Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz



Dr. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Zürich



Dr. URS P. GNOS, LL.M., Rechtsanwalt, Zürich

Inhaltsübersicht:

I. Einleitung
II. Fusion
A. "Normale" Fusion
a) Fall *SPS/Maag*
b) Fall *PSP/GFG*
B. Konzerninterne Fusion
a) Fall *CSFB/CS*
b) Fall *A-AG/B-AG* (als analoge Schwesterfusion?)
C. KMU-Fusion
a) Sachverhalt
b) Verzicht als Voraussetzungen für KMU-Erleichterungen
D. Sanierungsfusion
a) Sachverhalt
b) Rangrücktritt
E. Abfindungsfusion/Dreiecksfusion
a) Sachverhalt
b) Zur Abfindung im Allgemeinen
c) Zur Dreiecksfusion im Speziellen
d) Squeeze-out nach BEHG/squeeze-out nach FusG
III. Spaltung
a) Fall *Danzas/DHL*
b) Fall *RMB*
c) Exkurs: Spaltung nach FusG vs herkömmliches zweistufiges Spaltungsverfahren
IV. Umwandlung
a) Fall *Y*
b) Fall *Conventis*
c) Fall *Taur-Kredit*
V. Vermögensübertragung
a) Fall *Kull*
b) Fall *Buchs*
c) Fall *Siemens/Swisscom*
d) Exkurs: Vermögensübertragung nach FusG vs herkömmlicher Asset Deal
VI. Grenzüberschreitende Transaktionen
a) Fall *Maggi/Nestlé*
b) Fall *A Ltd.*
VII. Transaktion unter Beteiligung eines Instituts des öffentlichen Rechts
a) Sachverhalt
b) Vermögensübertragung mit Beteiligung eines Instituts des öffentlichen Rechts
VIII. Fazit

I. Einleitung

Vom Inkrafttreten des FusG am 1. Juli 2004 bis Februar 2006 wurden cirka 1350 Fusionen, 120 Spaltungen, 1200 Umwandlungen und ungefähr 670 Vermögensübertragungen nach FusG durchgeführt[1].

Damit ist die Fusion die in der Praxis klar am häufigsten anzutreffende Umstrukturierungsform. Auch Umwandlungen wurden viele vorgenommen. Was die anderen Umstrukturierungsformen anbelangt, so ist festzuhalten, dass die Spaltung und die Vermögensübertragung noch nicht den erhofften Eingang in die Praxis gefunden haben. Darüber hinaus kann man kaum zuverlässig genaue Angaben machen. Die Autoren gehen jedoch davon aus, dass die meisten Fusionen zwischen verbundenen Gesellschaften stattfinden. Es fällt zudem auf, dass praktisch nur Absorptionsfusionen, kaum jedoch Kombinationsfusionen vorkommen. In wenigen Fällen wurde eine so genannte Dreiecksfusion durchgeführt. Grenzüberschreitende Fusionen wurden auch nur vereinzelt durchgeführt, wobei es sich in allen Fällen um Immigrationsabsorptionen handelte.

II. Fusion

A. "Normale" Fusion

a) Fall *SPS/Maag*

aa) Sachverhalt

Im Rahmen einer Absorptionsfusion i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 4 Abs. 1 lit. a FusG übernahm die Swiss Prime Site AG (SPS) die Aktiven und Passiven der Maag Holding AG (Maag). Zur Anpassung des Umtauschverhältnisses splittete die SPS ihre Aktien gleichzeitig mit dem Vollzug

---

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., ist Partner und Dr. iur. URS GNOS, LL.M. ist Anwalt bei der Anwaltskanzlei Walder Wyss & Partner, Zürich. Die Autoren bedanken sich bei ihrem Kollegen lic. iur. LUCAS HÄNNI, Rechtsanwalt, für die wertvolle Mitarbeit.

1 Dank gebührt dem Eidgenössischen Amt für das Handelsregister (EHRA), welches uns freundlicherweise die diesen Zahlen zugrunde liegende (inoffizielle) *Statistik zur Entwicklung der Handelsregisteranmeldungen über Umstrukturierungen nach FusG* zur Verfügung stellte. Bei der Zahl der Fusionen ist immerhin insofern ein Vorbehalt anzubringen, als bloss die Löschungen statistisch erfasst wurden. Mithin wurden bei Kombinationsfusionen – welchen in der Praxis jedoch bloss geringe Bedeutung zukommt – die Löschungen beider (oder mehrerer) übertragender Gesellschaften erfasst, obwohl es sich tatsächlich bloss um eine Fusion handelte.

des Fusionsvertrages im Verhältnis 1:5. Die Aktionäre der Maag erhielten pro Maag-Aktie (brutto bzw. vor Verrechnungssteuer-Abzug) 3,19 Aktien der SPS (nach Split). Die für den Aktientausch nötigen SPS-Aktien wurden im Rahmen einer genehmigten Kapitalerhöhung von SPS geschaffen. Entstehende Fraktionen (Ausgleichszahlungen) übernahm die SPS gegen eine Zahlung in bar.

bb) Aktientausch und Kapitalerhöhung

Die Beteiligten hatten sich bezüglich des beschriebenen Umtauschs der Aktien zur Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft i.S.v. Art. 7 FusG (unter anderem) mit folgenden Fragen auseinanderzusetzen:

(i) Anpassung des Umtauschverhältnisses

Eine AG kann *nicht Bruchteile von Aktien* (weniger als mindestens eine Aktie) als Entschädigung anbieten. Eine Anpassung des Umtauschverhältnisses[2] kann durch Erhöhung oder durch Herabsetzung des Wertes der Aktien erreicht werden. Eine Werterhöhung der Aktien hat z.B. die Zusammenlegung[3] oder die Vernichtung von Aktien zur Folge. Zu einer Herabsetzung des Wertes einer Aktie führt eine Kapitalherabsetzung oder eine Dividendenausschüttung. In casu wurde das Umtauschverhältnis durch *Aktiensplit*[4] angepasst, d.h. der Aktiennennwert wurde herabgesetzt und im Gegenzug die Anzahl Aktien erhöht (vgl. Art. 623 Abs. 1 OR)[5]. Der Aktiensplit ermöglichte die Zuteilung von mindestens einer SPS-Aktie an jeden Maag-Aktionär im Rahmen der Fusion[6].

(ii) Fraktionen

Gemäss Art. 7 Abs. 2 FusG sind *Ausgleichszahlungen* im Sinne eines Spitzenausgleichs für Differenzen, die sich aus dem Umtausch ergeben, bis zu einem Umfang von 10% der gewährten Anteile zulässig. Es handelt sich immer um eine Zuzahlung. Demnach kann eine Ausgleichszahlung vorgenommen werden, wenn ein Aktionär der übertragenden Gesellschaft bspw. einen Anspruch auf 1,05 Aktien an der übernehmenden Gesellschaft hat. Diesfalls kann er mit dem Betrag, der dem Wert von 0,05 Aktien der übernehmenden Gesellschaft entspricht, abgefunden werden[7].

(iii) Genehmigte Kapitalerhöhung

Die übernehmende Gesellschaft muss das Kapital nur erhöhen, soweit dies für die Wahrung der Rechte der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft notwendig ist (Art. 9 Abs.1 FusG)[8]. Zu beachten ist dabei zunächst das *Verbot der Unterpari-Emission*, wonach Aktien nur zum Nennwert oder zu einem diesen übersteigenden Betrag ausgegeben werden dürfen (Art. 624 OR)[9]. Gemäss Praxis des EHRA ist dabei der Aktivenüberschuss zu Buchwerten (und nicht der ermittelte Unternehmenswert) massgebend[10]. Die Kapitalerhöhung dürfte in den meisten Fällen eine genehmigte sein, da der Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung bis zu zwei Jahren gültig bleibt[11]. Zudem befreit das FusG von der betragsmässigen Einschränkung des Art. 651 Abs. 2 OR[12].

(iv) Bezugsrechtsausschluss

Der Bezugsrechtsausschluss der Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft ist für die Kapitalerhöhung i.S.v. Art. 9

2 Das Umtauschverhältnis ergibt sich zunächst aus dem Verhältnis der errechneten Unternehmenswerte der beteiligten Gesellschaften, welche jeweils durch die Anzahl Aktien geteilt werden, BSK-TSCHÄNI/PAPA, Art. 7 FusG N 11. Zur Unternehmensbewertung s. BSK- TSCHÄNI/PAPA, Art. 7 FusG N 19 ff.

3 Die Zusammenlegung von Aktien ist nur zulässig mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre und ist damit (insbesondere bei grossen Publikumsgesellschaften) kaum durchführbar, vgl. Art. 623 Abs. 2 OR.

4 Vom Aktiensplit (zur Anpassung des Umtauschverhältnisses) zu unterscheiden ist die *Splitting-Fusion*, bei welcher es sich um eine (echte) Absorptionsfusion ohne Kapitalerhöhung handelt. Im Rahmen der Splitting-Fusion wird das Aktienkapital der übernehmenden Gesellschaft durch Nennwertreduktion herabgesetzt und sogleich wieder auf den ursprünglichen Betrag erhöht, wobei die neuen Aktien aus dem frei gewordenen Aktienkapital geschaffen und an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft übertragen werden. Kennzeichnend für die Splitting-Fusion ist somit, dass nicht durch Kapitalerhöhung neue Aktienstellen geschaffen, sondern dass im Rahmen des bisherigen Kapitals zusätzliche Aktienstellen durch Erhöhung der Anzahl der Teilsummen bereitgestellt werden. Zur umstrittenen Zulässigkeit m.w.H. s. LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, Bern 2006, N 256 und eingehend ROLF WEBER, Splitting-Fusion in der Praxis, SZW 65 (1993), 172 ff.

5 Zur Anpassung des Umtauschverhältnisses s. GLANZMANN (FN 4), N 204 ff.; BSK- TSCHÄNI/PAPA, Art. 7 FusG N 11.

6 Ohne Aktiensplit hätte jeder Maag-Aktionär bloss Anspruch auf 0,64 SPS-Aktien gehabt (3,19 : 5).

7 Dem Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft muss aber mindestens eine Aktie der übernehmenden Gesellschaft zukommen. Aus diesem Grund musste im Fall SPS/Maag zuerst ein Aktiensplit vorgenommen bzw. das Umtauschverhältnis angepasst werden.

8 Eine Kapitalerhöhung ist somit nicht erforderlich, wenn die übernehmende Gesellschaft eigene Aktien im erforderlichen Umfang besitzt (Art. 659 ff. OR). Dasselbe gilt, wenn die übertragende Gesellschaft Aktien der übernehmenden Gesellschaft besitzt (diese fallen infolge Universalsukzession in den Besitz der übernehmenden Gesellschaft und können als Entschädigung verwendet werden); vgl. auch die Fälle von Art. 23 Abs. 1 FusG sowie Art. 8 Abs. 2 FusG (Barabfindung).

9 GLANZMANN (FN 4), N 260.

10 Demnach müssen die Nettoaktiven der übertragenden Gesellschaft mindestens gleich hoch wie der Nennwert der neu geschaffenen Aktien sein, vgl. ULYSSES VON SALIS, Fusionsgesetz, Zürich 8/2004, 61 f.

11 Art. 651 Abs. 1 OR; vgl. demgegenüber Art. 650 Abs. 3 OR bei der ordentlichen Kapitalerhöhung (3 Monate).

12 Art. 9 Abs. 2 FusG.

FusG *sachlich zwingend* und demnach ohne weiteres zulässig[13].

(v) Kapitalerhöhungsbericht und Prüfungsbestätigung

Diese Belege wurden im Fall SPS/Maag erstellt und dem Handelsregister eingereicht. Ob dies tatsächlich nötig gewesen wäre, ist umstritten. Die Praxis der Handelsregisterämter ist diesbezüglich uneinheitlich. So muss gemäss dem Handelsregisteramt Zürich (HRA ZH) ein Kapitalerhöhungsbericht in jedem Fall erstellt werden, wobei er bei Vorliegen eines Fusionsberichtes nur noch die Ausführungen zu Art. 652e Ziff. 4 OR (Bezugsrechtsausschluss) enthalten muss[14]. Nach einem Teil der Lehre erübrigt sich (über den Wortlaut von Abs. 2 des Art. 9 FusG i.V.m. Art. 651 Abs. 2 OR hinausgehend) der Kapitalerhöhungsbericht und die Prüfungsbestätigung[15]. Auch das EHRA erachtet es nunmehr als vertretbar, dass im Rahmen des "ordentlichen" Fusionsverfahrens auf einen separaten Kapitalerhöhungsbericht (und somit auch auf die Prüfungsbestätigung) verzichtet wird[16].

b) Fall *PSP/GFG*

aa) Sachverhalt

Im Rahmen einer Absorptionsfusion i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG übernahm die PSP Properties AG (PSP) die Aktiven und die Passiven der GFG Gesellschaft für Grundeigentum (GFG) gemäss Fusionsvertrag vom 15. September 2005. Die Aktionäre der GFG erhielten dabei Aktien der PSP und das Aktienkapital der PSP wurde infolge Fusion erhöht. Zugrunde gelegt wurde der Fusion eine Zwischenbilanz datiert vom 30. Juni 2005.

bb) (Zwischen-)Bilanz

Gemäss Art. 11 Abs. 1 FusG[17] ist eine Zwischenbilanz in zwei Fällen zu erstellen. So ist ein Zwischenabschluss einmal zu erstellen, wenn der Bilanzstichtag mehr als sechs Monate zurückliegt. Unabhängig von der seit dem Bilanzstichtag verstrichenen Zeit ist eine Zwischenbilanz auch dann notwendig, wenn seit Abschluss der letzten Bilanz wichtige Änderungen in der Vermögenslage der an der Fusion beteiligten Gesellschaften eingetreten sind. Einige Merkpunkte zum Thema Bilanz bzw. Zwischenbilanz sollen nachfolgend aufgeführt werden[18]:

(i) Betroffene Gesellschaften

Gemäss Art. 11 Abs. 1 FusG müssen "die beteiligten Gesellschaften" eine (Zwischen-)Bilanz erstellen. Gemeint sind damit *alle* an der Fusion *beteiligten* Gesellschaften. Zu beachten ist aber, dass beim Handelsregisteramt bloss die Bilanz der *übertragenden* Gesellschaft – in casu diejenige der GFG – als Beleg eingereicht werden muss (Art. 105a Abs. 1 lit. b HRegV)[19].

(ii) Bilanzstichtag

Liegen zwischen dem letzten Bilanzstichtag und dem Datum des Abschlusses des Fusionsvertrages mehr als sechs Monate zurück, muss die betreffende Gesellschaft eine Zwischenbilanz erstellen[20]. Somit ist bei der Fusion (wie auch bei der Spaltung[21]) der relevante Stichtag für die Berechnung der Sechsmonatefrist der *Abschluss des Fusionsvertrages* (Art. 11 Abs. 1 FusG)[22]. Der letzte Bilanzstichtag wird in der Regel dem *Abschluss des letzten*

13 HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/FRANZ J. KESSLER/MARTIN DIETRICH/KATJA BERLINGER, Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N 214.

14 So explizit die Wegleitung des Handelsregisteramtes des HRA ZH, auf: http://www.hrazh.ch/wegleitung/unten/deutsch/faq-fusg.pdf.

15 BSK-DIEM, Art. 9 FusG N 44, N 29 f. m.w.H. und BSK-SCHLEIFFER, Art. 21 FusG N 21; a.M. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2004, § 3 N 137.

16 Dies wohl mit der Begründung, dass im "ordentlichen" Fusionsverfahren ein Fusionsbericht erstellt und vom besonders befähigten Revisor geprüft wird, MICHAEL GWELESSIANI/HANSPETER KLÄY/PETER RUF/GREGOR THOMI, Fusionsgesetz – Ausgewählte Fragestellungen, in: REPRAX 2/05, 32.

17 Art. 11 FusG ist nur auf buchführungspflichtige Gesellschaften wie die AG, die Kommandit-AG, die GmbH, die Genossenschaft und die kaufmännische Kollektiv- und Kommanditgesellschaft anwendbar (Art. 957 OR).

18 Die nachfolgenden Ausführungen zur (Zwischen-)Bilanz bei der Fusion gelten sinngemäss auch für die (Zwischen-)Bilanz im Rahmen einer *Spaltung* (vgl. Art. 35 und 40 FusG, wobei die Nichterwähnung der Bilanz in Art. 40 FusG wohl ein Versehen des Gesetzgebers darstellt) oder einer *Umwandlung* (Art. 58 und 62 FusG). Einzig bei der Berechnung der Sechsmonatefrist bei der Umwandlung besteht eine (kritisierte) Diskrepanz insofern, als der relevante Stichtag für die Berechnung der Frist nicht der Abschluss des Umwandlungsplans, sondern die Erstattung des Umwandlungsberichts ist (Art. 58 Abs. 1 FusG), GLANZMANN (FN 4), N 274; bezüglich Prüfung der Spaltungsbilanz (Art. 40 FusG) bleibt darauf hinzuweisen, dass sich die Prüfung auf die Teile der Bilanz beschränkt, welche abgespalten werden, nicht aber diejenigen Teile der Bilanz, welche bei der übertragenden Gesellschaft "zurückbleiben", BSK-WATTER/BÜCHI, Art. 35 FusG N 17 und N 7. Bei der Vermögensübertragung fehlt eine Art. 11 FusG (bzw. Art. 35 und 58 FusG) entsprechende Bestimmung.

19 Wegleitung (FN 14).

20 Gemäss dem klaren und eindeutigen Wortlaut ist in jedem Fall eine Zwischenbilanz zu erstellen. So kann bspw. auch im Rahmen einer konzerninternen Absorptionsfusion (Art. 23 Abs. 1 lit. a FusG) – die Tochtergesellschaft wies in casu einen grossen Aktivenüberschuss auf – der Fusionsvertrag, welcher am 1. September geschlossen wurde, nicht auf einer Bilanz vom 31. Dezember des Vorjahres basieren. Somit bleibt auch in Fällen, in welchen die Erstellung einer Zwischenbilanz nach Ansicht der Beteiligten keinen Sinn macht, kein Raum für Ausnahmen, GREGOR THOMI, in: REPRAX 2/05, Stellungnahmen der Oltner Arbeitstagung 2003-2005, 43 f.

21 Art. 35 Abs. 1 FusG.

22 Gemeint ist damit der Abschluss des Fusionsvertrages durch den Verwaltungsrat (bei der AG) und nicht etwa der Fusionsbeschluss, GLANZMANN (FN 4), N 276 Fn. 598.

ordentlichen Geschäftsjahres entsprechen[23]. Bloss im Ausnahmefall, in welchem nach dem Jahresabschluss ein Zwischenabschluss erstellt wurde, beginnt die Frist am Bilanzstichtag dieses Zwischenabschlusses[24].

(iii) Fusionsprüfung und Revision der (Zwischen-)Bilanz

Gemäss Art. 15 Abs. 1 FusG unterliegt die Fusionsbilanz im "ordentlichen"[25] Verfahren der Prüfung durch einen *besonders befähigten Revisor*, den sog. Fusionsprüfer. Dasselbe gilt auch für die Zwischenbilanz, d.h. auch sie muss im "ordentlichen" Verfahren (wie die ordentliche Bilanz) vom Fusionsprüfer geprüft werden[26]. Zu beachten ist, dass Art. 11 Abs. 2 FusG gewisse Erleichterungen für das Erstellen der Zwischenbilanz vorsieht. Im Übrigen ist die Zwischenbilanz gemäss den *Vorschriften und Grundsätzen für den Jahresabschluss* zu erstellen (Art. 11 Abs. 2 FusG)[27]. Falls eine Gesellschaft ihre Jahresrechnung aufgrund einer gesetzlichen oder statutarischen Revisionspflicht prüfen lassen muss[28], ist in der Lehre *umstritten*, ob eine allfällige Zwischenbilanz nach Art. 11 FusG *ebenfalls revisionspflichtig* ist[29]. Mit dem EHRA ist wohl davon auszugehen, dass in diesen Fällen auch die Zwischenbilanz der Revisionspflicht untersteht[30, 31]. In der Praxis sind die voneinander unabhängigen Prüfungen durch den Fusionsprüfer (Art. 15 FusG)[32] einerseits und durch die Revisionsstelle nach OR andererseits somit stets auseinander zu halten[33].

