auf die Erstellung eines Fusionsberichts kann verzichtet werden (Art. 14 FusG).

(iii) Einsichtsrechte

Die Gesellschaft muss ihren Gesellschaftern kein Einsichtsrecht gewähren (Art. 16 FusG)[37].

(iv) Beschlussfassung

Der Fusionsvertrag muss der Generalversammlung nicht zur Beschlussfassung vorgelegt werden (Art. 18 Abs. 1 FusG)[38].

(v) Bilanz

Die Fusionsbilanz muss nicht von einem zugelassenen Revisionsexperten geprüft werden (Art. 15 Abs. 1 FusG). Sie ist aber nach den jeweils für die entsprechende Rechtsform geltenden Rechnungslegungsregeln zu erstellen und zu prüfen, wobei die entsprechende «Bestätigung» aus der Bilanz selbst oder aus anderen Dokumenten hervorgehen kann.

cc. Vertraglich verbundene Personengruppe

Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG statuiert, dass Kapitalgesellschaften unter erleichterten Voraussetzungen fusionieren können, wenn ein Rechtsträger, eine natürliche Person oder eine gesetzlich oder vertraglich verbundene Personengruppe alle Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften besitzt. Eine gesetzliche Definition der Begriffe fehlt[39].

(i) Stimmbindungsverträge

Die h.L. geht davon aus, dass unter den Begriff der vertraglich verbundenen Personengruppe auch Vertragsverhältnisse fallen, die anlässlich der Generalversammlung zu einem Zustimmungsbeschluss sämtlicher Inhaber von Anteilen mit Stimmrechten führen[40].

(ii) Praxis des Eidgenössischen Handelsregisteramtes

Das EHRA hält fest, dass eine vertragliche Vereinbarung, die kein Eigentum an den Aktien an eine einfache Gesellschaft (bzw. ihre Gesellschafter) überträgt, nicht genügt, um eine verbundene Personengruppe zu bilden. Eine Personengruppe muss rechtlich als solche bestehen und sie selbst – nicht ihre Mitglieder – muss Eigentümerin aller Anteile sein[41].

---

36 Statt vieler: Handelsregisteramt Kanton Zürich, Fragen und Antworten zum neuen Fusionsgesetz, 11.2.2009, abrufbar unter: http://www.hra.zh.ch/internet/ji/hra/de/downloads.SubContainerList.SubContainer1.ContentContainerList.0001.DownloadFile.pdfRubrik: «Fusion», Antwort zur Frage: «Fusionsvertrag bei Schwestern-Fusionen: Welche Angaben sind im Vertrag bei einer Schwestern-Fusion mit freiwilliger Kapitalerhöhung mindestens erforderlich?».

37 BSK FusG-Wolf, Art. 24 N 2.

38 BSK FusG-Wolf, Art. 24 N 2.

39 Zum Ganzen: Vischer/Gnos (FN 1), 789; Ausführungen zum Gruppenbegriff bei Vinkulierungsbestimmungen siehe: Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 26. August 2009, ZR 108 (2009), 301 ff.

40 Rita Trigo Trindade, in: Henry Peter/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine ainsi que des dispositions des lois fédérales modifiées par la LFus (LDFR, CO, FLors, LDIP, CP, LT, LIFD, LHID, LIA, LPP, LB, LSA), Zürich 2005, Art. 23 N 23; BSK FusG-Wolf, Art. 23 N 8; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 275; von Salis (FN 8), 163 f.; einschränkend: Böckli (FN 15), § 3 N 193; unentschlossen: Vogel/Heiz/Behnisch (FN 5), Art. 23 FusG N 11; SHK-Bommer, Art. 23 FusG N 9.

41 Handelsregisteramt Kanton Zürich (FN 36) Rubrik: «Fusion», Antwort zur Frage: «Erleichterte Fusion: Sind die Voraussetzungen für eine erleichterte Fusion im Sinne von Art. 23 FusG erfüllt, wenn der einzige Anteilsinhaber der übernehmenden Gesellschaft mit dem (nicht identischen) Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft im Hinblick auf die Fusion eine

C. Sanierungsfusion

a. Credit Suisse AG/Credit Suisse (International) Holding AG

aa. Sachverhalt

Mit Fusionsvertrag vom 23. Juni 2010 übernahm die Credit Suisse AG (CS) die Credit Suisse (International) Holding AG (CSIH) mittels Absorptionsfusion. Die CSIH wies einen Passivenüberschuss von 729'847'000 Franken aus. Es handelte sich somit um eine Sanierungsfusion nach Art. 6 FusG[42]. Da die CSHI eine 100%-ige Tochtergesellschaft der CS war, konnten die Erleichterungen von Art. 23 Abs. 1 lit. a FusG in Anspruch genommen werden. Vorliegend entfiel eine Gegenleistung für die Übernahme der Aktiven und Passiven und eine Erhöhung des Aktienkapitals der CS musste nicht vorgenommen werden[43].

bb. Hälftiger Kapitalverlust

Eine Gesellschaft mit einem hälftigen Kapitalverlust[44] kann als übertragende Gesellschaft an einer Fusion teilnehmen[45].

cc. Überschuldete Gesellschaft

Eine überschuldete Gesellschaft ist ebenfalls berechtigt, an einer Fusion zu partizipieren. Sie ist aber weiterhin verpflichtet – nach Verstreichen der von der bundesgerichtlichen Praxis[46] gewährten Toleranzfrist von 4–6 Wochen – das Gericht gemäss Art. 725 Abs. 2 OR zu benachrichtigen[47].

dd. Frei verwendbares Eigenkapital

Gemäss Art. 6 Abs. 1 FusG kann eine Sanierungsfusion nur durchgeführt werden, wenn die übernehmende Gesellschaft (vorliegend die CS) über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang des Kapitalverlustes oder der Überschuldung verfügt oder Gesellschaftsgläubiger im entsprechenden Umfang im Rang hinter alle Gläubiger zurücktreten[48]. Das frei verwendbare Eigenkapital wird im FusG nicht definiert. Im OR hat sich dazu aber ein gefestigter Begriff entwickelt, welcher auch im FusG Geltung hat. Zum frei verwendbaren Eigenkapital gehören die Eigenmittel, die über die vorgeschriebenen Ausschüttungssperren hinaus vorhanden sind[49]. Die «gesunde» Gesellschaft muss über so viel frei verfügbares Eigenkapital verfügen, so dass bei der sanierungsbedürftigen Gesellschaft betragsmässig mindestens die Hälfte des Aktien- bzw. Stammkapitals und der gesetzlichen Reserven gedeckt ist[50]. Entscheidend ist das Bilanzbild des Fusionsproduktes und nicht der Einzelgesellschaften[51].

ee. Anwendungsbereich von Art. 6 FusG

Art. 6 FusG findet auf alle an der Fusion beteiligten Gesellschaften Anwendung, d.h. es ist gleichgültig, ob die übernehmende oder übertragende Gesellschaft den Kapitalverlust bzw. die Überschuldung aufweist[52].

ff. Bilanzeinreichung

Sämtliche an der Fusion beteiligten Gesellschaften müssen mit der Anmeldung der Fusionseintragung beim Handelsregisteramt ihre Bilanzen einreichen (Art. 105a Abs. 1 lit. b HRegV)[53].

gg. Bestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten

Art. 6 Abs. 2 FusG hält fest, dass für die Eintragung einer Sanierungsfusion im Handelsregister die übernehmende Gesellschaft eine Bestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten vorlegen muss, die festhält, dass die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 FusG erfüllt sind[54].

---

vertragliche Vereinbarung betreffend gemeinsames Vorgehen (z.B. über ein einheitliches Stimmverhalten) abschliesst?»; Käch (FN 15), 136; ZK FusG-Burckhardt, Art. 23 N 4.

42 Auch eine Gesellschaft in Liquidation (Art. 5 FusG) kann grundsätzlich mittels Fusion saniert werden, siehe: Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Dezember 2010, B-4888/2010 E. 2.1 ff.

43 Die Gegenleistung entfiel, weil die CS als Muttergesellschaft die CSHI übernahm (Mutter-Tochter-Fusion); weiter Ausführungen zu konzerninternen Fusionen siehe: II.B.

44 D.h. die Hälfte der Summe von Nennkapital und gesetzlichen Reserven ist nicht mehr durch ordnungsmässig bewertete Aktiven gedeckt.

45 Böckli (FN 15), § 3 N 203.

46 BGE 76 I 167; 108 V 188; 116 II 533.

47 Böckli (FN 15), § 3 N 203.

48 Statt vieler: von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 1210 f.

49 BSK FusG-Meinhardt, Art. 6 N 17; von Salis (FN 8), 26.

50 Handelsregisteramt Kanton Zürich (FN 36) Rubrik: «Fusion», Antwort zur Frage: «Sanierungsfusion: In welchem Umfang muss die ‹gesunde Gesellschaft› über frei verwendbares Eigenkapital verfügen bzw. müssen Rangrücktritte der Gläubiger vorliegen?»; Glanzmann (FN 7), N 71; Käch (FN 15), 135; von Salis (FN 8), 26; ZK FusG-Albrecht, Art. 6 N 15; a.M. Böckli (FN 15), § 3 N 205; Vogel/Heiz/Behnisch (FN 5), Art. 6 FusG N 12; sie verlangen, dass das ganze Nennkapital und die gesetzlich gebundenen Reserven gedeckt werden müssen; ausführlich m.w.H: Amstutz/Mabillard (FN 5), Art. 6 FusG N 10 ff.

51 Böckli (FN 15), § 3 N 205.

52 Eine Fusion von nur überschuldeten Gesellschaften bzw. von Kapitalgesellschaften mit Kapitalverlust ist ausgeschlossen siehe: Amstutz/Mabillard (FN 5) Art. 6 FusG N 3; Glanzmann (FN 7), N 72; BSK FusG-Meinhardt, Art. 6 N 13; SHK-Frey, Art. 6 FusG N 6.

53 BSK FusG-Meinhardt, Art. 6 N 30.

54 Amstutz/Mabillard (FN 5), Art. 6 FusG N 22; Glanzmann (FN 7), N 74; Vischer/Gnos (FN 1), 790; Vogel/Heiz/Behnisch (FN 5), Art. 6 FusG N 21; ZK FusG-Albrecht, Art. 6 N 26 ff.; BSK FusG-Meinhardt, Art. 6 N 34; von Salis (FN 9), 27; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 1212.

