

Kommentar zu: Urteil: [4A_110/2022](#) vom 16. August 2022, zur Publikation vorgesehen
 Sachgebiet: Gesellschaftsrecht
 Gericht: Bundesgericht
 Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
 dRSK-Rechtsgebiet: Gesellschaftsrecht und Finanzmarktrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) | 

Ist so, weil ist so – keine erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungen

Autor / Autorin

Pascal Zysset

 Laurent Cina

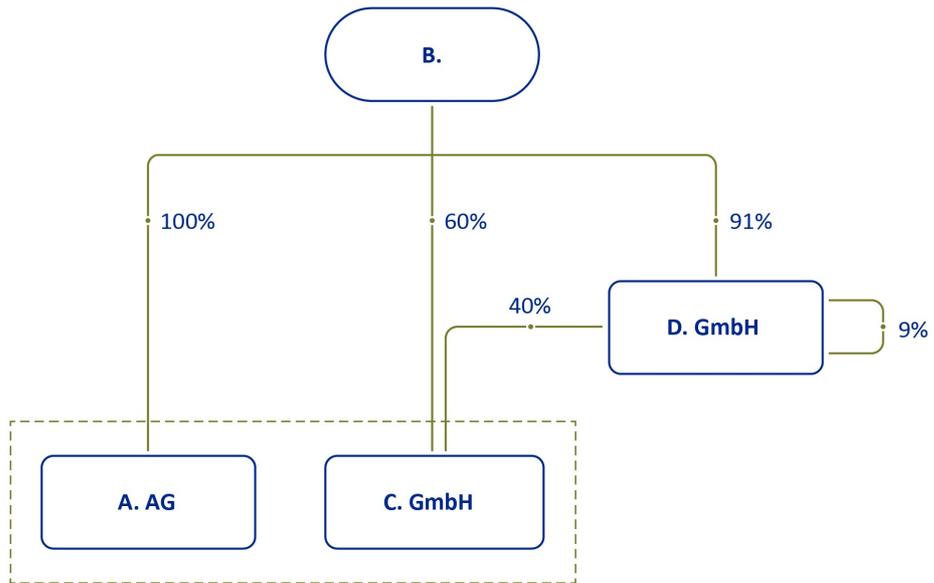
Redaktor / Redaktorin

Beat Brändli


In diesem Urteil befasste sich das Bundesgericht mit der Frage, ob die erleichterte Fusion gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG («Schwesternfusion») auch bei indirekter Beteiligung (d.h. mittelbares Halten von Anteilen über eine oder mehrere jeweils vollständig kontrollierte Zwischengesellschaften) erfüllt ist. Es verneinte die Eintragung im erleichterten Verfahren für solche indirekten Beteiligungskonstellationen.

Sachverhalt

[1] Dem Urteil liegt ein indirektes Beteiligungsverhältnis rund um den Aktionär bzw. Gesellschafter B. zu Grunde, der an den Gesellschaften A. AG und C. GmbH (teilweise über die Zwischengesellschaft D. GmbH) beteiligt ist (Sachverhalt A):



[2] B. meldete die Absorptionsfusion, d.h. die Übernahme der C. GmbH durch die A. AG zur «Eintragung im erleichterten Verfahren» gestützt auf Art. 23 f. [FusG](#), an, welche jedoch durch Verfügung des Handelsregisteramts Zug verweigert wurde. Das Verwaltungsgericht stützte den Standpunkt des Handelsregisteramts, wonach die Voraussetzungen für eine Abwicklung der Fusion im erleichterten Verfahren nicht erfüllt seien und wies die dagegen erhobene Beschwerde ab (Sachverhalt B). Daraufhin gelangte die A. AG mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, wonach das Urteil des Verwaltungsgerichts aufzuheben und das Handelsregisteramt zur

Eintragung der Fusion im erleichterten Verfahren anzuweisen sei (Sachverhalt C).

Erwägungen

[3] Bei der vorliegenden Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 [BGG](#) stellte das Bundesgericht einleitend fest, dass die formelle Voraussetzung des Mindeststreitwerts von CHF 30'000 gestützt auf die Verfahrensakten erfüllt sei (E. 1).

