SWISSLEX

Die Fusion

La Loi sur la fusion permet des fusions entre plusieures formes juridiques; la fusion n'est pas possible uniquement chez des organismes entre lesquels existe une incompatibilité structurelle. Ainsi, une fusion entre une fondation et une société anonyme n'est pas possible. Dans un tel cas, on peut atteindre un résultat économiquement similaire par un transfert de patrimoine.

Dans le cadre de la fusion, les sociétaires de la société transférante reçoivent des droits de sociétaire, voire, le cas échéant, des droits de participation de la société à reprendre. Au cas où des parts sont émises, leur rapport d'échange est déterminé par la valeur des entreprises concernées, ce qui nécessite une évaluation de la valeur des entreprises. Le principe de la continuité du sociétariat est relativisé par la possibilité d'un seul dédommagement des sociétaires de la société à reprendre. Ce dédommagement doit pourtant être fait à la valeur intrinsèque des parts abandonnées; de plus, il n'est que possible si 90% des sociétaires (voire des sociétaires représentant 90% des droits de vote) l'approuvent. Le droit des sociétaires à un rapport d'échange équitable ou un dédommagement équitable est garanti par des prescriptions de transparence (par la justification du rapport d'échange, voire le dédommagement, prévus dans le rapport de fusion), la vérification du contrat de fusion et l'action demandant l'examen de la fusion.

Les étapes d'une fusion son les suivantes:

-- La conclusion d'un contrat de fusion respectant le contenu minimal selon la loi.

-- L'établissement d'un rapport de fusion raisonné.

-- La vérification du contrat de fusion où le réviseur doit notamment exposer si le rapport d'échange ou le dédommagement est soutenable.

-- L'information des sociétaires par droit de consultation concernant les documents pertinents pour la transaction (contrat de fusion, rapport de fusion, rapport de révision, bilans de fusion).

-- La décision de fusion, qui est à prendre aux majorités prévues par la loi.

-- L'inscription au registre du commerce.

Cette procédure compliquée et chère est allégée et simplifiée pour des PME si tous les sociétaires donnent leur approbation. Dans ce cas, on peut renoncer au rapport de fusion, au rapport de révision et au droit de consultation. Des fusions au sein d'un groupe sont simplifiées pour des sociétés de capitaux détenues dans leur intégralité ou à au moins 90% par la société reprenante.

(trad. Flurin von Planta)

Dr. Urs Schenker, Rechtsanwalt, LL.M., Zürich

**** AJP/PJA 2004 Seite 772 ****

Inhaltsübersicht:

I. Formen der Fusion

II. Zulässigkeit der Fusion

1. Rechtsformübergreifende Fusionen

2. Sanierungsfusion

3. Die Fusion von Gesellschaften in Liquidation

III. Die Gegenleistung für die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft

1. Mitgliedschaft oder Abgeltung

a. Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft

b. Ausnahmen

aa. Spitzenausgleich beim Umtausch von Anteilen

bb. Abgeltung mit Wahlrecht der Gesellschafter

cc. Die Zwangsabfindung

c. Leistungen aus dem Vermögen der Gesellschaft
2. Das Umtauschverhältnis
a. Der Unternehmenswert als Basis
b. Die konkrete Berechnung des Umtauschverhältnisses
c. Die Behandlung von Anteilen mit Sonderrechten, Anteilen ohne Stimmrechte und Genussscheinen
3. Der Schutz der Gesellschafter
a. Transparenz
b. Prüfung durch Revisionsstelle
c. Die Überprüfungsklage
IV. Die einzelnen Schritte zur Fusion
1. Fusionsvertrag
a. Zweck des Fusionsvertrages
b. Bindungswirkung des Fusionsvertrages (Abs. 2)
c. Zuständigkeit zum Abschluss des Fusionsvertrages
d. Form
e. Auslegung des Fusionsvertrages
f. Willensmängel
g. Der objektiv wesentliche Inhalt des Fusionsvertrages
h. Weitere Bestimmungen
aa. Präambeln/Zweckartikel
bb. Bedingungen für den Vollzug der Fusion
cc. Bestimmungen über Sitz und Firma
dd. Bestimmungen über die zukünftige Organisation und Tätigkeit
ee. Bestimmungen zur Absicherung der Fusion
i. Nebenpflichten
2. Fusionsbericht
a. Der Zweck des Fusionsberichtes
b. Erstellung und Form des Fusionsberichtes
c. Inhalt des Fusionsberichtes
aa. Zweck und Folgen der Fusion
bb. Der Fusionsvertrag
cc. Die Gegenleistung für die Gesellschafter der übernommenen Gesellschaft und ihre neue Rechtsstellung
dd. Behördliche Bewilligungen
3. Die Fusionsprüfung
a. Die Pflicht zur Fusionsprüfung
b. Der Gegenstand der Prüfung
aa. Prüfung des Fusionsvertrages und des Fusionsberichtes
bb. Prüfung der Fusionsbilanz
cc. Die Prüfung der Bewertung und des Umtauschverhältnisses
4. Information der Gesellschafter
a. Einsichtsrecht
b. Information über Veränderungen nach Abschluss des Fusionsvertrages
5. Fusionsbeschluss
6. Eintragung im Handelsregister
V. Erleichterungen
1. Kleinere und mittlere Unternehmen
2. Erleichterungen für Kapitalgesellschaften
a. Kapitalgesellschaften ohne Drittbeteiligte
b. Beherrschung zu 90%

I. Formen der Fusion

Eine Fusion ist die rechtliche Vereinigung von zwei oder mehreren Rechtsträgern durch Vermögensübernahme ohne Liquidation, wobei der übertragende Rechtsträger aufgelöst wird, während der übernehmende Rechtsträger dessen Aktiven und Passiven durch Universalsukzession übernimmt [1].

Gemäss Art. 3 FusG sind entsprechend der bisherigen aktienrechtlichen Regelung folgende Formen der Fusion möglich [2]:

-- Bei der Absorptionsfusion übernimmt eine bestehende Gesellschaft ("übernehmende Gesellschaft") Aktiven und Passiven einer anderen Gesellschaft ("übertragende Gesellschaft"), die bei der Fusion aufgelöst wird.

-- Bei der Kombinationsfusion übernimmt eine im Rahmen der Fusion neu gegründete Gesellschaft als übernehmende Gesellschaft Aktiven und Passiven von zwei oder mehreren übertragenden Gesellschaften, die bei der Fusion aufgelöst werden.

Da sich bei beiden Formen der Fusion im Wesentlichen die gleichen rechtlichen Probleme stellen und auch die anwendbaren Bestimmungen identisch sind [3], wird im Folgenden

auf die unterschiedlichen Formen nur eingegangen, soweit sich rechtlich relevante Unterschiede ergeben.

II. Zulässigkeit der Fusion

1. Rechtsformübergreifende Fusionen

Das FusG überwindet mit der einheitlichen Kodifikation des Umstrukturierungsrechtes gerade auch bei den Fusionen die althergebrachten Grenzen der einzelnen Rechtsformen. Art. 4 FusG erlaubt zwischen Gesellschaften rechtsformübergreifende Transaktionen in dem in Tabelle 1 dargestellten Rahmen. Stiftungen und Vorsorgeeinrichtungen können zwar gemäss Art. 78 bzw. 88 FusG untereinander fusionieren, nicht aber mit Gesellschaften, da zwischen Stiftungen und Vorsorgeeinrichtungen einerseits und Gesellschaften andererseits eine qualifizierte strukturelle Inkompatibilität besteht [4].

Das FusG definiert in den oben erwähnten Bestimmungen einen numerus clausus zulässiger Fusionstransaktionen [5]; Transaktionen, die gemäss diesen Bestimmungen nicht ausdrücklich als zulässig erklärt werden, sind nicht möglich [6]. Sollen zwei Unternehmen zusammengeschlossen werden, deren Fusion nicht möglich ist, wie z.B. ein Verein und eine Stiftung oder eine Einzelfirma und eine Kapitalgesellschaft, bleibt aber immerhin die Möglichkeit der Vermögensübertragung [7], die es ermöglicht, die Substanz und die Geschäftstätigkeit der beiden Rechtsträger zusammenzuführen [8].

Übersicht der zulässigen Fusionen

Die zulässigen Fusionen gemäss Art. 4 FusG lassen sich in folgender graphischer Übersicht zusammenfassen (Quelle: M. Frey, Stämpflis Handkommentar, FusG 4 N 10)

übernehmende Gesellschaft *übertragende Gesellschaft*	Kollektiv- und Kommanditgesellschaft	AG und Kommandit-AG	GmbH	Genossenschaft mit Anteilscheinen	Genossenschaft ohne Anteilscheine	Verein
Kollektiv- und Kommandit-gesellschaft	FusG 4 Abs. 2 lit. a	FusG 4 Abs. 1 lit. c. FusG 4 Abs. 2 lit. b		FusG 4 Abs. 3 lit. c	FusG 4 Abs. 3 lit. c	
AG und Kommandit-AG		FusG 4 Abs. 1 lit. a		FusG 4 Abs. 1 lit. b		
GmbH		FusG 4 Abs. 1 lit. a		FusG 4 Abs. 1 lit. b		
Genossenschaft mit Anteilscheinen		FusG 4 Abs. 3 lit. b		FusG 4 Abs. 3 lit. a		
Genossenschaft ohne Anteilscheine		FusG 4 Abs. 3 lit. b		FusG 4 Abs. 3 lit. a		FusG 4 Abs. 3 lit. d FusG 4 Abs. 4 lit. c (sofern Verein eingetragen)
Verein		FusG 4 Abs. 1 lit. d (sofern Verein eingetragen)		FusG 4 Abs. 1 lit. d (sofern Verein eingetragen)	FusG 4 Abs. 3 lit. d und e FusG 4 Abs. 4 lit. b (sofern Verein eingetragen)	FusG 4 Abs. 4

2. Die Sanierungsfusion

Kapitalverlust und Überschuldung stellen keine absoluten Hindernisse für die Fusion von Gesellschaften dar; gemäss Art. 6 FusG können auch Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, deren Aktien-, Stamm- oder Genossenschaftskapital und deren gesetzliche Reserven zu weniger als 50%

durch Aktiven gedeckt sind oder die überschuldet sind [9], als übernehmende oder übertragende [10] Gesellschaft an einer Fusion teilnehmen, sofern die Gesellschaft, mit der fusioniert werden soll, über genügend freie Reserven verfügt, um dieses Defizit soweit zu kompensieren, dass die übernehmende Gesellschaft nach der Fusion die 50% Grenze überschreitet [11]. Damit wird die Fusion zum eigentlichen Sanierungsinstrument für die von Kapitalverlust bzw. Überschuldung betroffene Gesellschaft [12]. Eine Sanierungsfusion ist gemäss Art. 6 Abs. 2 FusG allerdings immer nur möglich, wenn die Erfüllung der oben dargestellten bilanziellen Voraussetzungen von einem besonders befähigten Revisor [13] bestätigt wird.

Sofern die Gesellschafter der beiden an der Sanierungsfusion beteiligten Gesellschaften nicht identisch sind, können sich in Bezug auf das Austauschverhältnis schwierige Fragen stellen, da einerseits auch bei den Gesellschaftern der überschuldeten Gesellschaft das Prinzip der Kontinuität der Mitgliedschaft zu wahren ist, andererseits aber den Gesellschaftern der gesunden Gesellschaft kein einseitiger Abfluss von Vermögen zu den Gesellschaftern der sanierungsbedürftigen Gesellschaft zugemutet werden kann [14].

3. Die Fusion von Gesellschaften in Liquidation

Befindet sich eine Gesellschaft in Liquidation, kann sie gemäss Art. 5 FusG an einer Fusion als übertragende [15] Gesellschaft teilnehmen, solange die Vermögensverteilung noch nicht begonnen hat [16]. Dies ermöglicht es, durch eine Fusion die Ausschüttung des Liquidationsergebnisses zu vermeiden und durch die Fusion eine für die Beteiligten steuerlich bessere Lösung zu finden.

III. Die Gegenleistung für die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft

1. Mitgliedschaft oder Abgeltung

a. Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft

Grundsätzlich gilt gemäss Art. 7 Abs. 1 FusG für alle Fusionen von Gesellschaften [17] das Prinzip der Kontinuität der Mitgliedschaft [18]; die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft werden im Rahmen der Fusion Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft [19].

b. Ausnahmen

Das Fusionsgesetz erlaubt allerdings gewisse Ausnahmen vom Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft:

aa. Spitzenausgleich beim Umtausch von Anteilen

Eine erste Ausnahme von Prinzip der Kontinuität der Mitgliedschaftsrechte ist die in Art. 7 Abs. 2 FusG vorgesehene Möglichkeit von Ausgleichszahlungen. Diese Zahlungen ergeben sich letztlich aus der Mechanik des Austauschverhältnisses bei Anteilen [20]: Wenn die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft nicht für jeden ihrer Anteile einen oder mehrere Anteil der übernehmenden Gesellschaft erhalten, sondern Bruchteile von Anteilen, so wird eine Ausgleichszahlung notwendig [21]. Diese Ausgleichszahlung, die auch als "Spitzenausgleich" bezeichnet wird, ist eine

Zuzahlung [22], welche die Einräumung von Anteilen ergänzt, aber nicht ersetzt.