(iv) Wichtige Änderungen in der Vermögenslage

Mit "Abschluss der letzten Bilanz" (Art. 11 Abs. 1 FusG) ist der *letzte Bilanzstichtag* gemeint[34]. Mit "wichtige Änderungen" spricht die Bestimmung *wesentliche* Änderungen bezüglich Funktion der Fusionsbilanz an. Mithin müssen die Änderungen die Festlegung des *Umtauschverhältnisses* (bzw. die Höhe einer allfälligen Abfindung) und die Gewährleistung der Kapitalaufbringung[35] massgeblich tangieren sowie *nicht objektiv mit absoluter Genauigkeit feststellbar*[36] sein. Es kann sich dabei sowohl um positive als

23 BSK-DIEM, Art. 11 FusG N 8. Bemerkenswert ist, dass mit der (als zu kurz kritisierten) Sechsmonatefrist die Erstellung einer Zwischenbilanz nach Art. 11 Abs. 1 FusG als vermeintliche Ausnahme zur Regel wird: Die Erstellung und eventuelle Prüfung einer ordentlichen Bilanz nimmt nämlich zwei bis vier Monate in Anspruch. Daraus folgt, dass pro Jahr bloss ein Zeitraum von zwei bis vier Monaten zur Verfügung steht, um eine Fusion ohne Zwischenbilanz durchzuführen, GLANZMANN (FN 4), N 275.

24 Hingegen kann vom Handelsregisteramt eine Zwischenbilanz nicht verlangt werden in dem Fall, in welchem der Fusionsbeschluss erst nach sechs Monaten seit dem Vertragsschluss gefasst wird. Denn es besteht keine Vorschrift, wonach die Umstrukturierung innert einer genau festgelegten Frist seit Abschluss des Fusionsvertrages beschlossen werden muss, in: REPRAX 2/05, Fragestellungen (FN 16), 30.

25 D.h. sofern nicht eine erleichterte konzerninterne Fusion oder eine KMU-Fusion (unter Zustimmung aller Gesellschafter) vorliegt.

26 VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 226; BSK-DIEM, Art. 11 FusG N 17.

27 Bei den anzuwendenden Vorschriften und Grundsätzen handelt es sich um die für die jeweilige Gesellschaftsform geltenden *Vorschriften und Grundsätze des OR*. So kommen bei der AG und (kraft Verweis, Art. 764 Abs. 2, Art. 805, Art. 858 Abs. 2 OR) bei der Kommandit-AG, bei der GmbH und den Kredit- und den konzessionierten Versicherungsgenossenschaften ebenfalls Art. 662 ff. OR zur Anwendung. Für die kaufmännische Kollektiv- und Kommanditgesellschaft gelten die allgemeinen Buchführungsvorschriften des OR (Art. 958 ff. OR); Bilanzen, die nach anderen Regelwerken wie FER, IFRS oder US-GAAP erstellt wurden, können nicht als Fusionsbilanzen i.S.v. Art. 11 FusG verwendet werden, BSK- DIEM, Art. 11 FusG N 6.

28 So besteht eine Pflicht zur Revision für die AG (Art. 727 ff. OR), für die Kommandit-AG (Art. 768 OR) und für die Genossenschaft (Art. 906 OR); demgegenüber muss sie bei der GmbH nicht in geprüfter Form vorliegen, es sei denn, die Statuten sähen eine Kontrollstelle vor.

29 Für eine Revision der Zwischenbilanz sprechen sich aus FLORIAN BOMMER, Stämpflis Handkommentar FusG, Bern 2003, Art. 11 N 8; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 226; GLANZMANN (FN 4), N 278; a.M. ZK-ALBRECHT, Art. 11 FusG N 28; BSK- DIEM, Art. 11 FusG N 17, welche eine Vorschrift zur Revision der Zwischenbilanz der Bestimmung von Art. 11 FusG nicht zu entnehmen vermögen.

30 MICHAEL GWELESSIANI/HANSPETER KLÄY/PETER RUF/GREGOR THOMI, Kurzkommentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz, in: REPRAX 2/3/04, 8.

31 S. aber VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 226, die darauf hinweisen, dass es bei einer Zwischenbilanz, welche aufgrund der auf die Gesellschaft anwendbaren Bestimmungen des OR geprüft werden muss, lediglich um eine vereinfachte Zwischenabschlussprüfung geht; so auch GLANZMANN (FN 4), N 278, welcher eine bloss prüferische Durchsicht (Review) als genügend erachtet; auch die Treuhandkammer geht davon aus, dass in Anbetracht der Erleichterungen von Art. 11 Abs. 2 FusG und – insbesondere bei grossen Unternehmen – aus zeitlichen Gründen eine vollwertige Abschlussprüfung gar nicht durchführbar ist und deshalb eine den Umständen angepasste prüferische Durchsicht der Zwischenbilanz genügt, Treuhandkammer, Empfehlungen zur Prüfung: Prüfungen nach dem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (PE-800-1), N 47; ablehnend gegenüber einer bloss prüferischen Durchsicht jedoch das EHRA, in: REPRAX 2/05, Stellungnahmen (FN 20), 44 f., welches eine ordentliche Prüfung als notwendig und unumgänglich erachtet.

32 So ist die Ordnungsmässigkeit im Rahmen der Fusionsprüfung nicht Prüfungsinhalt, GLANZMANN (FN 4), N 278.

33 VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 226 erachten es immerhin als denkbar und zulässig, die Revision (bei der AG) nach OR mit der Fusionsprüfung nach FusG zu verbinden.

34 BSK-DIEM, Art. 11 FusG N 10; GLANZMANN (FN 4), N 276; ZK-ALBRECHT, Art. 11 FusG N 27.

35 Hier ist die übertragende Gesellschaft angesprochen, vgl. Art. 624 OR, Art. 105a Abs. 1 lit. b HRegV.

36 BSK-DIEM, Art. 11 FusG N 13.

auch um negative Veränderungen der Vermögenslage handeln[37, 38]. Wird vor Abschluss des Fusionsvertrages eine *Dividende* ausgerichtet, muss wohl deshalb keine Zwischenbilanz erstellt werden, weil sich diese Vermögensänderung objektiv genau feststellen lässt. Dasselbe kann bezüglich einer ordentlichen oder genehmigten *Kapitalerhöhung*[39] gesagt werden. Demgegenüber kann es bei Käufen von Waren oder Wertpapieren durchaus zu möglicherweise wesentlichen *Wertschwankungen* im Vermögen kommen[40], weshalb in diesen Fällen stets geprüft werden muss, ob eine Zwischenbilanz zu erstellen ist oder nicht. Da sich eine Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen in der Praxis oftmals als schwierig erweisen dürfte, ist es letztlich dem *pflichtgemässen Ermessen* des zuständigen Organs[41] überlassen zu entscheiden, ob eine wichtige Änderung in der Vermögenslage vorliegt bzw. ob eine Zwischenbilanz zu erstellen ist[42].

(v) Rechtsfolgen bei Verletzung der Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz

Wird die Sechsmonatefrist nicht beachtet, so wird das zuständige Handelsregisteramt die Eintragung wohl *verweigern*. Da Änderungen in der Vermögenslage der Gesellschaften für das Handelsregisteramt regelmässig nicht ersichtlich sind, wird hier der Eintrag wohl *trotz Verletzung von Art. 11 FusG erfolgen*[43]. In diesem Fall bleibt den Gesellschaftern die Möglichkeit, die gerichtliche Überprüfung ihrer Anteils- und Mitgliedschaftsrechte gestützt auf Art. 105 FusG zu verlangen oder aber den Fusionsbeschluss nach Art. 106 FusG anzufechten[44].

B. Konzerninterne Fusion

a) Fall *CSFB/CS*

aa) Sachverhalt

Mittels Absorptionsfusion i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG übernahm die Credit Suisse First Bosten (CSFB) die Credit Suisse (CS). Einzige Aktionärin sowohl von CSFB als auch von CS war die Credit Suisse Group (CS Group), womit gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG i.V.m. Art. 24 Abs. 1 FusG die Bestimmungen über die erleichterte Fusion Anwendung fanden (Schwester-Fusion). Da die CS Group sämtliche Aktien von CSFB und von CS hielt, fand weder eine Kapitalerhöhung noch eine Aktienzuteilung statt. Schliesslich wurde die CS als übertragende Gesellschaft im Handelsregister gelöscht.

bb) Erleichterungen bei der 100 %-igen Schwester-Fusion

(i) Erleichterungen nach Art. 24 Abs. 1 FusG im Allgemeinen

Der Fusionsvertrag muss nur die Angaben nach Art. 13 Abs. 1 lit. a und f-i FusG enthalten. Demgegenüber kann auf die Angaben im Zusammenhang mit der Wahrung der mitgliedschaftlichen Kontinuität (Art. 13 Abs. 1 lit. b-e FusG) verzichtet werden. Zudem entfallen die Pflicht zur Erstellung eines Fusionsberichtes (Art. 14 FusG), die Pflicht zur Prüfung des Fusionsvertrages und der der Fusion zugrunde liegenden Bilanz sowie die Pflicht zur Erstellung eines Prüfungsberichts (Art. 15 FusG). Auch müssen die Gesellschaften ihren Gesellschaftern kein Einsichtsrecht (Art. 16 FusG) gewähren und der Fusionsvertrag muss der Generalversammlung nicht zur Beschlussfassung unterbreitet werden (Art. 18 Abs. 1 FusG).

(ii) Bilanz im erleichterten Verfahren

Da die Bilanz im Rahmen des erleichterten[45] Verfahrens *nicht von einem besonders befähigten Revisor geprüft werden muss* (Art. 24 Abs. 1 i.V.m. Art. 15 FusG), gilt Folgendes: Die Bilanz ist nach den jeweils für die entsprechende Rechtsform geltenden Rechnungslegungsregeln zu erstellen und zu prüfen, wobei eine entsprechende "Bestätigung" aus der Bilanz selber oder aus anderen Dokumenten hervorgehen kann[46]. Nicht unerwähnt bleiben soll, dass das erleichterte Verfahren nach Art. 24 Abs. 1 FusG nicht etwa

37 BSK-DIEM, Art. 11 FusG N 11; wobei sich diese jedoch gegenseitig neutralisieren können, ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/URS BEHNISCH, Kommentar FusG, Zürich 2005, Art. 11 N 9.

38 Gemäss Botschaft liegt eine wesentliche Veränderung etwa dann vor, wenn vor der Fusion einer Genossenschaft zahlreiche Mitglieder austreten und Rückzahlung der Anteilscheine verlangen, da dies zu einer erheblichen Kapitalverminderung führt, Botschaft, 4405.

39 Bei der bedingten Kapitalerhöhung muss eine Zwischenbilanz dann nicht eingereicht werden, wenn der Erhöhungsbetrag der zuvor eingetragenen bedingten Kapitalerhöhung im Verhältnis zum ursprünglichen Eigenkapital der Gesellschaft keine allzu relevante Änderung in der Vermögenslage darstellt, Wegleitung (FN 14).

40 Es handelt sich somit nicht bloss um einen die Vermögenslage nicht beeinträchtigenden Aktiventausch: Denn gekaufte Äpfel können faul werden oder Wertpapiere können negativen Kursschwankungen unterliegen, was zwangsläufig zu Wertverminderungen führt.

41 Je nachdem, ob die Fusion im erleichterten Verfahren durchgeführt wird oder nicht, wird diese Entscheidung (bei der AG) durch den Verwaltungsrat oder die Revisionsstelle zu treffen sein.

42 BÖCKLI (FN 15), § 3 N 81 dagegen fordert, dass eine wichtige Änderung ab Überschreiten einer 10%-Schwelle vorliegen soll.

43 VOGEL/HEIZ/BEHNISCH (FN 37), Art. 11 N 10; BSK-WATTER/RAMPINI, Art. 35 FusG N 20 zur gleichen Frage bei der Spaltung.

44 VOGEL/HEIZ/BEHNISCH (FN 37), Art. 11 N 11; ZK-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 35 FusG N 7 zur Spaltung.

45 Zur Bilanz im "ordentlichen" Verfahren s. II.A.b)bb).

46 Wegleitung (FN 14).

davon entbindet, unter den Voraussetzungen von Art. 11 FusG eine *Zwischenbilanz* zu erstellen[47].

(iii) Dispensation von Sacheinlagevorschriften bei Kapitalerhöhung?

In casu wurde das Aktienkapital der CSFB nicht erhöht, da es zur Wahrung der Rechte des einzigen Aktionärs der CS (die CS Group) nicht erforderlich war (vgl. Art. 9 Abs. 1 FusG). Gleichwohl hätte es der CSFB offen gestanden, das Aktienkapital zu erhöhen[48]. Unklar ist nun, ob auf eine solche Kapitalerhöhung die Dispensation von den Sacheinlagevorschriften[49] von Art. 9 Abs. 2 FusG anwendbar ist. So wird die Meinung vertreten, auf die Sacheinlagevorschriften könne dann verzichtet werden, wenn das Kapital ausschliesslich zur Durchführung der Fusion erhöht wird[50]. Die wohl h.L. geht jedoch davon aus, dass im Verfahren nach Art. 24 Abs. 1 FusG die Dispensregelung von Art. 9 Abs. 2 FusG nicht anwendbar ist, die *Sacheinlagevorschriften mithin zu beachten* sind[51].

cc) Spezielles zur Handelsregisteranmeldung

Bei der Fusion im erleichterten Verfahren ist – neben den Erleichterungen nach Art. 24 FusG – bei der Handelsregisteranmeldung Folgendes zu beachten:

(i) Einreichen des VR-Beschlusses

Gemäss Art. 105a Abs. 3 HRegV sind bei der Handelsregisteranmeldung – anstelle der Genehmigungsbeschlüsse der Generalversammlung und dem Prüfungsbericht[52] – *Auszüge aus den Protokollen des Verwaltungsrates (bei der AG)* über den Abschluss des Fusionsvertrages einzureichen, sofern der Fusionsvertrag nicht von allen Verwaltungsratsmitgliedern unterzeichnet ist.

(ii) Nachweis der Voraussetzungen von Art. 23 FusG

Soweit dies nicht aus anderen Belegen hervorgeht, muss zudem nachgewiesen werden, dass die Gesellschaften die Voraussetzungen von Art. 23 FusG erfüllen (Art. 105a Abs. 3 HRegV).

(iii) Kapitalerhöhungsbericht und Prüfungsbestätigung

Im erleichterten Verfahren ist im Falle einer – im Rahmen der CSFB/CS-Umstrukturierung wie erwähnt jedoch nicht vorgenommenen – Kapitalerhöhung[53] der Anmeldung zur Eintragung ein Kapitalerhöhungsbericht und die Prüfungsbestätigung der Revisionsstelle beizulegen[54].

(iv) Erleichterungen für Zweigniederlassungen

Gemäss Art. 74a Abs. 2 HRegV müssen die sich aus einer Umstrukturierung ergebenden Änderungen von eingetragenen Tatsachen unverzüglich beim Handelsregisteramt angemeldet werden. Im Falle einer Fusion hat die Anmeldung durch den übernehmenden Rechtsträger zu erfolgen. Bemerkenswert ist nun aber, dass die übernehmende Gesellschaft die HR-Anmeldung zwar sowohl dem Handelsregisteramt des Hauptsitzes als auch den Ämtern am "Sitz" der Zweigniederlassungen zustellen muss, die erforderlichen Dokumente jedoch von den Registerbehörden am Hauptsitz *von Amtes wegen den anderen Handelsregisterämtern übermittelt* werden[55]. Dies ist eine begrüssenswerte Erleichterung für die beteiligten Gesellschaften.

b) Fall *A-AG/B-AG* (als analoge Schwesterfusion?)

aa) Sachverhalt

Die A-AG, zu 100% durch X gehalten, fusionierte mit der B-AG, zu 100% gehalten durch Y. Bei beiden Firmen handelte es sich um KMU i.S.v. Art. 2 lit. e FusG. Ursprünglich beabsichtigt war jedoch eine erleichterte Fusion i.S.v. Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG (analoge Schwesterfusion). Zu diesem Zweck wurde unmittelbar vor der Unterzeichnung des Fusionsvertrages durch die Alleinaktionäre der A-AG und der B-AG ein "*Dachvertrag*" unterzeichnet, welcher unter anderem eine Klausel enthielt, wonach die beiden (einzigen) Aktionäre der geplanten Fusion zustimmen sollten bzw. sich verpflichteten, bei allfällig notwendigen Generalversammlungen den Fusionsbeschlüssen ihrer jeweiligen Gesellschaft mit allen Aktien zuzustimmen sowie jedenfalls auf einen Fusionsbericht und eine Fusionsprüfung zu verzichten. Das zuständige Handelsregisteramt jedoch erachtete die *Voraussetzungen für eine erleichterte Fusion i.S.v. Art. 23 FusG als nicht erfüllt*.

---

47 Vgl. II.A.b)bb); von der Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz sind also bloss jene Gesellschaften befreit, die nicht der Buchführungspflicht nach Art. 957 OR unterliegen (nicht kaufmännische Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie Vereine); so muss eine Zwischenbilanz grundsätzlich auch bei konzerninternen Umstrukturierungen und bei KMU erstellt werden, GLANZMANN (FN 4), N 277.

48 GLANZMANN (FN 4), N 259, der darauf hinweist, dass ein solches Vorgehen aus steuerlichen Gründen oder zum Schutz von Pfandgläubigern angezeigt sein kann; BSK-DIEM, Art. 9 FusG N 16.

49 Art. 652e und Art. 652f OR.

50 Dies ist dann der Fall, wenn der Betrag der Kapitalerhöhung gänzlich durch Einlage der Nettoaktiven der übertragenden Gesellschaft im Rahmen der Fusion liberiert wird und die neuen Aktien nur den Aktionären der übertragenden Gesellschaft zugeteilt werden, BSK-WOLF, Art. 24 FusG N 4; gl.M. mit Einschränkungen VON SALIS (FN 10), 65.

51 BOMMER, Stämpflis HK (FN 29), Art. 9 N 14; ZK-BURCKHARDT, Art. 9 FusG N 6.

52 Art. 105a Abs. 1 lit. c und d HRegV.

53 Vgl. dazu oben II.B.a)bb)(iii).

54 Das EHRA spricht diesfalls von Lückenfüllung in Analogie zu Art. 652e und 652f OR, in: REPRAX 2/3/04, KK HRegV (FN 30), 10; zur Frage, ob im "ordentlichen" Verfahren auf diese Dokumente verzichtet werden kann II.A.a)bb)(v).

55 REPRAX 2/3/04, KK HRegV (FN 30), 5.

bb) Vertraglich verbundene Personengruppe?

Gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG können Kapitalgesellschaften unter erleichterten Voraussetzungen fusionieren, wenn ein Rechtsträger, eine natürliche Person oder eine gesetzlich oder vertraglich verbundene Personengruppe alle Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften besitzt, die ein Stimmrecht gewähren. Der Begriff der "vertraglich verbundenen Personengruppe" wird im Gesetz nicht definiert. An dieser Stelle sei auf verschiedene Meinungen in Lehre und Praxis hingewiesen:

(i) Stimmbindungsvertrag

Die h.L. geht davon aus, dass unter den Begriff der vertraglich verbundenen Personengruppe auch jene Vertragsverhältnisse fallen, die aufgrund vereinbarter Stimmbindungen zu einstimmigen Zustimmungsbeschlüssen sämtlicher Anteilsinhaber mit Stimmrecht an den Generalversammlungen der beteiligten Gesellschaften führen. So muss es auch zulässig sein, dass die Inhaber sämtlicher Anteile mit Stimmrecht gerade im Hinblick auf eine Fusion einen Stimmbindungsvertrag abschliessen[56].

