

## Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht

### Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier

Alle Urheber- und Verlagsrechte sind vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung und elektronische Speicherung des ganzen Inhalts der Zeitschrift oder einzelner Teile ist nur mit Zustimmung der Redaktion gestattet.

Organ folgender Verbände /  
Organe des associations sui-  
vantes:

Zürcher Notariatsverein (ZNV),  
Aargauische Notariatsgesell-  
schaft, Verein der Grundbuch-  
verwalter und Konkursbeamten  
des Kantons Luzern und der  
Innerschweiz, Verband schwei-  
zerischer Grundbuchverwalter.

Tous les droits d'auteur et d'édi-  
tion sont réservés. La réimpre-  
sion, la polycopie et l'enregistre-  
ment électronique de tout ou  
partie des articles de la Revue  
ne sont autorisés qu'avec l'ac-  
cord de la Rédaction.

## Fusion und Umwandlung nach dem neuen Fusionsgesetz\*

Von Prof. Dr. iur. *Hans-Ueli Vogt*, Rechtsanwalt (Zürich/New York), LL.M.,  
Assistenzprofessor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht  
an der Universität Zürich\*\*

### I. Einleitung

Am 3. Oktober 2003 verabschiedeten die Eidgenössischen Räte das Fusionsgesetz, das «Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG)». Es tritt am 1. Juli 2004 in Kraft.

#### *1. Das Fusionsgesetz im Lichte der neueren Entwicklungen in der gesellschaftsrechtlichen Gesetzgebung*

Nach Art. 1 Abs. 1 FusG regelt das Fusionsgesetz «die Anpassung der rechtlichen Strukturen von Kapitalgesellschaften, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, Genossenschaften, Vereinen, Stiftungen und Einzelunternehmen im Zusammenhang mit Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen». Aus dieser Beschreibung des Gegenstandes des Gesetzes erhellt zweierlei:

– Zum einen geht es im Fusionsgesetz – wie bereits sein vollständiger Titel verrät – nicht nur um *Fusionen*, sondern auch um *andere Formen der Umstrukturierung einer Gesellschaft bzw. mehrerer Gesellschaften*,<sup>1</sup> nämlich auch um Spaltungen, Umwandlungen und Vermögens-

\* Der vorliegende Beitrag basiert auf dem Referat des Verfassers an einem Weiterbildungsseminar für Notare, Notar-Stellvertreterinnen und Notar-Stellvertreter des Kantons Zürich. Der Charakter einer Einführung ist für die vorliegende Publikation beibehalten worden. Die SZW-Spezialausgabe zum Fusionsgesetz (3/2004) konnte für diesen Beitrag nicht mehr berücksichtigt werden.

\*\* Meinen Assistenten, lic. iur. *Roger Dürr* und lic. iur. *Lukas Wiget*, danke ich für ihre Unterstützung bei der Ausarbeitung dieses Beitrages.

<sup>1</sup> Während das Fusionsgesetz Umstrukturierungen bei verschiedensten Rechtsträgern regelt (siehe zum Begriff des Rechtsträgers Art. 2 lit. a FusG), legt der vorliegende Beitrag das Schwergewicht auf Gesellschaften; dementsprechend ist hier und im Folgenden allein von Gesellschaften die Rede bzw. beziehen sich die Ausführungen im Text allein auf Gesellschaften.

übertragungen. Weil dieses Gesetz ganz allgemein Umstrukturierungen – oder: Strukturanpassungen – regelt, hiess es zu Beginn der Gesetzgebungsarbeiten «Strukturanpassungsgesetz», eine im Grunde zwar präzise, aber etwas schwerfällige und allenfalls gar missverständliche Bezeichnung.<sup>2</sup>

- Zum andern regelt das Fusionsgesetz die Materie der Umstrukturierungen für *alle Gesellschaftsformen*, nicht nur für einzelne. So ist es beispielsweise für die Umwandlung eines Vereins, etwa eines Fussballclubs, in eine Aktiengesellschaft ebenso einschlägig wie für die Fusion einer Versicherungsgenossenschaft mit einer Versicherung, die als Aktiengesellschaft organisiert ist. Dabei regelt das Fusionsgesetz die verschiedenen Umstrukturierungen nicht für jede Gesellschaftsform gesondert, wie es der Regelungstechnik des Obligationenrechts im Bereich des Gesellschaftsrechts entsprochen hätte. Vielmehr wird für die vier Umstrukturierungstatbestände jeweils zunächst gesagt, welche Rechtsformen im Zusammenhang mit einem bestimmten Tatbestand in Frage kommen, während die anschliessende Regelung des Umstrukturierungstatbestandes als solchem *im Prinzip rechtsformunabhängig* erfolgt.<sup>3</sup>

Das Fusionsgesetz regelt eine *spezifische, problembezogen definierte Materie*, nämlich jene der Umstrukturierung von Rechtsträgern; und zwar regelt es sie umfassend, also grundsätzlich in allen ihren privatrechtlichen Aspekten. Soweit das Fusionsgesetz mit Bezug auf die betroffenen Rechtsträger Differenzierungen vornimmt, knüpfen diese nicht aus Prinzip, einer formalen Systematik gehorchend, direkt an die Rechtsform eines Rechtsträgers an, sondern an dessen Zugehörigkeit zu einer *problembezogen definierten Kategorie von Rechtsträgern* (wobei eine Kategorie mitunter nur eine Art eines Rechtsträgers umfasst): die Kategorie der Kapitalgesellschaften, die Kategorie der Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, jene der Genossenschaften, jene der Vorsorgeeinrichtungen, jene der Institute des öffentlichen Rechts usw.<sup>4</sup> Teilweise quer zu dieser Kategorisierung verlaufen weitere ebenfalls nicht an die Rechtsform des Rechtsträgers anknüpfende Differenzierungen, wie insbesondere die Unterscheidung zwischen einerseits kleinen und mittleren Unternehmen und andererseits solchen, die nicht unter die Definition der kleinen und mittleren Unternehmen fallen.<sup>5</sup>

Aufgrund der geschilderten Charakteristik fügt sich das Fusionsgesetz in eine schon einige Zeit währende Entwicklung in der gesellschaftsrechtlichen Gesetzgebung ein: eine Entwicklung *weg von einer isolier-*

<sup>2</sup> Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl 2000 S. 4337 ff., 4364 (zitiert: Botschaft).

<sup>3</sup> Siehe Art. 4 («Zulässige Fusionen») bzw. Art. 3 und 5–28 FusG, Art. 30 («Zulässige Spaltungen») bzw. Art. 29 und 31–52 FusG, Art. 54 («Zulässige Umwandlungen») bzw. Art. 53 und 55–68 FusG; vgl. betreffend die Vermögensübertragung Art. 69 Abs. 1 Satz 1 FusG.

<sup>4</sup> Siehe z.B. Art. 4 und 18 FusG.

<sup>5</sup> Siehe zum Begriff der kleinen und mittleren Unternehmen Art. 2 lit. e FusG und zur Relevanz dieses Begriffs zum Beispiel Art. 14 Abs. 2 und Art. 15 Abs. 2 FusG.

*ten, möglichst umfassenden Regelung einzelner Gesellschaftsformen hin zu einer Regelung problembezogen – nicht nach Gesellschaftsformen – definierter Sachbereiche.* Diese Entwicklung ist verknüpft mit dem Trend zu *Spezialgesetzen* und der *Relativierung der Kodifikationsidee*: Die an problembezogen definierten Sachbereichen orientierten Regelungen und Differenzierungen überfordern die über weite Strecken formale Struktur einer Kodifikation. Diese Überforderung führt zur Flucht in die Spezialgesetzgebung und damit zur – längst in anderem Zusammenhang diagnostizierten – Dekodifikation.<sup>6</sup>

Die geschilderte Entwicklung in der gesellschaftsrechtlichen Gesetzgebung hat unter anderem einerseits dazu geführt, dass verschiedene Aktiengesellschaften mitunter unterschiedlichen Regelungen unterstehen, und andererseits dazu, dass Gesetze zu einzelnen spezifischen Materien des Gesellschaftsrechts geschaffen wurden oder geschaffen werden sollen, wobei deren Regelungen nicht nach Gesellschaftsformen, sondern nach problembezogen definierten Kategorien differenzieren.

- Für den erstgenannten Aspekt dieser Entwicklung stehen gewisse Regelungen, die im Zusammenhang mit der *Revision des Aktienrechts von 1991* geschaffen wurden, wie etwa die unterschiedliche Vinkulierungsordnung für nicht börsenkotierte und börsenkotierte Gesellschaften.<sup>7</sup> Hinzu kommt das *Börsengesetz*<sup>8</sup> mit seinen Regelungen über die Offenlegung von Beteiligungen<sup>9</sup> und die öffentlichen Kaufangebote<sup>10</sup>. Diese gesetzlichen Regelungen illustrieren die Entwicklung von der «Einheit des Aktienrechts» zum (Sonder-)«Recht der Publikumsgesellschaften».<sup>11</sup> Das Fusionsgesetz führt den Trend zu differenzierenden Regelungen innerhalb einer bestimmten Gesellschaftsform fort, indem es eine Sonderordnung für kleine und mittlere Unternehmen vorsieht (freilich – und ebenfalls typisch für die hier skizzierte Entwicklung – nicht nur dann, wenn es sich dabei um Aktiengesellschaften handelt).<sup>12</sup>
- Verschiedene Vorbereitungen sind im Gange für eine spezialgesetzliche, rechtsformübergreifende *Regelung der Revision und der Rechnungslegung*. Differenzierungen sind dabei nicht primär im Verhältnis zwischen den verschiedenen Gesellschaftsformen vorgesehen, son-

<sup>6</sup> Siehe zur Dekodifikation Natalino Irti, *L'età della decodificazione* (Mailand 1979; 3. Aufl., 1989); Pio Caroni, *Gesetz und Gesetzbuch* (Basel u.a. 2003), S. 155–157; siehe auch die Beiträge in Karel V. Malý/Pio Caroni (Hrsg.), *Kodifikation und Dekodifikation des Privatrechts in der heutigen Rechtsentwicklung* (Prag 1998); vgl. auch Hanspeter Kläy/Nicholas Turin, *Der Entwurf zum Fusionsgesetz*, REPRAX 2001 S. 1 ff., 6.

<sup>7</sup> Siehe Art. 685b f. bzw. Art. 685d–685g OR.

<sup>8</sup> Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG), SR 954.1.

<sup>9</sup> Art. 20 f. BEHG.

<sup>10</sup> Art. 22–33 BEHG.

<sup>11</sup> Siehe etwa Hans Caspar von der Crone, *Auf dem Weg zu einem Recht der Publikums-gesellschaften*, ZBJV 133 S. 73 ff.; Peter Nobel, *Börsengesellschaftsrecht?*, in: Roland von Büren (Hrsg.), *Aktienrecht 1992–1997, Versuch einer Bilanz. Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär* (Bern 1998), S. 301 ff.; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht* (9. Aufl., Zürich 2004), § 10 N. 86–93, N. 51 f.

<sup>12</sup> Siehe zum Begriff der kleinen und mittleren Unternehmen Art. 2 lit. e FusG; siehe auch hinten IV/1.

dem nach Massgabe der wirtschaftlichen Grösse eines Unternehmens.<sup>13</sup> Auch das Fusionsgesetz ist ein Spezialgesetz, dessen Regeln in ähnlicher Weise nicht an die einzelnen Rechtsformen von Rechtsträgern anknüpfen (sondern an Kategorien von solchen)<sup>14</sup>.

## 2. Zur Notwendigkeit des Fusionsgesetzes

Nachdem es notwendig ist, kein Gesetz zu machen, wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen (*Montesquieu*), ist zur Notwendigkeit des Fusionsgesetzes Stellung zu nehmen. Die Notwendigkeit des Fusionsgesetzes ergibt sich aus der noch bis am 30. Juni 2004 bestehenden Rechtslage.

Das noch geltende Recht regelt gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen nur *punktuell und fragmentarisch*.<sup>15</sup> Zu nennen sind im Zusammenhang mit Fusion und Umwandlung im Wesentlichen die folgenden Vorschriften:

- Vorschriften über die *Fusion von Gesellschaften mit gleicher Rechtsform*: Fusion von Aktiengesellschaften (Art. 748 f. OR), von Kommanditaktiengesellschaften (Art. 770 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 748 f. OR) und von Genossenschaften (Art. 914 OR). Nicht geregelt ist demgegenüber etwa die Fusion von Vereinen;
- Vorschriften über die *Fusion von Gesellschaften mit unterschiedlicher Rechtsform*: Übernahme einer Aktiengesellschaft durch eine Kommanditaktiengesellschaft (Art. 750 OR), Übernahme einer Kommanditaktiengesellschaft durch eine Aktiengesellschaft (Art. 770 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 748–750 OR). Nicht geregelt ist dagegen zum Beispiel die Fusion einer Aktiengesellschaft mit einer Genossenschaft;
- Vorschriften über die *Umwandlung* einer Aktiengesellschaft in eine GmbH (Art. 824–826 OR).<sup>16</sup> Keine Vorschriften finden sich im Gesetz demgegenüber etwa über die Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft.