Damit die Ausgleichszahlung aber auch tatsächlich eine Zusatzleistung neben der Zuteilung von Anteilsscheinen bleibt, ist der Gesamtbetrag dieser Ausgleichszahlungen auf den zehnten Teil des wirklichen Wertes der Anteile beschränkt, die den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft gesamthaft [23] gewährt werden. Mit dieser Begrenzung soll verhindert werden, dass der Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft durch eine extreme [24] Gestaltung des Umtauschverhältnisses und eine entsprechend starke Betonung der Ausgleichszahlung umgangen wird [25]. Durch diese quantitative Limite und durch die Beschränkung der Ausgleichszahlung auf den Spitzenausgleich unterscheidet sich die Ausgleichszahlung von der Zwangsabfindung [26] gemäss Art. 8 Abs. 2 FusG, auch wenn die

Annahme des Spitzenausgleichs nicht freiwillig ist, sondern Gesellschafter, die beim Umtausch der Anteile Anrecht auf eine gebrochene Anzahl von Anteilen haben, gezwungen sind, den Spitzenausgleich anzunehmen. Diese Abgrenzung zur Zwangsabfindung ist insbesondere deshalb wichtig, weil für die Genehmigung eines Spitzenausgleichs im Sinne von Art. 7 Abs. 2 FusG für den Fusionsbeschluss die allgemeinen in Art. 18 FusG definierten, qualifizierten Mehrheiten erforderlich sind, während eine Zwangsabfindung gemäss Art. 18 Abs. 5 FusG eine Mehrheit von 90% aller stimmberechtigten Gesellschafter bzw. bei Stimmrecht nach Anteilen von 90% aller ausstehenden Anteile erfordert [27]. Das Gesetz enthält keine Vorschriften über die Höhe der Ausgleichszahlung. Da diese Zahlung aber ein Surrogat für Anteile ist und die Gesellschafter gezwungen sind, den Spitzenausgleich anzunehmen, muss sich ihre Höhe nach den in Art. 7 FusG definierten Kriterien richten, d.h. sie muss dem Wert der Anteile entsprechen, die mit ihr abgegolten werden [28].

bb. Abgeltung mit Wahlrecht der Gesellschafter

Art. 8 Abs. 1 FusG erlaubt es, im Fusionsvertrag vorzusehen, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zwischen Anteilen der übernehmenden Gesellschaft und einer Abfindung wählen können. Diese Wahlmöglichkeit stellt letztlich keine Durchbrechung des Prinzips der Kontinuität der Mitgliedschaft dar, da die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft selbst entscheiden können, ob sie Gesellschafter bei der übernehmenden Gesellschaft werden oder ob sie mit einer Abfindungszahlung ausscheiden wollen. Entsprechend diesem freien Wahlrecht sind die beteiligten Gesellschaften bei der Festlegung dieser Abfindungszahlung frei und müssen sich - anders als bei der Zwangsabfindung - nicht an den wirklichen Wert der Anteile oder an die in Art. 7 FusG definierten Kriterien halten [29] . Dies ermöglicht es den beteiligten Gesellschaften, das Verhältnis zwischen Austausch von Anteilen und Abfindung so zu gestalten, dass es für die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft attraktiver ist, sich durch den Umtausch in Anteile der übernehmenden Gesellschaft langfristig an diese zu binden, als durch die Annahme der Abfindungszahlung den Wert ihrer Anteile rasch zu realisieren. Gerade auf diese Weise kann ein fairer Ausgleich zwischen Gesellschaftern, die aussteigen wollen, und langfristig orientierten Gesellschaftern gefunden werden.

Die Art der Abfindung wird nicht gesetzlich geregelt; daher muss die Abfindung nicht in Bargeld bestehen, sondern kann auch in anderen Werten, wie z.B. Obligationen der übernehmenden Gesellschaft oder Aktien einer Muttergesellschaft bestehen, was einen "Triangular Merger" ermöglicht, bei dem die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Aktien der Muttergesellschaft der übernehmenden Gesellschaft erhalten [30].

Für die Einräumung einer wahlweisen Abfindungszahlung sind keine besonderen Mehrheiten notwendig, diese Abfindung wird als Teil des Fusionsvertrages mit den normalen, in Art. 18 FusG definierten qualifizierten Mehrheiten genehmigt [31].

cc. Die Zwangsabfindung

Gemäss Art. 8 Abs. 2 FusG können die beteiligten Gesellschaften auch vorsehen, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft keine Anteile der übernehmenden Gesellschaft erhalten, sondern nur eine Abfindung. Die Abfindung muss wiederum nicht in einer Barzahlung bestehen; es können, wie bei der oben in Ziff. III.1.b.bb dargestellt, auch andere Werte abgegeben werden [32] . Der Wert der Zwangsabfindung muss aber in jedem Fall den Kriterien von Art. 7 FusG entsprechen, da die Zwangsabfindung die einzige Leistung ist, die der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft im Rahmen der Fusion erhält und daher ein Surrogat für die in Ziff. 7 vorgesehenen Anteile darstellt. In diesem Sinne muss die Zwangsabfindung dem wirklichen Wert der Anteile entsprechen, welche die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft abgeben [33].

Eine Zwangsabgeltung ist gemäss Art. 18 Abs. 5 FusG nur möglich, wenn 90% der Gesellschafter bzw. bei Stimmrechten nach Anteilen Gesellschafter, die mindestens 90% der ausstehenden Anteile halten, der Zwangsabfindung zustimmen [34]. Aufgrund dieses Mehrheitserfordernisses ist es insbesondere einer Gesellschaft, die mindestens 90% der Anteile einer anderen Gesellschaft hält, durch eine Absorptionsfusion möglich, die Minderheitsaktionäre aus der Gesellschaft zu entfernen ("Squeeze-out") [35].

c. Leistungen aus dem Vermögen der Gesellschaft

Die Leistungen, die in den oben dargestellten Fällen für die Anteile den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft ausgerichtet werden, stammen entweder aus dem Vermögen der fusionierten Gesellschaft oder - wie im Fall des oben erwähnten Triangular Merger - aus dem

Vermögen eines Dritten. Soweit die Abfindungsleistungen von einem Dritten stammen, entstehen durch diese Leistungen keine weiteren Probleme. Wenn die Leistung aber von der fusionierten Gesellschaft stammt, indem diese entweder eine Barzahlung macht, andere Aktiven abgibt oder ein Forderungsrecht einräumt [36], muss dies gesellschaftsrechtlich als Ausschüttung von Eigenkapital betrachtet werden [37]. Daher sind bei allen oben dargestellten Abfindungen und Ausgleichszahlungen die Voraussetzungen für Ausschüttungen zu beachten; sie sind nur zulässig, wenn die fusionierte Gesellschaft über genügend freie Reserven verfügt [38].

2. Das Umtauschverhältnis

a. Der Unternehmenswert als Basis

Art. 7 Abs. 1 FusG verzichtet darauf, bestimmte Kriterien oder Methoden zur Berechnung des Umtauschverhältnisses festzulegen und begnügt sich damit, festzuhalten, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anspruch auf Anteils- und Mitgliedschaftsrechte haben, die "unter Berücksichtigung des Vermögens der beteiligten Gesellschaften, der Verteilung der Stimmrechte sowie aller anderen relevanten Umstände" ihren bisherigen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten in der übertragenden Gesellschaft entsprechen. Diese Formulierung wie auch die Botschaft [39] legen grosses Gewicht auf das "Vermögen" der beteiligten Gesellschaften, was vordergründig stark auf eine reine Substanzwertoptik hinweisen würde. Eine derartige auf die Substanz der beteiligten Unternehmen fokussierte Sicht greift aber zu kurz, da für die Vermögensrechte der Gesellschafter nicht das Eigenkapital der Gesellschaft, sondern der Unternehmenswert wesentlich ist [40] . Dementsprechend muss auch das Austauschverhältnis bei der Fusion aufgrund des Unternehmenswertes der übernehmenden und der übertragenden Gesellschaft berechnet werden [41], [42]. Weder die Gerichtspraxis noch die Betriebswirtschaftslehre haben eine allgemein gültige "richtige" [43] Bewertungsmethode entwickelt. In diesem Umfeld ist es letztlich zielführend, dass sich die Beteiligten auf der Basis verschiedener anerkannter Methoden dem Unternehmenswert [44] annähern und diesen so einmitten [45]. In Frage kommen dabei vor allem folgende Methoden [46]:

-- Discounted Cash Flow Methode (DCF)

-- Market Multiple Methode

-- Vergleichstransaktionen

-- Markbewertung (bei kotierten Gesellschaften).

Solange die Gesellschafter der übernommenen Gesellschaft nicht primär mit Barzahlungen abgefunden werden, sondern Anteile ausgetauscht werden, ist allerdings weniger die Höhe der absoluten Werte entscheidend als das Verhältnis der Unternehmenswerte zwischen den beteiligten Gesellschaften, was bedingt, dass zu deren Berechnung nicht nur die gleiche Bewertungsmethode verwendet wird, sondern auch die Grundlagen der Bewertung [47] nach den gleichen Kriterien ermittelt werden.

Problematisch ist die Bewertung bei Sanierungsfusionen, falls eine der Parteien überschuldet ist, da dann - mindestens bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften - aufgrund der Pflicht zur Konkursanmeldung nicht mehr von einer Fortführung ausgegangen werden kann und deshalb die in die Zukunft gerichteten Bewertungsmethoden grundsätzlich versagen, was in letzter Konsequenz normalerweise einen stark negativen Unternehmenswert ergibt. In derartigen Fällen ist es sachgerecht, den Unternehmenswert aufgrund der im Rahmen der Sanierung geplanten Weiterführung zu berechnen, die Sanierungskosten abzuziehen und vom verbleibenden Nettowert einen Abzug dafür zu machen, dass sich das gefährdete Unternehmen nicht aus eigener Kraft bzw. mit den Mitteln seiner Gesellschafter sanieren kann, sondern das andere an der Fusion beteiligte Unternehmen diese Mittel aufbringen muss. Diese Betrachtung wird zwar zu sehr tiefen Werten führen, resultiert aber meist in einem positiven Wert [48].

b. Die konkrete Berechnung des Umtauschverhältnisses

Das Umtauschverhältnis zwischen den Anteilen der übernommenen und der übernehmenden Gesellschaft muss aufgrund der Unternehmenswerte und der Zahl der Anteile von übernehmender und übertragender Gesellschaft berechnet werden [49]. Dabei kommt folgende Formel zur Anwendung [50]:

$X = (U1 : A1)/(U2 : A2)$

X: Anzahl Anteile der übernehmenden Gesellschaft für jeden Anteil der übertragenden Gesellschaft

U1 = Unternehmenswert der übertragenden Gesellschaft

U2 = Unternehmenswert der übernehmenden Gesellschaft

A1 = Anzahl der Anteile der übertragenden Gesellschaft

A2 = Anzahl der Anteile der übernehmenden Gesellschaft

Diese Formel geht davon aus, dass übernehmende und übertragende Gesellschaft je nur eine Kategorie von Anteilen aufweisen; sofern dies nicht der Fall ist, müssen die Konstanten A1 bzw. A2 durch Umrechnung der verschiedenen Kategorien in eine einheitliche Grösse ermittelt werden [51].

Aufgrund des Ergebnisses der oben dargestellten Formel kann auch berechnet werden, wie gross die Anzahl der Anteile ist, welche die übernehmende Gesellschaft im Rahmen der Fusion neu schaffen muss [52].

c. Die Behandlung von Anteilen mit Sonderrechten, Anteilen ohne Stimmrechte und Genussscheinen

Gemäss Art. 7 Abs. 4 FusG muss die übernehmende Gesellschaft Personen, die Anteile ohne Stimmrecht an der übertragenden Gesellschaft halten, wie z.B. Inhabern von Partizipationsscheinen, gleichwertige Anteile ohne Stimmrecht oder Anteile mit Stimmrecht gewähren. Für Personen, die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte mit Sonderrechten halten, wie z.B. Vorzugs- oder Stimmrechtsaktionäre, muss die übernehmende Gesellschaft gemäss Art. 7 Abs. 5 FusG gleichwertige Rechte oder eine angemessene Abgeltung gewähren. Eine ähnliche Regelung gilt auch für Genussscheine der übertragenden Gesellschaft, welche die übernehmende Gesellschaft gemäss Art. 7 Abs. 6 FusG entweder zum wirklichen Wert zurückkaufen muss oder deren Inhabern sie gleichwertige Rechte zu gewähren hat [53]. Beim Umtausch von Anteilen ohne Stimmrecht, Anteilen mit Sonderrechten und Genussscheinen sowie "normalen" Anteilen der übertragenden Gesellschaft in Anteile der übernehmenden Gesellschaft müssen die verschiedenen Kategorien von Anteilen der übertragenden Gesellschaft im Verhältnis zueinander bewertet werden, indem ihr Anteil am Unternehmenswert berechnet wird; Anteile mit Sonderrechten, wie Vorzugsaktien oder Stimmrechtsaktien, können dabei eine Prämie gegenüber den "normalen" Anteilen erwarten, während stimmrechtslose Anteile mit einem Discount belastet werden müssen [54]. Genussscheine müssen dagegen anhand der in den Statuten gewährten Rechte bewertet werden, die höchst unterschiedlich sein können [55].

3. Der Schutz der Gesellschafter [56]

a. Transparenz

Um die Interessen der an einer Fusion beteiligten Gesellschafter zu schützen, verlangt das Fusionsgesetz primär, dass die beteiligten Gesellschaften das Umtauschverhältnis und dessen Berechnung offen legen, so dass die Gesellschafter aufgrund klarer Informationen ihren Beschluss über die Fusion fällen können bzw. abschätzen können, ob sie ihre Rechte mittels einer Klage durchsetzen sollen [57]. Der Transparenz dienen folgende Verpflichtungen:

-- Das Umtauschverhältnis ist gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b und c FusG notwendiger Bestandteil des Fusionsvertrages; damit wird es im Rahmen der Einsichtsrechte gemäss Art. 16 FusG den Gesellschafter offen gelegt.

-- Das Umtauschverhältnis ist gemäss Art. 14 Abs. 3 lit. c, d und e FusG im Fusionsbericht zu erläutern und zu begründen, wozu die Methode zur Berechnung des Unternehmenswertes und ihre Grundlagen offenzulegen sind. Dabei müssen insbesondere die Daten und Annahmen [58], die einer Unternehmensbewertung zugrunde liegen, offengelegt werden [59]. Die Offenlegung muss so detailliert sein, dass die betroffenen Gesellschafter die Plausibilität der Unternehmensbewertung und des darauf basierenden Umtauschverhältnisses beurteilen können, wobei aber zum Schutz des Geschäftsgeheimnisses auf Details verzichtet werden kann; bei einem nach der DCF-Methode berechneten Unternehmenswert ist es daher zwar notwendig, die erwarteten zukünftigen jährlichen Geldflüsse offenzulegen, diese müssen aber nicht nach Unternehmensbereichen oder Projekten aufgeschlüsselt werden, da dies den legitimen Geheimhaltungsbedürfnissen der betroffenen Gesellschaft zuwiderläuft, die mit derartigen Angaben der Konkurrenz ihre gesamte Strategie offenlegen würde [60].

b. Prüfung durch Revisionsstelle

Gemäss Art. 15 Abs. 4 lit. b, c und d FusG hat ein besonders befähigter Revisor zu prüfen, ob das Umtauschverhältnis vertretbar ist, ob die angewendete Bewertungsmethode angemessen ist und welche Bedeutung die verschiedenen Methoden haben, die bei der Bewertung zur Anwendung gekommen sind. Der Revisor muss dabei bezüglich Wahl der Methode und der konkreten Wertberechnung nicht sein eigenes Ermessen bzw. Urteil an die Stelle des Ermessens des obersten Leitungsorgans der Gesellschaft stellen; er muss dementsprechend nur die Plausibilität der Annahmen, der Methoden sowie der berechneten Werte überprüfen [61]. In diesem Sinne muss er abklären, ob sich die festgelegten Werte innerhalb einer vernünftigen Bandbreite möglicher Bewertungsansätze finden und ob die getroffenen Annahmen über zukünftige Entwicklungen aufgrund der heute vorhandenen Daten und Informationen vertretbar sind [62]. Dem beschränkten Ziel dieser Prüfung entsprechend übernimmt der Revisor auch nicht die Verantwortung für die berechneten Unternehmenswerte und die Annahmen, die diesen Werten zugrunde liegen; diese Verantwortung bleibt trotz der Prüfung durch den Revisor bei den obersten Leitungsorganen, die diese Berechnung gemacht bzw. die entsprechende Annahmen getroffen oder mindestens genehmigt haben.

Damit der Revisor seinen gesetzlichen Aufgaben nachkommen kann, muss ihm die betreffende Gesellschaft gemäss Art. 15 Abs. 3 FusG sämtliche Informationen, Daten und Annahmen im Detail offen legen [63]. Damit sind dem Revisor auch die Punkte offen zulegen, die Geschäftsgeheimnisse darstellen und dementsprechend nicht im Fusionsbericht offen gelegt werden [64]; der Revisor unterliegt aber gemäss Art. 321StGB dem Berufsgeheimnis, weshalb die Offenlegung das Geschäftsgeheimnis nicht gefährdet.

c. Die Überprüfungsklage

Wenn die Gesellschafter einer der beteiligten Gesellschaften der Ansicht sind, dass das Umtauschverhältnis oder eine Zwangsabfindung nicht angemessen ist, die Transaktion von der Generalversammlung aber genehmigt worden ist, so steht ihnen [65] die Überprüfungsklage gemäss Art. 105 FusG

**** AJP/PJA 2004 Seite 779 ****

zur Verfügung. Mit dieser Klage wird - anders als mit der Anfechtungsklage - nicht die Fusion selbst in Frage gestellt, sondern nur das Austauschverhältnis berichtigt, indem den betroffenen Gesellschaftern eine Ausgleichszahlung zugesprochen wird, wenn das Umtauschverhältnis bzw. die Zwangsabgeltung nicht den Kriterien von Art. 7 FusG entsprechen. Ist diese Voraussetzung erfüllt, muss der Richter den betroffenen Gesellschaftern eine Ausgleichszahlung zusprechen, die der Differenz zwischen der nach Art. 7 FusG richtigen Zuteilung von Anteilen bzw. der richtigen Abfindungszahlung und den gemäss Fusionsvertrag tatsächlich zugeteilten Anteilen bzw. Abfindungszahlung entspricht [66]. Diese Klage ändert dementsprechend nichts an den Beteiligungsverhältnissen und kann somit hinsichtlich der Mitgliedschaftsrechte keinen direkten Ausgleich gewähren, sondern letztlich nur vermögensrechtliche Differenzen ausgleichen. Bei der konkreten Berechnung der Ausgleichszahlung ist zu beachten, dass die Gesellschafter, deren eine Ausgleichszahlung zusteht, an der fusionierten Gesellschaft, welche diese Zahlung leisten muss, selbst beteiligt sind und daher ein Teil der Zahlung indirekt aus ihrem eigenen Vermögen erfolgt [67]. Dementsprechend muss bei der Berechnung der Ausgleichszahlungen, die fällig werden, weil die vom Kläger aus betrachtet andere Gesellschaft zu hoch bewertet worden ist, ein "Gross-up" gemacht werden [68], der diesen Effekt korrigiert [69].

Bei Kapitalgesellschaften kann der nach Art. 105 FusG erstrittene Ausgleichsbetrag selbstverständlich nur ausbezahlt werden, wenn die fusionierte Gesellschaft über genügend ausschüttungsfähige Reserven verfügt [70]. Sind diese nicht vorhanden, so ist eine Ausgleichszahlung nicht möglich, da der Schutz des Kapitals und der gebundenen Reserven bzw. der Schutz der Gläubiger dem Schutz der Gesellschafter vor einem unangemessenen Umtauschverhältnis vorgeht [71]. Da bei dieser Konstellation eine echte Lücke des Gesetzes vorliegt, muss der Richter in einem derartigen Fall m.E. nachträglich die Beteiligungsverhältnisse ändern und den betroffenen Gesellschaftern zulasten der übrigen Gesellschafter neue Anteile zuteilen; dies ist im Rahmen des Kapitals der fusionierten Gesellschaft dadurch möglich, dass der Nennwert der bestehenden Aktien reduziert und den berechtigten Aktionären in diesem Rahmen neue Aktien ausgegeben werden.

Die Überprüfungsklage wirkt gemäss Art. 105 Abs. 2 FusG für alle Gesellschafter, die sich in der gleichen Rechtsposition befinden wie die Kläger. Klagt ein Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft und spricht das Gericht eine Ausgleichszahlung zu, so muss diese allen Gesellschaftern [72] der übertragenden Gesellschaft ausbezahlt werden, einschliesslich den Gesellschaftern, welche der Fusion zugestimmt haben.

Obwohl die Überprüfungsklage gemäss Art. 105 Abs. 4 FusG die Rechtswirksamkeit der Fusion nicht

hindert, führt eine derartige Klage zu einem massiven Eingriff in die Transaktion, da die Wertansätze für alle beteiligten Gesellschafter verändert werden, was letztlich die Grundlagen, auf denen der Fusionsbeschluss beruhte, in Frage stellt. Übernimmt eine grosse eine kleine Gesellschaft durch Absorpitonsfusion, so muss die grosse Gesellschaft normalerweise im Umtauschverhältnis über den auf Stand-alone Basis berechneten Unternehmenswert der kleineren Gesellschaft hinaus eine Prämie [73] bieten, damit das Angebot für die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft attraktiv ist und diese der Fusion zustimmen. Gelingt es einem Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft, mit der Überprüfungsklage das Umtauschverhältnis anzugreifen, weil die Prämie nicht durch die Unternehmensbewertung gerechtfertigt werden kann und erhalten alle Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft eine Ausgleichszahlung, so hat dies nicht nur die Konsequenz, dass das fusionierte Unternehmen einen ganz massiven und unerwarteten Geldabfluss erleidet [74], sondern auch dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft finanziell plötzlich mit einer Situation konfrontiert sind, bei der sie - da im Austauschverhältnis nun die Prämie fehlt - der Fusion gar nie zugestimmt hätten. Wegen dieser Probleme empfiehlt es sich, den Vollzug einer Fusion, der nicht alle Gesellschafter zugestimmt haben [75], unter die Bedingung zu stellen, dass innert der Klagefrist von zwei Monaten keine Überprüfungsklage erhoben wird. Diese Probleme werden aber auch dazu führen, dass viele Unternehmen - gerade wenn

eine Übernahmeprämie bezahlt wird - anstelle einer Fusion einen Aktientausch [76] vornehmen werden, bei dem sie in wirtschaftlicher Hinsicht das gleiche Resultat wie mit einer Fusion erreichen, aber die Probleme, die mit der Überprüfungsklage verbunden sind, vermeiden können.

IV. Die einzelnen Schritte zur Fusion

Gemäss Art. 12 ff. FusG läuft eine Fusionstransaktion in folgenden Schritten ab:

-- Abschluss des Fusionsvertrages

-- Erstellung des Fusionsberichtes

-- Beschluss der Gesellschafterversammlung

-- Handelsregisteranmeldung.

1. Fusionsvertrag

a. Zweck des Fusionsvertrages

Zentraler Inhalt des Fusionsvertrages ist die Vereinbarung der liquidationslosen Vermögensübertragung von der übertragenden Gesellschaft an die übernehmende Gesellschaft gegen Gewährung von Mitgliedschaftsrechten an die Gesellschafter der übernommenen Gesellschaft [77]. Der Fusionsvertrag ist sowohl in materieller wie auch in formeller Hinsicht Grundlage der Fusion [78]. Einerseits enthält der Fusionsvertrag diejenigen Bestimmungen, die - wie insbesondere das Austauschverhältnis zwischen Anteilen der übernehmenden und der übernommenen Gesellschaft - in wirtschaftlicher Hinsicht für die an der Fusion beteiligten Gesellschaften und Gesellschafter wesentlich sind, andererseits ist er aber auch in formeller Hinsicht Grundlage für die weiteren Schritte, die zum Vollzug der Fusion führen. Namentlich bildet der Fusionsvertrag die Basis für den Fusionsbericht (Art. 14 FusG), die Prüfung (Art. 15 FusG), den Fusionsbeschluss (Art. 18 FusG) und für die Handelsregistereintragung (Art. 21 FusG), mit der das Fusionsverfahren abgeschlossen wird.

b. Bindungswirkung des Fusionsvertrages (Abs. 2)

Die Bindungswirkung des Fusionsvertrages ist in zweierlei Hinsicht beschränkt. Einerseits sind die Bestimmungen über die Fusion selbst nur gültig, wenn die Generalversammlung bzw. - bei Personengesellschaften - die Gesellschafter selbst zustimmen. Andererseits haben alle Bestimmungen, die sich auf die Zeit nach dem Vollzug der Fusion beziehen, wie z.B. Bestimmungen, die sich auf den wirtschaftlichen Zweck der Fusion, die zukünftige Tätigkeit des fusionierten Unternehmens und seine zukünftige Organisation beziehen, nur deklaratorische Bedeutung, da die entsprechenden Verpflichtungen bei der Fusion durch Vereinigung untergehen [79].

Da das Erfordernis der Zustimmung der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter auf die Verpflichtung zur Durchführung der Fusion beschränkt ist, entfalten die im Fusionsvertrag enthaltenen Nebenverpflichtungen unabhängig von einer solchen Zustimmung Bindungswirkung, sofern die betreffenden Nebenpflichten neben der eigentlichen Fusion eine selbständige materielle Bedeutung

haben. Daher bleiben im Fusionsvertrag enthaltene Geheimhaltungsverpflichtungen rechtlich verbindlich, auch wenn die Fusion selbst mangels Zustimmung durch Generalversammlung bzw. Gesellschafter nicht zustande kommt. Auch Bestimmungen über die Teilung von Kosten, welche die Parteien bei der Vorbereitung der Transaktion gemeinsam eingegangen sind (z.B. Honorare für gemeinsam beauftragte Unternehmensberater, Investment Banker, Revisoren oder Rechtsanwälte), sind verbindlich und können gegebenenfalls auch gerichtlich durchgesetzt werden.

c. Zuständigkeit zum Abschluss des Fusionsvertrages

Gemäss Art. 12 Abs. 1 FusG kann der Fusionsvertrag nur vom obersten Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan der beteiligten Gesellschaften abgeschlossen werden, da der Entscheid über eine Fusion und deren Ausgestaltung eine Frage ist, die für das Unternehmen eine wesentliche strategische Bedeutung hat [80]. In Abhängigkeit von der Rechtsform der beteiligten Gesellschaften sind damit folgende Organe für den Abschluss zuständig [81] :

-- AG: Verwaltungsrat (Art. 707 ff. OR);

-- Kommandit-AG: Verwaltung, bestehend aus den unbeschränkt haftenden Mitgliedern (Art. 765OR);

-- GmbH: Geschäftsführer (Art. 811 ff. OR);

-- Genossenschaft: Verwaltung (Art. 894 ff. OR);

-- Kollektiv- und Kommanditgesellschaft: Geschäftsführungsberechtigte Gesellschafter (Art. 535, 557, 599OR);

-- Verein: Vorstand (Art. 69ZGB).

Bei der Kompetenz zum Abschluss des Vertrages handelt es sich um eine unentziehbare und nicht delegierbare Kompetenz der betreffenden Organe [82]. Diese Organe können zwar die Verhandlungen über den Fusionsvertrag und die Ausarbeitung des Fusionsvertrages an untergeordnete Organe (Direktion etc.) oder an Dritte delegieren [83]. Die Kompetenz

zum Abschluss selbst muss aber immer beim obersten Leitungsorgan bleiben, das damit auch die Verantwortung für den Vertragsabschluss übernimmt [84] .

d. Form

Der Fusionsvertrag muss in schriftlicher Form abgeschlossen werden. Gemäss Art. 12 ff. OR müssen daher alle objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte des Vertrages schriftlich dargestellt werden und von Personen, die für die betreffende Partei unterschriftsberechtigt sind bzw. eine entsprechende Vollmacht besitzen, handschriftlich unterzeichnet werden.

e. Auslegung des Fusionsvertrages

Soweit der tatsächliche übereinstimmende Wille der Parteien nicht nachgewiesen werden kann, richtet sich die Auslegung von Verträgen nach dem Vertrauensprinzip, d.h. danach, wie der Vertrag in Anbetracht aller Umstände nach Treu und Glauben vernünftigerweise verstanden werden darf und muss. Diese Art der Auslegung, die bei einem Fusionsvertrag neben dem Text des Vertrages selbst insbesondere auf die Äusserungen der Parteien in den Verhandlungen und auf die den Organen der beiden Gesellschaften bekannten Umstände abstellt, wird aber der gesellschaftsrechtlichen Funktion des Fusionsvertrages nicht vollumfänglich gerecht. Der Fusionsvertrag wird - bezüglich der Verpflichtung zur Fusion und der Durchführung der Fusion - erst mit der Genehmigung durch die Generalversammlung bzw. bei Personengesellschaften durch die Gesellschafter selbst gültig. Daher muss für diejenigen Bestimmungen, für die eine derartige Zustimmung Gültigkeitserfordernis ist, auf eine objektivierte Auslegung abgestellt werden, die das Verständnis der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter und die ihnen bekannten Umstände und Dokumente (insbesondere den Fusionsbericht) berücksichtigt. Damit rückt die Auslegung des Fusionsvertrages bezüglich dieser Bestimmungen - genau wie die Auslegung von Statuten [85] - mindestens bei einem grossen Gesellschafterkreis in die Nähe der Gesetzesauslegung [86].

f. Willensmängel

Das FusG enthält keine Bestimmungen über Willensmängel, weshalb die allgemeinen

obligationenrechtlichen Regeln über Übervorteilung, Irrtum und Täuschung zur Anwendung kommen [87]. Diese gelten auch uneingeschränkt, solange der Fusionsvertrag nicht von der Generalversammlung genehmigt worden ist, d.h., bis zu diesem Zeitpunkt kann die vom Willensmangel betroffene Vertragspartei den Fusionsvertrag durch Anfechtung zu Fall bringen [88]. Wenn die Generalversammlung oder die Gesellschafter den Fusionsvertrag genehmigt haben, stellt sich die Frage, ob der Willensmangel durch diesen Beschluss geheilt worden ist. M.E. schliesst der Beschluss von Generalversammlung bzw. Gesellschaftern die Anfechtung nur aus, wenn die Generalversammlung bzw. die Gesellschafter in Kenntnis des Willensmangels zugestimmt haben. Hatte die Generalversammlung keine Kenntnis vom Willensmangel, so liegt keine Genehmigung vor, und der entsprechende Willensmangel kann immer noch vom obersten Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan durch Anfechtung geltend gemacht werden [89].

Ist die Fusion im Handelsregister eingetragen und zeitigt damit auch gegenüber Dritten Wirkung, so kann der Fusionsvertrag in Analogie zur Situation bei einer Gründung nicht mehr durch blosse Anfechtungserklärung aufgehoben werden [90]. In diesem Zeitpunkt können die Mängel in der Willensbildung nur noch mittels Überprüfungsklage (Art. 105 FusG), Anfechtungsklage (Art. 106 f. FusG, Art. 706OR) oder einer Feststellungsklage auf Nichtigkeit (Art. 706bOR) geltend gemacht werden, soweit die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind [91].

g. Der objektiv wesentliche Inhalt des Fusionsvertrages

Art. 13 FusG definiert die objektiv wesentlichen Bestimmungen des Fusionsvertrages. Regelt ein Fusionsvertrag diese Punkte nicht, so ist er nicht gültig zustande gekommen [92], was insbesondere dazu führt, dass die Eintragung der Fusion vom Handelsregisteramt zurückgewiesen wird. Objektiv wesentlich sind namentlich die folgenden Punkte:

-- Bezeichnung der Parteien (Art. 13 Abs. 1 lit. a FusG)

-- Umtauschverhältnis und Ausgleichszahlung bzw. Angaben über die Mitgliedschaft (Art. 13 Abs. 1 lit. b FusG) [93]

-- die Behandlung von Anteilen mit Sonderrechten, Anteile ohne Stimmrecht und Genussscheine Art. 13 (Abs. 1 lit. c FusG) [94]

-- die Modalitäten für den Umtausch der Anteile (Art. 13 Abs. 1 lit. c FusG)

Der Handelsregistereintrag des Fusionsbeschlusses hat konstitutive Wirkung für die Fusion, was dazu führt, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft in diesem Zeitpunkt automatisch Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft werden [95] . Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft haben damit auch Anspruch, allenfalls vorhandene Anteile der übertragenden Gesellschaft gemäss den Bestimmungen des Fusionsvertrages in Anteile der übernehmenden Gesellschaft umzutauschen. Dieser physische Umtausch ihrer Anteile kann für die Gesellschafter eine wesentliche Bedeutung haben, da die Handelbarkeit ihrer Titel und zum Teil auch die Geltendmachung von Rechten [96] vom physischen Besitz von Anteilen und Coupons abhängen kann. Die Modalitäten des Umtausches, d.h. der Zeitpunkt, ab dem Anteilsscheine bzw. Wertpapiere umgetauscht werden können, die Frage der Kostentragung und der Ort des Umtausches müssen deshalb im Vertrag definiert werden [97].

-- Zeitpunkt der Ausschüttungsberechtigung (Art. 13 Abs. 1 lit. e FusG)

Der Fusionsvertrag muss festhalten, ab welchem Zeitpunkt die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft als Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft Anrecht auf einen Anteil am Reingewinn bzw. bei einer Kapitalgesellschaft Anrecht auf Dividendenausschüttungen haben [98]. Diese Bestimmung ist wesentlich, da sie einen Einfluss auf die Bewertung hat, die dem Austauschverhältnis zugrunde liegt [99] und die vermögensrechtlichen Unterschiede zwischen den bereits existierenden Gesellschaftern und den durch die Fusion neu eingetretenen Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft definiert.

-- Abfindung (Art. 13 Abs. 1 lit. f FusG)

Sofern den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft im Sinne von Art. 8 FusG ein Wahlrecht zwischen Anteils- bzw. Mitgliedschaftsrechten einerseits und einer Abfindung andererseits gewährt wird [100] oder ausschliesslich eine Abfindung vorgesehen wird [101], so muss der Fusionsvertrag entsprechende Angaben enthalten, wobei sowohl die Modalitäten eines allfälligen Wahlrechtes (Frist, Form der Mitteilung) wie auch die Höhe der betreffenden Abfindungszahlungen definiert werden

müssen.

-- Zeitpunkt der Wirkung des Fusionsvertrages (Art. 13 Abs. 1 lit. g FusG)

Die Parteien können im Fusionsvertrag den Zeitpunkt festlegen, in dem dieser Wirkung entfaltet, d.h. den Zeitpunkt, von dem an die Handlungen der übertragenden Gesellschaft als Handlungen der übernehmenden Gesellschaft gelten. Damit ist es den Beteiligten möglich, die Wirkung des Fusionsvertrages - unabhängig vom Datum seines Abschlusses bzw. seiner Genehmigung und der Handelsregisteranmeldung - auf ein bestimmtes Datum festzusetzen [102].

Wenn der Wirkungszeitpunkt der Fusion auf ein anderes Datum als den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Handelsregistereintragung festgelegt wird, hat dies aber nur im internen Verhältnis zwischen den Parteien Auswirkungen. Gegenüber Dritten hat eine allfällige Vor- oder Rückwirkung dagegen keinerlei Auswirkungen [103]; für Dritte ist gemäss Art. 22 FusG allein der Eintrag im Handelsregister massgebend. Deshalb bleiben die Personen, die vor der Fusion für die Gesellschaft hafteten, Dritten gegenüber auch dann haftbar, wenn die betreffende Handlung der übernommenen Gesellschaft nach dem Wirkungstermin, aber vor dem Handelsregistereintrag vorgenommen wurde.

-- Besondere Vorteile (Art. 13 Abs. 1 lit. h FusG)

Werden den Mitgliedern eines Leitungs- oder Verwaltungsorgans oder den geschäftsführenden Gesellschaftern im Zusammenhang mit der Transaktion besondere Vorteile eingeräumt, so ist dies im Vertrag festzuhalten [104]. Die Zahlung der normalen Saläre und Honorare müssen nicht aufgeführt werden, da es sich um Gegenleistungen für geleistete Arbeit handelt [105]. Dem Zweck von Art. 13 FusG entsprechend müssen lediglich Vorteile aufgeführt werden, die über die üblichen Honorare und Saläre hinausgehen und ausdrücklich im Hinblick auf die Fusion gewährt werden. Solche besonderen Vorteile sind insbesondere die Gewährung von Optionspackages, von ausserordentlichen Bonuszahlungen oder die Zuerkennung von Anteilen zu günstigen Bedingungen an Organmitglieder, welche im Rahmen der Fusion spezielle Leistungen erbracht haben, sowie die Zahlung von Abgangsentschädigungen an Organmitglieder, die aufgrund der Fusion ausscheiden. Mit der Pflicht, solche besonderen Vorteile im Vertrag aufzuführen, wird sichergestellt, dass derartige Leistungen, die zu Interessenkonflikten führen können, den Gesellschaftern bekannt sind [106].

-- Gesellschafter mit unbeschränkter Haftung (Art. 13 Abs. 1 lit. i FusG)

Soweit die übernehmende Gesellschaft Gesellschafter mit unbeschränkter Haftung aufweist, müssen diese im Fusionsvertrag bezeichnet werden, damit in dieser für alle Beteiligten wesentlichen Frage klare Verhältnisse herrschen [107].

h. Weitere Bestimmungen

Fusionsverträge enthalten in der Praxis meist noch weitere, nicht im Sinne von Abs. 1 objektiv wesentliche Bestimmungen [108].

aa. Präambeln / Zweckartikel

Präambeln und Zweckartikel, welche die wirtschaftlichen Ziele der Fusion und die zukünftige Tätigkeit der fusionierten Gesellschaft umschreiben, haben im Hinblick auf die Fusion programmatische Bedeutung und können damit für die Auslegung des Vertrages eine Bedeutung haben [109]. Rechtliche Bindungswirkung kommt diesen Bestimmungen aber normalerweise schon aufgrund ihres Wortlauts nicht zu, da sie meist nur als Absichten oder vage Ziele formuliert werden. Diese Bestimmungen können aber bezüglich der Ziele der Fusion und der zukünftigen Tätigkeit der fusionierten Gesellschaft ohnehin keine rechtliche Bindungswirkung entfalten, weil sie sich auf die Zeit nach der Fusion beziehen und damit allfällige Verpflichtungen wegen der Verschmelzung von übernehmender und übertragender Gesellschaft durch Konfusion untergehen.

bb. Bedingungen für den Vollzug der Fusion

Der Fusionsvertrag steht schon von Gesetzes wegen unter der Bedingung, dass die Generalversammlung bzw. die Gesellschafter dem Vertrag zustimmen [110]. Häufig werden Fusionsverträge noch zusätzlich unter die Bedingung gestellt, dass die Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft neben dem Genehmigungsbeschluss weitere für die Transaktion wesentliche Beschlüsse fasst, wie z.B. die Wahl bestimmter Verwaltungsräte, die Aufhebung einer Vinkulierung oder von Stimmrechtsbeschränkungen und die Bestimmung einer neuen Firma, eines

neuen Sitzes oder eines neuen Zwecks [111]. Sofern die geplante Transaktion unter kartellrechtliche Fusionskontrollbestimmungen fällt, muss der betreffende Fusionsvertrag unter die Bedingung gestellt werden, dass die zuständigen in- und ausländischen Fusionskontrollbehörden die Fusion genehmigen. Da die Überprüfungsklage [112] eine erhebliche Gefahr für die Transaktion darstellen kann, kann es sich auch aufdrängen, den Vollzug der Transaktion unter die Bedingung zu stellen, dass keine derartige Klage eingereicht wird [113].

Je nach konkreter Situation kann es sich aufdrängen, noch weitere Bedingungen in den Vertrag aufzunehmen, wenn aus wirtschaftlicher Sicht vor der Transaktion bestimmte Voraussetzungen geschaffen werden müssen, um die Fusion erfolgreich zu gestalten [114].

cc. Bestimmungen über Sitz und Firma

Fusionsverträge enthalten häufig Bestimmungen über die Firma der fusionierten Gesellschaft, mit denen die Gemeinsamkeit des Unternehmens zum Ausdruck gebracht wird, indem eine Doppelfirma, die sich aus der Firma von übernehmender und übernommener Gesellschaft zusammensetzt, oder eine gänzlich neue Fantasiefirma vorgesehen wird [115]. Zum Teil sehen Fusionsverträge aus dem gleichen Grund auch vor, dass die fusionierte Gesellschaft ihren Sitz an einem bestimmten Ort haben soll [116].

dd. Bestimmungen über die zukünftige Organisation und Tätigkeit

Fusionsverträge sehen häufig vor, dass Mitglieder des obersten Leitungsorgans der übertragenden Gesellschaft in das oberste Leitungsorgan der übernehmenden Gesellschaft aufgenommen werden, um den Zusammenschluss auf der obersten Führungsebene nach aussen erkennbar darzustellen [117]. Beispielsweise wird bei der Fusion von Aktiengesellschaften oft vorgesehen, dass ein Teil der Verwaltungsratsmitglieder der übernommenen Gesellschaft in den Verwaltungsrat der übernehmenden Gesellschaft gewählt wird. Eine derartige vertragliche Verpflichtung ist aber nicht rechtsverbindlich, weil es allein der Generalversammlung der fusionierten Gesellschaft obliegt, die entsprechende Wahl vorzunehmen und dieser Entscheid durch einen Fusionsvertrag nicht gebunden werden kann [118].

Oftmals enthalten Fusionsverträge Bestimmungen über die zukünftige interne Organisation, die Betriebsstandorte

und die Geschäftstätigkeit der fusionierten Gesellschaft; selbst wenn diese Bestimmungen nicht als blosse Absichtserklärungen, sondern als Verpflichtungen formuliert sind, sind sie nach Vollzug der Fusion nicht durchsetzbar, da derartige Verpflichtungen aufgrund der Verschmelzung von übernehmender und übertragender Gesellschaft infolge Konfusion untergehen.

ee. Bestimmungen zur Absicherung der Fusion

Beim Abschluss eines Fusionsvertrages haben die Leitungsorgane häufig das Bedürfnis, den Vollzug bestmöglich abzusichern. Dies, weil sie den Widerstand gewisser Gesellschafter oder - bei Publikumsgesellschaften - Konkurrenzangebote fürchten. Sehen die Parteien im Fusionsvertrag eine gegenseitige Informations- und Konsultationspflicht für derartige Fälle vor, ist dies unbedenklich [119].

Unzulässig ist dagegen die Vereinbarung von Konventionalstrafen oder Optionsrechten auf wertvolle Bestandteile für den Fall eines negativen Entscheides der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter, da solche Verpflichtungen die in Art. 12 bzw. 18 FusG niedergelegte Kompetenzordnung bei Fusionen verletzen würden [120]. Gültig vereinbart werden kann dagegen der Ersatz der bei der Gegenpartei tatsächlich angefallenen Kosten für den Fall eines negativen Entscheides der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter.

i. Nebenpflichten

In Fusionsverträgen finden sich häufig Bestimmungen über:

-- die Geheimhaltungsverpflichtung der Parteien;

-- die gemeinsame Orientierung der Medien;

-- die gegenseitige Zustellung von Mitteilungen;

-- die Verpflichtung zur Tragung von bestimmten Kosten [121];

-- die Auslegung des Vertrages (No waiver-Klauseln etc.); und

-- das anwendbare Recht sowie den Gerichtsstand bzw. die Vereinbarung eines Schiedsgerichtes.

Diese Bestimmungen sind bereits nach rechtsgültiger Unterzeichnung des Fusionsvertrages insoweit verbindlich, als sie Nebenverpflichtungen betreffen, deren Existenz nicht von der Durchführung der Fusion abhängt.

2. Fusionsbericht

a. Der Zweck des Fusionsberichtes

Art. 14 FusG verpflichtet die an der Fusion beteiligten Gesellschaften zuhanden ihrer Gesellschafter einen Bericht zu erstellen, der die Fusion und die für Gesellschafter und Dritte wesentlichen Auswirkungen der Transaktion darstellt und erläutert. Ziel dieses Berichtes ist es, für die Gesellschafter Transparenz zu schaffen [122], damit diese ihren Entscheid über die Fusion aufgrund vollständiger Informationen fassen können und auch beurteilen können, ob das Umtauschverhältnis angemessen ist oder ob sie zur Wahrung ihrer Interessen eine Überprüfungsklage einreichen müssen. Dieser Zweck definiert die Tiefe und Ausführlichkeit des Fusionsberichtes; der Fusionsbericht muss so umfassend und detailliert sein, dass die Gesellschafter die für ihre Entscheide notwendigen Grundlagen erhalten, findet aber in analoger Anwendung von Art. 663c Abs. 1 OR seine Grenze an den zentralen Geschäftsgeheimnissen der Gesellschaft [123], deren Bekanntgabe die Gesellschaft tatsächlich erheblich schädigen können [124].

b. Erstellung und Form des Fusionsberichtes

Der Fusionsbericht muss gemäss Art. 14 Abs. 1 FusG vom obersten Leitungsorgan der Gesellschaft in schriftlicher Form erstellt werden. Die an der Fusion beteiligten Gesellschafter können entweder je einzeln einen Fusionsbericht verfassen oder - was in der Praxis sinnvoll ist - einen gemeinsamen Fusionsbericht erstellen.

c. Inhalt des Fusionsberichtes

Gemäss Art. 14 Abs. 3 muss der Fusionsbericht folgende Punkte erläutern:

aa. Zweck und Folgen der Fusion

Gemäss Art. 15 Abs. 3 lit. a FusG sind die Gesellschafter über Zweck und Folgen der Fusion zu orientieren, damit sie sich ein Urteil darüber bilden können, ob die Fusion für das Unternehmen sinnvoll ist [125]. In diesem Sinne sind die unternehmerischen Gründe, die für die Fusion sprechen [126], wie mögliche Skalareffekte oder andere Synergien, aber auch die Risiken der Fusion darzustellen [127]. Zusätzlich müssen

**** AJP/PJA 2004 Seite 785 ****

gemäss Art. 15 Abs. 3 lit. i bzw. j FusG aber auch noch die spezifischen Auswirkungen der Fusion auf die Gläubiger und Arbeitnehmer beschrieben werden. Dabei muss dargestellt werden, ob sich die Position der Gläubiger durch die geplante Transaktion verschlechtert und welche Folgen die Transaktion damit für die Finanzierung der Gesellschaft hat [128]. Bezüglich der Arbeitnehmer muss dagegen offen gelegt werden, ob und wie viele Arbeitnehmer bei den Integrations- und Restrukturierungsschritten, die auf die Fusion folgen, entlassen werden, wie ein allfälliger Sozialplan gestaltet ist und wie hoch die Kosten dieser Massnahme für die Gesellschaft sind.

bb. Der Fusionsvertrag

Gemäss Art. 14 Abs. 3 lit. b FusG sind die wesentlichen Bestandteile des Fusionsvertrages zusammenzufassen und zu erklären. Da die Gesellschafter gemäss Art. 16 FusG ohnehin Einsicht in den Vertrag erhalten, ist es dagegen nicht notwendig, alle Vertragsklauseln noch einmal darzustellen [129].

cc. Die Gegenleistung für die Gesellschafter der übernommenen Gesellschaft und ihre neue Rechtsstellung

Primär ist gemäss Art. 14 Abs. 3 lit. c FusG das Umtauschverhältnis und seine Herleitung aus den Unternehmenswerten sowie die Unternehmensbewertungen selbst darzustellen und zu begründen [130]. Soweit eine Abfindung bezahlt werden soll, muss diese gemäss Art. 14 Abs. 3 lit. d FusG in gleicher Weise erklärt werden, wobei bei einer Zwangsabfindung auch der Grund für den Verzicht auf die

Ausgabe von Anteilen an der fusionierten Gesellschaft dargelegt werden muss.

Sofern bestimmte Anteile wegen hoher Stimmrechte oder anderer Vorzugsrechte in der Berechnung des Umtauschverhältnisses besonders berücksichtigt werden [131], müssen auch diese Besonderheiten gemäss Art. 14 Abs. 3 lit. e FusG speziell erläutert werden, damit die Gesellschafter die Gründe der unterschiedlichen Bewertung nachvollziehen können. Damit die Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft die Verwässerung abschätzen können, die sich aus dem Anteilstausch ergibt, ist auch der Umfang der Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft darzustellen [132].

Sofern die Fusion zu einer Änderung der Rechtsstellung der Gesellschafter führt, muss diese dargestellt und erläutert werden. In diesem Sinne sind gemäss Art. 14 Abs. 3 lit. g und h FusG allfällig neu entstehende persönliche Haftungen und Nachschusspflichten zu erläutern bzw. alle Pflichten, die sich durch den Wechsel der Rechtsform ergeben, darzustellen.

dd. Behördliche Bewilligungen

Fusionen unterliegen - sofern die beteiligten Unternehmen bestimmte Grössen überschreiten - schweizerischen oder ausländischen Fusionskontrollregelungen. Da der Vollzug der Fusion von den entsprechenden Bewilligungen abhängt, sind die Gesellschafter gemäss Art. 15 Abs. 3 lit. k FusG über diese zu orientieren, wobei auch die Wahrscheinlichkeit des Erfolges bzw. die möglichen Risiken [133] derartiger Verfahren darzustellen sind.

3. Die Fusionsprüfung

a. Die Pflicht zur Fusionsprüfung

Sofern die übernehmende Gesellschaft eine Kapitalgesellschaft oder eine Genossenschaft mit Anteilen ist [134], muss sie den Fusionsvertrag, den Fusionsbericht und auch die Fusionsbilanz von einem besonders befähigten Revisor prüfen lassen. Bei dem mit der Fusionsprüfung betrauten Revisor muss es sich nicht um die Revisionsstelle der Gesellschaft handeln [135]. Der Revisor wird für diese Spezialaufgabe vom obersten Leitungsorgan ausgewählt [136]; er muss in analoger Anwendung von Art. 727cOR unabhängig sein [137].

Die Fusionsprüfung dient primär dem Schutz der Gesellschafter, indem die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften und insbesondere auch die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses überprüft werden [138]. Daneben dient die Fusionsprüfung aber auch dem Schutz der Gläubiger, indem die Voraussetzungen für Abfindungen [139] geprüft werden.

b. Der Gegenstand der Prüfung

Die Fusionsprüfung geht weit über eine Abschlussprüfung hinaus; nach der Konzeption des Gesetzes hat der Revisor die Aufgabe, die gesamten Dokumente, die der Fusion zu Grunde liegen auf materielle und formelle Richtigkeit zu prüfen und wird so zum eigentlichen Garant für die richtige Durchführung des Fusionsverfahrens [140]. Im Einzelnen umfasst die Fusionsprüfung folgende Bereiche:

aa. Prüfung des Fusionsvertrages und des Fusionsberichtes

Gemäss Art. 15 Abs. 1 FusG hat der Revisor den Fusionsvertrag und Fusionsbericht materiell zu prüfen [141]. Im Rahmen dieser Prüfung hat der Revisor primär zu prüfen, ob diese Dokumente formell richtig sind, d.h. den im Gesetz aufgeführten zwingend notwendigen Inhalt enthalten. Neben der Vollständigkeit hat der Revisor aber auch den Inhalt dieser Dokumente auf materielle Richtigkeit zu überprüfen [142]. Bei der Prüfung des Fusionsvertrages hat der Revisor im Rahmen dieser materiellen Prüfung aber nicht die Aufgabe, den Vertrag im Sinne einer für die Parteien "besseren" Lösung anzupassen; die Prüfung muss sich darauf beschränken, ob zwingende Bestimmungen des Gesetzes verletzt sind. Beim Fusionsbericht sind die Angaben auf ihre materielle Richtigkeit zu prüfen, was erfordert, dass die Gesellschaft dem Revisor Belege für sämtliche Angaben, die sie im Fusionsbericht gemacht hat, vorlegt. Soweit sich diese Angaben auf zukünftige Sachverhalte beziehen [143], muss sich die Prüfung allerdings notgedrungen auf die Plausibilität der Angaben beschränken.

bb. Prüfung der Fusionsbilanz

Die Bilanz, die der Fusion zu Grunde liegt, muss gemäss Art. 15 Abs. 1 FusG ebenfall geprüft werden. Diese Prüfung entspricht der normalen Bilanzprüfung gemäss Art. 728OR, wobei sich der Revisor aber auf ein bereits bestehendes Testat der Revisionsgesellschaft der betreffenden Gesellschaft verlassen

kann. Im Rahmen dieser Bilanzprüfung muss bei Sanierungsfusionen auch im Sinne von Art. 6 FusG [144] geprüft werden, ob die in dieser Bestimmung definierten finanziellen Voraussetzungen gegeben sind, d.h. ob genügend freie Reserven vorhanden sind, um in Kombination der Bilanzen sicherzustellen, dass die Aktiven der fusionierten Gesellschaft nach der Fusion das Kapital sowie die gesetzlichen Reserven zu mindestens 50% decken. Soweit Abfindungen vorgesehen sind [145], muss im Rahmen dieser Prüfung auch abgeklärt werden, ob die fusionierte Gesellschaft über genügend freie Reserven verfügt, um diese Ausschüttungen finanzieren zu können.

cc. Die Prüfung der Bewertung und des Umtauschverhältnisses

Kernstück der Fusionsprüfung ist die Prüfung des Umtauschverhältnisses und der dem Umtauschverhältnis zu Grunde liegenden Bewertung [146], auf die vorne in Ziff. III.3.b. im Einzelnen eingegangen wird. Im Zusammenhang mit der Prüfung des Austauschverhältnisses muss der Revisor gemäss Art. 15 Abs. 4 lit. a FusG auch prüfen, ob die von der übernehmenden Gesellschaft vorgesehene Kapitalerhöhung tatsächlich ausreicht, um die gemäss Umtauschverhältnis notwendigen Aktien zu schaffen.

4. Information der Gesellschafter

a. Einsichtsrecht

Gemäss Art. 16 FusG muss jede an der Fusion beteiligte Gesellschaft an ihrem Sitz Gesellschafterinnen und Gesellschaftern während 30 Tagen vor der Beschlussfassung über die Fusion Einsicht in Fusionsvertrag, Fusionsbericht, Prüfungsbericht sowie die Jahresrechnungen und Jahresberichte der letzten drei Geschäftsjahre sowie gegebenenfalls auch die für die Fusion erstellte Zwischenbilanz gewähren. Mit diesem Einsichtsrecht soll die Transparenz innerhalb der Gesellschaft sichergestellt werden, so dass die Gesellschafter bei ihrem Entscheid über alle notwendigen Informationen verfügen [147]. Die Gesellschaften sind dabei verpflichtet, den Gesellschaftern auch Kopien auszuhändigen, was in der Praxis wohl dazu führen wird, dass die meisten Unternehmen die betreffenden Unterlagen den Gesellschaftern zusammen mit der Einladung zur General- bzw. Gesellschafterversammlung zustellen.

Das Einsichtsrecht ist auf die Gesellschafter beschränkt. Dritte, wie insbesondere Gläubiger oder Arbeitnehmer, haben kein Einsichtsrecht [148].

b. Information über Veränderungen nach Abschluss des Fusionsvertrages

Soweit zwischen dem Zeitpunkt, in dem der Fusionsvertrag abgeschlossen wird, und dem Zeitpunkt der Gesellschafterversammlung wesentliche Änderungen bei den beteiligten Gesellschaften eintreten, müssen sich die obersten Leitungsorgane gemäss Art. 17 FusG gegenseitig informieren [149]. Diese müssen danach abklären, ob aufgrund dieser Veränderungen der Fusionsvertrag vor der Gesellschafterversammlung abgeändert werden muss oder ob auf die Fusion zu verzichten ist [150].

Obwohl Art. 17 FusG nur auf "wesentliche Änderungen" im Aktiv- oder Passivvermögen eingeht, muss diese Pflicht zur Nachinformation in jedem Fall greifen, in dem sich Grössen verändern, die für die Berechnung des Umtauschverhältnisses, bzw. die Unternehmensbewertung, die dem Umtauschverhältnis zu Grunde liegt, wesentlich sind.

Dementsprechend sind auch wesentliche Änderungen in der Ertragslage, welche die Bewertung des Unternehmens verändern, mitzuteilen [151].

Die Gesellschafter müssen anlässlich der Gesellschafterversammlung über die entsprechenden Änderungen informiert werden, da diese Änderungen in den tatsächlichen Verhältnissen entweder zu einer Vertragsanpassung führen, die vom Verwaltungsrat zu begründen ist [152], oder auf eine Änderung des Fusionsvertrages verzichtet wird, was gemäss Art. 17 Abs. 2 FusG dazu führt, dass das oberste Leitungsorgan den Verzicht auf die Vertragsanpassung ebenfalls begründen muss.

5. Fusionsbeschluss

Gemäss Art. 18 FusG wird der Fusionsvertrag nur verbindlich, wenn ihn die Generalversammlung bzw. die Gesellschafterversammlung genehmigt. Die Mehrheit, die dafür notwendig ist, wird in Art. 18 FusG in Abhängigkeit von der Rechtsform der beteiligten Gesellschaften bzw. der für die Gesellschafter relevanten Änderungen festgelegt. Die in dieser Bestimmung festgelegten qualifizierten Mehrheiten dienen dem Schutz von Minderheitsgesellschaftern und sollen verhindern, dass eine starke Minderheit

in eine Fusion gezwungen wird [153]. Über den Fusionsbeschluss ist gemäss Art. 20 FusG eine öffentliche Urkunde zu erstellen. Damit wird sichergestellt, dass Zeitpunkt und Inhalt des Fusionsbeschlusses einwandfrei belegt werden können [154].

Die Kompetenz von General- bzw. Gesellschafterversammlung zur Genehmigung des Fusionsvertrages ist zwingend und unentziehbar. Dies führt insbesondere dazu, dass nachträgliche Änderungen eines von der General- bzw. Gesellschafterversammlung genehmigten Fusionsvertrages nur mit der Zustimmung der General- bzw. Gesellschafterversammlung möglich sind [155].

6. Eintragung im Handelsregister

Die Fusion findet ihren formellen Abschluss mit dem Eintrag der Fusionsbeschlüsse im Handelsregister [156]. Gemäss Art. 21 Abs. 3 FusG wird die übertragende Gesellschaft mit dem Eintrag der Fusion im Handelsregister gelöscht. Auf diesen Zeitpunkt gehen auch alle Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über [157].

V. Erleichterungen

1. Kleinere und mittlere Unternehmen

Das in Ziff. III dargestellte Fusionsverfahren führt für die beteiligten Gesellschaften zu einem erheblichen Aufwand, der eine Fusion für kleinere und mittlere Unternehmen [158] stark erschweren kann, da die Transaktionskosten im Vergleich zum Transaktionsvolumen ein ungesund hohes Mass erreichen können. Der Gesetzgeber hat daher für kleine und mittlere Unternehmen weitgehende Ausnahmen von diesem Verfahren vorgesehen.

Wenn sämtliche Gesellschafter zustimmen, können derartige Gesellschaften gemäss Art. 14 Abs. 2 FusG auf den Fusionsbericht, gemäss Art. 15 Abs. 2 FusG auf die Fusionsprüfung und gemäss Art. 16 Abs. 2 FusG auch auf die Einsichtnahme der Gesellschafter verzichten [159]. Aufgrund der grosszügigen Definition der KMU stehen diese Ausnahmen letztlich der überwiegenden Mehrzahl aller schweizerischen Gesellschaften offen [160], wobei allerdings das Erfordernis der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter eine hohe Hürde darstellt. Viele kleinere Unternehmen, denen es nicht gelingt, die Zustimmung aller Gesellschafter zu erreichen, werden aller Voraussicht nach wegen des komplizierten Transaktionsablaufs auf eine Fusion verzichten und auf andere Transaktionen mit ähnlichem wirtschaftlichen Ergebnis ausweichen [161].

Wenn die Ausnahmeregelung greift und die Gesellschaft auf eine Fusionsprüfung verzichtet, so kommt es gemäss Art. 9 Abs. 2 und Art. 10 FusG allerdings zum überraschenden

Ergebnis, dass die übernehmende Gesellschaft ihr Kapital erhöhen kann, ohne dass es zu einer Revision kommt, da die zitierten Bestimmungen die Anwendung der Vorschriften über Sacheinlagen für den Fall von Fusionen ausschliessen und deshalb bei der entsprechenden Kapitalerhöhung durch Fusion keine Prüfungsbestätigung im Sinne von Art. 652 f. OR vorgenommen werden muss. Diese Ausnahme wird in der Botschaft damit begründet, dass die Bestimmungen über den Fusionsbericht und die Fusionsprüfung [162] die Anwendung der Vorschriften über die Sacheinlage überflüssig machen [163]. Diese Argumentation greift bei der Erleichterung für KMU nun aber gerade nicht, was für Gläubiger der Gesellschaft zu schweren Nachteilen führen kann, da nicht mehr geprüft wird, ob die Bewertung der Sacheinlage, mit der die Kapitalerhöhung liberiert wird, vertretbar ist. In teleologischer Auslegung ist daher die Ausnahmeregelung von Art. 10 FusG insofern einzuschränken, dass sie nicht gilt, wenn aufgrund der Ausnahmebestimmungen über KMU kein Fusionsbericht erstellt und keine Fusionsprüfung durchgeführt wird; zum Schutze der Gläubiger müssen in diesem Falle bei der Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft die Vorschriften über die Sacheinlage [164] eingehalten werden [165].

2. Erleichterungen für Kapitalgesellschaften

a. Kapitalgesellschaften ohne Drittbeteiligte

Gemäss Art. 23 FusG wird die Fusion bei Kapitalgesellschaften erleichtert, wenn die übernehmende Gesellschaft sämtliche Anteile der übernommenen Kapitalgesellschaft besitzt oder eine natürliche Person bzw. eine vertraglich verbundene Personengruppe alle stimmbedingten Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaft besitzt [166]. Nach Art. 24 Abs. 1 FusG müssen die beteiligten Gesellschaften in dieser Situation weder einen Fusionsbericht erstellen noch eine Fusionsprüfung durchführen oder ein Einsichtsrecht gewähren und können auch auf den Fusionsbeschluss der Generalversammlung verzichten [167] . Überdies wird der Fusionsvertrag massiv vereinfacht, da die

Gesellschaften im Fusionsvertrag nur die in Art. 13 Abs. 1 lit. a sowie lit. f bis lit. i FusG geforderten Angaben machen müssen. Diese Erleichterungen sind dadurch begründet, dass diese Verfahrensschritte und Bestimmungen dem Schutz der Minderheiten dienen und dementsprechend bei einer vollständigen Beherrschung der Gesellschaft nicht notwendig sind. Problematisch sind diese Erleichterungen nur in den Fällen, in denen es zu einer Kapitalerhöhung kommt, da aufgrund von Art. 9 bzw. 10 FusG die Vorschriften über Sacheinlagen bei Fusionen nicht gelten und damit eine Sacheinlagekapitalerhöhung durchgeführt werden kann, ohne dass es zu einem Kapitalerhöhungsbericht und zu einer Prüfungsbestätigung im Sinne von Art. 652 f. OR kommt. Die Ausnahme muss deshalb aus den oben für KMU dargelegten Gründen eingeschränkt werden, d.h. Unternehmen, die eine Kapitalerhöhung durchführen und sich auf die Erleichterung gemäss Art. 24 Abs. 1 FusG berufen, müssen in Abweichung vom Wortlaut von Art. 9 bzw. 10 FusG die Vorschriften über Sacheinlagen einhalten.

b. Beherrschung zu 90%

Gemäss Art. 23 Abs. 2 FusG gewährt das Gesetz auch dann Erleichterung, wenn die übernehmende Kapitalgesellschaft nicht alle, aber mindestens 90% der stimmberechtigten Anteile der übernommenen Kapitalgesellschaft hält [168]. Die Erleichterung besteht gemäss Art. 24 Abs. 2 FusG darin, dass der Fusionsvertrag nur die Angaben gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a, lit. b sowie lit. f und lit. i FusG enthalten muss [169] und auf einen Fusionsbericht sowie den Fusionsbeschluss der Generalversammlung verzichtet werden kann. Im Gegensatz zur 100%igen Beherrschung ist aber die Fusionsprüfung durchzuführen und die Fusionsdokumente [170] müssen auch gemäss Art. 16 FusG zur Einsicht für die Minderheitsaktionäre aufgelegt werden [171].

Voraussetzung für die Erleichterung ist allerdings, dass den Minderheitsgesellschaften neben Anteilsrechten an der übernehmenden Kapitalgesellschaft eine Abfindung angeboten werden muss, die dem wirklichen Wert der Anteile entspricht und für die Minderheitsgesellschafter aus der Fusion keinerlei Nachschusspflichten oder andere persönliche Leistungspflichten erwachsen dürfen [172].

Die Kombination der oben dargestellten Voraussetzungen und Erleichterungen wirft Probleme auf; der Verzicht auf den Fusionsbericht erschwert es den betroffenen Minderheitsgesellschaftern zu beurteilen, ob die Abfindung tatsächlich

dem "wirklichen Wert" ihrer Anteile entspricht, da ihnen mangels eines Fusionsberichtes gerade die Erläuterungen zur Berechnung des Umtauschverhältnisses bzw. der Abfindung und des Unternehmenswertes fehlen. Dies führt dazu, dass der Gesellschafter letztlich seine Rechtsstellung nur durch eine Überprüfungsklage im Sinne von Art. 105 FusG wahren kann. Um dies zu vermeiden, werden deshalb Gesellschaften, die sich auf diese Erleichterung berufen, in der Praxis dennoch Erläuterungen zum Umtauschverhältnis und zur Berechnung der Unternehmenswerte abgeben müssen, um die Minderheitsaktionäre von der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses zu überzeugen.

1 Botschaft, 4391; vgl. für viele: F. Bürgi/U. Nordmann, ZK Vorbemerkungen zu OR 748-750 N 10.

2 Botschaft, 4391.

3 P. Isler/U. von Salis, Fusionen nach dem neuen Fusionsgesetz, ZSR 1. Hb, Bd. 123, 12.

4 Vgl. Botschaft 4393.

5 Christian J. Meier-Schatz, Einführung in das neue Fusionsgesetz, AJP/PJA 2002, 519; P. Isler/U. von Salis (FN 3), 13.

6 Botschaft 4393; M. Frey, Stämpflis Handkommentar, FusG, Art. 4 N 2.

7 J. Frick, Stämpflis Handkommentar FusG, Vorbemerkungen zu Art. 69-72, N 3; Botschaft 4362; Christian J. Meier-Schatz, Das neue Fusionsgesetz, Zürich 2000, 47; H. Klay/N. Turin, Der Entwurf zum Fusionsgesetz, REPRAX 2001, 17 f.

8 Bei der Übernahme einer Einzelfirma durch eine Kapitalgesellschaft ist es durch die Kombination mit einer Sacheinlage auch möglich, dem Eigentümer der Einzelfirma als Entgelt für seine Unternehmen Anteile zuzuführen.

9 Bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie Vereinen stellt sich dieses Problem nicht, da bei diesen Gesellschaften das Grundkapital nicht gesetzlich geschützt ist; allerdings darf eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft eine überschuldete Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft bzw. einen überschuldeten Verein nur übernehmen, wenn sie dadurch nicht selbst in eine Überschuldung geraten, da sie sonst selbst Konkurs anmelden müssten.

10 M. Frey (FN 6), Art. 4, N 6; vgl. Botschaft, 4399.

11 P. Isler/U. von Salis (FN 3), 13; diese Kompensation ist dann nicht notwendig, wenn die Bilanz der betroffenen Gesellschaft vor der Fusion saniert wird (liegt keine Überschuldung vor, sondern wird nur die 50% Grenze unterschritten, so genügt dazu unter Umständen schon eine Verrechnung von Verlust und Reserven oder eine Kapitalherabsetzung), was dann allerdings in der Fusionsbilanz entsprechend zum Ausdruck kommen muss. Die Kompensation ist gemäss Art. 6 Abs. 1 FusG auch dann nicht notwendig, wenn die 50% Grenze dadurch erreicht wird, dass Gesellschafter der übernehmenden oder der übertragenden Gesellschaft auf einem genügend hohen Forderungsbetrag einen Rangrücktritt erklären.

12 Derartige Sanierungsfusionen können aber unter Umständen zu erheblichen Steuerproblemen führen, da die Zuführung freier Reserven an die sanierungsbedürftige Gesellschaft in steuerlicher Hinsicht als geldwerte Leistung, d.h. als steuerbare Ausschüttung betrachtet werden kann.

13 Vgl. Verordnung über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren vom 15.6.1992.

14 Vgl. hinten, III.2.a.

15 Gemäss BGE 123 III 473 kann allerdings der Liquidationsbeschluss bis zur Verteilung des Vermögens widerrufen werden, so dass eine derartige Gesellschaft nach dem Widerruf auch als übernehmende Gesellschaft an einer Fusion teilnehmen kann; vgl. M. Frey (FN 6), Art. 5, N 2.

16 P. Isler/U. von Salis (FN 3), 13.

17 Dieses Prinzip gilt nur bei der Fusion von Gesellschaften, d.h. im Anwendungsbereich von Art. 4 FusG; bei der Fusion von Stiftungen und Vorsorgeeinrichtungen im Sinne von Art. 78 ff. und 88 ff. FusG kann dieser Grundsatz naturgemäss nicht gelten.

18 Dazu Lukas Glanzmann, Die Kontinuität der Mitgliedschaft im neuen Fusionsgesetz, AJP/PJA 2004, 140 ff.

19 Botschaft 4400 bezeichnet die Kontinuität der Mitgliedschaft als Begriffselement der Fusion.

20 Aktien, Stammanteile, Genossenschaftsanteile.

21 Wenn die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft beispielsweise pro Aktie 1,2 Aktien der übernehmenden Gesellschaft erhalten, so erhalten alle Aktionäre der übertragenden Gesellschaft, die nicht 5 Aktien oder ein mehrfaches halten, je nach Anzahl ihrer Aktien, eine Spitze von 0,2 bis 0,8 Aktien; vgl. L. Glanzmann (FN 18), 145.

22 Vgl. M. Lutter/M. Lutter, Kommentar Umwandlungsgesetz, Bd. I, 2. A., Köln 2000, UmwG 5, N 5.

23 Für den individuellen Gesellschafter kann diese Grenze überschritten werden, was bei Gesellschaftern mit einer geringen Anzahl von Anteilen regelmässig geschieht.

24 Der im Rahmen des Spitzenausgleichs ausbezahlte Betrag wird stark erhöht, wenn ein Umtauschverhältnis durch einen entsprechend hohen Nennwert der Aktien der übernehmenden Gesellschaft so gestaltet wird, dass eine sehr grosse Anzahl Anteile der übertragenden Gesellschaft notwendig ist, um einen Anteil der übernehmenden Gesellschaft zu erhalten.

25 Lukas Glanzmann, Stämpflis Handkommentar, FusG 7, N 24.

26 Dazu hinten, III.1.b) cc).

27 Davide Jermini, Stämpflis Handkommentar, FusG 18, N 12.

28 L. Glanzmann (FN 25), FusG 7, N 25.

29 Botschaft 4423, a.M., L. Glanzmann (FN 25), FusG 8, N 2; vgl. M. Lutter/B. Grunewald, Kommentar Umwandlungsgesetz, UmwG 30, N 2.

30 Botschaft, 4403; H. Klay/N. Turin (FN 7), 12; R. Groner, SJZ 2003, 399.

31 P. Isler/U. von Salis (FN 3), 16.

32 P. Isler/U. von Salis (FN 3), 18.

33 Dies ergibt sich aber auch schon aus Art. 105 FusG; L. Glanzmann (FN 18), 151; R. Groner (FN 30), 294; vgl. M. Lutter/B. Grunewald (FN 29), UmwG 3, N 2.

34 D. Jermini (FN 27), FusG 18, N 12; P. Isler/U. von Salis (FN 3), 16.

35 Kritisch zu dieser Möglichkeit M. Hopf, Desideratas und Randnotizen zum vorgeschlagenen Fusionsgesetz, ST 2001, 50 f.

36 Z.B. durch die Abgabe von Obligationen.

37 L. Glanzmann (FN 18), 149.

38 Botschaft 4404; P. Isler/U. von Salis (FN 3), 18.

39 Botschaft 4400.

40 Vgl. Peter Böckli, Aktienrecht, N 294; M. Lutter/M. Lutter (FN 22), UmwG 5, N 23; P. Isler/U. von Salis (FN 3), 15.

41 L. Glanzmann, Stämpflis Handkommentar, FusG 7; L. Glanzmann (FN 18), 142; vgl. M. Lutter/M. Lutter (FN 22), UmwG 5, N 19.

42 Sofern nicht geplant ist, die Geschäftstätigkeit einer der Gesellschaften nach der Fusion einzustellen, ist bei dieser Bewertung von Fortführungswerten auszugehen, auch wenn die Existenz der übernommenen Gesellschaft formell mit der Fusion beendet wird.

43 Die DCF-Methode kann in theoretischer Sicht am ehesten als "richtige" Methode bezeichnet werden; auch bei dieser Methode ergeben sich aber in der praktischen Anwendung Probleme, da die zukünftigen Geldflüsse nicht mit Genauigkeit vorausgesagt werden können.

44 Dieser ist primär auf stand-alone Basis zu berechnen. Soweit Synergien erwartet werden, sind sie bei beiden Unternehmen je zur Hälfte zu berücksichtigen, da die Synergien auf den Zusammenschluss beider Unternehmen zurückzuführen sind bzw. von beiden Unternehmen als Potential eingebracht werden und daher nicht einem Unternehmen allein als Wert zugeordnet werden können; vgl. zur Frage der Berücksichtigung der Synergien P. Isler/U. von Salis (FN 3), 15 (Berücksichtigung unter Umständen) und L. Glanzmann (FN 18), FusG 7, N 11 (keine Berücksichtigung).

45 P. Böckli (FN 40), N 294; R. Groner (FN 30), 395 f.; vgl. zur Möglichkeit der Anwendung verschiedener Methoden Art. 15 Abs. 4 lit. d FusG.

46 Zu den diversen Bewertungsmethoden vgl. M. Boemle/C. Stolz, Unternehmensfinanzierung, Zürich 2002, 684 ff.; J.-P. Thommen, Betriebswirtschaftslehre, 5. A., Zürich 2002, 873 ff.

47 Insbesondere zukünftige Geldflüsse.

48 Wäre der Wert nicht positiv, weil die Sanierungskosten den Unternehmenswert nach Sanierung übersteigen, so würde sich die Fusion auch für die übernehmende Gesellschaft nicht lohnen; ein negativer Wert ergibt sich für die Gesellschafter der übernommenen Gesellschaft allerdings dann, wenn schon deren Gläubiger im Rahmen der Sanierung nur teilweise befriedigt werden können, da dann der gesamte Unternehmenswert diesen zusteht; vgl. L. Glanzmann (FN 18), 144 f.

49 Vgl. M. Lutter/M. Lutter, Kommentar UmwG 5, N 25; L. Glanzmann (FN 18), FusG 7, N 13 ff.; P. Böckli (FN 40), N 2940 ff.; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 57, N 86 ff.

50 Vgl. L. Glanzmann (FN 18), 143.

51 Weist eine Aktiengesellschaft beispielsweise Aktien mit einem Nennwert von CHF 100.- und CHF 500.- aus, muss A auf der Basis einer Kategorie berechnet werden, wobei eine Aktie à CHF 500.- 5 Aktien à CHF 100.- entspricht. Sofern eine Gesellschaft mehrere Kategorien von Anteilen aufweist, deren Rechte sich unterscheiden (Stimmrechtsaktien, Vorzugsaktien), ist eine derart einfache Umrechnung nach Nominalwert natürlich nicht möglich; die einzelnen Kategorien müssen gemäss ihrem Anteil am Unternehmenswert bewertet werden, damit die Verhältnisse zwischen den einzelnen Kategorien festgelegt werden können; vgl. dazu Ziff. III.2.c.

52 X (±) A1 = Anzahl neuer Anteile.

53 Zu dieser Frage L. Glanzmann (FN 18), 146.

54 Einen Anhaltspunkt für die relative Bewertung können kotierte Gesellschaften mit mehreren Kategorien von Anteilen geben; an den Börsenkursen kann die relative Bewertung von Vorrechten abgelesen werden; das statistische Mittel mehrerer Gesellschaften kann dann auch auf nicht kotierte Gesellschaften übertragen werden.

55 Art. 657OR lässt Gesellschaften weiten Raum zur Definition der Rechte von Genussscheinen. Diese können ähnliche Vermögensrechte aufweisen, wie ein normaler Anteilschein, können unter Umständen aber auch nur bedingte Forderungsrechte darstellen.

56 Vgl. L. Glanzmann (FN 18), 141.

57 Zur Transparenz als grundlegendes Prinzip des Fusionsgesetzes, P. Isler/U. von Salis (FN 3), 11.

58 Bei der DCF Bewertung müssen z.B. die erwarteten zukünftigen Geldflüsse und auch die bei der Diskontierung verwendeten Zinssätze offen gelegt werden.

59 Albert Comboeuf, Stämpflis Handkommentar, FusG 14, N 27; M. Lutter/M. Lutter (FN 28), UmwG 8, N 22.

60 Vgl. M. Lutter/M. Lutter (FN 28), UmwG 8, N 22.

61 S. Zwicker, Die Fusions-, Spaltungs- und Umwandlungsprüfung nach dem Fusionsgesetz, ZSR Bd. 123, 1. Hb., 166.

62 Zur Vertretbarkeitsprüfung vgl. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Bd. 4, Zürich 1998, 6, 36 f.; P. Böckli (FN 40), N 1840 d.

63 S. Zwicker (FN 61), 168.

64 Vgl. A. Comboeuf (FN 59), FusG N 27.

65 Die Überprüfungsklage steht jeden einzelnen Gesellschafter der übernehmenden wie auch der übertragenden Gesellschaft offen (P. Bürgi/L. Glanzmann, Stämpflis Handkommentar, FusG 105 N 12; vgl. Botschaft 4488). Sind allerdings alle Gesellschafter der übertragenden Gesellschafter durch Abfindungszahlungen abgegolten worden, so haben die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft keine Möglichkeit mehr, eine Überprüfungsklage einzuleiten, wenn die Ausgleichszahlung an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zu hoch war, da sämtliche Ausgleichszahlungen der fusionierten Gesellschaft indirekt vollumfänglich zulasten der Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft gehen werden, weshalb in diesen Fällen nur die Verantwortlichkeitsklage gegen das eigene Leitungsorgan helfen kann. Die Überprüfungsklage muss gemäss Art. 105 Abs. 1 FusG innert 2 Monaten nach Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses eingeleitet werden. In Analogie zur Anfechtungsklage gemäss Art. 706OR verlieren Gesellschafter, die dem Fusionsbeschluss zustimmen, vorbehältlich von Willensmängeln ihre Aktivlegitimation (BGE 99 II 57). Gemäss Art. 105 Abs. 3 FusG werden die Kosten grundsätzlich von der fusionierten Gesellschaft getragen; vgl. L. Glanzmann (FN 18), 155.

66 P. Bürgi/L. Glanzmann (FN 65), FusG 105, N 6.

67 Diese Überlegung gilt nicht bei einer Zwangsabfindung, bei der die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft nicht mehr an der fusionierten Gesellschaft beteiligt sind.

68 Der Gross-up wird nach folgender Formel berechnet:
Zahlung = Wertdifferenz x ((Anzahl aller ausstehenden Anteile)/Anzahl aller ausstehenden Anteile - Anzahl der Anteile der berechtigten Gesellschafter))
(bei unterschiedlichen Nennwerten oder Rechten müssen die Anteile in eine Kategorie umgerechnet werden).

69 Dieses Problem entsteht nicht, wenn die Gesellschaft des Klägers zu tief bewertet worden ist, da dann nur der entsprechende Mehrwert von der Gesellschaft zurückbezahlt wird; P. Bürgi/L. Glanzmann (FN 65), FusG 105, N 11.

70 Zum Problem: L. Glanzmann (FN 18), 153.

71 Vgl. vorne Ziff. III.1.c. betreffend Auszahlung von Abfindungszahlungen im Allgemeinen; M. Lutter/R. Bork, Kommentar UmwG 15, N. 5; zum Prinzip des Vorrangs des Gläubigerschutzes: P. Isler/U. von Salis (FN 3), 13.

72 Massgebend ist die Gesellschafterstellung im Zeitpunkt des Fusionsbeschlusses.

73 In ökonomischer Betrachtung zahlt die übernehmende Gesellschaft damit einen Teil der zu erwartenden Synergien voraus oder leistet eine Abgeltung für strategische Vorteile, die sie haben wird.

74 Theoretisch kann dieser nach der Mechanik zur Berechnung der Ausgleichszahlung (gross-up) weit über dem Transaktionsvolumen liegen.

75 Gesellschafter, die zustimmen, verlieren in Analogie zur Anfechtungsklage nach Art. 706OR die Aktivlegitimation (BGE 99 II 57).

76 Sacheinlage der Aktien der übertragenden Gesellschaft bei der übernehmenden Gesellschaft gegen Ausgabe neuer Aktien der übernehmenden Gesellschaft.

77 Botschaft, 4355; vgl. R. Stratz, Kommentar, UmwG 5, N 4.

78 P. Böckli (FN 40), N 294c.

79 Derartige Bestimmungen, wie z.B. über die Aufrechterhaltung bestimmter Organisationsstrukturen oder Betriebsstätten sind nur dann gültig, wenn sie als vertragliche Verpflichtungen zugunsten Dritter ausgestaltet sind, was typischerweise bei derartigen Verträgen aber vermieden wird.

80 Botschaft, 4406.

81 Botschaft, 4406.

82 C. Meier-Schatz, Fusionsgesetz und KMU, ZBJV, Bd. 135bis, 1999, 42.

83 Botschaft, 4406; P. Isler/U. von Salis (FN 3), 20.

84 Vgl. M. Stehli, Aktionärsschutz bei Fusionen, Diss. Zürich 1975, 66; R. Meier, Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages, Diss. Zürich 1986, 67.

85 Vgl. grundlegend BGE 26 II 284; BGE 107 II 186 ; BGE 114 II 196 ; Carl Baudenbacher, BS-Komm., N 7 vor OR 620; P. Forstmoser/A. Meyer-Hayoz/P. Nobel (FN 49), § 7 N 33 ff.

86 Vgl. M. Lutter/M. Lutter (FN 22), UmwG 5, N 5.

87 K. Gantenbein, Fusion, 223; ders. Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im Schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1995, 223.

88 In der Praxis werden die betreffenden obersten Leitungsorgane den eigenen Gesellschaftern den Vertrag selbstverständlich zur Ablehnung empfehlen, falls die General- bzw. Gesellschafterversammlung trotz Anfechtung des Fusionsvertrages überhaupt durchgeführt wird.

89 A.M. P. Forstmoser/A. Meyer-Hayoz/P. Nobel (FN 49), § 57 N 84, die davon ausgehen, dass nach dem Generalversammlungsbeschluss nur noch die aktienrechtlichen Schutzvorkehren, d.h. Anfechtungsklage und Feststellungsklage auf Nichtigkeit möglich sind.

90 F. Bürgi/U. Nordmann (FN 1), OR 748, N 50; P. Forstmoser/A. Meier-Hayoz/P. Nobel (FN 49), § 17 N 34 ff.

91 F. Bürgi/U. Nordmann (FN 1), OR 748, N 50; M. Lutter/M. Lutter (FN 22), UmwG 5, N 89 ff.

92 Botschaft, 4408; vgl. K. Gantenbein (FN 87), 220; R. Meier, Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages, Diss. Zürich 1986, 67.

93 Vgl. dazu Ziff. III.2 vorne.

94 Vgl. dazu Ziff. III.2.c vorne.

95 Vgl. F. Bürgi/U. Nordmann (FN 1), N 18 vor OR 748.

96 Zutritt zur Generalversammlung oder Zahlung von Dividenden.

97 Botschaft, 4408; vgl. M. Lutter/M. Lutter (FN 22), UmwG 5, N 26.

98 Botschaft, 4408.

99 Vgl. M. Lutter/M. Lutter (FN 22), UmwG 5, N 30.

100 Art. 8 Abs. 1 FusG; vgl. vorne Ziff. III.1.b.bb.

101 Art. 8 Abs. 2 FusG; vgl. vorne Ziff. III.1.b.cc.

102 Botschaft, 4409.

103 Botschaft, 4409.

104 Botschaft, 4410.

105 Vgl. M. Lutter/M. Lutter (FN 22), UmwG 5, N 37.

106 Vgl. M. Lutter/M. Lutter (FN 22), UmwG 5, N 36.

107 Botschaft, 4410.

108 Vgl. P. Böckli (FN 40), N 294e; P. Forstmoser/A. Meier-Hayoz/P. Nobel (FN 49), § 54 N 71 ff.; M. Lutter/M. Lutter (FN 22), UmwG 5, N 72 ff.

109 Vgl. M. Lutter/M. Lutter (FN 22), UmwG 5, N 73.

110 Art. 12 Abs. 2 FusG; Botschaft, 4407; vgl. P. Forstmoser/A. Meier-Hayoz/P. Nobel (FN 49), § 57, N 83.

111 Vgl. P. Böckli (FN 40), N 294e.

112 Dazu vorne Ziff. III. 3.c.

113 Um nicht jedem Aktionär die Möglichkeit zu geben, durch Klageeinleitung die gesamte Transaktion zu blockieren, empfiehlt es sich allerdings vorzusehen, dass die obersten Leitungsorgane gemeinsam auf diese Bedingung verzichten können. Dies gibt die Möglichkeit, nach Beurteilung der Klage bzw. Gesprächen mit dem Kläger über den Vollzug zu entscheiden.

114 Z.B. ist die Zustimmung von Gegenparteien wesentlicher Verträge als Bedingung in den Fusionsvertrag aufzunehmen, wenn diese Gegenparteien aufgrund von Change-of-Ownership-

Klauseln bei einer Fusion den Vertrag auflösen könnten und der betreffende Vertrag (wie beispielsweise ein Lizenz- oder Vertriebsvertrag für das Hauptprodukt der Gesellschaft) für den Unternehmenswert der an der Fusion beteiligten Gesellschaften von zentraler Bedeutung ist.

115 Vgl. F. Bürgi/U. Nordmann (FN 1), OR 748 N 47; M. Lutter/M. Lutter (FN 22), UmwG 5, N 74.

116 Um die Zusammenführung der beiden Unternehmen zu symbolisieren, wird zum Teil sogar ein Doppelsitz vorgesehen; eine derartige Konstruktion wird von den Handelsregisterbehörden aber nur in Ausnahmefällen genehmigt, wenn das fusionierte Unternehmen zu beiden Sitzen eine enge und volkswirtschaftlich bedeutungsvolle Beziehung hat und diese Beziehungen zu den beiden Orten auch tatsächlich etwa gleich stark sind (F. Schenker, BS-Komm., OR 626 N 5; vgl. M. Küng, Doppelter Sitz, 15 ff.).

117 Vgl. F. Bürgi/U. Nordmann (FN 1), OR 748 N 47.

118 Vgl. M. Lutter/M. Lutter (FN 22), UmwG 5, N 38.

119 Zur gesetzlichen Pflicht zur aktualisierenden Nachinformation bei wesentlichen Vermögensänderungen, vgl. Art. 17 FusG.

120 Vgl. vorne Ziff. IV.1.b.

121 Diese Bestimmung ist nur für den Fall des Scheiterns der Fusion bedeutungsvoll, da beim Vollzug ohnehin alle Kosten von der fusionierten Gesellschaft getragen werden; M. Lutter/M. Lutter (FN 22), UmwG 5, N 75.

122 P. Isler/U. von Salis (FN 3), 21.

123 Wo bei einer Gesellschaft diese Grenze zu ziehen ist, hängt allerdings von ihrer Rechtsform ab; wenn die Gesellschafter eine Treuepflicht haben, sind die Geschäftsgeheimnisse auch bei Offenlegung geschützt und können entsprechend bekannt gegeben werden. Bei Aktiengesellschaften, wo keine derartige Treuepflicht besteht, müssen dagegen wegen der Gefahr der Weiterleitung keine Geschäftsgeheimnisse offen gelegt werden; vgl. A. Comboeuf (FN 59), FusG 14, N 12.

124 Vgl. vorne Ziff. III.3.a zu dieser Abgrenzung bezüglich der Grundlagen von Unternehmensbewertung und Umtauschverhältnis.

125 M. Lutter/M. Lutter (FN 22),UmwG 8, N 15 ff.

126 Vgl. zu den möglichen Zielen beispielsweise A. Comboeuf (FN 59), FusG 14, N 16.

127 Vgl. Urs Gasser/C. Eggenberger, Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz, AJP/PJA 1998, 467.

128 Insbesondere muss dargestellt werden, ob die Fusion die Covenants allfälliger Finanzierungsverträge verletzt bzw. deren Verletzung wahrscheinlich macht und ob die Finanzierungskosten steigen.

129 Zur erläuternder Funktion: P. Isler/U. von Salis (FN 3), 21.

130 Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. III. 3.a. oben.

131 Dazu Ziff. III.2.c. vorne.

132 Art. 14 Abs. 3 f., FusG.

133 Wie z.B. der Zwang zu Devestitionen.

134 Bei den übrigen Gesellschaftsformen besteht keine Pflicht zur Fusionsprüfung; S. Zwicker (FN 61), 160.

135 S. Zwicker (FN 61), 159.

136 Botschaft 4413.

137 A. Comboeuf (FN 59), FusG 15, N 10.

138 P. Isler/U. von Salis (FN 3), 21.

139 Vgl. Ziff. IV. 5. hinten.

140 A.M. S. Zwicker (FN 61), 163 f., der die Prüfung allein auf die für die Bewertung und das Umtauschverhältnisses wesentlichen Punkte beschränken will.

141 C. Meier-Schatz (FN 7), 2000, 24.

142 A. Comboeuf (FN 59), FusG 15, N 14.

143 Insbesondere Zweck und Folgen der Fusion (Art. 14 Abs. 3 lit. a FusG) sowie Auswirkung der Fusion auf Arbeitnehmer und Gläubiger (Art. 14 Abs. 3 lit. j und k FusG).

144 Vgl. dazu Ziff. II. 2 vorne.

145 Vgl. dazu Ziff. III. 1.b) vorne.

146 Art. 15 Abs. 4 lit. b, c, d und e FusG; S. Zwicker (FN 61), 163.

147 P. Isler/U. von Salis (FN 3), 22.

148 Botschaft 4416; P. Isler/U. von Salis (FN 3), 22.

149 P. Isler/U. von Salis (FN 3), 23.

150 Da die Pflichten aus Art. 17 FusG zwingender Natur sind, kann sich dementsprechend eine Gesellschaft bzw. ihr oberstes Leitungsorgan im Fusionsvertrag auch nicht bedingungslos verpflichten, den eigenen Gesellschaftern die Zustimmung zur Fusion zu empfehlen; eine derartige Verpflichtung muss immer unter dem Vorbehalt veränderter Umstände stehen.

151 Vgl. M. Lutter/P. Hommelshoff, Kommentar UmwG 143 N 13; zu den in diesem Sinne meldepflichtigen Tatsachen A. Comboeuf (FN 59), FusG 17, N 11.

152 Dies ergibt sich schon aus der Erläuterungspflicht gemäss Art. 14 FusG.

153 Christian J. Meier-Schatz/Urs Gasser, Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz aus der Sicht der Familiengesellschaft, SZW 1999, 24.

154 Botschaft 4419.

155 Urs Schenker, Stämpflis Handkommentar, FusG 12, N 20.

156 P. Isler/U. von Salis (FN 3), 24.

157 Art. 22 FusG.

158 Kleinere und mittlere Unternehmen werden von Art. 2 FusG wie folgt definiert: Gesellschaften, die keine Anleihensobligationen ausstehend haben, deren Anteile nicht an der Börse kotiert sind und die überdies zwei der nachfolgenden Grössen nicht in den zwei dem Fusions-, dem Spaltungs- oder dem Umwandlungsbeschluss vorangehenden Geschäftsjahren überschreiten: 1. Bilanzsumme von CHF 20 Mio., 2. Umsatzerlöse von CHF 40 Mio., 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

159 Es ist dabei auch möglich, nur auf den Fusionsbericht und die Fusionsprüfung zu verzichten oder sogar nur auf die Fusionsprüfung. Ein derartiger Teilverzicht kann durchaus sinnvoll sein; die Gesellschafter wollen mindestens in den Fusionsvertrag und die Bilanzen Einsicht nehmen und möchten vom obersten Leitungsorgan auch im Sinne des Fusionsberichtes eine Erläuterung über Ziel und Zweck der Fusion sowie eine Begründung des Umtauschverhältnisses erhalten, sind aber aus Kostengründen bereit, auf die Fusionsprüfung zu verzichten.

160 Vgl. M. Oertli/T. Christen, Das neue Fusionsgesetz, ST 2004, 106, wo der Anteil der KMU auf 99% geschätzt wird.

161 Dazu bietet sich vor allem die Quasifusion durch Sacheinlage sämtlicher Aktien der übernommenen Gesellschaft bei der übernehmenden Gesellschaft an.

162 Art. 14 und 15 FusG.

163 Botschaft 4405.

164 Kapitalerhöhungsbericht und Prüfungsbestätigung (Art. 652e und 652 f. OR bzw. bei einer Kombinationsfusion Art. 635 und 635aOR).

165 S. Bommer, Stämpflis Handkommentar FusG 9, N 13; S. Zwicker (FN 61), 180 f.; a.M. P. Isler/U. von Salis (FN 3), 19 f.

166 Das Erfordernis der 100%igen Beherrschung bezieht sich nur auf Anteile, die Stimmrechte vermitteln; wenn Dritte am Unternehmen über Partizipations- oder Genussscheine beteiligt sind, ändert dies an der betreffenden Ausnahme nichts. Die betroffenen Personen können ihre Rechte in diesem Fall nur durch die Überprüfungsklage gemäss Art. 105 FusG wahren, wobei die Begründung der Klage mangels Einsicht in die Grundlagen der Fusion allerdings schwierig ist.

167 P. Isler/U. von Salis (FN 3), 26.

168 Die erleichterte Fusion gemäss Art. 23 FusG kann ohne Weiteres mit dem Squeeze-Out gemäss Art. 8 Abs. 2 FusG verbunden werden, d.h. es ist auf diese Weise möglich, Minderheitsaktionäre, die weniger als 10% halten, aus der Gesellschaft zu entfernen.

169 Es handelt sich um die gleichen Punkte, wie bei 100% Beherrschung zuzüglich der Bestimmung über das Austauschverhältnis.

170 Fusionsvertrag, Bilanzen und Prüfungsbericht.

171 P. Isler/U. von Salis (FN 3), 26.

172 P. Isler/U. von Salis (FN 3), 27.