



## Die Tücken bei der Umwandlung einer GmbH in eine AG

ERROL M. KÜFFER\*



JONAS FISCHER\*\*



ANNE MIRJAM SCHNEUWLY\*\*\*

Die Umwandlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Aktiengesellschaft wird oft als vermeintlich einfach und kostengünstig angepriesen, auch weil aus fusionsrechtlicher Sicht kaum noch Fragen offenstehen. So unspektakulär dies im Vorfeld erscheinen mag, bestehen bei der konkreten Umsetzung nach wie vor grosse Rechtsunsicherheiten, insbesondere bei einer Umwandlung in eine teilliberierte Aktiengesellschaft. Und auch wenn die eidgenössischen Räte beschlossen haben, die KMU-Umwandlungen durch gesetzliche Erleichterungen zu entlasten, stellen sich in der Praxis erhebliche Umsetzungshürden. Was es bei der Beratung von Unternehmern im Rahmen einer KMU-Umstrukturierung zu beachten gilt, soll in diesem Beitrag ausgeführt werden.

La transformation d'une société à responsabilité limitée en société anonyme est souvent vantée comme une opération simple et avantageuse, notamment du fait qu'il reste peu de questions ouvertes du point de vue du droit des fusions. Aussi banale que la chose puisse paraître à première vue, la mise en œuvre concrète conserve son lot d'insécurité juridiques, tout particulièrement lorsque le capital de la nouvelle SA n'est pas libéré à 100%. Et bien que les Chambres fédérales aient décidé de faciliter les transformations de PME par le biais d'allègements législatifs, l'application pratique se heurte à de nombreux obstacles. La contribution a pour but d'expliquer les points à prendre en compte lorsque l'on conseille des PME qui souhaitent se restructurer.

### Inhaltsübersicht

- I. Problemdarstellung bei KMU-Umstrukturierungen
- II. Ist die vorgängige Kapitalerhöhung als Voraussetzung für eine Umwandlung noch praxistauglich?
  - A. Praxisorientierte Lösungen für die Anpassung des Haftungssubstrates an die Zielgesellschaft
  - B. Sollte das Verbot der Aktivierung von Goodwill bei Umwandlungen nicht überwunden werden?
- III. Die mitgliedschaftliche Kontinuität bei der Umwandlung in eine AG mit teilliberiertem Kapital
- IV. Die KMU-Erleichterungen – wider den Willen der eidgenössischen Räte
- V. Was es bei der Beratung bei einer Umstrukturierung zu beachten gilt
- VI. Fazit

### I. Problemdarstellung bei KMU-Umstrukturierungen<sup>1</sup>

Wünschen Unternehmer, eine GmbH in eine AG umzuwandeln, so werden i.d.R. sowohl die Treuhand als auch das Notariat für die Beratung und die detaillierte Abklärung mandatiert. Zwar wäre es heute bereits im Vorfeld dieser Abklärungsgespräche ohne Weiteres möglich, viele der relevanten rechtlichen und ökonomischen Informationen zum Umwandlungsprozess ohne grossen Aufwand abzurufen. Trotzdem zeigt sich in der Praxis, dass die

\* ERROL M. KÜFFER, lic. iur., Notar, Partner bei Gubler & Küffer.

\*\* JONAS FISCHER, Dr. iur., Mediator SDM-FSM, Partner bei Schuermann/Fischer.

\*\*\* ANNE MIRJAM SCHNEUWLY, Dr. iur., Rechtsanwältin, Executive M.B.L.-HSG, Oberassistentin an der Universität Zürich.

<sup>1</sup> Zum Teil stützt sich dieser Aufsatz auf einen Festschriftbeitrag (ERROL M. KÜFFER, Ein weiterer Beitrag zur Kambrischen Explosion: Aus der Notariatspraxis zum Fusionsgesetz, in: Stefan Keller/Stefan Wiprächtiger (Hrsg.), Festschrift für Marc Amstutz, Zürich/St. Gallen 2012, 177–198). Dieser Beitrag wurde jedoch für die vorliegende Abhandlung stark erweitert und aktualisiert. Bei der Formulierung wurden – soweit es ging – gendernneutrale Formen verwendet, ansonsten wurde aus Gründen der besseren Lesbarkeit die männliche Form verwendet, welche sich auf Personen beiderlei Geschlechts bezieht.

Komplexität und die teilweise Widersprüchlichkeit der Sachverhalte oft erst im Zeitpunkt zwischen der treuhänderischen Einschätzung und der konkreten Konsultation für die notarielle Beurkundung sichtbar werden. Diese Missverständnisse zwischen Klientschaft und Berater führen nicht selten zu kostspieligen Zielkonflikten, denen es durch transparentere Kommunikation vorzubeugen gilt.

Aus treuhänderischer Einschätzung mag die Umstrukturierung allenfalls ganz zu Recht als unproblematisch und kostengünstig prognostiziert werden. Im laufenden Umwandlungsprozess zeigen sich die wirtschaftlichen und juristischen Hürden erst bei der Vollkostenrechnung bezüglich der Kapitalerhöhung sowie der konkreten Finanzierungsmöglichkeiten. So scheint die Verwendung des über die Jahre erarbeiteten Goodwills aus treuhänderischer Sicht ohne Probleme verwertbar zu sein. Die rechtlichen Restriktionen bezüglich einer Aktivierung des Goodwills sind jedoch eng gesetzt. Auch die vermeintlichen Erleichterungen für KMU im Fusionsgesetz sind offensichtlich nicht hinreichend praxisorientiert und führen zu unerwartetem Mehraufwand.

Aufgrund ihrer berufsethischen Verantwortung steht die Treuhand in der Pflicht, ihre Klientschaft bereits eingangs umfassend über die Vollkosten einer Umwandlung zu beraten. Diese Pflicht umfasst nicht zuletzt auch die Aufklärung über den Zwang zur Beurkundung der Umstrukturierungsbeschlüsse<sup>2</sup> und über die damit verbundenen notariellen Folgekosten wie die Anpassung der Firmenunterlagen sowie der digitalen Zertifikate und Signaturen.

## II. Ist die vorgängige Kapitalerhöhung als Voraussetzung für eine Umwandlung noch praxistauglich?

Die Umwandlung der GmbH in eine AG ist zunächst mit einem nicht unerheblichen finanziellen Mehraufwand verbunden, ist das gesetzlich vorgeschriebene Mindestkapital der AG doch fünf Mal höher als das der GmbH. Der Gesetzgeber erachtet ein Mindestkapital von CHF 100'000 als zwingend und somit als notwendige Bedingung; dies geht aus der Botschaft zum Fusionsgesetz<sup>3</sup> klar hervor (Art. 621 OR). Im Hinblick auf den Gläubigerschutz

beurteilen sowohl die herrschende Lehre als auch die Rechtsprechung eine Anpassung der Kapitalstruktur der Ursprungsrechtsform durch Kapitalerhöhung im Vorfeld der Umwandlung als zwingend.<sup>4</sup> Demzufolge wird vorausgesetzt, dass eine GmbH mit einem Stammkapital von CHF 20'000 im Hinblick auf eine Umwandlung in eine AG eine vorgängige Erhöhung des Haftungssubstrates auf CHF 100'000 durchführt. Diese Lösung führt jedoch dazu, dass die Umstrukturierung zu einer komplexen und teuren Angelegenheit wird. PETER spricht sich für die Möglichkeit einer Kapitalerhöhung nach der Umwandlung gemäss den Regeln der Zielrechtsform aus.<sup>5</sup> Auch GWELESSIANI postuliert einen praxisorientierten Umgang mit der Reihenfolge von Erhöhung und Umwandlung, indem alles in einem Schritt geschehen soll.<sup>6</sup>

Nachfolgend wird die Umwandlung einer GmbH mit einem Stammkapital von CHF 20'000 in eine AG mit teil-liberiertem Haftungssubstrat untersucht (II.A.). Zusammenhängend wird dann der (eigentlich bereits geschlossene) Diskurs um die Aktivierung von Goodwill hier im Sinne eines Exkurses nochmals eröffnet (II.B.).

### A. Praxisorientierte Lösungen für die Anpassung des Haftungssubstrates an die Zielgesellschaft

Wie finanziert die GmbH mit einem Stammkapital von CHF 20'000 den Rechtsformwechsel in eine AG mit Mindestaktienkapital von CHF 100'000? Eine Kapitalerhöhung kann durch Bareinlage, Sacheinlagen, Verrechnung oder – in der Lehre umstritten – durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital erfolgen.<sup>7</sup> Für den Fall, dass es dem Unternehmer an flüssigen Mitteln mangelt und keine Reserven oder sonstige frei verwendbaren

<sup>2</sup> Art. 20, 44, 65, 70 und 79 FusG.

<sup>3</sup> Botschaft vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG), BBl 2000 4337 ff. (zit. Botschaft FusG), 4451 f.

<sup>4</sup> BGE 125 III 18 E. 4d; CHRISTOPH M. PESTALOZZI/JANA ESSEBIER, in: Frank Vischer et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. A., Zürich 2012, Art. 57 FusG N 8 und 9; MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD, Kommentar zum Fusionsgesetz (FusG), Art. 57 FusG N 5; BSK FusG-GERICKE, Art. 57 N 17, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Fusionsgesetz, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2015 (zit. BSK FusG-Verfasser/in); HANS-JAKOB KÄCH, Die Praxis des Handelsregisteramtes Kanton Zürich zum Fusionsgesetz, GesKR 2007, 133–143, 140.

<sup>5</sup> HENRY PETER, Commentaire de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine ainsi que des dispositions des lois fédérales modifiées par la LFus, Zürich 2005, Art. 57 N 5.

<sup>6</sup> MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 3. A., Zürich 2016, N 493.

<sup>7</sup> CHRISTIAN CHAMPEAUX, Fusionsgesetz – Aspekte der Handelsregisterpraxis (2), REPRAX 2011, 1–19, 3.

Eigenmittel in der GmbH vorhanden sind, so wird in der Praxis vorgeschlagen, Haftungssubstrat entsprechend der Vorschrift zur Mindestliberierung der AG (Art. 632 OR) nur teilweise zu liberieren.

Wie einleuchtend dieser Gedanke treuhänderisch auch sein mag, aufgrund der vollen Liberierungspflicht im GmbH-Recht wäre eine vor der Umwandlung durchgeführte *teilliberierte Kapitalerhöhung* juristisch unzulässig, auch wenn der gesetzeswidrige Zustand lediglich eine Sekunde dauern würde. Beim Erhöhungsbeschluss muss festgestellt werden, dass die Einlagen dem gesamten Ausgabebetrag entsprechen und die gesetzlichen und statutarischen Anforderungen an die Leistung der Einlage erfüllt sind (Art. 777c Abs. 2 Ziff. 2 und 3 i.V.m. Art. 781 OR), was bei einer blossen Teilliberierung offensichtlich nicht der Wahrheit entspräche.

Einer der Gründe, dass die Lage aus Sicht der Unternehmer und ihrer Treuhänder rechtlich unklar scheint, ist die Tatsache, dass die strenge Auslegung dieser Vorschrift einer anderen juristischen Bestimmung widerspricht. Art. 57 FusG hält nämlich fest, dass die Gründungsvorschriften der Zielrechtsform explizit anwendbar sind,<sup>8</sup> womit im konkreten Fall die Bestimmungen zur Gründung einer AG gemeint sind. Die herrschende Lehre befürwortet die Umwandlung in eine teilliberierte AG, solange die minimale Liberierungsquote eingehalten wird, und stützt sich dabei auf die Kapitalerhöhungsvorschriften der Zielgesellschaft.<sup>9</sup> CHAMPEAUX geht pragmatisch von einem Lösungsansatz ohne vorgängige Erhöhung des Stammkapitals aus:

«Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem voll liberierten Stammkapital von CHF 20 000 darf sich [...] direkt in eine Aktiengesellschaft mit einem zu 50% liberierten Aktienkapital von CHF 100 000 umwandeln, wenn der aus der Umwandlungsbilanz resultierende Betrag der frei verwendbaren Eigenmittel mindestens jenem der gesetzlichen Mindestliberierung der Zielrechtsform entspricht.»<sup>10</sup>

Auch das Eidgenössische Handelsregisteramt (EHRA) hatte sich bereits 2010 für die Zulassung einer Umwandlung ohne vorgängige Kapitalerhöhung ausgesprochen und hielt unter anderem fest, dass selbst «eine GmbH mit einem voll liberierten Stammkapital von CHF 20'000 [...] sich demnach direkt in eine Aktiengesellschaft mit einem zu 50% liberierten Aktienkapital von CHF 100'000 umwandeln [darf], sofern der in der Umwandlungsbilanz ausgewiesene Aktivenüberschuss das Mindestkapital der Zielrechtsform zu decken vermag (m.a.W. muss der Aktivenüberschuss mindestens CHF 50'000 betragen)».<sup>11</sup> Falls demnach der Aktivenüberschuss der GmbH oder die aus der Umwandlungsbilanz resultierenden, frei verwendbaren Eigenmittel mindestens der gesetzlichen Mindesteinlage der AG (sprich CHF 50'000) entsprechen, braucht es keine der Umwandlung vorangehende, formelle Kapitalerhöhung bei der GmbH.<sup>12</sup> Es werden einzig das Nennkapital und der Liberierungsgrad in den neuen Statuten festgelegt.

## B. Sollte das Verbot der Aktivierung von Goodwill bei Umwandlungen nicht überwunden werden?

Voraussetzung der Umwandlung einer GmbH in eine AG ist die Erstellung einer Umwandlungsbilanz (Jahresabschluss oder Zwischenbilanz). Basierend auf dem Gedanken einer Due Diligence wäre in diesem Zusammenhang auch die Neubewertung der bestehenden Gesellschaft angezeigt,<sup>13</sup> wobei sich der Unternehmenswert nach dem finanziellen Nutzen bemisst.<sup>14</sup> Von besonderem Interesse

<sup>8</sup> CHAMPEAUX (FN 7), 4; ALEXANDER VOGEL et al., Orell Füssli Kommentar Fusionsgesetz mit weiteren Erlassen, 3. A., Zürich 2017, Art. 57 FusG N 8.

<sup>9</sup> BSK FusG-GERICKE (FN 4), Art. 57 N 14; AMSTUTZ/MABILLARD (FN 4), Art. 57 FusG N 7; RÉMY MESSER, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Handkommentar zum Fusionsgesetz sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. A., Zürich 2015 (zit. HK-Verfasser/in), Art. 57 FusG N 5 und 9.

<sup>10</sup> CHAMPEAUX (FN 7), 4.

<sup>11</sup> Stellungnahme des EHRA im Fall der «Zweydingers Classic Sport Design Switzerland GmbH» mit Sitz in Arosa, welcher anlässlich der 59. Oltner Tagung der Handelsregisterämter 2010 behandelt worden ist. Die Eintragung dieser Umwandlung erfolgte knapp drei Monate nach Inkrafttreten des neuen GmbH-Rechts: «Im Rahmen der Umwandlung wird das Kapital [...] um CHF 24'000 auf CHF 100'000 erhöht, wobei die Liberierung auf CHF 76'000 belassen wird. Die Gesellschafter erhalten für ihre bisherigen Stammanteile 100 teilliberierte Aktien zu CHF 1'000» (vgl. Handelsregisterauszug der ehemaligen «Schuetz Sports AG in Liquidation»).

<sup>12</sup> So auch Stellungnahme des EHRA (FN 11); CHAMPEAUX (FN 7), 4.

<sup>13</sup> Zur Ermittlung dieser Bewertung bietet sich zudem der unterstützende Einsatz entsprechender Software an. Vgl. ANDREAS BODENMANN/ANNALOUISE MAAS/MORITZ SCHWAN, Die Zukunft des digitalisierten Rechnungswesens, SZW 2018, 33–47; MATTHIAS COURVOISIER, Verwendung von Software aus dem Bereich der künstlichen Intelligenz bei der Due Diligence im M&A- und Kapitalmarktbereich, SZW 2018, 266–279.

<sup>14</sup> Sowohl in Art. 685b und 788 OR als auch in Art. 7 Abs. 2 und 6, Art. 23 Abs. 2 lit. a und Art. 56 Abs. 5 FusG wird mit dem Begriff des wirklichen Werts operiert.

sind der Zukunftserfolgswert des operativen Geschäfts bzw. des Betriebs sowie der zu erwartende Wert für die «neue» Gesellschaft.<sup>15</sup> Bei der Unternehmensbewertung sind immaterielle Anlagen wie Konzessionen, Handelsmarken, Lizenzen, Franchising, Software und Goodwill zwar einzuberechnen, doch die Aktivierung dieser Posten ist nicht unproblematisch.

Goodwill – auch Firmen- oder Geschäftswert genannt – wird als Oberbegriff für nicht bilanzierungsfähige Vermögenswerte zusammengefasst.<sup>16</sup> Darunter werden überdurchschnittliche Ertragskraft, positive Zukunftserwartungen, Kundenstamm, Know-how, Ruf der Unternehmung sowie Qualität der Mitarbeitenden und des Managements subsumiert.<sup>17</sup> Wurde dieser Mehrwert selbst geschaffen, so spricht man vom originären Goodwill, welcher nicht aktivierungsfähig ist. Ist hingegen der Goodwill durch den Erwerb des Unternehmens entstanden, handelt es sich um derivativen Goodwill, welcher aktivierungsfähig ist.<sup>18</sup> «IFRS und Swiss GAAP FER benennen ausdrücklich Posten, die nicht aktiviert werden können (selbst erstellter Goodwill, Aus- und Weiterbildungsaufwendungen, Restrukturierungsaufwendungen, Aufwendungen für Grundlagen und angewandte Forschung, Gründungs- und Organisationsaufwendungen, selbst geschaffene Markennamen, Drucktitel, Verlagsrechte, Kundenlisten).»<sup>19</sup> Das Know-how der Mitarbeitenden hat einen gewissen ökonomischen Nutzen, aber mangels der rechtlichen oder ökonomischen Verfügungsmacht über die Ressourcen dürfen diese Vermögenswerte nicht aktiviert werden.<sup>20</sup>

In der Praxis zahlen sich die Geschäftsführer bei einem Rechtsformwechsel einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft i.d.R. einen Goodwill aus.<sup>21</sup> Allerdings ist dies bei der Umwandlung einer GmbH in eine AG nicht möglich. Der originäre Goodwill wird durch die

Umwandlung nicht derivativ und kann somit nicht aktiviert werden. Auch CHAMPEAUX äussert sich bereits klar gegen die Aktivierung von Goodwill bei einer Umwandlung:

«Auch eine sog. «Goodwill-Aktivierung», wonach die im Zuge der Kapitalerhöhung ausgegebenen neuen Anteile gleichwohl als liberiert gelten, obwohl der Aktivenüberschuss betragsmässig unter dem Nennwert der Erhöhung liegt, ist unter dem geltenden Recht nicht statthaft. Die in der Bilanz enthaltenen stillen Reserven dürfen nicht im Hinblick auf die Kapitalerhöhung aktiviert werden. Dieses Vorgehen ist aus zivil- und steuerrechtlichen Überlegungen unzulässig, weil es gegen den Grundsatz der effektiven Kapitalaufbringung verstösst und somit *de lege lata* am (partiellen) Aufwertungsverbot sowie am Verbot der Unterprioritäts-Emission scheitert. Hinzu kommt, dass die der Fusionsbilanz zugrundeliegende Bewertung des zu übertragenden Aktiv- und Passivvermögens von den fusionierenden Gesellschaften als verbindlich erklärt wird. Dem Grundsatz der Kontinuität des Vermögens zufolge gehen die zu diesen Werten bilanzierten Aktiven und Passiven auf die übernehmende Gesellschaft über und werden unverändert in deren Bilanz eingebucht. Des Weiteren fehlen registerrechtliche Bestimmungen, die dem Nachweis der «Goodwill-Aktivierung» dienen. Würde man die Deckung einer fusionsbedingten Kapitalerhöhung mit einem aktivierten Goodwill zulassen, so wäre dies mit Unsicherheiten verbunden, weil unklar wäre, welche Belege im Hinblick auf die Registereintragung erforderlich sind bzw. eingefordert werden dürfen.»<sup>22</sup>

Der Gesetzgeber misst dem Gläubigerschutz grosse Bedeutung zu, wonach die gesetzlichen Regelungen zur Rechnungslegung hohen Anforderungen genügen müssen.<sup>23</sup> Dennoch kann hier die Kritik von MEYER zur beschränkten Sacheinlagefähigkeit analog zur Aktivierung von Goodwill bei einer Umwandlung übernommen werden, wonach die Anforderungen zu restriktiv seien und

<sup>15</sup> TOBIAS HÜTTSCHE/GIORGIO MEIER-MAZZUCATO, Unternehmensbewertung und Rechtsprechung, Anwaltsrevue 2018, 319–324, 321 f.

<sup>16</sup> BSK OR II-NEUHAUS/GERBER, Art. 959a N 48, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser/in).

<sup>17</sup> BSK OR II-NEUHAUS/GERBER (FN 16), Art. 959a N 48.

<sup>18</sup> BSK OR II-NEUHAUS/GERBER (FN 16), Art. 959a N 48.

<sup>19</sup> TOBIAS HÜTTSCHE/EVELYN TEITLER-FEINBERG, Wenn ich nicht weiss, wohin ..., Überlegungen zur Aktivierung von Vermögenswerten nach Art. 959 Abs. 2 OR, Expert Focus 2016, 730–732, 731 f.

<sup>20</sup> LUKAS MÜLLER, Die Sacheinlagefähigkeit von immateriellem Anlagevermögen und Goodwill im Lichte der internationalen Rechnungslegung, GesKR 2008, 50–60, 54.

<sup>21</sup> FRANZ CARLEN/Franz GIANINI/ANTON RINIKER, Finanzbuchhaltung 3: Höhere Finanzbuchhaltung, 15. A., Zürich 2018, 54.

<sup>22</sup> CHRISTIAN CHAMPEAUX, Fusionsgesetz – Aspekte der Handelsregisterpraxis, REPRAX 2011, 51–71, 58 f.

<sup>23</sup> So können Aktiven etwa gemäss Art. 959 Abs. 2 OR nur zu den Vermögenswerten bilanziert werden, wenn aufgrund vergangener Ereignisse über sie tatsächlich verfügt werden kann, ein Mittelzufluss wahrscheinlich ist und ihr Wert verlässlich geschätzt werden kann. Die Anforderungen an die Bilanz nach Schweizerischem Obligationenrecht weichen von den internationalen Standards zur Rechnungslegung ab, wonach den Adressaten ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz-, und Ertragslage vermittelt werden soll, entsprechend dem Grundsatz der «true and fair view». Vgl. BSK OR II-NEUHAUS/GERBER (FN 16), Art. 959 N 8; LUKAS MÜLLER, Das Rahmenkonzept des Rechnungslegungsrechtsentwurfes, SZW 2008, 400–412, 410: «Nicht zu Marktkonditionen erworbene Güter können nach heutigem Aktienrecht vorsichtig zum Verkehrswert, «at arm's length», bewertet werden.» Die Folgebewertung, welche auch für die Zwischenbilanz im Hinblick auf die Umwandlung eine Rolle spielt, kann sich als schwierig erweisen. Die bilanzierten Aktiven, die einen beobachtbaren Marktpreis aufweisen, müssen zum Kurs oder Marktpreis am Bilanzstichtag bewertet werden (Art. 960b Abs. 1 OR).

der wirtschaftlichen Realität keine Rechnung tragen.<sup>24</sup> Seiner Meinung nach wird so «[d]ie Einbringung von innovativen Ideen in Form von Verpflichtungen zu eigener Arbeitsleistung oder von bereits getätigten Aufwendungen für Forschung und Entwicklung [...] unterbunden».<sup>25</sup> Unternehmen leben unter anderem gerade davon, dass die daran beteiligten Personen der Gesellschaft ihre Innovationsfähigkeit oder auch ihren teilweise über Jahre aufgebauten Kundenstamm zur Verfügung stellen. Somit wäre es rein aus buchhalterischer Sicht empfehlenswert, diese aktualisierte Unternehmensbewertung zu verbuchen, damit die tatsächliche Vermögenslage auch aus der Buchhaltung hervorgeht.<sup>26</sup>

In naher Zukunft scheint jedoch keine Gesetzesänderung programmiert zu sein. Deshalb werden sowohl Treuhänder als auch die juristischen Beratenden gut daran tun, ihrer Klientschaft von der Aktivierung von Goodwill für die Umwandlung einer GmbH in eine AG abzuraten.

### III. Die mitgliedschaftliche Kontinuität bei der Umwandlung in eine AG mit teilliberiertem Kapital

Die beratenden Treuhänder und Urkundspersonen werden alsdann ihre Klientschaft darauf hinweisen, dass deren Stellung als Gesellschafter mitsamt ihren Rechten und Pflichten bei einer AG nicht mehr ganz mit jener der GmbH übereinstimmt.

Das FusG ist u.a. vom *Prinzip der mitgliedschaftlichen Kontinuität* geprägt. Dieses besagt, dass den Gesellschaftern des Anfangsrechtsträgers (z.B. der übertragenden oder umzuwandelnden Gesellschaft) durch die Umstrukturierung grundsätzlich keine zusätzlichen finanziellen oder sonstigen Pflichten aufgebürdet werden können. Mit anderen Worten können im Rahmen einer Umstrukturierung nach FusG den Gesellschaftern grundsätzlich keine weiteren Leistungsverpflichtungen auferlegt werden.<sup>27</sup> So dürfen z.B. «unter Vorbehalt der

ausdrücklichen Einwilligung der betroffenen Aktionäre im Rahmen des Austauschs der Anteile [...] keine teilliberierten Aktien der übernehmenden Gesellschaft zugewiesen werden, wenn die Aktien der übertragenden Gesellschaft voll liberiert waren».<sup>28</sup>

Die Frage der mitgliedschaftlichen Kontinuität stellt sich auch bei der Umwandlung einer GmbH mit einem Stammkapital von unter CHF 100'000 in eine AG, falls nicht genügend freie Eigenmittel zur Verfügung stehen oder das neue Nennkapital durch keinen entsprechenden Aktivenüberschuss gedeckt sein sollte.<sup>29</sup> Idealerweise sollten bei der Umwandlung sowohl das Mindestkapital als auch die *Mindestliberierungsquote der Zielrechtsform* eingehalten werden. Gemäss Stellungnahme des EHRA wird jedoch – wie bereits erwähnt – die Umwandlung von teilliberiertem Kapital unter Voraussetzung des Vorhandenseins eines Aktivenüberschusses toleriert. Auch die Lehre schliesst sich daran an und schlägt vor:

«Für den noch nicht einbezahlten Teil des Kapitals müssen die Gesellschafter ein bedingungsloses Leistungsversprechen abgeben. Der Aktiengesellschaft wird auf der Aktivseite der Eröffnungsbilanz (nach Umwandlung) eine entsprechende Forderung gegen ihre Gesellschafter gutgeschrieben. Den Gläubigern erwachsen dadurch keine Nachteile, da der Verwaltungsrat das noch ausstehende «Non versé» jederzeit einfordern darf (Art. 634a OR).»<sup>30</sup>

Nichtsdestotrotz erachten viele kantonale Handelsregisterämter eine Umwandlung einer GmbH in eine AG mit nur teilliberiertem Aktienkapital immer noch als problematisch, da das neue GmbH-Recht keine *Nachliberierungspflicht* bzw. kein teilliberiertes Kapital mehr kennt (Art. 777c i.V.m. Art. 781 Abs. 3 OR).<sup>31</sup> Angesichts des Grundsatzes der mitgliedschaftlichen Kontinuität kann eine solche Umwandlung in der Tat etwas fragwürdig erscheinen, da die Gesellschafter im Rahmen der Umwandlung eine Nachliberierungspflicht erhalten würden, welche sie in der Ursprungsrechtsform bisher nicht hatten und gesetzlich gar nicht haben durften.<sup>32</sup> Auch CHAM-

<sup>24</sup> TOBIAS MEYER, Kapitalschutz als Selbstzweck?, Die Kapitalverfassung gemäss dem Gesetzesentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Kontext internationaler Entwicklungen, GesKR 2008, 220–234, 226.

<sup>25</sup> MEYER (FN 24), GesKR 2008, 226.

<sup>26</sup> CARLEN/GIANINI/RINIKER (FN 21), 54.

<sup>27</sup> Für die Umwandlung vgl. etwa AMSTUTZ/MABILLARD (FN 4), Art. 57 FusG N 7; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 3 N 182, spricht von einem «Mehrbelastungsverbot». Ähnlich LUKAS HANDSCHIN/CHRISTOF TRUNIGER, Die GmbH, 3. A., Zürich 2019, 382.

<sup>28</sup> CHAMPEAUX (FN 22), 51 f.; so auch BSK FusG-GERICKE (FN 4), Art. 57 N 18.

<sup>29</sup> Ausführlich dazu etwa AMSTUTZ/MABILLARD (FN 4), Art. 57 FusG N 4 f.; BÖCKLI (FN 27), § 3 N 363a mit weiteren Hinweisen auf Lehre und die strengere bisherige Praxis des Bundesgerichts (BGE 125 III 18 ff.) und der Ämter (EHRA, Kurzkomentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz 11. Oktober 2004, REPRAX 2004, 1 ff., 42).

<sup>30</sup> CHAMPEAUX (FN 7), 4.

<sup>31</sup> Vgl. etwa GWELESSIANI (FN 6), N 49.

<sup>32</sup> Interessant ist auch die mitgliedschaftliche Kontinuität bei einer Umwandlung einer AG in eine GmbH mit Nachschusspflicht oder anderen persönlichen Leistungspflichten (Art. 772 Abs. 2 sowie Art. 796 Abs. 1 OR). Denn laut Art. 680 Abs. 1 OR kann der Ak-

PEAUX hält fest: «Die Liberierung des Kapitals darf nach der Umwandlung nicht tiefer oder höher angesetzt werden als in der Ausgangsrechtsform, es sei denn, es liege die ausdrückliche Zustimmung der betroffenen Gesellschafter vor.»<sup>33</sup> Nach hier vertretener Meinung ist die Umwandlung einer GmbH mit einem Stammkapital von CHF 50'000 zulässig, wenn in analoger Anwendung von Art. 64 Abs. 1 lit. a FusG sämtliche Gesellschafter die Umwandlung und damit die zusätzliche Nachliberierungspflicht genehmigen und dies aus den Handelsregisterbelegen klar ersichtlich ist.<sup>34</sup> Die Zustimmung sollte denn auch ausdrücklich in die notarielle Urkunde bezüglich des Umwandlungsbeschlusses (Art. 65 FusG) aufgenommen werden.

Gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. c FusG wird die Umwandlung einer GmbH durch die Gesellschafterversammlung mit Zweidrittelmehrheit der vertretenen Stimmen und dem absoluten Mehr des gesamten Kapitals beschlossen. So stellt sich die Frage, ob aufgrund des Prinzips der mitgliederschaflichen Kontinuität ein einstimmiger Beschluss der Gesellschafterversammlung bzw. die explizite Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters notwendig ist oder ob gemäss lit. c ein Beschluss nach gesetzlich festgelegtem Quorum genügt. Analog zur Regelung bei der nachträglichen Einführung oder Erweiterung von statutarischen Nachschuss- oder Nebenpflichten bedarf es der Zustimmung aller davon betroffenen Gesellschafter (Art. 797 OR). Entsprechend scheint ein Mehrheitsbeschluss (auch bei Erreichen des 2/3-Quorums) der mitgliederschaflichen Kontinuität nicht Rechnung zu tragen. Ein einstimmiger Beschluss an einer Universalversammlung würde hingegen die Einwilligung aller Gesellschafter zusammentragen und den Anforderungen somit genügen.

#### IV. Die KMU-Erleichterungen – wider den Willen der eidgenössischen Räte

Als weitere Problematik erweist sich in der Praxis die Diskrepanz zwischen dem Willen der eidgenössischen Räte, die KMU-Umwandlungen durch gesetzliche Erleichterungen zu entlasten, und den praktischen Umsetzungs-

tionär auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag. Entsprechend kann eine solche Umwandlung nur mit Zustimmung aller betroffenen Aktionäre erfolgen.

<sup>33</sup> CHAMPEAUX (FN 7), 2.

<sup>34</sup> So auch das EHRA im Fall der «Zweydingers Classic Sport Design Switzerland GmbH» (FN 11).

hürden. Wie AMSTUTZ/MABILLARD richtig festhalten,<sup>35</sup> handelt es sich bei der Umwandlung aus rechtsdogmatischer Sicht um einen Widerspruch in sich selbst, da mittels der Umwandlung eine Strukturanpassung an das geänderte Umfeld vorgenommen wird, die aber keinerlei Änderungen bringen soll. Wir haben es hier mit einem *Paradox* zu tun, wie es in der Rechtswissenschaft und im Rechtsleben im Allgemeinen sowie beim FusG im Besonderen einige gibt: So führen Spaltungen und Vermögensübertragungen zwar zu einer «partiellen Universalsukzession»,<sup>36</sup> doch haben sowohl der Bundesrat als auch der Nationalrat die Übertragung von Vertragsverhältnissen *uno actu*, also ohne die Zustimmung des Vertragspartners, ausdrücklich abgelehnt.<sup>37</sup>

Ein anderes Paradox führte die Handelsregisterpraxis mit tatkräftiger Unterstützung der herrschenden Lehre bei den sog. *KMU-Erleichterungen* ein: Zwar sieht das FusG ausdrücklich verfahrensrechtliche Erleichterungen für KMU-Umstrukturierungen vor (die jeweiligen zweiten Absätze der Art. 14, 15, 16, 39, 41, 61, 62 und 63 FusG), doch werden diese Erleichterungen im Namen eines scheinbaren Minderheiten- und Gläubigerschutzes durch die Anwendung der (recht strengen) Sacheinlagevorschriften des OR durch die Hintertür teils stark in Frage gestellt.

Zwar befreit der zweite Satz des Art. 57 FusG von der Anwendung der Vorschriften der Zielrechtsform über die Sacheinlagen, doch gilt dieser Ausschluss gemäss der ständigen Handelsregisterpraxis und der herrschenden

<sup>35</sup> AMSTUTZ/MABILLARD (FN 4), Systematischer Teil N 291 ff. und 308.

<sup>36</sup> Ein Teil der Lehre verweist auf die Widersprüchlichkeit dieses Begriffs und spricht von einem «privatrechtlichen Oxymoron»: AMSTUTZ/MABILLARD (FN 4), Systematischer Teil N 236 ff.; BEAT BRÄNDLI, Übertragung von Grundstücken nach Fusionsgesetz, Jusletter vom 22.3.2010, N 25 ff.

<sup>37</sup> Botschaft FusG (FN 3), 4445; AB 2003 N 243 f. Ausführlich dazu AMSTUTZ/MABILLARD (FN 4), Systematischer Teil N 269 ff. Demgegenüber geht die herrschende Lehre von einer automatischen Vertragsübertragung aus, da das Adjektiv «partiell» sich nicht auf die Rechtswirkungen, sondern auf den Umfang der Universalnachfolge bezieht (siehe LORENZO OLIGATI, in: Marc Amstutz/Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016 [zit. CHK-Verfasser/in], Art. 29 FusG N 9 ff.; CHK-WEBER, Art. 69 FusG N 11 ff., je mit Hinweisen auf die verschiedenen Meinungen). Bis zur Klärung dieser Streitfrage durch einen ausdrücklichen Bundesgerichtsentscheid (vgl. immerhin Urteil des Bundesgerichts 4C.385/2005 vom 31.1.2006, E. 1.2.2.) oder durch eine Gesetzesrevision sollte gemäss dem notariellen Grundsatz des «möglichst sicheren Wegs» die vorgängige Zustimmung der Vertragspartner eingeholt werden (vgl. auch MARKUS VISCHER/URS P. GNOS, Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz 2007–2010, AJP 2011, 402–420, 419).

Lehre nicht für die Fälle, bei denen sämtliche Gesellschafter eines KMU-Betriebs von den (vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehenen) Erleichterungen Gebrauch machen und auf einen Umwandlungsbericht, eine fusionsrechtliche Prüfung sowie ihre Einsichtsrechte verzichten. Begründet wird dies mit dem sonstigen völligen Wegfall von notwendigen Schutzvorschriften für (Minderheits-)Gesellschafter sowie für Gläubiger.<sup>38</sup> Die Übersicht der für diese Umstrukturierung erforderlichen Dokumente zeigt exemplarisch auf, dass es sich aufgrund der Kapitalerhöhung und der Handelsregisterpraxis bezüglich der KMU-Erleichterungen um einen für die meisten in der Wirtschaft tätigen Personen schwer verständlichen, rechtlich komplexen und kostspieligen Prozess handelt.<sup>39</sup>

Als Veranschaulichungsbeispiel soll eine KMU-GmbH mit zwei Gesellschaftern und Stammkapital von CHF 20'000 dienen, welche in eine AG umgewandelt werden soll. Die Gesellschafter besitzen gegenüber der GmbH grössere Darlehensforderungen. Da sie sich über die Umstrukturierung einig sind und aus ökonomisch verständlicher Sicht einen möglichst geringen Kostenaufwand wünschen, verzichten alle schriftlich auf die Erstellung eines Umwandlungsberichts und eine fusionsrechtliche Prüfung sowie auf ihr Einsichtsrecht. Dabei haben die Gesellschafter aber «die Rechnung ohne den Wirt» gemacht.

Zunächst muss das Stammkapital von CHF 20'000 auf mindestens CHF 100'000 erhöht werden. Diese Kapitalerhöhung geschieht nach den spezifischen Regeln der betreffenden Gesellschaft, für die GmbH somit mit einem notariell zu beurkundenden Erhöhungsbeschluss der Gesellschafterversammlung und einem (ebenfalls öffentlich zu beurkundenden) Feststellungsbeschluss der Geschäftsführung. Da die Gesellschafter *in casu* neben ihren bisherigen Stammanteilen auch noch Darlehensforderungen

gegenüber der GmbH haben, möchten sie die Kapitalerhöhung mittels Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital durchführen. Mit anderen Worten: Die Erhöhung soll mittels Verrechnung der bestehenden Schulden der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern erfolgen, was eine qualifizierte Kapitalerhöhung (durch Verrechnung) gemäss Art. 781 i.V.m. Art. 650 ff. OR darstellt und die Einreichung zusätzlicher Belege erfordert.

Somit sind neben der Handelsregisteranmeldung folgende *Dokumente/Belege* für den ersten Schritt der Umstrukturierung bzw. der **Kapitalanpassung** an das Mindestkapital der Zielrechtsform nötig (nicht chronologisch aufgeführt):

1. eine öffentliche Urkunde über den *Erhöhungsbeschluss* der Gesellschafterversammlung;
2. eine öffentliche Urkunde des Protokolls über die Sitzung der Geschäftsführung (*Feststellungs- und Statutenänderungsbeschluss*), die sich auf vorgängig zu unterzeichnende, jedoch dem Handelsregisteramt nicht einzureichende Zeichnungsscheine stützt;
3. allenfalls ein beglaubigtes Exemplar der neuen *Statuten* der GmbH nach Kapitalerhöhung (wobei gemäss Praxis gewisser Handelsregisterämter auf ein solches Exemplar verzichtet werden kann, sofern der Umwandlungsbeschluss am selben Tag wie die Erhöhung erfolgte);
4. ein *Kapitalerhöhungsbericht* der Geschäftsführung mit Verrechnungserklärungen (Nachweis der Werthaltigkeit, des Bestandes und der Verrechenbarkeit der Darlehensforderungen);
5. eine *Prüfungsbestätigung* durch einen zugelassenen Revisor sowie
6. die *Stampa-Erklärung*<sup>40</sup> und die *Lex-Friedrich-Erklärung*, dass keine weiteren (versteckten) Einlagen gemacht werden und die Gesellschaft nicht ausländisch beherrscht ist. Gemäss Praxis gewisser Registerämter muss die zweite Erklärung nur bei Immobilien- und Holdinggesellschaften eingereicht werden.

Der zweite Schritt betrifft die **eigentliche Umwandlung**, deren Beschluss durch die GV aber erst nach dem Feststellungs- und Statutenänderungsbeschluss der Geschäfts-

<sup>38</sup> Dabei gehen die Praxis der Ämter und die herrschende Lehre von einer Gesetzeslücke bzw. von einer «funktional zwingenden» teleologischen Reduktion des zweiten Satzes von Art. 57 FusG aus (statt vieler BÖCKLI [FN 27], § 3 N 363c mit Verweis auf N 242 f. sowie N 368; HK-GIGER [FN 9], Art. 62 FusG N 11; KARL REBSAMEN, Die neue GmbH im Handelsregister, Zürich/St. Gallen 2008, N 437 ff.). Doch selbst im ordentlichen Verfahren fordern die Handelsregisterämter und ein Teil der Lehre zusätzlich einzuliefernde Unterlagen: vgl. etwa VISCHER/GNOS (FN 37), AJP 2011, 403; CHAMPEAUX (FN 22), 60.

<sup>39</sup> Gemäss dieser Ansicht sind demnach im nachstehenden Fallbeispiel (entgegen dem Wortlaut von Art. 57 FusG) immer ein Gründungsbericht gemäss Art. 635 OR sowie eine Prüfungsbestätigung gemäss Art. 635a OR zu erstellen. Siehe auch Art. 136 Abs. 1 lit. e HRegV: «[S]oweit nach den Umständen erforderlich: dieselben Belege wie bei der Neugründung der neuen Rechtsform (Art. 57 FusG).»

<sup>40</sup> Mit der durch die eidgenössischen Räte am 17. März 2017 angenommenen Änderung des Obligationenrechts im Bereich Handelsregisterrecht (vgl. Botschaft vom 15. April 2015 zur Änderung des Obligationenrechts [Handelsregisterrecht], BBl 2015 3617 ff., 3626) wird die *Stampa-Erklärung* als separater Beleg abgeschafft. Deren Inhalt wird neu in den Kapitalerhöhungsakt eingefügt. Diese Gesetzesrevision soll zusammen mit der revidierten Handelsregisterverordnung bald in Kraft treten.

führung erfolgen kann.<sup>41</sup> Dieser Schritt benötigt folgende weitere Belege:

7. eine öffentliche Urkunde bezüglich des *Umwandlungsbeschlusses*;
8. einen einfach-schriftlichen *Umwandlungsplan* der Geschäftsführung;
9. eine *Umwandlungsbilanz*, die das erhöhte Kapital der Zielrechtsform noch nicht ausweisen darf, wenn die Kapitalerhöhung und die Umwandlung gleichzeitig angemeldet und in einem Schritt vollzogen werden sollen (damit die Bilanz angepasst werden dürfte, müsste zwingend zuerst die Kapitalerhöhung eingetragen werden);
10. falls die GmbH kein Opting-out getätigt hat und die erfolgte Prüfung der Bilanz nicht anderweitig nachgewiesen wird: einen *Revisionsbericht*;<sup>42</sup>
11. ein beglaubigtes Exemplar der *Statuten* der AG;
12. gemäss der durch die herrschende Lehre und durch das EHRA bestätigten Praxis der Handelsregisterämter: einen *Gründungsbericht* (anstelle des hier nicht zu erstellenden Umwandlungsberichts) und
13. eine *Prüfungsbestätigung* eines (wiederum) zugelassenen Revisors gemäss Art. 635a OR (anstelle der fusionsrechtlichen Prüfung, auf die alle Gesellschafter verzichtet haben);
14. die *Stampa-Erklärung*<sup>43</sup> und die *Lex-Friedrich-Erklärung* der Zielrechtsform betreffend die Umwandlung, wobei gewisse Handelsregisterämter die erste Erklärung nicht einfordern, sowie
15. die sog. *KMU-Erklärung* gemäss Art. 136 Abs. 2 HRegV, dass alle Gesellschafter auf einen zusätzlichen Umwandlungsbericht, eine fusionsrechtliche Prüfung durch einen zugelassenen Revisionsexperten sowie das 30-tägige Einsichtsrecht verzichten. Das Einreichen der (möglicherweise sogar beglaubigten) Verzichtserklärungen erübrigt sich, insbesondere da auch im Umwandlungsbeschluss auf diese verwiesen wird.

<sup>41</sup> Somit ist die in der älteren Literatur (vor dem neuen GmbH-Recht) geäusserte Auffassung, dass die Erhöhungs- und Umwandlungsbeschlüsse an der gleichen GV erfolgen können, dahingehend zu präzisieren, dass die betreffende GV wegen der notwendigen Sitzung der Geschäftsführung zumindest unterbrochen werden muss. Die verschiedenen Beschlüsse bzw. Sitzungen (Erhöhungs-GV, Geschäftsführersitzung und Umwandlungs-GV) können aber am selben Tag durchgeführt werden, falls sämtliche Belege vorliegen.

<sup>42</sup> VISCHER/GNOS (FN 37), AJP 2011, 414.

<sup>43</sup> Auch hier wird in Kürze die *Stampa-Erklärung* als separater Beleg abgeschafft. Deren Inhalt wird neu in den Errichtungsakt aufgenommen.

Das mit diesen Belegen verbundene Verfahren hat für die Gesellschaft bzw. deren Gesellschafter einen *erheblichen administrativen Aufwand* sowie *hohe Kosten* zur Folge. In der Praxis führt dies dazu, dass KMU vom oben beschriebenen Weg Abstand nehmen, da sich die angestrebten KMU-Erleichterungen weitgehend wirkungslos zeigen und die dadurch angestrebten gesetzgeberischen Ziele einer Senkung der Kosten und einer Erhöhung der Diskretion nicht erreicht werden.<sup>44</sup> Die nach der Durchführung durch den Bundesrat eingeführten und durch die eidgenössischen Räte ausdrücklich begrüßten KMU-Erleichterungen<sup>45</sup> werden somit faktisch im Keime erstickt bzw. «ad absurdum» geführt.

Da die bisherige Praxis der Handelsregisterämter unseres Erachtens sowohl dem klaren Wortlaut von Art. 57 FusG als auch dem (ebenso klaren) Willen des Gesetzgebers widerspricht, KMU bei Umstrukturierungstatbeständen privilegieren zu wollen,<sup>46</sup> sollte sie dringend überdacht werden. Schliesslich bleibt festzuhalten, dass die KMU-Erleichterungen nicht die Interessen der Gläubiger- oder Arbeitnehmerschaft gefährden, sondern «höchstens – wenn überhaupt – den Gesellschafterschutz»,<sup>47</sup> da die Erstellung des Umwandlungsberichts und die fusionsrechtliche Prüfung hauptsächlich dem Gesellschafterschutz dienen<sup>48</sup> und diesem mit dem einstimmigen Zustimmungserfordernis Genüge getan wird.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Vgl. URS SCHENKER, Fusion – Erleichterung oder Erschwerung durch das Fusionsgesetz, GesKR 2007, 153–163, 154 ff.; BRÄNDLI (FN 36), N 14 mit weiteren Hinweisen.

<sup>45</sup> Vgl. Botschaft FusG (FN 3), 4346 ff.; AB 2003 N 233 (etwa das Votum von NR Gutzwiller); AB 2001 S 147 f. (insbesondere das Votum von SR Studer, 148).

<sup>46</sup> Gl.M. BSK FusG-BÖSCH (FN 4), Art. 61 N 13 sowie Art. 62 N 17; BSK FusG-GERICKE (FN 4), Art. 57 N 10.

<sup>47</sup> PETER V. KUNZ, Das neue Fusionsgesetz (FusG), in: Florian Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, Bern 2006, 185–258, 210; a.M. BÖCKLI (FN 27), § 3 N 242. So oder so bildet die Umwandlung für den Gläubigerschutz eine «unproblematische Transaktion» (statt vieler AMSTUTZ/MABILLARD [FN 4], Art. 68 FusG N 1).

<sup>48</sup> Vgl. etwa LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen: Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3. A., Zürich 2014, N 265a und 377; BSK FusG-BÖSCH (FN 4), Art. 62 N 2 f.

<sup>49</sup> Dabei spielen die Gesellschafter nicht «Blinde Kuh» (so jedoch BÖCKLI [FN 27], § 3 N 241), da sie in der Praxis ihre Verzichtserklärungen stets von einer Vororientierung abhängig machen und ihre Erklärungen nicht auf «Vorrat», sondern für eine konkrete Umwandlung zeitnah zum Umwandlungsbeschluss abgeben (BSK FusG-BÖSCH [FN 4], Art. 61 N 12). Überdies sind in den meisten KMU-Betrieben die Gesellschafter an der Geschäftsführung beteiligt und bereits dadurch genügend über die geplante Umstrukturierung informiert.



## V. Was es bei der Beratung bei einer Umstrukturierung zu beachten gilt

Von Beratungsexperten wird erwartet, dass ihnen die oben genannten juristischen Hürden bekannt sind. Sowohl die Treuhänder als auch die Urkundsperson stehen ihrer Klientschaft gegenüber in einem Auftragsverhältnis, welches eine getreue und sorgfältige Ausführung ihres Auftrages voraussetzt (Art. 398 Abs. 2 OR). Demzufolge ist im Rahmen der Beratung ausdrücklich auf die aufgezählten Schwierigkeiten hinzuweisen. In der Praxis wird eine diesbezügliche Aufklärung oft versäumt, weshalb es danach zwischen Klient, Treuhand und Notariat zu Konflikten kommt. Genau solche Fehlinformationen bzw. der Mangel an richtigen Informationen ist eine Hauptursache sachbezogener Konflikte.<sup>50</sup> Es zeigt sich insbesondere aus der Beratungspraxis bei Veränderungsprozessen, dass ein hoher Grad an Aufklärung über wichtige juristische Fragen wesentlich zur Konfliktprävention beiträgt. Die Umwandlung bzw. Überführung eines Unternehmens von einer Rechtsform in die andere ist dabei als Paradebeispiel eines Veränderungsprozesses zu verstehen. Dabei stellt die Schaffung von informatorischer Transparenz eine Grundvoraussetzung für einen reibungslosen und zieleffizienten Wandel dar.<sup>51</sup>

Dass sich der potentielle Konflikt meist im Verhältnis zwischen Klientschaft und Treuhänder niederschlägt, ergibt sich aus der Tatsache, dass sich bei einer Umwandlung primär die Finanzierungsfrage stellt und deshalb die Treuhänder i.d.R. als Erste aufgesucht werden. Ob dann eine Urkundsperson zur weiteren Formalisierung beigezogen wird, steht und fällt mit der treuhänderischen Einschätzung über die Durchführbarkeit des Vorhabens. Wird diese bejaht, sollte im Hinblick auf die rechtlichen Hürden intensiv über die Gründe für den Wandel gesprochen werden. Klienten nennen als Hauptgrund für eine Umwandlung die höhere Anerkennung bzw. das Prestige, welches mit der Rechtsform der AG verbunden ist. Dabei beschränkt sich diese höhere Anerkennung nicht nur auf die Beziehungen des Unternehmens mit den Banken, sondern ist je nachdem auch für die Kundschaft, für Lieferanten und sogar Mitarbeiter massgebend. Insofern spielen mit dem Wunsch nach einer prestigeträchtigeren Rechtsform auch immer strategische Überlegungen eine Rolle. Je nachdem steht jedoch der potentielle Nutzen ei-

ner Umwandlung in keinem Verhältnis zum finanziellen und administrativen Mehraufwand.

## VI. Fazit

Heute bestreitet kaum noch jemand, dass die erhebliche Regelungsdichte des FusG und die entsprechende Handelsregisterpraxis Umstrukturierungen insbesondere von KMU-GmbHs in AGs behindern.<sup>52</sup> Nicht nur, dass die vorgängige Kapitalerhöhung als Voraussetzung für eine Umwandlung nicht mehr praxistauglich erscheint, sondern auch die paternalistische Haltung des Gesetzgebers bezüglich der mitgliedschaftlichen Kontinuität erschwert das Prozedere. Insgesamt werden dadurch berechnete sowie schutzbedürftige Anliegen von mittelständischen Gewerbebetrieben aussen vor gelassen.<sup>53</sup> Es ist deshalb wünschenswert, dass die obigen Beobachtungen nachhaltig für einen praxisrelevanten und lösungsorientierten Diskurs motivieren können.<sup>54</sup>

Potentielle Konfliktsituationen zwischen Klientschaft, Treuhand und Notariat lassen sich in diesem Fall ohne grossen Aufwand vermeiden. Ausgehend vom zeitlichen Ablauf einer Umwandlung haben Treuhänder als erste Gelegenheit und Pflicht, klare Verhältnisse zu schaffen. Obwohl sie im Zweifelsfall selbst in der Lage sind, ihre Klientschaft über die juristisch bedingten Konsequenzen einer Umwandlung aufzuklären, bietet sich als Alternative eine verstärkte Zusammenarbeit mit Urkundspersonen an, welche allfällige Informationslücken schnell und unkompliziert schliessen können.

Demnach gilt es bei einer anstehenden Umwandlung, vorerst einen Gesamtüberblick über die spezifischen Eckdaten sowie Klarheit über Kosten und Nutzen zu schaffen. Besonders berücksichtigt werden sollte dabei auch

<sup>50</sup> CHRISTOPH BESEMER, *Mediation – Die Kunst der Vermittlung in Konflikten*, 3. A., Karlsruhe 2013, 35.

<sup>51</sup> THOMAS LAUER, *Change Management – Grundlagen und Erfolgsfaktoren*, 3. A., Berlin/Heidelberg 2019, 128.

<sup>52</sup> SCHENKER (FN 44), *GesKR* 2007, 154. So auch BÖCKLI (FN 27), § 3 N 239, der sich sonst kritisch zum «KMU-Rabatt» äussert und die gesetzgeberische Regelung als unausgewogen betrachtet (N 239 ff.).

<sup>53</sup> Seit geraumer Zeit scheinen diese Interessen im Gesetzgebungsprozess etwas vergessen zu gehen: vgl. PETER GAUCH, *Gesetzliche Diskriminierung mittelländischer Betriebe*, *NZZ* vom 30.8.2011, 21.

<sup>54</sup> Hier ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Aktienrechtsrevision über eine Erleichterung im Bereich der Beurkundungspflicht gesprochen wird. Künftig könnten einfach strukturierte Kapitalgesellschaften ohne Mitwirkung einer Urkundsperson gegründet, aufgelöst und liquidiert werden. Somit zeichnet sich tendenziell eine Liberalisierung beim Beurkundungszwang ab, wobei aber die Umstrukturierungsbeschlüsse übersehen wurden. Vgl. Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), *BBl* 2017 399 ff., 437.

die Motivation bzw. der Hintergrund für die Umwandlung, damit dort die allenfalls benötigte Zusatzinformation rechtzeitig eingebracht werden kann. Schliesslich sind diesbezüglich auch die Politik und das Parlament gefordert, KMU-Umwandlungen zu erleichtern resp. die widersprüchlichen Regelungen aufzuheben sowie diesbezügliche Rechtssicherheit zu schaffen und damit die Volkswirtschaft zu stärken.