Die punktuellen gesetzlichen Regelungen stammen aus dem Jahre 1936 und wurden seither nicht geändert. Jedoch haben sich die Ansichten über die *Bedeutung des Schweigens des Gesetzes mit Bezug auf die nicht geregelten Umstrukturierungstatbestände* gewandelt: Während man in der Lehre ursprünglich von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzes, also einer abschliessenden gesetzlichen Regelung ausging und dementsprechend annahm, gesetzlich nicht vorgesehene Umstrukturierungen seien nicht zulässig,<sup>17</sup> hat sich in den letzten zehn Jahren die Auf-

<sup>13</sup> Siehe zur Revision des Rechnungslegungsrechts und der Vorschriften über die Revision <<http://www.bj.admin.ch/d/index.html>>, «Rechtsetzung», «Rechnungslegung und Revision» (besucht am 8. April 2004).

<sup>14</sup> Siehe vorn bei FN 4.

<sup>15</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4340 und 4343 f.

<sup>16</sup> Siehe zu diesen Vorschriften *Rolf H. Weber*, Öffentliche Unternehmen und Privatisierungen unter dem Fusionsgesetz, ZBJV 135<sup>100</sup> S. 79 ff., 85 f.

<sup>17</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4341, bei und in FN 2; BGE 115 II 415 Erw. 2b S. 418 f. = ZBGR 72 S. 349 Erw. 2b; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996), § 57 N. 25; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (FN 11), § 24 N. 8, 26.

fassung durchgesetzt, die gesetzliche Regelung sei lückenhaft und insbesondere gesetzlich nicht geregelte Fusionen seien unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.<sup>18</sup>

Dem Grundsatz der *Privatautonomie*<sup>19</sup> und der rechtspolitischen Einsicht folgend, dass die rechtliche Ordnung der Organisationsformen eine *wirtschaftlich optimale Organisation von Unternehmensträgern* nicht hindern soll, hat eine Liberalisierung der Auffassungen in Lehre, Praxis und Rechtsprechung bezüglich der Zulässigkeit gesetzlich nicht geregelter Fusionen und Umwandlungen eingesetzt. So lockerte das *Eidgenössische Amt für das Handelsregister* Anfang der Neunzigerjahre seine bisherige *Praxis* gestützt auf ein Gutachten des Basler Rechtsprofessors *Frank Vischer*. Er war zum Schluss gekommen, dass die Fusion zweier Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie Fusionen von Gesellschaften mit verschiedener Rechtsform unter gewissen Voraussetzungen grundsätzlich zulässig seien, obwohl sie im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt sind.<sup>20</sup> Die gelockerte Handelsregisterpraxis zu den Fusionen wurde später auf Umwandlungen ausgedehnt.<sup>21</sup> Fusionen von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform wurden von den Handelsregisterbehörden unter den folgenden Voraussetzungen zugelassen:<sup>22</sup>

1. Kompatibilität der Rechtsformen der fusionierenden Gesellschaften;
2. keine Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen;
3. Kontinuität des Vermögens;
4. Kontinuität der Mitgliedschaft und keine wesentliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung der beteiligten Gesellschafter ohne ihre Zustimmung.

Schon früh hat sodann das *Bundesgericht* eine liberale Auffassung bezüglich gesetzlich nicht vorgesehener Umstrukturierungstatbestände vertreten. So hat es in einer älteren Entscheidung die Fusion von zwei Vereinen als zulässig erachtet, ohne sich mit der Frage der gesetzlichen Grundlage näher zu befassen.<sup>23</sup> Später hat das Bundesgericht die Möglichkeit der Fusion zweier Stiftungen ausdrücklich anerkannt, obwohl sie vom Gesetz nicht vorgesehen ist.<sup>24</sup> In einem Grundsatzentscheid hat das

<sup>18</sup> Siehe *Manfred Küng*, Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht, SZW 63 S. 245 ff., 252–255; *Christian J. Meier-Schatz*, Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht, ZSR NF 113 I S. 353 ff., 356–384; siehe auch *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (FN 17), § 57 N. 26; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (FN 11), § 24 N. 8, 27; *Roland von Büren/Thomas Kindler*, Der Vorentwurf zu einem neuen Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz; FusG), SZW 70 S. 1 ff., 2.

<sup>19</sup> Siehe die berechnete – und selbstverständliche – Differenzierung mit Bezug auf die Einschlägigkeit der Privatautonomie im vorliegenden Zusammenhang in der Botschaft (FN 2), S. 4344.

<sup>20</sup> Siehe *Frank Vischer*, Drei Fragen aus dem Fusionsrecht, SZW 65 S. 1 ff., 2–4 bzw. 4–6.

<sup>21</sup> Siehe zum Gesagten Botschaft (FN 2), S. 4341 f.; siehe auch etwa *Weber* (FN 16), S. 86 f.

<sup>22</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4342; BGE 125 III 18 Erw. 4a S. 24 = ZBGR 81 S. 238 Erw. 4a.

<sup>23</sup> Siehe BGE 53 II 1 Erw. 3 S. 4.

<sup>24</sup> Siehe BGE 115 II 415 Erw. 2 S. 417–420 = ZBGR 72 S. 349 Erw. 2; vgl. im Übrigen auch BGE 87 I 301 ff. betreffend die Umwandlung einer Genossenschaft in einen Verein.

Bundesgericht schliesslich 1998 die Auffassung bestätigt, dass Fusionen und Umwandlungen im geltenden Recht nicht abschliessend geregelt seien. Konkret war zu prüfen, ob die im Gesetz nicht vorgesehene liquidationslose, durch blosser Statutenänderung erfolgende Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft zulässig sei.<sup>25</sup> Unter Berufung auf Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB statuierte das Bundesgericht die folgenden Voraussetzungen für die vom Gesetz nicht vorgesehene Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft:<sup>26</sup>

- a) vollständige Liberierung des Gesellschaftskapitals (angesichts der fehlenden persönlichen Gesellschafterhaftung in der Aktiengesellschaft);
- b) vollständige Deckung des Gesellschaftskapitals zum Zeitpunkt der Umwandlung, was eine möglichst aktuelle Bilanz sowie eine Bestätigung der Bewertung von Sacheinlagen durch einen Revisor voraussetzt;
- c) nötigenfalls Erhöhung des Gesellschaftskapitals auf CHF 100 000.–;
- d) Aufhebung von Statutenbestimmungen, die den Gesellschaftern Nachschusspflichten oder ein Konkurrenzverbot auferlegen;
- e) Anpassung der übrigen Statutenbestimmungen an die Aktiengesellschaft.

Diesen vom Bundesgericht aufgestellten Voraussetzungen einer liquidationslosen Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft liegen die sinngemäss gleichen Prinzipien zu Grunde, die das Eidgenössische Amt für das Handelsregister mit Bezug auf rechtsformübergreifende Fusionen aufgestellt hatte: a)–c) sollen sicherstellen, dass keine Gläubigerinteressen beeinträchtigt werden (Ziff. 2), und d) und e) sorgen dafür, dass allfällige Inkompatibilitäten zwischen der Rechtsform vor und jener nach der Umwandlung beseitigt werden (wobei eine GmbH und eine Aktiengesellschaft ganz grundsätzlich in der Weise kompatibel sind, dass eine Umwandlung von der einen Form in die andere möglich ist) (Ziff. 1). Auf die Kontinuität der Mitgliedschaft (Ziff. 4) brauchte das Bundesgericht im konkreten Fall nicht einzutreten, da diesbezüglich offenbar keine Probleme bestanden, während die Kontinuität des Vermögens (Ziff. 3) bei einer Umwandlung ohnehin gegeben ist.

Hinsichtlich der Frage der Notwendigkeit des Fusionsgesetzes ist die geschilderte Rechtslage wie folgt zu charakterisieren:

- Das *geschriebene Recht* ist *lückenhaft*, indem
  - einerseits eine Vielzahl von Umstrukturierungstatbeständen im Gesetz *überhaupt nicht geregelt* ist und
  - andererseits diejenigen Umstrukturierungstatbestände, die im Gesetz zwar erwähnt sind, vor allem Vorschriften zum Schutz der Gläubiger enthalten, *nicht* jedoch Vorschriften, die sich mit der *Rechtsstellung der betroffenen Gesellschafter, den Interessen der Arbeitnehmer* sowie den einzelnen *Verfahrensschritten* befassen.
- Die *Praxis* des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister und des Bundesgerichts bieten *nicht* die für die Gestaltung und Abwick-

<sup>25</sup> Siehe BGE 125 III 18 ff. = ZBGR 81 S. 234 ff.

<sup>26</sup> BGE 125 III 18 Erw. 4d S. 27 f. = ZBGR 81 S. 241 Erw. 4d.

lung von gesellschaftsrechtlichen Transaktionen erforderliche *Rechtssicherheit*.<sup>27</sup>

Aus den genannten Gründen war es «notwendig, ein Gesetz zu machen», und zwar mit folgender Zielsetzung:

- grösstmögliche Beweglichkeit in der Wahl der Rechtsform mit dem Ziel, eine optimale rechtliche Organisation von Unternehmensträgern zu ermöglichen;<sup>28</sup>
- Rechtssicherheit für die Unternehmen bei Umstrukturierungen;<sup>29</sup>
- Transparenz;<sup>30</sup>
- Schutz der Gesellschafter, insbesondere der Minderheitsgesellschafter, und Schutz der Gläubiger und Arbeitnehmer.<sup>31</sup>

Flexibilität, Rechtssicherheit und Schutz berechtigter Interessen (insbesondere durch Herstellung von Transparenz) waren somit die drei grundlegenden Prinzipien, nach denen es das teilweise geschriebene Recht sowie das ungeschriebene Recht aufgrund der Behörden- und Gerichtspraxis in Gesetzesform zu giessen galt.

## II. Die Fusion

### 1. Die Regelung der Fusion im Rahmen des Fusionsgesetzes

Zentral geregelt ist die Fusion von Gesellschaften im zweiten Kapitel des Fusionsgesetzes, also in den Artikeln 3–28. Freilich ebenfalls von Bedeutung für die Fusion ist das erste Kapitel, das vom Gegenstand und den Begriffen des Fusionsgesetzes handelt.<sup>32</sup> Sodann geht es im ersten Abschnitt des sechsten Kapitels um Fusionen von Stiftungen.<sup>33</sup> Die im Prinzip rechtsformunabhängige Regelung der verschiedenen Umstrukturierungstatbestände macht also bei der Stiftung Halt.<sup>34</sup> Sinngemäss gleich verhält es sich mit Bezug auf die im ersten Abschnitt des siebten Kapitels geordnete Fusion von Vorsorgeeinrichtungen sowie die Fusion unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts.<sup>35</sup> Einschlägige Regelungen finden sich schliesslich im neunten Kapitel des Gesetzes.<sup>36</sup>

<sup>27</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4344; siehe auch *Kläy/Turin* (FN 6), S. 4 f.; von *Büren/Kindler* (FN 18), S. 3, 14.

<sup>28</sup> Siehe *Christian J. Meier-Schatz*, Das neue Fusionsgesetz (Zürich 2000), S. 11 (zitiert: *Fusionsgesetz*); *Ulysses von Salis-Lütolf*, Fusionsgesetz (Zürich 02/2004), <<http://www.fusionsgesetz.ch>>, S. 2; vgl. auch *Stephan Erbel/Thomas Jaussi/Ralph Theiler*, Das Fusionsgesetz – ein Überblick aus rechtlicher und steuerlicher Sicht, ST 77 S. 822 ff., 824; *Anton K. Schnyder*, Internationale Transaktionen unter dem Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz, ZBJV 135<sup>94</sup> S. 60 ff., 61.

<sup>29</sup> Siehe Art. 1 Abs. 2 FusG; vgl. *Meier-Schatz*, Fusionsgesetz (FN 28), S. 11; von *Salis-Lütolf* (FN 28), S. 3 f.

<sup>30</sup> Siehe Art. 1 Abs. 2 FusG; vgl. *Meier-Schatz*, Fusionsgesetz (FN 28), S. 12; von *Salis-Lütolf* (FN 28), S. 3.

<sup>31</sup> Siehe Art. 1 Abs. 2 FusG; vgl. *Meier-Schatz*, Fusionsgesetz (FN 28), S. 11 f.; von *Salis-Lütolf* (FN 28), S. 2 f.

<sup>32</sup> Siehe Art. 1 f. FusG.

<sup>33</sup> Siehe Art. 78–85 FusG.

<sup>34</sup> Siehe zur im Prinzip rechtsformunabhängigen Regelung der Umstrukturierungstatbestände vorn I/1.

<sup>35</sup> Siehe Art. 88–96 bzw. Art. 99–101 FusG; siehe zur Fusion unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts *Weber* (FN 16), S. 90–102.

<sup>36</sup> Siehe Art. 102–108 FusG.

## 2. Begriff und Formen der Fusion; Arten zulässiger Fusionen

### a) Begriff der Fusion

Der Begriff der Fusion wird vom Gesetzgeber nicht definiert. Indem jedoch Art. 3 FusG die beiden grundsätzlichen Formen der Fusion definiert (Absorptions- und Kombinationsfusion), geht indirekt aus dem Gesetz hervor, was unter einer Fusion zu verstehen ist: die rechtliche Vereinigung von zwei oder mehreren Gesellschaften<sup>37</sup> durch Vermögensübernahme ohne Liquidation. Die Aktiven und Passiven der untergehenden – oder, in neuer Terminologie: übertragenden – Gesellschaft gehen durch Universalsukzession auf die übernehmende Gesellschaft über. Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erhalten in der Regel Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft. Die übertragende Gesellschaft wird aufgelöst.<sup>38</sup>

### b) Formen der Fusion

Das Fusionsgesetz unterscheidet in Art. 3 Abs. 1, wie gesagt, die Absorptionsfusion und die Kombinationsfusion. Diese Unterscheidung entspricht dem zurzeit noch geltenden Recht, insbesondere der gesetzlichen Regelung der Fusion zweier Aktiengesellschaften: Nach geltendem wie auch unter neuem Recht können Gesellschaften dadurch fusionieren, dass die eine die andere übernimmt, was als *Absorptionsfusion* bezeichnet wird; diese Form ist in Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG bzw. für die Aktiengesellschaft zurzeit noch in OR 748 geregelt. Nach geltendem wie auch unter neuem Recht können Gesellschaften sodann dadurch fusionieren, dass sie sich zu einer neuen Gesellschaft vereinigen, was als *Kombinationsfusion* bezeichnet wird; diese Form ist in Art. 3 Abs. 1 lit. b FusG bzw. für die Aktiengesellschaft zurzeit noch in OR 749 geregelt. Der Unterschied zwischen diesen beiden Formen der Fusion besteht also darin, dass im einen Fall die eine der beiden Gesellschaften die neue, fortbestehende ist, während im anderen Fall eine neu zu gründende Gesellschaft fortbesteht und beide ursprünglichen Gesellschaften untergehen.

Die Absorptionsfusion wird der Kombinationsfusion in der Praxis einerseits deshalb vorgezogen, weil letztere zwei Vermögensübertragungen mit sich bringt und somit beispielsweise mehr Berichtigungen von Registern und Übertragungen von Bewilligungen und Konzessionen erforderlich sind. Andererseits ist die Absorptionsfusion den mit Fusionen befassten Kreisen – Anwälten, Treuhändern, Notaren und Registerbehörden – mittlerweile viel besser bekannt als die Kombinationsfusion.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Siehe den Hinweis vorn FN 1.

<sup>38</sup> Siehe zum Gesagten etwa Botschaft (FN 2), S. 4355, 4391; BGE 115 II 415 Erw. 2b S. 418 = ZBGR 72 S. 349 Erw. 2b; BGE 108 Ib 450 Erw. 4a S. 453 f.; Frey in Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz (Bern 2003) N. 1 zu Art. 3 FusG; Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 11), § 24 N. 9–14.

<sup>39</sup> Siehe zum Gesagten Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 17), § 57 N. 16, 38, 229–240; sodann auch Frey in Baker & McKenzie – Kommentar (FN 38), N. 9 zu Art. 3 FusG; von Salis-Lütolf (FN 28), S. 16.

### c) Arten zulässiger Fusionen

Zwar wird, wie bereits ausgeführt,<sup>40</sup> mit dem Fusionsgesetz der Schritt von der Zulässigkeit nur bestimmter, vom Gesetz jeweils im Einzelnen geregelter Fusionen hin zur Zulässigkeit möglichst vieler Fusionen getan, insbesondere auch rechtsformübergreifender Fusionen. Gewisse Grenzen sind indes auch einer liberalen, an den Bedürfnissen der Unternehmen orientierten Fusionsordnung gesetzt, da bestimmte Gesellschaftsformen von ihrer Struktur her in qualifizierter Weise inkompatibel sind, sodass die Fusion mit sehr vielen Änderungen bei der übernehmenden Gesellschaft verbunden sein müsste.<sup>41</sup> Aus diesem Grund zählt Art. 4 FusG abschliessend auf, zwischen welchen Gesellschaftsformen eine Fusion zulässig ist.<sup>42</sup> Damit wird das bereits unter dem geltenden Recht durch die Handelsregister- und die Bundesgerichtspraxis entwickelte Erfordernis der Kompatibilität der Rechtsformen festgeschrieben und konkretisiert.<sup>43</sup> In gewisser Weise relativiert wird die abschliessende Aufzählung zulässiger Fusionen immerhin dadurch, dass das neu geschaffene, allgemein verwendbare Institut der Vermögensübertragung<sup>44</sup> es erlaubt, wirtschaftlich ein ähnliches Resultat zu erzielen wie durch eine Fusion.<sup>45</sup>

Ohne weiteres nachvollziehbar wird der Katalog zulässiger Fusionen, wenn man sich vor Augen führt, welche Arten der Fusion *nicht zulässig* sind bzw. unter welcher *besonderen Voraussetzung* sie zulässig sind. Das wird im Folgenden anhand der beiden Beispiele einer Fusion einer Aktiengesellschaft mit einer Kollektivgesellschaft sowie einer Aktiengesellschaft mit einer Genossenschaft illustriert:

- Die Fusion einer *Aktiengesellschaft* mit einer *Kollektivgesellschaft* ist
  - *zulässig*, wenn die *Aktiengesellschaft* die *übernehmende*, die *Kollektivgesellschaft* die *übertragende* Gesellschaft ist,<sup>46</sup> jedoch
  - *unzulässig*, wenn die *Kollektivgesellschaft* die *übernehmende*, die *Aktiengesellschaft* die *übertragende* Gesellschaft ist.

Der Grund für diese Ordnung liegt vor allem darin, dass in der Aktiengesellschaft allein die Gesellschaft für ihre Schulden haftet; eine Haftung der Gesellschafter ist ausgeschlossen.<sup>47</sup> Als Ausgleich zu dieser Haftungsregelung besitzt die Kollektivgesellschaft ein Aktienkapital, welches den Gläubigern ein minimales Haftungssubstrat sichern soll und dessen Funktion durch Kapitalschutzvorschriften bestmöglich verwirklicht wird.<sup>48</sup> Diese Regelung steht im Gegensatz zur Kollektiv-

<sup>40</sup> Vgl. vorn I/1.

<sup>41</sup> Vgl. Botschaft (FN 2), S. 4393.

<sup>42</sup> Siehe zum abschliessenden Charakter von Art. 4 FusG Botschaft (FN 2), S. 4393 f.; Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 11), § 24 N. 56b; Erbe/Jaussi/Theiler (FN 28), S. 834; Frey in Baker & McKenzie – Kommentar (FN 38), N. 2 zu Art. 4 FusG.

<sup>43</sup> Siehe zur Entwicklung dieses Erfordernisses vorn I/2.

<sup>44</sup> Art. 69 ff. FusG.

<sup>45</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4394; Frey in Baker & McKenzie – Kommentar (FN 38), N. 2 zu Art. 4 FusG; vgl. auch Kläy/Turin (FN 6), S. 17 f.; Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 11), § 24 N. 681 f.

<sup>46</sup> Siehe Art. 4 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 lit. b FusG.

<sup>47</sup> Siehe Art. 620 Abs. 1 und 2 OR.

<sup>48</sup> Siehe etwa Art. 680 Abs. 2 sowie auch Art. 671 ff. OR.

gesellschaft, bei der unter bestimmten Voraussetzungen auch die Gesellschafter für Gesellschaftsschulden haften.<sup>49</sup>

Die Haftungsordnung und der *Gläubigerschutz* sind demnach bei den beiden Gesellschaftsformen völlig verschieden: hier Vorschriften über die persönliche Haftung von Gesellschaftern, dort Schutz des Aktienkapitals. Diesen Unterschied hielt der Gesetzgeber für zu gross, als dass den Gläubigern ein Wechsel im Haftungsregime des Schuldners zugemutet werden könnte, mit dem an die Stelle der aktienrechtlichen Kapitalschutzvorschriften eine persönliche Haftung von Kollektivgesellschaftern treten würde. Das Vermögen, das aufgrund der Sperrwirkung des Aktienkapitals im Interesse der Gläubiger der freien Verfügung durch die Gesellschaft entzogen ist, wäre in einer Kollektivgesellschaft grundsätzlich frei verfügbar.<sup>50</sup> Der umgekehrte Vorgang – Wechsel im Haftungsregime des Schuldners von persönlicher Gesellschafterhaftung zur Haftung einer Aktiengesellschaft – ist den Gläubigern zuzumuten, da ihre Interessen durch die in der übernehmenden Gesellschaft zu beachtenden Kapitalschutzvorschriften gewahrt sind und die persönliche Haftung der Kollektivgesellschaftler auch nach der Fusion fortbesteht.<sup>51</sup>

Zulässig ist die Fusion einer *Aktiengesellschaft* mit einer *Genossenschaft*, gleichgültig, welche der beiden Gesellschaften die übernehmende und welche die übertragende ist.<sup>52</sup> Betrachtet man die Rechtsstellung der Gesellschafter einer Aktiengesellschaft bzw. einer Genossenschaft, so mag man zunächst an der Kompatibilität dieser beiden Gesellschaftsformen zweifeln: *Übernimmt* insbesondere eine *Genossenschaft* eine *Aktiengesellschaft*, so wechseln die Aktionäre von einer Gesellschaft, in der sie keine andere Pflicht haben als jene, die von ihnen gezeichneten Aktien zu liberieren,<sup>53</sup> und der sie im Prinzip angehören, weil sie sich eine Dividende oder einen steigenden Wert ihrer Aktie erhoffen, zu einer Gesellschaft, die dazu da ist, ihren Mitgliedern konkrete Sachvorteile zu verschaffen und in der sie eine Treuepflicht und allenfalls eine statutarische persönliche Haftung oder Nachschusspflicht trifft.<sup>54</sup>

Trotzdem ist die Übernahme einer Aktiengesellschaft durch eine Genossenschaft *zulässig*: Zwar ist insbesondere die beschriebene Erweiterung der Leistungspflichten der Gesellschafter unverträglich mit dem Aktienrecht, doch kann diese Inkompatibilität dadurch überwunden werden, dass die Aktionäre und künftigen Genossenschafter dem Wechsel ihrer Rechtsstellung zustimmen. Dementsprechend ist in

<sup>49</sup> Siehe Art. 568 Abs. 3 OR.

<sup>50</sup> Siehe zum Gesagten Botschaft (FN 2), S. 4395.

<sup>51</sup> Siehe zum Gesagten *Frank Vischer*, Einführung in das Fusionsgesetz, ZBJV 135<sup>94</sup> S. 9 ff., 14 (zitiert: Einführung); *derselbe*, Fusionsgesetz, BJM 1999 S. 289 ff., 294 f. (zitiert: Fusionsgesetz); zur fortbestehenden persönlichen Haftung von Gesellschaftern: Art. 26 FusG.

<sup>52</sup> Siehe Art. 4 Abs. 1 lit. b und Art. 4 Abs. 3 lit. b FusG.

<sup>53</sup> Siehe Art. 680 Abs. 1 OR.

<sup>54</sup> Siehe betreffend die Genossenschaft Art. 828 Abs. 1 bzw. Art. 866 bzw. Art. 868–878 OR.

einem solchen Fall ein einstimmiger Fusionsbeschluss der Generalversammlung der Aktiengesellschaft erforderlich.<sup>55</sup>

Die zuvor dargelegte Inkompatibilität zwischen einer Aktiengesellschaft und einer Kollektivgesellschaft im Falle einer Übernahme durch die Kollektivgesellschaft kann demgegenüber nicht durch einen einstimmigen Fusionsbeschluss überwunden werden, denn dort sind es die Interessen von – nicht am Fusionsbeschluss beteiligten – Gläubigern, nicht von Gesellschaftern, die gegen die Zulässigkeit einer Fusion sprechen.

### 3. Anteils- und Mitgliedschaftsrechte

So wie das Kriterium der Kompatibilität der Rechtsformen übernimmt das Fusionsgesetz auch das grundsätzliche Erfordernis der Kontinuität der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte aus der Handelsregister- und Bundesgerichtspraxis.<sup>56</sup> Nach der diesbezüglich einschlägigen Bestimmung von Art. 7 Abs. 1 FusG haben die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anspruch auf Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft. Die übertragende Gesellschaft wird mit der Fusion aufgelöst;<sup>57</sup> die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft werden stattdessen Mitglieder der übernehmenden Gesellschaft. Diese Regelung bedeutet keine Änderung des geltenden Rechts;<sup>58</sup> sie hält nur fest, was jedenfalls im Grundsatz ohnehin mit einer Fusion verbunden ist.<sup>59</sup>

Die Zuweisung von Anteils- bzw. Mitgliedschaftsrechten an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft setzt voraus, dass das *Umtauschverhältnis* festgelegt wird. Es ist also im Falle der Fusion zweier Aktiengesellschaften zu bestimmen, wie viele Aktien der übernehmenden Gesellschaft die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft für eine Aktie der übertragenden Gesellschaft erhalten.<sup>60</sup> Dies hängt vom Verhältnis des Wertes der beiden Gesellschaften ab. Art. 7 Abs. 1 FusG legt bezüglich der Bestimmung dieses Verhältnisses fest, dass die neuen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte «unter Berücksichtigung des Vermögens der beteiligten Gesellschaften, der Verteilung der Stimmrechte sowie aller anderen relevanten Umstände ihren bisherigen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten entsprechen» müssen. Ausgangspunkt bei der Bestimmung des Umtauschverhältnisses sollte dabei nicht das «Vermögen [ ] der beteiligten Gesellschaften» im Sinne des Substanzwertes, sondern der Unternehmenswert auf Fortführungsbasis («*going concern*») sein.<sup>61</sup> Dieser Wert kann nur aufgrund einer möglichst aktuellen Bilanz

<sup>55</sup> Siehe zum Gesagten Botschaft (FN 2), S. 4396; zum einstimmigen Fusionsbeschluss: Art. 18 Abs. 1 lit. b FusG.