(ii) Beteiligungs- und Aktionärsstruktur

Irrelevant ist gemäss h.L. in diesem Zusammenhang auch die bestehende Beteiligungs- und Aktionärsstruktur an den beteiligten Gesellschaften. Namentlich kann auch der *einzige* Anteilsinhaber der übernehmenden Gesellschaft mit dem – nicht identischen – *einzigen* Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft eine vertraglich verbundene Gruppe bilden und so die Fusion im erleichterten Verfahren nach Art. 24 Abs. 1 FusG durchführen[57].

(iii) Praxis des Handelsregisters

Demgegenüber verlangt das EHRA[58] unter Berufung auf den Wortlaut, dass die Personengruppe rechtlich als solche besteht und dass sie (und nicht ihre Mitglieder) *Eigentümerin* aller Anteile ist[59]. Dabei verkennt die Handelsregisterbehörde, dass im beschriebenen Fall ein Schutz einzelner Gesellschafter durch die Bestimmungen des FusG eben gerade nicht notwendig ist, zumal die angestrebten Erleichterungen jedenfalls auch auf dem Umweg einer *fiduziarischen Übertragung* der Anteile vor der Fusion erreicht werden könnte.

C. KMU-Fusion

Fall *A-AG/B-AG* (als KMU-Fusion)

a) Sachverhalt

Zunächst kann auf II.B.b)aa) verwiesen werden. Da eine konzerninterne Fusion i.S.v. Art. 23 f. FusG analog vom HRA ZH nicht zugelassen wurde, führte man die Fusion im erleichterten Verfahren für KMU durch. Vorab erklärten die beiden (einzigen) Aktionäre der A-AG und der B-AG schriftlich den Verzicht auf die Erstellung eines Fusionsberichtes, auf die Fusionsprüfung sowie auf das Einsichtsverfahren. Zu erstellen war somit bloss der Fusionsvertrag nach Art. 13 FusG.

b) Verzicht als Voraussetzungen für KMU-Erleichterungen

KMU können auf die Erstellung eines Fusionsberichtes (Art. 14 Abs. 2 FusG), die Fusionsprüfung (Art. 15 Abs. 2 FusG) sowie auf das Einsichtsverfahren (Art. 16 Abs. 2 FusG) verzichten, sofern alle Gesellschafter zustimmen.

(i) Form des Verzichts

Das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan muss mit der Handelsregisteranmeldung eine unterzeichnete Erklärung einreichen für den Nachweis, dass sämtliche Gesellschafter auf die Erstellung des Fusionsberichtes verzichtet haben[60]. So ist es – obwohl die Verzichtserklärung mangels gesetzlicher Regelung grundsätzlich formfrei möglich ist (Art. 11 Abs. 1 OR)[61] – empfehlenswert, dass der Gesellschafter seine Erklärung zumindest in *Schriftform* abgibt.

---

56 BSK-WOLF, Art. 23 FusG N 8; PETER R. ISLER/ULYSSES VON SALIS-LÜTOLF, Fusionen nach dem neuen Fusionsgesetz, ZSR 2004 I, 29; VON SALIS (FN 10), 163 f.; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 275; RITA TRIGO TRINDADE, Commentaire LFus, Art. 23 N 23; wohl auch zustimmend BÖCKLI (FN 15), § 3 N 193; vgl. auch BOMMER, Stämpflis HK (FN 29), Art. 23 N 7 und CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Das neue Fusionsgesetz, Zürich 2000, 59 f., welche die Analogie zu den börsenrechtlichen Vorschriften hinsichtlich "Handeln in gemeinsamer Absprache" bei öffentlichen Kaufangeboten (Art. 20 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 BEHG) hervorheben; unentschieden VOGEL/HEIZ/BEHNISCH (FN 37), Art. 23 N 11.

57 So ausdrücklich auch BSK-WOLF, Art. 23 FusG N 9; ISLER/VON SALIS-LÜTOLF (FN 56), 29 f.; VON SALIS (FN 10), 164; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 275; TRIGO TRINDADE (FN 56), Art. 23 N 23; im Endergebnis auch zustimmend VOGEL/HEIZ/BEHNISCH (FN 37), Art. 23 N 12.

58 REPRAX 2/3/04, KK HRegV (FN 30), 10; s. auch Wegleitung (FN 14); gl.M. unverständlicherweise auch GLANZMANN (FN 4), N 99; ZK-BURCKHARDT, Art. 23 FusG N 4; PETER R. ALTENBURGER/MASSIMO CALDERAN/WERNER LEDERER, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich 2004, N 207.

59 Immerhin lässt das EHRA die Fusion im erleichterten Verfahren zu in dem Fall, in welchem zwei Gesellschaften *zu je 50%* von zwei (weder durch einen Vertrag noch durch Gesetz miteinander zu einer Gemeinschaft verbundenen) natürlichen Personen gehalten werden: Wenn dieselben Aktionäre im absolut gleichen Verhältnis an beiden Gesellschaften beteiligt sind und diese Verhältnisse anlässlich der Fusion unberührt bleiben, sei die Konstellation mit der Schwester-Fusion i.S.v. Art. 23 Abs. 1 FusG vergleichbar, REPRAX 2/05, Fragestellungen (FN 16), 31.

60 In dieser Erklärung ist auf die Verzichtserklärung oder das GV-Protokoll Bezug zu nehmen, Art. 105a Abs. 2, Art. 106a Abs. 2, Art. 107a Abs. 2 HRegV.

61 GLANZMANN (FN 4), N 87; BSK-KÜHNI, Art. 14 FusG N 22; a.M. ALBERT COMBOEUF, Stämpflis HK (FN 29), Art. 14 N 35.

(ii) Zeitpunkt des Verzichts

Der Fusionsbericht und die Prüfungsbestätigung sind den Gesellschaftern während einer bestimmten Frist vor der Beschlussfassung vorzulegen. Auch die Einsichtsfrist muss vor der Beschlussfassung gewährt werden[62]. Aus diesem Grund sollten die Verzichtserklärungen vorliegen, *bevor die Einsichtsfrist beginnt bzw. beginnen würde*[63]. Für den Fall, in welchem die Verzichtserklärungen erst an der Generalversammlung abgegeben werden sollen, muss der Verwaltungsrat – um Verzögerungen der Beschlussfassung zu verhindern – somit ganz sicher sein, dass erstens alle Gesellschafter anwesend sein werden und zweitens alle Gesellschafter auf die Erstellung des Umstrukturierungsberichts verzichten wollen[64].

(iii) Unwiderruflichkeit und Bindungswirkung des Verzichts

Ein rechtsgültig abgegebener Verzicht ist für die konkrete Umstrukturierung unwiderruflich[65], jedoch muss eine *Anfechtung des Verzichts wegen Willensmängeln* möglich sein[66]. Veräussert der Gesellschafter, der bereits seine Verzichtserklärung abgegeben hat, seine Aktie, ist fraglich, ob dieser Verzicht für den Erwerber bindend ist oder nicht. Mindestens bei *gutgläubigem Erwerb* in Unkenntnis des Verzichts sollte dieser dem neuen Aktionär nicht entgegengehalten werden können[67].

D. Sanierungsfusion

Fall *NGC/GC*

a) Sachverhalt

Im Rahmen einer Sanierungsfusion i.S.v. Art. 6 FusG übernahm die Neue Grasshopper Fussball AG (NGC) die Grasshopper Fussball AG (GC). Gemäss Bestätigung eines besonders befähigten Revisors lag eine Rangrücktrittserklärung eines Gläubigers der GC im Umfang der Unterdeckung vor. Die Aktionäre der GC erhielten eine (zwangsweise) Abfindung[68] in der Höhe des Nennwertes ihrer Aktien (Art. 8 Abs. 2 FusG i.V.m. Art. 18 Abs. 5 FusG)[69] und die GC wurde im Handelsregister gelöscht.

b) Rangrücktritt

Gemäss Art. 6 FusG entfällt das Erfordernis des frei verfügbaren Eigenkapitals im Umfang der Unterdeckung bzw. der Überschuldung, soweit Gläubiger den Rangrücktritt[70] erklären. Diesbezüglich ist Folgendes zu beachten:

(i) Anwendungsbereich von Art. 6 FusG

Art. 6 FusG findet auf *alle* an der Fusion beteiligten Gesellschaften Anwendung, d.h. es ist nicht von Bedeutung, ob die übernehmende oder die übertragende Gesellschaft einen Kapitalverlust bzw. eine Überschuldung aufweist[71].

(ii) Umfang des Rangrücktritts

Im Gegensatz zu Art. 725 Abs. 2 OR muss der Rangrücktritt bei der Sanierungsfusion nicht nur die Überschuldung[72], sondern *auch den Kapitalverlust*[73] abdecken[74].

(iii) Person des Gläubigers

Es *spielt keine Rolle, welche Gläubiger* den Rangrücktritt aussprechen. M.a.W. können sowohl diejenigen der sanierungsbedürftigen als auch jene der "gesunden" Gesellschaft den Rücktritt aussprechen. Auch eine Kombination ist möglich.

(iv) Unwiderruflichkeit und Bedingungslosigkeit

Die Rangrücktrittserklärung muss unwiderruflich sein und darf an *keine* einer zeitlichen Beschränkung oder frühzeitigen Kündigung gleichzusetzende *Bedingung* geknüpft sein[75].

(v) Prüfungsbestätigung

Ob der Rangrücktritt in genügendem Umfang erfolgt ist, muss von einem *besonders befähigten Revisor* geprüft und bestätigt werden. Abs. 2 des Art. 6 FusG bezieht sich demnach nicht bloss auf die Voraussetzung des frei verwendbaren Eigenkapitals[76].

---

62 Art. 16 Abs. 1 lit. b und c FusG für die Fusion.
63 BSK-KÜHNI, Art. 14 FusG N 23.
64 GLANZMANN (FN 4), N 89; im Fall A-AG/B-AG hätten sich in diesem Zusammenhang wohl wenig Probleme gestellt, da die Gesellschaften zu je 100% von einem Aktionär gehalten wurden; als schwieriger dürfte sich ein Verzicht anlässlich der GV jedoch bei Gesellschaften mit einer Vielzahl von Aktionären erweisen.
65 BÖCKLI (FN 15), § 3 N 237.
66 GLANZMANN (FN 4), N 88; BSK-WATTER/RAMPINI, Art. 39 FusG N 7 zur Rechtslage bei der Spaltung.
67 GLANZMANN (FN 4), N 88, der empfiehlt, mit der Einholung der Verzichtserklärung auch eine Veräusserungssperre zu vereinbaren und in Fn. 171 die Analogie zu Art. 758 OR (Entlastungsbeschluss) anspricht.
68 Zur Abfindungsfusion s. II.E.
69 Gemäss Fusionsvertrag vom 16. März 2005 sei diese Barabfindung (squeeze-out) angemessen, da die Aktien der übertragenden Gesellschaft praktisch wertlos seien.
70 Zum Begriff des Rangrücktritts i.S.v. Art. 725 OR im Speziellen BSK-WÜSTINER, Art. 725 OR N 45 ff.
71 REPRAX 2/05, Fragestellungen (FN 16), 33; zur Sanierungsfusion s. auch eingehend URS R. BEHNISCH/PETER LOCHER, Die Sanierungsfusion nach Art. 6 FusG aus zivil- und steuerrechtlicher Sicht, in: Festschrift für Peter Böckli, Zürich 2006, 289 ff.
72 Das Fremdkapital ist nicht mehr gedeckt.
73 Die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven ist nicht mehr gedeckt.
74 Wegleitung (FN 14).
75 BSK-MEINHARDT, Art. 6 FusG N 19.
76 VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 1212. So auch die Praxis des HRA ZH, Wegleitung (FN 14); nun auch vom EHRA bestätigt, in: REPRAX 2/05, Fragestellungen (FN 16), 33; in: REPRAX 2/05, Stellungnahmen (FN 20), 41 f.

E. Abfindungsfusion/Dreiecksfusion

Fall *BVZ/Gornergrat*

a) Sachverhalt

Im Mai 2005 hatte die börsenkotierte BVZ Holding AG (BVZ) von Grossaktionären ein Aktienpaket von 44,3% der ebenfalls börsenkotierten Gornergrat Bahn AG (Gornergrat) erworben, was die Pflicht zu einem öffentlichen Übernahmeangebot auslöste. Nach dem Kaufangebot im Juli 2005 hielt die BVZ (nur) 95,55% (und eben nicht die von Art. 33 BEHG verlangten 98%) der Aktien und Stimmrechte der Gornergrat. Um diese als 100%ige Tochtergesellschaft integrieren zu können, führte die BVZ eine sog. Dreiecksfusion mit einer 100%igen Tochtergesellschaft, der Matterhorn Gotthard Bahn-Tours AG (NewCo) durch. Die noch rund 4,5% des Aktienkapitals der Gornergrat haltenden Minderheitsaktionäre wurden (analog dem öffentlichen Kauf- und Tauschangebot) mit CHF 250 in bar pro Inhaberaktie der Gornergrat (Barabfindungsfusion) sowie 3 Namenaktien der BVZ (Dreiecksfusion) abgefunden[77].

b) Zur Abfindung im Allgemeinen

Gemäss Art. 8 Abs. 2 FusG[78] können die an der Fusion beteiligten Gesellschaften im Fusionsvertrag vorsehen, dass ausschliesslich eine Abfindung ausgerichtet wird[79]. Dies ermöglicht, Minderheitsgesellschafter mittels Fusion aus der Gesellschaft auszuschliessen (squeeze-out)[80]. An dieser Stelle sei auf Folgendes hingewiesen:

(i) Kein sachlicher Grund verlangt

Das FusG verlangt für die zwangsweise Abfindung *keinen sachlichen Grund*. Stets zu beachten ist jedoch das Rechtsmissbrauchsverbot[81].

(ii) Höhe der Abfindung

Art. 8 FusG äussert sich nicht zur Höhe der Abfindung. Die h.L. geht davon aus, dass die Abfindung dem *wirklichen Wert* der bisherigen Aktien entsprechen muss. In Analogie zur Bestimmung von Art. 7 Abs. 1 FusG betreffend das Umtauschverhältnis ist die Höhe der Abfindung unter Berücksichtigung des Vermögens der beteiligten Gesellschaften bzw. der ermittelten Unternehmenswerte zu bestimmen[82].

(iii) Art der Abfindung

Die Abfindung muss zudem *nicht zwingend in Geld* erfolgen, sondern kann auch aus anderen (marktfähigen) Vermögenswerten, namentlich Aktien eines verbundenen Unternehmens (namentlich der Muttergesellschaft) bestehen (Dreiecksfusion).

c) Zur Dreiecksfusion im Speziellen

Die Dreiecksfusion (triangular merger) als Anwendungsfall der Abfindungsfusion wird nach einhelliger Lehre als zulässig erachtet[83]. Hierzu ist Folgendes zu bemerken:

77 Vgl. die Empfehlung der UEK vom 28. Juni 2005 auf www.copa.ch/transactions/mo_offers/mo_gornergrat/mo_gornergrat.html.

78 Die Bestimmung bezieht sich nur auf die Mitglieder der übertragenden Gesellschaft, da die Mitglieder der übernehmenden Gesellschaft im Rahmen der Fusion keine Anteilsrechte zugeteilt erhalten; zur Unzulässigkeit des (andernfalls möglichen) "reverse triangular merger" s. ZK-BURCKHARDT, Art. 8 FusG N 12; GLANZMANN (FN 4), N 58; zum Ganzen auch eingehend HANS CASPAR VON DER CRONE/SARAH DOBLER/KARIN EUGSTER, Privatrechtliche Aspekte der Ausgleichsleistungen und Abfindungen gemäss FusG, in: Festschrift für Peter Böckli, Zürich 2006, 243 ff., 247 ff.

79 Dies unter der Voraussetzung, dass mindestens 90% der stimmberechtigten Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft dem Fusionsbeschluss zustimmen (Art. 18 Abs. 5 FusG), dazu nachfolgend II.E.c) (iii).

80 Durch die Abfindungs-Fusion ("cash-out-merger", "freeze-out-merger") wird einerseits das dem FusG inhärente Prinzip der Kontinuität der Mitgliedschaftsrechte durchbrochen, andererseits wird dadurch der aktienrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung insofern eingeschränkt, als aus diesem bloss abgeleitet werden kann, dass verschiedene Minderheitsgesellschafter nicht ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden dürfen, nicht jedoch, dass die Minderheitsgesellschafter gleich zu behandeln sind wie die Mehrheitsgesellschafter, GLANZMANN (FN 4), N 244; zur Barabfindungsfusion ausführlich ROGER GRONER, Barabfindungsfusion (Cash Out-Merger), SJZ 99 (2003) Nr. 16/17, 393 ff.

81 Bloss im Einzelfall kann eine Abfindungsfusion rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB) sein. Die Missbrauchsgefahr hält sich aber deshalb in Grenzen, da die Abfindung dem wirklichen Wert der Aktien entsprechen muss und dem Minderheitsgesellschafter jedenfalls die Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG offen steht, s. dazu ZK-BURCKHARDT, Art. 8 FusG N 15 f. und N 21 f.; ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER (FN 58), N 79 f.; VON SALIS (FN 10), 56 f.

82 BSK-TSCHÄNI-PAPA, Art. 8 FusG N 18; GLANZMANN (FN 4), N 237 und N 193; gemäss ZK-BURCKHARDT, Art. 8 FusG N 15 ist die Höhe der Abfindung somit in zwei Schritten festzulegen: Zuerst muss gemäss Art. 7 FusG festgelegt werden, wie viele Anteile an der übernehmenden Gesellschaft den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft zustehen bzw. zustünden. Im zweiten Schritt ist deren Wert zu bestimmen, welcher dem wirklichen Wert i.S.v. Art. 7 Abs. 2 FusG, mithin unter Einbezug der Vor- und Nachteile der Fusion, entspricht. Die Ermittlung des wirklichen Werts kann sich also nicht bloss auf die Bewertung der übertragenden Gesellschaft beschränken und dabei die Bewertung der übernehmenden Gesellschaft und die Fusionsfolgen ausser Acht lassen. Dabei bildet der Liquidationswert wohl die untere Grenze, GRONER (FN 80), 398. Zum Umtauschverhältnis vgl. FN 2.

83 BSK- TSCHÄNI/PAPA, Art. 8 FusG N 12 m.w.H.; URS P. GNOS/MARKUS VISCHER, Swiss Merger Act, Zürich 2004, 11; zu den Vorteilen des triangular merger s. VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 109; VON SALIS (FN 10), 58; zur Dreiecksfusion ausführlich URS BERTSCHINGER/PETER SPORI, Dreiecksfusion – einige zivil- und steuerrechtliche Fragen, in: Festschrift für Peter Böckli, Zürich 2006, 311 ff..

(i) Gründung einer NewCo

Auch die Gründung eines Übernahmevehikels durch den Mehrheitsaktionär, dessen einziges Aktivum liquide Mittel sind, ist – wiederum vorbehältlich *Rechtsmissbrauch*[84] – zulässig.

(ii) Wahlweise cash-out oder triangular merger

Es besteht in der Praxis auch die Möglichkeit, den Minderheitsaktionären entweder eine Barabfindung pro Aktie oder die entsprechenden Aktien an der Muttergesellschaft (Dreiecksfusion) zuzuweisen. Zu beachten ist aber, dass es sich *in beiden Fällen* trotz dieses Wahlrechts um eine *zwangsweise Abfindung* i.S.v. Abs. 2 des Art. 8 FusG handelt.

(iii) Abstimmungsquorum

Die Lehre ist sich immerhin insofern einig, als bei nicht personenbezogenen Gesellschaften[85] – entgegen dem Wortlaut von Art. 18 Abs. 5 FusG – *nicht* vom *Kopfstimmprinzip*, sondern von Mitgliedschaftsstellen (bei der AG die Anzahl Aktien) auszugehen ist[86]. Höchst umstritten ist allerdings, wie das Quorum im Detail berechnet werden soll (90% der an der GV vertretenen Aktienstimmen?, 90% der an der GV vertretenen Aktienstimmen und 90% des vertretenen Aktiennennwertes?, 90% sämtlicher Aktienstimmen? oder 90% sämtlicher Aktienstimmen und 90% des gesamten Aktiennennwertes[87]?)[88]. Im Fall BVZ/Gornergrat hatten 95,5% der Aktienstimmen, die zusammen 95,5% des gesamten Aktienkapitals (CHF 8,4 Mio. eingeteilt in 28000 Inhaberaktien zu CHF 300) hielten[89], den Anträgen des VR zugestimmt. Abgestellt wurde in casu somit auf 90% sämtlicher Aktienstimmen und 90% des gesamten Aktiennennwertes.

(iv) Rolle der BVZ als Muttergesellschaft

Die BVZ trat dem Fusionsvertrag als (dritte) *Partei* bei[90]. Zudem ist zu beachten, dass sie – da kein (direkter) Liberierungsvorgang erfolgte – die Aktien nur auf dem Weg der Gratiskapitalerhöhung schaffen konnte oder dafür eigene Aktien verwenden musste[91]. Trotzdem bedurfte es *keines Fusionsbeschlusses* der Muttergesellschaft, da diese nicht direkt an der Fusion beteiligt war[92].

d) Squeeze-out nach BEHG/squeeze-out nach FusG

Beim börsenrechtlichen squeeze-out werden die für kraftlos erklärten Beteiligungspapiere der bisher Beteiligten gegen Entrichtung des Angebotspreises oder Erfüllung des Austauschangebots neu ausgegeben, d.h. es sind die bisher Beteiligten vom Anbieter gemäss den Bedingungen im vorangehenden öffentlichen Kaufangebot abzufinden (Art. 33 Abs. 2 BEHG). Die Möglichkeit des Ausschlusses von Minderheitsaktionären nach FusG ist demnach zu vergleichen mit derjenigen nach Börsengesetz[93]. Folgendes ist dabei bemerkenswert:

(i) Alternative für börsenkotierte Gesellschaften

Für börsenkotierte Gesellschaften steht nun *sowohl* der squeeze-out nach Art. 22 BEHG *als auch* die Abfindungsfusion nach Art. 8 Abs. 2 FusG zur Verfügung.

(ii) Verschiedene Schwellenwerte

Für den Bieter ist somit nicht mehr von entscheidender Bedeutung, durch das öffentliche Übernahmeangebot 98% der Stimmrechte zu erlangen. *Erreicht er nämlich diesen Schwellenwert nicht, wohl aber 90%,* kann er später zu einer Abfindungsfusion nach FusG mit einer seiner Tochtergesellschaften schreiten.

---

84 Vgl. zum Rechtsmissbrauch II.E.b)(i). BSK- TSCHÄNI/PAPA, Art. 8 FusG N 17; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 109; BÖCKLI (FN 15), § 3 N 199 f.; GRONER (FN 80), 393 und 401 erwähnen zwar ausdrücklich die Möglichkeit der Gründung eines Akquisitionsvehikels, ohne aber konkret einen Anwendungsfall von Art. 2 Abs. 2 ZGB zu bezeichnen; dies lässt mindestens den Schluss zu, dass die Grenze des Rechtsmissbrauchs sehr hoch angesetzt sein dürfte.

85 Als personenbezogene Gesellschaften gelten die Kollektivgesellschaften, Kommanditgesellschaften, die Genossenschaften oder die Vereine.

86 BSK-SCHLEIFFER, Art. 18 FusG N 37; ZK-GELZER, Art. 18 FusG N 33; DAVIDE JERMINI, Stämpflis HK (FN 29), Art. 18 N 12; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH (FN 37), Art. 18 N 30 ff.; a.M. bloss HANSPETER KLÄY, Das Fusionsgesetz – ein Überblick, in: Der Bernische Notar, 2004, 194 f.; so weist auch das EHRA die kantonalen Handelsregisterbehörden zur Eintragung von Beschlüssen mit der entsprechenden Mehrheit an und folgt damit der Lehre, in: REPRAX 2/3/04, KK HRegV (FN 30), 30; zur diesbezüglichen Haltung des HRA ZH s. Wegleitung (FN 14); offenbar legen aber andere Handelsregisterbehörden Art. 18 Abs. 5 FusG wörtlich aus und folgen dem Kopfstimmprinzip, MICHAEL GWELESSIANI, Handelsregisterliche Aspekte zum neuen Fusionsgesetz, Zürich 2004, 5; ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER (FN 58), N 162; VON SALIS (FN 10), 157; eine einheitliche Handhabung der Frage durch die Handelsregisterämter wäre zu begrüssen.

87 Dieser Ansicht folgt das HRA ZH, Wegleitung (FN 14).

88 Zum Überblick über die Lehrmeinungen m.w.H. GLANZMANN (FN 4), N 533; die Unterscheidung zwischen Aktienstimmen und Aktiennennwert ist nur von Bedeutung bei Stimmrechtsaktien (Art. 693 OR).

89 Somit existierten keine Stimmrechtsaktien, vgl. Art. 693 OR.

90 ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER (FN 58), N 84; denn es ist die Muttergesellschaft, welche die Aktien für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft bereitstellt.

91 ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER (FN 58), N 83.

92 VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 378; VON SALIS (FN 10), 58.

93 Zum Vergleich der beiden Verfahren s. BSK- TSCHÄNI/PAPA, Art. 8 FusG N 14 ff.; ZK-BURCKHARDT, Art. 8 FusG N 19; RUDOLF TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, 253 f.

(iii) Hinweis auf squeeze-out nach FusG im Angebotsprospekt

Der Anbieter ist verpflichtet, bei der Veröffentlichung des Übernahmeangebots im Angebotsprospekt (auch) bereits *auf den möglichen squeeze-out nach FusG hinzuweisen*, weil dies zu seinen Absichten betreffend Zielgesellschaft zählt (Art. 23 Abs. 1 lit. a UEV-UEK)[94].

III. Spaltung

a) Fall *Danzas/DHL*

aa) Sachverhalt

Die Danzas AG (Danzas) als übertragende Gesellschaft übertrug im Rahmen einer Abspaltung[95] i.S.v. Art. 29 lit. b FusG einen Teil ihres Vermögens auf die (neu gegründete[96]) DHL Logistics (Schweiz) AG (DHL) als übernehmende Gesellschaft. Die Danzas Holding AG (Danzas Holding) als einzige Aktionärin der Danzas hielt (auch) sämtliche Aktien der DHL[97]. Mit der Gründung der DHL wurde das Aktienkapital der Danzas um das nominelle Aktienkapital der DHL herabgesetzt. Endlich wurde die Danzas in DHL Express (Schweiz) AG umfirmiert.

bb) Erleichterte Spaltung von Kapitalgesellschaften?

Anders als bei der Fusion (vgl. Art. 23 f. FusG) ist bei der Spaltung gemäss FusG kein vereinfachtes Verfahren für Kapitalgesellschaften mit qualifizierten Beteiligungsverhältnissen vorgesehen[98]. Das HRA ZH lässt ein vereinfachtes Verfahren analog zu Art. 23 f. FusG nicht zu[99]. Mit Blick auf die Lehre ist dies jedoch nicht ohne weiteres selbstverständlich:

(i) Art. 23 f. FusG analog

In der Lehre wird auf den bei der Spaltung besonders ausgeprägten Gläubigerschutz (Art. 45 ff. FusG) sowie die Vergleichbarkeit der Spaltung mit der Fusion hingewiesen und deshalb postuliert, bei der Spaltung unter den Voraussetzungen von *Art. 23 FusG analog* ein erleichtertes Verfahren i.S.v. Art. 24 FusG zuzulassen[100, 101].

(ii) KMU-Erleichterungen bei Konzerngesellschaften

Ein anderer Teil der Lehre erachtet es zumindest als sachgerecht, dass gewisse Handelsregisterämter die Erleichterungen für KMU (Verzicht auf Spaltungsplan, Prüfung, Einsichtsrecht)[102] insbesondere *auch bei 100%-igen Konzerngesellschaften* anwenden[103].

b) Fall *RMB*

aa) Sachverhalt

Im Rahmen einer Aufspaltung i.S.v. Art. 29 lit. a FusG übertrug die Reust, Marti & Beuchat AG (RMB) als übertragende Gesellschaft sämtliche Aktiven und Passiven auf die neu gegründeten übernehmenden Gesellschaften RMB Engineering AG (Engineering) und RMB Facility Management AG (Facility). Sämtliche Arbeitsverhältnisse, die auf die Engineering und die Facility übergingen, wurden in Anhängen zum Spaltungsplan aufgeführt. Vorgängig zur Generalversammlung der RMB betreffend Aufspaltung und Auflösung bestätigte der Verwaltungsrat der RMB, dass die Gläubiger der RMB durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) auf die vorgesehene Spaltung mit der Möglichkeit, ihre Forderungen innert Frist anzumelden und sicherstellen zu lassen, hingewiesen worden waren und dass innert Frist kein Gläubiger Forderungen angemeldet oder Sicherstellung verlangt hatte. Diese Bestätigung wurde auch dem Handelsregister eingereicht.

---

94 Z.B. Angebotsprospekt betreffend Übernahme der Berna Biotech AG, Bern, Schweiz durch die Crucell N.V. Leiden, Niederlande, in: NZZ vom 15. Dezember 2005, 30 ff.; s. auch den Angebotsprospekt der Swiss Prime Site AG betreffend Öffentliches Übernahmeangebot an die Maag Holding AG, wo auch auf eine mögliche (bzw. tatsächlich durchgeführte, dazu II.A.a) Fusion hingewiesen wird, wobei den Minderheitsaktionären statt einer Barabfindung Aktien der übernehmenden Gesellschaft zugewiesen wurde (mithin keine Abfindungsfusion), http://www.copa.ch/intro_de.html.

95 Bei der *Abspaltung* überträgt die übertragende Gesellschaft nur einen Teil ihres Vermögens auf eine (oder mehrere) übernehmende Gesellschaft(en) und bleibt weiter bestehen. Demgegenüber überträgt die übertragende Gesellschaft bei der Aufspaltung ihr gesamtes Vermögen auf zwei (oder mehrere) Gesellschaften, wobei die übertragende Gesellschaft aufgelöst und im Handelsregister gelöscht wird. Zum Fall einer Aufspaltung s. III.b).

96 In casu wurde die übernehmende Gesellschaft neu gegründet (Spaltung zur Neugründung). Ist die übernehmende Gesellschaft eine bereits bestehende Gesellschaft, handelt es sich um eine sog. Spaltung zur Übernahme.

97 Folglich handelt es sich naturgemäss um eine symmetrische Spaltung i.S.v. Art. 31 Abs. 2 lit. a FusG.

98 In casu hatte die Danzas denn auch einen Spaltungsbericht erstellt (Art. 39 FusG), den Spaltungsplan prüfen lassen (Art. 40 FusG i.V.m. Art. 15 FusG), das Einsichtsrecht gewährt (Art. 41 FusG) und den Spaltungsplan der Generalversammlung zur Beschlussfassung unterbreitet (Art. 43 FusG i.V.m. Art. 18 FusG).

99 Wegleitung (FN 14).

100 VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 596 ff.; zumindest den Spaltungsbeschluss betreffend ablehnend BSK-REUTTER, Art. 43 FusG N 6 und GLANZMANN (FN 4), N 143.

101 So hätten im Rahmen der Spaltung unter den Danzas-Schwesterngesellschaften auf den Spaltungsbericht, den Spaltungsbeschluss und (aufgrund der 100%-Beherrschung) auf die Prüfung durch den Revisor sowie das Einsichtsverfahren verzichtet und viel Zeit und Kosten gespart werden können; betreffend die Anmeldung einer erleichterten Spaltung s. Art. 105a Abs. 3 HRegV (analog).

102 Art. 14 Abs. 2, Art. 15 Abs. 2 und Art. 16 Abs. 2 FusG bzw. Art. 39 Abs. 2, Art. 40 Abs. 2 und Art. 41 Abs. 2 FusG.

103 GLANZMANN (FN 4), N 143 mit Verweis auf N 91.

bb) Gläubigerschutz durch vorgängige Sicherstellung

Anders als bei der Fusion[104] muss bei der Spaltung die Sicherstellung bereits vor der Fassung des Spaltungsbeschlusses und damit *vor der Rechtswirksamkeit* der Spaltung erfolgen (Art. 43 Abs. 1 i.V.m. Art. 45 f. FusG; Art. 51 FusG). Wohl wurden in casu keine Forderungen angemeldet und damit auch keine Sicherstellung verlangt. Trotzdem musste sich die RMB mit folgenden Fragen auseinandersetzen:

(i) Gegenstand der Sicherstellungspflicht

In zeitlicher Hinsicht sind die *vor der Publikation des Schuldenrufs* im SHAB entstandenen Forderungen sicherzustellen[105]. In sachlicher Hinsicht muss jede Forderung, die einen Vermögenswert aufweist, sichergestellt werden[106]. Auch *bestrittene* Forderungen sind grundsätzlich sicherzustellen, sofern sie mindestens glaubhaft gemacht werden können. Bereits *besicherte* Forderungen bedürfen dann nicht noch zusätzlicher Sicherstellung, wenn die bestehenden Sicherheiten den Anforderungen von Art. 46 FusG genügen[107].

(ii) Verfahren der Sicherstellung

Werden Forderungen fristgemäss angemeldet und ist die Gesellschaft der Meinung, sie treffe im betreffenden Fall keine Sicherstellungspflicht[108], kann sie die verlangte Sicherstellung verweigern. Diesfalls besteht für den Gläubiger die Möglichkeit, die Frage *gerichtlich beurteilen zu lassen*[109]. Da die Handelsregisterbehörden infolge ihrer beschränkten Kognition den Vollzug der Sicherstellung nicht prüfen können (Art. 111 HRegV i.V.m. Art. 21 HRegV), ist die Eintragung der Spaltung grundsätzlich auch ohne die verlangte Sicherstellung möglich[110]. Für die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften stets zu beachten ist jedoch, dass der Gläubiger bei Verdacht auf Verletzung seines Anspruchs auf Sicherstellung stets die Möglichkeit hat zu versuchen, eine sog. *Handelsregistersperre* (Art. 32 Abs. 2 HRegV) zu erwirken. Wird dieser privatrechtliche Einspruch des Gläubigers gutgeheissen, kann die Eintragung der Spaltung (vorerst) verhindert werden und dies somit unliebsame Verzögerungen der Umstrukturierung mit sich bringen. Aus diesen Gründen ist für die Gesellschaften empfehlenswert, zwischen Fristablauf betreffend Sicherstellungsbegehren[111] und der Generalversammlung[112] genügend Zeit einzuplanen[113].

(iii) Nachweis der Einhaltung der Gläubigerschutzbestimmungen

Anders als bei der Fusion[114] muss gemäss EHRA bei der Spaltung die Einhaltung der Gläubigerschutzvorschriften i.S.v. Art. 45 ff. FusG *dem Handelsregisteramt nachgewiesen* werden[115]. So erklärt auch das HRA ZH, dass der Nachweis bspw. durch Hinweise auf die SHAB-Publikationen oder durch einen expliziten Hinweis in der öffentlichen Urkunde zum Spaltungsbeschluss erbracht werden kann[116].

cc) Übergang von Arbeitsverhältnissen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 FusG[117] und Art. 50 i.V.m. Art. 28 FusG finden bei der Spaltung für den Übergang der Arbeitsverhältnisse die Art. 333 und 333a OR Anwendung. In diesem Zusammenhang ist Folgendes bemerkenswert:

---

104 Vgl. Art. 25 Abs. 1 FusG.

105 BSK-EHRAT/WIDMER, Art. 46 FusG N 7; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 655; abzustellen ist dabei auf die dritte Publikation, vgl. Art. 733 OR; a.M. VON SALIS (FN 10), 349, welcher auf den Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit der Spaltung (Zeitpunkt der Veröffentlichung der Spaltung im SHAB, Art. 931 Abs. 1 OR) abstellt.

106 So auch Forderungen, die im Zeitpunkt der Umstrukturierung *noch nicht fällig* sind. Demgegenüber sind fällige Forderungen nicht bloss sicherzustellen, sondern zu erfüllen, VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 655; ob bedingte Forderungen sicherstellungspflichtig sind oder nicht, ist umstritten: bejahend GLANZMANN (FN 4), N 561; MARKUS AFFENTRANGER, Stämpflis HK (FN 29), Art. 25 N 9; mindestens für suspensiv bedingte Forderungen ablehnend BSK-EHRAT/WIDMER, Art. 46 FusG N 7.

107 BSK-EHRAT/WIDMER, Art. 46 FusG N 7.

108 Weil die Forderung ihrer Ansicht nach nicht besteht oder weil die Forderung nicht (mindestens nicht durch die Spaltung, BSK-EHRAT/WIDMER, Art. 46 FusG N 15) gefährdet ist.

109 Botschaft, 4442.

110 Zur Frage, ob eine (infolge zu Unrecht nicht erfolgter Sicherstellung) ungültige Spaltung durch den Eintrag ins Handelsregister geheilt werden kann s. BSK-EHRAT/WIDMER, Art. 46 FusG N 11.

111 Art. 46 FusG.

112 Art. 43 Abs. 1 FusG.

113 Z.B. für Verhandlungen mit Gläubigern.

114 Vgl. Wegleitung (FN 14), welche besagt, dass die Bestätigung des besonders befähigten Revisors gemäss Art. 25 Abs. 2 FusG dem Handelsregisteramt nicht eingereicht werden muss; dies deshalb, weil bei der Fusion die Gläubigerschutzbestimmungen erst nach der Handelsregistereintragung zum Zuge kommen.

115 REPRAX 2/3/04, KK HRegV (FN 30), 13; bestätigt wird dies auch in: REPRAX 2/05, Fragestellungen (FN 16), 34, mit dem Hinweis auf die bevorstehende Anpassung der HRegV an das revidierte Stiftungsrecht, in dessen Rahmen Art.106a Abs. 1 HRegV derart ergänzt werden soll, dass die beteiligten Gesellschaften explizit den Nachweis betreffend Einhaltung der Gläubigerschutzbestimmungen i.S.v. Art. 45 f. FusG zu erbringen haben.

116 Wegleitung (FN 14); im Fall RMB wurde der Nachweis durch den VR denn auch mittels Bestätigung unter Hinweis auf die drei SHAB-Publikationen erbracht und in die öffentliche Urkunde zum Spaltungsbeschluss aufgenommen.

117 Vgl. Art. 27 Abs. 1 FusG für die Fusion und Art. 76 Abs. 1 FusG für die Vermögensübertragung; bei der Umwandlung findet kein Übergang von Arbeitsverhältnissen statt.

(i) Welche Arbeitsverhältnisse gehen über?

Anders als bei der Fusion, bei welcher notwendigerweise alle Arbeitsverhältnisse von der Umstrukturierung erfasst werden und nach Art. 333 OR auf die übernehmende Gesellschaft übergehen, gehen bei der Spaltung die Arbeitsverhältnisse mindestens immer dann auf den übernehmenden Rechtsträger über, wenn *ein Betrieb oder ein Betriebsteil* übertragen wird[118]. So wurden im Fall RMB die Betriebe "Gebäudetechnik und Consulting" und "Facility Management" übertragen. Wird kein Betriebsteil oder Betrieb übertragen oder gehören gewisse übertragene Arbeitsverhältnisse zu einem anderen Betriebsteil oder Betrieb, ist umstritten, inwieweit Arbeitsverhältnisse nach Art. 333 OR (d.h. von Gesetzes wegen) auf die übertragende Gesellschaft übergehen[119]. Das Recht, den Übergang des Arbeitsverhältnisses abzulehnen (Art. 333 Abs. 2 OR), ist an keine gesetzliche Frist gebunden. In praxi wird man dem Arbeitnehmer jedoch eine *Frist* setzen dürfen, wobei die Frist bereits mit der Mitarbeiterinformation bzw. nach Abschluss des Konsultationsverfahrens zu laufen beginnen kann[120].

(ii) Informations- und Konsultationspflicht

Bei der Spaltung wird wie erwähnt nicht notwendigerweise ein Betrieb übertragen. Eine Informations- bzw. Konsultationspflicht besteht aber nur dann, wenn ein *Betrieb* übertragen wird. Ob neben den Angaben gemäss Art. 333a Abs. 1 OR[121] auch über das Recht der Arbeitnehmer, Sicherstellung für ihre Forderungen zu verlangen[122] sowie über die allfällige persönliche Haftung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft[123] informiert werden muss, ist umstritten[124]. Gemäss Art. 50 i.V.m. Art. 28 Abs. 2 FusG muss eine allfällige *Konsultation* i.S.v. Art. 333a Abs. 2 OR[125] der Arbeitnehmer bzw. der Arbeitnehmervertretung *vor dem Spaltungsbeschluss* erfolgen, wobei über das Resultat einer Konsultation anlässlich der Beschlussfassung zum Spaltungsplan zu informieren ist[126]. Sind keine die Arbeitnehmer betreffende Massnahmen i.S.v. Art. 333a Abs. 2 OR beabsichtigt und ist damit keine Konsultation erforderlich, kann die Information gemäss Art. 333a Abs. 1 OR auch nach der Fassung des Spaltungsbeschlusses erfolgen. Jedenfalls muss jedoch *vor dem Eintrag ins Handelsregister* informiert werden[127].

c) Exkurs: Spaltung nach FusG vs herkömmliches zweistufiges Spaltungsverfahren

Trotz einiger Anwendungsfälle in der Praxis wird das Spaltungsverfahren nach Art. 29 ff. FusG kaum angewendet. Bevorzugt wird auch nach dem Inkrafttreten des FusG insbesondere[128] das herkömmliche *zweistufige Spaltungsver-*

118 GLANZMANN (FN 4), N 606, der darauf hinweist, dass der Verweis auf Art. 333 OR insofern überflüssig ist, als diese Bestimmung ohnehin anwendbar ist.

119 Gemäss GLANZMANN (FN 4), N 606 ist die Frage im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der Übertragung von Verträgen zu beantworten, vgl. III.c)(iii) zur Spaltung, V.d)(viii) zur Vermögensübertragung und VI.b)bb) bei internationalen Verhältnissen; differenzierend zwischen Aufspaltung und Abspaltung PETER REINERT, Stämpflis HK (FN 29), Art. 49 N 3, der darauf hinweist, dass im Falle einer Aufspaltung das Arbeitsverhältnis auch dann auf eine der übernehmenden Gesellschaften übergehen muss, wenn kein Betriebsübergang vorliegen sollte: In diesem Fall muss das Arbeitsverhältnis auf diejenige Gesellschaft übergehen, welche bessere Gewähr für die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bietet; a.M. ZK-HUBSCHMID, Art. 49 FusG N 1, gemäss welchem der mit Art. 49 FusG bezweckte Schutz der Arbeinehmenden nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob ein Betrieb oder Betriebsteil übertragen wird, mithin soll Art. 333 OR auf alle im Rahmen einer Spaltung übertragenen Arbeitsverhältnisse Anwendung finden.

120 GLANZMANN (FN 4), N 609; REINERT, Stämpflis HK (FN 29), Art. 27 N 6, der eine Frist von einem Monat für angemessen hält.

121 Gemäss dieser Bestimmung muss informiert werden über den Grund des Übergangs des Vertragsverhältnisses, die Art der Umstrukturierung, die Identität der beteiligten Gesellschaften, die Verbindlichkeit eines GAV und das Ablehnungsrecht nach Art. 333 Abs. 1 OR; jedoch sind die Arbeitnehmer nicht über den Inhalt des Spaltungsberichts (Art. 39 FusG) zu informieren, VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 422.

122 Art. 49 Abs. 2 i.V.m. Art. 46 FusG.

123 Art. 49 Abs. 3 i.V.m. Art. 27 Abs. 3 FusG.

124 Für eine solche Informationspflicht sprechen sich aus REINERT, Stämpflis HK (FN 29), Art. 28 N 5; ZK-HUBSCHMID, Art. 28 FusG N 10; a.M. BSK-BAUMGARTNER, Vorbemerkung zu Art. 27 FusG N 24.

125 Die Pflicht zur Konsultation i.S.v. Art. 333a Abs. 2 FusG besteht dann, wenn infolge des Übergangs des Arbeitsverhältnisses Massnahmen beabsichtigt sind, welche die Arbeitnehmer betreffen.

126 Vgl. dazu die Rechtslage bei der Vermögensübertragung, bei welcher die Konsultation nach h.L. vor Vollzug (nicht aber vor Abschluss) des Vermögensübertragungsvertrages zu erfolgen hat, BSK-BAUMGARTNER, Art. 77 FusG N 4; REINERT, Stämpflis HK (FN 29), Art. 77 N 8; a.M. ZK-HUBSCHMID, Art. 77 FusG N 2.

127 REINERT, Stämpflis HK (FN 29), Art. 28 N 8; GLANZMANN (FN 4), N 621.

128 Eine weitere Möglichkeit einer Spaltung ist das – in der Lehre bisher kaum thematisierte – Vorgehen mittels Sacheinlage- (oder Sachübernahme-)Vertrag zu Gunsten Dritter (Art. 112 OR): Zwei zu 100% von einer Muttergesellschaft gehaltene Tochtergesellschaften schliessen im Rahmen eines Kapitalerhöhungsverfahrens einen Sacheinlage- (oder Sachübernahme-)vertrag (Art. 628, 634, 634a, 635, 650 Abs. 2 Ziff. 4 und 5 OR), wobei die Gegenleistung in Aktien (oder Bargeld) nicht der übertragenden Tochtergesellschaft, sondern der Muttergesellschaft als Dritte i.S.v. Art. 112 OR zukommt. Ein ähnliches Resultat kann erzielt werden, indem eine Tochtergesellschaft in Gründung durch Sacheinlage bzw. Sachübernahme von der anderen Tochtergesellschaft Vermögenswerte übernimmt, wobei die Gegenleistung wiederum der Muttergesellschaft als Dritte i.S.v. Art. 112 OR zufliesst.

fahren[129], wo in einem ersten Schritt[130] die abzuspaltenden Vermögensteile in eine 100%-ige Tochtergesellschaft[131] *ausgegliedert* und in einem zweiten Schritt anschliessend die Anteile der Tochtergesellschaft als Gegenleistung an die Anteilsinhaber der Muttergesellschaft übertragen werden[132, 133]. Als Gründe für die Scheu vor der Spaltung uno actu können genannt werden:

(i) Nachteile durch schärferen Gläubigerschutz

Die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften müssen die Forderungen der Gläubiger sicherstellen, sofern diese es innerhalb der zweimonatigen Frist verlangen und der Nachweis durch die Gesellschaft nicht gelingt, dass die Forderung durch die Spaltung nicht gefährdet ist (Art. 46 FusG)[134]. Zudem haften die übrigen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften (zeitlich unbeschränkt!)[135] solidarisch für Forderungen der Gläubiger der primär haftenden Gesellschaft (Art. 47 Abs. 1 FusG)[136, 137].

(ii) Sonstige Nachteile

Im Spaltungsverfahren muss ein Spaltungsbericht erstellt werden (Art. 39 FusG), den Gesellschaftern ist Einsicht[138] in die wichtigsten Dokumente zu gewähren (Art. 41 FusG) und der Spaltungsbeschluss erfordert ein qualifiziertes Mehr (Art. 43 FusG)[139]. Auch bestehen bei der Spaltung Rechtsunsicherheiten betreffend Rechtsnatur des Spaltungsvertrages bzw. -planes, anwendbare Normen und Handelsregistereintrag[140].

(iii) Vorteile durch partielle Universalsukzession?

Grundsätzlich für die Spaltung nach FusG spricht der Grundsatz der (partiellen)[141] Universalsukzession. Jedoch besteht auch im Rahmen des FusG weiterhin *Unsicherheit* bezüglich der Frage, ob bei der Spaltung Vertragsverhältnisse von der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft auch *ohne Zustimmung* aller beteiligten Vertragsparteien übertragen werden können[142]. Zumindest bei der Abspaltung ist es aufgrund der Rechtsunsicherheit trotz der mehrheitlichen Befürwortung in der Lehre ratsam, die Zustimmung der Vertragsparteien einzuholen[143, 144].

---

129 Nach wohl h.L. ist dieses zweistufige Verfahren auch nach Inkrafttreten des FusG noch zulässig, MARTIN EPPER, Stämpflis HK (FN 29), Art. 29 N 6; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 452; BSK-WATTER/BÜCHI, Art. 29 FusG N 16; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH (FN 37), Art. 29 N 7; VON SALIS (FN 10), 218; ANDREAS BINDER, Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung, Zürich 2005, 30–33; a.M. jedoch ZK-PFEIFER/MEIER, vor Art. 29–52 FusG N 15–18; ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER (FN 58), N 318, 321 ff.; vgl. auch RAFFAEL BÜCHI, Spin-off, Bern 2001, 121 f.

130 Bei Zulassung des zweistufigen Verfahrens erfolgt der erste Schritt entweder in der Form der Vermögensübertragung (Art. 69 ff. FusG) oder aber auf dem Weg der Singularsukzession; zur Abgrenzung bzw. der alternativen Zulässigkeit s. V.d).

131 Es kann sich dabei um eine bereits bestehende oder eine neu zu gründende Tochtergesellschaft handeln. Eine Gründung der abzuspaltenden Tochtergesellschaft erfolgt i.d.R. über den Weg einer qualifizierten Gründung mittels Sacheinlage oder Sachübernahme gestützt auf einen Sacheinlage- oder Sachübernahmevertrag zwischen der Mutter- und der Tochtergesellschaft.

132 Die Ausschüttung der Tochtergesellschaftsaktien erfolgt über eine konstitutive Kapitalherabsetzung (Art. 732–734 OR) als Kapitalrückzahlung, als Liquidationsanteil bei Liquidation der spaltenden Gesellschaft oder aber (bei genügend freiem Eigenkapital) als Sachdividende; zum Ganzen ausführlich unter Bezugnahme auf prominente Beispiele in der Praxis (Ciba, Syntega, Sulzer, Givaudan) ROLF WATTER/RAFFAEL BÜCHI, Demergers (Abspaltungen) bei der (Publikums-) Gesellschaft, in: RUDOLF TSCHÄNI (Hrsg.), Mergers & Acquisitions V, Zürich 2003, 1 ff.; RALPH MALACRIDA, Spaltung von Gesellschaften, ZSR 2004 I, 39 ff.

133 Zu bemerken ist, dass das zweistufige Verfahren auch "umgekehrt" durchgeführt werden kann: In einem ersten Schritt schüttet die eine Tochtergesellschaft Vermögenswerte (z.B. ein Grundstück) als Sachdividende an die Muttergesellschaft aus, worauf die Vermögenswerte durch eine andere (bereits bestehende oder neugegründete) Tochtergesellschaft von der Muttergesellschaft durch Sacheinlage bzw. Sachübernahme übernommen werden. Mithin erfolgen die zwei Schritte "Ausgliederung" und "Ausschüttung" in umgekehrter Reihenfolge.

134 Die Bestimmung führt zu einer Ungleichbehandlung der Gläubiger, da jene Gläubiger, die keine Sicherstellung verlangen, gegenüber denjenigen, denen Sicherstellung gewährt wird, benachteiligt werden.

135 Vgl. dafür Art. 127 ff. OR, Art. 60 OR. Gemäss BSK-EHRAT/COLOMBINI, Art. 47 N 12 ist die Haftung von Art. 47 FusG in teleologischer Auslegung und in Analogie zur entsprechenden Regelung bei der Vermögensübertragung (Art. 75 Abs. 3 lit. a FusG) trotz ausdrücklicher gesetzlicher Regelung auf drei Jahre zu befristen.

136 Bei der Vermögensübertragung bleibt die übertragende Gesellschaft noch während dreier Jahre primär solidarisch haftbar (Art. 75 FusG), während bei der Übertragung von Passiven auf dem Weg der Singularsukzession (Art. 175 ff. OR) die Gläubiger dadurch geschützt sind, dass die Übertragung ihrer Zustimmung bedarf.

137 Zum Ganzen ausführlich BINDER (FN 129), 10 ff., 15 f., 23 f., welcher für eine restriktive Auslegung der Gläubigerschutzbestimmungen plädiert.

138 Insbesondere die Pflicht zur Gewährung des Einsichtsrechts während zwei Monaten ist ein Grund für die lange Dauer des Spaltungsverfahrens.

139 VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 450.

140 V.d)(iv) bis (vii).

141 Zum Begriff der partiellen Universalsukzession V.c)cc)(i) und V.d)(viii).

142 Die Botschaft hat sich gegen die Zulässigkeit der Übertragung von Vertragsverhältnissen ausgesprochen, Botschaft, 4445.

143 Die Kontroverse bezieht sich hauptsächlich auf die Rechtslage bei Abspaltungen. Denn bei der Aufspaltung müssen die Vertragsverhältnisse zwangsläufig übergehen schon deshalb, weil die übertragende Gesellschaft untergeht. Diesfalls muss der Spaltungsvertrag oder -plan festlegen, welche Verträge auf welche Gesellschaft übergehen, EPPER, Stämpflis HK (FN 29), Art. 29 N 14 f.; GLANZMANN (FN 4), N 320 f.

144 Zum Übergang von Verträgen ausführlich VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 581 ff.

IV. Umwandlung

a) Fall *Y*

aa) Sachverhalt

Die Y-AG plante die Umwandlung nach Art. 53 ff. FusG[145] in die Y-GmbH, wobei das Aktienkapital der Y-AG CHF 508 280 betrug. Dieses sollte in Stammkapital von CHF 508 000 umgewandelt werden.

bb) Kompatibilität von Aktien- und Stammkapital?

(i) Praxis des HRA ZH

Das HRA ZH beanstandete, dass die Anpassung des bisherigen Aktienkapitals an einen GmbH-kompatiblen Betrag eines der Umstrukturierung vorgelagerten *Kapitalherabsetzungsverfahrens* (Art. 732 ff. OR) oder aber eines *Kapitalerhöhungsverfahrens* (Art. 650 ff. OR) bedürfe. Ein solches Vorgehen sei aus Gläubigerschutzinteressen stets durchzuführen, wenn das Nennkapital tangiert sei. In casu musste das Kapital in einem unverhältnismässigen und zeitraubenden Verfahren um CHF 720 (!) auf CHF 509 000 erhöht werden[146].

(ii) Restbetrag als nicht ausschüttbares Agio

Die Lehre vertritt unter Berufung auf die vom FusG angestrebten Erleichterungen von Umstrukturierungen die Auffassung, dass es zulässig sein muss, die AG auch ohne formelle Kapitalherabsetzung in eine GmbH umzuwandeln und das das Stammkapital übersteigende Kapital als nicht ausschüttbares Agio zu behandeln. Damit wird den Gläubigern kein Haftungssubstrat entzogen[147].

b) Fall *Conventis*

aa) Sachverhalt

Die Conventis Holding GmbH (Conventis) wurde in die Conventis Holding AG umgewandelt. Obwohl die Conventis die Voraussetzungen von Art. 2 lit. e FusG erfüllte und damit als KMU qualifizierte, hatte der einzige Gesellschafter nicht auf die Erstellung der Belege i.S.v. Art. 61 und 62 FusG verzichtet. Mithin wurde dem Handelsregisteramt sowohl ein Umwandlungsbericht als auch ein Prüfungsbericht eingereicht.

bb) Verzicht auf Umwandlungsbericht und Prüfungsbericht bei einer KMU-Umwandlung

KMU können auf die Erstellung eines Umwandlungsberichts (Art. 61 Abs. 2 FusG) und auf die Prüfung des Umwandlungsplans und des Umwandlungsberichts durch einen besonders befähigten Revisor (Art. 62 Abs. 2 FusG) verzichten, sofern alle Gesellschafter zustimmen[148]. Obwohl – oder gerade weil – in casu kein Verzicht erfolgte und diese Dokumente erstellt wurden, ist auf Folgendes hinzuweisen:

(i) Zum Umfang des Verzichts im Allgemeinen

Zunächst ist zu beachten, dass ein Verzicht auf die Erstellung eines Umwandlungsberichts (Art. 61 FusG) noch nicht gleichzusetzen ist mit dem Verzicht auf den Prüfungsbericht i.S.v. Art 62 FusG. Denn der Prüfungsbericht bezieht sich nicht nur auf den Umwandlungsbericht, sondern auch auf den Umwandlungsplan und die Umwandlungsbilanz. Wollen die Gesellschafter somit einen generellen Verzicht aussprechen, ist der Verzicht auch ausdrücklich auf die Prüfung i.S.v. Art 62 FusG auszudehnen[149].

(ii) Gründungsbericht und Prüfungsbestätigung bei einer KMU-Umwandlung

Angesichts des Fehlens eines Umwandlungsberichts und eines Prüfungsberichts stellt sich namentlich bei der Umwandlung einer GmbH in eine AG[150] die Frage, ob ein Gründungsbericht (Art. 635 OR) und eine Prüfungsbestätigung (Art. 635a OR) zu erstellen und dem Handelsregister einzureichen sind. Obwohl in der Lehre nicht unumstritten[151], verlangt das EHRA, dass die rechtsformspezifischen

145 Zur praktischen Bedeutung der Umwandlung nach FusG allgemein s. GLANZMANN (FN 4), N 165, der darauf hinweist, dass gerade in Konzernverhältnissen die Umwandlung oft dadurch vollzogen wird, dass eine neue Gesellschaft mit der Zielrechtsform als Schwestergesellschaft der umzuwandelnden Gesellschaft gegründet wird, welche die umzuwandelnde Gesellschaft anschliessend (im vereinfachten Verfahren nach Art. 24 Abs. 1 FusG) absorbiert. Damit könne auch das in casu nachfolgend angesprochene langwierige Kapitalherabsetzungs- bzw. Kapitalerhöhungsverfahren vermieden werden.

146 Das Kapitalerhöhungsverfahren stellte sich im Vergleich zum Kapitalherabsetzungsverfahren noch als das kleinere Übel heraus.

147 ZK-PESTALOZZI, Art. 57 FusG N 9; ANDREAS KELLERHALS/JÜRG LUGINBÜHL, Fusionsgesetz, Auswirkungen auf die Praxis, Zürich 2004, 97; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH (FN 37), Art. 57 N 10; die Autoren der genannten Quellen gehen vom (maximalen) Stammkapital gem. Art. 773 OR von CHF 2 000 000 aus, wobei der diesen Betrag übersteigende Betrag ungenannt bleibt. Somit muss das Gesagte umso mehr für einen derart kleinen Betrag wie CHF 280 gelten.

148 Auch auf das Einsichtsverfahren kann gemäss Art. 63 Abs. 2 FusG verzichtet werden.

149 BSK-BÖSCH, Art. 62 FusG N 16.

150 Wenn eine Gesellschaft in eine Genossenschaft umgewandelt werden soll, ist Art. 835 Abs. 4 OR (Bericht über Sacheinlagen und Sachübernahmen) massgebend. Handelt es sich bei der Zielrechtsform jedoch um eine GmbH (vgl. den Fall Y, IV.a) und IV.c), bedarf es weder eines Gründungsberichts noch einer Prüfungsbestätigung, Art. 779 OR e contrario.

151 Die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Gründungsbericht und die Gründungsprüfung fordern VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), 748; MARCEL GIGER, Stämpflis HK (FN 29), Art. 62 N 11; a.M. hingegen BSK-BÖSCH, Art. 61 FusG N 13 und Art. 62 FusG N 17, der darauf hinweist, dass es gerade Ziel des Gesetzgebers war, die Umstrukturierungen von KMU zu erleichtern.

Sacheinlagevorschriften aus Gründen des Gläubigerschutzes *"in Lückenfüllung analogieweise"* anzuwenden sind. Somit müssen im Rahmen einer Umwandlung einer GmbH in eine AG ein Gründungsbericht und eine Prüfungsbestätigung als Belege eingereicht werden (Art. 635, 635a OR analog)[152]. Dies lässt den Schluss zu, dass im Fall Conventis – wo bei nur einem Gesellschafter einem Verzicht grundsätzlich nichts im Wege gestanden hätte – die Belege nach Art. 61 und 62 FusG aus diesen Gründen erstellt wurden.

c) Fall *Taur-Kredit*

aa) Sachverhalt

Die Taur-Kredit AG hatte im Dezember 1997 beschlossen, die Gesellschaft aufzulösen. Nachdem der einzige Verwaltungsrat und Aktionär als eingesetzter Liquidator bestätigte, dass abgesehen vom Schuldenruf und der Erstellung der Liquidationseröffnungsbilanz noch keine Liquidationshandlungen durchgeführt wurden, wurde dieser Auflösungsbeschluss im November 2005 widerrufen und eine Kapitalerhöhung vorgenommen. Daraufhin wurde die Taur-Kredit AG in Liq. in die Taur-Kredit GmbH umgewandelt.

bb) Art. 5 FusG analog

Das FusG enthält anders als bei der Fusion – aber gleich wie bei der Spaltung – keine ausdrückliche Regelung betreffend Umwandlung von Gesellschaften in Liquidation. Ein Teil der Lehre spricht sich für deren Zulassung unter den gleichen Voraussetzungen wie bei der Fusion, mithin für eine analoge Anwendung von Art. 5 FusG aus. Die nachfolgenden Bemerkungen zu den Voraussetzungen von Art. 5 FusG gelten somit gleichermassen für die Fusion als auch für die Spaltung und die Umwandlung[153]:

(i) Übertragende Gesellschaft in Liquidation

Die übertragende (bzw. sich umwandelnde) Gesellschaft muss in Liquidation sein[154]. Ausgeschlossen ist die Umstrukturierung aber dann, wenn der Konkurs bereits eingetreten ist[155].

(ii) Noch keine Vermögensverteilung

Es darf mit der Vermögensverteilung noch nicht begonnen worden sein. Da die Gesellschaftsgläubiger, die bereits im Zeitpunkt des Auflösungsbeschlusses Forderungen gegen die Gesellschaft haben, durch die Regeln des Liquidationsverfahrens geschützt sind, ist Art. 5 FusG konzipiert für jene Gläubiger, die erst *nach dem Auflösungsbeschluss* eine Forderung gegen die Gesellschaft erworben haben[156].

(iii) Bestätigung gegenüber dem Handelsregisteramt

Dass mit der Vermögensverteilung noch nicht begonnen wurde, muss das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan gegenüber dem Handelsregisteramt bestätigen. Zu beachten gilt, dass bezüglich der Abgabe der Bestätigung bei der Aktiengesellschaft nicht mehr der Verwaltungsrat, sondern die *Liquidatoren* das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan sind[157].

V. Vermögensübertragung

a) Fall *Kull*

aa) Sachverhalt

Die Kommanditgesellschaft Kull & Co übertrug im Oktober 2004 einen Teil ihres Vermögens auf die Cteam-Kull AG. Als Gegenleistung vereinbarten die beiden Parteien einen festen Betrag sowie 8% am von einem externen Revisor testierten Jahresgewinn der Cteam-Kull AG in der zweiten Jahreshälfte des Geschäftsjahres 2004 und 8% an einem allfälligen, von einem externen Revisor testierten Jahresgewinn der Cteam-Kull AG in den Geschäftsjahren 2005–2008. Beabsichtigt war dabei der Kauf und die Übertragung des Geschäftsbereiches Freileitungsbau.

bb) Gegenleistung im Allgemeinen

Diesbezüglich ist bei der Vermögensübertragung auf einige Merkpunkte hinzuweisen:

(i) Empfänger der Gegenleistung

Im Gegensatz zur Fusion und Spaltung kommt eine allfällige Gegenleistung nicht den Gesellschaftern, sondern der übertragenden *Gesellschaft* selbst zu. Sie steht demnach grundsätzlich dem übertragenden Rechtsträger zu. Allerdings kann die Vermögensübertragung auch als Vertrag zu Gunsten Dritter (Art. 112 OR) ausgestaltet sein[158].

(ii) Form der Gegenleistung

Die Gegenleistung kann in Geld oder in sonstigen Werten erfolgen. Auch eine Entschädigung in Form von *Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an der übernehmenden Gesellschaft* – typisch für den Fall der Ausgliederung – ist zulässig, sofern diese der übertragenden Gesellschaft zukommt[159].

(iii) Höhe der Gegenleistung

Art. 71 Abs. 1 lit. d FusG spricht nur von einer "allfälligen" Gegenleistung. Da eine Gegenleistung somit nicht

152 REPRAX 2/05, Fragestellungen (FN 16), 36; REPRAX 2/3/04, KK HRegV (FN 30), 18.
153 GLANZMANN (FN 4), N 152. Auch für die Spaltung wird die analoge Anwendung von Art. 5 FusG postuliert, GLANZMANN (FN 4), N 125 m.w.H.; vgl. auch BGE 123 III 473 (Aufhebung des Rückgründungsverbotes).
154 Nach dem Wortlaut von Art. 5 FusG darf die übernehmende Gesellschaft nicht in Liquidation sein. Ein Teil der Lehre erachtet dies jedoch als zu formalistisch, MARTIN FREY, Stämpflis HK (FN 29), Art. 5 N 2.
155 Gemäss Art. 204 Abs. 1 SchKG kann die Gesellschaft nach Konkurseröffnung nicht mehr über ihr Vermögen verfügen.
156 Die Voraussetzung dient damit dem lückenlosen Gläubigerschutz, BSK-MEINHARDT, Art. 5 FusG N 19 f.
157 BSK-MEINHARDT, Art. 5 FusG N 23 ff.
158 ZK-BERETTA, Art. 71 FusG N 27.
159 Kommt eine solche direkt den Gesellschaftern zu, liegt eine Spaltung vor (Art. 69 Abs. 1 Satz 2 FusG).

unbedingt erforderlich ist, kann eine Vermögensübertragung entgeltlich oder unentgeltlich sein. Stets ist jedoch das Verbot der *Einlagerückgewähr* (Art. 680 Abs. 2 OR) und das Verbot der *verdeckten Gewinnausschüttung* (Art. 678 Abs. 2 OR)[160] sowie bei einer unentgeltlichen Vermögensübertragung mit Beteiligung einer Gesellschaft in schwieriger wirtschaftlicher Lage die paulianische *Anfechtungsklage* i.S.v. Art. 285 ff. SchKG[161] zu beachten.

(iv) Keine Bestätigung eines besonders befähigten Revisors

Als Konsequenz des Umstands, dass die Vermögensübertragung nicht an die Voraussetzung einer adäquaten Gegenleistung geknüpft ist, bedarf die Vertretbarkeit der Gegenleistung – anders als bei Fusion, Spaltung und Umwandlung – *keiner Bestätigung* durch einen besonders befähigten Revisor[162].

cc) Earn out-Klauseln im Speziellen

Mit Earn out-Klauseln wird der Kaufpreis von bestimmten, nach dem Vollzug des (Unternehmens-)Kaufvertrages eintretenden (und damit zukünftigen) Ereignissen abhängig gemacht[163]. Auch im Rahmen der Vermögensübertragung nach FusG ist die übliche Praxis, den Kaufpreis vom Ertrag des gekauften Unternehmens abhängig zu machen, grundsätzlich zulässig[164]. Mit der Vereinbarung der Beteiligung am Gewinn der Cteam-Kull AG über mehrere Jahre wurde eine solche Earn out-Klausel in den Vermögensübertragungsvertrag aufgenommen. Im Zusammenhang mit Earn out-Klauseln ist Folgendes beachtenswert:

(i) Bestimmbarkeit der Gegenleistung

Die Gegenleistung bei der Vermögensübertragung muss in Analogie zum Kaufvertragsrecht grundsätzlich *zumindest bestimmbar* sein (vgl. Art. 184 Abs. 3 OR)[165]. Im Rahmen von Earn out-Klauseln ist die Bestimmbarkeit deshalb gegeben, weil die Bestimmung des Kaufpreises ganz oder – wie in casu – teilweise von einem künftigen Ereignis abhängig gemacht wird und nicht der Willkür einer Partei oder eines Dritten überlassen ist[166].

(ii) Zu beachtende Problempunkte bei der Formulierung von earn out-Klauseln

Bei der Formulierung von Earn out-Klauseln bedürfen einige Problempunkte besonderer Aufmerksamkeit. So ist zunächst die Art der Erfolgsbeteiligung zu umschreiben. Des Weiteren sind allfällige Handlungs- und Mitwirkungspflichten (-rechte) der Parteien zu definieren. Sodann ist zu regeln, inwiefern Rechenschaftspflichten und Kontrollrechte bestehen. Schliesslich sind auch die Folgen der Nichterfüllung der Zahlungspflicht des Käufers unter der Earn out-Klausel (Rückzug bei Verzug?) zu umschreiben[167].

(iii) Handelsregistereintrag bei unbestimmter Gegenleistung

Beim Verkäufer wird die Gegenleistung im Handelsregister eingetragen (Art. 108a lit. c und d HRegV). Da beim Earn out[168] die Gegenleistung wohl bestimmbar, aber unbestimmt ist, ist nicht klar, wie der Eintrag vorzunehmen ist. Mindestens muss die Berechnungsgrundlage in summarischer Form eingetragen werden[169].

b) Fall *Buchs*

aa) Sachverhalt

Der Geschäftsinhaber der im Handelsregister eingetragenen Einzelfirma Buchs übertrug gemäss Übertragungsvertrag sämtliche Aktiven sowie das Fremdkapital des Einzelunternehmens auf die neu gegründete Muldenservice Buchs AG mittels Sacheinlage und -übernahme[170]. Als Gegenleistung erhielt er 100 Namenaktien zu einem bestimmten Nennwert sowie eine Kontokorrentforderung bei der AG[171]. Die Einzelfirma wurde im Handelsregister gelöscht.

bb) "Umwandlung" einer Einzelfirma

Im Unterschied zu Gesellschaften können Einzelfirmen auch dann nicht fusionieren oder sich spalten, wenn sie im Handelsregister eingetragen sind[172]. Eine Einzelfirma kann auch nicht nach den Bestimmungen der Art. 53 ff. FusG umgewandelt werden[173]. Im Rahmen des FusG bildet die Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG das einzig mögliche Instrument zur Umstrukturierung. Folgendes ist dabei zu beachten:

---

160 Die unentgeltliche Vermögensübertragung ist vor allem bei Vermögensverschiebungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften von Bedeutung, VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 854.

161 VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 854; gem. GLANZMANN (FN 4), N 345 liegt diesfalls materiell eine Schenkung vor.

162 Wobei sich die Notwendigkeit eines Revisorberichts aber aus aktienrechtlichen Sacheinlagevorschriften ergeben kann (Art. 635a und 652f OR).

163 Zu earn out-Klauseln ausführlich MARKUS VISCHER, Earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 98 (2002) Nr. 21, 509 ff.

164 ZK-BERETTA, Art. 71 FusG N 29.

165 GLANZMANN (FN 4), N 344.

166 VISCHER, Earn out (FN 163), 510.

167 Zu den angesprochenen Problempunkten ausführlich VISCHER, Earn out (FN 163), 511 ff.

168 Ähnlich ist die Rechtslage, wenn der Vertrag einen Preisanpassungsmechanismus wie ein Post Closing Price Adjustment vorsieht.

169 MARKUS VISCHER, Auswirkungen des Fusionsgesetzes auf Share und Asset Deals – zugleich ein Beitrag zur Vermögensübertragung, in: RUDOLF TSCHÄNI, Mergers & Aquisitions VII, Zürich/Basel/Genf 2005, 220.

170 Die Vermögensübertragung entbindet nicht von der Einhaltung der Bestimmungen betreffend Sacheinlage und -übernahme (Art. 628, 634, 635 Ziff. 1 und 635a OR).

171 Es handelte sich nicht um einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten (vgl. V.a)bb)(i)), da der Geschäftsführer der Einzelfirma auch der Hauptaktionär und Verwaltungsrat der AG war bzw. ist.

172 Vgl. Art. 4 FusG und Art. 30 FusG.

173 Vgl. Art. 54 FusG.

(i) Erfordernis des Handesregistereintrages

Bloss eine Einzelfirma, welche die Voraussetzungen von Art. 52 ff. HRegV erfüllt[174], kann sich durch Vermögensübertragung – mithin mittels *Universalsukzession* – in eine Kapitalgesellschaft "umwandeln" (Art. 69 Abs. 1 FusG)[175]. Soll eine nicht im Handelsregister eingetragene Einzelfirma "umgewandelt" werden, muss diese Restrukturierung notwendigerweise nach dem Prinzip der *Singularsukzession* gemäss Art. 181 OR vollzogen werden[176, 177].

(ii) Aktivvermögen, welches sich nicht zuordnen lässt

Bei der üblichen Vermögensübertragung bleibt der übertragende Rechtsträger bestehen. Wandelt sich jedoch eine Einzelfirma in eine AG bzw. GmbH um, wird diese infolge Vermögensübertragung *gelöscht* und Art. 72 FusG kann nicht zur Anwendung kommen[178]. Gegenstände des Aktivvermögens sowie Forderungen und immaterielle Rechte, welche sich aufgrund des Inventars nicht zuordnen lassen, müssen somit aus dem Geschäftsvermögen herausgelöst werden und ins *Privatvermögen* des Geschäftsführers gelangen.

(iii) Kein Genehmigungsbeschluss

Da die Einzelfirma keine Organe hat, erübrigt sich der Genehmigungsbeschluss i.S.v. Art. 70 Abs. 1 FusG und der Geschäftsinhaber muss lediglich den Übernahmevertrag unterschreiben[179].

c) Fall *Siemens/Swisscom*

aa) Sachverhalt

Die Siemens Schweiz AG (Siemens) als übertragende Gesellschaft übertrug auf dem Weg der Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG die Aktiven, wie insbesondere ein Ersatzteillager für die in Telefonzentralen grosser und mittlerer Geschäftskunden verwendeten Netzwerkgeräte, auf die Swisscom Solutions AG (Swisscom) als übernehmende Gesellschaft. Passiven wurden keine übertragen. Der Wert des Übertragungsgegenstandes wurde von den Parteien per 1. Januar 2006 (Stichtag) festgelegt. Die einzelnen Gegenstände wurden als Beilage detailliert aufgeführt.

bb) Inventar der zu übertragenden Gegenstände

Gemäss Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG hat der Vermögensübertragungsvertrag ein Inventar mit der eindeutigen Bezeichnung der zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens zu enthalten. Grundstücke[180], Wertpapiere[181] und immaterielle Werte[182] sind einzeln aufzuführen. Auseinanderzuhalten sind im Folgenden stets der Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung, der sog. Stichtag und der Zeitpunkt des Handelsregistereintrags.

(i) Hinreichende Konkretisierung des Inventars und Anpassungsklausel

Die zu übertragenden Aktiven und Passiven müssen eindeutig identifiziert werden können, weshalb es grundsätzlich nicht genügt, die Vermögensteile lediglich summarisch aufzulisten. Gemäss Wortlaut sind jedoch bloss Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte *einzeln* aufzuführen[183], wobei *Bestimmbarkeit* genügen muss[184]. Ausser-

174 Gemäss Art. 52 f. HRegV ist zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet, wer ein Handels-, ein Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt und nicht aufgrund Art. 54 ff. HRegV (jährliche Roheinnahmen von weniger als CHF 100 000) von der Eintragungspflicht befreit ist.

175 Selbstverständlich kann eine "Umwandlung" auch dadurch bewerkstelligt werden, dass eine Einzelfirma zuerst gelöscht und sodann eine separate AG oder GmbH gegründet und eingetragen wird (also nicht "uno actu").

176 Vgl. dazu V.d).

177 Zur Eintragungspraxis des HRA ZH: Überträgt eine *nicht* im Handelsregister eingetragene Einzelfirma ihr Vermögen auf dem Weg von Art. 181 OR auf eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft oder Einzelfirma, erfolgt neu kein Eintrag mehr. Auch erfolgt neuerdings kein Eintrag mehr in dem Fall, in welchem eine im Handelsregister *eingetragene* Einzelfirma ihr Vermögen auf dem Weg der Singularsukzession auf eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft oder Einzelfirma überträgt, Wegleitung (FN 14).

178 Zu Art. 72 FusG im Fall, wo der übertragende Rechtsträger keine Einzelfirma ist, s. V.c)bb)(ii).

179 Da der Inhaber der Einzelfirma sowohl für die übertragende als auch für die (neugegründete) übernehmende Kapitalgesellschaft unterschreibt, liegt eine kaum zu verhindernde Doppelvertretung vor.

180 Der Begriff des Grundstücks richtet sich nach Art. 655 ZGB.

181 Beim Wertpapierbegriff ist unklar, ob man sich auf Art. 965 OR oder Art. 3 BEHG ("Effekten") stützt, BSK-WATTER/REUTTER, Art. 37 FusG N 17; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH (FN 37), Art. 37 N 16.

182 Unter den Begriff der "immateriellen Werte" fallen registrierte Immaterialgüterrechte wie Marken, Patente und Designrechte; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH (FN 37), Art. 71 N 11 und Art. 37 N 16; BSK-WATTER/REUTTER, Art. 37 FusG N 18; zum Problem der Individualisierung bei Urheberrechten und anderen nicht registrierten immateriellen Rechten wie bspw. Know-How, Goodwill und Nutzungsrechte s. Fn. 183. Zur Bedeutung und Auslegung des Begriffes "immaterielle Werte" ausführlich MAGDA STREULI-YOUSSEF, Bedeutung des Fusionsgesetzes für die IP-Welt, in: "sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht", Zürich 2004, Nr. 7/8 611 f.

183 Wie erwähnt ist betreffend die Begriffe "Wertpapier" und "immaterielle Werte" unklar, welche Vermögenswerte genau darunter fallen. So ist insbesondere eine vollständige Auflistung von Urheberrechten und anderen nicht registrierten Rechten wie Know-How, Goodwill etc. praktisch kaum möglich. Entsprechend ist – um einen vollständigen Übergang zu gewährleisten – zu empfehlen, diese Rechte mittels Singularsukzession zu übertragen; GLANZMANN (FN 4), N 316; URS SCHENKER, Stämpflis HK (FN 29), Art. 37 N 7.

184 BSK-WATTER/REUTTER, Art. 37 FusG N 12 m.H. auf URS BERTSCHINGER, Spaltungsvertrag und Vermögensübertragungsvertrag gemäss Fusionsgesetz – neue Nominatkon-

halb dieses Bereichs können *Sammelbegriffe* und pauschale Bezeichnungen verwendet werden, wobei auch hier aus Gründen der Rechtssicherheit eine "hinreichend genaue Bezeichnung" der Vermögensteile zu fordern ist[185]. Zwischen der Erstellung des Vertrags und dem Vollzug (dem Handelsregistereintrag) kann einige Zeit vergehen und das Netto-Umlaufvermögen somit ständig variieren[186], denn Debitorenzahlungen, Zahlungen an Kreditoren, Kauf und Verkauf von Warenlager führen zu Bestandesänderungen. Für diese Fälle sollte der Vermögensübertragungsvertrag eine *Ausgleichsklausel* enthalten, gemäss welcher die Veränderungen des Vermögens zwischen dem Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung und dem Vollzug der Umstrukturierung durch Zahlungen ausgeglichen werden können. Damit kann Veränderungen in der Berechnungsgrundlage für die Bestimmung der Gegenleistung Rechnung getragen werden[187].

(ii) Zuordnung von Aktiven

Art. 72 FusG – welcher i.V.m. Art. 71 Abs. 1 lit. b und Art. 73 Abs. 2 FusG zu lesen ist – besagt, dass Gegenstände des Aktivvermögens, welche sich aufgrund des Inventars nicht zuordnen lassen, beim übertragenden Rechtsträger verbleiben. Somit verbleiben nicht aufgeführte oder nicht "eindeutig bezeichnete" (somit nicht mindestens bestimmbare) Vermögensgegenstände bei der übertragenden Gesellschaft[188]. Vereinbaren die Parteien den Übergang aller Aktiven und Passiven eines *bestimmten Geschäfts oder eines Betriebsteiles*, liegt genügende Bestimmbarkeit vor[189]. Mithin sollten auch die zu einem solchen Betrieb bzw. Betriebsteil gehörenden Vermögenswerte, die den Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bekannt waren – die aber zwischen Unterzeichnung des Vermögensübertragungsvertrages und dem Handelsregistereintrag entstanden sind – auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen[190].

(iii) Zuordnung von Passiven

Das Gesetz (vgl. Art. 72 FusG) enthält keine Bestimmung darüber, ob die übertragende Gesellschaft (weiterhin) für Schulden haftet, welche sich auf Grund des Vermögensübertragungsvertrags nicht zuordnen lassen. Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, in Anbetracht von Art. 73 Abs. 2 FusG sei *Art. 72 FusG analog* anzuwenden, d.h. Schulden, welche im Inventar nicht eindeutig als zu übertragende Passiven aufgeführt werden, verbleiben bei der übertragenden Gesellschaft[191].

cc) Zeitpunkt der Wirksamkeit der Umstrukturierung

(i) Rechtswirksamkeit ab Handelsregistereintrag

Die Konkretisierung und Zuordnung der Vermögenswerte mittels Inventar erlangt umso mehr Bedeutung, als der Handelsregistereintrag bzw. die partielle *Universalsukzession*[192] für die Vermögensübertragung konstitutiv[193] wirkt und die für die Singularsukzession erforderlichen Übertragungsformen[194] ersetzt. Die Vermögensübertragung wird somit immer *mit der Eintragung ins Handelsregister* rechtswirksam[195, 196].

trakte, in: HONSELL/PORTMANN/ZÄCH/ZOBL (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey, Zürich 2003, 365, gemäss welchem für Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte (die *einzeln aufzuführen* sind) keine strengere Ordnung als für die übrigen Gegenstände des Aktivvermögens (welche einer *eindeutigen Bezeichnung* unterliegen) gilt: So muss bspw. auch die Gruppenbildung "sämtliche Grundstücke im Kanton Zürich" möglich sein.

185 Botschaft, 4438. Nach BSK-WATTER/REUTTER, Art. 37 FusG N 12 braucht es neben der Spaltungsbilanz das einzelne Bilanzposten aufschlüsselnde Inventar nur soweit, als dies zur Identifikation der übergehenden Vermögenswerte notwendig ist.

186 Dasselbe Problem stellt sich bei der Spaltung – auch da wird nur ein Teil des Vermögens auf die übernehmende Gesellschaft übertragen, weshalb ein Inventar nötig ist (Art. 37 lit. b FusG) – insbesondere mit Blick auf Art. 41 Abs. 1 FusG, wonach den Gesellschaftern das Einsichtsrecht zu gewähren ist; so können in diesem Fall mehr als zwei Monate zwischen Vertragsunterzeichnung und Vollzug vergehen, GLANZMANN (FN 4), N 315.

187 GLANZMANN (FN 4), N 315; SCHENKER, Stämpflis HK (FN 29), Art. 37 N 6; in casu wurde auf eine Ausgleichsklausel betreffend eine (Nach-)Zahlung verzichtet. Zur gegenüber einer Ausgleichsklausel alternativen Möglichkeit einer *fiduziarischen Geschäftsbesorgung* im Falle eines vereinbarten Stichtages s. V.c)cc)(ii).

188 Zum Problem der einzelnen Aufführung von Wertpapieren und gewissen nicht registrierten Immaterialgüterrechten vgl. FN 183; BSK-WATTER/REUTTER, Art. 37 FusG N 17 f.

189 Geht man mit BSK-WATTER/REUTTER, Art. 37 FusG 12 davon aus, dass auch bei den laut Gesetzeswortlaut einzeln aufzuführenden Gründstücken, Wertpapieren und immateriellen Werten blosse Bestimmbarkeit genügt, wird somit auch ein nicht namentlich genanntes Grundstück von der Vermögensübertragung erfasst, sofern es zum übertragenen Betrieb oder Betriebsteil gehört; zum Schutz des gutgläubigen Käufers, welcher vor Bereinigung des Grundbuchs ein bereits übertragenes Grundstück erwirbt, BERTSCHINGER (FN 184), 365.

190 BSK-MALACRIDA, Art. 72 FusG N 2.

191 BSK-MALACRIDA, Art. 72 FusG N 3; a.M. ZK-BERETTA, Art. 72 FusG N 4, gemäss welcher sich vergessene Passiven nach Art. 75 FusG richten.

192 Zum Begriff V.d)(viii); die Botschaft spricht auch von "Übertragung gemäss Inventar", Botschaft, 4465.

193 Botschaft, 4464.

194 Besitzübergang, Anmeldung im Grundbuch, Indossament, Zession.

195 Mit der Genehmigung durch das EHRA wird die Vermögensübertragung rückwirkend auf den Zeitpunkt des Tagebucheintrags rechtswirksam, Art. 115 ff. HRegV.

196 Zur Frage, ob bei Widersprüchen zwischen dem Handels- und dem immaterialgüterrechtlichen Spezialregister der Eintrag im Handelsregister Vorrang hat und demzufolge das Spezialregister "bereinigt" werden kann s. STREULI-YOUSSEF (FN 182), 612.

(ii) Vereinbarung eines Stichtags: Rückwirkung

Den Parteien steht es jedoch frei, den Wirkungszeitpunkt – also den Zeitpunkt, ab dem die Handlungen der übertragenden Gesellschaft als auf Rechnung der übernehmenden Gesellschaft vorgenommen gelten (der sog. *Stichtag*) – abweichend von demjenigen der Rechtswirksamkeit der Umstrukturierung (Zeitpunkt des Handelsregistereintrags) zu vereinbaren[197]. So ist es üblich, den Stichtag auf den Beginn des Geschäftsjahres oder des Quartals festzulegen. Konsequenz eines vom Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit abweichenden Wirkungszeitpunkts ist, dass ab dem Stichtag die Geschäftsvorfälle der übertragenden Gesellschaft in die Buchhaltung der übernehmenden Gesellschaft aufzunehmen sind. Zwar hat dieser gewählte Stichtag im Verhältnis zu Dritten keine Wirkung, denn für diese bleibt der Eintrag ins Handelsregister massgebend[198]. Im Innenverhältnis jedoch müssen die zivilrechtlichen Auswirkungen einer *Rückwirkung*[199] beachtet werden[200]. So verbleiben Gewinne und Verluste bis zum Stichtag bei der übertragenden Gesellschaft. Ab dem Stichtag jedoch entstehen allfällige Gewinne und Verluste – mithin schon vor der Rechtswirksamkeit der Umstrukturierung bzw. dem Handelsregistereintrag – bei der übernehmenden Gesellschaft. Somit kann es zu tatsächlichen Vermögensverschiebungen zwischen den beteiligten Gesellschaften kommen[201]. In der Praxis kann dieses Problem gelöst werden durch eine Vereinbarung, gemäss welcher die übertragende Gesellschaft den Geschäftsbetrieb ab dem Stichtag (bis zum Vollzug) auf Rechnung der übernehmenden Gesellschaft i.S. einer fiduziarischen Geschäftsbesorgung ordnungsgemäss (weiter-)führen soll[202].

d) Exkurs: Vermögensübertragung nach FusG vs herkömmlicher Asset Deal

Trotz einer beträchtlichen Anzahl von Vermögensübertragungen nach FusG hat diese Umstrukturierungsform in der Praxis nicht die erhoffte Bedeutung erlangt. Häufig noch werden Vermögen mittels traditionellem Asset Deal – mithin auf dem Weg der Singularsukzession – übertragen[203]. Zum besseren Verständnis dieser Tendenz wird im Folgenden in einem Überblick auf die Vor- und Nachteile[204] der Durchführung auf dem Weg der Vermögensübertragung hingewiesen und damit klar, dass die Nachteile durch die Vorteile des Vorgehens nach FusG (zum jetzigen Zeitpunkt) kaum aufzuwiegen sind[205, 206]:

(i) Nachteile durch schärferen Gläubigerschutz

Die Gläubiger können nach Art. 75 Abs. 3 FusG *Sicherstellung* verlangen[207]. Zudem gilt gemäss Art. 75 Abs. 2 FusG für die *solidarische Haftung* eine (Verjährungs-) Frist von drei Jahren[208]. Schliesslich begründet Art. 108 FusG auch gegenüber den Gläubigern eine strenge generelle Verantwortlichkeit.

(ii) Nachteile durch schärferen Minderheitenschutz

Gemäss Art. 74 FusG muss das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan der übertragenden Gesellschaft über die Vermögensübertragung *informieren*. Zudem können die Gesellschafter die Beschlüsse des obersten Leitungs- und

197 Die Vereinbarung eines Stichtags ist zulässig, obwohl dies – anders als bei der Fusion (Art. 13 Abs. 1 lit. g FusG) und bei der Spaltung (Art. 37 lit. g FusG) – nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist, BSK-MALACRIDA, Art. 73 FusG N 7; GLANZMANN (FN 4), N 349; BERTSCHINGER (FN 184), 372; betreffend explizite Vereinbarungen über den Übergang von Nutzen und Gefahr gemäss Art. 185 OR s. auch MARKUS VISCHER, Übergang von Nutzen und Gefahr beim Unternehmungskaufvertrag, in: Jusletter vom 26. Juni 2004, Rz 22 ff.

198 Unabhängig vom Stichtag der Vermögensübertragung haftet somit die Gesellschaft, die gehandelt hat, gegenüber dem Dritten: Schliesst z.B. die übernehmende Gesellschaft nach dem Stichtag, aber vor dem Handelsregistereintrag einen Vertrag ab, der zum übertragenen Betrieb gehört, so haftet die übertragende Gesellschaft weiterhin gegenüber dem Vertragspartner.

199 Zur Rückwirkung allgemein s. CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Die "Rückwirkung" bei gesellschaftsrechtlichen Transaktionen, SZW 1997, 1 ff., der sich für die Zulässigkeit der "unechten" Rückwirkung (welche sich lediglich auf die Verwendung zeitlich zurückliegender Rechnungslegungsdokumente bezieht) ausspricht, die "echte" Rückwirkung (welche materiell-rechtliche Wirkungen zeitigt) aber als unzulässig erachtet.

200 Bei der Fusion sind die zivilrechtlichen Auswirkungen deshalb beschränkt, weil mit der Rechtswirksamkeit der Fusion sämtliche Vermögenswerte und Verpflichtungen der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft übergehen, GLANZMANN (FN 4), N 350.

201 GLANZMANN (FN 4), N 351; SCHENKER, Stämpflis HK (FN 29), Art. 37 N 14 zum gleichen Problem bei der Spaltung.

202 Vgl. dazu das Vorgehen mittels Ausgleichsklausel, V.c)dd)(i).

203 Die h.L. versteht Art. 181 Abs. 4 OR dahingehend, als die in dieser Bestimmung genannten Parteien zwischen dem Vorgehen mittels Vermögensübertragung oder demjenigen mittels Singularsukzession (Asset Deal) wählen können, BSK-TSCHÄNI/PAPA, Art. 181 OR N 7; GLANZMANN (FN 4), N 170; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH (FN 37), Art. 69 N 19; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 812, einschränkend aber N 813; VISCHER, Auswirkungen des FusG (FN 169), 214 f. A.M. bloss ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER (FN 58), N 806 ff., welche die zwingende Anwendung des FusG postulieren für den Fall, dass ein Vermögen oder ein Teil eines Vermögens eine organische Einheit bilden. Zur Kontroverse umfassend und im Ergebnis ebenfalls für die Zulässigkeit der Singularsukzession s. BINDER (FN 129), 25 ff. Auch das HRA ZH geht von der Zulässigkeit der Singularsukzession aus, Wegleitung (FN 14).

204 Zu den bereits im Zusammenhang mit dem Inventar aufgezeigten Problemen s. den Fall Siemens/Swisscom, V.c).

205 Zu Lösungsansätzen (restriktive Auslegung der Gläubigerschutzbestimmungen des FusG) s. BINDER (FN 129), 23 f., 42.

206 Zum Ganzen ausführlich VISCHER, Auswirkungen des FusG (FN 169), 216 ff.

207 Vgl. die bisherige Regelung nach Art. 181 OR.

208 Vgl. die bisherige Regelung von Art. 181 OR, welche eine zweijährige Frist vorsah. Zudem ging die Lehre von einer Verwirkungsfrist aus, welche nicht nach Art. 135 ff. OR unterbrochen werden konnte.

Verwaltungsorgans nach Art. 106 f. FusG *anfechten*. Auch ist zu beachten, dass Art. 108 FusG den Kreis der möglichen *Verantwortlichen* gegenüber demjenigen der einzelnen Gesellschaftsformen ausdehnt.

(iii) Nachteile durch strengeren Arbeitnehmerschutz

Art. 77 Abs. 1 FusG verlangt, dass nicht mehr bloss der Käufer, sondern *auch der Verkäufer* die Arbeitnehmervertretung bzw. die Arbeitnehmer informiert bzw. konsultiert[209]. Zu beachten gilt insb. die Möglichkeit, bei Verletzung der Informations- bzw. Konsultationspflicht die Eintragung der Vermögensübertragung gerichtlich untersagen zu lassen.

(iv) Nachteile infolge Rechtsunsicherheit betreffend Rechtsnatur

In der Lehre ist umstritten, ob es sich beim Vermögensübertragungsvertrag um ein Verpflichtungsgeschäft, ein Verfügungsgeschäft oder um eine Kombination von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft handelt[210].

(v) Nachteile infolge Rechtsunsicherheit betreffend anwendbare Normen

Je nach Funktion des Vermögensübertragungsvertrags sind neben den Normen des FusG die entsprechenden Bestimmungen des Kaufs, des Tauschs oder der Schenkung etc. anzuwenden[211].

(vi) Nachteile infolge Unsicherheiten betreffend Handelsregistereintrag

Im Zusammenhang mit dem Handelsregistereintrag ist auf diverse Unklarheiten hinzuweisen. Wie wird das Closing durchgeführt[212]? Welche Kognition hat der Handelsregisterführer? Kommt dem Handelsregistereintrag heilende Wirkung zu[213]?

(vii) Nachteile betreffend Vertraulichkeit

Der Vermögensübertragungsvertrag ist dem Handelsregister einzureichen (Art. 108 lit. a HRegV) und Dritte können gemäss Art. 930 OR unbeschränkt Einsicht nehmen[214]. *Insbesondere bei Verträgen* kann aufgrund der Öffentlichkeit des Handelsregisters (Art. 930 OR) ein legitimes Interesse der Parteien – und nicht zuletzt der Vertragspartner – an Geheimhaltung bestehen[215]. So stellt sich denn auch die Frage, ob die Vertragsparteien der zu übertragenden Verträge aus Gründen des Geheimnisschutzes im Inventar nur mit Abkürzungen oder mit Nummern aufgeführt werden dürfen. Das HRA ZH verneint dies und weist darauf hin, dass in den Fällen, in denen die Vertragsparteien nicht preisgegeben werden wollen, die Verträge mittels Singularsukzession übertragen werden können[216, 217].

(viii) Vorteile durch partielle Universalsukzession?

Bei der Vermögensübertragung gehen mit dem Handelsregistereintrag grundsätzlich alle Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen über (Universalsukzession)[218], m.a.W. müssen die für die einzelnen Aktiven und Passiven geltenden Übertragungsvorschriften (Besitzübergabe, Grundbucheintrag, Zession etc.) nicht eingehalten werden. Wie auch im Anwendungsbereich der Spaltung[219] ist aber auch bei der Vermögensübertragung *umstritten, ob es zur Übertragung*

209 Vgl. die bisherige Regelung in Art. 333a OR.

210 Wenngleich die Qualifikation des Vermögensübertragungsvertrages nicht überbewertet werden darf, ist bspw. zu beachten, dass für das Verfügungsgeschäft *Verfügungsmacht* vorausgesetzt ist, für das Verpflichtungsgeschäft jedoch nicht.

211 Kommt man demnach zum Schluss, dass auf den Vermögensübertragungsvertrag Kaufrecht anwendbar ist – was bei einer entgeltlichen Vermögensübertragung meistens der Fall sein dürfte – kommen bei Leistungsstörungen die kaufrechtlichen Regeln über die Gefahrtragung (Art. 185 OR), den Verzug (Art. 190 f., 214 f. OR) und über die Rechts- und Sachgewährleistung (Art. 192 ff., 197 ff. OR) zur Anwendung.

212 Gemäss Art. 73 Abs. 2 FusG wird die Vermögensübertragung mit der Eintragung wirksam. Zu beachten ist, dass die Eintragung ins Tagebuch durch das EHRA zu genehmigen ist und die Anmeldung vom Verkäufer bis zur Genehmigung zurückgezogen werden kann. Dies gilt auch in Bezug auf Grundstücke, weshalb ein Grundbucheintrag für den Eigentumserwerb nicht erforderlich ist. Dies bedeutet, dass das Grundbuch vorübergehend unrichtig ist. Um die daraus entstehenden Probleme (z.B. gutgläubiger Erwerb eines Dritten) zu vermeiden, empfiehlt sich eine Escrow-Lösung, wonach das Geld erst nach erfolgtem Grundbucheintrag (Tagebuch) ausbezahlt wird, CORRADO RAMPINI, Handänderungen von Immobilien durch Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz, in: Der Schweizer Treuhänder 2006/3, 166.

213 Ablehnend VISCHER, Auswirkungen des FusG (FN 169), 220 f., der darauf hinweist, dass die Heilung insb. von Rechts- und Sachmängeln bzw. Willensmängeln schon deshalb nicht in Frage kommt, weil sonst die Art. 106 f. FusG wenig Sinn machen würden.

214 Zum Problem des uneingeschränkten Einsichtsrechts von Dritten im Zusammenhang mit Vermögensübertragungsverträgen im Allgemeinen s. ZK-BERETTA, Art. 71 FusG N 7.

215 Dieses Problem stellt sich unabhängig von der Frage, ob Verträge nur mit der Zustimmung des Vertragspartners übertragen werden können; zur Frage des Vertragsübergangs vgl. III.c)(iii) zur Spaltung, V.d)(viii) zur Vermögensübertragung und VI.b)bb) bei internationalen Verhältnissen.

216 Obwohl die Handelsregisterbehörden den Detaillierungsgrad des Inventars regelmässig nicht überprüfen, erfolgt eine Rückweisung bzw. eine Beanstandung dann, wenn die gesetzlich verlangten Aktiven nicht individuell genannt werden. Werden also die Vertragsparteien im Inventar nur mit Abkürzungen oder mit Nummern aufgeführt, wird dies vom HRA ZH beanstandet mit der Begründung, die externe Wirkung des Eintrags (Publizität) sei nicht gewährleistet, Wegleitung (FN 14).

217 Auch ZK-BERETTA, Art. 71 FusG N 14 ist offenbar dieser Meinung.

218 Da die Parteien Umfang und Zusammensetzung der betroffenen Aktiven und Passiven mittels Inventar bestimmen, spricht man von partieller Universalsukzession, zum Begriff VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 872.

219 Dazu III.c)(iii).

von Verträgen der Zustimmung der Drittpartei bedarf[220]. Mindestens bis zu einem diese Rechtsunsicherheit beseitigenden Präjudiz ist somit zu empfehlen, bei Verträgen die Zustimmung des Dritten einzuholen[221].

(ix) Vorteile durch erleichterte Formvorschriften

Die von Art. 70 Abs. 2 FusG vorgeschriebene einfache Schriftform gilt auch für Vermögenswerte, welche im Rahmen einer Singularsukzession der öffentlichen Beurkundung bedürften[222]. Werden Grundstücke übertragen, bedürfen gemäss derselben Bestimmung die entsprechenden Teile des Vertrags der öffentlichen Beurkundung. Dabei genügt eine einzige öffentliche Urkunde aber auch in dem Fall, in welchem mehrere Grundstücke in verschiedenen Kantonen liegen. Somit dürfte die Vermögensübertragung immerhin dann attraktiv sein, wenn ganze *Immobilienportfolios* übertragen werden sollen[223].

VI. Grenzüberschreitende Transaktionen

a) Fall *Maggi/Nestlé*

aa) Sachverhalt

Im Rahmen einer *Immigrationsabsorption* übernahm die Maggi-Unternehmungen AG in Cham (Maggi) die Nestlé's Holdings Ltd. Nassau, Bahamas (Nestlé). Die Aktionäre der Nestlé erhielten Aktien der Maggi. Deren Aktienkapital wurde infolge Fusion erhöht.

bb) Ausländisches Recht und squezze-out?

Eine Immigrationsfusion ist gemäss schweizerischem Recht zulässig, wenn das Gesellschaftsstatut der ausländischen Gesellschaft sie zulässt und dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Abgesehen davon untersteht die Immigrationsfusion schweizerischem Recht (Art. 163a IPRG). Dabei ist Folgendes zu beachten:

(i) Kumulative Anwendung des ausländischen Rechts

Demnach sind bspw. neben den Art. 7 und 8 FusG kumulativ die sich zur Rechtsstellung der Gesellschafter im Rahmen der Fusion äussernden Bestimmungen des ausländischen Rechts anzuwenden.

(ii) Squeeze-out nach ausländischem Recht?

Insbesondere Art. 8 Abs. 2 FusG (Abfindungsfusion) kann Probleme bereiten, da die dadurch bewirkte Durchbrechung der mitgliedschaftlichen Kontinuität von anderen Rechtsordnungen oftmals nicht erlaubt ist[224]. So wurde auch im Falle Maggi/Nestlé von einem squeeze-out abgesehen, während es sich bei den übrigen bekannten grenzüberschreitenden Fusionen um konzerninterne Fusionen i.S.v. Art. 23 Abs. 1 lit. a FusG (Mutter-Tochter-Fusion) handelte, wo sich die Frage aufgrund der 100%-Beteiligung der Muttergesellschaft gar nicht stellte[225, 226].

cc) Spezielles zur Eintragung ins Handelsregister

Bei der grenzüberschreitenden Immigrationsfusion hat die übernehmende Schweizer Gesellschaft mit der Eintragung der Umstrukturierung (Art. 21 Abs. 1 FusG) neben den einzureichenden Belegen nach Art. 105a HRegV zusätzlich die von Art. 110 Abs. 1 HRegV geforderten Belege einzureichen:

(i) Ausweis über den rechtlichen Bestand der übertragenden Gesellschaft

Art. 110 Abs. 1 lit. a HRegV verlangt eine Bestätigung bzw. einen Auszug aus einer dem schweizerischen Handelsregister gleichwertigen Einrichtung. Besteht nach ausländischem Recht kein Registerzwang, hat die ausländische Gesellschaft stattdessen den Nachweis zu erbringen, dass sie alle vom ausländischen Staat geforderten Anforderungen an das rechtliche Bestehen erfüllt. Dieser Nachweis kann z.B. durch ein vom "registrar of companies" ausgestelltes *Certificate of Incorporation* erbracht werden[227].

---

220 Dazu VISCHER, Auswirkungen des FusG (FN 169), 224 bezugnehmend auf die Diskussion betreffend die Tragweite der partiellen Universalsukzession und die bezüglichen Hauptmeinungsrichtungen (Zustimmungstheorie, Universalsukzessionstheorie und Betriebsübergangstheorie) m.w.H. Auch der Autor spricht sich für die mittlerweile herrschende Universalsukzessionstheorie (Übertragung von Verträgen ohne Zustimmung der Drittpartei) aus.

221 Das HRA ZH stellt klar, dass es im Rahmen seiner Kognition nicht prüft, ob die Verträge übergehen oder ob die Zustimmung eingeholt worden ist; geprüft wird einzig, ob die Kapitalaufbringung erfolgt und ob die zu übertragenden Gegenstände nicht offensichtlich unübertragbar sind (Art. 111 Abs. 2 HRegV), Wegleitung (FN 14). Zur Frage, wie genau die übergehenden Verträge umschrieben sein müssen, Wegleitung (FN 14).

222 So bspw. die Übertragung von GmbH-Anteilen, Art. 791 Abs. 4 OR.

223 Zu Handänderungen von Immobilien durch Vermögensübertragung nach FusG im Allgemeinen s. RAMPINI (FN 212), 164 ff.

224 BSK-GIRSBERGER/RODRIGUEZ, Art. 163a IPRG N 9.

225 Zur Emigrationsfusion mit Abfindungsfusion (Dreiecksfusion!) betreffend Übernahme der Berna Biotech AG, Bern, Schweiz durch die Crucell N.V. Leiden, Niederlande s. Öffentliches Tauschangebot in NZZ vom 15.12.2005, 30.

226 Die Dompé Biotec AG mit Sitz in Zug übernahm die Aktiven und Passiven der Dompé Biotec & Partners S.à r.l. in Luxembourg (LU), die Zürich Versicherungs-Gesellschaft in Zürich übernahm die Aktiven und Passiven der Zurich International (Italia) S.P.A. in Mailand und die Univest AG in Basel übernahm die Aktiven und Passiven der Ecopan Limited in St. Port Peter (Guernsey).

227 BSK-GIRSBERGER/RODRIGUEZ, Art. 163a IPRG N 29.

(ii) Bescheinigung über Zulässigkeit der Fusion nach ausländischem Recht

Wo das ausländische Recht diese Bescheinigung der Behörde nach Art. 110 Abs. 1 lit. b HRegV nicht kennt, kann ersatzweise auch eine *gutachterliche Stellungnahme* einer privaten Stelle oder einer öffentlichen oder privaten Forschungseinrichtung eingereicht werden[228].

(iii) Nachweis der Kompatibilität der fusionierenden Gesellschaften

Dieser Nachweis nach Art. 110 Abs. 1 lit. c HRegV, welcher inhaltlich nichts anderes als ein Rechtsgutachten darstellt, kann von einer anerkannten in- oder ausländischen Forschungseinrichtung[229] oder einem Rechtsanwalt beigebracht werden.

b) Fall *A Ltd.*

aa) Sachverhalt

Die A Ltd., Slowakei, plante die Ausgliederung eines Unternehmensbereiches in eine ihrer Tochtergesellschaften. Nach slowakischem Recht gehen im Rahmen einer solchen Vermögensübertragung alle diesbezüglichen Vertragsverhältnisse mittels Universalsukzession auf die Tochtergesellschaft über. Mithin bedarf es zur Übertragung von Verträgen weder der Zustimmung des Vertragspartners, noch hat dieser ein durch die Transaktion ausgelöstes Kündigungs- bzw. Rücktrittsrecht. In casu stellte sich betreffend einen Vertrag, welcher Schweizer Recht unterstellt wurde, die Frage, ob die durch das slowakische Recht angeordnete Universalsukzession in der Schweiz anerkannt wird oder ob die Zustimmung des Vertragspartners eingeholt werden muss.

bb) Anerkennung der (partiellen) Universalsukzession betreffend Verträge?

Gemäss Art. 164b IPRG wird eine Umstrukturierung zwischen ausländischen Gesellschaften in der Schweiz als gültig anerkannt, wenn sie nach den beteiligten Rechtsordnungen gültig ist[230]. Als "beteiligte Rechtsordnungen" sind die Gesellschaftsstatute zu beachten, denen die einzelnen an der Fusion, Spaltung bzw. der Vermögensübertragung beteiligten Gesellschaften unterstehen (*kumulative* Anwendung der beteiligten Rechtsordnungen).

So ist die Vertragsübertragung ohne Zustimmung des Dritten nach slowakischem Recht grundsätzlich zulässig. Im Schweizer Recht jedoch ist die Frage des Vertragsübergangs mittels (partieller) Universalsukzession höchst umstritten[231] und mangels höchstrichterlicher Entscheidungen weiterhin unbeantwortet. Dies gilt auch in dem Fall, wo die Vermögensübertragung im Ausland stattfindet. In diesem Zusammenhang ist Folgendes zu berücksichtigen:

(i) Kontroverse in der Lehre

Gemäss einem Teil der Lehre tritt Universalsukzession unabhängig vom Schweizer Recht auch für Verträge ein, sofern das betreffende *ausländische* (slowakische) Recht dies vorsieht. Gemäss dieser Lehrmeinung bedarf es somit keiner Zustimmung des Vertragspartners[232]. Ein anderer Teil der Lehre geht davon aus, dass zwar grundsätzlich das auf die Umstrukturierung anwendbare (in casu somit das slowakische) Recht zu bestimmen hat, ob die Verträge mit Dritten auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Demgegenüber habe jedoch das auf den Vertrag anwendbare (im vorliegenden Fall somit das Schweizer) Recht zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen dieser übergehen kann. Dies führt zu einer Kumulation der Rechtsanwendungen und damit unweigerlich wieder zur Kontroverse bezüglich Vertragsübergang mit/ohne Zustimmung des Dritten[233]. Umstritten ist auch, inwieweit allfällige Nachfolger- oder sog. "*Change of control*"-Klauseln in Verträgen zu beachten sind[234]. Geht man davon aus, dass es auch bei Verträgen, die auf die Person des Vertragspartners ausgerichtet sind ("*ad personam*" geschlossene Verträge), der Zustimmung der Drittpartei nicht bedarf, ist dieser ein Rücktrittsrecht ex nunc einzuräumen[235]. Bei *Unzumutbarkeit* ist der Drittpartei wohl immer ein ausserordentliches Kündigungsrecht einzuräumen[236].

---

228 BSK-GIRSBERGER/RODRIGUEZ, Art. 163a IPRG N 30.

229 Bspw. vom Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne, BSK-GIRSBERGER/RODRIGUEZ, Art. 163a IPRG N 33.

230 Das in Art. 154 f. IPRG statuierte Inkorporationsprinzip erfährt durch Art. 164b IPRG insofern eine Ergänzung, als letztere Bestimmung nach der Wirksamkeit eines Rechtsübergangs in sämtlichen beteiligten Rechtsordnungen fragt.

231 Zur selben Fragestellung bei der Spaltung s. III.c)(iii), bei der Vermögensübertragung s. V.d)(viii); im Schweizer Recht ist gem. h.L. den Übergang von Verträgen betreffend keine Zustimmung der Gegenpartei erforderlich, VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER (FN 13), N 259 für die Fusion, N 964 ff. und insb. N 985 für die Vermögensübertragung; VISCHER, Auswirkungen des Fusionsgesetzes (FN 169), 224; ZK-BERETTA, Vor Art. 69–77 FusG N 36 ff.

232 RICHARD GASSMANN, Stämpflis HK (FN 29), Art. 164b IPRG N 2 f.

233 ZK-VISCHER, Art. 163a IPRG N 13 ff.; BALTHASAR BESSENICH, Das neue Fusionsgesetz: internationale Aspekte, AJP/PJA 2004, 853; zur Kontroverse s. FN 231; vgl. auch BGE 108 II 109, der sich – wenn auch eher unklar –dafür ausspricht, dass das Statut der Umstrukturierung massgebend ist bzw. dass es zur Vertragsübertragung keiner Zustimmung des Dritten bedarf, wobei sich dieser Entscheid auf einen traditionellen Asset Deal vor Inkrafttreten des FusG bezieht.

234 S. z.B. PIERA BERETTA, Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, SJZ 2002 Nr. 10, 255, die davon ausgeht, dass solche Klauseln eine Universalsukzession nicht verhindern können und die nicht eingeholte Zustimmung lediglich eine Vertragsverletzung darstellt.

235 ZK-BERETTA, Vor Art. 69–77 FusG N 41 f.

236 BSK-WATTER/BÜCHI, Art. 52 FusG N 11; so bspw. wenn es sich beim neuen Vertragspartner um einen Konkurrenten handelt; vgl. im Übrigen den allgemein anerkannten Grundsatz, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund immer aufgelöst werden können.

(ii) Empfehlung für die Praxis

Obwohl ein gewichtiger Teil der Lehre vom Prinzip der Universalsukzession ausgeht, ist es angesichts der (noch) herrschenden Rechtsunsicherheit wie bereits erwähnt[237] ratsam, die *Zustimmung* der anderen Vertragspartei in jedem Fall *vorgängig* zur beabsichtigten Transaktion einzuholen.

VII. Transaktion unter Beteiligung eines Instituts des öffentlichen Rechts

Fall *Post AG*

a) Sachverhalt

Die Schweizerische Post (Post), eine (selbständige) *öffentlich-rechtliche Anstalt* gemäss POG[238] übertrug mittels Vermögensübertragung i.S.v. Art. 69 ff. FusG Aktiven auf die neu gegründete Secure Post AG (Post AG). Als Gegenleistung erhielt die Post Aktien der Post AG und eine Gutschrift. Die Beschlussfassung im Fall der Gründung der Post AG und der damit verbundenen Vermögensübertragung erfolgte durch die Konzernleitung der Post.

b) Vermögensübertragung mit Beteiligung eines Instituts des öffentlichen Rechts

Das FusG sieht in den Art. 99–101 eine spezielle Regelung vor für Umstrukturierungen, an denen ein Institut des öffentlichen Rechts[239] beteiligt ist. Im Bereich der Vermögensübertragung kann sich das Institut des öffentlichen Rechts sowohl als übertragender als auch als übernehmender Rechtsträger an der Transaktion beteiligen (Art. 99 Abs. 2 FusG)[240]. Nachfolgend wird auf einige Besonderheiten im Zusammenhang mit den anwendbaren Vorschriften hingewiesen:

(i) Anwendbares Recht

Gemäss Art. 100 Abs. 1 Satz 1 FusG sind die Bestimmungen des FusG auf Umstrukturierungen unter Beteiligung eines Instituts des öffentlichen Rechts *sinngemäss* anwendbar. So kann von den Bestimmungen des FusG dann abgewichen werden, wenn dies infolge wesentlicher Unterschiede zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern erforderlich sein sollte[241]. Dies darf aber nicht dazu führen, dass das öffentliche Recht Bestimmungen vorsehen kann, welche dem materiellen Gehalt des FusG widersprechen. Als Beispiel für sinngemässe Anwendung kann Art. 74 FusG betreffend Information der Gesellschafter genannt werden. So kann diese Bestimmung analog zur Anwendung kommen, soweit das öffentlich-rechtliche Institut körperschaftlich organisiert ist, ergänzt durch öffentlich-rechtliche Informationsvorschriften[242].

(ii) Inventar

Eine weitere Besonderheit für Institute des öffentlichen Rechts sieht Art. 100 Abs. 2 FusG vor, gemäss welchem das Inventar[243] von einem *besonders befähigten Revisor* geprüft werden muss, sofern nicht in anderer Weise sichergestellt wird, dass die Erstellung und die Bewertung des Inventars den anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen entsprechen[244].

(iii) Beschlussfassung

Die Beschlussfassung des Instituts des öffentlichen Rechts zur Umstrukturierung richtet sich gemäss Art. 100 Abs. 3 FusG nach den öffentlichrechtlichen Vorschriften und Grundsätzen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden. Dabei handelt es sich bei der Fusion und der Umwandlung um einen Vorbehalt des öffentlichen Rechts gegenüber der Zuständigkeitsregelung in Art. 18 FusG (Fusionsbeschluss) und Art. 64 FusG (Umwandlungsbeschluss), wogegen das FusG bei Vermögensübertragungen die Beschlussfassung gar nicht regelt. Im einen wie im andern Fall finden die entsprechenden Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden *uneingeschränkt* Anwendung. Oft darf eine Strukturänderung nur durch spezielle gesetzliche Grundlage erfolgen oder sie muss mindestens durch einen formellen Entscheid einer Behörde herbeigeführt werden, welcher auf einer bestehenden formellen gesetzlichen Grundlage basiert[245].

---

237 Zur selben Frage bei der Spaltung s. III.c)(iii) und bei der Vermögensübertragung im Allgemeinen s. V.d)(viii).

238 Bundesgesetz über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (Postorganisationsgesetz) vom 30. April 1997 (SR 783.1).

239 Als solche gelten organisatorisch verselbständigte Einrichtungen des öffentlichen Rechts des Bundes, der Kantone und der Gemeinden. Damit sie in den Anwendungsbereich des FusG fallen, müssen sie im Handelsregister eingetragen sein, vgl. die Legaldefinition von Art. 2 lit. d FusG.

240 Vgl. demgegenüber die Rechtslage bei der Fusion und der Umwandlung, wo das Institut des öffentlichen Rechts bloss als übertragender bzw. sich umwandelnder Rechtsträger mitwirken kann, Art. 99 Abs. 1 FusG; die Spaltung von Instituten des öffentlichen Rechts ist durch das FusG nicht geregelt.

241 Jedoch gilt der durch Art. 100 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 99 Abs. 1 FusG statuierte Vorbehalt z.G. des öffentlichen Rechts nur bei Fusionen und Umwandlungen, nicht aber bei Vermögensübertragungen, ROLAND VON BÜREN, Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts, in: SZW 2004, 179 f.

242 ZK-WAGNER PFEIFER/GELZER, Art. 100 FusG N 12.

243 Zum Inventar bei der Vermögensübertragung im Allgemeinen s. V.c).

244 Bei der Fusion und der Umwandlung müsste sie somit zusätzlich zur gewöhnlichen Transaktionsprüfung vorgenommen werden. Bei der Vermögensübertragung dagegen ist im "gewöhnlichen" Verfahren überhaupt keine Prüfung vorgesehen.

245 VON BÜREN (FN 241), 180; im Fall Post AG wurde von der Konzernleitung der Post festgestellt, dass die Post gemäss Art. 3 Abs. 2 POG alle Rechtsgeschäfte tätigen kann, die der Unternehmenszweck mit sich bringt, namentlich auch Gesellschaften gründen, sich an Gesellschaften beteiligen oder sich auf andere Weise mit Dritten zusammenschliessen.

VIII. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass in Anwendung des FusG verhältnismässig viele Fusionen und Umwandlungen durchgeführt wurden. Infolge der vom FusG gewährten Erleichterungen sind Fusionen insbesondere für KMU und für Konzerngesellschaften attraktiv. Demgegenüber werden in der Praxis bloss wenige Spaltungen und Vermögensübertragungen vorgenommen, was, wie aufgezeigt, wohl hauptsächlich auf die Vorzüge herkömmlicher Vorgehen zurückzuführen ist. Auch die teilweise wenig umstrukturierungsfreundliche sowie oft uneinheitliche Praxis der Handelsregisterbehörden, die aufgezeigten Probleme im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Transaktionen sowie ungeklärte Fragen wie bspw. diejenige betreffend Vertragsübertragung sind Gründe dafür, dass das FusG zumindest teilweise noch nicht den erhofften Eingang in die Praxis gefunden hat. Die Klärung gewisser Fragen durch höchstinstanzliche Richtersprüche könnte Rechtssicherheit schaffen und der vermehrten Anwendbarkeit des FusG Vorschub leisten.

L'article décrit les expériences relatives à la Loi sur la fusion (LFus), en vigueur depuis le 1er juillet 2004. A l'aide de quelques cas issus de la pratique, les éventuels problèmes sont abordés en tentant de présenter des propositions de solutions.

(trad. LT LAWTANK, Fribourg)