[4] Daraufhin legte das Bundesgericht die Voraussetzungen der erleichterten Fusion bei der sog. «Schwesternfusion» nach Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG dar, wonach Kapitalgesellschaften im Rahmen der Fusion von Erleichterungen (Art. 24 Abs. 1 FusG) profitieren, wenn «*eine natürliche Person [...] alle Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften besitzt, die ein Stimmrecht gewähren.*» Ob diese Voraussetzung auch erfüllt sei, wenn die Anteile – wie hier rund um das indirekte Beteiligungsverhältnis von B. – nicht unmittelbar, sondern indirekt über eine oder mehrere (jeweils vollständig kontrollierte) Zwischengesellschaften gehalten würden (sog. «unechte Schwesternfusion» gemäss Bezeichnung der Vorinstanz), bildete die Kernfrage des vorliegenden Entscheids (E. 2 und E. 3).

[5] Einerseits verwies das Bundesgericht zur Beantwortung dieser Frage auf die Praxis des Eidgenössischen Handelsregisteramts, wonach eine erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen ausgeschlossen sei, was durch Hinweis auf Gläubigerschutzinteressen (Schutz der Gläubiger der zwischengeschalteten Gesellschaft) begründet werde (E. 5.1).

[6] Andererseits wurde auf den Standpunkt eines grossen Teils des Schrifttums verwiesen, der sich vom Gedanken einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise geleitet für eine erleichterte Fusion bei indirekter Beteiligung ausspricht (E. 5.2.1 und E. 5.2.2). Erstens lasse sich diese Haltung aus teleologischen Überlegungen begründen, da auch bei indirekten 100%-igen Beteiligungsverhältnissen die gleiche Sachlage wie in den Konstellationen nach Art. 23 Abs. 1 lit. a und b FusG vorläge. Konkret erweise sich die Anwendung der Vorschriften über den Schutz der Gesellschafter in Ermangelung einer Gefährdung von Gesellschafterinteressen als überflüssig. Gläubigern wie Arbeitnehmern würden im Rahmen einer erleichterten Fusion zudem keine Nachteile entstehen, da deren Schutzbestimmungen (Art. 25–28 FusG) auch dort Anwendung fänden und die Erleichterungen einzig Verfahrensschritte beträfen, die Gesellschafter schützten. Zweitens sprächen praktische Überlegungen (Pragmatismus) für diesen Standpunkt, da sich direkte Beteiligungsverhältnisse in konzernrechtlichen Konstellationen ohne Weiteres herstellen liessen und bei einem Vorgehen in «zwei Schritten» (zwei Transaktionen) jeweils die erleichterte Fusion zulässig sei. Laut Bundesgericht stellten diese Überlegungen plausible Gründe dar, dass der Gesetzgeber in diesem Sinne hätte legislieren können (E. 5.2.3).

[7] Gemäss Bundesgericht habe der Gesetzgeber aber anders legisliert (E. 6). Das höchste Gericht gelangt in der Folge zur Ansicht, der Gesetzgeber sei dem fusionsrechtlichen Grundgedanken des *numerus clausus* nach Art. 4 FusG gefolgt (E. 6.1) und habe die Tatbestände der erleichterten Fusion nach Art. 23 FusG im Sinne einer Fortführung dieses Gedankens abschliessend geregelt. Den damit implizierten Entscheid auf Ablehnung der Anwendbarkeit des erleichterten Fusionsverfahrens bei indirekter Beteiligung begründete das Bundesgericht in dreierlei Hinsicht:

[8] Erstens verwarf das Bundesgericht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gestützt auf die grammatikalische Auslegung und erläuterte was folgt (E. 6.2): «*Im Gegensatz zu anderen Normen des Handelsrechts, welche auf die wirtschaftliche Kontrolle respektive das "direkte oder indirekte" Halten von Stimmanteilen abstellen [...], knüpft Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG einzig und unmittelbar an den Besitz der Anteile der an der Fusion beteiligten Gesellschaften an.*» Zweitens würde diese Auslegung auch durch das systematische Auslegungselement gestützt, da die Begriffsdefinition des «Anteilsinhabers» in Art. 2 lit. g FusG – ohne Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Beherrschungsverhältnisse – bloss auf die unmittelbare Inhaberschaft an Anteilen Bezug nehme. Drittens führe auch die historische Auslegung zum selben Ergebnis, was sich insbesondere aus einem Votum im Ständerat anlässlich der FusG-Beratung ergebe. Verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer hätten im Vernehmlassungsverfahren angeregt, «*die Norm dergestalt zu ändern, dass auch indirekte Beteiligungsverhältnisse erfasst würden*». Diese Abänderung sei jedoch vom Parlament ausdrücklich abgelehnt worden.

[9] Abschliessend wies das Bundesgericht auf seine Rolle im System der Gewaltenteilung hin und hob die damit verbundene Massgeblichkeit des Willens des Gesetzgebers hervor. Es verweigerte eine Korrektur durch Rechtsschöpfung, zumal es nicht um einen Sachverhalt gehe, der für den Gesetzgeber nicht vorhersehbar gewesen wäre. Auch habe sich das Rechtsverständnis in der Zwischenzeit nicht erkennbar gewandelt bzw. hätten die Umstände sich nicht verändert. Das Gericht sprach sich ferner dafür aus, dass der Gesetzgeber bewusst keinen wirtschaftlichen Anknüpfungspunkt gewählt habe, womit keine vom Gericht zu füllende gesetzliche Lücke vorliege (E. 6.3). Laut Bundesgericht genügt nur der direkte Besitz der Anteile der an der Fusion beteiligten Gesellschaften den Voraussetzungen einer erleichterten Fusion nach Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG.

Kurzkommentar

[10] Die Erwägungen des Bundesgerichts betrachtend, präsentieren sich überraschende, nachvollziehbare und denkwürdige Aspekte. Im Ergebnis besteht ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf, da das Bundesgericht richterrechtlich nicht in die Bresche springen wollte.

[11] Die grundsätzliche Überraschung kann im handelsregisterrechtlichen Hintergrund des vorliegenden Sachverhalts erblickt werden, existieren doch kaum höchstrichterliche Entscheide in diesem Bereich. In den allermeisten Fällen ist es aus eigener Erfahrung ratsam, den konsensualen Weg mit den Handelsregisterämtern zu gehen und allfällige Meinungsverschiedenheiten auf dem informellen, pragmatischen Weg zu lösen und gegebenenfalls der Behördenmeinung nachzugeben. Dies ist gerade in komplexen Geschäften wie dem vorliegenden, wo die Transaktion häufig vorgeprüft wird, der schnellere und ökonomischere Weg. Wird ausnahmsweise trotzdem der gerichtliche Weg beschritten, stellt sich mitunter die prozessuale Frage des Streitwerts. Gestützt auf die Verfahrensakten bejahte das Bundesgericht das Erreichen der Streitwertgrenze von CHF 30'000 ohne vertiefte Auseinandersetzung (E. 1). Obgleich die zugrunde liegenden Akten nicht bekannt sind, erstaunt diese Feststellung, dürfte der Aufwandunterschied von der erleichterten zur ordentlichen Fusion doch nur in Extremfällen in dieser Höhe ausfallen; dies gilt umso mehr, als die meisten Erleichterungen gemäss Art. 24 FusG auch mittels KMU-Ausnahme (Art. 2 lit. e FusG) erwirkt werden könnten (gemäss Vorinstanz, E. 5, wurden die KMU-Erleichterungen vorliegend nicht in Anspruch genommen).

[12] Im Ergebnis erscheint der Eintretensentscheid trotzdem als korrekt, handelt es sich hierbei u.E. doch um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG), da sich die h.L. und die Behördenpraxis diametral gegenüberstehen und bislang keine höchstrichterliche Klärung dazu erfolgt ist. Somit ist die materiell-rechtliche Würdigung des Bundesgerichts als eine willkommene Stellungnahme und als Förderung der Rechtssicherheit für die Praxis zu sehen.