<sup>56</sup> Siehe zu diesem in der Handelsregister- und Bundesgerichtspraxis entwickelten Erfordernis vorn I/2.

<sup>57</sup> Siehe Art. 3 Abs. 2 FusG.

<sup>58</sup> Siehe für den Fall einer Absorptionsfusion zwischen zwei Aktiengesellschaften Art. 748 Ziff. 8 OR.

<sup>59</sup> Siehe zum Begriff der Fusion vorn II/2 Ja.

<sup>60</sup> Siehe zum Gesagten *Lukas Glanzmann*, Die Kontinuität der Mitgliedschaft im neuen Fusionsgesetz, AJP 13 S. 139 ff., 142; von *Salis-Lütolf* (FN 28), S. 30.

<sup>61</sup> Siehe *Glanzmann* in *Baker & McKenzie – Kommentar* (FN 38), N. 11 zu Art. 7 FusG; von *Salis-Lütolf* (FN 28), S. 28.

bestimmt werden. Darum wird in Art. 11 FusG unter bestimmten Voraussetzungen eine Zwischenbilanz vorgeschrieben. Bei der Bestimmung des Umtauschverhältnisses spielen im Übrigen neben der Bewertung der beiden Gesellschaften weitere Faktoren eine Rolle, die sich nicht rein rechnerisch bestimmen lassen, wie etwa der Verlust an Einfluss in der Generalversammlung, wenn der Anteil des Aktionärs in der übernehmenden Gesellschaft prozentual kleiner ist, oder weitere, zum Teil auch irrationale Faktoren.<sup>63</sup>

Ebenfalls im Gesetz vorgesehen sind die schon unter geltendem Recht häufigen und zulässigen *Ausgleichszahlungen*, mit denen eine «Feinabstimmung» des Umtauschverhältnisses auf das Verhältnis zwischen dem Wert der Beteiligung an der übertragenden und an der übernehmenden Gesellschaft erzielt wird.<sup>64</sup>

Materiell neues Recht stellt Art. 8 FusG dar.<sup>65</sup> Danach kann der Fusionsvertrag vorsehen, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zwischen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten und einer *Abfindung* – also einer Vermögenszuwendung für den Verlust der Mitgliedschaftsrechte in der übertragenden Gesellschaft – wählen können (dies im Gegensatz zur Fusionsrichtlinie der EG, die die Möglichkeit einer Abfindung nicht vorsieht)<sup>66, 67</sup>. Mit der Zulassung einer Abfindungsleistung wird mit dem bis anhin als zwingend verstandenen Prinzip der Kontinuität der Mitgliedschaft gebrochen.<sup>68</sup> Die fusionierenden Parteien können sogar vereinbaren, dass nur eine Abfindung ausgerichtet wird (sog. *Barabfindungsfusion* oder *cash out-merger*),<sup>69</sup> wozu es nach Art. 18 Abs. 5 FusG allerdings der Zustimmung von «90 Prozent der stimmberechtigten Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft» bedarf. Der Vorentwurf setzte noch Einstimmigkeit voraus. Aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse wurde davon jedoch abgesehen, damit nicht ein oder einige wenige Querulanten eine ihnen unerwünschte Fusion verhindern können.<sup>70</sup> Das genannte gesetzliche Quorum ist je nach Art der in Frage stehenden Gesellschaft unterschiedlich zu verstehen: Während zum Beispiel bei einer Genossenschaft nach Köpfen zu zählen ist, geht es in einer Aktiengesellschaft um Aktienstimmen.<sup>71</sup> Vor-

<sup>63</sup> Siehe Art. 13 Abs. 1 lit. b FusG.

<sup>64</sup> Siehe zum Gesagten Botschaft (FN 2), S. 4400 f.

<sup>65</sup> Siehe Art. 7 Abs. 2 FusG.

<sup>66</sup> *Rudolf Tschäni* (M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht [Zürich u.a. 2003] 6. Kapitel N. 70) spricht von einer «äusserst bedeutsame[n] Änderung des Fusionsrechts».

<sup>67</sup> Siehe Dritte Richtlinie des Rates vom 9. Oktober 1978 betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (ABl. L 295 vom 20. Oktober 1978, S. 36 ff.).

<sup>68</sup> Siehe Art. 8 Abs. 1 FusG.

<sup>69</sup> Siehe *Meier-Hayoz/Forstmoser* (FN 11), § 24 N. 56j; *Kläy/Turin* (FN 6), S. 11; vgl. auch *Glanzmann* (FN 60), S. 148.

<sup>70</sup> Siehe Art. 8 Abs. 2 FusG und dazu etwa *Glanzmann* (FN 60), S. 151; *Roger Groner*, *Barabfindungsfusion (Cash Out-Merger)*, SJZ 99 S. 393 ff., *passim*; *Mathias Oertli/Thomas Christen*, *Das neue Fusionsgesetz. Ein zivil- und steuerrechtlicher Überblick – Fusion und Spaltung (1. Teil)*, ST 78 S. 105 ff., 106.

<sup>71</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4419; *Jermi* in Baker & McKenzie – Kommentar (FN 38), N. 12 zu Art. 18 FusG; *Meier-Schatz*, *Fusionsgesetz* (FN 28), S. 20, 39.

<sup>72</sup> Vgl. *Groner* (FN 69), S. 399 f.; *Jermi* in Baker & McKenzie – Kommentar (FN 38), N. 12 zu Art. 18 FusG.

aussetzung für die Ausrichtung einer Abfindung ist, dass deren (im Falle eines Wahlrechts: maximale) Höhe das frei verwendbare Eigenkapital nicht übersteigt.<sup>72</sup>

Das Umtauschverhältnis und die Höhe einer allfälligen Abfindung bergen Konfliktpotenzial. Dem Gesellschafter, der sich durch die Zuweisung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten bzw. durch die Abfindung übervorteilt fühlt, gibt der Gesetzgeber mit Art. 105 FusG eine neuartige *Klagemöglichkeit* in die Hand: Er kann innert zweier Monate nach Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses verlangen, dass das Gericht eine angemessene Ausgleichszahlung festsetzt.<sup>73</sup> Anders als unter dem noch geltenden Recht, nach dem das Umtauschverhältnis nur durch Anfechtung des Fusionsbeschlusses – und damit der Fusion als solcher – gerichtlich abgeändert werden kann,<sup>74</sup> hindert die gerichtliche Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte die Rechtswirksamkeit des Fusionsbeschlusses gemäss Art. 105 Abs. 4 FusG nicht mehr.<sup>75</sup> Soll der Fusionsbeschluss als solcher angefochten werden, ist Art. 106 FusG einschlägig, die allgemeine Bestimmung über die Anfechtung eines Umstrukturierungsbeschlusses.

#### 4. Voraussetzungen und Ablauf der Fusion

Während das geltende Recht über die Voraussetzungen und den Ablauf einer Fusion kaum Regelungen enthält, ist das neue Recht diesbezüglich recht ausführlich.<sup>76</sup> Weder die rechtliche Strukturierung einer Fusion noch ihr Ablauf sind dabei gegenüber der unter geltendem Recht gewachsenen Praxis grundlegend neu geordnet worden.<sup>77</sup>

##### a) Fusionsvertrag

Die gesetzliche Regelung des Ablaufs einer Fusion setzt beim Abschluss des Fusionsvertrages ein. Nach Art. 12 Abs. 1 FusG muss der Fusionsvertrag von den *obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen* der fusionierenden Gesellschaften abgeschlossen werden. Für Aktiengesellschaften ist damit ein Beschluss des Gesamtverwaltungsrates vorausgesetzt. Dies ergibt sich auch daraus, dass eine Fusion in aller Regel eine strategisch grundlegende Entscheidung einer Gesellschaft darstellt und somit eine nach Art. 716a Abs. 1 OR unübertragbare und unentziehbare Aufgabe.<sup>78</sup> Im Aussenverhältnis kann die Gesellschaft allerdings nach den

<sup>72</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4404; *von Salis-Lütolf* (FN 28), S. 44 f., 50; vgl. auch *Glanzmann* (FN 60), S. 149.

<sup>73</sup> Siehe Art. 105 Abs. 1 FusG.

<sup>74</sup> Siehe zur Problematik dieser Ordnung *Rolf Watter*, *Unternehmensübernahmen* (Zürich 1990), N. 698–701.

<sup>75</sup> Siehe hierzu Botschaft (FN 2), S. 4402 und 4487 f.

<sup>76</sup> Siehe Art. 9–22 FusG.

<sup>77</sup> Siehe zur hiernach ausgeklammerten «[e]rleichterte[n] Fusion von Kapitalgesellschaften» Art. 23 f. FusG und dazu etwa die Botschaft (FN 2), S. 4422–4424.

<sup>78</sup> Siehe zum Gesagten Botschaft (FN 2), S. 4406 f.; *Schenker* in Baker & McKenzie – Kommentar (FN 38), N. 10–12 zu Art. 12 FusG; *Hans Caspar von der Crone et al.*, *Internetplattform zum Fragen des Transaktionsrechts*, <<http://www.fusg.ch/fusion/recht/verfdok/index.php?datum=2003-10-14>>, Stand: 14. Oktober 2003 (besucht am 14. April 2004).

allgemeinen Regeln vertreten werden.<sup>79</sup> Und an der Aushandlung des Vertrages braucht der Verwaltungsrat nicht selbst beteiligt gewesen zu sein.<sup>80</sup>

Was die *Form* des Fusionsvertrages betrifft, so wird für dessen Abschluss einfache Schriftlichkeit verlangt.<sup>81</sup> Dabei genügt einfache Schriftlichkeit insbesondere auch dann, wenn durch die Fusion Grundstücke übergehen sollen.<sup>82</sup> Der in einfacher Schriftlichkeit abgeschlossene Fusionsvertrag ist nicht das Grundgeschäft eines rechtsgeschäftlichen Eigentumsübergangs durch Singulärsukzession, sondern die Vereinbarung eines Tatbestandes der Universalsukzession, gestützt auf den nach erfolgter Eintragung der Fusion ins Handelsregister der Rechtsübergang *ipso iure* erfolgt, ohne dass besondere Übertragungshandlungen – wie insbesondere eine (konstitutive) Grundbucheintragung – erforderlich wären.<sup>83</sup>

Der *Inhalt* des Fusionsvertrages ist in Art. 13 FusG geregelt. Zu ihm gehören das Umtauschverhältnis und die Mitgliedschafts- und anderen Rechte, die gewährt werden, daneben aber auch etwa die besonderen Vorteile, die den Mitgliedern eines Leitungs- oder Verwaltungsorgans bzw. den geschäftsführenden Gesellschaftern gewährt werden.

Der Vertrag bedarf der *Zustimmung der Generalversammlung* bzw. der Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften.<sup>84</sup> Solange diese Zustimmung nicht erfolgt ist, steht der Vertrag von Gesetzes wegen unter einer Suspensivbedingung.<sup>85</sup>

#### b) Fusionsbericht

Eine Neuerung gegenüber dem bisherigen Gesetzesrecht stellt der in Art. 14 FusG vorgeschriebene Fusionsbericht dar. Er ist ein schriftlicher, von den Leitungs- oder Verwaltungsorganen der beteiligten Gesellschaften zu verfassender Bericht über die Fusion. Darin sind die zentralen, in Art. 14 Abs. 3 FusG enumerierten Punkte der Fusion «rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen»<sup>86</sup>. Ziel dieses Berichts ist es, die Gesellschafter angemessen zu informieren, sodass sie von ihren Mitspracherechten gestützt auf einen fundierten Entscheid sinnvoll Gebrauch machen können.<sup>87</sup> Damit wird eines der erklärten Ziele des Fusionsgesetzes – die Transparenz<sup>88</sup> – verwirklicht.

<sup>79</sup> Siehe für die Aktiengesellschaft Art. 718 OR; vgl. *Tschäni* (FN 65), 6. Kapitel, N. 75; *Schenker* in *Baker & McKenzie – Kommentar* (FN 38), N. 14 zu Art. 12 FusG.

<sup>80</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4406; *Schenker* in *Baker & McKenzie – Kommentar* (FN 38), N. 11 zu Art. 12 FusG.

<sup>81</sup> Siehe Art. 12 Abs. 2 FusG.

<sup>82</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4407; *Schenker* in *Baker & McKenzie – Kommentar* (FN 38), N. 12 zu Art. 12 FusG; *Oertli/Christen* (FN 69), S. 105.

<sup>83</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4421.

<sup>84</sup> Art. 12 Abs. 2 FusG.

<sup>85</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4407; *Schenker* in *Baker & McKenzie – Kommentar* (FN 38), N. 4 zu Art. 12 FusG; vgl. auch *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (FN 17), § 57 N. 83.

<sup>86</sup> Art. 14 Abs. 3 FusG.

<sup>87</sup> Siehe *Combaut* in *Baker & McKenzie – Kommentar* (FN 38), N. 10 zu Art. 14 FusG.

<sup>88</sup> Siehe Art. 1 Abs. 2 FusG.

#### c) Prüfung des Fusionsvertrages und des Fusionsberichts

Der Fusionsvertrag, der Fusionsbericht sowie die der Fusion zu Grunde liegenden Bilanzen müssen sodann grundsätzlich von einem besonders befähigten Revisor geprüft werden.<sup>89</sup> Was der Revisor im Einzelnen in seinem Prüfungsbericht darzulegen hat, ergibt sich aus Absatz 4 von Art. 15 FusG. Im Zentrum der Prüfung steht die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses. Indem dieses einer Prüfung unterzogen wird, stellt das Gesetz sicher, dass jener Punkt der Fusion, der für die Gesellschafter der an der Fusion beteiligten Gesellschaften wohl am wichtigsten ist, von einer fachkundigen und unabhängigen Stelle geprüft wird.

#### d) Einsichtsrecht

Art. 16 FusG regelt die Einsicht der Gesellschafter – nicht auch der Arbeitnehmer und übrigen Gläubiger – in den Fusionsvertrag, den Fusionsbericht und den Prüfungsbericht sowie in die Jahresrechnung, den Jahresbericht und eine allfällige Zwischenbilanz. Durch die Möglichkeit der Einsicht wird das Transparenzziel dieser verschiedenen Berichte und weiteren Dokumente überhaupt erst erfüllt.

#### e) Fusionsbeschluss

Ist der Fusionsvertrag abgeschlossen und der Fusionsbericht erstellt und beides, samt Bilanzen, von einem Revisor geprüft worden und hat weiter die Möglichkeit der Einsicht in diese Dokumente bestanden, so sind die Voraussetzungen für die Beschlussfassung der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften gegeben. Dabei liegt im Erfordernis der Zustimmung der Generalversammlung<sup>90</sup> beider Gesellschaften eine Neuerung gegenüber dem heutigen Recht. Nach diesem muss zwar die *übertragende* Gesellschaft in allen Fällen einen Beschluss fassen; sie wird durch die Fusion ja aufgelöst, und eine Auflösung setzt einen Generalversammlungsbeschluss voraus.<sup>91</sup> Demgegenüber braucht – jedenfalls nach herrschender Ansicht – die übernehmende Gesellschaft nicht allein deshalb, weil sie eine andere Gesellschaft übernimmt, über die Fusion durch Generalversammlungsbeschluss zu beschliessen.<sup>92</sup> Ein solcher Beschluss ist vielmehr nur dann notwendig, wenn die Aktien, die den Aktionären der übertragenden Gesellschaft zugeteilt werden sollen, zunächst durch eine Kapitalerhöhung in der übernehmenden Gesellschaft geschaffen werden müssen. Sodann mag mit der Fusion seitens der übernehmenden Gesellschaft auch etwa eine Zweckänderung, eine Änderung der Firma oder beispielsweise eine Änderung der Statutenbestimmung betreffend die Grösse des Verwaltungsrates verbunden sein, sodass sich daraus die Notwendigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses auch in der übernehmenden Gesell-

<sup>89</sup> Siehe Art. 15 FusG.

<sup>90</sup> Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf Aktiengesellschaften.

<sup>91</sup> Siehe Art. 736 Ziff. 2 OR.

<sup>92</sup> Siehe *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (FN 17), § 57 N. 118; *Tschäni* (FN 65), 6. Kapitel, N. 26.



schaft ergibt.<sup>93</sup> Nach neuem Recht ist ein Generalversammlungsbeschluss nun bei beiden Gesellschaften in allen Fällen erforderlich.<sup>94</sup>

Art. 18 FusG regelt, welche *Mehrheiten* in den beteiligten Gesellschaften für eine Zustimmung zur Fusion erforderlich sind. Die gesetzliche Ordnung nimmt auf die für die Beschlussfassung in den betreffenden Gesellschaften allgemein vorgesehenen Quoren Rücksicht sowie darauf, wie stark gegebenenfalls die Rechtsstellung der Gesellschafter durch die Fusion verändert wird und insbesondere neue Pflichten mit sich bringt.<sup>95</sup> So ist für die Fusion zweier *Aktiengesellschaften* die Zustimmung von zwei Dritteln der an der Generalversammlung vertretenen Aktienstimmen sowie die absolute Mehrheit des von ihnen vertretenen Aktiennennwerts erforderlich.<sup>96</sup> Damit wird das nach Art. 704 OR für «wichtige Beschlüsse» geltende Quorum auch bei Fusionen angewandt. Darin liegt mit Bezug auf die übertragende Gesellschaft keine Neuerung gegenüber dem noch geltenden Recht, stellt doch die Auflösung der Gesellschaft ohne Liquidation einen «wichtigen Beschluss» dar.<sup>97</sup> Bei einer Fusion zweier *Gesellschaften mit beschränkter Haftung* sowie einer Fusion zweier *Genossenschaften* verhält es sich sinngemäss gleich.<sup>98</sup>

Wie bereits früher ausgeführt,<sup>99</sup> war es dem Gesetzgeber ein Anliegen, *rechtsformübergreifende Fusionen* nicht allein deshalb nicht zuzulassen, weil die Mitgliedschaft in den betroffenen Gesellschaftsformen allenfalls recht unterschiedlich ausgestaltet ist; wenn die von einem Wechsel der Gesellschafterstellung betroffenen Gesellschafter der Fusion zustimmen, so soll eine Fusion möglich sein. Ein Beispiel dafür ist die Übernahme einer Kapitalgesellschaft durch eine Genossenschaft und damit verbunden insbesondere der Übergang zum Kopfstimmrecht,<sup>100</sup> ein anderes die Übernahme einer Aktiengesellschaft durch eine GmbH, in der eine persönliche Leistungspflicht besteht.<sup>101</sup>

#### f) Insbesondere die Kapitalerhöhung in der übernehmenden Gesellschaft

Neben dem eigentlichen Fusionsbeschluss muss in der übernehmenden Gesellschaft im Falle einer Absorption grundsätzlich eine Kapitalerhöhung stattfinden.<sup>102</sup> Zu ihr ist dreierlei zu bemerken:

Erstens darf der *Nominalbetrag der Kapitalerhöhung* nicht grösser sein als das *Nettovermögen der übertragenden Gesellschaft*, denn mit diesem Vermögen ist das in der übernehmenden Gesellschaft neu geschaffene Aktienkapital zu liberieren.<sup>103</sup>

<sup>93</sup> Siehe zum Gesagten *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (FN 17), § 57 N. 111–114, 116; *Tschäni* (FN 65), 6. Kapitel, N. 26.

<sup>94</sup> Siehe Art. 18 Abs. 1 FusG.

<sup>95</sup> Vgl. Botschaft (FN 2), S. 4417–4419.

<sup>96</sup> Siehe Art. 18 Abs. 1 lit. a FusG.

<sup>97</sup> Siehe Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 OR.

<sup>98</sup> Siehe Art. 18 Abs. 1 lit. c FusG und Art. 820 Ziff. 2 OR bzw. Art. 18 Abs. 1 lit. d FusG und Art. 888 Abs. 2 OR.

<sup>99</sup> Siehe vorn II/2./c.

<sup>100</sup> Siehe Art. 18 Abs. 1 lit. b FusG.

<sup>101</sup> Siehe zum zweitgenannten Beispiel Art. 18 Abs. 4 FusG.

<sup>102</sup> Siehe Art. 9 Abs. 1 FusG.

<sup>103</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4404.

Zweitens ist die *Beschränkung des Umfangs einer genehmigten Kapitalerhöhung* nach Art. 651 Abs. 2 Satz 2 OR – nicht mehr als die Hälfte des Aktienkapitals – aufgrund von Art. 9 Abs. 2 FusG nicht anwendbar.

Drittens sind nach Art. 9 Abs. 2 FusG die *Vorschriften über die Sacheinlagen* bei einer Kapitalerhöhung im Zusammenhang mit einer Absorptionsfusion nicht anzuwenden. Der Grund für diese Regelung besteht darin, dass der Fusionsbericht und dessen Prüfung genügend Transparenz und Gewähr für Verlässlichkeit bieten, sodass es der mit den Kapitalerhöhungsvorschriften verbundenen Transparenz und Prüfung nicht bedarf.<sup>104</sup> Fraglich ist jedoch, ob die Sacheinlagevorschriften auch bei *kleinen und mittleren Unternehmen* – und damit in den allermeisten Fällen<sup>105</sup> – nicht zu beachten sind, nachdem die Erleichterungen für die kleinen und mittleren Unternehmen gerade darin bestehen, dass unter bestimmten Voraussetzungen kein Fusionsbericht erstellt werden und keine Prüfung durch einen Revisor stattfinden muss.<sup>106</sup> Die Befreiung der kleinen und mittleren Unternehmen von der Beachtung der allgemeinen aktienrechtlichen Vorschriften über die Kapitalerhöhung dürfte ein gesetzgeberisches Versehen darstellen, welches darauf zurückzuführen ist, dass die Erleichterungen für die kleinen und mittleren Unternehmen erst aufgrund der Ergebnisse der Vernehmlassung ins Gesetz aufgenommen wurden,<sup>107</sup> wogegen die Regel der Nichtanwendbarkeit der Vorschriften über die Kapitalerhöhung bereits im Vernehmlassungsentwurf stand.<sup>108</sup> Erstellen kleine und mittlere Unternehmen keinen Fusionsbericht und lassen sie die in Art. 15 FusG genannten Dokumente nicht durch einen Revisor prüfen, so bedarf es für die Kapitalerhöhung eines Kapitalerhöhungsberichts des Verwaltungsrates nach Art. 652e OR sowie einer Prüfungsbestätigung nach Art. 652f OR.<sup>109</sup> Nicht erforderlich ist der Abschluss eines Sacheinlagevertrages, denn die Sacheinlage als solche – die Einbringung des Vermögens der übertragenden Gesellschaft in die übernehmende Gesellschaft – ist Gegenstand des Fusionsvertrages.

#### g) Öffentliche Beurkundung des Fusionsbeschlusses

Nach Art. 20 FusG bedarf der Fusionsbeschluss der öffentlichen Beurkundung, es sei denn, es gehe um eine Fusion zwischen Vereinen. Damit soll gewährleistet werden, dass sich der Zeitpunkt und der Inhalt des Fusionsbeschlusses zweifelsfrei feststellen lassen.<sup>110</sup>

<sup>104</sup> Vgl. Botschaft (FN 2), S. 4405.

<sup>105</sup> Siehe hinten IV/1.

<sup>106</sup> Siehe zu diesen Erleichterungen Art. 14 Abs. 2 bzw. Art. 15 Abs. 2 FusG sowie hinten IV/1. Vgl. auch *Hans Caspar von der Crone et al.*, Internetplattform zu Fragen des Transaktionsrechts, <<http://www.fusg.ch/ueberbl/ziele/index.php?datum=2003-10-14>>, Stand: 14. Oktober 2003 (besucht am 14. April 2004).

<sup>107</sup> Siehe zur Entstehungsgeschichte bezüglich der Erleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen Botschaft (FN 2), S. 4365; vgl. auch *Meier-Schatz*, Fusionsgesetz (FN 28), S. 17 f., 37.

<sup>108</sup> Siehe den Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz), Art. 9 Abs. 2.

<sup>109</sup> Gleicher Ansicht *Erbe/Jaussi/Theiler* (FN 28), S. 829.

<sup>110</sup> Botschaft (FN 2), S. 4419.

Im Erfordernis der öffentlichen Beurkundung liegt – jedenfalls mit Bezug auf Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung – *keine Neuerung*: So ist der Auflösungsbeschluss der untergehenden Aktiengesellschaft bzw. GmbH öffentlich zu beurkunden,<sup>111</sup> und ebenso verhält es sich nach allgemeiner aktienrechtlicher Vorschrift mit Bezug auf den – in der Regel bei der übernehmenden Gesellschaft notwendigen<sup>112</sup> – Kapitalerhöhungsbeschluss.<sup>113</sup>

#### h) Eintragung ins Handelsregister

Sobald die beteiligten Gesellschaften den Fusionsbeschluss gefasst haben, muss die Fusion beim Handelsregister zur Eintragung angemeldet werden.<sup>114</sup> Auch die mit einer allfälligen Kapitalerhöhung verbundenen Statutenänderungen und Feststellungen über die Kapitalerhöhung sind beim Handelsregister einzureichen.<sup>115</sup>

Mit der Eintragung ins Handelsregister wird die Fusion *rechtswirksam*.<sup>116</sup> Das heisst, der Eintragung kommt bezüglich der Rechtswirksamkeit der Fusion konstitutive, rechtsbegründende Wirkung zu.<sup>117</sup> Von dieser Feststellung der konstitutiven Wirkung zu unterscheiden und davon grundsätzlich unabhängig ist die Frage, ob einer mangelhaften Eintragung heilende Wirkung oder der öffentliche Glaube zukomme. Diese Frage würde sich etwa stellen, wenn eine Fusion zwischen zwei Gesellschaften eingetragen wurde, deren Rechtsformen nach Massgabe der gesetzlichen Ordnung nicht kompatibel sind, oder wenn bei den Fusionsbeschlüssen der beiden Gesellschaften nicht die notwendigen Quoren erreicht wurden.

Mit der Eintragung ins Handelsregister gehen die Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über.<sup>118</sup> Aber nicht nur die einzelnen Forderungen und Schulden, sondern die Rechts-, insbesondere Vertragsverhältnisse schlechthin (einschliesslich etwa die mit bestimmten Rechtsstellungen verbundenen Gestaltungsrechte) gehen auf den neuen Rechtsträger über.<sup>119</sup> Die Formen rechtsgeschäftlicher Übertragung einzelner Rechte und Pflichten brauchen nicht eingehalten zu werden; es liegt, wie bereits ausgeführt,<sup>120</sup> ein Fall einer Universalsukzession vor, vergleichbar dem

<sup>111</sup> Art. 736 Ziff. 2 bzw. Art. 820 Ziff. 2 OR.

<sup>112</sup> Siehe vorn II./4./f.

<sup>113</sup> Siehe betreffend den Kapitalerhöhungsbeschluss in der Aktiengesellschaft Art. 650 Abs. 2 OR.

<sup>114</sup> Art. 21 Abs. 1 FusG; siehe zur Frage des örtlich zuständigen Handelsregisteramtes Art. 105 Abs. 2 revHRegV, zu den dem Handelsregister einzureichenden Belegen Art. 105a revHRegV.

<sup>115</sup> Art. 21 Abs. 2 FusG.

<sup>116</sup> Art. 22 Abs. 1 Satz 1 FusG.

<sup>117</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4421; *Passadelis* in Baker & McKenzie – Kommentar (FN 38), N. 1 zu Art. 22 FusG; von *Salis-Lütolf* (FN 28), S. 133, 136.

<sup>118</sup> Art. 22 Abs. 1 Satz 2 FusG.

<sup>119</sup> Siehe *Hans Caspar von der Crone et al.*, Internetplattform zu Fragen des Transaktionsrechts, <<http://www.fusg.ch/vmuebr/recht/verfdok/index.php?datum=2003-12-16>>, Stand: 16. Dezember 2003 (besucht am 15. April 2004).

<sup>120</sup> Siehe vorn II./4./a.

Erwerb der Erbschaft durch die Erbengemeinschaft.<sup>121</sup> Dadurch wird die *Kontinuität des Vermögens* sichergestellt – eine der gemäss der Praxis der Handelsregisterbehörden bereits vor In-Kraft-Treten des Fusionsgesetzes bestehenden Voraussetzungen einer rechtsformübergreifenden Fusion.<sup>122</sup> Ebenfalls mit der Eintragung der Fusion ins Handelsregister werden die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zu Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft (mit Ausnahme des Falles einer Abfindungsfusion). Damit wird die *Kontinuität der Mitgliedschaft* verwirklicht – eine weitere der gemäss der Praxis der Handelsregisterbehörden bereits unter dem noch geltenden Recht bestehenden Voraussetzungen einer rechtsformübergreifenden Fusion.<sup>123</sup>

Mit der Eintragung der Fusion ins Handelsregister wird die *übertragende Gesellschaft gelöscht*.<sup>124</sup> Darin liegt eine Abkehr vom geltenden Recht, wonach die übertragende Gesellschaft erst nach Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger gelöscht wird (was mit dem noch geltenden, nun allerdings veränderten Gläubigerschutzkonzept des Gesetzes zu tun hat).<sup>125</sup>

## 5. Schutz der Gläubiger und Arbeitnehmer

### a) Schutz der Gläubiger

Der Schutz der Gläubiger ist ein traditionelles Thema des Fusionsrechts. So befassen sich die wenigen Vorschriften über die Fusion im Obligationenrecht – für die Aktiengesellschaft die Artikel 748 f. OR – zu einem wesentlichen Teil mit Gläubigerschutz; das geschriebene Fusionsrecht ist vor allem Gläubigerschutzrecht.<sup>126</sup> Und sowohl die Handelsregisterbehörden als auch das Bundesgericht haben den Schutz der Interessen der Gläubiger zur Voraussetzung einer gesetzlich nicht geregelten Fusion erhoben.<sup>127</sup>

Das *bisherige Konzept* des Gläubigerschutzes sieht im Wesentlichen vor, dass die Vermögen der übernehmenden und der übertragenden Gesellschaft auch nach der Fusion getrennt verwaltet werden müssen, bis alle Gläubiger der übertragenden Gesellschaft befriedigt oder ihre Forderungen sichergestellt sind.<sup>128</sup> Zudem ist ein Schuldenruf zu erlassen.<sup>129</sup> Für die Einhaltung dieser Regelung haften die Mitglieder des Verwaltungsrates der übernehmenden Gesellschaft persönlich und solidarisch.<sup>130</sup> Da

<sup>121</sup> Siehe betreffend den Erwerb der Erbschaft durch die Erbengemeinschaft Art. 560 Abs. 2 ZGB; vgl. auch BGE 108 Ib 450 Erw. 4b S. 454; *Vischer*, Einführung (FN 51), S. 18; *derselbe*, Fusionsgesetz (FN 51), S. 299.

<sup>122</sup> Siehe vorn I./2.

<sup>123</sup> Siehe vorn I./2.

<sup>124</sup> Art. 21 Abs. 3 FusG.

<sup>125</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4420; *Tschäni* (FN 65), 6. Kapitel N. 74.

<sup>126</sup> Siehe *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (FN 17), § 57 N. 192; *Tschäni* (FN 65), 6. Kapitel, N. 32.

<sup>127</sup> Siehe vorn I./2.

<sup>128</sup> Art. 748 Ziff. 2 und 5 OR.

<sup>129</sup> Art. 748 Ziff. 1 OR.

<sup>130</sup> Art. 748 Ziff. 3 OR.

diese Vorschriften im Normalfall – dem Fall einer Fusion zweier «gesunder» Gesellschaften – überflüssig sind, wird sie in der Praxis oft ignoriert; überdies bedeutet ihre Beachtung eine Bürde für die beteiligten Gesellschaften und wird ein Vorgehen nach diesen Vorschriften oft als undurchführbar empfunden.<sup>131</sup> Auch ist der erstrebte Schutz auf die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft beschränkt; dass auch die Interessen der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft durch eine Fusion beeinträchtigt werden können, wird dabei ausser Acht gelassen.<sup>132</sup>

Nach *neuem Recht* muss die übernehmende Gesellschaft die Forderungen der Gläubiger der an der Fusion beteiligten Gesellschaften – also gegebenenfalls auch der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft – sicherstellen, wenn die Gläubiger dies innerhalb von drei Monaten nach Eintritt der Rechtswirksamkeit der Fusion verlangen und die Gesellschaft nicht nachweist, dass die Erfüllung der Forderungen durch die Fusion nicht gefährdet wird.<sup>133</sup> Überdies ist ein Schuldenruf durchzuführen, doch kann davon abgesehen werden, wenn ein besonders befähigter Revisor die Deckung der Forderungen gegenüber der Gesellschaft bestätigt.<sup>134</sup> Grundsätzlich bedürfen die Gläubiger bei Fusionen jedoch gar keines besonderen Schutzes, denn schliesslich fliesst durch die blosser Zusammenführung zweier Unternehmen kein Vermögen ab.<sup>135</sup> Anders ist die Situation für die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft dann, wenn die übertragende Gesellschaft sanierungsbedürftig ist. Für diesen Fall sieht das Gesetz besondere Schutzvorkehrungen vor.<sup>136</sup>

#### b) Schutz der Arbeitnehmer

Mit dem neuen Fusionsgesetz werden nun auch die Interessen der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit Fusionen berücksichtigt. So gehen die Arbeitsverhältnisse kraft Art. 27 Abs. 1 FusG in Verbindung mit Art. 333 OR unmittelbar und unverändert auf die übernehmende Gesellschaft über. Zudem können die Arbeitnehmer die Sicherstellung ihrer Forderungen aus dem Arbeitsvertrag verlangen.<sup>137</sup> Die Arbeitnehmer haben indessen – wie die übrigen Gläubiger<sup>138</sup> – kein Einsichtsrecht bezüglich Fusionsvertrag, Fusionsbericht und Prüfungsergebnis. Immerhin stellt Art. 28 FusG die rechtzeitige Konsultation der Arbeitnehmervertretung sicher. Die Konsultation muss vor der Beschlussfassung durch die Generalversammlung erfolgen, und diese muss über das Ergebnis der Konsul-

<sup>131</sup> Vgl. Botschaft (FN 2), S. 4425 und die weiteren Nachweise in der dortigen FN 102; *Tschäni* (FN 65), 6. Kapitel, N. 88; *Vischer*, Einführung (FN 51), S. 22; *derselbe*, Fusionsgesetz (FN 51), S. 303.

<sup>132</sup> Siehe hierzu *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (FN 17), § 57 N. 209.

<sup>133</sup> Art. 25 Abs. 1 und 3 FusG.

<sup>134</sup> Siehe Art. 25 Abs. 2 FusG.

<sup>135</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4425; *Vischer*, Einführung (FN 51), S. 21; *derselbe*, Fusionsgesetz (FN 51), S. 302; *Kläy/Turin* (FN 6), S. 14; *Meier-Schatz*, Einführung in das neue Fusionsgesetz, AJP 11 S. 514 ff., 526; *Tschäni* (FN 65), 6. Kapitel, N. 89.

<sup>136</sup> Siehe Art. 6 FusG sowie die Erläuterungen in der Botschaft (FN 2), S. 4398–4400, 4425.

<sup>137</sup> Siehe Art. 27 Abs. 2 FusG.

<sup>138</sup> Siehe vorn II./4./d.

tation informiert werden.<sup>139</sup> Erfolgt diese Konsultation nicht rechtzeitig, so kann die Arbeitnehmervertretung vom Gericht verlangen, dass es die Eintragung der Fusion ins Handelsregister untersagt.<sup>140</sup>

### III. Die Umwandlung

#### 1. Die Regelung der Umwandlung im Rahmen des Fusionsgesetzes

Die Umwandlung – dem zurzeit noch geltenden Recht vor allem in Gestalt der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH bekannt<sup>141</sup> – ist im vierten Kapitel des Fusionsgesetzes geregelt, also in den Artikeln 53–68. Auch für die Umwandlung ist zudem das erste Kapitel über «Gegenstand und Begriffe» des Fusionsgesetzes von Bedeutung.<sup>142</sup> Ferner geht es im zweiten Abschnitt des siebten Kapitels um Umwandlungen von Vorsorgeeinrichtungen und im achten Kapitel um Umwandlungen unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts.<sup>143</sup> Und schliesslich gelten auch für die Umwandlung die «[g]emeinsame[n] Vorschriften» des neunten Kapitels.<sup>144</sup>

Bereits aufgrund einer Gegenüberstellung des Aufbaus der gesetzlichen Ordnung der *Fusion* einerseits und der *Umwandlung* andererseits wird deutlich, dass die Probleme, die es bei diesen Umstrukturierungstatbeständen zu regeln gilt, im Wesentlichen die *gleichen* sind. Das ist kein Zufall. Denn die Interessen, die aufgrund der beiden Umstrukturierungstatbestände tangiert sein können, sind über weite Strecken ähnlich; ebenso sind die gesetzlichen Vorkehrungen zum Schutz dieser Interessen und insbesondere zur Herstellung von Transparenz im Prinzip die *gleichen*.<sup>145</sup> Dementsprechend kann sich die nachfolgende Darstellung der Umwandlung auf die Grundzüge und das den Umwandlungen Eigene beschränken.

#### 2. Begriff und Formen der Umwandlung; Arten zulässiger Umwandlungen

##### a) Begriff der Umwandlung

Eine Umwandlung einer Gesellschaft im Sinne des Fusionsgesetzes bedeutet, dass ihre Rechtsform geändert wird, ohne dass sich dadurch ihre Rechtsverhältnisse verändern.<sup>146</sup> Trotz Änderung der Rechtsform behält die Gesellschaft ihre rechtliche und wirtschaftliche Identität. Geändert wird allein ihr Rechtskleid. Es findet keine Neugründung mit anschliessender Vermögensübertragung statt, sondern eine *eigentliche* Umwandlung des Rechtsträgers.<sup>147</sup> Die Umwandlung bedingt darum kei-

<sup>139</sup> Art. 28 Abs. 2 FusG.

<sup>140</sup> Art. 28 Abs. 3 FusG.

<sup>141</sup> Siehe Art. 824–826 OR.

<sup>142</sup> Siehe Art. 1 f. FusG.

<sup>143</sup> Siehe Art. 97 bzw. Art. 99–101 FusG.

<sup>144</sup> Siehe Art. 102–108 FusG.

<sup>145</sup> Vgl. zum Gesagten auch Botschaft (FN 2), S. 4446 f.

<sup>146</sup> Siehe Art. 53 FusG.

<sup>147</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4446; *Meier-Schatz*, Fusionsgesetz (FN 28), S. 523.

nerlei Rechtsnachfolge und somit auch keine Übertragungen von Rechtsverhältnissen.<sup>148</sup> Auf der Ebene der juristischen Dogmatik bedeutet dieser Vorgang jedenfalls dann ein Erdbeben, wenn aus einer Personengesellschaft eine Körperschaft werden soll;<sup>149</sup> aus der Optik einer problemorientierten Jurisprudenz entsprechen diesem Erdbeben vor allem die Schwierigkeiten einer Anpassung der bisherigen internen Ordnung und der Rechtszuständigkeiten im Aussenverhältnis ans neue Rechtskleid.<sup>150</sup>

Die geschilderte Konzeption der Umwandlung wird durch ein neues Institut bestärkt, welches durch das Fusionsgesetz eingeführt wird, nämlich die *Identifikationsnummer*. Nach der neuen Bestimmung von Art. 936a OR erhält jede im Handelsregister eingetragene Gesellschaft eine Identifikationsnummer, die während ihres ganzen Bestehens – und eben auch im Falle einer Umwandlung – unverändert bleibt. Die Identifikationsnummer ist in erster Linie eine registertechnische Notwendigkeit, um eine Gesellschaft dauerhaft zweifelsfrei identifizieren zu können. Firma und Sitz genügen hierzu nicht. In der Handelsregisterpraxis ist die Identifikationsnummer allerdings schon heute weitgehend eingeführt; mit Art. 936a OR wird sie nun gesetzlich verankert.<sup>151</sup>

#### b) Formen der Umwandlung

Das Fusionsgesetz kennt im Prinzip nur eine Form der Umwandlung: die eingangs beschriebene, die als *rechtsformändernde Umwandlung* bezeichnet wird. Wegen des Wechsels in der Rechtsträgerschaft ist immerhin die Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Körperschaft<sup>152</sup> als übertragende Umwandlung zu begreifen.<sup>153</sup> Darunter ist die Auflösung der bisherigen Gesellschaft zu verstehen, verbunden mit der Übertragung ihres Vermögens auf eine neu zu gründende Gesellschaft. Diese Konzeption der Umwandlung liegt insbesondere den obligationenrechtlichen Bestimmungen betreffend die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH<sup>154</sup> zu Grunde.<sup>155</sup>

#### c) Arten zulässiger Umwandlungen

Parallel zur Regelung der Fusion enthält die Regelung der Umwandlung einen Katalog zulässiger Umwandlungen.<sup>156</sup> Auch bezüglich Um-

<sup>148</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4357 f., 4446.

<sup>149</sup> Siehe hierzu etwa *Rimle* in Baker & McKenzie – Kommentar (FN 38), Vorbemerkungen zu Art. 53–68 FusG, N. 15; *Kläy/Turin* (FN 6), S. 27 f.; *Hans Caspar von der Crone et al.*, Internetplattform zu Fragen des Transaktionsrechts, <<http://www.fusg.ch/umwandl/recht/verfdok/index.php?datum=2004-02-09>>, Stand: 09. Februar 2004 (besucht am 14. April 2004).

<sup>150</sup> Siehe zu diesen Schwierigkeiten hinten III./3.

<sup>151</sup> Siehe zum Gesagten Botschaft (FN 2), S. 4495; *Adrian Dörig*, Zur Identifikationsnummer gemäss Art. 936a OR, AJP 13 S. 405 ff., 405 f.; siehe zur Identifikationsnummer auch Art. 111a f. revHRegV.

<sup>152</sup> Siehe zur Zulässigkeit einer solchen Umwandlung Art. 54 Abs. 2 und 3 FusG.

<sup>153</sup> Siehe *Hans Caspar von der Crone et al.*, Internetplattform zu Fragen des Transaktionsrechts, <<http://www.fusg.ch/umwandl/recht/verfdok/index.php?datum=2004-02-09>>, Stand: 09. Februar 2004 (besucht am 15. April 2004); *Kläy/Turin* (FN 6), S. 27; *Meier-Schatz*, Fusionsgesetz (FN 28), S. 523.

<sup>154</sup> Art. 824–826 OR.

<sup>155</sup> Siehe zum Gesagten Botschaft (FN 2), S. 4357, 4446.

<sup>156</sup> Siehe Art. 54 FusG.

wandlungen wird mit dem Fusionsgesetz der Schritt von der Zulässigkeit nur bestimmter, vom Gesetz geregelter Umwandlungen hin zur Zulässigkeit möglichst vieler Umwandlungen getan. Gewisse Grenzen sind indes auch hier vorgegeben, da die betroffenen Gesellschaftsformen von ihrer Struktur her mitunter derart verschieden sind bzw. die Umwandlung mit derart vielen Anpassungen in der neuen Gesellschaft verbunden sein müsste, dass es an der für eine rechtsformändernde Umwandlung erforderlichen grundsätzlichen Kompatibilität der Ausgangs- und der Ziel-Gesellschaftsform fehlt.<sup>157</sup> Mit der gesetzlichen Regelung wird das bereits unter dem noch geltenden Recht durch die Handelsregister- und die Bundesgerichtspraxis entwickelte Erfordernis der Kompatibilität der Rechtsformen auch für die Umwandlung festgeschrieben.<sup>158</sup>

Dem *Katalog zulässiger Umwandlungen* liegen die gleichen Überlegungen zu Grunde wie jenem der zulässigen Fusionen.<sup>159</sup> So ist der Grund dafür, dass sich zwar eine Kollektivgesellschaft in eine Aktiengesellschaft umwandeln kann, nicht dagegen eine Aktiengesellschaft in eine Kollektivgesellschaft,<sup>160</sup> der gleiche wie jener, weswegen eine Kollektivgesellschaft keine Aktiengesellschaft übernehmen kann.<sup>161</sup> In beiden Fällen würde der zu Gunsten der Gläubiger der Aktiengesellschaft bestehende Kapitalschutz preisgegeben und durch eine nicht die gleiche Verlässlichkeit bietende persönliche Gesellschafterhaftung ersetzt. Zulässig ist demgegenüber die Umwandlung einer Kollektivgesellschaft in eine Aktiengesellschaft,<sup>162</sup> wie ja auch die Absorption einer Kollektivgesellschaft durch eine Aktiengesellschaft zulässig ist.<sup>163</sup>

Gleich wie bei der Kombinationsfusion<sup>164</sup> muss sodann auch bei der Umwandlung dafür gesorgt werden, dass die neue, *fortbestehende Gesellschaft* den für sie geltenden *Gründungsvorschriften genügt*.<sup>165</sup> Damit soll beispielsweise verhindert werden, dass eine GmbH mit einem Stammkapital von CHF 20 000.– in eine Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von CHF 20 000.– statt, wie vorgeschrieben, von mindestens CHF 100 000.– umgewandelt wird. Auch müssen etwa die für die neue Gesellschaft massgeblichen Firmenbildungsvorschriften beachtet werden. So muss eine sich in eine Aktiengesellschaft umwandelnde Kollektivgesellschaft, welche aufgrund von Art. 947 OR die Namen der persönlich haftenden Gesellschafter in der Firma trägt, ihrer Firma nach Art. 950 OR den Rechtsformzusatz «AG» beifügen, da sonst im Rechtsverkehr der unzutreffende Eindruck einer persönlichen Gesellschafterhaftung auch für neue Schulden hervorgerufen würde, obwohl eine solche Haftung nicht besteht.<sup>166</sup>

<sup>157</sup> Vgl. Botschaft (FN 2), S. 4446.

<sup>158</sup> Siehe vorn I./2.

<sup>159</sup> Siehe zu diesen Überlegungen vorn II./2./c; siehe auch Botschaft (FN 2), S. 4446 f.

<sup>160</sup> Siehe Art. 54 Abs. 1 und 2 FusG.

<sup>161</sup> Siehe Art. 4 Abs. 1 lit. c und Art. 4 Abs. 2 lit. b FusG.

<sup>162</sup> Art. 54 Abs. 2 lit. a FusG.

<sup>163</sup> Siehe zum Letzteren Art. 4 Abs. 1 lit. c und Art. 4 Abs. 2 lit. b FusG.

<sup>164</sup> Siehe Art. 10 FusG.

<sup>165</sup> Siehe Art. 57 FusG.

<sup>166</sup> Siehe zum Gesagten Botschaft (FN 2), S. 4451 f.

### 3. Anteils- und Mitgliedschaftsrechte

Neben der Einhaltung der Gründungsvorschriften stellen sich bei einer Umwandlung vielfältige Fragen der Anpassung der mitgliedschaftsrechtlichen Ordnung ans neue Rechtskleid. Dabei gilt der Grundsatz, dass die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte in der neuen Gesellschaft zu wahren sind.<sup>167</sup> Es geht darum, die interne Ordnung in der ursprünglichen Gesellschaft in eine funktional gleichwertige Ordnung in der neuen Gesellschaft umzuwandeln. Art. 56 Abs. 2–5 FusG statuieren einige Grundsätze, die die Gleichwertigkeit der Rechtsstellung der Gesellschafter in der neuen Gesellschaft sicherstellen sollen. So erhalten bei der Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft die früheren Genossenschafter mindestens eine Aktie der Aktiengesellschaft. Die Aktien müssen aus dem Genossenschaftskapital liberiert werden; die Liberierungspflicht darf nicht den Gesellschaftern auferlegt werden.<sup>168</sup> Eine massgebliche Veränderung der Rechtsstellung der Gesellschafter kann sich jedoch daraus ergeben, dass in der Genossenschaft zwingend nach dem Kopfstimmprinzip abgestimmt wird, in der Aktiengesellschaft demgegenüber grundsätzlich nach der Kapitalbeteiligung. Dieser Systemwechsel ist jedoch bei einem Wechsel von einer Genossenschaft zu einer Aktiengesellschaft als gewollt zu erachten und muss denn auch einstimmig beschlossen werden.<sup>169</sup> Die Auswirkungen eines solchen Systemwechsels können immerhin durch Stimmrechtsaktien und Stimmrechtsbeschränkungen gemildert werden.<sup>170</sup> Schwierigkeiten birgt sodann auch etwa die Anpassung einer differenzierten Gewinn- und Verlust- sowie Mitwirkungsordnung in einer Kollektivgesellschaft an eine gleichwertige Ordnung in einer Aktiengesellschaft. Denkbar wäre hier unter Umständen die Verwendung von Vorzugsaktien oder Partizipationsscheinen.

### 4. Voraussetzungen und Ablauf der Umwandlung

Die Voraussetzungen und den Ablauf der Umwandlung hat der Gesetzgeber sinngemäss gleich wie bei der Fusion geregelt:

Was bei der Fusion der Fusionsvertrag, ist bei der Umwandlung der *Umwandlungsplan*. Er wird durch die obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane erstellt und bedarf der einfachen Schriftform und der Zustimmung der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter.<sup>171</sup> Er enthält insbesondere die Statuten der angestrebten Gesellschaftsform und legt Anteils- und Mitgliedschaftsrechte nach der Umwandlung fest.<sup>172</sup> Vergleichbar dem Umtauschverhältnis bei der Fusion wird die Ausgestaltung der Anteils- und der Mitgliedschaftsrechte in der umgewandel-

<sup>167</sup> Siehe Art. 56 Abs. 1 FusG.

<sup>168</sup> Siehe zum Gesagten Botschaft (FN 2), S. 4450.

<sup>169</sup> Siehe das Quorum von Art. 64 Abs. 1 lit. b FusG.

<sup>170</sup> Vgl. zum Gesagten auch Botschaft (FN 2), S. 4449–4451; Hans Caspar von der Crone et al., Internetplattform zu Fragen des Transaktionsrechts, <<http://www.fusg.ch/umwandl/gesell/index.php?datum=2004-02-09>>, Stand: 09. Februar 2004 (besucht am 15. April 2004).

<sup>171</sup> Art. 59 FusG.

<sup>172</sup> Siehe Art. 60 FusG.

ten Gesellschaft für die Gesellschafter den Ausschlag für ihre Entscheidung geben, für oder gegen die Umwandlung zu stimmen.

Im *Umwandlungsbericht* haben die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane – wiederum wie bei der Fusion – die Umwandlung rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen.<sup>173</sup> Das gilt insbesondere mit Bezug auf die Rechtsstellung der Gesellschafter in der neuen Gesellschaftsform.<sup>174</sup>

Entsprechend Art. 15 FusG für die Fusion schreibt Art. 62 FusG sodann vor, dass der Umwandlungsplan und Umwandlungsbericht von einem besonders befähigten Revisor zu *prüfen* sind. Dieser prüft insbesondere, ob die Rechte der Gesellschafter gewahrt werden.<sup>175</sup>

Anschliessend erhalten die Gesellschafter gestützt auf Art. 63 FusG – gleich wie bei einer Fusion – *Einsicht* in die erstellten Unterlagen.

Nachdem sichergestellt ist, dass die Gesellschafter sich umfassend informieren konnten, hat die Generalversammlung bzw. haben die Gesellschafter der umzuwandelnden Gesellschaft das letzte Wort. Für den *Umwandlungsbeschluss* sind je nach den in Frage stehenden Gesellschaftsformen unterschiedliche *Mehrheiten* erforderlich.<sup>176</sup> Die Überlegungen, die hinter der differenzierten Ordnung der erforderlichen Mehrheiten stehen, sind im Wesentlichen die gleichen wie jene hinter der entsprechenden Regelung bei der Fusion.<sup>177</sup> Wiederum wird grundsätzlich von den in den betreffenden Gesellschaften geltenden Quoren ausgegangen, wobei den Gesellschaftern nicht gegen ihren Willen weitere Leistungspflichten aufgezwungen werden sollen. So müssen etwa bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Genossenschaft – wegen des Wechsels zum zwingenden Kopfstimmprinzip, zu einer Treuepflicht usw. – alle Gesellschafter zustimmen.<sup>178</sup> Oder es müssen bei der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH alle betroffenen Aktionäre einer allfälligen Nachschusspflicht zustimmen.<sup>179</sup>

Der Umwandlungsbeschluss bedarf der *öffentlichen Beurkundung*.<sup>180</sup> Die öffentliche Beurkundung rechtfertigt sich im Zusammenhang mit der Umwandlung nicht nur wegen des Bedürfnisses nach Rechtssicherheit. Sie ist auch erforderlich, weil die Gesellschaft durch die Umwandlung neu mitunter eine Rechtsform annimmt, deren Begründung einen öffentlich beurkundeten Errichtungsakt voraussetzt.<sup>181</sup>

Anschliessend ist die Umwandlung *ins Handelsregister einzutragen*.<sup>182</sup> Mit der Eintragung wird sie rechtswirksam.<sup>183</sup> Die Handelsregistereintra-

<sup>173</sup> Siehe Art. 61 FusG.

<sup>174</sup> Siehe Art. 61 Abs. 3 lit. d–f FusG.

<sup>175</sup> Siehe Art. 62 Abs. 4 FusG.

<sup>176</sup> Siehe im Einzelnen Art. 64 FusG.

<sup>177</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4457 und 4417–4419.

<sup>178</sup> Siehe Art. 64 Abs. 1 lit. b FusG.

<sup>179</sup> Siehe Art. 64 Abs. 1 lit. a FusG.

<sup>180</sup> Art. 65 FusG.

<sup>181</sup> Siehe Art. 57 FusG: Beachtung der massgeblichen Gründungsvorschriften bei einer Umwandlung; siehe zum Gesagten Botschaft (FN 2), S. 4457.

<sup>182</sup> Siehe Art. 66 FusG.

<sup>183</sup> Art. 67 FusG.

gung wirkt demnach auch hier konstitutiv.<sup>184</sup> Auch hier ist von der konstitutiven Eintragungswirkung die Frage zu unterscheiden, ob der Eintragung im Falle einer mangelhaften Umwandlung heilende Wirkung oder der öffentliche Glaube zukommt.

### 5. Schutz der Gläubiger und Arbeitnehmer

Zwar bestehen für die Gläubiger keine grossen Gefahren bei einer Umwandlung. Denn anders als bei der Fusion kommt es bei einer Umwandlung *nicht* zu einer *Verschiebung von Vermögen* auf einen anderen Rechtsträger bzw. besteht aufgrund der Umstrukturierung kein Risiko einer verschlechterten Bonität eines Schuldners. Auch kommt es nicht wie bei einer Spaltung zu einer Ausgliederung von Vermögenswerten. Das vorhandene Vermögen bleibt bei einer Umwandlung erhalten.<sup>185</sup>

Eine Veränderung der Position der Gläubiger ergibt sich somit bei einer Umwandlung zwar nicht daraus, dass sich die Vermögenslage der Schuldner-Gesellschaft verändern würde, jedoch unter Umständen aus einer *Veränderung des Haftungsregimes*. Das gilt beispielsweise im Falle einer Umwandlung einer Kollektivgesellschaft in eine Aktiengesellschaft: Hier tritt an die Stelle einer persönlichen, subsidiären Gesellschafterhaftung eine ausschliessliche Haftung der Gesellschaft. Darum ist den Interessen der Gläubiger bei der Umwandlung einer Kollektivgesellschaft in eine Aktiengesellschaft Rechnung zu tragen und eine Weiterhaftung der vormaligen Kollektivgesellschaft vorzusehen. Die persönlich haftbaren Kollektivgesellschaftler haften auch als Aktionäre noch während dreier Jahre persönlich weiter für Schulden, welche die Kollektivgesellschaft eingegangen ist.<sup>186</sup>

## IV. Gemeinsame Vorschriften

Das neunte Kapitel des Fusionsgesetzes enthält Vorschriften, die für alle vier Umstrukturierungstatbestände gleichermaßen gelten. Hervorgehoben sei die Regelung der Anmeldung beim Grundbuchamt. Vorab ist jedoch auf die verschiedenen Erleichterungen zu Gunsten von kleinen und mittleren Unternehmen einzugehen.

### 1. Erleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen

Das Fusionsgesetz sieht für kleine und mittlere Unternehmen – definiert in Art. 2 lit. e FusG – vielfache Erleichterungen vor. Dies ist sachgerecht, denn die umfassenden gesetzlichen Regelungen im Dienste der Dokumentierung und Begründung einer Umstrukturierung und der Herstellung von Transparenz – im Falle der Fusion: Fusionsbericht, Prüfung von Fusionsvertrag und Fusionsbericht, Gewährung von Einsicht – sind kostspielig und binden Ressourcen von Führungskräften. Wo in kleineren Verhältnissen potenziell schutzbedürftige Gesellschafter keinen Schutz durch Berichterstattung, Prüfung und Einsicht verlangen, muss darum

<sup>184</sup> Botschaft (FN 2), S. 4458.

<sup>185</sup> Vgl. zum Gesagten *Meier-Schatz*, Fusionsgesetz (FN 28), S. 526.

<sup>186</sup> Siehe Art. 68 Abs. 1 FusG; siehe zum Gesagten Botschaft (FN 2), S. 4458 f. und 4426 f.

darauf verzichtet werden können.<sup>187</sup> So können kleine und mittlere Unternehmen auf die Erstellung eines Fusions- bzw. Umwandlungsberichts verzichten,<sup>188</sup> ebenso auf die Prüfung der gesetzlich geforderten Dokumente der Umstrukturierung durch einen besonders befähigten Revisor<sup>189</sup> sowie auf das Einsichtsverfahren<sup>190</sup>, sofern jeweils alle Gesellschafter zustimmen. Dieses Einstimmigkeitserfordernis bedeutet freilich nicht, dass eine Fusion bzw. Umwandlung durch Minderheitsbeteiligte verhindert werden könnte, sondern einzig, dass gegebenenfalls das ordentliche Verfahren durchlaufen werden muss.<sup>191</sup> Sodann betreffen die Erleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen nur den Schutz der Gesellschafter, während es bei den Gläubiger- und Arbeitnehmerschutzbestimmungen keine Lockerung gibt.<sup>192</sup>

Die *Bedeutung* der skizzierten Erleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen ist sehr gross. Rund 99 Prozent der Schweizer Unternehmen dürften nämlich als kleine oder mittlere Unternehmen im Sinne von Art. 2 lit. e FusG zu qualifizieren sein.<sup>193</sup>

### 2. Anmeldung beim Grundbuchamt

Wie wiederholt betont, bewirkt die *Fusion* einen Rechtsübergang durch *Universalsukzession*. Die übernehmende Gesellschaft wird also mit der Eintragung des Fusionsbeschlusses ins Handelsregister *ipso iure* Eigentümerin der Grundstücke und Inhaberin beschränkter dinglicher Rechte der übertragenden Gesellschaft. Es liegt ein Tatbestand des ausserbuchlichen Erwerbs vor.<sup>194</sup> Damit wird die Grundbucheintragung (vorläufig) unrichtig. Unrichtig wird die Grundbucheintragung auch aufgrund einer *Umwandlung*: Zwar ist die Gesellschaft, die Eigentümerin eines Grundstücks ist, noch immer dieselbe – die Frage der Universalsukzession stellt sich insofern nicht –, doch hat ihr Rechtskleid, das aus der Grundbucheintragung hervorgeht, geändert;<sup>195</sup> Eigentümerin ist beispielsweise nicht mehr die X AG, sondern die X GmbH.

Im Falle einer Fusion muss die übernehmende Gesellschaft alle *Änderungen*, die sich für das Grundbuch aus der Fusion ergeben, grundsätzlich innert dreier Monate seit Eintritt der Rechtswirksamkeit der Fusion beim *Grundbuch anmelden*.<sup>196</sup> Solange diese Berichtigung noch nicht erfolgt ist, kann die übernehmende Gesellschaft, obwohl Eigentümerin,

<sup>187</sup> Vgl. zum Gesagten *Christian J. Meier-Schatz*, Fusionsgesetz und KMU, ZBJV 135<sup>96</sup> S. 29 ff., 45–48 (zitiert: KMU).

<sup>188</sup> Art. 14 Abs. 2 bzw. Art. 61 Abs. 2 FusG.

<sup>189</sup> Art. 15 Abs. 2 bzw. Art. 62 Abs. 2 FusG.

<sup>190</sup> Art. 16 Abs. 2 bzw. Art. 63 Abs. 2 FusG.

<sup>191</sup> Siehe *Kläy/Turin* (FN 6), S. 14; *Erbel/Jaussi/Theiler* (FN 28), S. 825.

<sup>192</sup> *Erbel/Jaussi/Theiler* (FN 28), S. 826.

<sup>193</sup> Siehe die Hinweise in der Botschaft (FN 2), S. 4366 FN 32; siehe auch *Erbel/Jaussi/Theiler* (FN 28), S. 828; *Kläy/Turin* (FN 6), S. 14; *Meier-Schatz*, Fusionsgesetz (FN 28), S. 525; *derselbe*, KMU (FN 187), S. 35.

<sup>194</sup> Vgl. Art. 656 Abs. 2 ZGB.

<sup>195</sup> Vgl. dazu auch *Vischer*, Einführung (FN 51), S. 18; *derselbe*, Fusionsgesetz (FN 51), S. 299.

<sup>196</sup> Art. 104 Abs. 1 FusG; siehe hierzu auch Art. 18a revGBV.

noch nicht über das Grundstück verfügen.<sup>197</sup> Sie wird darum die erforderliche Berichtigung veranlassen, sobald sie über ein durch die Fusion erworbenes Grundstück verfügen will. Zu berichtigen sind die Einträge auch bei einer Umwandlung. Dabei geht es bei der Fusion wie auch bei der Umwandlung nicht darum, einer Gefahr der Verfügung durch einen nicht Verfügungsberechtigten entgegenzuwirken, wird doch mit dem Eintritt der Rechtswirksamkeit der Fusion die übertragende Gesellschaft gelöscht<sup>198</sup> bzw. besteht ohnehin Identität zwischen der Eigentümerin vor und jener nach der Umwandlung. Ziel ist allein die geordnete, möglichst richtige Registerführung, weshalb denn auch eine recht grosszügige Dreimonatsfrist gewährt wird.<sup>199</sup> Angesichts dieser Zielsetzung ist die Dreimonatsfrist als Ordnungsfrist zu verstehen.<sup>200</sup>

Umgehend nach Eintritt der Rechtswirksamkeit hat die Eintragung im Grundbuch bei einer Fusion von Vereinen oder von Stiftungen zu erfolgen, wenn der übertragende Rechtsträger nicht im Handelsregister eingetragen ist.<sup>201</sup> Diesfalls besteht nämlich das Risiko einer Verfügung über das Grundstück durch einen nicht Verfügungsberechtigten, da der – nicht im Handelsregister eingetragene – übertragende Rechtsträger nicht gelöscht werden, formell also weiterexistieren und Verfügungsgeschäfte vornehmen kann.<sup>202</sup>

Im Falle einer Fusion von Vereinen oder Stiftungen, bei der der übertragende Rechtsträger nicht im Handelsregister eingetragen ist, «bedarf es als Ausweis für die Eigentumsübertragung für das Grundbuch einer öffentlichen Urkunde über die Tatsache, dass das Eigentum an den Grundstücken auf den übernehmenden Rechtsträger übergegangen ist».<sup>203</sup> Diese Urkunde stellt das Beweisstück dar, das im Hinblick auf die Eintragung des Eigentumsübergangs ins Grundbuch vorgewiesen werden muss. Der Notar, der eine solche öffentliche Urkunde errichtet, ist zur Anmeldung bei den Grundbuchämtern namens des übernehmenden Rechtsträgers befugt.<sup>204</sup>

### V. In-Kraft-Treten des Gesetzes und Änderungen des bisherigen Rechts

Das Fusionsgesetz tritt am 1. Juli 2004 in Kraft. Es findet nach Art. 110 FusG auf Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen Anwendung, «die nach seinem Inkrafttreten beim Handelsregister zur Eintragung angemeldet werden». Demzufolge sind Umstrukturierungen, die am 1. Juli 2004 oder nach diesem Datum ins

<sup>197</sup> Siehe Art. 656 Abs. 2 ZGB.

<sup>198</sup> Art. 21 Abs. 3 FusG.

<sup>199</sup> Vgl. Botschaft (FN 2), S. 4486.

<sup>200</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4486; *Koslar* in Baker & McKenzie – Kommentar (FN 38), N. 1 zu Art. 104 FusG.

<sup>201</sup> Art. 104 Abs. 2 lit. a FusG.

<sup>202</sup> Siehe zum Gesagten Botschaft (FN 2), S. 4487; *Koslar* in Baker & McKenzie – Kommentar (FN 38), N. 2 zu Art. 104 FusG.

<sup>203</sup> Art. 104 Abs. 3 FusG (Hervorhebung hinzugefügt); siehe hierzu präzisierend Art. 18a Abs. 1 lit. b revGBV.

<sup>204</sup> Art. 104 Abs. 4 FusG.

Handelsregister eingetragen werden, auch dann nach neuem Recht zu beurteilen und abzuwickeln, wenn sie schon zuvor geplant und vorbereitet werden.<sup>205</sup> Umgekehrt unterstehen Fusionen, bei denen der – für die Fusion konstitutiv wirkende – Beschluss der untergehenden Gesellschaft<sup>206</sup> vor dem 1. Juli 2004 erfolgt und ins Handelsregister eingetragen worden ist, mit Bezug auf Vollzugshandlungen und eine allfällige spätere rechtliche Beurteilung der Umstrukturierung dem bisherigen Recht.

Mit In-Kraft-Treten des Fusionsgesetzes werden die *obligationenrechtlichen Bestimmungen* über Fusion und Umwandlung aufgehoben; so etwa die Bestimmung über das Quorum für eine Auflösung der Aktiengesellschaft ohne Liquidation (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 OR), denn fortan gilt Art. 18 FusG, und sodann freilich vor allem Art. 748–750 OR (Fusion von Aktiengesellschaften) und Art. 824–826 OR (Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH).

<sup>205</sup> Siehe Botschaft (FN 2), S. 4491.

<sup>206</sup> Siehe zur konstitutiven Wirkung dieses Beschlusses *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (FN 17), § 57 N. 150.