D. Abfindungsfusion[55] und Dreiecksfusion

a. Handelszeitung und Finanzrundschau AG/ Axel Springer Schweiz AG

aa. Sachverhalt

Die Handelszeitung und Finanzrundschau AG (HuF) übernahm die Axel Springer Schweiz AG (ASS) mittels Absorptionsfusion. Beide Gesellschaften – die HuF zu 100 %, die ASS zu 99.8 % – wurden von der Axel Springer AG, Berlin, (AS) gehalten. Die AS war somit als Mehrheitsaktionärin sowohl an der ASS als auch an der HuF beteiligt. Die Minderheitsaktionäre der ASS erhielten eine Abfindung nach Art. 8 Abs. 2 FusG, während die AS darauf verzichtete. Ihr wurden im Gegenzug die im Rahmen der durchgeführten Kapitalerhöhung geschaffenen Aktien an der HuF zugewiesen.

bb. Zulässigkeit

Für die zwangsweise Abfindung nach Art. 8 FusG wird kein sachlicher Grund verlangt. Das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB gilt es aber stets zu beachten. Die Gründung oder Verwendung eines Übernahmevehikels[56] – vorliegend die HuF – durch den Mehrheitsaktionär (AS), um einen Squeeze-out durchzuführen, ist in der Praxis verbreitet und unter Vorbehalt des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs zulässig[57].

cc. Höhe der Abfindung

Art. 8 FusG äussert sich nicht zur Höhe der Abfindung. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass die Abfindung dem wirklichen Wert der bisherigen Aktien entsprechen muss[58]. Die Grundlage der Berechnung der Abfindung bildete in casu eine «Discounted Cashflow»-Bewertung[59], welche auf den Zahlungsströmen der Konzernmittelfristplanung für die ASS basierte. Weitere Parameter wie der Diskontierungsfaktor und das Wachstum wurden in konzernüblichem Rahmen des schweizerischen Umfelds berücksichtigt.

(i) Zulässigkeit eines Minderheitsabzugs

Im vorliegenden Fall wurde eine Anpassung der Bewertung für Minderheitsanteile in der Höhe von 20 % vorgenommen. Es dürfte sich dabei um einen Minderheitsabzug handeln. Als Vergleichswert galt wohl der im vorangegangen Erwerb gewährte höhere Preis für den Hauptaktionär. Ein Minderheitenabzug wird für öffentliche Übernahmen in Art. 32 BEHG[60] als zulässig erklärt[61]. In casu handelte es sich aber nicht um eine solche öffentliche Übernahme. Obwohl eine entsprechende Regelung im FusG fehlt, sollte ein ähnlicher Minderheitsabzug auch nach dem FusG zulässig sein[62].

(ii) Synergien

In der Praxis ist bei der Bestimmung des Unternehmenswerts die Berücksichtigung von Synergien, die durch eine Fusion entstehen, umstritten. Ein Teil der Lehre berücksichtigt künftige Synergien bereits bei der Ermittlung der Unternehmenswerte[63].

Ein anderer Teil der Lehre berücksichtigt Synergien bei der Bewertung der Unternehmen grundsätzlich nicht, da sie beiden Gesellschaften zukommen[64].

(iii) Kapitalrückzahlung

Nach Ansicht der Botschaft zum FusG stellt die Ausrichtung von Geldleistungen an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft eine Kapitalrückzahlung dar[65]. Die allgemeinen Regeln zur Rückleistung von Einlagen seien daher zu berücksichtigen. Namentlich müsse die übernehmende Gesellschaft über frei verwendbares Eigenkapital (freie Reserven) im Umfang der Abfindung verfügen. Gegen diese restriktive Haltung kann eingewendet werden, dass hier wirtschaftlich vergleichbare Sachverhalte rechtlich ungleich behandelt werden. Werden nämlich vor einer Fusion Anteile von austrittswilligen Gesellschaftern durch die übernehmende Gesellschaft gekauft, müssen die Vorschriften über die

---

55 Synonym verwendet werden häufig folgende Bezeichnungen: Squeeze-out-Merger, Squeeze-out-Fusion, Freeze-out-Merger, Barabfindungsfusion oder Cash-out-Merger.

56 Aktionäre einer Aktiengesellschaft, die mindestens 90 % aller Aktien halten, können eine neue Aktiengesellschaft gründen. Die Aktien der neuen Gesellschaft stehen dabei vollständig im Eigentum der Mehrheitsaktionäre und die einzigen Aktiven der Gesellschaft sind liquide Mittel. In einem nächsten Schritt wird die erste Aktiengesellschaft mit der neu gegründeten Gesellschaft fusioniert und die Minderheitsaktionäre in bar abgefunden.

57 Böckli (FN 15), § 3 N 199; Vischer/Gnos (FN 1), 791; BSK FusG-Tschäni/Papa, Art. 8 N 17; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 109; Groner (FN 24), 393 und 401.

58 Mark Mauerhofer, Squeeze-Out Merger, Die zwangsweise Abfindungsfusion nach Art. 8 Abs. 2 Fusionsgesetz, Bern 2009, 136 f.; Glanzmann (FN 7), N 237 und N 193; von der Crone/Dubler/Eugster (FN 9), 249; Vischer/Gnos (FN 1), 791; BSK FusG-Tschäni/Papa, Art. 8 N 18; weitere Hinweise zur Berechnung: ZK FusG-Burckhardt, Art. 8 N 15.

59 Siehe: II.A.b.cc.(i); betreffend Quoren siehe: II.D.c.bb. und cc.

60 Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.1; der Paketzuschlag darf nach Art. 32 Abs. 4 BEHG bis zu 25 % über dem Angebot an die Aktien im Streubesitz liegen.

61 Böckli (FN 15), § 7 N 242a.

62 ZK FusG-Burckhardt, Art. 7 N 36; BSK OR-Oertle/Du Pasquier, Art. 685b N 12.

63 Mauerhofer (FN 58), 141 ff.; von Salis (FN 9), 36; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 143 und 145 f.; BSK FusG-Tschäni/Papa, Art. 7 N 9; kritisch: Böckli (FN 15), § 3 N 89a.

64 Glanzmann (FN 7), N 195; Amstutz/Mabillard (FN 5), Art. 7 FusG N 12; ZK FusG-Burckhardt, Art. 7 N 34; SHK-Glanzmann, Art. 7 FusG N 11.

65 Botschaft, 4404.

Kapitalschutzbestimmungen nicht beachtet werden[66]. Die Voraussetzung, dass zur Abgeltung der Abfindung nur frei verwendbares Eigenkapital verwendet werden darf, ist darum nicht sachgerecht.

dd. Art der Abfindung

Die Abfindung muss nicht zwingend in Geld erfolgen, sondern kann aus anderen marktfähigen Vermögenswerten bestehen[67]. Bei einer Abfindungsfusion kann wahlweise entweder eine Barabfindung pro Aktie oder entsprechende Aktien der Muttergesellschaft (Dreiecksfusion) vereinbart werden. Bei der Dreiecksfusion wird die übertragende Gesellschaft von einer Tochtergesellschaft übernommen, wobei den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft Anteilsrechte an der Muttergesellschaft der übernehmenden Gesellschaft zugewiesen werden[68]. Die Muttergesellschaft absorbiert die Zielgesellschaft somit nicht selbst, sondern verwendet dazu eine bereits bestehende oder noch zu gründende Tochtergesellschaft[69]. Es handelt sich aber in beiden Fällen um eine zwangsweise Abfindung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 FusG.

ee. Sicherstellung

Verbindlichkeiten der ASS gingen mit Vollzug der Fusion auf die HuF über. Art. 25 FusG hält fest, dass Forderungen von Gläubigern der fusionierenden Gesellschaften sichergestellt werden müssen, wenn dies innerhalb von drei Monaten nach der Rechtswirksamkeit der Fusion verlangt wird. Die Gläubiger wurden durch eine dreimalige Publikation im SHAB auf dieses Recht hingewiesen.

b. wia wohnen im alter ag/Verein Übergangsheime für Betagte und Alleinstehende Thun

aa. Sachverhalt

Der Verein Übergangsheime für Betagte und Alleinstehende Thun (VÜBA) wurde von der wia wohnen im alter ag (wia) mittels Absorptionsfusion übernommen. Es handelt sich dabei um eine Fusion zwischen einer Kapitalgesellschaft und einem Verein. Art. 4 Abs. 1 lit. d FusG statuiert dazu, dass eine Kapitalgesellschaft als übernehmende Gesellschaft einen Verein absorbieren kann, wenn dieser im Handelsregister eingetragen ist. Eine solche Eintragung des VÜBA lag vor[70].

bb. Höhe der Abfindung

Eine Abfindung wird daher in Art. 8 FusG gesetzlich statuiert und ist nur unter Einhaltung dieser Vorschriften möglich. Im vorliegenden Fall gab es ergänzend in den Statuten des VÜBA eine einschränkende Bestimmung. Namentlich wurde festgehalten, dass ein Rückfall des Vereinsvermögens an die Vereinsmitglieder ausgeschlossen ist. Gestützt auf diese Bestimmung hatten die Mitglieder des VÜBA keinen Anspruch auf Ausrichtung einer Abfindung. Diese wurde vorliegend daher auf einen symbolischen Betrag von 1 Franken festgesetzt. Da es sich vorliegend um eine KMU-Fusion nach Art. 2 lit. e FusG handelte, konnte auf die Prüfung des Fusionsvertrags, der Fusionsbilanz und des Fusionsberichts durch einen zugelassenen Revisionsexperten verzichtet werden (Art. 15 Abs. 2 FusG). Die Angemessenheit der Abfindung wurde daher nicht geprüft.

cc. Beschlussquorum

Gemäss Art. 18 Abs. 1 lit. e FusG müssen für die Fusion eines Vereins grundsätzlich mindestens ¾ der an der Generalversammlung anwesenden Mitglieder zustimmen. Für den Fall einer zwangsweisen Abfindung ist aber die Zustimmung von mindestens 90 % der Mitglieder erforderlich (Art. 18 Abs. 5 FusG)[71]. Im vorliegenden Fall waren sämtliche Vereinsmitglieder anwesend und sprachen sich einstimmig für die Fusion aus.

dd. Freiwilliges Austrittsrecht

Art. 19 Abs. 1 FusG statuiert ein freiwilliges Austrittsrecht der Vereinsmitglieder, das innerhalb von zwei Monaten ab dem Fusionsbeschluss geltend gemacht werden kann. Damit wird der personenbezogenen und an den Vereinszweck gebundenen Natur der Vereinsmitgliedschaft Rechnung getragen[72].

Die austretenden Vereinsmitglieder haben aber – mangels anders lautender Statutenbestimmung – keinen Anspruch auf die Ausrichtung einer Abfindung[73].

---

66 Glanzmann (FN 7), N 234; Vogel/Heiz/Behnisch (FN 5), Art. 8 FusG N 18; a.M. von Salis (FN 9), 58.

67 Vischer/Gnos (FN 1), 791; von der Crone/Dubler/Eugster (FN 9), 248; BSK FusG-Tschäni/Papa, Art. 8 N 12; Groner (FN 24), 399.

68 Glanzmann (FN 7), N 57; BSK FusG-Tschäni/Papa, Art. 8 N 12; ausführlich zum normalen Squeeze-out-Merger siehe: II.D.a. und b.

69 Sog. «Forward Triangular Merger», Bertschinger/Spori (FN 34), 314; von einem «Reverse Triangular Merger» wird gesprochen, wenn nicht die Zielgesellschaft auf die Tochtergesellschaft, sondern die Tochtergesellschaft mit der Zielgesellschaft verschmolzen wird. Die h.L. hält einen «Reverse Triangular Merger» für unzulässig siehe: von der Crone/Dubler/Eugster (FN 9), 110; SHK-Glanzmann, Art. 8 FusG N 3; a.M. und genauere Ausführungen: Bertschinger/Spori (FN 34), 316 und 328 f.

70 Der VÜBA wurde erst einen Monat vor der Fusion mit der wia im Handelsregister eingetragen.

71 Glanzmann (FN 7), N 536; betreffend Quorum siehe: II.D.c.bb.

72 ZK FusG-Gelzer, Art. 19 N 1.

73 BSK FusG-Schleiffer, Art. 19 N 11.

c. Julius Bär Invest AG/Creinvest AG

aa. Sachverhalt

Mittels Absorptionsfusion vom 26. Juni 2009 wurde die Creinvest AG (CI) von der Julius Bär Invest AG (JBI) übernommen. Die JBI hielt bereits vor der Durchführung der Transaktion einen Teil der Aktien der CI[74]. Jeder Aktionär der CI erhielt für jede gehaltene CI-Aktie eine Abfindung gemäss Art. 8 Abs. 2 FusG in Form von Aktien der Muttergesellschaft der JBI. Das Ergebnis wurde auf die nächste ganze Zahl abgerundet und die Differenz in bar ausbezahlt (Spitzenausgleich)[75]. Vorliegend handelte es sich somit um eine Dreiecksfusion.

bb. Beschlussquorum (Generalversammlung der CI)

Eine Fusion bedarf der Zustimmung der Gesellschafter aller beteiligten Gesellschaften. Das Gesetz stellt bei der zwangsweisen Abfindung erhöhte Anforderungen an den Fusionsbeschluss. So wird nach Art. 18 Abs. 5 FusG ein qualifiziertes Quorum vorgesehen. Der Fusionsbeschluss muss mit einer Zustimmung von mindestens 90 % der stimmberechtigten Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft angenommen werden. Die Lehre ist sich heute einig, dass bei nicht personenbezogenen Gesellschaften – entgegen dem Wortlaut von Art. 18 Abs. 5 FusG – nicht vom Kopfstimmprinzip, sondern von Mitgliedschaftsstellen auszugehen ist[76]. Höchst umstritten bleibt aber weiterhin, welche Berechnungsbasis für dieses Quorum herangezogen wird (90 % sämtlicher Aktienstimmen[77], 90 % des gesamten Nennwerts der Aktien oder 90 % der an der Generalversammlung vertretene Stimmen[78]).

Anlässlich der durchgeführten a.o. Generalversammlung der CI waren 91.8 % der Aktienstimmen und des Nominalkapitals vertreten. Dem Antrag des Verwaltungsrats wurde einstimmig gefolgt und die Fusion gutgeheissen. Die vorgeschriebenen Quoren wurden – gleichgültig, welcher Lehrmeinung folgend – in jedem Fall eingehalten.

cc. Beschlussquorum (Generalversammlung der JBI)

Das Quorum für die JBI-Generalsversammlung ist in Art. 18 Abs. 1 lit. a FusG festgeschrieben. Mindestens $^2/_3$ der an der Generalversammlung vertretenen Aktienstimmen und die absolute Mehrheit des von ihnen vertretenen Aktiennennwerts werden für die Fusion vorausgesetzt. Anlässlich der a.o. Generalversammlung der JBI war das gesamte Aktienkapital der Gesellschaft vertreten und der Fusion wurde einstimmig zugestimmt.

dd. Höhe der Abfindung

Jeder Aktionär der CI erhielt pro CI-Aktie als Abfindung 5.4112 Aktien an der JBH. Für die Bewertung der CI wurde grundsätzlich auf den Net Asset Value (NAV) abgestellt. Dieser wurde leicht an den Börsenkurs angeglichen. Für die JBH-Aktien wurde ausschliesslich der Börsenkurs berücksichtigt[79]. Die Abfindung wurde direkt durch die JBH ausgerichtet und erfolgte unmittelbar nach dem Vollzug der Fusion. Die Aktionäre der CI erhielten Aktien der ebenfalls börsenkotierten JBH. Diese Aktien vermochten den Voraussetzungen der genügenden Marktfähigkeit und Verwertbarkeit zu genügen[80].

ee. Prüfung durch den Fusionsprüfer

Da vorliegend beide an der Fusion beteiligten Gesellschaften Kapitalgesellschaften waren und keine KMU-Erleichterungen vorlagen, unterlagen sie der Fusionsprüfung nach Art. 15 Abs. 1 FusG. Der Fusionsvertrag, der Fusionsbericht und die der Fusion zu Grunde liegende (Zwischen)Bilanz mussten von einem zugelassenen Revisionsexperten geprüft werden[81].

---

74 Das Aktienkapital der CI war in 485'000 voll liberierte Inhaberaktien mit einem Nennwert von 2.15 Franken eingeteilt. Von diesen Aktien hielt die JBI im Zeitpunkt des Abschlusses des Fusionsvertrages 196'000 Aktien, was 40.4 % der Stimmrechte und des Kapitals entsprach.

75 Die JBI erhielt ihrerseits keine Aktienabfindung; die Muttergesellschaft der JBI war die Julius Bär Holding AG (JBH); Ausführungen zum Spitzenausgleich siehe: II.A.a.cc.

76 Böckli (FN 15), § 3 N 198; Mauerhofer (FN 58), 141 ff.; Glanzmann (FN 7), N 531 ff.; Amstutz/Mabillard (FN 5), Art. 18 FusG N 27; Vischer/Gnos (FN 1), 792; Trindade (FN 40), Art. 18 LFus N 68 f.; Vogel/Heiz/Behnisch (FN 5), Art. 18 FusG N 31; Eidgenössisches Amt für Handelsregister (FN 21), 30; Altenburger/Calderan/Lederer (FN 5), N 77; BSK FusG-Schleiffer, Art. 18 N 37; BSK FusG-Tschäni/Papa, Art. 8 N 10; Schenker (FN 24), 776; von Salis (FN 9), 55; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 359; ZK FusG-Gelzer, Art. 18 N 33; Groner (FN 24), 399 f.; SHK-Jermini, Art. 18 FusG N 12.

77 Mauerhofer (FN 58), 157; Handelsregisteramt Kanton Zürich (FN 36) Rubrik: «Fusion», Antwort zur Frage: «Fusion mit ausschliesslicher Abfindung: Was gilt für das Quorum gemäss Art. 18 Abs. 5 FusG?»; Vogel/Heiz/Behnisch (FN 5), Art. 18 FusG N 36; Eidgenössisches Amt für Handelsregister (FN 21), 30.

78 Glanzmann (FN 7), N 533; von der Crone/Dubler/Eugster (FN 9), 248; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 384; Groner (FN 24), 400; Gesamtübersicht: Glanzmann (FN 7), N 533.

79 Vorliegend wurden somit unterschiedliche Bewertungsmethoden angewendet siehe: II.A.b.cc.(iii).

80 BSK FusG-Tschäni/Papa, Art. 8 N 12; Ausführungen zu Bewertungsmethoden siehe: II.A.b.cc.; Ausführungen zum Zeitpunkt der Bewertung siehe: II.A.b.cc.(iv).

81 BSK FusG-Kühni, Art. 15 N 12 ff.

ff. Rolle der JBH

Die Muttergesellschaft, also die JBH, trat dem Fusionsvertrag als Partei bei, da sie die Aktien für die Aktionäre der CI zur Verfügung stellte. Trotzdem war sie nicht direkt an der Fusion beteiligt und benötigte daher keinen eigenen Fusionsbeschluss[82].

III. Spaltung

A. Abspaltung[83]

a. Curiger GU AG/Curiger AG Architekturbüro

aa. Sachverhalt

Durch Spaltung[84] wurden Vermögenswerte der Curiger AG Architekturbüro (CA) auf die Curiger GU AG (CG) übertragen. Den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft (CA) wurden an der übernehmenden Gesellschaft (CG) Anteils- und Mitgliedschaftsrechte im Verhältnis ihrer Beteiligung an der CA zugewiesen[85]. Es handelte sich bei dieser Abspaltung um eine symmetrische Spaltung i.S.v. Art. 31 Abs. 2 lit. a FusG.

bb. Erleichterte Spaltung für Kapitalgesellschaften

Anders als bei der Fusion ist bei der Spaltung – entgegen der Meinung eines Teils der Lehre – kein vereinfachtes Verfahren für Kapitalgesellschaften mit qualifizierten Beteiligungsverhältnissen vorgesehen[86].

cc. KMU-Erleichterung

Für KMU sieht das FusG – analog den Regeln zur Fusion (Art. 23 f. FusG) – gewisse Erleichterungen hinsichtlich des Spaltungsberichts, der Spaltungsprüfung und des Einsichtsverfahrens vor. Vorausgesetzt für die Erleichterungen wird aber die Einstimmigkeit unter den Gesellschaftern auf den Bericht, die Prüfung und das Einsichtsverfahren zu verzichten[87].

dd. Inventar

Im Spaltungsinventar können nicht nur diejenigen Werte aufgelistet werden, die bei der Abspaltung zurückbleiben sollen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 37 lit. b FusG, der bei einer Spaltung ein Inventar mit eindeutiger Bezeichnung der unter die Spaltung fallenden Vermögenswerte verlangt. Wird ein Gegenstand auf Grund des Spaltungsvertrages oder des Spaltungsplans nicht zugeordnet, verbleibt er bei der übertragenden Gesellschaft (Art. 38 Abs. 1 lit. b FusG)[88].

ee. Schuldenruf und Pflicht zur Sicherstellung

(i) Schuldenruf

Art. 45 FusG hält fest, dass Gläubiger von an der Spaltung beteiligten Gesellschaften im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) dreimal darauf hingewiesen werden müssen, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung verlangen können[89]. Die dreimalige Publikation im SHAB ist zwingend und muss auch dann erfolgen, wenn sämtliche bekannten Gläubiger darauf verzichten oder wenn aus der Bilanz keine Gläubiger ersichtlich sind[90]. Der Nachweis, dass die Gläubigerschutzbestimmungen eingehalten worden sind, ist eine materielle Voraussetzung für die Eintragung der Spaltung ins Handelsregister[91].

(ii) Zeitpunkt der Sicherstellung

Anders als bei der Fusion muss bei der Spaltung die Sicherstellung bereits vor der Fassung des Spaltungsbeschlusses

---

82 Böckli (FN 15), § 3 N 201c; Bertschinger/Spori (FN 34), 321 f.; Altenburger/Calderan/Lederer (FN 5), N 84; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 378.

83 Bei der Abspaltung überträgt die übertragende Gesellschaft nur einen Teil ihres Vermögens auf eine (oder mehrere) übernehmende Gesellschaft(en). Die übertragende Gesellschaft bleibt weiter bestehen. Bei der Aufspaltung wird hingegen das gesamte Vermögen einer Gesellschaft auf zwei oder mehrere Gesellschaften aufgeteilt. Die übertragende Gesellschaft wird im Handelsregister gelöscht.

84 Es handelt sich vorliegend um eine Spaltung zur Übernahme, da die übernehmende Gesellschaft bereits besteht. Wird die Gesellschaft erst im Rahmen einer Gründung errichtet, spricht man von einer Spaltung zur Neugründung.

85 Statt vieler: von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 441 und 445.

86 Handelsregisteramt Kanton Zürich (FN 36), Rubrik: «Spaltung», Antwort zur Frage: «Vereinfachtes Verfahren: Ist bei der Spaltung ein vereinfachtes Verfahren analog zu Art. 23 f. FusG möglich?»; Amstutz/Mabillard (FN 5), Art. 39 FusG N 5; Vogel/Heiz/Behnisch (FN 5), Art. 43 FusG N 4; mit weiteren Hinweisen: Glanzmann (FN 7), N 143; Vischer/Gnos (FN 1), 793 a.M. von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 596 f.

87 Art. 39 Abs. 2 FusG; Glanzmann (FN 7), N 142; Vischer/Gnos (FN 1), 793; Altenburger/Calderan/Lederer (FN 5), N 593; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 463.

88 Handelsregisteramt Kanton Zürich (FN 36), Rubrik: «Spaltung», Antwort zur Frage: «Inventar: Kann das abzuspaltende Geschäft im Spaltungsinventar negativ definiert werden, d.h. können im Inventar nur jene Werte aufgelistet werden, die bei der Abspaltung zurückbleiben?».

89 Mit weiteren wichtigen Hinweisen: BSK FusG-Ehrat/Widmer, Art. 45 N 6 ff.

90 BSK FusG-Ehrat/Widmer, Art. 45 N 7; keine Pflicht zum Schuldenruf besteht bei der Vermögensübertragung siehe: Christoph Bauer, Parteiwechsel im Vertrag, Vertragsübertragung und Vertragsübergang unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes, Zürich 2010, N 470.

91 Käch (FN 15), 139.

und damit vor der Rechtswirksamkeit der Spaltung erfolgen (Art. 43 Abs. 1 FusG i.V.m. Art 45 f. FusG).

(iii) Gegenstand der Sicherstellung

Grundsätzlich muss jede Forderung, die einen Vermögenswert aufweist und vor der Publikation des Schuldenrufs im SHAB entstanden ist, sichergestellt werden. Dies gilt auch für bestrittene oder bedingte Forderungen[92]. Bereits fällige Forderungen sind nicht sicher zu stellen, sondern zu erfüllen[93].

(iv) Keine Pflicht zur Sicherstellung

Die Gesellschaft ist aber nicht zur Sicherstellung verpflichtet, wenn sie nachweist, dass die Erfüllung der Forderungen durch die Spaltung nicht gefährdet wird (Art. 46 Abs. 2 FusG). Die Sicherstellungspflicht entfällt grundsätzlich, wenn eine finanziell vollkommen gesunde Gesellschaft Vermögensteile übernimmt, mit denen keine besonderen Risiken verbunden sind. Bei der übertragenden Gesellschaft bewirkt eine Abspaltung von Vermögenswerten stets einen Entzug von Haftungssubstrat. Ein Nachweis der fehlenden Gläubigergefährdung ist daher nicht leichthin zu erbringen[94]. In casu wurde eine entsprechende Bestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten vorgelegt.

ff. Kapitalherabsetzung

Bei der Abspaltung wird bei der übertragenden Gesellschaft aus steuerlichen Gründen oft eine Kapitalherabsetzung durchgeführt. Art. 32 FusG statuiert, dass die rechtsformspezifischen Kapitalherabsetzungsvorschriften des OR (Art. 733, 734, 788 Abs. 2 und 874 Abs. 2 OR) nicht angewendet werden[95].

gg. Kapitalerhöhung

Die übernehmende Gesellschaft muss ihr Kapital nur soweit erhöhen, dass die Anteilsrechte der Gesellschafter der übertragenden Einheit gewahrt werden (Art. 33 Abs. 1 FusG). Die Kapitalerhöhung kann durch eine ordentliche oder genehmigte Kapitalerhöhung erfolgen. Sie kann unterbleiben, wenn bei der übernehmenden Gesellschaft genügend eigene Aktien vorhanden sind, um die Mitgliedschaftsrechte zu wahren. Im Rahmen der Kapitalerhöhung wird den Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft regelmässig das Bezugsrecht entzogen. Die Spaltung gilt dabei als wichtiger Grund nach Art. 652b Abs. 2 OR, welcher den Bezugsrechtsentzug zulässt[96]. Im vorliegenden Fall musste das Bezugsrecht der Aktionäre der CG nicht eingeschränkt werden, da die Aktionäre der CG und CA identisch waren.

Bei einer Spaltung unter Schwestergesellschaften kann, falls die Beteiligungsverhältnisse vor und nach der Spaltung identisch sind, auf eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft verzichtet werden[97].

B. Aufspaltung

a. Holch Povlsen Switzerland AG/ Bestseller United (Schweiz) AG

aa. Sachverhalt

Die Holch Povlsen Switzerland AG (HPS) wurde in zwei neu zu gründende Gesellschaften, die Bestseller United (Schweiz) AG (BU) und die Holch Povlsen Switzerland AG (nHPS), aufgespaltet[98]. Das gesamte Vermögen der HPS wurde geteilt und die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht.

bb. Abgespaltener Vermögensteil

Der Vermögensteil, der bei der Spaltung abgespalten wird, darf keinen Passivenüberschuss aufweisen. Ein Aktivenüberschuss des Vermögensteils von 0 Franken ist dagegen bei der Spaltung zur Übernahme möglich[99].

cc. Umtauschverhältnis

Bei Festlegung des Umtauschverhältnisses sind das Vermögen der beteiligten Gesellschaften, die Verteilung der Stimmrechte sowie alle anderen relevanten Umstände zu berücksichtigen. Das Umtauschverhältnis muss dabei angemessen sein, ansonsten eine Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG erhoben werden kann[100]. Dem einzigen Aktionär der HPS

---

92 Vischer/Gnos (FN 1), 794; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 655 f.; BSK FusG-Ehrat/Widmer, Art. 43 N 7; SHK-Affentranger, Art. 25 FusG N 9.

93 Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 655; BSK FusG-Ehrat/Widmer, Art. 43 N 7.

94 Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 652.

95 Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 529; SHK-Mathis, Art. 32 FusG N 6; Ausführungen zur Grundproblematik siehe: II.A.a.ff.

96 Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5); N 535, BSK FusG-Watter/Büchi, Art. 33 N 4 ff.

97 Handelsregisteramt Kanton Zürich (FN 36) Rubrik: «Spaltung», Antwort zur Frage: «Spaltung unter Schwestergesellschaften: Kann auf eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft verzichtet werden, wenn die Gesellschafter der beiden an der Spaltung beteiligten Gesellschaften identisch sind?».

98 Es handelte sich somit um eine Spaltung zur Neugründung. Der einzige Aktionär der HPS wurde auch einziger Aktionär der beiden neu zu gründenden Gesellschaften (BU und nHPS).

99 Handelsregisteramt Kanton Zürich (FN 36) Rubrik: «Spaltung», Antwort zur Frage: «Abgespaltener Vermögensteil: Darf bei einer Spaltung der abgespaltene Vermögensteil unter bestimmten Voraussetzungen einen Passivenüberschuss aufweisen?».

100 Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 620.

wurden anlässlich der Aufspaltung sämtliche neu auszugebenden Aktien von BU und nHPS zugewiesen. Er bekam für jede Aktie der HPS 0.75 Aktien der BU und 0.25 Aktien der nHPS. Die neu auszugebenden Aktien wurden vollständig, durch den jeweils eingebrachten Nettoaktivenüberschuss, zu Buchwerten liberiert[101]. Da vorliegend der bisherige Aktionär der HPS auch Alleinaktionär der BS und nHPS wurde, konnte auf eine eigentliche Unternehmensbewertung verzichtet und die Festlegung des Umtauschverhältnisses gestützt auf die Buchwerte vorgenommen werden.

dd. Gründungsakt

Bei der Spaltung zur Neugründung stellt sich die Frage, ob der Errichtungsakt separat zu erfolgen hat. Die Musterurkunde des Verbandes Bernischer Notare integriert die Gründung direkt in den Spaltungsbeschluss der übertragenden Gesellschaft. Die Musterurkunde des Kantons Zürich sieht dagegen eine eigene Gründungsurkunde vor. Die übertragende Gesellschaft oder ihre Aktionäre können dabei als Gründer auftreten. Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich akzeptiert beide Varianten[102].

b. KIRKBI AG/KIRK Kapital AG

aa. Sachverhalt

Die Vermögenswerte der KIRKBI AG (K)[103] wurde im Rahmen einer Aufspaltung auf die KIRKBI AG (nK) und die KIRK KAPITAL AG (KK) übertragen. Die nK und die KK wurden dazu neu gegründet (Spaltung zur Neugründung). Die Aktien der K waren auf sechs gleich beteiligte Aktionäre verteilt. Drei dieser Aktionäre wurden nun zu je ⅓ an der nK beteiligt. Die anderen drei Aktionäre erhielten je ⅓ der Aktien der KK. Es handelte sich somit um eine asymmetrische Aufspaltung nach Art. 31 Abs. 2 lit. b FusG.

bb. Asymmetrische Spaltung

Bei der asymmetrischen Spaltung verändern sich die relativen Beteiligungsquoten der Gesellschafter an den einzelnen übernehmenden Gesellschaften gegenüber ihrer ursprünglichen Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft[104].

cc. Quorum

Da durch die asymmetrische Spaltung ein Teil der bisherigen Gesellschafter ganz oder teilweise aus einer der beteiligten Gesellschaften ausgeschlossen wird, hat sie gewisse Ähnlichkeit mit der Abfindung nach Art. 8 Abs. 2 FusG. Sie birgt vor allem für Minderheitsaktionäre ein erhöhtes Risiko, da versucht werden könnte, die guten und die schlechten Risiken zum Nachteil der Minderheitsgesellschafter aufzuteilen. Bei der asymmetrischen Spaltung müssen deshalb gemäss Art. 43 Abs. 3 FusG 90 % aller Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zustimmen[105].

dd. Übergang der Arbeitsverhältnisse

Bei der Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung können Arbeitsverhältnisse im Rahmen der Transaktion vom übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen werden. Bei der Fusion werden notwendigerweise sämtliche Arbeitsverhältnisse nach den Regeln von Art. 333 Abs. 1 OR übertragen[106]. Bei der Spaltung und Vermögensübertragung ist sich die Lehre insoweit einig, als Arbeitsverhältnisse übergehen, sofern sie mit einem Betrieb oder Betriebsteil zusammen hängen[107].

(i) Übertragung mittels Betrieb oder Betriebsteil

Vorliegend wurde eine Spaltung durchgeführt. Der Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan muss gemäss Art. 37 lit. i FusG die Arbeitsverhältnisse auflisten, die mit der Spaltung auf die übernehmende Gesellschaft übergehen sollen. Dieser Liste kommt bei der Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils bloss deklaratorische Wirkung zu. Denn auch nicht in der Liste aufgeführte Arbeitsverhältnisse, die sich klar auf den übertragenen Betrieb oder Betriebsteil beziehen, gehen nach der Regel von Art. 333 OR über[108]. Art. 333 OR hat somit einen wesentlichen Einfluss auf die Zuordnungsfreiheit für Arbeitsverhältnisse der beteiligten Rechtsträger[109].

(ii) Übertragung ohne Betrieb oder Betriebsteil

Umstritten ist die Übertragung bei Arbeitsverhältnissen, die sich keinem Betrieb oder Betriebsteil zuordnen lassen[110].

Bei der Abspaltung verbleiben solche Arbeitsverhältnisse – mangels anderer Verabredung im Spaltungsvertrag –

---

[101] Weitere Informationen zur Unternehmensbewertung siehe: II.A.b.cc.

[102] Käch (FN 15), 137 f.

[103] Die K wurde vor dem Hintergrund der Nachlassregelung des verstorbenen LEGO-Gründers Godtfred Kirk Christiansen aus der INTERLEGO AG abgespalten. Seine beiden Kinder wurden zu je 50 % Aktionäre der K. In der Folge wurden die Aktien an die nächste Generation übertragen und waren im Besitz von je drei Nachkommen aus diesen beiden Familienstämmen. Zweck der neuerlichen Aufspaltung war die Trennung der Interessen der beiden Familien. Je ein Familienstamm sollte unabhängig vom anderen an einer der neu zu gründenden Gesellschaften beteiligt werden.

[104] Amstutz/Mabillard (FN 5), Art. 31 FusG N 10; Altenburger/Calderan/Lederer (FN 5), N 364; BSK FusG-Riedweg/Grünblatt, Art. 29 N 13; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 442.

[105] Amstutz/Mabillard (FN 5), Art. 43 FusG N 10; BSK FusG-Riedweg/Grünblatt, Art. 29 N 10 und Art. 43 N 23 ff.

[106] Statt vieler: BSK FusG-Baumgartner, Art. 49 N 2.

[107] Bauer (FN 90), N 580; Glanzmann (FN 7), N 605 f.; Vischer/Gnos (FN 1), 795.

[108] Bauer (FN 90), N 582; Vogel/Heiz/Behnisch (FN 5), Art. 49 FusG N 11; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 677.

[109] Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 677.

[110] Vogel/Heiz/Behnisch (FN 5), Art. 49 FusG N 10.

beim bisherigen Arbeitgeber, also der übertragenden Gesellschaft[111].

Bei der Aufspaltung können keine Arbeitsverhältnisse bei der bisherigen Gesellschaft verbleiben, da diese gelöscht wird[112]. Nach Ansicht von Vogel/Heiz/Behnisch und Baumgartner erlöschen die nicht zugeordneten bzw. nicht zuordbaren Arbeitsverhältnisse mit Rechtswirksamkeit der Spaltung[113]. Von der Crone ordnet die Arbeitsverhältnisse derjenigen Gesellschaft zu, mit welcher sie funktional am engsten zusammenhängen[114]. Reinert lässt die Arbeitsverhältnisse auf diejenige Gesellschaft übergehen, welche die bessere Gewähr für dessen Weiterführung bietet[115].

(iii) Ablehnungsrecht

Nach Art. 333 Abs. 2 OR hat der Arbeitnehmer das Recht, den Übergang des Arbeitsverhältnisses abzulehnen und unter Einhaltung der Kündigungsfrist aufzulösen. Eine Ablehnung ist innerhalb von einem Monat seit Kenntnisnahme der Betriebsübernahme – aber spätestens mit der tatsächlichen Übernahme – dem bisherigen oder neuen Arbeitgeber mitzuteilen[116].

(iv) Informations- und Konsultationspflicht

Bei der Spaltung zur Übernahme ist nicht nur die übertragende, sondern auch die übernehmende Gesellschaft verpflichtet, ihre Arbeitnehmer über die Gründe sowie die Folgen der Spaltung zu informieren. Ist die Spaltung mit einer Massnahme wie Kündigung, Lohnreduktion oder Einführung von Kurzarbeit verbunden, muss nicht nur informiert, sondern auch konsultiert werden (Art. 333a Abs. 2 OR)[117].

Die K beschäftigte insgesamt 9 Mitarbeitende. Sämtliche Arbeitsverhältnisse wurden von der nK übernommen und fortgeführt. Im Rahmen ihrer Anstellung übernahmen die Mitarbeitenden gestützt auf entsprechende Verträge zwischen den neuen Gesellschaften auch Dienstleistungen für die KK.

IV. Umwandlung

A. Kommanditgesellschaft – Aktiengesellschaft

a. Northern Real Estate Maute & Co/ Northern Real Estate AG

aa. Sachverhalt

Die Northern Real Estate Maute & Co (NK) – eine Kommanditgesellschaft nach Art. 594 ff. OR – wurde gemäss Art. 53 ff. FusG in die Northern Real Estate AG (NA) umgewandelt. Es handelte sich vorliegend um eine KMU-Umwandlung.

bb. Zulässige Umwandlung

Die Zulässigkeit einer Umwandlung setzt voraus, dass die Rechtsformen miteinander kompatibel sind. Das Gesetz statuiert dazu in Art. 54 FusG eine abschliessende Aufzählung der Umwandlungsmöglichkeiten. Nach Art. 54 Abs. 3 lit. a FusG kann sich eine Kommanditgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft (in casu AG) umwandeln.

cc. Umwandlungsbilanz

Eine Umwandlungsbilanz muss bei allen Umwandlungsformen, unabhängig von den beteiligten Rechtsformen und den Buchführungspflichten, beim zuständigen Handelsregisteramt eingereicht werden (Art. 136 Abs. 1 lit. b HRegV).

dd. Prüfung der Bilanz

Sofern die Jahresrechnung aufgrund einer gesetzlichen oder statutarischen Regelung der Revisionspflicht untersteht, muss die der Umwandlung zu Grunde liegende Bilanz nach den Vorschriften der für die entsprechenden Rechtsform geltenden Rechnungslegungsregeln geprüft werden[118].

Zusätzlich sind die Umwandlungsdokumente von einem zugelassenen Revisionsexperten zu prüfen (Art 62 Abs. 1 FusG). Auf eine solche Prüfung kann verzichtet werden, wenn die Voraussetzungen einer KMU-Umwandlung vorliegen und auf die Prüfung durch die Gesellschafter einstimmig verzichtet wird (Art. 62 Abs. 2 FusG).

ee. Umwandlungsbericht

KMUs können auf die Erstellung eines Umwandlungsberichts verzichten, wenn sämtliche Gesellschafter ihre Zustimmung zum Verzicht erteilen (Art. 61 Abs. 2 FusG i.V.m. Art. 136 Abs. 2 HRegV). Vorliegend wurde auf die Erstellung eines Umwandlungsberichts verzichtet[119].

---

111 Vogel/Heiz/Behnisch (FN 5), Art. 49 FusG N 12; BSK FusG-Baumgartner, Art. 49 N 2.
112 Statt vieler: Vogel/Heiz/Behnisch (FN 5), Art. 49 FusG N 14.
113 Vogel/Heiz/Behnisch (FN 5), Art. 49 FusG N 16; BSK FusG-Baumgartner, Art. 49 N 2.
114 Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5) N 678.
115 SHK-Reinert, Art. 49 FusG N 3.
116 Bauer (FN 90), N 583; Altenburger/Calderan/Lederer (FN 5), N 494; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 681.
117 Vischer/Gnos (FN 1), 795; Markus Vischer, Auswirkungen des Fusionsgesetzes auf Share und Asset Deals, Mergers & Acquisitions VII, 2005, 231 f.; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 669.
118 BSK FusG-Gericke, Art. 58 N 14.
119 BSK FusG-Bösch, Art. 61 N 12.

ff. Handelsregisteranmeldung

Verzichtet die Gesellschaft auf die Erstellung eines Umwandlungsberichts oder auf die Umwandlungsprüfung, ergeben sich gemäss Art. 107 Abs. 2 HRegV bei der Handelsregisteranmeldung gewisse Besonderheiten. Das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan hat an Stelle des Prüfungsberichts eine Bestätigung einzureichen, wonach die Gesellschaft die Voraussetzungen an ein KMU erfüllt und sämtliche Gesellschafter auf die Erstellung eines Umwandlungsberichts oder auf die Umwandlungsprüfung verzichten[120].

gg. Eintritt neuer Gesellschafter

Im Zuge der Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft können keine weiteren Gesellschafter eintreten. Neue Gesellschafter können nur vor oder nach der Eintragung der Umwandlung eintreten, weil sonst ein Verstoss gegen den Grundsatz der mitgliedschaftlichen Kontinuität vorliegt[121].

hh. Squeeze-out

Die herrschende Lehre steht einer zwangsweisen Abfindung bei einer Umwandlung[122] ablehnend gegenüber. Begründet wird dies mit dem Umstand, dass eine gesetzliche Grundlage für den Squeeze-out beim Tatbestand der Umwandlung fehlt und dies als ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers angenommen wird[123].

V. Vermögensübertragung

A. Ausserhalb des Konzerns

a. BW2 Schweiz AG/WinOffice AG

aa. Sachverhalt

Die BW2 Schweiz AG (BW) wie auch die WinOffice AG (Win) erbringen Leistungen im Bereich der Informatik. Die BW kaufte den Teilgeschäftsbereich «Endkunden»[124] von der Win. Der Erwerb erfolgte mittels Vermögensübertragung im Sinne von Art. 69 ff. FusG.

bb. Inventar

Die zu übertragenden Aktiven und Passiven müssen in einem Inventar aufgeführt werden. Gemäss Art. 71 Abs. 2 FusG muss bei der Vermögensübertragung ein Aktivenüberschuss vorliegen[125].

(i) Konkretisierung

Beim Verfassen eines Inventars stellt sich die Frage nach dessen Detaillierungsgrad. Der Wortlaut von Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG verlangt, dass Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte im Inventar einzeln aufgeführt werden. Für andere Vermögenswerte genügt eine pauschale Bezeichnung, solange sich bestimmen lässt, welche Aktiven und Passiven übertragen werden. In der Praxis ist es ratsam, eine relativ pauschale Umschreibung mit «Insbesondere Nennungen» von Werten zu wählen. So kann verhindert werden, dass bei einer allzu detaillierten Aufzählung einzelne Positionen, nicht erwähnte Vermögenswerte – entgegen der ursprünglichen Absicht – nicht übergehen[126].

Werden die Vertragsparteien im Inventar des Vermögensübertragungsvertrages nur mit Abkürzungen oder mit Nummern aufgeführt, welche nur für die Parteien des Vermögensübertragungsvertrages entschlüsselbar sind, wird dies vom Handelsregisteramt beanstandet.

(ii) Zuordnung von Aktiven

Gegenstände des Aktivvermögens, welche aufgrund des Inventars nicht zugeordnet werden können, verbleiben beim übertragenden Rechtsträger (Art. 72 FusG)[127].

(iii) Zuordnung von Passiven

Das Gesetz enthält in Art. 72 FusG keine Bestimmung für den Umgang mit nicht zugeordneten Passiven. Die Meinungen in der Lehre sind nicht einheitlich. Der grössere Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass auch die Passiven, wenn sie nicht zugeordnet werden können, beim übertragenden Rechtsträger verbleiben[128].

(iv) Bilanz als Inventar

Das Handelsregisteramt Zürich lässt bei der Übertragung eines Geschäfts oder Geschäftsbereichs mit Aktiven und Passi-

---

120 Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 746; BSK FusG-Daeniker/Frick, Art. 66 N 12.

121 Handelsregisteramt Kanton Zürich (FN 36), Rubrik: «Vermögensübertragung», Antwort zur Frage: «Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft: Können im Zuge der Umwandlung weitere Gesellschafter eintreten?»; Käch (FN 15), 141.

122 Die hier gemachten Ausführungen gelten auch für die Spaltung.

123 Glanzmann (FN 7), N 233; BSK FusG-Romerio, Art. 53 N 18; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 768; ZK FusG-Pestalozzi, Art. 56 N 12; a.M. Mauerhofer (FN 58), 127 f.; Vogel/Heiz/Behnisch (FN 5), Art. 31 FusG N 11 und Art. 56 FusG N 9.

124 Übergang von Kundenverträgen, Kundenstamm, Know-How und Mitarbeiter.

125 Bei Verstoss gegen diese Regelung: Markus Vischer, Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übernahmeverträgen über Unternehmen, SJZ 100 (2004), 113.

126 Vischer/Gnos (FN 1), 800 f.; Vischer (FN 117), 227 f.; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 845; BSK FusG-Malacrida, Art. 71 N 5 f.

127 Vischer/Gnos (FN 1), 801; Vischer (FN 117), 229; BSK FusG-Malacrida, Art. 72 N 2.

128 Vischer/Gnos (FN 1), 801; BSK FusG-Malacrida, Art. 72 N 3; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 846; a.M. ZK FusG-Beretta, Art. 72 N 4.

ven die Bilanz als Inventar genügen. Diese muss aber durch die vom FusG ausdrücklich geforderten Einzelpositionen ergänzt werden (Art. 71 Abs. 1 lit. b erwähnt: Grundstücke, Wertpapiere, immaterielle Werte)[129].

(v) Prüfungskognition des Handelsregisteramts

Das EHRA hält richtigerweise fest, dass die kantonalen Handelsregisterbehörden – unter Berücksichtigung der gesetzlichen Ausnahmen (Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte) – die Konkretisierung des Inventars nicht prüfen. Vorbehalten bleibt aber die Rückweisung von Pauschalumschreibungen, die keine Qualifizierung der erfassten Gegenstände erlauben[130].

cc. Wirksamkeit der Umstrukturierung

(i) Handelsregistereintrag

Gemäss Art. 73 Abs. 2 FusG wird die Vermögensübertragung mit der Eintragung im Handelsregister rechtswirksam. In diesem Zeitpunkt gehen sämtliche im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen auf den übernehmenden Rechtsträger über. Der Handelsregistereintrag hat somit konstitutive Wirkung. Die Vermögensübertragung wird nur beim übertragenden Rechtsträger ins Handelsregister eingetragen.

(ii) Stichtag

Die Parteien können vertraglich vereinbaren, dass der Wirkungszeitpunkt (sog. Stichtag) abweichend von demjenigen der Rechtswirksamkeit der Umstrukturierung (Zeitpunkt der Handelsregistereintragung) festgelegt wird. Oftmals wird in der Praxis der Stichtag auf den Beginn des Geschäftsjahres oder Quartals gelegt. Ab dem Stichtag sind die Geschäftsvorfälle der übertragenden Gesellschaft in die Buchhaltung der übernehmenden Gesellschaft aufzunehmen. Eine solche Rückwirkung hat nur interne Wirkung. Dritten gegenüber gilt nur der Zeitpunkt der Handelsregistereintragung[131].

dd. Vertraulichkeit

Ein in der Praxis nicht zu unterschätzendes Problem ist die Offenlegung von Informationen[132], die eigentlich nicht der gesetzlichen Publikationspflicht unterliegen, aber dennoch, beispielsweise in einem Vermögensübertragungsvertrag[133], enthalten sind. Mit der Einreichung des Vertrags beim Handelsregisteramt werden diese Informationen öffentlich zugänglich gemacht[134].

Bei Sachübernahme- und Sacheinlageverfahren[135] ist es heute möglich, die der Offenlegung unterliegenden Informationen von denjenigen zu trennen, die nicht veröffentlicht werden müssen. Dabei wird im Sachübernahme- bzw. Sacheinlagevertrag auf einen weiteren Vertrag zwischen den Parteien verwiesen[136]. Andere als die in Art. 71 FusG verlangten Punkte werden so in einem separaten Dokument, das dem Handelsregisteramt nicht einzureichen ist, vereinbart[137]. Theoretisch wäre es nun möglich, dieses Prinzip auch auf die Vermögensübertragung, Spaltung und Fusion anzuwenden[138]. Dazu würde auch das Verständnis von Malacrida passen, der im Vermögensübertragungsvertrag lediglich das Verfügungsgeschäft sieht. Als Verpflichtungsgeschäft kämen schuldrechtliche Veräusserungen oder andere Rechtsgeschäfte in Frage[139]. Die Anerkennung dieser Entwicklung dürfte die Stellung des FusG auf dem Transaktionsmarkt weiter stärken[140].

Um die Vertraulichkeit einer Vermögensübertragung auf andere Weise sicherzustellen, kann – nach umstrittener Meinung – auch weiterhin die Singularsukzession angewendet werden[141]. Diese wird im Handelsregister nicht eingetragen und stellt daher die Geheimhaltung sicher.

b. Dorenbach AG/Cobourg AG Projektentwicklung

aa. Sachverhalt

Die Cobourg AG Projektentwicklung (C) übertrug mittels Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG Aktiven und Rechtsbeziehungen auf die Dorenbach AG (D). Übertragen wurden u.a. sämtliche laufenden Architektur-Verträge von C sowie die Stellung als Gesellschafterin in einer einfachen Gesellschaft.

---

129 Handelsregisteramt Kanton Zürich (FN 36), Rubrik: «Vermögensübertragung», Antwort zur Frage: «Übertragung eines Geschäfts oder Geschäftsbereichs: Wie detailliert muss das Inventar ausgestaltet sein?»; Käch (FN 15), 141.

130 Käch (FN 15), 141; Eidgenössisches Amt für Handelsregister (FN 21), 21.

131 BSK FusG-Malacrida, Art. 73 N 7; siehe auch: II.A.a.cc.

132 Zu denken ist dabei z.B. an Gewährleistungs- und Garantievereinbarungen.

133 Die folgenden Ausführungen gelten auch für die Spaltung und die Fusion.

134 Vischer (FN 117), 233.

135 Diese Verfahren kennen ebenfalls Gläubigerschutzbestimmungen siehe: Art. 628 ff. OR.

136 Bei Widersprüchen oder Unklarheiten geht der beim Handelsregisteramt eingereichte Vertrag vor.

137 Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 870; hinweisend auf Probleme: Vischer (FN 117), 233 f.

138 Die jeweiligen Handelsregisterämter sind aber sicher vorgängig zu kontaktieren (Vorprüfung).

139 BSK FusG-Malacrida, Art. 69 N 9 f.

140 Das Fehlen der Publikationspflicht war bekanntlich der wohl wichtigste Vorteil der Singularsukzession.

141 Markus Vischer, Die Sicherstellung der Lieferung von Aktien im Unternehmenskaufvertrag, Mergers & Acquisitions XIII, 2010, 142 ff.

bb. Beschluss

Der Vermögensübertragungsvertrag wird gemäss Art. 70 FusG vom obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan der beteiligten Rechtsträger abgeschlossen[142]. Bei der Vermögensübertragung ist weder beim übertragenden noch beim übernehmenden Rechtsträger ein Gesellschafterbeschluss erforderlich. Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft sind nach Art. 74 FusG erst anlässlich der ordentlichen Generalversammlung oder im Anhang zur Jahresrechnung über die Vermögensübertragung zu informieren und haben keine Möglichkeit, die Übertragung inhaltlich zu beeinflussen[143]. Im Gegenzug haften die Leitungsorgane nach Art. 108 FusG aus Verantwortlichkeit, wenn sie beim Abschluss des Übertragungsvertrages gegen ihre Sorgfalts- und Treuepflichten verstossen[144].

cc. Prüfung durch den Revisor

Die Vermögensübertragung vermag stark in geschützte Rechtspositionen einzugreifen. Trotz der damit verbunden Risiken verzichtet das Gesetz auf eine obligatorische Intervention eines zugelassenen Revisors bzw. Revisionsexperten. Dadurch entstehen gegenüber einer Abspaltung erhebliche Kosten- und Zeitvorteile.

dd. Earn out-Klauseln

Mit earn out-Klauseln[145] wird der Kaufpreis von bestimmten, nach dem Vollzug des Unternehmenskaufvertrages und damit zukünftig eintretenden Ereignissen abhängig gemacht. Earn out-Klauseln führen zu einem variablen Kaufpreis[146]. Der mit earn out-Klauseln erfolgsabhängig gestaltete Kaufpreis kann als alleiniger Kaufpreis oder als zusätzliches Kaufpreiselement neben einem fixen Preiselement vereinbart werden. Vorliegend wurde von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und der Übernahmepreis in ein fixes und ein variables Element aufgeteilt. Es wurde vereinbart, dass der variable Teil auf der Basis des durchschnittlichen Unternehmensgewinns der D in den Jahren 2010 bis 2012 berechnet wird und sich auf maximal 300'000 Franken beschränkt[147].

(i) Bestimmbarkeit der Gegenleistung

Vereinbarungen von earn out-Klauseln in Vermögensübertragungsverträgen sind grundsätzlich zulässig, denn es genügt, dass der Kaufpreis nach den Umständen bestimmbar ist. Mittels earn out-Klauseln ist die Bestimmung des Kaufpreises (ganz oder teilweise) von einem künftigen Ereignis abhängig und nicht der Willkür einer Partei oder eines Dritten ausgesetzt[148].

(ii) Handelsregistereintrag bei unbestimmter Gegenleistung

Die Kaufpreisforderung ist bei earn out-Klauseln bestimmbar, aber noch unbestimmt. Für die Handelsregistereintragung muss daher die Berechnungsgrundlage in summarischer Form im Handelsregister eingetragen werden[149].

VI. Grenzüberschreitende Transaktionen

A. Fusionen

a. Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG/ B G Investments Ltd.

aa. Sachverhalt

Die Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG (ZVG), mit Sitz in der Schweiz, fusionierte mit der B G Investments Ltd. (BG), mit Sitz auf den Bermudas. Es wurde eine Immigrationsfusion in die Schweiz und zugleich eine Absorptionsfusion durchgeführt. Da die BG zu 100 % eine Tochtergesellschaft der ZVG war, konnten die Erleichterungen nach Art. 23 Abs. 1 FusG angewendet werden.

bb. Immigrationsfusion

Art. 163a IPRG regelt die so genannte Immigrationsfusion. Eine solche liegt vor, wenn, wie im vorliegenden Fall, eine ausländische Gesellschaft von einer schweizerischen Gesellschaft übernommen wird[150]. Eine Immigrationsfusion ist gemäss schweizerischem Recht zulässig, wenn das Gesellschaftsstatut der ausländischen Gesellschaft sie zulässt und dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Eine Emigrationsabsorption einer Gesellschaft von Bermuda ist in keinem Gesetz von Bermuda ausdrücklich vorgesehen. Dennoch ist sie

---

142 Statt vieler: BSK FusG-Malacrida, Art. 70 N 2.

143 Vischer (FN 117), 229; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 822.

144 Glanzmann (FN 7), N 391 ff.; Vischer (FN 117), 229 ff.; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 841.

145 Weitere Ausführungen: Markus Vischer, Übergang von Nutzen und Gefahr beim Unternehmenskaufvertrag, Jusletter vom 26. Juli 2004, Rz. 27 und 35 ff.

146 Vischer/Gnos (FN 1), 799; Markus Vischer, Earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 98 (2002), 509.

147 Die Bezahlung des variablen Elements erfolgt in 3 jährlichen Raten, welche jeweils am 31. Januar des Folgejahres fällig sind. Die Höhe der Raten bestimmt sich nach dem jeweils errechneten durchschnittlichen Unternehmensgewinn und beträgt am 31. Januar 2011 ⅓ des fünffachen Jahresgewinns 2010, am 31. Januar 2012 ⅔ des fünffachen durchschnittlichen Jahresgewinns der Jahre 2010 und 2011 abzüglich der bereits gezahlten ersten Rate und am 31. Januar 2013 den fünffachen durchschnittlichen Jahresgewinn der Jahre 2010, 2011 und 2012 abzüglich der bereits geleisteten ersten und zweiten Rate.

148 Vischer (FN 146), 510.

149 Vischer/Gnos (FN 1), 799; Vischer (FN 117), 220; Käch (FN 15), 141.

150 Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 1133.

unter Einhaltung gewisser administrativer Zulässigkeitsvoraussetzungen zulässig[151].

cc. Berücksichtigung ausländischen Rechts

Im Zusammenhang mit Immigrationsfusionen stellt sich die Frage, welches Recht angewendet werden muss, bzw. ob neben dem schweizerischen Recht auch ausländisches Recht zu berücksichtigen ist. Um auf eine internationale Übereinstimmung hinzuwirken, muss jeder Fall einzeln betrachtet werden. Je nach Interessenlage und Betroffenheitsgrad muss entschieden werden, ob lediglich schweizerisches bzw. ausländisches Recht oder beide Rechtsordnungen berücksichtigt werden müssen[152].

(i) Gesellschafter

Im Zusammenhang mit einer Immigrationsfusion sind sowohl die ausländischen als auch die schweizerischen Bestimmungen, die sich zur Rechtsstellung der Gesellschafter äussern, anwendbar[153]. In der Praxis muss berücksichtigt werden, dass ausländische Rechtsordnungen häufig das Institut der Barabfindung nicht kennen oder nicht erlauben.

(ii) Gläubiger

Der Schutz der Gläubiger richtet sich gemäss Art. 163a Abs. 2 IPRG nach den relevanten Bestimmungen des FusG[154]. Die Gläubiger der übertragenden ausländischen Gesellschaft werden gemäss Art. 163a Abs. 1 IPRG nach dem auf die ausländische Gesellschaft anwendbaren Recht geschützt[155].

(iii) Arbeitnehmer

Art. 163a IPRG führt auch im Zusammenhang mit dem Schutz von Arbeitnehmern dazu, dass sowohl Schutznormen des ausländischen als auch jene des schweizerischen Rechts zu berücksichtigen sind.

dd. Fusionsvertrag

Der Fusionsvertrag muss gemäss Art. 163c IPRG den zwingenden gesellschaftsrechtlichen Normen – unter Einschluss der Formvorschriften – der beteiligten Gesellschaften entsprechen. Darüber hinaus besteht freie Rechtswahl[156].

b. Dufry Holdings & Investments AG/ Dufry South America Ltd

aa. Sachverhalt

Die Dufry Holdings & Investments AG (DHIAG), mit Sitz in Basel, übernahm mittels Immigrations- und Absorptionsfusion die Dufry South America Ltd. (DSA), mit Sitz auf den Bermudas. Die DHIAG ist eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Dufry AG (DAG), mit Sitz in Basel. Die DAG hielt bereits vor der Transaktion 51.04 % der DSA-Aktien. Die Gesellschaften wurden nach den Vorschriften des FusG und des Bermuda Companies Act fusioniert.

Die Parteien vereinbarten, die Dufry International AG (DI) zur Treuhänderin zu ernennen. Ihre Aufgabe bestand darin, die von DHIAG anlässlich der Kapitalerhöhung geschaffenen neuen Aktien entgegen zu nehmen, diese Aktien als Sacheinlage in die DAG-Kapitalerhöhung einzubringen und die neuen DAG-Aktien an die DSA-Aktionäre zu verteilen. Als Entschädigung erhielt zum Schluss jeder DSA-Aktionär eine DAG-Aktie im Umtausch für 4.1 DSA-Aktien. Es handelte es sich somit um eine Dreiecksfusion[157].

Jeder DSA-Aktionär (einschliesslich DAG) erhielt eine ausserordentliche Bardividende in der Höhe von 4.71 USD pro DSA-Aktie. Die DAG verpflichtete sich im Fusionsvertrag, anlässlich der vor der Fusion abzuhaltenden a.o. Generalversammlung der DSA, einer Ausschüttung dieser Bardividende zuzustimmen. Die Ausschüttung der Bardividende durch die DHIAG erfolgte erst nach der Eintragung der Fusion im Handelsregister.

bb. Überprüfung der Entschädigung

Ein DSA-Aktionär, der anlässlich der a.o. Generalversammlung der Verschmelzung nicht zugestimmt hatte, konnte die Entschädigung nach den Regeln des Bermuda Companies Act einer gerichtlichen Beurteilung unterziehen lassen. Die Entschädigung wurde dann vom höchsten Gericht von Bermuda endgültig festgelegt[158]. Solange eine Klage auf gerichtliche Beurteilung eines nicht zustimmenden Aktionärs hängig war, hatte dieser keinen Anspruch auf die Entschädigung, d.h. die DAG-Aktien.

In casu wurden die Aktien, welche in der Kapitalerhöhung der DAG ausgegeben worden sind, von DI zugunsten der nicht zustimmenden Aktionäre gehalten, bis das Gericht ein rechtskräftiges Urteil fällte.

---

[151] Voraussetzungen: Vorliegen eines Verwaltungsratsbeschlusses, einer eidesstattlichen Erklärung, Wahl des Gerichtsstandes, ausländische Genehmigung der Fusion, inländische Genehmigung der Fusion, Veröffentlichung des Fusionsvorhabens, Eingabe erforderlicher Unterlagen.

[152] Vischer/Gnos (FN 1), 804; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 1133.

[153] Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 1135.

[154] Art. 25–26 FusG.

[155] Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 1136.

[156] Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 1148.

[157] Genauere Ausführungen zur Dreiecksfusion siehe: II.D.

[158] Section 106 Bermuda Companies Act.

VII. Transaktionen unter Beteiligung eines Instituts des öffentlichen Rechts

A. Vermögensübertragung

a. Elektrizitätswerk der Stadt Zürich/ ewz Übertragungsnetz AG

aa. Sachverhalt

Der Übertragungsnetzbereich des Elektrizitätswerkes der Stadt Zürich (ewz) musste aufgrund veränderter Bestimmungen aus dem Stromversorgungsgesetz (StromVG) rechtlich abgetrennt werden. Aus diesem Grund wurde das Geschäftsfeld «Übertragungsnetz»[159], einschliesslich der dazugehörigen beschränkten dinglichen Rechte, mittels Vermögensübertragung gemäss Art. 69 ff. FusG auf die neu zu gründende Tochtergesellschaft ewz Übertragungsnetz AG in Gründung (ewzÜ) übertragen. Das ewz war ein Institut des öffentlichen Rechts und verfügte über einen Handelsregistereintrag. Mit Beschuss vom 27. Mai 2009 stimmte der Stadtrat von Zürich der Vermögensübertragung und der Gründung der ewzÜ zu und ermächtigte das ewz zur Vertretung. Als Sacheinlegerin trat die Stadt Zürich, vertreten durch das ewz, auf.

Das FusG statuiert in Art. 99–101 FusG Sondervorschriften für die Vermögensübertragung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts. Die umfassende Zulassung der Vermögensübertragung für Institute des öffentlichen Rechts bietet einen adäquaten Ausgleich dafür, dass die Spaltung nicht zugelassen wird[160].

bb. Gegenleistung

Im Gegensatz zur Fusion oder Spaltung kommt eine Gegenleistung bei der Vermögensübertragung nicht den jeweiligen Gesellschaftern, sondern der übertragenden Gesellschaft selbst zu[161]. Art. 71 Abs. 1 lit. d FusG spricht lediglich von einer allfälligen Gegenleistung. Eine Gegenleistung ist daher nicht zwingend erforderlich und muss nach den Regeln des FusG auch nicht angemessen sein[162]. Das Verbot der Einlagenrückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) und der verdeckten Gewinnausschüttung (Art. 678 Abs. 2 OR) oder die paulianische Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG) gilt es aber stets zu beachten.

Der Übernahmepreis für die Vermögensübertragung wurde auf insgesamt 278'488'321 Franken festgelegt. Im Übernahmevertrag wurde aber eine Anpassungsklausel festgehalten. So sollte der Betrag angepasst werden, wenn sich aus der revidierten StromVV[163] und der damit verbunden Neubeurteilung des Inventars Wertkorrekturen ergeben.

cc. Übertragung von Vertragsverhältnissen

Auf die Übertragung von Arbeitsverhältnissen wurde bereits hingewiesen[164]. Es kann sich in der Praxis bei einer Vermögensübertragung aber die Frage stellen, wie mit anderen Verträgen umzugehen ist. In der Lehre wird die Frage nicht einheitlich beurteilt. Ein Teil der Lehre beruft sich hier auf die Übertragung durch partielle Universalsukzession. Dementsprechend gehen grundsätzlich alle Vertragsverhältnisse ohne Zustimmung des Vertragspartners aufgrund der Aufnahme im Inventar und der Eintragung ins Handelsregister über.

Eine andere Lehrmeinung macht darauf aufmerksam, dass eine im Vertrag verbleibende Partei gegen ihren Willen gezwungen wird, einen neuen Vertragspartner zu akzeptieren. Dabei handelt es sich um eine Verletzung der Abschluss- und Partnerwahlfreiheit. Eine solche Verletzung der Vertragsfreiheit kann auch bei der Übertragung von anderen als Arbeitsverträgen nur gerechtfertigt sein, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil übertragen wird, nicht jedoch bei der Übertragung einzelner Vermögensteile oder von Einzelgegenständen[165].

Aufgrund der rechtlichen Unsicherheiten, ist es in der Praxis ratsam, die zu übertragenden Vertragsverhältnisse sowohl im Inventar aufzunehmen, als auch die Zustimmung der Gegenpartei des jeweiligen Vertragsverhältnisses einzuholen[166].

---

159 Das Übertragungsnetz beinhaltete im wesentlichen Anlagen der Spannungsebene 380/220 kV wie Übertragungsleitungen, Schaltanlagen, Immobilien, Dienstbarkeiten, Nutzungsrechte und eine Anlage im Bau.

160 Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 885; es gilt aber zu beachten, dass Institute des öffentlichen Rechts eine privatrechtliche AG nicht mittels Absorptionsfusion übernehmen können, da eine solche Transaktion ausserhalb des Anwendungsbereichs des FusG liegt (siehe: BGE 132 III 470, SBB-Entscheid).

161 Vischer/Gnos (FN 1), 798; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 850. Genaueres zur Vermögensübertragung siehe: V.

162 BSK FusG-Malacrida, Art. 71 N 9; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 835 und 854.

163 Stromversorgungsverordnung, SR 734.71.

164 Siehe: III.B.b.dd.

165 Reto Schumacher, Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, Zürich 2005, 151 f.; Vischer (FN 117), 224; die Konzeption des Übergangs von Verträgen im Rahmen von Betrieben und Teilbetrieben ohne Zustimmung lässt sich der «Betriebsübergangstheorie» (Schumacher; Tschäni; Glanzmann; BSK FusG-Malacrida; Watter/Kägi; SHK-Loser-Krog/Frick; Bohrer) zuordnen. Sie nimmt eine vermittelnde Stellung zwischen der «Zustimmungstheorie» (Turin) und der «Universalsukzessionstheorie» (von der Crone; Trigo). Nach der Zustimmungstheorie bedarf es für die Übertragung zwingend der Zustimmung aller Beteiligten. Bei der Universalsukzession gehen Verträge dagegen ohne Zustimmung und ohne Unterscheidung nach der konkreten Transaktion über; ausführlich: Bauer (FN 90), N 494 ff.

166 Bauer (FN 90), N 593; Glanzmann (FN 7), N 320.

dd. Solidarhaftung

Die ewz haftet nach Art. 75 FusG für die vor der Vermögensübertragung begründeten Schulden während 3 Jahren solidarisch mit der ewzÜ[167]. Weiter sind beide Parteien verpflichtet, diese Forderungen sicherzustellen, wenn die solidarische Haftung vor Ablauf der drei Jahre entfällt oder die Gläubiger glaubhaft machen, dass die solidarische Haftung keinen ausreichenden Schutz bietet (Art. 75 Abs. 3 FusG).

B. Umwandlung

a. Öffentliche Krankenkasse Basel/ Vivao Sympany AG

aa. Sachverhalt

Die öffentliche Krankenkasse Basel (ÖKK) war eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt. Damit das Ziel einer konsolidierten Versicherungsgruppe unter einheitlicher Leitung erreicht werden konnte, wurde die ÖKK in eine nicht gewinnorientierte AG, die Vivao Sympany AG (VS), nach Art. 99 Abs. 1 lit. b FusG umgewandelt. Der Kanton Basel-Stadt, welcher zum Zeitpunkt der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister Inhaber der ÖKK war, wurde zum Alleinaktionär der VS.

bb. Beschlussfassung

Wie bei der Fusion ist auch bei der Umwandlung unter Beteiligung eines Instituts des öffentlichen Rechts für die eigentliche Beschlussfassung einzig das öffentliche Recht jener Gebietskörperschaft einschlägig, der das Institut angehört. In der Regel beruht die Überführung des öffentlichrechtlichen Instituts in einen privatrechtlichen Rechtsträger auf einer besonderen Gesetzesgrundlage. Neben einer besonderen Gesetzesgrundlage kann aber auch ein formeller Entscheid der entsprechenden Behörde, z.B. ein Beschluss des Kantonsrates, genügen[168]. Vorliegend wurde das Gesetz über die Krankenversicherung im Kanton Basel-Stadt entsprechend revidiert bzw. wurden einzelne Kapitel aufgehoben.

VIII. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass noch immer verhältnismässig viele Fusionen und Umwandlungen durchgeführt werden. Die Vermögensübertragung erwacht zudem langsam aus ihrem Mauerblümchenschlaf, da sich ihre Vorteile in der Praxis durchzusetzen vermögen. Dennoch gibt es noch immer gewisse Unsicherheiten und Fragen, die durch höchstrichterliche Rechtsprechung oder eine «Mini»-FusG-Revision[169] gelöst werden sollten. Wünschenswert wäre auch eine Anpassung der wenig umstrukturierungsfreundlichen und oftmals uneinheitlichen Praxis der Handelsregisterämter.

---

[167] Bauer (FN 90), N 470; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 823.

[168] Vischer/Gnos (FN 1), 806; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger (FN 5), N 758.

[169] Zu einer möglichen Revision: Andreas Binder, Wege, Irrwege und Umwege für Umstrukturierungen, Situation de lege lata und Vorschläge de lege ferenda, GesKR 2007, 126 ff.