[13] Nachvollziehbar ist, wie das Bundesgericht die verschiedenen Auslegungselemente zumindest in quantitativer Hinsicht bewertet, da drei von vier Elementen für eine Verweigerung der erleichterten Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen sprechen. Einerseits knüpft Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG tatsächlich am Besitz der (Stimmrechts-)Akte an. Damit geht der Gesetzgeber zwar grammatikalisch eher von der direkten Beteiligung aus, ohne u.E. aber dabei die extensivere Auslegung – d.h. Miterfassung der indirekten Beteiligung – explizit sprachlich auszuschliessen (so auch die Vorinstanz, E. 3.4.3). Für den restriktiven Standpunkt des Bundesgerichts sprechen auch die systematischen (*numerus clausus* im Fusionsrecht) und historischen Elemente (Diskussionen im Ständerat; E. 6.2). Einzig die teleologische Auslegung deutet mit Nachdruck auf eine Anwendung der erleichterten Fusion auch bei indirekten Beteiligungsverhältnissen hin, werden doch im vorliegenden Fall keine Gesellschafter gefährdet und ein Gläubigerschutz nicht bezweckt (E. 5.2.2 und E. 5.2.3).

[14] Denkwürdig ist jedoch, dass in qualitativer Hinsicht der teleologischen Auslegung nicht mehr Gewicht beigemessen wird, da selbst nach Auffassung des höchsten Schweizer Gerichts keine schutzbedürftigen Parteien vorliegen (vgl. E. 6.3: «plausible Gründe»): Minderheitsaktionäre sind keine vorhanden, da faktisch dieselbe natürliche Person (B.) hinter der Gesamtstruktur steht. Soll die Gesellschaft bzw. der beherrschende Gesellschafter dahinter also vor sich selbst geschützt werden? Vom Sinn her käme das zumindest einer Bevormundung gleich. Fraglich ist immerhin, ob die Gläubiger der Zwischengesellschaft genügend geschützt sind (Vorinstanz, E. 3.4.6.3 und E.3.4.7), wobei mit den Erleichterungen aus Art. 24 Abs. 1 FusG je nach Auslegung primär oder gar ausschliesslich Gesellschafterschutz betrieben wird. Aus unserer Sicht schliesst der Wortlaut im Ergebnis nicht explizit ein weites Verständnis aus. Damit ist eine Subsumtion indirekter Beteiligungsverhältnisse zumindest innerhalb der äusseren Wortlautgrenze möglich, ohne dass in Rechtsfortbildung auf den Analogieschluss zurückgegriffen werden muss. Dass dieser zugegebenermassen mutige Schritt nicht vom Handelsregisteramt kommt, ist wenig überraschend. Dem Bundesgericht wäre dieser Schritt aber zuzutrauen gewesen. Nun muss – und sollte – der Gesetzgeber rechtspolitisch aktiv werden, um die Wirtschaft von dieser Praxis zu befreien.

[15] Im Ergebnis wird der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Zivilrecht einmal mehr die Anwendung versagt, während sie im öffentlichen Recht (insbesondere im Steuer- und Aufsichtsrecht) längst salonfähig ist. Das ist allerdings nicht nur so, weil es so ist, sondern weil im Rechtsverhältnis gegenüber dem Staat aufgrund des öffentlichen Interesses eine extensive Auslegung naheliegender scheint als im Verhältnis zwischen gleichgestellten Privaten, wo es primär die privaten Interessen involvierter Parteien zu schützen gilt (vorwiegend Individualschutz statt Schutz kollektiver Interessen). Fehlt allerdings die Konkretisierbarkeit des schutzwürdigen privaten Interesses, kann eine rein juristische Betrachtungsweise auch im Zivilrecht zum Selbstzweck verkommen.

Cand. iur. LAURENT CINA, BSc ZFH in Wirtschaftsrecht, Walder Wyss AG.

Zitiervorschlag: Pascal Zysset / Laurent Cina, Ist so, weil ist so – keine erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungen, in: dRSK, publiziert am 21. Dezember 2022

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch